

# Aachener Online-Schriften Wirtschaft und Recht

FH AACHEN | FACHBEREICH WIRTSCHAFTSWISSENSCHAFTEN

03/2021

Band 3

## 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 ordentliche Kündigung chronisch Kranker im Anwendungsbereich des  
KSchG  
– *Nora Trümpener* 3-56
  
2. Die Legitimationswirkung der Gesellschafterliste -  
Erfolg trotz Grenzen?  
– *Jan Peters* 57-112
  
3. Marktmanipulation – Arten, Abgrenzung und gesetzliche Handhabe  
– *Manuel Herzel* 113-170
  
4. Die Zulässigkeit der Verdachtskündigung im Arbeitsverhältnis  
– *Alina Vollmann* 171-248
  
5. Praxisorientierter Arbeitgeberleitfaden zur rechtssicheren Einführung von  
Homeoffice im Arbeitsverhältnis  
– *Gina Breuer* 249-304

# Die ordentliche Kündigung chronisch Kranker im Anwendungsbereich des KSchG

Bachelorarbeit

an der

FH Aachen  
Fachbereich Wirtschaftswissenschaften  
Wirtschaftsrecht (LL.B.)  
Erstprüfer: Prof. Dr. jur. Klaus Olbertz  
Abgabedatum: 14.08.2020

vorgelegt von

Nora Trümpener  
aus Aachen

Die vorliegende Bachelorarbeit von Nora Trümpener mit dem Titel „Die ordentliche Kündigung chronisch Kranker im Anwendungsbereich des KSchG“ gibt einen Überblick über die Besonderheiten der Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit Arbeitnehmern, die an einer chronischen Krankheit leiden. Dabei liegt die Zielsetzung in der Überprüfung, in welcher Weise ein chronisch Kranker vor einer Kündigung aufgrund der Krankheit geschützt ist beziehungsweise welche Aspekte der Arbeitgeber beachten muss, um eine wirksame Kündigung auszusprechen. Hierfür werden im ersten Teil grundlegende Begriffe der Thematik definiert und im Anschluss die ordentliche Kündigung im Allgemeinen, sowie die krankheitsbedingte Kündigung als personenbedingte, unter Berücksichtigung der chronischen Krankheit, erläutert. Im zweiten Teil werden mögliche Kündigungshindernisse und Besonderheiten, die bei einer solchen Kündigung beachtet werden müssen, herausgearbeitet. Abschließend wird beleuchtet, wie ein Arbeitgeber in der Praxis vorgehen kann, wenn der Wunsch nach einer Kündigung eines chronisch Kranken besteht. Die Untersuchung dieser Arbeit basiert auf einer reinen Analyse der Literatur, Rechtsprechung und Gesetzestexte. Daneben werden verschiedene Meinungen von Juristen herangezogen, die sich mit diesen Themen auseinandergesetzt haben.

Grundsätzlich ist ein chronisch Kranker im Anwendungsbereich des KSchG durch den allgemeinen Kündigungsschutz geschützt. Da es durch die Krankheit in der Regel zu einer vermehrten Arbeitsunfähigkeit kommen kann, liegen oftmals die Voraussetzungen für ein bEM vor, welches der Arbeitgeber vor Ausspruch der Kündigung berücksichtigen muss. Beruht die Arbeitsunfähigkeit auf betrieblichen Ursachen, muss der Arbeitgeber aufgrund des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zudem die Schaffung eines leidensgerechten Arbeitsplatzes in Betracht ziehen. Sollten die jeweiligen Voraussetzungen vorliegen, müssen der besondere Kündigungsschutz sowie die Grundsätze des AGG beachtet werden. Ein chronisch Kranker genießt grundsätzlich denselben Kündigungsschutz wie ein gesunder Arbeitnehmer, aufgrund der besonderen Umstände der Krankheit können jedoch schneller die Voraussetzungen für den verstärkten Schutz vorliegen. Der Arbeitgeber muss dementsprechend bei Kündigung eines chronisch kranken Arbeitnehmers die erhöhten Anforderungen beachten. Dennoch ist es ihm nicht gänzlich unmöglich, einen solchen Arbeitnehmer aufgrund der unzumutbaren Auswirkungen der Krankheit zu kündigen, sofern die herausgearbeiteten Besonderheiten berücksichtigt werden.

## Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis.....	III
Abkürzungsverzeichnis .....	V
A. Einleitung .....	1
B. Begriffliche Erklärungen der Krankheit .....	1
I. Allgemeines .....	1
II. Die chronische Erkrankung .....	2
III. Die Arbeitsunfähigkeit .....	3
C. Die Kündigung .....	4
I. Allgemeines .....	4
II. Die ordentliche Kündigung.....	4
1. Wirksames Arbeitsverhältnis .....	4
2. Die Kündigungsfrist.....	5
3. Die ordnungsgemäße Kündigungserklärung.....	5
4. Die ordnungsgemäße Beteiligung der Arbeitnehmervertretung.....	6
5. Der besondere Kündigungsschutz .....	6
6. Der allgemeine Kündigungsschutz.....	6
a) Der Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes (KSchG) .....	6
b) Kündigungsgründe.....	7
c) Zentrale Prinzipien aller Kündigungsgründe.....	7
aa) Das Prognoseprinzip .....	7
bb) Das Ultima-Ratio-Prinzip .....	8
cc) Das Prinzip der Interessenabwägung .....	8
D. Die krankheitsbedingte Kündigung als personenbedingte Kündigung .....	9
I. Einzelne Fallgruppen unter besonderer Berücksichtigung der chronischen Erkrankung .....	10
1. Die Langzeiterkrankung .....	11
a) Das Prognoseprinzip .....	12
b) Beeinträchtigung wirtschaftlicher und betrieblicher Interessen .....	12
c) Interessenabwägung.....	13
2. Die häufige Kurzeiterkrankung .....	13
a) Das Prognoseprinzip .....	14
b) Beeinträchtigung wirtschaftlicher und betrieblicher Interessen .....	14
c) Interessenabwägung.....	15
3. Die krankheitsbedingte Leistungsminderung.....	15
a) Das Prognoseprinzip .....	16
b) Beeinträchtigung wirtschaftlicher und betrieblicher Interessen .....	16
c) Interessenabwägung.....	17
II. Mögliche Kündigungshindernisse .....	17
1. Das betriebliche Eingliederungsmanagement .....	17

a)	Voraussetzungen des bEM .....	18
b)	Einleitung des bEM .....	19
aa)	Mögliche Teilnehmer des bEM .....	21
bb)	Die Rolle des Betriebsrates bei der Durchführung des bEM .....	22
c)	Weitere Durchführung des bEM .....	23
aa)	Das bEM-Gespräch .....	23
bb)	Analyse der momentanen Situation .....	24
cc)	Mögliche Ergebnisse des bEM-Gesprächs .....	25
d)	Kündigungsrechtliche Folgen des bEM .....	25
aa)	Ordnungsgemäße Durchführung.....	25
bb)	Ordnungswidrige Durchführung.....	26
2.	Der leidensgerechte Arbeitsplatz.....	28
a)	Schaffung eines leidensgerechten Arbeitsplatzes .....	29
b)	Problem des fehlenden leidensgerechten Arbeitsplatzes.....	30
E.	Der besondere Kündigungsschutz schwerbehinderter Menschen.....	30
I.	Geschützter Personenkreis.....	31
II.	Kenntnis des Arbeitgebers von der Schwerbehinderung.....	32
III.	Voraussetzungen jeder arbeitgeberseitigen Kündigung .....	33
1.	Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung .....	33
2.	Zustimmung des Integrationsamtes .....	33
IV.	Exkurs: das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG).....	35
1.	Der Anwendungsbereich des AGG .....	35
2.	Diskriminierung aufgrund einer Behinderung .....	36
a)	Chronische Krankheit als Behinderung.....	37
b)	Unzulässige Benachteiligung wegen einer Behinderung im Arbeitsleben..	38
F.	Handlungsempfehlung: Wie kann ein chronisch Kranker in der Praxis ordnungsgemäß gekündigt werden?.....	39
G.	Fazit .....	41
	Literaturverzeichnis .....	43

## Abkürzungsverzeichnis

ABl.	-	Amtsblatt
Abs.	-	Absatz
ArbRAktuell	-	Arbeitsrecht Aktuell
AGG	-	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
ArbG	-	Arbeitsgericht
Art.	-	Artikel
BAG	-	Bundesarbeitsgericht
BAnz	-	Bundesanzeiger
BB	-	Betriebs-Berater
bEM	-	betriebliches Eingliederungsmanagement
ber.	-	berichtigt
BetrVG	-	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	-	Bürgerliches Gesetzbuch
BT-Drucks.	-	Bundestag-Drucksache
BVerwG	-	Bundesverwaltungsgericht
DSGVO	-	Datenschutzgrundverordnung
EFZG	-	Entgeltfortzahlungsgesetz
EL.	-	Ergänzungslieferung
EuGH	-	Europäischer Gerichtshof
EuZA	-	Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht
EuZW	-	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
FD-ArbR	-	Fachdienst Arbeitsrecht
GdB	-	Grad der Behinderung
GewO	-	Gewerbeordnung
GWR	-	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
i.S.d.	-	im Sinne des
i.S.v.	-	im Sinne von
i.V.m.	-	in Verbindung mit
KSchG	-	Kündigungsschutzgesetz
LAG	-	Landesarbeitsgericht

## VI

NJOZ	-	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	-	Neue Juristische Wochenschrift
NZA	-	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZA-Beilage	-	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht - Beilage
NZA-RR	-	NZA-Rechtsprechungs-Report
OLG	-	Oberlandesgericht
RdA	-	Recht der Arbeit
SGB V	-	Fünftes Buch Sozialgesetzbuch
SGB VI	-	Sechstes Buch Sozialgesetzbuch
SGB VII	-	Siebtens Buch Sozialgesetzbuch
SGB IX	-	Neuntes Buch Sozialgesetzbuch
SGB XI	-	Elftes Buch Sozialgesetzbuch
TVöD	-	Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst
VerwRspr	-	Verwaltungsrechtsprechung
öAT	-	Zeitschrift für das öffentliche Arbeits- und Tarifrecht



## A. Einleitung

Eine chronische Krankheit kann die Lebensweise des Betroffenen in erheblichem Maße beeinträchtigen und somit auch eine dauerhafte Erbringung der normalen Arbeitsleistung verhindern. Selbst wenn der Arbeitnehmer die volle Leistung vollbringen möchte, können gesundheitliche Leiden dazu führen, dass der Betroffene längere Zeit gezwungen ist, der Arbeit fern zu bleiben oder sie unter seinem normalen Standard zu erbringen. Dennoch ist es offensichtlich, dass der Arbeitnehmer trotz Krankheit ein besonderes Interesse an dem Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses hat, da es in der Regel die Grundlage für die Existenz des Betroffenen oder seiner Familie darstellt. Dies bedeutet besonders für den Arbeitnehmer einen erhöhten psychischen Druck, durch den eine chronische Krankheit verstärkt werden kann, sodass sich der Gesundheitszustand verschlechtern und die Chance, eine neue Anstellung zu finden, verringert werden kann.

Krankheitsbedingte Fehlzeiten des Arbeitnehmers können andererseits wirtschaftliche und betriebliche Beeinträchtigungen aufseiten des Arbeitgebers zur Folge haben. Dieser ist verpflichtet dem Erkrankten in den ersten sechs Wochen der Arbeitsunfähigkeit den vertraglich vereinbarten Lohn zu zahlen, auch wenn er keine Gegenleistung erhält. Darüber hinaus ist der Arbeitgeber gezwungen eine entsprechende Vertretung für die entfallene Arbeitskraft zu finden, um Arbeitsrückstände möglichst gering zu halten. Gegebenenfalls ist der Arbeitgeber sogar gezwungen neue Arbeitskräfte zur Bewältigung dieser Arbeit einzustellen, um keine Überarbeitung der bestehenden Belegschaft zu provozieren. Dementsprechend ist es naheliegend, dass der Arbeitgeber in Extremfällen das Arbeitsverhältnis mit dem Erkrankten beenden möchte.

Diese beiden Interessen sind im Rahmen einer krankheitsbedingten Kündigung ausführlich gegeneinander abzuwägen. Auch wenn die Rechtsprechung generelle Grundsätze hierzu entwickelt hat, besteht im Fall der krankheitsbedingten Kündigung für den Arbeitgeber die Schwierigkeit, dass immer auf die individuellen Umstände des konkreten Einzelfalls abzustellen ist. Durch die einzelfallbezogene Betrachtung der Verhältnisse entstehen sowohl für den erkrankten Arbeitnehmer als auch für den Arbeitgeber gewisse Unsicherheiten, wie eine Kündigung im konkreten Fall ablaufen wird und vor allem, welche Besonderheiten zu beachten sind. Gerade für den Arbeitgeber entstehen durch die Tatsache des Vorliegens einer chronischen Krankheit zusätzliche Hindernisse beziehungsweise außergewöhnliche Kriterien, die er ergänzend zu den allgemeingeltenden Anforderungen beachten muss, um die Kündigung ordnungsgemäß durchzuführen.

Ziel der Bachelorarbeit ist es, nicht nur die einzelnen Fallgruppen der krankheitsbedingten Kündigung zu erläutern, sondern besonders zu untersuchen, inwiefern ein chronisch kranker Arbeitnehmer zusätzlich zu den allgemein gültigen Grundsätzen vor einer Kündigung geschützt ist. Gleichzeitig soll behandelt werden, ob und in welcher Form es dem Arbeitgeber möglich ist, einen solchen Arbeitnehmer ordnungsgemäß zu kündigen.

## B. Begriffliche Erklärungen der Krankheit

### I. Allgemeines

Eine gesetzliche Legaldefinition des Begriffs der Krankheit existiert nicht.<sup>1</sup> Nach medizinischem Verständnis ist eine Krankheit „jeder regelwidrige körperliche oder geistige

---

<sup>1</sup> Kommentar zum Sozialrecht/Waltermann, SGB V, § 27 Rn. 2.

Zustand<sup>2</sup> der einer ärztlichen Heilbehandlung bedarf.<sup>3</sup> Ein solcher Zustand liegt vor, wenn dieser „nach allgemeiner Erfahrung unter Berücksichtigung eines natürlichen Verlaufs des Lebensgangs nicht bei jedem anderen Menschen gleichen Alters und Geschlechts zu erwarten ist“. <sup>4</sup> Um relevant zu sein, muss die Abweichung vom Leitbild eines gesunden Menschen<sup>5</sup> ein erhebliches, funktionelles Defizit verursachen.<sup>6</sup> Die Ursache der Erkrankung ist hierbei ohne Belang.<sup>7</sup> Dem medizinischen Begriff kommt erhebliche Bedeutung zu, da sich die arbeitsrechtliche Begriffsbestimmung von diesem ableitet und die für das Arbeitsverhältnis relevanten Merkmale hervorhebt.<sup>8</sup> Ausschlaggebend für den arbeitsrechtlichen Begriff ist, dass mit der Krankheit stets eine Einschränkung der Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers verbunden sein muss.<sup>9</sup>

## II. Die chronische Erkrankung

Eine Legaldefinition oder einheitliche Begriffsbestimmung der chronischen Erkrankung existiert gleichfalls nicht.<sup>10</sup> Aus medizinischer Sicht werden Krankheiten als chronisch bezeichnet, wenn sie den Patienten sein ganzes Leben oder über einen längeren Zeitraum begleiten.<sup>11</sup> Die Formen können sehr unterschiedlich sein, sodass eine chronische Krankheit in Schüben, sehr plötzlich, mit schleichendem Verlauf oder kontinuierlich begleitend auftreten kann.<sup>12</sup>

In der Literatur und Rechtsprechung bestehen dennoch mehrere Erklärungsansätze, wann eine chronische Krankheit vorliegen kann. Von einer Chronifizierung kann gesprochen werden, wenn die Krankheit nicht ausheilen oder ihre Ursache nicht gefunden werden kann.<sup>13</sup> Häufig bedeutet dies eine Belastung für den Betroffenen, die besondere Herausforderungen bei der Lebensführung mit sich bringt.<sup>14</sup> Gleichzeitig kann die chronische Krankheit dauerhafte körperliche oder psychische Schäden sowie eine Behinderung zur Folge haben.<sup>15</sup> Ein weiterer möglicher Ansatz definiert unter der chronischen Erkrankung eine langwierige, sich langsam entwickelnde und langsam verlaufende Erkrankung, die zeitlich unbefristet oder über einen längeren Zeitraum ärztliche Überwachung, Behandlung oder andere ärztliche Maßnahmen bedarf.<sup>16</sup>

In § 2 Abs. 1 der Chroniker-Richtlinie<sup>17</sup> wird eine Krankheit als chronisch angesehen, sofern ein regelwidriger körperlicher oder geistiger Zustand vorliegt, der behandlungsbedürftig ist. Die Krankheit ist gemäß Abs. 2 schwerwiegend chronisch, wenn sie mindestens ein Jahr lang mindestens einmal pro Quartal ärztlich behandelt wurde. Weiterhin muss entweder erstens eine Pflegebedürftigkeit des Pflegegrades 3, 4 oder 5 nach dem zweiten Kapitel

<sup>2</sup> BAG, Urteil v. 26.07.1989, 5 AZR 301/88, NZA 1990, 140 (140).

<sup>3</sup> BAG, Urteil v. 07.12.2005, 5 AZR 228/05, NJOZ 2006, 2632 (2638); *Lepke*, Rn. 76.

<sup>4</sup> BAG, Urteil v. 07.12.2005, 5 AZR 228/05, NJOZ 2006, 2632 (2638).

<sup>5</sup> Kommentar zum Sozialrecht/*Waltermann*, SGB V, § 27 Rn. 3.

<sup>6</sup> *KassKomm/Nolte*, SGB V, § 27 Rn. 12a.

<sup>7</sup> *BeckOKArbR/Ricken*, EFZG, § 3 Rn. 10; *ErfK/Reinhard*, EFZG, § 3 Rn. 6.

<sup>8</sup> *Lepke*, Rn. 81.

<sup>9</sup> *Lepke*, Rn. 80.

<sup>10</sup> *SWK Behindertenrecht/Brockmann*, Chronische Krankheit Rn. 1.

<sup>11</sup> *Kuhlmeier, Adelheid*, 2016, chronische Erkrankung [Krankenpflege], <https://www.psychrembel.de/chronische%20Erkrankung%20/T01HK/doc/>, 14.08.2020.

<sup>12</sup> *Kuhlmeier, Adelheid*, 2016, chronische Erkrankung [Krankenpflege], <https://www.psychrembel.de/chronische%20Erkrankung%20/T01HK/doc/>, 14.08.2020.

<sup>13</sup> *SWK Behindertenrecht/Brockmann*, Chronische Krankheit Rn. 1.

<sup>14</sup> *SWK Behindertenrecht/Brockmann*, Chronische Krankheit Rn. 1.

<sup>15</sup> *SWK Behindertenrecht/Brockmann*, Chronische Krankheit Rn. 1.

<sup>16</sup> *Soziale Krankenversicherung/Baier*, SGB V, § 62 Rn. 9.

<sup>17</sup> Richtlinie des Gemeinsamen Bundesausschusses zur Umsetzung der Regelungen in § 62 für schwerwiegend chronisch Erkrankte (Chroniker-Richtlinie) vom 22.01.2004 (BAnz Nr. 18 S. 2343)

des SGB XI vorliegen oder zweitens ein Grad der Behinderung<sup>18</sup> oder ein Grad der Schädigungsfolgen von mindestens 60 oder eine Minderung der Erwerbsfähigkeit von mindestens 60% vorliegen oder drittens eine kontinuierliche medizinische Versorgung erforderlich sein, ohne die eine lebensbedrohliche Verschlimmerung, eine Verminderung der Lebenserwartung oder eine dauerhafte Beeinträchtigung der Lebensqualität zu erwarten ist.

In seiner Entscheidung vom 11.04.2013 hat der EuGH chronisch Kranke und behinderte Menschen gleichgestellt.<sup>19</sup> Eine Behinderung im Sinne des EuGH ist hiernach gegeben, wenn ein Zustand vorliegt, der durch eine ärztlich attestierte heilbare oder unheilbare Krankheit verursacht wird und diese Krankheit Einschränkungen mit sich bringt, die besonders auf physische, geistige oder psychische Beeinträchtigungen zurückzuführen sind und in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren den Betroffenen an der vollen und wirksamen Teilhabe am Berufsleben, gleichberechtigt mit anderen Arbeitnehmern, hindern.<sup>20</sup> Weiterhin müssen diese Einschränkungen von langer Dauer sein.<sup>21</sup>

Zusammenfassend lassen die unterschiedlichen Definitionsansätze darauf schließen, dass eine chronische Krankheit in folgendem Fall vorliegt: eine ärztlich diagnostizierte, langandauernde, gegebenenfalls unheilbare Krankheit, die einer kontinuierlichen medizinischen Versorgung über einen längeren Zeitraum bedarf und die unterschiedliche Einschränkungen für den Betroffenen zur Folge hat.

### III. Die Arbeitsunfähigkeit

Grundsätzlich kennzeichnen die Begriffe der Arbeitsunfähigkeit und der Krankheit zwei unterschiedliche Sachverhalte, da nicht jede Krankheit gleichzeitig zu einer Arbeitsunfähigkeit führt.<sup>22</sup> Um arbeitsrechtliche Bedeutung zu erlangen, muss die Krankheit den Arbeitnehmer daran hindern, die Ausführung seiner Arbeit zu verrichten.<sup>23</sup> Dies ist der Fall, wenn der Arbeitnehmer seine vertraglich geschuldete Leistung nicht mehr erbringen kann oder soll, da sonst die Heilung nach ärztlicher Prognose verhindert oder verzögert wird.<sup>24</sup> Es bedarf dabei eines Kausalzusammenhangs zwischen der Erkrankung und der Arbeitsverhinderung.<sup>25</sup> Die Arbeitsunfähigkeit setzt jedoch nicht voraus, dass es dem Arbeitnehmer unmöglich ist, die Arbeitsleistung zu erbringen.<sup>26</sup> Es genügt, wenn die Erkrankung eine ärztlich empfohlene Enthaltung der Arbeitsleistung zur Folge hat.<sup>27</sup> Die Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit ist nach objektiven Kriterien auszulegen, wobei die vom Arzt nach medizinischen Gesichtspunkten resultierende Wertung maßgeblich ist.<sup>28</sup> Es kommt nicht auf die persönliche Ansicht des betroffenen Arbeitnehmers oder Arbeitgebers an.<sup>29</sup>

Grundlegend ist festzuhalten: Ist ein Arbeitnehmer arbeitsunfähig erkrankt, entfällt seine Leistungspflicht gemäß § 275 Abs. 1 BGB wegen Unmöglichkeit.<sup>30</sup> Hierzu bedarf es einer

<sup>18</sup> Im Folgenden „GdB“ abgekürzt.

<sup>19</sup> EuGH, Urteil v. 11.04.2013, C-335/11 und C-337/11, ECLI:EU:C:2013:222 – HK Danmark, juris.

<sup>20</sup> EuGH, Urteil v. 11.04.2013, C-335/11 und C-337/11, ECLI:EU:C:2013:222 – HK Danmark, Rn. 41, juris.

<sup>21</sup> EuGH, Urteil v. 11.04.2013, C-335/11 und C-337/11, ECLI:EU:C:2013:222 – HK Danmark, Rn. 41, juris.

<sup>22</sup> MüKo/Müller-Glöge, EFZG, § 3 Rn. 4.

<sup>23</sup> SWK Arbeitsrecht/Moderegger/Esskandari/Groß, Arbeitsunfähigkeit Rn. 3; Junker, § 5 Rn. 279.

<sup>24</sup> BeckOKArbR/Ricken, EFZG, § 3 Rn. 14.

<sup>25</sup> Lepke, Rn. 81; Staudinger/Oetker, BGB, § 616 Rn. 243.

<sup>26</sup> Lepke, Rn. 82.

<sup>27</sup> Lepke, Rn. 82.

<sup>28</sup> SWK Arbeitsrecht/Moderegger/Esskandari/Groß, Arbeitsunfähigkeit Rn. 5.

<sup>29</sup> Lepke, Rn. 80.

<sup>30</sup> Schunder, NZA-Beilage 2015, 90 (91).

ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung.<sup>31</sup> Als Folge des Synallagmas entfällt die Gegenleistungspflicht des Arbeitgebers nach § 362 Abs. 1 BGB.<sup>32</sup> Dieser Grundsatz kann jedoch durch gesetzliche Ausnahmen, wie § 3 EFZG, durchbrochen werden, wonach der Arbeitnehmer trotz Arbeitsunfähigkeit ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung für eine Dauer von bis zu sechs Wochen hat.<sup>33</sup>

## C. Die Kündigung

### I. Allgemeines

Bei einem Arbeitsverhältnis handelt es sich um ein synallagmatisches Austauschverhältnis, aus dem die Erwartung einer vereinbarten Gegenleistung für die erbrachte Leistung resultiert.<sup>34</sup> Es handelt sich um ein Dauerschuldverhältnis gemäß § 314 BGB, welches nicht mit dem einmaligen Austausch der geschuldeten Leistung endet, sondern erst, wenn ein Beendigungstatbestand vorliegt.<sup>35</sup> Die Parteien können bereits bei Abschluss des Vertrages ein befristetes oder bedingtes Arbeitsverhältnis vereinbaren, wodurch dieses nach Ablauf einer Frist beziehungsweise beim Eintritt des bestimmten Ereignisses endet.<sup>36</sup> Das Verhältnis kann jedoch auch zu einem späteren Zeitpunkt durch einen einvernehmlichen Aufhebungsvertrag gemäß § 623 BGB<sup>37</sup> oder durch eine einseitige Willenserklärung beendet werden.<sup>38</sup> Der Hauptanwendungsfall der einseitigen Beendigung bildet die Kündigung.<sup>39</sup> <sup>40</sup> Hierbei handelt es sich um eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung, durch die ein bestehendes Arbeitsverhältnis für die Zukunft sofort oder nach Ablauf einer Frist mit unmittelbarer Wirkung beendet wird.<sup>41</sup> Der Ausspruch steht grundsätzlich beiden Vertragsparteien zu, wobei das Recht zur Kündigung weder ganz ausgeschlossen werden noch verjähren kann.<sup>42</sup>

### II. Die ordentliche Kündigung

Die ordentliche Kündigung bildet den Grundfall einer Kündigung und ist an die Einhaltung von Fristen und Terminen gebunden, sodass sie das bestehende Arbeitsverhältnis zum Ablauf einer Kündigungsfrist beendet.<sup>43</sup> Dies dient dem Schutz beider Parteien, um sich auf das Ende des Arbeitsverhältnisses einstellen zu können und um mögliche kündigungsbedingte finanzielle Einbußen vermeiden.<sup>44</sup>

#### 1. Wirksames Arbeitsverhältnis

Voraussetzung für die Kündigung ist zunächst ein wirksames Arbeitsverhältnis, welches durch einen rechtswirksamen Arbeitsvertrag gemäß § 611a BGB entsteht.<sup>45</sup> Bei diesem

<sup>31</sup> Schunder, NZA-Beilage 2015, 90 (91).

<sup>32</sup> Schunder, NZA-Beilage 2015, 90 (91).

<sup>33</sup> Schunder, NZA-Beilage 2015, 90 (91).

<sup>34</sup> ErfK/Preis, BGB, § 611a Rn. 1; Schunder, NZA-Beilage 2015, 90 (91).

<sup>35</sup> Hromadka/Maschmann, § 10 Rn. 1.

<sup>36</sup> Hromadka/Maschmann, § 10 Rn. 3.

<sup>37</sup> Hromadka/Maschmann, § 10 Rn. 6.

<sup>38</sup> Hromadka/Maschmann, § 10 Rn. 22.

<sup>39</sup> Hromadka/Maschmann, § 10 Rn. 22.

<sup>40</sup> Junker, § 6 Rn. 416: Die Änderungskündigung wird im Weiteren nicht thematisiert, da sie nicht primär auf die endgültige Beendigung des Arbeitsverhältnisses gerichtet ist.

<sup>41</sup> BAG, Urteil v. 21.03.2013, 6 AZR 618/11, NZA-RR 2013, 609 (610); Hromadka/Maschmann, § 10 Rn. 36.

<sup>42</sup> Hromadka/Maschmann, § 10 Rn. 36.

<sup>43</sup> ErfK/Müller-Glöge, BGB, § 620 Rn. 46; Hromadka/Maschmann, § 10 Rn. 83.

<sup>44</sup> ErfK/Müller-Glöge, BGB, § 621 Rn. 1.

<sup>45</sup> Arbeitsrecht von A-Z/Koch, Arbeitsverhältnis.

Vertrag, der die Grundlage der Rechtsbeziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer darstellt, handelt es sich um einen privatrechtlichen Vertrag.<sup>46</sup> Richter, Beamte und Soldaten werden beispielsweise in ein öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis berufen<sup>47</sup>, sodass diese Berufsgruppen keine Arbeitnehmer darstellen.<sup>48</sup>

Nach Definition des § 611a Abs. 1 S. 1 BGB steht der Arbeitnehmer im Dienste eines anderen, sodass der Arbeitsvertrag eine untergeordnete Art des Dienstvertrages darstellt.<sup>49</sup> Dieser ist auf den Austausch von Leistung und Vergütung gerichtet, wodurch der allgemein bekannte Grundsatz „Ohne Arbeit kein Lohn“ besondere Bedeutung für das Arbeitsverhältnis erlangt.<sup>50</sup> Der Arbeitnehmer ist gemäß § 611a Abs. 1 S. 1 BGB zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet. In Anlehnung an § 106 GewO wird in § 611a Abs. 1 S. 2 BGB hervorgehoben, dass das Weisungsrecht des Arbeitgebers Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort betreffen kann.<sup>51</sup> Die Arbeitnehmereigenschaft wird durch eine Gesamtbetrachtung aller Umstände des Einzelfalls auf der Grundlage eines offenen Katalogs von Kriterien ermittelt.<sup>52</sup>

## 2. Die Kündigungsfrist

Die Kündigungsfrist kann sich aus dem Arbeitsvertrag, aus Tarifverträgen oder dem Gesetz ergeben.<sup>53</sup> Gemäß § 622 Abs. 1 BGB gilt für alle Arbeitnehmer grundsätzlich eine Kündigungsfrist von vier Wochen, wobei zum Fünfzehnten oder zum Ende des Kalendermonats gekündigt werden kann.<sup>54</sup> Diese Kündigungsfrist stellt einen Mindeststandard dar<sup>55</sup>, von dem nur zugunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden darf.<sup>56</sup> Ab einem zweijährigen Bestehen des Arbeitsverhältnisses verlängert sich die Frist für den Arbeitgeber nach Vorgaben des § 622 Abs. 2 BGB stetig.

## 3. Die ordnungsgemäße Kündigungserklärung

Die Kündigung setzt eine wirksame Kündigungserklärung voraus. Diese muss gemäß des Bestimmtheitsgrundsatzes den Kündigungswillen eindeutig zum Ausdruck bringen und dem Empfänger unmissverständlich verdeutlichen, zu welchem Zeitpunkt das Arbeitsverhältnis endet.<sup>57</sup> Die Angabe von Gründen ist kündigungsrechtlich nicht erforderlich.<sup>58</sup> Zu ihrer Wirksamkeit bedarf die Kündigung jedoch grundsätzlich gemäß § 623 BGB i.V.m. § 126 Abs. 1 BGB der Schriftform. Die Parteien sollen so vor vorschnellen Kündigungen geschützt werden.<sup>59</sup> Gleichzeitig wird eine Rechtssicherheit für beide Vertragspartner und eine Beweiserleichterung im Rechtsstreit geschaffen.<sup>60</sup>

Die Kündigungserklärung stellt eine empfangsbedürftige Willenserklärung dar, mit der Folge, dass die Kündigung nach § 130 Abs. 1 BGB erst zu dem Zeitpunkt wirksam wird, in

<sup>46</sup> *Junker*, § 2 Rn. 92.

<sup>47</sup> *Schaub ArbR-HdB/Vogelsang*, I. Buch, § 8 Rn. 14.

<sup>48</sup> BAG, Urteil v. 15.02.2017, 7 AZR 143/15, Rn. 26, juris.

<sup>49</sup> *ErfK/Preis*, BGB, § 611a Rn. 1.

<sup>50</sup> OLG, Urteil v. 21.01.2020, 12 U 69/19, Rn. 6, juris.

<sup>51</sup> BAG, Urteil v. 26.05.1999, 5 AZR 664/98, NZA 1999, 987 (989).

<sup>52</sup> BAG, Urteil v. 11.08.2015, 9 AZR 98/14, NZA-RR 2016, 288 (289); *ErfK/Preis*, BGB, § 611a Rn. 46; *Junker*, § 2 Rn. 100.

<sup>53</sup> *ErfK/Oetker*, KSchG, § 1 Rn. 51.

<sup>54</sup> *SWK Arbeitsrecht/Powietzka*, Kündigungsfristen Rn. 4.

<sup>55</sup> *Kündigungsrecht/Linck*, BGB, § 622 Rn. 7.

<sup>56</sup> BAG, Urteil v. 04.07.2001, 2 AZR 469/00, NZA 2002, 380 (381).

<sup>57</sup> *Junker*, § 6 Rn. 324.

<sup>58</sup> *Löwisch/Caspers/Klumpp*, § 17 Rn. 611.

<sup>59</sup> *ErfK/Müller-Glöge*, BGB, § 623 Rn. 1; *Junker*, § 6 Rn. 325.

<sup>60</sup> BAG, Urteil v. 24.01.2008, 6 AZR 519/07, Rn. 11, juris.

dem sie dem Empfänger zugeht.<sup>61</sup> Dies ist dann der Fall, sobald sie in „verkehrsüblicher Weise in die tatsächliche Verfügungsgewalt des Empfängers gelangt“ und dieser unter gewöhnlichen Verhältnissen die Erklärung zur Kenntnis nehmen kann.<sup>62</sup> Ob der Empfänger die Kündigungserklärung tatsächlich zur Kenntnis nimmt, ist unerheblich.<sup>63</sup>

#### 4. Die ordnungsgemäße Beteiligung der Arbeitnehmervertretung

Der Betriebsrat als gesetzlicher Vertreter<sup>64</sup> der Arbeitnehmer eines Betriebes ist gemäß § 102 Abs. 1 BetrVG vor jeder Kündigung zu hören.<sup>65</sup> Anwendungsvoraussetzung der Beteiligung ist gemäß §§ 1, 118 Abs. 2 BetrVG die Betriebsratsfähigkeit des Betriebes sowie gemäß § 21 S. 2 BetrVG das Bestehen des Rates im Zeitpunkt der Kündigung.<sup>66</sup> Da der Betriebsrat vor der Kündigung angehört werden muss, ist nicht der Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung maßgeblich, sondern der der Abgabe der Kündigungserklärung, sodass der Betriebsrat die Möglichkeit zur Einflussnahme auf die Kündigungsabsicht hat.<sup>67</sup> Gleichgültig wie der Rat reagiert, sobald er abschließend Stellung nimmt, kann der Arbeitgeber kündigen.<sup>68</sup> Eine ausgesprochene Kündigung ohne Anhörung des Betriebsrates ist gemäß § 102 Abs. 1 S. 3 BetrVG unwirksam.

#### 5. Der besondere Kündigungsschutz

Bestimmte Arbeitnehmer, die der Gesetzgeber als besonders schutzbedürftig ansieht, genießen einen über den allgemeinen hinausgehenden besonderen gesetzlichen Kündigungsschutz.<sup>69</sup> In der Regel wird der Schutz durch den Ausschluss der ordentlichen Kündigung oder das Erfordernis der Zustimmung einer Behörde oder Arbeitnehmervertretung bewirkt.<sup>70</sup> Die Schutzbedürftigkeit kann aus Einschränkungen persönlicher Fähigkeiten, wie bei Schwangeren, Auszubildenden oder Schwerbehinderten, oder durch die Wahrnehmung von Aufgaben, die im Gegensatz zu den Interessen des Arbeitgebers stehen, wie bei Betriebsratsmitgliedern, resultieren.<sup>71</sup> Aufgrund der wichtigen Bedeutung des besonderen Kündigungsschutzes von Schwerbehinderten in Bezug auf die chronische Erkrankung wird dies in Kapitel E näher thematisiert.

#### 6. Der allgemeine Kündigungsschutz

##### a) Der Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes (KSchG)

Gemäß § 1 Abs. 1 KSchG genießen nur solche Arbeitnehmer den gesetzlichen Kündigungsschutz, deren Arbeitsverhältnis im selben Betrieb beziehungsweise Unternehmen ohne Unterbrechung länger als sechs Monate besteht.<sup>72</sup> Diese sechs Monate müssen bei Zugang der Kündigung vorliegen.<sup>73</sup> Darüber hinaus wird der betriebliche Geltungsbereich durch § 23 KSchG bestimmt. Demnach gilt gemäß § 23 Abs. 1 KSchG der allgemeine

<sup>61</sup> Löwisch/Caspers/Klumpp, § 17 Rn. 603.

<sup>62</sup> BAG, Urteil v. 22.08.2019, 2 AZR 111/19, Rn. 12, juris.

<sup>63</sup> BAG, Urteil v. 24.06.2004, 2 AZR 461/03, Rn. 30, juris.

<sup>64</sup> Arbeitsrecht von A-Z/Koch, Betriebsrat.

<sup>65</sup> Hromadka/Maschmann, § 10 Rn. 283.

<sup>66</sup> Junker, § 6 Rn. 335.

<sup>67</sup> Junker, § 6 Rn. 336.

<sup>68</sup> Hromadka/Maschmann, § 10 Rn. 295.

<sup>69</sup> Hromadka/Maschmann, § 10 Rn. 226; Junker, § 6 Rn. 348; SWK Arbeitsrecht/Powietzka, Kündigungsschutz, besonderer Rn. 1.

<sup>70</sup> Eylert/Sänger, RdA 2010, 24 (24).

<sup>71</sup> Hromadka/Maschmann, § 10 Rn. 227.

<sup>72</sup> BAG, Urteil v. 21.11.2013, 6 AZR 664/12, Rn. 36, juris.

<sup>73</sup> MüKo/Hergenröder, KSchG, § 1 Rn. 29.

Kündigungsschutz nicht für sogenannte Kleinbetriebe<sup>74</sup>, welche weniger als zehn Arbeitnehmer beschäftigen. Hierbei werden die zur Berufsausbildung Beschäftigten nicht und Teilzeitbeschäftigte nur anteilmäßig gezählt.<sup>75</sup>

## **b)** Kündigungsgründe

Im Anwendungsbereich des KSchG ist nur der Arbeitgeber in seiner Möglichkeiten zur fristgerechten Beendigung eines Arbeitsverhältnisses eingeschränkt, während der Arbeitnehmer keinen Grund für seine Kündigung benötigt.<sup>76</sup> Eine ordentliche arbeitgeberseitige Kündigung ist gemäß § 1 Abs. 2 KSchG nur wirksam, wenn sie durch Gründe, die in der Person oder dem Verhalten des Gekündigten liegen oder durch betriebliche Erfordernisse sozial gerechtfertigt ist. Eine betriebsbedingte Kündigung ist sozial gerechtfertigt, soweit sie durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt ist, die der Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb entgegenstehen.<sup>77</sup> Der Grund der Kündigung liegt hierbei, anders als bei der personen- oder verhaltensbedingten Kündigung, in der „Sphäre des Arbeitgebers“.<sup>78</sup> Die Abgrenzung zwischen verhaltens- und personenbedingter Kündigung gestaltet sich im Einzelfall schwierig, da das kündigungsrechtlich relevante Verhalten ein „in der Person des Arbeitnehmers liegender Umstand ist“.<sup>79</sup> In der Regel wird von einer verhaltensbedingten Kündigung ausgegangen, wenn ein vom Arbeitnehmer steuerbares und zurechenbares Verhalten vorliegt.<sup>80</sup> Dies ist der Fall, wenn das Verhalten vom Willen des Arbeitnehmers beeinflusst werden kann.<sup>81</sup> Eine personenbedingte Kündigung liegt hingegen vor, wenn die Quelle der kündigungsrechtlich relevanten Leistungsstörung vom Arbeitnehmer nicht gesteuert werden kann.<sup>82</sup> Ursächlich sind persönliche Eigenschaften oder Fähigkeiten des Arbeitnehmers, die ihn hindern, sich vertragskonform zu verhalten.<sup>83</sup>

## **c)** Zentrale Prinzipien aller Kündigungsgründe

Zur Klärung der Frage, ob eine Kündigung im Sinne des KSchG sozial gerechtfertigt ist, gelten für alle drei Kündigungsgründe die folgenden zentralen Prinzipien.<sup>84</sup>

### **aa)** Das Prognoseprinzip

Aus der Eigenschaft des Arbeitsverhältnisses als Dauerschuldverhältnis resultiert, dass der Kündigungsgrund seine Berechtigung in der Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung haben muss.<sup>85</sup> Unzumutbar ist, wenn zukünftig mit weiteren Beeinträchtigungen des Arbeitsverhältnisses zu rechnen ist, sofern dieses nicht fristgerecht beendet wird.<sup>86</sup> Die Kündigungsgründe sind ihrer Natur nach auf die Zukunft gerichtet, da das Arbeitsverhältnis für die Zukunft beendet werden soll.<sup>87</sup> Der Zweck der Kündigung ist folglich nicht die Sanktion für Vergangenes, sondern dient der Vermeidung weiterer Pflichtverletzungen in der

<sup>74</sup> BeckOKArbR/Volkening, KSchG, § 23 Rn.1; ErfK/Kiel, KSchG, § 23 Rn. 2.

<sup>75</sup> § 23 Abs. 1 S. 3,4 KSchG.

<sup>76</sup> ErfK/Oetker, KSchG, § 1 Rn. 16,17.

<sup>77</sup> MüKo/Hergenröder, KSchG, § 1 Rn. 338.

<sup>78</sup> Junker, § 6 Rn. 371.

<sup>79</sup> Berkowsky, NZA-RR 2001, 393 (393).

<sup>80</sup> BAG, Urteil v. 03.11.2011, 2 AZR 748/10, NZA 2012, 607 (608); ErfK/Oetker, KSchG, § 1 Rn. 188; MüKo/Hergenröder, KSchG, § 1 Rn. 233.

<sup>81</sup> BAG, Urteil v. 03.11.2011, 2 AZR 748/10, NZA 2012, 607 (608).

<sup>82</sup> Berkowsky, NZA-RR 2001, 393 (393).

<sup>83</sup> SWK Arbeitsrecht/Mohnke, Kündigung, personenbedingte Rn. 3.

<sup>84</sup> Kündigungsrecht/Vossen, KSchG, § 1 Rn. 61 f.

<sup>85</sup> MüKo/Hergenröder, KSchG, § 1 Rn. 122.

<sup>86</sup> ErfK/Oetker, KSchG, § 1 Rn. 105; Hromadka/Maschmann, § 10 Rn. 159.

<sup>87</sup> Junker, § 6 Rn. 363.

Zukunft.<sup>88</sup> Liegt ein Grund zur Kündigung vor, kommt es nicht darauf an, ob dieser nur in der Vergangenheit bestand, sondern darauf, ob er auch in der Zukunft bestehen wird.<sup>89</sup> Folglich muss im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung aufgrund objektiver Faktoren eine negative Prognose vorliegen.<sup>90</sup> Der Arbeitgeber muss Vorkommnisse der Vergangenheit auf die Zukunft projizieren, um mit dieser Erkenntnis ein Wahrscheinlichkeitsurteil für die Zukunft fällen zu können.<sup>91</sup>

#### **bb)** Das Ultima-Ratio-Prinzip

Das gesamte Kündigungsrecht wird von dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beherrscht.<sup>92</sup> Dieser setzt sich aus den Kriterien der „Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit“ zusammen.<sup>93</sup> Daher muss die Kündigung geeignet und erforderlich sein um das angestrebte Ziel zu erreichen und darf nicht unverhältnismäßig im engeren Sinne sein.<sup>94</sup> Folglich greift sie nur dann, wenn es dem Arbeitgeber nicht möglich ist, die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch andere geeignete Mittel abzuwenden.<sup>95</sup> Eine Kündigung soll erst als „unausweichlich letzte Maßnahme („ultima ratio“)" in Betracht gezogen werden.<sup>96</sup>

#### **cc)** Das Prinzip der Interessenabwägung

Bei der weiteren Überprüfung der Sozialwidrigkeit einer Kündigung sind das Bestandsinteresse des Arbeitnehmers und das Beendigungsinteresse des Arbeitgebers umfassend gegeneinander abzuwiegen.<sup>97</sup> Es ist zu prüfen, ob die betrieblichen Beeinträchtigungen zu einer nicht mehr hinzunehmenden Belastung des Arbeitgebers führen.<sup>98</sup> Die Kündigung ist nur gerechtfertigt, wenn die Beeinträchtigung des Arbeitgebers die sozialen und wirtschaftlichen Interessen des Arbeitnehmers überwiegt.<sup>99</sup> Hierbei sind alle kündigungsrechtlich relevanten Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen, die für oder gegen eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers sprechen.<sup>100</sup>

Die Interessenabwägung gilt insbesondere für personen- und verhaltensbedingte Kündigungen.<sup>101</sup> Es genügen Umstände, „die bei verständiger Würdigung in Abwägung der Interessen der Vertragsparteien und des Betriebes die Kündigung als billigenwert und angemessen erscheinen lassen“.<sup>102</sup> Allerdings sind bei der verhaltensbedingten Kündigung geringere Anforderungen an die Beeinträchtigungen der Arbeitgeberinteressen zu stellen, denn in diesem Fall hat der Arbeitnehmer es selbst in der Hand, ob er sich vertragstreu verhält.<sup>103</sup> Bei Kündigungen aus betriebsbedingten Gründen bleibt für eine umfassende

<sup>88</sup> LAG, Urteil v. 19.12.2011, 17 Sa 1973/10, Rn. 20, juris.

<sup>89</sup> Löwisch/Caspers/Klumpp, § 18 Rn. 683.

<sup>90</sup> ErfK/Oetker, KSchG, § 1 Rn. 105; Löwisch/Caspers/Klumpp, § 18 Rn. 683; MüKo/Hergenröder, KSchG, § 1 Rn. 126.

<sup>91</sup> Löwisch/Caspers/Klumpp, § 18 Rn. 683; MüKo/Hergenröder, KSchG, § 1 Rn. 124.

<sup>92</sup> BAG, Urteil v. 12.07.2007, 2 AZR 716/06, Rn. 29, juris; Kündigungsrecht/Vossen, KSchG, § 1 Rn. 65.

<sup>93</sup> Junker, § 6 Rn. 364.

<sup>94</sup> ErfK/Oetker, KSchG, § 1 Rn. 76.

<sup>95</sup> Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis/Preis, 2. Abschnitt, § 2 Rn. 886.

<sup>96</sup> Junker, § 6 Rn. 364.

<sup>97</sup> BAG, Urteil v. 20.10.1954, 1 AZR 193/54, NJW 1954, 1949 (1950); Löwisch/Caspers/Klumpp, § 18 Rn. 685; MüKo/Hergenröder, KSchG, § 1 Rn. 128.

<sup>98</sup> MüKo/Hergenröder, KSchG, § 1 Rn. 156.

<sup>99</sup> MüKo/Hergenröder, KSchG, § 1 Rn. 128.

<sup>100</sup> Kündigungsrecht/Vossen, KSchG, § 1 Rn. 80.

<sup>101</sup> Hromadka/Maschman, § 10 Rn. 166.

<sup>102</sup> BAG, Urteil v. 21.11.1996, 2 AZR 357/95, NZA 1997, 487 (488).

<sup>103</sup> BeckOKArbR/Rolfs, KSchG, § 1 Rn. 231.



Interessenabwägung kaum Raum.<sup>104</sup> Das Interesse des Arbeitnehmers wird in diesem Fall durch das Ultima-Ratio-Prinzip und das Erfordernis einer Sozialauswahl gemäß § 1 Abs. 3 KSchG ausreichend geschützt.<sup>105</sup>

#### D. Die krankheitsbedingte Kündigung als personenbedingte Kündigung

Die Kündigung wegen Krankheit ist einer der Hauptanwendungsfälle der personenbedingten Kündigung<sup>106</sup> und umfasst alle Fallgestaltungen, „in denen eine Erkrankung des Arbeitnehmers den Arbeitgeber zu kündigen motiviert hat“<sup>107</sup>. Der Ursprung der kündigungsrrechtlich relevanten Leistungsstörung kann vom Arbeitnehmer nicht gesteuert werden, sodass davon auszugehen ist, dass er sich vertragstreu verhalten möchte, dies aber nicht kann.<sup>108</sup> Demgegenüber liegt ein verhaltensbedingter Kündigungsgrund vor, wenn der Arbeitnehmer tatsächlich nicht krank ist, sich jedoch eine ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung erschlichen hat oder mit einer Krankmeldung droht.<sup>109</sup>

Grundsätzlich stellt die Erkrankung eines Arbeitnehmers keinen wirksamen Kündigungsgrund dar, insbesondere dann nicht, wenn der Arbeitnehmer trotz Krankheit die geschuldete Leistung störungsfrei erbringt.<sup>110</sup> Der Kündigungsgrund kann nur in der „Nicht- oder Schlechterfüllung der vertraglich geschuldeten Leistung“<sup>111</sup> und der daraus resultierenden Beeinträchtigung der betrieblichen und wirtschaftlichen Interessen des Arbeitgebers liegen.<sup>112</sup> So können etwa Ausfallzeiten des Arbeitnehmers zu erheblichen Störungen im Betriebsablauf führen<sup>113</sup>, da der Ausfall durch Neueinstellungen oder durch den Einsatz aus der Personalreserve ausgeglichen werden muss.<sup>114</sup> Gleichzeitig werden die wirtschaftlichen Belange des Arbeitgebers durch zusätzliche Kosten tangiert, die durch Beschaffung einer Ersatzkraft oder Überstundenzuschläge für die übrigen Mitarbeiter verursacht werden.<sup>115</sup> Die Beeinträchtigung der fachlichen Eignung kann dem Arbeitnehmer zwar nicht vorgeworfen werden, jedoch belastet sie den Arbeitgeber unter Umständen so erheblich, dass ihm die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zugemutet werden kann.<sup>116</sup>

Eine Krankheit stellt kein Kündigungshindernis dar, sodass die Kündigung auch während der Krankheitsphase ausgesprochen werden kann.<sup>117</sup> Im Regelfall ist dem Arbeitgeber bei Erkrankung des Arbeitnehmers jedoch zumutbar, die ordentliche Kündigungsfrist einzuhalten.<sup>118</sup> Die soziale Rechtfertigung der ordentlichen krankheitsbedingten Kündigung ist an Hand der zuvor aufgeführten zentralen Grundprinzipien zu prüfen, wobei sich innerhalb der

<sup>104</sup> Kündigungsrecht/*Kiel*, KSchG, § 1 Rn. 591.

<sup>105</sup> SWK Arbeitsrecht/*Mohnke*, Kündigung, betriebsbedingte Rn. 50.

<sup>106</sup> Küttner Personalbuch/*Eisemann*, Kündigung, personenbedingte Rn. 7; MHdB ArbR/*Kiel*, § 113 Rn. 4.

<sup>107</sup> *Berkowsky*, NZA-RR 2001, 393 (395).

<sup>108</sup> *Berkowsky*, NZA-RR 2001, 393 (393).

<sup>109</sup> BeckOKArbR/*Rolfs*, KSchG, § 1 Rn. 162.

<sup>110</sup> *Berkowsky*, NZA-RR 2001, 393 (395); Kündigungsrecht/*Vossen*, KSchG, § 1 Rn. 136.

<sup>111</sup> Kündigungsrecht/*Vossen*, KSchG, § 1 Rn. 136.

<sup>112</sup> BAG, Urteil v. 26.09.1991, 2 AZR 132/91, NZA 1992, 1073 (1076); Kündigungsrecht/*Vossen*, KSchG, § 1 Rn. 136.

<sup>113</sup> Kündigungsrecht/*Vossen*, KSchG, § 1 Rn. 154.

<sup>114</sup> BeckOKArbR/*Rolfs*, KSchG, § 1 Rn. 177.

<sup>115</sup> BeckOKArbR/*Rolfs*, KSchG, § 1 Rn. 178.

<sup>116</sup> *Hromadka/Maschmann*, § 10 Rn. 168.

<sup>117</sup> Kündigungsrecht/*Vossen*, KSchG, § 1 Rn. 137; *Schunder*, NZA-Beilage 2015, 90 (91).

<sup>118</sup> BeckOKArbR/*Stoffels*, BGB, § 626 Rn. 143.

einzelnen Prüfungsschritte Unterschiede im Hinblick auf die Art der Krankheit ergeben können.<sup>119</sup>

Die krankheitsbedingte Kündigung ist sozial gerechtfertigt, wenn die Prognose über den voraussichtlich zukünftigen Gesundheitszustand des Arbeitnehmers negativ ausfällt.<sup>120</sup> Dies ist dann der Fall, wenn auch in Zukunft mit erheblichen Fehlzeiten aufgrund einer Krankheit des Arbeitnehmers zu rechnen ist.<sup>121</sup> Die maßgebliche Bewertungsgrundlage der negativen Prognose bilden objektive Anhaltspunkte, die im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung vorliegen müssen.<sup>122</sup> Weitere, erst nach dem Zugang eingetretene Umstände, die sich auf die zeitliche Entwicklung auswirken können, dürfen nicht berücksichtigt werden.<sup>123</sup>

Weiterhin muss die negative Prognose über die zeitliche Ungewissheit der Krankheitsdauer unzumutbare wirtschaftliche oder betriebliche Beeinträchtigungen der Interessen des Arbeitgebers ergeben, die nicht durch mildere Mittel abgewendet werden können.<sup>124</sup> Das Ultima-Ratio-Prinzip entfaltet im Falle des personenbedingten Kündigungsgrundes besondere Bedeutung, da den Arbeitnehmer kein Verschulden an der Nichterbringung der Arbeitsleistung trifft.<sup>125</sup> Folglich ist eine arbeitgeberseitige Kündigung unverhältnismäßig, wenn ein milderes Mittel die erbrachte und geschuldete Leistung in Übereinstimmung brächte.<sup>126</sup> Dies ist etwa der Fall, wenn die Ablaufstörungen durch andere Überbrückungsmaßnahmen oder durch die Anpassung des Arbeitsplatzes vermieden beziehungsweise behoben werden können, sodass der personenbedingte Mangel die Arbeitsleistung nicht beeinträchtigt.<sup>127</sup>

Die entstehenden Beeinträchtigungen müssen zuletzt im Rahmen einer Interessenabwägung einander gegenübergestellt werden und eine Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses für den Arbeitgeber ergeben.<sup>128</sup> Diesbezüglich sind alle Umstände des Einzelfalls, die in Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehen, zu berücksichtigen.<sup>129</sup> Grundsätzlich sind in die Beurteilung auch die Ursache der personenbedingten Störung, die Dauer des Arbeitsverhältnisses, das Lebensalter sowie das Bestehen einer Schwerbehinderung oder Unterhaltspflicht einzubeziehen.<sup>130</sup>

#### **I.** Einzelne Fallgruppen unter besonderer Berücksichtigung der chronischen Erkrankung

Grundsätzlich ist bei der krankheitsbedingten Kündigung zwischen drei Fallgruppen zu unterscheiden: die Langzeiterkrankung, die häufige Kurzerkrankung sowie die krankheitsbedingte Minderung der Leistungsfähigkeit.<sup>131</sup> Die Fallgruppen unterscheiden sich durch die ihnen zugrundeliegenden Krankheitsbilder und die unterschiedlichen Beeinträchtigungen

<sup>119</sup> BAG, Urteil v. 22.10.2015, 2 AZR 550/14, Rn. 24, juris; BAG, Urteil v. 29.04.1999, 2 AZR 431/98, NZA 1999, 978 (978).

<sup>120</sup> ErfK/Oetker, KSchG, § 1 Rn. 105; MHdB-ArbR/Kiel, § 113 Rn. 9; TVöD/TV-L/Weizenegger, TVöD, Vorbemerkung zu § 34 Rn. 131.

<sup>121</sup> BAG, Urteil v. 22.02.1980, 7 AZR 295/78, NJW 1981, 298 (300).

<sup>122</sup> BAG, Urteil v. 22.02.1980, 7 AZR 295/78, NJW 1981, 298 (298); Kündigungsschutzrecht/Zimmermann, KSchG, § 1 Rn. 239.

<sup>123</sup> LAG, Urteil v. 28.04.2010, 3 Sa 1383/09, Rn. 102, juris.

<sup>124</sup> BAG, Urteil v. 25.11.1982, 2 AZR 140/81, NJW 1983, 2897 (2899); MüKo/Hergenröder, KSchG, § 1 Rn. 153; TVöD/TV-L/Weizenegger, TVöD, Vorbemerkung zu § 34 Rn.133.

<sup>125</sup> Löwisch/Caspers/Klumpp, § 18 Rn. 717.

<sup>126</sup> Löwisch/Caspers/Klumpp, § 18 Rn. 717.

<sup>127</sup> Kündigungsschutzrecht/Denecke, KSchG, § 1 Rn. 561; MüKo/Hergenröder, KSchG, § 1 Rn. 107.

<sup>128</sup> MHdB ArbR/Kiel, § 113 Rn. 21.

<sup>129</sup> MüKo/Hergenröder, KSchG, § 1 Rn. 156.

<sup>130</sup> MüKo/Hergenröder, KSchG, § 1 Rn. 156.

<sup>131</sup> Junker, § 6 Rn. 367.

der Interessen des Arbeitgebers.<sup>132</sup> Infolge dessen wird den einzelnen Kriterien im Rahmen der Prüfung ein unterschiedlicher Stellenwert zugesprochen.<sup>133</sup>

Aufgrund der Weite der zuvor aufgeführten Definition der chronischen Krankheit, wird geschlossen, dass diese, wie jede Krankheit, jede der drei vorgenannten Fallgruppen betreffen kann. Eine häufige Kurzerkrankungen kann vorliegen, wenn der Arbeitnehmer häufig wegen chronischer Leiden fehlt.<sup>134</sup> Gleiches gilt für eine Langzeiterkrankung sowie die krankheitsbedingte Minderung der Leistungsfähigkeit, die eine chronische Erkrankung verursachen kann.<sup>135</sup>

Soweit vertreten wird, dass ein Arbeitgeber, der einen Arbeitnehmer einstellt, obwohl er Kenntnis von dessen chronischer Erkrankung hat, längere Fehlzeiten hinnehmen muss als bei anderen Arbeitnehmern<sup>136</sup>, kann dem nicht gefolgt werden. Die Kenntnis des Arbeitgebers von der chronischen Erkrankung des Arbeitnehmers kann keine Verpflichtung einer erhöhten Hinnahe von Fehlzeiten des Arbeitnehmers begründen.<sup>137</sup> Ebenso wie eine Kündigung aufgrund von Krankheit keine Bestrafung des Arbeitnehmers darstellt, darf die bewusste Einstellung chronisch Kranker zu keiner Bestrafung des Arbeitgebers führen.<sup>138</sup> Es ist nicht im Sinne des Gesetzgebers einem Arbeitgeber, der einem chronisch Kranken die Möglichkeit eines Arbeitsplatzes schafft, die krankheitsbedingte Kündigung über das bestehende Maß hinaus zu erschweren.<sup>139</sup>

## 1. Die Langzeiterkrankung

Eine ordentliche Kündigung kann sozial gerechtfertigt sein, wenn die vertraglich vereinbarte Leistung aufgrund einer Krankheit des Arbeitnehmers für längere Zeit in zusammenhängender Zeitfolge nicht erbracht werden kann.<sup>140</sup> Grundsätzlich existiert keine einheitliche Beurteilung, ab welcher Dauer eine Krankheit als Langzeiterkrankung anzusehen ist.<sup>141</sup> Hiervon ist nach einer Ansicht auszugehen, wenn eine anderthalbjährige Arbeitsunfähigkeit vorliegt und das Ende der Erkrankung nicht absehbar ist, beziehungsweise der Arbeitnehmer erkrankt und in den nächsten zwei Jahren nicht mit einer Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit zu rechnen ist.<sup>142</sup> In Abweichung hierzu hat das BAG bereits Erkrankungen, die über acht Monate andauerten, als Langzeiterkrankung angesehen.<sup>143</sup> Maßgeblich sind allein auf den Einzelfall bezogene, objektiv nachprüfbar Fakten, durch die zu prüfen ist, ob mit einer Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit in absehbarer Zeit zu rechnen ist.<sup>144</sup> Die Genesung des Arbeitnehmers muss jedoch nicht automatisch ausgeschlossen sein.<sup>145</sup> Von einer Langzeiterkrankung kann wiederum nicht gesprochen werden, wenn sich

<sup>132</sup> Hille, B II 2 b aa, S. 25.

<sup>133</sup> Hille, B II 2 b aa, S. 25.

<sup>134</sup> Roos, NZA-RR 1999, 617 (618).

<sup>135</sup> LAG, Urteil v. 28.04.2010, 3 Sa 1383/09, Rn. 29, juris; Roos, NZA-RR 1999, 617 (619).

<sup>136</sup> BAG, Urteil v. 10.06.1969, 2 AZR 94/68, Rn. 8, juris; Kündigungsschutzrecht/Denecke, KSchG, § 1 Rn. 575.

<sup>137</sup> Kündigungsschutzgesetz/Krause, KSchG, § 1 Rn. 386.

<sup>138</sup> Schaub ArbR-HdB/Linck, XIV. Buch, § 131 Rn. 41.

<sup>139</sup> Kündigungsschutzgesetz/Krause, KSchG, § 1 Rn. 386.

<sup>140</sup> ErfK/Oetker, KSchG, § 1 Rn. 129.

<sup>141</sup> BAG, Urteil v. 22.02.1989, 7 AZR 295/78, NJW 1981, 298 (300); BAG, Urteil v. 25.11.1982, 2 AZR 140/81, NJW 1983, 2897 (2898); Personal-Lexikon/Fröhlich, Kündigung, krankheitsbedingte - Lang andauernde Erkrankung.

<sup>142</sup> ErfK/Oetker, KSchG, § 1 Rn. 129; Gesamtes Medizinrecht/Keysers, BGB, § 621 Rn. 24.

<sup>143</sup> BAG, Urteil v. 29.04.1999, 2 AZR 431/98, NZA 1999, 978 (979); BAG, Urteil v. 22.02.1980, 7 AZR 295/78, NJW 1981, 298.

<sup>144</sup> Lepke, Rn.164; MüKo/Hergenröder, KSchG, § 1 Rn. 206.

<sup>145</sup> Schunder, NZA-Beilage 2015, 90 (92).

einzelne Krankheitsphasen über Monate erstrecken, sie jedoch auf unterschiedlichen Ursachen beruhen und ein häufiger Wechsel von Krankheits- und Arbeitsphasen besteht.<sup>146</sup>

**a) Das Prognoseprinzip**

Die soziale Rechtfertigung setzt zunächst eine negative Gesundheitsprognose bezüglich des weiteren Verlaufs der Krankheit und ihrer Folgen voraus.<sup>147</sup> Für diese Bewertung kommt es nicht auf den Gesundheitszustand im Zeitpunkt der Kündigungserklärung an, sondern auf die zukünftige Ungewissheit über das Ende der Arbeitsunfähigkeit.<sup>148</sup> Folglich muss aufgrund objektiver Anhaltspunkte die Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit „gänzlich ungewiss“ sein.<sup>149</sup>

Nach der Rechtsprechung liegt eine negative Zukunftsprognose vor, wenn Unsicherheit über die Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit besteht und in den nächsten 24 Monaten nicht mit einer positiven Prognose gerechnet werden kann.<sup>150</sup> Die Länge der bisherigen Arbeitsunfähigkeit ist als Indiz allein nicht ausreichend, vielmehr müssen weitere objektive Anhaltspunkte hinzutreten, die den Schluss zulassen, dass mit einer Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit in absehbarer Zukunft nicht zu rechnen ist.<sup>151</sup> Ein Erfahrungssatz, wann eine Krankheit mit ungewisser Dauer fortbesteht, existiert nicht<sup>152</sup>, sodass in der Regel ein medizinisches Sachverständigen Gutachten zur Erstellung der Prognose vonnöten ist.<sup>153</sup>

Gemäß § 1 Abs. 2 S. 4 KSchG trifft den Arbeitgeber die Darlegungs- und Beweislast. Dieser genügt er im Falle der Langzeiterkrankung, wenn er die bisherige Dauer der Krankheit sowie die ihm bekannten Krankheitsursachen pauschal darlegt.<sup>154</sup> Widerlegt der Arbeitnehmer die Annahme konkret, gegebenenfalls unter Einbeziehung seines Arztes, und behauptet es sei mit einer früheren Genesung zu rechnen, muss der Arbeitgeber dem, in der Regel durch Hinzuziehung eines Sachverständigen, entgegenstehen.<sup>155</sup>

**b) Beeinträchtigung wirtschaftlicher und betrieblicher Interessen**

Eine Langzeiterkrankung führt gewöhnlich nicht zu einer erheblichen wirtschaftlichen Beeinträchtigung des Arbeitgebers, da die Entgeltfortzahlungspflicht gemäß § 3 EFZG nach sechs Wochen endet.<sup>156</sup> Allerdings ist der Arbeitgeber nach der Rechtsprechung des EuGH verpflichtet, trotz längerer Arbeitsunfähigkeit Urlaub beziehungsweise Urlaubsabgeltung sowie tarifliche Sonderleistungen zu gewähren.<sup>157</sup>

Grundsätzlich geht die Rechtsprechung im Falle der Langzeiterkrankung von einem gewissen Automatismus zwischen der festgestellten Negativprognose und einer betrieblichen

<sup>146</sup> Lepke, Rn. 156.

<sup>147</sup> BAG, Urteil v. 12.04.2002, 2 AZR 148/01, NZA 2002, 1081 (1083); ArbG, Urteil v. 17.12.2008, 3 Ca 462/07, Rn. 39, juris; Kündigungsschutzgesetz/Krause, KSchG, § 1 Rn. 390.

<sup>148</sup> Lepke, Rn. 156.

<sup>149</sup> Gesamtes Medizinrecht/Keysers, BGB, § 621 Rn. 24.

<sup>150</sup> BAG, Urteil v. 30.09.2010, 2 AZR 88/09, NZA 2011, 39 (40); BAG, Urteil v. 12.07.2007, 2 AZR 716/06, NZA 2008, 173 (174); Gesamtes Medizinrecht/Keysers, BGB, § 621 Rn. 24.

<sup>151</sup> MüKo/Hergenröder, KSchG, § 1 Rn. 206.

<sup>152</sup> BAG, Urteil v. 12.04.2002, 2 AZR 148/01, NJW 2002, 3271 (3273).

<sup>153</sup> Kündigungsschutzgesetz/Krause, KSchG, § 1 Rn. 392.

<sup>154</sup> BAG, Urteil v. 12.04.2002, 2 AZR 148/01, NZA 2002, 1081 (1083); LAG, Urteil v. 28.04.2010, 3 Sa 1383/09, Rn. 144, juris; Kündigungsschutzgesetz/Krause, KSchG, § 1 Rn. 399.

<sup>155</sup> BAG, Urteil v. 12.04.2002, 2 AZR 148/01, NZA 2002, 1081 (1083).

<sup>156</sup> Kündigungsschutzgesetz/Krause, KSchG, § 1 Rn. 395.

<sup>157</sup> EuGH, Urteil v. 20.01.2009, C-350/06 und C-520/06, ECLI:EU:C:2009:18 – Schultz-Hoff u.a. und Stringer u.a., juris; BeckOKArbR/Rolls, KSchG, § 1 Rn. 184.

Beeinträchtigung des Arbeitgebers aus.<sup>158</sup> Allein aufgrund der Ungewissheit über die Rückkehr des Arbeitnehmers wird eine erhebliche betriebliche Beeinträchtigung angenommen.<sup>159</sup> Der Arbeitgeber kann sein Direktionsrecht nicht mehr ausüben und somit die Leistung des Arbeitnehmers nicht mehr abrufen, sodass eine ordnungsgemäße Planung nicht mehr möglich ist.<sup>160</sup>

### c) Interessenabwägung

Liegen die ersten beiden Prüfungspunkte vor, ist im Rahmen einer einzelfallbezogenen Interessenabwägung zu prüfen, ob dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses trotz Beeinträchtigungen zuzumuten ist.<sup>161</sup> Es sind alle Umstände zu berücksichtigen, die einen konkreten Zusammenhang zum Arbeitsverhältnis haben.<sup>162</sup> Auch wenn nicht alle Interessen der Parteien uneingeschränkt hinzugezogen werden dürfen, darf sich die Gewichtung nicht nur auf Umstände beschränken, die unmittelbar den Arbeitsvertrag betreffen.<sup>163</sup>

Grundsätzlich ist zu beachten, wie lange das Arbeitsverhältnis vor der Langzeiterkrankung ungestört bestanden hat: je länger dies der Fall war, umso größere Rücksicht muss der Arbeitgeber nehmen.<sup>164</sup> Auch das Alter des Arbeitnehmers kann im Zuge der Interessenabwägung eine wichtige Rolle spielen, da der Arbeitgeber bei älteren Arbeitnehmern grundsätzlich mit mehr Fehlzeiten rechnen muss als bei jüngeren.<sup>165</sup> Darüber hinaus sind in die Abwägung insbesondere der Familienstand des Arbeitnehmers und daraus entstehende Unterhaltspflichten einzubeziehen, da sie grundsätzlich das Interesse des Arbeitnehmers an der Erhaltung der Arbeitsstelle maßgeblich beeinflussen.<sup>166</sup>

Entscheidend ist, ob die durch den Arbeitnehmer verursachten betrieblichen oder wirtschaftlichen Beeinträchtigungen so schwerwiegend sind, dass sie die wirtschaftlichen Interessen des Arbeitnehmers am Fortbestand des Arbeitsverhältnisses übertreffen.<sup>167</sup>

## 2. Die häufige Kurzeiterkrankung

Einen großen Anteil der krankheitsbedingten Kündigungen bilden solche wegen häufiger Kurzerkrankungen.<sup>168</sup> Eine häufige Kurzerkrankung liegt dann vor, wenn der Arbeitnehmer der Erbringung der Leistungspflicht infolge häufiger Erkrankungen nicht nachkommen kann.<sup>169</sup> Diese Leistungsausfälle sind in der Regel von kurzer Dauer und wiederholen sich vermehrt, sind aber nicht vorhersehbar.<sup>170</sup> Die Fehlzeiten können dabei aus gleichen oder aus unterschiedlichen Krankheitsursachen resultieren.<sup>171</sup> Ausschlaggebend ist, dass es sich

<sup>158</sup> BAG, Urteil v. 13.05.2015, 2 AZR 565/14, NJW 2016, 106 (107).

<sup>159</sup> Arbeitsrecht/*Roos/Bufalica*, KSchG, § 1 Rn. 95.

<sup>160</sup> BAG, Urteil v. 18.01.2007, 2 AZR 759/05, Rn. 23, juris; LAG Urteil v. 28.04.2010, 3 Sa 1383/09, Rn. 136, juris.

<sup>161</sup> Personal-Lexikon/*Fröhlich*, Kündigung, krankheitsbedingt - Interessenabwägung, Langzeiterkrankung.

<sup>162</sup> *Löwisch/Caspers/Klumpp*, § 18 Rn. 720.

<sup>163</sup> *MüKo/Hergenröder*, KSchG, § 1 Rn. 130.

<sup>164</sup> *Kündigungsrecht/Vossen*, KSchG, § 1 Rn. 178.

<sup>165</sup> *Kündigungsrecht/Vossen*, KSchG, § 1 Rn. 179.

<sup>166</sup> BAG, Urteil v. 20.01.2000, 2 AZR 378/99, NZA 2000, 768 (770); *Kündigungsrecht/Vossen*, KSchG, § 1 Rn. 180.

<sup>167</sup> *Kündigungsschutzgesetz/Krause*, KSchG, § 1 Rn. 216.

<sup>168</sup> *Lepke*, Rn. 170.

<sup>169</sup> *Hille*, B II 1, S. 21.

<sup>170</sup> *ErfK/Oetker*, KSchG, § 1 Rn. 138.

<sup>171</sup> *MHdB ArbR/Kiel*, § 113 Rn. 14.

„um eine mehrfach wiederholende nachhaltige Äquivalenzstörung infolge krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit handelt“.<sup>172</sup>

**a) Das Prognoseprinzip**

Die soziale Rechtfertigung der Kündigung wegen häufiger Kurzerkrankungen verlangt anfänglich ebenfalls eine negative Prognose bezogen auf die zukünftig zu erwartenden Fehlzeiten des Arbeitnehmers. Eine solche setzt voraus, dass objektive Fakten vorliegen, die die Besorgnis weiterer Krankheiten im bisherigen Umfang rechtfertigen.<sup>173</sup> Häufige Kurzerkrankungen der Vergangenheit können eine Indizwirkung für weitere Krankheiten in der Zukunft entfalten.<sup>174</sup> Es besteht allerdings kein Erfahrungssatz, dass sich häufige Krankheiten der Vergangenheit zukünftig wiederholen werden<sup>175</sup>, sodass zusätzlich objektive Tatsachen vorliegen müssen, welche die Annahme weiterer Krankheiten in der Zukunft rechtfertigen.<sup>176</sup> In die Beurteilung dürfen jedoch nur vergangene Fehlzeiten einbezogen werden, die eine Wiederholungsgefahr inne haben.<sup>177</sup> Ausgeheilte Gesundheitsschäden, die beispielsweise auf einen Unfall zurückzuführen sind, dürfen nicht berücksichtigt werden.<sup>178</sup>

Die Rechtsprechung hat die Darlegungs- und Beweislast des Arbeitgebers auch im Falle der Kurzeiterkrankung dahingehend ausgestaltet, dass er die Fehlzeiten der Vergangenheit genau nach Zahl, Dauer sowie etwaiger zeitlicher Folgen benennen muss.<sup>179</sup> Hierbei eignet sich ein Zeitraum, der die letzten zwei bis drei Jahre umfasst.<sup>180</sup> Wie im Falle der Langzeiterkrankung hat der Arbeitnehmer die Möglichkeit, dies durch die Entbindung seines Arztes von der Schweigepflicht zu widerlegen, mit der Folge, dass der Arbeitgeber erneut Beweise für eine negative Prognose vorlegen muss.<sup>181</sup>

**b) Beeinträchtigung wirtschaftlicher und betrieblicher Interessen**

Bei Vorliegen mehrerer unterschiedlicher Kurzerkrankungen besteht die Problematik, dass der Arbeitgeber gemäß § 3 Abs. 1 EFZG für jede Erkrankung gesondert zur Entgeltfortzahlung von jeweils sechs Wochen verpflichtet sein kann, da durch jede einzelne Erkrankung ein neuer Anspruch auf eine solche entsteht.<sup>182</sup> Da es bei häufigen Kurzerkrankungen oftmals der Fall ist, dass sie auf verschiedenen Ursachen beruhen, kann es somit zu spürbaren wirtschaftlichen Belastungen des Arbeitgebers kommen.<sup>183</sup> Folglich reichen allein die zu erwartenden Lohnfortzahlungskosten aus, um eine wirtschaftliche Beeinträchtigung des Arbeitgebers zu rechtfertigen.<sup>184</sup>

Betriebliche Beeinträchtigungen liegen vor, wenn es durch die Fehlzeiten des Arbeitnehmers zu Produktionsablaufstörungen kommt, vorübergehend Aushilfskräfte eingestellt werden müssen, es zu einer Störung des Betriebsklimas kommt, da Kollegen wiederholt den Kranken vertreten müssen, oder Aufträge nicht termingerecht fertig gestellt werden

<sup>172</sup> Lepke, Rn. 171.

<sup>173</sup> BeckRA-HdB/Michels, Teil A, § 8 Rn. 117.

<sup>174</sup> BAG, Urteil v. 10.11.2005, 2 AZR 44/05, NZA 2006, 655 (656).

<sup>175</sup> Küttner Personalbuch/Eisemann, Kündigung, personenbedingte Rn. 20.

<sup>176</sup> BAG, Urteil v. 10.11.2005, 2 AZR 44/05, NZA 2006, 655 (656).

<sup>177</sup> Kündigungsschutzgesetz/Krause, KSchG, § 1 Rn. 349.

<sup>178</sup> Kündigungsschutzgesetz/Krause, KSchG, § 1 Rn. 349.

<sup>179</sup> BAG, Urteil v. 10.11.2005, 2 AZR 44/05, NZA 2006, 655 (657); Lingemann/Ludwig, ArbRAktuell 2010, 409 (409).

<sup>180</sup> Lingemann/Ludwig, ArbRAktuell 2010, 409 (409).

<sup>181</sup> MHdB ArbR/Kiel, § 113 Rn. 13.

<sup>182</sup> Hille, C II 2 a, S. 135.

<sup>183</sup> Kündigungsschutzrecht/Denecke, KSchG, § 1 Rn. 565.

<sup>184</sup> BAG, Urteil v. 29.07.1993, 2 AZR 155/93, NZA 1994, 67 (68).

können.<sup>185</sup> Großbetriebe können kurze Fehlzeiten in der Regel durch ihre Personalreserven ausgleichen, sodass in der Praxis vorwiegend nur bei Betrieben ohne Personalreserve das betriebliche Interesse beeinträchtigt wird.<sup>186</sup> Um eine Kündigung zu rechtfertigen, reichen deshalb im Falle der häufigen Kurzerkrankung wirtschaftliche Beeinträchtigungen allein oder neben betrieblichen aus.<sup>187</sup>

### c) Interessenabwägung

Bestehen eine negative Prognose sowie wirtschaftliche oder betriebliche Beeinträchtigungen, ist auch bei der Kündigung wegen häufiger Kurzerkrankungen im Rahmen einer Interessenabwägung zu prüfen, ob die Situation dem Arbeitgeber weiterhin zugemutet werden kann. Es gelten dieselben Kriterien wie bei der Interessenabwägung langandauernder Erkrankungen.<sup>188</sup>

### 3. Die krankheitsbedingte Leistungsminderung

Eine krankheitsbedingte Leistungsminderung liegt vor, wenn der Arbeitnehmer aufgrund einer Krankheit hinter der von ihm verlangten individuellen Normalleistung erheblich zurückbleibt.<sup>189</sup> Der Arbeitnehmer ist nicht arbeitsunfähig, sodass er alle Tätigkeiten ausüben, aber infolge einer Krankheit quantitativ oder qualitativ nicht die volle Leistung erbringen kann.<sup>190</sup>

Nach der herrschenden Ansicht in Rechtsprechung und Literatur liegt eine quantitative Leistungsminderung vor, sobald der Arbeitnehmer die normal geschuldete Leistung dauerhaft um mindestens ein Drittel unterschreitet.<sup>191</sup> Als Maßstab können vergleichbare Arbeitnehmer bei gleichen Arbeitsbedingungen und gleichartiger Aufgabenstellung herangezogen werden.<sup>192</sup> Zu beachten ist jedoch, dass der Arbeitgeber nur eine individuelle Normalleistung verlangen kann.<sup>193</sup> Ein Leistungsmangel ist daher erst für die Kündigung relevant, wenn das Leistungsniveau das unterdurchschnittlicher, aber hinreichend leistungsfähiger Arbeitnehmer unterschreitet.<sup>194</sup>

Eine absolute Vergleichsgröße zur Bestimmung der qualitativen Leistungsminderung besteht laut BAG nicht.<sup>195</sup> Die Leistung eines Arbeitnehmers bestimmt sich nach konkreten Ausführungen im Arbeitsvertrag, einem durch das Direktionsrecht des Arbeitgebers festzulegenden Arbeitsinhalt sowie dem persönlichen Leistungsvermögen des Arbeitnehmers.<sup>196</sup> „Der Arbeitnehmer muss tun, was er soll, und zwar so gut wie er kann“.<sup>197</sup> Daraus folgt jedoch keine Freiheit des Arbeitnehmers, seine Arbeitspflicht selbst zu bestimmen, vielmehr muss er unter angemessener Ausschöpfung seiner persönlichen Leistungsfähigkeit arbeiten.<sup>198</sup> Liegt eine unterdurchschnittliche Leistung des Arbeitnehmers vor,

<sup>185</sup> BAG, Urteil v. 16.02.1989, 2 AZR 299/88, NZA 1989, 923 (923); ErfK/Oetker, KSchG, § 1 Rn. 140.

<sup>186</sup> ErfK/Oetker, KSchG, § 1 Rn. 141.

<sup>187</sup> ErfK/Oetker, KSchG, § 1 Rn. 141.

<sup>188</sup> Siehe hierzu: S. 17.

<sup>189</sup> MüKo/Hergenröder, KSchG, § 1 Rn. 213.

<sup>190</sup> Küttner Personalbuch/Eisemann, Kündigung, personenbedingte Rn. 28.

<sup>191</sup> BAG, Urteil v. 26.09.1991, 2 AZR 132/91, Rn. 52, juris; Lepke, Rn. 186.

<sup>192</sup> Hunold, NZA-RR 2014, 169 (170); Lepke, Rn. 186.

<sup>193</sup> ErfK/Oetker, KSchG, § 1 Rn. 167.

<sup>194</sup> ErfK/Oetker, KSchG, § 1 Rn. 167.

<sup>195</sup> BAG, Urteil v. 17.01.2008, 2 AZR 536/06, Rn. 21, juris; Prozesse in Arbeitssachen/Fledermann, § 7 Rn. 120.

<sup>196</sup> BAG, Urteil v. 17.01.2008, 2 AZR 536/06, Rn. 15, juris.

<sup>197</sup> BAG, Urteil v. 17.01.2008, 2 AZR 536/06, Rn. 15, juris.

<sup>198</sup> BAG, Urteil v. 17.01.2008, 2 AZR 536/06, Rn. 16, juris.

bedeutet dies nicht zwingend, dass er seine Leistungsfähigkeit nicht ausschöpft, da unter mehreren Arbeitnehmern immer einer die schwächste Leistung erbringt.<sup>199</sup> Allerdings ist das längerfristige Unterschreiten des zu erreichenden Mittelwertes vergleichbarer Arbeitnehmer in der Regel der einzige Hinweis für einen Arbeitgeber, dass eine qualitative Minderleistung vorliegt.<sup>200</sup>

#### a) Das Prognoseprinzip

Die Kündigung des Arbeitnehmers wegen krankheitsbedingter Minderleistung bedarf grundsätzlich, wie auch in den vorgenannten Fallgestaltungen, einer negativen Prognose. Es muss im Zeitpunkt der Kündigung prognostizierbar sein, dass der Arbeitnehmer auch künftig in erheblichem Umfang eine geminderte Leistung erbringen wird.<sup>201</sup>

Stellt der Arbeitgeber Leistungsminderungen fest, so wird er in der Regel nicht eindeutig beurteilen können, ob der Arbeitnehmer seine persönliche Leistungsfähigkeit lediglich nicht voll ausschöpfen will oder ob er es nicht kann.<sup>202</sup> Dieser Konflikt ist nach den Regeln der abgestuften Darlegungs- und Beweislast zu lösen.<sup>203</sup> Zunächst muss der Arbeitgeber alle ihm bekannten Fakten bezüglich der Leistungsmängel vortragen.<sup>204</sup> Sind quantitativ messbare Ergebnisse bekannt, genügt es, wenn er Tatsachen vorträgt, die eindeutig zeigen, dass die Leistung des Arbeitnehmers deutlich hinter denen vergleichbarer Arbeitnehmer zurückbleibt und somit die Durchschnittsleistung spürbar unterschreitet.<sup>205</sup> Liegt hingegen eine qualitative Minderleistung vor, hat der Arbeitgeber all sein Wissen bezüglich der Fehlerzahl, der Art und Schwere sowie der Folgen der geminderten Arbeitsleistung zu nennen.<sup>206</sup> Anschließend ist es die Aufgabe des Arbeitnehmers, plausibel darzulegen, dass er trotz unterdurchschnittlicher Leistung seine persönliche Leistungsfähigkeit ausschöpft.<sup>207</sup> Der Arbeitgeber muss diese Behauptungen im Folgenden erneut widerlegen.<sup>208</sup>

#### b) Beeinträchtigung wirtschaftlicher und betrieblicher Interessen

Im Gegensatz zu den zuvor genannten Fallgestaltungen entstehen bei der krankheitsbedingten Leistungsminderung keine Entgeltfortzahlungskosten oder Kosten für anderweitige Überbrückungsmaßnahmen, da der Arbeitnehmer nicht arbeitsunfähig erkrankt ist, sondern lediglich hinter der von ihm verlangten Arbeitsleistung zurück bleibt.<sup>209</sup>

Die kündigungsrelevante Beeinträchtigung der Arbeitgeberinteressen liegt in diesem Fall in der wirtschaftlichen Belastung beziehungsweise wirtschaftlichen Unzumutbarkeit des Arbeitgebers<sup>210</sup>, da dem Arbeitslohn keine gleichwertige Gegenleistung gegenübersteht.<sup>211</sup> Zusätzlich kann es zu betrieblichen Beeinträchtigungen kommen, sofern der Arbeitnehmer

<sup>199</sup> BAG, Urteil v. 22.07.1982, 2 AZR 30/81, Rn. 28, juris.

<sup>200</sup> BAG, Urteil v. 17.01.2008, 2 AZR 536/06, Rn. 16, juris.

<sup>201</sup> Kündigungsschutzgesetz/Krause, KSchG, § 1 Rn. 406.

<sup>202</sup> Gesamtes Arbeitsrecht/Kerwer, KSchG, § 1 Rn. 644.

<sup>203</sup> BAG, Urteil v. 17.01.2008, 2 AZR 536/06, NZA 2008, 693 (694); BAG, Urteil v. 11.12.2003, 2 AZR 667/02, Rn. 92, juris; Gesamtes Arbeitsrecht/Kerwer, KSchG, § 1 Rn. 644.

<sup>204</sup> BAG, Urteil v. 11.12.2003, 2 AZR 667/02, Rn. 92, juris.

<sup>205</sup> BAG, Urteil v. 11.12.2003, 2 AZR 667/02, Rn. 92, juris; Gesamtes Arbeitsrecht/Kerwer, KSchG, § 1 Rn. 644.

<sup>206</sup> Gesamtes Arbeitsrecht/Kerwer, KSchG, § 1 Rn. 645.

<sup>207</sup> Gesamtes Arbeitsrecht/Kerwer, KSchG, § 1 Rn. 644, 645.

<sup>208</sup> Gesamtes Arbeitsrecht/Kerwer, KSchG, § 1 Rn. 644.

<sup>209</sup> Küttner Personalbuch/Eisemann, Kündigung, personenbedingt Rn. 29; MüKo/Hergenröder, KSchG, § 1 Rn. 213.

<sup>210</sup> Lepke, Rn. 186.

<sup>211</sup> BAG, Urteil v. 26.09.1991, 2 AZR 132/91, NZA 1992, 1073 (1076); SWK Arbeitsrecht/Mohnke, Kündigung, personenbedingte Rn. 62.



aufgrund der leistungsmindernden Krankheit organisatorisch nicht mehr in Arbeitsabläufe integriert werden kann.<sup>212</sup>

### c) Interessenabwägung

Auch bei der krankheitsbedingten Leistungsminderung ist in einem letzten Schritt zu überprüfen, ob die Beeinträchtigung weiterhin vom Arbeitgeber hinzunehmen ist. Ausschlaggebend ist, ob die Arbeitsleistung die berechnete gleichwertige Erwartung des Arbeitgebers in einer Weise unterschreitet, dass ihm das Aufrechterhalten des unveränderten Arbeitsverhältnisses nicht mehr zuzumuten ist.<sup>213</sup>

Grundsätzlich sind dieselben Umstände zu prüfen, die auch im Rahmen der Interessenabwägung der Kündigung wegen einer Langzeiterkrankung zu beachten sind.<sup>214</sup> Allerdings ist besonders in Bezug auf die Leistungsminderung zu hinterfragen, ob der Arbeitgeber den Arbeitsvertrag dahingehend abändern kann, sodass der Arbeitnehmer in der Lage ist, die volle Arbeitsleistung zu erbringen.<sup>215</sup> Eine Entlassung aufgrund der Leistungsminderung ist nur dann sozial gerechtfertigt, wenn die Minderung auf eine nicht beeinflussbare Persönlichkeit des Arbeitnehmers, die ihn für die geschuldete Leistung ungeeignet erscheinen lässt, zurückzuführen ist.<sup>216</sup> Beruht sie hingegen auf einem mangelhaften Leistungsverhalten des Arbeitnehmers, welches durch bestimmte Maßnahmen verbessert werden kann, kommt ein milderer Mittel in Betracht.<sup>217</sup>

## II. Mögliche Kündigungshindernisse

Da das Kündigungsrecht einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung unterliegt, kann der Arbeitgeber nur wirksam kündigen, wenn kein anderes, gleich geeignetes Mittel zur Vermeidung künftiger Fehlzeiten existiert.<sup>218</sup> Die Kündigung muss ultima ratio sein.<sup>219</sup> Als mögliche mildere Mittel kommen das betriebliche Eingliederungsmanagement sowie die Schaffung eines leidensgerechten Arbeitsplatzes in Betracht.

### 1. Das betriebliche Eingliederungsmanagement

Eine besondere Ausprägung des Ultima-Ratio-Grundsatzes stellt das betriebliche Eingliederungsmanagement<sup>220</sup>, welches in § 167 Abs. 2 SGB IX verankert ist, dar.<sup>221</sup> Es dient der Überwindung bestehender sowie der Vorbeugung zukünftiger Arbeitsunfähigkeit eines Arbeitnehmers, um dessen Arbeitsplatz zu sichern und eine Kündigung zu umgehen.<sup>222</sup> Grundsätzlich sollen durch dieses Verfahren krankheitsbedingte Folgeschäden begrenzt beziehungsweise vermieden werden, indem die betroffenen Parteien die Wechselwirkung zwischen den persönlichen Gründen sowie den betrieblichen Auswirkungen analysieren.<sup>223</sup> Der Arbeitgeber hat ein solches bei allen Arbeitnehmern mit deren Zustimmung sowie

<sup>212</sup> SWK Arbeitsrecht/*Mohnke*, Kündigung, personenbedingte Rn. 62.

<sup>213</sup> BAG, Urteil v. 11.12.2003, 2 AZR 667/02, NJW 2004, 2545 (2548).

<sup>214</sup> Personal-Lexikon/*Fröhlich*, Kündigung, krankheitsbedingte – Krankheitsbedingte Minderung der Leistungsfähigkeit.

<sup>215</sup> BAG, Urteil v. 09.04.2014, 10 AZR 637/12, NJW 2014, 2302 (2303); SWK Arbeitsrecht/*Mohnke*, Kündigung, personenbedingte Rn. 62.

<sup>216</sup> *Lepke*, Rn. 188.

<sup>217</sup> *Lepke*, Rn. 188.

<sup>218</sup> BAG, Urteil v. 20.11.2014, 2 AZR 664/13, NZA 2015, 931 (933); *Fischinger*, § 12 Rn. 992.

<sup>219</sup> *Fischinger*, § 12 Rn. 992.

<sup>220</sup> Im Folgenden „bEM“ abgekürzt.

<sup>221</sup> *Hromadka/Maschmann*, § 10 Rn. 173a.

<sup>222</sup> *Hinze*, Teil 2 B I, S. 27, 28.

<sup>223</sup> *Hinze*, Teil 2 B I, S. 27, 28.

Beteiligung durchzuführen, sofern sie innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt krankheitsbedingt arbeitsunfähig waren.<sup>224</sup>

Ziel des bEM ist es, einen rechtlich regulierten verlaufs- und ergebnisoffenen Suchprozess zu schaffen, durch den eine auf den Arbeitnehmer individuell angepasste Lösung ermittelt werden kann, sodass künftige Arbeitsunfähigkeiten vermieden werden.<sup>225</sup> Es ist festzustellen, aus welchen gesundheitlichen Gründen es zu den bisherigen Fehlzeiten gekommen ist und ob Möglichkeiten bestehen, diese durch Veränderungen in der Zukunft zu verringern, sodass eine Kündigung vermieden werden kann.<sup>226</sup>

Die Durchführung des bEM hat faktisch nahezu zwingenden Charakter<sup>227</sup>, ist allerdings keine formelle Wirksamkeitsvoraussetzung der krankheitsbedingten Kündigung und stellt auch kein milderes Mittel im Sinne des Ultima-Ratio-Grundsatzes dar.<sup>228</sup> Durch die Durchsetzung des bEM können jedoch mögliche mildere Mittel, wie zum Beispiel die Umgestaltung des Arbeitsplatzes oder die Weiterbeschäftigung an einem anderen Arbeitsplatz zu geänderten Arbeitsbedingungen, erkannt und entwickelt werden.<sup>229</sup>

#### a) Voraussetzungen des bEM

Der Anwendungsbereich des bEM umfasst gemäß § 167 Abs. 2 SGB IX alle Arbeitnehmer, die Beschäftigte eines Unternehmens sind. Ein Beschäftigter in diesem Sinne ist ein Arbeitnehmer, der durch einen Arbeits- oder Anstellungsvertrag mit dem Arbeitgeber verbunden ist.<sup>230</sup> Da die Art der Beschäftigung den gesetzlichen Schutz nicht tangiert, ist es irrelevant, ob ein befristetes Arbeitsverhältnis oder eine Teilzeitbeschäftigung vorliegt.<sup>231</sup> Folglich entspricht der Begriff annähernd dem allgemeinen Arbeitnehmerbegriff mit dem Unterschied, dass die Leistung nicht aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags erbracht werden muss.<sup>232</sup> Erfasst werden somit auch Beamte, Soldaten und Richter.<sup>233</sup> Durch die Verankerung der Vorschrift im SGB IX, welches die Rehabilitation und Teilhabe von Menschen mit Behinderungen thematisiert, ist fraglich, ob die Pflicht zur Durchführung des bEM nur bei schwerbehinderten und diesen gleichgestellten Arbeitnehmern besteht.<sup>234</sup> Nach der Auffassung des BAG steht jedoch fest, dass § 167 Abs. 2 SGB IX für alle Beschäftigten gilt.<sup>235</sup> Dies folgt aus der gesetzlichen Systematik und dem Wortlaut des Gesetzes, welches grundlegend von Beschäftigten spricht und zusätzlich den Kreis der zu beteiligenden Personen im Falle eines schwerbehinderten Menschen erweitert.<sup>236</sup> Weiterhin ist grundsätzlich das Ziel des Gesetzgebers zu berücksichtigen, dass eine krankheitsbedingte Kündigung zu vermeiden ist, von der sämtliche Beschäftigte unabhängig von einer Behinderung betroffen sein können.<sup>237</sup> Dementsprechend muss der Arbeitgeber bei allen Arbeitnehmern, unabhängig

<sup>224</sup> *Hromadka/Maschmann*, § 10 Rn. 173a.

<sup>225</sup> BAG, Urteil v. 20.11.2014, 2 AZR 755/13, NJW 2015, 1979 (1981).

<sup>226</sup> BAG, Urteil v. 20.11.2014, 2 AZR 755/13, NJW 2015, 1979 (1981); BAG, Urteil v. 10.12.2009, 2 AZR 400/08, NZA 2010, 398 (399).

<sup>227</sup> *Fuhlrott*, GWR 2015, 437 (437).

<sup>228</sup> BAG, Urteil v. 20.11.2014, 2 AZR 664/13, NZA 2015, 931 (933); BAG, Urteil v. 20.11.2014, 2 AZR 755/13, NJW 2015, 1979 (1982).

<sup>229</sup> BAG, Urteil v. 20.11.2014, 2 AZR 664/13, NZA 2015, 931 (933); BAG, Urteil v. 20.11.2014, 2 AZR 755/13, NJW 2015, 1979 (1982).

<sup>230</sup> *Rose/Ghorai*, BB 2011, 949 (951).

<sup>231</sup> *Rose/Ghorai*, BB 2011, 949 (951).

<sup>232</sup> *Hinze*, Teil 4 A I 1, S. 58.

<sup>233</sup> *Hinze*, Teil 4 A I 1, S. 58.

<sup>234</sup> *Gesundheitsmanagement und Krankheit im Arbeitsverhältnis/vom Stein*, Kapitel 5, § 3 Rn. 7.

<sup>235</sup> BAG, Urteil v. 12.07.2007, 2 AZR 716/06, NZA 2008, 173 (175).

<sup>236</sup> BAG, Urteil v. 12.07.2007, 2 AZR 716/06, NZA 2008, 173 (175).

<sup>237</sup> *Hinze*, Teil 4 A I 1, S. 58.

von einer Schwerbehinderung oder der Art des Beschäftigungsverhältnisses, die Durchführung des bEM in die Wege leiten. Die Verpflichtung des Arbeitgebers setzt nicht voraus, dass der Anwendungsbereich des KSchG eröffnet ist, sodass ein bEM auch in Kleinbetrieben und innerhalb der Wartezeit zu erfolgen hat.<sup>238</sup>

Nach § 167 Abs. 2 S. 1 SGB IX ist es für die Einführung des bEM vonnöten, dass der Arbeitnehmer innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig ist. Keine Bedeutung kommt der Art und Ursache der Krankheit zu, sodass jede krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit von sechs Wochen innerhalb eines Jahres ein bEM begründen kann.<sup>239</sup> § 167 Abs. 2 SGB IX umfasst folglich auch Arbeitnehmer, die an einer Langzeiterkrankung mit völlig ungewisser Genesungsaussicht leiden, sowie an häufigen Kurzerkrankungen leidende Arbeitnehmer, soweit sie bei Addition aller krankheitsbedingten Fehlzeiten die Sechs-Wochen-Frist überschreiten.<sup>240</sup> Ausschlaggebend ist der letzte Jahreszeitraum und nicht das letzte Kalenderjahr.<sup>241</sup> Besteht das Beschäftigungsverhältnis noch kein volles Jahr, ist nur der Zeitraum des Bestehens zu berücksichtigen, wobei vorherige Fehlzeiten bei anderen Arbeitgebern außer Acht zu lassen sind.<sup>242</sup> Da § 167 Abs. 2 SGB IX keine gesetzliche Regelung zur Bemessung der Sechs-Wochen-Grenze festlegt, ist davon auszugehen, dass sich diese, entsprechend den allgemeinen Regeln der Fristenberechnung gemäß §§ 187 ff. BGB, nach dem EFZG berechnet.<sup>243</sup> Somit ist der Anwendungsbereich nach 42 Arbeitstagen, an denen der Arbeitnehmer krankheitsbedingt arbeitsunfähig gemeldet ist, eröffnet.<sup>244</sup> Zusammenfassend reicht es aus, wenn die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit, gegebenenfalls in mehreren separaten Zeiträumen, sechs Wochen beziehungsweise 42 Tage überschreitet.<sup>245</sup> Ist diese Grenze überschritten, muss der Arbeitgeber den Arbeitnehmer kontaktieren und ihm die Durchführung eines bEM anbieten.<sup>246</sup>

## **b)** Einleitung des bEM

Da die Durchführung des bEM einen Teil des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes darstellt, besteht keine generelle Durchführungspflicht für den Arbeitgeber.<sup>247</sup> Grundsätzlich trifft ihn jedoch die Initiativlast für die Einleitung eines bEM, sofern die zuvor genannten Voraussetzungen vorliegen.<sup>248</sup> Unerheblich ist, ob sich der Beschäftigte oder die Interessenvertretung zuvor an den Arbeitgeber gewendet hat.<sup>249</sup> Liegen die Voraussetzungen objektiv vor, muss der Arbeitgeber aktiv werden.<sup>250</sup> Dieser Initiativlast kommt der Arbeitgeber in der Regel durch ein Schreiben an den Arbeitnehmer nach, indem er ihn auf die Umstände hinweist und ein bEM anbietet.<sup>251</sup> § 167 Abs. 2 SGB IX bestimmt keinen Zeitpunkt, wann

<sup>238</sup> *Deinert*, NZA 2010, 969 (971); *Gesamtes Arbeitsrecht/Kerwer*, KSchG, § 1 Rn. 446.

<sup>239</sup> *ErfK/Rolfs*, SGB IX, § 167 Rn. 5; *Rose/Ghorai*, BB 2011, 949 (951).

<sup>240</sup> BAG, Urteil v. 20.11.2014, 2 AZR 755/13, Rn. 42, juris; *Lepke*, Rn. 244.

<sup>241</sup> *Gesamtes Arbeitsrecht/Kerwer*, KSchG, § 1 Rn. 446; *Lepke*, Rn. 244.

<sup>242</sup> *Hinze*, Teil 4 A II 2, S. 63.

<sup>243</sup> *Hinze*, Teil 4 A II 2, S. 63.

<sup>244</sup> BAG, Beschluss v. 13.03.2012, 1 ABR 78/10, NZA 2012, 748 (748); *Hinze*, Teil 4 A II 2, S. 63.

<sup>245</sup> BAG, Urteil v. 24.03.2011, 2 AZR 170/10 Rn. 19, juris.

<sup>246</sup> *ErfK/Rolfs*, SGB IX, § 167 Rn. 5.

<sup>247</sup> *Hinze*, Teil 4 B I, S. 71.

<sup>248</sup> BAG, Urteil v. 20.11.2014, 2 AZR 755/13, NZA 2015, 612 (612); BAG, Urteil v. 07.02.2012, 1

ABR 46/10, NZA 2012, 744 (745); BAG, Urteil v. 10.12.2009, 2 AZR 198/09, Rn. 18, juris;

*ErfK/Rolfs*, SGB IX, § 167 Rn. 5.

<sup>249</sup> *Gesundheitsmanagement und Krankheit im Arbeitsverhältnis/vom Stein*, Kapitel 5, § 4 Rn. 1.

<sup>250</sup> BAG, Urteil v. 07.02.2012, 1 ABR 46/10, NZA 2012, 744 (744); *Gesundheitsmanagement und Krankheit im Arbeitsverhältnis/vom Stein*, Kapitel 5, § 4 Rn. 1.

<sup>251</sup> *Gesundheitsmanagement und Krankheit im Arbeitsverhältnis/vom Stein*, Kapitel 5, § 4 Rn. 8.

ein bEM einzuleiten ist, sodass grundsätzlich die Möglichkeit besteht, im Falle der Mitwirkung des Arbeitnehmers, dies bereits während der Arbeitsunfähigkeit zu beginnen.<sup>252</sup>

Transparenz und Informationen sind für die positive Umsetzung eines bEM von enormer Bedeutung.<sup>253</sup> Daher muss der Arbeitgeber dem Beschäftigten vor Beginn des bEM die Ziele des Verfahrens nennen.<sup>254</sup> Diese liegen in der Klärung, wie die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit überwunden beziehungsweise dieser in Zukunft vorgebeugt werden kann.<sup>255</sup> Gleichzeitig muss er verdeutlichen, dass grundsätzlich die Frage der Weiterbeschäftigung des Betroffenen thematisiert und hierzu ein ergebnisoffenes Verfahren durchgeführt werden soll, auf das der Arbeitnehmer aktiv Einfluss nehmen und eigene Vorschläge einbringen kann.<sup>256</sup> Dem Betroffenen ist vor allem mitzuteilen, dass die Teilnahme auf freiwilliger Basis erfolgt und er „Herr des Verfahrens“ ist.<sup>257</sup> Dennoch muss der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zur Teilnahme auffordern und offensichtlich darauf hinweisen, dass andernfalls eine Kündigung in Betracht gezogen wird.<sup>258</sup> Weiterhin muss ein Hinweis bezüglich der Datenerhebung und -verwendung erfolgen, der deutlich macht, dass nur solche Daten des Arbeitnehmers erhoben werden, deren Kenntnis erforderlich sind, um ein zielführendes, der Gesundheit und Gesunderhaltung des Arbeitnehmers dienendes bEM zu gewährleisten.<sup>259</sup> In diesem Sinne muss der Arbeitgeber erläutern, welche Daten erhoben, gespeichert und für welche Zwecke sie ihm zugänglich gemacht werden.<sup>260</sup> Darüber hinaus ist der Arbeitnehmer zu informieren, dass die bEM-Unterlagen in einer separaten Akte aufbewahrt werden, die, sofern vorhanden, beim Betriebsarzt verwahrt wird.<sup>261</sup> Diese Hinweise können dem Arbeitnehmer in Schriftform oder im Zuge eines Vorgesprächs übermittelt werden, sodass sie ihm bei der Entscheidung, ob ein bEM stattfinden soll, zur Verfügung stehen.<sup>262</sup>

Ein ordnungsgemäß durchgeführtes bEM bedarf zwingend der ausdrücklichen, aber formlosen, jederzeit widerrufbaren Zustimmung des Betroffenen.<sup>263</sup> Diese kann im Falle der Hinzuziehung externer Stellen sowie der Interessenvertretung jedoch eingeschränkt ausgesprochen werden, sodass die jeweilige Beteiligung ausgeschlossen ist.<sup>264</sup> Des Weiteren bedarf es einer gesonderten Einwilligung des Arbeitnehmers bezüglich der Verwendung seiner Gesundheitsdaten im Rahmen des bEM, da es sich hierbei um besonders sensible Daten i.S.v. Art. 9 I DSGVO<sup>265</sup> handelt.<sup>266</sup> Diese Einwilligung ist nicht konkludent durch die Zustimmung zur generellen Durchführung erteilt.<sup>267</sup>

<sup>252</sup> Beck, NZA 2017, 81 (85); Gesundheitsmanagement und Krankheit im Arbeitsverhältnis/vom Stein, Kapitel 5, § 4 Rn. 10.

<sup>253</sup> Gesundheitsmanagement und Krankheit im Arbeitsverhältnis/vom Stein, Kapitel 5, § 4 Rn. 5.

<sup>254</sup> Arbeitsrecht von A-Z/Koch, Betriebliches Eingliederungsmanagement (BEM)

<sup>255</sup> Arbeitsrecht von A-Z/Koch, Betriebliches Eingliederungsmanagement (BEM)

<sup>256</sup> MHdB ArbR/Kiel, § 113 Rn. 38; Schiefer, RdA 2016, 196 (198).

<sup>257</sup> ErfK/Rolfs, SGB IX, § 167 Rn. 5; MHdB ArbR/Kiel, § 113 Rn. 38.

<sup>258</sup> BAG, Urteil v. 20.11.2014, 2 AZR 755/13, Rn. 32, juris; Kündigungsrecht/Vossen, KSchG, § 1 Rn. 197a; Lepke, Rn. 244.

<sup>259</sup> Arbeitsrecht von A-Z/Koch, Betriebliches Eingliederungsmanagement (BEM); ErfK/Rolfs, SGB IX, § 167 Rn. 5a.

<sup>260</sup> BAG, Urteil v. 20.11.2014, 2 AZR 755/13, NZA 2015, 612 (615).

<sup>261</sup> Beck, NZA 2017, 81 (85).

<sup>262</sup> Schiefer, RdA 2016, 196 (198,199).

<sup>263</sup> Lepke, Rn. 244; Schiefer, RdA 2016, 196 (199).

<sup>264</sup> BVerwG, Beschluss v. 23.06.2010, 6 P 8/09, NZA-RR 2010, 554 (559); Gesundheitsmanagement und Krankheit im Arbeitsverhältnis/vom Stein, Kapitel 5, § 4 Rn. 30.

<sup>265</sup> Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung) (ABl. L 119 S.1, ber. ABl. L 314 S. 72 du ABl. 2018 L 127 S.2)

<sup>266</sup> Deinert, NZA 2010, 969 (973); ErfK/Rolfs, SGB IX, § 167 Rn. 5a.

<sup>267</sup> Deinert, NZA 2010, 969 (973), Schiefer, RdA 2016, 196 (199).

Lehnt der Arbeitnehmer die Durchführung eines bEM ab, ist zu prüfen, ob der Arbeitgeber diesen zuvor ausreichend belehrt hat, sodass es dem Betroffenen überhaupt möglich war, eine Entscheidung zu treffen.<sup>268</sup> Ist dies der Fall, kann von der Aussichtslosigkeit des bEM ausgegangen werden, sodass von einer Durchführung abzusehen ist.<sup>269</sup> Dies hat keine kündigungswirtschaftlich relevanten Konsequenzen für den Arbeitgeber, da er ohne Zustimmung des Arbeitnehmers keine der gesetzlich genannten Stellen kontaktieren darf und demnach kein bEM in die Wege leiten kann.<sup>270</sup> Der Arbeitgeber muss ein bEM nicht mehr als milderes Mittel in Betracht ziehen.<sup>271</sup> Grundsätzlich empfiehlt sich im Hinblick auf die Darlegungs- und Beweislast des Arbeitgebers die Einleitung des bEM einschließlich der Belehrung sowie, im Falle der Verweigerung, diese zu dokumentieren.<sup>272</sup>

#### aa) Mögliche Teilnehmer des bEM

Zwingende Teilnehmer eines bEM sind der Arbeitnehmer sowie der Arbeitgeber beziehungsweise ein Vertreter dessen.<sup>273</sup> Die Teilnahme eines Rechtsanwaltes ist im Rahmen des bEM nur möglich, sofern dies dem ausdrücklichen Willen beider Parteien entspricht, da die Zielerreichung des bEM grundsätzlich keinen rechtlichen Beistand erfordert.<sup>274</sup> Der Betroffene wird jedoch regelmäßig die Beteiligung verlangen können, wenn das Arbeitsverhältnis belastet oder eine Auseinandersetzung zu erwarten ist.<sup>275</sup> Hiervon ist auszugehen, wenn konkrete Anhaltspunkte bestehen, dass der Arbeitgeber eine Kündigung vorbereitet und das bEM nur der Form wegen und nicht gewissenhaft durchführt.<sup>276</sup> Alle weiteren, nachfolgend genannten Vertretungen beziehungsweise externe Stellen sind nur zur Teilnahme berechtigt, wenn der Arbeitnehmer dem zustimmt.<sup>277</sup>

Nach § 167 Abs. 2 SGB IX hat der Arbeitgeber möglichst frühzeitig die in § 176 SGB IX genannten Vertretungen einzuschalten. Bei der Interessenvertretung des § 176 SGB IX handelt es sich beispielsweise um Betriebs- oder Personalräte, welche insbesondere auf die Einhaltung der gesetzlichen Pflichten des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer achten. Ist der Beschäftigte gemäß § 2 Abs. 2 SGB IX schwerbehindert, muss ferner gemäß § 167 Abs. 2 S. 1 SGB IX die Schwerbehindertenvertretung beteiligt werden. Eine erteilte Zustimmung des Integrationsamtes gemäß § 174 Abs. 4 SGB IX steht der Durchführung des bEM jedoch nicht entgegen.<sup>278</sup> Sofern vorhanden, ist der Werks- oder Betriebsarzt gemäß § 167 Abs. 2 S. 2 SGB IX hinzuzuziehen. Dieser spielt in der Praxis bei der Suche nach Möglichkeiten zur Überwindung und Vorbeugung der Arbeitsunfähigkeit eine zentrale Rolle.<sup>279</sup> Sein Sachverstand kann dazu beitragen, festzustellen, ob vom Arbeitsplatz mögliche Gefahren für die Gesundheit des Arbeitnehmers ausgehen und ob diese durch Maßnahmen vermieden werden können.<sup>280</sup> Bestehen begründete Zweifel, ob der Arbeitnehmer den Anforderungen seines Arbeitsplatzes aus gesundheitlichen Gründen auf Dauer gerecht

<sup>268</sup> BAG, Urteil v. 24.03.2011, 2 AZR 170/10, NZA 2011, 992 (993).

<sup>269</sup> BAG, Urteil v. 13.05.2015, 2 AZR 565/14, Rn. 26, juris; MHdB ArbR/Kiel, § 113 Rn. 43.

<sup>270</sup> BAG, Urteil v. 24.03.2011, 2 AZR 170/10, NZA 2010, 992 (994); *Gesamtes Arbeitsrecht/Kerwer*, KSchG, § 1 Rn. 447.

<sup>271</sup> BAG, Urteil v. 10.12.2009, 2 AZR 400/08, NZA 2010, 398 (400); *Kündigungswirtschaft/Vossen*, KSchG, § 1 Rn. 197a; MHdB ArbR/Kiel, § 113 Rn. 43.

<sup>272</sup> *Kempter/Steinat*, NZA 2015, 840 (843); *Schiefer*, RdA 2016, 196 (199).

<sup>273</sup> *Gesundheitsmanagement und Krankheit im Arbeitsverhältnis/vom Stein*, Kapitel 5, § 5 Rn. 17.

<sup>274</sup> LAG, Urteil v. 18.12.2014, 5 Sa 518/14, NZA-RR 2015, 262 (264); MHdB ArbR/Kiel, § 113 Rn. 50.

<sup>275</sup> MHdB ArbR/Kiel, § 113 Rn. 50.

<sup>276</sup> MHdB ArbR/Kiel, § 113 Rn. 50.

<sup>277</sup> *Gesundheitsmanagement und Krankheit im Arbeitsverhältnis/vom Stein*, Kapitel 5, § 5 Rn. 17.

<sup>278</sup> *ErfK/Rolfs*, SGB IX, § 167 Rn. 12.

<sup>279</sup> *Beck*, NZA 2017, 81 (83).

<sup>280</sup> *Schiefer*, RdA 2016, 196 (199).

werden kann, ist der Betroffene aus den arbeitsvertraglichen Treuepflichten dazu verpflichtet, einer Untersuchung zuzustimmen.<sup>281</sup> Grundsätzlich steht jedoch die bloße Beteiligung eines Betriebsarztes der ordnungsgemäßen Durchführung eines bEM nicht gleich.<sup>282</sup>

Trotz der gesetzlich vorgeschriebenen Beteiligung der Interessenvertretung kann eine Durchführung des bEM auch ohne sie ordnungsgemäß ablaufen.<sup>283</sup> Dies ist der Fall, wenn der Arbeitnehmer trotz Aufklärung des Arbeitgebers ihrer Mitwirkung nicht zustimmt.<sup>284</sup> Fehlt eine Interessenvertretung, entbindet dies den Arbeitgeber nicht von der Durchführung des bEM.<sup>285</sup> In diesem Fall erfolgt die Durchführung mit allen anderen in § 167 Abs. 2 SGB IX genannten Stellen und Personen.<sup>286</sup> Aus der Entscheidungsfreiheit des Arbeitnehmers, ob die Interessenvertretung beteiligt werden soll, ist der Schluss zu ziehen, dass dem Arbeitnehmer auch das Recht zusteht, ein bestimmtes Mitglied der Stelle seiner Wahl auszuwählen.<sup>287</sup>

Als weitere externe Stellen können die Agentur für Arbeit, der arbeitsmedizinische Dienst der Krankenkasse sowie die Rentenversicherung beziehungsweise die zuständige Berufsgenossenschaft eingebunden werden.<sup>288</sup> Sind Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben oder begleitenden Hilfe im Arbeitsleben mögliche Lösungsansätze, muss der Arbeitgeber die örtlichen Servicestellen beteiligen.<sup>289</sup>

#### **bb)** Die Rolle des Betriebsrates bei der Durchführung des bEM

Grundsätzlich setzt das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates ein, sobald für den Arbeitgeber eine gesetzliche Handlungspflicht besteht und wegen des Fehlens zwingender Vorgaben betriebliche Regelungen erforderlich sind, um das gesetzliche Ziel zu erreichen.<sup>290</sup> Zu den Pflichten im Rahmen des bEM hat sich der Gesetzgeber jedoch nur in § 167 Abs. 2 S. 1, 6, 7 SGB IX geäußert, woraus gefolgert werden kann, dass das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates gemäß § 87 BetrVG für einzelne Bestandteile des bEM bewusst ausgeschlossen worden ist.<sup>291</sup> Durch eine Entscheidung des BAG gewährt § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG dem Betriebsrat jedoch ein Initiativrecht, das auf die Ausgestaltung des bEM durch die Einführung allgemeiner Verfahrensregeln gerichtet ist.<sup>292</sup> Den Rahmen dieser Betriebsvereinbarungen steckt das BAG jedoch eng ab, sodass große Sorgfalt bei der Erarbeitung dieser geboten ist.<sup>293</sup>

Grundsätzlich steht dem Betriebsrat kein Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG dahingehend zu, bei einem Gespräch im Rahmen des bEM anwesend zu sein.<sup>294</sup> Es

<sup>281</sup> BAG, Urteil v. 12.08.1999, 2 AZR 55/99, NZA 1999, 1209 (1210); *Schiefer*, RdA 2016, 196 (200).

<sup>282</sup> BAG, Urteil v. 20.11.2014, 2 AZR 755/13, NZA 2015, 612 (615); MHdB ArbR/*Zimmermann*, § 198 Rn. 88.

<sup>283</sup> BAG, Urteil v. 17.4.2019, 7 AZR 292/17, NZA 2019, 1355 (1359); *Arbeitsrecht von A-Z/Koch*, Betriebliches Eingliederungsmanagement (BEM).

<sup>284</sup> BAG, Urteil v. 17.4.2019, 7 AZR 292/17, NZA 2019, 1355 (1359); *Arbeitsrecht von A-Z/Koch*, Betriebliches Eingliederungsmanagement (BEM).

<sup>285</sup> BAG, Urteil v. 30.09.2010, 2 AZR 88/09, NZA 2011, 39 (41).

<sup>286</sup> *Gesundheitsmanagement und Krankheit im Arbeitsverhältnis/vom Stein*, Kapitel 5, § 3 Rn. 6; *Schiefer*, RdA 2016, 196 (198).

<sup>287</sup> *Kort*, NZA 2019, 502 (503).

<sup>288</sup> MHdB ArbR/*Kiel*, § 113 Rn. 49.

<sup>289</sup> MHdB ArbR/*Kiel*, § 113 Rn. 49.

<sup>290</sup> *Schiefer*, RdA 2016, 196 (201).

<sup>291</sup> *Schiefer*, RdA 2016, 196 (201).

<sup>292</sup> BAG, Beschluss v. 22.03.2016, 1 ABR 14/14, NZA 2016, 1283 (1283); *Lunk*, NJW 2019, 2349 (2352); *Beck*, NZA 2017, 81 (84).

<sup>293</sup> *Beck*, NZA 2017, 81 (84).

<sup>294</sup> *Lunk*, NJW 2019, 2349 (2352).

besteht auch kein Mitbestimmungsrecht hinsichtlich seiner Beteiligung bei der Umsetzung oder Überprüfung von Maßnahmen, die im bEM beschlossen wurden.<sup>295</sup> Weiter hat das Gericht die Bildung eines Integrationsteams, als gemeinsamer Ausschuss von Arbeitgeber und Betriebsrat, nicht vom Mitbestimmungsrecht gedeckt angesehen.<sup>296</sup> Zudem ist der Begriff der Arbeitsunfähigkeit zwingend durch das Gesetz vorgegeben und darf nicht durch die Betriebsparteien definiert werden.<sup>297</sup> Unmittelbar aus § 167 Abs. 2 S. 7 SGB IX folgt jedoch ein Recht der Interessenvertretung vom Arbeitgeber regelmäßig informiert zu werden, welche Arbeitnehmer innerhalb eines Jahres die bEM-Voraussetzungen erfüllt haben sowie welche Arbeitnehmer der Beteiligung der Interessenvertretung nicht zugestimmt haben.<sup>298</sup> Nur so ist es dem Betriebsrat möglich, sein gesetzlich zugestandenes Überwachungsrecht auszuüben.<sup>299</sup>

Nach § 79 Abs. 1 BetrVG besteht eine allgemeine Schweigepflicht aller Mitglieder bezüglich Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, die jedoch nicht innerhalb des Rates gilt.<sup>300</sup> Die Beteiligung des Betriebsrates im Rahmen des bEM weist jedoch wenig Parallelen mit solchen Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen auf, sondern eher mit der Aufgabe des Betriebsrates die individuellen Rechte des Arbeitnehmers gemäß §§ 81 - 83 BetrVG zu wahren.<sup>301</sup> Daraus ergibt sich, dass ein zum bEM hinzugezogenes Betriebsratsmitglied grundsätzlich einer Schweigepflicht gegenüber anderen Mitgliedern in Bezug auf die in Folge seiner Beteiligung erlangten Informationen unterliegt.<sup>302</sup>

**c)** Weitere Durchführung des bEM

**aa)** Das bEM-Gespräch

Bei der Umsetzung des bEM besteht eine weitgehende Gestaltungsfreiheit der Betroffenen, da weder konkrete Maßnahmen, noch ein bestimmtes Verfahren vorgeschrieben sind.<sup>303</sup> Der Inhalt des bEM ist verlaufs- und ergebnisoffen zu gestalten, sodass den Parteien im Ergebnis keine Mittel beziehungsweise Verfahren vorgeschrieben werden.<sup>304</sup> Das Gesetz vertraut darauf, dass die Einbeziehung des Arbeitgebers, des Arbeitnehmers, der Interessenvertretung und etwaiger externer Stellen sowie die abstrakte Beschreibung des Ziels ausreicht, um den Beteiligten die Vorstellung eines fairen, sachorientierten und auf den Einzelfall bezogenen Gespräches zu vermitteln, in das sie ihren Sachverstand einbringen können.<sup>305</sup> Nach der Rechtsprechung lassen sich aus § 167 Abs. 2 SGB IX jedoch zusätzlich gewisse Mindeststandards ableiten, an denen sich der Arbeitgeber orientieren kann.<sup>306</sup>

Liegt die Zustimmung zur Durchführung vor, bereitet der Arbeitgeber in der Regel im nächsten Schritt ein bEM-Gespräch vor.<sup>307</sup> Er muss allen gesetzlich benannten Teilnehmern die Zustimmung des Arbeitnehmers mitteilen und diese zusammen mit dem Beschäftigten

<sup>295</sup> Beck, NZA 2017, 81 (84).

<sup>296</sup> Beck, NZA 2017, 81 (84).

<sup>297</sup> BAG, Beschluss v. 13.03.2012, 1 ABR 78/10, NJW 2012, 2830 (2830); Schiefer, RdA 2016, 196 (200).

<sup>298</sup> Lunk, NJW 2019, 2349 (2353).

<sup>299</sup> Schiefer, RdA 2016, 196 (201).

<sup>300</sup> Kort, NZA 2019, 502 (503)

<sup>301</sup> Kort, NZA 2019, 502 (503)

<sup>302</sup> Kort, NZA 2019, 502 (504).

<sup>303</sup> BAG, Urteil v. 20.11.2014, 2 AZR 755/13, NJW 2015, 1979 (1981).

<sup>304</sup> BAG, Urteil v. 10.12.2009, 2 AZR 198/09, NZA 2010, 639 (639); Rose/Ghorai, BB 2011, 949 (950).

<sup>305</sup> Lunk, NJW 2019, 2349 (2350).

<sup>306</sup> Gesundheitsmanagement und Krankheit im Arbeitsverhältnis/vom Stein, Kapitel 5, § 4 Rn. 34.

<sup>307</sup> Gesundheitsmanagement und Krankheit im Arbeitsverhältnis/vom Stein, Kapitel 5, § 4 Rn. 16.

zu einem bEM-Gespräch einladen.<sup>308</sup> Zwingend notwendig ist immer die Teilnahme des betroffenen Arbeitnehmers, da das bEM-Gespräch „kein Gespräch „über“ den Erkrankten, sondern eins „mit“ ihm“ darstellt.<sup>309</sup> Reagiert der Beschäftigte nicht auf die Einladung greift die Ablehnungsfiktion des § 146 BGB erst, nachdem der Arbeitgeber ihn unter einer Fristsetzung und Hinweis auf die Folgen der Ablehnung erneut eingeladen hat.<sup>310</sup> Da Schweigen nicht als Ablehnung zu werten ist, empfiehlt es sich bereits bei der ersten Einladung eine konkrete Frist zu setzen.<sup>311</sup>

Ein bEM- Gespräch als offener Suchprozess ist ernsthaft zu führen und darf nicht lediglich formal abgearbeitet werden.<sup>312</sup> Es dürfen keine vernünftigerweise in Betracht kommenden Optionen außer Acht gelassen werden<sup>313</sup>, sodass jede Möglichkeit, die die Arbeitsfähigkeit wiederherstellen und erhalten kann, zu berücksichtigen und der Inhalt und ihr Aufwand zu analysieren ist.<sup>314</sup> Jeder Beteiligte des bEM soll alle ihm sinnvoll erscheinenden Aspekte und Lösungsmöglichkeiten in das Gespräch einbringen.<sup>315</sup>

Demgemäß genügt der Arbeitgeber den Mindestanforderungen nur, wenn er alle gesetzlich genannten Stellen beteiligt und gemeinsam mit diesen eine Lösung im Sinne des bEM sucht, indem er alle in Frage kommenden Möglichkeiten berücksichtigt.

#### **bb)** Analyse der momentanen Situation

Im Mittelpunkt des ersten bEM-Gespräches steht eine aktuelle Bestandsaufnahme.<sup>316</sup> Diese bezieht sich in der Regel auf die Klärung der grundlegenden Ursachen der Leistungsunfähigkeit und der Frage, inwiefern diese auf betriebliche Ursachen zurückzuführen sind.<sup>317</sup> Gleichzeitig wird erstmals zusammengetragen, welche denkbaren Leistungsmöglichkeiten aus Sicht der Beteiligten bestehen.<sup>318</sup> In der Regel werden die Umstände in einem zweiten Gespräch erneut analysiert, mögliche Maßnahmen besprochen und im besten Falle direkt festgelegt.<sup>319</sup> Für den Beschäftigten besteht keine Pflicht konkrete Ursachen seiner Krankheit zu nennen, da dies gegen den Grundsatz der umfassenden Freiwilligkeit des bEM spricht.<sup>320</sup> Da dadurch jedoch manche erfolgversprechenden Maßnahmen eventuell nicht erkannt werden können, ist es eine Obliegenheit des Beschäftigten, die Durchführung des bEM aktiv mitzugestalten, um einer Kündigung entgegen zu wirken.<sup>321</sup>

Auch wenn keine gesetzlichen Formerfordernisse bestehen, empfiehlt es sich, den Verlauf des Gespräches in einem gemeinsamen Protokoll, das von einem einvernehmlich bestimmten Teilnehmer geführt wird, zu dokumentieren.<sup>322</sup> Hierbei sind besonders die in Betracht kommenden Möglichkeiten zur Vermeidung der Arbeitsunfähigkeit schriftlich

<sup>308</sup> Gesundheitsmanagement und Krankheit im Arbeitsverhältnis/*vom Stein*, Kapitel 5, § 4 Rn. 16; *Schiefer*, RdA 2016, 196 (200).

<sup>309</sup> Gesundheitsmanagement und Krankheit im Arbeitsverhältnis/*vom Stein*, Kapitel 5, § 4 Rn. 19.

<sup>310</sup> *Lunk*, NJW 2019, 2349 (2351).

<sup>311</sup> *Sasse/Schönfeld*, RdA 2016, 346 (351).

<sup>312</sup> Gesundheitsmanagement und Krankheit im Arbeitsverhältnis/*vom Stein*, Kapitel 5, § 4 Rn. 38.

<sup>313</sup> BAG, Urteil v. 10.12.2009, 2 AZR 198/09, NZA 2010, 639 (640); *Schiefer*, RdA 2016, 196 (200).

<sup>314</sup> *Rose/Ghorai*, BB 2011, 949 (950).

<sup>315</sup> BAG, Urteil v. 10.12.2009, 2 AZR 198/09, NZA 2010, 639 (639).

<sup>316</sup> *Hinze*, Teil 4 C I, S. 153.

<sup>317</sup> *Kempter/Steinat*, NZA 2015, 840 (843).

<sup>318</sup> *Kempter/Steinat*, NZA 2015, 840 (843); *MHdB ArbR/Kiel*, § 113 Rn. 52.

<sup>319</sup> *Kempter/Steinat*, NZA 2015, 840 (843).

<sup>320</sup> *Hinze*, Teil 4 C I, S. 153.

<sup>321</sup> *Hinze*, Teil 4 C II, S. 154.

<sup>322</sup> *Kempter/Steinat*, NZA 2015, 840 (843); *Schiefer*, RdA 2016, 196 (200).



festzuhalten.<sup>323</sup> Es empfiehlt sich, eine Rangfolge der Maßnahmen und gleichzeitig einen konkreten Ablaufplan zu vereinbaren und diesen dem Protokoll beizufügen.<sup>324</sup>

#### **cc)** Mögliche Ergebnisse des bEM-Gesprächs

Als Ergebnisse des bEM, und damit als milderes Mittel der Kündigung, kommen insbesondere die Schaffung eines leidensgerechten Arbeitsplatzes oder eine generelle Umgestaltung desselben wie auch die Umsetzung auf einen anderen Arbeitsplatz zu geänderten Arbeitsbedingungen in Betracht.<sup>325</sup> In diesen Fällen sind die Veränderung des Arbeitsablaufes, die Ermöglichung von Home-Office, der Einsatz von technischen Hilfsmitteln sowie die Arbeitszeitreduzierung zu erwägen.<sup>326</sup> Regelmäßig wird auch eine stufenweise Wiedereingliederung gemäß § 44 SGB IX beziehungsweise gemäß § 74 SGB V gewählt, durch die der Arbeitnehmer individuell schonend aber dennoch kontinuierlich an die Belastung seines Arbeitsplatzes herangeführt wird.<sup>327</sup> Weiterhin sind Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben gemäß § 49 SGB IX oder begleitende Hilfen im Arbeitsleben gemäß § 185 SGB IX mögliche Lösungsansätze.<sup>328</sup> Ergänzend zu den arbeitsplatzbezogenen Maßnahmen können auch auf den Arbeitnehmer ausgerichtete private Hilfestellungen zu einer Verbesserung der Arbeitsfähigkeit führen.<sup>329</sup> So kann ein mögliches Ergebnis in der Empfehlung einer Therapie oder sonstiger Maßnahmen der medizinischen Rehabilitation liegen.<sup>330</sup> In diesem Fall ist der Arbeitgeber jedoch angewiesen eine angemessene Frist zu setzen, in der der Beschäftigte die außerbetrieblichen Leistungen zu beantragen hat.<sup>331</sup>

Ein ordnungsgemäßes bEM endet durch das formelle Protokollieren der im Suchprozess gefundenen Ergebnisse und Maßnahmen beziehungsweise durch das Nichtfinden solcher Ergebnisse, sodass der Arbeitgeber seine Pflicht aus § 167 Abs. 2 SGB IX erfüllt hat.<sup>332</sup> Zudem kann die Durchführung des bEM dadurch beendet werden, dass der Beschäftigte trotz ordnungsgemäßer Belehrung dem bEM nicht zustimmt beziehungsweise seine Zustimmung widerruft, er eine Maßnahme abbricht oder trotz Fristsetzung nicht an ihr mitwirkt.<sup>333</sup> Stellt sich im Verlauf des Gespräches heraus, dass die Erkrankung ausgeheilt und somit das Leistungshindernis beseitigt ist, kann das bEM beendet werden.<sup>334</sup> Weiterhin ist das bEM auch dann entbehrlich beziehungsweise kann beendet werden, wenn nach Einschätzung aller Beteiligten die Durchführung aufgrund der fortbestehenden Erkrankung nicht dazu führen wird, dass der Arbeitnehmer seine vertraglichen Arbeitsleistungen wieder erfüllen kann.<sup>335</sup>

#### **d)** Kündigungsrechtliche Folgen des bEM

##### **aa)** Ordnungsgemäße Durchführung

Führt das bEM zu einem positiven Ergebnis, welches die Arbeitsfähigkeit des Beschäftigten in einem gewissen Maße wiederherstellt, ist der Arbeitgeber grundsätzlich verpflichtet, die empfohlene Maßnahme vor Ausspruch der Kündigung als milderes Mittel umzusetzen,

<sup>323</sup> *Hinze*, Teil 4 C III, S. 162.

<sup>324</sup> *Hinze*, Teil 4 C III, S. 162.

<sup>325</sup> *MHdB ArbR/Zimmermann*, § 198 Rn. 89.

<sup>326</sup> *Kempter/Steinat*, NZA 2015, 840 (843).

<sup>327</sup> *KassKomm/Hess*, SGB V, § 74 Rn. 2.

<sup>328</sup> *MHdB ArbR/Zimmermann*, § 198 Rn. 89.

<sup>329</sup> *MHdB ArbR/Kiel*, § 113 Rn. 54.

<sup>330</sup> *MHdB ArbR/Kiel*, § 113 Rn. 54.

<sup>331</sup> BAG, Urteil v. 10.12.2009, 2 AZR 400/08, NZA 2010, 398 (400); *MHdB ArbR/Kiel*, § 113 Rn. 54.

<sup>332</sup> *Hinze*, Teil 4 C V, S. 172.

<sup>333</sup> *Kempter/Steinat*, NZA 2015, 840 (844).

<sup>334</sup> *MHdB ArbR/Kiel*, § 113 Rn. 52.

<sup>335</sup> *MHdB ArbR/Kiel*, § 113 Rn. 52.

sofern es in seiner alleinigen Macht steht.<sup>336</sup> Ist zur Umsetzung die Einwilligung oder Beteiligung des Beschäftigten vonnöten, muss der Arbeitgeber diesen auffordern, die Maßnahmen durchzuführen, eine angemessene Frist hierzu setzen sowie erneut auf die Folge einer Kündigung hinweisen.<sup>337</sup>

Kündigt der Arbeitgeber ohne die Maßnahmen durchzuführen, kann ihm nicht der Vorwurf einer vorschnellen Kündigung gemacht werden, sofern er im Einzelnen nachvollziehbar darlegt, das bEM ordnungsgemäß eingeleitet und unter der Berücksichtigung der gesetzlichen Mindeststandards durchgeführt zu haben.<sup>338</sup> Er muss ausführlich erläutern und belegen, warum die erzielten Maßnahmen undurchführbar sind oder selbst eine Umsetzung letztlich nicht zu den gewünschten Zielen geführt hätte.<sup>339</sup> Diesem Vortrag kann der Beschäftigte in der Regel durch einfaches Bestreiten entgegenzutreten, sodass den Arbeitnehmer erneut die Darlegungs- und Beweislast trifft.<sup>340</sup>

Wird ein bEM ordnungsgemäß durchgeführt, führt jedoch zu dem Ergebnis, dass für den konkreten Einzelfall keine Möglichkeit besteht, die Arbeitsunfähigkeit zu überwinden beziehungsweise zu vermeiden, genügt der Arbeitgeber seiner Darlegungs- und Beweislast nach § 1 Abs. 2 S. 4 KSchG, wenn er auf diesen Umstand hinweist und pauschal behauptet, es bestehe keine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit.<sup>341</sup> Nun obliegt dem darlegungspflichtigen Beschäftigten zu verdeutlichen, wie er sich eine entsprechende Weiterbeschäftigung vorstellt.<sup>342</sup> Er genügt seiner Darlegungslast jedoch nicht bereits dadurch, dass er auf Möglichkeiten verweist, die während der Durchführung des bEM thematisiert und verworfen worden sind.<sup>343</sup> Gleiches gilt für nicht behandelte Vorschläge, da der Arbeitnehmer diese bereits in das bEM hätte einbringen müssen.<sup>344</sup> Nun muss der Arbeitgeber detailliert vortragen, dass sich aus einem von ihm eingeleiteten und durchgeführten bEM keine mögliche Lösung einer vertragsgerechten Beschäftigung ergeben hat.<sup>345</sup> Das zuständige Gericht muss durch den Vortrag feststellen können, dass der Arbeitgeber den gesetzlichen Mindeststandards und Hinweispflichten nachgekommen ist.<sup>346</sup> Liegen folglich die Voraussetzungen der ordnungsgemäßen Einleitung und Durchführung des bEM ohne positives Ergebnis vor, kann die Kündigung ausgesprochen werden.

#### **bb)** Ordnungswidrige Durchführung

Da es sich bei der Systematik des bEM um keine formelle Wirksamkeitsvoraussetzung der Kündigung<sup>347</sup>, sondern um eine gesetzliche Obliegenheit des Arbeitgebers, mildere Mittel gegenüber einer solchen Kündigung zu finden, handelt<sup>348</sup>, ist umstritten, welche kündigungrechtlichen Auswirkungen es hat, wenn das bEM vor Ausspruch der Kündigung nicht

<sup>336</sup> BAG, Urteil v. 10.12.2009, 2 AZR 400/08, NZA 2010, 398 (399); BAG, Urteil v. 10.12.2009, 2 AZR 198/09, NZA 2010, 639 (641); Schaub ArbR-HdB/Linck, XIV. Buch, § 131 Rn. 9.

<sup>337</sup> BAG, Urteil v. 10.12.2009, 2 AZR 400/08, NZA 2010, 398 (400).

<sup>338</sup> MHdB ArbR/Kiel, § 113 Rn. 67

<sup>339</sup> Evermann, NZA 2019, 1465 (1466); MHdB ArbR/Kiel, § 113 Rn. 60.

<sup>340</sup> BAG, Urteil v. 10.12.2009, 2 AZR 400/08, NZA 2010, 398 (400); ErfK/Rolfs, SGB IX, § 167 Rn. 8.

<sup>341</sup> BAG, Urteil v. 10.12.2009, 2 AZR 400/08, NZA 2010, 398 (399).

<sup>342</sup> BAG, Urteil v. 10.12.2009, 2 AZR 400/08, NZA 2010, 398 (399).

<sup>343</sup> BAG, Urteil v. 10.12.2009, 2 AZR 400/08, NZA 2010, 398 (399); Evermann, NZA 2019, 1465 (1466).

<sup>344</sup> Evermann, NZA 2019, 1465 (1466).

<sup>345</sup> MHdB ArbR/Kiel, § 113 Rn. 62.

<sup>346</sup> BAG, Urteil v. 20.11.2014, 2 AZR 755/13, NZA 2015, 612 (615); MHdB ArbR/Kiel, § 113 Rn. 62.

<sup>347</sup> BAG, Urteil v. 13.05.2015, 2 AZR 565/14, NJW 2016, 106 (109); BAG, Urteil v. 20.11.2014, 2 AZR 755/13, NZA 2015, 612 (615); Schiefer, RdA 2016, 196 (197).

<sup>348</sup> Beck, NZA 2017, 81 (84); MHdB ArbR/Kiel, § 113 Rn. 58.

oder fehlerhaft durchgeführt wurde.<sup>349</sup> Auch wenn der Gesetzgeber nicht ausdrücklich geregelt hat, ob und welche Sanktionen die Folge sind, liegt keine kündigungrechtliche Irrelevanz vor.<sup>350</sup> Unstrittig ist, dass die Nichtdurchführung oder fehlerhafte Durchführung des bEM keine Kündigungssperre darstellt, sich jedoch erheblich auf den Kündigungsschutzprozess auswirken kann.<sup>351</sup> Die Rechtsprechung hält das bEM für einen maßgeblichen Gesichtspunkt im Rahmen der Interessenabwägung, sodass die Nichtdurchführung oder fehlerhafte Durchführung erhebliche Folgen für die Darlegungs- und Beweislast des Arbeitgebers hat.<sup>352</sup> Nach herrschender Ansicht entsteht diese Darlegungslast jedoch erst durch eine entsprechende Rüge des Beschäftigten, da das Arbeitsgericht nicht von Amts wegen ermittelt, ob ein ordnungsgemäßes bEM stattgefunden hat.<sup>353</sup>

Hat der Arbeitgeber entgegen § 167 Abs. 2 SGB IX kein bEM durchgeführt, dürfen hierdurch keine darlegungs- und beweisrechtlichen Vorteile für ihn entstehen, sodass er nicht pauschal behaupten kann, es bestehe keine alternative, der Erkrankung entsprechende Beschäftigungsmöglichkeit für den Arbeitnehmer.<sup>354</sup> Rügt der Beschäftigte, dass der Arbeitgeber keine Initiative ergriffen hat, ein bEM in die Wege zu leiten, muss dieser ausführlich darlegen, dass sich ein solches als objektiv nutzlos erwiesen hätte.<sup>355</sup> Er muss umfassend und detailliert erläutern, warum weder der Einsatz an dem bisherigen Arbeitsplatz noch dessen Anpassung, noch eine Versetzung auf einen anderen Arbeitsplatz mit geänderten Bedingungen möglich ist.<sup>356</sup> Folglich muss er deutlich machen, warum ein bEM unter keinen Umständen zu einem positiven Ergebnis geführt hätte, welches dazu beigetragen hätte, ein milderes Mittel gegenüber der Kündigung finden zu können, um zukünftigen Fehlzeiten vorzubeugen und so das Arbeitsverhältnis zu erhalten.<sup>357</sup> Die Anforderungen der Darlegungs- und Beweislast des Arbeitgebers liegen entsprechend hoch, dürfen jedoch nicht überspannt werden.<sup>358</sup> Auch wenn die Parteien einen großen Spielraum bei der Durchführung des bEM haben, führt dies nicht dazu, dass der Arbeitgeber im Falle des Unterlassens jede nur mögliche Maßnahme ausschließen können muss.<sup>359</sup> Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verlangt lediglich die Prüfung vernünftigerweise in Betracht kommender Anpassungs- und Änderungsmöglichkeiten, die an sich geeignet sind, weitere Fehlzeiten zu verhindern, sofern sie dem Arbeitgeber zumutbar sind.<sup>360</sup> Eine an den Entgeltfortzahlungskosten orientierte Grenze, wie im Falle des leidensgerechten Arbeitsplatzes, kommt im Rahmen des bEM nicht in Betracht, da die Aussage, Aufwendungen, die diese Kosten übersteigen, seien bereits unverhältnismäßig, zu kurz greift.<sup>361</sup> Dem Arbeitgeber kann mehr zugemutet werden, wenn die Ursachen für die Arbeitsunfähigkeit im Betrieb

<sup>349</sup> ErfK/Rolfs, SGB IX, § 167 Rn. 10; Tschöpe, Teil 3E Rn. 83.

<sup>350</sup> Lepke, Rn. 246, 247.

<sup>351</sup> Schiefer, RdA 2016, 196 (202).

<sup>352</sup> ErfK/Oetker, KSchG, § 1 Rn. 151a; Lepke, Rn. 293; Lunk, NJW 2019, 2349 (2351).

<sup>353</sup> Lepke, Rn. 293; MHdB ArbR/Kiel, § 113 Rn. 61; Rupp, NZA 2017, 361 (362).

<sup>354</sup> BAG, Urteil v. 10.12.2009, 2 AZR 400/08, NZA 2010, 398 (399); ); BAG, Urteil v. 23.04.2008, 2 AZR 1012/06, NZA-RR 2008, 515 (517); BAG, Urteil v. 12.07.2007, 2 AZR 716/06, NZA 2008 173 (177); Kempter/Steinat, NZA 2015, 840 (845); Küttner Personalbuch/Eisemann, Kündigung, personenbedingte Rn. 47.

<sup>355</sup> MHdB ArbR/Kiel, § 113 Rn. 58.

<sup>356</sup> BAG, Urteil v. 13.05.2015, 2 AZR 565/14, NZA 2015, 1249 (1249); BAG, Urteil v. 10.12.2009, 2 AZR 400/08, NZA 2010, 398 (399); Küttner Personalbuch/Eisemann, Kündigung, personenbedingte Rn. 47.

<sup>357</sup> BAG, Urteil v. 20.11.2014, 2 AZR 755/13, NZA 2015, 612 (615); Kempter/Steinat, NZA 2015, 840 (844).

<sup>358</sup> MHdB ArbR/Kiel, § 113 Rn.64; Rupp, NZA 2017, 361 (364).

<sup>359</sup> MHdB ArbR/Kiel, § 113 Rn.64.

<sup>360</sup> Hinze, Teil 4 C II 2, S. 159; Hoffmann-Remy, NZA 2016, 267 (270); MHdB ArbR/Kiel, § 113 Rn. 64.

<sup>361</sup> Hinze, Teil 4 C II 2, S. 160.

und somit in seinem Einflussbereich liegen.<sup>362</sup> Daher dient der Klärungsprozess des bEM der Erleichterung des Arbeitgebers, um den Rahmen des für ihn Zumutbaren zu klären und Rechtssicherheit zu erlangen.<sup>363</sup> Hat der Arbeitgeber ausführlich die objektive Nutzlosigkeit des bEM erläutert, ist es Sache des Beschäftigten zu den einzelnen Punkten Stellung zu nehmen und selbst darzulegen, wie er sich persönlich eine entsprechende Beschäftigung vorstellt, die zukünftigen Fehlzeiten vorbeugt.<sup>364</sup>

Die verschärfte Darlegungs- und Beweislast des Arbeitgebers im Falle der Nichtdurchführung gilt auch, wenn der Beschäftigte die nicht ordnungsgemäße Durchführung des bEM oder die Nichterfüllung der gesetzlichen Mindeststandards rügt.<sup>365</sup> Besteht bei der Durchführung des bEM ein schwerwiegender Mangel, weil der Arbeitgeber die gesetzlichen Mindeststandards nicht eingehalten hat, muss dieser darlegen, dass das Verfahren trotz des Mangels ordnungsgemäß verlaufen ist.<sup>366</sup> Beteiligt der Arbeitgeber beispielsweise eine der gesetzlich vorgeschriebenen Stellen nicht, muss er detaillierte Gründe darlegen, warum auf die Beteiligung verzichtet wurde.<sup>367</sup> Eine mögliche Begründung diesbezüglich ist zum Beispiel die nicht vorhandene Einwilligung des Arbeitnehmers.<sup>368</sup>

## 2. Der leidensgerechte Arbeitsplatz

Der Begriff des leidensgerechten Arbeitsplatzes ist nicht legal definiert.<sup>369</sup> In § 164 Abs. 4 SGB IX finden sich allerdings Ansätze zur Begriffserläuterung.<sup>370</sup> Hiernach haben schwerbehinderte Arbeitnehmer gegenüber ihrem Arbeitgeber gemäß Abs. 4 Nr. 4 einen Anspruch auf behinderungsgerechte Einrichtung und Unterhaltung der Arbeitsstätten sowie gemäß Abs. 4 Nr. 5 auf Ausstattung ihres Arbeitsplatzes mit den erforderlichen technischen Arbeitshilfen. Folglich hat ein Schwerbehinderter einen Anspruch auf einen Arbeitsplatz, bei dem seine Behinderung kein Hindernis darstellt.<sup>371</sup> Im Jahr 2009 hat das BAG einen solchen Anspruch für alle Arbeitnehmer und nicht nur für solche mit Schwerbehinderung entwickelt.<sup>372</sup> Die neuere Rechtsprechung bestätigt eine Nebenpflicht des Arbeitgebers, einen leidensgerechten Arbeitsplatz zu schaffen.<sup>373</sup> Begründet wird dies durch § 241 Abs. 2 BGB i.V.m. § 611 Abs. 1 BGB, wonach ein Schuldverhältnis jede Partei zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des Anderen verpflichtet.<sup>374</sup> In einem Arbeitsverhältnis entsteht daraus die Pflicht, in Zusammenarbeit die Voraussetzungen für die Durchführung des Vertrages zu schaffen sowie Hindernisse zu beseitigen.<sup>375</sup> Hieraus wird abgeleitet, dass ein Arbeitgeber verpflichtet ist von seinem Direktionsrecht gemäß § 106 GewO erneut

<sup>362</sup> *Hinze*, Teil 4 C II 2, S. 160.

<sup>363</sup> *Hinze*, Teil 4 C II 2, S. 161.

<sup>364</sup> BAG, Urteil v. 20.11.2014, 2 AZR 755/13, NZA 2015, 612 (614); BAG, Urteil v. 10.12.2009, 2 AZR 400/08, NZA 2010, 398 (399); Küttner Personalbuch/*Eisemann*, Kündigung, personenbedingte Rn. 47.

<sup>365</sup> BAG, Urteil v. 24.03.2011, 2 AZR 170/10, NZA 2011, 992 (994); BAG, Urteil v. 10.12.2009, 2 AZR 400/08, NZA 2010, 398 (399); *Hinze*, Teil 5 B I 3, S. 202; *Hoffmann-Remy*, NZA 2016, 267 (269), *Lepke*, Rn. 293.

<sup>366</sup> *Lunk*, NJW 2019, 2349 (2352).

<sup>367</sup> MHdB ArbR/*Kiel*, § 113 Rn. 66.

<sup>368</sup> MHdB ArbR/*Kiel*, § 113 Rn. 66.

<sup>369</sup> *Notzon*, öAT 2019, 180 (180).

<sup>370</sup> *Notzon*, öAT 2019, 180 (180).

<sup>371</sup> *Notzon*, öAT 2019, 180 (180).

<sup>372</sup> BAG, Urteil v. 13.08.2009, 6 AZR 330/08, NZA-RR 2010, 420; *Mückl/Hiebert*, NZA 2010, 1259 (1259).

<sup>373</sup> *Gesundheitsmanagement und Krankheit im Arbeitsverhältnis/vom Stein*, Kapitel 5, § 4 Rn. 54.

<sup>374</sup> *Gesundheitsmanagement und Krankheit im Arbeitsverhältnis/vom Stein*, Kapitel 5, § 4 Rn. 54.

<sup>375</sup> BAG, Urteil v. 19.05.2010, 5 AZR 162/09, NZA 2010, 1119 (1121).

Gebrauch zu machen und die geschuldete Leistung des Arbeitnehmers so festzulegen, dass diesem die Leistungserbringung wieder möglich ist.<sup>376</sup>

**a)** Schaffung eines leidensgerechten Arbeitsplatzes

Aufgrund der Nebenpflicht des Arbeitgebers zur Schaffung eines leidensgerechten Arbeitsplatzes, muss dieser den aktuellen Arbeitsplatz des Betroffenen in zumutbarer Weise leidensgerecht umgestalten, Arbeitsabläufe anpassen oder ihm einen anderen bestehenden Arbeitsplatz zuweisen.<sup>377</sup>

Die Weiterbeschäftigung muss sowohl dem Arbeitnehmer als auch dem Arbeitgeber objektiv möglich sein.<sup>378</sup> Dies setzt voraus, dass ein freier Arbeitsplatz zu gleichwertigen oder geänderten Arbeitsbedingungen vorhanden ist.<sup>379</sup> Selbst die Weiterbeschäftigung zu schlechteren Arbeitsbedingungen, wie zum Beispiel im Falle einer Teilzeitbeschäftigung, kommt in Betracht, wenn dadurch die Vertragsstörungen unterbunden werden können.<sup>380</sup> Ein Arbeitsplatz ist als „frei“ anzusehen, sofern er bis zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung nicht besetzt ist.<sup>381</sup> Dies ist nicht der Fall, wenn ein Arbeitsplatz, beispielsweise in Folge einer Krankheit, nur vorübergehend nicht besetzt ist.<sup>382</sup> Ist ein in Betracht kommender Arbeitsplatz durch einen Leih-Arbeitnehmer belegt, ist dieser hingegen als frei anzusehen.<sup>383</sup> Der Arbeitgeber ist nicht verpflichtet, dem Arbeitnehmer eine Weiterbeschäftigung auf einem freien Arbeitsplatz mit besseren Arbeitsbedingungen als bisher anzubieten.<sup>384</sup> Das KSchG dient lediglich dem Bestandsschutz eines konkreten Arbeitsverhältnisses, ohne einen Anspruch auf eine Beförderung zu bezwecken.<sup>385</sup> Weiterhin muss der Arbeitnehmer für den neuen Arbeitsplatz geeignet sein.<sup>386</sup> Dies setzt voraus, dass er unter Berücksichtigung zumutbarer Einarbeitungs-, Fortbildungs- oder Umschulungszeiten, die Anforderungen des neuen Platzes bewältigen kann.<sup>387</sup> Lehnt der Arbeitnehmer eine ihm zumutbare Ver- oder Umsetzung auf einen anderen Arbeitsplatz ab, kann ihm personenbedingt fristgerecht gekündigt werden.<sup>388</sup>

Eine Umsetzung ist zumutbar, insofern keine betrieblichen Gründe, wirtschaftlichen Erwägungen oder die Rücksichtnahmepflicht gegenüber anderen Arbeitnehmern entgegenstehen.<sup>389</sup> Bei der Bewertung der Zumutbarkeit kann der Ansatz der Entgeltfortzahlungsverpflichtung gemäß § 3 EFZG zu Hilfe genommen werden.<sup>390</sup> Die Zahlung der Entgeltfortzahlungskosten ist für den Arbeitgeber erst dann unzumutbar, wenn über einen Zeitraum von zwei oder drei Jahren jährlich deutlich längere Fehlzeiten als sechs Wochen anfallen.<sup>391</sup>

<sup>376</sup> MüKo/Spinner, BGB, § 611a Rn. 931.

<sup>377</sup> Notzon, öAT 2019, 180 (181).

<sup>378</sup> BAG, Urteil v. 20.06.2013, 2 AZR 583/12, Rn. 21, juris.

<sup>379</sup> BAG, Urteil v. 20.06.2013, 2 AZR 583/12, Rn. 21, juris.

<sup>380</sup> BAG, Urteil v. 29.08.2013, 2 AZR 721/12, Rn. 17, juris; BAG, Urteil v. 20.06.2013, 2 AZR 583/12, Rn. 19, juris; Lepke, Rn. 233.

<sup>381</sup> BAG, Urteil v. 25.10.2012, 2 AZR 552/11, Rn. 29, juris; BAG, Urteil v. 15.12.2011, 2 AZR 42/10, Rn. 24, juris.

<sup>382</sup> BAG; Urteil v. 02.02.2006, 2 AZR 38/05, Rn. 23, 24, juris.

<sup>383</sup> ErfK/Oetker, KSchG, § 1 Rn. 256.

<sup>384</sup> BAG, Urteil v. 30.09.2010, 2 AZR 88/09, Rn. 20, juris; BAG, Urteil v. 29.03.1990, 2 AZR 369/89, Rn. 61, juris

<sup>385</sup> Lepke, Rn. 234.

<sup>386</sup> BAG, Urteil v. 29.08.2013, 2 AZR 721/12, Rn. 18, juris.

<sup>387</sup> BAG, Urteil v. 29.08.2013, 2 AZR 721/12, Rn. 18, juris.

<sup>388</sup> LAG, Urteil v. 13.03.1998, 6 Sa 41/97 und 60/97, juris; Lepke, Rn. 233.

<sup>389</sup> BAG, Urteil v. 19.05.2010, 5 AZR 162/09, NZA 2010, 1119 (1119).

<sup>390</sup> Notzon, öAT 2019, 180 (182)

<sup>391</sup> Notzon, öAT 2019, 180 (182); Mückl/Hiebert, NZA 2010, 1259 (1261).

Folglich sind entsprechende Kosten im Rahmen des leidensgerechten Arbeitsplatzes als unzumutbare Aufwendungen zu qualifizieren.<sup>392</sup> Dieser Ansatz kann jedoch nur als Leitlinie herangezogen werden, da es grundsätzlich einer Würdigung aller Umstände des Einzelfalls bedarf, um zu entscheiden, ob die Umsetzung dem Arbeitgeber zumutbar ist oder nicht.<sup>393</sup> Weiterhin kommt eine Versetzung nur in Frage, wenn dadurch eine Besserung des Gesamtzustandes des Arbeitnehmers zu erwarten ist oder fehlzeitenbedingte Nachteile für den Betrieb vermindert werden können.<sup>394</sup>

#### b) Problem des fehlenden leidensgerechten Arbeitsplatzes

Grundsätzlich ist der Arbeitgeber nicht verpflichtet, einen bisher nicht vorhandenen, nur für den Arbeitnehmer geeigneten freien Arbeitsplatz zu schaffen oder auf das Freiwerden eines bereits bestehenden aber besetzten Platzes zu warten.<sup>395</sup> Lediglich wenn bis zum Ablauf der Kündigungsfrist vorhersehbar ist beziehungsweise mit hinreichender Wahrscheinlichkeit feststeht, dass der Arbeitsplatz frei wird, besteht eine solche Verpflichtung des Arbeitgebers.<sup>396</sup> Weiterhin kann zur Schaffung eines leidensgerechten Arbeitsplatzes nicht verlangt werden, einen anderen Arbeitnehmer zu entlassen.<sup>397</sup>

Steht nach Ansicht des Arbeitgebers in naher Zukunft kein leidensgerechter Arbeitsplatz im Betrieb zur Verfügung, trifft ihn gemäß § 1 Abs. 2 S. 4 KSchG die Darlegungs- und Beweislast, wobei von einer abgestuften Darlegungslast auszugehen ist.<sup>398</sup> Bestreitet der Arbeitnehmer die Aussage, nicht mehr auf seinem bisherigen Arbeitsplatz beschäftigt werden zu können, genügt der Arbeitgeber seiner Darlegungs- und Beweislast, wenn er Gründe benennt, aus denen sich eine fehlende Weiterbeschäftigungsmöglichkeit zu den bisherigen Bedingungen ergibt.<sup>399</sup> Der Arbeitgeber ist nicht verpflichtet, unter Erläuterung genauer Einzelheiten, darzulegen, dass eine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit nicht besteht.<sup>400</sup> Widerlegt der Arbeitnehmer die Angaben des Arbeitgebers durch detaillierte Ausführungen, in welcher Art er sich eine weitere Beschäftigung vorstellt, muss der Arbeitgeber im Gegenzug ausführlich erläutern, aus welchen Gründen auch diese Weiterbeschäftigung nicht möglich ist.<sup>401</sup>

### E. Der besondere Kündigungsschutz schwerbehinderter Menschen

Die Vorschriften des besonderen Kündigungsschutzes von schwerbehinderten Arbeitnehmern finden sich seit dem 01.01.2018 in den §§ 168 - 175 SGB IX.<sup>402</sup> Inhaltlich entsprechen sie den §§ 85 – 92 SGB IX a. F. <sup>403</sup> Möchte der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis zu einem schwerbehinderten Arbeitnehmer einseitig durch die Kündigung beenden, bedarf es gemäß § 168 SGB IX der vorherigen Zustimmung des Integrationsamtes. Als zusätzliches Erfordernis ist seit dem 01.01.2018 die Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung

<sup>392</sup> Mückl/Hiebert, NZA 2010, 1259 (1261)

<sup>393</sup> Mückl/Hiebert, NZA 2010, 1259 (1262); Notzon, öAT 2019, 180 (182).

<sup>394</sup> Lepke, Rn. 234.

<sup>395</sup> BAG, Urteil v. 28.06.2017, 5 AZR 263/16, NZA 2017, 1528 (1530); BAG, Urteil v. 20.11.2014, 2 AZR 664/13 Rn.25, juris; ErfK/Oetker, KSchG, § 1 Rn. 251; Lepke, Rn. 235.

<sup>396</sup> BAG, Urteil v. 01.03.2007, 2 AZR 650/05 Rn. 24, juris; LAG, Urteil v. 20.01.2000, 8 Sa 1420/99, Rn. 6, 7, juris.

<sup>397</sup> ErfK/Oetker, KSchG, § 1 Rn. 251.

<sup>398</sup> BAG, Urteil v. 20.06.2013, 2 AZR 583/12, Rn. 22, juris.

<sup>399</sup> BAG, Urteil v. 20.06.2013, 2 AZR 583/12, Rn. 22, juris.

<sup>400</sup> BAG, Urteil v. 24.03.1983, 2 AZR 21/82, Rn. 29, juris.

<sup>401</sup> BAG, Urteil v. 25.10.2012, 2 AZR 552/11, Rn. 30, juris; BAG, Urteil v. 01.02.2007, 2 AZR 650/05, Rn. 21, juris; BAG Urteil v. 15.08.2002, 2 AZR 195/01, Rn.17, juris.

<sup>402</sup> Hromadka/Maschmann, § 10 Rn. 249; Klein, NJW 2017, 852 (852).

<sup>403</sup> Klein, NJW 2017, 852 (852).

gemäß § 178 Abs. 2 SGB IX erforderlich, denn nur wenn diese ordnungsgemäß beteiligt worden ist, ist eine wirksame Kündigung möglich.<sup>404</sup>

## I. Geschützter Personenkreis

Im Falle einer arbeitgeberseitigen Kündigung genießen schwerbehinderte Arbeitnehmer gemäß §§ 168 ff. SGB IX einen besonderen Kündigungsschutz. Der Begriff der Behinderung ist in § 2 SGB IX legal definiert. Gemäß Abs. 1 SGB IX sind Menschen als behindert anzusehen, wenn sie körperliche, seelische, geistige oder Sinnesbeeinträchtigungen haben, die mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweichen und den Betroffenen an der Teilhabe am Leben in der Gesellschaft beeinträchtigen.<sup>405</sup> Eine Schwerbehinderung liegt gemäß Abs. 2 SGB IX vor, sofern ein GdB von mindestens 50 festgestellt wurde. Schwerbehinderten Menschen gleichzustellen sind gemäß Abs. 3 SGB IX solche mit einem GdB von mindestens 30, wenn sie aufgrund ihrer Behinderung ohne die Gleichstellung einen geeigneten Arbeitsplatz nicht erlangen beziehungsweise behalten können. Die Behinderung sowie der GdB wird auf Antrag des betroffenen Menschen durch zuständige Behörden gemäß § 152 Abs. 1 SGB IX festgestellt. Die Schwerbehinderung tritt unmittelbar kraft Gesetzes ein, sofern die genannten Voraussetzungen des § 2 SGB IX vorliegen, sodass eine zusätzliche behördliche Anerkennung nicht nötig ist.<sup>406</sup> Im Falle des Sonderkündigungsschutzes tritt die rechtliche Wirkung der Schwerbehinderteneigenschaft jedoch nicht bei bloßem Vorliegen der Eigenschaft ein, sondern erst, wenn ein Bescheid über die Schwerbehinderung vorliegt oder ein entsprechender Antrag gestellt wurde.<sup>407</sup> Somit muss die Schwerbehinderteneigenschaft grundsätzlich in einem gerichtlich nachprüfaren behördlichen Verfahren festgestellt worden sein, um den besonderen Kündigungsschutz auszulösen.<sup>408</sup>

Das Zustimmungserfordernis des Integrationsamtes gemäß § 173 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX setzt voraus, dass das Arbeitsverhältnis zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung<sup>409</sup>, ohne Unterbrechung bereits sechs Monate besteht. Bei dieser Wartefrist kommt es nicht auf die tatsächliche Beschäftigung, sondern nur auf den rechtlichen Bestand des Arbeitsverhältnisses an, sodass krankheitsbedingte Unterbrechungen irrelevant sind.<sup>410</sup> Eine Kleinbetriebsklausel, wie sie der allgemeine Kündigungsschutz in § 23 KSchG vorsieht, besteht im Falle des besonderen Schutzes nicht, sodass die Betriebsgröße ohne Belang ist.<sup>411</sup> § 173 SGB IX bestimmt hingegen Ausnahmen, wann trotz Vorliegens einer Behinderung, die Vorschriften des besonderen Kündigungsschutzes keine Anwendung finden. Demnach ist zum Beispiel kein Zustimmungserfordernis vonnöten, wenn der Arbeitnehmer auf einer Stelle i.S.d. § 156 Abs. 2 Nr. 2 - 5 SGB IX beschäftigt ist oder er das 58. Lebensjahr vollendet und einen Anspruch auf eine Abfindung oder Entschädigung hat.<sup>412</sup>

Die Begriffsbestimmungen der Behinderung, Schwerbehinderung sowie die Gleichstellung sind auf Menschen mit einer chronischen Erkrankung zu übertragen, soweit die jeweiligen Voraussetzungen vorliegen.<sup>413</sup> Begründet die chronische Erkrankung eine

<sup>404</sup> Klein, NJW 2017, 852 (852).

<sup>405</sup> Hromadka/Maschmann, § 10 Rn. 249.

<sup>406</sup> BAG, Urteil v. 25.05.1972, 2 AZR 302/71, juris; Besgen, Rn. 8; Kommentar zum Sozialrecht/Roßbach, SGB VI, § 37 Rn. 8.

<sup>407</sup> BAG, Urteil v. 07.03.2002, 2 AZR 612/00, NZA 2002, 1145 (1146).

<sup>408</sup> BAG, Urteil v. 07.03.2002, 2 AZR 612/00, NZA 2002, 1145 (1146).

<sup>409</sup> Klein, NJW 2017, 852 (853).

<sup>410</sup> Lepke, Rn. 456.

<sup>411</sup> ErfK/Rolls, SGB IX, § 168 Rn. 3; Klein, NJW 2017, 852 (852).

<sup>412</sup> SWK Arbeitsrecht/Powietzka, Kündigungsschutz, besonderer Rn. 31.

<sup>413</sup> BT-Drucks. Nr. 14/5074, S. 98 zu § 2.

Schwerbehinderung, genießt der Arbeitnehmer somit zusätzlich den besonderen Kündigungsschutz des SGB IX.<sup>414</sup>

## II. Kenntnis des Arbeitgebers von der Schwerbehinderung

Nach herrschender Meinung richtet sich der Schwerbehindertenschutz danach, ob die Schwerbehinderung im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung festgestellt oder beantragt ist.<sup>415</sup> Somit hängt der besondere Kündigungsschutz nicht davon ab, ob der Arbeitgeber Kenntnis von der Schwerbehinderung hat.<sup>416</sup>

Die Frage des Arbeitgebers nach einer Behinderung ist im Einstellungsgespräch unzulässig.<sup>417</sup> Bei einem bestehenden Arbeitsverhältnis und dem Verstreichen einer Wartefrist von sechs Monaten wird jedoch teilweise die Zulässigkeit einer solchen Frage angenommen, sofern Schutzpflichten gegenüber dem Arbeitnehmer einzuhalten sind.<sup>418</sup> Da die Rechte des besonderen Kündigungsschutzes nicht von Amts wegen gewährt werden, bleibt es dem Betroffenen überlassen, ob er die rechtliche Wirkung in Anspruch nehmen möchte, indem er eine Feststellung beantragt.<sup>419</sup> Weiterhin ergibt sich für den Arbeitnehmer aufgrund des Gebotes der Rechtssicherheit die Obliegenheit im eigenen Interesse für die Kenntnis des Arbeitgebers über die Schwerbehinderung zu sorgen, um den besonderen Kündigungsschutz zu erhalten.<sup>420</sup> Der Arbeitgeber soll ab einem bestimmten Zeitpunkt darauf vertrauen können, dass die Wirksamkeit seiner Kündigung nicht mehr durch eine ihm unbekannte Schwerbehinderung angefochten werden kann.<sup>421</sup> Andernfalls müsste er bei jeder Kündigung vorsorglich die Zustimmung des Integrationsamtes beantragen.<sup>422</sup>

Liegt ein Antrag des Betroffenen auf Feststellung der Schwerbehinderung vor und ist dem Arbeitgeber dieser vor Ausspruch der Kündigung bekannt, muss er die Zustimmung beantragen.<sup>423</sup> Ist die Schwerbehinderung des Arbeitnehmers bereits festgestellt oder beantragt, der Arbeitgeber hat im Zeitpunkt der Kündigung jedoch keine Kenntnis hiervon, greift der besondere Kündigungsschutz nur, wenn der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung die Feststellung beziehungsweise den Antrag auf Feststellung mitteilt.<sup>424</sup> Ist die Drei-Wochen-Frist versäumt, ist der besondere Kündigungsschutz verwirkt.<sup>425</sup> Die Schwerbehinderung findet jedoch im Wege der Interessenabwägung des allgemeinen Kündigungsschutzes Berücksichtigung.<sup>426</sup> Ist die Schwerbehinderung hingegen weder beantragt noch festgestellt, kann der kündigungrechtliche Schutz ausnahmsweise auch dann greifen, wenn die Schwerbehinderung

<sup>414</sup> SWK Behindertenrecht/*Brockmann*, Chronische Krankheit Rn. 20.

<sup>415</sup> BAG, Urteil v. 09.06.2011, 2 AZR 703/09, NZA-RR 2011, 516 (517); Kündigungsrecht/*Vossen*, SGB IX, § 85 Rn. 12; *Hromadka/Maschmann*, § 10 Rn. 253.

<sup>416</sup> BAG, Urteil v. 12.01.2006, 2 AZR 539/05, juris; *ErfK/Rolfs*, SGB IX, § 168 Rn. 6.

<sup>417</sup> Arbeitsrecht von A-Z/*Koch*, Fragerecht des Arbeitgebers; SWK Arbeitsrecht/*Powietzka*, Kündigungsschutz, besonderer Rn.32.

<sup>418</sup> Arbeitsrecht von A-Z/*Koch*, Fragerecht des Arbeitgebers; Gesundheitsmanagement und Krankheit im Arbeitsverhältnis/*Krieger*, Kapitel 4, § 2 Rn. 17; *Künzl*, ArbRAktuell 2012, 235 (236); *Schrader/Siebert*, ArbRAktuell 2012, 157 (158); *Stümper*, öAT 2017, 114 (115).

<sup>419</sup> BAG, Urteil v. 07.03.2002, 2 AZR 612/00, NZA 2002, 1145 (1147).

<sup>420</sup> BAG, Urteil v. 20.01.2005, 2 AZR 675/03, NZA 2005, 689 (690); Kündigungsrecht/*Vossen*, SGB IX, § 85 Rn. 16; *Stümper*, öAT 2017, 114 (115).

<sup>421</sup> Kündigungsrecht/*Vossen*, SGB IX, § 85 Rn. 15.

<sup>422</sup> BAG, Urteil v. 09.06.2011, 2 AZR 703/09, NZA-RR 2011, 516 (516); Kündigungsrecht/*Vossen*, SGB IX, § 85 Rn. 15.

<sup>423</sup> BAG, Urteil v. 07.03.2002, 2 AZR 612/00, NZA 2002, 1145 (1146).

<sup>424</sup> BAG, Urteil v. 12.01.2006, 2 AZR 539/05, NZA 2006, 1035 (1035); Kündigungsrecht/*Vossen*, SGB IX, § 85 Rn. 15.

<sup>425</sup> BAG, Urteil v. 22.09.2016, 2 AZR 700/15, NZA 2017, 304 (305).

<sup>426</sup> *Lepke*, Rn. 459.



offenkundig ist oder der Arbeitnehmer den Arbeitgeber vor Ausspruch der Kündigung über seine körperlichen Beeinträchtigungen und die beabsichtigte Antragstellung informiert hat.<sup>427</sup>

### III. Voraussetzungen jeder arbeitgeberseitigen Kündigung

#### 1. Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung

Bei der Schwerbehindertenvertretung handelt es sich um eine Vertretung aller schwerbehinderten und ihnen gleichgestellten Menschen.<sup>428</sup> Grundsätzlich werden schwerbehinderte Arbeitnehmer durch den Betriebs- oder Personalrat vertreten.<sup>429</sup> Sind jedoch in einem Betrieb mindestens fünf schwerbehinderte Arbeitnehmer nicht nur vorübergehend beschäftigt, sind zusätzlich eine Vertrauensperson sowie ein Stellvertreter zu wählen.<sup>430</sup> Die Aufgaben der Schwerbehindertenvertretung ergeben sich grundlegend aus § 178 SGB IX.<sup>431</sup> Sie ist für die Förderung der Eingliederung schwerbehinderter Menschen in den Betrieb zuständig, vertritt die Interessen der Schwerbehinderten und steht diesen beratend zur Seite.<sup>432</sup> Gleichzeitig beantragt die Schwerbehindertenvertretung bei den zuständigen Stellen Maßnahmen, die den Arbeitnehmern helfen, und befasst sich mit Anregungen und Kritik der Schwerbehinderten.<sup>433</sup> Des Weiteren wacht die Schwerbehindertenvertretung über die Einhaltung der Vorschriften zu Gunsten schwerbehinderter Arbeitnehmer.<sup>434</sup> Der Schwerbehindertenvertretung kommt allerdings grundsätzlich nur eine beratende Funktion zu, wodurch sie ihren besonderen Sachverstand einbringen und die Interessen der Schwerbehinderten darlegen kann.<sup>435</sup>

Die Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung ist gemäß § 178 Abs. 2 SGB IX grundsätzlich so ausgestaltet, dass der Arbeitgeber diese unverzüglich und umfassend über die Kündigungsabsicht zu unterrichten und vor der endgültigen Entscheidung anzuhören hat. Die Unverzüglichkeit fordert, dass der Arbeitgeber die Schwerbehindertenvertretung ohne schuldhaftes Zögern (§ 121 Abs. 1 BGB) zu unterrichten hat, sobald er den Kündigungswillen gebildet hat.<sup>436</sup> Somit ist die Schwerbehindertenvertretung zu unterrichten, bevor der Arbeitgeber den Antrag beim Integrationsamt gemäß § 168 SGB IX gestellt hat, da zu diesem Zeitpunkt bereits der Kündigungswunsch besteht.<sup>437</sup> Wird der Antrag ohne vorherige Anhörung gestellt, hat das Integrationsamt diesen zurückzuweisen.<sup>438</sup> Spricht der Arbeitgeber eine Kündigung ohne Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung aus, ist diese gemäß § 178 Abs. 2 S. 3 SGB IX unwirksam.

#### 2. Zustimmung des Integrationsamtes

Durch § 168 SGB IX wird das Kündigungsrecht des Arbeitgebers im Sinne eines „präventiven Kündigungsschutzes“<sup>439</sup> von der vorherigen Zustimmung des Integrationsamtes

<sup>427</sup> BAG, Urteil v. 07.03.2002, 2 AZR 612/00, NZA 2002, 1145 (1147).

<sup>428</sup> SWK Arbeitsrecht/Düwell, Schwerbehindertenvertretung Rn. 1.

<sup>429</sup> Arbeitsrecht von A-Z/Koch, Schwerbehindertenvertretung; Sozialgesetzbuch IX/Pahlen, SGB IX, § 178 Rn. 5.

<sup>430</sup> Arbeitsrecht von A-Z/Koch, Schwerbehindertenvertretung.

<sup>431</sup> Küttner Personalbuch/Kania, Schwerbehindertenvertretung Rn.3.

<sup>432</sup> Küttner Personalbuch/Kania, Schwerbehindertenvertretung Rn.3.

<sup>433</sup> Küttner Personalbuch/Kania, Schwerbehindertenvertretung Rn.3.

<sup>434</sup> Sozialgesetzbuch IX/Pahlen, SGB IX, § 178 Rn.5.

<sup>435</sup> ErfK/Rolfs, SGB IX, § 178 Rn. 7.

<sup>436</sup> ErfK/Rolfs, SGB IX, § 178 Rn. 9.

<sup>437</sup> LAG, Urteil v. 11.10.2018, 15 Sa 379/18, Rn. 69, juris; Bayreuther, NZA 2017, 87 (90); BeckOKSozR/Brose, SGB IX, § 178 Rn. 48.

<sup>438</sup> Bayreuther, NZA 2017, 87 (90); Kündigungsrecht/Vossen, SGB IX, § 87 Rn. 13.

<sup>439</sup> BeckOKSozR/Gutzeit, SGB IX, § 168 Rn. 3.

abhängig gemacht, sodass die Entscheidung des Arbeitgebers einer staatlichen Kontrolle unterliegt.<sup>440</sup> Daher ist die Zustimmung eine öffentlich-rechtliche Voraussetzung für das Wirksamwerden der arbeitgeberseitigen Kündigung.<sup>441</sup>

Vor Ausspruch der Kündigung eines schwerbehinderten Arbeitnehmers muss der Arbeitgeber gemäß §§ 168, 170 Abs. 1 SGB IX in schriftlicher oder elektronischer Form die Zustimmung des zuständigen Integrationsamtes beantragen.<sup>442</sup> Dieses entscheidet nach freiem pflichtgemäßem Ermessen, indem das Interesse des Arbeitgebers an der Erhaltung seiner Gestaltungsmöglichkeiten gegen das Interesse des schwerbehinderten Arbeitnehmers an der Erhaltung seines Arbeitsplatzes abgewogen wird.<sup>443</sup> Dabei darf es sich nicht allein auf die Angaben des Arbeitgebers verlassen, sondern muss durch eine eigene Untersuchung des Sachverhaltes diese Angaben auf ihre Schlüssigkeit prüfen.<sup>444</sup> Das Integrationsamt muss alle Umstände ermitteln, die erforderlich sind, um die Interessen des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers vergleichen zu können.<sup>445</sup> Hierfür hat das Integrationsamt eine Stellungnahme des zuständigen Arbeitsamtes, des Betriebs- oder Personalrates und der Schwerbehindertenvertretung einzuholen sowie den Schwerbehinderten anzuhören.<sup>446</sup> Maßgeblich für das Interesse des Arbeitnehmers ist, inwiefern die Kündigung die durch die Behinderung bedingte Stellung des Betroffenen im Arbeitsleben betrifft.<sup>447</sup> Allgemeine soziale Interessen sind jedoch unbeachtlich, da diese sich nicht erheblich von nicht schwerbehinderten Arbeitnehmern unterscheiden.<sup>448</sup> Somit prüft das Amt nicht die soziale Rechtfertigung im Sinne des KSchG, sondern lediglich die durch die Behinderung bedingten Auswirkungen auf das Arbeitsverhältnis.<sup>449</sup> Der Ermessensspielraum des Integrationsamtes wird jedoch dadurch begrenzt, dass es sich beim SGB IX um ein Fürsorgegesetz handelt, welches schwerbehinderte Arbeitnehmer vor einer Kündigung aus Gründen der Behinderung schützen soll.<sup>450</sup> Grundsätzlich versucht das Integrationsamt gemäß § 170 Abs. 3 SGB IX eine gütliche Einigung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber zu bewirken. Ist dies jedoch nicht möglich, hat es gemäß § 171 Abs. 1 SGB IX binnen eines Monats nach Eingang des Antrages eine Entscheidung zu treffen und diese dem Arbeitgeber in schriftlicher Form zuzustellen.<sup>451</sup>

In Anlehnung an das Mutterschutzgesetz, muss die schriftliche Zustimmung des Integrationsamtes vor dem Ausspruch der Kündigung vorliegen.<sup>452</sup> Ist dies der Fall, hat der Arbeitgeber gemäß § 171 Abs. 3 SGB IX ab Zustellung des Bescheides einen Monat Zeit die Kündigung gegenüber dem schwerbehinderten Arbeitnehmer auszusprechen.<sup>453</sup> Lässt er die Monatsfrist verstreichen, ohne eine Kündigung auszusprechen, muss das

<sup>440</sup> BeckOKSozR/*Gutzeit*, SGB IX, § 168 Rn. 3.

<sup>441</sup> ErfK/*Rolfs*, SGB IX, § 168 Rn. 1.

<sup>442</sup> *Hromadka/Maschmann*, § 10 Rn. 252.

<sup>443</sup> BVerwG, Urteil v. 02.07.1992, 5 C 51/90, Rn. 23, juris; BeckOKSozR/*Gutzeit*, SGB IX, § 168 Rn. 23; Sozialgesetzbuch IX/*Neumann*, SGB IX, § 168 Rn. 69.

<sup>444</sup> BVerwG, Urteil v. 28.11.1958, V C 32/56, NJW 1959, 998 (998).

<sup>445</sup> BVerwG, Urteil v. 19.10.2995, 5 C 24/93, NZA-RR 1996, 288 (288).

<sup>446</sup> *Hromadka/Maschmann*, § 10 Rn. 255.

<sup>447</sup> BeckOKSozR/*Gutzeit*, SGB IX, § 168 Rn. 4.

<sup>448</sup> BVerwG, Urteil v. 02.07.1992, 5 C 51/90, Rn. 24, juris; BeckOKSozR/*Gutzeit*, SGB IX, § 168 Rn. 4.

<sup>449</sup> BVerwG, Urteil v. 02.07.1992, 5 C 51/90, Rn. 24, juris.

<sup>450</sup> BVerwG, Urteil v. 28.02.1968, V C 33/66, VerwRSpr 1968, 913 (913,914); Sozialgesetzbuch IX/*Neumann*, SGB IX, § 168 Rn. 69.

<sup>451</sup> LAG, Urteil v. 29.01.2004, 5 Sa 1588/03, Rn. 31, juris; *Hromadka/Maschmann*, § 10 Rn. 255; *Lepke*, Rn. 456.

<sup>452</sup> *Lepke*, Rn. 458.

<sup>453</sup> *Arnold*, FD-ArbR 2007, 230151.

Zustimmungsverfahren erneut durchgeführt werden.<sup>454</sup> Spricht der Arbeitgeber eine Kündigung ohne wirksame Zustimmung aus, ist diese nach § 168 SGB IX i.V.m. § 134 BGB nichtig.<sup>455</sup>

#### **IV.** Exkurs: das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG)

Das AGG enthält die Grundvorschriften des Diskriminierungsschutzes.<sup>456</sup> Nach § 1 AGG ist Ziel des Gesetzes Benachteiligungen aus Gründen der Rasse, der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität zu verhindern oder zu beseitigen. Somit zielt das Gesetz nicht auf den Schutz besonderer Personengruppen ab, sondern stellt Kriterien auf, von denen jeder Mensch betroffen sein kann.<sup>457</sup> Die Aufzählung des § 1 AGG ist abschließend, sodass der Anwendungsbereich nicht für die Benachteiligung aufgrund von Merkmalen, die nicht aufgeführt sind, eröffnet ist.<sup>458</sup> Liegt eine rechtswidrige, sozial verwerfliche Benachteiligung aufgrund der genannten Merkmale vor, besteht eine Diskriminierung, die durch § 7 AGG untersagt ist, mit der Folge eines etwaigen Schadensersatz- oder Schmerzensgeldanspruchs gemäß § 15 AGG.<sup>459</sup>

Der Schlüsselbegriff des Diskriminierungsverbotes ist die Benachteiligung, welche in § 3 AGG definiert wird.<sup>460</sup> Demnach liegt gemäß Abs. 1 eine unmittelbare Benachteiligung vor, sofern eine Person wegen eines in § 1 AGG genannten Merkmales eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation. Eine mittelbare Benachteiligung besteht nach Abs. 2 hingegen, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren einzelne Personen wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können. Erforderlich ist ein Vergleich mit einer real existierenden oder, falls diese nicht vorliegt, mit einer fiktiven Vergleichsperson.<sup>461</sup> Bei einer Auswahlentscheidung ist jedoch nicht nur die erfolgreichere Person maßgeblich, sondern alle Beteiligten.<sup>462</sup> Eine Benachteiligung liegt jedoch nicht vor, wenn die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel zur Erreichung des Ziels angemessen und erforderlich sind.<sup>463</sup> Somit ist beispielsweise eine Stellenausschreibung für die Nachtaufsicht in einem Mädcheninternat, in der ausschließlich weibliche Bewerberinnen angesprochen werden, nicht diskriminierend, da das weibliche Geschlecht eine wesentliche und unverzichtbare berufliche Anforderung darstellt.<sup>464</sup>

##### 1. Der Anwendungsbereich des AGG

Der sachliche Anwendungsbereich des AGG umfasst gemäß § 2 Abs. 1 AGG praktisch alle Vereinbarungen und Maßnahmen im Zusammenhang mit der Begründung, Durchführung und Beendigung eines Arbeitsverhältnisses.<sup>465</sup> Der persönliche Anwendungsbereich wird in § 6 AGG festgelegt, wonach das AGG grundsätzlich für Beschäftigte im Sinne des Gesetzes gilt. Der Begriff des Beschäftigten umfasst gemäß Abs. 1 Arbeitnehmer, Auszubildende,

<sup>454</sup> Arbeitsrecht von A-Z/Koch, Schwerbehinderte Menschen.

<sup>455</sup> BAG, Urteil v. 23.05.2013, 2 AZR 991/11, Rn. 18, juris; BAG, Urteil v. 09.06.2011, 2 AZR 703/09, Rn. 14, juris.

<sup>456</sup> Löwisch/Caspers/Klumpp, § 6 Rn. 183.

<sup>457</sup> jurisPK-BGB/Weth/Schmitt, AGG, § 1 Rn. 5.

<sup>458</sup> Schaub ArbR-HdB/Ahrendt, IV. Buch, § 36 Rn. 3.

<sup>459</sup> Hromadka/Maschmann, § 5 Rn. 9.

<sup>460</sup> Hromadka/Maschmann, § 5 Rn. 14.

<sup>461</sup> Junker, § 3 Rn. 159.

<sup>462</sup> Junker, § 3 Rn. 159.

<sup>463</sup> jurisPK-BGB/Weth/Schmitt, AGG, § 1 Rn. 4.

<sup>464</sup> BAG, Urteil v. 28.05.2009, 8 AZR 536/08, NZA 2009, 1016 (1020).

<sup>465</sup> Junker, § 3 Rn. 156.

arbeitnehmerähnliche Personen sowie Bewerber und Personen, deren Arbeitsverhältnis bereits beendet ist.<sup>466</sup>

Das AGG findet gemäß § 2 Abs. 2 – Abs. 4 AGG nur Anwendung, wenn kein anderes Gesetz Vorrang genießt. Gemäß § 2 Abs. 4 AGG gelten für die Kündigung ausschließlich die Bestimmungen des KSchG.<sup>467</sup> Welche Bedeutung dieser Norm zukommt ist umstritten.<sup>468</sup> Nach Auffassung des BAG steht sie jedoch der Anwendung der Diskriminierungsverbote im Rahmen des KSchG nicht entgegen, sodass die Verbote im Rahmen der Sozialwidrigkeit der Kündigung zu beachten sind.<sup>469</sup> § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG ordnet die Unzulässigkeit aus in § 1 AGG genannten Gründen ausdrücklich für Entlassbedingungen und Vereinbarungen in Zusammenhang mit der Beendigung eines Beschäftigungsverhältnisses an.<sup>470</sup> Nach der Rechtsprechung des EuGH umfassen solche Entlassbedingungen besonders die Kündigung.<sup>471</sup> Somit sind die Diskriminierungsverbote des AGG im Rahmen der Prüfung der Sozialwidrigkeit zu beachten.

Fraglich ist, in welcher Weise das AGG bei einer Kündigung innerhalb eines Kleinbetriebes gemäß § 23 KSchG anzuwenden ist. Der Anwendungsbereich des KSchG ist in diesem Fall nicht eröffnet, mit der Folge, dass eine Prüfung der Sozialwidrigkeit nicht stattfindet.<sup>472</sup> Im Falle eines sogenannten Kleinbetriebes, ist zu prüfen, ob die Kündigung gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG verstößt.<sup>473</sup> Wird der Arbeitnehmer durch die Kündigung, aus einem der in § 1 AGG aufgezählten Gründe diskriminiert, ist die Kündigung gemäß § 134 BGB i.V.m. § 7 Abs. 1 S. 1, 3 AGG unwirksam.<sup>474</sup> Auch in dieser Konstellation steht § 2 Abs. 4 AGG der Anwendung nicht entgegen.<sup>475</sup>

## 2. Diskriminierung aufgrund einer Behinderung

Das BAG geht davon aus, dass der Begriff der Behinderung im Sinne des AGG der gesetzlichen Definition des § 2 Abs. 1 S. 1 SGB IX entspricht.<sup>476</sup> Nach der Rechtsprechung des EuGH ist eine Behinderung hingegen dahingehend zu verstehen, dass sie Einschränkungen erfasst, die auf physische, geistige oder psychische Beeinträchtigungen zurückzuführen sind, welche in Wechselwirkung mit unterschiedlichen Barrieren den Betroffenen an der vollen und wirksamen Teilhabe am Berufsleben, gleichberechtigt mit anderen Arbeitnehmern, hindern können und diese Beeinträchtigungen langfristig sind.<sup>477</sup> Nach beiden Ansätzen ist der Grad der Behinderung ohne Belang.<sup>478</sup> Das Benachteiligungsverbot geht somit über den Kreis der Schwerbehinderten hinaus und erfasst alle Menschen, die die Kriterien einer Behinderung erfüllen.<sup>479</sup>

Vergleicht man die beiden Definitionsansätze, wird deutlich, dass der EuGH den Begriff der Behinderung auf Beeinträchtigungen der Teilhabe am Berufsleben beschränkt, während

<sup>466</sup> AGG/Schrader/Schubert, AGG, § 6 Rn. 1.

<sup>467</sup> Junker, § 3 Rn. 156.

<sup>468</sup> BAG, Urteil v. 06.11.2008, 2 AZR 523/07, Rn. 30, juris.

<sup>469</sup> BAG, Urteil v. 06.11.2008, 2 AZR 523/07, Rn. 34, juris.

<sup>470</sup> BAG, Urteil v. 06.11.2008, 2 AZR 523/07, Rn. 36, juris.

<sup>471</sup> EuGH, Urteil v. 11.07.2006, C-13/05, ECLI:EU:C:2006:456 – Chacón Navas, NZA 2006, 839 (840); BAG, Urteil v. 06.11.2008, 2 AZR 523/07, Rn. 36, juris.

<sup>472</sup> BAG, Urteil v. 23.07.2015, 6 AZR 457/14, Rn. 23, juris.

<sup>473</sup> BAG, Urteil v. 23.07.2015, 6 AZR 457/14, Rn. 23, juris.

<sup>474</sup> BAG, Urteil v. 23.07.2015, 6 AZR 457/14, Rn. 23, juris.

<sup>475</sup> BAG, Urteil v. 23.07.2015, 6 AZR 457/14, Rn. 23, juris.

<sup>476</sup> BAG, Urteil v. 13.10.2011, 8 AZR 608/10, Rn. 33, juris.

<sup>477</sup> EuGH, Urteil v. 18.12.2014, C-354/13, ECLI:EU:C:2014:2463 – Fag og Arbejde – FOA, Rn. 53, juris; jurisPK-BGB/Weth/Schmitt, AGG, § 1 Rn. 34.

<sup>478</sup> BAG, Urteil v. 19.12.2013, 6 AZR 190/12, Rn. 57, juris.

<sup>479</sup> BAG, Urteil v. 13.10.2011, 8 AZR 608/10, Rn. 33, juris.

das BAG von solchen in Bezug auf die Teilhabe am Gesellschaftsleben spricht.<sup>480</sup> Auch in der weiteren Auslegung ist der Begriff des EuGH enger gefasst. Nach nationaler Ansicht sind sechs Monate ausreichend, während nach dem Unionsrecht die nationalen Gerichte im Einzelfall entscheiden müssen, ab wann eine Einschränkung als langfristig anzusehen ist.<sup>481</sup> Eine Langfristigkeit liegt jedoch nicht alleine dann vor, wenn sie auf unbestimmte Zeit festgestellt wird, sondern auch, wenn zum Zeitpunkt der Diskriminierung ihr Ende nicht absehbar ist.<sup>482</sup> Darüber hinaus verlangt der nationale Begriff, dass die Beeinträchtigung der Teilhabe bereits eingetreten ist, wohingegen es nach unionsrechtlicher Ansicht ausreicht, dass eine solche Beeinträchtigung eintreten kann.<sup>483</sup> Zugleich ist die Begriffsbestimmung des EuGH so zu verstehen, dass nicht nur die Unmöglichkeit der Ausübung einer beruflichen Tätigkeit, sondern auch lediglich Beeinträchtigungen bei einer solchen Tätigkeit zu einer Behinderung führen können.<sup>484</sup> Um eine einheitliche Begriffsbestimmung zu schaffen, hat das BAG letztlich festgelegt, dass der Behindertenbegriff des § 2 Abs. 1 S. 1 SGB IX nur maßgeblich ist, sofern er weiter als die Definition des Unionsrechts gefasst ist.<sup>485</sup> Ist dies nicht der Fall, ist der Begriff des Unionsrechts zu Grunde zu legen.<sup>486</sup> Demnach ergibt sich ein breit gefächertes Ansatz, welche Umstände letztendlich zu einer Behinderung im Sinne des § 1 AGG und somit zu einem gesonderten Diskriminierungsschutz führen.

#### a) Chronische Krankheit als Behinderung

Bislang sind chronisch Kranke nicht explizit vom AGG erfasst.<sup>487</sup> Durch ein Urteil des EuGH wird jedoch der Kündigungsschutz für diese gestärkt.<sup>488</sup> Die unionsrechtliche Auslegung der Behinderung stellt fest, dass heilbare oder unheilbare Krankheiten unter den Begriff der Behinderung fallen können, sofern sie die zuvor genannten Voraussetzungen zur Folge haben.<sup>489</sup>

Dennoch sind die Begriffe der Krankheit und der Behinderung nach wie vor voneinander zu trennen.<sup>490</sup> Für die Abgrenzung der Behinderung von einer reinen Krankheit muss nach der Rechtsprechung des BAG eine Prognose bezüglich der voraussichtlichen Dauer der Beeinträchtigung erfolgen, wozu es gegebenenfalls der Einholung eines Sachverständigen-gutachtens bedarf.<sup>491</sup> Zu beachten ist jedoch, dass die Dauer sich weder auf die Krankheit, noch auf die Funktionsstörung bezieht, sondern nur auf die Teilhabebeschränkung, welche zwingende Voraussetzung einer Behinderung ist.<sup>492</sup> Auch der EuGH verwendet die Langfristigkeit zur Abgrenzung zwischen Behinderung und Krankheit.<sup>493</sup> Anhaltspunkte, dass eine Einschränkung langfristig ist, sind zum einen, dass im Zeitpunkt des angeblich

<sup>480</sup> jurisPK-BGB/Weth/Schmitt, AGG, § 1 Rn. 35.

<sup>481</sup> BAG, Urteil v. 19.12.2013, 6 AZR 190/12, Rn. 61, juris.

<sup>482</sup> EuGH, Urteil v. 01.12.2016, C-395/15, ECLI:EU:C:2016:917 – Daouidi, EuZW 2017, 263 (266); ErfK/Schlachter, AGG, § 1 Rn. 9.

<sup>483</sup> BAG, Urteil v. 19.12.2013, 6 AZR 190/12, Rn. 61, 62, juris.

<sup>484</sup> EuGH, Urteil v. 18.12.2014, C-354/13, ECLI:EU:C:2014:2463 – Fag og Arbejde – FOA, Rn. 54, juris.

<sup>485</sup> BAG, Urteil v. 19.12.2013, 6 AZR 190/12, Rn. 63, juris.

<sup>486</sup> BAG, Urteil v. 19.12.2013, 6 AZR 190/12, Rn. 65, juris.

<sup>487</sup> Selzer, EuZA 2014, 95 (96).

<sup>488</sup> Selzer, EuZA 2014, 95 (96).

<sup>489</sup> EuGH, Urteil v. 09.03.2017, C-406/15, ECLI:EU:C:2017:198 – Milkova, NZA 2017, 439 (440); EuGH, Urteil v. 11.04.2013, C-335/11 und C-337/11, ECLI:EU:C:2013:222 – HK Danmark, Rn. 41, juris; ErfK/Schlachter, AGG, § 1 Rn. 9.

<sup>490</sup> BAG, Urteil v. 19.12.2013, 6 AZR 190/12, Rn. 59, juris.

<sup>491</sup> ErfK/Schlachter, AGG, § 1 Rn. 9a.

<sup>492</sup> ErfK/Schlachter, AGG, § 1 Rn. 9a; Selzer, EuZA 2014, 95 (100).

<sup>493</sup> EuGH, Urteil v. 01.12.2016, C-395/15, ECLI:EU:C:2016:917 – Daouidi, EuZW 2017, 263; Selzer, EuZA 2014, 95 (100).

diskriminierenden Ereignisses ein kurzfristiges Ende der Arbeitsunfähigkeit des Betroffenen nicht absehbar ist und zum anderen, dass sich diese Unfähigkeit noch erheblich hinziehen kann.<sup>494</sup> Grundsätzlich bestehen keine starren Vorgaben bezüglich der Dauer der Beeinträchtigung, jedoch hat der EuGH bislang die Dauer nicht kürzer als sechs Monate bestimmt.<sup>495</sup> Maßgeblicher Zeitpunkt für die Prognose ist der Zeitpunkt der diskriminierenden Handlung.<sup>496</sup> Eine erhöhte Anfälligkeit für Krankheiten stellt folglich als solche noch keine Behinderung dar, kann jedoch zu einer werden, sofern durch das Grundleiden die Beteiligung an der Teilhabe über längere Zeit erheblich beeinträchtigt wird.<sup>497</sup>

Die Abgrenzung einer Krankheit von einer Behinderung ist nicht immer eindeutig.<sup>498</sup> Insbesondere im Falle einer chronischen Erkrankung lässt die Definition des EuGH jedoch den Schluss zu, dass sie als Behinderung angesehen werden kann, wenn sie die genannten Einschränkungen mit sich bringt.<sup>499</sup> Die Behinderung ist somit zwar von der Krankheit zu unterscheiden, kann aber aus einer solchen resultieren oder mit ihr einhergehen.<sup>500</sup>

#### **b) Unzulässige Benachteiligung wegen einer Behinderung im Arbeitsleben**

Grundsätzlich dürfen behinderte Menschen weder unmittelbar noch mittelbar durch Regelungen oder Maßnahmen, die ungünstige Rechtsfolgen an ihre Behinderung knüpfen, benachteiligt werden. Eine unzulässige mittelbare Benachteiligung des Arbeitnehmers kann vorliegen, wenn der Arbeitgeber aufgrund einer geringen vielseitigen Einsetzbarkeit an den Arbeitsplätzen, einer hohen Fehlzeitquote oder weil die Produktivität des Arbeitnehmers unter einer bestimmten Quote liegt, kündigt.<sup>501</sup> Da der Grad der Behinderung ohne Bedeutung für die Behinderung im Sinne des AGG ist, ist gleichzeitig auch eine unterschiedliche Behandlung mehrerer behinderter Arbeitnehmer aufgrund der Schwere der Behinderung verboten.<sup>502</sup> Weiterhin kann eine Benachteiligung wegen der Behinderung vorliegen, wenn eine Kündigung aufgrund fehlender Einsatzmöglichkeiten ausgesprochen wird, der Arbeitgeber jedoch in der Lage ist, die aus der Behinderung resultierenden Hindernisse durch angemessene Vorkehrungen zu beseitigen.<sup>503</sup> Alleine das Unterlassen angemessener Vorkehrungen zum Erhalt des Arbeitsverhältnisses kann eine Benachteiligung darstellen.<sup>504</sup> Der Arbeitgeber ist verpflichtet ihm zumutbare und verhältnismäßige Vorkehrungen zur Beseitigung der Barrieren zu treffen, die der Teilhabe des behinderten Arbeitnehmers entgegenstehen.<sup>505</sup> Dies kann in Form einer Umgestaltung der Räumlichkeiten, Anpassung der Arbeitsgeräte, des Arbeitsrhythmus oder der Aufgabenverteilung von statten gehen.<sup>506</sup>

Nach der Beweislastregelung des § 22 AGG muss der Benachteiligte grundsätzlich nur Indizien vorlegen, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 genannten Grundes vermuten lassen. Danach trägt der Arbeitgeber, die volle Beweislast, dass keine Benachteiligung

<sup>494</sup> EuGH, Urteil v. 01.12.2016, C-395/15, ECLI:EU:C:2016:917 – Daouidi, EuZW 2017, 263 (266).

<sup>495</sup> Selzer, EuZA 2014, 95 (102).

<sup>496</sup> ErfK/Schlachter, AGG, § 1 Rn. 10.

<sup>497</sup> ErfK/Schlachter, AGG, § 1 Rn. 10.

<sup>498</sup> Stümper, öAT 2017, 114 (114).

<sup>499</sup> EuGH, Urteil v. 11.04.2013, C-335/11 und C-337/11, ECLI:EU:C:2013:222 – HK Danmark, Rn. 41, juris; BAG, Urteil v. 14.01.2015, 7 AZR 880/13, Rn. 42, juris; BAG, Urteil v. 19.12.2013, 6 AZR 190/12, Rn. 70, juris; Stümper, öAT 2017, 114 (114).

<sup>500</sup> Junker, § 3 Rn. 155.

<sup>501</sup> BeckOKArbR/Roloff, AGG, § 1 Rn. 7.

<sup>502</sup> BeckOKArbR/Roloff, AGG, § 1 Rn. 7.

<sup>503</sup> BAG, Urteil v. 19.12.2013, 6 AZR 190/12, NZA 2014, 372 (373).

<sup>504</sup> BAG, Urteil v. 21.04.2016, 8 AZR 402/14, NZA 2016, 1131 (1132).

<sup>505</sup> ErfK/Schlachter, AGG, § 1 Rn. 10.

<sup>506</sup> ErfK/Schlachter, AGG, § 1 Rn. 10.

stattgefunden hat.<sup>507</sup> Kann er dies nicht beweisen, liegt eine Benachteiligung im Sinne des AGG vor, welche gegen § 7 AGG verstößt. Dieser Verstoß kann drei Rechtsfolgen auslösen.<sup>508</sup> Zum ersten kann er die Unwirksamkeit der Vereinbarungen aller Art bezwecken.<sup>509</sup> Weiterhin kann ein Leistungsverweigerungsrecht des betroffenen Arbeitnehmers gemäß § 14 S. 1 AGG entstehen, sofern der Arbeitgeber keine geeigneten Maßnahmen zur Unterbindung der Benachteiligung ergreift.<sup>510</sup> Zuletzt kann der Benachteiligte einen Anspruch auf Schadensersatz und Entschädigung gemäß § 15 AGG erhalten.<sup>511</sup>

## F. Handlungsempfehlung: Wie kann ein chronisch Kranker in der Praxis ordnungsgemäß gekündigt werden?

Für den Arbeitgeber ist in der Praxis von besonderem Interesse, wie er einen chronisch kranken Arbeitnehmer ordentlich kündigen kann, ohne gegen die zuvor genannten Kündigungshindernisse oder besonderen Schutzvorschriften zu verstoßen. Grundsätzlich empfiehlt sich zunächst zu prüfen, ob die Voraussetzungen zur Durchführung eines bEM vorliegen, um den Grund der Kündigung, die Arbeitsunfähigkeit, zu beseitigen oder durch ein negatives Ergebnis das Arbeitsverhältnis beenden zu können. Im Falle der Kündigung eines chronisch Kranken ohne Durchführung eines bEM besteht immer die Gefahr, dass sich dieser im Streitfall auf die Nichtdurchführung beruft. Sind keine triftigen Gründe vorhanden, warum der Arbeitgeber das bEM nicht hätte durchführen können, beziehungsweise warum eine Durchführung nicht das gewünschte Ziel erreicht, wird dies dem Arbeitgeber regelmäßig negativ angelastet, mit der Folge der Gefahr der Unwirksamkeit der Kündigung. Besteht eine zumutbare Möglichkeit für den Arbeitgeber einen leidensgerechten Arbeitsplatz zu schaffen oder durch andere Maßnahmen die Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers zu verhindern, ist eine ordentliche Kündigung nahezu unmöglich, denn die Interessenabwägung wird aufgrund dessen zu Lasten des Arbeitgebers erfolgen. Folglich sollte ein Arbeitgeber, der die ordentliche Kündigung eines chronisch Kranken beabsichtigt, ein bEM durchführen. Zeigt sich im Verlauf des bEM, dass die Arbeitsleistung nicht wiederhergestellt werden kann, ist eine Kündigung als ultima ratio zulässig. Bei der Durchführung des bEM sollte der Arbeitgeber strikt auf die Einhaltung aller gesetzlichen Mindeststandards (Beteiligung der gesetzlich genannten Stellen sowie Berücksichtigung aller in Betracht kommenden Möglichkeiten) achten, da eine fehlerhafte Durchführung in der Interessenabwägung zu seinen Lasten geht. Um ein bEM ordnungsgemäß durchzuführen und somit das gewünschte Ziel, entweder die Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit oder die Beendigung des Arbeitsverhältnisses, zu erreichen, sollte wie folgt vorgegangen werden:

Stellt der Arbeitgeber fest, dass ein Beschäftigter innerhalb des Zeitraumes von einem Jahr länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig erkrankt war beziehungsweise ist, muss er die Initiative gemäß § 167 Abs. 2 SGB IX ergreifen. Der Betroffene ist davon in Kenntnis zu setzen, dass die Absicht der Durchführung eines bEM besteht. Er ist – auch wenn kein Schriftformerfordernis besteht aus Beweissicherungsgründen – schriftlich umfassend über die Grundsätze des bEM zu informieren. In diesem Schreiben sind die Ziele des bEM zu erläutern und insbesondere darauf hinzuweisen, dass Hauptgegenstand der Durchführung die Weiterbeschäftigung des Beschäftigten ist und andernfalls eine Kündigung im Raum steht. Es ist zu betonen, dass ein bEM kein Gespräch über den Beschäftigten darstellt, sondern dieser aktiv an der Gestaltung teilnehmen kann. Des

<sup>507</sup> BAG, Urteil v. 29.06.2017, 8 AZR 402/15, NZA 2018, 33 (38); ErfK/*Schlachter*, AGG, § 22 Rn. 1.

<sup>508</sup> *Junker*, § 3 Rn. 165.

<sup>509</sup> *Junker*, § 3 Rn. 165.

<sup>510</sup> *Junker*, § 3 Rn. 165.

<sup>511</sup> *Junker*, § 3 Rn. 165.

Weiteren sind die gesetzlich vorgeschriebenen Beteiligungen (zuständige Interessenvertretungen nach § 176 SGB IX, Schwerbehindertenvertretung, Betriebsarzt) sowie externe Stellen (Agentur für Arbeit, arbeitsmedizinischer Dienst der Krankenkasse, Rentenversicherung, zuständige Berufsgenossenschaft) zu benennen und darauf hinzuweisen, dass diese auf Wunsch des Arbeitnehmers ausgeschlossen werden können. Darüber hinaus ist auf die Datenerhebung und -verwendung hinzuweisen, um dem Beschäftigten zu verdeutlichen, welche persönlichen Daten letztlich erhoben, behandelt und offengelegt werden. Der Arbeitgeber muss, um Gesundheitsdaten im Rahmen des bEM verwenden zu dürfen, eine gesonderte Einwilligung des Beschäftigten fordern. Insbesondere ist der Beschäftigte darüber in Kenntnis zu setzen, dass die Durchführung des bEM von seiner ausdrücklichen Zustimmung abhängig ist und er diese jederzeit widerrufen kann. Es empfiehlt sich, dem Beschäftigten hierzu eine angemessene Frist zu setzen und die Zustimmung aus Gründen der Darlegungs- und Beweislast in Schriftform zu fordern.

Stimmt der Beschäftigte nach der Belehrung einer Durchführung nicht zu, muss dies aus Beweissicherungsgründen schriftlich festgehalten werden. Der Arbeitgeber braucht das bEM nicht mehr als milderer Mittel zu berücksichtigen und kann eine krankheitsbedingte Kündigung aussprechen. Willigt der Beschäftigte ein, muss der Arbeitgeber alle genehmigten Stellen sowie den Beschäftigten selbst schriftlich zu einem bEM-Gespräch einladen. In diesem Gespräch ist die aktuelle Situation zu analysieren und heraus zu arbeiten, ob und welche betrieblichen oder privaten Gründe es für die Arbeitsunfähigkeit gibt. Anschließend sind die Möglichkeiten zur Beendigung der Arbeitsunfähigkeit und Wiederherstellung der Leistungsfähigkeit zu erörtern. Um eine optimale Lösung zu finden ist der Beschäftigte zu motivieren sich aktiv zu beteiligen. Da es sich bei der Durchführung um einen offenen Suchprozess handelt, ist jede mögliche Option, die eine positive Auswirkung haben könnte, vom Arbeitgeber in Betracht zu ziehen und ausgiebig zu analysieren. Aufgrund der Darlegungs- und Beweislast empfiehlt es sich auch hier zum Schutz der Beteiligten ein Protokoll über das Gesprochene zu führen und dieses am Ende von allen Anwesenden unterschreiben zu lassen.

Führt das bEM zu einem positiven Ergebnis, stellt dies ein milderer Mittel im Sinne des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes dar. Für den Arbeitgeber kann es sich schwierig gestalten, ausführlich darzulegen, warum dieses Ergebnis nicht durchgeführt werden kann und eine Kündigung vorzuziehen ist. Dementsprechend empfiehlt es sich, die Maßnahme durchzuführen und somit dem Beschäftigten die Möglichkeit zur Leistungserbringung zu schaffen. Gleichzeitig entfällt der Grund der krankheitsbedingten Kündigung, sodass es für beide Parteien zu einem positiven Ergebnis kommt. Ergibt die Durchführung des bEM hingegen, dass keine zumutbare Möglichkeit besteht, die Arbeitsunfähigkeit zu unterbinden oder einer solchen vorzubeugen, ist der Arbeitgeber seiner Pflicht zur Suche eines milderer Mittels nachgekommen. Er kann die Kündigung als ultima ratio ordnungsgemäß gegenüber dem Beschäftigten aussprechen.

Auch wenn die Voraussetzungen für die Einleitung des bEM nicht vorliegen, muss der Arbeitgeber vor Ausspruch der Kündigung gleichwohl prüfen, ob eine zumutbare Möglichkeit der leidensgerechten Anpassung des Arbeitsplatzes besteht. Ist dies der Fall liegt erneut ein milderer Mittel vor, welches der Wirksamkeit der Kündigung entgegensteht. Ergibt die Prüfung jedoch das keine zumutbare Möglichkeit besteht, kann der Arbeitgeber die Kündigung ordnungsgemäß aussprechen. Grundsätzlich hat der Arbeitgeber in beiden Konstellationen, sobald die jeweiligen Voraussetzungen vorliegen, die Vorgaben des besonderen Kündigungsschutzes und des AGG zu beachten.



## G. Fazit

Ziel der Bachelorarbeit war neben der Betrachtung der einzelnen Fallgruppen der krankheitsbedingten Kündigung, zu untersuchen, inwieweit ein chronisch Kranker vor einer Kündigung aus personenbedingten Gründen geschützt ist und welche Besonderheiten der Arbeitgeber beachten muss, um einen chronisch kranken Arbeitnehmer ordnungsgemäß zu kündigen.

Sofern der Anwendungsbereich des KSchG eröffnet ist, ist die Kündigung auf ihre Sozialwidrigkeit hin zu prüfen. Diese Prüfung erfolgt für die drei aufgezeigten Fallgruppen nach denselben Prinzipien. Es bedarf immer einer negativen Gesundheitsprognose im Hinblick auf die Zukunft, erheblicher wirtschaftlicher oder betrieblicher Beeinträchtigungen des Arbeitgebers und einer umfassenden Interessenabwägung zwischen dem Bestandsinteresse des Arbeitnehmers und dem Beendigungsinteresse des Arbeitgebers. Dennoch bestehen innerhalb der verschiedenen Fallgruppen Unterschiede hinsichtlich der Bewertung, wann eine negative Gesundheitsprognose vorliegt sowie hinsichtlich der Gewichtung, ab wann der Arbeitgeber erheblich beeinträchtigt wird. Da auch die Interessenabwägung einzelfallbezogen durchzuführen ist, kann nicht verallgemeinernd festgelegt werden, wann die Voraussetzungen für eine Sozialwidrigkeit der Kündigung vorliegen.

Da keine gesetzlich einheitliche Definition der chronischen Krankheit besteht, ist auf Grundlage mehrerer Ansätze davon auszugehen, dass eine solche vorliegt, sofern der Betroffene an einer ärztlich diagnostizierten, langandauernden und gegebenenfalls unheilbaren Krankheit leidet, die einer kontinuierlichen medizinischen Versorgung über einen längeren Zeitraum bedarf und die unterschiedliche Einschränkungen für den Betroffenen zur Folge haben kann. Es wird deutlich, dass nicht nur einige wenige, sondern eine Vielzahl von Erkrankungen die genannten Voraussetzungen erfüllen. Chronische Erkrankungen können in unterschiedlicher Schwere verlaufen und sind dem Betroffenen nicht immer offensichtlich anzusehen.

Grundsätzlich bestehen Möglichkeiten, einen chronisch Kranken an einem normalen Arbeitsleben teilhaben zu lassen, sodass er trotz Einschränkungen seine normale oder eine angepasste Arbeitsleistung erbringen kann. Gleichzeitig wird der Betroffene so vor einer krankheitsbedingten Kündigung geschützt, da der Kündigungsgrund, welcher in der Nichterbringung der Arbeitsleistung liegt, entfällt. Eine solche Maßnahme ist die Durchführung des bEM, sofern die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen. Dieses dient der Beseitigung beziehungsweise Vorbeugung der Arbeitsunfähigkeit, sodass der chronisch Kranke seiner Arbeitspflicht nachkommen kann. Der Gesetzgeber hat die Art der Durchführung bewusst weitestgehend offen gelassen, sodass durch die Zusammenarbeit des Arbeitgebers, des Arbeitnehmers und etwaiger anderer Stellen ein offener Suchprozess durchgeführt werden kann. Dieser Prozess ist so zu gestalten, dass in jedem Einzelfall alle Möglichkeiten in Betracht gezogen und analysiert werden, um eine Lösung gegen die Arbeitsunfähigkeit zu finden. Dies ermöglicht dem Arbeitnehmer durch aktive Mitgestaltung zu erörtern, wie er sich eine Weiterbeschäftigung ohne Einschränkungen vorstellt. Das bEM stellt somit kein milderes Mittel der Kündigung dar, sondern bezweckt vielmehr die konkrete Auseinandersetzung im Einzelfall, um ein milderes Mittel gegenüber der Kündigung zu finden. Dies sind etwa die Umgestaltung des Arbeitsplatzes, die Umsetzung auf einen anderen Platz oder die Bereitstellung von Hilfsmitteln. Ein weit verbreitetes Ergebnis des bEM ist die Schaffung eines leidensgerechten Arbeitsplatzes. Diese Maßnahme ist jedoch nicht nur im Rahmen des bEM zu berücksichtigen, da sie bei jeder Kündigung ein milderes Mittel im Sinne des Verhältnismäßigkeitsgrundsatz darstellen kann. Liegen die Voraussetzungen des bEM nicht vor, ist der Arbeitgeber trotzdem vor Ausspruch der Kündigung

verpflichtet, den ursprünglichen Arbeitsplatz oder die Arbeitsabläufe des chronisch Kranken in ihm zumutbarer Weise umzugestalten oder diesen an einen anderen Platz zu versetzen. Dem Arbeitnehmer wird ermöglicht eine Arbeitsleistung zu erbringen, sodass kein Missverhältnis zwischen erbrachter und geschuldeter Leistung besteht.

Da eine chronische Krankheit die Voraussetzungen einer Schwerbehinderung erfüllen kann, kann ein chronisch kranker Arbeitnehmer zusätzlich den besonderen Kündigungsschutz genießen, sodass der Arbeitgeber weitere Besonderheiten neben dem allgemeinen Kündigungsschutz beachten muss, um ordnungsgemäß kündigen zu können. Er muss die Schwerbehindertenvertretung beteiligen und das Integrationsamt über die Kündigungsabsicht informieren sowie um dessen Zustimmung bitten. Liegt die Zustimmung nicht vor beziehungsweise wird verweigert, kann der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht wirksam kündigen. In diesem Zusammenhang muss der Arbeitgeber, im Falle der chronischen Krankheit, zusätzlich überprüfen, ob die Voraussetzungen einer Behinderung im Sinne des AGG erfüllt sind. Da dies nach der Rechtsprechung des EuGH in der Regel zutrifft, ist darauf zu achten, durch die Kündigung, eine unbewusste oder unbeabsichtigte Benachteiligung des Betroffenen gegenüber anderen Arbeitnehmern zu vermeiden. Dies kann die Unwirksamkeit der Maßnahme, ein Leistungsverweigerungsrecht des Betroffenen sowie einen Anspruch auf Schadensersatz zur Folge haben.

Andererseits darf der Schutz des Arbeitnehmers nicht zu weit gehen, da die Möglichkeit für den Arbeitgeber bestehen muss, das Arbeitsverhältnis aus krankheitsbedingten Gründen zu beenden. Die Durchführung des bEM sowie die Schaffung des leidensgerechten Arbeitsplatzes sind grundsätzlich nicht uneingeschränkt umzusetzen. Ist dies dem Arbeitgeber nicht zuzumuten, da es nur auf Kosten anderer Arbeitnehmer möglich oder mit enormen finanziellen Belastungen verbunden ist, ist er von der Umsetzung befreit. Gleiches gilt, wenn das bEM nicht zu einem positiven Ergebnis geführt hat und sich keine entsprechende Weiterbeschäftigungsmöglichkeit für den Betroffenen ergibt. Ein milderer Mittel gegenüber der Kündigung besteht folglich nicht. Der Arbeitgeber muss diese Umstände ausführlich darlegen und begründen. Liegen die Voraussetzungen der Schwerbehinderung nicht vor, kann der Arbeitgeber den besonderen Kündigungsschutz außer Acht lassen, sodass er nur das Benachteiligungsverbot aufgrund einer Behinderung des AGG beachten muss.

Somit wird einerseits deutlich, dass ein Arbeitnehmer, der an einer chronischen Krankheit leidet, nicht schutzlos seiner Situation ausgeliefert ist. Das Arbeitsverhältnis wird durch die allgemeinen Schutzvorschriften des KSchG, durch die Durchführung eines bEM, die Schaffung eines leidensgerechten Arbeitsplatzes, sowie durch die Vorgaben des besonderen Kündigungsschutzes und des AGG geschützt. Auch wenn kein expliziter Kündigungsschutz ausschließlich für chronisch Kranke besteht, sind die allgemeingültigen Voraussetzungen früh erfüllt. Auf der anderen Seite ist es einem Arbeitgeber gleichwohl möglich, einen chronisch kranken Arbeitnehmer zu kündigen, wenn er die zuvor genannten Schutzvorschriften und Hindernisse beachtet.

## Literaturverzeichnis

- Ahrendt, Martina u.a. (Hrsg.): Schaub Arbeitsrechts-Handbuch, 18. Auflage, C.H. Beck, München 2019.  
 (zit.: Schaub ArbR-HdB/Bearbeiter\*in, I. Buch, § Rn.)  
 (zit.: Schaub ArbR-HdB/Bearbeiter\*in, IV. Buch, § Rn.)  
 (zit.: Schaub ArbR-HdB/Bearbeiter\*in, XIV. Buch, § Rn.)
- Arnold, Christian, Urteilsanmerkung zu LAG Baden-Württemberg: Kündigung eines schwerbehinderten Arbeitnehmers vor Ablauf der Zustellungsfiktion des Zustimmungsscheids ist unwirksam, RD-ArbR 2007, 230151.  
 (zit.: Arnold, FD-ArbR 2007, 230151)
- Ascheid, Reiner/ Preis, Ulrich/ Schmidt, Ingrid (Hrsg.): Kündigungsrecht, 2. Teil, Kommentar, 5. Auflage 2017, C.H.Beck, München.  
 (zit.: Kündigungsrecht/Bearbeiter\*in, BGB, § Rn.)  
 (zit.: Kündigungsrecht/Bearbeiter\*in, KSchG, § Rn.)  
 (zit.: Kündigungsrecht/Bearbeiter\*in, SGB IX, § Rn.)
- Bayreuther, Frank, Der neue Kündigungsschutz schwerbehinderter Arbeitnehmer nach § 95 II SGB IX, NZA 2017, S. 87.  
 (zit.: Bayreuther, NZA 2017, 87)
- Beck, Thorsten, Betriebliches Eingliederungsmanagement - Eine Zwischenbilanz nach zehn Jahren Rechtsprechung des BAG, NZA 2017, S. 81.  
 (zit.: Beck, NZA 2017, 81)
- Bergmann, Karl Otto/ Pauge, Burkhard/ Steinmeyer, Heinz-Dietrich (Hrsg.): Gesamtes Medizinrecht, Kommentar, 3. Auflage 2018, Nomos, Baden-Baden.  
 (zit.: Gesamtes Medizinrecht/Bearbeiter\*in, BGB, § Rn.)
- Berkowsky, Wilfried, Die personenbedingte Kündigung – Teil 1, NZA-RR 2001, S.393.  
 (zit.: Berkowsky, NZA-RR 2001, 393 )
- Besgen, Nicolai: Schwerbehindertenrecht: Arbeitsrechtliche Besonderheiten, 3. Auflage, Erich Schmidt Verlag, Berlin 2018.  
 (zit.: Besgen, Rn.)
- Boecken, Winfried u.a. (Hrsg.): Gesamtes Arbeitsrecht, Kommentar, 1. Auflage 2016, Nomos, Baden-Baden.  
 (zit.: Gesamtes Arbeitsrecht/Bearbeiter\*in, KSchG, § Rn.)
- Bredemeier, Jörg/ Neffke, Reinhard (Hrsg.): TVöD/TV-L Tarifverträge für den öffentlichen Dienst: Erster Teil Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (TVöD), Kommentar, 5. Auflage 2017, C.H. Beck, München.  
 (zit.: TVöD/TV-L/Bearbeiter\*in, TVöD, § Rn.)
- Däubler, Wolfgang/ Bertzbach, Martin (Hrsg.): Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), Kommentar, 4. Auflage 2018, Nomos, Baden-Baden.  
 (zit.: AGG/Bearbeiter\*in, § Rn.)

- Däubler, Wolfgang u.a. (Hrsg.): *Arbeitsrecht, Kommentar*, 4. Auflage 2017, Nomos, Baden-Baden.  
(zit.: *Arbeitsrecht/Bearbeiter\*in*, KSchG, § Rn.)
- Deinert, Olaf, *Kündigungsprävention und betriebliches Eingliederungsmanagement*, NZA 2010, S. 969.  
(zit.: *Deinert*, NZA 2010, 969)
- Deinert, Olaf/ Welti, Felix (Hrsg.): *StichwortKommentar Behindertenrecht*, 2. Auflage 2018, Nomos, Baden-Baden.  
(zit.: *SWK Behindertenrecht/Bearbeiter\*in*, Schlagwort Rn.)
- Evermann, Nils, *Die Verwendbarkeit von Erkenntnissen aus einem BEM-Verfahren bei Kündigungen*, NZA 2019, S.1465.  
(zit.: *Evermann*, NZA 2019, 1465)
- Eylert, Mario/ Sängler, Niki, *Der Sonderkündigungsschutz im 21. Jahrhundert - Zur Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Sonderkündigungsschutz*, RdA 2010, S. 24.  
(zit.: *Eylert/Sängler*, RdA 2010, 24)
- Fischinger, Philipp S.: *Arbeitsrecht*, C.F.Müller, Heidelberg 2018.  
(zit.: *Fischinger*, § Rn.)
- Fuhlrott, Michael, *Indizwirkung vergangener Fehlzeiten für Negativprognose bei Kündigung*, GWR 2015, S. 437.  
(zit.: *Fuhlrott*, GWR 2015, 437)
- Gallner, Inken/ Mestwerdt, Wilhelm/ Nägele, Stefan (Hrsg.): *Kündigungsschutzrecht, Kommentar*, 6. Auflage 2018, Nomos, Baden-Baden.  
(zit.: *Kündigungsschutzrecht/Bearbeiter\*in*, BGB, § Rn.)  
(zit.: *Kündigungsschutzrecht/Bearbeiter\*in*, KSchG, § Rn.)
- Grobys, Isabella/ Panzer-Heemeier, Andrea (Hrsg.): *StichwortKommentar Arbeitsrecht*, 3. Auflage 2020, Nomos, Baden-Baden.  
(zit.: *SWK Arbeitsrecht/Bearbeiter\*in*, Schlagwort Rn.)
- Herberger, Maximilian u.a. (Hrsg.): *Juris Praxiskommentar BGB, Band 2: Schuldrecht*, 9. Auflage 2020, juris Saarbrücken.  
(zit.: *jurisPK-BGB/Bearbeiter\*in*, AGG, § Rn.)
- Heussen, Benno/ Hamm, Christoph (Hrsg.): *Beck'sches Rechtsanwalts – Handbuch*, 11. Auflage, C.H.Beck, München 2016.  
(zit.: *BeckRA-HdB/Bearbeiter\*in*, Teil A, § Rn.)
- Hille, Sven: *Die Kündigung bei häufigen Kurzerkrankungen*, 1. Auflage, Tectum, Baden-Baden 2018.  
(zit.: *Hille*, Gliederungspunkte, S.)

- Hinze, Jacob: Das betriebliche Eingliederungsmanagement nach § 84 Abs. 2 SGB IX (BEM), 1. Auflage, Nomos, Baden-Baden 2018.  
(zit.: *Hinze*, Gliederungspunkte, S.)
- Hoffmann-Remy, Till, „Betriebliches Eingliederungsmanagement“ als Ende der krankheitsbedingten Kündigung?, NZA 2016, S.267.  
(zit.: *Hoffmann-Remy*, NZA 2016, 267)
- Hromadka, Wolfgang/ Maschmann, Frank: Arbeitsrecht Band 1, 7. Auflage, Springer-Verlag, Berlin 2018.  
(zit.: *Hromadka/Maschmann*, § Rn.)
- Hunold, Wolf, Abmahnung und Kündigung wegen Leistungs- und / oder Qualifikationsdefiziten des Mitarbeiters – Eine aktuelle Bestandsaufnahme, NZA-RR 2014, S. 169.  
(zit.: *Hunold*, NZA-RR 2014, 169)
- Junker, Abbo: Grundkurs Arbeitsrecht, 17. Auflage, C.H. Beck, München 2018.  
(zit.: *Junker*, § Rn.)
- Kempter, Michael/ Steinat, Björn, Betriebliches Eingliederungsmanagement nach § 84 II SGB IX – Entlassungs- oder Entlassungsverhinderungs-Management?, NZA 2015, S. 840.  
(zit.: *Kempter/Steinat*, NZA 2015, 840)
- Kiel, Heinrich/ Lunk, Stefan/ Oetker, Hartmut (Hrsg.): Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2: Individualarbeitsrecht II, 4. Auflage 2018, C.H.Beck, München.  
(zit.: MHdB ArbR/*Bearbeiter\*in*, § Rn.)
- Klein, Thomas, Der Kündigungsschutz schwerbehinderter Arbeitnehmer nach dem Bundesurlaubsgesetz, NJW 2017, S. 852.  
(zit.: *Klein*, NJW 2017, 852)
- Knickrehm, Sabine/ Kreikebohm, Ralf/ Waltermann, Raimund (Hrsg.): Kommentar zum Sozialrecht, Kommentar, 6. Auflage 2019, C.H.Beck, München.  
(zit.: Kommentar zum Sozialrecht/*Bearbeiter\*in*, SGB V, § Rn.)  
(zit.: Kommentar zum Sozialrecht/*Bearbeiter\*in*, SGB VI, § Rn.)
- Koch, Ulrich: Arbeitsrecht von A-Z, 24. Auflage 2020, C.H.Beck, München  
(zit.: Arbeitsrecht von A-Z/*Bearbeiter\*in*, Schlagwort)
- Körner, Anne u.a. (Hrsg.): Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, Stand: 109. EL Mai 2020, C.H. Beck, München.  
(zit.: KassKomm/*Bearbeiter\*in*, SGB V, § Rn.)
- Kort, Michael, Schweigepflicht eines beim BEM-Gespräch hinzugezogenen Betriebsratsmitglieds, NZA 2019, S. 502.  
(zit.: *Kort*, NZA 2019, 502)
- Künzl, Reinhard, Das Fragerecht des Arbeitgebers bei der Einstellung, ArbRAktuell 2012, S. 235.  
(zit.: *Künzl*, ArbRAktuell 2012, 235)

- Lansnicker, Frank (Hrsg.): Prozesse in Arbeitssachen, 3. Auflage 2013, Nomos, Baden-Baden.  
(zit.: Prozesse in Arbeitssachen/*Bearbeiter\*in*, § Rn.)
- Lepke, Achim (Hrsg.): Kündigung bei Krankheit – Handbuch für die betriebliche, anwaltliche und gerichtliche Praxis, 16. Auflage 2018, Erich Schmidt Verlag, Berlin.  
(zit.: *Lepke*, Rn.)
- Linck, Rüdiger/ Krause, Rüdiger/ Bayreuther, Frank (Hrsg.): Kündigungsschutzgesetz, Kommentar, 16. Auflage 2019, C.H.Beck, München.  
(zit.: Kündigungsschutzgesetz/*Bearbeiter\*in*, KSchG, § Rn.)
- Lingemann, Stefan/ Ludwig, Gero, Die „krankheitsbedingte Kündigung“ – Rechtfertigung der Kündigung wegen häufiger Kurzerkrankungen, ArbRAktuell 2010, S. 409.  
(zit.: *Lingemann/Ludwig*, ArbRAktuell 2010, 409)
- Löwisch, Manfred/ Caspers, Georg/ Klumpp, Steffen: Arbeitsrecht, 11. Auflage, Vahlen, München 2017.  
(zit.: *Löwisch/Caspers/Klumpp*, § Rn.)
- Lunk, Stefan, Grundlagen des betrieblichen Eingliederungsmanagements, NJW 2019, S. 2349.  
(zit.: *Lunk*, NJW 2019, 2349)
- Minn, Norbert/ Stück, Volker/ Laber, Jörg: Personal-Lexikon, 29. Auflage 2020, C.H.Beck, München.  
(zit.: Personal-Lexikon/*Bearbeiter\*in*, Schlagwort, Schlagwort)
- Mückl, Patrick/ Hiebert, Tanja, Anspruch auf einen leidensgerechten Arbeitsplatz – Was ist noch „zumutbar“?, NZA 2010, S. 1259.  
(zit.: *Mückl/Hiebert*, NZA 2010, 1259)
- Müller-Glöge, Rudi/ Preis, Ulrich/ Schmidt, Ingrid (Hrsg.): Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 20. Auflage 2020, C.H. Beck, München.  
(zit.: ErfK/*Bearbeiter\*in*, AGG, § Rn.)  
(zit.: ErfK/*Bearbeiter\*in*, BGB, § Rn.)  
(zit.: ErfK/*Bearbeiter\*in*, EFZG, § Rn.)  
(zit.: ErfK/*Bearbeiter\*in*, KSchG, § Rn.)  
(zit.: ErfK/*Bearbeiter\*in*, SGB IX, § Rn.)
- Neumann, Dirk u.a.(Hrsg.): Sozialgesetzbuch IX, Kommentar, 14. Auflage 2020, C.H.Beck, München.  
(zit.: Sozialgesetzbuch IX/*Bearbeiter\*in*, SGB IX, § Rn.)
- Notzon, Matthias, Der leidensgerechte Arbeitsplatz, öAT 2019, S. 180.  
(zit.: *Notzon*, öAT 2019, 180)
- Rolfs, Christian u.a. (Hrsg.): Beck'sches Online-Kommentar Arbeitsrecht, 56. Edition 2020, C.H.Beck, München.  
(zit.: BeckOKArbR/*Bearbeiter\*in*, AGG, § Rn.)

(zit.: BeckOKArbR/*Bearbeiter\*in*, BGB, § Rn.)  
 (zit.: BeckOKArbR/*Bearbeiter\*in*, EFZG, § Rn.)  
 (zit.: BeckOKArbR/*Bearbeiter\*in*, KSchG, § Rn.)

Rolfs, Christian u.a. (Hrsg.): Beck'sches Online-Kommentar Sozialrecht, 57. Edition 2020, C.H.Beck, München.

(zit.: BeckOKSozR/*Bearbeiter\*in*, SGB IX, § Rn.)

Röllner, Jürgen: Küttner Personalbuch, 27. Auflage 2020, C.H.Beck, München.

(zit.: Küttner Personalbuch/*Bearbeiter\*in*, Schlagwort Rn.)

Roos, Bernd, Die Rechtsprechung zur Kündigung wegen Krankheit, NZA-RR 1999, S.617.

(zit.: Roos, NZA-RR 1999, 617)

Rose, Franz-Josef/ Ghorai, Surmila, Betriebliches Eingliederungsmanagement: Notwendige Eigeninitiative betroffener Arbeitnehmer, BB 2011, S. 949.

(zit.: Rose/Ghorai, BB 2011, 949)

Rupp, Hans-Jürgen, Das betriebliche Eingliederungsmanagement im Kündigungsschutzprozess, NZA 2017, S.361.

(zit.: Rupp, NZA 2017, 361)

Säcker, Franz Jürgen u.a. (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Band 5, Schuldrecht -Besonderer Teil II, 8. Auflage 2020, C.H.Beck, München.

(zit.: MüKo/*Bearbeiter\*in*, BGB, § Rn.)

(zit.: MüKo/*Bearbeiter\*in*, EFZG, § Rn.)

(zit.: MüKo/*Bearbeiter\*in*, KSchG, § Rn.)

Sasse, Stefan/ Schönfeld, Julia, Rechtliche Aspekte psychischer Belastungen im Arbeitsverhältnis, RdA 2016, S. 346.

(zit.: Sasse/Schönfeld, RdA 2016, 346)

Schiefer, Bernd, Das betriebliche Eingliederungsmanagement (bEM), RdA 2016, S. 196.

(zit.: Schiefer, RdA 2016, 196)

Schunder, Achim, Kündigung wegen Krankheit, NZA Beilage 2015, S. 90.

(zit.: Schunder, NZA-Beilage 2015, 90)

Schrader, Peter/ Siebert, Jens, Die Frage nach der Schwerbehinderung, ArbRAktuell 2012, S. 157.

(zit.: Schrader/Siebert, ArbRAktuell 2012, 157)

Selzer, Dirk, Krankheit und Behinderung im Diskriminierungsrecht, EuZA 2014, S. 95.

(zit.: Selzer, EuZA 2014, 95)

Stahlhacke, Eugen/ Preis, Ulrich/ Vossen, Reinhard (Hrsg.): Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 11. Auflage 2015, C.H.Beck, München.

(zit.: Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis/*Bearbeiter\*in*, Abschnitt, § Rn.)

Stümper, Anja, Aktuelle Rechtsfragen zur Diskriminierung wegen einer (Schwer-) Behinderung, öAT 2017, S. 114.  
(zit.: *Stümper*, öAT 2017, 114)

Tschöpe, Ulrich: Arbeitsrecht Handbuch, 10. Auflage, Otto Schmidt, Köln 2017.  
(zit.: *Tschöpe*, Teil Rn.)

Vom Stein; Jürgen/ Rothe, Isabel/ Schlegel, Rainer (Hrsg.): Gesundheitsmanagement und Krankheit im Arbeitsverhältnis, 1. Auflage 2016, C.H.Beck, München.  
(zit.: Gesundheitsmanagement und Krankheit im Arbeitsverhältnis/*Bearbeiter\*in*, Kapitel, § Rn.)

Von Staudinger, J.(Hrsg.): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 2. Buch: Recht der Schuldverhältnisse, 2019, Otto Schmidt/De Gruyter, Berlin.  
(zit.: Staudinger/*Bearbeiter\*in*, BGB, § Rn.)

Wagner, Regine/ Knittel, Stefan (Hrsg.): Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, Kommentar, 106. EL März 2020, C.H. Beck, München.  
(zit.: Soziale Krankenversicherung/*Bearbeiter\*in*, SGB V, § Rn.)



# Die Legitimationswirkung der Gesellschafterliste

–

## Erfolg trotz Grenzen?

Bachelorarbeit

An der  
FH Aachen  
Fachbereich Wirtschaftswissenschaften  
Wirtschaftsrecht (LL.B.)  
Erstprüferin: Prof. Dr. jur. habil. Kathrin Kroll-Ludwigs  
Abgabedatum: 26.07.2021

vorgelegt von  
Jan Marcel Peters  
Aus Stolberg (Rhd.)

## Abstract

Die Gesellschafterliste ist insbesondere für die Gesellschaft selbst und deren Gesellschafter von höchster Relevanz. Aus ihrem Inhalt ergibt sich durch eine grundsätzlich unwiderlegliche Vermutungswirkung, wer im Verhältnis zur Gesellschaft als Gesellschafter gilt und somit wer Gesellschafterrechte ausüben kann.

Ein derart mächtiges Dokument stellt immer ein Einfallstor für mögliches rechtsmissbräuchliches Verhalten dar. Zentrales Element der vorliegenden Arbeit ist es, darzulegen, welche Einschränkungen der Legitimationswirkung erforderlich sind, um rechtsmissbräuchliches Verhalten zu verhindern, ohne gleichzeitig die von der Gesellschafterliste angestrebte Rechtssicherheit und Transparenz übermäßig einzuschränken, sodass diese ein wirksames Mittel zur erfolgreichen Erreichung dieser Ziele sein kann. Um dies zu beantworten, werden zunächst die Grundlagen der Gesellschafterliste und deren Legitimationswirkung vermittelt und daraufhin kurz die im Grundsatz anerkannten Einschränkungen der Legitimationswirkung vorgestellt.

Nachfolgend werden weitere mögliche Einschränkungen unter Heranziehung unterschiedlicher in der Literatur vorhandener Ansichten diskutiert und bewertet. Die Frage nach einem Erfolg der Legitimationswirkung trotz der durch die Einschränkungen gezogenen Grenzen muss dahingehend beantwortet werden, als dass die Legitimationswirkung erst wegen der Grenzen ein Erfolg sein kann. Sie ist einzuschränken, wenn die Einreichung einer aktualisierten Liste bewusst verzögert wird, die Einreichung entgegen einer einstweiligen Verfügung erfolgt ist oder der noch durch die Liste legitimierte Veräußerer bis zur Eintragung des Erwerbers durch Beschlüsse im schriftlichen Verfahren versucht, dessen Rechte auszuhebeln, nicht jedoch bereits wegen der Kenntnis der Gesellschaft von der Unrichtigkeit.

Abschließend werden zwei Entscheidungen des BGH behandelt, nach denen die Legitimationswirkung grundsätzlich auch für eingezogene Geschäftsanteile gilt, allerdings nicht, wenn nach einer möglicherweise unwirksamen Einziehung eine vorsorgliche erneute Einziehung erfolgen soll. Beiden Entscheidungen ist zuzustimmen. Erstere trifft in der Literatur mitunter auf Ablehnung, der jedoch, wie in der Arbeit dargestellt, nicht zu folgen ist.

## Inhaltsverzeichnis

A.	Einleitung .....	1
B.	Die Gesellschafterliste und ihre Wirkungen - Grundlagen .....	2
I.	Die Gesellschafterliste.....	2
1.	Entwicklung .....	2
2.	Verhältnis: § 16 GmbHG und § 40 GmbHG .....	3
3.	Ziel.....	3
4.	Inhalt .....	4
5.	Einreichung .....	5
a)	Grundlagen .....	5
b)	Einreichung durch die Geschäftsführung.....	6
c)	Einreichung durch den Notar.....	6
d)	Unterlassene Einreichung .....	6
II.	Unterschiede zwischen Legitimationswirkung und Rechtsscheinwirkung.....	7
III.	Legitimationswirkung gem. Abs. 1 – Rechtsstellung zwischen Gesellschafter und Gesellschaft.....	8
IV.	Rechtsscheinwirkung – Gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten .....	10
V.	Zwischenfazit.....	11
C.	Grenzen der Legitimationswirkung .....	12
I.	Fallgruppen .....	12
1.	Einleitung .....	12
2.	Inhaltlich fehlerhafte Liste .....	12
3.	Formell fehlerhafte Liste.....	13
a)	Grundlagen .....	13
b)	Fehlende Zurechenbarkeit .....	13
c)	Wesentliche Verfahrensmängel .....	14
II.	Missbräuchliche Ausnutzung der Legitimationswirkung durch die Gesellschaft?.	16
1.	Einleitung .....	16
2.	Abgrenzung der Fallgruppen .....	17
3.	Kenntnis der Fehlerhaftigkeit der Gesellschafterliste .....	17
a)	Problemstellung .....	17
b)	Unwiderlegliche Vermutungswirkung der Liste.....	18

## IV

aa)	Rechtssicherheit und Verkehrsschutz .....	18
bb)	Überlagerung von § 407 BGB .....	19
c)	Eingeschränkte Legitimationswirkung - Treu und Glauben .....	19
d)	Stellungnahme.....	20
4.	Verzögerung der Einreichung einer aktualisierten Liste.....	22
a)	Problemstellung .....	22
b)	Maßgeblicher Zeitpunkt: Antragsstellung? .....	23
c)	Maßgeblicher Zeitpunkt: Ordnungsgemäße Eintragung? .....	24
d)	Stellungnahme.....	24
5.	Einstweilige Verfügung gegen Neueinreichung im Fall der Einziehung.....	26
a)	Grundlagen der Einziehung.....	26
b)	Problemstellung .....	27
c)	Keine Legitimationswirkung der dennoch eingereichten Liste .....	28
III.	Missbräuchliche Ausnutzung der Legitimationswirkung durch den Gesellschafter – Beschlüsse des Scheingesellschafters im Verfahren gem. § 48 II GmbHG .....	29
1.	Problemstellung .....	30
a)	Unterschied zum normalen Verfahren .....	30
b)	Unterlassungsanspruch .....	31
c)	Vertragsgestaltung .....	31
2.	Treuepflicht zwischen Veräußerer und Erwerber .....	32
3.	Vorliegen eines Verstoßes gegen die Treuepflicht .....	33
4.	Folgen des Verstoßes .....	34
IV.	Zwischenfazit.....	35
D.	Erweiterung der Legitimationswirkung bei eingezogenen Geschäftsanteilen .....	36
I.	Legitimationswirkung auch bzgl. eingezogener Geschäftsanteile? .....	36
1.	Problemstellung .....	36
2.	Stimmen in der Literatur .....	37
a)	Gesetzeswortlaut .....	37
b)	Keine Legitimation bzgl. nicht existenter Anteile.....	37
3.	BGH-Rechtsprechung .....	38
a)	Einziehung als der Übertragung vergleichbare Situation .....	38
b)	Keine Fiktion eines Anteils .....	39
4.	Stellungnahme.....	39

II.	Möglichkeit der erneuten Einziehung nach erfolgter Listenänderung .....	40
1.	Problemstellung .....	40
2.	BGH-Rechtsprechung .....	41
III.	Vereinbarkeit beider BGH-Urteile? .....	43
IV.	Zwischenfazit.....	43
E.	Zusammenfassung & Fazit.....	44
	Literaturverzeichnis .....	46

## Abkürzungsverzeichnis

a.F.	alte Fassung
Abs.	Absatz
AktG	Aktiengesetz
BeckOK	Beck'sche Online-Kommentare
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BMJV	Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz
BWNotZ	Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg
bzgl.	bezüglich
DStR	Deutsches Steuerrecht
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
gem.	gemäß
GesLV	Gesellschafterlistenverordnung
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau
GwG	Geldwäschegesetz
GwGEG	Gesetz zur Umsetzung der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie, zur Ausführung der EU-Geldtransferverordnung und zur Neuorganisation der Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen
h.M.	herrschende Meinung
HGB	Handelsgesetzbuch
HRV	Handelsregisterverordnung
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
LG	Landgericht
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen

## VII

MittBayNot	Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
o.g.	oben genannt/e/s
oHG	offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
RNotZ	Rheinische Notar-Zeitschrift
ZfPW	Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

## A. Einleitung

Die mit Abstand meisten Unternehmen in Deutschland, von Einzelunternehmen abgesehen, sind als Gesellschaft mit beschränkter Haftung – kurz: GmbH – organisiert.<sup>1</sup> Die als Körperschaft verfasste Gesellschaftsform besteht seit 1892 und wird im Wesentlichen durch das ebenfalls seit 1892 bestehende Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) geregelt.<sup>2</sup>

Eine dieser Regelungen, § 40 GmbHG, schreibt vor, dass jede GmbH eine zum Handelsregister einzureichende Gesellschafterliste zu führen hat. Diese Gesellschafterliste wurde seit ihrer grundsätzlichen Neuregelung vor 13 Jahren mitunter als neuer „Star des GmbH-Rechts“<sup>3</sup> bezeichnet, da sie eine überragende Stellung einnimmt. Inhalt der Gesellschafterliste ist unter anderem, wer die Gesellschafter der jeweiligen Gesellschaft sind. Gegenstand dieser Arbeit ist die sog. Legitimationswirkung, welche zu Beginn der Arbeit vorgestellt wird und wonach im Verhältnis zur Gesellschaft nur derjenige als Gesellschafter gilt, der als solcher in der Gesellschafterliste eingetragen ist.

Ziel dieser Arbeit ist es, das Erfordernis von Einschränkungen der Legitimationswirkung vorzustellen und an umstrittenen Punkten zu diskutieren. Relevant ist die Frage nach möglichen Einschränkungen der Legitimationswirkungen deshalb, weil diese in einem stetigen Wettstreit mit anderen anerkannten Rechtsgütern steht. Neben der materiellen Rechtslage, die im Kontext von § 16 I 1 GmbHG grundsätzlich von der Legitimationswirkung verdrängt wird, ist insbesondere an das Prinzip von Treu und Glauben zu denken, welches immer wieder mit den von der Gesellschafterliste angestrebten Zielen, der Rechtssicherheit und der Transparenz, abgewogen werden muss. Es soll die im Titel bereits aufgeworfene Frage beantwortet werden, ob die Legitimationswirkung trotz der ihr auferlegten Grenzen ein erfolgreiches Mittel zur Erreichung ihrer Ziele ist.

Zunächst werden in Kapitel C. I. die in ihrem Grundsatz anerkannten Einschränkungen bei einer formell fehlerhaften Liste vorgestellt, wobei es auch bereits hier zum Teil unterschiedliche Auffassungen gibt.<sup>4</sup> Mögliche weitere Grenzen der Legitimationswirkung, die in der Literatur umstritten sind, werden durch die Präsentation der verschiedenen Argumente in Kapitel C. II. gegenübergestellt und anschließend durch die Bewertung dieser Argumente erörtert. Ansichten in der Literatur, die der Ansicht des Autors nach nicht überzeugen können, werden begründet zurückgewiesen. Sofern der BGH bereits Stellung genommen hat, wird die Entscheidung des BGH besprochen. Neben der Frage bzgl. der Erforderlichkeit von Einschränkungen, wird in Kapitel D. die Entscheidung des BGH<sup>5</sup>, wonach die Legitimationswirkung auch für eingezogene Geschäftsanteile gilt, unter Berücksichtigung von ablehnenden Stimmen in der Literatur behandelt.

---

<sup>1</sup> Statistik über die Anzahl der Unternehmen/Steuerpflichtigen in Deutschland im Jahr 2019 nach Rechtsform (<https://de.statista.com/statistik/daten/studie/986338/umfrage/anzahl-der-unternehmen-in-deutschland-nach-rechtsform/>) (zuletzt aufgerufen am 30.06.2021).

<sup>2</sup> Koch, Gesellschaftsrecht, § 33 Rn. 2.

<sup>3</sup> Lieder, GmbHR 2016, 189.

<sup>4</sup> Siehe Kapitel C. I. 3. a) der vorliegenden Arbeit.

<sup>5</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 20.11.2018, II ZR 12/17, NJW 2019, 993.



## B. Die Gesellschafterliste und ihre Wirkungen - Grundlagen

### I. Die Gesellschafterliste

Neben § 40 GmbHG ist § 16 GmbHG die wichtigste Vorschrift zur Gesellschafterliste. In § 16 GmbHG werden die Wirkungen der Gesellschafterliste dargestellt. Diese Wirkungen lassen sich entsprechend der Untergliederung in drei Absätze auch in drei größere Bereiche aufgliedern.

In Absatz 1 wird die zentrale Wirkung der Gesellschafterliste beschrieben, wonach „im Verhältnis zur Gesellschaft [...] als Inhaber eines Geschäftsanteils nur [gilt], wer als solcher in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste (§ 40 GmbHG) eingetragen ist“. Diese sog. Legitimationswirkung regelt damit, wer im Innenverhältnis formal-rechtlich als Gesellschafter zu behandeln ist.<sup>6</sup> Satz 2 ermöglicht abweichend davon die Legitimierung des Erwerbers als Gesellschafter, auch wenn er noch nicht in der Liste eingetragen ist, dies aber unmittelbar bevorsteht.<sup>7</sup>

Absatz 2 regelt, dass der Erwerber neben dem Veräußerer auch für solche Einlageverpflichtungen haftet, die zum Zeitpunkt seines Eintritts in die Gesellschaft bereits bestanden haben, also eigentlich nicht in seinen Verantwortungsbereich fallen.

Absatz 3 eröffnet die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs eines Geschäftsanteils oder eines Rechts an einem solchen Anteil, wenn der Veräußerer als dessen Inhaber in der Gesellschafterliste eingetragen ist. Ein gutgläubiger Erwerb setzt neben der Gutgläubigkeit des Erwerbers voraus, dass die Unrichtigkeit dem Berechtigten zuzurechnen ist<sup>8</sup>, und der Liste kein Widerspruch zugeordnet worden ist.<sup>9</sup> Diese Wirkung der Gesellschafterliste wird auch Rechtsscheinwirkung genannt.<sup>10</sup>

#### 1. Entwicklung

Während die Gesellschafterliste bis zum Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23. Oktober 2008 im Wesentlichen auf ihre Informationswirkung beschränkt war<sup>11</sup>, wird sie heute neben dem Gesellschaftsvertrag als das wichtigste GmbH-Dokument bezeichnet.<sup>12</sup>

Durch das MoMiG wurden beide die Gesellschafterliste regelnden Normen – § 16 und § 40 GmbHG – umfangreich neugefasst. § 40 II GmbHG sieht seitdem vor, dass der an Veränderungen der Gesellschafterstruktur mitwirkende Notar die Liste zum Handelsregister einzureichen hat, anstatt wie gem. § 40 I 1 GmbHG a.F. zuvor lediglich, wenn er die Abtretung eines Geschäftsanteils beurkundet hat.

Die Bedeutung der Gesellschafterliste gänzlich aufgewertet haben jedoch die Änderungen des § 16 GmbHG. So wurde durch die Schaffung des Absatzes 3 erstmals<sup>13</sup> die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Geschäftsanteilen eingeführt. Auch die Bedeutung der Gesellschafterliste im Verhältnis zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern wurde in Absatz 1 umfassend erweitert. So gilt gegenüber der Gesellschaft nur derjenige als

<sup>6</sup> Vgl. Baumbach/Hueck/Servatius, GmbHG, § 16 Rn. 14.

<sup>7</sup> Vgl. Baumbach/Hueck/Servatius, GmbHG, § 16 Rn. 21a.

<sup>8</sup> Siehe Kapitel B. IV. der vorliegenden Arbeit.

<sup>9</sup> Vgl. Henssler/Strohn/Verse, GmbHG, § 16 Rn. 83.

<sup>10</sup> Vgl. Wicke, GmbHG, § 16 Rn. 14; Michalski u.a./Ebbing, GmbHG, § 16 Rn. 160.

<sup>11</sup> Vgl. Michalski u.a./Terlau GmbHG, § 40 Rn. 1.

<sup>12</sup> Vgl. Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, § 40 Rn. 1; Lieder, GmbHR 2016, 189 (198).

<sup>13</sup> Vgl. Löbke, GmbHR 2012, 7 (7).

Gesellschafter, der in der beim Handelsregister eingereichten Liste eingetragen ist<sup>14</sup> und nicht wie zuvor gem. § 40 I 1 GmbHG a.F. derjenige, der bei der Gesellschaft als Gesellschafter angemeldet ist. Das Institut der Anmeldung bei der Gesellschaft wurde im Rahmen des MoMiG vollständig durch die Einreichung der Gesellschafterliste zum Handelsregister ersetzt.<sup>15</sup>

Durch Artikel 14 des Gesetzes zur Umsetzung der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie, zur Ausführung der EU-Geldtransferverordnung und zur Neuorganisation der Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen (GwGEG) vom 23.06.2017 (BGBl. I S. 1822) wurde letztmalig § 40 GmbHG geändert. Absatz 1 wurde dahingehend geändert, dass der notwendige Inhalt der Eintragung – insbesondere in dem Fall, in dem eine Gesellschaft Gesellschafter ist – spezifiziert wird. Zudem wurde das Erfordernis, die prozentuale Beteiligung des jeweiligen Geschäftsanteils am Stammkapital aufzuführen, neu eingeführt. Die Aufnahme von Absatz 4 und Absatz 5 erlaubt es dem Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz (BMJV) und den Landesregierungen, die konkrete Ausgestaltung der Liste mit Verordnungen weiter zu spezifizieren. Diese Möglichkeit hat das BMJV genutzt und am 01.07.2018 die Gesellschafterlistenverordnung (GesLV) erlassen.<sup>16</sup> Durch diese wurde die Art und Weise der Auflistung einzelner Angaben verbindlich konkretisiert.

## 2. Verhältnis: § 16 GmbHG und § 40 GmbHG

Die Bedeutung der Gesellschafterliste lässt sich nur in der Gesamtschau von § 16 und § 40 GmbHG umfassend erkennen.<sup>17</sup> Während § 16 GmbHG die Konsequenzen festlegt, die sich aus der Eintragung ergeben, beschreibt § 40 GmbHG die Anforderungen an die Erstellung, Einreichung und den Inhalt der Liste. So wird erst aus den Wirkungen von § 16 GmbHG ersichtlich, warum Gesellschaft und Gesellschafter – neben ihrer ohnehin bestehenden Verpflichtung – ein immenses Interesse daran haben, die Gesellschafterliste entsprechend den Vorgaben von § 40 GmbHG aktuell zu halten. Spiegelbildlich wird erst unter Heranziehung von § 40 GmbHG erkennbar, auf welchen Inhalt sich etwa die Legitimationswirkung von § 16 I GmbHG bezieht. Dieses Zusammenspiel wird nicht zuletzt durch die direkte Verweisung auf § 40 GmbHG innerhalb von § 16 I GmbHG deutlich.

## 3. Ziel

Der Gesellschafterliste ein einziges Ziel zuzuschreiben, wird ihrer Bedeutung nicht gerecht. Vielmehr vereinigen sich in ihr mehrere natürliche Interessen der Beteiligten. Hauptziele sind die Förderung von Transparenz für Außenstehende und eine hohe Rechtssicherheit für Gesellschaft und Gesellschafter.<sup>18</sup>

Im „Innenverhältnis“<sup>19</sup> ist der Gesellschaft und den (mutmaßlichen) Gesellschaftern durch die in § 16 I GmbHG verankerte Legitimationswirkung stets bekannt, wer als Gesellschafter gilt und dadurch auch, wer mitgliedschaftliche Rechte ausüben kann und mitgliedschaftliche Pflichten leisten muss.<sup>20</sup> Diesen beiden Akteuren bietet die Gesellschafterliste folglich Rechtssicherheit und Rechtsklarheit.<sup>21</sup> Insbesondere soll verhindert werden, dass ein Streit

<sup>14</sup> Vgl. *Wicke*, GmbHG, § 16 Rn. 2.

<sup>15</sup> Vgl. *Baumbach/Hueck/Servatius*, GmbHG, § 16 Rn. 1.

<sup>16</sup> Vgl. *MüKo/Heidinger*, GmbHG, § 40 Rn. 15-17.

<sup>17</sup> Vgl. *Damm*, BWNotZ 2017, 2 (2).

<sup>18</sup> Vgl. *BT-Drucks. 16/6140*, S. 26; *Henssler/Strohn/Verse*, GmbHG, § 16 Rn. 1.

<sup>19</sup> *Spranzel*, Die fehlerhafte Gesellschafterliste – Korrektur- und Rechtsschutzmöglichkeiten, S. 3; *Baumbach/Hueck/Servatius*, GmbHG, § 16 Rn. 14.

<sup>20</sup> Vgl. *Spranzel*, Die fehlerhafte Gesellschafterliste – Korrektur- und Rechtsschutzmöglichkeiten, S. 3; siehe auch Kapitel B. III. der vorliegenden Arbeit.

<sup>21</sup> Vgl. *Scholz/Seibt*, GmbHG, § 40 Rn. 8.

zwischen Anteilsveräußerer und Anteilserwerber dazu führen kann, dass der Gesellschaft und/oder den sich streitenden Gesellschaftern unbekannt ist, wer formell als Gesellschafter zu behandeln ist.<sup>22</sup>

Außenstehenden bietet die Gesellschafterliste einen Einblick in das Innenleben einer GmbH.<sup>23</sup> So können (potenzielle) Gläubiger erfahren, wer hinter der GmbH steht und so wirtschaftliche Risiken besser abschätzen.<sup>24</sup> Durch die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs von Geschäftsanteilen oder Rechten an solchen bietet die Gesellschafterliste auch Erwerbem eine erhöhte Rechtssicherheit. Diese können auf die Gesellschafterliste vertrauen, wodurch das Erfordernis einer umfangreichen Überprüfung der Berechtigung des Veräußerers im Vergleich zur Zeit vor dem MoMiG abnehmen soll.<sup>25</sup>

Da die Geschäftsführer bzw. der an der Listenerstellung beteiligte Notar durch § 40 I bzw. II GmbHG dazu verpflichtet sind, jegliche Veränderung durch die Einreichung einer neuen Liste publik zu machen, ist die Gesellschafterliste stets aktuell und ermöglicht Interessierten Transparenz im Hinblick auf die Personen der Gesellschafter und deren Beteiligungshöhe.<sup>26</sup>

#### 4. Inhalt

Der in der Gesellschafterliste aufzunehmende Inhalt ergibt sich aus § 40 I 1 GmbHG. Die inhaltlichen Anforderungen gelten gem. § 8 I Nr. 3 GmbHG i.V.m. § 40 GmbHG bereits für die erstmalige Erstellung der Liste im Rahmen der Gründung einer GmbH.<sup>27</sup> Konkret ist der Name, Vorname, Geburtsdatum, Wohnort, die Nennbeträge, die laufenden Nummern der von einem jeden Gesellschafter übernommenen Geschäftsanteile, sowie die durch den jeweiligen Nennbetrag eines Geschäftsanteils vereinnahmte prozentuale Beteiligung am Stammkapital in der Liste aufzunehmen.

Handelt es sich bei einem Gesellschafter seinerseits um eine Gesellschaft, sind gem. § 40 I 2 GmbHG – in Abhängigkeit von der Gesellschaftsform dieser Gesellschaft – andere Angaben zu leisten. Schließlich hat eine beteiligte Gesellschaft beispielsweise keinen Wohnort, der eingetragen werden könnte. Bei eingetragenen Gesellschaften (im Wesentlichen Kapitalgesellschaften, Personenhandelsgesellschaften und eingetragene Genossenschaften)<sup>28</sup> ist deren Firma, Satzungssitz, zuständiges Register sowie die Registernummer in die Liste aufzunehmen. Handelt es sich um eine nicht eingetragene Gesellschaft (im Wesentlichen Außen-GbR und nicht eingetragene oHG)<sup>29</sup>, sind deren Gesellschafter unter einer zusammenfassenden Bezeichnung mit Name, Vorname, Geburtsdatum und Wohnort in der Gesellschafterliste aufzuführen.<sup>30</sup>

Bei Gesellschaftern, die mehrere Anteile an einer GmbH halten, ist gem. § 40 I 3 GmbHG zusätzlich der prozentuale Anteil aller Beteiligungen summiert anzugeben, sodass auch bei Listen mit vielen Gesellschaftern und/oder Geschäftsanteilen schnell und einfach erkannt werden kann, wer wirtschaftlich Berechtigter i.S.v. § 3 GWG ist.<sup>31</sup> Diese Regelung wurde im Zuge des durch das MoMiG eingeführten Transparenzregisters im Geldwäschegesetz

<sup>22</sup> Vgl. MüKo/Heidinger, GmbHG, § 16 Rn. 10.

<sup>23</sup> Vgl. Damm, BWNotZ 2017, 2 (2).

<sup>24</sup> Vgl. Scholz/Seibt, GmbHG, § 40 Rn. 8.

<sup>25</sup> Vgl. Damm, BWNotZ 2017, 2 (3).

<sup>26</sup> Vgl. Damm, BWNotZ 2017, 2 (2).

<sup>27</sup> Vgl. Wicke, GmbHG, § 8 Rn. 5.

<sup>28</sup> Vgl. Baumbach/Hueck/Servatius, GmbHG, § 40 Rn. 12.

<sup>29</sup> Vgl. Baumbach/Hueck/Servatius, GmbHG, § 40 Rn. 12.

<sup>30</sup> Vgl. Baumbach/Hueck/Servatius, GmbHG, § 40 Rn. 12.

<sup>31</sup> Vgl. Altmeppen, GmbHG, § 40 Rn. 2.

(GwG) neu geschaffen. Durch sie wird gem. § 20 II Nr. 1 i.V.m. § 22 I 1 Nr. 4 GwG den betroffenen Gesellschaftern eine Mitteilung an das Transparenzregister erlassen, da sich bereits aus der Gesellschafterliste erkennen lässt mit welchem Umfang sie an der Gesellschaft beteiligt sind.<sup>32</sup>

Die konkrete Gestaltung des Inhalts in die Liste wird weitestgehend durch die GesLV bestimmt. So ist beispielsweise gem. § 4 I 1 GesLV geregelt, dass eine Rundung der Prozentangaben der Beteiligung nach kaufmännischem Prinzip auf eine Nachkommastelle zulässig ist. Diese und andere Fragen waren vor Einführung der GesLV noch umstritten<sup>33</sup>, sodass die GesLV für Klarheit gesorgt hat.

Nach der Anmeldung sind diese Angaben gem. § 40 I 1 GmbHG unverzüglich zu aktualisieren, wenn es zu einer hinreichenden Veränderung<sup>34</sup> kam.

## 5. Einreichung

### a) Grundlagen

Es ist zwischen zwei Arten der Einreichung zum Handelsregister zu unterscheiden. Die erstmalige Einreichung hat gem. § 8 I Nr. 3 GmbHG bereits im Zeitpunkt der Anmeldung der Gesellschaft zu erfolgen.<sup>35</sup> Hierfür ist – anders als bei später erfolgten Einreichungen i.S.v. § 40 I GmbHG – stets allein die Geschäftsführung zuständig.<sup>36</sup> Die Einreichung findet statt, indem die Gesellschafterliste in den Registerordner (§ 9 HRV) zum Handelsregister aufgenommen wird.<sup>37</sup> Es findet keine Aufnahme in das Handelsregister selbst statt.<sup>38</sup>

Zur erneuten Einreichung sind gem. § 40 I GmbHG die Geschäftsführer oder gem. § 40 II GmbHG der an den Veränderungen i.S.v. § 40 I 1 GmbHG mitwirkende Notar verpflichtet. Die Zuständigkeit ist ausschließlich – durch Mitwirkung des Notars verlieren die Geschäftsführer ihre Zuständigkeit und damit ihre ansonsten primäre<sup>39</sup> Einreichungspflicht.<sup>40</sup> Dies gilt wiederum nicht, wenn im Falle der notariellen Gesellschafterliste der Notar einen Fehler gemacht hat; diesen darf auch die Geschäftsführung korrigieren.<sup>41</sup>

Eine erneute Einreichung hat gem. § 40 I 1 GmbHG unverzüglich zu erfolgen, nachdem es zu einer wirksamen Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung gekommen ist. Eine Veränderung i.S.v. § 40 I 1 GmbHG liegt dann vor, wenn es zur Veränderung einer Angabe gekommen ist, die zum Pflichtinhalt der Liste gehört.<sup>42</sup> Bzgl. der Person des Gesellschafters ist dies etwa dann der Fall, wenn ein Geschäftsanteil abgetreten wurde oder wenn ein Anteil im Rahmen einer Erbschaft auf den bzw. die Erben übergegangen ist.<sup>43</sup> Eine Veränderung bzgl. des Umfangs der Beteiligung liegt vor, wenn diese aufgestockt, herabgesetzt, geteilt, zusammengelegt wird oder eine

<sup>32</sup> Vgl. Schaub, GmbHR 2017, 727 (727).

<sup>33</sup> Vgl. Cramer, NZG 2018, 721 (722).

<sup>34</sup> Siehe Kapitel B. I. 5. a) der vorliegenden Arbeit.

<sup>35</sup> Vgl. Henssler/Strohn/Schäfer, GmbHG, § 8 Rn. 4.

<sup>36</sup> Vgl. MüKo/Herrler, GmbHG, § 8 Rn. 19.

<sup>37</sup> Vgl. Altmeppen, GmbHG, § 16 Rn. 61; Vgl. Michalski u.a./Terlau GmbHG, § 40 Rn. 22.

<sup>38</sup> Vgl. Altmeppen, GmbHG, § 16 Rn. 61.

<sup>39</sup> Vgl. Löbbe, GmbHR 2012, 7 (8).

<sup>40</sup> Vgl. Löbbe, GmbHR 2012, 7 (8); MüKo/Heidinger, GmbHG § 40 Rn. 146.

<sup>41</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 17.12.2013, II ZR 21/12, NZG 2014, 184 (188) Rn. 33.

Zur Zuständigkeitsabgrenzung auch: Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, § 40 Rn. 45 ff.

<sup>42</sup> Vgl. Michalski u.a./Terlau GmbHG, § 40 Rn. 19.

<sup>43</sup> Vgl. Hauschild u.a./Leitzen, Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht, S. 670 Rn. 682.

Kapitalerhöhung erfolgt.<sup>44</sup> Eine Veränderung ist hingegen nicht bereits dann zu bejahen, wenn es zu einer Verfügungsbeschränkung bzgl. eines Anteils gekommen ist.<sup>45</sup>

#### b) Einreichung durch die Geschäftsführung

Die Geschäftsführer müssen in mindestens vertretungsberechtigter Zahl die Liste unterzeichnen und einreichen.<sup>46</sup> Listenänderungen durch die Geschäftsführer haben gem. § 40 I 4 GmbHG auf Mitteilung und Nachweis zu erfolgen. Dies ist grundsätzlich<sup>47</sup> auch Änderungsvoraussetzung – eine Änderungsbefugnis bzw. -pflicht ergibt sich für die Geschäftsführer nicht, wenn sie anderweitig von Änderungen Kenntnis erlangen.<sup>48</sup> Dies gilt wiederum nicht bei der Korrektur einer fehlerhaften Liste, sodass in diesem Fall die Geschäftsführer auch ohne Mitteilung und Nachweis zur Änderung befugt und verpflichtet sind.<sup>49</sup>

Die erforderliche Mitteilung kann – neben dem grundsätzlich befugten Gesellschafter – im Rahmen einer Veräußerung eines Geschäftsanteils auch von dem Erwerber der Anteile stammen.<sup>50</sup>

Die Anforderungen an den Nachweis sind gesetzlich nicht geregelt, im Hinblick auf die von der Gesellschafterliste ausgehende Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs jedoch streng auszulegen.<sup>51</sup> Die Geschäftsführer müssen die ihnen vorgelegten Informationen einer sachlichen und rechtlichen Prüfung unterziehen<sup>52</sup>, eine vollständige Ausräumung sämtlicher geringer Restzweifel ist ihnen jedoch nicht zuzumuten.<sup>53</sup>

#### c) Einreichung durch den Notar

Hat der Notar an Änderungen der Gesellschafterliste in amtlicher Eigenschaft mitgewirkt<sup>54</sup>, ist er gem. § 40 II 1 GmbHG anstelle der Geschäftsführer für die Einreichung einer aktualisierten Liste verantwortlich. Dabei muss es sich nicht zwangsläufig um eine beurkundungspflichtige Änderung handeln.<sup>55</sup> Wegen der Beurkundungspflicht – etwa bei Abtretung von GmbH-Geschäftsanteilen gem. § 15 III GmbHG – und der von einer Beurkundung ausgehenden erhöhten Rechtssicherheit, sind mittlerweile die meisten Gesellschafterlisten sog. notarielle Gesellschafterlisten.

#### d) Unterlassene Einreichung

Kommen die Beteiligten ihrer Einreichungsverpflichtung nicht nach, hat der materiellrechtlich berechnigte Gesellschafter nach absolut h.M. gegen die Gesellschaft<sup>56</sup> einen einklagbaren Anspruch auf Eintragung in die Gesellschafterliste.<sup>57</sup> Spiegelbildlich hat der Listengesellschafter einen Anspruch auf Löschung<sup>58</sup>, da seine Verpflichtungen gegenüber der

<sup>44</sup> Vgl. Henssler/Strohn/Oetker, GmbHG, § 40 Rn. 4.

<sup>45</sup> Vgl. Baumbach/Hueck/Servatius, GmbHG, § 40 Rn. 7.

<sup>46</sup> Vgl. Wicke, GmbHG, § 40 Rn. 7.

<sup>47</sup> Vgl. Baumbach/Hueck/Servatius, § 40 Rn. 18, 28.

<sup>48</sup> Vgl. MüKo/Heidinger, GmbHG § 40 Rn. 150; Scholz/Seibt, GmbHG, § 40 Rn. 33.

<sup>49</sup> Vgl. Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, § 40 Rn. 54.

<sup>50</sup> Vgl. Baumbach/Hueck/Servatius, GmbHG, § 40 Rn. 19.

<sup>51</sup> Vgl. MüKo/Heidinger, GmbHG, § 40 Rn. 162.

<sup>52</sup> Vgl. Scholz/Seibt, GmbHG, § 40 Rn. 58.

<sup>53</sup> Vgl. Scholz/Seibt, GmbHG, § 40 Rn. 58.

<sup>54</sup> Vgl. Altmeppen, GmbHG, § 40 Rn. 43.

<sup>55</sup> Vgl. Damm, BWNotZ 2017, 2 (5).

<sup>56</sup> Vgl. OLG Jena, Urteil vom 9.10.2013, 2 U 678/12, NZG 2014, 902; OLG München, Beschluss vom 17.7.2015, 14 W 1132/15, NZG 2015, 1272 Rn. 28; Baumbach/Hueck/Servatius, GmbHG, § 40 Rn. 84; BT-Drucks. 16/6140, 38.

<sup>57</sup> Vgl. MüKo/Heidinger, GmbHG, § 40 Rn. 147.

<sup>58</sup> Vgl. Baumbach/Hueck/Servatius, § 40 Rn. 30, 84.

Gesellschaft ebenfalls von seiner Eintragung abhängen. Diese Aktualisierungsansprüche ergeben sich zwar nicht aus dem Gesetz, sind aber unter Heranziehung der Gesetzesbegründung zu § 16 GmbHG<sup>59</sup> und der vergleichbaren Lage zu § 67 II AktG anerkannt.<sup>60</sup> Sie gewährleisten, dass zu nahezu jeder Zeit eine die wahren Gesellschafter ausweisende Gesellschafterliste besteht und somit Sinn und Zweck der Gesellschafterliste erfüllt werden können.

## II. Unterschiede zwischen Legitimationswirkung und Rechtsscheinwirkung

Für ein umfassendes Verständnis der sich aus § 16 I GmbHG ergebenden Legitimationswirkung muss diese zunächst von der einen gutgläubigen Erwerb ermöglichenden Rechtsscheinwirkung<sup>61</sup> aus § 16 III GmbHG abgegrenzt werden. Da teilweise auch im Rahmen von § 16 I GmbHG von einer Rechtsscheinwirkung gesprochen wird – was verständlich ist, da die Legitimationswirkung letztlich auch einen Rechtsschein darstellt – soll hiermit klar gestellt sein, dass mit dem Begriff Rechtsscheinwirkung nur die einen gutgläubigen Erwerb ermöglichende Wirkung des § 16 III GmbHG gemeint ist.

Die Legitimationswirkung begründet die formale Rechtsstellung von Gesellschaft und Gesellschaftern untereinander. Sie bildet mithin die Basis des Innenverhältnisses der Gesellschaft.<sup>62</sup> Gegenüber Dritten entfaltet die Legitimationswirkung grundsätzlich keine Wirkung.<sup>63</sup> Die Rechtsscheinwirkung hingegen bildet die Grundlage für einen gutgläubigen Erwerb. Sie ermöglicht den wirksamen rechtsgeschäftlichen Erwerb<sup>64</sup> von Anteilen von einem lediglich formell eingetragenen Gesellschafter.<sup>65</sup> Durch die Rechtsscheinwirkung kann folglich eine wirksame Anteilsübertragung zwischen einem materiell nichtberechtigten Listengesellschafter und einem Außenstehenden begründet werden – und ist damit Teil des Außenverhältnisses.

Auch die formalen Anforderungen an die Gesellschafterliste unterscheiden sich hinsichtlich der Legitimationswirkung und der Rechtsscheinwirkung. So entfaltet die Gesellschafterliste bereits mit dem Zeitpunkt der Einreichung ihre Legitimationswirkung gem. § 16 I GmbHG, während ein gutgläubiger Erwerb gem. § 16 III 2 GmbHG – sofern die Unrichtigkeit dem betroffenen berechtigten Gesellschafter nicht zuzurechnen ist – erst nach drei Jahren möglich ist.<sup>66</sup>

Zwar führt nicht bereits jeder formale Fehler in der Erstellung oder Einreichung der Liste dazu, dass sie keine Legitimationswirkung entfaltet,<sup>67</sup> dennoch sind die Hürden hierfür ungleich niedriger als für die Versagung eines gutgläubigen Erwerbs. So ist beispielsweise nach weit vertretener Auffassung in der Literatur ein gutgläubiger Erwerb selbst dann möglich, wenn die Gesellschafterliste gefälscht worden ist<sup>68</sup> – eine Legitimationswirkung entfaltet sie dann jedoch nicht mehr.<sup>69</sup>

<sup>59</sup> Vgl. BT-Drucks. 16/6140, S. 38.

<sup>60</sup> Vgl. MüKo/Heidinger, GmbHG, § 40 Rn. 147.

<sup>61</sup> Vgl. Wicke, GmbHG, § 16 Rn. 14; Michalski u.a./Ebbing, GmbHG, § 16 Rn. 160.

<sup>62</sup> Vgl. Henssler/Strohn/Verse, GmbHG, § 16 Rn. 12; Baumbach/Hueck/Servatius, § 16 Rn. 14.

<sup>63</sup> Vgl. Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, § 16 Rn. 30.

<sup>64</sup> Vgl. Henssler/Strohn/Verse, GmbHG, § 16 Rn. 60.

<sup>65</sup> Vgl. Michalski u.a./Ebbing, GmbHG, § 16 Rn. 159.

<sup>66</sup> Vgl. Löbbe, GmbHR 2012, 7 (16).

<sup>67</sup> Siehe Kapitel C. I. 3. der vorliegenden Arbeit.

<sup>68</sup> Vgl. Henssler/Strohn/Verse, GmbHG, § 16 Rn. 52 f.; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, § 16 Rn. 68; MüKo/Heidinger, GmbHG, § 16 Rn. 255; Scholz/Seibt, GmbHG, § 16 Rn. 83a.

<sup>69</sup> Vgl. Löbbe, GmbHR 2012, 7 (15); Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, § 16 Rn. 68.

Legitimationswirkung und Rechtsscheinwirkung haben allerdings auch Gemeinsamkeiten. Sowohl die Legitimationswirkung als auch die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs setzen gem. § 16 I 1 GmbHG bzw. § 16 III 1 GmbHG grundsätzlich voraus, dass ein Umstand in der Gesellschafterliste eingetragen worden ist und fußen somit auf der formellen Gesellschafterstellung. In beiden Fällen spielt die materiellrechtliche Gesellschafterstellung keine Rolle.<sup>70</sup> Sie kann mit der formellen Stellung zusammenfallen, muss es aber nicht.<sup>71</sup>

Wegen der gänzlich verschiedenen Wirkungsrichtungen und unterschiedlichen Voraussetzungen für die Entfaltung dieser Wirkungen ist streng zwischen Legitimationswirkung und Rechtsscheinwirkung zu unterscheiden.

### III. Legitimationswirkung gem. Abs. 1 – Rechtsstellung zwischen Gesellschafter und Gesellschaft

Gem. § 16 I 1 GmbHG gilt gegenüber der Gesellschaft im Fall einer Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung als Inhaber eines Geschäftsanteils – und damit als Gesellschafter – nur derjenige, der in der zum Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste eingetragen ist. Die Liste entfaltet kraft Eintragung eine „unwiderlegliche Vermutung der materiellen Berechtigung“<sup>72,73</sup> Einige Stimmen sprechen aufgrund des Wortlauts von § 16 I 1 GmbHG auch von einer gesetzlichen Fiktion<sup>74</sup>, entscheidend bzgl. der Wirkung ist dies jedoch nicht<sup>75</sup>; eine Festlegung auf eine Begrifflichkeit ist daher nicht erforderlich. Die Legitimationswirkung hat also zur Folge, dass die in der Gesellschafterliste eingetragene Person – unabhängig von ihrer materiellen Berechtigung – gegenüber der Gesellschaft als einzig wahrer Inhaber des Geschäftsanteils gilt.

Damit die Gesellschafterliste eine Legitimationswirkung entfalten und der Listengesellschafter sich auf seine mitgliedschaftlichen Rechte berufen kann, müssen drei grundsätzliche Voraussetzungen erfüllt sein<sup>76</sup>: Zunächst muss der Neugesellschafter in die Liste eingetragen worden sein. Diese Gesellschafterliste muss daraufhin zum Handelsregister aufgenommen worden sein. Zuletzt darf die (Neu-) Einreichung nur auf Mitteilung und Nachweis erfolgt sein, soweit es sich nicht um eine notarielle Gesellschafterliste handelt, oder die Liste lediglich korrigiert wurde.<sup>77</sup> Zu einer tatsächlichen Veränderung i.S.v. § 16 I 1 GmbHG muss es hingegen nicht gekommen sein, die Liste soll eben auch dann eine Legitimationswirkung entfalten, wenn sich eine zu Beginn angenommene Änderung im Endeffekt als unwirksam herausstellt.<sup>78</sup> Welche weiteren Mindestanforderungen erfüllt sein müssen, damit die Legitimationswirkung der Liste nicht doch gehemmt wird, wird in Kapitel C. I. 3. behandelt.

Dabei wirkt die Legitimationswirkung in beide Richtungen: Sie begründet Ansprüche des Listengesellschafters gegen die Gesellschaft, verpflichtet diesen aber auch, sämtliche

<sup>70</sup> Vgl. Michalski u.a./Ebbing, GmbHG, § 16 Rn. 2.

<sup>71</sup> Vgl. Michalski u.a./Ebbing, GmbHG, § 16 Rn. 3.

<sup>72</sup> Wicke, GmbHG, § 16 Rn. 3.

<sup>73</sup> Für die Wirkung als unwiderlegliche Vermutung auch: Vgl. Henssler/Strohn/Verse, GmbHG, § 16 Rn. 11b; Baumbach/Hueck/Servatius, GmbHG, § 16 Rn. 14; Altmeppen, GmbHG, § 16 Rn. 5; MüKo/Heidinger, GmbHG, § 16 Rn. 14; Lieder/Becker, GmbHR 2019, 441 (441); Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, § 16 Rn. 35.

<sup>74</sup> Vgl. Michalski u.a./Ebbing, GmbHG, § 16 Rn. 51.

<sup>75</sup> Vgl. MüKo/Heidinger, GmbHG, § 16 Rn. 14; Vgl. Henssler/Strohn/Verse, GmbHG, § 16 Rn. 11b.

<sup>76</sup> Vgl. MüKo/Heidinger, GmbHG, § 16 Rn. 7.

<sup>77</sup> Siehe Kapitel B. I. 5. a) der vorliegenden Arbeit.

<sup>78</sup> Vgl. Henssler/Strohn/Verse, GmbHG, § 16 Rn. 5; OLG Frankfurt a.M., Urteil vom 4.11.2016, 20 W 269/16, GmbHR 2017, 868 (869f.).

mitgliedschaftlichen Pflichten zu erfüllen.<sup>79</sup> Der Listengesellschafter kann sich nicht nach Belieben auf die Legitimationswirkung berufen. Man spricht in diesem Zusammenhang bzgl. der Rechte des Gesellschafters von einer „aktiven“ Legitimationswirkung; bzgl. der Pflichten des Gesellschafters von einer „passiven“ Legitimationswirkung.<sup>80</sup> Der Umfang der mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten ist genauso umfassend wie sie bei einem eingetragenen materiell berechtigten Gesellschafter wären.<sup>81</sup> Der eingetragene Gesellschafter kann folglich etwa in der Gesellschafterversammlung sein Stimmrecht ausüben<sup>82</sup> oder seine Anteile am Gewinn geltend machen, als wäre er der materiell Berechtigte.<sup>83</sup>

Die Legitimationswirkung ist von der materiellen Rechtslage entkoppelt<sup>84</sup>, der „wirkliche[...] Inhaber des Geschäftsanteils“<sup>85</sup> verliert durch die Eintragung eines anderen nicht seine materiellrechtlichen Befugnisse.<sup>86</sup> So kann im Rahmen der Legitimationswirkung<sup>87</sup> weiterhin nur der materiell Berechtigte wirksam gegenüber Dritten Geschäftsanteile bspw. abtreten oder diese belasten.<sup>88</sup> Folgen der Legitimationswirkung beschränken sich ausschließlich auf das Verhältnis zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern.

Zwar verliert der nicht (mehr) eingetragene materiell Berechtigte nicht die Verfügungsbefugnis über seinen Geschäftsanteil, er verliert jedoch seine Gesellschafterstellung im Verhältnis zur Gesellschaft, da gem. § 16 I 1 GmbHG nur der Eingetragene in diesem Verhältnis als Gesellschafter gilt.<sup>89</sup> Bzgl. aller nicht eingetragenen Personen spricht man auch von einer „negativen Legitimationswirkung“<sup>90</sup>, da aufgrund ihrer fehlenden Eintragung in der Gesellschafterliste unwiderleglich vermutet wird, dass sie nicht Gesellschafter der jeweiligen GmbH sind. Durch die Aufnahme Anderer verlieren folglich alle nicht mehr eingetragenen Gesellschafter die Befugnis, mitgliedschaftliche Rechte auszuüben.<sup>91</sup> Die negative Legitimationswirkung führt zudem dazu, dass die Gesellschaft den materiellen Gesellschafter nicht mehr als Gesellschafter behandeln darf<sup>92</sup>, ihm also etwa keinen Gewinn ausschütten darf.

Von dieser sonst strengen negativen Legitimationswirkung erlaubt § 16 I 2 GmbHG eine Abweichung. So darf auch der noch nicht in die Liste eingetragene, aber materiell berechtigte Gesellschafter bereits zu Versammlungen geladen werden<sup>93</sup> und sogar bereits an Beschlussfassungen partizipieren.<sup>94</sup> Seine Rechtshandlungen in Bezug auf das Gesellschaftsverhältnis – z.B. die Abgabe einer Stimme in der Versammlung – werden ex tunc wirksam,

<sup>79</sup> Vgl. MüKo/Heidinger, GmbHG, § 16 Rn. 173.

<sup>80</sup> Vgl. Henssler/Strohn/Verse, GmbHG, § 16 Rn. 11.

<sup>81</sup> Vgl. Michalski u.a./Ebbing, GmbHG, § 16 Rn. 53.

<sup>82</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 2.7.2019, II ZR 406/17, NJW 2019, 3155 (3158) Rn. 35.

<sup>83</sup> Vgl. MüKo/Heidinger, GmbHG, § 16 Rn. 6.

<sup>84</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 10.11.2020, II ZR 211/19, NJW 2021, 622 (623) Rn. 17; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, § 16 Rn. 26.

<sup>85</sup> Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, § 16 Rn. 29.

<sup>86</sup> Vgl. Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, § 16 Rn. 29.

<sup>87</sup> Im Rahmen des gutgläubigen Erwerbs kann auch der Listengesellschafter wirksam gegenüber Dritten über den betroffenen Geschäftsanteil verfügen – siehe Kapitel B. IV. der vorliegenden Arbeit.

<sup>88</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 10.11.2020, II ZR 211/19, NJW 2021, 622 (623) Rn. 17; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, § 16 Rn. 30.

<sup>89</sup> Vgl. Altmeyden, GmbHG, § 16 Rn. 5.

<sup>90</sup> BGH, Urteil vom 2.7.2019, II ZR 406/17, NJW 2019, 3155 (3158) Rn. 35.

<sup>91</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 2.7.2019, II ZR 406/17, NJW 2019, 3155 (3158) Rn. 35.

<sup>92</sup> Vgl. Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, § 16 Rn. 36.

<sup>93</sup> Vgl. Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, § 16 Rn. 28.

<sup>94</sup> Vgl. Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, § 16 Rn. 48.



wenn unverzüglich nach Vornahme der Rechtshandlung eine geänderte, den handelnden Gesellschafter aufführende Liste zum Handelsregister aufgenommen wird.<sup>95</sup>

Ist der Listengesellschafter nicht der materiell Berechtigte, haben sowohl der materiell Berechtigte als auch der zu Unrecht Eingetragene einen Anspruch auf Korrektur der Liste gegen die GmbH.<sup>96</sup>

Die Legitimationswirkung ist folglich die Basis für ein rechtssicheres Handeln zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern, da sich beide Seiten auf die Befugnis der anderen Partei verlassen dürfen. Gäbe es die Legitimationswirkung nicht, könnte eine Rechtssicherheit innerhalb der Gesellschaft nicht gewährleistet werden. Dennoch gilt die Legitimationswirkung nicht uneingeschränkt: In wenigen, eng zu fassenden Fällen, muss sie aus Rücksicht auf andere Rechtsgüter, wie das Prinzip von Treu und Glauben, eingeschränkt werden.<sup>97</sup>

#### IV. Rechtsscheinwirkung – Gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten

Als Rechtsscheinträger entfaltet die Gesellschafterliste gem. § 16 III GmbHG zudem eine Rechtsscheinwirkung.<sup>98</sup> Durch diese ist ein verkehrsgeschäftlicher gutgläubiger Erwerb von Geschäftsanteilen und Rechten an solchen auch dann möglich, wenn der Listengesellschafter nicht materiellrechtlicher Gesellschafter ist<sup>99</sup>, also als Nichtberechtigter auftritt. Die in diesem Sinne fehlerhafte Gesellschafterliste ist auch der einzige Anwendungsfall von § 16 III GmbHG – wäre der Veräußerer materiell berechtigt, ist ein gutgläubiger Erwerb nicht einschlägig, da der materiell Berechtigte ohnehin über seinen Geschäftsanteil verfügen kann.<sup>100</sup>

Der gutgläubige Erwerb von Geschäftsanteilen und Rechten an solchen ist an den gutgläubigen Erwerb von Grundstücken und Rechten an solchen aus § 892 BGB angelehnt.<sup>101</sup> Wesentlicher Unterschied ist jedoch die fehlende Publizitätswirkung (§ 15 HGB) der Gesellschafterliste mangels inhaltlicher Kontrolle des Registergerichts.<sup>102</sup>

Neben der Eintragung des Veräußerers in der Gesellschafterliste als Gesellschafter und folgender Einreichung zum Handelsregister gibt es weitere Voraussetzungen für einen gutgläubigen Erwerb. So muss der Erwerber im Hinblick auf die Richtigkeit der Liste gutgläubig sein, also von der fehlenden Berechtigung des Veräußerers keine Kenntnis oder grobfahrlässige Unkenntnis haben.<sup>103</sup> Ein guter Glaube kann nicht vorliegen, wenn der Liste ein Widerspruch i.S.v. § 16 III 3-5 GmbHG zugeordnet ist.<sup>104</sup> Des Weiteren muss die Liste gem. § 16 III 2 GmbHG bzgl. des Geschäftsanteils seit mindestens drei Jahren unrichtig sein, es sei denn, die Unrichtigkeit kann dem materiell Berechtigten zugerechnet werden. Eine Zurechenbarkeit liegt vor, wenn er sich „nicht darum gekümmert hat“<sup>105</sup>, für seine (Wieder-) Aufnahme in die Gesellschafterliste zu sorgen. Will der materiell Berechtigte sich

<sup>95</sup> Vgl. Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, § 16 Rn. 48.

<sup>96</sup> Vgl. Scholz/Seibt, GmbHG, § 16 Rn. 34.

<sup>97</sup> Siehe Kapitel C. der vorliegenden Arbeit.

<sup>98</sup> Vgl. Altmeyden, GmbHG, § 16 Rn. 61.

<sup>99</sup> Vgl. Koch, Gesellschaftsrecht, § 35 Rn. 17.

<sup>100</sup> Vgl. Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, § 16 Rn. 30.

<sup>101</sup> Vgl. Koch, Gesellschaftsrecht, § 35 Rn. 17.

<sup>102</sup> Vgl. Altmeyden, GmbHG, § 16 Rn. 61; MüKo/Heidinger, GmbHG, § 16 Rn. 238; Hauschild u.a./Leitzen, Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht, S. 665 f.

<sup>103</sup> Vgl. Baumbach/Hueck/Servatius, GmbHG, § 16 Rn. 35; Koch, Gesellschaftsrecht, § 35 Rn. 17.

<sup>104</sup> Vgl. Eckhardt/Hermanns, Kölner Handbuch Gesellschaftsrecht, S. 473 f.

<sup>105</sup> BT-Drucks. 16/6140, S. 39.

auf den fehlenden Ablauf der Dreijahresfrist oder auf die fehlende Zurechenbarkeit berufen, trifft ihn die Beweislast.<sup>106</sup>

In formeller Hinsicht muss die Gesellschafterliste für einen gutgläubigen Erwerb „zumindest ihrem äußeren Anschein nach den formalen Anforderungen des § 40 GmbHG“<sup>107</sup> entsprechen. Der konkrete Umfang dieser Anforderungen ist jedoch umstritten<sup>108</sup>, es ist folglich nicht einheitlich klar, welches Fehlen von Anforderungen dazu führt, dass eine Gesellschafterliste keinen gutgläubigen Erwerb mehr ermöglicht. Sie muss jedoch in jedem Fall zumindest unterschrieben worden sein.<sup>109</sup>

Eine weitere Einschränkung des gutgläubigen Erwerbs ist, dass dieser sich nur auf einen existierenden Geschäftsanteil beziehen kann<sup>110</sup>, da nur der gute Glaube an die Verfügungsbefugnis geschützt wird, nicht jedoch der gute Glaube hinsichtlich der Existenz eines Anteils.<sup>111</sup> Diese totale Versagung des gutgläubigen Erwerbs bezieht sich jedoch nur auf gänzlich nicht existierende Anteile<sup>112</sup>, existiert ein Anteil lediglich nicht in der Art und Weise, wie er in der Gesellschafterliste eingetragen ist, kann ein gutgläubiger Erwerb möglich sein.<sup>113</sup> Ein gutgläubiger lastenfreier Erwerb ist nicht möglich, da Belastungen nicht in der Gesellschafterliste eingetragen werden und daher auch kein guter Glaube an ihre fehlende Existenz entstehen kann.<sup>114</sup>

Anders als bei der Legitimationswirkung kann der materiell Berechtigte seine Befugnisse über den Geschäftsanteil verlieren, indem der Listengeschafter an einen gutgläubigen Dritten wirksam über den Geschäftsanteil verfügt, etwa den Anteil z.B. an den Dritten abtritt.<sup>115</sup> In diesem Fall stehen dem ehemals wahren Berechtigten lediglich schuldrechtliche „Ausgleichsansprüche gegen den verfügenden Nichtberechtigten“<sup>116</sup> gem. § 816 I 1 BGB, §§ 681, 687 II BGB, sowie § 832 II und § 826 BGB zu.<sup>117</sup>

#### V. Zwischenfazit

Die Gesellschafterliste war bereits vor der Reform des GmbH-Rechts durch das MoMiG neben der Satzung zentrale Informationsquelle bzgl. des Innenlebens einer GmbH. Beteiligte, aber auch Außenstehende konnten mit Hilfe der Gesellschafterliste etwa dahingehend Einblick nehmen wer Gesellschafter der betreffenden GmbH ist oder wie hoch deren Beteiligung ist.

Für Gläubiger und andere Dritte ist diese Informationsfunktion weiterhin die primäre Funktion der Gesellschafterliste. Aufgrund der erweiterten Einreichungspflicht von Geschäftsführern und Notaren wird gewährleistet, dass der Inhalt der Liste fortlaufend aktualisiert und damit richtig ist.

Der Gesellschafterliste kommt als ausschließliche Legitimationsgrundlage für die Stellung des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft eine herausragende Bedeutung zu. Allein

<sup>106</sup> Vgl. MüKo/Heidinger, GmbHG, § 16 Rn. 271.

<sup>107</sup> Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, § 16 Rn. 67.

<sup>108</sup> Vgl. MüKo/Heidinger, GmbHG, § 16 Rn. 247 f.; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, § 16 Rn. 67.

<sup>109</sup> Vgl. MüKo/Heidinger, GmbHG, § 16 Rn. 247 f.; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, § 16 Rn. 67.

<sup>110</sup> Vgl. Baumbach/Hueck/Servatius, GmbHG, § 16 Rn. 35; Damm, BWNNotZ 2017, 2 (11).

<sup>111</sup> Vgl. RegE MoMiG, BR-Drs. 354/07, S. 88.

<sup>112</sup> Vgl. Michalski u.a./Ebbing, GmbHG, § 16 Rn. 246 f.

<sup>113</sup> Vgl. Wicke, GmbHG, § 16 Rn. 15; Vgl. Baumbach/Hueck/Servatius, GmbHG, § 16 Rn. 28.

<sup>114</sup> Vgl. Henssler/Strohn/Verse, GmbHG, § 16 Rn. 93; Eckhardt/Hermanns, Kölner Handbuch Gesellschaftsrecht, S. 474; Offen gelassen in Schmidt, NZG 2021, 181 (184).

<sup>115</sup> Vgl. Henssler/Strohn/Verse, GmbHG, § 16 Rn. 91; Wicke, GmbHG, § 16 Rn. 26.

<sup>116</sup> Michalski u.a./Ebbing, GmbHG, § 16 Rn. 256.

<sup>117</sup> Vgl. Michalski u.a./Ebbing, GmbHG, § 16 Rn. 256.

wer als Gesellschafter in der Liste aufgeführt ist, kann gegenüber der GmbH Rechte geltend machen und von der GmbH verpflichtet werden. Die Legitimationswirkung gewährleistet damit grundsätzlich, dass die in der Gesellschafterliste aufgeführten Inhalte als richtig angesehen werden dürfen. Streitigkeiten über die tatsächliche Befugnis eines eingetragenen Gesellschafters sollen so möglichst vermieden werden.

Durch die erstmalige Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs von Geschäftsanteilen und Rechten an solchen können rechtssicherer als noch vor Einführung des MoMiG Geschäftsanteile erworben werden. Der (potenzielle) Erwerber darf sich ebenfalls auf die Richtigkeit der Gesellschafterliste verlassen. Eine umfassende Due-Diligence Prüfung zur Ermittlung der tatsächlichen Berechtigung des Veräußerers ist damit im Vergleich zur Situation vor Einführung des MoMiG weitgehend entbehrlich geworden.

Heute geht die Bedeutung der Gesellschafterliste folglich weit über ihre ursprüngliche Informationsfunktion hinaus. Durch die Schaffung einer Legitimationswirkung und der Ermöglichung eines gutgläubigen Erwerbs hat die Gesellschafterliste eine enorme Aufwertung erfahren. Sie ist für Außenstehende und für sich über ihre Gesellschafterstellung streitende Personen maßgeblicher Anlaufpunkt bei Unklarheiten.

## C. Grenzen der Legitimationswirkung

### I. Fallgruppen

#### 1. Einleitung

Die herausragende Stellung der Gesellschafterliste kann jedoch auch Gefahren mit sich bringen. So kann die von der Liste ausgehende Legitimationswirkung dazu führen, dass der materiell Berechtigte in unverhältnismäßiger Art und Weise seine Rechte als Gesellschafter zumindest temporär verliert.

Alle Situationen, in denen die Legitimationswirkung zum Tragen kommt, können in einige wenige Fallgruppen eingeteilt werden. Dieser erste Abschnitt soll einen Überblick darüber geben, welche Fallgruppen es gibt und ob bzgl. der einzelnen Fallgruppen eine Einschränkung der Legitimationswirkung zum Schutz des materiell Berechtigten nötig ist oder nicht.

#### 2. Inhaltlich fehlerhafte Liste

Die inhaltlich fehlerhafte Gesellschafterliste ist wohl der häufigste Anwendungsfall der Legitimationswirkung. Eine Liste ist inhaltlich fehlerhaft, wenn der in der Liste Eingetragene nicht wirklich der materiell Berechtigte ist. Gerade für diese Situationen wurde die Legitimationswirkung jedoch geschaffen<sup>118</sup>, weitreichende Einschränkungen würden dem Ziel der Legitimationswirkung, der Erhöhung der Rechtssicherheit, daher vollkommen entgegenstehen. Eine Entfaltung der Legitimationswirkung ist jedoch dann nicht möglich, wenn derart starke inhaltliche Mängel vorliegen, dass die Funktion der Liste als solche nicht mehr gewährleistet ist und dies für jeden, der in die Liste Einsicht nimmt, erkennbar ist.<sup>119</sup> Dies ist beispielsweise der Fall, wenn die Person, die in der Liste als Inhaber des Geschäftsanteils eingetragen ist, nicht identifizierbar ist.<sup>120</sup>

Eine weitere Ausnahme von dieser ansonsten uneingeschränkten Legitimationswirkung liegt vor, wenn die Gesellschafterliste eine Person als Inhaber eines Anteils ausweist, der

<sup>118</sup> Vgl. Michalski u.a./Ebbing, GmbHG, § 16 Rn. 67.

<sup>119</sup> Vgl. Michalski u.a./Ebbing, GmbHG, § 16 Rn. 66.

<sup>120</sup> Vgl. Michalski u.a./Ebbing, GmbHG, § 16 Rn. 70; Vgl. MüKo/Heidinger, GmbHG, § 16 Rn. 59.

tatsächlich gar nicht besteht.<sup>121</sup> Insofern gilt für die Legitimationswirkung die gleiche Einschränkung wie für die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs<sup>122</sup>; ein in der Liste als Inhaber eines nicht existenten Geschäftsanteils eingetragener Gesellschafter kann sich weder auf die Legitimationswirkung berufen, noch kann er diesen Anteil an einen gutgläubigen Erwerber veräußern.

### 3. Formell fehlerhafte Liste

#### a) Grundlagen

Viele unterschiedliche Verfahrensfehler können dazu führen, dass eine Gesellschafterliste formell fehlerhaft ist. Einige dieser Fehler führen dazu, dass die Liste ihre gem. § 16 I GmbHG bestehende Legitimationswirkung nicht entfaltet. Wegen der grundsätzlich unwiderleglichen Vermutungswirkung der Liste und der damit bezweckten Rechtssicherheit sind diese „Einschränkungen der Legitimationswirkung jedoch restriktiv zu handhaben“<sup>123</sup>. Vorab sei gesagt, dass bzgl. einiger Punkte – wie bspw. wenn die Liste durch einen gänzlich Unzuständigen eingereicht wurde – keine einhellige Meinung in der Literatur besteht und auch die Rechtsprechung in vielen Fällen noch keine Entscheidungen getroffen hat. Der Autor folgt im Folgenden den seiner Überzeugung nach schlüssigeren Ansichten und Argumenten.

Auch die Abgrenzung zwischen den Fallgruppen der fehlenden Zurechenbarkeit und den wesentlichen Verfahrensmängeln findet mitunter nicht einheitlich statt. So gibt es Stimmen, die beispielsweise bei einer gefälschten Liste die fehlende Zurechenbarkeit ins Feld führen<sup>124</sup>, andere sprechen von einem wesentlichen Verfahrensmangel.<sup>125</sup> Eine trennscharfe Abgrenzung ist allerdings hier auch nicht erforderlich, da unabhängig von der Kategorisierung die Folge die Einschränkung der Legitimationswirkung ist.<sup>126</sup> In beiden Fällen führt dieses Hemmnis dazu, dass der in der Gesellschafterliste nicht mehr Eingetragene seine Gesellschafterrechte und – pflichten automatisch zurückerlangt.<sup>127</sup> Die erfolgte Eintragung wird ignoriert und der vorherige Listenzustand als Basis für das weitere Handeln zu Grunde gelegt.<sup>128</sup>

#### b) Fehlende Zurechenbarkeit

Ist die Liste fehlerhaft, müssen die Eintragungen in der Gesellschafterliste laut herrschender, aber nicht ausdrücklich höchstrichterlich bestätigter Ansicht, dem durch die Eintragung Benachteiligten stets zuzurechnen sein, damit die Liste zu dessen Ungunsten eine Legitimationswirkung entfaltet.<sup>129</sup>

Es ist zwischen zwei Kategorien zu unterscheiden. Zum einen ist eine Zurechenbarkeit nicht gegeben, wenn „in der Person des Mitteilenden oder Eintragenden“<sup>130</sup> ein sog. Zurechnungsausschlussgrund vorliegt. Ein solcher liegt im Fall der *vis absoluta* – also im Fall der erzwungenen Abgabe der Mitteilung oder bei erzwungener Eintragung –, bei Vertretung ohne Vertretungsmacht, bei einer Fälschung der Liste und bei fehlender oder beschränkter

<sup>121</sup> Vgl. Michalski u.a./Ebbing, GmbHG, § 16 Rn. 68.

<sup>122</sup> Vgl. RegE MoMiG, BR-Drs. 354/07, S. 88; Koch, Gesellschaftsrecht, § 35 Rn. 17.

<sup>123</sup> Henssler/Strohn/Verse, GmbHG, § 16 Rn. 29.

<sup>124</sup> Vgl. Henssler/Strohn/Verse, GmbHG, § 16 Rn. 33b; MüKo/Heidinger, GmbHG, § 16 Rn. 76.

<sup>125</sup> Vgl. Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, § 16 Rn. 17.

<sup>126</sup> Vgl. Henssler/Strohn/Verse, GmbHG, § 16 Rn. 29.

<sup>127</sup> Vgl. Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, § 16 Rn. 11.

<sup>128</sup> Vgl. Henssler/Strohn/Verse, GmbHG, § 16 Rn. 30.

<sup>129</sup> Vgl. Henssler/Strohn/Verse, GmbHG, § 16 Rn. 32; Lieder/Becker, GmbHR 2019, 441 (444).

<sup>130</sup> MüKo/Heidinger, GmbHG, § 16 Rn. 51, 63.

Geschäftsfähigkeit vor.<sup>131</sup> Diese Fallgruppen stellen auch dann einen Zurechnungsauschlussgrund dar, wenn das der Listenänderung zu Grunde liegende Rechtsgeschäft durch einen der o.g. Fälle abgeschlossen wurde, also bspw. durch vis absoluta erzwungen wurde.<sup>132</sup>

Zum anderen ist die Zurechnung zu versagen, wenn die Mitteilung, aufgrund derer die Gesellschafterliste durch die Geschäftsführer geändert worden ist, nicht vom dazu befugten Gesellschafter ausgeht.<sup>133</sup> Dazu gehören die Fälle, in denen ein Unbefugter eine Änderung mitgeteilt hat oder eine Änderung gänzlich ohne Mitteilung oder Nachweis<sup>134</sup> erfolgt ist.<sup>135</sup>

Bei einer notariellen Gesellschafterliste liegen die Hürden für eine Versagung der Legitimationswirkung wegen der höheren Richtigkeitsgewähr höher.<sup>136</sup> Auch bei einer notariellen Liste fehlt es jedoch an der Zurechenbarkeit, wenn die der Einreichung zugrunde liegende „Anteilsübertragung [an den oben genannten] Wirksamkeitsmängeln leidet“<sup>137</sup>.<sup>138</sup> An der Zurechenbarkeit fehlt es auch, wenn der Notar fälschlicherweise eine gänzlich andere als die auszutragende Person aus der Gesellschafterliste streicht.<sup>139</sup> Ein anderer, weniger schwerwiegender Fehler des Notars kann die Legitimationswirkung nicht einschränken.<sup>140</sup>

Wurde jemand bereits als Gesellschafter in die Gesellschafterliste aufgenommen und droht ihm nun durch eine erneute Änderung der Liste wegen einer vermuteten Unrichtigkeit der zuvor vorgenommenen Änderung die formelle Gesellschafterstellung wieder zu verlieren, ist die Situation anders zu bewerten. Grundsätzlich ist die Geschäftsführung dazu befugt, die geänderte Liste auch gegen den Widerspruch des Listengeschafters zum Handelsregister einzureichen.<sup>141</sup> Da der in der Liste eingetragene Gesellschafter vor der Vornahme der erneuten Änderung anzuhören ist<sup>142</sup>, kann er sich im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes gegen die Einreichung einer neuen – ihn nicht mehr aufführenden Liste – ausreichend wehren. Der BGH sieht es in Anbetracht dessen nicht als erforderlich an, den Listengesellschafter weitergehend zu schützen.<sup>143</sup> Auf eine fehlende Zurechenbarkeit kann sich dieser daher nicht berufen, um die für ihn ggf. nachteilige Legitimationswirkung der neuen Liste zu umgehen.<sup>144</sup>

### c) Wesentliche Verfahrensmängel

Ein wesentlicher Mangel im Erstellungs- oder Einreichungsverfahren führt ebenfalls dazu, dass eine eingereichte Gesellschafterliste keine Legitimationswirkung entfaltet.<sup>145</sup> Anders als im Fall der fehlenden Zurechenbarkeit wird hierbei die Entfaltung der Legitimationswirkung auch dann gehemmt, wenn der eingetragene Inhalt der materiellen Rechtslage entspricht, also inhaltlich richtig ist.<sup>146</sup> Ursächlich für diese Abweichung in der Bewertung ist

<sup>131</sup> Vgl. MüKo/Heidinger, GmbHG, § 16 Rn. 63.

<sup>132</sup> Vgl. MüKo/Heidinger, GmbHG, § 16 Rn. 51.

<sup>133</sup> Vgl. Baumbach/Hueck/Servatius, GmbHG, § 16 Rn. 16.

<sup>134</sup> Ausnahmen von dieser Regelung siehe Baumbach/Hueck/Servatius, § 40 Rn. 18, 28.

<sup>135</sup> Vgl. Baumbach/Hueck/Servatius, GmbHG, § 16 Rn. 16.

<sup>136</sup> Vgl. MüKo/Heidinger, GmbHG, § 16 Rn. 64.

<sup>137</sup> Vgl. Henssler/Strohn/Verse, GmbHG, § 16 Rn. 33a.

<sup>138</sup> Vgl. Henssler/Strohn/Verse, GmbHG, § 16 Rn. 33a.

<sup>139</sup> Vgl. Henssler/Strohn/Verse, GmbHG, § 16 Rn. 33a.

<sup>140</sup> Vgl. MüKo/Heidinger, GmbHG, § 16 Rn. 64; Lieder/Becker, GmbHR 2019, 441 (444).

<sup>141</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 17.12.2013, II ZR 21/12, NZG 2014, 184 (188) Rn. 36.

<sup>142</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 17.12.2013, II ZR 21/12, NZG 2014, 184 (188) Rn. 36.

<sup>143</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 17.12.2013, II ZR 21/12, NZG 2014, 184 (188) Rn. 39; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, § 40 Rn. 96.

<sup>144</sup> Vgl. Altmeppen, GmbHG, § 16 Rn. 16; Henssler/Strohn/Verse, GmbHG, § 16 Rn. 33c.

<sup>145</sup> Vgl. Mülbert/Sajnovits, GmbHR 2021, 68 (71) Rn. 9.

<sup>146</sup> Vgl. Henssler/Strohn/Verse, GmbHG, § 16 Rn. 30.

die Schutzwürdigkeit der beteiligten Parteien. Da sich auf das Fehlen der Zurechenbarkeit nur der von der Eintragung Betroffene berufen kann, muss sein Schutzinteresse vor der Einreichung einer für ihn nachteiligen, aber inhaltlich richtigen Gesellschafterliste hinter den allgemeinen Richtigkeitsanspruch an die Liste zurückfallen.<sup>147</sup> Ein wesentlicher Verfahrensmangel hingegen betrifft alle Parteien. Daher müssen die Verfahrensvorschriften stets – und nicht nur, wenn es bei der Abwägung zwischen Parteiinteressen und grundsätzlich unwiderleglicher Vermutungswirkung der Liste als angebracht erscheint – gewahrt sein, um eine Aushöhlung der Verfahrensvorschriften zu verhindern.<sup>148</sup>

Ein solcher wesentlicher Mangel liegt vor, wenn die Einreichung der Liste durch eine gänzlich unzuständige Person<sup>149</sup>, also weder durch einen Notar noch durch die Geschäftsführer eingereicht worden ist.<sup>150</sup> Dies würde einer gefälschten Liste gleich kommen, da eine Unterschrift der Geschäftsführer oder des Notars nötig ist, damit das Registergericht nicht sofort die Unzuständigkeit erkennt und die Liste daher ablehnt.<sup>151</sup>

Erfolgt die Einreichung der Liste zwar durch den Geschäftsführer oder den Notar, wäre aber gem. § 40 I bzw. II GmbHG die jeweils andere Person zuständig, stellt dies zum Schutze des Verkehrs keinen wesentlichen Verfahrensmangel dar.<sup>152</sup> Findet ein solcher Kompetenzverstoß jedoch wissentlich und willentlich statt, entfaltet die daraufhin eingereichte Gesellschafterliste keine Legitimationswirkung.<sup>153</sup> Würde auch ein gezielter Kompetenzverstoß nicht dazu führen, dass die Legitimationswirkung gehemmt wird, würde die gesamte Konzeption der auf höherer Rechtssicherheit basierenden notariellen Gesellschafterliste untergraben werden können. Beispiel: Weigert sich der Notar, innerhalb seiner Zuständigkeit eine neue Liste einzureichen, weil er bspw. Voraussetzungen des Anteilsübergangs als nicht gegeben ansieht, könnte der Geschäftsführer andernfalls diese Entscheidung durch eigenhändige Einreichung übergehen, ohne dass dies Konsequenzen hätte.<sup>154</sup> Auch diese Einschränkung findet daher vor dem Hintergrund des Verkehrsschutzes statt.

Haben die Geschäftsführer Kenntnis von der Unrichtigkeit einer Mitteilung und reichen sie auf Basis dieser Mitteilung dennoch eine veränderte Gesellschafterliste ein, so stellt dies ebenfalls einen Verstoß gegen wesentliche Verfahrensgrundsätze dar.<sup>155</sup> Grund für diese Einschränkung ist, dass die Einreichenden sich nicht auf den gem. § 40 I 4 GmbHG erforderlichen Nachweis einer Veränderung berufen können sollen, wenn sie wissen, dass dieser gar keinen tatsächlichen Nachweis darstellt.<sup>156</sup> Regelmäßig liegt in diesen Fällen ein kollusives Verhalten von Geschäftsführer und Scheingesellschafter vor, die durch eine bewusst falsche Einreichung versuchen, die Legitimationswirkung der Liste für sich auszunutzen. In diesem Fall liegt nicht nur ein wesentlicher Verfahrensmangel, sondern zudem ein sittenwidriges Verhalten vor.<sup>157</sup> Folge dessen ist, dass die Legitimationswirkung nur noch zu Lasten des durch die Kollusion Eingetragenen gilt; er kann zwar keine Gesellschafterrechte

<sup>147</sup> Vgl. Henssler/Strohn/Verse, GmbHG, § 16 Rn. 32.

<sup>148</sup> Vgl. Henssler/Strohn/Verse, GmbHG, § 16 Rn. 30.

<sup>149</sup> Vgl. Mülbart/Sajnovits, GmbHR 2021, 68 (71) Rn. 9.

<sup>150</sup> Vgl. Henssler/Strohn/Verse, GmbHG, § 16 Rn. 31; Michalski u.a./Ebbing, GmbHG, § 16 Rn. 76; Scholz/Seibt, GmbHG, § 16 Rn. 23.

<sup>151</sup> Vgl. Tebben, RNotZ 2008, 441 (454 f.).

<sup>152</sup> Vgl. Herrler, GmbHR 2013, 617 (626).

<sup>153</sup> Vgl. Herrler, GmbHR 2013, 617 (626).

<sup>154</sup> Vgl. Tebben, RNotZ 2008, 441 (454).

<sup>155</sup> Vgl. Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, § 16 Rn. 17.

<sup>156</sup> Vgl. Lieder/Becker, GmbHR 2019, 441 (444).

<sup>157</sup> Vgl. MüKo/Heidinger, GmbHG, § 16 Rn. 54; a.A. Scholz/Seibt, GmbHG, § 16 Rn. 24.

mehr für sich beanspruchen, er kann aber dennoch von der Gesellschaft verpflichtet werden.<sup>158</sup>

Zwar ist für die Änderung einer notariellen Gesellschafterliste grundsätzlich weder Mitteilung noch Nachweis erforderlich<sup>159</sup>, dennoch ist auch hier die Legitimationswirkung einzuschränken, wenn die falsche Eintragung in der Liste durch „kollusive[s] Zusammenwirken unter Kenntnis des zuständigen [...] Notars“<sup>160</sup> eingereicht wurde, da dies ebenfalls ein sittenwidriges Verhalten nach § 242 BGB darstellen würde.<sup>161</sup>

Gehen die Geschäftsführer bei einer unrichtigen Mitteilung irrigerweise von der Richtigkeit der Mitteilung aus, stellt dies keinen Verstoß gegen wesentliche Verfahrensgrundsätze dar, da die Geschäftsführer regelmäßig nicht hundertprozentig zweifelsfrei erkennen können, ob die ihnen unterbreitete Rechtslage der Realität entspricht.<sup>162</sup>

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass wissentlich mit falschem Inhalt eingereichte Listen keine Legitimationswirkung zu Lasten desjenigen entfalten, der durch die falsche Liste seine Rechte verlieren würde.<sup>163</sup>

Gesellschafterlisten, die den o.g. formellen Mindestanforderungen nicht genügen, finden aufgrund des formellen Prüfungsrechts des Registergerichts<sup>164</sup> jedoch häufig bereits nicht ihren Weg in den zum Handelsregister aufgenommenen Registerordner.<sup>165</sup> Da dieses Prüfungsrecht in materieller Hinsicht jedoch stark eingeschränkt ist<sup>166</sup>, kann das Registergericht nicht ermitteln, ob bspw. eine Mitteilung als Inhalt der Liste nicht der Wahrheit entspricht, geschweige ob die Geschäftsführer dies bei der Einreichung gewusst haben, sodass es durchaus zur Einreichung von Gesellschafterlisten mit wesentlichen Verfahrensmängeln kommen kann.

## II. Missbräuchliche Ausnutzung der Legitimationswirkung durch die Gesellschaft?

### 1. Einleitung

Neben diesen weitgehend anerkannten Voraussetzungen an die Gesellschafterliste zur Entfaltung der Legitimationswirkung gibt es weitere Szenarien, in denen nicht einheitlich geklärt ist, ob die grundsätzlich unwiderlegliche Vermutungswirkung gehemmt werden muss oder nicht. In diesen Szenarien steht eine missbräuchliche Ausnutzung der Legitimationswirkung durch die Gesellschaft im Raum. Eine solche wäre nicht zulässig, da die Legitimationswirkung „unter dem allgemeinen Vorbehalt von Treu und Glauben“<sup>167</sup> steht. Um einen Verstoß gegen diesen aus § 242 BGB stammenden Grundsatz von Treu und Glauben begründen zu können, müssen jedoch hohe Hürden erreicht sein, z.B. müsste es andernfalls zu untragbaren Ergebnissen kommen.<sup>168</sup> Wie auch bei den formell fehlerhaften Listen darf die Legitimationswirkung nicht zu schnell versagt werden, da ansonsten das Regelungsziel von § 16 I 1 GmbHG nicht erreicht werden kann.<sup>169</sup>

<sup>158</sup> Vgl. Michalski u.a./Ebbing, GmbHG, § 16 Rn. 79 f.; MüKo/Heidinger, GmbHG, § 16 Rn. 54.

<sup>159</sup> Siehe Kapitel B III. der vorliegenden Arbeit.

<sup>160</sup> Scholz/Seibt, GmbHG, § 16 Rn. 26.

<sup>161</sup> Vgl. Scholz/Seibt, GmbHG, § 16 Rn. 26; a.A. MüKo/Heidinger, GmbHG, § 16 Rn. 55.

<sup>162</sup> Vgl. MüKo/Heidinger, GmbHG, § 16 Rn. 53; Siehe Kapitel B. I. 5. b) der vorliegenden Arbeit.

<sup>163</sup> Vgl. Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, § 16 Rn. 17; MüKo/Heidinger, GmbHG, § 16 Rn. 54.

<sup>164</sup> Vgl. Hauschild u.a./Leitzen, Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht, S. 676 f. Rn. 704; Baumbach/Hueck/Servatius, GmbHG, § 16 Rn. 7.

<sup>165</sup> Vgl. Baumbach/Hueck/Servatius, GmbHG, § 16 Rn. 15.

<sup>166</sup> Vgl. Schmidt, NZG 2021, 181 (183).

<sup>167</sup> Henssler/Strohn/Verse, GmbHG, § 16 Rn. 34a.

<sup>168</sup> Vgl. Lieder/Becker, GmbHR 2019, 441 (447).

<sup>169</sup> Vgl. Lieder/Becker, GmbHR 2019, 441 (447).

Schwierig zu beantworten ist die Frage, ob es im Einzelfall auch wirklich zu einer Ausnutzung der Legitimationswirkung „durch die Gesellschaft“ gekommen ist. Es ist stets zu prüfen, ob die rechtsmissbräuchliche Handlung lediglich in der Sphäre der handelnden Person verbleibt, oder ob das Wissen oder Verhalten der handelnden Person der Gesellschaft als eigenes Rechtssubjekt zugerechnet werden kann.<sup>170</sup> In Frage kommt eine Zurechnung über einen Geschäftsführer oder Gesellschafter.<sup>171</sup> Im Detail ist vieles ungeklärt<sup>172</sup>, eine jeweilige Analyse würde jedoch den Rahmen der Arbeit sprengen weshalb Zurechnungsproblematiken im Folgenden nicht näher erörtert werden.

Der Fokus soll vielmehr darauf liegen, ob es sich bei den einzelnen Konstellationen tatsächlich um eine missbräuchliche Ausnutzung der Legitimationswirkung handelt und die Legitimationswirkung daher gehemmt werden muss, oder ob die unwiderlegliche Vermutung bzgl. der Richtigkeit der Gesellschafterliste überwiegt. Es handelt sich dabei nicht um Konstellationen, die der Fallgruppe der formell fehlerhaften Listen zuzuordnen sind, da die Liste zunächst unzweifelhaft ohne einen die Legitimationswirkung beeinträchtigenden Fehler eingereicht worden ist. Vielmehr kommt es im weiteren Verlauf zu einer Situation, bei der fraglich ist, ob sich die Gesellschaft trotz der geänderten Zustände noch immer auf die Legitimationswirkung der nun fehlerhaften Liste berufen kann.

## 2. Abgrenzung der Fallgruppen

Bzgl. der Kenntnis der Gesellschaft von der Unrichtigkeit der Gesellschafterliste ist zwischen zwei Fallgruppen zu unterscheiden.<sup>173</sup> In beiden Fällen sind die Geschäftsführer verpflichtet, eine neue Liste einzureichen. Die Fallgruppen unterscheiden sich darin, wie die Geschäftsführer mit dieser Pflicht umgehen. Sie können zum einen – wie gem. § 40 I GmbHG durch den Gesetzgeber verlangt – unverzüglich eine neue Liste einreichen, oder im Fall der notariellen Liste diese korrigieren.<sup>174</sup> Diese Fallgruppe soll Inhalt des folgenden Kapitels sein. Zum anderen können die Geschäftsführer die Zwischenzeit allerdings auch ausreizen und vor Einreichung der neuen Liste, und damit vor Außerkrafttreten der „alten“ Legitimationswirkung, noch zum Nachteil des ihnen bereits bekannten materiell Berechtigten Beschlüsse fassen und Fakten schaffen. Dies soll Inhalt von Kapitel C. II. 4. sein.

Man spricht im Zusammenhang mit der bewussten Verzögerung der Einreichung und der Einreichung entgegen einer einstweiligen Verfügung auch von einer von der Gesellschaft zu vertretenden Unrichtigkeit der Liste<sup>175</sup>, da die Unrichtigkeit auf einem pflichtwidrigen Unterlassen bzw. Handeln der Gesellschaft beruht. Dies unterscheidet diese beiden Fallgruppen elementar von dem im Folgenden Kapitel behandelten Fall der reinen Kenntnis der Gesellschaft von der Unrichtigkeit, bei der die Gesellschaft nach Kenntniserlangung pflichtgemäß eine neue Liste einreicht, bzw. einreichen lässt.

## 3. Kenntnis der Fehlerhaftigkeit der Gesellschafterliste

### a) Problemstellung

Dass die Kenntnis einer Fehlerhaftigkeit der Liste durch die Gesellschaft vor der Einreichung zur Hemmung der Legitimationswirkung führt, wurde bereits thematisiert. Auch dass die

<sup>170</sup> Vgl. Cramer/Koch, DStR 2020, 664 (670).

<sup>171</sup> Vgl. Cramer/Koch, DStR 2020, 664 (670).

<sup>172</sup> Vgl. Cramer/Koch, DStR 2020, 664 (670).

<sup>173</sup> Zur Notwendigkeit einer Abgrenzung auch Henssler/Strohn/Verse, GmbHG, § 16 Rn. 11b.

<sup>174</sup> Siehe Kapitel B. 5. a), b) der vorliegenden Arbeit.

<sup>175</sup> Vgl. Baumbach/Hueck/Servatius, GmbHG, § 16 Rn. 16a; OLG Naumburg, Urteil vom 1.9.2016, 2 U 95/15, MittBayNotZ 2017, 287 Rn. 38 für den Fall des nachgewiesenen Erbfalls.



Gesellschaft – vertreten durch ihre Geschäftsführer – im Fall einer ihr sicher bekannten fehlerhaften Liste verpflichtet ist, eine neue, korrigierte, die wahre Rechtslage darstellende Liste einzureichen hat, ist unbestritten.<sup>176</sup> Fraglich hingegen ist, ob die Gesellschaft sich in der Zwischenzeit – also zwischen Kenntniserlangung bzgl. der Fehlerhaftigkeit und Aufnahme der aktualisierten Liste zum Handelsregister – noch auf die von der alten Liste ausgehende Legitimationswirkung berufen darf, oder ob dies eine missbräuchliche Ausnutzung der Legitimationswirkung darstellt.<sup>177</sup>

Hinsichtlich dieser Fragestellung haben sich zwei „Lager“ herausgebildet: Während die eine Seite die von der Gesellschafterliste ausgehende unwiderlegliche Vermutungswirkung hochhält, mahnt die andere Seite eine ihrer Meinung nach notwendige Einschränkung der Legitimationswirkung an. Es ist eine Abwägung zu treffen, ob mit Rücksicht auf den Verkehr die Legitimationswirkung uneingeschränkt zu gelten hat, oder ob zum Schutz des materiell Berechtigten und/oder des Listengeschafters eine Beschränkung der Legitimationswirkung angebracht ist.

#### b) Unwiderlegliche Vermutungswirkung der Liste

##### aa) Rechtssicherheit und Verkehrsschutz

Das Hauptargument derer, die der Gesellschafterliste auch im Fall der positiven Kenntnis der Gesellschaft von der Fehlerhaftigkeit eine unwiderlegliche Vermutungswirkung zusprechen, ist das Erfordernis von Rechtssicherheit und Rechtsklarheit für den Rechtsverkehr.<sup>178</sup>

Dieser Ansicht folgend darf zum Schutz der Rechtssicherheit und des Verkehrsschutzes bei Fragen bzgl. einer möglichen Einschränkung der Legitimationswirkung nicht auf subjektive Momente, wie eben eine mögliche Kenntnis der Gesellschaft von der Fehlerhaftigkeit der Liste, abgestellt werden.<sup>179</sup> Hintergrund dieser Ansicht ist die Sorge, dass die unwiderlegliche Vermutungswirkung ansonsten in unverhältnismäßiger Art und Weise ausgehöhlt werden könnte.<sup>180</sup> Doch warum soll dieser Ansicht folgend eine Einschränkung der Legitimationswirkung zu einer Verminderung der Rechtssicherheit und zur Vernachlässigung des Verkehrsschutzes führen?

Zunächst ist anzuerkennen, dass Rechtssicherheit, Rechtsklarheit und auch der Verkehrsschutz zu den primären Zielen der Gesellschafterlistenreform durch das MoMiG gehören.<sup>181</sup> Gesellschafter und Gesellschaft sollen sich darauf verlassen können, dass es für sie keine negativen Folgen haben kann, wenn sie sich auf den Inhalt der Liste verlassen.<sup>182</sup> Genau dies kann jedoch die Folge einer Einschränkung der Legitimationswirkung sein. Jede einzelne Einschränkung der Legitimationswirkung würde die von der Liste eigentlich ausgehende Rechtssicherheit scheinbar vermindern, da die Beteiligten in immer mehr Fällen fürchten müssen, dass die von der Liste ausgehende unwiderlegliche Vermutungswirkung gar nicht tatsächlich unwiderleglich ist. Vor diesem Hintergrund soll die Kenntnis

<sup>176</sup> Vgl. Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, § 40 Rn. 54.

<sup>177</sup> Diskussion erwähnend: KG, Urteil vom 9.11.2017, 23 U 67/15, NZG 2018, 660 (662) Rn. 38.

<sup>178</sup> Vgl. OLG Bremen, Urteil vom 21.10.2012, 2 U 43/11, GmbHR 2012, 687 (689); OLG Frankfurt, Beschluss vom 4.11.2016, 20 W 269/16, GmbHR 2017, 868 (870).

<sup>179</sup> Vgl. OLG Bremen, Urteil vom 21.10.2012, 2 U 43/11, GmbHR 2012, 687 (689); OLG Frankfurt, Beschluss vom 4.11.2016, 20 W 269/16, GmbHR 2017, 868 (870).

Zur Ablehnung subjektiver Merkmale bei der Bewertung auch: Scholz/Seibt, GmbHG, § 16 Rn. 8  
Zur Ablehnung ohne Nennung der Beweggründe, aber unter Verweis auf Urteil des OLG Frankfurt: Baumbach/Hueck/Servatius, GmbHG, § 16 Rn. 16a; BeckOK/Wilhelmi, GmbHG, § 16 Rn. 17.

<sup>180</sup> Vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 4.11.2016, 20 W 269/16, GmbHR 2017, 868 (870).

<sup>181</sup> Siehe Kapitel B. 3. der vorliegenden Arbeit.

<sup>182</sup> Vgl. Mülbart/Sajnovits, GmbHR 2021, 68 (70 f.) Rn. 5.

der Gesellschaft von der Fehlerhaftigkeit der Liste nicht zu einer Einschränkung der Legitimationswirkung führen können.<sup>183</sup>

#### bb) Überlagerung von § 407 BGB

Die §§ 404 ff. BGB regeln das Verhältnis zwischen altem Gläubiger, neuem Gläubiger und dem Schuldner im Falle der Abtretung eines Rechts. Die Abtretung soll die Schuldnerstellung nicht nachteilig beeinflussen dürfen.<sup>184</sup> Maßgebliches Kriterium ist dabei häufig die Kenntnis des Schuldners.<sup>185</sup> Auch im Fall der Anteilsabtretung nach § 15 GmbHG würde § 407 I BGB bewirken, dass es abhängig von der Kenntnis der Gesellschaft über die veränderte materielle Rechtslage wäre, ob diese gegenüber dem bisher Berechtigten, also dem noch in der Liste Eingetragenen, schuldbefreiend leisten kann. Dies würde eine Einschränkung der Legitimationswirkung bedeuten, da die Gesellschaft entgegen der unwiderleglichen Vermutungswirkung der Liste im Fall ihrer Kenntnis von der Unrichtigkeit der Liste nicht schuldbefreiend an den Listengesellschafter leisten könnte und dürfte.

Befürworter einer uneingeschränkten Legitimationswirkung führen an, dass die §§ 404 ff. BGB und insbesondere der § 407 BGB keinen Grund für eine Einschränkung der Legitimationswirkung darstellen dürfen.<sup>186</sup> Grund dafür sei, dass § 16 I GmbHG den § 404 ff. BGB als *lex specialis* vorgeht.<sup>187</sup> Dies führt dazu, dass die 404 ff. BGB im Anwendungsbereich des § 16 I GmbHG nicht angewendet werden dürfen, da sie von dieser spezielleren Vorschrift verdrängt werden.

Aus dieser Verdrängung der §§ 404 ff. BGB schließen die Befürworter einer uneingeschränkten Legitimationswirkung weitergehend den Rückschluss, dass die Kenntnis der Gesellschaft von der Fehlerhaftigkeit der Liste gar nicht als Merkmal für eine etwaige Einschränkung der Legitimationswirkung herangezogen werden darf, da das Kriterium der Kenntnis vom Kriterium der Eintragung vollständig verdrängt worden sei.<sup>188</sup> Die Verdrängung beschränkt sich demnach nicht auf die §§ 404 ff. BGB.

#### c) Eingeschränkte Legitimationswirkung - Treu und Glauben

Literaturstimmen, die eine Einschränkung der Legitimationswirkung fordern, fordern nicht, dass die Gesellschafterliste gar keine Legitimationswirkung mehr entfaltet. Vielmehr soll sich die Gesellschaft nicht mehr auf sie berufen dürfen, da eben sie es ist, die Kenntnis von der Unrichtigkeit erlangt hat.<sup>189</sup> Daneben wird auch die Ansicht vertreten, dass der Listengesellschafter, dem bekannt ist, dass er zu Unrecht eingetragen ist, sich nicht auf die Legitimationswirkung berufen können soll<sup>190</sup> – dieser Komplex soll allerdings Inhalt von Kapitel C. III. sein.

Befürworter einer eingeschränkten Legitimationswirkung führen an, dass es gegen den aus § 242 BGB stammenden Grundsatz von Treu und Glauben verstoßen würde, wenn sich die Gesellschaft weiterhin auf eine materiell unrichtige Gesellschafterliste berufen könnte, obwohl ihr deren Fehlerhaftigkeit bekannt geworden ist. Um diesen Standpunkt zu illustrieren, führt Ising das Beispiel der Gewinnausschüttung zu Gunsten des der Gesellschaft

<sup>183</sup> Vgl. OLG Bremen, Urteil vom 21.10.2012, 2 U 43/11, GmbHR 2012, 687 (689); Mülbert/Sajnovits, GmbHR 2021, 68 (70 f.) Rn. 5.

<sup>184</sup> Vgl. Jauernig/Stürner, BGB, § 404 Rn. 1.

<sup>185</sup> Siehe §§ 405, 406, 407 BGB.

<sup>186</sup> Vgl. Scholz/Seibt, GmbHG, § 16 Rn. 8; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, § 16 Rn. 27.

<sup>187</sup> Vgl. MüKo/Heidinger, GmbHG, § 16 Rn. 140.

<sup>188</sup> Vgl. MüKo/Heidinger, GmbHG, § 16 Rn. 140; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, § 16 Rn. 27.

<sup>189</sup> Vgl. Ising, NZG 2010, 812 (815).

<sup>190</sup> Vgl. Baumbach/Hueck/Servatius, GmbHG, § 16 Rn. 16a; Mülbert/Sajnovits, GmbHR 2021, 68.

bekannt zu Unrecht eingetragenen Gesellschafters an.<sup>191</sup> Ising erkennt an, dass die Gesellschaft grundsätzlich den Gewinn mit befreiender Wirkung nur an den Listengesellschafter ausschütten kann.<sup>192</sup> Dies soll jedoch nicht gelten, wenn der Gesellschaft die Fehlerhaftigkeit der Liste bekannt ist, sie also ganz bewusst an einen materiell nicht Berechtigten leistet.<sup>193</sup> Dies würde bedeuten, dass die Legitimationswirkung auch bei nach Eintragung und Einreichung erlangter Kenntnis der Fehlerhaftigkeit nicht gelten soll. Fallen materielle Rechtslage und formelle Listeneintragung also auseinander, soll es vom subjektiven Merkmal der Kenntnis der Gesellschaft von dieser Unrichtigkeit abhängen, ob sie sich im Rahmen der Legitimationswirkung auf den Listeninhalt berufen können soll.

Warum genau ein Verstoß gegen dieses Prinzip im oben genannten Fall vorliegen soll, wird nicht wirklich erläutert. Ising stellt die Situation bei § 16 I 1 GmbHG als vergleichbar mit der bei § 16 III 3 GmbHG bestehenden Situation dar.<sup>194</sup> Es soll für die Gesellschaft, um die Berufung auf die Legitimationswirkung zu ermöglichen, die gleiche Voraussetzung wie für den Erwerber bzgl. des gutgläubigen Erwerbs gelten: Es soll keine Kenntnis von der fehlenden Berechtigung des Listengeschafters vorliegen dürfen. Hat die Gesellschaft Kenntnis von einer Fehlerhaftigkeit der Liste, soll es ihr verwehrt sein, sich auf die Legitimationswirkung zu berufen. Da eine solche Voraussetzung aus § 16 I GmbHG jedoch nicht erkennbar ist, soll dieser Ansicht mit Hilfe des Prinzips von Treu und Glauben Abhilfe geschaffen werden. Aus der Berufung auf den Grundsatz von Treu und Glauben lässt sich erkennen, dass ansonsten „untragbare Ergebnisse“<sup>195</sup> befürchtet würden.

Zudem ergäbe es sich bereits aus den „allgemeinen Prinzipien der privatrechtlichen Rechtscheinlehre“<sup>196</sup>, dass keine Partei, die Kenntnis von einer tatsächlich nicht bestehenden Fiktion bzw. Vermutung hat, sich auf diese berufen können soll.<sup>197</sup> Es seien zwar aufgrund des Verkehrsschutzes Ausnahmen von diesem Prinzip möglich, eine solche soll aber zumindest in dem ähnlichen Fall, in dem der Veräußerer eines Anteils sich gegenüber dem Erwerber auf die Legitimationswirkung berufen will, nicht vorliegen.<sup>198</sup>

#### d) Stellungnahme

Unzweifelhaft sprechen gute Argumente für beide Seiten. Auf Seiten derjenigen, die eine Einschränkung der Legitimationswirkung bei Kenntnis der Unrichtigkeit fordern, überzeugt auf den ersten Blick insbesondere das allgemeine Prinzip der Rechtscheinlehre, wonach jemand, der von der Widerlegung einer Fiktion bzw. Vermutung weiß, sich nicht auf diese berufen kann. Es erscheint jedoch fraglich, ob dieses Prinzip auch im vorliegenden Fall gelten kann, oder ob nicht eine Ausnahme von diesem Prinzip nötig ist. Die Befürworter einer uneingeschränkten Legitimationswirkung führen zu Recht an, dass die von der Liste ausgehende Legitimationswirkung nur dann ein effektives Mittel zur Erhöhung der Rechtssicherheit sein kann, wenn sie in möglichst wenigen Fällen eingeschränkt wird.

Das angesprochene Beispiel der Gesellschaft, die trotz besseren Wissens an den in der Liste eingetragenen, aber materiell nicht (mehr) Berechtigten einen Gewinnanteil ausschüttet, lässt sich aus beiden Blickwinkeln für die eigene Argumentation verwenden. Im

<sup>191</sup> Vgl. Ising, NZG 2010, 812 (815).

<sup>192</sup> Vgl. Ising, NZG 2010, 812 (815).

<sup>193</sup> Vgl. Ising, NZG 2010, 812 (815).

<sup>194</sup> Vgl. Ising, NZG 2010, 812 (815).

<sup>195</sup> Jauernig/Mansel, BGB, § 242 Rn. 9.

<sup>196</sup> Mülbert/Sajnovits, GmbHR 2021, 68 (72 f.) Rn. 18.

<sup>197</sup> Vgl. Mülbert/Sajnovits, GmbHR 2021, 68 (72 f.) Rn. 18; Thomale/Schüßler ZfPW 2015, 454 (470 f.).

<sup>198</sup> Vgl. Mülbert/Sajnovits, GmbHR 2021, 68 (72 f.) Rn. 18.

Falle einer uneingeschränkten Legitimationswirkung wäre der materiell Berechtigte der Benachteiligte einer solchen Auszahlung, da die Gesellschaft ihre Leistungsverpflichtung erfüllt hat und er somit keinen Anspruch mehr auf die Gewinnausschüttung gegen diese hat, selbst wenn er später in die Liste eingetragen wird. Der gegenteilige Fall der eingeschränkten Legitimationswirkung führt jedoch m.E. zu weitaus schwerwiegenderen Folgen in der Praxis.

Da sich der Listengesellschafter in nicht wenigen Fällen dagegen wehren wird, aus der Liste ausgetragen zu werden, – man denke nur an Einziehungsfälle<sup>199</sup> – würde eine Einschränkung der Legitimationswirkung dazu führen, dass die Gesellschaft über einen längeren Zeitraum in Teilen handlungsunfähig ist.<sup>200</sup> Sie dürfte aufgrund der Einschränkung nicht den Listengesellschafter als wahren Gesellschafter behandeln, aufgrund der von der Liste ausgehenden negativen Legitimationswirkung aber auch nicht den materiell Berechtigten.<sup>201</sup> Um eine solche Situation zu verhindern, dürfte konsequenterweise auch die negative Legitimationswirkung nicht mehr gelten, wenn der Gesellschaft die Unrichtigkeit der Liste bekannt ist. Dies wird mitunter gefordert<sup>202</sup>, würde jedoch einen vollständigen Systembruch der unwiderleglichen Vermutungswirkung darstellen, der nur wegen der Kenntnis der Unrichtigkeit nicht gerechtfertigt erscheint. Die von der Liste angestrebte Rechtssicherheit könnte nicht erreicht werden, da es entgegen § 16 I 1 GmbHG auf die häufig unklare materielle Rechtslage ankäme.

Selbst für den materiell Berechtigten, den Profiteur einer eingeschränkten Legitimationswirkung, würde diese Regelung häufig keinen Vorteil bringen, da es bei allen subjektiven Momenten – und damit auch bei einer möglichen Kenntnis der Gesellschaft bzgl. der Unrichtigkeit – das Problem der Nachweisbarkeit gibt. Selbst wenn eine Kenntnis also zur Einschränkung der Legitimationswirkung führen würde, würde dies dem materiell Berechtigten regelmäßig nur dann helfen, wenn er beweisen kann, dass die Gesellschaft Kenntnis von der Fehlerhaftigkeit hat. Damit wären die Fälle, in denen die Gesellschaft die Kenntnis nicht durch Mitteilung und Nachweis vom materiell Berechtigten erhält, für den Berechtigten nicht hilfreich.

Auch aus dem bereits angesprochenem Urteil des BGH<sup>203</sup> lässt sich erkennen, dass ein Verstoß gegen das Prinzip von Treu und Glauben nicht bereits deshalb zu bejahen ist, weil eine Kenntnis der Gesellschaft bzgl. der fehlenden materiellen Berechtigung des Listengesellschafters vorliegt. In diesem Urteil bzgl. eines Falls der Anteilseinziehung sprach der BGH der Gesellschaft das Recht zu, sich im Rahmen der Einziehung auf die Legitimationswirkung der Gesellschafterliste zu berufen<sup>204</sup>, obwohl sie vor der Einziehung von einem davon betroffenen Gesellschafter in Kenntnis gesetzt wurde, dass es bzgl. des einzuziehenden Anteils zu einer Veränderung i.S.v. § 16 I 1 GmbHG gekommen war.<sup>205</sup>

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die alleinige Kenntnis der GmbH von der Unrichtigkeit der Gesellschafterliste zu Gunsten des Verkehrsschutzes nicht zu einer Einschränkung der Legitimationswirkung führen darf. Vielmehr müssen weitere Elemente – wie eine bewusste

<sup>199</sup> Vgl. Heckschen, NZG 2019, 1097.

<sup>200</sup> Vgl. Wiersch, ZGR 2015, 591 (599 f.).

<sup>201</sup> Vgl. Miller, ZIP 2020, 62 (64).

<sup>202</sup> Vgl. Altmeppen, GmbHG, § 16 Rn. 49.

<sup>203</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 20.11.2018, II ZR 12/17, NJW 2019, 993.

<sup>204</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 20.11.2018, II ZR 12/17, NJW 2019, 993 (998) Rn. 71.

<sup>205</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 20.11.2018, II ZR 12/17, NJW 2019, 993 (Siehe Sachverhalt); Diese Schlussfolgerung aus anderen Stellen des Urteils auch ziehend: Baumbach/Hueck/*Servatius*, GmbHG, § 16 Rn. 14.

Beeinträchtigung der Rechtsposition des Berechtigten<sup>206</sup> – hinzukommen, um einen Verstoß gegen das Prinzip von Treu und Glauben begründen zu können.

#### 4. Verzögerung der Einreichung einer aktualisierten Liste

##### a) Problemstellung

Ist die Liste fehlerhaft und die Gesellschaft wird durch Mitteilung und Nachweis von der Unrichtigkeit in Kenntnis gesetzt, begründet dies einen Anspruch des Mitteilenden, und somit gleichzeitig die Verpflichtung der Gesellschaft, zur Einreichung einer neuen, aktualisierten Gesellschafterliste.<sup>207</sup> In einer „perfekten Welt“ würden die Geschäftsführer ihrer Verpflichtung aus § 40 I 1 GmbHG stets nachkommen und eine aktualisierte Liste unverzüglich zum Handelsregister einreichen. Hiervon kann in der realen Welt allerdings nicht immer ausgegangen werden, denn letztlich entscheidet die Gesellschaft bzw. deren Geschäftsführer qua Einreichungsbefugnis, wann es zur Aufnahme der aktualisierten Liste kommt bzw. kommen kann.

Besonders problematisch ist dies für den materiell Berechtigten, weil die künstlich verlängerte Übergangszeit häufig dazu genutzt wird, „die materielle Rechtsposition des noch nicht eingetragenen Rechtsnachfolgers [...] zu vereiteln oder wesentlich zu beeinträchtigen“<sup>208</sup>. Als wesentliche Beeinträchtigung gelten solche Handlungen, die es dem materiell Berechtigten unmöglich machen würden, seine ihm materiell zustehenden Gesellschafterrechte in der Zukunft – also nach erfolgter Einreichung einer ihn aufführenden Liste – ausüben zu können<sup>209</sup>, oder wenn vor Eintragung und Einreichung eine unbegründete Erhöhung der Gesellschafterpflichten beschlossen wird, die den materiell Berechtigten dann nach erfolgter Einreichung treffen.<sup>210</sup> Dies sei jedoch nur am Rande erwähnt, da diese wesentlichen Beeinträchtigungen in der Zwischenzeit auch ohne die Verzögerung bereits an sich rechtsmissbräuchlich wären.<sup>211</sup>

Gleichzeitig ist zu beachten, dass der Listengeschafter gem. § 16 I 1, 2 GmbHG grundsätzlich während der Zeit, in der er als Geschafter in der Liste eingetragen ist, für die in dieser Zeit fällig gewordenen Einlageverpflichtungen haftet.<sup>212</sup> Folglich hat sowohl der materiell Berechtigte als auch der Listengeschafter ein berechtigtes Interesse daran, dass eine bewusst verzögerte Einreichung der Gesellschafterliste nicht ohne Folgen bleiben darf, da dies ihre Rechtspositionen verschlechtern kann.

Dass die Gesellschaft sich nach erfolgter nachgewiesener Mitteilung nicht konsequenzlos auf die Legitimationswirkung berufen kann, bis der Mitteilende sie gerichtlich zur Einreichung einer aktualisierten Liste verpflichtet, ist aufgrund der zwischen Gesellschaft und sowohl dem materiell Berechtigtem als auch dem Listengeschafter bestehenden Treupflicht<sup>213</sup> in der Literatur anerkannt.<sup>214</sup> Die Treupflicht baut auf § 242 BGB auf<sup>215</sup>, sodass

<sup>206</sup> Vgl. Mülberr/Sajnovits, GmbHR 2021, 68 (71) Rn. 12; Wiersch, ZGR 2015, 591 (596); Vgl. Henssler/Strohn/Verse, GmbHG, § 16 Rn. 11b, 34b; Cramer/Koch, DStR 2020, 664 (670).

<sup>207</sup> Siehe Kapitel B. I. 5. d) der vorliegenden Arbeit.

<sup>208</sup> Scholz/Seibt, GmbHG, § 16 Rn. 40.

<sup>209</sup> Vgl. Leyendecker-Langner, ZGR 2015, 516 (526 f.); Vgl. Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, § 16 Rn. 41.

<sup>210</sup> Vgl. Wiersch, ZGR 2015, 591 (596).

<sup>211</sup> Vgl. Mülberr/Sajnovits, GmbHR 2021, 68 (72) Rn. 14; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, § 16 Rn. 41; Scholz/Seibt, GmbHG, § 16 Rn. 40.

<sup>212</sup> Vgl. Baumbach/Hueck/Servatius, GmbHG, § 16 Rn. 22.

<sup>213</sup> Vgl. Mülberr/Sajnovits, GmbHR 2021, 68 (72) Rn. 15 ff.

<sup>214</sup> Vgl. Scholz/Seibt, GmbHG, § 16 Rn. 40; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, § 16 Rn. 41.

<sup>215</sup> Vgl. Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, § 13 Rn. 20.

es sich bei Zuwiderhandlungen um rechtsmissbräuchliches Verhalten handeln würde.<sup>216</sup> Dementsprechend sollen im Zeitraum der rechtsmissbräuchlichen Verzögerung zustande gekommene Beschlüsse anfechtbar bzw. nichtig sein oder zumindest Schadensersatzansprüche begründen.<sup>217</sup> Eine Nichtigkeit bzw. Anfechtbarkeit solcher Beschlüsse wird allerdings nicht einheitlich anerkannt.<sup>218</sup>

Umstritten ist auch, ab wann es der Gesellschaft in diesen Fällen der „rechtsmissbräuchlichen Verzögerung“<sup>219</sup> der Einreichung verwehrt sein soll, sich auf die Legitimationswirkung zu berufen.

b) Maßgeblicher Zeitpunkt: Antragsstellung?

Eine Literaturmeinung ist der Ansicht, dass sich die Gesellschaft bereits ab dem Moment nicht mehr auf die Legitimationswirkung berufen kann, ab dem der Mitteilende „einen fälligen Anspruch auf Korrektur der Gesellschafterliste hat“<sup>220, 221</sup> Diese Ansicht bezieht sich auf den Fall der Haftung des Listengesellschafters für eine Einlageschuld.<sup>222</sup> Da diese aus § 16 II GmbHG stammende Pflicht unmittelbar von der von § 16 I GmbHG ausgehenden Legitimationswirkung abhängig ist – wie auch durch die Verweisung deutlich wird –, ist diese Ansicht auch auf andere Ausprägungen der Legitimationswirkung übertragbar.

Für einen möglichst frühzeitigen Einschnitt der Legitimationswirkung spricht das bereits dargelegte Interesse sowohl des Listengesellschafters als auch des materiell Berechtigten. Bzgl. der Haftung für Einlageverpflichtungen hat der Listengesellschafter ein Interesse daran, so schnell wie möglich nicht mehr in der Liste aufgeführt zu werden; bzgl. der Ausübung von Gesellschafterrechten möchte der materiell Berechtigte so schnell wie möglich in der Liste als Gesellschafter geführt werden.

Altmeppen argumentiert, dass die von der Liste ausgehende unwiderlegliche Vermutungswirkung nur so lange gelten darf, wie dem jeweiligen Beteiligten nicht bekannt ist, dass es sich de facto nur um einen Rechtsschein gehalten hat, der Listengesellschafter also gar nicht der materiell Berechtigte ist.<sup>223</sup> Dies ist bei der Gesellschaft ab dem Zeitpunkt der Fall, ab dem ihr die nachgewiesene Mitteilung zugeht. Da es die Gesellschaft selbst ist, die für die „Beseitigung dieses Rechtsscheins“<sup>224</sup> durch die Einreichung einer aktualisierten Liste verantwortlich ist, dürfe insbesondere sie sich nicht auf einen Listeninhalt berufen, von dem sie weiß, dass dieser die wirkliche Rechtslage nicht abbildet. Gepaart mit der Absicht, die Einreichung einer aktualisierten Liste zu verzögern, wäre die rechtsmissbräuchliche Berufung auf eine durch Mitteilung und Nachweis bekannte Unrichtigkeit der Gesellschafterliste perfekt.

Um den materiell Berechtigten und den Listengesellschafter zu schützen, müsse die Möglichkeit der Gesellschaft, sich auf die Legitimationswirkung zu berufen, daher bereits mit dem Zeitpunkt erlöschen, ab dem diese „einen fälligen Rechtsanspruch auf Korrektur der Gesellschafterliste“<sup>225</sup> haben.

<sup>216</sup> Vgl. Henssler/Strohn/Verse, GmbHG, § 16 Rn. 11b, 34b.

<sup>217</sup> Vgl. Scholz/Seibt, GmbHG, § 16 Rn. 40; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, § 16 Rn. 41.

<sup>218</sup> Vgl. MüKo/Heidinger, GmbHG, § 16 Rn. 135; Altmeppen, GmbHG, § 16 Rn. 11.

<sup>219</sup> Henssler/Strohn/Verse, GmbHG, § 16 Rn. 34b.

<sup>220</sup> Altmeppen, ZIP 2009, 345 (352).

<sup>221</sup> Vgl. Altmeppen, GmbHG, § 16 Rn. 47 f.; Altmeppen, ZIP 2009, 345 (352 f.).

<sup>222</sup> Vgl. Altmeppen, GmbHG, § 16 Rn. 47 f.; Altmeppen, ZIP 2009, 345.

<sup>223</sup> Vgl. Altmeppen, ZIP 2009, 345 (353).

<sup>224</sup> Altmeppen, ZIP 2009, 345 (353).

<sup>225</sup> Altmeppen, ZIP 2009, 345 (352).

## c) Maßgeblicher Zeitpunkt: Ordnungsgemäße Eintragung?

Eine andere Literaturmeinung ist der Ansicht, dass eine Grenze erst in dem Zeitpunkt zu ziehen ist, in dem der materiell Berechtigte bei einem ordnungsgemäßen Verfahren – also ohne ein solches mit pflichtwidriger Verzögerung von Seiten der Gesellschaft – eingetragen worden wäre.<sup>226</sup>

Für eine Einschränkung der Legitimationswirkung erst ab diesem Zeitpunkt spricht die von Gesellschafterliste und Legitimationswirkung „angestrebte Rechtssicherheit“<sup>227</sup>. Nicht nur in allgemeiner Hinsicht, sondern auch bezüglich der zeitlichen Einschränkung der Legitimationswirkung sind hohe Hürden anzusetzen.<sup>228</sup> Demnach sollte zur Wahrung der Rechtssicherheit eine Einschränkung nur dann vorgenommen werden, wenn es zu einem rechtsmissbräuchlichen Verhalten gekommen ist. Ein solches Verhalten wirkt sich allerdings erst dann aus, wenn der Moment der ordnungsgemäßen Einreichung verstrichen ist. Auf die reine Absicht, die Liste verspätet einzureichen, sei folglich nicht abzustellen, um die angestrebte Rechtssicherheit zu wahren.

## d) Stellungnahme

Zunächst ist den insoweit übereinstimmenden Ansichten darin zuzustimmen, dass die Gesellschaft sich jedenfalls in der Zeit, in der die Liste nur noch wegen der Verzögerung unrichtig ist, nicht auf die von der Liste ausgehende Legitimationswirkung berufen darf.<sup>229</sup> Zwar kann sich der noch nicht eingetragene materiell Berechtigte gegen drohende Rechtsbeeinträchtigungen mittels einstweiligen Rechtsschutzes wehren<sup>230</sup>, dies darf jedoch keinesfalls ein Argument gegen oben Genanntes darstellen, da für die Erwirkung einstweiligen Rechtsschutzes der Berechtigte zunächst überhaupt Kenntnis von einer drohenden Einwirkung auf seine Gesellschafterrechte erhalten muss<sup>231</sup>, was wohl regelmäßig nicht der Fall sein dürfte, da er nicht zu Gesellschafterversammlungen eingeladen werden muss.<sup>232</sup>

Bei genauerer Betrachtung wird klar, dass die Befürworter einer frühzeitigen Einschränkung der Legitimationswirkung der Meinung sind, dass das Berufen auf einen Listeninhalt, dessen Unrichtigkeit bekannt ist, grundsätzlich unzulässig sei.<sup>233</sup> Diese Auffassung der unwiderleglichen Vermutungswirkung wurde allerdings wegen ihrer Tragweite in Kapitel C. II. 3. d) bereits abgelehnt.

Da sich Altmeppen in seinen Ausführungen zudem nicht auf die Fälle einer rechtsmissbräuchlichen Verzögerung der Einreichung beschränkt, kann im Vergleich zu den Ausführungen bei einer reinen Kenntnis der Gesellschaft eine erhöhte Schutzwürdigkeit des Listengesellschafters und/oder des materiell Berechtigten nicht vorgebracht werden. Daher gelten die Ausführungen zu den Fällen der reinen Kenntnis der Unrichtigkeit fort, wodurch die Forderung der Einschränkung der Legitimationswirkung bereits ab dem Zeitpunkt, ab dem ein Anspruch auf Listenänderung besteht, abzulehnen ist. Im Ergebnis würde auch hier eine mit Erlangung der Kenntnis beginnende Einschränkung der Legitimationswirkung aus den gleichen Gründen eine unverhältnismäßige Aushöhlung der Rechtssicherheit

<sup>226</sup> Vgl. Henssler/Strohn/Verse, GmbHG, § 16 Rn. 34b.

<sup>227</sup> Henssler/Strohn/Verse, GmbHG, § 16 Rn. 34b.

<sup>228</sup> Vgl. Henssler/Strohn/Verse, GmbHG, § 16 Rn. 34b; *Lieder/Becker* GmbHR 2019, 441 (447).

<sup>229</sup> Vgl. Henssler/Strohn/Verse, GmbHG, § 16 Rn. 34b; Vgl. Altmeppen, ZIP 2009, 345 (352 f.).

<sup>230</sup> Vgl. Scholz/*Seibt*, GmbHG, § 16 Rn. 40; *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, GmbHG, § 16 Rn. 41.

<sup>231</sup> Vgl. Spranzel, Die fehlerhafte Gesellschafterliste – Korrektur- und Rechtsschutzmöglichkeiten, S. 81.

<sup>232</sup> Vgl. OLG Zweibrücken, Beschluss vom 15.12.2011, 3 W 144/11, GmbHR 2012, 689 (690).

<sup>233</sup> Vgl. Altmeppen, ZIP 2009, 345 (353).

bedeuten, wegen der die Gesellschafterliste im Zuge des MoMiG überhaupt erst reformiert worden ist.<sup>234</sup>

Es ist jedoch eine Überlegung wert, ob sich die Bewertung ändert, wenn sich die Gesellschaft nur in den Fällen der rechtsmissbräuchlichen Verzögerung bereits ab dem Zeitpunkt der nachgewiesenen Mitteilung nicht mehr auf die von der Liste ausgehende Legitimationswirkung berufen dürfte.

Zunächst gäbe es hier eine rein zeitliche Problematik. Wie sollen die Beteiligten, bevor die Geschäftsführer die Einreichung einer neuen Liste verzögern, bereits wissen, dass sie dies tun werden? Daher müsste es der Gesellschaft rückwirkend versagt werden, sich auf die Legitimationswirkung zu berufen: Sobald ersichtlich ist, dass eine aktualisierte Liste nicht unverzüglich eingereicht wird, dürfte sich die Gesellschaft rückwirkend zum Zeitpunkt der nachgewiesenen Mitteilung nicht mehr auf die Legitimationswirkung berufen. Dies bringt jedoch weitere Probleme mit sich:

Da die Gesellschaft, der ersten Ansicht folgend, den eingetragenen Gesellschafter „nur so lange wie einen Gesellschafter behandeln [...] [darf], wie der Legitimationstatbestand besteht“<sup>235</sup> – und dieser bestehe ab dem Zeitpunkt von Mitteilung und Nachweis nicht mehr –, würde eine Beteiligung des Listengeschafters an Beschlussfassungen, beispielsweise durch die Ausübung seines Stimmrechts, zur Unwirksamkeit dieser Beschlussfassungen führen. Die Beteiligung des in der Liste Eingetragenen wäre genauso zu behandeln, als hätte ein gänzlich Unberechtigter an Beschlussfassungen, mitgewirkt. Folglich laufen sämtliche in der Zwischenzeit gefassten Beschlüsse Gefahr nichtig, oder zumindest anfechtbar zu sein.<sup>236</sup> Es müsste für jede Handlung innerhalb der Gesellschaft rückwirkend einzeln geprüft werden, ob der Listengeschafter an dieser Handlung mitgewirkt hat.

Da außer den Geschäftsführern zunächst niemand Kenntnis davon hat, ob eine eigentlich zu erfolgende Einreichung einer neuen Liste verzögert wird, müssten alle Beteiligten stets mit dem Risiko leben, dass sicher geglaubte Beschlüsse rückwirkend für unwirksam erklärt werden könnten, wenn sich später herausstellt, dass die Geschäftsführer nie vorhatten, unverzüglich eine neue Liste einzureichen. Dies würde dem Ziel der Gesellschafterliste, der Erhöhung der Rechtssicherheit, elementar entgegenstehen.

Dieses Problem ergibt sich bei der von der zweiten Ansicht geforderten Einschränkung der Legitimationswirkung nicht. Hier ist der Zeitpunkt maßgeblich, ab dem offenkundig wird, dass die Geschäftsführer die Einreichung einer neuen Liste verzögern. In diesem Zeitpunkt sind auch die anderen Beteiligten – beispielsweise die anderen Gesellschafter – nicht mehr schutzwürdig, da sie wegen der nun evidenten Verzögerung wissen müssen, dass ein rechtsmissbräuchliches Verhalten seitens der Geschäftsführer vorliegt. Sie können sich hingegen darauf verlassen, dass zuvor – während der „verdeckten“ Verzögerung – gefasste Beschlussfassungen bestehen bleiben. Es findet somit ein angebrachter Ausgleich zwischen den Interessen derer, die von der Listenänderung betroffen wären, und zwischen der von der Liste angestrebten Rechtssicherheit statt. Im Ergebnis ist daher der zweiten Ansicht zuzustimmen: die Gesellschaft darf sich ab dem Zeitpunkt nicht mehr auf die Legitimationswirkung berufen, ab dem der materiell Berechtigte bei einem ordnungsgemäßen Verfahren eingetragen worden wäre.<sup>237</sup>

<sup>234</sup> BT-Drucks. 16/6140, S. 26.

<sup>235</sup> Altmeppen, ZIP 2009, 345 (353).

<sup>236</sup> Siehe Kapitel C. II. 4. a) der vorliegenden Arbeit.

<sup>237</sup> Henssler/Strohn/*Verse*, GmbHG, § 16 Rn. 34b.



## 5. Einstweilige Verfügung gegen Neueinreichung im Fall der Einziehung

### a) Grundlagen der Einziehung

Die folgende Fallgruppe einer möglichen Einschränkung der Legitimationswirkung basiert auf den Fällen der Einziehung eines Geschäftsanteils durch die Gesellschaft. Die bereits vereinzelt angesprochene Einziehung von Geschäftsanteilen wird daher zunächst überblicksartig vorgestellt.

Durch eine Einziehung werden Geschäftsanteile, die zuvor einem Gesellschafter gehörten, vernichtet.<sup>238</sup> Durch diese Vernichtung verliert der betroffene Gesellschafter sämtliche mit dem Geschäftsanteil verbundene Mitgliedschaftsrechte und -pflichten, die sich nicht bereits vor der Einziehung verselbstständigt haben.<sup>239</sup> Im Unterschied zu anderen Arten des Verlustes der Gesellschafterstellung, werden diese Rechte und Pflichten nicht unmittelbar auf eine andere Person, beispielsweise einen Erwerber oder die anderen Gesellschafter, übertragen.<sup>240</sup> Stattdessen erweitern sich analog zum Verhältnis des Umfangs der eingezogenen Geschäftsanteile die Gesellschafterrechte und -pflichten der anderen Gesellschafter.<sup>241</sup> Dazu folgendes Beispiel<sup>242</sup>: Gesellschafter A, B und C sind Gesellschafter der ABC-GmbH. A und B halten einen Geschäftsanteil von je 20.000€, Cs Geschäftsanteil beträgt 10.000€. Wird nun der Geschäftsanteil von B eingezogen, ändert das zunächst nichts an den Anteilen von A und C. Relativ gesehen verändern sich die aus den Geschäftsanteilen abgeleiteten Rechte und Pflichten jedoch schon. So ist A mit einem Anteil von 66,66% Mehrheitsgesellschafter geworden und hat dementsprechend einen Anspruch auf zwei Drittel der Gewinnbezugsrechte. Auch Cs Anteil ist relativ betrachtet mehr wert, er hält nun 33,33% der Anteile.

Dass eine solche, sämtliche Rechte des Betroffenen an der Gesellschaft vernichtende Einziehung grundsätzlich möglich ist, ist in § 34 GmbHG geregelt. Es muss gem. § 34 I GmbHG im Gesellschaftsvertrag festgelegt sein, dass eine Einziehung zulässig ist; § 34 GmbHG allein kann demnach keine Rechtsgrundlage für die Einziehung von Geschäftsanteilen sein.<sup>243</sup> Die Entscheidung zur Einziehung eines Anteils wird durch Gesellschafterbeschluss getroffen.<sup>244</sup> Die Einziehung wird in dem Moment wirksam, in dem dem betroffenen Gesellschafter die sog. Einziehungserklärung von Seiten der Gesellschaft zugeht.<sup>245</sup>

Es ist zwischen zwei Arten der Einziehung zu unterscheiden:<sup>246</sup> zum einen kann die Einziehung im Einvernehmen von Gesellschaft und betroffenem Gesellschafter erfolgen.<sup>247</sup> Der Gesellschafter stimmt in diesen Fällen der Vernichtung seines eigenen Anteils zu. Zum anderen kann ein Geschäftsanteil zwangsweise eingezogen werden (Zwangseinziehung).<sup>248</sup>

Im Fall der Zwangseinziehung ist eine pauschale Regelung im Gesellschaftsvertrag darüber, dass Einziehungen möglich sein sollen, nicht ausreichend.<sup>249</sup> Vielmehr muss konkret festgehalten werden, in welchen Fällen bzw. unter welchen Bedingungen Anteile von

<sup>238</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 14.9.1998, II ZR 172/97, NZG 1998, 985 (986).

<sup>239</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 14.9.1998, II ZR 172/97, NZG 1998, 985 (986).

<sup>240</sup> Vgl. Menkel, NZG 2018, 891 (893).

<sup>241</sup> Wicke, GmbHG, § 34 Rn. 4.

<sup>242</sup> Beispiel nach Wicke, GmbHG, § 34 Rn. 4.

<sup>243</sup> Vgl. Späth-Weinreich, BWNotZ 2021, 2.

<sup>244</sup> Vgl. Wicke, GmbHG, § 34 Rn. 12.

<sup>245</sup> Vgl. Michalski u.a./Sosnitza, GmbHG, § 34 Rn. 116 f.

<sup>246</sup> Vgl. Eckhardt/Hermanns, Kölner Handbuch Gesellschaftsrecht, S. 294 Rn. 389.

<sup>247</sup> Vgl. Eckhardt/Hermanns, Kölner Handbuch Gesellschaftsrecht, S. 294 Rn. 389.

<sup>248</sup> Vgl. Eckhardt/Hermanns, Kölner Handbuch Gesellschaftsrecht, S. 294 Rn. 389.

<sup>249</sup> Vgl. Wicke, GmbHG, § 34 Rn. 16.

Gesellschaftern zwangsweise eingezogen werden können.<sup>250</sup> Bei der „Auswahl“ dieser Fälle ist die Gesellschaft nicht vollständig frei. Anerkannte Fälle liegen bspw. bei Insolvenz des Gesellschafters oder Pfändung seines Geschäftsanteils vor.<sup>251</sup> Zudem kann im Gesellschaftsvertrag festgehalten werden, dass eine Zwangseinziehung bei Vorliegen eines sog. „wichtigen Grundes“ möglich sein soll.<sup>252</sup> Ist fraglich, ob ein wichtiger Grund vorliegt, ist eine umfassende Interessenabwägung darüber vorzunehmen, ob eine derart schwerwiegende Pflichtverletzung vorliegt, dass es den anderen Gesellschaftern nicht zuzumuten ist, eine andere, für den betroffenen Gesellschafter mildere, Lösung zu akzeptieren.<sup>253</sup> Die Zwangseinziehung soll stets nur „äußerstes Mittel“<sup>254</sup> sein.

Diese Regelungen zur Zwangseinziehung müssen gem. § 34 II GmbHG bereits dann bestehen, wenn der Gesellschafter, dessen Anteil nun zwangsweise eingezogen werden soll, in die Gesellschaft eintritt. Über den Wortlaut von § 34 II GmbHG hinaus ist eine einstimmige Satzungsänderung, in der Möglichkeiten der Zwangseinziehung vereinbart werden, ebenfalls ausreichende Grundlage für eine Zwangseinziehung.<sup>255</sup> In beiden Fällen soll verhindert werden, dass eine Möglichkeit zur Zwangseinziehung besteht, der der betroffene Gesellschafter nicht zugestimmt hat.

Der Gesellschafter, dem – im Zweifel gegen seinen Willen – sein Geschäftsanteil entzogen wurde, ist zu entschädigen. Daher ist sowohl bei einer einvernehmlichen Einziehung als auch bei einer Zwangseinziehung dem betroffenen Gesellschafter eine Abfindung zu zahlen.<sup>256</sup> Die vorrangig aus dem Gesellschaftsvermögen zu zahlende Abfindung darf nicht zu einer Unterbilanz führen.<sup>257</sup> Der Anspruch auf „Abfindung in Höhe des Verkehrswerts des betroffenen Geschäftsanteils“<sup>258</sup> ergibt sich aus § 738 I 2 BGB.<sup>259</sup>

#### b) Problemstellung

Nun ist es in einer GmbH zur Zwangseinziehung eines Geschäftsanteils gekommen. Der von der Einziehung betroffene Gesellschafter möchte diese Einziehung nicht gegen sich gelten lassen, er will gegen diese vorgehen. Bevor er jedoch gegen die Einziehung an sich vorgeht, will er seine Gesellschafterstellung im Verhältnis zur Gesellschaft bewahren. Da diese Stellung gem. § 16 I 1 GmbHG vom Inhalt der Gesellschafterliste abhängig ist, will er die Einreichung einer neuen, ihn nicht mehr aufführenden Gesellschafterliste verhindern. Zur Einreichung einer solchen aktualisierten Liste ist die Gesellschaft grundsätzlich verpflichtet, da es wegen der Einziehung zu einer Veränderung i.S.v. § 40 I 1 GmbHG gekommen ist.<sup>260</sup>

Dem von der Einziehung betroffenen Gesellschafter ist also bewusst, dass nach dem materiellen Verlust der Gesellschafterstellung durch die Einziehung, nun auch der formelle Verlust der Gesellschafterstellung durch die Einreichung einer neuen, ihn nicht mehr aufführenden Liste droht. Um sich davor zu schützen, kann er eine einstweilige Verfügung

<sup>250</sup> Vgl. Kindler, Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht, § 15 Rn. 21; Wicke, GmbHG, § 34 Rn. 15 f.

<sup>251</sup> Vgl. Wicke, GmbHG, § 34 Rn. 16.

<sup>252</sup> Vgl. MüKo/Strohn, GmbHG, § 34 Rn. 47.

<sup>253</sup> Vgl. Wicke, GmbHG, § 34 Rn. 17.

<sup>254</sup> Wicke, GmbHG, § 34 Rn. 17.

<sup>255</sup> Vgl. Wicke, GmbHG, § 34 Rn. 15.

<sup>256</sup> Vgl. Eckhardt/Hermanns, Kölner Handbuch Gesellschaftsrecht, S. 301 Rn. 408.

<sup>257</sup> Vgl. Kindler, Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht, § 15 Rn. 21.

<sup>258</sup> Henssler/Strohn/Fleischer, GmbHG, § 34 Rn. 17.

<sup>259</sup> Vgl. Henssler/Strohn/Fleischer, GmbHG, § 34 Rn. 17.

<sup>260</sup> Vgl. Wicke, GmbHG, § 40 Rn. 3; Baumbach/Hueck/Servatius, GmbHG, § 40 Rn. 6.

gegen die Einreichung einer neuen, ihn nicht mehr aufführenden Liste anstreben.<sup>261</sup> Zwar könnte er auch eine Klage gegen den Einziehungsbeschluss erheben, dies würde die Gesellschaft aber nicht daran hindern bis zu einer Entscheidung im Klageverfahren eine neue Liste einzureichen und unter Berufung auf diese Liste ganz normal weiter zu agieren.<sup>262</sup>

Hat der Listengesellschafter mit seinem Begehren nach einer einstweiligen Verfügung Erfolg, ist es der Gesellschaft gerichtlich untersagt, eine den Listengesellschafter nicht mehr aufführende Liste einzureichen.<sup>263</sup> Problematisch ist, welche Folgen es hat, wenn trotz der gerichtlichen Untersagung dennoch eine solche Liste zum Handelsregister eingereicht wird. Zum einen wurde durch die Einreichung gegen eine (einstweilige) gerichtliche Entscheidung verstoßen, zum anderen entfaltet die Gesellschafterliste grundsätzlich eine unwiderlegliche Legitimationswirkung.

### c) Keine Legitimationswirkung der dennoch eingereichten Liste

Spätestens seit dem Urteil des BGH<sup>264</sup> ist klar, dass die Gesellschaft sich nicht auf die Legitimationswirkung einer Liste berufen darf, die sie entgegen einer einstweiligen Verfügung eingereicht hat. Grund für diese Einschränkung der Legitimationswirkung ist das Prinzip von Treu und Glauben<sup>265</sup>, welches die Legitimationswirkung grundsätzlich einschränken kann.<sup>266</sup>

Anders als in anderen Konstellationen – wie beispielsweise bei der behandelten reinen Kenntnis der Gesellschaft –, würde sich die Gesellschaft ansonsten auf eine Rechtslage berufen können, die sie selbst nur „durch ein gesetz-, sitten- oder vertragswidriges Verhalten“<sup>267</sup> herbeiführen konnte. Aus diesem Grund ist ein Verstoß gegen das Prinzip von Treu und Glauben zu bejahen, wenn die Gesellschaft sich auf eine Legitimationswirkung versucht zu berufen, die auf der Einreichung einer Gesellschafterliste entgegen einer gerichtlichen Anordnung fußt. Andernfalls hätte der von der Einziehung Betroffene kein wirksames Mittel, um zu verhindern, dass er während der Zeit bis zur endgültigen Entscheidung des Rechtsstreits vollkommen entrechtet wird.<sup>268</sup> Dies wäre möglich, da die übrigen Gesellschafter in der Zwischenzeit das Unternehmen nach ihrem Belieben – und damit gegen die Interessen des von der Einziehung Betroffenen – umgestalten könnten.<sup>269</sup>

Entgegen der eigentlich von der Liste ausgehenden negativen Legitimationswirkung muss die Gesellschaft den nun nicht mehr in der Liste Eingetragenen als Gesellschafter behandeln.<sup>270</sup> Grund für diese vollkommene Abkehr von der unwiderleglichen Vermutungswirkung ist, dass bereits „eine gerichtliche Prüfung [darüber] stattgefunden hat, ob die Einziehung vorläufig als wirksam zu behandeln ist“<sup>271</sup>. Will die Gesellschaft an der ihrer Ansicht nach wirksamen Einziehung festhalten, muss sie das Gericht im Hauptsacheverfahren davon überzeugen; sie ist aber in der Zwischenzeit an die vorläufige Entscheidung gebunden.<sup>272</sup>

<sup>261</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 2.7.2019, II ZR 406/17, NJW 2019, 3155 (3158) Rn. 37 ff.

<sup>262</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 2.7.2019, II ZR 406/17, NJW 2019, 3155 (3158) Rn. 38.

<sup>263</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 2.7.2019, II ZR 406/17, NJW 2019, 3155 (3158) Rn. 38 f.

<sup>264</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 2.7.2019, II ZR 406/17, NJW 2019, 3155.

<sup>265</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 2.7.2019, II ZR 406/17, NJW 2019, 3155 (3158) Rn. 40.

<sup>266</sup> Vgl. Henssler/Strohn/Verse, GmbHG, § 16 Rn. 34a.

<sup>267</sup> BGH, Urteil vom 2.7.2019, II ZR 406/17, NJW 2019, 3155 (3159) Rn. 42.

<sup>268</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 2.7.2019, II ZR 406/17, NJW 2019, 3155 (3159) Rn. 39.

<sup>269</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 2.7.2019, II ZR 406/17, NJW 2019, 3155 (3159) Rn. 38.

<sup>270</sup> Vgl. Altmeppen, GmbHG, § 16 Rn. 5.

<sup>271</sup> BGH, Urteil vom 2.7.2019, II ZR 406/17, NJW 2019, 3155 (3159) Rn. 43.

<sup>272</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 2.7.2019, II ZR 406/17, NJW 2019, 3155 (3159) Rn. 43.

Daran ändert auch nichts, dass es der Notar ist, der die Gesellschafterliste eingereicht hat. Vielmehr ist die Gesellschaft verpflichtet, den Notar von einer einstweiligen Verfügung gegen die Einreichung einer aktualisierten Liste zu informieren, sodass dieser eben keine solche Liste einreicht.<sup>273</sup> Tut sie dies nicht, und der Notar reicht eine Liste ein, die den Verfügungskläger nicht mehr aufweist, tritt die gleiche Folge ein, als hätten die Geschäftsführer eine solche Liste eingereicht: Die Gesellschaft darf sich nicht auf die von dieser Liste ausgehende Legitimationswirkung berufen.<sup>274</sup>

Diese Entscheidung des BGH trifft in der Literatur auf breite Zustimmung.<sup>275</sup> Vereinzelt bleiben jedoch Fragen offen. So wird angeführt, dass eine entgegen einer einstweiligen Verfügung eingereichte Liste bereits gar nicht im Handelsregister aufgenommen werden dürfe<sup>276</sup>, weil das Registergericht im Rahmen der formellen Prüfung der eingereichten Gesellschafterliste an eine Verfügung des Gerichts gebunden ist.<sup>277</sup> Diese Bindung soll sich aus § 16 II HGB ergeben. Eine Unterscheidung zwischen der Aufnahme in das Handelsregister, wie sie § 16 II HGB beschreibt, und der bei der Gesellschafterliste erforderlichen Aufnahme in einen Registerordner zum Handelsregister, ergibt sich dieser Ansicht folgend, zum Schutze des die einstweilige Verfügung Bestrebenden, nicht.<sup>278</sup> Demnach käme es bereits gar nicht zu der Problematik, dass die Gesellschaft auch nur versuchen könnte, sich auf die Legitimationswirkung der neuen Liste zu berufen, da eine solche bereits nicht zum Handelsregister aufgenommen würde. Wie der dem Urteil des BGH zugrunde liegende Sachverhalt zeigt, sind jedoch (noch) nicht alle Gerichte dieser Auffassung gefolgt.<sup>279</sup>

Daher gibt das Urteil des BGH dem Verfügungskläger Rechtssicherheit. Er muss nicht darauf hoffen, dass das Registergericht der oben dargelegten Auffassung der Anwendbarkeit von § 16 II HGB folgt. Stattdessen kann er, selbst wenn das Registergericht die eingereichte Liste in den Registerordner aufnimmt, sich darauf verlassen, dass der Gesellschaft eine Berufung auf diese Liste nicht möglich ist.

Das Grundsatzurteil des BGH ist insgesamt zu begrüßen. Insbesondere droht wegen der Prüfung des Verfügungsgerichts nicht die Gefahr, dass ein „zu Recht aus der Gesellschaft entfernte[r] Störenfried“<sup>280</sup> das Instrument der einstweiligen Verfügung dazu benutzen kann, die von der Liste ausgehende unwiderlegliche Vermutungswirkung zu übergehen. Es besteht natürlich eine gewisse Wahrscheinlichkeit, dass sich im späteren Verlauf des Verfahrens herausstellt, dass die einstweilige Verfügung rückblickend zu Unrecht ergangen ist. Jedoch wird in den wohl meisten Fällen der Verfügungskläger entweder Recht behalten, oder es ist zumindest der Gesellschaft zuzuschreiben, dass es wegen nicht hinreichend konkreter Einziehungsbefugnisse überhaupt dazu kommen konnte, dass das Verfügungsgericht einstweilig für den Verfügungskläger entschieden hat.

### III. Missbräuchliche Ausnutzung der Legitimationswirkung durch den Gesellschafter – Beschlüsse des Scheingesellschafters im Verfahren gem. § 48 II GmbHG

Neben der Gesellschaft als Ganzes können auch andere Beteiligte versuchen, sich auf rechtsmissbräuchliche Weise auf die von der Liste ausgehende Legitimationswirkung zu

<sup>273</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 2.7.2019, II ZR 406/17, NJW 2019, 3155 (3159 f.) Rn. 48.

<sup>274</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 2.7.2019, II ZR 406/17, NJW 2019, 3155 (3159 f.) Rn. 45.

<sup>275</sup> Vgl. Henssler/Strohn/Verse, GmbHG, § 16 Rn. 34a; Bayer/Selentin, GmbHR 2020, 1 Rn. 28; Miller, ZIP 2020, 62 (66); Heckschen, NZG 2019, 1097 (1098); Münnich, GmbHR 2019, 998 (1001).

<sup>276</sup> Vgl. Altmeppen, GmbHG, § 16 Rn. 5.

<sup>277</sup> Vgl. Bayer/Selentin, GmbHR 2020, 1 Rn. 25; Lieder/Becker, GmbHR 2019, 505 (506).

<sup>278</sup> Vgl. Lieder/Becker, GmbHR 2019, 505 (506); Otto, GmbHR 2018, 361 (367).

<sup>279</sup> Vgl. KG, Beschluss vom 24.8.2015, 23 U 20/15, GmbHR 2016, 416 (420 f.).

<sup>280</sup> Lieder/Becker, GmbHR 2019, 505 (506).

berufen. Im Folgenden soll dies am Beispiel des noch in der Liste eingetragenen Veräußerers dargelegt werden, der versucht die Rechte des Erwerbers im schriftlichen Verfahren gem. § 48 II GmbHG in rechtsmissbräuchlicher Art und Weise einzuschränken.

## 1. Problemstellung

### a) Unterschied zum normalen Verfahren

Grundsätzlich werden Gesellschafterbeschlüsse gem. § 48 I GmbHG in Gesellschafterversammlungen gefasst. Gem. § 48 II GmbHG können Beschlüsse allerdings auch in schriftlichen Verfahren gefasst werden, sodass ein physisches Zusammenkommen nicht erforderlich ist.<sup>281</sup> Diese schriftlichen Verfahren können in zwei verschiedene Varianten aufgeteilt werden. Zum einen können die Gesellschafter einem bereits gefassten Beschlussantrag in Textform gem. § 126b BGB abstimmen, wobei für einen Erfolg dieses Antrags die einstimmige Zustimmung der Gesellschafter erforderlich ist.<sup>282</sup> Zum anderen kann eine Gesellschafterversammlung durch ein schriftliches Verfahren ersetzt werden, indem es zu einer schriftlichen Abstimmung kommt, bei der die jeweils erforderliche Mehrheit über die Zustimmung bzw. Ablehnung eines Beschlussantrags entscheidet.<sup>283</sup> In diesem Fall müssen allerdings sämtliche Gesellschafter, die „an einer Gesellschafterversammlung teilnahmeberechtigt[...]“<sup>284</sup> wären, dieser Art der Beschlussfassung zustimmen. In beiden Fälle kann demnach kein Gesellschafter überstimmt bzw. übergangen werden, wenn dieser zur Beschlussfassung hätte eingeladen werden müssen.

Der Unterschied zwischen einem normalen Verfahren und den schriftlichen Verfahren liegt darin, von wem die Initiative zur Abstimmung über Beschlussfassungen ausgeht.<sup>285</sup> Während Gesellschafterversammlungen gem. § 49 I GmbHG stets von den Geschäftsführern einberufen werden, kann die Veranlassung eines schriftlichen Verfahrens auch von einem Gesellschafter ausgehen, sodass eine Mitwirkung der Gesellschaft nicht gegeben sein muss.<sup>286</sup> Eine solche müsste aber wiederum gegeben sein, um der Gesellschaft eine rechtsmissbräuchliche Berufung auf die Legitimationswirkung vorwerfen zu können.<sup>287</sup> In den Fällen des schriftlichen Verfahrens stellt sich folglich die Frage, ob es auch einem Gesellschafter wegen des Prinzips von Treu und Glauben versagt werden muss, sich auf die Legitimationswirkung zu berufen.<sup>288</sup> Insbesondere interessant ist es hier, auf den Gesellschafter abzustellen, der materiellrechtlich seinen Anteil bereits übertragen hat und in der Folgezeit nur noch als Listen- bzw. Scheingesellschafter handelt.

Besonders problematisch sind diese Verfahren, wenn der Scheingesellschafter Alleingesellschafter war, bzw. aus formeller Hinsicht auch immer noch ist.<sup>289</sup> In diesen Fällen kann der materiell Berechtigte nicht einmal darauf hoffen, dass andere Gesellschafter gegen die Beschlussfassung votieren, da es keine anderen Gesellschafter gibt, der Alleingesellschafter also grundsätzlich frei schalten und walten kann. Zudem kann der Berechtigte sich im Vorfeld nur kaum gegen in diesen Verfahren getroffene Beschlussfassungen wehren, wie im Folgenden dargelegt wird.

<sup>281</sup> Vgl. Kindler, Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht, § 16 Rn. 15.

<sup>282</sup> Vgl. Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, § 48 Rn. 27, 30 ff.

<sup>283</sup> Vgl. Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, § 48 Rn. 27.

<sup>284</sup> Henssler/Strohn/Hillmann, GmbHG, § 48 Rn. 22.

<sup>285</sup> Vgl. Mülbart/Sajnovits, GmbHR 2021, 68 (71 f.) Rn. 13.

<sup>286</sup> Vgl. Mülbart/Sajnovits, GmbHR 2021, 68 (71 f.) Rn. 13.

<sup>287</sup> Vgl. Mülbart/Sajnovits, GmbHR 2021, 68 (71 f.) Rn. 13.

<sup>288</sup> Vgl. Mülbart/Sajnovits, GmbHR 2021, 68 (71 f.) Rn. 13.

<sup>289</sup> Vgl. Mülbart/Sajnovits, GmbHR 2021, 68 (76) Rn. 41.

## b) Unterlassungsanspruch

Grundsätzlich hat der materiell Berechtigte einen Anspruch auf Unterlassung gegen den Scheingesellschafter, wenn sich eine Verletzung der Treuepflicht<sup>290</sup> anbahnt.<sup>291</sup> Für die Durchsetzung eines solchen Anspruchs im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes sind jedoch hohe Hürden angesetzt.<sup>292</sup> Insbesondere ergibt sich für den Berechtigten hier die gleiche Problematik wie in dem Fall, indem er eine einstweilige Verfügung gegen die Gesellschaft anstreben möchte<sup>293</sup>: er müsste Kenntnis von der „avisierten Beschlussfassung durch den Schein-Alleingeschafter“<sup>294</sup> haben, um überhaupt auf die Idee zu kommen, eine einstweilige Verfügung erwirken zu wollen. Eine solche Kenntnis kann der materiell Berechtigte jedoch regelmäßig nicht haben, auch nicht oder zumindest nicht rechtzeitig in dem Fall, in dem es neben dem Scheingesellschafter weitere Gesellschafter gibt. Die reine Vermutung, dass ein Treuepflichtverstoß durch den Scheingesellschafter erfolgen könnte, stellt keinen ausreichenden Verfügungsgrund dar, sodass in diesem Fall keinesfalls eine einstweilige Verfügung erlassen werden würde.<sup>295</sup>

## c) Vertragsgestaltung

Der bereits materiell Berechtigte Erwerber kann es dem noch in der Liste eingetragenen Veräußerer auch durch vertragsgestalterische Maßnahmen verbieten, sich in der Zeit bis zu seiner Eintragung im Rahmen einer Beschlussfassung auf die Legitimationswirkung zu berufen. Denkbar ist hier zum einen, dass der Veräußerer den bereits materiell Berechtigten Erwerber über Ausübungen des Stimmrechts informieren muss<sup>296</sup>, sodass dieser stets die Möglichkeit hätte, sich im einstweiligen Rechtsschutz gegen Beschlussfassungen zu wehren. Weitergehend ist es möglich, vertraglich festzuhalten, dass der noch in der Liste eingetragene Veräußerer sein Stimmrecht überhaupt nicht mehr ausüben darf, bis der materiell Berechtigte eingetragen ist.<sup>297</sup> Dies wäre aber wohl zumindest im Fall des Alleingesellschafters nicht unproblematisch, da in dieser Zwischenzeit gar keine Beschlüsse mehr getroffen werden könnten. Zum anderen kann der Veräußerer dem Erwerber eine „unbeschränkte[...] und unwiderrufliche[...] Stimmrechtsvollmacht“<sup>298</sup> einräumen<sup>299</sup>, sodass der Erwerber entgegen der von der Liste ausgehenden Legitimationswirkung bereits vor seiner Eintragung bzgl. der Stimmrechtsausübung gegenüber der Gesellschaft als quasi Gesellschafter gilt. Im Fall des Alleingesellschafters würde der Erwerber so auch bereits vor seiner Eintragung die faktische Kontrolle über die Gesellschaft erlangen, da er nun allein entscheiden kann, welche Beschlüsse getroffen werden.

Hinreichenden Schutz für die Rechtsposition des bereits materiell Berechtigten Erwerbers können aber auch diese vertragsgestalterischen Maßnahmen nicht bieten. Zunächst müsste der Veräußerer sich überhaupt auf solche Klauseln einlassen. Selbst wenn solche Maßnahmen vereinbart werden, gelten diese nur relativ im Verhältnis zwischen Veräußerer

---

<sup>290</sup> Siehe Kapitel C. III. 2. der vorliegenden Arbeit.

<sup>291</sup> Vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 18.5.2005, 15 U 202/04, NZG 2005, 633; Scholz/Seibt, GmbHG, § 14 Rn. 121.

<sup>292</sup> Vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 18.5.2005, 15 U 202/04, NZG 2005, 633.

<sup>293</sup> Siehe Kapitel C. II. 4. d) der vorliegenden Arbeit.

<sup>294</sup> Mülbert/Sajnovits, GmbHR 2021, 68 (75) Rn. 31.

<sup>295</sup> Vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 18.5.2005, 15 U 202/04, NZG 2005, 633 (636); Mülbert/Sajnovits, GmbHR 2021, 68 (75) Rn. 31.

<sup>296</sup> Vgl. Mülbert/Sajnovits, GmbHR 2021, 68 (75) Rn. 32.

<sup>297</sup> Vgl. Mülbert/Sajnovits, GmbHR 2021, 68 (75) Rn. 32.

<sup>298</sup> Mülbert/Sajnovits, GmbHR 2021, 68 (75) Rn. 33.

<sup>299</sup> Vgl. Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, § 16 Rn. 53; Mülbert/Sajnovits, GmbHR 2021, 68 (75) Rn. 33.

und Erwerber.<sup>300</sup> Verstößt der Veräußerer gegen die getroffenen Vereinbarungen, hätte der Erwerber zwar ggf. Schadensersatzansprüche gegen den Veräußerer, sein eigentliches Ziel, die Verhinderung von für ihn nachteiligen Beschlüssen, kann er jedoch durch die oben genannten vertragsgestalterischen Maßnahmen nicht erreichen.<sup>301</sup>

## 2. Treuepflicht zwischen Veräußerer und Erwerber

In Kapitel C. II. 4. a) wurde bereits die zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern bestehende Treuepflicht kurz angerissen. Im Rahmen der Treuepflicht sind die Beteiligten verpflichtet, auf die Rechtsgüter der anderen Parteien Rücksicht zu nehmen.<sup>302</sup> Ihrem Handeln wird eine gegenseitige allgemeine Loyalitäts- und Förderpflicht zu Grunde gelegt.<sup>303</sup> Eine zwischen Erwerber und Veräußerer bestehende Treuepflicht würde den Erwerber vor einer rechtsmissbräuchlichen Berufung des Veräußerers auf die Legitimationswirkung schützen, da es keinesfalls loyal bzw. förderlich wäre, wenn sich dieser entgegen seiner fehlenden materiellen Berechtigung auf einen Listeninhalt berufen könnte, der gerade durch seine Veräußerung des Geschäftsanteils an den Erwerber unrichtig geworden ist.

Dass eine solche mitgliedschaftliche Treuepflicht zwischen Veräußerer und Erwerber besteht, erscheint auf den ersten Blick fraglich. So sind sie zu keinem Zeitpunkt gleichzeitig Gesellschafter der GmbH – weder in materieller noch in formeller Hinsicht. Was der eine durch Erwerb bzw. Eintragung erlangt, verliert der andere im gleichen Moment. Gleichzeitig hat der Veräußerer in der Übergangszeit zwischen Erwerb und Eintragung das, was dem Erwerber noch fehlt: Die durch die Legitimationswirkung garantierte formale Gesellschafterstellung gegenüber der Gesellschaft und insbesondere die damit einhergehenden Gesellschafterrechte.

Damit auch der bereits materiell berechtigte Erwerber nach seiner Aufnahme in die Gesellschafterliste in den Genuss dieser Gesellschafterrechte kommen kann, muss der noch durch die Liste legitimierte Veräußerer daran gehindert sein, diese Rechte in der Übergangszeit auszuhöhlen. Ansonsten wäre die „gesellschaftsrechtlich vermittelte Einwirkungsmöglichkeit [des Veräußerers] auf die mitgliedschaftliche Position des Erwerbers“<sup>304</sup> zu weitgehend. Daher endet die Treuepflichtbindung nicht in dem Moment, in dem ein Gesellschafter seine materielle Rechtsstellung verliert.<sup>305</sup> Vielmehr ist der Veräußerer auch nach seinem materiellrechtlichen Ausscheiden aus der Gesellschaft gegenüber den anderen Gesellschaftern – und damit auch gegenüber dem Erwerber seines Anteils – einer sog. nachwirkenden Treuepflicht unterworfen.<sup>306</sup> Das Erfordernis einer solchen nachwirkenden Treuepflicht wird insbesondere dadurch deutlich, dass der Veräußerer es selbst ist, der es dem Erwerber durch den Verkauf seines Anteils erst ermöglicht hat, Gesellschafter der GmbH zu werden.<sup>307</sup> Der Veräußerer muss verpflichtet sein, die sich aus der Mitgliedschaft ergebenden Rechte des Erwerbers zu wahren und zu respektieren, wozu die Treuepflichtbindung ein probates Mittel ist.

<sup>300</sup> Vgl. Mülbert/Sajnovits, GmbHR 2021, 68 (75) Rn. 35.

<sup>301</sup> Vgl. Mülbert/Sajnovits, GmbHR 2021, 68 (75) Rn. 35.

<sup>302</sup> Vgl. Koch, Gesellschaftsrecht, § 35 Rn. 24.

<sup>303</sup> Vgl. Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, § 13 Rn. 21.

<sup>304</sup> Mülbert/Sajnovits, GmbHR 2021, 68 (72) Rn. 16.

<sup>305</sup> Vgl. Mülbert/Sajnovits, GmbHR 2021, 68 (72) Rn. 16.

<sup>306</sup> Vgl. Mülbert/Sajnovits, GmbHR 2021, 68 (72) Rn. 16.

<sup>307</sup> Vgl. Mülbert/Sajnovits, GmbHR 2021, 68 (72) Rn. 16.

Eine solche nachwirkende Treuepflicht ist für den GmbH-Geschäftsführer seit langem anerkannt.<sup>308</sup> Auch der BGH stellte bereits klar, dass ein Treuepflichtverstoß in Betracht zu ziehen ist, wenn ein Gesellschafter sich trotz der Kenntnis seiner fehlenden materiellen Berechtigung im Rahmen der Stimmrechtsausübung auf die Legitimationswirkung beruft.<sup>309</sup> Damit hat der BGH eine Treuepflichtbindung auch nach dem materiellen Ausscheiden aus einer GmbH indirekt bestätigt.

### 3. Vorliegen eines Verstoßes gegen die Treuepflicht

Die Treuepflichtbindung des in der Liste eingetragenen Veräußerers gegenüber dem Erwerber bindet diesen nicht derart, dass er sich gar nicht mehr auf die Legitimationswirkung berufen darf.<sup>310</sup> Vielmehr ist bei jeder Handlung des Veräußerers als Gesellschafter zu prüfen, ob die jeweilige Handlung einen Verstoß gegen die Treuepflicht darstellt. Zweifelsfrei liegt ein Verstoß vor, wenn die bereits materiell bestehenden, aber wegen der negativen Legitimationswirkung formell noch nicht ausübbareren Rechte des Erwerbers durch Handlungen des Veräußerers derart beeinträchtigt würden, dass er diese auch nach erfolgter Eintragung nicht mehr ausüben könnte.<sup>311</sup>

Mülbert und Sajnovits vertreten die Auffassung, dass sich aus der Treuepflicht ergibt, dass der Erwerber nach der materiellen Übertragung an Beschlussfassungen beteiligt werden muss.<sup>312</sup> Dass die Mitwirkung des Erwerbers grundsätzlich auch vor seiner Eintragung zulässig ist, wurde bereits erläutert und ergibt sich unmittelbar aus § 16 I 2 GmbHG. Diese Möglichkeit zu einer „Beteiligungspflicht“<sup>313</sup> auszuweiten, ist jedoch zu weitgehend. § 16 I 1 GmbHG bestimmt, dass nur der Eingetragene als Gesellschafter zu behandeln ist. Würde der noch nicht eingetragene Erwerber beteiligt werden müssen, würde dies – vorbehaltlich der unverzüglichen Aufnahme einer den Erwerber aufführenden Liste gem. § 16 I 2 GmbHG – zumindest in Beschlussfassungen eine Gleichstellung seiner Befugnisse mit denen eines „normalen“ Gesellschafters erzwingen. Eine solche Verpflichtung lässt sich m.E. nicht aus der Treuepflicht ableiten. Die Treuepflicht verpflichtet die Beteiligten zwar zur Rücksichtnahme auf die Interessen der anderen Parteien<sup>314</sup>; von einem umfassenden Gebot, sämtliche Entscheidungen – also auch die Ermessensentscheidung, den Erwerber zu beteiligen oder nicht – so zu treffen, wie es der Erwerber gerne hätte, kann jedoch keine Rede sein. Der Erwerber darf an der Willensbildung in der Gesellschaft beteiligt werden, muss es allerdings nicht.<sup>315</sup>

Auch die aus der Treuepflicht resultierende Verpflichtung eines Gesellschafters einer Beschlussfassung zustimmen zu müssen, wenn dies „objektiv unabweisbar erforderlich ist“<sup>316</sup>, kann keine Beteiligungspflicht des Erwerbers begründen, da dies zur Wahrung der berechtigten Interessen des Erwerbers nicht erforderlich ist. Letztlich steht diese Ansicht auch der Entscheidung des OLG Zweibrücken entgegen.<sup>317</sup> Die alternativ vorgeschlagene Lösung,

<sup>308</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 11.10.1976, II ZR 104/75, NJW 1977, 247; MüKo/Fleischer, GmbHG, § 43 Rn. 197.

<sup>309</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 20.11.2018, II ZR 12/17, NJW 2019, 993 (996 f.) Rn. 46 für den Fall der Einziehung.

<sup>310</sup> Vgl. Mülbert/Sajnovits, GmbHR 2021, 68 (72 f.) Rn. 18, 20 ff.

<sup>311</sup> Dazu auch die „wesentlichen Beeinträchtigungen“ in Kapitel C. II. 4. a) der vorliegenden Arbeit.

<sup>312</sup> Vgl. Mülbert/Sajnovits, GmbHR 2021, 68 (74) Rn. 24.

<sup>313</sup> Mülbert/Sajnovits, GmbHR 2021, 68 (74) Rn. 24.

<sup>314</sup> Vgl. Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, § 13 Rn. 21.

<sup>315</sup> Vgl. OLG Zweibrücken, Beschluss vom 15.12.2011, 3 W 144/11, GmbHR 2012, 689 (689 f.).

<sup>316</sup> Kindler, Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht, § 16 Rn. 18.

<sup>317</sup> Vgl. OLG Zweibrücken, Beschluss vom 15.12.2011, 3 W 144/11, GmbHR 2012, 689 (689 f.).



man dürfe andernfalls in der Übergangsphase keine Beschlüsse fassen<sup>318</sup>, lässt sich ebenfalls nicht aus der Treuepflicht ableiten und ist im Hinblick auf die zu wahrende Handlungsfähigkeit der GmbH abzulehnen.

Eine angemessene Berücksichtigung der Interessen des Erwerbers kann vielmehr bereits dadurch erreicht werden, dass es dem Veräußerer durch die Treuepflicht untersagt ist, Beschlussfassungen zuzustimmen, die die Rechtsposition des bald eingetragenen Erwerbers stark beeinträchtigen. Eine solche starke Beeinträchtigung liegt etwa vor, wenn die Beschlussfassungen zu Ergebnissen führen, die der Erwerber nach seiner Eintragung nicht mehr rückgängig machen kann, er also vor vollendete Tatsachen gestellt wird.<sup>319</sup> Dies ist etwa der Fall, wenn der Geschäftsführer entlastet wird.<sup>320</sup> Stimmt der Veräußerer einem solchen Beschlussantrag zu, oder ist er gar derjenige, der diesen eingebracht hat, verstößt er gegen die aus der Treuepflicht resultierende Rücksichtnahmepflicht.

#### 4. Folgen des Verstoßes

Wie auch bei einem mutmaßlichen Treuepflichtverstoß der Gesellschaft<sup>321</sup>, sind die Folgen, die sich aus einem solchen Verstoß ergeben sollen, umstritten. Mülbert und Sajnovitz fordern die Nichtigkeit von Beschlüssen, die entgegen den aus der Treuepflicht resultierenden Handlungsvorgaben gefasst werden.<sup>322</sup> Sie argumentieren, dass ein Verstoß genauso zu behandeln sei, wie wenn einem eingetragenen Gesellschafter eine Mitwirkung an Beschlussfassungen nicht ermöglicht wurde.<sup>323</sup> Die Folge einer Nichtbeteiligung eines Gesellschafters – auch im Verfahren nach § 48 II GmbHG – ist die Nichtigkeit der gefassten Beschlüsse.<sup>324</sup> Eine solche Beteiligungspflicht ergibt sich jedoch, wie bereits ausgeführt, aus der Treuepflicht nicht. Daher ist auch dem Versuch, den noch nicht eingetragenen Erwerber mit einem wegen einer entgegen einer einstweiligen Verfügung eingereichten Gesellschafterliste nicht mehr eingetragenen Gesellschafter gleichzustellen<sup>325</sup>, nicht zuzustimmen. Dies bedeutet nicht, dass einer Nichtigkeit von Beschlüssen, die unter einem Verstoß gegen die Treuepflicht zustande gekommen sind, prinzipiell eine Absage zu erteilen ist; eine Nichtigkeit darf allerdings nicht mit dieser Argumentation begründet werden.

Der geschädigte Gesellschafter hat einen Schadensersatzanspruch gegen den die Treuepflicht verletzenden Gesellschafter.<sup>326</sup> Führt man sich Sinn und Zweck von Treuepflichten vor Augen, also den Schutz der mitgliedschaftlichen Interessen der nicht handelnden Personen<sup>327</sup>, im vorliegenden Fall also des Erwerbers, wird klar, dass ein Schadensersatzanspruch keinesfalls ausreicht, um die durch die treuepflichtwidrige Beschlussfassung entstehenden Folgen zu kompensieren. Der Erwerber würde nicht gut genug geschützt, wenn die Beschlussfassungen in der Sache grundsätzlich bestehen bleiben würden, also beispielsweise die Entlastung des Geschäftsführers Bestand hätte. Die bereits angesprochene „gesellschaftsrechtlich vermittelte Einwirkungsmöglichkeit [des Veräußerers] auf die mitgliedschaftliche Position des Erwerbers“<sup>328</sup> wäre zu weitgehend, weshalb eine

<sup>318</sup> Vgl. Mülbert/Sajnovits, GmbHR 2021, 68 (73 f.) Rn. 22 ff.

<sup>319</sup> Vgl. Mülbert/Sajnovits, GmbHR 2021, 68 (73) Rn. 21.

<sup>320</sup> Vgl. Mülbert/Sajnovits, GmbHR 2021, 68 (73) Rn. 21.

<sup>321</sup> Siehe Kapitel C. II. 4. a) der vorliegenden Arbeit.

<sup>322</sup> Vgl. Mülbert/Sajnovits, GmbHR 2021, 68 (74) Rn. 26.

<sup>323</sup> Vgl. Mülbert/Sajnovits, GmbHR 2021, 68 (74 f.) Rn. 29.

<sup>324</sup> Vgl. Bayer/Selentin, GmbHR 2020, 1 (6) Rn. 29.

<sup>325</sup> Vgl. Mülbert/Sajnovits, GmbHR 2021, 68 (74 f.) Rn. 28 f.

<sup>326</sup> Vgl. Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, Anhang zu § 47 Rn. 44.

<sup>327</sup> Vgl. Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, Anhang nach § 47, Rn. 101.

<sup>328</sup> Mülbert/Sajnovits, GmbHR 2021, 68 (72) Rn. 16.

Beschränkung auf einen Schadensersatzanspruch des Erwerbers gegenüber dem Veräußerer<sup>329</sup>, abzulehnen ist.

Mögliche weitere Folgen sind die Nichtigkeit und die Anfechtbarkeit. Eine Nichtigkeit ist für den Erwerber deutlich einfacher durchzusetzen.<sup>330</sup> Grundsätzlich sollen nur in besonderem Maße gravierende Mängel zur Nichtigkeit von Beschlüssen führen.<sup>331</sup> Es ist zwischen der Stimmabgabe des Gesellschafters und der Beschlussfassung als Ganzes zu unterscheiden. Ein Treuepflichtverstoß eines Gesellschafters macht seine Stimmabgabe nichtig.<sup>332</sup> Wurde im Zusammenhang mit dieser Stimmabgabe ein Beschluss gefasst, wird dieser Beschluss wegen der treuwidrigen Stimmabgabe anfechtbar.<sup>333</sup> Die Stimmabgabe muss dabei kausal für die Beschlussfassung sein.<sup>334</sup> Für den Erwerber kommt es folglich darauf an, wie relevant die Stimmabgabe des Scheingesellschafters für die Beschlussfassung war. Konnte der Beschluss nur gefasst werden, weil der noch in der Liste eingetragene Veräußerer dafür gestimmt hat, ist der Beschluss anfechtbar<sup>335</sup>, wäre es im Ergebnis auch ohne die Stimmabgabe des Veräußerers zum gleichen Ergebnis gekommen, ist die Beschlussfassung nicht anfechtbar.<sup>336</sup>

#### IV. Zwischenfazit

Bei jeder Art der Vermutungswirkung, der gesetzlichen Fiktion, oder der Setzung eines Rechtsscheins gibt es die Gefahr, dass Parteien versuchen diese unter rechtsmissbräuchlicher Beeinträchtigung der Rechte Anderer zu ihren Gunsten auszunutzen. Nichts anderes gilt auch für die von der Gesellschafterliste ausgehende unwiderlegliche Vermutungswirkung.

Insgesamt ist bzgl. einer Einschränkung der Legitimationswirkung wegen mutmaßlich rechtsmissbräuchlichen Verhaltens der Gesellschaft Vorsicht walten zu lassen. Es darf in keinem Fall vorschnell zu einer Einschränkung kommen.<sup>337</sup> Vielmehr ist in jedem Szenario eine Abwägung dahingehend zu treffen, ob die Legitimationswirkung zum Schutz des Verkehrs und zur Wahrung der Rechtssicherheit aufrechterhalten werden muss, oder ob eine derart gravierende rechtsmissbräuchliche Ausnutzung der Gesellschaft vorliegt, dass eine Berufung auf die Legitimationswirkung unbillig wäre.

Diese Abwägung ist im Fall der reinen Kenntnis der Gesellschaft von der materiellen Unrichtigkeit der Gesellschafterliste pro Rechtssicherheit zu entscheiden. Grund dafür ist, dass die Gesellschaft die Unrichtigkeit der Liste nicht zu vertreten hat – sie ist, anders als in den anderen behandelten Szenarien, in keiner Weise dafür verantwortlich, dass der Inhalt der Liste (noch) nicht mit der materiellen Rechtslage übereinstimmt.

Wird die Einreichung einer aktualisierten Gesellschafterliste hingegen bewusst verzögert, ändert sich die Bewertung. Die Liste ist ab dem Zeitpunkt, an dem in einem ordnungsgemäßen Verfahren die aktualisierte Liste eingereicht worden wäre, ausschließlich wegen der Verzögerung unrichtig. Insofern hat ab diesem Zeitpunkt die Gesellschaft die Unrichtigkeit

<sup>329</sup> Vgl. Altmeppen, GmbHG, § 16 Rn. 11, Vgl. MüKo/Heidinger, GmbHG, § 16 Rn. 135.

<sup>330</sup> Vgl. Scholz/Schmidt/Bochmann, GmbHG, § 45 Rn. 35.

<sup>331</sup> Vgl. Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, Anhang zu § 47 Rn. 1.

<sup>332</sup> Vgl. Scholz/Schmidt/Bochmann, GmbHG, § 45 Rn. 107; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, Anhang nach § 47, Rn. 105.

<sup>333</sup> Vgl. Scholz/Schmidt/Bochmann, GmbHG, § 45 Rn. 49, 107; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, Anhang nach § 47, Rn. 105.

<sup>334</sup> Vgl. Scholz/Schmidt/Bochmann, GmbHG, § 45 Rn. 101, 107.

<sup>335</sup> Vgl. Scholz/Schmidt/Bochmann, GmbHG, § 45 Rn. 101, 107.

<sup>336</sup> Vgl. Scholz/Schmidt/Bochmann, GmbHG, § 45 Rn. 101, 107.

<sup>337</sup> Vgl. Henssler/Strohn/Verse, GmbHG, § 16 Rn. 34b; Lieder/Becker, GmbHR 2019, 441 (447).

zu vertreten, weshalb es treuwidrig wäre, wenn sie sich noch auf die von der Liste ausgehende Legitimationswirkung berufen könnte.

Ähnliches gilt für den Fall der Einreichung entgegen einer einstweiligen Verfügung. Auch hier würde eine Berufung der Gesellschaft auf die Liste gegen das Prinzip von Treu und Glauben verstoßen, da es einzig und allein von der Gesellschaft zu vertreten ist, dass eine Liste eingereicht wurde, die – wie in einem gerichtlichen Verfahren einstweilig entschieden wurde – nicht mit der materiellen Rechtslage übereinstimmt. Die Gesellschaft hat einen ihr bewusst unrichtigen Rechtsschein selbst gesetzt, die Berufung auf einen solchen ist treuwidrig.<sup>338</sup>

Auch ein einzelner Gesellschafter kann sich in rechtsmissbräuchlicher Weise auf die von der Liste ausgehende Legitimationswirkung berufen. Grund dafür ist die auch zwischen dem formell legitimierten und dem materiell berechtigten Gesellschafter bestehende Treupflicht.<sup>339</sup> Ein Verstoß liegt vor, wenn die nach der Eintragung ausübbareren Rechte des materiell Berechtigten durch ansonsten wirksame Handlungen des Listengeschafters stark eingeschränkt werden würden<sup>340</sup>, insbesondere wenn vor der Eintragung des Erwerbers und entgegen seinen Interessen vollendete Tatsachen geschaffen werden<sup>341</sup>, wodurch eine Einschränkung der Berufung auf die Legitimationswirkung notwendig wird. Die bloße Nicht-Ausnutzung der Einbeziehung des Erwerbers im Rahmen von § 16 I 2 GmbHG stellt nicht bereits einen Treupflichtverstoß dar.

## D. Erweiterung der Legitimationswirkung bei eingezogenen Geschäftsanteilen

### I. Legitimationswirkung auch bzgl. eingezogener Geschäftsanteile?

#### 1. Problemstellung

Fälle der Einziehung wurden bereits an mehrfacher Stelle innerhalb dieser Arbeit, insbesondere in Kapitel C II. 5., thematisiert. Dass die Legitimationswirkung überhaupt auf Einziehungsfälle anwendbar ist, war jedoch lange Zeit umstritten.<sup>342</sup> Entscheidend ist diese Frage für die Zeit zwischen Einziehung und Listenänderung. In diesem Zeitraum fällt die durch die Einziehung geprägte materielle Rechtslage mit der durch die Liste bestimmte formelle Rechtslage auseinander. Greift die Legitimationswirkung auch bei eingezogenen Anteilen, ist in der Zwischenzeit – die im der Entscheidung des BGH zugrunde liegenden Fall knapp zweieinhalb Jahre betrug<sup>343</sup> – der Listeninhalt dafür maßgeblich, wer im Verhältnis zur Gesellschaft als Gesellschafter gilt und somit Gesellschafterrechte, insbesondere sein Stimmrecht, ausüben kann. 2018 hat der BGH bzgl. dieser Fragestellung Klarheit für die Praxis geschaffen.<sup>344</sup> Entgegen der Ansicht des BGH sprechen sich einige Stimmen in der Literatur gegen die Anwendung der Legitimationswirkung auf Einziehungsfälle aus.<sup>345</sup> Im Kern der Diskussion steht einerseits die Fragestellung, ob es sich bei einer Einziehung

<sup>338</sup> Vgl. Baumbach/Hueck/*Servatius*, GmbHG, § 16 Rn. 16a.

<sup>339</sup> Vgl. Mülbart/Sajnovits, GmbHR 2021, 68 (72) Rn. 16.

<sup>340</sup> Vgl. Mülbart/Sajnovits, GmbHR 2021, 68 (73) Rn. 21.

<sup>341</sup> Vgl. Mülbart/Sajnovits, GmbHR 2021, 68 (73) Rn. 21.

<sup>342</sup> Vgl. Miller: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 20.11.2018, II ZR 12/17, NJW 2019, 993 (998).

<sup>343</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 20.11.2018, II ZR 12/17, NJW 2019, 993 siehe Sachverhalt.

<sup>344</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 20.11.2018, II ZR 12/17, NJW 2019, 993; BGH, Urteil vom 2.7.2019, II ZR 406/17, NJW 2019, 3155.

<sup>345</sup> Vgl. Flume/Maier-Reimer, ZGR 2020, 868.

um eine Übertragung handelt<sup>346</sup> und andererseits, wie weit die Entkoppelung von materieller und formeller Rechtslage reichen soll.<sup>347</sup>

Aufgrund der eindeutigen Entscheidung des BGH sind die abweichenden Ansichten in der Rechtsanwendung jedoch wohl nur theoretischer Natur. Nichtsdestotrotz lohnt es sich, einen Blick auf die Argumente des BGH und insbesondere der Gegner einer Anwendbarkeit der Legitimationswirkung bei Einziehungsfällen zu werfen. Praktisch relevant ist eine Entscheidung nur bei Fällen der Zwangseinziehung, da nur in diesen Fällen Uneinigkeit zwischen den Beteiligten über die Wirksamkeit der Einziehung besteht und daher nur in diesen Fällen ein Streit über die Befugnisse des von der Einziehung betroffenen Listegesellschafters entstehen kann.

## 2. Stimmen in der Literatur

### a) Gesetzeswortlaut

Stimmen in der Literatur führen entgegen der Auffassung des BGH<sup>348</sup> an, dass sich aus der Formulierung von § 16 I 2 und § 16 II, III GmbHG, die jeweils einen „Erwerber“ erfordern, nicht ableiten lässt, dass § 16 I 1 GmbHG keinen Erwerb erfordert.<sup>349</sup> Dass sich die Legitimationswirkung aus Absatz 1 auf mehr Fälle erstrecken soll als die Einlageverpflichtung des Erwerbers neben dem Veräußerer aus Absatz 2 oder auch den einen gutgläubigen Erwerb ermöglichenden Rechtsscheintatbestand aus Absatz 3, ergibt sich dieser Ansicht folgend nicht aus dem Gesetz.<sup>350</sup> Hätte der Gesetzgeber gewollt, dass vom Anwendungsbereich des § 16 I 1 GmbHG auch Einziehungsfälle umfasst werden, hätte er dies mit einer eindeutigen Formulierung erkennen lassen.<sup>351</sup>

Zudem spricht die Regierungsbegründung zum MoMiG<sup>352</sup> gegen eine Anwendung der Legitimationswirkung auf Einziehungsfälle<sup>353</sup>, da in dieser ein Anteilsübergang gefordert ist.<sup>354</sup> Ein Anteilsübergang – oder ein, wie der BGH anführt, diesem im Ergebnis vergleichbarer Vorgang<sup>355</sup> – liege jedoch bei Einziehungsfällen nicht vor.<sup>356</sup>

### b) Keine Legitimation bzgl. nicht existenter Anteile

Eine Legitimationswirkung, die sich auch auf eingezogene Anteile bezieht, würde es ermöglichen, dass jemand als Inhaber von Anteilen auftreten und handeln kann, die in der Realität gar nicht existieren.<sup>357</sup> Menkel verneint die Anwendung von Einziehungsfällen im Hinblick auf alle Konstellationen des § 16 GmbHG<sup>358</sup> und damit auch bzgl. der Legitimationswirkung. Grund für seine Haltung ist, dass die in Folge der Einziehung entstandene Nichtexistenz eines Anteils den Sinn und Zweck von § 16 GmbHG – „Transparenz über die Anteilseignerstruktur“<sup>359</sup> zu ermöglichen – ins Leere laufen lässt, da es keinen Anteil mehr

<sup>346</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 20.11.2018, II ZR 12/17, NJW 2019, 993 (995) Rn. 27; Flume/Maier-Reimer, ZGR 2020, 868 (873 f.); Menkel, NZG 2018, 891 (893).

<sup>347</sup> Vgl. Miller: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 20.11.2018, II ZR 12/17, NJW 2019, 993 (999).

<sup>348</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 20.11.2018, II ZR 12/17, NJW 2019, 993 (995) Rn. 32.

<sup>349</sup> Vgl. Flume/Maier-Reimer, ZGR 2020, 868 (874 f.).

<sup>350</sup> Vgl. Flume/Maier-Reimer, ZGR 2020, 868 (874).

<sup>351</sup> Vgl. Flume/Maier-Reimer, ZGR 2020, 868 (875).

<sup>352</sup> Vgl. BT-Drs. 16/6140.

<sup>353</sup> Vgl. Flume/Maier-Reimer, ZGR 2020, 868 (875).

<sup>354</sup> Vgl. BT-Drs. 16/6140, S. 38.

<sup>355</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 20.11.2018, II ZR 12/17, NJW 2019, 993 (995) Rn. 30.

<sup>356</sup> Vgl. Menkel, NZG 2018, 891 (893).

<sup>357</sup> Vgl. Flume/Maier-Reimer, ZGR 2020, 868 (874 f.).

<sup>358</sup> Vgl. Menkel, NZG 2018, 891 (893).

<sup>359</sup> Menkel, NZG 2018, 891 (893).

gibt, über dessen Inhaberschaft Klarheit verschafft werden soll.<sup>360</sup> Auch Ebbing führt aus, dass die Legitimationswirkung lediglich die Inhaberschaft einer Person an einem existenten Geschäftsanteil nachweisen kann<sup>361</sup>, nicht jedoch das Bestehen eines Geschäftsanteils unwiderleglich vermuten bzw. fingieren kann.<sup>362</sup> Eine Unterscheidung zwischen nie existenten Geschäftsanteilen und in der Vergangenheit existenten Geschäftsanteilen wird nicht vorgenommen.

Der bereits in der Regierungsbegründung zum MoMiG explizit genannte Gedanke, dass ein gutgläubiger Erwerb eines nicht existenten Geschäftsanteils nicht möglich sein soll<sup>363</sup>, soll von der Regelung des § 16 III GmbHG auch auf die Legitimationswirkung aus § 16 I 1 GmbHG herüber wirken.<sup>364</sup> Der einen gutgläubigen Erwerb ermöglichende Absatz 3 soll insofern mit der von Absatz 1 Satz 1 ausgehenden Legitimationswirkung vergleichbar sein, als dass sich in beiden Fällen ihre „gegenständliche Reichweite“<sup>365</sup> nicht auf nicht existente Geschäftsanteile erstreckt.<sup>366</sup>

### 3. BGH-Rechtsprechung

#### a) Einziehung als der Übertragung vergleichbare Situation

Sowohl der BGH als auch die der Entscheidung des BGH ablehnend entgegenstehenden Literaturstimmen sind sich einig, dass die Anwendung der Legitimationswirkung aus § 16 I 1 GmbHG eine Übertragung eines Geschäftsanteils voraussetzt.<sup>367</sup> Einhellig wird auch anerkannt, dass seit der Reform des GmbHG durch das MoMiG nicht nur rechtsgeschäftliche Übertragungen, sondern auch gesetzliche Übertragungen in den Anwendungsbereich des § 16 I 1 GmbHG fallen.<sup>368</sup> Uneinigkeit besteht hingegen darüber, ob auch Fälle der Einziehung eine solche Übertragung darstellen.

Der BGH ist der Ansicht, dass die Situation der Einziehung einer Übertragung bzw. einem Anteilsübergang zumindest wirtschaftlich gleichzusetzen sei<sup>369</sup>, da die Rechte, die dem Gesellschafter des nun eingezogenen Geschäftsanteils zugestanden haben, nicht mit dem Anteil vernichtet werden, sondern durch „anteilige Veränderung[en] der Beteiligungsquoten der übrigen Gesellschafter“<sup>370</sup> im Ergebnis auf diese übergehen.<sup>371</sup> Es kommt demnach nicht darauf an, ob die Anteile rechtlich auf eine andere Person übertragen werden, oder ob es nur die wirtschaftliche Folge der Einziehung ist, dass die Rechte aus dem Anteil anderen Personen anwachsen.<sup>372</sup>

<sup>360</sup> Vgl. Menkel, NZG 2018, 891 (893); Vgl. Flume/Maier-Reimer, ZGR 2020, 868 (873 f.).

<sup>361</sup> Vgl. Michalski u.a./Ebbing GmbHG, § 16 Rn. 68.

<sup>362</sup> Vgl. Michalski u.a./Ebbing GmbHG, § 16 Rn. 68.

<sup>363</sup> Vgl. BT-Drs. 16/6140, S. 39.

<sup>364</sup> Vgl. Flume/Maier-Reimer, ZGR 2020, 868 (875 f.).

<sup>365</sup> Flume/Maier-Reimer, ZGR 2020, 868 (876).

<sup>366</sup> Vgl. Flume/Maier-Reimer, ZGR 2020, 868 (876); Vgl. Menkel, NZG 2018, 891 (893).

<sup>367</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 20.11.2018, II ZR 12/17, NJW 2019, 993 (995) Rn. 29 ff.; Menkel, NZG 2018, 891 (893).

<sup>368</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 20.11.2018, II ZR 12/17, NJW 2019, 993 (995) Rn. 29; BT-Drs. 16/6140, S. 38; Menkel, NZG 2018, 891 (893).

<sup>369</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 20.11.2018, II ZR 12/17, NJW 2019, 993 (995) Rn. 30.

<sup>370</sup> BGH, Urteil vom 20.11.2018, II ZR 12/17, NJW 2019, 993 (995) Rn. 30.

<sup>371</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 20.11.2018, II ZR 12/17, NJW 2019, 993 (995) Rn. 30; siehe auch Kapitel C. II. 5. a) der vorliegenden Arbeit.

<sup>372</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 20.11.2018, II ZR 12/17, NJW 2019, 993 (995) Rn. 30.

#### b) Keine Fiktion eines Anteils

Das vorgebrachte Argument der Gegner einer Erstreckung der Legitimationswirkung auf Einziehungsfälle, dass die Legitimationswirkung nicht existente Anteile nicht künstlich „zum Leben erwecken“ kann, wird vom BGH in seiner Kernaussage abgelehnt.<sup>373</sup> Es müsse zwischen Anteilen, die nie existiert haben und Anteilen die nicht mehr existieren, unterschieden werden.<sup>374</sup> Der BGH erkennt an, dass Anteile, die nie existiert haben, nicht durch die Legitimationswirkung „fiktiv zur Entstehung“<sup>375</sup> gebracht werden können.<sup>376</sup> Dies sei bei einer Einziehung aber auch gar nicht der Fall<sup>377</sup>, da die Folge einer Einziehung lediglich ist, dass ein zuvor existierender Anteil nun materiellrechtlich nicht mehr existiert.<sup>378</sup> Dass dieser nun nicht mehr existente Anteil durch die Legitimationswirkung formell „am Leben gehalten wird“, sei eine nicht so weitreichende Entkoppelung von materieller und formeller Rechtslage, wie es bei einem nie existenten Anteil wäre.<sup>379</sup> Dass sich die Legitimationswirkung auch auf eingezogene Anteile erstreckt, die materiellrechtlich nicht mehr existieren, sei von den Beteiligten in Anbetracht der angestrebten Rechtssicherheit –und Klarheit hinzunehmen.<sup>380</sup>

#### 4. Stellungnahme

Insgesamt ist die Grundsatzentscheidung des BGH zu begrüßen. Dies liegt nicht primär an der inhaltlichen Überzeugungskraft seiner Argumente, sondern vielmehr an der praktischen Erforderlichkeit der Anwendung der Legitimationswirkung auch auf Einziehungsfälle, sowie der fehlenden Überzeugungsfähigkeit der Argumente der Kritiker.

Der BGH führt zu Recht an<sup>381</sup>, dass es Sinn und Zweck von § 16 I 1 GmbHG ist, Prüfungen der materiellrechtlichen Gesellschafterstellung zu vermeiden. Dieses Regelungsziel könnte nicht erreicht werden, wenn in Fällen der Einziehung die von der Liste ausgehende Legitimationswirkung nicht anwendbar wäre, da dann die materielle Rechtslage der Listeneintragung vorginge. Sämtliche Beteiligte müssten – wenn sie eine gerichtliche Entscheidung über die Wirksamkeit der Einziehung nicht abwarten wollen oder können – eine eigene rechtliche Prüfung über die Wirksamkeit der Einziehung vornehmen. Da eine solche Prüfung schwierig und aufwendig ist<sup>382</sup>, und zudem zu einer Fehleinschätzung der tatsächlich vorliegenden Lage führen kann, ist das Erfordernis materiellrechtlicher Prüfungen der Gesellschafterstellung möglichst zu minimieren. Vor diesem Hintergrund ist die Erweiterung des Anwendungsbereiches der Legitimationswirkung auch auf Einziehungsfälle erforderlich.

Da jedoch auch hier der Zweck nicht die Mittel heiligt, ist die Ansicht der Kritiker der BGH-Entscheidung, die eine zu weitgehende Entkoppelung von materieller und formeller Rechtslage anführen<sup>383</sup>, mit der angestrebten Rechtssicherheit –und Klarheit abzuwägen.

Flume und Maier-Reimer führen an, dass sich aus einer fehlenden klaren Anwendbarkeit von Einziehungsfällen im Gesetzestext ergebe, dass diese nicht von der in § 16 I 1 GmbHG

<sup>373</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 20.11.2018, II ZR 12/17, NJW 2019, 993 (995) Rn. 38.

<sup>374</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 20.11.2018, II ZR 12/17, NJW 2019, 993 (995) Rn. 38.

<sup>375</sup> BGH, Urteil vom 20.11.2018, II ZR 12/17, NJW 2019, 993 (995) Rn. 38.

<sup>376</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 20.11.2018, II ZR 12/17, NJW 2019, 993 (995) Rn. 38.

<sup>377</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 20.11.2018, II ZR 12/17, NJW 2019, 993 (995) Rn. 38.

<sup>378</sup> Siehe Kapitel C. II. 5. a) der vorliegenden Arbeit.

<sup>379</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 20.11.2018, II ZR 12/17, NJW 2019, 993 (995) Rn. 38.

<sup>380</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 20.11.2018, II ZR 12/17, NJW 2019, 993 (995) Rn. 35, 38; Vgl. Miller: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 20.11.2018, II ZR 12/17, NJW 2019, 993 (999).

<sup>381</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 20.11.2018, II ZR 12/17, NJW 2019, 993 (995) Rn. 35.

<sup>382</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 20.11.2018, II ZR 12/17, NJW 2019, 993 (995) Rn. 35.

<sup>383</sup> Vgl. Miller: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 20.11.2018, II ZR 12/17, NJW 2019, 993 (999).

geregelten Legitimationswirkung umfasst sein sollen.<sup>384</sup> Dies erscheint jedoch zu kurz gedacht: Es darf nicht nur am Wortlaut der Vorschrift festgehalten werden, sondern es muss auch insbesondere die Systematik beachtet werden. Zwar wird erkannt, dass § 16 I 2, § 16 II, sowie § 16 III GmbHG, anders als § 16 I 1 GmbHG, einen Erwerber erfordern, daraus werden jedoch m.E. die falschen Rückschlüsse gezogen. Die Forderung nach einer konkreten Formulierung, die einen erweiternden Tatbestand von § 16 I 1 GmbHG erkennen lässt<sup>385</sup>, erscheint im Hinblick auf die bereits im Gesetz vorhandene Formulierung („Veränderung“ in Absatz 1 Satz 1 vs. „Erwerber“ in allen anderen Teilen) unbegründet. Aus der vorhandenen unterschiedlichen Formulierung lässt sich bereits erkennen, dass vom Gesetzgeber eben nicht der gleiche Anwendungsbereich intendiert gewesen ist. Wäre dies der Fall, hätte schließlich auch in § 16 I 1 GmbHG ein Erwerb gefordert sein können. Es ist folglich vom Gesetzgeber gewollt, dass sich die Legitimationswirkung des § 16 I 1 GmbHG auf mehr Anwendungsfälle bezieht als beispielsweise der einen gutgläubigen Erwerb ermöglichende Absatz 3. Daher ist in dieser Uneinigkeit bzgl. der Auslegung der unterschiedlichen Formulierung der BGH-Auffassung<sup>386</sup> zuzustimmen.

Dem BGH ist auch darin zuzustimmen, dass zwischen Anteilen, die nie bestanden haben und Anteilen die zwischenzeitlich bestanden haben, aber wegen der Einziehung materiellrechtlich vernichtet wurden, zu unterscheiden ist.<sup>387</sup> Die Tragweite des Eingriffs in die materielle Rechtslage durch die unwiderlegliche Vermutung bzw. durch die Fiktion ist in ersterem Fall deutlich weitreichender und folgerichtig abzulehnen. Diesem Punkt stimmen beide Seiten zu.<sup>388</sup> Die Argumentation seiner Kritiker, dass auch wenn der Anteil zwischenzeitlich bestanden hat, aus § 16 I 1 GmbHG keine Fiktion des Fortbestehens zu entnehmen sei<sup>389</sup>, wird vom BGH übergangen. An dieser Stelle wäre es wünschenswert gewesen, dass der BGH in seiner Urteilsbegründung genauer ausgeführt hätte, warum die in der Sache richtige Abgrenzung zu einer unterschiedlichen Bewertung hinsichtlich der Anwendbarkeit der Legitimationswirkung führt. So scheint die Entscheidung des BGH in diesem Punkt hauptsächlich praktischer Natur zu sein.<sup>390</sup>

Auch Stimmen in der Literatur, die bis zum Urteil des BGH keine Unterscheidung zwischen Anteilen, die nie bestanden haben und Anteilen die wegen der Einziehung nicht mehr bestehen, vorgenommen haben, haben mittlerweile anerkannt, dass eine Abgrenzung angebracht ist.<sup>391</sup> Da die von Menkel und Ebbing vertretenen Ansichten noch den Stand vor der Entscheidung des BGH abbilden, erscheint es nicht unwahrscheinlich, dass auch sie zwischenzeitlich zumindest in diesem Punkt der Ansicht des BGH gefolgt sind.

## II. Möglichkeit der erneuten Einziehung nach erfolgter Listenänderung

### 1. Problemstellung

Da die (Zwangs-) Einziehung eines Anteils eine Veränderung i.S.v. § 40 I 1 GmbHG darstellt<sup>392</sup>, sind die Geschäftsführer bzw. der möglicherweise an der Einziehung beteiligte

<sup>384</sup> Vgl. Flume/Maier-Reimer, ZGR 2020, 868 (875).

<sup>385</sup> Vgl. Flume/Maier-Reimer, ZGR 2020, 868 (875).

<sup>386</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 20.11.2018, II ZR 12/17, NJW 2019, 993 (995) Rn. 32.

<sup>387</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 20.11.2018, II ZR 12/17, NJW 2019, 993 (995) Rn. 38.

<sup>388</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 20.11.2018, II ZR 12/17, NJW 2019, 993 (995) Rn. 38; Flume/Maier-Reimer, ZGR 2020, 868 (874); Michalski u.a./Ebbing GmbHG, § 16 Rn. 68.

<sup>389</sup> Vgl. Flume/Maier-Reimer, ZGR 2020, 868 (874).

<sup>390</sup> Vgl. auch Menkel, NZG 2018, 891 (893).

<sup>391</sup> Vgl. BeckOK/Wilhelmi, GmbHG, § 16 Rn. 36 im Vergleich zu BeckOK/Wilhelmi, GmbHG, § 16 Rn. 16 bis 36. Auflage, 2018.

<sup>392</sup> Vgl. Wicke, GmbHG, § 40 Rn. 3; Baumbach/Hueck/Servatius, GmbHG, § 40 Rn. 6.

Notar gem. § 40 I bzw. II GmbHG nach erfolgter Einziehung zur unverzüglichen Einreichung einer neuen, aktualisierten Liste verpflichtet. Weil sich der von einer Zwangseinziehung Betroffene regelmäßig gegen die seinen Geschäftsanteil vernichtende Einziehung wehrt, hat die Gesellschaft ein großes Interesse daran, dass eine wirksame Einziehung durchgeführt wird. Im der Entscheidung des BGH<sup>393</sup> zugrunde liegenden Fall hat eine GmbH ein und denselben Geschäftsanteil mehrfach eingezogen, um sicher zu gehen, dass zumindest die letzte Einziehung sicher wirksam ist. Im darauf folgenden Rechtsstreit um die Wirksamkeit der drei erfolgten Einziehungsbeschlüsse wurden alle drei für nichtig erklärt.<sup>394</sup> Diese Entscheidung ist bzgl. der ersten beiden Einziehungsbeschlüsse rechtskräftig.<sup>395</sup> Der dritte Einziehungsbeschluss wurde durch das LG Neuruppin<sup>396</sup> und bestätigend durch das OLG Brandenburg<sup>397</sup> ebenfalls für wirkungslos erklärt; anders als die anderen Beschlüsse jedoch mit der Begründung, dass der Inhaber des Geschäftsanteils zum Zeitpunkt der Einziehung nicht mehr als solcher in der Gesellschafterliste eingetragen war<sup>398</sup> und der Beschluss somit ins Leere ging.<sup>399</sup> Dieser Entscheidung widerspricht der BGH in dem im Folgenden thematisierten Urteil.

## 2. BGH-Rechtsprechung

Der BGH stellte in seinem im Herbst vergangenen Jahres ergangenen Urteil klar<sup>400</sup>, dass im oben dargelegten Fall weder die materielle<sup>401</sup>, noch die formelle Rechtslage<sup>402</sup> der Wirksamkeit einer erneuten Einziehung des Geschäftsanteils entgegen steht, selbst wenn nach den zuvor ergangenen Einziehungsbeschlüssen die Gesellschafterliste bereits geändert wurde.

Die erneute Einziehung ging nicht ins Leere, da wegen der rechtskräftig festgestellten Unwirksamkeit der vorherigen Einziehungsbeschlüsse der Anteil materiellrechtlich ganz normal bestand.<sup>403</sup> Die Wirksamkeit einer Einziehung hängt „allein vom materiellen Bestehen des Geschäftsanteils“<sup>404</sup> ab, nicht von der Eintragung des einzuziehenden Anteils in der Gesellschafterliste<sup>405</sup>, da sich die Einziehung nur auf die materielle, nicht auf die formelle Berechtigung des Gesellschafters bezieht.<sup>406</sup> Dies ist Ausprägung der Entkoppelung von materieller und formaler Gesellschafterstellung, die der BGH an dieser Stelle erneut hervorhebt.<sup>407</sup> Dem BGH ist bewusst, dass dies eine Einschränkung der negativen Legitimationswirkung – aufgrund derer der zwar materiell Berechtigte, aber nicht in der Liste eingetragene gegenüber der Gesellschaft grundsätzlich kein Gesellschafter ist<sup>408</sup> –, darstellt.<sup>409</sup> Der BGH behält sich vor, ob die Gesellschaft in weiteren Fällen gegen einen nicht eingetragenen, aber materiell Befugten Gesellschafter vorgehen darf.<sup>410</sup> Jedenfalls im Rahmen

<sup>393</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 10.11.2020, II ZR 211/19, NJW 2021, 622.

<sup>394</sup> Vgl. OLG Brandenburg, Urteil vom 21.8.2019, 7 U 169/18, GmbHR 2020, 98.

<sup>395</sup> Vgl. OLG Brandenburg, Urteil vom 21.8.2019, 7 U 169/18, GmbHR 2020, 98 (99).

<sup>396</sup> Vgl. LG Neuruppin, Urteil vom 1.11.2018, 5 O 52/18.

<sup>397</sup> Vgl. OLG Brandenburg, Urteil vom 21.8.2019, 7 U 169/18, GmbHR 2020, 98.

<sup>398</sup> Vgl. OLG Brandenburg, Urteil vom 21.8.2019, 7 U 169/18, GmbHR 2020, 98 (102).

<sup>399</sup> Vgl. Späth-Weinreich, BWNNotZ 2021, 2 (2).

<sup>400</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 10.11.2020, II ZR 211/19, NJW 2021, 622.

<sup>401</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 10.11.2020, II ZR 211/19, NJW 2021, 622 Rn. 10.

<sup>402</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 10.11.2020, II ZR 211/19, NJW 2021, 622 Rn. 9.

<sup>403</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 10.11.2020, II ZR 211/19, NJW 2021, 622 (623) Rn. 10.

<sup>404</sup> BGH, Urteil vom 10.11.2020, II ZR 211/19, NJW 2021, 622 (623) Rn. 12.

<sup>405</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 10.11.2020, II ZR 211/19, NJW 2021, 622 (623) Rn. 12.

<sup>406</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 10.11.2020, II ZR 211/19, NJW 2021, 622 (623) Rn. 16.

<sup>407</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 10.11.2020, II ZR 211/19, NJW 2021, 622 (623) Rn. 17.

<sup>408</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 2.7.2019, II ZR 406/17, NJW 2019, 3155 (3158) Rn. 35.

<sup>409</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 10.11.2020, II ZR 211/19, NJW 2021, 622 (623 f.) Rn. 19.

<sup>410</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 10.11.2020, II ZR 211/19, NJW 2021, 622 (623 f.) Rn. 19.



eines erneuten, nach zuvor möglicherweise fehlgeschlagenen Einziehungsversuchs sei dies möglich.<sup>411</sup>

Der BGH begründet diese Einschränkung der negativen Legitimationswirkung mit praktischen Erfordernissen aus Sicht der Gesellschaft: Um das „aner kennenswerte Interesse“<sup>412</sup> der Gesellschaft, eine erneute Einziehung für den Fall zu fassen, dass die vorherigen Einziehungsbeschlüsse für unwirksam erklärt werden, zu schützen, muss es der Gesellschaft ermöglicht werden einen Anteil erneut einzuziehen.<sup>413</sup>

Dass diese erneute Einziehung auf den ersten Blick gegen die negative Legitimationswirkung verstößt, sei dabei unumgänglich.<sup>414</sup> Zu verhindern wäre dies nur, indem der wegen der Nichtigkeit der vorherigen Einziehungsbeschlüsse materiell Berechtigte wieder in die Liste eingetragen würde. Um diesen Gleichlauf zwischen materieller und formeller Rechtslage zu bewirken, müsste die Gesellschaft die Liste entgegen ihrer selbst vorgenommenen ersten Einziehung(en) wieder ändern.<sup>415</sup> Dadurch müsste sich die Gesellschaft „widersprüchliches Verhalten vorwerfen lassen“<sup>416</sup>: Zum einen hält sie die Einziehung für in der Sache begründet, was durch die erneute Einziehung deutlich wird; zum anderen macht sie die durch die zuvor erfolgte Einziehung erforderlich gewordene Listenänderung rückgängig, was nur zulässig ist, wenn sie zur Überzeugung gekommen ist, dass die vorherige Löschung des Gesellschafters zu Unrecht erfolgt ist.<sup>417</sup>

Darüber hinaus „ist es der Gesellschaft auch nicht zumutbar“<sup>418</sup> den unliebsamen Gesellschafter, gegen den ein Einziehungsgrund vorliegt, nur deshalb wieder in die Gesellschafterliste aufzunehmen – und ihm dadurch wegen der Legitimationswirkung auch seine Gesellschafterrechte wieder zukommen zu lassen – um ihn dann mittels Zwangseinziehung und darauffolgender Listenänderung wieder aus der Gesellschaft zu entfernen. Der betroffene Gesellschafter könnte in der Zwischenzeit den Betriebsablauf und -frieden stören<sup>419</sup>, oder versuchen, sich der Einziehung durch die Übertragung seines Anteils zu entziehen.<sup>420</sup>

Abschließend führt der BGH aus, dass diese Abweichung von der negativen Legitimationswirkung nicht gegen den Normzweck des § 16 I GmbHG verstößt, da die erneute (wirksame) Einziehung schnellstmöglich den Gleichlauf zwischen materieller und formeller Rechtslage wiederherstellen kann.<sup>421</sup> Müsste der betroffene Gesellschafter vor der erneuten Einziehung wieder aufgenommen werden, würde nach der unmittelbar darauf folgenden Einziehung erneut eine die wahre Rechtslage nicht abbildende Liste bestehen, die wiederum geändert werden müsste.<sup>422</sup>

Miller führt in seiner Bewertung des Urteils zu Recht an, dass diese Rechtsprechung des BGH ausschließlich auf den dargelegten Fall der erneuten Einziehung nach möglicherweise fehlgeschlagener vorheriger Einziehung anwendbar ist und betont seinen geringen

<sup>411</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 10.11.2020, II ZR 211/19, NJW 2021, 622 (623 f.) Rn. 19.

<sup>412</sup> BGH, Urteil vom 10.11.2020, II ZR 211/19, NJW 2021, 622 (623) Rn. 11.

<sup>413</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 10.11.2020, II ZR 211/19, NJW 2021, 622 (624) Rn. 20.

<sup>414</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 10.11.2020, II ZR 211/19, NJW 2021, 622 (624) Rn. 22 f.

<sup>415</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 10.11.2020, II ZR 211/19, NJW 2021, 622 (624) Rn. 22.

<sup>416</sup> BGH, Urteil vom 10.11.2020, II ZR 211/19, NJW 2021, 622 (624) Rn. 22.

<sup>417</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 10.11.2020, II ZR 211/19, NJW 2021, 622 (624) Rn. 21.

<sup>418</sup> BGH, Urteil vom 10.11.2020, II ZR 211/19, NJW 2021, 622 (624) Rn. 23.

<sup>419</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 10.11.2020, II ZR 211/19, NJW 2021, 622 (624) Rn. 23; BGH, Urteil vom 20.11.2018, II ZR 12/17, NJW 2019, 993 (996) Rn. 39.

<sup>420</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 10.11.2020, II ZR 211/19, NJW 2021, 622 (624) Rn. 23.

<sup>421</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 10.11.2020, II ZR 211/19, NJW 2021, 622 (624) Rn. 25.

<sup>422</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 10.11.2020, II ZR 211/19, NJW 2021, 622 (624) Rn. 28.

Anwendungsbereich.<sup>423</sup> Handelt es sich nicht um eine vorsorgliche erneute Einziehung, darf weiterhin nur ein in der Liste eingetragener Geschäftsanteil eingezogen werden.<sup>424</sup>

### III. Vereinbarkeit beider BGH-Urteile?

Die in den beiden vorherigen Kapiteln aufgegriffene Rechtsprechung des BGH stellt zum einen eine Erweiterung der Legitimationswirkung auch auf Einziehungsfälle dar, zum anderen wird diese für den Fall der erneuten Einziehung nach möglicherweise fehlgeschlagenen vorherigen Einziehungen eingeschränkt. Es handelt sich insgesamt um eine Erweiterung unter (geringen) Einschränkungen.

Ein Widerspruch ergibt sich aus beiden Urteilen nicht. Das zuletzt besprochene Urteil des BGH<sup>425</sup> stellt vielmehr eine Konkretisierung der Reichweite der Legitimationswirkung in bestimmten Einziehungsfällen dar. Es beschäftigt sich lediglich mit dem Fall der vorsorglichen erneuten Einziehung eines Geschäftsanteils, nicht mit der generellen Anwendbarkeit der Legitimationswirkung auf Einziehungsfälle. Das zunächst behandelte Urteil des BGH<sup>426</sup> gilt somit in allen anderen Fällen uneingeschränkt fort. Das Verhältnis beider Urteile ist daher nicht anders zu bewerten als jede andere Einschränkung der Legitimationswirkung – etwa wegen rechtsmissbräuchlichen Verhaltens – im Verhältnis zum grundsätzlichen Bestehen der Legitimationswirkung: Die grundsätzlich von der Liste ausgehende Legitimationswirkung wird nicht durch einzelne Einschränkungen in Frage gestellt.

### IV. Zwischenfazit

Die von der Gesellschafterliste ausgehende Legitimationswirkung gilt auch für Einziehungsfälle. Dies hat der BGH in einem Grundsatzurteil entschieden<sup>427</sup> und damit den in der Literatur ausgetragenen Streit über die Anwendbarkeit für die Praxis entschieden.<sup>428</sup> Mit dieser erweiterten Anwendbarkeit der Legitimationswirkung stärkt der BGH das Listenregime des § 16 I 1 GmbHG.<sup>429</sup> Vor dem Hintergrund der vom MoMiG avisierten Stärkung der Rechtssicherheit und des Verkehrsschutzes ist diese Entscheidung zu begrüßen, da jeder weitere Anwendungsbereich die Bedeutung der Gesellschafterliste aufwertet.

Dass die Überlagerung der materiellen Rechtslage durch die formelle Rechtslage auch bei Einziehungsfällen nicht beliebig weitreichend ist, stellte der BGH Ende 2020 klar.<sup>430</sup> Eine Gesellschaft, die einen Geschäftsanteil erneut einziehen möchte, weil sie vermutet, dass vorherige Einziehungen möglicherweise unwirksam waren, kann dies auch ohne die Wiedereintragung des im Rahmen der Einziehung aus der Liste gelöschten Gesellschafters tun, ohne dass dies einen Verstoß gegen die negative Legitimationswirkung darstellt. Diese Entscheidung überzeugt in Anbetracht der sich sonst für die Gesellschaft ergebenden Konsequenzen.<sup>431</sup> Ohne diese Einschränkung würden sich – ähnlich wie bei den in Kapitel C. aufgrund von § 242 BGB erforderlichen Einschränkungen – andernfalls „untragbare Ergebnisse“<sup>432</sup> für die Gesellschaft ergeben. Wie bereits angesprochen, stellt die Entscheidung des BGH ein „Einzelfalljudikat“<sup>433</sup> dar, dessen Folge – die Nichtanwendung der

<sup>423</sup> Vgl. Anmerkung Miller, BGH, Urteil vom 10.11.2020, II ZR 211/19, NJW 2021, 622 (625 f.).

<sup>424</sup> Vgl. Anmerkung Miller, BGH, Urteil vom 10.11.2020, II ZR 211/19, NJW 2021, 622 (625 f.).

<sup>425</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 10.11.2020, II ZR 211/19, NJW 2021, 622.

<sup>426</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 20.11.2018, II ZR 12/17, NJW 2019, 993.

<sup>427</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 20.11.2018, II ZR 12/17, NJW 2019, 993.

<sup>428</sup> Vgl. Miller: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 20.11.2018, II ZR 12/17, NJW 2019, 993 (998).

<sup>429</sup> Vgl. Miller: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 20.11.2018, II ZR 12/17, NJW 2019, 993 (999).

<sup>430</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 10.11.2020, II ZR 211/19, NJW 2021, 622.

<sup>431</sup> Siehe Kapitel D. II. 2. der vorliegenden Arbeit.

<sup>432</sup> Jauernig/Mansel, BGB, § 242 Rn. 9.

<sup>433</sup> Anmerkung Miller, BGH, Urteil vom 10.11.2020, II ZR 211/19, NJW 2021, 622 (626).

Legitimationswirkung – keinesfalls auf andere Fallgruppen übertragen werden darf, da andernfalls die Erreichung der angestrebten Ziele, Rechtssicherheit und Verkehrsschutz, stark gefährdet sind.<sup>434</sup>

## E. Zusammenfassung & Fazit

Die gem. § 16 I GmbHG von der Gesellschafterliste ausgehende Legitimationswirkung regelt das Rechtsverhältnis der (mutmaßlichen) Gesellschafter zur Gesellschaft. Es gilt nur derjenige als Gesellschafter, der als solcher durch die zum Handelsregister einzureichende Gesellschafterliste formell legitimiert ist. Der Listeninhalt bestimmt unabhängig von der materiellen Rechtslage, wer Gesellschafterrechte gegenüber der Gesellschaft ausüben kann bzw. die Gesellschaft auf die Ausübung bzw. Gewährung solcher in Anspruch nehmen kann. So sollen Streitigkeiten darüber verhindert werden, wer gegenüber der Gesellschaft als Gesellschafter gilt. Die materielle Rechtslage wird dadurch nicht vollständig verdrängt. Weiterhin kann nur der materiell Berechtigte wirksam über seinen Anteil verfügen, da weiterhin nur er der „wahre“ Eigentümer des Geschäftsanteils ist. Einzige Ausnahme ist die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbes gem. § 16 III GmbHG.

Die Existenz eines einzelnen Dokuments, dessen Inhalt wegen der Legitimationswirkung – unabhängig von der materiellen Rechtslage – darüber entscheidet, wer als Gesellschafter zu behandeln ist, macht Einschränkungen bzw. Grenzen der Reichweite der Legitimationswirkung notwendig. Wesentlicher Inhalt der vorliegenden Arbeit war es daher, zu erörtern, welche Einschränkungen erforderlich sind, um andere Rechtsgüter, wie das aus § 242 BGB stammende Prinzip von Treu und Glauben zu schützen, ohne dabei die von der Liste und deren Legitimationswirkung angestrebte Rechtssicherheit und Transparenz in unverhältnismäßiger Weise auszuhöhlen.

Im Rahmen der formell fehlerhaften Liste gibt es zwei anerkannte Fallgruppen, in denen eine Einschränkung der Legitimationswirkung angebracht ist. Dies ist zum einen bei einer fehlenden Zurechenbarkeit des Listeninhalts gegenüber dem davon Betroffenen der Fall, zum anderen beim Vorliegen von groben Verfahrensfehlern. Darüber hinaus war zu prüfen, ob die Gesellschaft sich auch dann auf die von der Liste ausgehende Legitimationswirkung berufen darf, wenn sie Kenntnis von der Fehlerhaftigkeit der Gesellschafterliste hat; wenn sie die Einreichung einer aktualisierten Liste bewusst verzögert hat; oder wenn sie die Einreichung einer neuen Liste entgegen einer einstweiligen Verfügung vorgenommen hat.

Bzgl. der reinen Kenntnis der Gesellschaft von der Fehlerhaftigkeit der Liste ist dies zu bejahen. Die Berufung auf einen Listeninhalt, dessen Unrichtigkeit wegen einer eingetretenen Veränderung bekannt ist, ist zwar im Hinblick auf das Prinzip von Treu und Glauben bedenklich, muss aber im Rahmen der Abwägung mit der angestrebten Rechtssicherheit möglich sein, solange keine weiteren, möglicherweise rechtsmissbräuchlichen Handlungen von der Gesellschaft getätigt werden. Eine solche rechtsmissbräuchliche Handlung liegt vor, wenn die Einreichung einer aktualisierten Gesellschafterliste bewusst verzögert wird. In diesem Fall kann die Gesellschaft sich ab dem Zeitpunkt, ab dem eine ordnungsgemäße Einreichung erfolgt wäre, nicht mehr auf den Listeninhalt berufen, da die Unrichtigkeit ab diesem Zeitpunkt allein von der Gesellschaft zu vertreten ist.

Bzgl. einzelner Fragestellungen hat der BGH entschieden, welche Einschränkungen, aber auch welche Erweiterungen für die korrekte, vom Gesetzgeber intendierte Ausgestaltung der von § 16 I ausgehenden Legitimationswirkung notwendig sind. So ist die Gesellschaft

<sup>434</sup> So auch Anmerkung Miller, BGH, Urteil vom 10.11.2020, II ZR 211/19, NJW 2021, 622 (626).

aufgrund des Prinzips von Treu und Glauben daran gehindert, sich auf die Legitimationswirkung einer Gesellschafterliste zu berufen, die entgegen einer einstweiligen Verfügung eingereicht wurde. Dies stellt eine Einschränkung der Legitimationswirkung dar.

Erweiternd hingegen hat der BGH entschieden, dass die Legitimationswirkung auch für Einziehungsfälle gilt – sich der formell legitimierte Inhaber eines materiell nicht mehr bestehenden Geschäftsanteils bis zu seiner Entfernung aus der Gesellschafterliste gegenüber der Gesellschaft also als Gesellschafter verhalten kann und darf. Diese Erweiterung der Legitimationswirkung auch auf Einziehungsfälle findet wiederum dann eine Einschränkung, wenn entgegen der bereits geänderten Liste ein materiell noch bestehender Anteil erneut eingezogen werden soll. Zu einer solchen erneuten vorsorglichen Einziehung ist die Gesellschaft nicht durch die Legitimationswirkung gehindert.

Es ist festzuhalten, dass ohne Einschränkungen der Legitimationswirkung Rechtsmissbrauch „Tür und Tor geöffnet“<sup>435</sup> wären. Die Wirkung des § 16 I 1 GmbHG ist zu Recht als grundsätzlich unwiderlegliche Wirkung zu verstehen. Dies darf jedoch nicht dazu führen, dass die angestrebte Rechtssicherheit und Transparenz als alles überragendes Ziel bewirken können, dass andere berechnete Interessen stets und ohne Abwägung der jeweiligen Situation von diesen überlagert werden. Gesetzgeber, Rechtsprechung und Literatur haben die wichtigsten Grenzen der Legitimationswirkung abgesteckt, um die Wahrung von Rechtssicherheit und Transparenz auf der einen Seite, sowie die Berücksichtigung weiterer berechtigter Interessen auf der anderen Seite in einen angebrachten Ausgleich zu bringen. Die in der Arbeit diskutierten Einschränkungen sind erforderlich, um die angestrebten Ziele der Legitimationswirkung erfolgreich erfüllen zu können. Statt von einem Erfolg der Legitimationswirkung trotz ihrer vorgestellten Grenzen zu sprechen, muss festgehalten werden, dass dieser Erfolg nur möglich ist, weil es eben diese Grenzen gibt, die eine rechtsmissbräuchliche Ausnutzung der Legitimationswirkung verhindern.

Ebenfalls zu begrüßen ist die BGH-Entscheidung<sup>436</sup>, nach der die Legitimationswirkung auch für Einziehungsfälle gilt, was der Erfolgsgeschichte der Gesellschafterliste und ihrer Legitimationswirkung wegen des erweiterten Anwendungskreises einen weiteren Schub geben wird.

Es bleibt zu hoffen, dass der BGH in Zukunft zu weiteren Fragestellungen – etwa dazu, ob die Legitimationswirkung die Gesellschaft daran hindert, grundsätzlich auch den materiell Berechtigten in Anspruch nehmen zu können – Stellung nimmt. Dies wird in der Rechtsprechung zwar abgelehnt<sup>437</sup>, der BGH hat sich dies jedoch explizit offengelassen.<sup>438</sup> Auch wäre eine Grundsatzentscheidung wünschenswert, ob für die Entfaltung der Wirksamkeit der Legitimationswirkung die Eintragungen dem davon nachteilig Betroffenen zuzurechnen sein müssen. Zwar gibt es, wie in der Arbeit dargestellt, zu diesen und weiteren Themenbereichen herrschende Meinungen, dennoch ist eine höchstrichterliche Klärung wünschenswert, damit diese Fragestellungen nicht in jedem einzelnen Fall neu diskutiert werden müssen.

---

<sup>435</sup> Anmerkung Miller, BGH, Urteil vom 20.11.2018, II ZR 12/17, NJW 2019, 993 (999).

<sup>436</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 20.11.2018, II ZR 12/17, NJW 2019, 993.

<sup>437</sup> Miller, ZIP 2020, 62 (64).

<sup>438</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 20.11.2018, II ZR 12/17, NJW 2019, 993 (998) Rn. 71.

## Literaturverzeichnis

- Altmeppen, Holger* (Hrsg.): Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Kommentar, 10. Auflage 2021, C.H. Beck, München.
- Altmeppen, Holger*, Abschied von der „unwiderlegbar vermuteten“ Mitgliedschaft des Scheingesellschafters in der Kapitalgesellschaft, ZIP 2009, S. 345.
- Baumbach, Adolf; Hueck, Alfred* (Hrsg.): Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Kommentar, 22. Auflage 2019, C.H. Beck, München (zit.: *Baumbach/Hueck/Bearbeiter\*in*, GmbHG).
- Bayer, Walter et al* (Hrsg.): Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Kommentar, 20. Auflage 2020, Otto Schmidt, Köln (zit.: *Lutter/Hommelhoff/Bearbeiter\*in*, GmbHG).
- Bayer, Walter; Selentin, Philipp*, Treuwidrige Berufung auf die Legitimationswirkung der Gesellschafterliste und Ausnutzung einer Öffnungsklausel zur Bestellung eines Aufsichtsrates, GmbHR 2020, S. 1.
- Beck'sche Online-Kommentare: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Kommentar, 48. Edition 2021, C.H. Beck, München (zit.: BeckOK, *Bearbeiter\*in*, GmbHG).
- Cramer, Carsten*, Das Prüfungsrecht des Registergerichts bei fehlenden oder fehlerhaften Prozentangaben in der GmbH-Gesellschafterliste, NZG 2018, S. 721.
- Cramer, Carsten; Koch, Simon*, Die Grenzen der formellen Legitimationswirkung der GmbH-Gesellschafterliste, DStR 2020, S. 664.
- Damm, Matthias*, Die GmbH-Gesellschafterliste acht Jahre nach dem MoMiG, BWNotZ 2017, S. 2.
- Eckhardt, Dirk; Hermanns, Marc*: Kölner Handbuch Gesellschaftsrecht, 4. Auflage 2020, Heymanns, Carl, Köln (zit.: *Eckhardt/Hermanns/Bearbeiter\*in*).
- Flume, Johannes; Maier-Reimer, Georg*, Kompetenzordnung und Gesellschafterliste – zu den Grenzen der Legitimationswirkung der Gesellschafterliste im GmbH-Recht, ZGR 2020, S. 868.
- Hauschild, Armin; Kallrath, Jürgen; Wachter, Thomas*: Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 2. Auflage 2017, C.H. Beck, München (zit.: *Hauschild u.a./Bearbeiter\*in*).
- Heckschen, Heribert*, Die Legitimationswirkung der Gesellschafterliste und der Rechtsschutz gegen diese Wirkung, NZG 2019, S. 1097.

- Heidinger, Andreas et al* (Hrsg.): Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Kommentar, Band 1, 3. Auflage 2017, C.H. Beck, München 2017 (zit.: Michalski u.a./*Bearbeiter\*in*, GmbHG).
- Henssler, Martin; Strohn, Lutz* (Hrsg.): Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Kommentar, 5. Auflage 2021, C.H. Beck, München (zit.: Henssler/Strohn/*Bearbeiter\*in*, GmbHG).
- Herrler, Sebastian*, Offene Fragen rund um die Gesellschafterliste: Einreichungszuständigkeit, registergerichtliches Prüfungsrecht und Publizitätswirkungen, GmbHR 2013, S. 617.
- Ising, Peter*, Gesellschafterliste nach Umwandlungen: Probleme in der Praxis, NZG 2010, S. 812.
- Jauernig, Othmar* (Hrsg.): Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 18. Auflage 2021, C.H. Beck, München (zit.: Jauernig/*Bearbeiter\*in*, BGB).
- Kindler, Peter*: Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht, 9. Auflage, C.H. Beck, München 2019.
- Koch, Jens*: Gesellschaftsrecht, 12. Auflage, C.H. Beck, München 2021.
- Leyendecker-Langner, Benjamin*, Unklare Beteiligungsverhältnisse in der GmbH – Die „Wegverschmelzung“ des tatsächlichen Gesellschafters als Gestaltungsoption, ZGR 2015, S. 516.
- Lieder, Jan*, Rechtsschutz gegen die Gesellschafterliste im Hauptsacheverfahren, GmbHR 2016, S. 189.
- Lieder, Jan; Becker, Marcus*, Gesellschafterliste und Zwangseinziehung, GmbHR 2019, S. 441.
- Lieder, Jan; Becker, Marcus*, Zwangseinziehung und einstweilige Verfügung, GmbHR 2019, S. 505.
- Löbbe, Marc*, Zuständigkeit von Geschäftsführer und Notar für Inhalt und Einreichung der GmbH-Gesellschafterliste, GmbHR 2012, S. 7.
- Menkel, Andreas*, Die Funktion der Gesellschafterliste nach Einziehung eines Geschäftsanteils mit nachfolgender Kapitalerhöhung, NZG 2018, S. 891.
- Miller, Matthias*; Anmerkung zu: BGH, Urteil vom 20.11.2018, II ZR 12/17, NJW 2019, S. 998.
- Miller, Matthias*, Negative Legitimationswirkung im GmbH-Recht, ZIP 2020, S. 62.

- Miller, Matthias*; Anmerkung zu: BGH, Urteil vom 10.11.2020, II ZR 211/19, NJW 2021, S. 625.
- Mülbert, Peter; Sajnovits, Alexander*, Grenzen der Legitimationswirkung des § 16 Abs. 1 GmbHG in Missbrauchsfällen, GmbHR 2021, S. 68.
- Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung: Band 1, 3. Auflage 2018, C.H. Beck, München (zit.: *MüKo/Bearbeiter\*in*), GmbHG).
- Münnich, Lutz*, Einreichung einer veränderten Gesellschafterliste nach Einziehung entgegen gerichtlicher Anordnung; Zulässigkeit der Einrichtung eines Aufsichtsrats auf Grundlage einer Öffnungsklausel, GmbHR 2019, S. 988.
- Otto, Hans-Jochen*, Gesellschafterliste: Untersagung der Einreichung im Wege vorläufigen Rechtsschutzes; keine Einrichtung eines Aufsichtsrats durch Gesellschafterbeschluss kraft satzungsrechtlicher Öffnungsklausel, GmbHR 2018, S. 361.
- Schaub, Peter*, Überblick über die neue GmbH-Gesellschafterliste, GmbHR 2017, S. 727.
- Schmidt, Holger*, Gesellschafterliste im Sinne von § 40 GmbHG, NZG 2021, S. 181.
- Scholz, Franz* (Hrsg.): Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Kommentar, Band 3, 12. Auflage 2021, Otto Schmidt, Köln (zit.: *Scholz/Bearbeiter\*in*, GmbHG).
- Späth-Weinreich, Annette*, Zur Einziehung von Geschäftsanteilen, mit Besprechung des BGH-Urteils vom 10.11.2020 (II ZR 211/19), BWNotZ 2021, S. 2.
- Spranzel, Moritz Julian Nico Josef*: Die fehlerhafte GmbH-Gesellschafterliste – Korrektur und Rechtsschutzmöglichkeiten, Hochschulschriften Universität Kiel, zugl. Diss. Kiel 2020.
- Tebben, Joachim*, Die Reform der GmbH – das MoMiG in der notariellen Praxis, RNotZ 2008, S. 441.
- Thomale, Chris; Schübler, Marc*, Das innere System des Rechtsscheins, ZfPW 2015, S. 454.
- Wicke, Hartmut* (Hrsg.): Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Kommentar, 4. Auflage 2020, C.H. Beck, München.
- Wiersch, Rachid René*, Die Vermutungswirkung von Gesellschafterliste und Aktienregister, ZGR 2015, S. 591.

## Rechtsprechungsverzeichnis

BGH (2018)	v. 20.11.2018	II ZR 12/17	NJW 2019	S. 993
BGH (2013)	v. 17.12.2013	II ZR 21/12	NZG 2014	S. 184
OLG Jena (2013)	v. 09.10.2013	2 U 678/12	NZG 2014	S. 902
OLG München (2015)	v. 17.07.2015	14 W 1132/15	NZG 2015	S. 1272
OLG Frankfurt a.M. (2016)	v. 04.11.2016	20 W 269/16	GmbHHR 2017	S. 868
BHG (2019)	v. 02.07.2019	II ZR 406/17	NJW 2019	S. 3155
BHG (2020)	v. 10.11.2020	II ZR 211/19	NJW 2021	S. 622
OLG Naumburg (2016)	v. 01.09.2016	2 U 95/15	MittBay- NotZ 2017	S. 287
KG Berlin (2017)	v. 09.11.2017	23 U 67/15	NZG 2018	S. 660
OLG Bremen (2012)	v. 21.10.2012	2 U 43/11	GmbHHR 2012	S. 687
OLG Frankfurt a.M. (2016)	v. 04.11.2016	20 W 269/16	GmbHHR 2017	S. 868
OLG Zweibrücken (2011)	v. 15.12.2011	3 W 144/11	GmbHHR 2012	S. 689
BGH (1998)	v. 14.09.1998	II ZR 172/97	NZG 1998	S. 985
KG Berlin (2015)	v. 24.08.2015	23 U 20/15	GmbHHR 2016	S. 416
OLG Düsseldorf (2005)	v. 18. 05.2005	15 U 202/04	NZG 2005	S. 633
BGH (1976)	v. 11.10.1976	II ZR 104/75	NJW 1977	S. 247
OLG Brandenburg (2019)	v. 21.08.2019	7 U 169/18	GmbHHR 2020	S. 98
LG Neuruppin (2018)	v. 01.11.2018	5 O 52/18	(Keine Veröffentlichung)	



# Marktmanipulation – Arten, Abgrenzung und gesetzliche Handhabung

Bachelorarbeit

an der

FH Aachen

Fachbereich Wirtschaftswissenschaften

Betriebswirtschaft / Business Studies (B.Sc)

Erstprüfer: Prof. Dr. rer. pol. Philipp Schmitz

Abgabedatum: 15.07.2021

vorgelegt von

Manuel Herzel

aus Düsseldorf

## Abstract

Die folgende Bachelorarbeit mit dem Titel „Marktmanipulation – Arten, Abgrenzung und gesetzliche Handhabung“ von Manuel Herzel beschäftigt sich mit dem Thema Marktmanipulation und soll verschiedene Arten der Manipulation aufzeigen, Abgrenzungen zu anderen Handlungen und Formen des Marktmissbrauchs ziehen und die gesetzlichen Regelungen in diesem Bereich vorstellen. Um diese Punkte zu bearbeiten, wurde eine Literaturrecherche vorgenommen, bei der unter anderem Gesetzestexte, Gesetzeskommentare und Zeitschriftenartikel aus Fachzeitschriften als Quellen genutzt wurden.

Zunächst wird erklärt, dass eine Marktmanipulation ein Einwirken auf den Preis von Finanzinstrumenten auf dem Kapitalmarkt ist, dadurch den Markt in seiner Funktionsweise behindert und deshalb verboten werden muss. Als nächstes wird die geschichtliche Entwicklung der Gesetzgebung von der ersten Gesetzesvorschrift aus dem Jahre 1884 bis zur aktuell geltenden Marktmissbrauchsverordnung, die 2016 eingeführt wurde, vorgestellt. In diesem Zusammenhang werden die drei verschiedenen Arten der Marktmanipulation dargestellt, welche informations-, handels- und handlungsgestützt sind. Danach geht es um die Abgrenzung von zulässigen Praktiken, Spekulation, Insiderhandel, Ad-hoc-Publizität, Kursstabilisierungsmaßnahmen, Aktienrückkäufen und Directors' Dealings zur Marktmanipulation, welche in der Marktmissbrauchsverordnung behandelt werden und teilweise verboten sind. Sie unterscheiden sich alle in gewissen Merkmalen von der Marktmanipulation, welche in der Bachelorarbeit gezeigt werden. Nach der Vorstellung von bekannten Fällen von Marktmanipulation geht es im letzten Abschnitt der Arbeit um die Strafverfolgungsbehörden BaFin und ESMA sowie die Sanktionen, die eine Marktmanipulation nach sich ziehen kann. Diese können von Geldstrafen bis zu mehrjährigen Haftstrafen reichen.

# Inhaltsverzeichnis

1.	Einleitung .....	7
2.	Grundlagen .....	8
2.1	Begriffsdefinition und Zweck eines Marktmanipulationsverbots .....	8
2.1.1	Markt.....	8
2.1.2	Erfasste Märkte in der MAR.....	10
2.1.3	Funktionen des Kapitalmarkts .....	11
2.1.4	Manipulation.....	13
2.1.5	Folgen einer Marktmanipulation und Zweck des Verbotes .....	13
2.2	Geschichtliche Entwicklung der rechtlichen Lage.....	14
2.3	Aktuelle rechtliche Regelung .....	15
2.4	Arten der Manipulation.....	17
2.4.1	Informationsgestützte Marktmanipulation.....	17
2.4.2	Handelsgestützte Marktmanipulation .....	19
2.4.3	Handlungsgestützte Marktmanipulation.....	20
3.	Einordnung von Leerverkaufsattacken .....	20
3.1	Definition Leerverkauf.....	20
3.2	Ablauf Leerverkaufsattacke.....	21
3.3	Handelt es sich um Marktmanipulation? .....	22
3.4	Vor- und Nachteile von Leerverkaufsattacken .....	22
4.	Abgrenzung von Manipulation zu anderen Handlungen .....	23
4.1	Zulässige Praktiken .....	24
4.2	Spekulation .....	24
4.3	Insiderhandel.....	25
4.3.1	Insiderinformation .....	25
4.3.2	Verbot von Insidergeschäften .....	26
4.3.3	Legitime Handlungen .....	27
4.3.4	Marktsondierungen.....	29
4.3.5	Insiderlisten .....	29
4.3.6	Bekannte Fälle von Insiderhandel .....	30
4.4	Ad-hoc-Publizität.....	31

4.4.1	Definition und Handhabung .....	31
4.4.2	Aufschub der Ad-hoc-Veröffentlichungspflicht .....	33
4.4.3	Zivilrechtliche Folgen eines Verstoßes .....	34
4.5	Directors' Dealings .....	35
4.5.1	Tatbestand und Zweck .....	35
4.5.2	Schwellenwert .....	37
4.5.3	Closed Periods .....	37
4.6	Kursstabilisierung und Rückkaufprogramme.....	37
5.	Bekannte Fälle von Marktmanipulationen .....	38
5.1	Falschmeldung über <i>Emulex Corp.</i> .....	38
5.2	Silberspekulation der Gebrüder Hunt .....	39
5.3	Anschlag auf den Mannschaftsbus des BVB.....	40
5.4	Manipulationen von <i>JP Morgan</i> .....	40
5.5	De Berenger aus dem Jahre 1814.....	41
5.6	Der Fall <i>GameStop</i> .....	41
6.	Strafverfolgung .....	43
6.1	Geschichte und Rolle der BaFin .....	43
6.2	Befugnisse der BaFin .....	45
6.3	ESMA.....	46
6.4	Sanktionen.....	46
6.4.1	Vorgaben in MAR.....	46
6.4.2	CRIM-MAD .....	47
6.4.3	Umsetzung in deutsches Recht.....	47
7.	Fazit.....	50
8.	Literaturverzeichnis.....	53

## Abkürzungsverzeichnis

AEUV	=	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
BaFin	=	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BGB	=	Bürgerliches Gesetzbuch
BörsG	=	Börsengesetz
BVB	=	Ballspielverein Borussia (Borussia Dortmund)
CRIM-MAD	=	RICHTLINIE 2014/57/EU DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 16. April 2014 über strafrechtliche Sanktionen bei Marktmanipulation (Marktmissbrauchsrichtlinie)
ESMA	=	Europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde
EU	=	Europäische Union
EUGH	=	Europäischer Gerichtshof
FiMaNoG	=	Finanzmarktnovellierungsgesetz
KWG	=	Kreditwesengesetz
MAD	=	Marktmissbrauchsrichtlinie 2003/6/EG
MAR	=	Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über Marktmissbrauch und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinien 2003/124/EG, 2003/125/EG und 2004/72/EG der Kommission - Marktmissbrauchsverordnung (Market Abuse Regulation)
MTF	=	Multilateral Trading Facility (multilaterales Handelssystem)
MiFID II	=	Richtlinie 2014/65/EU über Märkte für Finanzinstrumente
OTF	=	Organised Trading Facility (Organisierte Handelssysteme)
Lit.	=	Littera (Buchstabe)
WpHG	=	Wertpapierhandelsgesetz

## Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1: Suchanfragen nach "Marktmanipulation" .....	7
Abbildung 2: Übersicht Finanzmärkte .....	10
Abbildung 3: Chart Steinhoff-Aktienkurs .....	23
Abbildung 4: Verteilung der Anhaltspunkte für Insiderhandel .....	27
Abbildung 5: Ad-hoc-Mitteilungen pro Jahr .....	32
Abbildung 6: Anzahl Meldungen Directors' Dealings pro Jahr .....	36
Abbildung 7: Silberchart in \$ pro Unze .....	39
Abbildung 8: Kurs der GameStop-Aktie .....	42

## 1. Einleitung

Im Jahre 2020 hat die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht BaFin in ihrer Funktion als nationale Aufsichtsbehörde für den Wertpapierhandel 2.625 neue Verdachtsfälle im Hinblick auf Marktmissbrauch verfolgt. 1.547 Fälle davon waren allein der Marktmanipulation zugeordnet.<sup>1</sup> Diese hohe Anzahl an Verdachtsfällen zeigt die aktuelle Relevanz dieser Thematik auch in Deutschland.

Medienwirksame Fälle wie der Short Squeeze der *GameStop*-Aktie im Januar 2021 stehen unmittelbar im Zusammenhang mit dem Vorwurf der Marktmanipulation und haben das öffentliche Interesse für dieses Thema gesteigert. So war beispielsweise die Anzahl der Google-Suchanfragen nach dem Begriff „Marktmanipulation“ oder auch im Englischen „market manipulation“ seit Beginn der Erfassung im Jahre 2004 nie höher als im Januar 2021, als der Short Squeeze stattfand.<sup>2</sup> In Abbildung 1 sieht man eine Statistik, die diese Suchanfragen verbildlicht. Ein Wert von 100 bedeutet die höchste Beliebtheit dieses Suchbegriffs für den gesamten Zeitraum. Dieser Wert von 100 wurde im Januar 2021 erreicht.

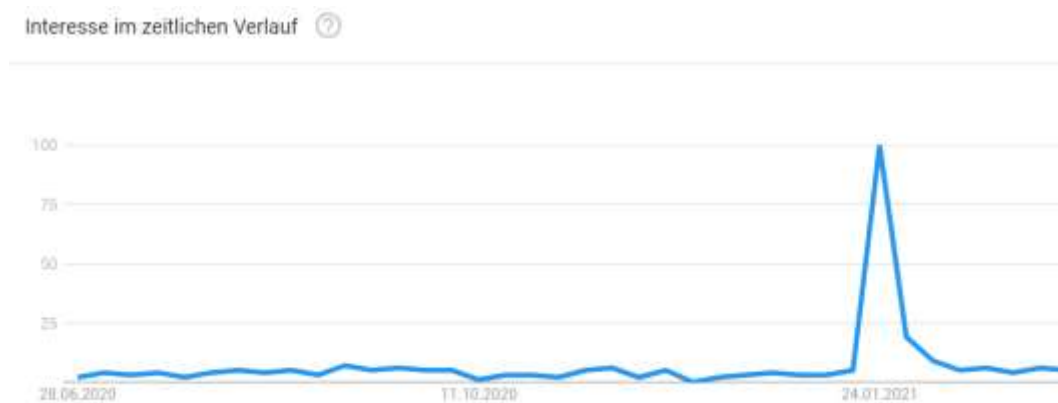


Abbildung 1: Suchanfragen nach "Marktmanipulation"

Quelle: Google Trends, 2021, o.S.

Im Jahre 2016 trat die Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates, besser bekannt auch als Marktmissbrauchsverordnung, in Kraft, welche zum ersten Mal in der Geschichte der Europäischen Union das Missbrauchsrecht für alle Mitgliedsstaaten einheitlich regelte. Konkret wird dort die rechtliche Lage in Bezug auf Marktmanipulation, Insiderhandel und weiteren Formen des Marktmissbrauchs beschrieben und auch die Sanktionierung dieser Missbrauchsarten vorgeschrieben.<sup>3</sup> In der folgenden Arbeit liegt der Fokus zwar auf der Marktmanipulation in ihren verschiedenen Formen und Varianten sowie der rechtlichen Regelung, jedoch werden auch die anderen Begrifflichkeiten in diesem Zusammenhang erklärt sowie mit Beispielen dargelegt. So ergibt sich der folgende Aufbau der Arbeit:

Zunächst werden Grundlagen in Bezug auf das Thema Marktmanipulation gelegt. Hierbei wird auf den Begriff des Marktes eingegangen, also welcher Markt betroffen ist, welche Funktionen der Markt hat und warum es unabdingbar ist, dass der Markt vor Manipulation

1 Vgl. Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, 2021a, S. 84.

2 Vgl. Google Trends, 2021, o.S.

3 Vgl. Seibt, C. H., 2018, S. 81.

geschützt wird. Danach wird die geschichtliche Entwicklung der rechtlichen Lage des Marktmissbrauchsrechts dargestellt und dabei auch die aktuelle Regelung durch die Marktmissbrauchsverordnung beschrieben.

Als nächstes werden die drei Hauptarten der Marktmanipulation erläutert. Diese ist informations-, handels- oder handlungsgestützt möglich. Leerverkaufsattacken stellen eine Sonderform dar und sind ambivalent zu betrachten, sie sind also nicht pauschal manipulativ oder nicht. Aus diesem Grund werden sie in einem eigenen Kapitel behandelt.

Der nächste Abschnitt behandelt die Abgrenzung von zulässigen Praktiken, Spekulation, Insiderhandel, Ad-hoc-Publizität, Kursstabilisierungsmaßnahmen, Aktienrückkäufe und Directors' Dealings zur Marktmanipulation. Hierbei wird auf die rechtliche Regelung eingegangen, was diese Tätigkeiten von einer Marktmanipulation unterscheidet und gegebenenfalls mit Beispielen unterlegt.

Danach werden ausgewählte Fälle von Marktmanipulation vorgestellt. Neben der Darstellung des Sachverhalts wird auch immer erklärt, um welche Art der Manipulation es sich jeweils gehandelt hat und welche Konsequenzen die Manipulation nach sich zog.

Der letzte Punkt, bevor ein abschließendes Fazit kommt, ist der Abschnitt über die Strafverfolgung. Hier werden zum einen die beteiligten Aufsichtsbehörden wie die deutsche Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht BaFin oder die europäische Behörde European Securities and Markets Authority ESMA vorgestellt, aber auch die Sanktionen, die eine Manipulation sowohl nach der Marktmissbrauchsverordnung als auch nach deutschem Recht nach sich ziehen kann.

## 2. Grundlagen

### 2.1 Begriffsdefinition und Zweck eines Marktmanipulationsverbots

Das Wort Marktmanipulation setzt sich aus den zwei eigenständigen Wörtern Markt und Manipulation zusammen. Diese Bedeutungen muss man zunächst einzeln betrachten, um den gesamten Begriff zu verstehen.

#### 2.1.1 Markt

Generell handelt es sich bei einem Markt um einen Ort oder eine Einrichtung, an dem es Verkäuferinnen/Verkäufer und Käuferinnen/Käufer gibt, die sich dort zusammenfinden, um dort Güter zu tauschen und Handel zu betreiben.<sup>4</sup> Da diese Arbeit das Thema Marktmanipulation in Verbindung mit der Marktmissbrauchsverordnung hat, liegt der Fokus hier auf der Marktmanipulation auf den Finanzmärkten. Bei diesen handelt es sich um eine Marktform, bei der die gehandelten Güter Finanzkontrakte sind, also Verträge, die Zahlungen als Anspruchsgegenstand haben.<sup>5</sup>

Um einen Überblick zu bekommen ist es notwendig, sich den Überbegriff Finanzmarkt und seine Unterteilungen genauer anzuschauen. Zu den Unterteilungen gibt es verschiedene Auffassungen. Die Bundeszentrale für politische Bildung unterteilt in Geld-, Kredit- und Kapitalmarkt.<sup>6</sup> Das Bundesfinanzministerium nennt auch diese drei Bereiche, nimmt jedoch noch den Devisenmarkt als vierten Teilbereich mit hinzu.<sup>7</sup> Eine weitere Möglichkeit der

---

4 Vgl. Hartmann-Wendels, T.; Pfingsten, A.; Weber, M., 2019, S. 2.

5 Vgl. Hartmann-Wendels, T.; Pfingsten, A.; Weber, M., 2019, S. 2.

6 Vgl. Bundeszentrale für politische Bildung, 2016a.

7 Vgl. Bundesfinanzministerium, 2021.



Unterteilung nennt beispielsweise Prof. Dr. Petra Buck-Heeb, welche den Finanzmarkt in Kapital-, Geld-, Devisen- und Derivatemarkt unterteilt.<sup>8</sup> Im Folgenden werden die verschiedenen möglichen Teile des Finanzmarkts näher erläutert.

Der Geldmarkt dient der kurzfristigen Kapitalbeschaffung. Die Laufzeiten sind nach Definition der Bundeszentrale für politische Bildung bis zu einem Jahr. Hier sind hauptsächlich Geschäftsbanken untereinander, die Europäische Zentralbank (EZB) und in Deutschland die Deutsche Bundesbank aktiv. Der Geldmarkt bietet den Banken eine Möglichkeit, überschüssiges Kapital kurzfristig anzulegen oder kurzfristig Kapital aufnehmen zu können.<sup>9</sup>

Am Devisen- oder Währungsmarkt werden Finanzgeschäfte mit Währungen durchgeführt, beispielsweise diese gegeneinander getauscht. Auch hier sind hauptsächlich Kreditinstitute aktiv, die untereinander Schecks oder Guthaben handeln. Neben den Kreditinstituten handeln aber auch Spekulantinnen und Spekulanten mit Devisen, die durch kurzfristigen Handel mit den Fremdwährungen Rendite erzielen wollen.<sup>10</sup>

Der Kreditmarkt bringt Angebot und Nachfrage von Kreditverträgen zusammen, meistens in Form eines Kreditinstituts wie eine Bank und eines Kreditnehmers, was Privatpersonen oder auch Unternehmen sein können. Diese schließen miteinander einen Darlehensvertrag ab.<sup>11</sup>

Der Derivatemarkt wird auch Terminmarkt genannt. Hier werden Geschäfte abgeschlossen, bei denen der Abschluss des Geschäftes und die Erfüllung des Geschäftes zeitlich mindestens drei Börsenarbeitstage auseinanderliegen. Im Gegensatz dazu gibt es den Kassamarkt, bei dem zwischen Abschluss und Erfüllung nur maximal zwei Börsenarbeitstage liegen dürfen.<sup>12</sup>

Der Kapitalmarkt ist ein Markt für mittel- bis langfristigen Kapitalbedarf. Er lässt sich unterteilen in einen unorganisierten, außerbörslichen sowie einen organisierten Teil. Im unorganisierten Teil gibt es keinen Handel an Börsen, zum Beispiel fallen hier Kreditaufnahmen von Unternehmen darunter oder auch Einlagen von Gesellschaftern in Personengesellschaften. An organisierten Kapitalmärkten findet institutionalisierter und standardisierter Handel statt, etwa an Aktien- oder Anleihenmärkten.<sup>13</sup> Der Kapitalmarkt lässt sich nochmals unterteilen in Primär- und Sekundärmarkt. Am Primärmarkt (oder auch Emissionsmarkt genannt) werden im Rahmen einer Kapitalaufnahme neue Finanzierungstitel wie zum Beispiel Aktien ausgegeben, welche durch den Verkauf das Kapital des ausgebenden Unternehmens (Emittent) erhöhen. Diesen Vorgang nennt man Emission. Am Sekundärmarkt (auch Zirkulationsmarkt genannt) werden die bereits ausgegebenen Finanzierungstitel gehandelt. Hierbei kommt es jedoch nicht zum Verlust des eingelegten Kapitals beim Emittenten, sondern die Anlegerinnen oder Anleger, welche Finanzierungstitel des Emittenten erworben haben, können diese lediglich bei anderen Anlegerinnen und Anlegern gegen Geld umtauschen.<sup>14</sup>

Abbildung 2 zeigt eine Übersicht der Finanzmärkte, welche die Unterteilung in Geld-, Kapital- und Währungsmärkte nach der Auffassung von Prof. Dr. Ulrich Pape vornimmt.<sup>15</sup>

---

8 Vgl. Buck-Heeb, P., 2020, S. 58.

9 Vgl. Bundeszentrale für politische Bildung, 2016b, o.S.

10 Vgl. Seier, S., 2018, S. 42.

11 Vgl. Laser, J., 2015, S. 8.

12 Vgl. Buck-Heeb, P., 2020, S. 59.

13 Vgl. Pape, U., 2018, S. 38.

14 Vgl. Eichelberger, J., 2006, S. 51.

15 Vgl. Pape, U., 2018, S. 12.

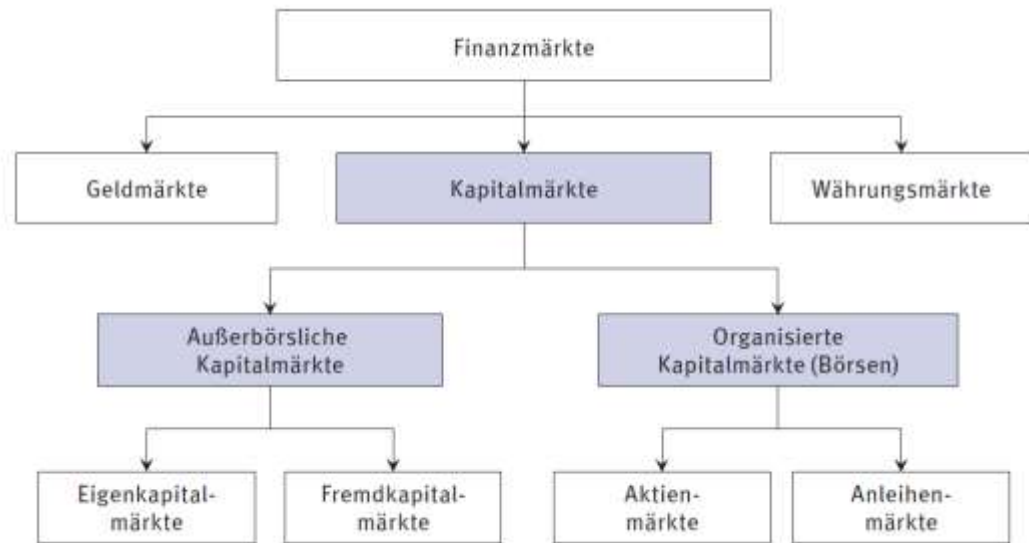


Abbildung 2: Übersicht Finanzmärkte

Quelle: Pape, U., 2018, S. 12.

### 2.1.2 Erfasste Märkte in der MAR

Die Marktmissbrauchsverordnung (MAR), welche in Abschnitt 2.3 näher behandelt wird, nennt drei verschiedene Markttypen innerhalb der Europäischen Union, auf denen sie Anwendung findet: Der geregelte Markt (Artikel 2 Abs. 1 lit. a MAR), multilaterale Handelssysteme (Artikel 2 Abs. 1 lit. b MAR) sowie andere organisierte Handelssysteme (Artikel 2 Abs. 1 lit. c MAR). Diese drei Markttypen sind unter dem Überbegriff des multilateralen Handels zusammengefasst. Multilateral bedeutet, dass mehr als zwei Vertragspartner betroffen sind.<sup>16</sup>

Abgegrenzt wird der multilaterale vom bilateralen Handel, welcher als Systematischer Internalisierer oder über Over-the-Counter-Geschäfte (OTC) abgewickelt wird. Der bilaterale Handel ist nicht von der MAR erfasst und somit nicht für diese Arbeit relevant. Die von der Marktmissbrauchsverordnung erfassten Märkte sind innerhalb des Finanzmarkts dem Kapitalmarkt zuzuordnen.<sup>17</sup>

Für die Definition des geregelten Marktes wird in Artikel 3 Abs. 1 Nr. 6 MAR auf Artikel 4 Abs. 1 Nr. 21 der Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente (MiFID II) verwiesen. Dort heißt es, dass ein geregelter Markt ein multilaterales System ist, das von einem Marktbetreiber betrieben und/oder verwaltet wird und dabei eine Vielzahl von Dritten zu Kauf und Verkauf von Finanzinstrumenten innerhalb des Systems zusammenbringt oder das Zusammenführen fördert. Ein Marktbetreiber ist nach Artikel 3 Abs. 1 Nr. 5 MAR in Verbindung mit Artikel 4 Abs. 1 Nr. 18 MiFID II einer Person, die „das Geschäft eines geregelten Marktes verwaltet und/oder betreibt und die der geregelte Markt selbst sein kann“ Dieses System muss zum Handel zugelassen sein und ordnungsgemäß gemäß Titel III der MiFID II

<sup>16</sup> Vgl. Birkner, S., 2018, S. 13.

<sup>17</sup> Vgl. Seier, S., 2018, S. 99 f.

funktionieren. Titel III der MiFID II beschreibt in zwölf Artikeln welche Anforderungen an geregelte Märkte gestellt werden (zum Beispiel wird in Artikel 44 Nr. 2 geregelt, dass der Betrieb unter Aufsicht der zuständigen Behörde ablaufen muss) oder auch wie welche Finanzinstrumente dort gehandelt werden können (zum Beispiel wird in Artikel 51 Nr. 1 als Voraussetzung genannt, dass alle Finanzinstrumente fair und effizient gehandelt werden müssen). Wesentliches Unterscheidungsmerkmal ist, dass es bei einem geregelten Markt einer Zulassung und Überwachung einer Behörde bedarf, welche sonstige Märkte nicht benötigen.<sup>18</sup> Beispiel für geregelte Märkte sind vor allem die regulierten Märkte der Börsen.<sup>19</sup>

Artikel 3 Abs. 1 Nr. 7 MAR nennt Artikel 4 Abs. 1 Nr. 22 MiFID II als Beschreibung für ein multilaterales Handelssystem (Multilateral Trading Facility MTF). Ein multilaterales Handelssystem (MTF) ist ein börsenähnliches, multilaterales System, das von einer Wertpapierfirma oder einem Marktbetreiber betrieben wird. Eine Wertpapierfirma ist eine juristische Person, die gemäß Artikel 3 Abs. 1 Nr. 2 MAR in Verbindung mit Artikel 4 Abs. 1 Nr. 1 MiFID II „im Rahmen ihrer üblichen beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit gewerbsmäßig eine oder mehrere Wertpapierdienstleistungen für Dritte erbringt und/oder eine oder mehrere Anlagetätigkeiten ausübt“. Ähnlich wie beim geregelten Markt hat das MTF das Ziel, Interessentinnen und Interessenten von Kauf und Verkauf von Finanzinstrumenten innerhalb des Systems zusammenzuführen, was zu einem Vertrag gemäß Titel II MiFID II führt. Titel II der MiFID II regelt die Zulassung von Wertpapierfirmen und Bedingungen für die Ausübung ihrer Tätigkeit. Zum Beispiel wird geregelt, dass eine Wertpapierfirma ausreichend Anfangskapital haben muss (Artikel 15 MiFID II), aber auch dass die Mitgliedsstaaten sämtliche Wertpapierfirmen registrieren müssen (Artikel 5 Abs. 3 MiFID II). Im Unterschied zum geregelten Markt braucht nur der Marktbetreiber als Wertpapierfirma eine Zulassung, das Handelssystem selbst nicht. Beispiel für ein multilaterales Handelssystem ist die britische Plattform *Turquoise*, welche 2008 von neun Investmentbanken gegründet wurde. In Deutschland war *Tradegate* ein bekanntes MTF, bevor es 2009 eine Börsengenehmigung erhielt und somit nicht mehr als MTF galt.<sup>20</sup>

Organisierte Handelssysteme (Organised Trading Facility OTF) werden durch Artikel 3 Abs. 1 Nr. 8 MAR in Artikel 4 Abs. 1 Nr. 23 MiFID II definiert. Es handelt sich bei einem organisierten Handelssystem um ein multilaterales System, das kein geregelter Markt oder multilaterales Handelssystem ist. Es bringt Interessen einer Vielzahl Dritter am Kauf und Verkauf von Nicht-Eigenkapital-Instrumenten wie Schuldverschreibungen, strukturierten Finanzprodukten, Derivaten oder Emissionszertifikate (nicht aber Aktien oder Gesellschaftsanteile) zusammen, was zu einem Vertrag gemäß Titel II MiFID II führt.<sup>21</sup>

### 2.1.3 Funktionen des Kapitalmarkts

Das Kapitalmarktrecht hat einerseits die Aufgabe die Funktionsfähigkeit der Märkte zu gewährleisten und dadurch die Anleger zu schützen und zum anderen die Finanzstabilität aufrechtzuerhalten. Kapitalmarktregulierungen sollen im Allgemeinen eine Gleichbehandlung der Kapitalmarktteilnehmer und einen fairen Wettbewerb auf den Märkten sicherstellen.<sup>22</sup> Worin die Funktionen beziehungsweise Aufgaben des Kapitalmarkts bestehen, muss nun geklärt werden.

---

18 Vgl. Schwark, E.; Zimmer, D., 2020.o. S. VO (EU) 596/2014 Art. 2 Rn. 20.

19 Vgl. Park, T., 2020.o. S. MAR Art. 2 Rn. 8.

20 Vgl. Schwark, E.; Zimmer, D., 2020.o. S. MAR Art. 2 Rn. 21.

21 Vgl. Schwark, E.; Zimmer, D., 2020.o. S. MAR Art. 2 Rn. 23.

22 Vgl. Kalss, S.; Oppitz, M.; Zöllner, J., op. 2015, S. 785.

Die erste Funktion des Kapitalmarkts ist die Transformationsfunktion. Sie ist unterteilt in Losgrößentransformation, Fristentransformation und Risikotransformation. Wirtschaftliche Unternehmen haben regelmäßig einen Bedarf an neuem Kapital, den sie nicht selbst decken können oder wollen. Auf der anderen Seite gibt es beispielsweise private Haushalte, die über Kapital verfügen, welches sie nicht benötigen und möglichst gewinnbringend investieren möchten. Hier kommen Kreditinstitute ins Spiel, die den großen Kapitalbedarf der Unternehmen mit den geringeren Beiträgen der Kapitalgeber zusammenbringen und diese geringen Beiträge aggregieren. Umgekehrt ist es auch so, dass Einlagen mit hohem Volumen auf eine Vielzahl von kleineren Kapitalnehmern aufgeteilt werden. Dies beschreibt die Losgrößentransformation.<sup>23</sup>

Die Fristentransformation löst das Problem, dass beispielsweise Kredite oft langfristig vergeben werden, die dafür benötigten Einlagen bei der Bank jedoch oft kurz- oder mittelfristig ausgelegt sind. Ähnlich ist es mit Aktien, denn dort wird langfristig von den Unternehmen Geld eingenommen. Einzelne Anlegerinnen und Anleger sind normalerweise aber nicht bereit, ihr Geld über solch lange Dauer zur Verfügung zu stellen. Diese beiden Interessen werden durch den Kapitalmarkt in Übereinstimmung gebracht, zum Beispiel durch die Möglichkeit gekaufte Aktien wieder am Markt zu liquidieren.<sup>24</sup>

In der Regel ist es auch so, dass einzelne Anlegerinnen oder Anleger risikoavers und nicht gewillt sind, ihr gesamtes Kapital in ein einzelnes Projekt zu investieren. Hier sorgt der Kapitalmarkt dafür, dass etwa durch Portfoliobildung das Risiko für die einzelnen Anlegerinnen und Anleger minimiert wird, da sie ihr Investment und somit auch das Risiko auf verschiedenen Unternehmen beziehungsweise Investments aufteilen können. Diese Funktion nennt man Risikotransformation.<sup>25</sup>

Die gesamte Kapitalnachfrage in einer Volkswirtschaft kann aufgrund der Knappheit von Investitionsmitteln nie vollständig befriedigt werden. Dieser Umstand macht es notwendig, dass verschiedene mögliche Investitionsmöglichkeiten verglichen werden müssen und im Optimalfall das Kapital dorthin fließt, wo bei Berücksichtigung des damit verbundenen Risikos der größtmögliche Erfolg erwirtschaftet werden kann. Damit die Anlegerin oder der Anleger die volkswirtschaftlich beste Entscheidung für die Investition treffen kann, bedarf es der Allokationsfunktion des Kapitalmarkts. Unternehmen, die größere Erfolge erwarten, bieten in der Regel eine höhere Verzinsung für eingesetztes Kapital an als es Unternehmen tun, die kleinere Erfolge oder im Zweifelsfall sogar Verluste erwarten. Dadurch steigt für Anleger der Anreiz in gewinnbringende Unternehmen zu investieren, denn die Attraktivität eines Investments setzt sich aus dem Erwartungswert der Rendite und des damit verbundenen Risikos zusammen. Somit sorgt die Allokationsfunktion dafür, dass das Kapital in die profitabelsten Optionen fließt und damit der volkswirtschaftliche Nutzen steigt.<sup>26</sup>

Eine weitere Funktion des Kapitalmarkts ist die Bewertungsfunktion. Diese ist vor allem an den Börsen relevant, da hier Aktien oder Anleihen und damit Unternehmen durch ihren Preis ständig bewertet werden. Wird beispielsweise ein Unternehmen positiv von den Anlegerinnen und Anlegern bewertet, so steigt der Preis der Aktie, fällt die Bewertung negativ aus, wird der Preis der Aktie fallen.<sup>27</sup>

---

23 Vgl. Hartmann-Wendels, T.; Pfingsten, A.; Weber, M., 2019, S. 5.

24 Vgl. Kramer, S., 2013, S. 30.

25 Vgl. Eichelberger, J., 2006, S. 54.

26 Vgl. Eichelberger, J., 2006, S. 55 f.

27 Vgl. Kramer, S., 2013, S. 33.

Mit der Bewertungsfunktion hängt auch die Informationsfunktion zusammen, denn Anlegerinnen und Anleger sind nur dann in der Lage ein Unternehmen zu bewerten, wenn sie genügend Informationen darüber haben. Unternehmen, die börsennotiert sind haben deshalb gewisse Pflichten was die Informationsweitergabe betrifft, zum Beispiel durch Ad-hoc-Meldungen, welche in Abschnitt 4.4 näher beschrieben werden. Sie veröffentlichen also Informationen über Erfolge und Strategien, was den Anlegerinnen und Anlegern hilft, angemessene Preise zu finden.<sup>28</sup>

#### 2.1.4 Manipulation

Allgemein wird eine Manipulation als ein „undurchschaubares, geschicktes Vorgehen, mit dem sich jemand einen Vorteil verschafft“<sup>29</sup> definiert. Es handelt sich also um eine Beeinflussung oder gezielte Steuerung einer Sache oder einer Entscheidung.<sup>30</sup>

Wenn es darum geht, was genau im Falle einer Marktmanipulation manipuliert wird, so muss man in den §119 Abs. 1 WpHG in Verbindung mit Artikel 12 und 15 MAR schauen. Dort wird beschrieben, welche Sanktionen im Falle einer Marktmanipulation drohen. Aus dem Wortlaut dieses Paragraphen ergibt sich die Erkenntnis, dass es konkret um eine Preismanipulation von Finanzinstrumenten, eines damit verbundenen Waren-Spot-Kontrakts, ausländischen Zahlungsmitteln oder auch Waren geht. Auf die Preisbildung wird also derart eingewirkt, dass ein Preis entsteht, welcher bei freier Wirkung von Angebot und Nachfrage nicht zu Stande käme.<sup>31</sup> Welche Möglichkeiten der Manipulation es gibt und welche auch konkret in der Marktmissbrauchsverordnung genannt werden, wird in Abschnitt 2.4 dieser Arbeit behandelt.

#### 2.1.5 Folgen einer Marktmanipulation und Zweck des Verbotes

Grundsätzlich hat der Kapitalmarkt die Aufgabe, Anbieter und Nachfrager zu marktgerechten Preisen zusammenzubringen. Im Falle einer erfolgreichen Marktmanipulation, die sich auf die Preise beziehungsweise Kurse der am Kapitalmarkt gehandelten Produkte auswirkt, wären die Preise nicht mehr marktgerecht. Dadurch würden Anleger individuelle Verluste verzeichnen und sich deshalb weiter vom Markt zurückziehen. Dies hätte zur Folge, dass es zu einem Kapitalmangel am Markt kommen würde und damit auch zu steigenden Kapitalkosten. Dies würde die Kapitalaufbringung für Emittenten erschweren und damit auch die Funktionalität des Kapitalmarkts beschädigen.<sup>32</sup>

Ebenso werden essenzielle Funktionen des Kapitalmarkts bei einer Preismanipulation außer Kraft gesetzt. Die Allokationsfunktion braucht als Grundvoraussetzung einen korrekten und nicht beeinflussten Preis, denn nur dann kann das Kapital zu den effizientesten Kapitalnachfragern fließen. Im Falle einer Manipulation könnte es zu einer Fehlleitung des Anlagekapitals kommen. Ebenso kann die Bewertung des Wertes von Unternehmen nicht funktionieren, wenn Preise Risiko und Ertrag falsch widerspiegeln. So kann es passieren, dass zu Unrecht niedrig bewertete Unternehmen hohe Kapitalkosten aufwenden müssen und überbewertete Unternehmen durch niedrige Kapitalkosten einen Wettbewerbsvorteil erlangen können.<sup>33</sup>

---

28 Vgl. Eichelberger, J., 2006, S. 56 f.

29 Vgl. Duden, 2021, o.S.

30 Vgl. Eichelberger, J., 2006, S. 11.

31 Vgl. Birkner, S., 2018, S. 7 f.

32 Vgl. Kalss, S.; Oppitz, M.; Zöllner, J., op. 2015, S. 785.

33 Vgl. Leyh, D., 2010, S. 31 f.

Um den genannten Folgen eines erfolgreichen Marktmissbrauchs vorzubeugen, ist es notwendig gemäß Grund 7 der Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates (MAR), diesen Missbrauch mit geeigneten Vorschriften zu verhindern und zu bestrafen und dadurch zu einer vollständigen und ordnungsgemäßen Markttransparenz beizutragen. Ebenso ist gemäß Grund 2 der MAR ein effizienter und transparenter Finanzmarkt und damit einhergehendem Vertrauen der Öffentlichkeit sowie ordnungsgemäßem Funktionieren der Märkte eine Voraussetzung für Wohlstand und Wirtschaftswachstum.

## 2.2 Geschichtliche Entwicklung der rechtlichen Lage

Bereits im Jahre 1884 wurde in Deutschland die erste Norm zur Strafverfolgung von manipulatorischem Verhalten an der Börse eingeführt. Es handelte sich um Artikel 294d im Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch ADHGB, welches das Vorgängergesetz des heutigen Handelsgesetzbuchs HGB war. Darin hieß es, dass sich strafbar mache, wer „in betrügerischer Absicht auf Täuschung berechnete Mittel anwendet(e), um auf den Kurs von Aktien einzuwirken“.<sup>34</sup>

Die Strafnorm wurde 1896 in das damals neu geschaffene Börsengesetz übernommen, zunächst als §75 Abs. 1 BörsG, ab dem Jahre 1908 bis zum 01. Juli 2002 dann als §88 BörsG. In der letzten Fassung war der Wortlaut:

„Wer zur Einwirkung auf den Börsen- oder Marktpreis von Wertpapieren (...) 1. unrichtige Angaben über Umstände macht, die für die Bewertung der Wertpapiere (...) erheblich sind, oder solche Umstände entgegen bestehenden Rechtsvorschriften verschweigt oder 2. sonstige auf Täuschung berechnete Mittel anwendet, wird (...) bestraft“.<sup>35</sup>

Da die bestehende Vorschrift im Börsengesetz nach Auffassung vieler Experten<sup>36</sup> im Hinblick auf die ungenaue Tatbeschreibung, der unzureichenden Umfassung der verschiedenen Formen von Marktmanipulation und der subjektiven Ausrichtung des Tatbestandes nicht gut geeignet war um Manipulation ausreichend bekämpfen zu können, kam es am 01. Juli 2002 zu einer Neuregelung. Das 4. Finanzmarktförderungsgesetz führte zu der Einführung eines neuen Straftatbestands, nämlich dem Verbot der Kurs- und Marktpreismanipulation.<sup>37</sup> In §20a Abs. 1 WpHG wurde das Verbot festgehalten und lautete in seiner ersten Fassung:

„(1) Es ist verboten, 1. Unrichtige Angaben über Umstände zu machen, die für die Bewertung eines Vermögenswertes erheblich sind, oder solche Umstände zu verschweigen, wenn die Angaben oder das Verschweigen geeignet sind, auf den (...) Börsen- oder Marktpreis (...) einzuwirken, oder 2. sonstige Täuschungshandlungen vorzunehmen, um auf den inländischen Börsen- oder Marktpreis eines Vermögenswertes (...) einzuwirken.“

Bei dieser Neuregelung kam es auch zu einer Neuausrichtung des Schutzzweckes des Gesetzes. War in §88 BörsG noch der Schutz von Zuverlässigkeit und Wahrheit der Preisbildung im Mittelpunkt, so wurde mit der Neuregelung in §20a Abs. 1 WpHG der Anlegererschutz als höchste Priorität festgesetzt. Dieser Schutz war in der Regelung des §88 BörsG nur ein indirektes Ziel.<sup>38</sup> Der Anlegerschutz soll nach der Begründung des Gesetzesentwurfs

34 Vgl. Hirte, H.; Möllers, T. M. J., 2014.o. S. WpHG § 38.

35 Vgl. Hirte, H.; Möllers, T. M. J., 2014.o. S. WpHG § 38 Rn. 11.

36 Vgl. Altenhain, K., 2002, S. 1874, die gleiche Meinung vertritt auch Kramer, S., 2013, S. 35.

37 Vgl. Kramer, S., 2013, S. 36.

38 Vgl. Altenhain, K., 2002, S. 1874.

durch die Bundesregierung vor allem durch erhöhte Transparenz der Wertpapiermärkte und verbesserte Möglichkeiten der Durchsetzung des Verbots der Marktmanipulation und anderem Marktmissbrauch gewährleistet werden.<sup>39</sup>

Die Fassung aus 2002 wurde in den Folgejahren weiter verändert, zum Beispiel um die Anforderungen der Marktmissbrauchslinie 2003/6/EG (MAD) zu erfüllen, welche von den Europäischen Gemeinschaften Anfang des Jahres 2003 verabschiedet wurde und den Marktmissbrauch erstmals auf europäischer Ebene regulieren sollte. Beispielsweise wurde dort erstmals in drei verschiedene Tatbestandsvarianten der Marktmanipulation unterteilt, nämlich in informationsgestützt, handelsgestützt sowie handlungsgestützt.<sup>40</sup> Diese drei Varianten sind auch in der aktuellen Rechtsprechung noch gültig und werden in Abschnitt 2.4 näher erläutert.

### 2.3 Aktuelle rechtliche Regelung

Die Finanzkrise 2008/2009 hatte für eine Vielzahl von Ländern auf der ganzen Welt erhebliche negative wirtschaftliche Auswirkungen in Hinblick auf sinkendes Wirtschaftswachstum, steigende Staatsschulden und Haushaltsdefizite.<sup>41</sup> Diese Krise machte den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union deutlich, dass die bisherigen Regelungen zu Finanzaufsicht, Marktmanipulation und Insidergeschäfte lückenhaft und nicht effektiv durchsetzbar waren. Zudem hatte jeder Mitgliedsstaat zu viele Freiheiten in seiner Gesetzgebung auf diesem Gebiet, was zu deutlichen Unterschieden in der Regelungsdichte führte.<sup>42</sup>

Maßgeblich zu der Änderung der bestehenden Rechtslage hatte der sogenannte De-Larosière-Bericht beigetragen. Dieser Bericht war die Folge aus der Arbeit einer unabhängigen Expertengruppe unter der Leitung des früheren Chefs der französischen Zentralbank Jacques de Larosière und wurde von José Manuel Barroso (damaliger Präsident der Europäischen Kommission) im Herbst 2008 in Auftrag gegeben. Grund dafür war die Offenbarung der Schwächen der Finanzaufsicht durch die zu dem Zeitpunkt herrschende Finanzkrise. Das Ziel der Expertengruppe war es, Vorschläge zur Verstärkung der europäischen Kapitalmarktaufsicht zu unterbreiten, die als Ergebnis zu einem effizienteren und besser integrierten europäischen Aufsichtssystem führen sollten. Zudem sollte die Zusammenarbeit der europäischen Behörden und deren internationalen Partnern verbessert werden. Im Februar 2009 wurde der Bericht vorgelegt.<sup>43</sup>

Im Oktober 2011 wurde vom Europäischen Parlament und dem Europäischen Rat ein erster Vorschlag für eine EU-weite Verordnung über Insidergeschäfte und Marktmanipulation erarbeitet. Dieser Vorschlag wurde mehrmals überarbeitet, bis es im September 2013 zu einer Einigung zwischen Rat und Parlament für eine Marktmissbrauchsverordnung (auf Englisch Market Abuse Regulation, deshalb auch die Abkürzung MAR) kam. Im April 2014 wurde die Einigung von beiden unterschrieben, am 12. Juni 2014 im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht und trat am 02. Juli 2014 in Kraft. Die europäischen Mitgliedsstaaten hatten ab diesem Zeitpunkt zwei Jahre Zeit, die MAR umzusetzen.<sup>44</sup> Die offizielle Bezeichnung der Verordnung ist „Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über Marktmissbrauch (Marktmissbrauchsverordnung) und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments

---

39 Vgl. Bundesregierung, 2001, S. 184.

40 Vgl. Kramer, S., 2013, S. 38.

41 Vgl. Schwarzer, D., 2010, S. 302.

42 Vgl. Seibt, C. H., 2018, S. 83.

43 Vgl. Pötzsch, T., 2011, S. 2368.

44 Vgl. Seibt, C. H., 2018, S. 83.

und des Rates und der Richtlinien 2003/124/EG, 2003/125/EG und 2004/72/EG der Kommission“.

Seit dem 03. Juli 2016 ist die MAR für alle Mitgliedsstaaten der Europäischen Union verbindlich und ersetzt die bisherigen Regelungen aus MAD in Verbindung mit nationalen Gesetzen. In Deutschland wurde zur Umsetzung der bisher geltende §20a Abs. 1 WpHG durch das 1. Finanzmarktnovellierungsgesetz (FiMaNoG) aufgehoben.<sup>45</sup> Das Verbot der Marktmanipulation sowie des Versuchs dieser ist nun in Artikel 15 MAR in Verbindung mit Artikel 12 MAR festgeschrieben.

Die Verbindung zum deutschen Recht findet sich im Wertpapierhandelsgesetz. So heißt es in §120 Abs. 2 Nr. 3 WpHG, dass jemand ordnungswidrig handelt, wenn er gegen Artikel 15 der Verordnung (EU) Nr. 596/2014 (Marktmissbrauchs-Verordnung) verstößt und damit eine Marktmanipulation begeht.

Der Anwendungsbereich der Marktmissbrauchsverordnung lässt sich unterteilen in einen sachlichen, persönlichen und räumlichen Anwendungsbereich.<sup>46</sup> Der sachliche Anwendungsbereich umfasst die in Abschnitt 2.1.2 dieser Arbeit erklärten Marktformen geregelte Märkte, multilaterale Handelssysteme und organisierte Handelssysteme. Innerhalb dieser Märkte sind Finanzinstrumente im Sinne des Artikel 2 Abs. 1 MAR in Verbindung mit Artikel 3 Abs. 1 Nr. 1 MAR betroffen sowie gemäß Artikel 2 Abs. 2 lit. a MAR Waren-Spot-Kontrakte, sofern sie keine Energiegroßhandelsprodukte sind und einen Bezug zu Finanzinstrumenten haben. Dies dient der besseren Vernetzung von Derivatemärkten mit Waren-Spot-Märkten.<sup>47</sup> Als Finanzinstrument gelten gemäß dem Verweis von Artikel 3 Abs. 1 Nr. 1 MAR auf Artikel 4 Abs. 1 Nr. 15 MiFID II übertragbare Wertpapiere (zum Beispiel Aktien oder Anleihen), Geldmarktinstrumente (zum Beispiel Einlagenzertifikate), Organsimen für gemeinsame Anlagen (zum Beispiel Investmentfonds) sowie Derivatkontrakte (zum Beispiel Futures oder Optionen). Für diese Instrumente und Kontrakte auf den genannten Märkten gelten also die Vorschriften der Marktmissbrauchsverordnung.

Der persönliche Anwendungsbereich umfasst jedermann, also sowohl natürliche als auch juristische Personen. Beide sind also Adressaten der Marktmissbrauchsverordnung.<sup>48</sup> Wenn es darum geht, wer als Täter für den Marktmissbrauch verantwortlich ist, so ist nicht nur relevant, wer die falschen oder irreführenden Informationen verbreitet hat, sondern auch wer für die Richtigkeit der Veröffentlichung Verantwortung trägt und wer über den Inhalt der veröffentlichten Informationen entscheidet. Dies können alle Unternehmensangehörigen des Emittenten sowie externe Personen sein, insofern sie die Außendarstellung des Emittenten mitgestalten.<sup>49</sup>

Räumlich gesehen erfasst die Marktmissbrauchsverordnung gemäß Artikel 2 Abs. 4 MAR alle Handlungen, die in den sachlichen Anwendungsbereich fallen. Dabei spielt es keine Rolle, wo die Geschäfte und Handlungen erfolgen. Es kann also sowohl Handlungen innerhalb als auch außerhalb der Europäischen Union betreffen. Relevant ist nur, dass ein Finanzinstrument betroffen ist, welches auf einem Handelsplatz in der Europäischen Union gehandelt wird, zugelassen ist oder die Handelszulassung beantragt wurde. Diese

---

45 Vgl. Seier, S., 2018, S. 90.

46 Vgl. Boujong, K.; Ebenroth, C. T.; Bergmann, A., 2020.o. S. Marktmissbrauchs-VO Art. 12- Anhang I Rn. 9-12.

47 Vgl. Poelzig, D., 2016, S. 530.

48 Vgl. Boujong, K.; Ebenroth, C. T.; Bergmann, A., 2020.o. S. Marktmissbrauchs-VO Art. 12- Anhang I Rn. 11.

49 Vgl. Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, 2020, S. 79.



Vorgehensweise nennt man Auswirkungsprinzip, da lediglich der Auswirkungsort, nicht der Handlungsort entscheidend ist. Im Umkehrschluss bedeutet das, dass Handlungen, die zwar innerhalb der Europäischen Union begangen wurden, aber nur Auswirkungen auf Finanzinstrumente in Drittländern haben, von der Marktmissbrauchsverordnung nicht erfasst sind.<sup>50</sup>

Eine Ausnahme für die Geltung der Marktmissbrauchsverordnung gibt es gemäß Artikel 6 MAR für Maßnahmen im Rahmen der Geldpolitik, Staatsschuldenverwaltung und der Klimapolitik. Dies bedeutet, dass Staaten, Zentralbanken oder sonstige Hoheitsträger und deren Institutionen vom Anwendungsbereich der MAR ausgeschlossen sind, sofern sie in staatlichem Auftrag handeln. Dies hat den Zweck, dass dadurch die Stabilität der Mitgliedsstaaten gewährleistet werden kann und es somit einem öffentlichen Interesse dient.<sup>51</sup>

Kritiker bemängeln an dieser Regelung, dass auch staatliche Akteure das Marktvertrauen beeinträchtigen können und dies sogar in einem stärkeren Ausmaß als Privatpersonen.<sup>52</sup> Auch können staatliche Institutionen und deren Mitarbeiter kursrelevante Insiderinformationen ungestraft weitergeben. So gibt es ein Beispiel, bei dem der damalige Direktor der Europäischen Zentralbank EZB Benoît Coeuré eine Rede vor Fondsmanagern gehalten hat und darin Änderungen im Ankaufprogramm von Anleihen der EZB angekündigt hat. Trotz der hohen Wahrscheinlichkeit, dass diese Aussage kursrelevant sein könnte, blieb das Handeln ungestraft.<sup>53</sup>

## 2.4 Arten der Manipulation

In Artikel 12 MAR und Anhang I MAR werden konkrete Handlungen beschrieben, die als Marktmanipulation gelten. Diese Handlungsbeschreibungen ermöglichen eine Unterteilung in drei verschiedene Arten von Marktmanipulation: informationsgestützt (beschrieben in Artikel 12 Abs. 1 lit. c MAR), handelsgestützt sowie handlungsgestützt (beschrieben in Artikel 12 Abs. 1 lit. a, b MAR).<sup>54</sup> In der Realität ist es jedoch häufig so, dass eine klare Einordnung in eine der Kategorien schwierig ist, da meistens Mischformen der drei Arten vorliegen.<sup>55</sup>

### 2.4.1 Informationsgestützte Marktmanipulation

Eine informationsgestützte Manipulation liegt dann vor, wenn Informationen verbreitet werden, die laut Artikel 12 Abs. 1 lit. c MAR „falsche oder irreführende Signale“ in Hinblick auf Angebot oder Kurs eines Finanzinstruments, eines damit verbundene Waren-Spot-Kontrakts oder der auf Emissionszertifikaten beruhenden Auktionsobjekte senden oder wenn die verbreiteten Informationen zu einem „anormalen oder künstlichem Kursniveau“ führen. Voraussetzung ist gemäß Artikel 12 Abs. 1 lit. c MAR, dass die Person wusste oder hätte wissen müssen, dass die Informationen falsch oder irreführend waren. Eine Information ist hierbei nicht nur dann eine Information, wenn sie nachprüfbare Tatsachen enthält, sondern ebenfalls Gerüchte, Prognosen und Werturteile ohne Tatsachenkern zählen dazu.<sup>56</sup>

---

50 Vgl. Schwark, E.; Zimmer, D., 2020.o. S. VO (EU) 596/2014 Art. 2 Rn. 32, 33.

51 Vgl. Bitter, G.; Boegl, M.; Brian, I., 2017.o. S. §107. Insiderprobleme Rn, 34-37.

52 Vgl. Schwark, E.; Zimmer, D., 2020.o. S. VO (EU) 596/2014 Art. 6 Rn. 5.

53 Vgl. Klöhn, L., 2020, S. 266.

54 Vgl. Poelzig, D., 2016, S. 535.

55 Vgl. Schmolke, K. U., 2019, S. 655.

56 Vgl. Poelzig, D., 2016, S. 536.; Vgl. Assmann, H.-D.; Schütze, R. A.; Buck-Heeb, P., 2020.o. S. § 10 Verbot der Marktmanipulation Rn. 77, 78.

Als falsch ist ein Signal anzusehen, wenn es den wahren wirtschaftlichen Verhältnissen auf dem Markt nicht entspricht. Irreführend ist ein Signal, das zwar inhaltlich richtig ist, aber so dargestellt wird, dass es beim Empfänger des Signals falsche Vorstellungen über den Sachverhalt hervorrufen kann, beziehungsweise den Empfänger täuschen kann.<sup>57</sup>

Die zweite Alternative ist das Entstehen eines anormalen oder künstlichen Kursniveaus. Die Definition dieses Kriteriums ist nicht eindeutig zu treffen, denn es impliziert die Aussage, dass jedes Finanzinstrument einen normalen oder natürlichen Kurs hätte.<sup>58</sup> Grundsätzlich lässt sich sagen, dass ein solches Kursniveau dann vorliegt, wenn der entstandene Kurs von dem Kurs abweicht, der bei unbeeinflusster Preisbildung durch das Zusammenspiel von Angebot und Nachfrage zustande kommen würde.<sup>59</sup>

Eine Sonderrolle innerhalb des Artikel 12 Abs. 1 lit. c MAR kommt Journalisten oder Personen, die journalistischen Tätigkeiten nachgehen, zu. Diese werden gemäß Artikel 21 MAR gesondert behandelt und ihre Veröffentlichung im Zuge ihrer journalistischen Arbeit unter Berücksichtigung der Presse- und Meinungsfreiheit beurteilt. Hier bedarf es einer Abwägung zwischen einer potenziellen Gefahr der Marktintegrität und der Beschränkung der Presse- und Meinungsfreiheit. Diese Privilegierung entfällt, wenn diese Personen oder mit ihnen in enger Verbindung stehende Personen Vorteile oder Gewinne aus der Informationsverbreitung ziehen oder die Verbreitung bereits nur aus der Absicht der Irreführung des Marktes erfolgte.<sup>60</sup>

Innerhalb der informationsgestützten Marktmanipulation gibt es verschiedene Unterarten. Eine Methode ist das sogenannte Scalping. Diese Art der Manipulation wird in Art. 12 Abs. 2 lit. d MAR näher beschrieben. Es geht hierbei darum, dass eine Investorin oder ein Investor in den Medien eine Stellungnahme zu einem Finanzinstrument abgibt, das er oder sie zuvor gehandelt, beispielsweise leerverkauft, hat. In dieser Stellungnahme muss ordnungsgemäß offengelegt werden, dass er oder sie einen Nutzen aus den Folgen der Stellungnahme hat. Ordnungsgemäße Offenlegung beinhaltet unter anderem, dass ein Hinweis auf die Art der gehaltenen Position gegeben werden muss, dass die Offenlegung nicht an völlig unprominenter Stelle erfolgen darf,<sup>61</sup> und dass sich ein verständiger Anleger gemäß Grund 6 der Delegierten Verordnung (EU) 2016/958 der Kommission eine „sachkundige Meinung über Ausmaß und Art des Interesses oder Interessenkonflikts bilden kann“. Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht geht in ihrem Emittentenleitfaden bei einem verständigen Anleger von einem „durchschnittlichen börsenkundigen Anleger“<sup>62</sup> aus, der nicht über besonderes Fachwissen verfügt, aber seine Entscheidungen „auf objektiv nachvollziehbarer Informationsgrundlage“<sup>63</sup> trifft. Zudem sind ihm die Gepflogenheiten des Wertpapierhandels und dem Unternehmensrecht grob bekannt ist und er kann auch die

---

57 Vgl. Park, T., 2020.o. S. Kommentierung zu §§ 119 Abs. 1, Abs. 4, 120 Abs. 2 Nr. 3, Abs. 15 Nr. 2 WpHG (vormals: §§ 38 Abs. 1, Abs. 4, 39 Abs. 2 Nr. 3, Abs. 3 c, 3 d Nr. 2 WpHG) iVm Art. 15, 12 MAR Verbot der Marktmanipulation Rn. 88.

58 Vgl. Park, T., 2020.o. S. Kommentierung zu §§ 119 Abs. 1, Abs. 4, 120 Abs. 2 Nr. 3, Abs. 15 Nr. 2 WpHG (vormals: §§ 38 Abs. 1, Abs. 4, 39 Abs. 2 Nr. 3, Abs. 3 c, 3 d Nr. 2 WpHG) iVm Art. 15, 12 MAR Verbot der Marktmanipulation Rn. 91.

59 Vgl. Boujong, K.; Ebenroth, C. T.; Bergmann, A., 2020.o. S. Marktmissbrauchs-VO Art. 12- Anhang I Rn. 16.

60 Vgl. Assmann, H.-D.; Schütze, R. A.; Buck-Heeb, P., 2020.o. S. § 10 Verbot der Marktmanipulation Rn. 84.

61 Vgl. Schwark, E.; Zimmer, D., 2020.o. S. VO (EU) 596/2014 Art. 12 Rn. 128-132.

62 Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, 2020, S. 11.

63 Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, 2020, S. 11.

gegenwärtige Marktsituation und das Verhalten anderer Marktteilnehmer in vergleichbaren früheren Situationen berücksichtigen.<sup>64</sup>

Wenn die Investorin oder der Investor diese Vorgaben nicht ordnungsgemäß erfüllt oder erfüllen kann, verschweigt er oder sie, dass er oder sie ein persönliches Interesse an einem Kursrückgang hat, und es handelt sich um Scalping.<sup>65</sup>

## 2.4.2 Handelsgestützte Marktmanipulation

Bei dieser Art der Manipulation werden gemäß Artikel 12 Abs. 1 lit. a MAR nur durch Geschäftsabschlüsse, das Erteilen von Handelsaufträgen oder durch sonstige Tätigkeiten „falsche oder irreführende Signale“ in Bezug auf das Angebot, die Nachfrage oder den Preis eines Finanzinstruments, eines damit verbundene Waren-Spot-Kontrakts oder der auf Emissionszertifikaten beruhenden Auktionsobjekte gegeben oder ein „anormales oder künstliches Kursniveau“ herbeigeführt. Legal ist dieses Verhalten nur, wenn nachgewiesen werden kann, dass die Handlung legitime Gründe hatte und im Einklang mit der zulässigen Marktpraxis nach Artikel 13 MAR steht. Was als zulässige Marktpraxis gilt, wird in Abschnitt 4.1 dieser Arbeit genauer erläutert.

Artikel 12 Abs. 1 lit. b MAR weitet die Manipulation auf Vorspiegelung falscher Tatsachen oder sonstige Formen der Täuschung aus. Falsche Tatsachen sind Umstände, die nicht den Gegebenheiten entsprechen. Dies kann geschehen, wenn vorhandene Umstände als nicht vorhanden dargestellt werden und umgekehrt. Auch unvollständiges Darstellen von Umständen zählt dazu. Als sonstige Formen der Täuschung kann jede Handlung verstanden werden, die geeignet ist, einen verständigen Anleger in die Irre zu führen, zum Beispiel im Hinblick auf Angebot und Nachfrage eines Finanzinstruments.<sup>66</sup>

In Artikel 12 Abs. 2 lit. a, b und c MAR werden verschiedene handelsgestützte Marktmanipulationsarten genauer beschrieben. Das sogenannte Cornering oder Abusive Squeeze wird in lit. a genannt. Hierbei geht es darum, dass eine oder mehrere Personen eine marktbeherrschende Stellung in Bezug auf Angebot oder Nachfrage eines Finanzinstruments sichern. Dies hat zur Folge, dass diese Personen die Handelspreise oder andere unlautere Handelsbedingungen unmittelbar oder mittelbar festsetzen können. Dieses Handeln ist neben der kapitalmarktrechtlichen Seite auch oft kartellrechtlich problematisch, da es Überschneidungen mit den Tatbestandsmerkmalen des Kartellverbots gibt, zum Beispiel bei Artikel 101 und 102 des EU-Arbeitsweisevertrags AEUV, welche die Festsetzung von Preisen verbieten.<sup>67</sup>

In Artikel 12 Abs. 2 lit. b MAR wird das sogenannte Marking the close beschrieben. Hier kauft oder verkauft ein Investor Finanzinstrumente zeitlich genau bei Handelsbeginn oder Handelsschluss, sodass der Eröffnungs- oder Schlusskurs zu seinen Gunsten ausfällt. Diese Kurse bilden nicht die realistische Situation ab und können somit Anleger in die Irre führen.<sup>68</sup>

---

64 Vgl. Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, 2020, S. 11.

65 Vgl. Boujong, K.; Ebenroth, C. T.; Bergmann, A., 2020.o. S. Marktmissbrauchs-VO Art. 12- Anhang I Rn. 44-49.

66 Vgl. Assmann, H.-D.; Schütze, R. A.; Buck-Heeb, P., 2020.o. S. § 10 Verbot der Marktmanipulation Rn. 67, 68.

67 Vgl. Boujong, K.; Ebenroth, C. T.; Bergmann, A., 2020.o. S. Marktmissbrauchs-VO Art. 12- Anhang I Rn. 44.

68 Vgl. Boujong, K.; Ebenroth, C. T.; Bergmann, A., 2020.o. S. Marktmissbrauchs-VO Art. 12- Anhang I Rn. 44.

Diese Art der Manipulation wird auch beim sogenannten Portfolio Pumping genutzt. Hedgefonds und sonstige Investmentfonds haben gewisse Stichtage, an denen sie eine Aufstellung über die Performance des Fonds veröffentlichen müssen. Diese Performancezahlen sind bedeutsam, denn sie sind für potenzielle und aktuelle Kundinnen und Kunden eine Entscheidungsgrundlage, ob sie ihr Geld in den Fonds investieren wollen. Bei der Portfolio Pumping Manipulation treiben Hedgefonds- und andere Investmentfonds-Manager zu diesen bestimmten Stichtagen Aktienkurse von illiquiden Titeln, die sich in dem Fonds befinden, also Aktien, die nicht oft gehandelt werden, durch eigene Käufe nach oben. Der Grund dafür ist, dass bei solchen Aktien der Kurs aufgrund des geringen Handelsvolumens im Vergleich zu häufig gehandelten Aktien leichter und kostengünstiger beeinflusst werden kann, da man keine hohen Order-Volumen platzieren muss, um den gewünschten Effekt zu erreichen. Der hohe Preis der Aktie wirkt sich dann positiv auf die Rendite des Fonds aus. Am nächsten Tag werden dann für gewöhnlich die zuvor gekauften Aktien wieder abgestoßen, was zu einem starken Kursrückgang führt.<sup>69</sup>

Artikel 12 Abs. 2 lit. c beschreibt verbotene Tätigkeiten bei der Erteilung von Kauf- oder Verkaufsaufträgen. Beispielsweise wird hier das sogenannte Spam and Cancel genannt, bei welchem zuerst Aufträge in großem Stil platziert, diese aber vor Ausführung der Transaktion storniert werden. Dieses Verhalten kann andere Anlegerinnen und Anleger täuschen, da ein scheinbar hohes Angebot oder hohe Nachfrage besteht, was faktisch aber nicht stimmt.<sup>70</sup>

### 2.4.3 Handlungsgestützte Marktmanipulation

Handlungsgestützt ist eine Manipulation, wenn sie darauf abzielt, den inneren Wert oder zumindest die Markteinschätzung des inneren Wertes eines Finanzinstrumentes zu verändern. Hier wird auf die tatsächlichen Umstände eines Unternehmens eingewirkt und nicht nur wie bei den anderen Arten der Manipulation eine Täuschung von außen vorgenommen, um somit beispielsweise den Aktienkurs zu beeinflussen.<sup>71</sup>

Möglichkeiten um handlungsgestützt zu manipulieren können etwa Sabotageakte auf Firmenabläufe sein. Als Beispiel gilt ein Pharmaunternehmen, welches unbewusst, durch manipulatives Handeln eines Angestellten, vergiftete Erzeugnisse verkaufte. Der Angestellte vergiftete die Produkte, um vom anschließenden Kurssturz nach Bekanntwerden hohe Gewinne am Aktienmarkt einstreichen zu können.<sup>72</sup>

## 3. Einordnung von Leerverkaufsattacken

### 3.1 Definition Leerverkauf

Bei einem Leerverkauf (Short Selling) leiht sich eine Investorin oder ein Investor zunächst gegen eine Leihgebühr ein Wertpapier oder anderes Finanzprodukt von einer anderen Anlegerin oder einem anderen Anleger. Dieses verkauft er/sie dann auf dem Kapitalmarkt, obwohl er/sie zum Zeitpunkt des Verkaufs nicht Eigentümerin oder Eigentümer des Wertpapiers ist. Die Intention des Leerverkäufers ist die, dass er/sie das geliehene Wertpapier zu einem späteren Zeitpunkt günstiger auf dem Markt zurückkaufen kann, als er/sie es verkauft hat. Er/sie will also, dass der Preis für das Wertpapier fällt. Nach dem Zurückkaufen gibt er/sie die geliehene Aktie an die Eigentümerin oder den Eigentümer zurück und

---

69 Vgl. Neurath, D., 2019, S. 380.

70 Vgl. Schmolke, K. U., 2019, S. 655.

71 Vgl. Schmolke, K. U., 2019, S. 655.

72 Vgl. Carstens, P., 2019, S. 182.

schließt somit seine Position. Diese Art des Leerverkaufs nennt man gedeckten Leerverkauf.<sup>73</sup>

In Deutschland sind gedeckte Leerverkäufe grundsätzlich legal, allerdings kann die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) in besonderen Situationen temporäre Einschränkungen vornehmen. So hat sie beispielsweise am 18. Februar 2019 eine Allgemeinverfügung erlassen, nach der es für zwei Monate verboten wurde, neue Leerverkaufspositionen in Aktien der *Wirecard AG* zu begründen oder bestehende Leerverkaufspositionen zu erhöhen. Erklärt wurde das Verbot unter anderem damit, dass die BaFin die *Wirecard AG* als Geschädigte von unberechtigten Leerverkaufsattacken in Verbindung mit negativer Berichterstattung in den Medien ansah. Durch diese Attacken sah die BaFin das Marktvertrauen als bedroht an und befürchtete damit auch eine unangemessene Preisbildung für Aktien der *Wirecard AG*.<sup>74</sup>

Die andere Methode ist der sogenannte ungedeckte Leerverkauf (Naked Short Selling). Hier verkauft eine Investorin oder ein Investor bereits ein Wertpapier, bevor er/sie es sich geliehen hat. Er/sie ist zum Zeitpunkt des Verkaufs also weder Eigentümer noch Besitzer des Wertpapiers. Dies ist möglich, da die Lieferfrist aus dem Leerverkauf bis zu zwei Werktagen beträgt, die Leerverkäuferin oder der Leerverkäufer hat also zwei Tage nach Vertragsabschluss Zeit, die Aktie zu leihen.<sup>75</sup> Diese Art des Leerverkaufs ist bis auf wenige Ausnahmen, etwa für Market-Maker, nach EU-Leerverkaufs-Verordnung verboten.<sup>76</sup>

Das Gegenteil einer Short-Position ist die sogenannte Long-Position. Hier wird die Inhaberin oder der Inhaber der Long-Position bei einem Vertragsabschluss verpflichtet, der Vertragspartnerin oder dem Vertragspartner gegen Zahlung eines vereinbarten Kaufpreises ein Finanzinstrument abzunehmen. Die Inhaberin oder der Inhaber der Long-Position profitiert im Gegensatz zu einer Short-Position also von steigenden Kursen. Klassisches Beispiel für eine Long-Position ist das Kaufen und Halten einer Aktie.<sup>77</sup>

### 3.2 Ablauf Leerverkaufsattacke

Leerverkaufsattacken bestehen aus mehreren Schritten. Als erstes analysiert die Investorin oder der Investor ein potenzielles Zielunternehmen und tätigt bei positiver Analyse einen Leerverkauf mit den Aktien des zu attackierenden Unternehmens. Positiv ist eine Analyse aus Short-Seller-Sicht dann, wenn er oder sie denkt, dass der Aktienkurs des Unternehmens zu hoch ist und es gute Gründe gibt, die dafür sorgen könnten, dass der Aktienkurs fallen wird.<sup>78</sup>

Wenn der Leerverkauf getätigt wurde, veröffentlicht er oder sie Berichte und Informationen über das Unternehmen, welche die Finanzkennzahlen und/oder das Geschäftsmodell negativ darstellen. Die Informationen haben den Zweck, Verunsicherung am Kapitalmarkt hervorzurufen. Die Konsequenz daraus ist, dass der Aktienkurs des zuvor leer verkauften Unternehmens fällt. Wenn der Kurs gefallen ist, kann die Investorin oder der Investor als letzten Schritt die zuvor leerverkaufte Position günstig zurückkaufen und die Position glattstellen.<sup>79</sup>

---

73 Vgl. Schlimbach, F., 2020, S. 11.

74 Vgl. Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, 2019, o.S.

75 Vgl. Schlimbach, F., 2020, S. 12.

76 Vgl. Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, 2018, o.S.

77 Vgl. Schlimbach, F., 2020, S. 11.

78 Vgl. Schmolke, K. U., 2020, S. 294.

79 Vgl. Wentz, J., 2019, S. 197.

### 3.3 Handelt es sich um Marktmanipulation?

Die Frage, ob es sich Leerverkaufsattacken um strafbare Marktmanipulation handelt, lässt sich nicht pauschal beantworten. Der erste Schritt einer Attacke, nämlich der Leerverkauf an sich, enthält keine manipulativen Elemente, denn es handelt sich dabei um einen legalen und üblichen Vorgang am Finanzmarkt. Erst der zweite Schritt birgt informationsgestützte Manipulationsmöglichkeiten. Zum einen ist es manipulativ, wenn die veröffentlichten Berichte und die darin enthaltenen Daten und Informationen irreführend oder falsch sind. Dann hätte man es mit einer klassischen informationsgestützten Marktmanipulation zu tun, welche nach Artikel 15, 12 MAR verboten ist. Zum anderen handelt es sich ebenfalls um Manipulation, wenn der Investor seine Short-Position nicht ordnungsgemäß offenlegt. Bei dieser Art der Manipulation handelt es sich um Scalping, welches bereits in Abschnitt 2.4.1 dieser Arbeit erläutert wurde. Wenn einer der beiden Tatbestände erfüllt ist, so handelt es sich bei der Leerverkaufsattacke um eine Marktmanipulation.<sup>80</sup>

Die Berichte, welche die Short-Seller im Rahme der Leerverkaufsattacke veröffentlichen, kann man als Anlageempfehlung im Sinne des Artikel 3 Abs. 1 Nr. 35 MAR einordnen.<sup>81</sup> Für solche Anlageempfehlungen werden in Artikel 20 Abs. 1 MAR Vorgaben gemacht, welche die Empfehlungen einhalten müssen. So müssen etwa die Informationen objektiv dargestellt werden und auch eigene Interessen oder Interessenkonflikte im Zusammenhang mit den in dem Bericht behandelten Finanzinstrumenten offengelegt werden. Erfüllt der Bericht der Short-Seller diese Anforderungen nicht, so verstoßen sie also nicht nur gegen Artikel 15 und 12 MAR, sondern auch gegen Artikel 20 Abs. 1 MAR.

### 3.4 Vor- und Nachteile von Leerverkaufsattacken

Diese Attacken sind im Allgemeinen von zwei Seiten zu betrachten. Zum einen kann durch manipulatives Verhalten ein Unternehmen unberechtigter Weise in Schieflage geraten und geschädigt werden. Der Aktienkurs bricht also in Folge der Leerverkaufsattacke ein, obwohl es faktisch gesehen keinen Grund dafür gibt.<sup>82</sup> Als Beispiel wäre hier das Unternehmen *WCM Beteiligungs- und Grundbesitz-Aktiengesellschaft* zu nennen. Hedgefonds-Manager Florian Homm hatte 2003 die Aktie des Unternehmens leerverkauft und daraufhin einen negativen Analystenbericht über *WCM* verfasst.<sup>83</sup> Offengelegt hatte er seine Short-Position und somit sein persönliches Interesse jedoch nicht, weshalb er im Jahre 2005 vom Amtsgericht Frankfurt wegen Manipulation des Aktienkurses zu einer Geldstrafe in Höhe von 50.000€ verurteilt wurde.<sup>84</sup> Der Aktienkurs brach durch die Manipulation Homms von über 35€ auf unter 15€ ein.<sup>85</sup>

Auf der anderen Seite können durch Shortseller auch tatsächlich existierende Missstände in den Unternehmen aufgedeckt und somit die Effizienz am Markt verbessert werden, da die Informationen über diese Missstände sonst nicht an die Öffentlichkeit gekommen wären. Dies sorgt für einen Ausgleich der Informationsasymmetrie, die es zwischen den Vorständen eines Unternehmens und dessen Aktionäre gibt. Zudem können durch eine Leerverkaufsattacke Übertreibungen der Marktpreise und die damit verbundenen Gefahr der Blasenbildung verhindert oder bekämpft werden.<sup>86</sup>

---

80 Vgl. Schmolke, K. U., 2020, S. 305–307.

81 Vgl. Schmolke, K. U., 2020, S. 298.

82 Vgl. Wentz, J., 2019, S. 198.

83 Vgl. Zydra, M.; Boehringer, S.; Mühlauer, A., 2013, o.S.

84 Vgl. Matthes, S., 2006, o.S.

85 Vgl. boerse.de Finanzportal AG, 2021., o.S.

86 Vgl. Schmolke, K. U., 2020, S. 296.



Abbildung 3: Chart Steinhoff-Aktienkurs

Quelle: finanzen.net, 2021, o.S.

Ein Beispiel für eine Leerverkaufsattacke, die bestehende Missstände aufgedeckt hat, war die Attacke auf den Möbelhändler *Steinhoff*. Hier fand der Leerverkäufer *Viceroy Research* durch eigene Recherchen im Vorfeld eines Leerverkaufs Unregelmäßigkeiten und Verfehlungen in der Buchführung. Diese gefundenen Unregelmäßigkeiten veröffentlichte *Viceroy Research* in einem Bericht, welcher den Aktienkurs stark unter Druck setzte.<sup>87</sup> Buchprüfer von PricewaterhouseCoopers (PwC) überprüften nach dem Bericht von *Viceroy Research* ebenfalls die Bilanzen und Zahlen von *Steinhoff* und bestätigten schließlich in einem eigenen Bericht, dass der Möbelhändler von 2009 bis 2017 fiktive und unregelmäßige Transaktionen in einer Höhe von 6,5 Milliarden Euro verbucht hat. Ziel des Betrugs war es, die Gewinne und Firmenwerte künstlich in die Höhe zu treiben.<sup>88</sup> In Folge des Skandals brach der Börsenwert des Unternehmens um rund 90 Prozent ein, was man in Abbildung 3, welche den Chart des Aktienkurses der *Steinhoff*-Aktie zeigt, erkennen kann. Nachdem der Kurs Mitte 2016 noch bei über sechs Euro lag, so stürzte er Ende 2017 auf unter einen Euro ab und verbleibt seitdem auf diesem niedrigen Niveau.<sup>89</sup>

#### 4. Abgrenzung von Manipulation zu anderen Handlungen

Neben der zuvor erläuterten Marktmanipulation gibt es diverse andere Handlungen, die in der Marktmissbrauchsverordnung behandelt werden. Diese können sowohl legale Handlungen als auch weitere Methoden des verbotenen Marktmissbrauchs sein. Im folgenden Abschnitt werden die relevanten Handlungen beschrieben, die Abgrenzung dieser Handlungen zur Marktmanipulation gezeigt und die gesetzlichen Regelungen der Marktmissbrauchsverordnung dargelegt.

<sup>87</sup> Vgl. Wentz, J., 2019, S. 197.

<sup>88</sup> Vgl. PricewaterhouseCoopers, 2019, S. 5.

<sup>89</sup> Vgl. finanzen.net GmbH, 2021, o.S.

## 4.1 Zulässige Praktiken

Handlungen, bei denen die handelnde Person nachweisen kann, dass sie legitime Gründe hat und sie im Einklang mit der zulässigen Marktpraxis handelt, gelten nach Artikel 13 Abs. 1 MAR nicht als Marktmanipulation. Die nationalen Behörden (in Deutschland die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht) können festlegen, was als zulässige Marktpraxis gilt, vorausgesetzt sie erfüllen einige Bedingungen, welche in Artikel 13 Abs. 2 MAR aufgeführt werden. Beispielsweise muss sichergestellt werden, dass die Marktpraxis einen erheblichen Grad an Markttransparenz gewährt, sich positiv auf Marktliquidität und -effizienz auswirkt oder das Zusammenspiel von Angebot und Nachfrage in hohem Maße gewährleistet werden. Zudem müssen die Europäischen Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde ESMA und andere zuständige Behörden vor Einführung der Marktpraxis darüber informiert werden. Sollte die ESMA der Marktpraxis nicht zustimmen, so kann die nationale Behörde innerhalb von 24 Stunden darlegen, warum keine Gefahr für den Markt droht. Wenn danach immer noch keine Einigung getroffen wird, so kann die ESMA darüber einen Beschluss fassen. Diese Regelungen finden sich in Art. 13 Abs. 3 – 6 MAR .

Aktuell gibt es sechs zulässige Marktpraktiken. Ein Beispiel für eine zulässige Marktpraxis ist die Anerkennung von sogenannten liquidity contracts, welche von der spanischen, portugiesischen und französischen Aufsichtsbehörde initiiert wurde.<sup>90</sup> Dabei geht es grob darum, dass ein Emittent, dessen Aktien an einem regulierten Markt zugelassen sind, einen Vertrag (liquidity contract) mit einem Finanzintermediär abschließen kann. In diesem Vertrag werden dann die Bedingungen definiert, unter denen der Finanzintermediär im Namen des Emittenten handeln darf.<sup>91</sup>

## 4.2 Spekulation

Spekulierende Personen kaufen Vermögenswerte meist nur, um sie über eine kurze Dauer zu halten. Es geht also nicht um längerfristige Investments, sondern nur darum, Vermögenswerte zu kaufen und kurz darauf wieder mit Profit zu veräußern.<sup>92</sup>

Im Unterschied zur Manipulation nutzt die SpekulantIn oder der Spekulant nur Preisänderungen am Kapitalmarkt aus, während die ManipulatorIn oder der Manipulator die Preisänderungen selbst hervorruft. Spekulierende versuchen also wie jede andere Anlegerin oder jeder anderer Anleger auch Prognosen über zukünftige Kursentwicklungen zu treffen und übernehmen dabei das wirtschaftliche Risiko. Manipulierende Personen kennen die zukünftige Kursentwicklung, da sie diese selbst hervorrufen und haben somit nur das Risiko der Manipulation zu tragen. Dies ermöglicht nahezu risikolose Gewinnmöglichkeiten. Da Spekulationen keine destabilisierende Wirkung auf den Preis haben und wesentliche Funktionen in der Volkswirtschaft einnehmen, gibt es keinen Grund, diese zu verbieten.<sup>93</sup> Darum finden sich in der Marktmissbrauchsverordnung keine Vorschriften dazu.

---

90 Vgl. Schwark, E.; Zimmer, D., 2020 o. S. VO (EU) 596/2014 Art. 13 Rn. 8.

91 Vgl. European Securities and Markets Authority, 2016a, S. 1.

92 Vgl. Klöhn, L., 2011, S. 23 f.

93 Vgl. Eichelberger, J., 2006, S. 15.



### 4.3 Insiderhandel

Um die Funktionalität der Kapitalmärkte aufrechtzuerhalten, wird neben der Verhinderung von Marktmanipulationen auch der Verhinderung von Insiderhandel eine große Rolle im Marktmissbrauchsrecht zugeschrieben.<sup>94</sup>

Im Jahre 2020 nahm die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) 19 neue Untersuchungen wegen Insiderhandel auf. In den Jahren 2019 und 2018 waren es noch 31 beziehungsweise 71 neue Untersuchungen gewesen. Grund für den Rückgang der Zahlen ist der neue risikoorientierte Aufsichtsansatz der BaFin, bei dem sie sich auf Verstöße mit höherer Relevanz konzentriert und deshalb weniger Untersuchungen einleitet.<sup>95</sup>

#### 4.3.1 Insiderinformation

Als erstes muss geklärt werden, was als Insiderinformation angesehen wird. Dies wird in Artikel 7 Abs. 1 lit. a MAR für Finanzinstrumente folgendermaßen definiert: Als Insiderinformation gelten

„nicht öffentlich bekannte präzise Informationen, die direkt oder indirekt einen oder mehrere Emittenten oder ein oder mehrere Finanzinstrumente betreffen und die, wenn sie öffentlich bekannt würden, geeignet wären, den Kurs dieser Finanzinstrumente oder den Kurs damit verbundener derivativer Finanzinstrumente erheblich zu beeinflussen“.

Als öffentlich bekannt ist eine Information dann anzusehen, wenn eine unbestimmte Anzahl an Personen die Möglichkeit hat, davon Kenntnis zu erlangen. Dies bedeutet, dass es ohne unverhältnismäßigen Aufwand möglich sein muss, Kenntnis der Information zu bekommen. Dies würde nicht der Fall sein, wenn Informationen im Rahmen einer geschlossenen Veranstaltung genannt werden. Erst wenn Medien diese publizieren würden, wäre die Information als öffentlich anzusehen.<sup>96</sup>

Das nächste Tatbestandsmerkmal ist die präzise Information, welche in Artikel 7 Abs. 2 MAR näher beschrieben wird. Als präzise gilt eine Information, wenn sie eine Reihe von Umständen oder ein Ereignis beschreibt, die bereits eingetreten sind oder zumindest der Eintritt in naher Zukunft erwartbar ist. Die Wahrscheinlichkeit des Eintritts muss in diesem Falle höher sein als die des Nichteintretens, also über 50% liegen. Zudem müssen die Informationen so spezifisch sein, sodass man die Auswirkungen auf den Kurs des Finanzinstrumentes erschließen kann.<sup>97</sup>

Die Bedingung, dass der Kurs beeinflusst wird, ist eine Art Filter, der hilft Informationen, die zu allgemein beziehungsweise vage (zum Beispiel vorläufige Finanzkennzahlen) oder ohne Emittentenbezug (zum Beispiel Änderungen in der Politik, die den Gesamtmarkt beeinflussen können) sind, nicht als Insiderinformation anzusehen.<sup>98</sup>

Die Eignung zur erheblichen Kursbeeinflussung wird in Artikel 7 Abs. 4 MAR erläutert. Dieser Tatbestand liegt vor, wenn ein verständiger Anleger die Informationen nutzen könnte, um darauf seine Anlageentscheidung zu stützen. Als erheblich gilt eine Beeinflussung dann,

---

94 Vgl. Poelzig, D., 2016, S. 528.

95 Vgl. Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, 2021a, S. 89.

96 Vgl. Park, T., 2020.o. S. HK-KapMarktStrafR MAR Art. 7 Rn. 57-62.

97 Vgl. Boujong, K.; Ebenroth, C. T.; Bergmann, A., 2020.o. S. Marktmissbrauchs-VO Art. 7 Rn. 4.

98 Vgl. Seibt, C. H., 2018, S. 89.

wenn die Kursauschläge deutlich stärker ausfallen als es sonst üblich ist. Eine feste Grenze gibt es hierfür nicht.<sup>99</sup>

#### 4.3.2 Verbot von Insidergeschäften

Was als Insidergeschäft oder auch Insiderhandel gilt, wird in Artikel 8 MAR festgehalten. Zum einen gilt es als Insidergeschäft, wenn Finanzinstrumente unter Nutzung von Insiderinformationen gekauft oder verkauft werden. Des Weiteren handelt es sich um ein Insidergeschäft, wenn ein bestehender Auftrag aufgrund des Erlangens einer Insiderinformation storniert oder abgeändert wird. Nach Erwägungsgrund 24 S. 1 MAR ist grundsätzlich davon auszugehen, dass wenn eine Person Kenntnis einer Insiderinformation hat, die Person diese Information auch genutzt hat.

Artikel 14 lit. a MAR verbietet Insidergeschäfte im Sinne des Artikel 8 MAR sowie den Versuch dazu. Ebenfalls verboten sind Empfehlung oder Anstiftung Dritter zur Tätigung von Insidergeschäften (Artikel 14 lit. b MAR) und die unrechtmäßige Offenlegung von Insiderinformationen (Artikel 14 li. c MAR).

Voraussetzung für die Erfüllung des Tatbestands des Insidergeschäfts bei der Nutzung von Empfehlungen oder Verleitungen ist gemäß Artikel 8 Abs. 3 MAR, dass die Person, welche den Handel durchgeführt hat, weiß oder wissen muss, dass die Empfehlung oder Verleitung auf Insiderinformationen beruht.

Eine Offenlegung von Insiderinformationen ist gemäß Artikel 10 Abs. 1 MAR normalerweise immer unrechtmäßig, es sei denn die Ausübung eines Berufs oder einer Aufgabe sieht dies vor. Offenlegung umfasst sämtliche Formen der Weitergabe oder des sonstigen Zugänglichmachens. Dies ist gegeben, wenn Dritte die Möglichkeit eröffnet bekommen, von der Information Kenntnis zu erlangen.<sup>100</sup> Beispiele für eine rechtmäßige Weitergabe wäre etwa durch den Vorstand mit Ad-hoc-Mitteilungen oder auch die Weitergabe von notwendigen Informationen an Ratingagenturen oder an externe Berater.<sup>101</sup>

Die Abgrenzung des Insiderhandels zur Marktmanipulation besteht darin, dass eine Manipulatorin oder ein Manipulator die für den Kapitalmarkt nachteilige Situation selbst geschaffen oder herbeigeführt hat. Jemand der Insiderhandel betreibt führt nichts selbst herbei, sondern er oder sie nutzt nur eine bereits bestehende Informationsasymmetrie zwischen den Insidern und dem Gesamtmarkt aus.<sup>102</sup>

Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht veröffentlicht jedes Jahr in ihrem Jahresbericht verschiedene Geschäftsvorgänge, welche zur Entstehung von Insiderinformationen führten. Beispielsweise führten unveröffentlichte Periodenergebnisse mit Abstand am häufigsten zu Insiderhandel. Im Jahre 2020 waren 38,5 Prozent aller Ermittlungen wegen Insiderhandels auf das Weitergeben und Ausnutzen von Periodenergebnissen zurückzuführen. An zweiter Stelle lagen mit 30,8 Prozent Übernahmen und Fusionen.<sup>103</sup> Die Übersicht dieser Anhaltspunkt sieht man in Abbildung 4 für die Jahre 2019 und 2020.

---

99 Vgl. Hopt, K. J. et al., 2021.o. S. MAR Art. 7 Rn. 10-15.

100 Vgl. Poelzig, D., 2016, S. 534.

101 Vgl. Hopt, K. J. et al., 2021.o. S. MAR Art. 10 Rn. 7.

102 Vgl. Eichelberger, J., 2006, S. 16.

103 Vgl. Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, 2021a, S. 86.

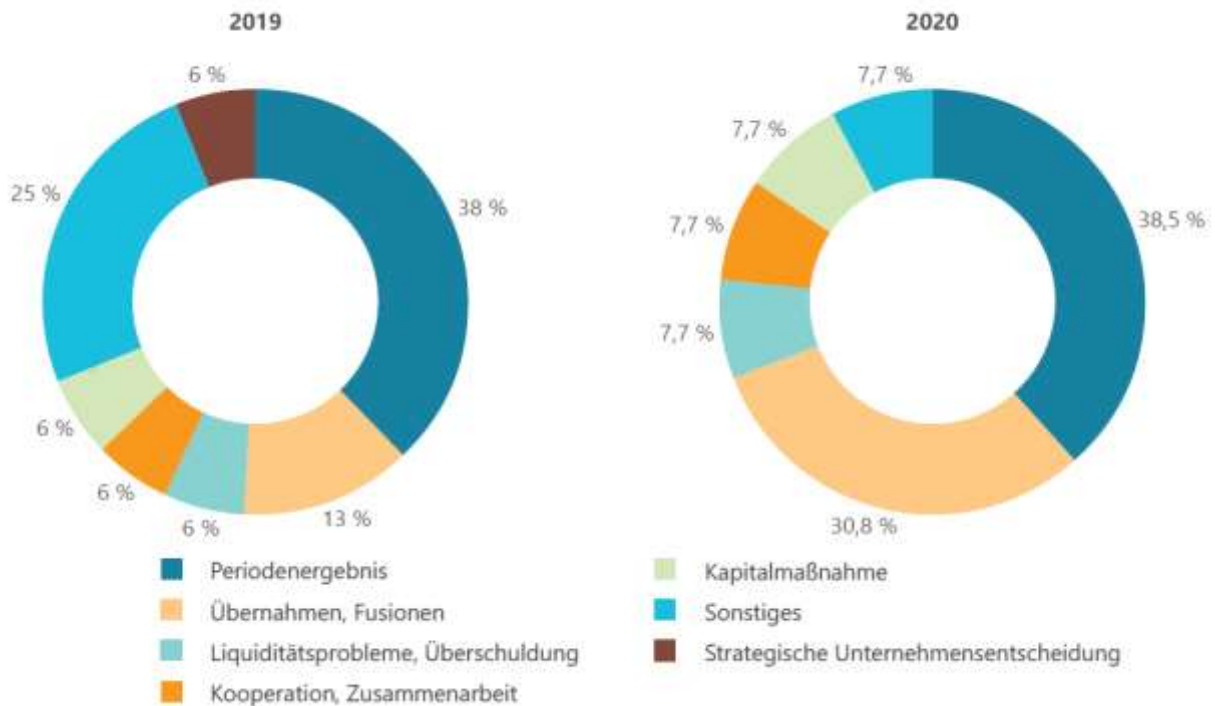


Abbildung 4: Verteilung der Anhaltspunkte für Insiderhandel

Quelle: Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, 2021a, S. 86.

### 4.3.3 Legitime Handlungen

In Artikel 9 MAR werden einzelne Verhaltensweisen genannt, die explizit vom Insiderhandelsverbot ausgenommen sind.

Gemäß Artikel 9 Abs. 1 MAR wird bei einer juristischen Person des privaten oder öffentlichen Rechts nicht von einer Nutzung von Insiderinformationen ausgegangen, wenn diese Maßnahmen eingeführt hat, die sicherstellen, dass die für den Handel von Finanzinstrumenten zuständigen Personen keine Kenntnis von der Insiderinformation haben. Unternehmen wird so eine Verringerung ihrer Haftungsmöglichkeiten ermöglicht, indem sie freiwillig geeignete Maßnahmen gegen Marktmissbrauch ergreifen.<sup>104</sup>

Artikel 9 Abs. 2 lit. a MAR beschreibt Ausnahmen für sogenannte Market-Maker. Ein Market-Maker ist eine Person, die in Artikel 4 Abs. 1 Nr. 7 MiFID II folgendermaßen definiert wird:

„Person, die an den Finanzmärkten auf kontinuierlicher Basis ihre Bereitschaft anzeigt, durch den An- und Verkauf von Finanzinstrumenten unter Einsatz des eigenen Kapitals Handel für eigene Rechnung zu von ihr gestellten Kursen zu betreiben“

<sup>104</sup> Vgl. Hopt, K. J. et al., 2021.o. S. MAR Art. 9 Rn. 2-6.

Es sind also Finanzintermediäre, die durch das Kaufen und Verkaufen von Finanzinstrumenten in großem Stil dafür sorgen, dass die Finanzmärkte problemlos funktionieren können. Die Market-Maker sorgen für entsprechende Liquidität auf den Märkten, da sie immer als Handelspartner zur Verfügung stehen. Dies ist vor allem bei solchen Finanzinstrumenten bedeutend, die ein geringes Handelsvolumen haben.<sup>105</sup>

Für diese Personen wird gemäß Artikel 9 Abs. 2 lit. a MAR nicht angenommen, dass sie illegalen Insiderhandel betrieben haben, nur weil sie im Besitz von Insiderinformationen waren. Diese Ausnahme hat den Zweck zu verhindern, dass die Market-Maker und anderen Liquiditätsanbietern ihrer Tätigkeit nicht nachgehen können. Diese Personen können oft in den Besitz von Insiderinformationen kommen, etwa durch Einblicke in Orderbücher. Deshalb wird durch die Ausnahmeregelung verhindert, dass sie durch diesen Umstand nur eingeschränkt agieren können.<sup>106</sup>

Die Ausnahmeregelungen gibt es nach Artikel 9 Abs. 4 MAR ebenfalls für Personen, die Insiderinformationen im Vorfeld oder im Zuge einer Unternehmensübernahme oder eines Zusammenschlusses von Unternehmen erlangt haben. Auch in diesem Fall wird nicht davon ausgegangen, dass der Besitz der Insiderinformation automatisch zu einer Nutzung dieser und damit Insiderhandel geführt hat. Ziel dieser Ausnahme ist zu verhindern, dass aufgrund des Insiderhandelsverbots Unternehmensübernahmen oder -zusammenschlüsse scheitern. Voraussetzung ist, dass diese Insiderinformationen nur genutzt wurden, um den Fortgang der Übernahme oder des Zusammenschlusses zu gewährleisten. Zudem müssen bei Abschluss der Übernahme oder Zusammenschluss die genutzten Insiderinformationen der Öffentlichkeit bekannt gemacht werden. Dies kann unter Umständen zu einer sogenannten Insiderfalle führen. Dies geschieht, wenn das Unternehmen, über das es Insiderinformationen gibt, diese Insiderinformationen nicht veröffentlichen will und das andere Unternehmen, welches die Insiderinformationen erfahren hat, die Informationen nicht selbst veröffentlichen darf.<sup>107</sup>

Artikel 9 Abs. 5 MAR behandelt eine Ausnahme über sogenannte selbst geschaffene Insiderinformationen. Wenn beispielsweise eine Person einen eigenen Entschluss trifft, sich an einem Unternehmen zu beteiligen, so handelt es sich zwar für Dritte um Insiderinformationen, für die Person, die den Entschluss getroffen hat, ist es jedoch eine selbst geschaffene Insiderinformation. Dies wird für die Person nicht als Nutzung von Insiderinformationen angesehen und ist deshalb nicht strafbar. Zweck dieser Regelung ist, dass solche Transaktionen nicht verhindert werden und somit dem Kapitalmarkt die positiven Effekte solcher Transaktionen nicht entzogen werden.<sup>108</sup>

Die in Artikel 9 MAR genannten Ausnahmen werden durch Artikel 9 Abs. 6 MAR dahingehend eingeschränkt, als dass die dort genannten Taten trotzdem als Verstoß gegen das Verbot von Insidergeschäften betrachtet werden, wenn sich hinter ihnen ein rechtswidriger Grund verbirgt. Was als ein rechtswidriger Grund angesehen wird, liegt im Ermessen der zuständigen Behörde, also in Deutschland der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht.

---

105 Vgl. Schwark, E.; Zimmer, D., 2020.o. S. VO (EU) 596/2014 Art. 9 Rn. 46.

106 Vgl. Schwark, E.; Zimmer, D., 2020.o. S. VO (EU) 596/2014 Art. 9 Rn. 44.

107 Vgl. Hopt, K. J. et al., 2021.o. S. MAR Art. 9 Rn. 12.

108 Vgl. Hopt, K. J. et al., 2021.o. S. MAR Art. 9 Rn. 15.

#### 4.3.4 Marktsondierungen

Einen Sonderfall im Bereich der Ausnahmeregelungen stellen die Marktsondierungen dar. Sie werden in Artikel 11 MAR explizit behandelt. Eine Marktsondierung ist gemäß Artikel 11 Abs. 1 MAR ein Vorgang, bei dem vor der Ankündigung eines Geschäfts Informationen von einem Verkäufer von Finanzinstrumenten an einen oder mehrere potenzielle Anleger übermittelt werden. Das Ziel dabei ist es abschätzen zu können, wie hoch das Interesse des Interessenten ist und welche Bedingungen bezüglich des Preises und des Umfangs der Interessent hat. Diese Vorgehensweise ist vor allem dann anzuwenden, wenn es keine oder kaum Referenzwerte für Transaktionen dieser Art gibt. Beispiele für den Anwendungsbereich von Marktsondierungen sind etwa Spin-Off-Börsengänge, bei dem bereits das Mutterunternehmen börsennotiert ist, oder auch bei Kapitalerhöhungen.<sup>109</sup>

Es gibt verschiedene Vorschriften, die die Offenlegung von Insiderinformationen im Rahmen dieser Marktsondierung zulässig machen und somit nicht gegen Artikel 14 lit. c MAR (Verbot der unrechtmäßigen Offenlegung von Insiderinformationen) verstoßen. So wird in Artikel 11 Abs. 3 MAR geregelt, dass der offenlegende Marktteilnehmer schriftlich aufzeichnen muss, ob er Insiderinformationen offenlegt und warum er dies für notwendig erachtet. Bei Verlangen muss er seine Aufzeichnung der zuständigen Behörde, in Deutschland also der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, offenlegen.

Nach Artikel 11 Abs. 5 MAR muss der offenlegende Marktteilnehmer zum einen darüber die Zustimmung der Gegenpartei einholen, dass sie Insiderinformationen erhält (Artikel 11 Abs. 5 MAR lit. a). Ebenso muss die Gegenpartei darüber informiert werden, dass die Nutzung der Insiderinformationen für Handelsaktivitäten am Kapitalmarkt untersagt sind (Artikel 11 Abs. 5 MAR lit. b, c) sowie dass die Vertraulichkeit der Insiderinformation zu wahren ist (Artikel 11 Abs. 5 MAR lit. d).

Wenn diese Vorgaben erfüllt sind, so ist gemäß Artikel 11 Abs. 4 MAR die Voraussetzung für die rechtmäßige Offenlegung nach Artikel 10 Abs. 1 MAR gegeben, die besagt, dass „im Zuge der normalen Ausübung der Beschäftigung oder des Berufs oder der normalen Erfüllung von Aufgaben“ Insiderinformationen offengelegt werden dürfen. Damit liegt auch kein Verstoß gegen Artikel 14 lit. c MAR vor.

#### 4.3.5 Insiderlisten

Artikel 18 MAR verpflichtet Emittenten und in ihrem Auftrag handelnde Personen, sogenannte Insiderlisten zu erstellen. In diese Liste müssen alle Personen eingetragen werden, die Aufgaben für den Emittenten erfüllen und dadurch Zugang zu Insiderinformationen erhalten. Als Beispiel werden in Art. 18 Abs. 1 lit. a MAR Berater, Buchhalter oder Ratingagenturen genannt. In die Liste müssen nach Art. 18 Abs. 3 MAR mindestens die Identität der Personen, der Grund der Aufnahme in die Liste, das genaue Datum mit Uhrzeit, an dem die Person Zugang zu Insiderinformationen bekommen hat und das Erstellungsdatum der Insiderliste. Diese Liste muss gemäß Art. 18 Abs. 1 lit. c MAR bei Bedarf der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht unverzüglich ausgehändigt werden. Insiderlisten dienen der Verbesserung der Überwachung von Insidergeschäften und erleichtern somit die Verfolgung und Aufdeckung von Insiderverstößen.<sup>110</sup>

---

<sup>109</sup> Vgl. Seibt, C. H., 2018, S. 112.

<sup>110</sup> Vgl. Schwark, E.; Zimmer, D., 2020.o. S. VO (EU) 596/2014 Art. 18 Rn. 5, 6.

#### 4.3.6 Bekannte Fälle von Insiderhandel

Im Dezember 2015 hatte der damalige Vorstandsvorsitzende der *Deutsche Börse AG* Carsten Kengeter für 4,5 Millionen Euro Aktien seines Unternehmens gekauft. Zwei Monate später wurden Fusionspläne mit der Londoner Börse LSE bekannt, was in Folge zu einem Kursanstieg der Aktie der *Deutsche Börse AG* führte. Im Zuge von Ermittlungen kam heraus, dass die Verhandlungen über die Fusion bereits im Sommer 2015 unter der Führung von Kengeter begonnen hatten, und er somit die Aktien in diesem Wissen erworben hatte. Damit hatte sich nach Ansicht des Landgerichts Frankfurt sowohl das Unternehmen *Deutsche Börse AG*, als auch Kengeter selbst des Insiderhandels und der Unterlassung einer Pflichtmitteilung strafbar gemacht. Das Unternehmen musste ein Bußgeld in Höhe von 10,5 Millionen Euro zahlen, Kengeter insgesamt 4,75 Millionen.<sup>111</sup>

Raj Rajaratnam galt jahrelang mit dem von ihm gegründeten Hedgefonds *Galleon Group* als einer der erfolgreichsten Akteure in der Finanzbranche, sein Fonds konnte herausragende Renditen erzielen. Im Oktober 2009 wurde Rajaratnam dann allerdings verhaftet und beschuldigt, mehr als 60 Millionen Dollar durch illegale Insidergeschäfte verdient zu haben. Beispielsweise konnte ihm durch ein abgehörtes Telefonat nachgewiesen werden, dass er von einem Verwaltungsrat-Mitglied von *Goldman Sachs* bereits vor offizieller Bekanntgabe über einen unerwarteten Quartalsverlust des Unternehmens informiert wurde. Rajaratnam konnte umgehend seine Aktienanteile von *Goldman Sachs* verkaufen und somit einem größeren Verlust verhindern.<sup>112</sup> Auch weitere bekannte Unternehmen wie *McKinsey*, *AMD*, *Intel* oder *IBM* waren in die Machenschaften von Rajaratnam verwickelt, entweder als Opfer oder als Tippgeber. 2011 wurde Raj Rajaratnam schließlich wegen Insiderhandels zu elf Jahren Gefängnis und einer Geldstrafe von zehn Millionen Dollar verurteilt.<sup>113</sup>

Ivan Boesky war in den 1980er Jahren einer der erfolgreichsten Börsen-Spekulanten an der New Yorker Wall Street, der sich über die Jahre ein Vermögen von über 200 Millionen Dollar aufbauen konnte. Doch dieser Erfolg kam nicht auf legalem Weg zu Stande, wie sich 1986 herausstellte. Ein Whistleblower hatte in einem anonymen Brief Boesky beschuldigt, ein Netzwerk aus Informanten zu bezahlen, das ihm Insiderinformationen beschaffte. Zu diesem Netzwerk gehörten Banker, Analysten, Anwälte und Finanzjournalisten. Boesky wurde verhaftet und wegen verbotener Insidergeschäfte zu drei Jahren Gefängnis und 100 Millionen Dollar Geldstrafe verurteilt. Boesky war auch das Vorbild für die Rolle des kriminellen Insiderhändlers Gordon Gekko in dem US-Spielfilm „Wall Street“ aus dem Jahr 1987.<sup>114</sup>

---

111 Vgl. Manager-Magazin, 2018, o.S.

112 Vgl. Kuls, N., 2011, o.S.

113 Vgl. WELT, 2011, o.S.

114 Vgl. Meyer, D., 2011, S. 50.

## 4.4 Ad-hoc-Publizität

### 4.4.1 Definition und Handhabung

Bei einer Ad-hoc-Meldung veröffentlicht eine Aktiengesellschaft potenziell aktienpreisverändernde Informationen. Die Veröffentlichung von Ad-hoc-Meldungen dient der effizienten Preisbildung am Markt, da dadurch relevante Informationen unverzüglich an die Öffentlichkeit gelangen und somit das Informationsgefälle zwischen Anlegern und Insidern ausgeglichen werden soll. Des Weiteren hat die Ad-hoc-Publizität eine Präventionsfunktion, da sie Marktmissbrauch und insbesondere Insiderhandel vorbeugt.<sup>115</sup> Veröffentlicht werden Insiderinformationen, die den Emittenten unmittelbar betreffen. Anlegerinnen und Anleger können durch das Bekanntwerden solcher Informationen schnell handeln und Wertpapiere kaufen oder verkaufen, wenn der Preis durch die Ad-hoc-Meldung beeinflusst wird. Die Ad-hoc-Publizität steht in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Tatbestand der Insiderinformation, da die Informationen aus Ad-hoc-Meldungen vor ihrer Veröffentlichung Insiderinformationen sind.<sup>116</sup>

Geregelt wird wie Veröffentlichung in Artikel 17 MAR. Es wird dort in Artikel 1 vorgeschrieben, dass die Informationen „unverzüglich (...) in einer Art und Weise veröffentlicht werden, die der Öffentlichkeit einen schnellen Zugang und eine vollständige, korrekte und rechtzeitige Bewertung ermöglicht“.

Unverzüglich wird nach deutschem Recht in §121 BGB zwar eindeutig definiert („ohne schuldhaftes Zögern“), da die MAR jedoch eine europäische Verordnung ist findet diese Definition hier keine Anwendung. Grundsätzlich sieht die European Securities and Markets Authority (ESMA) vor, dass Finanzinformationen bei Vorliegen direkt zu veröffentlichen sind. Bei schwer zu ermittelnden Veränderungen haben die Emittenten mehr Zeit, um Begründungen zu erstellen und veröffentlichen.<sup>117</sup> Damit einher geht auch die Pflicht des Emittenten Informationen selbstständig zu erkennen und zu bewerten, denn es liegt in der Verantwortung des Emittenten die Informationen einzuschätzen und zu bestimmen, dass sie als Ad-hoc-Meldung publiziert werden müssen.<sup>118</sup>

Die Information muss auch so veröffentlicht werden, dass die breite Öffentlichkeit schnellen Zugriff darauf hat. Dies bedeutet, dass der Zugriff unentgeltlich sowie ohne vorherige Registrierung möglich sein muss. Zudem ist die Information so zu veröffentlichen, dass ein verständiger Anleger erkennen kann, welche Auswirkungen mit der Meldung einhergehen können. Als Medium für die Veröffentlichung können beispielsweise Nachrichtenagenturen, nationale Zeitungen oder auch Finanzwebseiten gewählt werden. Nicht ausreichend wäre die Veröffentlichung in regionalen Zeitungen, auf der Webseite des Emittenten oder auch in den sozialen Netzwerken, da dort die Reichweite nicht groß genug ist, um die breite Öffentlichkeit zu erreichen.<sup>119</sup>

Beispiele für veröffentlichungspflichtige Umstände sind etwa der Rückwerb eigener Aktien, das Ausscheiden des Vorstandsvorsitzenden, der Abschluss eines Unternehmenskaufvertrages, Änderungen an bereits veröffentlichten Mitteilungen aus Zwischenberichten oder Jahresabschluss, wenn Aufwendungen oder Erträge außerplanmäßig in erheblichem

---

115 Vgl. Schwark, E.; Zimmer, D., 2020.o. S. VO (EU) 596/2014 Art. 17 Rn. 14-16.

116 Vgl. Hopt, K. J. et al., 2021.o. S. MAR Art. 17 Rn. 1, 2.

117 Vgl. Hopt, K. J. et al., 2021.o. S. MAR Art. 17 Rn. 10-11.

118 Vgl. Boujong, K.; Ebenroth, C. T.; Bergmann, A., 2020.o. S. Marktmissbrauchs-VO Art. 17 Rn. 17.

119 Vgl. Schwark, E.; Zimmer, D., 2020.o. S. VO (EU) 596/2014 Art. 17 Rn. 138-148.

Umfang anfallen, wenn der Emittent seine Zulassung an einer Börse widerruft oder auch bei Stimmrechtsveränderungen.<sup>120</sup>

Auch bei Verdacht auf Manipulation in den Unternehmensbilanzen gibt es eine Ad-hoc-Pflicht. Diese Vorgabe verpflichtete am 22. Juni 2020 zum Beispiel das Unternehmen *Wirecard AG* zu veröffentlichen, dass ein ausgewiesenes Bankguthaben in Höhe von 1,9 Milliarden Euro sehr wahrscheinlich nicht existiert.<sup>121</sup> Diese Nachricht sorgte für einen Kurssturz der *Wirecard*-Aktie, am 25. Juni 2020 zu einem Insolvenzantrag des Unternehmens und im Nachgang zu einem Finanzskandal, dessen Umfang und Verantwortlichkeiten bis zum Zeitpunkt der Erstellung dieser Bachelorarbeit noch nicht vollständig aufgeklärt wurden.<sup>122</sup>

Im Jahre 2020 haben Emittenten aus Deutschland insgesamt 2.397 Ad-hoc-Mitteilungen veröffentlicht, was ein Anstieg von 420 Mitteilungen im Vergleich zum Vorjahr bedeutet. Grund für den Anstieg ist unter anderem die Corona-Pandemie, die es durch die damit verbundene Wirtschaftskrise öfter erforderlich machte, Ad-hoc-Mitteilungen zu veröffentlichen.<sup>123</sup> In Abbildung 5 sieht man eine Übersicht der Anzahl von Ad-hoc-Mitteilungen pro Jahr seit 2008 durch die blauen Balken und die Anzahl von Befreiungen in orange, die in Abschnitt 4.4.2 behandelt werden.

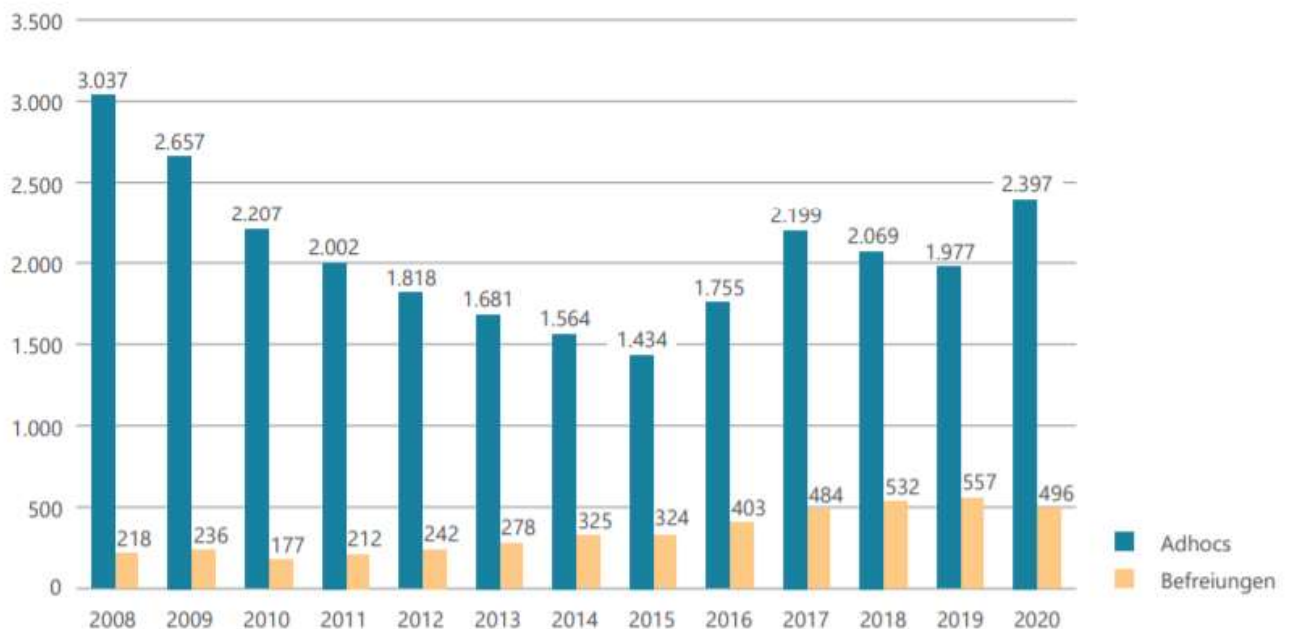


Abbildung 5: Ad-hoc-Mitteilungen pro Jahr

Quelle: Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, 2021a, S. 90.

120 Vgl. Hopt, K. J. et al., 2021.o. S. MAR Art. 17 Rn. 6-9.

121 Vgl. wirecard, 2021, o.S.

122 Vgl. Bender, R. et al., 2020, S. 1.

123 Vgl. Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, 2021a, S. 90.



#### 4.4.2 Aufschiebung der Ad-hoc-Veröffentlichungspflicht

Es gibt auch die Möglichkeit, die Veröffentlichung aufzuschieben. Es ist nach Artikel 17 Abs. 4 MAR auf eigene Verantwortung erlaubt, wenn folgende drei Voraussetzungen erfüllt sind:

- „a) Die unverzügliche Offenlegung wäre geeignet die berechtigten Interessen des Emittenten oder Teilnehmers am Markt für Emissionszertifikate zu beeinträchtigen,
- b) die Aufschiebung der Offenlegung wäre nicht geeignet, die Öffentlichkeit irrezuführen,
- c) der Emittent oder Teilnehmer am Markt für Emissionszertifikate kann die Geheimhaltung dieser Informationen sicherstellen.“

Die ESMA hat zur Definition von berechtigten Interessen eine Leitlinie verfasst, die Beispiele zu solchen Interessen nennt. Nicht direkt zu veröffentlichen sind etwa „Verhandlungen, deren Ergebnis durch die unverzügliche öffentliche Bekanntgabe wahrscheinlich gefährdet würde“<sup>124</sup>, beispielsweise fallen Fusionsverhandlungen oder Veräußerung wesentlicher Vermögenswerte darunter. Ebenso muss nicht direkt veröffentlicht werden, wenn das finanzielle Überleben des Emittenten unmittelbar und stark gefährdet ist und eine Ad-hoc-Meldung den Verhandlungsabschluss gefährden würde, welcher eigentlich den Emittenten finanziell retten soll. Auch kann auf eine direkte Mitteilung verzichtet werden, wenn der Emittent etwas erfunden oder ein Produkt entwickelt hat und eine Offenlegung die Rechte des geistigen Eigentums gefährden könnte.<sup>125</sup>

Die Irreführung wird von der ESMA dann als wahrscheinlich angesehen, wenn die Insiderinformation wesentlich von einer früher durch den Emittenten veröffentlichten Information abweicht, wenn die Information das Nicht-Erreichen der vorher veröffentlichten finanziellen Ziele des Emittenten betreffen oder der Inhalt der Insiderinformation nicht mit den Erwartungen des Kapitalmarktes übereinstimmt, die der Emittent zuvor selbst geschürt hat.<sup>126</sup>

Der letzte zu erfüllende Punkt, betrifft die Sicherstellung der Geheimhaltung der Information. Dies ist bereits nicht mehr gegeben, wenn Gerüchte, die sich auf die Insiderinformation beziehen, im Umlauf sind. Um die Geheimhaltung zu gewährleisten, muss der Emittent organisatorische Maßnahmen ergreifen, zum Beispiel die Personenanzahl verringern, die Zugriff auf Informationen haben.<sup>127</sup>

Eine weitere Möglichkeit zum Aufschiebung der Veröffentlichung wird in Artikel 17 Abs. 5 MAR genannt. Hier wird die Möglichkeit gegeben, systemrelevante Insiderinformationen aufzuschieben, wenn ein öffentliches Interesse vorliegt. Diese Möglichkeiten gelten nur für Kredit- oder Finanzinstitute und folgende Bedingungen müssen erfüllt werden:

- „a) die Offenlegung der Insiderinformationen birgt das Risiko, dass die finanzielle Stabilität des Emittenten und des Finanzsystems untergraben wird;
- b) der Aufschiebung der Veröffentlichung liegt im öffentlichen Interesse;
- c) die Geheimhaltung der betreffenden Informationen kann gewährleistet werden“.

---

124 European Securities and Markets Authority, 2016b, S. 4.

125 Vgl. European Securities and Markets Authority, 2016b, S. 5.

126 Vgl. European Securities and Markets Authority, 2016b, S. 3.

127 Vgl. Boujong, K.; Ebenroth, C. T.; Bergmann, A., 2020.o. S. Marktmissbrauchs-VO Art. 17 Rn. 30.

Zudem besagt lit. d, dass die zuständige Behörde (in Deutschland die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht) dem Aufschub zustimmen muss. Die BaFin muss wöchentlich prüfen, ob die Voraussetzungen noch vorliegen. Falls die Zustimmung entzogen wird, muss der Emittent die Insiderinformation unverzüglich offenlegen.<sup>128</sup>

Diese Regelung entstand vor dem Hintergrund der Finanzkrise der Jahre 2008/2009, bei der es häufig vorkam, dass Ad-hoc-Meldungen zu einem Abzug von Liquidität aus den Unternehmen führte und somit die Zahlungsfähigkeit weiter gefährdet wurde.<sup>129</sup> So geschehen war es zum Beispiel bei der britischen Bank *Northern Rock*, bei der es im September 2007 zu Engpässen in der Liquidität kam und daraufhin die *Bank of England*, welche die Zentralbank des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland ist, mit einem Notfall-Kredit aushelfen musste. Infolgedessen kam es zu einem Ansturm auf die Bankfilialen von *Northern Rock*, bei denen Kunden aus Angst um ihre Einlagen insgesamt mehrere Milliarden Pfund von ihren Konten abhoben und somit die Krise der Bank weiter vorantrieben.<sup>130</sup>

Da Artikel 17 Abs. 5 MAR nur für systemrelevante Insiderinformationen gilt, und solche Informationen in der Regel nur bei systemrelevanten Instituten auftreten, muss zunächst geklärt werden, wann ein Institut als systemrelevant einzustufen ist. In Deutschland übernimmt die Einteilung in diese Kategorie gemäß §10f Abs. 1 KWG die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht im Einvernehmen mit der Bundesbank. Die Kriterien für die Einstufung finden sich in §10f Abs. 2 KWG und sind etwa die Größe, die Vernetztheit im Finanzsystem oder auch die Ersetzbarkeit im Hinblick auf die angebotenen Dienstleistungen. Wenn systemrelevante Institute ausfallen, ist damit auch immer das gesamte Finanzsystem gefährdet.<sup>131</sup>

#### 4.4.3 Zivilrechtliche Folgen eines Verstoßes

Im deutschen Wertpapierhandelsgesetz WpHG werden Schadensersatzpflichten im Falle eines Verstoßes gegen die Ad-hoc-Publizität geregelt. So muss gemäß §97 Abs. 1 WpHG der Emittent Schadensersatz zahlen, wenn er keine Ad-hoc-Mitteilung veröffentlicht obwohl er die hätte tun müssen. Empfänger der Zahlung sind Dritte, die durch die Unterlassung der Veröffentlichung finanziellen Schaden entweder durch den Kauf, das Halten oder den Verkauf des Wertpapiers erlitten haben. Nach §97 Abs. 2 und 3 WpHG gilt die Regelung nicht, wenn der Emittent nachweisen kann, dass er nicht vorsätzlich oder grob fahrlässig gehandelt hat oder der Dritte die Information trotzdem kannte.

§98 WpHG legt fest, dass auch Schadensersatz gezahlt werden muss, wenn der Emittent unwahre Insiderinformationen veröffentlicht hat. Geschädigte Empfänger des Schadensersatzes sind Dritte, die auf die Richtigkeit der Information vertraut haben und deshalb ein Wertpapier gekauft, gehalten oder verkauft haben. Auch hier gilt gemäß §98 Abs. 3 WpHG die Ausnahme, dass der Dritte keinen Anspruch auf Schadensersatz hat, wenn er um die Unrichtigkeit der Insiderinformation wusste. §98 Abs. 2 WpHG regelt die Ausnahme, dass der Emittent nicht verantwortlich ist, wenn er nicht wusste, dass die Information unwahr ist und die Unkenntnis nicht auf grobe Fahrlässigkeit zurückzuführen ist.

---

128 Vgl. Boujong, K.; Ebenroth, C. T.; Bergmann, A., 2020.o. S. Marktmissbrauchs-VO Art. 17 Rn. 31.

129 Vgl. Schwark, E.; Zimmer, D., 2020.o. S. VO (EU) 596/2014 Art. 17 Rn. 287.

130 Vgl. Handelsblatt, 2007, o.S.

131 Vgl. Schwark, E.; Zimmer, D., 2020.o. S. VO (EU) 596/2014 Art. 17 Rn. 299.

## 4.5 Directors' Dealings

### 4.5.1 Tatbestand und Zweck

Führungskräfte haben normalerweise mehr Einblicke und können sich ein genaueres Bild über die wirtschaftliche Situation ihres Unternehmens machen, als es andere Anleger können. Um zu verhindern, dass dieser Wissensvorsprung missbräuchlich verwendet wird, gibt es in Artikel 19 MAR genauere Vorschriften über Eigengeschäfte von Führungskräften (auch Directors' Dealings genannt) und deren Offenlegung. Dadurch wird sichergestellt, dass alle Anleger entscheidungsrelevante Informationen bekommen können und somit die Markttransparenz verbessert wird.<sup>132</sup> Im Unterschied zur Marktmanipulation und auch dem Insiderhandel sind Directors' Dealings unter den im Folgenden näher beschriebenen Auflagen und Vorschriften erlaubt.

In Artikel 19 Abs. 1 MAR wird festgelegt, dass Personen, die bei einem Emittenten Führungsaufgaben wahrnehmen sowie mit ihnen eng verbundene Personen sowohl dem Emittenten, als auch der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht spätestens drei Geschäftstage nach Datum des Geschäfts mitteilen müssen, dass sie Eigengeschäfte mit Anteilen, Schuldtiteln oder damit verbundenen Derivaten des Emittenten vorgenommen haben.

Die in diesem Abschnitt bezeichneten Personen, werden in Artikel 3 Abs. 1 Nr. 25 und Nr. 26 MAR näher erläutert. In Nr. 25 heißt es, dass eine Person, die Führungsaufgaben wahrnimmt, eine Person innerhalb eines Emittenten bezeichnet, die einem Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan dieses Unternehmens angehört (Artikel 3 Abs. 1 Nr. 25 lit. a MAR). Dies können beispielsweise Mitglieder des Vorstands oder Aufsichtsrats eines Unternehmens sein. Ebenso gemeint sind solche Personen, die zwar nicht einem solchen Organ angehören, aber dennoch höhere Führungskraft sind und dadurch regelmäßig Zugang zu Insiderinformationen dieses Unternehmens haben und dabei über die Befugnis verfügen, unternehmerische Entscheidungen für dieses Unternehmen zu treffen (Artikel 3 Abs. 1 Nr. 25 lit. b MAR).

Eng verbundene Personen können gemäß Artikel 3 Abs. 1 Nr. 26 MAR Ehepartner oder einem Ehepartner gleichgestellte Personen (lit. a), unterhaltsberechtignte Kinder (lit. b) oder seit einem Jahr im gleichen Haushalt lebende Verwandte sein (lit. c). Außerdem können neben natürlichen Personen auch juristische Personen oder Personengesellschaften eng verbundene Personen sein, wenn die natürliche Person, die dort Führungsaufgaben wahrnimmt, ebenfalls in einem anderen Unternehmen Führungsaufgaben wahrnimmt oder zumindest die wirtschaftlichen Interessen übereinstimmen (lit. d).

Die Personen, die Führungsaufgaben wahrnehmen sowie mit ihnen eng verbundene Personen müssen gemäß Artikel 19 Abs. 5 MAR von den Emittenten schriftlich über ihre Pflichten bei Directors' Dealings informiert werden. Zudem müssen die Emittenten eine Liste der Personen mit Führungsaufgaben und Personen mit enger Beziehung zu ihnen erstellen.

---

<sup>132</sup> Vgl. Kalss, S.; Oppitz, M.; Zöllner, J., op. 2015, S. 698.

Im Jahre 2020 wurden der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht BaFin 3.793 Meldungen bezüglich Directors' Dealings gemacht, was einen Anstieg von 595 Meldungen im Vergleich zum Jahre 2019 bedeutet.<sup>133</sup> In Abbildung 6 sieht man eine Übersicht der Anzahl der Directors' Dealings Meldungen pro Jahr.

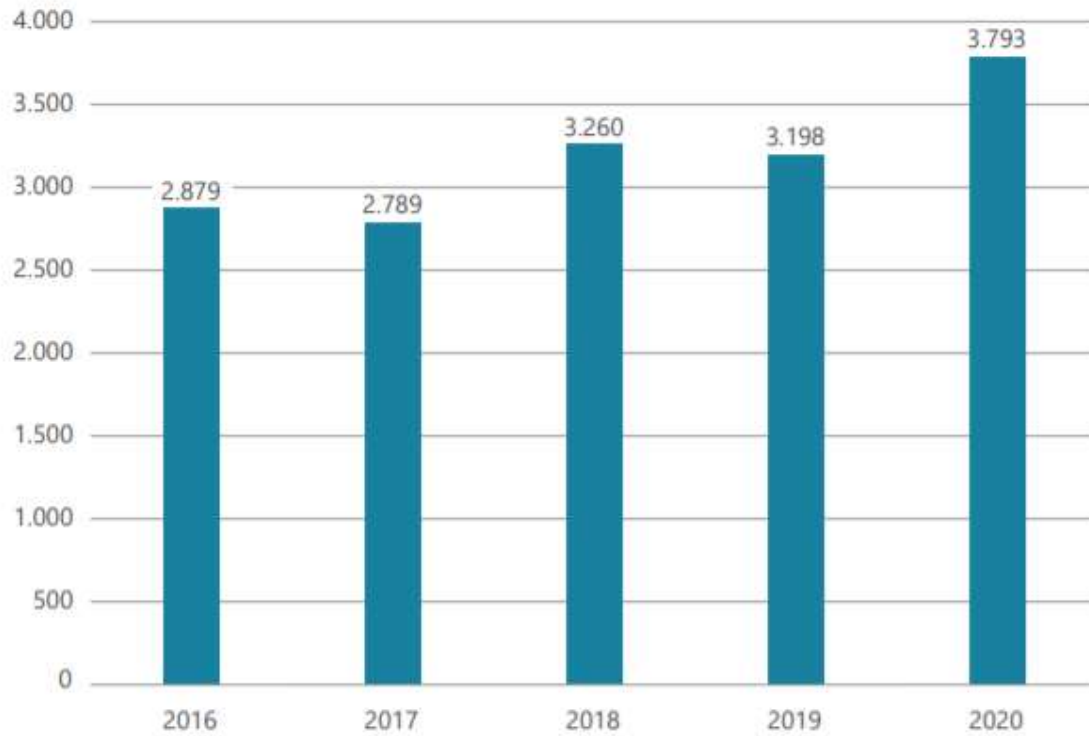


Abbildung 6: Anzahl Meldungen Directors' Dealings pro Jahr

Quelle: Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, 2021a, S. 91.

<sup>133</sup> Vgl. Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, 2021a, S. 91.

### 4.5.2 Schwellenwert

Für die Veröffentlichung der Geschäfte gilt ein Schwellenwert von 5 000€ pro Kalenderjahr, welcher durch eine Addition aller Geschäfte erreicht werden muss. Sind die Geschäfte von geringerem Wert, muss nach Artikel 19 Abs. 8 MAR keine Meldung erfolgen. Die zuständigen Behörden der Mitgliedsländer können gemäß Artikel 19 Abs. 9 MAR diesen Schwellenwert allerdings auch auf 20 000€ anheben, müssen dies jedoch vorher bei der ESMA begründen. Zum 01. Januar 2020 hat die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht für Deutschland von diesem Recht Gebrauch gemacht und den Schwellenwert auf 20 000€ angehoben. Begründet wurde es unter anderem damit, dass sich die Anzahl der Meldungen von einem Wert unter 20 000€ in den letzten Jahren deutlich erhöht habe und somit die Signalwirkung zu schwach wäre. Zudem sollen die Emittenten durch die Anhebung des Schwellenwertes entlastet werden, da die Erfüllung der Meldepflichten einen hohen Aufwand, gerade für kleinere und mittlere Unternehmen, bedeutet.<sup>134</sup>

### 4.5.3 Closed Periods

In Artikel 19 Abs. 11 MAR werden sogenannte Closed Periods geregelt. Dies bedeutet, dass es ein Verbot für veröffentlichungspflichtige Eigengeschäfte von Führungskräften in einem Zeitraum von 30 Kalendertagen vor Veröffentlichung eines verpflichtenden Zwischen- oder Jahresabschlussberichts gibt. Dieses Verbot gilt nicht für Personen, die in enger Beziehung mit Führungskräften stehen.<sup>135</sup> Ausnahmen werden in Artikel 19 Abs. 12 MAR genannt, zum Beispiel können Verkäufe getätigt werden, wenn außergewöhnliche Umstände einen unverzüglichen Verkauf erforderlich machen, wie etwa schwerwiegende finanzielle Schwierigkeiten. Käufe sind während der Closed Periods ausnahmslos verboten.<sup>136</sup>

## 4.6 Kursstabilisierung und Rückkaufprogramme

Der Handel mit eigenen Aktien wird gemäß Artikel 5 Abs. 1, 4 MAR vom Marktmanipulations- und Insiderhandelsverbot ausgenommen, vorausgesetzt er findet im Rahmen von Kursstabilisierungsmaßnahmen und Rückkaufprogrammen von eigenen Aktien statt. Als Kursstabilisierung gilt gemäß Artikel 3 Abs. 2 lit. d MAR jeder Kauf von Wertpapieren und jede Transaktion von vergleichbaren verbundenen Instrumenten, wenn es dem alleinigen Ziel dient, den Kurs dieser Wertpapiere, die unter Verkaufsdruck stehen, zu stützen. Dies kann sowohl bei einer Erstplatzierung (erstmalige Ausgabe der Aktie) oder auch Zweitplatzierung (Handel mit bereits herausgegebenen Aktien an Handelsplätzen) geschehen. Zudem können nur Wertpapierfirmen oder Kreditinstitute solche Kursstabilisierungsmaßnahmen durchführen.<sup>137</sup> Market-Maker Tätigkeiten oder sonstige Maßnahmen, die nicht ausschließlich der Kursstützung dienen, sind nicht erfasst.<sup>138</sup>

Diese Regelungen des Artikels 5 MAR nennt man auch „Safe Harbour“, also sicherer Hafen, da die Emittenten dort keine Sanktionierung wegen Marktmissbrauch befürchten müssen.<sup>139</sup> Dennoch nennt die Marktmissbrauchsverordnung mehrere Kriterien, die bei der Anwendung beachtet werden müssen.

---

<sup>134</sup> Vgl. Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, 2021d, o.S.

<sup>135</sup> Vgl. Seibt, C. H., 2018, S. 116.

<sup>136</sup> Vgl. Assmann, H.-D.; Schütze, R. A.; Buck-Heeb, P., 2020.o. S. § 8 Insiderrecht Rn. 343.

<sup>137</sup> Vgl. Schwark, E.; Zimmer, D., 2020.o. S. VO (EU) 596/2014 Art. 5 Rn. 13.

<sup>138</sup> Vgl. Boujong, K.; Ebenroth, C. T.; Bergmann, A., 2020.o. S. Marktmissbrauchs-VO Art. 5 Rn. 3, 4.

<sup>139</sup> Vgl. Assmann, H.-D.; Schütze, R. A.; Buck-Heeb, P., 2020.o. S. § 10 Verbot der Marktmanipulation Rn. 92.

Gemäß Artikel 5 Abs. 1-3 MAR sind Aktienrückkaufprogramme dann zulässig, wenn sie die Gründe haben das Kapital herabzusetzen, Verpflichtungen aus Mitarbeiterbeteiligungen nachzukommen oder sonstige Options- oder Wandlungsrechte zu erfüllen. Dabei muss der Emittent beachten, dass er die Käufe der zuständigen Behörde, also der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht in Deutschland, meldet und danach veröffentlicht. Auch muss er Grenzen in Kurs und Volumen der Aktienkäufe einhalten. Diese werden in Artikel 3 Abs. 2 und 3 der Delegierten Verordnung (EU) 2016/1052 definiert. Dort heißt es, dass Aktien nur zu einem Kurs erworben werden dürfen, der unter dem letzten unabhängig getätigten Abschluss oder unter dem aktuell höchsten unabhängigen Angebot auf dem Handelsplatz liegt. Das Volumen wird auf maximal „25 Prozent des durchschnittlichen täglichen Aktienumsatz auf dem Handelsplatz, auf dem der Kauf erfolgt“ beschränkt. Ausgeschlossen ist die Safe-Harbour-Regelung für Rückkäufe, die zum Handelszweck getätigt wurde, also mit einer Gewinnerzielungsabsicht.<sup>140</sup>

Die Voraussetzungen für die Kursstabilisierungsmaßnahmen finden sich in Artikel 5 Abs. 4 MAR. Diese sind die zeitliche Befristung der Maßnahme, die Angemessenheit des Kurses sowie die Offenlegung relevanter Informationen und Meldung dieser an die zuständige Behörde. Gemäß Artikel 5 Abs. 1 Delegierte Verordnung (EU) 2016/1052 gilt als zulässiger Zeitraum einer Stabilisierung bei Aktien und Aktien entsprechenden Wertpapieren maximal 30 Tage. Als angemessen gilt ein Kurs gemäß Artikel 7 Abs. 1 und 2 Delegierte Verordnung (EU) 2016/1052, wenn er nicht höher als der Emissionskurs oder höher als der Marktkurs ist.

Im Gegensatz dazu ist eine Kursstabilisierungsmaßnahme gegen den Markttrend, also das künstliche Halten des Kurses für eine längere Zeit auf einem bestimmten Niveau, nicht von der Safe-Harbour-Regelung abgedeckt.<sup>141</sup>

## 5. Bekannte Fälle von Marktmanipulationen

### 5.1 Falschmeldung über *Emulex Corp.*

Am 25. August 2000 kam es zu einer informationsgestützten Marktmanipulation auf den Aktienkurs des amerikanischen Unternehmens *Emulex Corp.* Die Nachrichtenagenturen *Bloomberg* und *Dow Jones* veröffentlichten eine Pressemitteilung, in der bekannt gemacht wurde, dass das Unternehmen seine Gewinnprognose revidiere, der CEO zurückgetreten sei und die US-Börsenaufsicht SEC Ermittlungen wegen des Verdachts der Bilanzmanipulation aufgenommen habe. Die beiden Nachrichtenagenturen hatten diese Meldung ungeprüft von einem Verteilservice für Pressemitteilungen namens *Internet Wire Inc.* übernommen. In Folge der Veröffentlichungen kam es zu einem Kurssturz der *Emulex*-Aktie, die innerhalb weniger Minuten um rund 58% von 104 Dollar auf 43 Dollar fiel. Als daraufhin der Vorstand von *Emulex* die Vorwürfe dementierte und sich die Nachrichten als unwahr herausstellten, wurde der Handel der Aktie ausgesetzt und zu 120 Dollar wieder aufgenommen.

Urheber der Falschmeldungen war der 23-jährige Student Mark Jakob, ein ehemaliger Mitarbeiter von *Internet Wire*. Er hatte auf sinkende Kurse von *Emulex* gewettet, was allerdings nicht eintrat. Um ein Sinken zu bewirken, schickte er unter falschem Namen die gefälschte Pressemitteilung an *Internet Wire*, mit der Bitte, diese am nächsten Tag zu verbreiten. In Folge des Kurssturzes konnte er rund 353 000 Dollar Gewinn erzielen.

---

140 Vgl. Boujong, K.; Ebenroth, C. T.; Bergmann, A., 2020.o. S. Marktmissbrauchs-VO Art. 5 Rn. 2.

141 Vgl. Assmann, H.-D.; Schütze, R. A.; Buck-Heeb, P., 2020.o. S. § 10 Verbot der Marktmanipulation Rn. 103.

Jakob wurde wenige Tage nach der Tat festgenommen und zu 3 Jahren und 8 Monaten Gefängnis verurteilt. Zudem musste er den zu Unrecht erzielten Gewinn herausgeben und eine sechsstellige Geldbuße bezahlen.<sup>142</sup> Den Anlegerinnen und Anlegern entstand ein Schaden von mehr als 100 Millionen Dollar.<sup>143</sup>

## 5.2 Silberspekulation der Gebrüder Hunt

Die Silberspekulation der Gebrüder Hunt ist ein Beispiel von Cornering und somit von handelsgestützter Marktmanipulation. In den 1970er Jahren begannen die drei Brüder Nelson Bunker, William Herbert und Lamar Hunt in großem Stil Silber in Form von physischem Silber sowie Silberterminkontrakten aufzukaufen. Der Preis lag zu Beginn noch bei unter zwei Dollar je Unze. In Folge der massiven Investitionen stieg der Preis immer weiter an, was vermehrt Spekulanten und Investoren anzog, sodass Anfang der 1980er Jahre der Preis auf knapp 50 Dollar pro Unze anstieg. Mittlerweile hatten die Hunts und arabische Investoren, die sich den Brüdern anschlossen, Schätzungen zufolge mehr als die Hälfte der weltweit verfügbaren Silbervorräte in Besitz. Zum Teil hatten sie sogar Kredite aufgenommen, um die Silberkäufe zu finanzieren.

Das Ende des Preisanstiegs kam durch eine Entscheidung der New Yorker Börse und der Terminbörsenaufsicht, die festlegte, dass sowohl keine Long-Positionen auf Silber eingegangen werden durften als auch bei Terminkontrakten eine hundertprozentige Sicherheit hinterlegt werden musste. Diese Entscheidungen führten dazu, dass der Silberpreis einbrach. Es kam zu Panikverkäufen und der Kurs fiel in der Folgezeit auf knapp über 10 Dollar, später sogar auf knapp 5 Dollar. Die Gebrüder Hunt machten Verluste in Höhe von etwa zwei Milliarden Dollar und mussten sich gerichtlich bezüglich des Vorwurfs der Marktmanipulation verantworten.<sup>144</sup>

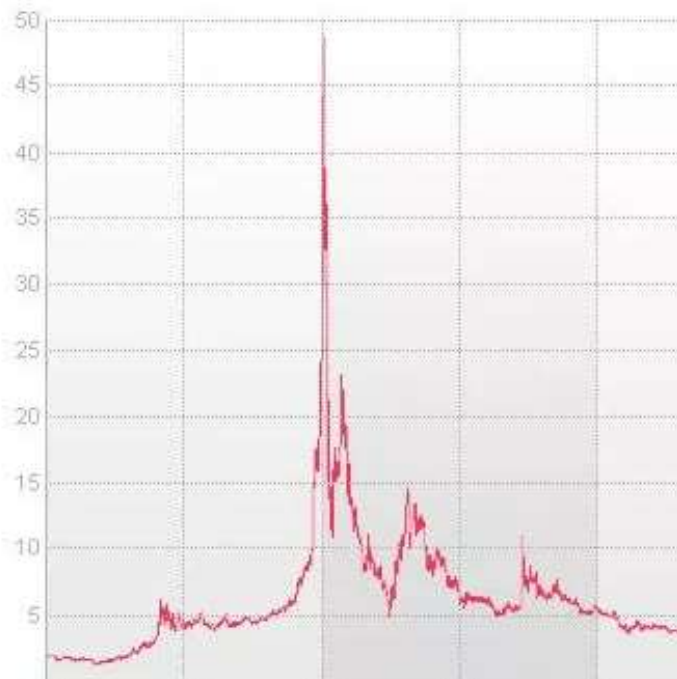


Abbildung 7: Silberchart in \$ pro Unze

Quelle: Klein, C., 2013, o.S.

142 Vgl. Eichelberger, J., 2006, S. 21.

143 Vgl. Daum, R., 2004, S. 58.

144 Vgl. Johannsen, K., 2006, o.S.

Abbildung 7 zeigt den Chart des Silberpreises in Dollar pro Unze zu der Zeit der Manipulation. Man erkennt Anfang des Jahres 1980 den massiven Anstieg des Preises auf knapp 50 Dollar und den darauffolgenden Einbruch des Preises.<sup>145</sup>

### 5.3 Anschlag auf den Mannschaftsbus des BVB

Ein prominentes Beispiel für einen Versuch der Marktmanipulation war der Sprengstoffanschlag auf den Mannschaftsbus von *Ballspielvereins Borussia 09 e.V. Dortmund (BVB)* am 11.4.2017. Die Herrenmannschaft der Fußballabteilung war an diesem Tag auf dem Weg zum Viertelfinalhinspiel der Champions League, als in unmittelbarer Nähe des Busses drei Sprengsätze detonierten. Im Laufe der Ermittlungen stellte sich heraus, dass der Täter bewusst die Verletzung oder gar Tötung von möglichst vielen Spielern herbeiführen wollte.

Der Grund dieses Anschlags war nicht etwa terroristischer, sondern wirtschaftlicher Natur. Die *Borussia Dortmund GmbH & Co. KGaA* ist börsennotiert und der Kurs der Aktie hängt unmittelbar mit dem sportlichen Abschneiden der Herren-Fußballmannschaft und damit verbundenem wirtschaftlichen Erfolg zusammen. Wäre der Anschlag wie geplant verlaufen, so hätten dem Verein wichtige Spieler nicht zur Verfügung gestanden und die Chancen auf Erfolg in Bundesliga und Champions League wären deutlich gesunken. Dies hätte auch wirtschaftlich negative Konsequenzen für die KGaA gehabt und somit ebenso auf den Aktienpreis. Um von diesem Aktienpreistrückgang zu profitieren, hatte der Täter am Tattag 15.000 Verkaufsoptionsscheine auf die Aktien des Vereins gekauft, in der Hoffnung, dass nach dem Anschlag der Preis sinken würde und er somit Gewinne erzielen könnte. Glücklicherweise ging der Plan nicht auf, es gab keine Toten und nur einen leicht verletzten Spieler. Der Kurs der Aktie stieg in den nächsten Tagen sogar leicht an.<sup>146</sup>

Die Frage, die sich nun stellt, ist, ob sich der Täter auch der strafbaren Marktmanipulation schuldig gemacht hat. Vor Gericht wurde er wegen des versuchten Mordes in 28 Fällen und der Herbeiführung einer Sprengstoffexplosion zu 14 Jahren Haft verurteilt. Der Tatbestand der Marktmanipulation wurde nicht berücksichtigt.<sup>147</sup> Während Klaus Ulrich Schmolke den Vorgang als handlungsgestützte Marktmanipulation einstuft,<sup>148</sup> sind Georg Köpferl und Kilian Wegner in ihrem Artikel anderer Ansicht. Sie überprüften die Tat in Hinblick auf die Tatbestandsmerkmale der handels- und handlungsgestützten Marktmanipulation. Eine handlungsgestützte Manipulation durch den Kauf der Verkaufsoptionsscheine sahen sie nicht als gegeben an, da der Täter durch den Kauf keine falschen oder irreführenden Signale an den Markt senden wollte, sondern sein Plan auf Gewinnerzielung durch den Sprengstoffanschlag basierte.<sup>149</sup> Auch die Durchführung des Anschlags sehen sie nicht als erfüllten Tatbestand der Marktmanipulation an, da hier ebenfalls keine täuschenden Elemente vorliegen, die einen verständigen Anleger in die Irre führen könnten.<sup>150</sup>

### 5.4 Manipulationen von *JP Morgan*

Die US-Bank *JP Morgan* gab im September 2020 zu, dass ihre Händler in den Jahren 2009 bis 2016 in großem Stil Order zum Kauf und Verkauf von Termingeschäften für Gold, Silber, Platin und Palladium platziert hatten, die sie allerdings nie wirklich ausführen wollten. Stattdessen annullierten sie diese Order jedes Mal wieder. Eine ähnliche Methode sollen

---

145 Vgl. Klein, C., 2013, o.S.

146 vgl. Köpferl, G.; Wegner, K., 2017, S. 1924.

147 Vgl. Redaktion beck-aktuell, 2018, o.S.

148 Vgl. Schmolke, K. U., 2019, S. 655.

149 Vgl. Köpferl, G.; Wegner, K., 2017, S. 1927.

150 Vgl. Köpferl, G.; Wegner, K., 2017, S. 1929.



sie auch bei Termingeschäften für Staatsanleihen zur Manipulation genutzt haben. Das Ziel der Händler war es, Interesse vorzutäuschen und somit die Preise zu beeinflussen.

Diese Strategie nennt sich „Spoofing“ und ist eine Art der handelsgestützten Manipulation, die ähnlich wie die bereits in Abschnitt 2.4.2 erklärte Spam and Cancel Manipulation funktioniert. *JP Morgan* zahlte als Strafe rund 920 Millionen Dollar, was bisher die höchste Strafe ist, die je von der amerikanischen Derivate-Aufsicht Commodity Futures Trading Commission (CFTC) verhängt wurde.<sup>151</sup>

## 5.5 De Berenger aus dem Jahre 1814

Eine der frühesten bekannten Marktmanipulationen wurde im Jahre 1814 in England begangen. Zu dieser Zeit befand sich das Land in den sogenannten Befreiungskriegen gegen Frankreich unter der Herrschaft von Napoleon Bonaparte. Die Börse reagierte damals stark auf positive oder negative Kriegsergebnisse.

Charles Random de Berenger wusste um diesen Umstand und erschien am Morgen des 21. Februar 1814 als Offizier verkleidet an der Londoner Börse. Dort erzählte er, dass Napoleon getötet worden sei, alliierte Truppen in Paris stünden und Frankreich somit geschlagen sei. Komplizen von ihm, die ebenfalls uniformiert waren, bestätigten seine Aussagen. Da die Anlegerinnen und Anleger nun davon überzeugt waren, dass der Krieg beendet sei, stiegen in der Folge die Aktienkurse insgesamt stark an. De Berenger und seine Komplizen nutzten diese Kursanstiege aus und verkauften ihre zuvor eingekauften Aktienpositionen mit großem Gewinn. Als sich herausstellte, dass de Berengers Behauptungen falsch waren, brachen die Kurse wieder ein.<sup>152</sup>

Bei dieser Art der Manipulation handelt es sich um eine informationsgestützte Marktmanipulation, da de Berenger bewusst falsche Informationen veröffentlicht hat, um von den dadurch steigenden Kursen zu profitieren.

## 5.6 Der Fall *GameStop*

Die Aktie des Videospieldhändlers *GameStop* wurde Anfang des Jahres 2021 zum Spielball in einem „Duell“ zwischen großen Hedgefonds, die die Aktie leerverkauft hatten, und einer Vielzahl von Kleinanlegerinnen und Kleinanlegern, die sich auf einem Internetportal namens *Reddit* zum Kauf der Aktie verabredet hatten. In der Folge gerieten mehrere Beteiligte in den Verdacht Marktmanipulation begangen zu haben.<sup>153</sup>

Das Unternehmen *GameStop* steht unter anderem aufgrund der Corona-Pandemie und der zunehmenden Verlagerung von Videospielekäufen vom stationären Handel hin zum Internet wirtschaftlich nicht gut da. Diese Tatsachen nahmen diverse Hedgefonds zum Anlass, die Aktie des Unternehmens leer zu verkaufen, da sie eine Verbesserung der wirtschaftlichen Situation als unwahrscheinlich einschätzten. Zwischenzeitlich war es sogar so, dass mehr *GameStop*-Aktien leerverkauft waren als es überhaupt Aktien des Unternehmens gab.<sup>154</sup>

Diese Vorgänge bekamen auch viele Kleinanlegerinnen und Kleinanleger mit, die sich in der Folge auf der Social-Media-Plattform *Reddit* zum Kauf der *GameStop*-Aktie verabredeten. Hierbei wurde auch darauf aufmerksam gemacht, dass die Hedgefonds durch den aus den Käufen resultierenden Kursanstieg finanziellen Schaden nehmen werden. Das *Reddit*-

---

151 Vgl. tagesschau, 2020, o.S.

152 Vgl. Eichelberger, J., 2006. S.1

153 Vgl. Schauer, P.; Merwald, M., 2021, S. 280.

154 Vgl. Wegner, K., 2021, S. 181.

Forum hatte mehrere Millionen Nutzer, von denen in der Folge viele dem Aufruf folgten und begannen, sich mit Aktien des Unternehmens einzudecken.<sup>155</sup>

Was dann passierte, nennt man einen Short Squeeze (squeeze: englisch für auspressen). Ein Short Squeeze entsteht dann, wenn nach einem Leerverkauf der Aktienkurs wider Erwarten beginnt anzusteigen, denn dann müssen die offenen Positionen zur Begrenzung der Verluste von den Leerverkäufern wieder zurückgekauft werden. Wenn viele gleichzeitig versuchen, die Aktien auf dem Markt zurückzukaufen, kann es zu einem starken Nachfrageüberhang kommen, in dessen Folge der Kurs weiter nach oben getrieben wird. In manchen Fällen kann es passieren, dass es nicht genug Aktien auf dem Markt gibt, die gekauft werden können. Diese Situation sorgt in der Folge dafür, dass die Preise weiterhin schnell ansteigen.<sup>156</sup>

Genau das passierte auch mit der *GameStop*-Aktie. Als viele *Reddit*-User die Aktien kauften, stieg der Kurs immer weiter an. In der Folge waren viele Hedgefonds gezwungen, selbst *GameStop*-Aktien zu kaufen und trieben somit den Kurs weiter in die Höhe. Der Preis stieg von rund 17 Dollar zu Beginn des Jahres 2021 bis zu einem Preis von 483 Dollar am 28. Januar 2021 an.<sup>157</sup> Diesen Short Squeeze kann man in Abbildung 8 erkennen, die den Kursverlauf der *GameStop*-Aktie in den Tagen vom 21. Januar 2021 bis zum 2. Februar zeigt.<sup>158</sup>

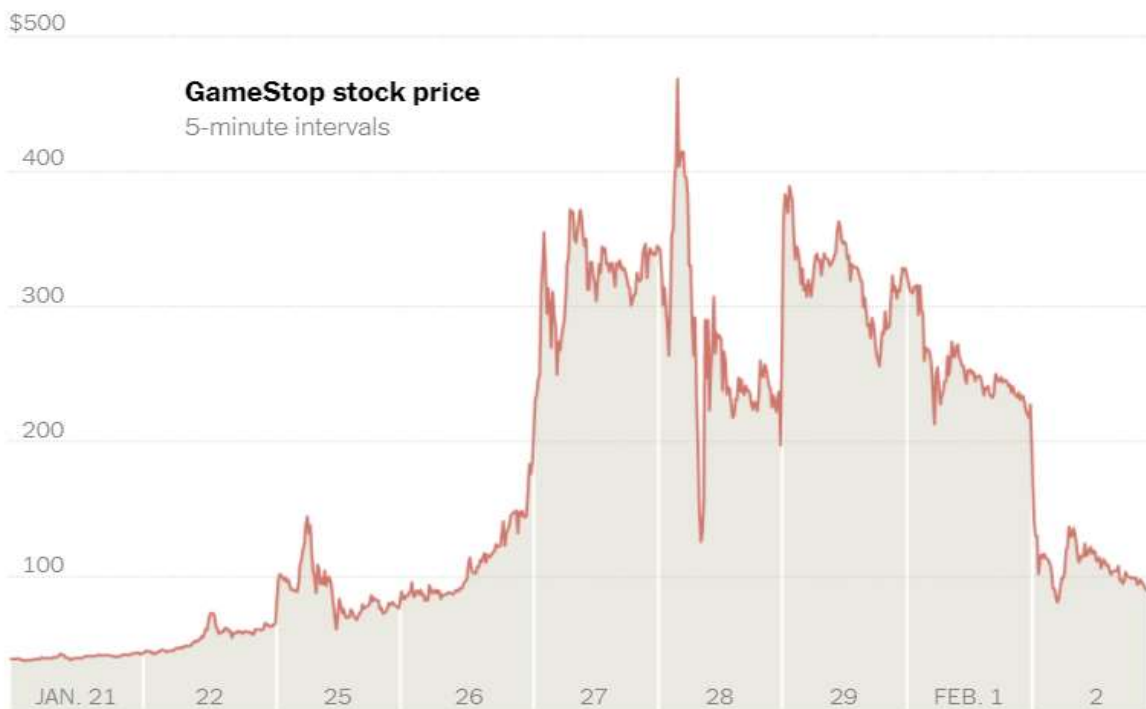


Abbildung 8: Kurs der *GameStop*-Aktie

Quelle: Phillips, M.; Lorenz, T., 2021, o.S.

155 Vgl. Baumgartner, J., 2021, S. 168.

156 Vgl. Schlimbach, F., 2020, S. 46.

157 Vgl. Dörner, A., 2021, S. 32.

158 Vgl. Phillips, M.; Lorenz, T., 2021, o.S.

Die starken Handelsaktivitäten veranlassten einige Broker wie beispielsweise den amerikanischen Broker *Robinhood* oder auch den deutschen Broker *Trade Republic* zur Einschränkung des Handels unter anderen von der *GameStop*-Aktie. Es war in der Folge nur noch möglich, die Aktie zu verkaufen, nicht mehr zu kaufen. Diesen starken Eingriff in den Handel werteten viele Anlegerinnen und Anleger als Marktmanipulation. Bei der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht gingen bis Mitte Februar über 4 400 Beschwerden diesbezüglich ein. Auf der anderen Seite stand die Frage im Raum, ob sich die Kleinanlegerinnen und Kleinanleger, die bewusst den Kurs der Aktie in die Höhe getrieben hatten, sich ebenfalls der Marktmanipulation strafbar gemacht hatten.<sup>159</sup>

Die Linkspartei stellte in der Folge eine Anfrage bei der Bundesregierung, bei der sie unter anderem wissen wollte, ob die Bundesregierung, die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht oder Börsenaufsichtsbehörden der Auffassung sei, dass sich die Kleinanlegerinnen und Kleinanleger der handelsgestützten Marktmanipulation schuldig gemacht hätten. Die Antwort war, dass Diskussionen über Handelsabsichten und -gelegenheiten an sich keine Marktmanipulation sind, solange „nicht bewusst unwahre oder irreführende Informationen im Sinne einer informationsgestützten Manipulation verbreitet werden.“<sup>160</sup> Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht hat auch keine Anhaltspunkte dafür, dass sich die Kleinanlegerinnen und Kleinanleger der handelsgestützten Marktmanipulation strafbar gemacht hätten. Grund dafür ist unter anderem, dass der Hauptmarkt der *GameStop*-Aktie in den USA liege, deutsche Händlerinnen und Händler würden hierbei eine untergeordnete Rolle spielen.<sup>161</sup>

Auch der deutschen Broker *Trade Republic* wurde von der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht vom Vorwurf der Marktmanipulation freigesprochen. Nach einer Analyse der Behörde konnten keine Verdachtsmomente auf Marktmanipulation festgestellt werden.<sup>162</sup>

## 6. Strafverfolgung

Für die Strafverfolgung und Überwachung der Einhaltung der Vorgaben aus der Marktmissbrauchsverordnung und den anderen Marktmissbrauchsregelungen gibt es in Deutschland vorrangig zwei zuständige Behörden. Auf nationaler Ebene die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) und die Europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde (ESMA) als europäische Behörde.

Welche Geschichte diese Behörden haben, was ihre Rolle in der Bekämpfung des Marktmissbrauchs ist und anhand welcher gesetzlichen Vorgaben sie ihre Arbeit verrichten, ist Teil der folgenden Kapitel. Ebenso wird behandelt, welche Sanktionierungen für Marktmissbrauch vorgesehen sind und wo diese festgehalten sind.

### 6.1 Geschichte und Rolle der BaFin

Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) ging 2002 aus den Bundesämtern für das Kreditwesen BAKred, für den Wertpapierhandel BAWe und das Versicherungswesen BAV hervor und hat ihren Sitz in Bonn und Frankfurt am Mai, was auch in §1 Abs. 1 und 2 FinDAG festgeschrieben ist. Sie untersteht gemäß §2 FinDAG der Rechts- und

---

159 Vgl. Waidner, J.; Mannweiler, A., 2021, o.S.

160 Bundesregierung, 2021, S. 3.

161 Vgl. Bundesregierung, 2021, S. 3.

162 Vgl. Hüfner, D., 2021, o.S.

Fachaufsicht des Bundesministeriums der Finanzen und beschäftigt rund 2.700 Mitarbeiter. Beaufsichtigt werden nach eigenen Angaben

„1.555 Banken, 1.189 Finanz- sowie 51 Zahlungs- und acht E-Geldinstitute sowie 94 deutsche Zweigniederlassungen ausländischer Kreditinstitute aus dem Europäischen Wirtschaftsraum, 551 Versicherer und 33 Pensionsfonds sowie 547 Kapitalverwaltungsgesellschaften und knapp 6.900 inländische Fonds (Stand: 31. Dezember 2019)“.<sup>163</sup>

Das übergeordnete Ziel der BaFin ist die Gewährleistung eines funktionsfähigen, integren und stabilen deutschen Finanzsystems. Hierfür liegt das Hauptaugenmerk auf den drei Bereichen Bankenaufsicht, Versicherungsaufsicht und Wertpapieraufsicht. Das Ziel dieser Allfinanzaufsicht ist eine verbesserte Effizienz der Aufsicht und damit verbunden eine verbesserte Stabilität des „Finanzplatzes Deutschland“<sup>164</sup>

Das Hauptziel für die Bankenaufsicht steht in §6 Abs. 2 KWG und ist die Entgegenwirkung der Missstände im Kredit- und Finanzdienstleistungswesen, die die „Sicherheit der den Instituten anvertrauten Vermögenswerte gefährden, die ordnungsmäßige Durchführung der Bankgeschäfte oder Finanzdienstleistungen beeinträchtigen“ oder aus gesamtwirtschaftlicher Sicht erhebliche Nachteile herbeiführen können.

Die Aufsicht im Bankenbereich teilt sich die BaFin auf nationaler Ebene mit der Deutschen Bundesbank und seit der SSM-Verordnung 2014 auf europäischer Ebene mit der Europäischen Zentralbank (EZB). SSM steht für Single Supervisory Mechanism und beschreibt eine Zusammenarbeit zwischen der EZB und den nationalen Aufsichtsbehörden der Euro-Länder. Die Verordnung besagt, dass die EZB die direkte Aufsicht für bedeutende Großbanken im Euro-Raum übernimmt, die nationalen Behörden aber trotzdem unterstützend agieren. In Deutschland sind aktuell 23 große Institute davon betroffen.<sup>165</sup>

Die Versicherungsaufsicht hat gemäß §294 Abs. 1 VAG den Schutz der Versicherungsnehmer und der Begünstigten von Versicherungsleistungen als Hauptziel. Eine große Rolle spielt hierbei die Solvenzaufsicht, da Versicherer ausreichende Rückstellungen bilden sowie mit unternehmerischer Vorsicht und kaufmännischen Grundsätzen agieren müssen. Die BaFin teilt sich die Versicherungsaufsicht mit den Aufsichtsbehörden der Bundesländer. Wirtschaftlich relevante, private Versicherungsunternehmen sowie öffentlich-rechtliche Wettbewerbsversicherer, die in mehr als einem Bundesland tätig sind, werden von der BaFin beaufsichtigt, die Aufsichtsbehörden der Bundesländer beaufsichtigen den Rest.<sup>166</sup>

Der für diese Arbeit relevanteste Aufsichtsbereich ist die Wertpapieraufsicht, denn zu den Aufgaben hierfür zählen die zuvor bereits behandelten Themen Bekämpfung von Marktmanipulation und Insidergeschäften sowie Überprüfung der Veröffentlichung von Ad-hoc- und Directors' Dealings-Meldungen. Ebenfalls werden Bilanzen kontrolliert und Unternehmensübernahmen überwacht. Das Ganze dient dem Hauptziel, die Transparenz und Integrität des Finanzmarktes sowie Anlegerschutz zu gewährleisten und orientiert sich vor allem an den Vorschriften der Marktmissbrauchsverordnung und des Wertpapierhandelsgesetzes.<sup>167</sup>

Die Wertpapieraufsicht teilt sich die BaFin mit den Börsenaufsichtsbehörden der Bundesländer. Jedes Bundesland hat eine eigene Börsenaufsicht und diese hat als Aufgabe die

---

163 Vgl. Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, 2021b, o.S.

164 Buck-Heeb, P., 2020, S. 366.

165 Vgl. Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, 2021c, o.S.

166 Vgl. Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, 2021e, o.S.

167 Vgl. Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, 2021f, o.S.

Überwachung der einzelnen Börsen und die Ordnungsmäßigkeit des Handes dort.<sup>168</sup> Zum Beispiel überwacht das Finanzministerium des Landes Nordrhein-Westfalen die Börse Düsseldorf und den Handel dort.<sup>169</sup> Es wird hier vor allem auf ordnungsgemäße Handelsdurchführung nach den Vorschriften des Börsengesetzes geachtet, insbesondere auf korrekte Preisbildungsprozesse.<sup>170</sup>

Gemäß Artikel 22 MAR S. 1 ist jeder Mitgliedsstaat verpflichtet, eine einzige Behörde zu benennen, die für die Kontrolle der Einhaltung der Marktmissbrauchsverordnung zuständig ist. Diese Behörde muss der ESMA und den anderen Mitgliedsstaaten gemäß Artikel 22 S. 2 MAR namentlich genannt werden. In Deutschland ist die zuständige Behörde nach §6 Abs. 5 S. 1 WpHG die BaFin.

## 6.2 Befugnisse der BaFin

In Artikel 23 Abs. 2 MAR werden die Befugnisse der zuständigen Behörden, also in Deutschland der BaFin, aufgeführt. Diese Einzelmaßnahmen sind mindestens notwendig, um die Vorschriften der Marktmissbrauchsverordnung effektiv überwachen zu können.<sup>171</sup> Im deutschen Recht wurden diese Behördenbefugnisse im Wertpapierhandelsgesetz WpHG umgesetzt, insbesondere in §6 WpHG.

Die erste wesentliche Befugnis ist es, Zugang zu sämtlichen Unterlagen und Daten von jedermann zu erhalten. Hierbei spielt es keine Rolle, ob diese Unterlagen vertraulich oder geheim sind. Neben klassischen Schriften auf Papier sind auch elektronische Aufzeichnungen und Datenträger vom Begriff der Unterlage abgedeckt. Zugang kann in diesem Kontext zum einen das ungehinderte Betreten von Geschäftsräumen bedeuten, oder aber auch nur, dass die Unterlagen der Behörde zur Verfügung gestellt werden müssen, zum Beispiel durch Zusendung oder Abholung vor Ort, etwa an der Pforte.<sup>172</sup>

Ebenso haben die Behörden die Befugnis, Auskünfte von Personen und/oder deren Auftraggebern zu verlangen sowie Personen vorzuladen bzw. diese zu befragen. Sie kann hierbei Informationen über alles und jeden verlangen. Ausnahmen gelten hierbei bei natürlichen Personen, die sich bei einer Auskunft selbst strafrechtlich belasten würden. Sie dürfen nicht für das Verweigern der Zusammenarbeit mit den Behörden bestraft werden.<sup>173</sup> Im deutschen Recht wurde diese Befugnis zusammen mit der Befugnis, Zugang zu Unterlagen und Daten zu erhalten, in §6 Abs. 3 S. 1 und 2 WpHG übertragen. Als Beispiel für Angaben, die verlangt werden können, werden dort etwa Bestandsveränderungen in Finanzinstrumenten, Identitäten beteiligter Personen oder auch Auskünfte über sämtliche Vermögenswerte oder Verbindlichkeiten.

Auch haben die Behörden die Möglichkeit Ermittlungen und Prüfungen an allen Orten vorzunehmen, vorausgesetzt es handelt sich nicht um private Wohnräume. Sie können also beispielsweise Büroräume oder Ladenflächen betreten, durchsuchen und dort Gegenstände sicherstellen. Die Voraussetzung dafür ist jedoch, dass begründeter Verdacht vorliegt, dass es einen Verstoß gegen die Artikel 14 und 15 MAR gibt, also entweder Insiderhandel oder

---

168 Vgl. Buck-Heeb, P., 2020, S. 367.

169 Vgl. Börse Düsseldorf, 2021, o.S.

170 Vgl. Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, 2021f, o.S.

171 Vgl. Schwark, E.; Zimmer, D., 2020.o. S. VO (EU) 596/2014 Art. 23 Rn. 9.

172 Vgl. Schwark, E.; Zimmer, D., 2020.VO (EU) 596/2014 Art. 23 Rn. 10-12.

173 Vgl. Schwark, E.; Zimmer, D., 2020.o. S. VO (EU) 596/2014 Art. 23 Rn. 13.

Marktmanipulation begangen wurde.<sup>174</sup> Diese Voraussetzung hat der deutsche Gesetzgeber auch in §6 Abs. 12 S. 1 WpHG festgehalten.

Weitere Befugnisse sind unter anderen das Einfrieren oder Beschlagnahmen von Vermögenswerten (Artikel 23 Abs. 2 lit. i MAR), Handel mit Finanzinstrumenten auszusetzen (Artikel 23 Abs. 2 lit. j MAR) oder auch ein vorübergehendes Berufsausübungsverbot zu verhängen (Artikel 23 Abs. 2 lit. l MAR).

Wenn die BaFin Hinweise auf Marktmissbrauch erhält, gibt es ein mehrstufiges Vorgehensmodell, das sie zur Untersuchung anwendet. Der erste Schritt nach dem Eingehen des Hinweises ist die Analyse, ob sich aus dem Hinweis hinreichende Anhaltspunkte ergeben, die weitere Ermittlungen notwendig machen. Wenn dies der Fall ist, so wird eine förmliche Untersuchung eröffnet. Erhärten sich dort die Anhaltspunkte, erstattet die BaFin Anzeige bei der Staatsanwaltschaft oder beim BaFin-Referat, welches für die Sanktionierung von Ordnungswidrigkeit zuständig ist.<sup>175</sup>

### 6.3 ESMA

Die Europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde ESMA ist eine unabhängige EU-Behörde mit Sitz in Paris, deren Ziele die Verbesserung des Anlegerschutzes, Förderung von Integrität, Transparenz, Effizienz und ordnungsgemäßem Funktionieren der Finanzmärkte sowie Stärkung des Finanzsystems sind. Zudem koordiniert sie die Tätigkeiten der nationalen Wertpapieraufsichtsbehörden in den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union.<sup>176</sup> Sie wurde in Folge des De-Larosière-Berichts zum 01. Januar 2011 errichtet und beschäftigt rund 270 Mitarbeiter.<sup>177</sup>

In Artikel 24 und 35 MAR wird die Zusammenarbeit der nationalen Behörden mit der ESMA geregelt. So heißt es dort, dass die zuständigen Behörden mit der ESMA zusammenarbeiten müssen, um die Einhaltung der Vorschriften der Marktmissbrauchsverordnung zu gewährleisten. Dafür müssen die zuständigen Behörden der ESMA alle relevanten Informationen zur Verfügung stellen. Diese Vorschrift findet sich auf nationaler Ebene auch in §19 WpHG.

### 6.4 Sanktionen

Die Sanktionierung von Marktmissbrauch wird auf europäischer Ebene in der Marktmissbrauchsverordnung und der damit verbundenen CRIM-MAD geregelt. Die dortigen Vorgaben wurden mit dem Ersten Gesetz zur Novellierung von Finanzmarktvorschriften auf Grund europäischer Rechtsakte (Erstes Finanzmarktnovellierungsgesetz - 1. FiMaNoG) in deutsches Recht übernommen. Die dortigen Sanktionen sind straf- und verwaltungsrechtlicher Art. Zu zivilrechtlichen Sanktionen gibt es sowohl in den Vorgaben von MAR und CRIM-MAD als auch in den deutschen Vorschriften keine Angaben.<sup>178</sup>

#### 6.4.1 Vorgaben in MAR

Die Marktmissbrauchsverordnung macht in ihrem Artikel 30 Vorgaben für Sanktionierungen von Verstößen gegen die Verordnung, die die Mitgliedsstaaten gemäß Artikel 39 MAR in ihr nationales Recht mit aufnehmen müssen. So werden die Länder verpflichtet

---

174 Vgl. Schwark, E.; Zimmer, D., 2020.o. S. VO (EU) 596/2014 Art. 23 Rn. 14-15.

175 Vgl. Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, 2021a, S. 85.

176 Vgl. Europäische Union, o. J.b, o.S.

177 Vgl. European Securities and Markets Authority, o. J, o.S.

178 Vgl. Poelzig, D., 2016, S. 536.

Sanktionen für Verstöße gegen das Verbot von Insidergeschäften und unrechtmäßiger Offenlegung von Insiderinformationen sowie gegen das Verbot der Marktmanipulation zu erarbeiten und in nationalem Recht festzulegen.

Zudem sollen sie Vorschriften zur Vorbeugung und Aufdeckung von Marktmissbrauch, zur Veröffentlichung von Insiderinformationen, zur Erstellung von Insiderlisten, zu Eigengeschäften von Führungskräften und zu Anlageempfehlungen einführen, genau wie zur Verweigerung der Zusammenarbeit mit einer Ermittlung oder einer Prüfung oder einer Anfrage der zuständigen Behörde.

Zu den verschiedenen Möglichkeiten der Sanktionierung und den zu ergreifenden Maßnahmen werden konkrete Vorgaben gemacht. So werden in Artikel 30 Abs. 2 MAR beispielsweise unter anderen genannt:

- „eine Anordnung, wonach die für den Verstoß verantwortliche Person die Verhaltensweise einzustellen und von einer Wiederholung abzusehen hat
- den Einzug der infolge des Verstoßes erzielten Gewinne oder der vermiedenen Verluste, sofern diese sich beziffern lassen
- den Entzug oder die Aussetzung der Zulassung einer Wertpapierfirma
- bei Verstößen gegen Artikel 14 und 15 5 000 000 EUR
- bei Verstößen gegen Artikel 16 und 17 1 000 000 EUR“

#### 6.4.2 CRIM-MAD

Die „RICHTLINIE 2014/57/EU DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 16. April 2014 über strafrechtliche Sanktionen bei Marktmanipulation (Marktmissbrauchsrichtlinie)“ oder auch CRIM-MAD genannt, trat 2014 in Kraft, musste bis zum 03. Juli 2016 in nationales Recht umgesetzt werden und bildet mit der Marktmissbrauchsverordnung das neue Grundgerüst im Kampf gegen Marktmissbrauch. Während die MAR Tatbestände wie Marktmanipulation oder Insiderhandel EU-weit definiert, geht es in der CRIM-MAD um die strafrechtliche Sanktionierung dieser Taten.<sup>179</sup> Die CRIM-MAD enthält Vorgaben, die in der nationalen Rechtsprechung individuell umgesetzt werden müssen. Dies führte in Deutschland zu Änderungen im Wertpapierhandelsgesetz (WpHG) Börsengesetz (BörsG), Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz (Fin-DaG), Kreditwesengesetz (KWG) und Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG). Diese Änderungen wurden mit dem Ersten Gesetz zur Novellierung von Finanzmarktvorschriften auf Grund europäischer Rechtsakte (Erstes Finanzmarktnovellierungsgesetz - 1. FiMaNoG) in die Gesetze eingefügt.<sup>180</sup>

Ein Beispiel für die Vorschriften und Änderungen: Artikel 6 CRIM-MAD fordert die Strafbarkeit des Versuchs der Marktmanipulation und des Insiderhandels, umgesetzt wurde dies in §119 Abs. 4 WpHG.

#### 6.4.3 Umsetzung in deutsches Recht

In Deutschland finden sich die rechtlichen Vorgaben in den Paragraphen 119 und 120 WpHG. So heißt es in §120 Abs. 2 Nr. 3 WpHG, dass jemand ordnungswidrig handelt, wenn er gegen Artikel 15 der Verordnung (EU) Nr. 596/2014 (Marktmissbrauchsverordnung) verstößt und damit eine Marktmanipulation begeht. Der Bezug wird hier auch noch zum §25 WpHG gesetzt, in dem festgelegt wird, dass Artikel 15 MAR für Waren und ausländische

---

<sup>179</sup> Vgl. Veil, R., 2014, S. 2.

<sup>180</sup> Vgl. Seier, S., 2018, S. 96.

Zahlungsmittel, „die an einer inländischen Börse oder einem vergleichbaren Markt in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union“ gilt.

In §120 Abs. 15 Nr. 2 WpHG wird nochmals wiederholt, dass jemand ordnungswidrig handelt, wenn die Person gegen Artikel 15 MAR verstößt. Hier wird der §25 WpHG nicht mit einbezogen, jedoch die Voraussetzung, dass die Person vorsätzlich oder leichtfertig gehandelt haben muss.

In §119 Abs. 1 WpHG wird festgelegt, dass jemand mit einer Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren oder mit einer Geldstrafe bestraft wird, wenn diese Person eine vorsätzliche Handlung gemäß §120 Abs. 2 Nr. 3 WpHG oder §120 Abs. 15 Nr. 2 WpHG, sprich also eine Marktmanipulation vornimmt. Die Geldstrafe kann gemäß der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht bis zu fünf Millionen Euro bei Einzelpersonen und bis zu 15 Millionen Euro oder 15 Prozent des Gesamtumsatzes betragen.<sup>181</sup>

Damit die Strafbarkeit jedoch greifen kann, wird ein Einwirkungserfolg vorausgesetzt. Das bedeutet, dass die Manipulation tatsächlich auf den Börsen- oder Marktpreis eines Finanzinstruments, einer Ware oder Emissionsberechtigung Einfluss genommen haben muss. Dies kann unmittelbar oder mittelbar geschehen. Bei der unmittelbaren Preiseinwirkung nimmt die Täterin oder der Täter selbst direkt Einfluss auf die Preisbildung, zum Beispiel durch eine Art der handelsgestützten Marktmanipulation wie etwa Spam and Cancel. Von einer mittelbaren Preiseinwirkung ist dann auszugehen, wenn auf andere Marktteilnehmer Einfluss genommen wird, und diese durch ihre Handelsaktivitäten auf die Preisbildung Einfluss nehmen. Dies geschieht meist durch informationsgestützte Marktmanipulation, denn andere Marktteilnehmer reagieren dort nur auf falsche oder irreführende Informationen.<sup>182</sup>

Auch wird Vorsatz als Tatbestand vorausgesetzt, das heißt die Täterin oder der Täter hat den Eintritt des Einwirkungserfolgs als möglich und nicht ganz fernliegend erkannt und ist damit einverstanden. Die letzte Voraussetzung ist das leichtfertige Handeln. Leichtfertig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in grobem Maße außer Acht lässt und einfachste, nahe liegende Überlegungen unterlässt.<sup>183</sup>

Als Verbrechen beziehungsweise Straftat und nicht mehr nur als Ordnungswidrigkeit werden Marktmanipulationen angesehen, die gewerbsmäßig oder als Bande begangen werden (§119 Abs. 5 Nr. 1 WpHG) oder wenn die manipulierende Person „in Ausübung seiner Tätigkeit für eine inländische Finanzaufsichtsbehörde, ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen, eine Börse oder einen Betreiber eines Handelsplatzes handelt“ (§119 Abs. 5 Nr. 2 WpHG). Diese Vergehen werden mit Freiheitsstrafen von mindestens einem Jahr bis zu zehn Jahren bestraft.<sup>184</sup>

Auch Strafen gegen Verstöße gegen das Insiderrecht sind im Wertpapierhandelsgesetz festgeschrieben. So heißt es in §119 Abs. 3 WpHG, dass jemand ebenfalls mit einer Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren oder mit einer Geldstrafe bestraft wird, wenn er/sie gegen die Marktmissbrauchsverordnung verstößt, indem er/sie entgegen Artikel 14 ein Insidergeschäft tätigt, einem Dritten empfiehlt, ein Insidergeschäft zu tätigen, oder einen Dritten dazu verleitet oder wenn er/sie eine Insiderinformation offenlegt.

Im Wortlaut des §119 Abs. 3 WpHG findet sich zwar nicht das Tatbestandsmerkmal der Leichtfertigkeit, jedoch wird dieses in §120 Abs. 14 WpHG als Merkmal aufgeführt.

---

181 Vgl. Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, 2020, S. 83.

182 Vgl. Birkner, S., 2018, S. 28.

183 Vgl. Boujong, K.; Ebenroth, C. T.; Bergmann, A., 2020.o. S. WpHG § 119 Rn. 2.

184 Vgl. Boujong, K.; Ebenroth, C. T.; Bergmann, A., 2020.o. S. WpHG § 119 Rn. 3.



Neben dem Gelingen einer Marktmanipulation macht sich nach §119 Abs. 4 WpHG ebenfalls strafbar, wer den Versuch einer Manipulation oder des Insiderhandels vornimmt.

## 7. Fazit

In dieser Arbeit geht es um Marktmanipulation in ihren verschiedenen Formen, die rechtliche Regelung und Abgrenzungen sowohl zu anderen Formen des Marktmissbrauchs sowie legalen Handlungen.

Die in der Arbeit behandelte Marktmanipulation bezieht sich auf Manipulationen auf dem Kapitalmarkt und ist eine gezielte Täuschung der Anlegerinnen und Anleger hinsichtlich der tatsächlichen Marktverhältnisse oder eine anderweitige verbotene Einflussnahme auf das Marktgeschehen. Bei einer erfolgreichen Manipulation entstehen in der Folge Preise, die bei natürlichem Zusammenspiel von Angebot und Nachfrage nicht zustande gekommen wären. Es ist essenziell, Manipulationen zu verhindern, da diese den Kapitalmarkt in seiner Funktionalität stark einschränken und er seine Aufgaben wie etwa die Allokation oder Transformation von Finanzmitteln dadurch nicht wie vorgesehen erfüllen kann.

Die rechtliche Regelung geht in Deutschland bis in das Jahr 1884 zurück, in dem erstmals ein Gesetz eingeführt wurde, das Aktienkursmanipulation unter Strafe stellte. Nach einigen Änderungen kam es 2016 zu der Einführung der Marktmissbrauchsverordnung, welche erstmals das Missbrauchsrecht einheitlich für alle Mitgliedsstaaten der Europäischen Union regelt. Ein Grund für die Einführung einer einheitlichen Regelung war die Finanzkrise aus den Jahren 2008 und 2009, die den Mitgliedsstaaten deutlich machte, dass die Art und der Umfang der Finanzaufsicht und der Marktmissbrauchsbekämpfung in der damaligen Form nicht ausreichend waren. In Deutschland wurden die Vorschriften der Marktmissbrauchsverordnung im Rahmen des 1. Finanzmarktnovellierungsgesetz unter anderem in das Wertpapierhandelsgesetz in nationales Recht umgesetzt.

Es gibt drei verschiedene Arten von Marktmanipulation, die jeweils andere Vorgehensweise innerhalb der Manipulation haben. Bei einer informationsgestützten Marktmanipulation liegt die Manipulation darin, dass Informationen verbreitet werden, die den Anlegerinnen und Anlegern falsche oder irreführende Signale senden. Ein ausgeführtes Beispiel wäre hierfür die Falschmeldung über die Firma *Emulex*. Eine handelsgestützte Manipulation bezeichnet ein Vorgehen, bei dem die Manipulation durch die Erteilung von Handelsaufträgen oder sonstigen Geschäften entsteht, etwa durch das Vortäuschen von hoher Nachfrage durch das Platzieren von Kaufaufträgen, die vor ihrer Ausführung wieder storniert werden. Ein Beispiel für eine handelsgestützte Manipulation war die Silberspekulation der Gebrüder Hunt. Als dritte Art gibt es die handlungsgestützte Marktmanipulation. Bei dieser Art wird auf tatsächliche Umstände eines Unternehmens eingewirkt, die den inneren Wert des Unternehmens beeinträchtigen können, etwa durch eine Sabotage der Produkte. In der Praxis kommt es jedoch meistens nicht zu einer klaren Trennung zwischen den drei Arten, sondern es liegen häufig Mischformen vor.

Leerverkaufsattacken sind eine spezielle Praktik innerhalb des Finanzmarktes, die unter Umständen als Marktmanipulation eingestuft werden kann. Bei einer Leerverkaufsattacke veröffentlichen die Leerverkaufenden bewusst Informationen, welche das zuvor leer verkaufte Unternehmen in ein schlechtes Licht rücken sollen mit dem Ziel, dass der Aktienkurs fällt und die Leerverkaufenden Gewinn erzielen. Prinzipiell ist dieses Vorgehen erlaubt und keine Marktmanipulation. Wenn die Leerverkaufenden diese Informationen jedoch veröffentlichen ohne dabei ihr eigenes Interesse offen darlegen oder die Informationen nicht der Wahrheit entsprechen, dann handelt es sich um Marktmanipulation. Neben solchen manipulativen und illegalen Leerverkaufsattacken, die den betroffenen Unternehmen ungerechtfertigt Schaden zuführen, können legale Leerverkaufsattacken jedoch auch einen positiven Beitrag zur Markteffizienz leisten, indem sie Missstände in Unternehmen aufdecken und somit den Marktteilnehmern helfen, die Unternehmen richtig einzuschätzen.

Neben der Marktmanipulation behandelt die Marktmissbrauchsverordnung weitere Handlungen, die als Marktmissbrauch eingestuft werden oder unter gewissen Voraussetzungen legal sind. Legal sind

- Spekulationen,
- zulässige Praktiken, welche die ESMA genehmigt hat,
- Directors' Dealings, wenn sie rechtmäßig offengelegt wurden sowie
- Kursstabilisierung und Aktienrückkaufprogramme, wenn sie den Anforderungen der Marktmissbrauchsverordnung entsprechen.

Als Form des illegalen Marktmissbrauchs gilt der Insiderhandel, unter dem man das Ausnutzen von Insiderinformationen versteht. Die Abgrenzung zur Marktmanipulation besteht darin, dass beim Insiderhandel lediglich bestehende Informationen und Informationsasymmetrien ausgenutzt werden, während bei der Marktmanipulation eine für den Kapitalmarkt nachteilige Situation selbst herbeigeführt wird. Mit dem Insiderhandel verbunden ist die Pflicht zur Ad-hoc-Publizität. Insiderinformationen, die relevant für den Aktienkurs des Unternehmens sind und das Unternehmen unmittelbar betreffen, müssen unverzüglich veröffentlicht werden.

Die Strafverfolgung und Überwachung der Einhaltung übernimmt in Deutschland als verantwortliche nationale Behörde die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht BaFin. Sie hat eine Reihe von Befugnissen, wie etwa der Zugriff auf Unternehmensunterlagen oder bestimmte Personen befragen zu dürfen. Diese Befugnisse helfen der BaFin Ermittlungen und Kontrollen bezüglich der Einhaltung der Vorschriften der Marktmissbrauchsverordnung besser durchführen zu können und somit die Kapitalmärkte besser schützen zu können. Zusammenarbeiten muss die BaFin mit der Europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde ESMA, welche als EU-Behörde unter anderem für die Koordinierung der nationalen Aufsichtsbehörden zuständig ist.

Die Sanktionen, die eine Marktmanipulation nach sich ziehen können, werden sowohl in der Marktmissbrauchsverordnung selbst genannt als auch durch die CRIM-MAD ergänzt. Die dort aufgeführten Sanktionen wurden in deutsches Recht umgesetzt und im Wertpapierhandelsgesetz festgeschrieben. Unterteilt werden die Manipulationen in Ordnungswidrigkeiten und Straftaten. Manipulationen, die gewerbsmäßig oder als Bande begangen werden, gelten als Straftat und werden immer mit einer Gefängnisstrafe bis zu 10 Jahren sanktioniert. Andere Manipulationen, die als Ordnungswidrigkeit eingestuft werden, können mit einer Geldstrafe oder einer Gefängnisstrafe bis zu 5 Jahren bestraft werden.

Als Fazit ist festzuhalten, dass eine EU-weite und einheitliche Regelung des Marktmissbrauchsrechts zu befürworten ist, weil damit Marktmanipulation effektiv bekämpft werden kann. Marktmanipulation hindert den Kapitalmarkt in seiner Funktionsweise und bringt außer für diejenigen, die manipulieren, nur Nachteile mit sich, was neben einer gesamtwirtschaftlichen Auswirkung auch für einzelne Personen finanziell nachteilig sein kann. In einer globalisierten Welt und einem Binnenmarkt, der für die Mitglieder der EU offensteht, ist eine länderübergreifende Regelung wie die Marktmissbrauchsverordnung ein gutes und wirksames Instrument, um gemeinsam gegen Marktmissbrauch vorzugehen. Auch im Hinblick auf das Zusammenwachsen der Europäischen Union ist eine gemeinsame Regelung ein positives Zeichen. Das Ziel einer wirtschaftlichen Union kann somit eher erreicht werden.<sup>185</sup>

---

185 Vgl. Europäische Union, o. J.a, o.S.

Ebenso ist positiv zu bemerken, dass sich die Marktmissbrauchsverordnung in einem ständigen Wandel befindet und etwa auf grundlegende Gerichtsurteile und Entscheidungen des Europäischen Gerichtshof EuGH reagiert und diese mit in die Verordnung aufnimmt. Beispiel hierfür wäre das Urteil zur Rechtssache C-19/11, bei dem der EuGH den Begriff der Insiderinformation definiert hat. Diese Definition wurde auch in die Marktmissbrauchsverordnung mit aufgenommen. Die MAR passt sich auch an neue technische Entwicklungen an, etwa wurden Beispiele von Manipulationsmethoden im Bereich des Hochfrequenzhandels im Laufe der Zeit konkret formuliert und in Artikel 12 Abs. 2 lit. c MAR mit aufgenommen.<sup>186</sup>

Dennoch gibt es Kritikpunkte, welche die Marktmissbrauchsverordnung nicht makellos dastehen lassen und Möglichkeiten der Marktmanipulation geben. Zum Beispiel bieten die Ausnahmeregelungen für Staaten, Zentralbanken und sonstige Hoheitsträger eine Angriffsfläche für Marktmissbrauch, gegen die es aktuell keine oder kaum Möglichkeiten der Bekämpfung gibt. Wie die Vergangenheit gezeigt hat, wurde diese Ausnahmeregelung bereits ausgenutzt, um ungestraft Marktmissbrauch zu begehen (siehe Abschnitt 2.3).

---

<sup>186</sup> Vgl. Poelzig, D., 2016, S. 538.

## 8. Literaturverzeichnis

- Altenhain, K., 2002, Die Neuregelung der Marktpreismanipulation durch das Vierte Finanzmarktförderungsgesetz, in: Betriebs-Berater, 57, S. 1874–1879.
- Assmann, H.-D.; Schütze, R. A.; Buck-Heeb, P. (Hrsg.), 2020, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 5., neubearbeitete Auflage, C.H. Beck, München (Beck-online).
- Baumgartner, J., 2021, Der Fall Gamestop und die Rolle der Plattformen, in: bank und markt, H. 4, S. 168.
- Bender, R. et al., 2020, Der Jahrhundert-Coup, Vor der Insolvenz floss noch viel mehr Geld aus dem Konzern als bisher vermutet. Ex-Vorstand Marsalek dirigierte eine ganze Bande von Mitwissern., in: Handelsblatt, H. 232, S. 1.
- Birkner, S., 2018, Der Einwirkungserfolg bei der Marktmanipulation im Kontext nationalen und europäischen Rechts, Heft 155, Institut für Wirtschaftsrecht, Forschungsstelle für Transnationales Wirtschaftsrecht, Juristische und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, Halle (Saale) (Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 155).
- Bitter, G.; Boegl, M.; Brian, I., 2017, Bankrechts-Handbuch, 5. Aufl., Hrsg. v. Schimansky, H.; Bunte, H.-J. und Lwowski, H.-J., C.H. Beck, München.
- boerse.de Finanzportal AG, 2021, WCM Charttechnik, <https://www.boerse.de/chart-tool/WCM-Aktie/DE000A1X3X33>, 12.07.2021.
- Börse Düsseldorf, 2021, Gremien - Aufsichtsbehörde, <https://www.boerse-duesseldorf.de/gremien/>, 06.07.2021.
- Boujong, K.; Ebenroth, C. T.; Bergmann, A., 2020, Handelsgesetzbuch, [Kommentar], 4. Auflage, C.H. Beck/ Verlag Vahlen, München.
- Buck-Heeb, P., 2020, Kapitalmarktrecht, 11., neu bearbeitete Auflage, C.F. Müller, Heidelberg (Schwerpunkte).
- Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, 2018, Verbote - Verbot von ungedeckten Leerverkäufen, [https://www.bafin.de/DE/Aufsicht/BoersenMaerkte/Transparenz/Leerverkaeufe/Verbote/verbote\\_artikel.html](https://www.bafin.de/DE/Aufsicht/BoersenMaerkte/Transparenz/Leerverkaeufe/Verbote/verbote_artikel.html), 20.06.2021.
- Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, 2019, Verfügungen - Allgemeinverfügung der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht ..., [https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Aufsichtsrecht/Verfuegung/vf\\_190218\\_leerverkaufsmassnahme.html;jsessionid=B032B57BB8D8AAB2E18DF2F1B8F892C9.2\\_cid502](https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Aufsichtsrecht/Verfuegung/vf_190218_leerverkaufsmassnahme.html;jsessionid=B032B57BB8D8AAB2E18DF2F1B8F892C9.2_cid502), 20.06.2021.
- Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, 2020, Emittentenleitfaden der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, Emittentenleitfaden Modul C, Regelungen aufgrund der Marktmissbrauchsverordnung (MAR), 5. neu gefasste Auflage.
- Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, 2021a, BaFin-Jahresbericht 2020.
- Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, 2021b, Aufgaben & Geschichte der BaFin, [https://www.bafin.de/DE/DieBaFin/AufgabenGeschichte/aufgabengeschichte\\_node.html](https://www.bafin.de/DE/DieBaFin/AufgabenGeschichte/aufgabengeschichte_node.html), 20.06.2021.

- Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, 2021c, Einheitlicher Bankenaufsichtsmechanismus (SSM), [https://www.bafin.de/DE/Aufsicht/BankenFinanzdienstleister/EU-Bankenaufsicht/SSM/ssm\\_node.html](https://www.bafin.de/DE/Aufsicht/BankenFinanzdienstleister/EU-Bankenaufsicht/SSM/ssm_node.html), 20.06.2021.
- Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, 2021d, Verfügungen - Erhöhung des Schwellenwertes auf 20.000,00 EUR nach Artikel 19 Abs. 9 ..., [https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Aufsichtsrecht/Verfuegung/vf\\_191024\\_erhoehung\\_schwelle\\_dd.html](https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Aufsichtsrecht/Verfuegung/vf_191024_erhoehung_schwelle_dd.html), 20.06.2021.
- Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, 2021e, Versicherungsaufsicht, [https://www.bafin.de/DE/DieBaFin/AufgabenGeschichte/Versicherungsaufsicht/versicherungsaufsicht\\_node.html](https://www.bafin.de/DE/DieBaFin/AufgabenGeschichte/Versicherungsaufsicht/versicherungsaufsicht_node.html), 20.06.2021.
- Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, 2021f, Wertpapieraufsicht, [https://www.bafin.de/DE/DieBaFin/AufgabenGeschichte/Wertpapieraufsicht/wertpapieraufsicht\\_node.html](https://www.bafin.de/DE/DieBaFin/AufgabenGeschichte/Wertpapieraufsicht/wertpapieraufsicht_node.html), 20.06.2021.
- Bundesfinanzministerium, 2021, Glossar: Begriffe von A - Z - Bundesfinanzministerium, [https://www.bundesfinanzministerium.de/Web/DE/Service/FAQ\\_Glossar/Glossar/Functions/glossar.html?lv2=f59e8c88-1592-444b-a813-c944663c56bf&lv3=4aa2b81f-aeaf-4cff-a1f9-c11bb91285ac#glossar4aa2b81f-aeaf-4cff-a1f9-c11bb91285ac](https://www.bundesfinanzministerium.de/Web/DE/Service/FAQ_Glossar/Glossar/Functions/glossar.html?lv2=f59e8c88-1592-444b-a813-c944663c56bf&lv3=4aa2b81f-aeaf-4cff-a1f9-c11bb91285ac#glossar4aa2b81f-aeaf-4cff-a1f9-c11bb91285ac), 22.06.2021.
- Bundesregierung, 2001, Entwurf eines Gesetzes zur weiteren Fortentwicklung des Finanzplatzes Deutschland, Drucksache 936/01 (neu), Bundesregierung.
- Bundesregierung, 2021, Der Fall GameStop und Untersuchungen der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht zu Marktmanipulation, Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Fabio De Masi, Jörg Cezanne, Klaus Ernst, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE., - Drucksache 19/26700 -.
- Bundeszentrale für politische Bildung, 2016a, Finanzmarkt | bpb, in: Bundeszentrale für politische Bildung, 08.09.2016, <https://m.bpb.de/nachschlagen/lexika/lexikon-der-wirtschaft/19328/finanzmarkt>, 22.06.2021.
- Bundeszentrale für politische Bildung, 2016b, Geldmarkt | bpb, in: Bundeszentrale für politische Bildung, 08.09.2016, <https://www.bpb.de/nachschlagen/lexika/lexikon-der-wirtschaft/159960/geldmarkt>, 20.06.2021.
- Carstens, P., 2019, Marktmanipulation und zivilrechtliche Haftung, 1. Auflage, Bd. 116, Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, Baden-Baden (Deutsches, Europäisches und Vergleichendes Wirtschaftsrecht, 116).
- Daum, R., 2004, In die Radarfalle geraten, Kurs- und Marktmanipulation, in: Börse Online, S. 58.
- Dörner, A., 2021, Im Visier der US-Politik, Anhörung im Finanzausschuss des US-Repräsentantenhauses: Es geht um die neue Macht der Reddit-Trader und die Zukunft des kostenlosen Aktienhandels., in: Handelsblatt, H. 34, S. 32.
- Duden, 2021, Manipulation, <https://www.duden.de/rechtschreibung/Manipulation>, 20.06.2021.
- Eichelberger, J., 2006, Das Verbot der Marktmanipulation (§ 20a WpHG), 1. Auflage, Duncker & Humblot GmbH, Berlin (Schriften zum Wirtschaftsrecht).

- Europäische Union, o. J.a, Die EU – kurz gefasst | Europäische Union, [https://europa.eu/european-union/about-eu/eu-in-brief\\_de#von-wirtschaftlicher-zu-politischer-union](https://europa.eu/european-union/about-eu/eu-in-brief_de#von-wirtschaftlicher-zu-politischer-union), 08.07.2021.
- Europäische Union, o. J.b, Europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde (ESMA) | Europäische Union, [https://europa.eu/european-union/about-eu/agencies/esma\\_de#zweck](https://europa.eu/european-union/about-eu/agencies/esma_de#zweck), 20.06.2021.
- European Securities and Markets Authority, o. J., ESMA in brief, <https://www.esma.europa.eu/about-esma/esma-in-brief>, 20.06.2021.
- European Securities and Markets Authority, 2016a, AMP – Spain: Liquidity Contracts, [https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/2015/11/amp\\_spain.pdf](https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/2015/11/amp_spain.pdf), 01.07.2021.
- European Securities and Markets Authority, 2016b, MAR-Leitlinien, Aufschiebung der Offenlegung von Insiderinformationen.
- finanzen.net GmbH, 2021, Steinhoff Aktie (A14XB9,STHHF,NL0011375019), <https://www.finanzen.net/aktien/steinhoff-aktie>, 12.07.2021.
- Google Trends, 2021, Google Trends, <https://trends.google.com/trends/explore?q=%2Fm%2F02vqt7k>, 22.06.2021.
- Grundmann, S. (Hrsg.), 2011, Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag am 24. August 2010, Unternehmen, Markt und Verantwortung. Unter Mitarbeit von Klaus J. Hopt, De Gruyter, Berlin.
- Handelsblatt, 2007, Northern Rock, in: Handelsblatt, 17.09.2007, <https://www.handelsblatt.com/finanzen/banken-versicherungen/banken/northern-rock-auf-bank-run-folgt-boersencrash/2862254.html?ticket=ST-276876-A2gJddKAY2WgqMbZmYmO-ap2>, 30.06.2021.
- Hartmann-Wendels, T.; Pfingsten, A.; Weber, M., 2019, Bankbetriebslehre, 7. Auflage, Springer, Berlin (Lehrbuch).
- Hirte, H.; Möllers, T. M. J. (Hrsg.), 2014, Kölner Kommentar zum WpHG. Unter Mitarbeit von Karsten Altenhain, 2. Aufl., Heymann, Köln (Kölner Kommentare zum Unternehmens- und Gesellschaftsrecht).
- Hopt, K. J. et al., 2021, Handelsgesetzbuch, Mit GmbH et Co., Handelsklauseln, Bank- und Kapitalmarktrecht, Transportrecht (ohne Seerecht), 40., neubearbeitete Auflage, Band 9, C.H. Beck, München (Beck-online, Band 9).
- Hüfner, D., 2021, Finanzaufsicht entlastet Trade Republic: „Keine Hinweise auf Manipulation“, in: Business Insider, 13.03.2021, <https://www.businessinsider.de/gruenderszene/fintech/finanzaufsicht-entlastet-trade-republic-marktmanipulation/>, 21.06.2021.
- Johannsen, K., 2006, Silberspekulation der Hunt-Brüder, Ein legendärer Versuch, den Markt in die Enge zu treiben, in: Börsen-Zeitung, H. 195, S. 18.
- Kalss, S.; Oppitz, M.; Zöllner, J., op. 2015, Kapitalmarktrecht, System, 2. Aufl., Linde Verlag Ges.m.b.H, Wien.

- Klein, C., 2013, Silber Chart: Historische Analyse des Goldbruders, in: GeVestor Financial Publishing Group, 07.07.2013, <https://www.gevestor.de/finanzwissen/rohstoffe/silber/silber-chart-historische-analyse-des-goldbruders-656580.html>, 11.07.2021.
- Klöhn, L., 2011, Kapitalmarkt, Spekulation und Behavioral Finance, Eine interdisziplinäre und vergleichende Analyse zum Fluch und Segen der Spekulation und ihrer Regulierung durch Recht und Markt, 1st ed., Bd. 6, Duncker & Humblot; Duncker & Humblot GmbH, Berlin (Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, 6).
- Klöhn, L., 2020, Der Staat als Marktmanipulator und Insider – die Bereichsausnahmen gem. Art. 6 MAR, in: Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft, 32, H. 5, S. 265–274. DOI: 10.15375/zbb-2020-0503.
- Klöhn, L.; Mock, S. (Hrsg.), 2019, Festschrift 25 Jahre WpHG, De Gruyter, Berlin, Boston.
- Köpferl, G.; Wegner, K., 2017, Marktmissbrauch durch einen Sprengstoffanschlag?, Überlegungen zu Marktmanipulation und Insiderhandel am Beispiel des Anschlags auf den Mannschaftsbus von Borussia Dortmund, in: Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht, H. 40, S. 1924–1930.
- Kramer, S., 2013, Kurspfliegemaßnahmen - zwischen strafbarer Marktmanipulation und zulässiger Kursstabilisierung, Ist jenseits der "Safe Harbour"-Regelungen Raum für zulässige Kurspflege?, Bd. 38, Centaurus, Herbolzheim (Studien zum Wirtschaftsstrafrecht, 38).
- Kuls, N., 2011, Der gestürzte König der Insiderhändler, Hrsg. v. Frankfurter Allgemeine Zeitung, <https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/unternehmen/raj-rajaratnam-der-gestuerzte-koenig-der-insiderhaendler-1641884.html>, 12.07.2021.
- Laser, J., 2015, Geld, Kredit und Währung, 2., aktualisierte und erweiterte Auflage, De Gruyter Oldenbourg, Berlin (De Gruyter Studium).
- Leyh, D., 2010, Probleme der Definition und Regulierung der handelsgestützten Marktmanipulation unter Berücksichtigung des deutschen und britischen Rechts, Dissertation, Eberhard-Karls-Universität, Tübingen.
- Manager-Magazin, 2018, Vorwurf Insiderhandel: Verfahren gegen Ex-Deutsche-Börse-Chef Kengeter eingestellt, in: manager magazin, 29.12.2018, <https://www.manager-magazin.de/unternehmen/banken/kengeter-verfahren-gegen-ex-deutsche-boerse-chef-eingestellt-a-1245825.html>, 20.06.2021.
- Matthes, S., 2006, Aktienspekulationen, Geldstrafe für Hedgefonds-Manager Homm, in: Handelsblatt, 24.01.2006, <https://www.handelsblatt.com/unternehmen/management/aktienspekulationen-geldstrafe-fuer-hedgefonds-manager-homm/2604806.html?ticket=ST-16429104-aOeYYat7ZsdwJZbSOyXd-ap6>, 20.06.2021.
- Meyer, D., 2011, Ivan, der Schreckliche, Insiderinformationen sind Gold wert und (fast) immer käuflich, in: Euro, H. 3, S. 50.
- Mülbert, P. O. (Hrsg.), 2018, Bankrechtstag 2017, Bd. 39, De Gruyter (Schriftenreihe der Bankrechtlichen Vereinigung, 39).



- Neurath, D., 2019, Stichtagsbezogene Marktmanipulation durch Investmentfonds am Beispiel des Portfolio Pumpings, in: Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft, 31, H. 6, S. 378–384. DOI: 10.15375/zbb-2019-0605.
- Pape, U., 2018, Grundlagen der Finanzierung und Investition, Mit Fallbeispielen und Übungen, 4., vollständig überarbeitete und erweiterte Auflage, De Gruyter Oldenbourg, Berlin (De Gruyter Studium).
- Park, T. (Hrsg.), 2020, Kapitalmarktstrafrecht, Straftaten, Ordnungswidrigkeiten, Finanzaufsicht, Compliance : Handkommentar, 5. Auflage, Nomos, Baden-Baden.
- Phillips, M.; Lorenz, T., 2021, GameStop Stock Plunges, Testing Resolve of Reddit Investors, in: The New York Times, 02.02.2021, <https://www.nytimes.com/2021/02/02/business/gamestop-investors-plunging-shares.html>, 21.06.2021.
- Poelzig, D., 2016, Insider-und Marktmanipulationsverbot im neuen Marktmissbrauchsrecht, in: Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht, H. 14, S. 528–538.
- Pöttsch, T., 2011, Reform der Europäischen Finanzaufsichtsstrukturen, in: Grundmann, S. (Hrsg.), Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag am 24. August 2010. Unternehmen, Markt und Verantwortung, De Gruyter, Berlin.
- PricewaterhouseCoopers, 2019, OVERVIEW OF FORENSIC INVESTIGATION, <https://www.steinhoffinternational.com/downloads/2019/overview-of-forensic-investigation.pdf>, 13.07.2021.
- Redaktion beck-aktuell, 2018, LG Dortmund verurteilt BVB-Attentäter wegen versuchten Mordes zu 14 Jahren Haft, Hrsg. v. Verlag C.H. Beck, <https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Freddok%2Fbeck-link%2F2011585.htm&anchor=Y-300-Z-BECKLINK-N-2011585>, 05.07.2021.
- Schauer, P.; Merwald, M., 2021, Marktmanipulation, Social Media und Noise Trader im Fall GameStop, Bewährungsprobe für den unionsrechtlichen Marktmanipulationstatbestand, in: Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht, H. 5, S. 280–287.
- Schlimbach, F., 2020, Leerverkäufe, Die Regulierung des gedeckten und ungedeckten Leerverkaufs in der Europäischen Union, 1. Auflage, Bd. 18, Mohr Siebeck, Tübingen (Schriften zum Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, 18).
- Schmolke, K. U., 2019, Informationsgestützte Marktmanipulation, in: Klöhn, L.; Mock, S. (Hrsg.), Festschrift 25 Jahre WpHG, De Gruyter, Berlin, Boston, S. 653–668.
- Schmolke, K. U., 2020, „Leerverkaufsattacken“ und Marktmissbrauch, in: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, 49, H. 2-3, S. 291–318. DOI: 10.1515/zgr-2020-0016.
- Schwark, E.; Zimmer, D. (Hrsg.), 2020, Kapitalmarktrechts-Kommentar, Börsengesetz mit Börsenzulassungsverordnung, Wertpapierprospektgesetz, Wertpapierhandelsgesetz, Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz, Europäische Marktmissbrauchsverordnung, 5. Auflage, C.H. Beck, München.
- Schwarzer, D., 2010, Die EU und die Wirtschafts- und Finanzkrise, Ökonomische und politische Herausforderungen, in: Der Bürger im Staat, 60, H. 3, S. 301–306.

- Seibt, C. H., 2018, 1. Jahr Marktmissbrauchsverordnung (MAR) aus Praxissicht, in: Müllert, P. O. (Hrsg.), Bankrechtstag 2017, De Gruyter (Schriftenreihe der Bankrechtlichen Vereinigung, 39), S. 81–124.
- Seier, S., 2018, Kartellrechtsrelevante Marktmanipulationen, Die Europäische Marktmissbrauchsverordnung und der Schutz des Wettbewerbs auf dem Kapitalmarkt, 1. Auflage, Bd. 72, Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, Baden-Baden (Studien zum Bank-, Börsen- und Kapitalmarktrecht, 72).
- tagesschau, 2020, US-Großbank: Rekordstrafe für JP Morgan, in: tagesschau.de, 29.09.2020, <https://www.tagesschau.de/wirtschaft/jp-morgan-strafe-marktmanipulation-101.html>, 20.06.2021.
- Veil, R., 2014, Europäisches Insiderrecht 2.0 – Konzeption und Grundsatzfragen der Reform durch MAR und CRIM-MAD, in: Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft, 26, H. 2. DOI: 10.15375/zbb-2014-0201.
- Waidner, J.; Mannweiler, A., 2021, Ungedeckte Leerverkäufe nicht verboten, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung, 09.03.2021, <https://www.faz.net/aktuell/finanzen/fall-gamestop-ungedeckte-leerverkaeufe-nicht-verbotten-17235981.html>, 21.06.2021.
- Wegner, K., 2021, Das „GameStop“-Phänomen nach deutschem Marktmissbrauchsrecht: Marktmanipulation oder legitimes Anlegerverhalten?, in: Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht, H. 4, S. 181–185.
- WELT, 2011, Insiderhandel: Hedgefonds-Milliardär spekuliert sich ins Gefängnis, in: WELT, 13.10.2011, <https://www.welt.de/finanzen/article13659779/Hedgefonds-Milliardaer-spekuliert-sich-ins-Gefaengnis.html>, 20.06.2021.
- Wentz, J., 2019, Shortseller-Attacken - ökonomische und juristische Bewertung eines ambivalenten Geschäftsmodells, in: Zeitschrift für Wirtschaft- und Bankrecht, H. 5, S. 196–204.
- wirecard, 2021, ad-hoc-2020 Archive - wirecard, <https://www.wirecard.com/de/category/ad-hoc-2020/>, 05.07.2021.
- Zydra, M.; Boehringer, S.; Mühlauer, A., 2013, Florian Homm drohen 25 Jahre Gefängnis, in: Süddeutsche Zeitung, 12.03.2013, <https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/mutmasslicher-anlagebetrueger-florian-homm-schon-okay-wenn-man-mich-aasgeier-nennt-1.1622193-2>, 20.06.2021.

# Die Zulässigkeit der Verdachtskündigung im Arbeitsverhältnis

Bachelorarbeit

an der

FH Aachen  
Fachbereich Wirtschaftswissenschaften  
Wirtschaftsrecht (LL.B.)  
Erstprüfer: Prof. Dr. Juris Klaus Olbertz  
Zweitprüferin: Sabrina Berretz  
Abgabedatum: 11.01.2021

vorgelegt von

Alina Vollmann  
aus Alsdorf

## Abstract

Hat sich beim Arbeitgeber ein Misstrauen gegenüber dem Arbeitnehmer aufgebaut, wodurch der Verdacht einer Straftat bzw. schweren Pflichtverletzung resultiert, muss sich der Arbeitgeber darüber einig werden, wie er künftige Verletzungen entgegenkommen kann und eine Verdachtskündigung in Betracht ziehen<sup>1</sup>. Fragend steht man vor der Problematik, ob die Verdachtskündigung Zulässigkeit erfährt, da sie die Gefahr birgt, einen Unschuldigen treffen zu können<sup>2</sup>. Ziel ist es, aufgrund umfangreicher Literaturrecherche die Frage zu beantworten, ob eine Verdachtskündigung begründet ist und wenn ja welche Voraussetzung mit ihr einhergehen<sup>3</sup>. Trotz der Einwände gegen die Verdachtskündigung<sup>4</sup>, erfährt sie weiterhin Anerkennung vom Bundesarbeitsgericht<sup>5</sup>. Um der Gefährdung entgegenzuwirken, schuldlose Arbeitnehmer zu treffen, sind an die Wirksamkeit der Verdachtskündigung hohe Anforderungen zu stellen<sup>6</sup>. Demnach muss der Verdacht einer strafbaren oder schwerwiegenden Pflichtverletzung auf objektiv dringende Tatsachen beruhen und eine hohe Wahrscheinlichkeit für die Täterschaft aufzeigen<sup>7</sup>. Zudem muss vor Kündigungsausspruch alles Zumutbare unternommen werden, um den Verdacht aufzuklären<sup>8</sup>. Dazu gehört auch die vorherige Arbeitnehmeranhörung, die als Wirksamkeitsvoraussetzung unabdingbar ist<sup>9</sup>. Als Korrektiv dient der Wiedereinstellungsanspruch<sup>10</sup>, wenn sich nach rechtskräftiger Kündigung Umstände ergeben, die den Verdacht entkräften<sup>11</sup>. Aufgrund der strengen Voraussetzungen<sup>12</sup>, bleibt die Zulässigkeit der Verdachtskündigung weiterhin bestehen und wird fortlaufend von der Rechtsprechung weiterentwickelt<sup>13</sup>.

---

<sup>1</sup> *Eylert*, Kramer IT-Arbeitsrecht, B. Individualarbeitsrecht, Rn. 367-422 (368).

<sup>2</sup> *Eylert*, NZA-RR 2014, 393 (397).

<sup>3</sup> *Wertz*, Die Verdachtskündigung unter Berücksichtigung des „Vertrauenskapitals“, S. 39.

<sup>4</sup> *Eylert*, NZA-RR 2014, 393 (397).

<sup>5</sup> *Eylert*, NZA-RR 2014, 393 (396).

<sup>6</sup> *Aszmons*, SPA 2019, 45 (47).

<sup>7</sup> *Rachor*, MHdB ArbR, Band 2: Individualarbeitsrecht II, § 126, Rn. 1-31 (4).

<sup>8</sup> *Schulz*, ArbRAktuell 2016, 365 (365).

<sup>9</sup> BAG, Urteil vom 20.03.2014 – 2 AZR 1037/12, NZA 2014, 1015, Rn. 23.

<sup>10</sup> *Raab*, RdA 2000, 147 (149).

<sup>11</sup> *Schulz*, ArbRAktuell 2016, 365 (367).

<sup>12</sup> *Aszmons*, SPA 2019, 45 (47).

<sup>13</sup> *Wertz*, Die Verdachtskündigung unter Berücksichtigung des „Vertrauenskapitals“, S. 258.

### III

#### Inhaltsverzeichnis

Abstract .....	II
Inhaltsverzeichnis .....	III
Abkürzungsverzeichnis.....	VIII
A. Einleitung .....	1
B. Die Zulässigkeit und Einordnung der Verdachtskündigung .....	2
I. Der Begriff der Verdachtskündigung .....	2
II. Historische Entwicklung und Rechtsprechung der Verdachtskündigung .....	2
1. Rechtsprechung vor Errichtung des BAG.....	3
2. Rechtsprechung nach Errichtung des BAG .....	3
III. Einwände gegen die Zulässigkeit der Verdachtskündigung .....	4
1. Verstoß gegen die Unschuldsvermutung Art. 6 II EMRK i.V.m. Art. 20 III GG	
2. Verstoß gegen die Berufsfreiheit nach Art. 12 I GG.....	5
3. Die Rechtsfigur der Verdachtskündigung als unzulässige Rechtsfortbildung..	6
IV. Einordnung der Verdachtskündigung.....	6
1. Abgrenzung von Verdachtskündigung und Tat Kündigung .....	7
2. Die Arten der Verdachtskündigung .....	7
a) Die außerordentliche Verdachtskündigung .....	7
b) Die ordentliche Verdachtskündigung .....	8
V. Zulässigkeit der Verdachtskündigung in einem Berufsausbildungsverhältnis.	8
C. Die Wirksamkeitsvoraussetzungen der Verdachtskündigung.....	9
I. Die allgemeinen Wirksamkeitsvoraussetzungen der Verdachtskündigung.....	9
II. Die spezifischen Wirksamkeitsvoraussetzungen der Verdachtskündigung.....	9
1. Der objektiv dringende Tatverdacht einer erheblichen Pflichtverletzung.....	10
a) Objektiver Tatverdacht .....	10

## IV

b)	Dringender Tatverdacht .....	10
c)	Erhebliche Pflichtverletzung .....	11
2.	Aufklärungspflicht des Arbeitgebers .....	12
a)	Zumutbare Anstrengung zur Aufklärung des Sachverhalts .....	12
b)	Mögliche Mittel zur Sachverhaltsaufklärung .....	13
aa)	Sachverhaltsaufklärung mittels Videoüberwachung.....	13
bb)	Sachverhaltsaufklärung mittels Key Logger .....	14
cc)	Sachverhaltsaufklärung mittels Einsatzes eines Detektivs.....	15
dd)	Sachverhaltsaufklärung mittels Mitarbeiterbefragung.....	15
ee)	Sachverhaltsaufklärung mittel Zeugenbefragung .....	16
ff)	Sachverhaltsaufklärung mittels Zufallsfundes.....	16
gg)	Orientierung am Fortgang des Strafverfahrens.....	16
3.	Die Arbeitnehmeranhörung.....	16
a)	Anhörungspflicht als formelle Wirksamkeitsvoraussetzung .....	17
b)	Formelle Anforderung an die Arbeitnehmeranhörung .....	17
aa)	Einladung zur Anhörung .....	17
bb)	Zeitpunkt der Anhörung .....	18
cc)	Form der Anhörung .....	19
dd)	Ort der Anhörung .....	20
c)	Beteiligung von Vertrauenspersonen.....	20
aa)	Beteiligung eines Betriebsratsmitgliedes.....	20
bb)	Beteiligung eines Rechtsanwalts.....	21
cc)	Hinweispflicht des Arbeitgebers? .....	21
d)	Inhalt der Anhörung .....	22
e)	Reaktionsmöglichkeit des Arbeitnehmers zur Anhörung.....	22
aa)	Der Arbeitnehmer nimmt teil und bezieht Stellung.....	23
bb)	Der Arbeitnehmer nimmt teil und schweigt.....	23
cc)	Der Arbeitnehmer nimmt teil und will einen neuen Termin.....	24
dd)	Der Arbeitnehmer nimmt nicht teil .....	24
f)	Verzögerungsmöglichkeiten der Arbeitnehmeranhörung .....	25

aa)	Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers .....	25
bb)	Urlaub des Arbeitnehmers .....	26
cc)	Untersuchungshaft des Arbeitnehmers .....	26
g)	Rechtsfolgen bei Verletzung der Pflicht zur ordnungsgemäßen Anhörung	27
4.	Anhörungs pflicht des Betriebsrates nach § 102 BetrVG .....	27
a)	Eigenständige Anhörung zur Verdachtskündigung .....	27
b)	Zeitpunkt der Betriebsratsanhörung .....	28
c)	Inhalt der Betriebsratsanhörung .....	28
d)	Stellungnahme des Betriebsrats .....	28
5.	Kündigungserklärungsfrist .....	29
a)	Ordentliche Verdachtskündigung .....	29
b)	Außerordentliche Verdachtskündigung § 626 II BGB .....	30
aa)	Fristbeginn .....	30
bb)	Auswirkungen der Sachverhaltsauswirkungspflicht auf § 626 II BGB	31
(1)	Kein Fristablauf während der Ermittlungen .....	31
(2)	Rechtsfolgen bei sachgrundloser Verzögerung .....	32
(3)	Parallel laufendes Strafverfahren .....	33
6.	Verhältnismäßigkeitsprinzip .....	33
a)	Ultima-Ratio-Grundsatz .....	34
b)	Milderes Mittel anstelle der Verdachtskündigung .....	34
aa)	Abmahnungserfordernis .....	34
bb)	Weiterbeschäftigung auf einen anderen Arbeitsplatz .....	35
cc)	Suspendierung .....	36
dd)	Ordentliche Verdachtskündigung .....	36
7.	Interessenabwägung .....	37
a)	Gewicht der Pflichtverletzung .....	38
b)	Verschulden des Arbeitnehmers .....	39

c) Dauer des Arbeitsverhältnisses und dessen bisheriger störungsfreier Verlauf.....	39
aa) Möglichkeit und Voraussetzung für das Entstehen von Vertrauenkapital .....	39
bb) Möglichkeit zum vollständigen Verlust des Vertrauens? .....	40
d) Schaden beim Arbeitgeber.....	41
e) Wiederholungsgefahr .....	41
D. Die Verdachtskündigung im Kündigungsschutzprozess .....	42
I. Erhebung von Beweisen im Kündigungsschutzprozess.....	42
1. Beweislast des Arbeitgebers für den Kündigungsgrund .....	42
2. Erhebung von rechtswidrigen Beweisen.....	43
II. Verwertung von Beweisen im Kündigungsschutzprozess .....	44
1. Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung .....	44
2. Verwertung der rechtswidrig erlangten Beweismittel .....	44
a) Rechtfertigung des Eingriffs in das allgemeine Persönlichkeitsrecht.....	45
b) Folgen keiner Rechtfertigung in den Grundrechtseingriff.....	46
III. Nachschieben von Kündigungsgründen in den Kündigungsschutzprozess...	46
1. Maßgeblicher Beurteilungszeitpunkt.....	46
2. Berücksichtigung nachträglicher Umstände im Hinblick auf den Zeitpunkt des Entstehens .....	47
3. Unterrichtungspflicht gegenüber dem Betriebsrat .....	47
4. Erneute notwendige Anhörung des Arbeitnehmers? .....	48
IV. Umdeutung im Verhältnis zur Verdachtskündigung und Tatkündigung ....	48
1. Übergang von Verdachtskündigung zur Tatkündigung .....	48
2. Übergang von Tatkündigung zur Verdachtskündigung .....	49
V. Auswirkung eines Strafverfahrens auf den Kündigungsschutzprozess .....	49
1. Aussetzung des Kündigungsschutzprozesses.....	49



## VII

2. Grundsatz keine Bindung an das Strafverfahren .....	50
E. Der Wiedereinstellungsanspruch.....	50
I. Wirksamkeit der Kündigung trotz nachträglich eintretender verdachtsschwächender Umstände .....	51
II. Voraussetzung des Wiedereinstellungsanspruchs.....	51
1. Positive Prognose .....	51
2. Zumutbarkeit der Wiedereinstellung für den Arbeitgeber .....	52
3. Keine Beschränkung des Wiedereinstellungsanspruchs.....	52
4. Prozessuale Durchsetzung des Wiedereinstellungsanspruchs.....	53
F. Fazit .....	53
Literaturverzeichnis .....	XXVIII

## VIII

### Abkürzungsverzeichnis

AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
AuR	Arbeit und Recht
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
ArbG	Arbeitsgericht
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
ArbRAktuell	Arbeitsrecht Aktuell
ArbRB	Der Arbeits-Rechts-Berater
ArbR	Arbeitsrecht
ARS	Arbeitsrechtssammlung
Art.	Artikel
AZR	Aktenzeichen Recht
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Der Betriebs-Berater
BBiG	Berufsausbildungsgesetz
BC	Zeitschrift für Bilanzierung, Rechnungswesen und Controlling
BDSG	Bundesdatenschutz
BeckOK	Beck 'scher Onlinekommentar
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bundesgerichtsgesetz
BGH	Bundesgerichtshof
bspw.	beispielsweise
BT	Bundestag
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
bzw.	beziehungsweise
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift
C.F.	Christian Friedrich
C.H.	Carl Heinrich
DB	Der Betrieb
Drs.	Drucksache
DStR	Deutsches Steuerrecht
EDV	Elektronische Datenverarbeitung
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechts-Konvention

## IX

ErfK	Erfurter Kommentar
FD-ArbR	Fachdienst Arbeitsrecht
GE	Gesetzesentwurf
gem.	gemäß
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
h.M.	herrschende Meinung
i.V.m.	in Verbindung mit
insb.	Insbesondere
KR	Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
MAH	Münchener Anwaltshandbuch
MHdB	Münchener Handbuch
MittAB	Mitteilung aus der Arbeitsmarkt- und Berufsforschung
MüKo	Münchener Kommentar
NJW	Neue Juristische Wochenzeitschrift
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZA-RR	NZA-Rechtsprechungs-Report
NZWist	Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer-, und Unternehmensstrafrecht
öAT	Zeitschrift für das öffentliche Arbeits- und Tarifrecht
ö.D.	öffentlicher Dienst
RAG	Reichsarbeitsgericht
RdA	Recht der Arbeit
RG	Rechtsgericht
SPA	Schnellinformation für Personalmanagement und Arbeitsrecht
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessrecht
vHH/L	von Hoyningen-Huene/Linck
WiSt	Wissenschaftliches Studium
WiVerw	Wirtschaft und Verwaltung
z.B.	zum Beispiel
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht

X

zit.  
ZPO

zitiert  
Zivilprozessrecht

## A. Einleitung

„Vertrauen ist der Anfang von allem“<sup>14</sup> und ist eine unerlässliche Grundlage im Arbeitsverhältnis<sup>15</sup>. Der Begriff des Vertrauens beinhaltet keine einheitliche Definition<sup>16</sup>. Dennoch besteht Einigung darüber, dass das Vertrauen ein Optimum an Erwartungen ist, sich auf ein zukunftsorientiertes Handeln des Anderen bezieht und von Ungewissheit geprägt ist<sup>17</sup>. Eine Zusammenarbeit mit einer Vertrauensgrundlage ist wirtschaftlich günstiger für den Arbeitgeber, da auf Kontrollmaßnahmen und Nachprüfungen verzichtet werden kann<sup>18</sup>. Ebenfalls wird durch das gegenseitige Zutrauen beigetragen, dass man sich wertgeschätzt fühlt und ein gutes Arbeitsklima herrscht<sup>19</sup>. Allerdings ist Vertrauen sehr zerbrechlich<sup>20</sup>. Der Arbeitgeber geht ein permanentes Risiko ein, die negativen Konsequenzen aus der Verletzung des Vertrauens tragen zu müssen<sup>21</sup>. Denn Vertrauen kann auch enttäuscht oder zerstört werden<sup>22</sup>. Sprichwörtlich steht dem Vertrauen die Kehrseite der Medaille das Misstrauen gegenüber<sup>23</sup>. Misstrauen ist geeignet das erforderliche Vertrauen für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu vernichten<sup>24</sup>. Hat sich ein Misstrauen schlagartig oder langwierig beim Arbeitgeber aufgebaut, resultiert daraus eine Belastung des Arbeitsverhältnisses die eine Beendigung mit sich ziehen kann<sup>25</sup>. Besteht der Verdacht einer Straftat bzw. schwerwiegenden Pflichtverletzung, muss sich der Arbeitgeber darüber einig werden, wie er künftige Verletzungen entgegenkommen kann und eine Verdachtskündigung in Betracht ziehen<sup>26</sup>. Fraglich ist allerdings, ob man ausschließlich aufgrund eines Tatverdachts eine Kündigung aussprechen kann, obwohl die Gefahr besteht einen unschuldigen Arbeitnehmer treffen zu können<sup>27</sup>. Demnach beschäftigt sich die Bachelorarbeit mit der Frage, ob eine

---

<sup>14</sup> Eylert, NZA-RR 2014, 393 (393).

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

<sup>16</sup> Petersen, WiSt 2011, 585 (585).

<sup>17</sup> Petersen, WiSt 2011, 585 (585).

<sup>18</sup> Schilcher/ Schmiede/ Will-Zocholl/ Ziegler, Vertrauen und Kooperation in der Arbeitswelt, S. 11-22 (13).

<sup>19</sup> Schilcher/ Schmiede/ Will-Zocholl/ Ziegler, Vertrauen und Kooperation in der Arbeitswelt, S. 11-22 (13).

<sup>20</sup> Stötzer, Stakeholder Performance Reporting von Nonprofit-Organisationen, S. 221.

<sup>21</sup> Seifert/Pawlowski, MittAB 1998, 598 (603).

<sup>22</sup> Schilcher/ Schmiede/ Will-Zocholl/ Ziegler, Vertrauen und Kooperation in der Arbeitswelt, S. 11-22 (14).

<sup>23</sup> Schweer/Thies, 2003, S. 22, zit. nach: Huth, 2017, S. 40.

<sup>24</sup> Eylert, NZA-RR 2014, 393 (394).

<sup>25</sup> Eylert, Kramer IT-Arbeitsrecht, B. Individualarbeitsrecht, Rn. 367-422 (369).

<sup>26</sup> Eylert, Kramer IT-Arbeitsrecht, B. Individualarbeitsrecht, Rn. 367-422 (368).

<sup>27</sup> Eylert, NZA-RR 2014, 393 (397).

Verdachtskündigung zulässig ist und wenn ja welche Grenzen bzw. Voraussetzung erfüllt werden müssen<sup>28</sup>.

## B. Die Zulässigkeit und Einordnung der Verdachtskündigung

Folgend wird im Allgemeinen die Problematik geschildert, ob die Verdachtskündigung zulässig ist<sup>29</sup> und welcher Einordnung sie unterliegt<sup>30</sup>.

### I. Der Begriff der Verdachtskündigung

Im Arbeitsrecht stößt man vereinzelt auf Rechtsgebiete, die nicht explizit im Gesetz geregelt sind<sup>31</sup>. Hierzu zählt auch die Verdachtskündigung, die langjährig fortentwickelt wurde<sup>32</sup> und als Gestaltungsform die Anerkennung des Bundesverfassungsgerichts erfährt<sup>33</sup>. Der Begriff der Verdachtskündigung umfasst den Sachverhalt, bei dem die Kündigung nicht auf eine erwiesene Vertragspflichtverletzung abstellt, sondern sich allein auf den Verdacht stützt, der Arbeitnehmer habe die schwere Pflichtverletzung bzw. Straftat begangen<sup>34</sup>. Die ständige Rechtsprechung des BAG begründet, dass schon der Verdacht einer strafbaren Handlung oder einer sonstigen Verfehlung einen eigenständigen Kündigungsgrund darstellt<sup>35</sup>. Da die Verdachtskündigung vom Vertrauensverhältnis abhängt, kommt die Rechtsfigur erst zum Einsatz, wenn durch den Verdacht die Vertrauensbeziehung vom Arbeitgeber vernichtet wurde<sup>36</sup>. Folglich ist eine Verdachtskündigung zulässig, wenn der Arbeitgeber seinen Kündigungsgrund auf den Verdacht stützt und dieser geeignet ist, das Vertrauen für die Fortführung des Arbeitsverhältnisses zu zerstören<sup>37</sup>.

### II. Historische Entwicklung und Rechtsprechung der Verdachtskündigung

Die Befassung mit der Zulässigkeit der Verdachtskündigung, ob bzw. in welchem Maße der Verdacht einer Straftat oder schweren Verfehlung einen Grund für die Kündigung aufzeigt,

<sup>28</sup> *Wertz*, Die Verdachtskündigung unter Berücksichtigung des „Vertrauenskapitals“, S. 39.

<sup>29</sup> *Wertz*, Die Verdachtskündigung unter Berücksichtigung des „Vertrauenskapitals“, S. 40.

<sup>30</sup> *Dornberger*, Schutzmöglichkeiten gegen die Behinderung von Betriebsratswahlen seitens des Arbeitgebers, S. 245.

<sup>31</sup> *Eylert*, Kramer IT-Arbeitsrecht, B. Individualarbeitsrecht, Rn. 367-422 (370).

<sup>32</sup> *Lembke*, RdA 2013, 82 (83).

<sup>33</sup> BVerfG, Beschluss vom 04.11.2008 -1 BvR 2587/06, NZA 2009, 53, zit. nach: *Eylert*, 2019, Rn. 367-422 (370).

<sup>34</sup> *Schmidt*, Küttner Personalbuch 2020, Verdachtskündigung, Rn.1-20 (1).

<sup>35</sup> BeckOK ArbR/*Rolfs*, KSchG, § 1, Rn. 193.

<sup>36</sup> *Wertz*, Die Verdachtskündigung unter Berücksichtigung des „Vertrauenskapitals“, S. 39.

<sup>37</sup> BAG, Urteil vom 04.06.1964 – 2 AZR 310/63, NZA 1964, 1918 (1919).

wurde nicht erst vom Bundesarbeitsgericht diskutiert, sondern bereits schon vorher behandelt<sup>38</sup>.

## 1. Rechtsprechung vor Errichtung des BAG

Die Rubrik der Verdachtskündigung wurde im Jahr 1931 durch das Reichsarbeitsgericht (RAG) erstmalig nebenher erwähnt<sup>39</sup>. Das Gericht erläuterte, dass der Verdacht allein, eine Kündigung nicht rechtfertige und auf den Verdacht nicht mehr abgestellt werden darf, wenn die Ermittlungen wegen mangelnder Beweise eingestellt worden sind<sup>40</sup>. Auch im Jahr 1932 nahm das RAG Bezug auf die vorherige Entscheidung und führte aus, dass der Verdacht für eine fristlose Entlassung keinen Kündigungsgrund darstellt<sup>41</sup>. Erstmals im Jahr 1934 hat das RAG die Verdachtskündigung mit einem Urteil ausdrücklich anerkannt<sup>42</sup>, indem die Klage eines Arbeitnehmers abgewiesen wurde, der vermehrt kleine Geldbeträge aus der Kasse entnommen hatte<sup>43</sup>. Das Gericht führte in seiner Beschlussfassung aus, dass der Verdacht eine Kündigung jedoch nicht rechtfertige, wenn anderweitige Begründung für den Differenzbetrag denkbar sind und der Kläger, gegen den der Verdacht vorliegt, das erschütterte Vertrauen selber beseitigen muss, also eine andere denkbare Möglichkeit für den Differenzbetrag aufzuzeigen hat<sup>44</sup>. Abschließend wurde in Jahr 1939 der schwerwiegende und dringende Verdacht gegen den Arbeitnehmer als Kündigungsgrund vom Reichsgericht (RG) und RAG anerkannt<sup>45</sup>. Das Gericht argumentierte im Urteil, dass die fristlose Kündigung wegen eines Verdachts begründet ist, wenn das für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderliche Vertrauen zerstört wurde<sup>46</sup>. Demnach wurde die Verdachtskündigung vom dem RAG entwickelt<sup>47</sup>.

## 2. Rechtsprechung nach Errichtung des BAG

An der Rechtsprechung des RAG zur Verdachtskündigung wurde weder bei der Gründung der Bundesrepublik Deutschland, des Grundgesetzes noch bei der Errichtung des Bundesarbeitsgerichtes (BAG) etwas geändert<sup>48</sup>. In der ersten Entscheidung im Jahr 1955 stützt

<sup>38</sup> Hoefs, 2001, S. 31, zit. nach: Wertz, 2016, S. 41.

<sup>39</sup> RAG, ARS 13, 487 zit. nach: Eylert, 2014, 393 (395).

<sup>40</sup> RAG, ARS 13, 487 zit. nach: Eylert, 2014, 393 (395).

<sup>41</sup> RAG, ARS 15, 571 zit. nach: Eylert, 2014, 393 (396).

<sup>42</sup> RAG, Urteil vom 23.06.1934 – RAG 318/33, ASR 21, 145, zit. nach: Lembke, 2013, 82 (83).

<sup>43</sup> RAG, ARS 21, 145 zit. nach: Eylert, 2014, 393 (396).

<sup>44</sup> RAG, ARS 21, 145 zit. nach: Eylert, 2014, 393 (396).

<sup>45</sup> RAG, ARS 36, 260 zit. nach: Eylert, 2014, 393 (396).

<sup>46</sup> RAG, ARS 36, 260 zit. nach: Eylert, 2014, 393 (396).

<sup>47</sup> Lembke, RdA 2013, 82 (83).

<sup>48</sup> Eylert, NZA-RR 2014, 393 (396).

sich das BAG auf die Rechtsprechung des RAG und begründete, dass kein rechtlicher Einwand darüber besteht, dass der schwerwiegende Verdacht einer strafbaren Handlung eine fristlose Kündigung rechtfertige<sup>49</sup>. In Weiterführung zur Zulässigkeit hat das BAG im Jahr 1957 die ordentliche<sup>50</sup> und im Jahr 1958 die außerordentliche Verdachtskündigung ausdrücklich anerkannt<sup>51</sup>. Das BAG argumentiert die Wirksamkeit der Verdachtskündigung damit, dass das Arbeitsverhältnis in seiner Natur die Vertragsparteien aneinanderbindet und dadurch ein wechselseitiges Vertrauen aufgebaut wird<sup>52</sup>. An diesem Grundgedanken hält das BAG in seinen darauffolgenden Urteilen fest und schafft das erschütterte Vertrauen als Grundlage für die Verdachtskündigung<sup>53</sup>. Daraus entwickelt das BAG später die Voraussetzung der Verdachtskündigung und fordert einen Wiedereinstellungsanspruch beim nachträglichen Wegfall des Verdachts<sup>54</sup>.

### III. Einwände gegen die Zulässigkeit der Verdachtskündigung

Schon immer war die Institution der Verdachtskündigung Kritik ausgesetzt<sup>55</sup>. Obwohl die Verdachtskündigung eine jahrelange Anerkennung aufweist, stößt sie trotzdem bei Vereinzeln auf Unbehagen<sup>56</sup>.

#### 1. Verstoß gegen die Unschuldsvermutung Art. 6 II EMRK i.V.m. Art. 20 III GG

Fragend steht man vor der Problematik, ob die Verdachtskündigung mit der in Art. 6 II EMRK gefestigten Unschuldsvermutung vereinbar ist<sup>57</sup>. Die Unschuldsvermutung weist eine bedeutende Erscheinungsform des Rechtsstaatsprinzips auf und erfährt daher Verfassungsrang<sup>58</sup>. Als Teil eines fairen Verfahrens stellt Art. 6 II EMRK<sup>59</sup> auf die Unschuld des Beschuldigten ab, solange der gesetzliche Nachweis nicht erbracht wurde<sup>60</sup>. Diesem Einwand, dass die Verdachtskündigung gegen die Unschuldsvermutung verstößt, folgt das BAG nicht<sup>61</sup>. Durch die Unschuldsvermutung wird nur unmittelbar der Richter gebunden,

<sup>49</sup> RAG, ARS 21, 146, 36, 260 zit. nach: *Lembke*, 2013, 82 (83).

<sup>50</sup> BAG, Urteil vom 04.11.1957 – 2 AZR 57/56, AP KSchG § 1 Nr. 39, zit. nach: *Wertz*, 2016, S. 44.

<sup>51</sup> BAG, Urteil vom 24.03.1958 – 2 AZR 587/55, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr.5, zit. nach: *Wertz*, 2016, S. 44.

<sup>52</sup> BAG, Urteil vom 04.11.1957 – 2 AZR 57/56, AP KSchG § 1 Nr. 39, zit. nach: *Eylert*, 2014, 393 (396).

<sup>53</sup> *Eylert*, NZA-RR 2014, 393 (396).

<sup>54</sup> BGH, Urteil vom 13.07.1956 – VI ZR 88/55, NJW 1956, 1513 (1513).

<sup>55</sup> *Becker*, MAH Strafverteidigung Rn. 50-113 (82).

<sup>56</sup> *Schütte*, 1991, 21, zit. nach: *Eylert*, 2014, 393 (397).

<sup>57</sup> *Naujok*, 1998, 398 zit. nach: *Rolfs*, 2020, Rn. 195.

<sup>58</sup> *Beukelmann*, NJW-Spezial 2016, 969 (969).

<sup>59</sup> EGMR, Urteil vom 30.03.2010 – 44418/07, NJW 2011, 1789, Rn. 49.

<sup>60</sup> *Beukelmann*, NJW-Spezial 2016, 969 (969).

<sup>61</sup> BeckOK ArbR/*Rolfs*, KSchG, § 1, Rn. 195.



der im Strafprozess über eine Anklage zu entscheiden hat<sup>62</sup>. Angesichts der Anwendung im Zivilrecht des Art. 6 II EMRK, wäre eine Kündigung vor einer strafrechtlichen Verurteilung gar nicht möglich und der Arbeitgeber hätte nur die Option den Arbeitnehmer bezahlt zu suspendieren und den Verlauf des Strafprozesses abzuwarten<sup>63</sup>. Folglich wird die Zulässigkeit der Verdachtskündigung durch die Unschuldsvermutung nach Art. 6 II EMRK nicht berührt<sup>64</sup>.

## 2. Verstoß gegen die Berufsfreiheit nach Art. 12 I GG

Ebenfalls unterliegt die Verdachtskündigung der Kritik, dass sie gegen das Grundrecht der Berufsfreiheit nach Art. 12 GG verstößt<sup>65</sup>. Gemäß Art. 12 I GG haben alle Deutschen das Recht Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. In dieser Hinsicht bedeutet Art. 12 I GG für den Arbeitnehmer, dass er selber entscheiden kann, ob er einen Arbeitsplatz aufnimmt, ob er diesen behalten oder wechseln möchte<sup>66</sup>. Unter diesen Schutz des Grundrechts fällt aber auch der Arbeitgeber, der selber bestimmen kann, welche Arbeitnehmer er für wie lange beschäftigen mag<sup>67</sup>. Da beide Grundrechtspositionen gleichgestellt sind<sup>68</sup>, erfordert die Verdachtskündigung eine bedeutsame verfassungsrechtliche Legitimation<sup>69</sup>. Der Art. 12 I GG schützt jedoch nicht vor gewissen Kündigungsarten, sondern vor einem unbegründeten Verdacht<sup>70</sup>. Das BAG wirkt dieser Problematik mit seinen entwickelten Anforderungen entgegen, indem der Verdacht objektiv, dringend und sich auf eine schwerwiegende Pflichtverletzung beziehen muss, eine Anhörung des Arbeitnehmers durchzuführen ist<sup>71</sup>, und die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses dem Arbeitgeber nicht mehr zugemutet werden kann<sup>72</sup>. Bei der Berücksichtigung der strengen Anforderungen, die bei der Verdachtskündigung vorliegen müssen, besteht keine Unverhältnismäßigkeit

<sup>62</sup> *Belling*, 1994, S. 25, zit. nach: *Eylert*, 2014, 393 (397).

<sup>63</sup> BAG, Urteil vom 14.09.1994 – 2 AZR 164/94, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 24 o. S.

<sup>64</sup> BAG 31.01.2019 – 2 AZR 426/18, NZA 2019, 893 Rn. 25.

<sup>65</sup> *Naujok*, 1998, 398, zit. nach: *Wertz*, 2016, S. 81.

<sup>66</sup> BAG, Urteil vom 29.06.1962 – 1 AZR 343/61, AP GG Art. 12 Nr. 25 zit. nach: *Dörner*, 1993, 873 (873).

<sup>67</sup> *Maunz/Düring GG/Scholz*, GG, Art. 12, Rn. 58.

<sup>68</sup> *Grabitz*, 1998, 580 (609), zit. nach: *Dörner*, 1993, 873 (874).

<sup>69</sup> *Schmidt*, Küttner Personalbuch 2020, Verdachtskündigung, Rn. 1-20 (1).

<sup>70</sup> *Schrader/Thoms/Möller*, ArbRAktuell 2014, 310 (312).

<sup>71</sup> *Schrader/Thoms/Möller*, ArbRAktuell 2014, 310 (312).

<sup>72</sup> *Rachor*, MHdB ArbR, Band 2: Individualarbeitsrecht II, § 126, Rn. 1-31 (28).

und Grundrechtsverletzung des Arbeitnehmers<sup>73</sup>. Folglich ist die Verdachtskündigung verfassungskonform<sup>74</sup>.

### 3. Die Rechtsfigur der Verdachtskündigung als unzulässige Rechtsfortbildung

Desweiteren werden Meinungen vertreten, dass die Verdachtskündigung eine rechtswidrige richterliche Rechtsfortbildung darstellt<sup>75</sup>. Gemäß § 626 I BGB kann das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund beendet werden, wenn Tatsachen vorliegen, die unter Abwägung beidseitiger Interessen, die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses dem Arbeitgeber bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht mehr zugemutet werden können. Hierauf bezieht sich die Kritik, dass der Verdacht nicht unter § 626 I BGB subsumierbar ist, da hier keine Tatsache vorliegt<sup>76</sup>. Anzumerken ist, dass bei der Verdachtskündigung nicht der Verdacht als Grund für die Kündigung anzusehen ist, sondern der daraus resultierende Vertrauensverlust<sup>77</sup>. Da das Arbeitsverhältnis auf wechselseitigem Vertrauen in Treue und Verlässlichkeit aufbaut, ist folgendermaßen der Verlust des Vertrauens nach § 626 I BGB geeignet, einen wichtigen Grund darzustellen<sup>78</sup>. Tatsachen sind abzugrenzen und werden sowohl von außen bzw. innen hergeleitet<sup>79</sup>. Der Vertrauensverlust ist ein Innerer geeigneter Beweis<sup>80</sup>, der Vorstellungen, Wissen und Absichten beinhaltet<sup>81</sup>. Dementsprechend wird die Tatsache nicht mit dem Verdacht, sondern mit der Vertrauenszerstörung begründet<sup>82</sup>. Ebenfalls beseitigt die Verdachtskündigung die Vorwürfe als abgestufte Tat Kündigung aufzutreten, indem sie auf objektive Voraussetzungen abzustellen ist<sup>83</sup>. Folglich stellt die Verdachtskündigung keine unzulässige richterliche Rechtsfortbildung dar, da sie sich aus § 626 I BGB ableiten lässt und zu keiner Abstufung der Voraussetzung führt<sup>84</sup>.

### IV. Einordnung der Verdachtskündigung

Fraglich ist, wo das Rechtsinstitut der Verdachtskündigung richtigerweise einzuordnen ist<sup>85</sup>.

<sup>73</sup> BAG, Urteil vom 14.09.1994 – 2 AZR 164/94, NJW 1995, 1110 (1111).

<sup>74</sup> *Rachor*, MHD ArbR, Band 2: Individualarbeitsrecht II, § 126, Rn. 1-31 (1).

<sup>75</sup> *Lunk*, NJW 2010, 2753 (2753).

<sup>76</sup> GE der Fraktion die Linke, BT-Drs. 17/649, S. 5.

<sup>77</sup> *Wertz*, Die Verdachtskündigung unter Berücksichtigung des „Vertrauenskapitals“, S. 64.

<sup>78</sup> LAG, Urteil vom 31.01.1985 – 5 Sa 340/84, juris.

<sup>79</sup> BeckOK StGB/*Beukelmann*, § 263, Rn. 4.

<sup>80</sup> *Lücke*, 1997, 1842 (1844) zit. nach: *Lunk*, 2010, 2753 (2753-2754).

<sup>81</sup> BeckOK StGB/*Beukelmann*, § 263, Rn. 4.

<sup>82</sup> *Lunk*, NJW 2010, 2753 (2753).

<sup>83</sup> *Wertz*, Die Verdachtskündigung unter Berücksichtigung des „Vertrauenskapitals“, S. 65.

<sup>84</sup> *Wertz*, Die Verdachtskündigung unter Berücksichtigung des „Vertrauenskapitals“, S. 65.

<sup>85</sup> KR/*Fischermeier*, 2013, Rn. 211, zit. nach: *Wertz*, 2016, S. 90.

## 1. Abgrenzung von Verdachtskündigung und Tat Kündigung

Die Verdachts- und Tatkündigungen sind voneinander abzugrenzen, denn auch wenn sie nicht zusammenhanglos nebeneinanderstehen, unterliegen beide unterschiedlichen Prüfungsvoraussetzungen<sup>86</sup>. Um eine Tat Kündigung handelt es sich, wenn der Arbeitgeber von der Tatbegehung überzeugt ist<sup>87</sup> und auf Grund dessen, die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses für den Arbeitgeber unzumutbar ist<sup>88</sup>. Von der Verdachtskündigung spricht man, wenn der Arbeitgeber nicht die Kenntnis der Tatbegehung hat, sondern nur den Verdacht einer schwerwiegenden Pflichtverletzung bzw. Straftat gegen den Arbeitnehmer hegt<sup>89</sup>. Die Verdachtskündigung zählt weder zur Untergruppe der Tat Kündigung<sup>90</sup>, noch kann sie als unterentwickelte Tat Kündigung bezeichnet werden<sup>91</sup>.

## 2. Die Arten der Verdachtskündigung

Die Verdachtskündigung wird vorwiegend als außerordentliche Kündigung ausgesprochen<sup>92</sup>, jedoch besteht ebenfalls die Möglichkeit diese als fristgerechte ordentliche Kündigung aus Gründen der Person zu erklären<sup>93</sup>.

### a) Die außerordentliche Verdachtskündigung

Gemäß § 626 I BGB bedarf eine fristlose Kündigung Tatsachen, die einen wichtigen Grund darstellen und diese unter Abwägung beidseitiger Interessen, die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses dem Arbeitgeber bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht mehr zugemutet werden können. Hierzu bildet die Vertrauenszerstörung, die durch den Verdacht einer Straftat bzw. schwerwiegenden Verfehlung entstanden ist, ebenfalls einen wichtigen Grund<sup>94</sup>. Die außerordentliche Verdachtskündigung ist folglich dann gerechtfertigt, wenn der Verdacht auf objektiven Tatsachen begründet ist, eine Dringlichkeit und hohe Wahrscheinlichkeit besteht und die Fortführung des Arbeitsverhältnisses für den Arbeitgeber unzumutbar wird, weil das erforderliche Vertrauen zerstört ist<sup>95</sup>.

<sup>86</sup> BAG, Urteil vom 03.07.2003 – 2 AZR 437/02, NZA 2004, 307 zit. nach: *Eylert*, 2014, 393 (397).

<sup>87</sup> *Straube*, Arbeitsrechtliche Korruptionsbekämpfung, D. Verfolgung von Korruption, Rn. 329-379 (342).

<sup>88</sup> BAG, Urteil vom 03.04.1986 – 2 AZR 324/85, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 18.

<sup>89</sup> *Schulz*, ArbRAktuell 2016, 365 (365).

<sup>90</sup> *Otto*, 2000, S. 140, zit. nach: *Wertz*, 2016, S. 64.

<sup>91</sup> *vHH/L/Krause*, 2013, Rn. 464, zit. nach: BAG 31.01.2019 – 2 AZR 426/18, NZA 2019, 893 Rn. 23.

<sup>92</sup> *Eylert*, NZA-RR 2014, 393 (398).

<sup>93</sup> BAG, Urteil vom 31.01.2019 – 2 AZR 426/18, NZA 2019, 893 Rn. 20.

<sup>94</sup> *Eylert*, Kramer IT-Arbeitsrecht, B. Individualarbeitsrecht, Rn. 367-422 (376).

<sup>95</sup> *Eylert*, NZA-RR 2014, 393 (398).

## b) Die ordentliche Verdachtskündigung

Gemäß § 1 II S. 1 KSchG bedarf die ordentliche Kündigung zur Rechtfertigung einen Kündigungsgrund in der Person, des Verhaltens oder des Betriebes. Die Literatur ordnet die ordentliche Verdachtskündigung nach § 1 II KSchG in die personenbedingten Kündigungsgründe ein, da hier auf das zerstörte Vertrauensverhältnis abgestellt wird<sup>96</sup>. Da nur der Verdacht besteht und die Pflichtverletzung nicht nachgewiesen werden kann, spricht dieses Argument gegen einen verhaltensbedingten Grund<sup>97</sup>. Folglich ist die ordentliche Verdachtskündigung aus den Gründen in der Person des Arbeitnehmers nach § 1 II KSchG zulässig, jedoch nur sozial gerechtfertigt, wenn die Tatsachen ebenfalls eine außerordentliche Verdachtskündigung begründen<sup>98</sup>. Dieser Grundsatz folgt aus Art. 12 I GG, dass die ordentliche Verdachtskündigung ebenfalls – mit Ausnahme der starren Frist – die Voraussetzung der außerordentlichen Verdachtskündigung erfüllen muss<sup>99</sup>. Gemäß § 626 II BGB ist die starre Frist nicht auf die ordentliche Kündigung anzuwenden, wonach eine analoge Anwendung ebenfalls ausscheidet<sup>100</sup>. Jedoch gilt auch hier, dass der Arbeitgeber zügig entscheiden muss, da das längere Zuwarten trotz Kenntnis, die Annahme berechtigen könnte, dass der zerstörte Vertrauensverlust nicht so schwer wiegt<sup>101</sup>. In der Praxis ist der Ausspruch der ordentlichen Verdachtskündigung dann anzunehmen, wenn der Arbeitgeber die zweiwöchige Kündigungserklärungsfrist nach § 626 II BGB versäumt hat<sup>102</sup>, oder diese als milderes Mittel statt der außerordentlichen Kündigung ausgesprochen wird<sup>103</sup>.

## V. Zulässigkeit der Verdachtskündigung in einem Berufsausbildungsverhältnis

Umstritten ist, ob die Verdachtskündigung auch im Berufsausbildungsverhältnis zulässig ist<sup>104</sup>. Nach der herrschenden Meinung wird eine Verdachtskündigung bejaht da diese mit überhöhten und strengen Anforderungen erfolgt<sup>105</sup>. Somit stellt auch im Berufsausbildungsverhältnis gemäß § 22 II Nr. 1 BBiG der dringende Verdacht einer schwerwiegenden Pflichtverletzung bzw. Straftat einen wichtigen Grund dar<sup>106</sup>. Der Verdacht als wichtiger Kündigungsgrund gemäß § 22 II Nr. 1 BBiG ist jedoch nur zulässig, wenn dem Ausbilder

<sup>96</sup> Lücke, 1997, 1844, zit. nach: Hergenröder, 2020, Rn. 224.

<sup>97</sup> Preis, 1988, 1448, zit. nach: Ascheid/Preis/Schmidt/Vossen, 2021, Rn. 369.

<sup>98</sup> BAG 31.01.2019 – 2 AZR 426/18, NZA 2019, 893 Rn. 26.

<sup>99</sup> Lingemann, FD-ArbR 2019, 418287 (418287).

<sup>100</sup> Lingemann, FD-ArbR 2019, 418287 (418287).

<sup>101</sup> BAG 31.01.2019 – 2 AZR 426/18, NZA 2019, 893 Rn. 32.

<sup>102</sup> Hamacher, SPA 2014, 49 (50).

<sup>103</sup> Schulz, ArbRAktuell 2016, 365 (366).

<sup>104</sup> BAG 12.02.2015 – 6 AZR 831/13, NZA 2015, 741 Rn. 32.

<sup>105</sup> Hoefs, 2001, S. 318 zit. nach: BAG 12.02.2015 – 6 AZR 831/13, NZA 2015, 741 Rn. 35.

<sup>106</sup> BAG 12.02.2015 – 6 AZR 831/13, NZA 2015, 741 Rn. 28.

die Fortführung des Ausbildungsverhältnis objektiv nicht mehr zumutbar ist<sup>107</sup>. Wie das BAG wird der herrschenden Meinung gefolgt, wonach die Verdachtskündigung im Berufsausbildung Zulässigkeit erfährt<sup>108</sup>.

## C. Die Wirksamkeitsvoraussetzungen der Verdachtskündigung

Für die Wirksamkeit der Verdachtskündigung gelten besonders strenge Anforderungen<sup>109</sup>. Demnach folgt eine Darstellung der von der Rechtsprechung langwierig entwickelten Voraussetzungen<sup>110</sup>.

### I. Die allgemeinen Wirksamkeitsvoraussetzungen der Verdachtskündigung

Im Rahmen dieser Bachelorarbeit wird die wirksame Klageerhebung des Arbeitnehmers, die ordnungsgemäße Kündigungserklärung und der besondere Kündigungsschutz nicht weiter thematisiert. Der Schwerpunkt wird hier auf die spezifischen Wirksamkeitsvoraussetzungen der Verdachtskündigung gelegt und erörtert.

### II. Die spezifischen Wirksamkeitsvoraussetzungen der Verdachtskündigung

Die Verdachtskündigung ist an strenge Voraussetzungen gebunden, da das Risiko einen Unschuldigen zu treffen entgegen gewirkt werden soll<sup>111</sup>. Deswegen muss der Verdacht, der für die Vertragsfortsetzung weggefallen ist, näher bestimmt, begründet und sachlich bewertet werden und es sind Bemühungen nachzukommen, die den Verdacht ausräumen und zu einer eventuellen Wiederherstellung des Vertrauens beitragen sollen<sup>112</sup>. Wie in der obigen Ausführung (A. IV. 2. b)) schon erwähnt, muss die ordentliche Verdachtskündigung ebenfalls die außerordentlichen Voraussetzungen erfüllen<sup>113</sup>. Somit werden hier bei den spezifischen Wirksamkeitsvoraussetzung bei einem Gleichlauf die außerordentlichen Bedingungen aufgezeigt und nur bei Abweichungen zwischen beiden Kündigungsarten differenziert. Folgend wird auf die vom BAG präzise entwickelten Voraussetzungen eingegangen und erörtert<sup>114</sup>.

<sup>107</sup> BAG 12.02.2015 – 6 AZR 831/13, NZA 2015, 741 Rn. 41.

<sup>108</sup> BAG 12.02.2015 – 6 AZR 831/13, NZA 2015, 741 Rn. 36.

<sup>109</sup> *Aszmons*, SPA 2019, 45 (47).

<sup>110</sup> *Zborowska*, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 130.

<sup>111</sup> *Eylert*, NZA-RR 2014, 393 (398).

<sup>112</sup> *Wertz*, Die Verdachtskündigung unter Berücksichtigung des „Vertrauenskapitals“, S. 103.

<sup>113</sup> *Lingemann*, FD-ArbR 2019, 418287 (418287).

<sup>114</sup> *Wertz*, Die Verdachtskündigung unter Berücksichtigung des „Vertrauenskapitals“, S. 103.

## 1. Der objektiv dringende Tatverdacht einer erheblichen Pflichtverletzung

Der Verdacht ist durch konkrete und objektive Tatsachen nachzuweisen, zudem muss er dringend sein und es sollte eine große Bestimmtheit bestehen, dass dieser zutrifft<sup>115</sup>. Die bloße subjektive Wertung<sup>116</sup> oder möglich haltbare Vermutungen reichen zur Begründung des Verdachts nicht aus<sup>117</sup>. Weiterhin muss sich der Verdacht auf eine Straftat bzw. sonstigen schwerwiegenden Verfehlung beziehen, der die Redlichkeit des Arbeitnehmers schwinden lässt<sup>118</sup>.

### a) Objektiver Tatverdacht

Der Verdacht muss durch objektive Tatsachen nachgewiesen werden<sup>119</sup>. Der Arbeitgeber muss also das zerstörte Vertrauensverhältnis durch tatsächlich vorliegende Umstände begründen<sup>120</sup>. Die vom Arbeitgeber dargestellten Befunde müssen den Verdacht erklären, belegen und unbestreitbar feststehen<sup>121</sup>. Auf die Abstimmung eines besonders verstimmt oder empfindlichen Arbeitgebers kommt es nicht an<sup>122</sup>. Das subjektive Arbeitgeberempfinden ist weder mit den Grundrechten vereinbar, noch ist es ein Maßstab für den Bestand des Arbeitsverhältnisses, da sonst Emotionen und Verstimmungen mit einfließen würden<sup>123</sup>. Der objektive Tatverdacht wird folglich nicht durch die bloße Mutmaßung der Arbeitnehmer habe Ware gestohlen begründet, sondern durch Anzeichen eines Fehlbestandes mittels einer Inventur festgestellt<sup>124</sup>.

### b) Dringender Tatverdacht

Ein dringender Tatverdacht liegt vor, wenn die Verdachtsmomente gegen den verdächtigen Arbeitnehmer eine hohe Wahrscheinlichkeit aufweisen, dass der Beschuldigte die Straftat bzw. schwerwiegende Vertragspflichtverletzung begangen haben könnte<sup>125</sup>. Das BAG hat

<sup>115</sup> *Rachor*, MHD B ArbR, Band 2: Individualarbeitsrecht II, § 126, Rn. 1-31 (4).

<sup>116</sup> BAG 04.06.1964 – 2 AZR 310/63 AP BGB § 626, Nr. 13, zit. nach: *Zborowska*, 2015, S.132.

<sup>117</sup> BAG, Urteil vom 10.02.2005 – 2 AZR 189/04, Rn. 34, juris.

<sup>118</sup> *Otto*, 2000, S.219, zit. nach: *Wertz*, 2016, S. 103.

<sup>119</sup> BAG, Urteil vom 14.09.1994 – 2 AZR 164/ 94, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 24.

<sup>120</sup> *Otto*, 2000, S.225, zit. nach: *Wertz*, 2016, S. 105.

<sup>121</sup> *Eylert*, NZA-RR 2014, 393 (399).

<sup>122</sup> *Eylert*, NZA-RR 2014, 393 (398).

<sup>123</sup> *Enderlein*, RdA 2000, 325 (326).

<sup>124</sup> *Otto*, 2000, S.225, zit. nach: *Wertz*, 2016, S. 105.

<sup>125</sup> BAG, Urteil vom 10.02.2005 – 2 AZR 189/04, NJW -Spezial 2005, 467 (467).

jedoch ausgeführt, dass die hohe Wahrscheinlichkeit nicht auf mathematische Berechnungen zu stützen ist<sup>126</sup>, sondern sich aus einer Gesamtheit von Beweisen begründen lässt, die grundsätzlich andere Täter ausschließt<sup>127</sup>. Eine Verneinung des dringenden Verdachts wird jedoch nicht schon deshalb angenommen, weil andere Täter mit absoluter Sicherheit nicht ausgeschlossen werden können<sup>128</sup>. Grund hierfür ist, dass an die Verdachtskündigung keine strengeren Ansprüche gestellt werden dürfen als bei der Tat Kündigung<sup>129</sup>, die gleichermaßen nach § 286 ZPO keinen absoluten, sondern nur einen Grad an Gewissheit fordert<sup>130</sup>. Ein dringender Tatverdacht kann zudem auch nicht allein auf Ermittlung und Ergebnisse der Staatsanwaltschaft gestützt werden, auch wenn diese z.B. bei der Anklageerhebung (§ 170 I StPO), oder bei einer Untersuchungshaft (§ 112 I StPO) einen solchen dringenden Tatverdacht voraussetzen<sup>131</sup>. Denn es gilt hier der Grundsatz, dass die Arbeitsgerichte nicht an die Strafgerichte gebunden sind<sup>132</sup>. Demungeachtet können die Ermittlungen des Strafprozesses die Annahme beim Arbeitgeber erhöhen, dass der Arbeitnehmer die Pflichtverletzung begangen hat<sup>133</sup>. Folglich muss der dringende Tatverdacht aufgrund von Beweisen eine hohe Wahrscheinlichkeit aufweisen, dass der Arbeitnehmer die Tat begangen hat<sup>134</sup> und dieser muss nach den notwendigen Sachverhaltsermittlungen weiterhin bestehen bleiben<sup>135</sup>.

### c) Erhebliche Pflichtverletzung

Der erforderliche dringende Tatverdacht muss sich auf eine Straftat oder eine schwerwiegende Pflichtverletzung stützen<sup>136</sup>. Jedoch ist die strafrechtliche Bewertung des vorgeworfenen Verdachtes unbedeutend, da hier allein die Verletzung von Haupt- oder Nebenpflichten und der hieraus resultierende Vertrauensverlust entscheidend sind<sup>137</sup>. Denn auch eine erhebliche nicht strafbare Pflichtverletzung rechtfertigt einen wichtigen Grund nach § 626 I BGB<sup>138</sup>. Hierzu muss die verdächtige unrechtmäßige Zuwiderhandlung des Arbeitnehmers

<sup>126</sup> BAG, Urteil vom 06.09.2007 – 2 AZR 722/06, NZA 2008, 219, Rn. 46.

<sup>127</sup> Eylert, NZA-Beilage 2015, 100 (102).

<sup>128</sup> LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 08.02.2012 – 24 Sa 1800/11, Rn. 39, juris.

<sup>129</sup> LAG Hessen, Urteil vom 10.02.2011 – 5 Sa 1413/10, Rn. 37, juris.

<sup>130</sup> Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S.136.

<sup>131</sup> Ascheid/Preis/Schmidt Kündigungsrecht/Vossen, BGB, § 626, Rn. 357a.

<sup>132</sup> BeckOK ArbR/Rolfs, KSchG, § 1, Rn. 202.

<sup>133</sup> BAG, Urteil vom 05.06.2008 – 2 AZR 234/07, NZA-RR 2008, 630, Rn. 25.

<sup>134</sup> Huber/Uzuner, NZWiSt 2016, 94 (95).

<sup>135</sup> Eylert, Kramer IT-Arbeitsrecht, B. Individualarbeitsrecht, Rn. 367-422 (381).

<sup>136</sup> Wertz, Die Verdachtskündigung unter Berücksichtigung des „Vertrauenskapitals“, S. 110.

<sup>137</sup> Schmidt, Küttner Personalbuch 2020, Verdachtskündigung, Rn. 1- 20 (11).

<sup>138</sup> BAG, Urteil vom 21.06.2012 – 2 AZR 694/11, AP KSchG 1969 § 9 Nr. 68, Rn. 21.

geeignet sein, das Arbeitgebertvertrauen in die Redlichkeit und Grundlage des Arbeitsverhältnisses zu zerstören<sup>139</sup>. Das Fehlen in die Redlichkeit wird damit begründet, dass der Arbeitgeber aufgrund des Vergehens, von weiteren Risiken oder Gefährdungen durch den Arbeitnehmer ausgeht<sup>140</sup>. Weiterhin muss die Pflichtverletzung so schwer gewichtet sein, dass sie bei bewiesener Tat, eine fristlose Kündigung gerechtfertigt hätte<sup>141</sup>. Folglich scheidet eine Kündigung wegen des Verdachts einer erheblichen Pflichtverletzung aus, wenn schon das Verhalten bei erwiesener Tat eine fristlose Kündigung nicht rechtfertigen würde<sup>142</sup> und es keinen Bezug zum Arbeitsverhältnis gibt<sup>143</sup>.

## 2. Aufklärungspflicht des Arbeitgebers

Hat sich der objektiv dringende Tatverdacht einer schwerwiegenden Pflichtverletzung bei dem Arbeitgeber eingedrungen, hat er trotzdem nicht das Recht eine Verdachtskündigung auszusprechen<sup>144</sup>. Sondern nur, wenn der Arbeitgeber seiner Aufklärungs- und Nachforschungspflicht nachgekommen ist und alles Zumutbare unternommen hat, um die Sachlage aufzuklären<sup>145</sup>. Diese Pflicht steht im Zusammenhang mit dem Ultima-Ratio-Grundsatzes und soll ein milderes Mittel vor Kündigungsäußerung darstellen<sup>146</sup>. Der Ausspruch der Kündigung besteht erst, wenn es dem Arbeitgeber nicht gelungen ist, den Verdacht zu beseitigen, bzw. so aufzuklären, dass eine Tatkündigung in Betracht käme<sup>147</sup>.

### a) Zumutbare Anstrengung zur Aufklärung des Sachverhalts

Gemäß Rechtsprechung ist der Arbeitgeber verpflichtet, alle ihm möglichen Bemühungen anzustellen, um den Sachverhalt aufzuklären<sup>148</sup>. Durch diese Verpflichtung ist der Arbeitgeber gehalten, keine vorzeitigen Entscheidungen zu treffen, denn dadurch wird die Gefahr einen Unschuldigen zu fassen entgegengewirkt<sup>149</sup>. Vor allem unterliegt der Arbeitgeber der

<sup>139</sup> Eylert, NZA-RR 2014, 393 (398).

<sup>140</sup> Enderlein, RdA 2000, 325 (326).

<sup>141</sup> BAG, Urteil vom 10.12.2009 – 2 AZR 534/08, NZA 2010, 698, Rn. 17.

<sup>142</sup> BAG, Urteil vom 06.09.2012 – 2 AZR 270/11, NJW 2013, 1115, Rn. 50.

<sup>143</sup> BAG, Urteil vom 27.11.2008 – 2 AZR 98/07, AP KSchG 1969 § 1 Nr. 90, Rn. 21.

<sup>144</sup> Langner/Witt, DStR 2008, 825 (827).

<sup>145</sup> Langner/Witt, DStR 2008, 825 (826).

<sup>146</sup> BAG, Urteil vom 13.09.1995 – 2 AZR 587/94, NJW 1996, 540, Rn. II. 2.

<sup>147</sup> BAG, Urteil vom 28.11.2007 – 5 AZR 952/06, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 42, Rn. 18.

<sup>148</sup> BAG, Urteil vom 04.06.1964 – 2 AZR 310/63, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 13 zit. nach: Eylert, 2014, 393 (400).

<sup>149</sup> Merten, FD-ArbR 2013, 352227 (352227).



Pflicht, zur Auflösung des Sachverhalts, alle möglichen in Betracht kommenden Fehlerquellen zu untersuchen<sup>150</sup> und erwägenswerte Täter auszuschließen<sup>151</sup>. Werden Ermittlungen zur Sachlage unterlassen, die dem Arbeitgeber zumutbar wären, liegt auf Grund dessen die Unwirksamkeit der Verdachtskündigung vor<sup>152</sup>. Folglich ist jedoch festzuhalten, dass der Umfang der Aufklärungspflicht vom Einzelfall abhängt<sup>153</sup>. In die Einzelfallabwägung finden die organisatorischen, zeitlichen und finanziellen Einsätze, die Vielzahl und die Beweiskraft der Maßnahmen Berücksichtigung<sup>154</sup>.

#### b) Mögliche Mittel zur Sachverhaltsaufklärung

Zur Sachverhaltsaufklärung stehen dem Arbeitgeber alle denkbaren Mittel zur Verfügung<sup>155</sup>. Im Zentralpunkt steht die Anhörung des Arbeitnehmers, die in dieser Arbeit hingegen vereinzelt dargestellt wird (C. II. 3.)<sup>156</sup>. Der Arbeitgeber verfügt aber auch je nach Einzelfall über andere Mittel, die zur Aufklärung beitragen können<sup>157</sup>. Es werden jedoch nicht alle Aufklärungsmaßnahmen aufgezeigt, da dies sonst zu weitläufig wäre<sup>158</sup>. Ob die einschneidenden Mittel gegen das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers verstoßen und einem Beweisverwertungsverbot unterliegen werden im Verlauf der Arbeit ebenfalls gesondert thematisiert (D. II. 2.)<sup>159</sup>. Folgend werden mögliche Mittel zur Sachverhaltsaufklärung aufgezeigt<sup>160</sup>.

#### aa) Sachverhaltsaufklärung mittels Videoüberwachung

Eine mögliche Sachverhaltsaufklärungsmaßnahme stellt die Videoaufzeichnung dar<sup>161</sup>. Mittels Videoüberwachung können Umgebungen durch technische Einrichtungen beobachtet werden<sup>162</sup>. „Die technische Einrichtung muss dazu bestimmt sein, das Verhalten oder die

<sup>150</sup> Eylert, NZA-RR 2014, 393 (400).

<sup>151</sup> Busch, 2005, S. 160 zit. nah: Zborowska, 2015, S.193.

<sup>152</sup> Wertz, Die Verdachtskündigung unter Berücksichtigung des „Vertrauenskapitals“, S. 114.

<sup>153</sup> BAG, Urteil vom 13.03.2008 – 2 AZR 961/06, NZA 2008, 809, Rn. 15.

<sup>154</sup> Hoefs, 2001, S. 204, zit. nach: Wertz, 2016, S. 116.

<sup>155</sup> Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S.193

<sup>156</sup> Wertz, Die Verdachtskündigung unter Berücksichtigung des „Vertrauenskapitals“, S. 117.

<sup>157</sup> Wertz, Die Verdachtskündigung unter Berücksichtigung des „Vertrauenskapitals“, S. 117.

<sup>158</sup> Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S.193.

<sup>159</sup> MüKo BGB/Hergenröder, KSchG, § 1, Rn. 227.

<sup>160</sup> Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S.193.

<sup>161</sup> Wertz, Die Verdachtskündigung unter Berücksichtigung des „Vertrauenskapitals“, S. 123.

<sup>162</sup> Fiedler, Beweisverwertungsverbote im Kündigungsschutzprozess bei rechtswidriger Überwachung des Arbeitnehmers, S. 10.

Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen<sup>163</sup>. Durch die Beobachtung werden Geschehnisse in Bild aufgezeichnet und gegebenenfalls zusätzlich gespeichert<sup>164</sup>. Anhand der Aufzeichnung ist es dem Arbeitgeber möglich, Straftaten bzw. schwerwiegende Pflichtverletzungen des Arbeitnehmers aufzuklären<sup>165</sup>. Es wird jedoch eine Differenzierung zwischen der offenen und verdeckten Videoüberwachung vorgenommen<sup>166</sup>.

(a) Offene Videoüberwachung

Die offene Videoüberwachung wird vom Arbeitgeber kenntlich gemacht, das bedeutet entweder ist die Kamera selber ersichtlich oder wird durch Hinweisschilder verdeutlicht<sup>167</sup>. In diesem Fall weiß der Arbeitnehmer von der Überwachung und kann sich diesbezüglich drauf einstellen und sein Verhalten anpassen<sup>168</sup>. Zusätzlich besteht die Möglichkeit den bewachten Bereich zu meiden, wenn Kenntnis darüber besteht wo und wann die Aufzeichnungen vorgenommen werden<sup>169</sup>.

(b) Verdeckte Videoüberwachung

Eine verdeckte Videoüberwachung liegt vor, wenn der Arbeitgeber die Arbeitnehmer nicht auf die Aufzeichnung unterrichtet und diese Einrichtungen nicht offensichtlich erkennbar sind<sup>170</sup>. Da der Arbeitnehmer keine Kenntnis von der Überwachung hat, stehen ihm auch keine Möglichkeiten zur Verfügung sein Verhalten anzupassen, oder sich dem bewachten Bereich zu entziehen<sup>171</sup>.

bb) Sachverhaltsaufklärung mittels Key Logger

Weiterhin besteht die Möglichkeit die Sachlage mittels Key Loggers aufzuklären<sup>172</sup>. Key Logger bestehen entweder aus einer Software oder sind Hardwarebestandteile zwischen Computer und Tastatur<sup>173</sup>. Durch den Einsatz werden heimlich alle Tastatureingaben des

<sup>163</sup> Richardi BetrVG/Richardi/Maschmann, BetrVG, § 87, Rn. 513.

<sup>164</sup> Byers, Die Videoüberwachung am Arbeitsplatz unter besonderer Berücksichtigung des neuen § 32 BDSG, S. 15.

<sup>165</sup> Fiedler, Beweisverwertungsverbote im Kündigungsschutzprozess bei rechtswidriger Überwachung des Arbeitnehmers, S. 10.

<sup>166</sup> Byers, 2010, S. 16 zit. nach: Fiedler, 2019, S. 10.

<sup>167</sup> Byers, 2010, S. 16, zit. nach: Fiedler, 2019, S. 10.

<sup>168</sup> BAG, Urteil vom 29.06.2004 – 1 ABR 21/03, NJW 2005, 313 (315).

<sup>169</sup> Maschmann, NZA-Beilage 2018, 115 (120).

<sup>170</sup> Fiedler, Beweisverwertungsverbote im Kündigungsschutzprozess bei rechtswidriger Überwachung des Arbeitnehmers, S. 66.

<sup>171</sup> Byers, SPA 2017, 21 (21).

<sup>172</sup> Günther/Böglmüller, ArbRAktuell 2020, 186 (188).

<sup>173</sup> MüKo StGB/Graf, StGB, § 202a, Rn. 96a.

Arbeitnehmers erfasst und gespeichert, ebenfalls kann der Arbeitgeber Screenshots vom Bildschirm des Arbeitnehmers erstellen<sup>174</sup>.

cc) Sachverhaltsaufklärung mittels Einsatzes eines Detektivs

Zusätzlich können Untersuchungen und Ermittlungen eines Detektivs zur Aufklärung der Sachlage beitragen<sup>175</sup>. Dem Arbeitgeber stehen zwei Möglichkeiten zur Verfügung den Einsatz eines Detektivs in Anspruch zu nehmen<sup>176</sup>. Zum einen kann der Detektiv den Arbeitnehmer außerhalb der Arbeitszeit observieren, wenn z. B. ein Arbeitszeitbetrug im Raum steht, oder er kann als scheinbarer Mitarbeiter in den Betrieb eingegliedert werden und so den verdächtigen Arbeitnehmer während der Arbeitszeit beobachten<sup>177</sup>. Ebenfalls ist der Detektiv gehalten, Bilder, Videoaufnahmen oder Aufzeichnung in Ton vom Arbeitnehmer anzufertigen<sup>178</sup>.

dd) Sachverhaltsaufklärung mittels Mitarbeiterbefragung

Folgend kann der Arbeitgeber Mitarbeiter befragen, die Erkenntnisse in die Sachlage einbringen könnten, weil sie bspw. bei dem ungeklärten Vorfall beteiligt waren<sup>179</sup>. Gemäß § 106 GewO ist der Arbeitgeber berechtigt Verhalten und Ordnung des Arbeitnehmers bzw. Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher zu regeln, soweit diese nicht durch den Arbeitsvertrag, Betriebsvereinbarung, Tarifvertrag oder andere gesetzliche Regelungen näher bestimmt sind. Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, an einer Mitarbeiterbefragung teilzunehmen, die vom Weisungsrecht des § 106 GewO gedeckt ist<sup>180</sup>. Demnach ist der Arbeitgeber berechtigt den Arbeitnehmer über seine Beobachtungen im Zusammenhang während seiner Arbeitszeit und Arbeitsleistung zu befragen<sup>181</sup>. Zudem ist der Arbeitnehmer aufgrund seiner Nebenpflicht nach § 241 II BGB ebenfalls verpflichtet, dem Arbeitnehmer betriebliche Vergehen bzw. Straftaten aufzuzeigen<sup>182</sup>. Demgemäß hat der Arbeitnehmer nach § 242 BGB eine Auskunftspflicht gegenüber dem Arbeitgeber, wenn

<sup>174</sup> BAG, Urteil vom 02.07.2017 – 2 AZR 681/16, NZA 2017, 1327 (1329), Rn. 19.

<sup>175</sup> Wertz, Die Verdachtskündigung unter Berücksichtigung des „Vertrauenskapitals“, S. 126.

<sup>176</sup> ArbG Köln, Urteil vom 15.07.1998 – 9 Ca 4425/97, juris, zit. nach: Zborowska, 2015, S.194.

<sup>177</sup> ArbG Köln, Urteil vom 15.07.1998 – 9 Ca 4425/97, juris, zit. nach: Zborowska, 2015, S.194.

<sup>178</sup> BAG, Urteil vom 29.06.2017 – 2 AZR 597/16, NZA 2017, 1179 (1181), Rn. 24.

<sup>179</sup> LAG Hessen, Urteil vom 17.08.2008 – 4/12 Sa 523/07, juris, zit. nach: Wertz, 2016, S. 118.

<sup>180</sup> Schrader/Mahler, NZA-RR 2016, 57 (63).

<sup>181</sup> Schrader/Thoms/Mahler, NZA 2018, 965 (971).

<sup>182</sup> Lützeler/Müller-Sartori, CCZ 2011, 19 (19).

sich die Erkundigung auf das Arbeitsfeld beziehen und dies keine beträchtliche Überforderung zur Folge hat<sup>183</sup>. Dem Arbeitnehmer steht jedoch ein Auskunftsverweigerungsrecht zu, wenn eine Selbstbelastung vorliegen würde<sup>184</sup>.

ee) Sachverhaltsaufklärung mittel Zeugenbefragung

Überdies besteht auch die Möglichkeit, dass andere Personen den Vorfall gesichtet haben<sup>185</sup>. Ein Zeuge ist eine dritte Person, die einen Sachverhalt erfasst hat und über diesen dann aussagt<sup>186</sup>. Folglich könnte der Arbeitgeber einen Kunden in dieser Angelegenheit befragen, der einen Mitarbeiter beim Griff in die Kasse beobachten konnte<sup>187</sup>.

ff) Sachverhaltsaufklärung mittels Zufallsfundes

Zusätzlich kann der Arbeitgeber über eine Sachaufklärung stolpern, deren Fund unbeabsichtigt erlangt wurde<sup>188</sup>. Eine Zufälligkeit kann sich insb. durch das beiläufige Mithören eines Gesprächs, einer aufpoppenden E-Mail oder einer unbeabsichtigten Sichtung durch die Videokameras ergeben<sup>189</sup>.

gg) Orientierung am Fortgang des Strafverfahrens

Letzten Endes hat der Arbeitgeber die Möglichkeit das Ergebnis des Strafverfahrens abzuwarten, wenn eine ausreichende Aufklärung nicht möglich erscheint, er die Kündigung nicht auf ein zweifelhaftes Ergebnis stützen möchte<sup>190</sup>, oder es anstelle der eigenen Auflösungen erfolgen soll<sup>191</sup>.

### 3. Die Arbeitnehmeranhörung

Gemäß Rechtsprechung ist der Arbeitgeber verpflichtet, alle möglichen Ermittlungen zur Sachlage durchzuführen, hierzu gehört insbesondere die Anhörung des Arbeitnehmers<sup>192</sup>.

<sup>183</sup> BAG, Urteil vom 07.09.1995 – 8 AZR 828/93, NZA 1996, 637, zit. nach: *Schrader/Mahler*, 2016, 57 (64).

<sup>184</sup> *Rudkowski*, NZA 2011, 612 (613).

<sup>185</sup> LAG Nürnberg, Urteil vom 10.01.2006 – 6 Sa 238/05, Rn. 35, juris.

<sup>186</sup> *Groh*, Creifelds Rechtswörterbuch, Zeuge, o. S.

<sup>187</sup> LAG Köln, Urteil vom 07.10.2009 – 3 Sa 662/09, Rn. 17, juris.

<sup>188</sup> *Fiedler*, Beweisverwertungsverbote im Kündigungsschutzprozess bei rechtswidriger Überwachung des Arbeitnehmers, S. 208.

<sup>189</sup> *Fiedler*, Beweisverwertungsverbote im Kündigungsschutzprozess bei rechtswidriger Überwachung des Arbeitnehmers, S. 209.

<sup>190</sup> *Reinartz*, MAH ArbR, § 44, Rn. 1-202 (133).

<sup>191</sup> ErfK/*Niemann*, BGB, § 626, Rn. 217.

<sup>192</sup> BAG, Urteil vom 11.04.1985 – 2 AZR 239/84, NJW 1986, 3159, Rn. 2a.

Die Arbeitnehmeranhörung dient ebenfalls als Korrektiv, da vermieden werden soll, einen Unschuldigen zu treffen<sup>193</sup>.

a) Anhörungspflicht als formelle Wirksamkeitsvoraussetzung

Die Anhörung des Arbeitnehmers kann vor einer Tatkündigung ebenfalls aufgrund der Anerkennung und des Anstands durchgeführt werden, jedoch zieht der Arbeitgeber keine Konsequenz für die Kündigung, wenn er diese unterlässt<sup>194</sup>. Hierzu besteht ein Unterschied zur Verdachtskündigung, denn auf dieser Seite ist die vorherige Anhörung eine Wirksamkeitsvoraussetzung<sup>195</sup>. Gemäß dem Ultima-Ratio-Grundsatzes ist die Anhörung ein milderes Mittel im Gegenzug zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses<sup>196</sup>. Die Anhörung soll keine Erschwerung der Durchführungsweise darstellen<sup>197</sup>, sondern zur Aufdeckung von verdunkelten Sachverhalten beitragen<sup>198</sup>. Folglich obliegt es dem Arbeitgeber, vor Ausspruch der Kündigung, dem Arbeitnehmer eine Äußerung zu dem Verdacht zu ermöglichen und dessen Kundgabe in seine Entscheidungen miteinzubeziehen<sup>199</sup>.

b) Formelle Anforderung an die Arbeitnehmeranhörung

Anlässlich der Wirksamkeitsvoraussetzung muss der Arbeitgeber drauf Acht geben, dass die Anhörung des Arbeitnehmers korrekt durchgeführt und organisiert wird<sup>200</sup>.

aa) Einladung zur Anhörung

Bevor die Anhörung erfolgen kann, bedarf es einer Einladung des Arbeitnehmers, die jedoch an keine formbedürftigen Voraussetzungen gebunden ist<sup>201</sup>. Somit steht es dem Arbeitgeber offen, ob er den Arbeitnehmer mündlich, schriftlich oder elektronisch einladen möchte<sup>202</sup>. Jedoch trennen sich die Meinungen bei den Anforderungen zu dem Inhalt der Einladung<sup>203</sup>. Strittig ist in der Hinsicht, ob der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer vorab das

---

<sup>193</sup> BAG, Urteil vom 24. 05.2012 – 2 AZR 206/11, NZA 2013, 137, Rn. 32, zit. nach: *Toma/Reiter*, 2015, 460 (461).

<sup>194</sup> *Wertz*, Die Verdachtskündigung unter Berücksichtigung des „Vertrauenskapitals“, S. 133-134.

<sup>195</sup> BAG, Urteil vom 20.02.2014, 2 AZR 1037/12, NZA 2014, 1015, Rn. 23.

<sup>196</sup> *Koch*, Arbeitsrecht von A-Z, Verdachtskündigung, o. S.

<sup>197</sup> *Eylert*, NZA-Beilage 2015, 100 (103).

<sup>198</sup> BAG, Urteil vom 13.03.2008 – 2 AZR 961/06, NZA 2008, 809, Rn. 15.

<sup>199</sup> *Klinkhammer*, ArbRAktuell 2020, 7 (7).

<sup>200</sup> *Klinkhammer*, ArbRAktuell 2020, 7 (8).

<sup>201</sup> *Dzida*, NZA 2013, 412 (414).

<sup>202</sup> *Gaul/Schmidt-Lauber*, 2012, 18, zit. nach *Wertz*, 2016, S. 139.

<sup>203</sup> *Wertz*, Die Verdachtskündigung unter Berücksichtigung des „Vertrauenskapitals“, S. 139.

Gesprächsthema mitteilen muss<sup>204</sup>. Nach einer Ansicht wird vertreten, dass der Arbeitgeber resultierend aus der Rücksichtnahmepflicht aus § 241 II BGB, die Mitteilung des Gesprächsinhalts bzw. Themenkreises bekannt zu geben hat<sup>205</sup>. Grund hierfür ist, dass der Arbeitnehmer mit der Mitteilung des Themas entscheiden kann, ob er sich zu diesen Vorwürfen äußern, ein Betriebsratsmitglied bzw. Rechtsanwalt hinzuziehen möchte und er sich zudem auf das Gespräch vorbereiten kann<sup>206</sup>. Zu folgen ist der gegenteiligen Ansicht von dem BAG und der h.M., die keine vorherige Bekanntgabe des Anhörungsinhalts vorsehen<sup>207</sup>. Durch die Mitteilung könnte eine Gefahr vom Arbeitnehmer ausgehen, der versuchen würde Beweise zu vernichten und die wahre Sachlage durch Mitarbeitermanipulation oder durch sonstige Erschwernisse zu verbergen<sup>208</sup>. Hingegen besteht bei beiden Meinungen Einstimmigkeit, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht mit unrichtigen Vorgaben, bspw. einer Beförderung, zum Anhörungsgespräch bewegen darf<sup>209</sup>.

#### bb) Zeitpunkt der Anhörung

Eine hohe Gewichtung zeigt die Thematik, zu wann eine Anhörung zu erfolgen hat<sup>210</sup>. Da die Anhörung zum Zweck der Willensbildung in die Entscheidung des Arbeitgebers miteinfließen soll, ist es sicher, dass diese vor Kündigungsausspruch und vor der Betriebsratsanhörung gem. § 102 BetrVG zu erfolgen hat, da dort schon der Kündigungsentschluss vorliegt<sup>211</sup>. Da der Arbeitgeber gehalten ist, den Verdacht möglichst genau zu schildern, müssen alle Sachverhaltsaufklärung vor der Anhörung erfolgen, was diese als letzte Maßnahme aufweist<sup>212</sup>. Anschließend muss differenziert werden, ob eine ordentliche oder außerordentliche Verdachtskündigung ausgesprochen werden soll<sup>213</sup>. Bei der außerordentlichen Verdachtskündigung ist die Kündigungserklärungsfrist nach § 626 II BGB zu beachten<sup>214</sup>. Die Frist bleibt gehemmt, solange der Arbeitgeber die erforderlichen Aufklärungen in einem angemessenen Tempo durchführt<sup>215</sup>. Die Rechtsprechung setzt nach Beendigung der Aufklärungsmaßnahmen eine Regelfrist von einer Woche zur Durchführung der Anhörung des

<sup>204</sup> *Klinkhammer*, ArbRAktuell 2020, 7 (8).

<sup>205</sup> LAG, Urteil vom 30.03.2012 – 10 Sa 2272/11, NZA-RR 2012, 353 (355).

<sup>206</sup> *Wertz*, Die Verdachtskündigung unter Berücksichtigung des „Vertrauenskapitals“, S. 140.

<sup>207</sup> BAG, Urteil vom 12.02.2015 – 6 AZR 845/13, NZA 2015, 741, zit. nach: *Klinkhammer*, 2020, 7 (8).

<sup>208</sup> *Lembke*, RdA 2013, 83 (88).

<sup>209</sup> *Lerch*, ArbRAktuell 2011, 100 (100).

<sup>210</sup> *Wertz*, Die Verdachtskündigung unter Berücksichtigung des „Vertrauenskapitals“, S. 146.

<sup>211</sup> *Zborowska*, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S.167.

<sup>212</sup> *Zborowska*, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S.167-168.

<sup>213</sup> *Kolb*, Personalmanagement: Grundlagen-Konzepte-Praxis, S. 229.

<sup>214</sup> *Eylert*, NZA-RR 2014, 393 (401).

<sup>215</sup> *Klinkhammer*, ArbRAktuell 2020, 7 (9).

Arbeitnehmers an<sup>216</sup>. Wird die Anhörung unbegründet verlängert, so entfällt eine Hemmung der Frist nach § 626 II BGB<sup>217</sup>. Eine Überschreitung der einwöchigen Frist ist nur bei besonderen Faktoren zulässig, die gesondert (C.II.3.f)) thematisiert werden<sup>218</sup>. Hingegen ist die ordentliche Verdachtskündigung an keine starre Frist gebunden, wonach die Anhörung nach Beendigung der Ermittlungen nicht innerhalb einer Woche zu erfolgen hat<sup>219</sup>. Wartet der Arbeitgeber die Anhörung jedoch zu lange ab, könnte es die Kündigung gefährden<sup>220</sup>. Geraten wird dem Arbeitgeber, im Hinblick auf beide Kündigungsarten die Regelfrist von einer Woche einzuhalten, da in diesem Aspekt die Sicherheit der Rechtzeitigkeit in jeden Fall gegeben ist<sup>221</sup>.

#### cc) Form der Anhörung

Die Durchführung der Anhörung unterliegt keinen formbedürftigen Anforderungen und kann folglich mündlich, als auch schriftlich erfolgen<sup>222</sup>. Bei der schriftlichen Anhörung werden dem Arbeitnehmer die Anschuldigung per Schreiben mitgeteilt<sup>223</sup> und ihm wird innerhalb einer angemessenen Frist, Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben<sup>224</sup>.

Die schriftliche Anhörung wird durchgeführt, wenn es sich um einen einfachen Sachverhalt handelt, der Arbeitnehmer an einer mündlichen Stellungnahme verhindert ist und hierdurch der Beweiszweck sofort erfüllt wird<sup>225</sup>. Im Bezug für die Aufklärung des Sachverhalts erweist sich die mündliche Anhörung jedoch als vorteilhafter<sup>226</sup>. Die Zweckmäßigkeit besteht darin, dass komplexe Sachverhalte schrittweise in der Befragung behandelt werden können, beide Parteien bei Fehlinterpretationen sofort die Möglichkeit zur Frage bzw. Aufklärung haben und der Arbeitgeber bei der Anhörung die zufällige Reaktion des Gegenübers deuten kann<sup>227</sup>. Demnach ist dem Arbeitgeber geraten, aufgrund von Beweis Zwecken, die mündliche Anhörung zu protokollieren und gegebenenfalls einen Zeugen hinzuzuziehen<sup>228</sup>.

<sup>216</sup> BAG, Urteil vom 06.07.1972 – 2 AZR 386/71 AP BGB § 626 Ausschlussfrist Nr. 3, o. S.

<sup>217</sup> Dzida, NZA 2013, 412 (415).

<sup>218</sup> BAG, Urteil vom 02.03.2006 – 2 AZR 46/05, NZA 2006, 1211, Rn. 24.

<sup>219</sup> Klinkhammer, ArbRAktuell 2020, 7 (9-10).

<sup>220</sup> BAG, Urteil vom 31.01.2019 – 2 ARZ 426/18, NZA 2019, 893, Rn. 32.

<sup>221</sup> Klinkhammer, ArbRAktuell 2020, 7 (10).

<sup>222</sup> Fuhlrott, ArbRAktuell 2012, 553 (555).

<sup>223</sup> Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht/Vossen, BGB, § 626, Rn. 352a.

<sup>224</sup> Klinkhammer, ArbRAktuell 2020, 7 (8).

<sup>225</sup> Wertz, Die Verdachtskündigung unter Berücksichtigung des „Vertrauenskapitals“, S. 136-137.

<sup>226</sup> Pawlak/Geißler, öAT 2011, 129 (129).

<sup>227</sup> Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S.170.

<sup>228</sup> Klinkhammer, ArbRAktuell 2020, 7 (8).

Zu beachten ist, dass der Arbeitgeber auf Weigerung des Arbeitnehmers zu reagieren hat, wenn der eine andere Form der Anhörung wünscht<sup>229</sup>.

dd) Ort der Anhörung

Entscheidet sich der Arbeitgeber für eine mündliche Anhörung, ist drauf zu achten, dass diese am Arbeitsort stattzufinden hat, wo der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistungen erbringt<sup>230</sup>. Die Anhörung darf dem Arbeitnehmer auch nicht unzumutbar sein<sup>231</sup>. Dies würde vorliegen, wenn ein Situationsdruck, z.B. durch einen verdunkelten Raum geschaffen wird oder die Vertraulichkeit durch Anwesenheit von Kunden bzw. Kollegen nicht sichergestellt werden kann<sup>232</sup>.

c) Beteiligung von Vertrauenspersonen

Die Anhörung könnte für den Arbeitnehmer als erschwerter oder überfordernder Zustand wahrgenommen werden<sup>233</sup>. Folge dessen wird der Arbeitnehmer ein Interesse daran haben, dem Arbeitgeber nicht alleine gegenüber zu sitzen und einen Rechts- bzw. Betriebsratsbeistand miteinzubeziehen<sup>234</sup>.

aa) Beteiligung eines Betriebsratsmitgliedes

Der Arbeitnehmer könnte ein Interesse daran haben, zu dem Anhörungsgespräch ein Betriebsratsmitglied heranzuziehen<sup>235</sup>. Eine Problematik besteht darin, dass das BAG keinen generellen Anspruch für die Einschaltung eines Betriebsratsmitgliedes entwickelt hat, sondern dieser sich vielmehr aus den BetrVG konkret geregelten Punkten ergibt<sup>236</sup>. Gemäß § 82 II BetrVG hat der Arbeitnehmer die Möglichkeit auf Hinzuziehung eines Betriebsratsmitgliedes, wenn sein Arbeitsentgelt erläutert bzw. berechnet, seine Leistung beurteilt, oder seine berufliche Entwicklung erörtert wird. Da die Hinzuziehung des Betriebsratsmitgliedes nur auf die aufgelisteten Gegenstände beschränkt ist, ist der Sachverhalt strittig<sup>237</sup>. Teilweise wird vertreten, dass der Arbeitgeber keinen Anspruch hat, da die Teilnahme an der

<sup>229</sup> Hunold, NZA-RR 2012, 399 (401).

<sup>230</sup> Urban, ArbRAktuell 2011, 87 (88).

<sup>231</sup> Eylert, NZA-RR 2014, 393 (402).

<sup>232</sup> Wertz, Die Verdachtskündigung unter Berücksichtigung des „Vertrauenskapitals“, S. 148-149.

<sup>233</sup> Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S.172.

<sup>234</sup> Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S.172.

<sup>235</sup> Hunold, NZA-RR 2012, 399 (402).

<sup>236</sup> BAG, Urteil vom 23.02.1984 – 6 ABR 22/81, NZA 1985, 128 (128).

<sup>237</sup> Hunold, NZA-RR 2012, 399 (402).



Anhörung nicht unter die § 82 II BetrVG genannten Punkte fällt<sup>238</sup>. Auf der anderen Seite wird die Hinzuziehung des Betriebsratsmitglieds aufgrund der weiten Auslegung des § 82 II BetrVG bejaht<sup>239</sup>. Der letzten Meinung ist zu folgen, da die Entwicklungsbeurteilung des Arbeitnehmers statt positiv auch negativ ausgelegt werden können, indem der Arbeitgeber diese Entwicklungsmöglichkeit nicht mehr erkennt und infolgedessen das Ende des Arbeitsverhältnisses in Betracht zieht<sup>240</sup>. Außerdem ist das Mitglied des Betriebsrats mit den betrieblichen Angelegenheiten verbunden<sup>241</sup>.

#### bb) Beteiligung eines Rechtsanwalts

Der Arbeitnehmer könnte aber auch, statt des Betriebsratsmitglieds, einen externen Rechtsanwalt als Beistand in Erwägung ziehen<sup>242</sup>. Auch hier besteht eine strittige Sachlage<sup>243</sup>. Teilweise wird die Meinung vertreten, dass eine Teilnahme des Rechtsanwalts nur aus einer Waffengleichheit des Arbeitgebers abgeleitet werden kann, wonach der Arbeitnehmer nur einen Rechtsanwalt hinzuziehen darf, wenn der Arbeitgeber ebenfalls eine betriebsfremde Person in Anspruch nimmt<sup>244</sup>. In der anderen Ansicht wird die Teilnahme des Rechtsanwalts zugesagt, da der Arbeitnehmer mit der Vorhaltung einer Straftat bzw. schweren Pflichtverletzung konfrontiert wird und er deshalb den Beistand des Rechtsanwalts benötigt<sup>245</sup>. Schließlich könnte sich der Arbeitnehmer durch Missverständnisse oder Nichteinlassung in die Gefahr begeben, seine Situation zu verschlechtern<sup>246</sup>. Der letzteren Meinung ist zu folgen, da auch das BAG eine Teilnahme des Rechtsbeistands zugesagt hat<sup>247</sup>.

#### cc) Hinweispflicht des Arbeitgebers?

Fraglich ist, ob der Arbeitgeber verpflichtet ist den Arbeitnehmer auf sein Recht zur Hinzuziehung eines Betriebsratsmitglieds bzw. Rechtsanwalts hinzuweisen<sup>248</sup>. Die Pflicht des Arbeitgebers den Arbeitnehmer ausdrücklich auf den Beistand zu weisen, ist abzulehnen<sup>249</sup>.

<sup>238</sup> *Hunold*, NZA-RR 2012, 399 (402).

<sup>239</sup> *Aszmons*, SPA 2019, 45 (47).

<sup>240</sup> BAG, Urteil vom 16.11.2004 – 1 ABR 53/03, NZA 2005, 416 (418).

<sup>241</sup> *Hunold*, NZA-RR 2012, 399 (402).

<sup>242</sup> LAG Berlin- Brandenburg, Urteil vom 30.03.2012 – 10 Sa 2272/11, NZA-RR 2012, 353 (355).

<sup>243</sup> *Eylert*, NZA-RR 2014, 393 (403).

<sup>244</sup> *Hunold*, NZA-RR 2012, 399 (401).

<sup>245</sup> *Eylert*, NZA-RR 2014, 393 (403).

<sup>246</sup> *Eylert*, NZA-RR 2014, 393 (403).

<sup>247</sup> LAG Berlin- Brandenburg, Urteil vom 30.03.2012 – 10 Sa 2272/11, NZA RR 2012, 353 (355).

<sup>248</sup> *Zborowska*, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S.177.

<sup>249</sup> *Hunold*, NZA-RR 2012, 399 (401).

Schließlich ist die Pflicht zur Rechtsmittelbelehrung dem deutschen Arbeitsrecht unbekannt<sup>250</sup>. Dies gilt selbst dann, wenn der Arbeitgeber einen Rechtsbeistand hinzuzieht, und den Arbeitnehmer auf seine Möglichkeit nicht informiert<sup>251</sup>.

d) Inhalt der Anhörung

Sinn und Zweck der Anhörung ist den Sachverhalt aufzuklären und dem Arbeitnehmer eine Entlastung zu ermöglichen<sup>252</sup>. Folglich muss die Anhörung so gestaltet sein, dass der Arbeitnehmer Tatsachen, die den Verdacht begründen, abwehren und so zu einer Aufhellung des verdunkelten Sachverhalts beitragen kann<sup>253</sup>. Nicht ausreichend ist, wenn der Arbeitnehmer mit einer allgemeinen Wertung konfrontiert wird oder der Arbeitgeber wesentliche Tatsachen vorenthält<sup>254</sup>. Der Umfang der Anhörung richtet sich nach den Kriterien des Einzelfalls<sup>255</sup>. Sicher ist, dass die Anforderungen der Betriebsratsanhörung nach § 102 I BetrVG nicht erfüllt werden müssen<sup>256</sup>. Grund hierfür ist, dass die Anhörung des Arbeitnehmers mit, der des Betriebsrats nicht gleichzusetzen ist, da beide verschiedene Zwecke verfolgen<sup>257</sup>. Bei der Betriebsratsanhörung muss der Arbeitgeber lediglich Tatsachen vortragen, die seinen Kündigungsentschluss rechtfertigen<sup>258</sup>. Im Gegenzug soll bei der Arbeitnehmeranhörung der Sachverhalt aufgeklärt und dem Arbeitnehmer eine Entlastung geboten werden, indem dieser Stellung beziehen kann<sup>259</sup>.

e) Reaktionsmöglichkeit des Arbeitnehmers zur Anhörung

Wie vorgehend dargestellt, ist die Anhörung für die Auflösung des Sachverhalts und der Entlastung des Arbeitnehmers sinngemäß<sup>260</sup>. So spielt der Einsatz des Arbeitnehmers in der Anhörung zur Aufklärung des Sachverhalts eine große Bedeutung<sup>261</sup>.

<sup>250</sup> Hunold, NZA-RR 2012, 399 (401-402).

<sup>251</sup> Eylert/Friedrichs, 2007, 2203 (2205) zit. nach: Eylert, 2014, 393 (403).

<sup>252</sup> LAG Düsseldorf, Beschluss vom 25.06.2009 – 5 TaBV 87/09, NZA-RR 2010, 184 (186).

<sup>253</sup> Klinkhammer, ArbRAktuell 2020, 7 (8-9).

<sup>254</sup> Lembke, RdA 2013, 82 (87).

<sup>255</sup> Hunold, NZA-RR 2012, 399 (402).

<sup>256</sup> Lembke, RdA 2013, 82 (87).

<sup>257</sup> BeckOK ArbR/Rolfs, KSchG, § 1, Rn. 209.

<sup>258</sup> BAG, Urteil vom 24.03.1977 – 2 AZR 289/76, NJW 1978, 122 (123).

<sup>259</sup> Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S.182.

<sup>260</sup> Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S.182.

<sup>261</sup> Wertz, Die Verdachtskündigung unter Berücksichtigung des „Vertrauenskapitals“, S. 164.

## aa) Der Arbeitnehmer nimmt teil und bezieht Stellung

Durch die Anhörung wird dem Arbeitnehmer die Möglichkeit gegeben, den Verdacht zu beseitigen und eine Kündigung abzuwehren<sup>262</sup>. Zeigt der Arbeitnehmer Bereitschaft an der Anhörung teilzunehmen und mitzuwirken, könnte dies zu einer Zerstreung bzw. Verhärtung des Verdachts führen<sup>263</sup>. Wird durch die Einlassung der Verdacht für eine Kündigung unzureichend abgeschwächt, ist der Arbeitgeber verpflichtet, der Entlastung nachzugehen und dahingegen weitere Ermittlungen durchzuführen<sup>264</sup>. Entsteht durch die weiteren Nachforschungen ein erneuter belastender Verdacht gegenüber dem Arbeitnehmer, ist dieser zu den Ergebnissen wiederholt anzuhören<sup>265</sup>. Die Durchführung der nochmaligen Anhörung muss ebenfalls binnen einer kurzen Frist erfolgen, die eine Woche nicht überschreiten darf, wonach die Frist bei der außerordentlichen Verdachtskündigung nach § 626 II BGB weiterhin gehemmt bleibt<sup>266</sup>.

## bb) Der Arbeitnehmer nimmt teil und schweigt

Eine Verpflichtung für den Arbeitnehmer an der Mitwirkung der Anhörung, wie auch dem Arbeitgeber eine Erlaubnis zur Sichtung in die Ermittlungsunterlagen der Staatsanwaltschaft zu gewähren, besteht nicht<sup>267</sup>. Schließlich deckt das Direktionsrecht des Arbeitgebers nach § 106 GewO nicht die Mitwirkung an der eigenen Beendigung des Arbeitsverhältnisses ab<sup>268</sup>. Dies wird aus dem Faktum abgeleitet, dass der Arbeitnehmer keineswegs zur Selbstbelastung verpflichtet ist, die eine Begründung für die Kündigung des Arbeitgebers rechtfertigen würde<sup>269</sup>. Besteht bei dem Arbeitnehmer keine Bereitschaft an der Sachverhaltsaufklärung mitzuwirken, führt es zu einer vergeblichen Anhörung, da dies sich nicht auf die Entscheidungen des Arbeitgebers auswirken kann<sup>270</sup>. Zudem kann der Arbeitgeber den Entschluss fassen, dass der Arbeitnehmer kein Interesse an der Beseitigung des Verdachts und dem daraus entstandenen Vertrauensverlust hat<sup>271</sup>. Eine Ablehnung der Mitwirkung führt weder zu einem Kündigungsgrund noch zu einer Präklusion des Vortrags im

---

<sup>262</sup> *Toma/Reiter*, NZA 2015, 460 (465).

<sup>263</sup> *Wertz*, Die Verdachtskündigung unter Berücksichtigung des „Vertrauenkapitals“, S. 164.

<sup>264</sup> BAG, Urteil vom 13.09.1995 – 2 AZR 587/94, NZA 1996, 81 (83).

<sup>265</sup> *Aszmons*, SPA 2019, 45 (47).

<sup>266</sup> BAG, Urteil vom 06.07.1972 – 2 AZR 386/71, AP BGB § 626 Ausschlussfrist Nr. 3 (II. 3.).

<sup>267</sup> *Klinkhammer*, ArbRAktuell 2020, 7 (10).

<sup>268</sup> *Schrader/Thoms/Mahler*, NZA 2018, 965 (967).

<sup>269</sup> *Klinkhammer*, ArbRAktuell 2020, 7 (10).

<sup>270</sup> *Hunold*, NZA-RR 2012, 399 (400).

<sup>271</sup> *Schrader/Thoms/Mahler*, NZA 2018, 965 (972).

Kündigungsschutzprozess<sup>272</sup>. Jedoch hat das Schweigen eine Entbehrlichkeit der Anhörung zur Folge<sup>273</sup>.

cc) Der Arbeitnehmer nimmt teil und will einen neuen Termin

Stellt der Arbeitnehmer in der Anhörung fest, er möchte nicht weiter ohne einen Rechtsanwalt bzw. Betriebsratsmitglied fortfahren, hat der Arbeitgeber dem Wunsch zu folgen und die Anberaumung einer neuen Anhörung zu veranlassen<sup>274</sup>. Durch dieses Verlangen darf der Arbeitgeber keine Absicht daraus schließen, die Anhörung sei wegen fehlender Bereitschaft beendet<sup>275</sup>. Besteht Unentschlossenheit beim Arbeitgeber dem Rechtsanwalt gegenüber, kann er statt der mündlichen eine schriftliche Anhörung einleiten<sup>276</sup>. Dem Arbeitnehmer werden dann die vorhandenen Vorwürfe und Belege in einem Schreiben zugesendet und ihm eine ausreichende Frist zur schriftlichen Stellungnahme gegeben<sup>277</sup>.

dd) Der Arbeitnehmer nimmt nicht teil

Wie in der obigen Ausführung (C. II. 2. b), dd)) schon erwähnt besteht eine Teilnahmeverpflichtung an dem Gespräch, wenn es dem Weisungsrecht des Arbeitgebers nach § 106 GewO unterliegt<sup>278</sup>. Eine Anhörung, die den Inhalt einer Umänderung oder Beendigung des Arbeitsverhältnisses umfasst, ist von der Teilnahmeverpflichtung ausgeschlossen<sup>279</sup>. Folglich hat der Arbeitnehmer an der Anhörung ein Teilnahmerecht und keine Verpflichtung<sup>280</sup>. Nichtsdestotrotz muss sich der Arbeitgeber mit dem Arbeitnehmer in erforderlicher Eile verständigen und den Grund für das Nichterscheinen ausfindig machen<sup>281</sup>. Hat der Arbeitnehmer eine abschließende Äußerung abgegeben<sup>282</sup>, oder lässt sich eine erfolglose Kon-

---

<sup>272</sup> BAG Urteil vom 23.10.2008 – 2 AZR 483/07, NZA-RR 2009, 362 (364) zit. nach: *Klinkhammer*, 2020, 7 (10).

<sup>273</sup> *Klinkhammer*, ArbRAktuell 2020, 7 (8).

<sup>274</sup> *Spielberger/Kaiser*, SPA 2014, 12 (15).

<sup>275</sup> *Eylert*, NZA-RR 2014, 393 (404).

<sup>276</sup> *Eylert*, NZA-RR 2014, 393 (403).

<sup>277</sup> *Wertz*, Die Verdachtskündigung unter Berücksichtigung des „Vertrauenskapitals“, S. 167.

<sup>278</sup> *Schrader/Mahler*, NZA-RR 2016, 57 (63).

<sup>279</sup> *Schrader/Thoms/Mahler*, NZA 2018, 965 (974).

<sup>280</sup> *Schrader/Thoms/Mahler*, NZA 2018, 965 (972).

<sup>281</sup> *Mennemeyer/Dreymüller*, NZA 2005, 382 (384).

<sup>282</sup> *Wertz*, Die Verdachtskündigung unter Berücksichtigung des „Vertrauenskapitals“, S. 168.

taktaufnahme vermerken, hat der Arbeitgeber alles Notwendige zur Sachverhaltsaufklärung getan<sup>283</sup>. Bei dem Nichterreichen kann der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer zur Sicherheit eine schriftliche Stellungnahme ermöglichen, lässt er diese Frist ebenfalls verstreichen, ist die Auslassung der Anhörung unbedenklich<sup>284</sup>.

f) Verzögerungsmöglichkeiten der Arbeitnehmeranhörung

Verwiesen auf die obige Ausführung (C. II. 3. b) bb)) wird für die Anhörung eine Regelfrist von einer Woche angesetzt und eine Überschreitung nur in wesentlichen Umständen ermöglicht<sup>285</sup>. Festzustellen ist, welche Verzögerungen eine Überschreitung der einwöchigen Anhörungsfrist ermöglichen können<sup>286</sup>.

aa) Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers

Generell ist eine Überschreitung der Regelfrist anzunehmen, wenn der Arbeitnehmer wegen Arbeitsunfähigkeit an der Anhörung gehindert ist<sup>287</sup>. Das Vorliegen der Arbeitsunfähigkeit allein, ist für die Hemmung nicht maßgeblich<sup>288</sup>. Eine Überziehung ist jedoch außer Acht zu lassen, wenn der Arbeitnehmer trotz Krankheit in der Lage ist sich den Anschuldigungen zu stellen<sup>289</sup>. Folglich obliegt es dem Arbeitgeber beim Arbeitnehmer nachzufragen, ob eine persönliche bzw. schriftliche Stellungnahme zu den Anschuldigungen trotz Erkrankung möglich ist<sup>290</sup>. Ergibt sich aufgrund der Krankheit, dass keine der beiden Varianten für eine Stellungnahme in Betracht kommt, ist die Regelfrist solange gehemmt wie der Arbeitnehmer vernehmungsunfähig bleibt<sup>291</sup>. Eine Ablehnung des Abwartens vom Arbeitgeber führt nicht unabdingbar zur Verletzung der Anhörungspflicht, denn ein langes Zuwarten könnte unzumutbar sein<sup>292</sup>. Eine Zumutbarkeit des Abwartens wird bei einigen Tagen angenommen, anders sieht es jedoch bei einer mehrwöchigen Erkrankung aus<sup>293</sup>.

<sup>283</sup> *Mennemeyer/Dreymüller*, NZA 2005, 382 (384).

<sup>284</sup> *Wertz*, Die Verdachtskündigung unter Berücksichtigung des „Vertrauenskapitals“, S. 167-168.

<sup>285</sup> BAG, Urteil vom 02.03.2006 – 2 AZR 46/05, NZA 2006, 1211 (1214).

<sup>286</sup> *Mennemeyer/Dreymüller*, NZA 2005, 382 (383).

<sup>287</sup> *Eylert*, Kramer IT-Arbeitsrecht, B. Individualarbeitsrecht, Rn. 367-422 (406).

<sup>288</sup> *Eylert*, Kramer IT-Arbeitsrecht, B. Individualarbeitsrecht, Rn. 367-422 (406).

<sup>289</sup> *Eylert*, Kramer IT-Arbeitsrecht, B. Individualarbeitsrecht, Rn. 367-422 (406).

<sup>290</sup> *Wertz*, Die Verdachtskündigung unter Berücksichtigung des „Vertrauenskapitals“, S. 170.

<sup>291</sup> BAG, Urteil vom 20.03.2014 – 2 AZR 1037/12, NZA 2014, 1015, Rn. 28.

<sup>292</sup> *Wertz*, Die Verdachtskündigung unter Berücksichtigung des „Vertrauenskapitals“, S. 171.

<sup>293</sup> *Wertz*, Die Verdachtskündigung unter Berücksichtigung des „Vertrauenskapitals“, S. 171.

## bb) Urlaub des Arbeitnehmers

Die Regelfrist könnte auch dadurch beeinträchtigt werden, weil der Arbeitnehmer sich im Urlaub befindet<sup>294</sup>. Die Mindermeinung vertritt die Ansicht, dass die Regelfrist bis zur Urlaubsrückkehr überschritten werden darf, wenn dieser nicht länger als zwei Wochen beträgt<sup>295</sup>. Dies ist jedoch abzulehnen, da bei der Abwesenheit aufgrund des Urlaubs die gleichen Anwendungen wie bei der Krankheit durchzuführen sind<sup>296</sup>. Denn es ist nicht annehmbar, dass der Arbeitnehmer aufgrund des Urlaubs an einer Anhörung verhindert ist<sup>297</sup>. Demzufolge ist der Arbeitgeber zur Nachfrage verpflichtet, ob trotz Urlaubs eine Stellungnahme, die gegebenenfalls auch schriftlich erfolgen kann, möglich ist<sup>298</sup>. Denkbar ist eine Überschreitung folglich nur dann, wenn der Arbeitnehmer aufgrund eines Reiseaufenthalts verhindert ist, oder er dem Arbeitgeber eine sachliche Erklärung darlegt, sich nach der Rückkehr erst äußern zu können<sup>299</sup>.

## cc) Untersuchungshaft des Arbeitnehmers

Eine weitere Problematik stellt für die Regelfristeinholung die Untersuchungshaft nach § 112 StPO des Arbeitnehmers dar<sup>300</sup>. Teilweise wird vertreten, dass die Anhörung des Arbeitnehmers aufgrund der Untersuchungshaft entbehrlich ist<sup>301</sup>. Der gegenteiligen Auffassung ist die h. M., der auch zu folgen ist<sup>302</sup>. Auch wenn die Umstände eine Untersuchungshaft des Arbeitnehmers begründen, hat es dennoch keine Auswirkung auf die Anhörung und belegen, wie schon oben thematisiert (C. II. 1. b)), den dringenden Tatverdacht nicht<sup>303</sup>. Eine Überschreitung der Regelfrist kommt demnach in Betracht, wenn durch die Untersuchungshaft, eine Erschwerung der Kontaktaufnahme zum Arbeitnehmer vorliegt, oder Unterlagen zu Aufklärung beschlagnahmt werden<sup>304</sup>. Allerdings kann eine Unterlassung der Anhörung unschädlich sein, wenn eine Interaktion zu dem Arbeitnehmer, z.B. aufgrund einer Verdunkelungsgefahr abgelehnt wird<sup>305</sup>.

<sup>294</sup> *Mennemeyer/Dreymüller*, NZA 2005, 382 (384).

<sup>295</sup> LAG Niedersachsen, Urteil vom 06.02.2001 – 12 Sa 1766/00, BeckRS 2001, 30790038, zit. nach: *Mennemeyer/Dreymüller*, 2005, 382 (384).

<sup>296</sup> *Langer/Witt*, DStR 2008, 825 (828).

<sup>297</sup> *Wertz*, Die Verdachtskündigung unter Berücksichtigung des „Vertrauenskapitals“, S. 172.

<sup>298</sup> *Lembke*, RdA 2013, 82 (89).

<sup>299</sup> *Eylert/Friedrichs*, 2008, 2203 (2206), zit. nach: *Eylert*, 2014, 393 (402).

<sup>300</sup> *Mennemeyer/Dreymüller*, NZA 2005, 382 (385).

<sup>301</sup> LAG Düsseldorf, Urteil vom 13.08.1998 – 13 Sa 345/98, NZA-RR 1999, 640 (641).

<sup>302</sup> *Lembke*, RdA 2013, 82 (89).

<sup>303</sup> *Langer/Witt*, DStR 2008, 825 (828).

<sup>304</sup> *Wertz*, Die Verdachtskündigung unter Berücksichtigung des „Vertrauenskapitals“, S. 175.

<sup>305</sup> *Eylert*, NZA-RR 2014, 393 (401).

## g) Rechtsfolgen bei Verletzung der Pflicht zur ordnungsgemäßen Anhörung

Da die Anhörung für die Verdachtskündigung eine Wirksamkeitsvoraussetzung darstellt, entstehen bei Nichteinhaltung ernsthafte Folgen für den Arbeitgeber<sup>306</sup>. Hat der Arbeitgeber sich eine schuldhaftige Verletzung der Anhörungspflicht anzurechnen, ist die Verdachtskündigung unwirksam und er kann sich im Kündigungsschutzprozess nicht darauf berufen<sup>307</sup>. Hingegen wird eine Verfehlung nicht angenommen, wenn der Arbeitnehmer ohne wesentliche Umstände zu nennen, an der Mitwirkung nicht bereit ist<sup>308</sup>. Ebenfalls stellt die nicht fristgerechte und nachträgliche Anhörung eine Missachtung der Voraussetzung dar<sup>309</sup>. Ebenfalls kann eine Verletzung durch einen formellen Fehler begründet werden<sup>310</sup>.

## 4. Anhörungspflicht des Betriebsrates nach § 102 BetrVG

Gemäß 102 I BetrVG ist vor jeder Kündigung der Betriebsrat anzuhören und es sind Gründe mitzuteilen, die zur Kündigung veranlassen, tut der Arbeitgeber dies nicht, besteht Unwirksamkeit.

## a) Eigenständige Anhörung zur Verdachtskündigung

Da die Verdachtskündigung einen eigenständigen Kündigungsgrund aufweist, muss der Arbeitgeber in der Betriebsratsanhörung ausdrücklich darlegen, dass er seine Kündigung auf den Verdacht einer schwerwiegenden Pflichtverletzung oder Straftat stützt<sup>311</sup>. Begründet der Arbeitgeber beim Betriebsrat seine Kündigungserschließung mit der Beschuldigung einer erwiesenen Vertragspflichtverletzung, beinhaltet dies gleichfalls keine Anhörung zum Verdacht<sup>312</sup>. Auf der anderen Seite kann die Anhörung des Betriebsrats als Willenserklärung ausgelegt werden<sup>313</sup>. Eine Anhörung zur Verdachtskündigung kann sich daraus erschließen, indem der Arbeitgeber dem Betriebsrat seine Aufklärungsergebnisse mitteilt und darauf hinweist, dass eine Überführung noch nicht erfolgt ist<sup>314</sup>. Demnach ist entscheidend, ob der Betriebsrat eine auf den Verdacht gestützte Kündigung erkennen konnte<sup>315</sup>.

<sup>306</sup> Wertz, Die Verdachtskündigung unter Berücksichtigung des „Vertrauenskapitals“, S. 177.

<sup>307</sup> BAG, Urteil vom 11.04.1985 – 2 AZR 239/84, NJW 1986, 3159 (3161).

<sup>308</sup> Hunold, NZA-RR 2012, 399 (399).

<sup>309</sup> Eylert, Kramer IT-Arbeitsrecht, B. Individualarbeitsrecht, Rn. 367-422 (387).

<sup>310</sup> Wertz, Die Verdachtskündigung unter Berücksichtigung des „Vertrauenskapitals“, S. 178.

<sup>311</sup> Reinartz, MAH ArbR, § 44, Rn. 1-202 (136).

<sup>312</sup> Ascheid/Preis/Schmidt Kündigungsrecht/Koch, BetrVG § 102 Rn. 127.

<sup>313</sup> Reinartz, MAH ArbR, § 44, Rn. 1-202 (136).

<sup>314</sup> BAG, Urteil vom 20.08.1997 – 2 AZR 620/96, NZA 1997, 1340 (1341).

<sup>315</sup> LAG Köln, Urteil vom 31.10.1997 – 11 (8) Sa 665/97, Rn. 16, juris.

## b) Zeitpunkt der Betriebsratsanhörung

Die Anhörung des Betriebsrats muss zeitlich vor dem Kündigungsausspruch liegen<sup>316</sup>. Allerdings sind vorab alle Sachverhaltsaufklärung abzuschließen und die Anhörung des Arbeitnehmers durchzuführen, bevor der Betriebsrat angehört werden kann<sup>317</sup>.

## c) Inhalt der Betriebsratsanhörung

Die Betriebsratsanhörung kann sowohl schriftlich als auch mündlich erfolgen<sup>318</sup>. Die Anhörung muss inhaltlich so gestaltet sein, dass der Arbeitgeber alle relevanten Umstände anzugeben hat, die seinen Kündigungsentschluss bestimmt haben und der Betriebsrat in die Lage versetzt wird, ohne eigene Ermittlung die aufgezeigten Tatsachen prüfen zu können und eine Stellungnahme zu begründen<sup>319</sup>. Zudem muss der Arbeitgeber die beabsichtigte Person, die Kündigungsabsicht, die Kündigungsart, den Kündigungszeitpunkt und die Kündigungsfrist vortragen<sup>320</sup>. Ebenfalls sind dem Betriebsrat die Mitwirkung bzw. Nichteinlassung des Arbeitnehmers im Zusammenhang bei der Arbeitnehmeranhörung vorzutragen<sup>321</sup>. Folglich hat der Arbeitgeber dem Betriebsrat nach seiner Betrachtung alle relevanten Tatsachen mitzuteilen, die seinen Verdacht rechtfertigen<sup>322</sup>. Teilt der Arbeitgeber nicht alle ihm bekannten Kündigungsumstände mit, werden diese im Kündigungsschutzprozess keine Berücksichtigung finden<sup>323</sup>. Erfüllt der Arbeitgeber die Anforderung an die Mitteilung nicht oder unterlaufen im Fehler, hat dies eine Unwirksamkeit der Kündigung zur Folge<sup>324</sup>. Desgleichen haben Darstellungen, die absichtlich fehlerhaft oder unzureichend vom Arbeitgeber vorgetragen werden, dieselbe Auswirkung<sup>325</sup>.

## d) Stellungnahme des Betriebsrats

Gemäß § 102 II BetrVG ist dem Betriebsrat eine Stellungnahmefrist wegen Bedenken zur Kündigung einzuräumen, die sich zwischen der außerordentlichen und ordentlichen Kündigung unterscheidet. Der Betriebsrat ist gehalten bei einer ordentlichen Kündigung inner-

<sup>316</sup> Koch, Arbeitsrecht von A-Z, Anhörung des Betriebsrats vor dem Kündigungsausspruch, o. S.

<sup>317</sup> Busch, 2005, S. 154 (163) zit. nach: Zborowska, 2015, S. 292.

<sup>318</sup> Koch, Arbeitsrecht von A-Z, Anhörung des Betriebsrats vor dem Kündigungsausspruch, o. S.

<sup>319</sup> Lembke, RdA 2013, 82 (91).

<sup>320</sup> Koch, Arbeitsrecht von A-Z, Anhörung des Betriebsrats vor dem Kündigungsausspruch, o. S.

<sup>321</sup> Bredemeier, öAT 2014, 29 (30).

<sup>322</sup> Eylert, NZA-RR 2014, 393 (407).

<sup>323</sup> Ascheid/Preis/Schmidt Kündigungsrecht/Koch, BetrVG, § 102, R. 173.

<sup>324</sup> Lembke, RdA 2013, 82 (91).

<sup>325</sup> BAG, Urteil vom 22.09.1994 – 2 AZR 31/94 – NZA 1995, 363 (364).



halb einer Woche und bei der außerordentlichen Kündigung binnen drei Tagen sich schriftlich mit einer Begründung zu äußern<sup>326</sup>. Der Kündigungsausspruch darf erst erfolgen, wenn die Stellungnahmefrist abgelaufen ist<sup>327</sup>. Eine Verpflichtung des Betriebsrats mit seiner Stellungnahme bis zum Ablauf der Frist zu warten, besteht nicht<sup>328</sup>. Das Verfahren kann verkürzt werden, wenn eine abschließende Stellungnahme vorliegt<sup>329</sup>. Anhaltspunkt hierfür ist eine ausdrückliche Zustimmungserteilung des Betriebsrats, wonach dem folgenden Ausspruch der Kündigung nichts entgegen steht<sup>330</sup>. Der Arbeitgeber muss jedoch drauf achten, dass das Einverständnis uneingeschränkt und ohne einen Vorbehalt ausgesprochen wird<sup>331</sup>. Ebenfalls gilt ein Widerspruch des Betriebsrats als abschließende Äußerung und berechtigt den Arbeitgeber zum Kündigungsausspruch vor Ablauf der Frist<sup>332</sup>. Folglich ist drauf zu achten, dass bei abschließender Äußerung ein vorzeitiger Fristabschluss besteht und der Arbeitgeber die Kündigung aussprechen kann, fehlt es jedoch an der endgültigen Stellungnahme muss der Fristablauf abgewartet werden, ansonsten ist die Kündigung aufgrund nicht ordnungsgemäßer Betriebsratsanhörung unwirksam<sup>333</sup>.

## 5. Kündigungserklärungsfrist

Die Kündigungserklärungsfrist legt einen Zeitraum fest, innerhalb dem der Arbeitgeber auf das Fehlverhalten des Arbeitnehmers zu reagieren hat und eine Kündigung ausspricht<sup>334</sup>. Es ist jedoch zwischen der ordentlichen und außerordentlichen Verdachtskündigung zu unterscheiden<sup>335</sup>.

### a) Ordentliche Verdachtskündigung

Für die ordentliche Verdachtskündigung gibt es keine Kündigungserklärungsfrist, wonach der Kündigungsberechtigte sein Kündigungsrecht aussprechen muss<sup>336</sup>. Der Arbeitgeber ist nicht gehalten, bei Kenntnis der verdachtsentscheidenden Tatsachen, eine sofortige bzw. zügige ordentliche Kündigung auszusprechen, jedoch dürfen diese keineswegs auf Vorrat aufbewahrt werden<sup>337</sup>. Schließlich können erhebliche Umstände durch längeres Zuwarten

<sup>326</sup> *Linck*, Arbeitsrechts-Handbuch, § 124, Rn. 1-71 (34).

<sup>327</sup> *Lingemann/Steinhauser*, NJW 2017, 937 (939).

<sup>328</sup> *Linck*, Arbeitsrechts-Handbuch, § 124, Rn. 1-71 (34).

<sup>329</sup> BAG, Urteil vom 25.05.2016 – a AZR 345/15, NZA 2016, 1140, Rn. 24.

<sup>330</sup> BAG, Urteil vom 25.05.2016 – a AZR 345/15, NZA 2016, 1140, Rn. 26.

<sup>331</sup> *Langner/Witt*, DStR 2008, 825 (830).

<sup>332</sup> *Langner/Witt*, DStR 2008, 825 (830).

<sup>333</sup> *Langner/Witt*, DStR 2008, 825 (830).

<sup>334</sup> *Buse*, 2009, S. 140, zit. nach: *Hille*, 2018, S. 301.

<sup>335</sup> *Kolb*, Personalmanagement: Grundlagen-Konzepte-Praxis, S. 229.

<sup>336</sup> *Ascheid/Preis/Schmidt Kündigungsrecht/Vossen*, KSchG, § 1, Rn. 342b.

<sup>337</sup> *BeckOK ArbR/Rolfs*, KSchG, § 1, Rn. 211a.1.

ihre Wirkung verlieren und eine ordentliche Kündigung nicht mehr begründen<sup>338</sup>. Demnach würde es die Annahme erlauben, dass die Kündigung nicht im Sinne vom § 1 II S. 1 KSchG durch den Wegfall des Vertrauens, der für das Arbeitsverhältnis erforderlich ist, bedingt bzw. eingeschränkt wäre<sup>339</sup>. Folglich besteht keine starre Frist wie bei der außerordentlichen Verdachtskündigung nach § 626 II BGB, die einen Kündigungsausspruch nach zwei Wochen ab Kenntnis voraussetzt<sup>340</sup>. Ebenfalls wird § 626 II BGB auch nicht analog angewendet<sup>341</sup>. Nichtsdestotrotz ist beim längeren Zuwarten Vorsicht geboten<sup>342</sup>.

b) Außerordentliche Verdachtskündigung § 626 II BGB

Entscheidet sich der Arbeitgeber für eine außerordentliche Verdachtskündigung, ist zudem die Kündigungserklärungsfrist nach § 626 II BGB zu wahren, woraufhin ein Ausspruch nach zwei Wochen zu erfolgen hat, wenn eine umfassende Tatsachenkenntnis erlangt wurde<sup>343</sup>.

aa) Fristbeginn

Der Beginn der Frist ist dann anzunehmen, wenn der Kündigungsberechtigte eine möglichst sichere und umfassende Kenntnis vom Kündigungsgeschehen hat und den Arbeitgeber zu einer Entscheidung veranlassen konnte, ob ihm der Bestand des Arbeitsverhältnisses zumutbar sei<sup>344</sup>. Bei der Verdachtskündigung gelten dieselben Voraussetzung<sup>345</sup>. Sobald der Arbeitgeber von den verdachtsbegründenden Tatsachen erfährt, ist er durch die notwendige Abwägung gehalten zu entscheiden, ob ihm die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses noch zumutbar ist<sup>346</sup>. Innerhalb dieser zwei Wochen Frist muss der Arbeitgeber beurteilen können, ob er den Arbeitnehmer kündigen möchte<sup>347</sup>. Hierzu benötigt er eine umfassende positive Kenntnis vom Kündigungssachverhalt<sup>348</sup>, wonach eine grobe fahrlässige Unkenntnis nicht ausreicht<sup>349</sup>. Zu den maßgeblichen Kenntnissen gehören die dafür und dagegen sprechenden Tatsachen für eine Kündigung<sup>350</sup>. Bei der Frist von § 626 II BGB handelt es

<sup>338</sup> Kündigungsrecht Ascheid/Preis/Schmidt/Vossen, KSchG, § 1, Rn. 342b.

<sup>339</sup> BAG, Urteil vom 31.01.2019 – 2 AZR 426/18, NZA 2019, 893, Rn. 30.

<sup>340</sup> BeckOK ArbR/Rolfs, KSchG, § 1, Rn. 211a.

<sup>341</sup> BeckOK ArbR/Rolfs, KSchG, § 1, Rn. 211a.1.

<sup>342</sup> BAG, Urteil vom 31.01.2019 – 2 AZR 426/18, NZA 2019, 893, Rn. 30.

<sup>343</sup> Wertz, Die Verdachtskündigung unter Berücksichtigung des „Vertrauenkapitals“, S. 178.

<sup>344</sup> Lembke, RdA, 2013, 82 (90).

<sup>345</sup> BAG, Urteil vom 29.07.1993 – 2 AZR 90/93, NZA 1994, 171 (173).

<sup>346</sup> BAG, Urteil vom 27.1.1972 – 2 AZR 157/71, NJW 1972, 1486 (1487).

<sup>347</sup> Eylert, NZA-RR 2014, 393 (405).

<sup>348</sup> Lembke, RdA, 2013, 82 (90).

<sup>349</sup> BAG, Urteil vom 22.11.2012 – 2 AZR 731/11, NZA 2013, 665, Rn. 30.

<sup>350</sup> Eylert, NZA-RR 2014, 393 (405).

sich um einen vom Gesetz konkretisierten Verwirkungstatbestand<sup>351</sup>. Demnach wird angenommen, dass durch die nicht Einhaltung der zwei Wochen Frist, der wichtige Grund seine Wirkung verloren hat und das Arbeitsverhältnis dem Arbeitgeber nicht unzumutbar geworden ist<sup>352</sup>. Schließlich hat die Kündigungserklärungsfrist den Sinn, dem Arbeitnehmer schnell Gewissheit zu verschaffen, ob der Arbeitgeber den Kündigungssachverhalt für eine außerordentliche Beendigung zur Begründung nimmt<sup>353</sup>. Weiterhin ist zu beachten, dass auf die Kenntnis des Kündigungsberechtigten abgestellt wird<sup>354</sup>. Zu den Kündigungsberechtigten unterfallen die Organmitglieder der Körperschaften, aber auch Mitarbeiter, die vom Arbeitgeber das Recht zur außerordentlichen Kündigung übertragen bekommen haben<sup>355</sup>. Demzufolge läuft die zweiwöchige Kündigungserklärungsfrist an, wenn der Kündigungsberechtigte von den maßgeblichen verdachtsbegründenden Tatsachen Kenntnis erlangt hat<sup>356</sup>.

#### bb) Auswirkungen der Sachverhaltsauswirkungspflicht auf § 626 II BGB

Besteht bei dem Arbeitgeber ein nicht belegbarer Verdacht, hat das ein Fehlen zur umfassenden Kenntnis zur Folge, wonach die Frist von § 626 II BGB noch nicht zu laufen beginnt<sup>357</sup>. Die Kündigungserklärungsfrist kann nur unter engen und verständigen Gründen angehalten werden, die vom BAG gerade bei der Verdachtskündigung in bestimmten Umständen angenommen werden<sup>358</sup>. Demnach hat der Arbeitgeber die Obliegenheit, alles Zumutbare zu unternehmen, um den Sachverhalt aufzuklären<sup>359</sup>. Folglich kann der Ausspruch einer Verdachtskündigung nur gerechtfertigt sein, wenn der durch die Ermittlung bestehende Verdacht weder beseitigt noch bestätigt werden kann<sup>360</sup>.

#### (1) Kein Fristablauf während der Ermittlungen

Wie schon oben aufgezeigt (C. II. 2. a)), ist der Arbeitgeber verpflichtet, alles ihm Zumutbare zu unternehmen, um den Sachverhalt aufzuklären<sup>361</sup>. Folglich beginnt die Frist nicht

<sup>351</sup> *Lembke, RdA*, 2013, 82 (90).

<sup>352</sup> BAG, Urteil vom 08.06.1972 – 2 AZR 336/71, AP KSchG 1969 § 13 Nr.1, Rn. 1.

<sup>353</sup> BAG, Urteil vom 05.06.2008 – 2 AZR 234/07, NZA-RR 2008, 630, Rn. 17.

<sup>354</sup> *Wertz*, Die Verdachtskündigung unter Berücksichtigung des „Vertrauenskapitals“, S. 181.

<sup>355</sup> *Lembke, RdA*, 2013, 82 (90).

<sup>356</sup> *BeckOK ArbR/Stoffels*, BGB, § 626, Rn. 180.

<sup>357</sup> *Grunsky*, 1977, 167 (184), zit. nach: BAG, Urteil vom 29.07.1993 – 2 AZR 90/93, NZA 1994, 171 (173).

<sup>358</sup> *Eylert*, *Kramer IT-Arbeitsrecht*, B. Individualarbeitsrecht, Rn. 367-422 (392).

<sup>359</sup> *Langer/Witt*, DStR 2008, 825 (826).

<sup>360</sup> BAG, Urteil vom 28.11.2007 – 5 AZR 952/06, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 42, Rn. 18.

<sup>361</sup> *Langer/Witt*, DStR 2008, 825 (826).

an zu laufen, solange der Arbeitgeber bei Anhaltspunkten für eine Verdachtskündigung, Ermittlungen durchführt und den Arbeitnehmer anhört<sup>362</sup>. Die Kenntnis vom Verdachtsgeschehen allein, reicht nicht aus<sup>363</sup>. Die Hemmung der Frist bleibt nur gewahrt, solange der Arbeitgeber die Sachverhaltsaufklärung in gebotener Eile durchführt<sup>364</sup>. Unerheblich für die Frist ist, ob die Ermittlungen etwas zur Sachverhaltsaufklärung beigetragen haben<sup>365</sup>. Dies ist ebenfalls bei der Arbeitnehmeranhörung anzuwenden, die innerhalb einer Woche zu erfolgen hat und nur bei besonderen Umständen (C. II. 3. f)) überschritten werden darf<sup>366</sup>. Folglich bleibt die Kündigungserklärungsfrist gehemmt, solange die Ermittlungen vom Arbeitgeber aus verständigen Gründen und in gebotener Eile erfolgen<sup>367</sup>. Sind die Ermittlungen zum Sachverhalt abgeschlossen, wodurch der Arbeitgeber umfassende Kenntnis aufweist, beginnt die Kündigungserklärungsfrist an zu laufen<sup>368</sup>.

## (2) Rechtsfolgen bei sachgrundloser Verzögerung

Die durchzuführenden Ermittlungen müssen vom Arbeitgeber weder in großer Geschwindigkeit noch in Hektik durchgeführt werden<sup>369</sup>, sondern in gebotener Eile<sup>370</sup>. Ob der Arbeitgeber hierzu in gebotener Eile ermittelt hat, richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls<sup>371</sup>. Eine Regelfrist für die durchzuführenden Ermittlungen gibt es nicht<sup>372</sup>. Werden Ermittlungen durch den Arbeitgeber z.B. auf Grund von Unachtsamkeit oder Nachlässigkeit verzögert, steht die weitere Fristhemmung dem Interesse des Arbeitnehmers auf Rechtssicherheit bzw. Klarheit entgegen<sup>373</sup>. Besteht für die Verzögerung vom Arbeitgeber keine hinreichende Begründung, ist anzunehmen, dass kein wichtiger Grund nach § 626 I BGB vorliegt<sup>374</sup>. Folglich besteht bei unbegründeten Verzögerungen kein wichtiger Grund, der das Arbeitsverhältnis unzumutbar beeinträchtigt hat<sup>375</sup>.

<sup>362</sup> BAG, Urteil vom 17.03.2005 – 2 AZR 245/04, NZA 2006, 101 (103).

<sup>363</sup> BAG, Urteil vom 17.03.2005 – 2 AZR 245/04, NZA 2006, 101 (103).

<sup>364</sup> Voßberg, SPA 2019, 162 (163).

<sup>365</sup> Dzida, NZA 2014, 809 (810).

<sup>366</sup> Voßberg, SPA 2019, 162 (163).

<sup>367</sup> BAG, Urteil vom 06.07.1972 – 2 AZR 386/71, AP BGB § 626 Ausschlussfrist Nr. 3, Rn. II. 3.

<sup>368</sup> BAG, Urteil vom 05.12.2002 – 2 AZR 478/01, AP BGB § 123 Nr. 63, Rn. B. 3. c). bb).

<sup>369</sup> Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 264.

<sup>370</sup> Voßberg, SPA 2019, 162 (163).

<sup>371</sup> Dzida, NZA 2014, 809 (812).

<sup>372</sup> BAG, Urteil vom 10.06.1988 – 2 AZR 25/88, NZA 1989, 105 (106).

<sup>373</sup> Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 262.

<sup>374</sup> Naber/Schulte, NZA 2019, 1626 (1627).

<sup>375</sup> BAG, Urteil vom 08.06.1972 – 2 AZR 336/71, AP KSchG 1969 § 13 Nr.1, Rn. 1.

## (3) Parallel laufendes Strafverfahren

Möchte der Arbeitgeber keine eigenen Ermittlungen durchführen<sup>376</sup>, oder kann er durch seine Verfolgung keine ausreichende Erkenntnis erlangen, besteht die Möglichkeit den Ausgang des Strafverfahrens abzuwarten<sup>377</sup>. Somit gelangt das Abwarten an die Stelle der eigenen Ermittlungen<sup>378</sup>. Beim Abwarten steht das Interesse auf Rechtssicherheit vom Arbeitnehmer, ob der Arbeitgeber außerordentlich kündigen möchte, nicht entgegen, da im Strafverfahren der Arbeitnehmer entlastet und eine Verdachtskündigung verhindert werden kann<sup>379</sup>. Entscheidet sich der Arbeitgeber hierfür, kann die Kündigung nicht zu einem beliebigen frei bestimmten Zeitpunkt ausgesprochen werden<sup>380</sup>. Der Zeitpunkt für die Kündigung muss sachlich gerechtfertigt sein, was bedeutet, dass der Arbeitgeber neue Umstände bzw. Beweismittel durch das Verfahren gewonnen haben muss, sodass ein hinreichender Kenntnisstand entsteht<sup>381</sup>. Muss der Arbeitgeber einen solchen sachlichen Grund abwarten, besteht keine Willkür<sup>382</sup>. Deshalb können im Verlauf des Verfahrens statt einem, mehrere Zeitpunkte vorliegen, die einen dringenden Verdacht rechtfertigen, worauf die Verdachtskündigung gestützt werden kann<sup>383</sup>. Folglich beginnt die Frist gem. § 626 II BGB bei jeder neuen Kenntniserlangung durch Beweise oder Tatsachen erneut an zu laufen<sup>384</sup>. Ebenfalls besteht die Möglichkeit den kompletten Ausgang abzuwarten und bei einer rechtskräftigen Verurteilung eine Tat Kündigung innerhalb von zwei Wochen auszusprechen<sup>385</sup>. Folglich kann der Arbeitgeber mit Bindung an das Strafverfahren eine Kündigung erst bei sachlichen Gründen z.B. nach neuer Beweislage innerhalb von zwei Wochen gem. § 626 II BGB erklären<sup>386</sup>.

**6.** Verhältnismäßigkeitsprinzip

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz besagt, dass eine Kündigung zur Beseitigung der Störung aus dem Arbeitsverhältnis geeignet, erforderlich als milderer Mittel (Ultima-Ratio)

---

<sup>376</sup> Langer/Witt, DStR 2008, 825 (826).

<sup>377</sup> Reinartz, MAH ArbR, § 44, Rn. 1-202 (133).

<sup>378</sup> Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 273-274.

<sup>379</sup> Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 273.

<sup>380</sup> BAG, Urteil vom 17.03.2005 – 2 AZR 245/04, NZA 2006, 101 (104).

<sup>381</sup> Reinartz, MAH ArbR, § 44, Rn. 1-202 (129).

<sup>382</sup> Eylert, Kramer IT-Arbeitsrecht, B. Individualarbeitsrecht, Rn. 367-422 (393).

<sup>383</sup> Eylert, Kramer IT-Arbeitsrecht, B. Individualarbeitsrecht, Rn. 367-422 (393).

<sup>384</sup> BAG, Urteil vom 27.01.2011 – 2 AZR 825/09, NZA 2012, 798, Rn. 19.

<sup>385</sup> BAG, Urteil vom 18.11.1999 – 2 AZR 852/98, NZA 2000, 381 (383).

<sup>386</sup> Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 279.

und im Zusammenhang zur Vertragsverletzung verhältnismäßig sein muss<sup>387</sup>. Im nachkommenden Abschnitt wird der Ultima-Ratio-Grundsatz erläutert, sodann werden mildere Mittel aufgezeigt, die statt der Verdachtskündigung in Betracht kommen könnten<sup>388</sup>.

a) Ultima-Ratio-Grundsatz

Die mit der Beendigung einhergehende Kündigung kann nur durchgesetzt werden, wenn dem Arbeitgeber kein anderes gleich geeignetes milderes Mittel zur Verfügung steht<sup>389</sup>. Der Grundsatz soll die Entlassungen von Arbeitnehmern, durch vorrangig gleich geeignete Maßnahmen vermeiden<sup>390</sup>. Eine Verdachtskündigung kann folglich erst dann in Erwägung gezogen werden, wenn alle genauso geeigneten milderen Mittel ausgeschöpft worden sind<sup>391</sup>, oder dem Arbeitgeber diese Maßnahmen aufgrund der Schwere der Pflichtverletzung nicht zugemutet werden können<sup>392</sup>. Die Kündigung wird demnach auch als letzte Maßnahme bezeichnet, da sie das am stärksten eingreifende Mittel zur Störungsbeseitigung darstellt<sup>393</sup>.

b) Milderes Mittel anstelle der Verdachtskündigung

In Erwägung gezogen werden können die außerordentliche als auch die ordentliche Verdachtskündigung erst, wenn mildere Maßnahmen – z.B. eine Abmahnung, Versetzung, Suspendierung oder die firstgerechte statt der fristlosen Kündigung – ausgeschöpft sind<sup>394</sup>.

aa) Abmahnungserfordernis

Ein mögliches milderes Mittel könnte statt der Verdachtskündigung die Abmahnung darstellen<sup>395</sup>. Die Abmahnung weist Warn-, Hinweis-, und Dokumentationsfunktion auf<sup>396</sup>. Gemäß § 314 II S. 1 BGB kann ein Arbeitsverhältnis aus einem wichtigen Grund erst nach einer erfolglosen Abmahnung wirksam beendet werden. Möchte der Arbeitgeber den Arbeitsvertrag aufgrund eines Verstoßes einseitig kündigen, muss er vorerst den Arbeitnehmer verdeutlichen, dass so ein Verhalten nicht hinnehmbar ist und erst beim erneuten

<sup>387</sup> ErfK ArbR/Niemann, BGB, § 626, R. 25.

<sup>388</sup> Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 201.

<sup>389</sup> BeckOK ArbR/Rolfs, KSchG, § 1, Rn. 66.

<sup>390</sup> Ascheid/Preis/Schmidt Kündigungtrecht/Preis, H. Prinzipien zur Ausfüllung der Kündigungsgründe, Rn. 55.

<sup>391</sup> BeckOK ArbR/Stoffels, BGB, § 626, Rn. 55.

<sup>392</sup> MüKo BGB/Henssler, BGB, § 626, Rn. 95.

<sup>393</sup> BeckOK ArbR/Rolfs, KSchG, § 1, Rn. 66.

<sup>394</sup> Schulz, ArbRAktuell 2016, 365 (366).

<sup>395</sup> Ascheid/Preis/Schmidt Kündigungtrecht/Vossen, KSchG, § 1, R. 66.

<sup>396</sup> Schrader, NJW 2012, 342 (345).

Begehen eine Beendigungskündigung mit sich zieht<sup>397</sup>. Die Verpflichtung zur Abmahnung ist nur im Zusammenhang mit einer fristlosen Beendigung zu berücksichtigen, da ein Kündigungsschutz bei einer ordentlichen, fristgerechten Kündigung nicht gegeben ist<sup>398</sup>. Hat der Arbeitgeber eine Abmahnung ausgesprochen, besteht für ihn kein Kündigungsrecht mehr, wenn der Arbeitnehmer nicht wiederholt handelt<sup>399</sup>. Gemäß § 314 II S. 2 BGB i.V.m. § 323 II BGB kann von der Abmahnung abgesehen werden, wenn eine zukünftige Verhaltensänderung vom Arbeitnehmer trotz Abmahnung nicht erkennbar ist, oder eine Hinnahme der schwerwiegenden Pflichtverletzung vom Arbeitgeber ausgeschlossen bzw. eine Unzumutbarkeit darstellt<sup>400</sup>. Da es sich bei der Verdachtskündigung um schwerwiegende Pflichtverletzung oder Straftaten handelt, ist offensichtlich, dass die Hinnahme vom Arbeitgeber hierzu nicht vorliegt<sup>401</sup>. Demnach bedarf es bei der Verdachtskündigung keiner Abmahnungserfordernis<sup>402</sup>, da der Wiederaufbau des vertragsnotwendigen Vertrauens nicht angenommen werden kann<sup>403</sup>. Die Rechtsprechung hat allerdings in besonderen Fallgestaltung eine Abmahnungserfordernis bei Bagatellkündigungen zugesagt<sup>404</sup>.

#### bb) Weiterbeschäftigung auf einen anderen Arbeitsplatz

Zudem könnte die Weiterbeschäftigung an einen anderen Arbeitsplatz ein milderes Mittel darstellen<sup>405</sup>. Der Arbeitgeber ist zur Prüfung des Bestehens eines anderweitigen freien Arbeitsplatzes verpflichtet<sup>406</sup>. Hierzu muss er sich aber auch die Frage stellen, ob die Umsetzung eine Kündigung tatsächlich verhindern könnte<sup>407</sup>, wonach der Kündigungsgrund durch den neuen Arbeitsplatz wahrscheinlich nicht wiederholt vom Arbeitnehmer begangen werden kann<sup>408</sup>. Aus dieser Voraussetzung lässt sich entnehmen, dass die Versetzung bei einem verhaltensbedingtem Grund z.B. Schlechtleistung schlüssig erscheint, dies jedoch bei der Verdachtskündigung wegen der platzunabhängigen Verletzung nicht anzunehmen

<sup>397</sup> Schmidt, Küttner Personalbuch 2020, Abmahnung, Rn. 1-46 (1).

<sup>398</sup> Schmidt, Küttner Personalbuch 2020, Abmahnung, Rn. 1-46 (3).

<sup>399</sup> Koch, Arbeitsrecht von A-Z, Abmahnung, Rn. III.

<sup>400</sup> BAG, Urteil vom 20.11.2014 – 2 AZR 651/14, -BAG 150, 109, AP BGB § 626 Nr. 248 R. 22, zit. nach: Rchor, 2018, § 124, Rn. 1-108 (21).

<sup>401</sup> Lembke, RdA 2013, 82 (90).

<sup>402</sup> Schrader, NJW 2012, 342 (342).

<sup>403</sup> MüKo BGB/Henssler, BGB, § 626, Rn. 108.

<sup>404</sup> Eckert, BC 2010, 26 (29).

<sup>405</sup> BAG, Urteil vom 25.03.1976 – 2 AZR 127/75, AP BGB § 626 Ausschlussfrist Nr. 10, Rn. V. 2.

<sup>406</sup> Urteil vom 03.02.1977 – 2 AZR 476/75, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 4, Rn. II. 1.

<sup>407</sup> Urteil vom 03.02.1977 – 2 AZR 476/75, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 4, Rn. II. 1.

<sup>408</sup> LAG Hessen, Urteil vom 08.03.2010 – 16 Sa 1280/09, Rn. 27, juris.

ist<sup>409</sup>. Hat der Arbeitnehmer z.B. eine Straftat oder schwerwiegende Pflichtverletzung gegen das Vermögen des Arbeitgebers verübt, wäre nur so ein Arbeitsplatz für die Versetzung geeignet, wonach der Arbeitnehmer weder auf die Vermögenswerte noch auf das Eigentum vom Arbeitgeber zugreifen kann<sup>410</sup>. Da eine solche Umsetzung durchweg nicht möglich erscheint<sup>411</sup>, ist dieses mildere Mittel, aufgrund der arbeitsplatzunabhängigen Verletzung nicht geeignet<sup>412</sup>.

#### cc) Suspendierung

Daneben könnte ein milderer Mittel aus der Suspendierung des Arbeitnehmers resultieren<sup>413</sup>. Unter der Suspendierung bzw. Freistellung wird verstanden, dass der Arbeitnehmer keine Arbeitszuweisung mehr erhält und sein Arbeitsverhältnis nicht beendet wird, sondern ruht<sup>414</sup>. Die Lohnfortzahlung entfällt durch die Suspendierung nicht<sup>415</sup>. Von dieser Pflicht ist der Arbeitgeber jedoch befreit, wenn eine schwerwiegende Verletzung bzw. Straftat begangen wurde, die ebenfalls eine außerordentliche Kündigung rechtfertigt<sup>416</sup>. Die Suspendierung erweist sich durch den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses als schonender<sup>417</sup>, jedoch scheidet sie als mildere Maßnahme bei der Verdachtskündigung aus, da hierdurch der Vertrauensverlust nicht behoben werden kann<sup>418</sup>. Folgend kann sich die Suspendierung weder auf den Vertrauensverlust auswirken noch die zukünftige Wiederherstellung versprechen<sup>419</sup>. Der Arbeitgeber könnte jedoch, während den Aufklärungsmaßnahmen, die Suspendierung als unterstützende Maßnahme erklären<sup>420</sup>.

#### dd) Ordentliche Verdachtskündigung

Im Falle der außerordentlichen Verdachtskündigung kann als milderer Mittel die ordentliche Verdachtskündigung in Betracht kommen<sup>421</sup>. Dieser Vorrang wird ebenfalls durch den Gesetzeswortlaut vom § 626 I BGB zum Ausdruck gebracht, wodurch das Arbeitsverhältnis

<sup>409</sup> BeckOK ArbR/*Stoffels*, BGB, § 626, Rn. 67.

<sup>410</sup> *Zborowska*, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 202.

<sup>411</sup> *Zborowska*, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 202.

<sup>412</sup> LAG Hessen, Urteil vom 08.03.2010 – 16 Sa 1280/09, Rn. 27, juris.

<sup>413</sup> MüKo BGB/*Henssler*, BGB, § 626, Rn. 32.

<sup>414</sup> MüKo BGB/*Henssler*, BGB, § 626, Rn. 32.

<sup>415</sup> BeckOK ArbR/*Hesse*, BGB, § 620, Rn. 97.

<sup>416</sup> BeckOK ArbR/*Stoffels*, BGB, § 626, Rn. 57

<sup>417</sup> BAG, Urteil vom 04.06.1964 – 2 AZR 310/63, NJW 1964, 1918, Rn. II. 3.

<sup>418</sup> *Belling*, 1996, 223 (233), zit. nach: *Zborowska*, 2015, S. 203.

<sup>419</sup> *Zborowska*, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 203.

<sup>420</sup> *Zborowska*, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 212.

<sup>421</sup> *Schulz*, ArbRAktuell 2016, 365 (366).



bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann<sup>422</sup>. Die Verdachtskündigung verfügt hierbei jedoch eine Sonderstellung<sup>423</sup>, da die ordentliche Kündigung nur begründet ist, wenn Umstände vorliegen, die ebenfalls eine fristlose Beendigung rechtfertigen würden<sup>424</sup>, welches auch auf die Interessenabwägung anzuwenden ist<sup>425</sup>. Im Rahmen der Interessenabwägung ist dem BAG nicht zu folgen, da sonst die Grenzen beider Kündigungsarten verwischt werden<sup>426</sup>. Schließlich ist bei der ordentlichen Verdachtskündigung eine andere Interessenabwägung vorzunehmen, da es sich um eine fristgerechte und nicht um eine fristlose Kündigung handelt<sup>427</sup>. Demzufolge stellt die ordentliche Verdachtskündigung ein milderes Mittel zur außerordentlichen dar, wenn die fristlose Beendigung aufgrund der Interessenabwägung scheitert<sup>428</sup>.

## 7. Interessenabwägung

Sind alle Voraussetzung der Verdachtskündigung erfüllt, ist der Arbeitgeber gehalten vor dem Kündigungsausspruch eine umfängliche Interessenabwägung durchzuführen<sup>429</sup>. Grund hierfür ist, dass das Kündigungsrecht keine absoluten Kündigungsgründe kennt und diese deswegen einer gesonderten Einzelfallprüfung unterliegen<sup>430</sup>. Die Interessenabwägung wird bei der außerordentlichen Verdachtskündigung nach § 626 I BGB ausdrücklich im Gesetzeswortlaut angeordnet<sup>431</sup>. Dieser Wortlaut liegt bei der ordentlichen Kündigung nach § 1 II KSchG nicht vor<sup>432</sup>, jedoch wird die Interessenabwägung vom BAG verlangt<sup>433</sup>. Der Arbeitgeber hat eine Abwägung vorzunehmen, indem sein fristgerechtes<sup>434</sup> bzw. fristloses Beendigungsinteresse im Verhältnis zum Bestandsinteresse des Arbeitnehmers überwiegt<sup>435</sup>. Hierzu fließen die tatbezogenen Aspekte, wie das Gewicht der Pflichtverletzung, das Verschulden des Arbeitnehmers, die Dauer und dessen störungsfreier Verlauf, die mögliche Wiederholungsgefahr und der verursachte Schaden in die Abwägung des Arbeitgebers

<sup>422</sup> BeckOK ArbR/*Stoffels*, BGB, § 626, Rn. 69.

<sup>423</sup> *Zborowska*, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 210.

<sup>424</sup> *Eylert*, NZA-RR 2014, 393 (405).

<sup>425</sup> BAG, Urteil vom 18.06.2015 – 2 AZR 256/14, NZA 2016, 287, Rn. 22.

<sup>426</sup> *Eylert*, NZA-RR 2014, 393 (405).

<sup>427</sup> *Schrader/Thoms/Möller*, ArbRAktuell 2014, 310 (312).

<sup>428</sup> *Schrader/Thoms/Möller*, ArbRAktuell 2014, 310 (311-312).

<sup>429</sup> *Wertz*, Die Verdachtskündigung unter Berücksichtigung des „Vertrauenskapitals“, S. 197.

<sup>430</sup> BAG, Urteil vom 10.06.2010 – 2 AZR 541/09, NZA 2010, 1227, Rn. 16.

<sup>431</sup> *Wertz*, Die Verdachtskündigung unter Berücksichtigung des „Vertrauenskapitals“, S. 197.

<sup>432</sup> BeckOK ArbR/*Rolfs*, KSchG, § 1, Rn. 84.

<sup>433</sup> BAG, Urteil vom 18.06.2015 – 2 AZR 256/14, NZA 2016, 287, Rn. 22.

<sup>434</sup> *Schrader/Thoms/Möller*, ArbRAktuell 2014, 310 (312).

<sup>435</sup> *Howald*, ArbRAktuell 2013, 195 (196).

mit ein<sup>436</sup>. Diese Grundsätze der Interessenabwägung gelten ebenfalls für die Verdachtskündigung<sup>437</sup>. Jedoch wird bei der verdachtsbezogenen Interessenabwägung nicht auf die Tat, sondern auf den Verdacht abgestellt, der die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar macht<sup>438</sup>. Demnach besteht hier die Besonderheit das man sich bei der Abwägung zum Verdacht, auf eine hypothetische Tatbegehung bezieht<sup>439</sup> und die tatbezogenen Aspekte mittelbar anzuwenden sind<sup>440</sup>.

a) Gewicht der Pflichtverletzung

Eine wichtige Rolle bei der Abwägung spielt das Gewicht des Verdachts<sup>441</sup> und der daraus resultierende Maß an Beschädigung<sup>442</sup>. Zu beachten ist, dass die Interessenabwägung sich nur auf die arbeitsvertraglich notwendigen Kriterien begrenzt.<sup>443</sup> Demnach ist bei der Abwägung eine Grenze zwischen vertragsbezogenen und nicht vertraglichen Umständen zu ziehen<sup>444</sup>. Eine besonders gewichtete, schwerwiegende Pflichtverletzung wird angenommen, wenn der Arbeitgeber gegen seine Hauptleistungen verstößt<sup>445</sup>. Zudem ist die Intensivität des Eingriffs von Bedeutung<sup>446</sup>. Folglich wiegt das Interesse des Arbeitgebers über das des Arbeitnehmers höher, wenn der Verdacht einer Pflichtverletzung aus dem Kernbereich der Arbeitspflichten stammt<sup>447</sup>. Dies ist bspw. der Fall, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer aufgrund der arbeitsvertraglichen Kassierertätigkeiten Zahlungsmittel und Waren anvertraut, dieser jedoch unter Verdacht steht, Wechselgeld unterschlagen zu haben<sup>448</sup>.

---

<sup>436</sup> BAG, Urteil vom 10.11.2005 – 2 AZR 623/04, NZA 2006, 491, Rn. 38, zit. nach: *Wertz*, 2016, S. 199-200.

<sup>437</sup> *Zborowska*, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 213.

<sup>438</sup> *Zborowska*, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 217.

<sup>439</sup> *Zborowska*, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 213.

<sup>440</sup> *Zborowska*, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 218.

<sup>441</sup> *Wertz*, Die Verdachtskündigung unter Berücksichtigung des „Vertrauenskapitals“, S. 207.

<sup>442</sup> LAG Schleswig-Holstein, Urteil vom 19.06. 2013, 3 Sa 208/12, Rn. 24, juris.

<sup>443</sup> BeckOK ArbR/*Stoffels*, BGB, § 626, Rn. 74.

<sup>444</sup> MüKo BGB/*Henssler*, BGB, § 626, Rn. 91.

<sup>445</sup> *Zimmermann*, MHdB ArbR, Band 2: Individualarbeitsrecht II, § 114, Rn. 1- 64 (59).

<sup>446</sup> MüKo BGB/*Hergenröder*, KSchG, § 1, Rn. 258.

<sup>447</sup> *Zborowska*, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 219.

<sup>448</sup> *Zborowska*, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 219.

## b) Verschulden des Arbeitnehmers

Ebenfalls ist der Grad des Verschuldens bei der Interessenabwägung von Bedeutung<sup>449</sup>. Es ist nämlich zu differenzieren, ob der Arbeitnehmer aus Leichtsinn oder Vorsatz in den Vermögensdelikt geraten ist<sup>450</sup>. Da es sich hier um den Verdacht und nicht um eine Tatbegehung handelt, kann ein Verschulden nicht ohne weiteres unterstellt werden<sup>451</sup>. Jedoch besteht hier die Möglichkeit, durch eine hypothetische Tatbegehung, die aus den objektiv vorliegenden Umständen gewonnen wird, logische Schlussfolgerung auf das Verschulden zu ziehen<sup>452</sup>. Demnach wird ein besonders gewissenloses Verhalten von Arbeitnehmer starke Berücksichtigung für das Beendigungsinteresse vom Arbeitgeber finden<sup>453</sup>.

## c) Dauer des Arbeitsverhältnisses und dessen bisheriger störungsfreier Verlauf

Besteht der Verdacht einer schwerwiegenden Pflichtverletzung bzw. Straftat, der die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar macht, muss der Arbeitgeber in seiner Abwägung, ebenfalls die Dauer des Beschäftigungsverhältnisses und dessen Verlauf berücksichtigen<sup>454</sup>. Mit der Emmely-Entscheidung bestimmt das BAG erstmalig, dass durch ein langjähriges störungsfreies Beschäftigungsverhältnis ein Vertrauenskapital beim Arbeitgeber aufgebaut wird und konkretisiert welche Auswirkung eine Pflichtverletzung darauf hat<sup>455</sup>. Fraglich ist jedoch, wie ein derartiges Vertrauenskapital überhaupt entstehen bzw. wodurch dieser abgebaut werden kann<sup>456</sup>.

## aa) Möglichkeit und Voraussetzung für das Entstehen von Vertrauenskapital

Grundsätzlich gilt, je länger eine Beschäftigung des Arbeitnehmers anhält, desto wahrscheinlicher wird der Vertrauensaufbau angenommen<sup>457</sup>. In welchem Umfang sich das Vertrauen bei dem Arbeitgeber aufbaut, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab<sup>458</sup>. Ein solcher Umstand kann sich durch die Stellung des Arbeitnehmers im Betrieb ergeben, wodurch eine vertrauensvolle Tätigkeit, das Vertrauenskapital schneller aufgebaut wird als

---

<sup>449</sup> *Zimmermann*, MHdB ArbR, Band 2: Individualarbeitsrecht II, § 114, Rn.1-64 (59).

<sup>450</sup> *Stoffels*, NJW 2011, 118 (122).

<sup>451</sup> *Zborowska*, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 214.

<sup>452</sup> *Zborowska*, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 220.

<sup>453</sup> *Wertz*, Die Verdachtskündigung unter Berücksichtigung des „Vertrauenskapitals“, S. 203.

<sup>454</sup> *Zborowska*, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 226.

<sup>455</sup> *Tiedemann*, 2011, 93 (94), zit. nach: *Wertz*, 2016, S. 208.

<sup>456</sup> *Wertz*, Die Verdachtskündigung unter Berücksichtigung des „Vertrauenskapitals“, S. 208.

<sup>457</sup> *Schrader*, NJW 2012, 342 (343).

<sup>458</sup> *Schrader*, NJW 2012, 342 (344).

bei einer weniger vertrauensvollen Tätigkeit<sup>459</sup>. Weiterhin ist die Dauer des Arbeitsverhältnisses zu berücksichtigen, da sich die ordnungsgemäßen Vertragserfüllungen vom Arbeitnehmer erst im Laufe der Beschäftigung bestätigen lassen<sup>460</sup>. Abschließend wichtig für das Vertrauenskapital ist ein störungsfreier Verlauf, wodurch der Arbeitnehmer durchgehend seiner Arbeitsverpflichtung ordnungsgemäß nachgekommen ist<sup>461</sup>. Durch diese Umstände kann ein Vertrauenskapital aufgebaut werden, wodurch die Höhe im Einzelfall bestimmt wird<sup>462</sup>.

bb) Möglichkeit zum vollständigen Verlust des Vertrauens?

Hierbei stellt man sich die Frage, ob eine Pflichtverletzung das Vertrauenskapital vollständig zerstören kann<sup>463</sup>. Besteht ein langjähriges beanstandungsfreies Arbeitsverhältnis wird das Vertrauen nicht zwingend beim erstmaligen Verstoß vollständig und endgültig zerstört<sup>464</sup>. Entscheidend ist hier die Sicht des objektiven Betrachters<sup>465</sup>, ob der Arbeitgeber noch Vertrauen haben müsste<sup>466</sup>. Der Arbeitnehmer erhält bei längerer Betriebszugehörigkeit jedoch nicht das Recht, Handlungen vorzunehmen, die eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen, wie z.B. Diebstahl<sup>467</sup>. Denn schwerwiegende Pflichtverletzung führen weiterhin zum vollständigen Vertrauensverlust und zum Ausschluss jeglicher Wiederherstellung<sup>468</sup>. Allerdings hat die Rechtsprechung mit der Emmely Entscheidung<sup>469</sup> klargestellt, dass bei einem Bagatelldiebstahl das Vertrauensverhältnis aufgrund langer störungsfreier Beschäftigungsjahre nicht vollständig und unwiederbringlich zerstört werden muss, sodass statt der Kündigung eine Abmahnung als angemessene Reaktion anzunehmen ist<sup>470</sup>. Dies muss jedoch unter den Umständen des Einzelfalls beurteilt werden<sup>471</sup>. Folgend wird bei der Interessenabwägung auf das Vertrauenskapital abgestellt, ist dieser vollständig verbraucht, bedarf es einer Kündigung, wird hingegen ein Restvertrauen beim Arbeitgeber festgestellt, bedarf es einer Abmahnung<sup>472</sup>.

---

<sup>459</sup> *Schrader*, NJW 2012, 342 (344).

<sup>460</sup> *Wertz*, Die Verdachtskündigung unter Berücksichtigung des „Vertrauenskapitals“, S. 222.

<sup>461</sup> *Wertz*, Die Verdachtskündigung unter Berücksichtigung des „Vertrauenskapitals“, S. 223.

<sup>462</sup> *Wertz*, Die Verdachtskündigung unter Berücksichtigung des „Vertrauenskapitals“, S. 226.

<sup>463</sup> *Schrader*, NJW 2012, 342 (343).

<sup>464</sup> BAG, Urteil vom 10.06.2010 – 2 AZR 541/09, NZA 2010, 1227 Rn. 47.

<sup>465</sup> *Stoffels*, NJW 2011, 118 (121).

<sup>466</sup> BAG, Urteil vom 10.06.2010 – 2 AZR 541/09, NZA 2010, 1227 Rn. 47.

<sup>467</sup> *Schrader*, NJW 2012, 342 (343).

<sup>468</sup> *Zborowska*, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 231.

<sup>469</sup> BAG, Urteil vom 10.06.2010 – 2 AZR 541/09, NZA 2010, 1227.

<sup>470</sup> *Tsalikis/Stock*, HR True Story, S. 170.

<sup>471</sup> *Schrader*, NJW 2012, 342 (343).

<sup>472</sup> *Schrader*, NJW 2012, 342 (343).

## d) Schaden beim Arbeitgeber

In der Interessenabwägung sind zudem die nachträglichen Auswirkungen bzw. die Schäden zu berücksichtigen<sup>473</sup>. Ein materieller Schaden könnte sich aus einem Vermögenswert und der immaterielle Schaden aus einem Imageverlust ergeben<sup>474</sup>. Der wichtige Grund wird durch die Höhe des Schadens nicht berührt<sup>475</sup>, dieser wirkt sich jedoch auf die Interessenabwägung aus<sup>476</sup>. Folglich ist festzuhalten, dass je größer der Schaden einer hypothetischen Tat ist, desto stärker wirkt sich der Verdacht auf das Arbeitsverhältnis aus und begründet Unzumutbarkeit<sup>477</sup>.

## e) Wiederholungsgefahr

Zudem muss der Arbeitgeber abwägen, ob eine Wiederholungsgefahr vom Arbeitnehmer ausgeht, der die gleiche bzw. ähnliche Pflichtverletzung begehen könnte<sup>478</sup>. Dies ergibt sich aus dem Prognoseprinzip<sup>479</sup>. Da bei der Verdachtskündigung auf eine hypothetische Tat abgestellt wird, bestehen hierzu keinerlei Anhaltspunkte<sup>480</sup>. Da der Verdacht nicht steuerbar ist, würde es sich auf eine bloße Unterstellung belaufen<sup>481</sup>. Jedoch steht die Verdachtskündigung nicht im Widerspruch zum Prognoseprinzip<sup>482</sup>. Da die Prognoseentscheidung als Ausgangspunkt auf die Schwere der Pflichtverletzung abstellt, kann eine schwerwiegende Verfehlung bzw. Straftat eine Weiterführung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar darstellen<sup>483</sup>. Da bei der Verdachtskündigung eine erhebliche Pflichtverletzung vorausgesetzt wird, wodurch das Vertrauen in dem Arbeitnehmer endgültig schwindet, kann die negative Prognose und Wiederholungsgefahr hier bejaht werden<sup>484</sup>.

---

<sup>473</sup> Ulrich, MAH ArbR, § 43, Rn. 299-445 (324).

<sup>474</sup> Ulrich, MAH ArbR, § 43, Rn. 299-445 (324).

<sup>475</sup> BAG, Urteil vom 10.06.2012 – 2 AZR 541/09, NZA 20120, 1227, Rn. 25.

<sup>476</sup> Schrader/Straube, ArbRAktuell 2009, 7 (9).

<sup>477</sup> Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 223.

<sup>478</sup> Ulrich, MAH ArbR, § 43, Rn. 299-445 (308).

<sup>479</sup> Zimmermann, MHdB ArbR, Band 2: Individualarbeitsrecht II, § 114, Rn. 1-64 (18).

<sup>480</sup> Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 224.

<sup>481</sup> Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 225.

<sup>482</sup> Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 225.

<sup>483</sup> Ulrich, MAH ArbR, § 43, Rn. 299-445 (308).

<sup>484</sup> BAG, Urteil vom 05.05.1994, 2 AZR 799/93, zit. nach: Zborowska, 2015, S. 225.

## D. Die Verdachtskündigung im Kündigungsschutzprozess

Über die Hälfte der Verfahren, die vor den Arbeitsgerichten stattfinden sind Kündigungsstreitfälle<sup>485</sup>. Grund hierfür ist, dass eine Unwirksamkeit der Kündigung nur mit einem Gerichtsurteil festgestellt werden kann<sup>486</sup>. Hat der Arbeitnehmer Zweifel an der Wirksamkeit der Kündigung, kann er vor dem Arbeitsgericht eine Kündigungsschutzklage erheben, wodurch festgestellt wird, ob das Beschäftigungsverhältnis durch die Kündigung aufgelöst worden ist<sup>487</sup>. Gemäß §§ 4, 7 KSchG muss der Arbeitnehmer die Klage innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung erheben, ansonsten läuft er Gefahr bei nicht rechtzeitiger Geltendmachung, dass die Kündigung trotz anfänglicher Unwirksamkeit rechtswirksam wird. Hat der Arbeitnehmer die Klage fristgemäß erhoben, ist der Arbeitgeber aufgrund seiner Darlegungs- und Beweislast gehalten, alle Tatsachen vorzulegen, die seine Kündigung begründet haben<sup>488</sup>. In diesem Abschnitt wird vorerst die Unterscheidung zwischen Beweiserhebung und Beweisverwertung dargelegt<sup>489</sup>. Im Nachgang wird ein Blick auf die weiteren Besonderheiten bei der Verdachtskündigung im Kündigungsschutzprozess geworfen<sup>490</sup>.

### I. Erhebung von Beweisen im Kündigungsschutzprozess

Erhebt der Arbeitnehmer gegen die Kündigung eine Kündigungsschutzklage, so spielt die Darlegungs- und Beweislast vom Arbeitgeber eine erheblich wichtige Rolle für die Wirksamkeit der Kündigung<sup>491</sup>.

#### 1. Beweislast des Arbeitgebers für den Kündigungsgrund

Gemäß § 1 II S. 4 KSchG ist der Arbeitgeber verpflichtet, alle Tatsachen zu beweisen, die seine Kündigung bedingen. Dieser Grundsatz findet auch für die Verdachtskündigung Anwendung, wonach der Arbeitgeber alle Umstände darlegen und beweisen muss, die seinen dringenden Tatverdacht begründen<sup>492</sup>. Der Arbeitgeber ist jedoch nicht verpflichtet, alle vorstellbaren Entschuldigungs- und Rechtfertigungsgründe vom Arbeitnehmer von Anfang

<sup>485</sup> Benecke, Jahrbuch für italienisches Recht, S. 3-20 (5).

<sup>486</sup> Benecke, Jahrbuch für italienisches Recht, S. 3-20 (5).

<sup>487</sup> Vossen, RdA 2015, 291 (291).

<sup>488</sup> Eise mann, Küttner Personalbuch 2020, Kündigung betriebsbedingt, Rn. 1-67 (58).

<sup>489</sup> Fiedler, Beweisverwertungsverbote im arbeitsgerichtlichen Kündigungsschutzprozess bei rechtswidriger Überwachung des Arbeitnehmers, S. 7.

<sup>490</sup> Eylert, Kramer IT-Arbeitsrecht, B. Individualarbeitsrecht, Rn. 367-422 (414-422).

<sup>491</sup> Fiedler, Beweisverwertungsverbote im arbeitsgerichtlichen Kündigungsschutzprozess bei rechtswidriger Überwachung des Arbeitnehmers, S. 16.

<sup>492</sup> LAG Hamm, Urteil vom 19.10.2007 – 10 Sa 813/07, Rn. 70, juris.

an zu widerlegen<sup>493</sup>. Dies ergibt sich aus dem Grundsatz der abgestuften Darlegungs- und Beweislast nach § 138 II ZPO<sup>494</sup>. Demnach richtet sich der Umfang der Beweislast des Arbeitgebers nach der fundierten Einlassung des Arbeitnehmers<sup>495</sup>. Folglich reicht es zunächst aus, wenn der Arbeitgeber objektive Tatsachen für den dringenden Tatverdacht als Kündigungsgrund vorträgt<sup>496</sup>. Bestreitet der Arbeitnehmer die Tatsachen bzw. trägt Verteidigungsgründe vor, ist der Arbeitgeber gehalten weitere Beweismittel vorzubringen, die den Arbeitnehmervortrag untergraben<sup>497</sup>. Fehlt es an einer Einlassung des Arbeitnehmers, gelten die vorgetragenen Tatsachen gemäß § 138 III ZPO als zugestanden<sup>498</sup>. Zudem richten sich die Regelungen der Beweiswürdigung und des Beweisverfahren nach der ZPO, wenn keine abweichenden Regelungen in § 58 ArbGG vorgesehen sind<sup>499</sup>.

## 2. Erhebung von rechtswidrigen Beweisen

Dem Arbeitgeber könnten ebenfalls kündigungsbegründende Beweismittel vorliegen, die von ihm rechtswidrig erlangt wurden<sup>500</sup>. Eine Rechtswidrigkeit ist dann anzunehmen, wenn die vorgetragenen Beweismittel in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers nach Art. 2 I GG eingreifen<sup>501</sup>. Dieses Grundrecht schützt das Recht am eigenen Bild und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung darauf<sup>502</sup>. Wie in der obigen Ausführung (C.II. 2. b)) schon erwähnt, könnten einige Mittel zur Sachverhaltsaufklärung gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers verstoßen<sup>503</sup>. Dies ist bspw. bei der Arbeitnehmerüberwachung von Arbeitsleistung und Verhalten anzunehmen<sup>504</sup>. Hierunter fallen sowohl der Einsatz von Videoüberwachungen<sup>505</sup>, wie auch von Detektiven<sup>506</sup>, Key Loggers<sup>507</sup> und von Zufallsfunden, deren Überwachungen datenschutzwidrig waren<sup>508</sup>. Da die

<sup>493</sup> Langner/Witt, DStR 2008, 825 (830).

<sup>494</sup> Rchor, MHdB ArbR, Band 2: Individualarbeitsrecht II, § 130, Rn. 1-142 (91).

<sup>495</sup> LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 12.05.2014 – 3 Sa 552/13, Rn. 78, juris.

<sup>496</sup> Fiedler, Beweisverwertungsverbote im arbeitsgerichtlichen Kündigungsschutzprozess bei rechtswidriger Überwachung des Arbeitnehmers, S. 17.

<sup>497</sup> Fiedler, Beweisverwertungsverbote im arbeitsgerichtlichen Kündigungsschutzprozess bei rechtswidriger Überwachung des Arbeitnehmers, S. 17.

<sup>498</sup> Fiedler, Beweisverwertungsverbote im arbeitsgerichtlichen Kündigungsschutzprozess bei rechtswidriger Überwachung des Arbeitnehmers, S. 17.

<sup>499</sup> Hromadka/Maschmann, Arbeitsrecht: Band 2: Kollektivarbeitsrecht + Arbeitsstreitigkeit, S. 587, Rn. 76.

<sup>500</sup> Fiedler, Beweisverwertungsverbote im arbeitsgerichtlichen Kündigungsschutzprozess bei rechtswidriger Überwachung des Arbeitnehmers, S. 23.

<sup>501</sup> ErfK ArbR/Schmidt, GG, Art. 2, Rn. 93.

<sup>502</sup> BAG, Urteil vom 23.08.2018 – 2 AZR 133/18, NZA 2018, 1329, Rn. 15.

<sup>503</sup> Eylert, NZA-RR 2014, 393 (400).

<sup>504</sup> ErfK ArbR/Schmidt, GG, Art. 2, Rn. 93.

<sup>505</sup> BeckOK Datenschutzrecht/Riesenhuber, BDSG, § 26, Rn. 114.

<sup>506</sup> Thüsing/Rombey, NZA 2018, 1105 (1106).

<sup>507</sup> BAG, Urteil vom 27.07.2017 – 2 AZR 681/16, NZA 2017, 1327, Rn. 33.

<sup>508</sup> Tiedemann, Kramer IT-Arbeitsrecht, B. Individualarbeitsrecht, Rn. 540-583 (580).

ZPO bzw. das ArbGG keine Regelungen zur Beweiserhebung enthalten<sup>509</sup>, ist jeder angebotene Beweis vom Arbeitgeber, auch wenn er rechtswidrig erlangt wurde, zu berücksichtigen<sup>510</sup>.

## II. Verwertung von Beweisen im Kündigungsschutzprozess

Fraglich ist jedoch, ob die rechtswidrig erlangten Beweismittel, die dem Gericht angeboten werden, bei der Urteilsentscheidung vom Arbeitsgericht miteinbezogen werden dürfen<sup>511</sup>.

### 1. Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung

Der Grundsatz gemäß § 286 I S. 1 ZPO i.V.m. Art. 103 I GG bestimmt, dass die Beweiswürdigung der gesamten vorgetragenen Tatsachen in der mündlichen Verhandlung nach freier richterlicher Überzeugung zu erfolgen hat<sup>512</sup>. Unter Berücksichtigung der kompletten Beweisaufnahme<sup>513</sup>, steht es dem Gericht frei darüber zu entscheiden, welche Beweiskraft es den jeweiligen vorgebrachten Beweismitteln zugesteht<sup>514</sup>. Demnach wird aus dem Grundsatz deutlich, dass das Gericht alle ihm angebotenen Beweise bzw. Sachvorträge in seiner Entscheidung zu berücksichtigen hat<sup>515</sup>.

### 2. Verwertung der rechtswidrig erlangten Beweismittel

Sowohl das ArbGG als auch das ZPO enthalten für rechtswidrig erlangte Beweise keine bestimmten prozessualen Sachvortrags- und Beweisverwertungsverbote<sup>516</sup>. Da gemäß § 286 I S. 1 ZPO i.V.m. Art. 103 I GG alle angebotenen Beweismittel vom Gericht zu berücksichtigen sind<sup>517</sup>, bedarf es für ein Verwertungsverbot einer besonderen Legitimation<sup>518</sup>. Das Verwertungsverbot ist anzunehmen, wenn eine verfassungsrechtliche Grundrechtsverletzung mittels rechtswidrigen Eingriffes vorliegt<sup>519</sup>. Das Gericht muss prüfen, ob bei der

<sup>509</sup> Fiedler, Beweisverwertungsverbote im arbeitsgerichtlichen Kündigungsschutzprozess bei rechtswidriger Überwachung des Arbeitnehmers, S. 7.

<sup>510</sup> Werner, NJW 1988, 993 (998).

<sup>511</sup> Fiedler, Beweisverwertungsverbote im arbeitsgerichtlichen Kündigungsschutzprozess bei rechtswidriger Überwachung des Arbeitnehmers, S. 6.

<sup>512</sup> Alfter, Das Beweismaß in der Internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit, S. 24.

<sup>513</sup> Schilken, Zivilprozessrecht, § 8, Rn. 392.

<sup>514</sup> Richers, Rechtslast, Lastregeln als Mittel der Überwindung von Zweifeln in der Rechtsanwendung, S. 94.

<sup>515</sup> Stück, CCZ 2018, 88 (91).

<sup>516</sup> Stück, CCZ 2018, 88 (91).

<sup>517</sup> Stück, CCZ 2018, 88 (91).

<sup>518</sup> BAG, Urteil vom 20.10.2016 – 2 AZR 395/15, NJW 2017, 1193, Rn. 15.

<sup>519</sup> MüKo ZPO/Prütting, ZPO, § 284, Rn. 67.



Verwertung des Beweismittels ein Grundrechtseingriff beim Arbeitnehmer vorliegt, z.B. in das allgemeine Persönlichkeitsrecht<sup>520</sup>. Dies ergibt sich daraus, dass der Richter als staatliche Hoheitsgewalt auftritt, wonach er bei seiner Urteilsfindung gem. Art. 1 III GG an die Grundrechte gebunden ist<sup>521</sup>. Der Eingriff in die Grundrechtsposition des Arbeitnehmers könnte jedoch gerechtfertigt sein, wenn das Verwertungsinteresse des Arbeitgebers gegen das Schutzinteresse des Betroffenen überwiegt<sup>522</sup>.

a) Rechtfertigung des Eingriffs in das allgemeine Persönlichkeitsrecht

Bei der Verwertung des rechtswidrigen Beweismittels stößt das allgemeine Persönlichkeitsrecht vom Arbeitnehmer mit dem schutzwürdigen Interesse vom Arbeitgeber aufeinander, wodurch eine umfassende Interessenabwägung durchzuführen ist<sup>523</sup>. Ehedem einer eingehenden Abwägung nachgekommen werden kann, ist vor dem Verfassungsrecht das Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) zu prüfen<sup>524</sup>. Das BDSG wird hier nicht weiter thematisiert, allerdings ist zu berücksichtigen, ob der Arbeitgeber die Beweismittel in Sinne von BDSG rechtmäßig oder rechtswidrig, durch Nichteinhaltung der Vorschriften erlangt hat<sup>525</sup>. Eine zulässige Rechtsanwendung des BDSG stellt keine Grundrechtsverletzung nach Art. 2 I GG bei der Verwertung dar<sup>526</sup>. Jedoch ist bei der rechtswidrigen Erlangung das gegenseitige Interesse abzuwägen<sup>527</sup>. Das schutzwürdige Interesse des Arbeitgebers, das sich aus der Abwehr und Verhinderung von Gefahren und Straftaten ergibt<sup>528</sup>, ist gegen das Interesse des Arbeitnehmers an der Grundrechtswahrung abzuwägen<sup>529</sup>. In die gerichtliche Entscheidung fließt sowohl die Intensivität des Eingriffs, die Art, die Dauer und der überwachte Personenkreis mit ein<sup>530</sup>. Zudem muss der Arbeitgeber über das schlichte Beweisinteresse weitere Faktoren aufzeigen, die sein Verwertungsinteresse höher gewichten<sup>531</sup>. Dies ist bspw. bei einer Notwehrlage anzunehmen<sup>532</sup>. Demnach muss der Arbeitgeber mit der rechtswidrigen Überwachung einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff vom Arbeitnehmer abwehren wollen, der unter Verdacht steht eine schwerwiegende Pflichtverletzung

<sup>520</sup> BVerfG, Beschluss vom 09.10.2002 – 1 BvR 1611/96, NJW 2002, 3619 (3623).

<sup>521</sup> BVerfG, Beschluss vom 03.10.1979 – 1 BvR 726/78, NJW 1980, 580 Rn. 1.

<sup>522</sup> BVerfG, Beschluss vom 31.01.1973 – 2 BvR 454/71, NJW 1973, 891, Rn. A.I.2.

<sup>523</sup> *Kreitner*, Küttner Personalbuch 2020, Kontrolle des Arbeitnehmers, Rn. 1-20 (3).

<sup>524</sup> *Eylert*, NZA-Beilage 2015, 100 (105).

<sup>525</sup> *Eylert*, NZA-Beilage 2015, 100 (106).

<sup>526</sup> BAG, Urteil vom 29.06.2017 – 2 AZR 597/16, NZA 2017, 1179, Rn. 22.

<sup>527</sup> *Eylert*, NZA-Beilage 2015, 100 (105).

<sup>528</sup> *Haußmann/Krets*, NZA 2005, 259 (260).

<sup>529</sup> *Fiedler*, Beweisverwertungsverbote im arbeitsgerichtlichen Kündigungsschutzprozess bei rechtswidriger Überwachung des Arbeitnehmers, S. 53.

<sup>530</sup> *Haußmann/Krets*, NZA 2005, 259 (260).

<sup>531</sup> BAG, Urteil vom 21.01.2012 – 2 AZR 153/11, NZA 2012, 1025, Rn. 29.

<sup>532</sup> *Grimm/Schiefer*, RdA 2009, 329 (334).

bzw. Straftat zu begehen<sup>533</sup>. Folglich muss das Interesse des Arbeitgebers bei der Abwägung überwiegen, damit die Verwertung des Beweismittels erfolgen kann<sup>534</sup>. Ein Beweismittel, welches allein durch die Verletzung der Betriebsratsmitbestimmung erlangt wurde, rechtfertigt ebenfalls kein Beweisverwertungsverbot<sup>535</sup>.

b) Folgen keiner Rechtfertigung in den Grundrechtseingriff

Überwiegt das Interesse des Arbeitnehmers an der Wahrung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, ergibt sich daraus ein Sachvortrags- und Beweisverwertungsverbot für den Arbeitgeber<sup>536</sup>. Das Gericht darf demzufolge die angebotenen Beweise nicht berücksichtigen und den Vortrag vom Arbeitgeber nicht zur Grundlage seiner Urteilsfindung machen<sup>537</sup>.

### III. Nachschieben von Kündigungsgründen in den Kündigungsschutzprozess

Gerade bei der Verdachtskündigung können im Verlauf des Kündigungsschutzprozesses<sup>538</sup> nachträgliche Veränderung, wie z.B. neu eintretende und bekannt gewordene Umstände den Verdacht entkräften bzw. verstärken<sup>539</sup>. Fraglich ist, wie diese Veränderung im Kündigungsschutzprozess zu berücksichtigen sind<sup>540</sup>.

#### 1. Maßgeblicher Beurteilungszeitpunkt

Für die Wirksamkeit der Verdachtskündigung wird wie auch bei anderen Kündigungsarten, auf die objektiven Tatsachen im Zeitpunkt des Kündigungszugangs abgestellt<sup>541</sup>. Im Kündigungsschutzprozess sind jedoch nicht nur die vom Arbeitgeber bekannten Umstände zu berücksichtigen, sondern auch diese, die ihm erst nachträglich bekannt geworden sind und Auswirkungen auf den Verdacht haben bzw. einen neuen Kündigungsgrund darstellen<sup>542</sup>. Nachträgliche Umstände finden hingegen nur Berücksichtigung, wenn sie bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung in den Prozess nachgeschoben worden sind<sup>543</sup>.

<sup>533</sup> Grimm/Schiefer, RdA 2009, 329 (334).

<sup>534</sup> Fiedler, Beweisverwertungsverbote im arbeitsgerichtlichen Kündigungsschutzprozess bei rechtswidriger Überwachung des Arbeitnehmers, S. 61.

<sup>535</sup> Altenburg/Leister, NJW 2006, 469 (470).

<sup>536</sup> BAG, Urteil vom 20.10.2016 – 2 AZR 395/15, AP BGB § 626 Nr. 260, Rn. 15.

<sup>537</sup> Fuhlrott, ArbRAktuell 2020, 103 (103).

<sup>538</sup> Eylert, Kramer IT-Arbeitsrecht, B. Individualarbeitsrecht, Rn. 367-422 (416).

<sup>539</sup> Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 294.

<sup>540</sup> Zborowska, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 294.

<sup>541</sup> Urteil vom 10.06.2010 – 2 AZR 542/09, NZA, 2010, 1227, Rn. 52.

<sup>542</sup> Schmidt, Küttner Personalbuch 2020, Verdachtskündigung, Rn. 1-20 (17).

<sup>543</sup> Ittmann, ArbRAktuell 2011, 6 (7).

## 2. Berücksichtigung nachträglicher Umstände im Hinblick auf den Zeitpunkt des Entstehens

Um nachträglich bekannt gewordene Umstände in den Kündigungsschutzprozess nachschieben zu können, müssen diese schon beim Kündigungsausspruch vorgelegen haben<sup>544</sup>. Denn diese sind unabhängig davon, ob der Arbeitgeber Kenntnis hatte oder haben musste im Prozess zu verwerten<sup>545</sup>. Sind Tatsachen jedoch nach dem Kündigungsausspruch entstanden, sind diese grundsätzlich nicht im Prozess zu berücksichtigen<sup>546</sup>. Diese können aber eine neue Kündigungsabsicht für den Arbeitgeber rechtfertigen<sup>547</sup>. Etwas anderes gilt jedoch, wenn die nach Kündigungszugang entstandenen Umstände zu den alten Gründen in einer so engen Beziehung stehen, dass man bei Nichtbeachtung, einen einheitlichen Lebensvorgang zerstören würde<sup>548</sup>. Die Tatsachen, die schon vor Kündigungszugang bestehen, werden berücksichtigt, wenn sie dem Arbeitgeber erst später bekannt geworden sind<sup>549</sup>.

## 3. Unterrichtungspflicht gegenüber dem Betriebsrat

Wie schon in der vorherigen Ausführung (C.II.4.c)) muss der Arbeitgeber dem Betriebsrat alle ihm bekannten Umstände nachvollziehbar darlegen, ansonsten können diese im Kündigungsschutzprozess nicht berücksichtigt werden<sup>550</sup>. Fragend ist, ob Kündigungsgründe, die dem Arbeitgeber erst später bekannt geworden sind, nachgeschoben werden dürfen<sup>551</sup>. Der Arbeitgeber ist gehalten, die ihm bis dahin noch unbekanntes Kündigungsgründe nachzuschieben, wenn er den Betriebsrat vor Einbringung in den Kündigungsschutzprozess zu diesen Umständen erneut anhört<sup>552</sup>, welche in analoger Anwendung des § 102 BetrVG zu erfolgen hat<sup>553</sup>. Gleichwohl ist er verpflichtet darzulegen und zu beweisen, dass er die positive Kenntnis von den Tatsachen erst nach Ausspruch der Kündigung erlangt hat<sup>554</sup>.

<sup>544</sup> BAG, Urteil vom 23.10.2014 – 2 AZR 664/13, NZA 2015, 429 Rn. 21.

<sup>545</sup> *Rachor*, MHdB ArbR, Band 2: Individualarbeitsrecht II, § 124, Rn. 1-108 (99).

<sup>546</sup> BAG, Urteil vom 06.11.2003 – 2 AZR 631/02, NZA 2004, 919 (921).

<sup>547</sup> *Ittmann*, ArbRAktuell 2011, 6 (6).

<sup>548</sup> *Schmidt*, Küttner Personalbuch 2020, Verdachtskündigung, Rn. 1-20 (18).

<sup>549</sup> BAG, Urteil vom 30.01.1963 – 2 AZR 143/62, AP BGB § 626 Nr. 50, Leitsatz.

<sup>550</sup> *Ascheid/Preis/Schmidt Kündigungsrecht/Koch*, BetrVG, § 102, R. 173.

<sup>551</sup> *Ulrich*, MAH ArbR, § 43, Rn. 84-108 (97).

<sup>552</sup> *Ulrich*, MAH ArbR, § 43, Rn. 84-108 (97).

<sup>553</sup> *Rachor*, MHdB ArbR, Band 2: Individualarbeitsrecht II, § 126, Rn. 1-31 (22).

<sup>554</sup> *Ulrich*, MAH ArbR, § 43, Rn. 84-108 (97).

#### 4. Erneute notwendige Anhörung des Arbeitnehmers?

Eine erneute Anhörung des Arbeitnehmers zu dem nachgeschobenen Gründen bedarf es jedenfalls dann nicht<sup>555</sup>, wenn lediglich verdachtsstärkende Tatsachen in den Kündigungsschutzprozess eingeführt werden<sup>556</sup>. Grund hierfür ist, dass der Kündigungsausspruch schon erfolgt ist, also eine erneute Anhörung diesen Entschluss nicht verhindern und der Arbeitnehmer sich im Prozess zu diesen Umständen verteidigen kann<sup>557</sup>.

#### IV. Umdeutung im Verhältnis zur Verdachtskündigung und Tat Kündigung

Sowohl die Tat Kündigung als auch die Verdachtskündigung haben eigenständige Kündigungsgründe und dennoch stehen sie nicht beziehungslos nebeneinander<sup>558</sup>. Fraglich ist, ob im Kündigungsschutzprozess der Arbeitgeber bedenkenlos zwischen beiden Kündigungsgründen wechseln kann<sup>559</sup>.

##### 1. Übergang von Verdachtskündigung zur Tat Kündigung

Wird im Kündigungsschutzprozess das Gericht, bei der auf den Verdacht gestützten Kündigung, durch die Beweisaufnahme von der Tatbegehung überzeugt, bleibt die ausgesprochene Verdachtskündigung materiell-rechtlich wirksam<sup>560</sup>. Die nachgewiesene Pflichtverletzung kann vom Gericht als Kündigungsgrund anerkannt werden<sup>561</sup>. Das Urteil vom Arbeitsgericht wird damit begründet, dass sich der Verdacht in seiner stärksten Form erwiesen hat und das Gericht von der Tatdurchführung versichert ist<sup>562</sup>. Dies gelte auch, wenn der Arbeitgeber im Prozess keine Tat Kündigung nachschiebt<sup>563</sup>. Dieser Wechsel von Verdachts- zur Tat Kündigung im Prozess wird als aufsatteln beschrieben<sup>564</sup>. Eine erneute Beteiligung des Betriebsrats zum Wechsel bedarf es nicht, da die Anhörung zur Verdachtskündigung eine Tat Kündigung miteinschließt<sup>565</sup>. Grund hierfür ist, dass der Betriebsrat bei

<sup>555</sup> Ascheid/Preis/Schmidt Kündigungsschutz/Vossen, BGB, § 626, Rn. 356a.

<sup>556</sup> Rchor, MHD ArbR, Band 2: Individualarbeitsrecht II, § 126, Rn. 1-31 (22).

<sup>557</sup> Eylert, Kramer IT-Arbeitsrecht, B. Individualarbeitsrecht, Rn. 367-422 (416).

<sup>558</sup> Richter, Arbeitsstrafrecht: Strafrechtliche Risiken und Risikomanagement, S. 388, Rn. 174.

<sup>559</sup> Eylert, NZA-RR 2014, 393 (397).

<sup>560</sup> BAG, Urteil vom 06.12.2001 – 2 AZR 496/00, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 36, Rn. II.

<sup>561</sup> BAG, Urteil vom 06.12.2001 – 2 AZR 496/00, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 36, Rn. II.

<sup>562</sup> BAG, Urteil vom 03.07.2003 – 2 AZR 437/02, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 38, Rn. II. 2. e) aa).

<sup>563</sup> BAG, Urteil vom 03.07.2003 – 2 AZR 437/02, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 38, Rn. II. 2. e) aa).

<sup>564</sup> Schulz, ArbRAktuell 2016, 365 (368).

<sup>565</sup> Eylert, Kramer IT-Arbeitsrecht, B. Individualarbeitsrecht, Rn. 367-422 (414).

der Anhörung zum Verdacht einen intensiveren Anlass zum Tätigwerden hat als bei der Tatkündigung<sup>566</sup>.

## 2. Übergang von Tatkündigung zur Verdachtskündigung

Bei einem Umschwenken von der Tatkündigung zur Verdachtskündigung, welches auch als absatteln bezeichnet wird, versagt zumeist schon an der Anhörung des Arbeitnehmers und an der Beteiligung des Betriebsrats<sup>567</sup>. Zudem ist der Verdacht nicht im Tatvorwurf enthalten<sup>568</sup>. Bevor ein Umschwenken erfolgen kann, muss der Arbeitnehmer angehört werden, da dies keine Wirksamkeitsvoraussetzung der Tatkündigung ist, jedoch eine von der Verdachtskündigung darstellt<sup>569</sup>. Desweiteren ist ebenfalls eine erneute Anhörung des Betriebsrats notwendig, denn eine Anhörung zur erwiesenen Pflichtverletzung umfasst nicht die Anhörung zur Verdachtskündigung<sup>570</sup>. Folglich wäre ein Umschwenken zur Verdachtskündigung zwar rechtlich möglich, praktisch jedoch ungeeignet<sup>571</sup>. Deshalb ist hier auf die die Redewendung abzustellen: „Aufsatteln immer, Absatteln nimmer“<sup>572</sup>.

## V. Auswirkung eines Strafverfahrens auf den Kündigungsschutzprozess

Oftmals wird der Kündigungsschutzprozess, wo die Arbeitsvertragsparteien über die Wirksamkeit der Arbeitgeberkündigung streiten, von einem parallel laufenden Strafverfahren begleitet<sup>573</sup>. Fraglich ist jedoch, welche Bedeutung bzw. Auswirkung das Strafverfahren auf den Kündigungsschutzprozess hat<sup>574</sup>.

### 1. Aussetzung des Kündigungsschutzprozesses

Gemäß § 46 II ArbGG i.V.m. § 149 I ZPO kann das Arbeitsgericht den Kündigungsschutzprozess bis zur Beendigung des Strafverfahrens auszusetzen, wenn ein Verdacht einer Straftat besteht und das Strafverfahren einen Einfluss auf die Entscheidung hat<sup>575</sup>. Die

<sup>566</sup> BAG, Urteil vom 03.04.1986 – 2 ARZ 324/85, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 18, Rn. II 1. c) cc).

<sup>567</sup> Schulz, ArbRAktuell 2016, 365 (368).

<sup>568</sup> BAG, Urteil vom 13.09.1995 – 2 AZR 587/94, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 25, Rn. II. 3.

<sup>569</sup> BAG, Urteil vom 20.03.2014 – 2 AZR 1037/12, NZA 2014, 1015, Rn. 23, zit. nach: *Klinkhammer*, 2020, 7 (7).

<sup>570</sup> *Aszmons*, SPA 2019, 45, (47).

<sup>571</sup> *Eylert*, Kramer IT-Arbeitsrecht, B. Individualarbeitsrecht, Rn. 367-422 (415).

<sup>572</sup> *Eylert*, NZA-RR 2014, 393 (398).

<sup>573</sup> *Klinkhammer*, ArbRAktuell 2017, 320 (320).

<sup>574</sup> *Klinkhammer*, ArbRAktuell 2017, 320 (320).

<sup>575</sup> *Wertz*, Die Verdachtskündigung unter Berücksichtigung des „Vertrauenskapitals“, S. 192.

Aussetzung hat allerdings keinen Rechtfertigungsgrund, da der Verdacht sonst unter strafrechtlicher Hinsicht geprüft wird<sup>576</sup>. Grund hierfür ist, dass die strafrechtlichen Gesichtspunkte für das Arbeitsgericht gar nicht notwendig sind, da schon eine nicht strafbare, aber schwerwiegende Verfehlung den Verdacht rechtfertigen kann<sup>577</sup>. Ergänzend zeigt uns die Praxis, dass Strafverfahren meist eingestellt werden und die Aussetzung zu erheblichen wirtschaftlichen Folgen führt, die aufgrund der langen Verzögerung des Prozesses entstehen<sup>578</sup>. Demnach wird die Aussetzung nur Erfolg haben, wenn das Strafverfahren wichtige Erkenntnisse aufzeigen soll und nicht länger als ein Jahr andauert<sup>579</sup>.

## 2. Grundsatz keine Bindung an das Strafverfahren

Die durchgeführten Ermittlungen vom Strafgericht entfalten keine Bindewirkung für das Arbeitsgericht<sup>580</sup>. Vielmehr ist das Arbeitsgericht gemäß § 286 I ZPO gehalten, sich selber einen Überblick über die Untersuchungen von dem Verfahrensinhalt zu machen<sup>581</sup>. Dies gilt selbst dann, wenn das Strafgericht eine rechtskräftige Verurteilung, ein Freispruch oder eine Einstellung ausspricht<sup>582</sup>. Allerdings kann das Strafurteil im Rahmen des Urkundenbeweises nach §§ 415-417 ZPO in den Kündigungsschutzprozess eingeführt werden<sup>583</sup>.

## E. Der Wiedereinstellungsanspruch

Der Wiedereinstellungsanspruch kommt gemäß § 241 II BGB aufgrund der nachvertraglichen Rücksichtnahmepflicht in Betracht, wenn das Arbeitsverhältnis durch eine Verdachtskündigung wirksam gekündigt worden ist und im Nachgang die Unschuld bzw. Umstände bekannt werden, die den Verdacht widerlegen<sup>584</sup>. Der Anspruch diene als Korrektiv, da die Kündigung auf den Zugang der Kündigungserklärung und der Prognoseentscheidung abgestellt<sup>585</sup>. Bei dem Wiedereinstellungsanspruch zur Verdachtskündigung bedarf es einer besonderen Ansicht<sup>586</sup>. Da hier der Kündigungsgrund auf dem schwerwiegenden oder strafbaren Verdacht beruht, muss der Arbeitgeber tolerieren, wenn sich dieser als unberechtigt

<sup>576</sup> BAG, Urteil vom 25.11.2010 – 2 AZR 801/09, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 48, Rn. 17.

<sup>577</sup> Eylert, NZA-RR 2014, 393 (407).

<sup>578</sup> Eylert, Kramer IT-Arbeitsrecht, B. Individualarbeitsrecht, Rn. 367-422 (421).

<sup>579</sup> Korinth, 2013, 385 (386), zit. nach: Eylert, 2014, 393 (407).

<sup>580</sup> BeckOK ArbR/Rolfs, KSchG, § 1, Rn. 202.

<sup>581</sup> Schulz, ArbRAktuell 2016, 365 (367).

<sup>582</sup> Schulz, ArbRAktuell 2016, 365 (367).

<sup>583</sup> Lingemann, ArbRAktuell 2015, 101 (101).

<sup>584</sup> BAG, Urteil vom 20.08.1997 – 2 AZR 620/96, NZA 1009, 1340 (1343), zit. nach: Rachor, 2018, Rn. 30.

<sup>585</sup> BAG, Urteil vom 27.02.1997 – 2 AZR 160/96, NZA 1997, 757 (758) Rn. 4. b).

<sup>586</sup> Raab, RdA 2000, 147 (148).

herausstellt<sup>587</sup>. Demnach wäre es ungerechtfertigt, einen Wiedereinstellungsanspruch zurückzuweisen<sup>588</sup>. Folglich wurde durch die Rechtsprechung ein Wiedereinstellungsanspruch bei der Verdachtskündigung anerkannt<sup>589</sup>.

### **I.** Wirksamkeit der Kündigung trotz nachträglich eintretender verdachtsschwächender Umstände

Kommen nach der rechtskräftigen Verdachtskündigung anschließend Tatsachen ans Licht, die den Verdacht nachträglich abschwächen, finden diese Umstände für die Wirksamkeit der Kündigung keine Anwendung mehr<sup>590</sup>. Demnach wird die Wirksamkeit der Kündigung nicht berührt<sup>591</sup>. Grund hierfür ist, dass der maßgebliche Beurteilungszeitpunkt für die Wirksamkeit der Kündigung, der Zugang der Kündigungserklärung ist<sup>592</sup>. Jedoch wird das Vertrauensverhältnis durch die nachträglichen Umstände wieder geheilt, da der Verdacht als unberechtigt angesehen wird<sup>593</sup>. Demnach ist der Arbeitgeber aufgrund seiner nachvertraglichen Rücksichtnahmepflicht verpflichtet, trotz Wirksamkeit der Kündigung, den Arbeitnehmer wieder zu beschäftigen<sup>594</sup>.

### **II.** Voraussetzung des Wiedereinstellungsanspruchs

Fraglich ist, welche Voraussetzung für den Wiedereinstellungsanspruch zu erfüllen sind<sup>595</sup>.

#### **1.** Positive Prognose

Vorerst muss sich der Verdacht durch nachträgliche Umstände verändert haben und dem Arbeitnehmer zugute kommen<sup>596</sup>. Dies bedeutet, dass der Verdacht nach wirksamer Beendigung des Arbeitsverhältnisses beseitigt bzw. entkräftet werden muss<sup>597</sup> und hierdurch das Vertrauensverhältnis wiederhergestellt wird<sup>598</sup>. Folglich bedarf es bei der positiven

<sup>587</sup> *Ricken*, NZA 1998, 460 (464).

<sup>588</sup> *Ricken*, NZA 1998, 460 (464).

<sup>589</sup> BAG, Urteil vom 20.08.1997- 2 AZR 620/96, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 27, zit. nach: *Meinel/Bauer*, 1999, 575 (575).

<sup>590</sup> *Zborowska*, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 310.

<sup>591</sup> *Raab*, RdA 2000, 147 (148).

<sup>592</sup> Urteil vom 10.06.2010 – 2 AZR 542/09, NZA, 2010, 1227, Rn. 52.

<sup>593</sup> *Hoffmann*, Arbeitsrecht ö. D., S. 158.

<sup>594</sup> *Hoffmann*, Arbeitsrecht ö. D., S. 158.

<sup>595</sup> *Ricken*, NZA 1998, 460 (460).

<sup>596</sup> *Zborowska*, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 319.

<sup>597</sup> *Steinacker*, Der Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers, S. 27.

<sup>598</sup> *Berkowsky*, NZA-RR 2001, 449 (456).

Prognose eine rechtskräftige Auflösung der Arbeitsverhältnisse, wodurch der Kündigungsgrund aufgrund nachträglicher Umstände entfallen ist und die ursprüngliche Prognose sich als unrichtig erweist<sup>599</sup>.

## 2. Zumutbarkeit der Wiedereinstellung für den Arbeitgeber

Die Zumutbarkeit der Wiedereinstellung wird angenommen, wenn der Arbeitgeber, noch keine vorherige Disposition auf den betroffenen Arbeitsplatz veranlasst hat<sup>600</sup>. Durch die nachträgliche Beseitigung der Prognose entsteht beim Arbeitnehmer ein Rehabilitierungsinteresse an den früheren Arbeitsplatz<sup>601</sup>. Dieses Interesse enthält jedoch keine Rechtfertigung den neu besetzten Arbeitsplatz wieder aufzulösen<sup>602</sup>. Demnach ist dem Arbeitgeber eine Wiedereinstellung unzumutbar, wenn er vorher eine gutgläubige Disposition vorgenommen hat<sup>603</sup>. Dieses Ergebnis ist jedoch nicht auf die Verdachtskündigung anwendbar<sup>604</sup>. Da diese Kündigung auf den Verdacht abstellt, besteht keine Gutgläubigkeit, da hier keine Gewissheit darüber besteht, ob nicht doch ein Unschuldiger getroffen wurde<sup>605</sup>. Folglich ist die gutgläubige Disposition bei der Verdachtskündigung nicht anwendbar, es sei denn die Kündigung liegt über einen langwierigen Zeitraum zurück, die eine Unzumutbarkeit nach sich ziehen könnte<sup>606</sup>.

## 3. Keine Beschränkung des Wiedereinstellungsanspruchs

Eine Beschränkung des Wiedereinstellungsanspruchs könnte sich aus einer zeitlichen Grenze ergeben, wonach der Arbeitnehmer seinen Anspruch innerhalb eines bestimmten Zeitraums geltend machen muss<sup>607</sup>. Ein Wiedereinstellungsanspruch kommt gemäß BAG nur in Betracht, wenn die nachträglichen Umstände noch während des Laufs der Kündigungsfrist entstanden sind<sup>608</sup>. Grund hierfür ist, dass mit dem Ablauf der Kündigungsfrist,

<sup>599</sup> *Steinacker*, Der Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers, S. 4.

<sup>600</sup> *Oberhofer*, RdA 2006, 92 (98).

<sup>601</sup> *Zborowska*, Die außerordentliche Verdachtskündigung, S. 323.

<sup>602</sup> KR/Griebeling 2013, Rn. 741, zit. nach: *Zborowska*, 2015, S. 323.

<sup>603</sup> BAG, Urteil vom 27.02.1997 – 2 AZR 160/96, AP KSchG 1969 § 1 Wiedereinstellung Nr. 1, Rn. II. 4. d). dd).

<sup>604</sup> *Steinacker*, Der Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers, S. 249.

<sup>605</sup> *Steinacker*, Der Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers, S. 249.

<sup>606</sup> *vom Stein*, 1991, 85 (92), zit. nach: *Steinacker*, 2017, S. 249.

<sup>607</sup> *Oberhofer*, RdA 2006, 92 (96).

<sup>608</sup> BAG, Urteil vom 06.08.1997 – 7 AZR 557/96, NZA 1998, 254, Rn. II. 1. b).



die Kündigung rechtmäßig abgeschlossen und durch die Vertragsbeendigung keine Verpflichtungen vom Arbeitgeber mehr begründet werden können<sup>609</sup>. Bei der Verdachtskündigung besteht jedoch keine zeitliche Grenze<sup>610</sup>. Dies steht im Zusammenhang zur Praxis, da hier zumeist eine außerordentliche Verdachtskündigung ausgesprochen wird, die keine Kündigungsfrist enthält<sup>611</sup>. Demnach besteht keine zeitliche Beschränkung bei der Verdachtskündigung<sup>612</sup>.

#### 4. Prozessuale Durchsetzung des Wiedereinstellungsanspruchs

Der Arbeitgeber kann vom Wiedereinstellungsverlangen des Arbeitnehmers absehen<sup>613</sup>. Dem ungeachtet hat der Arbeitnehmer die Möglichkeit seinen Anspruch im Gerichtsverfahren geltend zu machen<sup>614</sup>. Hier wird der Arbeitgeber gemäß § 894 ZPO zu der Abgabe einer Willenserklärung verurteilt<sup>615</sup>. Die Willenserklärung beinhaltet den Abschluss des Arbeitsvertrags zu den bisherigen Bedingungen anzunehmen<sup>616</sup>. Sobald das Urteil Rechtskraft erlangt, kommt der Vertrag gemäß § 894 ZPO zustande<sup>617</sup>.

## F. Fazit

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die Verdachtskündigung in der Praxis von wesentlicher Bedeutung ist und gerechtfertigter Weise die Anerkennung von der Rechtsprechung erfährt<sup>618</sup>. Mit dem Institut soll es dem Arbeitgeber ermöglicht werden sich von dem in Verdacht geratenen Arbeitnehmer zu lösen, wenn aufgrund dessen das Vertrauensverhältnis

<sup>609</sup> BAG, Urteil vom 06.08.1997 – 7 AZR 557/96, NZA 1998, 254, Rn. II.

<sup>610</sup> Meinel/Bauer, NZA 1999, 575 (581).

<sup>611</sup> Oberhofer, RdA 2006, 92 (93).

<sup>612</sup> Steinacker, Der Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers, S. 378.

<sup>613</sup> Raab, RdA 2000, 147 (158).

<sup>614</sup> Raab, RdA 2000, 147 (158).

<sup>615</sup> Schulz, ArbRAktuell 2016, 365 (368).

<sup>616</sup> Schulz, ArbRAktuell 2016, 365 (368).

<sup>617</sup> Schulz, ArbRAktuell 2016, 365 (368).

<sup>618</sup> Lembke, RdA 2013, 82 (92).

so stark beansprucht wurde, dass eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zumutbar ist<sup>619</sup>. Zu unterscheiden ist sie von der Tatkündigung, da hier keine sichere Überzeugung von der Tatbegehung vorliegt<sup>620</sup>. Entwickelt wurde das Rechtsinstitut vom Reichsarbeitsgericht<sup>621</sup> und erlangte weiter Anerkennung mit der Gründung des Bundesarbeitsgerichts<sup>622</sup>. Einwände gegen die Verdachtskündigung sind nicht überzeugend<sup>623</sup>. Das Rechtsinstitut der Verdachtskündigung erfährt ebenfalls im Berufsausbildungsverhältnis Zulässigkeit<sup>624</sup>. In der Praxis findet die außerordentliche Verdachtskündigung öfter Anwendung<sup>625</sup>, sie kann aber auch als personenbedingte ordentliche Kündigung ausgesprochen werden<sup>626</sup>. Allerdings sind bei der ordentlichen Verdachtskündigung, dieselben Voraussetzungen, wie bei der Außerordentlichen zu erfüllen<sup>627</sup>. An die Zulässigkeit der Verdachtskündigung sind jedoch hohe Anforderungen zu stellen<sup>628</sup>. Grund hierfür ist, dass die Gefahr einen Unschuldigen zu treffen, entgegengewirkt werden soll<sup>629</sup>. Der Arbeitgeber muss vor Kündigungsausspruch alles im Zumutbaren unternehmen, um den Sachverhalt aufzuklären<sup>630</sup>. Dazu gehört auch die vorherige Arbeitnehmeranhörung, die als Wirksamkeitsvoraussetzung unabdingbar ist<sup>631</sup>. Acht zugeben ist bei rechtswidrig erlangten Beweisen, da diese im Kündigungsschutzprozess einem Beweisverwertungsverbot unterliegen können<sup>632</sup>. Ergeben sich nach rechtskräftiger Verdachtskündigung Umstände, die den Verdacht entkräften, hat der Arbeitnehmer einen Wiedereinstellungsanspruch<sup>633</sup>. Folglich ist festzuhalten, dass obwohl die Verdachtskündigung in der Umsetzung einigen Herausforderungen unterworfen ist, sie dennoch nicht vor dem Aussteht, sondern fortlaufend von der Rechtsprechung weiterentwickelt wird und demnach ihre Zulässigkeit behält<sup>634</sup>.

---

<sup>619</sup> Langner/Witt, DStR 2008, 825 (825).

<sup>620</sup> Lembke, RdA 2013, 82 (85).

<sup>621</sup> Lembke, RdA 2013, 82 (83).

<sup>622</sup> Eylert, NZA-RR 2014, 393 (396).

<sup>623</sup> Wertz, Die Verdachtskündigung unter Berücksichtigung des „Vertrauenskapitals“, S. 258.

<sup>624</sup> Haußmann, ArbRAktuell 2015, 312 (312).

<sup>625</sup> Eylert, NZA-RR 2014, 393 (398).

<sup>626</sup> ErfK ArbR/Niemann, BGB, § 626, Rn. 173.

<sup>627</sup> Westenberg, NZA-RR 2020, 561 (564).

<sup>628</sup> Aszmons, SPA 2019, 45 (47).

<sup>629</sup> Eylert, NZA-RR 2014, 393 (398).

<sup>630</sup> Schulz, ArbRAktuell 2016, 365 (365).

<sup>631</sup> BAG, Urteil vom 20.03.2014 – 2 AZR 1037/12, NZA 2014, 1015, Rn. 23.

<sup>632</sup> Fuhlrott, ArbRAktuell 2020, 103 (103).

<sup>633</sup> Schulz, ArbRAktuell 2016, 365 (367).

<sup>634</sup> Wertz, Die Verdachtskündigung unter Berücksichtigung des „Vertrauenskapitals“, S. 258-259.

## Literaturverzeichnis

- Alfter, Philipp*: Das Beweismaß in der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit, Auswirkung der best practice der document production auf den Beweis, 1. Auflage 2019, Springer Verlag, Wiesbaden.
- Altenburg, Stephan / Leister, Thomas*, Die Verwertbarkeit mitbestimmungswidrig erlangter Beweismittel im Zivilprozess, Heft 8, NJW 2006, 469.
- Aszmons, Mattis*, Regeln der Verdachtskündigung im Spiegel der aktuellen Rechtsprechung, Heft 6, SPA 2019, 45.
- Bader, Peter / Etzel, Gerhard / Fischermeier, Ernst* (Hrsg): KR Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften, 10. Auflage 2013, Luchterhand, München, (zit. KR/*Griebeling*, KSchG), zit. nach: *Zborowska, Katarzyna*: Die außerordentliche Verdachtskündigung, 1. Auflage 2015, Duncker & Humblot Berlin, zugl. Diss. Mainz, 2014.
- Bader, Peter / Etzel, Gerhard / Fischermeier, Ernst* (Hrsg): KR Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften, 10. Auflage 2013, Luchterhand, München, (zit. KR/*Fischermeier*, BGB), zit. nach: *Wertz, Mario*: Die Verdachtskündigung unter Berücksichtigung des Vertrauenskapitals, 1. Auflage 2016, Cuvillier Verlag, Göttingen, zugl. Diss. Trier 2015.
- Becker, Manfred*, Arbeitsrechtliche Konsequenzen und Begleitfolgen eines Strafverfahrens, in: Müller, Eckhart; Schlothaus, Reinhold (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Strafverteidigung, 2. Auflage 2014, C.H.BECK, München, Rn. 50-113.
- Belling, Detlev*, Die Verdachtskündigung, Arbeitsrecht in der Bewährung, in: Heinze, Meinhard; Söller, Alfred (Hrsg.), Festschrift für Otto Kissel zum 65. Geburtstag, Ausgabe 1994, C.H.BECK, München, S. 11-50, zit. nach: *Eylert, Mario*, Die Verdachtskündigung, Heft 8, NZA-RR 2014, S. 393.
- Belling, Detlev*, Die Kündigung wegen des verdachtsbedingten Vertrauenswegfalls, RdA 1996, 223, zit. nach: *Zborowska, Katarzyna*: Die außerordentliche Verdachtskündigung, 1. Auflage 2015, Duncker & Humblot Berlin, zugl. Diss. Mainz, 2014.

## XXIX

*Benecke, Martina*, Das Kündigungsschutzrecht im deutschen Arbeitsrecht – Grundsätze und aktuelle Probleme, in: Jayme, Eric; Mansel, Heinz-Peter; Pfeiffer, Thomas; Stürner, Michael (Hrsg.), Jahrbuch für italienisches Recht, Band 27, 2015, C.F. Müller, Heidelberg S. 3-20.

*Berkowsky, Wilfried*, Die personalbedingte Kündigung – Teil 2, Heft 9, NZA-RR 2001, 449.

*Beukelmann, Stephan*, Die Unschuldsvermutung, Heft 22, NJW-Spezial 2016, 696.

*Bredemeier, Jörg*, Außerordentliche Verdachtskündigung – aktuelle Übersicht der Rechtsprechung, Heft 2, öAT 2014, 29.

*Brink, Stefan / Wolff, Heinrich* (Hrsg.): BeckOK Datenschutzrecht, 34. Edition 01.11.2020, C.H.BECK, München (zit. BeckOK Datenschutzrecht/ *Riesenhuber*, BDSG).

*Busch, Mathias*, Der folgenschwere Verdacht, Heft 3, WiVerw 2005, 154, zit. nach *Zborowska, Katarzyna*: Die außerordentliche Verdachtskündigung, 1. Auflage 2015, Duncker & Humblot Berlin, zugl. Diss. Mainz, 2014.

*Buse, Sandra*: Die Unkündbarkeit im Arbeitsrecht: neue Akzente durch das AGG, 1. Auflage 2009, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main, zugl. Diss. Bremen 2008, zit. nach: *Hille, Sven*: Die Kündigung bei häufigen Kurzerkrankungen: Eine kritische Auseinandersetzung mit aktuellen Problemen, 1. Auflage 2018, Tectum Verlag, Baden-Baden, zugl. Diss. Marburg, 2017.

*Byers, Philipp*: Die Videoüberwachung am Arbeitsplatz unter besonderer Berücksichtigung des neuen § 32 BDSG, Band 5132 von Europäischen Hochschulschriften Reihe II Rechtswissenschaft, Peter Lang Verlag 2010, zugl. Diss. Jena, 2010.

*Byers, Philipp*: Die Videoüberwachung am Arbeitsplatz unter besonderer Berücksichtigung des neuen § 32 BDSG, Band 5132 von Europäischen Hochschulschriften Reihe II Rechtswissenschaft, Peter Lang Verlag 2010, zugl. Diss. Jena, 2010 zit. nach: *Fiedler, Julia*: Beweisverwertungsverbote im arbeitsgerichtlichen Kündigungsschutzprozess bei rechtswidriger Überwachung des Arbeitnehmers, 1. Auflage 2019, Sierke Verlag, Göttingen, zugl. Diss. Hamburg, 2018.

*Byers, Philipp*, Videoüberwachung im Arbeitsverhältnis, Heft 3, SPA 2017, 21.

*Dornberger, Lisa*: Schutzmöglichkeiten gegen die Behinderung von Betriebsratswahlen seitens des Arbeitgebers, 1. Auflage 2018, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, zugl. Diss., Göttingen, 2017.

*Dörner, Klemens*, Abschied von der Verdachtskündigung, Heft 19, NZA 1993, 873.

*Drucksache 17/649*: Gesetzesentwurf der Fraktionen DIE LINKE. Entwurf eines Gesetzes zum Verbot der Verdachtskündigung und der Erweiterung der Kündigungsvoraussetzung bei Bagatelldelikten. Deutscher Bundestag, 17. Wahlperiode (09.02.2010).

*Dzida, Boris*, Die Einladung zur Anhörung vor Ausspruch einer Verdachtskündigung, Heft 8, NZA 2013, 412.

*Dzida, Boris*, Tat- und Verdachtskündigung bei komplexen Sachverhalten, Heft 15, NZA 2014, 809.

*Eckert, Michael*, (Vermeintliche) Bagatell-Delikte als Kündigungsgrund?, Heft 1, BC 2010, 26.

*Eisemann, Hans*, Kündigung, betriebsbedingt, A. Arbeitsrecht, in: Röller, Jürgen (Hrsg.), Küttner Personalbuch 2020, 27. Auflage 2020, C.H.BECK, München, Rn. 1-67.

*Enderlein, Wolfgang*, Das erschütterte Arbeitgebertvertrauen im Recht der verhaltensbedingten Tat- und Verdachtskündigung, Heft 6, RdA 2000, 325.

*Eylert, Mario*, Die Verdachtskündigung, Heft 8, NZA-RR 2014, S. 393.

*Eylert, Mario*, Kündigung nach heimlicher Arbeitnehmerüberwachung, Heft 3, NZA-Beilage 2015, 100.

*Eylert, Mario*, Vorgehen bei IT-Tat- und Verdachtskündigung, in: Kramer, Stefan (Hrsg.), IT-Arbeitsrecht Digitalisierte Unternehmen: Herausforderung und Lösungen, 2. Auflage 2019, C.H.BECK, München, S. 367-422.

*Eylert, Mario / Friedrichs, Anne*, Die Anhörung des Arbeitnehmers zur Verdachtskündigung, DB 2007, 2203, zit. nach: *Eylert, Mario*, Die Verdachtskündigung, Heft 8, NZA-RR 2014, S. 393.

- Fiedler, Julia*: Beweisverwertungsverbote im arbeitsgerichtlichen Kündigungsschutzprozess bei rechtswidriger Überwachung des Arbeitnehmers, 1. Auflage 2019, Sierke Verlag, Göttingen, zugl. Diss. Hamburg, 2018.
- Fuhlrott, Michael*, Voraussetzung von Verdachtskündigung (Teil 1), Heft 22, ArbRAktuell 2012, 553.
- Fuhlrott, Michael*, Arbeitnehmerdatenschutz – Aktuelle Entwicklung, Heft 5, ArbRAktuell 2020, 103.
- Gaul, Björn / Schmidt-Lauber, Stefan*, Die ordnungsgemäße Anhörung vor der Verdachtskündigung – Wirksamkeitsvoraussetzung von der Einladung bis hin zur Protokollierung, ArbRB 2012, 18, zit. nach: *Wertz, Mario*: Die Verdachtskündigung unter Berücksichtigung des Vertrauenskapitals, 1. Auflage 2016, Cuvillier Verlag, Göttingen, zugl. Diss. Trier 2015.
- Grabitz, Eberhard*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR, 1998, 580, zit. nach: *Dörner, Klemens*, Abschied von der Verdachtskündigung, Heft 19, NZA 1993, 873.
- Grimm, Detlef / Schiefer Jennifer*, Videoüberwachung am Arbeitsplatz, Heft 6, RdA 2009, 329.
- Groh, Gunnar*, Zeuge, in: Weber, Klaus, Creifelds Rechtswörterbuch, 25. Edition 2020, C.H.BECK München, o. S.
- Grunsky, Wolfgang*, Die Verdachtskündigung, ZfA 1977, S. 167.
- Günther, Jens / Böglmüller Matthias*, COVID-19-Pandemie und Home-Office, Heft 8, ArbRAktuell 2020, 186.
- Hamacher, Anno*, Neues zur ordentlichen Verdachtskündigung, Heft 7, SPA 2014, 49.
- Haußmann, Katrin*, Kündigung eines Berufsausbildungsverhältnisses bei dringendem Verdacht einer schweren Pflichtverletzung, Heft 13, ArbRAktuell 2015, 312.

*Haußmann, Katrin/ Krets, Jerome*, EDV-Betriebsvereinbarung im Praxistest, Heft 5, NZA 2005, 259.

*Heintschel-Heinegg, Bernd* (Hrsg.): BeckOK StGB, 48 Edition 2020, C.H. BECK, München (zit. BeckOK StGB/Beukelmann, StGB).

*Herzog, Roman / Herdegen, Matthias / Scholz, Rupert / Klein, Hans* (Hrsg.): Maunz/Düring Grundgesetz Kommentar, Band 1, 91. Lieferung 2020, C.H.BECK, München (zit.: Maunz/Düring GG/Scholz, GG, Art. 12).

*Hoefs, Christian*: Die Verdachtskündigung, 1. Auflage 2001, Duncker & Humblot, Berlin, zugl. Diss. Göttingen, 2001.

*Hoefs, Christian*: Die Verdachtskündigung, 1. Auflage 2001, Duncker & Humblot, Berlin, zugl. Diss. Göttingen, 2001, zit. nach: *Wertz, Mario*: Die Verdachtskündigung unter Berücksichtigung des Vertrauenskapitals, 1. Auflage 2016, Cuvillier Verlag, Göttingen, zugl. Diss. Trier 2015.

*Hoffmann, Boris*: Arbeitsrecht im öffentlichen Dienst: Individual- und Kollektivarbeitsrecht mit Übungsfällen und Praxistipps, 2. Auflage 2018, Rehm Verlag, Heidelberg.

*Howald, Bert*, Meinungsfreiheit im Arbeitsverhältnis, Heft 8, ArbRAktuell 2013, 195.

*Hromadka, Wolfgang / Maschmann Frank*: Arbeitsrecht Band 2: Kollektivarbeitsrecht + Arbeitsstreitigkeiten, 8. Auflage 2020, Springer Verlag, Berlin.

*Huber, Hans-Peter / Uzuner, Gülsemin*, Der Verdacht im Straf- und Arbeitsrecht, Heft 3, NZWiSt 2016, 94.

*Hunold, Wolf*, Anhörung des Mitarbeiters vor Ausspruch einer Verdachtskündigung, Heft 8, NZA-RR 2012, 399.

*Ittmann, Benjamin*, Das Nachschieben von Gründen im Kündigungsschutzprozess, Heft 1, ArbRAktuell 2011, 6.

*Joecks, Wolfgang / Miebach, Klaus* (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 3. Auflage 2017, C.H.BECK, München, (zit. MüKo StGB/Graf, StGB, § 202a).

### XXXIII

- Klinkhammer, Patrick*, Kündigungen im Zusammenhang mit strafbarem Verhalten des Arbeitnehmers, Heft 14, ArbRAktuell 2017, 320.
- Klinkhammer, Patrick*, Anhörung des Arbeitnehmers vor Ausspruch von Verdachtskündigung, Heft 1, ArbRAktuell 2020, 7.
- Koch, Ulrich*, Abmahnung, in: Koch, Ulrich, Arbeitsrecht von A-Z, 24. Auflage 2020, dtv Verlag, München, o. S.
- Koch, Ulrich*, Anhörung des Betriebsrats vor dem Kündigungsausspruch, in: Koch, Ulrich, Arbeitsrecht von A-Z, 24. Auflage 2020, dtv Verlag, München, o. S.
- Koch, Ulrich*, Verdachtskündigung, in: Koch, Ulrich, Arbeitsrecht von A-Z, 24. Auflage 2020, dtv Verlag, München, o. S.
- Kolb, Meinulf*, Personalmanagement: Grundlagen – Konzepte – Praxis, 1. Auflage 2008, Gabler GWV Fachverlag, Wiesbaden.
- Korinth, Michael*, Die Aussetzung des arbeitsgerichtlichen Verfahrens, Typische Fallkonstellationen, Voraussetzung und Risiken, Heft 12, ArbRB 2013, 385, zit. nach: *Eylert, Mario*, Die Verdachtskündigung, Heft 8, NZA-RR 2014, S. 393.
- Kreitner, Jochen*, Kontrolle des Arbeitnehmers, A. Arbeitsrecht, in: Röller, Jürgen (Hrsg.), Küttner Personalbuch 2020, 27. Auflage 2020, C.H.BECK, München, Rn. 1-20.
- Krüger, Wolfgang / Rauscher, Thomas* (Hrsg.): Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 1, 6. Auflage 2020, C.H.BECK, München, (zit. MüKo ZPO/Prütting, ZPO).
- Langner, Sören / Witt, Boris*, Aktuelles zur Verdachtskündigung, Heft 17, DStR 2008, 825.
- Lembke, Mark*, Die Verdachtskündigung in Rechtsprechung und Praxis, Heft 2, RdA 2013, 82.
- Lerch, Sascha*, Verdachtskündigung wegen sexueller Belästigung, Heft 4, ArbRAktuell 2011, 100.



## XXXIV

- Linck, Rüdiger*, § 124 Unterrichtung der Arbeitnehmervertretung, in: Schaub, Günter, Arbeits-Handbuch, 18. Auflage 2019, C.H.BECK, München, Rn. 1-71.
- Linck, Rüdiger / Preis, Ulrich / Schmidt, Ingrid* (Hrsg.), Kündigungsrecht, 6. Auflage 2021, C.H.BECK, München, (zit. Ascheid/Preis/Schmidt Kündigungsrecht/*Koch*, BetrVG).
- Linck, Rüdiger / Preis, Ulrich / Schmidt, Ingrid* (Hrsg.), Kündigungsrecht, 6. Auflage 2021, C.H.BECK, München, (zit. Ascheid/Preis/Schmidt Kündigungsrecht/*Preis*, H. Prinzipien zur Ausfüllung der Kündigungsgründe).
- Linck, Rüdiger / Preis, Ulrich / Schmidt, Ingrid* (Hrsg.), Kündigungsrecht, 6. Auflage 2021, C.H.BECK, München, (zit. Ascheid/Preis/Schmidt/ Kündigungsrecht/*Vossen*, BGB).
- Linck, Rüdiger / Preis, Ulrich / Schmidt, Ingrid* (Hrsg.), Kündigungsrecht, 6. Auflage 2021, C.H.BECK, München, (zit. Ascheid/Preis/Schmidt Kündigungsrecht/*Vossen*, KSchG).
- Lingemann, Stefan*, Strafurteil kann Beweismittel im Kündigungsschutzverfahren sein, ArbRAktuell Heft 4, 2015, 101.
- Lingemann, Stefan*, BAG: Eine Verdachtskündigung ist stets eine personenbedingte Kündigung, Ausgabe 26, FD-ArbR 2019, 418287.
- Lingemann, Stefan / Steinhauser, Rut*, Fallen beim Ausspruch von Kündigungen – Betriebsratsanhörung, Heft 13, NJW 2017, 937.
- Lücke, Oliver*, Unter Verdacht: Die Verdachtskündigung, BB 1997, 1842, zit. nach: *Lunk, Stefan*, Die Verdachtskündigung: Eine Rechtsfigur vor dem Aus? – Zugleich eine Übersicht über die aktuelle Rechtsprechung, Heft 38, NJW 2010, 2753.
- Lücke, Oliver*, Unter Verdacht: Die Verdachtskündigung, BB 1997, 1842, zit. nach: Säcker, Franz / Rixecker, Roland / Oetker, Hartmut / Limperg, Bettina (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Auflage 2020, C.H.BECK, München, (zit. MüKo BGB/*Hergenröder*, KSchG).
- Lunk, Stefan*, Die Verdachtskündigung: Eine Rechtsfigur vor dem Aus? – Zugleich eine Übersicht über die aktuelle Rechtsprechung, Heft 38, NJW 2010, 2753.

- Lützeler, Martin / Müller-Sartori, Patrick*, Die Befragung des Arbeitnehmers – Auskunftspflicht oder Zeugnisverweigerungsrecht?, Heft 1, CCZ 2011, 19.
- Maschmann, Frank*, Führung und Mitarbeiterkontrolle nach neuem Datenschutzrecht, Heft 4, NZA-Beilage 2018, 115.
- Meinel, Gernod / Bauer, Thorsten*, Der Wiedereinstellungsanspruch, Heft 11, NZA 1999, 575.
- Mennemeyer, Siegfried / Dreytmüller, Dagmar*, Verzögerung der Arbeitnehmeranhörung bei der Verdachtskündigung, Heft 7, NZA 2005, 382.
- Merten, Frank*, BAG: Nachschieben von Kündigungsgründen bei einer Verdachtskündigung, Ausgabe 46, FD-ArbR 2013, 352227.
- Müller-Glöge, Rudi / Preis, Ulrich / Schmidt, Ingrid* (Hrsg.): Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 21. Auflage 2021, C.H.BECK, München, (zit. ErfK/*Niemann*, BGB, § 626).
- Müller-Glöge, Rudi / Preis, Ulrich / Schmidt, Ingrid* (Hrsg.): Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 21. Auflage 2021, C.H.BECK, München, (zit. ErfK/*Schmidt*, GG).
- Naber, Sebastian / Schulte, Willem*, § 626 II BGB: Fristwahrende Ermittlung bei Pflichtkollision, Heft 23, NZA 2019, 1626.
- Naujok, Volker*, Das Spannungsverhältnis zwischen Verdachtskündigung und Unschuldsvermutung, AuR 1998, 398, zit. nach: *Wertz, Mario*: Die Verdachtskündigung unter Berücksichtigung des Vertrauenskapitals, 1. Auflage 2016, Cuvillier Verlag, Göttingen, zugl. Diss. Trier 2015.
- Naujok, Volker*, Das Spannungsverhältnis zwischen Verdachtskündigung und Unschuldsvermutung, AuR 1998, 398, zit. nach: *Rolfs, Christian / Giesen, Richard / Kreikebohm, Ralf / Udsching, Peter* (Hrsg.): BeckOK Arbeitsrecht, 57. Edition, 01.09.2020, C.H.BECK, München (zit.: BeckOK ArbR/*Rolfs*, KSchG).
- Oberhofer, Hermann*, Der Wiedereinstellungsanspruch, Heft 2, RdA 2006, 92.

- Otto Alexander*: Der Wegfall des Vertrauens in den Arbeitnehmer als wichtiger Grund zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses, 1. Auflage 2000, Duncker & Humbolt Verlag Berlin, zugl. Diss. Potsdam, 2000, zit. nach: *Wertz, Mario*: Die Verdachtskündigung unter Berücksichtigung des Vertrauenskapitals, 1. Auflage 2016, Cuvillier Verlag, Göttingen, zugl. Diss. Trier 2015.
- Pawlak, Klaus / Geißler, Michael*, Die Verdachtskündigung im öffentlichen Dienst, Heft 6, öAT 2011, 129.
- Petersen, Thieß*, Vertrauen – (k)eine ökonomische Kategorie, Heft 11, WiSt 2011, 585.
- Preis, Ulrich*, Neuere Tendenzen im arbeitsrechtlichen Kündigungsschutz, DB 1988, 1488, zit. nach: Linck, Rüdiger / Preis, Ulrich / Schmidt, Ingrid (Hrsg.), Kündigungsrecht, 6. Auflage 2021, C.H.BECK, München, (zit. Ascheid/Preis/Schmidt/Vossen, KSchG).
- Raab, Thomas*, Der Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers bei Wegfall des Kündigungsgrundes, Heft 3, RdA 2000, 147.
- Rachor, Stefanie*, § 124 Wichtiger Grund § 626 Abs. 1 BGB, in: Kiel, Heinrich; Lunk, Stefan; Oetker, Hartmut (Hrsg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2: Individualarbeitsrecht II, 4. Auflage 2018, C.H.BECK, München, Rn. 1-108.
- Rachor, Stefanie*, § 126 Verdachtskündigung, in: Kiel, Heinrich; Lunk, Stefan; Oetker, Hartmut (Hrsg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2: Individualarbeitsrecht II, 4. Auflage 2018, C.H.BECK, München, Rn. 1-31.
- Rachor, Stefanie*, § 130 Kündigungsschutzklage, in: Kiel, Heinrich; Lunk, Stefan; Oetker, Hartmut (Hrsg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2: Individualarbeitsrecht II, 4. Auflage 2018, C.H.BECK, München, Rn. 1-142.
- Reinartz, Oliver*, § 44 Außerordentliche Kündigung, in: Moll, Wilhelm, Münchner Anwalts-handbuch Arbeitsrecht, 4. Auflage 2017, C.H.BECK, München, Rn. 1-202.
- Richardi, Reinhard* (Hrsg.): Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, 16. Auflage 2018, C.H.BECK, (zit.: Richardi BetrVG/Richardi/Maschmann, BetrVG).

## XXXVII

*Richers, Dominik*: Rechtslast: Lastregeln als Mittel der Überwindung von Zweifel in der Rechtsanwendung, 1. Auflage De Gruyter Verlag, Berlin/Boston 2017.

*Richter, Marcus*, (Zivil-und) Arbeitsrechtliche Konsequenzen, in: Gercke, Björn; Kraft Oliver; Richter, Marcus (Hrsg.), Arbeitsstrafrecht Strafrechtliche Risiken und Risikomanagement, 2. Auflage 2015, C.F. Müller, Wiesbaden, S. 372 – 401.

*Ricken, Oliver*, Grundlagen und Grenzen des Wiedereinstellungsanspruches, Heft 9, NZA 1998, 460.

*Rolfs, Christian / Giesen, Richard / Kreikebohm, Ralf / Udsching, Peter* (Hrsg.): BeckOK Arbeitsrecht, 57. Edition, 01.09.2020, C.H.BECK, München (zit.: BeckOK ArbR/Hesse, BGB).

*Rolfs, Christian / Giesen, Richard / Kreikebohm, Ralf / Udsching, Peter* (Hrsg.): BeckOK Arbeitsrecht, 57. Edition, 01.09.2020, C.H.BECK, München (zit.: BeckOK ArbR/Rolfs, KSchG).

*Rolfs, Christian / Giesen, Richard / Kreikebohm, Ralf / Udsching, Peter* (Hrsg.): BeckOK Arbeitsrecht, 57. Edition, 01.09.2020, C.H.BECK, München (zit.: BeckOK ArbR/Stoffels, BGB).

*Rudkowski, Lena*, Die Aufklärung von Compliance-Verstößen durch Interviews, Heft 11, NZA 2011, 612.

*Säcker, Jürgen / Rixecker, Roland / Oetker, Hartmut / Limperg, Bettina* (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Auflage 2020, C.H.BECK, München, (zit. MüKo BGB/Henssler, BGB).

*Säcker, Jürgen / Rixecker, Roland / Oetker, Hartmut / Limperg, Bettina* (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Auflage 2020, C.H.BECK, München, (zit. MüKo BGB/Hergenröder, KSchG).

*Schilcher, Christian / Schmiede, Rudi / Will-Zocholl, Mascha / Ziegler, Marc*, Vertrauen und Kooperation in einer sich wandelnden Arbeitswelt – eine Einführung, in: Schilcher, Christian; Will-Zocholl, Mascha; Ziegler, Marc (Hrsg.), Vertrauen und Kooperation in der Arbeitswelt, 1. Auflage 2012, Springer VS, Wiesbaden, S. 11-22.

## XXXVIII

- Schilken, Eberhard*, Zivilprozessrecht, 7. Auflage, Vahlen Verlag, München, 2014.
- Schmidt, Kristina*, Abmahnung A. Arbeitsrecht, in: Röller, Jürgen (Hrsg.), Küttner Personalbuch 2020, 27. Auflage 2020, C.H.BECK, München, Rn. 1-46.
- Schmidt, Kristina*, Verdachtskündigung A. Arbeitsrecht, in: Röller, Jürgen (Hrsg.), Küttner Personalbuch 2020, 27. Auflage 2020, C.H.BECK, München, Rn. 1-20.
- Schrader, Peter*, Abmahnung und „Vertrauenkapital“, Heft 6, NJW 2012, 342.
- Schrader, Peter / Mahler, Maike*: Interne Ermittlungen des Arbeitgebers und Auskunftsgrenzen des Arbeitnehmers, Heft 2, NZA-RR 2016, 57.
- Schrader, Peter / Straube, Gunnar*, Dürfen „Alte“ klauen? – Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung bei Vermögensdelikten, Heft 1, ArbRAktuell 2009, 7.
- Schrader, Peter / Thoms, Tina / Mahler, Maike*, Auskunft durch den Arbeitnehmer: Was darf er? Was muss er?, Heft 15, NZA 2018, 965.
- Schrader, Peter / Thoms, Tina / Möller, Christian*, Ein Plädoyer für die ordentliche Verdachtskündigung, Heft 13, ArbRAktuell 2014, 310.
- Schulz, Georg*, Verflixte Verdachtskündigung, Heft 15, ArbRAktuell 2016, 365.
- Schütte, Reinhard*, Die Verdachtskündigung, Heft 2, NZA-Beilage 1991, 17, zit. nach: *Eyler, Mario*, Die Verdachtskündigung, Heft 8, NZA-RR 2014, S. 393.
- Schweer, Martin / Thies, Barbara*, Vertrauen als Organisationsprinzip: Perspektiven für komplexe soziale Systeme, 1. Auflage 2003, Huber Verlag, Mannheim, zit. nach: *Huth, Alexandra*, Handlungsstabilisierung im Unternehmen: Vertrauen Versus Misstrauen als Verkürzung der Realität, 1. Auflage 2017, Springer VS, Wiesbaden.
- Seifert, Matthias / Pawlowski, Peter*, Innerbetriebliches Vertrauen als Verbreitungsgrenze atypischer Beschäftigungsformen, Heft 3, MittAB 1998, 598.

## XXXIX

- Spielberger, Marc / Kaiser, Anna*, Besteht ein Anspruch des Arbeitnehmers auf Hinzuziehung eines Rechtsbeistands bei der Anhörung zu einer Verdachtskündigung?, Heft 2, SPA 2014, 12.
- Steinacker, Ursula*: Der Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers: Die adäquate Lösung des Konflikts zwischen Rechtssicherheit und materieller Gerechtigkeit, 1. Auflage 2017, Nomos Verlag, Baden-Baden, zugl. Diss. Bremen, 2012.
- Stoffels, Markus*, Die „Emmely“-Entscheidung des BAG – Bloß eine Klarstellung von Missverständnissen?, Heft 3, NJW 2011, 118.
- Stötzer, Sandra*: Stakeholder Performance Reporting von Nonprofit-Organisationen: Grundlageden und Empfehlung für die Leistungsberichterstattung als stakeholderorientiertes Steuerungs- und Rechenschaftsinstrument, 1. Auflage 2009, Gabler Verlag, Wiesbaden, zugl. Diss. Linz, 2009.
- Straube Gunnar*, Arbeitsrechtliche Verfolgung, in: Straube, Gunnar; Rasche, Jennifer (Hrsg.) Arbeitsrechtliche Korruptionsbekämpfung: Prävention und Verfolgung bei Vorteilsnahme, 1. Auflage 2017, C.H.BECK, München, Rn. 329-379.
- Stück, Volker*, Überwachung und Kontrolle von Arbeitnehmern nach neuer Rechtsprechung – Empfehlungen für Arbeitgeber im Brennpunkt von Compliance, Datenschutz und Arbeitsrecht, Heft 2, CCZ 2018, 88.
- Thüsing, Gregor / Rombey, Sebastian*, Der verdeckte Einsatz von Privatdetektiven zur Kontrolle von Beschäftigten nach dem neuen Datenschutzrecht, Heft 17, NZA 2018, 1105.
- Tiedemann, Jens*, Vertrauenskapital langjähriger Beschäftigter – Interessenabwägung bei fristloser Kündigung wegen Bagatelldelikten nach „Emmely“, ArbRB 2011, 93, zit. nach *Wertz, Mario*: Die Verdachtskündigung unter Berücksichtigung des Vertrauenskapitals, 1. Auflage 2016, Cuvillier Verlag, Göttingen, zugl. Diss. Trier 2015.
- Tiedemann, Jens*, Prozessuale Verwertbarkeit von Kontrollergebnissen, in: Kramer, Stefan (Hrsg.), IT-Arbeitsrecht Digitalisierte Unternehmen: Herausforderung und Lösungen, 2. Auflage 2019, C.H.BECK, München, Rn. 540-583.

*Toma, Josef / Reiter, Heiko*, Präklusion von Entlastungstatsachen?, Heft 8, NZA 2015, 460.

*Tsalikis, Jannis / Stock, Eva*, HR True Story: Die heimlichen Herausforderungen und Katastrophen der Personalarbeit und wie man sie meistert, 1. Auflage 2019, Springer Gabler, Wiesbaden.

*Ulrich, Christoph*, § 43 Ordentliche Kündigung, in: Moll, Wilhelm, Münchner Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 4. Auflage 2017, C.H.BECK, München, Rn. 299-445.

*Urban, Nele*, Rechtliche Aspekte von Personalgesprächen, Heft 4, ArbRAktuell 2011, 87.

*v. Hoyningen-Huene, Gerrick / Krause, Rüdiger / Linck, Rüdiger* (Hrsg.), Kündigungsschutzgesetz, 15. Auflage 2013, C.H.BECK, München, (vHH/L/Krause, KSchG).

*Vom Stein, Jürgen*, Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers bei Fehlprognose des Arbeitgebers?, RdA 1991, 85, zit. nach: *Steinacker, Ursula*: Der Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers: Die adäquate Lösung des Konflikts zwischen Rechtssicherheit und materieller Gerechtigkeit, 1. Auflage 2017, Nomos Verlag, Baden-Baden, zugl. Diss. Bremen, 2012.

*Voßberg, Veit*, BAG: Frist zur Anhörung des Arbeitnehmers vor Kündigungsausspruch, Heft 21, SPA 2019, 162.

*Vossen, Reinhard*, Wahrung der Dreiwochenfrist des § 4 Satz 1 KSchG für Folgekündigung allein durch bereits anhängige Kündigungsschutzklage?, Heft 4, RdA 2015, 291.

*Werner, Olaf*, Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel, Heft 16, NJW 1988, 993.

*Wertz, Mario*: Die Verdachtskündigung unter Berücksichtigung des Vertrauenskapitals, 1. Auflage 2016, Cuvillier Verlag, Göttingen, zugl. Diss. Trier 2015.

*Westenberg, Michael*, Die ordentliche Kündigung im Spiegel der Rechtsprechung, Heft 11, NZA-RR 2020, 561.

*Zborowska, Katarzyna*: Die außerordentliche Verdachtskündigung, 1. Auflage 2015, Duncker & Humblot Berlin, zugl. Diss. Mainz, 2014.

*Zimmermann, Ralf*, § 114 Soziale Rechtfertigung der verhaltensbedingten Kündigung, in:  
Kiel, Heinrich; Lunk, Stefan; Oetker, Hartmut (Hrsg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2: Individualarbeitsrecht II, 4. Auflage 2018, C.H.BECK, München.



# Praxisorientierter Arbeitgeberleitfaden zur rechtssicheren Einführung von Homeoffice im Arbeitsverhältnis

Bachelorarbeit

an der

FH Aachen

Fachbereich Wirtschaftswissenschaften

Wirtschaftsrecht (LL.B.)

Erstprüfer: bzw. Erstprüferin: Prof. Dr. iur. Klaus Olbertz

Abgabedatum: 05.01.2021

vorgelegt von

Gina Breuer

aus Alsdorf

## II

### Abstract

Das Arbeiten von Zuhause hat durch die Corona-Pandemie stark zugenommen. Viele Arbeitgeber folgen den Forderungen aus der Politik und ermöglichen ihren Arbeitnehmern kurzfristig zum Schutz ihrer Gesundheit das Arbeiten im Homeoffice. Die Erprobung dieses Arbeitsmodells kann u.U. dazu führen, dass Arbeitgeber auch über die Krise hinaus das Arbeiten im Homeoffice ihren Arbeitnehmern ermöglichen wollen.

Die vorliegende Bachelorarbeit soll deshalb insbesondere Arbeitgebern aufzeigen, was rechtlich bei der Einführung von Homeoffice zu beachten ist. Sie soll als Arbeitgeber-Leitfaden dienen, der die Regelungsgegenstände einer individualrechtlichen Homeoffice-Vereinbarung thematisiert und Arbeitgebern Empfehlungen zur Vermeidung späterer Rechtsstreitigkeiten nahelegt. Schließlich enthält die Bachelorarbeit beispielhafte Formulierungen, die als Muster für eine Homeoffice-Vereinbarung genutzt werden können.

Um die Frage, wie Homeoffice rechtssicher eingeführt werden kann, beantworten zu können, ist eine Literaturrecherche durchgeführt worden. Hierzu ist im Besonderen auf juristische Datenbanken zurückgegriffen worden, die eine Vielzahl an Urteilen und Zeitschriftenartikeln zum genannten Thema enthalten.

Die Literaturrecherche hat ergeben, dass für die Einführung von Homeoffice grundsätzlich nur eine einvernehmliche Lösung in Form einer individualrechtlichen Homeoffice-Vereinbarung in Betracht kommt. Diese impliziert einige rechtliche Besonderheiten, die zum Teil hochrichterlich noch nicht entschieden wurden. Der durch den Bundesarbeitsminister geplante gesetzliche Anspruch auf Homeoffice könnte bestehende Unsicherheiten beseitigen und die Rechtssicherheit für Arbeitgeber und Arbeitnehmer fördern.

### III

## Inhaltsverzeichnis

### Inhalt

Abstract.....	II
Inhaltsverzeichnis .....	III
Abkürzungsverzeichnis .....	V
Abbildungsverzeichnis .....	VI
A. Gesellschaftliche Relevanz .....	1
I. Homeoffice in der Arbeitswelt 4.0 .....	1
II. Der Fachkräftemangel.....	1
III. Neue Anforderungen der Generation Y und Z .....	2
IV. Die Corona-Pandemie bringt Aufschwung .....	2
V. Welche Tätigkeiten eignen sich für das Arbeiten im Homeoffice?.....	3
B. Homeoffice in Abgrenzung zu anderen Arbeitsmodellen .....	4
I. Arbeiten im Homeoffice bzw. Telearbeit .....	4
II. Mobiles Arbeiten bzw. Mobile-Office.....	4
III. Desk-Sharing.....	5
C. Homeoffice und das zugrundeliegende Rechtsverhältnis .....	5
I. Homeoffice-Tätigkeit aufgrund eines Arbeitsverhältnisses.....	5
II. Homeoffice im Rahmen freier Mitarbeit bzw. als selbständige Tätigkeit..	6
III. Homeoffice-Tätigkeit auf Grundlage eines Heimarbeitsverhältnisses .....	6
D. Gegenwärtige Rechtslage .....	7
I. Anspruch des Arbeitnehmers auf Homeoffice .....	7
1. Aus Gesetz .....	7
2. Aus Tarifvertrag .....	7
3. Aus Betriebsvereinbarung.....	8
4. Aus Arbeitsvertrag .....	8
II. Möglichkeit des Arbeitgebers zur Einführung.....	10
1. Mittels Weisungsrecht/Direktionsrecht (§106 GewO).....	10
2. Mittels Änderungskündigung.....	12
3. Einvernehmlich .....	12
E. Die individualvertragliche Homeoffice-Vereinbarung.....	12
I. Art und Dauer der zu leistenden Arbeit .....	13
II. Arbeitszeit.....	13
1. Anwendung des ArbZG.....	13
2. Rechtliche Probleme bzgl. der Einhaltung des ArbZG.....	14
3. Zeiterfassung .....	16
4. Überstunden und „ungünstige“ Arbeitszeitlagen.....	17
III. Der häusliche Arbeitsplatz als Arbeitsstätte .....	18
1. Anforderungen an die häusliche Arbeitsstätte .....	19
2. Arbeitgeber stellt Arbeitsmittel.....	20
3. Möglichkeit der Vereinbarung von „BYOD“ .....	21
IV. Kostentragung .....	23
1. Aufwendungsersatzanspruch gem. §670 BGB .....	23

## IV

2.	Vertragliche Ausgestaltung des Aufwendungsersatzanspruches .....	24
3.	Fahrtkosten .....	25
V.	Arbeitssicherheit und Arbeitsschutz.....	25
1.	Gefährdungsbeurteilung gem. § 5 ArbSchG.....	26
2.	Unterweisung gem. § 12 ArbSchG .....	27
3.	Vorgaben nach der BetrSichV .....	27
4.	Vorgaben nach der ArbStättV und BildscharbV .....	28
VI.	Haftung.....	28
1.	Allgemeine Grundsätze der abgestuften Arbeitnehmerhaftung .....	28
2.	Schadenshaftung Dritter.....	30
VII.	Datenschutz .....	31
1.	Vorschriften der Datenschutzgrundverordnung (DS-GVO).....	31
2.	Technik und technische Hilfsmittel .....	31
VIII.	Kontroll- und Zutrittsrechte .....	32
IX.	Vergütung des Arbeitnehmers .....	33
1.	Arbeit im Homeoffice.....	33
2.	Betriebsrisiko .....	33
X.	Sozialversicherungsrecht .....	34
1.	Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung .....	34
2.	Gesetzliche Unfallversicherung .....	34
XI.	Betriebsverfassungsrecht .....	35
1.	Anwendbarkeit des BetrVG .....	35
2.	Planungsphase .....	36
3.	Einführungs- und Durchführungsphase .....	37
XII.	Anwendbare Tarifverträge bzw. Betriebsvereinbarungen .....	39
1.	Regelungsbefugnis der Betriebsparteien .....	39
2.	Tarifvorbehalt und Tarifvorrang .....	39
XIII.	Streitigkeiten/zuständiges Gericht.....	40
1.	Gerichtsstand.....	40
F.	Muster Homeoffice-Vereinbarung .....	40
G.	Ausblick .....	45
	Literaturverzeichnis.....	VII

## Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
ArbMedVV	Verordnung zur arbeitsmedizinischen Vorsorge
ArbSchG	Arbeitsschutzgesetz
ArbStättV	Arbeitsstättenverordnung
ArbZG	Arbeitszeitgesetz
Art.	Artikel
BAG	Bundesarbeitsgericht
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BetrSichV	Betriebssicherheitsverordnung
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BildscharbV	Bildschirmarbeitsverordnung
BSG	Bundessozialgericht
BYOD	Bring Your Own Device
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
ca.	
circa	
DS-GVO	Datenschutz-Grundverordnung
EU	
Europäische Union	
EuGH	Europäischer Gerichtshof
Gem.	gemäß
GewO	Gewerbeordnung
GG	
Grundgesetz	
HAG	Heimarbeitsgesetz
i.S.d.	im Sinne des
i.S.v.	im Sinne von
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
Nr.	
Nummer	
OTP	One True Pairing
PC	
Personal Computer	
RL	
Richtlinie	
S.	
Satz	
SGB	Sozialgesetzbuch
sog.	sogenannt
TVG	Tarifvertragsgesetz
u.a.	unter anderem
u.U.	unter Umständen
Var.	Variante
VBG	Verwaltungs-Berufsgenossenschaft
VPN	Virtual Private Network
z.B.	zum Beispiel

## Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1: Auswirkungen der Pandemie auf das Arbeiten im Homeoffice 3

### Anmerkung

Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird im Folgenden auf die gleichzeitige Verwendung weiblicher und männlicher Sprachformen verzichtet. Infolgedessen wird nur die männliche Form verwendet, es sind jedoch stets beide Formen gemeint.

## A. Gesellschaftliche Relevanz

Homeoffice ist im Jahr 2020 in der Arbeitswelt so präsent wie nie. Politiker empfehlen in der derzeitigen Corona-Pandemie Arbeitnehmer zum Schutz ihrer Gesundheit von Zuhause aus arbeiten zu lassen, sofern dies möglich ist. Die Globalisierung und Digitalisierung in Form der Etablierung neuer Technologien haben das Arbeiten außerhalb der Arbeitsstätte des Arbeitgebers erst möglich gemacht. Darüber hinaus führt der Wandel der Wertvorstellungen der Arbeitnehmer dazu, dass flexiblere Arbeitszeitmodelle in den Fokus rücken. Um den Anforderungen der Arbeitnehmer gerecht zu werden, sollten Unternehmen ihre Position am Arbeitsmarkt ständig reflektieren und versuchen, diese durch gezielte Maßnahmen wie z.B. die Einführung neuer Arbeitsmodelle, zu verbessern. Dies steigert die Attraktivität des Unternehmens und erhöht die Chance, gut ausgebildete Führungs- und Fachkräfte langfristig zu binden und neue zu gewinnen.

Weitere Gründe, aufgrund dessen das Arbeiten im Homeoffice gesellschaftlich so relevant ist, werden nachfolgend erläutert.

### I. Homeoffice in der Arbeitswelt 4.0

Die Arbeitswelt 4.0 ist durch Globalisierung und Digitalisierung geprägt und „(..) steht für das Arbeiten während der laufenden vierten industriellen Revolution.“<sup>1</sup> Die neuen Technologien führen zu einem Tätigkeitswandel auf dem Arbeitsmarkt in Form von „(...) neuen Arbeitsformen [, die] (..) sich durch eine zunehmende Entkoppelung von Arbeitsort und Betrieb, de[m] Abbau von Hierarchien und Weisungen und eine[r] ergebnisorientierte[n] Arbeitsweise aus[zeichnen].“<sup>2</sup> Um zeitgemäß zu bleiben, müssen sich Unternehmen zwingend mit entsprechenden neuen Arbeitsformen auseinandersetzen. Eine dieser neuen Arbeitsformen ist das Arbeiten im Homeoffice, dessen rechtssichere Einführung im Rahmen der Bachelorarbeit dargelegt wird.

### II. Der Fachkräftemangel

Der drohende Fachkräftemangel ist ein weiterer Grund, weshalb sich Unternehmen mit der Thematik Homeoffice befassen sollten. Der demografische Wandel führt dazu, dass es an Fachkräften auf dem Arbeitsmarkt fehlen wird.<sup>3</sup> Das hat zur Folge, dass gut ausgebildete Fachkräfte womöglich in der glücklichen Lage sein werden, ihren Arbeitsplatz frei wählen zu können.<sup>4</sup> Das Angebot von Homeoffice kann die Wahl für ein Unternehmen positiv beeinflussen, da Homeoffice die örtliche und zeitliche Flexibilität für Arbeitnehmer steigert.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> ZHAW Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften, 2017, Der Mensch in der Arbeitswelt 4.0, [https://www.zhaw.ch/storage/psychologie/upload/iap/studie/IAP\\_STUDIE\\_2017\\_final.pdf](https://www.zhaw.ch/storage/psychologie/upload/iap/studie/IAP_STUDIE_2017_final.pdf), 16.11.2020.

<sup>2</sup> Heise, NZA 2 (2019), 100 (101).

<sup>3</sup> Landes/Steiner/Wittmann/Utz, Führung von Mitarbeitenden, S.3.

<sup>4</sup> Landes/Steiner/Wittmann/Utz, Führung von Mitarbeitenden, S.3.

<sup>5</sup> Raif/Nann, GWR 11 (2016), 221 (221); Lindner, Virtuelle Teams und Homeoffice, S.1; ZHAW Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften, 2017, Der Mensch in der Arbeitswelt 4.0, [https://www.zhaw.ch/storage/psychologie/upload/iap/studie/IAP\\_STUDIE\\_2017\\_final.pdf](https://www.zhaw.ch/storage/psychologie/upload/iap/studie/IAP_STUDIE_2017_final.pdf), 16.11.2020.

Demnach können auch Mitarbeiter für das Unternehmen gewonnen werden, die aufgrund der Lage ihres Wohnortes nicht in der Betriebsstätte des Arbeitgebers arbeiten könnten.<sup>6</sup>

### III. Neue Anforderungen der Generation Y und Z

Die Generation Y (ca. frühe 80er Jahre bis mittlere/späte 90er) und die Generation Z (mittlere/späte 90er Jahre bis 2012) haben andere Vorstellungen von ihrem Arbeitsumfeld und eine andere Arbeitsmentalität als bisherige Jahrgänge.<sup>7</sup>

Im Fokus der beiden Generationen steht Flexibilität und der Wunsch nach einer gesunden Work-Life-Balance.<sup>8</sup> Das Arbeiten im Homeoffice ermöglicht es ihnen, den Beruf und die Familie besser zu vereinbaren und Fahrtzeiten durch wegfallendes Pendeln einzusparen.<sup>9</sup> Zudem wächst die Generation Z in Zeiten der Digitalisierung auf, sodass ihr die Arbeit im Homeoffice mithilfe von modernen Technologien leichter fällt als älteren Generationen.<sup>10</sup> Die Veränderung der gesellschaftlichen Werte führt dazu, dass Unternehmen über zeitgemäße Arbeitsformen nachdenken sollten bzw. müssen.<sup>11</sup>

### IV. Die Corona-Pandemie bringt Aufschwung

Letztlich hat das Arbeiten im Homeoffice durch die momentane Corona-Pandemie an gesellschaftlicher Akzeptanz gewonnen. Hierzu lässt sich eine Studie des ifo Instituts heranziehen, die sich mit den Auswirkungen der Pandemie auf das Arbeiten im Homeoffice beschäftigt.

---

<sup>6</sup> Landes/Steiner/Wittmann/Utz, Führung von Mitarbeitenden, S.54.

<sup>7</sup> Landes/Steiner/Wittmann/Utz, Führung von Mitarbeitenden, S.5.

<sup>8</sup> Landes/Steiner/Wittmann/Utz, Führung von Mitarbeitenden, S.5 f.; Sass, Mitarbeitermotivation, Mitarbeiterbindung, S.22 f.; Solmecke, in Kramer IT-Arbeitsrecht, Rn. 10.

<sup>9</sup> Landes/Steiner/Wittmann/Utz, Führung von Mitarbeitenden, S.5 f.; Sass, Mitarbeitermotivation, Mitarbeiterbindung, S.22 f.

<sup>10</sup> Landes/Steiner/Wittmann/Utz, Führung von Mitarbeitenden, S.6; Solmecke, in Kramer IT-Arbeitsrecht, Rn. 10.

<sup>11</sup> Landes, Steiner, Wittmann, Utz, Führung von Mitarbeitenden, S.54; Solmecke, in Kramer IT-Arbeitsrecht, Rn. 10.



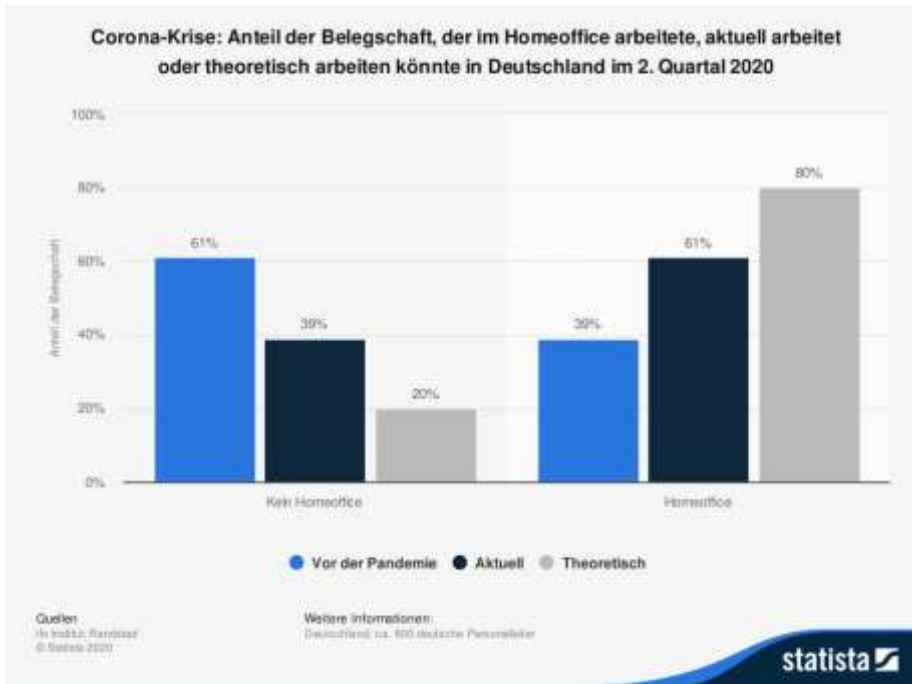


Abbildung 1: Auswirkungen der Pandemie auf das Arbeiten im Homeoffice

Quelle: ifo Institut, Randstad, August 2020, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1140049/umfrage/corona-krise-homeoffice-nutzung-und-potenzial/>, 19.11.20

Die Abbildung zeigt das Ergebnis der Umfrage des ifo Instituts, an der ca. 800 deutsche Personalleiter teilgenommen haben. Aus der Umfrage ist abzuleiten, dass durch die Corona-Pandemie der Anteil der Belegschaft, die im Homeoffice arbeitet, um 22% gestiegen ist. Damit ist der Anteil der Belegschaft, die im 2. Quartal 2020 im Homeoffice arbeitet, größer (61%) als der Anteil der Belegschaft, die nicht im Homeoffice arbeitet (31%). Zudem haben laut Umfrage 80% der Belegschaft theoretisch die Möglichkeit im Homeoffice zu arbeiten. Dies verdeutlicht, dass Homeoffice für viele Arbeitnehmer eine Option darstellen kann.

Die gesammelten Erfahrungen bei der Erprobung von Homeoffice während der Pandemie können genutzt werden, um Homeoffice als Arbeitsform auch nach der Krise beizubehalten.<sup>12</sup> Damit die Einführung von Homeoffice rechtssicher geschieht, sind einige rechtliche Vorgaben zu beachten, die in dieser Bachelorarbeit erläutert werden.

#### V. Welche Tätigkeiten eignen sich für das Arbeiten im Homeoffice?

Zunächst ist festzuhalten, dass Tätigkeiten, die aufgrund ihrer Eigenart eine örtliche oder zeitliche Präsenz an einem bestimmten Ort erfordern, weniger geeignet sind.<sup>13</sup> Ideale

<sup>12</sup> Lindner, Virtuelle Teams und Homeoffice, S.1; Tagesschau, 2020, Betriebe wollen mehr Homeoffice, <https://www.tagesschau.de/wirtschaft/unternehmen-home-office-101.html>, 19.11.20.

<sup>13</sup> Leibniz-Informationszentrum Wirtschaft, Stettes, 2017, Arbeiten 4.0 als betriebliche Aufgabe, <http://hdl.handle.net/10419/206445>, 20.11.20; MhdB ArbR/Heinkel, §201 Telearbeitsverhältnis Rn. 3; Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §1 Rn. 1.

Homeoffice-Tätigkeiten sind hingegen höher qualifizierte Tätigkeiten, die Eigenverantwortung und mehr Handlungsspielraum implizieren.<sup>14</sup> Daher kommt das Arbeiten im Homeoffice vorzugsweise für Führungskräfte und für Tätigkeiten im Dienstleistungssektor in Betracht. Dabei sind Arbeitsleistungen geeignet, die „(...) unter Einsatz der Informations- bzw. Kommunikationstechnologie, insbesondere mittels PC mit Internetverbindung, erledigt werden können.“<sup>15</sup>

## B. Homeoffice in Abgrenzung zu anderen Arbeitsmodellen

### I. Arbeiten im Homeoffice bzw. Telearbeit

Die im vorherigen Abschnitt beschriebenen Gründe, weshalb Homeoffice momentan gesellschaftlich relevant ist, beeinflussen den Arbeitsmarkt, sodass neue Arbeitsmodelle in den letzten Jahren an Popularität gewonnen haben. Als neues Arbeitsmodell gilt insbesondere das Arbeiten im Homeoffice. In diesem Zusammenhang werden häufig auch die Begriffe flexibles Arbeiten, Telearbeit oder mobiles Arbeiten benutzt.<sup>16</sup>

Der Begriff „Homeoffice“ ist im Gesetz nicht legal definiert. Jedoch enthält die Arbeitsstättenverordnung (ArbStättV) eine Legaldefinition des Telearbeitsplatzes.<sup>17</sup> Nach § 2 Abs.7 S.1 ArbStättV sind Telearbeitsplätze vom Arbeitgeber fest eingerichtete Bildschirmarbeitsplätze im Privatbereich der Beschäftigten, für die der Arbeitgeber eine mit den Beschäftigten vereinbarte wöchentliche Arbeitszeit und die Dauer der Einrichtung festgelegt hat. Folglich ist unter Telearbeit das wiederkehrende Arbeiten an einem bestimmten, vom Arbeitgeber ausgestatteten Arbeitsplatz außerhalb der Betriebsstätte, zu verstehen.

Es ist zwischen verschiedenen Formen der Telearbeit zu unterscheiden. Bei der sog. ausschließlichen Telearbeit arbeitet der Arbeitnehmer permanent von Zuhause und hat demzufolge keinen weiteren Arbeitsplatz im Betrieb.<sup>18</sup> Demgegenüber wechselt der Arbeitnehmer bei der alternierenden Telearbeit zwischen der Betriebsstätte und seinem heimischen Büro.<sup>19</sup>

### II. Mobiles Arbeiten bzw. Mobile-Office

Der Begriff der Telearbeit ist vom mobilen Arbeiten abzugrenzen. Das mobile Arbeiten ist dadurch gekennzeichnet, dass dem Arbeitnehmer kein Arbeitsort zugewiesen wird und er

<sup>14</sup> Bundesministerium für Arbeit und Soziales, 2015, Mobiles und entgrenztes Arbeiten, [http://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Publikationen/a873.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&&v=2](http://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Publikationen/a873.pdf?__blob=publicationFile&&v=2), 20.11.20; MHdB ArbR/*Heinkel*, §201 Telearbeitsverhältnis Rn. 3; *Müller*, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §1 Rn. 1.

<sup>15</sup> *Müller*, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §1 Rn. 1.

<sup>16</sup> *Raif/Nann*, GWR 11 (2016), 221 (221).

<sup>17</sup> *Müller*, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §1 Rn. 1.

<sup>18</sup> *Kamann*, ArbRAktuell 4 (2016), 75 (75).

<sup>19</sup> *Kamann*, ArbRAktuell 4 (2016), 75 (75).

stattdessen seinen Arbeitsort frei wählen kann.<sup>20</sup> Der Arbeitnehmer kann flexibel ortsunabhängig arbeiten (zB im Zug) und benötigt demzufolge keinen vom Arbeitgeber ausgestatteten Arbeitsplatz.<sup>21</sup>

### III. Desk-Sharing

Als weiteres neues Arbeitsmodell gilt auch das Desksharing-Modell. Dieses Bürokonzept bietet sich insbesondere dann an, wenn viele Arbeitnehmer im Homeoffice oder mobil arbeiten.<sup>22</sup> Dies führt dazu, dass betriebliche Arbeitsplätze unbenutzt bleiben. Mithin ist es nicht notwendig, dass der Arbeitgeber für jeden Mitarbeiter einen eigenen betrieblichen Arbeitsplatz bereitstellt.<sup>23</sup> Desk-Sharing bietet die Möglichkeit, dass sich Mitarbeiter einen Arbeitsplatz teilen und der Arbeitgeber dadurch Kosten und Platz einsparen kann.<sup>24</sup>

## C. Homeoffice und das zugrundeliegende Rechtsverhältnis

Zunächst stellt sich die Frage, in welchem Rechtsverhältnis eine Tätigkeit im Homeoffice erfolgen kann. Die Tätigkeit im Homeoffice kann auf Grundlage verschiedener Rechtsverhältnisse erfolgen, „(...) sowohl im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses (..) als auch auf Grundlage eines Dienst-/Werkvertrages in freier Mitarbeit oder in Heimarbeit.“<sup>25</sup> Zur Abgrenzung der Rechtsverhältnisse sind die allgemeinen Kriterien, die in §611a Abs.1 BGB verankert sind, heranzuziehen.<sup>26</sup> Hierzu gehört insbesondere die Eingliederung in die Organisation des Arbeitgebers sowie der Grad der persönlichen Abhängigkeit des Arbeitnehmers.<sup>27</sup>

### I. Homeoffice-Tätigkeit aufgrund eines Arbeitsverhältnisses

Ein Arbeitsverhältnis liegt vor, wenn der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer einen Arbeitsvertrag i.S.d. §611a Abs.1 S.1 BGB schließen. Gem. §611a Abs.1 S.1 BGB wird durch den Arbeitsvertrag der Arbeitnehmer im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet. Folglich kommt es für die Bewertung, ob ein Arbeitsverhältnis vorliegt, im Besonderen darauf an, inwieweit der Arbeitnehmer in Bezug auf seine Arbeitsleistung vom Arbeitgeber abhängig ist. Laut Bundesarbeitsgericht (BAG) kann der Arbeitgeber „aufgrund seines Weisungsrechtes (Direktionsrechts) (...) einseitig die im Arbeitsvertrag nur rahmenmäßig umschriebene Leistungspflicht des Arbeitnehmers nach Zeit, Ort und Art der Leistung näher bestimmen“.<sup>28</sup>

<sup>20</sup> Kamann, ArbRAktuell 4 (2016), 75 (75); Maiß/von Ameln, AuA 7 (2019), 392 (393).

<sup>21</sup> Kamann, ArbRAktuell 4 (2016), 75 (75); Maiß/von Ameln, AuA 7 (2019), 392 (393).

<sup>22</sup> Schöllmann, NZA-Beilage 2 (2019), 65 (85).

<sup>23</sup> Raif/Nann, GWR 11 (2016), 221 (222).

<sup>24</sup> Raif/Nann, GWR 11 (2016), 221 (222); Schöllmann, NZA-Beilage 2 (2019), 65 (85).

<sup>25</sup> Röller, in Küttner Personalbuch 2020, Homeoffice Rn. 2.

<sup>26</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §1 Rn. 8.

<sup>27</sup> Kamann, ArbRAktuell 4 (2016), 75 (76).

<sup>28</sup> BAG, Urteil vom 27.03.1980 - 2 AZR 506/78, AP Nr.26.

Für die Feststellung, ob ein Arbeitsverhältnis vorliegt, ist gem. §611a Abs.1 S. 5 BGB eine Gesamtbetrachtung aller Umstände vorzunehmen. Mithilfe der in §611a Abs.1 BGB verankerten allgemeinen Kriterien „(...) ist zu beurteilen, welche Gestaltungsspielräume dem Mitarbeiter verbleiben und ob eine persönliche Abhängigkeit besteht, die das für ein Arbeitsverhältnis typische Maß erreicht.“<sup>29</sup>

Ein Arbeitsverhältnis dürfte das häufigste zugrundeliegende Rechtsverhältnis der Homeoffice-Tätigkeit eines Arbeitnehmers darstellen.

## II. Homeoffice im Rahmen freier Mitarbeit bzw. als selbständige Tätigkeit

Eine Tätigkeit im Homeoffice kann auch auf Grundlage freier Mitarbeit bzw. als selbständige Tätigkeit erfolgen. Hierzu bedarf es einer vertraglichen Vereinbarung, die nicht als Arbeitsvertrag anzusehen ist.<sup>30</sup> Zudem wird vorausgesetzt, dass der Mitarbeiter nicht örtlich, zeitlich oder fachlich gegenüber seinem Auftraggeber weisungsgebunden ist und folglich selbständig und nicht fremdbestimmt arbeitet.<sup>31</sup> Eine Eingliederung in die Organisation des Arbeitgebers liegt hierbei nicht vor.<sup>32</sup> Ferner zeichnet sich die selbständige Tätigkeit dadurch aus, dass der Selbständige in seiner eigenen Arbeitsorganisation tätig ist.<sup>33</sup> Dementsprechend tritt er eigenständig auf dem Markt auf, stellt Personal ein und trifft die gesamten Geschäftsentscheidungen autonom.<sup>34</sup>

## III. Homeoffice-Tätigkeit auf Grundlage eines Heimarbeitsverhältnisses

Letztlich kann die Homeoffice-Tätigkeit auch im Rahmen eines klassischen Heimarbeitsverhältnisses erfolgen. Gem. §2 Abs.1 S.1 HAG ist Heimarbeiter im Sinne dieses Gesetzes, wer in selbstgewählter Arbeitsstätte (eigener Wohnung oder selbstgewählter Betriebsstätte) allein oder mit seinen Familienangehörigen im Auftrag von Gewerbetreibenden oder Zwischenmeistern erwerbsmäßig arbeitet, jedoch die Verwertung der Arbeitsergebnisse dem unmittelbar oder mittelbar auftraggebenden Gewerbetreibenden überlässt. Für Heimarbeiter gelten eigene zwingende gesetzliche Regelungen im HAG (Heimarbeitsgesetz), die bei der Gestaltung eines Heimarbeitsverhältnisses anzuwenden sind.<sup>35</sup>

Heimarbeiter werden im Gegensatz zu im Homeoffice tätigen Arbeitnehmern grundsätzlich nicht in die Arbeitsorganisation des Arbeitgebers eingegliedert.<sup>36</sup> Außerdem können sie frei wählen, in welcher Art und Weise sie die Arbeitsleistung erbringen.<sup>37</sup> Heimarbeiter unterliegen keiner zeitlichen Weisungsbindung und sind demnach unabhängiger.<sup>38</sup>

<sup>29</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §1 Rn. 11.

<sup>30</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §1 Rn. 23.

<sup>31</sup> Albrecht, NZA 23 (1996), 1240 (1242); Heinkel, MHdB ArbR Telearbeitsverhältnis, §201 Rn. 14.

<sup>32</sup> Heinkel, MHdB ArbR Telearbeitsverhältnis, §201 Rn. 14.

<sup>33</sup> Albrecht, NZA 23 (1996), 1240 (1242); Heinkel, MHdB ArbR Telearbeitsverhältnis, §201 Rn. 15.

<sup>34</sup> Heinkel, MHdB ArbR Telearbeitsverhältnis, §201 Rn. 15.

<sup>35</sup> Hoppe, in Kramer IT-Arbeitsrecht, B Rn. 619

<sup>36</sup> Albrecht, NZA 23 (1996), 1240 (1241); Hoppe, in Kramer IT-Arbeitsrecht, B Rn. 619.

<sup>37</sup> Hoppe, in Kramer IT-Arbeitsrecht, B Rn. 619

<sup>38</sup> Hoppe, in Kramer IT-Arbeitsrecht, B Rn. 619

Die Tatsache, dass Homeoffice auch im Rahmen freier Mitarbeit, als selbständige Tätigkeit und im Heimarbeitsverhältnis durchgeführt werden kann, ist hier lediglich zur Vollständigkeit genannt. Im nachfolgenden Teil der Arbeit wird es ausschließlich um die rechtliche Gestaltung der Homeoffice-Tätigkeit im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses gehen.

## D. Gegenwärtige Rechtslage

### I. Anspruch des Arbeitnehmers auf Homeoffice

#### 1. Aus Gesetz

Fraglich ist, ob ein Arbeitnehmer in Deutschland einen gesetzlichen Anspruch darauf hat, seine Tätigkeit ganz oder teilweise im Homeoffice ausüben zu können. Im Grundsatz besteht kein gesetzlicher Anspruch.<sup>39</sup> Gem. §106 S.1 GewO kann der Arbeitgeber Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher bestimmen. Demnach besitzt der Arbeitgeber grundsätzlich das Recht, den Arbeitsort festzulegen, soweit dies nicht schon durch den Arbeitsvertrag, eine Betriebsvereinbarung oder einen Tarifvertrag geschehen ist. Folglich scheidet ein gesetzlicher Anspruch des Arbeitnehmers auf Festlegung des Arbeitsortes ins Homeoffice grundsätzlich aus.<sup>40</sup>

Obwohl das Gesetz selbst die Möglichkeit des Homeoffice nicht sieht und es deshalb auch keinen gesetzlichen Anspruch des Arbeitnehmers gibt, hat das LAG Niedersachsen im Jahr 2010 einen entsprechenden Anspruch für einen querschnittsgelähmten Arbeitnehmer auf zwei Tage Homeoffice pro Arbeitswoche aus § 81 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 SGB IX hergeleitet.<sup>41</sup> Demzufolge kann sich in besonderen Fällen ein gesetzlicher Anspruch auf behinderungsgerechte Beschäftigung in Form von Homeoffice u.a. aus §164 Abs.4 S.1 SGB IX ergeben.<sup>42</sup>

#### 2. Aus Tarifvertrag

Möglicherweise könnte sich für den Arbeitnehmer ein Anspruch auf Homeoffice aus einem Tarifvertrag ergeben. Damit eine solche Tarifnorm überhaupt gilt, müssen grundsätzlich der Arbeitgeber als auch der Arbeitnehmer tarifgebunden sein.<sup>43</sup> Tarifgebunden sind gem. §3 Abs.1 TVG die Mitglieder der Tarifvertragsparteien und der Arbeitgeber, der selbst Partei des Tarifvertrages ist.

<sup>39</sup> Röllner, in Küttner Personalbuch 2020, Homeoffice Rn.3; Schöllmann, NZA-Beilage 2 (2019), 81 (82).

<sup>40</sup> Schöllmann, NZA-Beilage 2 (2019), 81 (82).

<sup>41</sup> LAG Niedersachsen, Urteil vom 06.12.2010 - 12 Sa 860/10, FD-ArbR 2011, 315241.

<sup>42</sup> Brügger/Kaderka, 9 (2019), 516 (517); LAG Niedersachsen, Urteil vom 06.12.2010, 12 Sa 860/10, FD-ArbR 2011, 315241.

<sup>43</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §2 Rn.84.

Im Normalfall regeln solche Tarifnormen jedoch nur die allgemeinen rechtlichen Rahmenbedingungen bzgl. der Gestaltung der Tätigkeit im Homeoffice wie beispielsweise den Arbeitsschutz, den Arbeitszeitschutz und den Datenschutz.<sup>44</sup> Aus einem Tarifvertrag soll grundsätzlich kein individueller Anspruch des Arbeitnehmers auf Homeoffice abgeleitet werden.<sup>45</sup>

### 3. Aus Betriebsvereinbarung

Des Weiteren könnte sich ein Anspruch auf Homeoffice für den Arbeitnehmer aus einer Betriebsvereinbarung ergeben. Hierzu bedarf es zunächst eines Betriebsrates im Betrieb. Gem. §1 Abs.1 S.1 BetrVG werden in Betrieben mit in der Regel mindestens fünf ständigen wahlberechtigten Arbeitnehmern, von denen drei wählbar sind, Betriebsräte gewählt.

Dabei ist es grundsätzlich möglich, dass eine Betriebsvereinbarung einen Individualanspruch auf Einrichtung von Homeoffice für die Arbeitnehmer begründet.<sup>46</sup> Jedoch werden im Allgemeinen in Kollektivverträgen, ähnlich wie bei Tarifverträgen, lediglich die Rahmenbedingungen und Durchführungsmodalitäten festgelegt.<sup>47</sup> Demzufolge kommt ein Anspruch aus Betriebsvereinbarung für den Arbeitnehmer nur selten in Betracht.<sup>48</sup>

### 4. Aus Arbeitsvertrag

Zunächst ist festzuhalten, dass bei Vorliegen einer entsprechenden ausdrücklichen Vereinbarung im Arbeitsvertrag ein Anspruch auf Arbeit im Homeoffice für den Arbeitnehmer begründet sein kann.

#### a) Rücksichtnahmepflicht gem. § 241 Abs.2 BGB

Fehlt eine ausdrückliche Vereinbarung, kann sich in engen Fällen ein Anspruch auf Arbeit im Homeoffice aus der in §241 Abs.2 BGB verankerten Rücksichtnahmepflicht ableiten. Nach §241 Abs.2 BGB ist jede Partei des Arbeitsvertrags zur Rücksichtnahme auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen ihres Vertragspartners verpflichtet. Dazu gehört auch laut BAG „die Pflicht, im Zusammenwirken mit dem Vertragspartner die Voraussetzungen für die Durchführung des Vertrags zu schaffen, Erfüllungshindernisse nicht entstehen zu lassen bzw. zu beseitigen und dem anderen Teil den angestrebten Leistungserfolg zukommen zu lassen.“<sup>49</sup>

---

<sup>44</sup> Beck, Home-Office: Erfolgreich von zu Hause arbeiten, S.53.

<sup>45</sup> Beck, Home-Office: Erfolgreich von zu Hause arbeiten, S.53.

<sup>46</sup> Beck, Home-Office: Erfolgreich von zu Hause arbeiten, S.54.

<sup>47</sup> Beck, Home-Office: Erfolgreich von zu Hause arbeiten, S.54.

<sup>48</sup> Beck, Home-Office: Erfolgreich von zu Hause arbeiten, S.54.

<sup>49</sup> BAG, Urteil vom 19. 5. 2010, 5 AZR 162/09, NZA 19 (2010), 1119 (1121).

Damit ein Anspruch aus der Rücksichtnahmepflicht des Arbeitgebers begründet ist, müssen drei Voraussetzungen erfüllt sein.<sup>50</sup> Zunächst muss ein unüberwindbares Leistungshindernis vorliegen.<sup>51</sup> Ein Leistungshindernis liegt dann vor, wenn dem Arbeitnehmer die Leistungserbringung ausschließlich im Homeoffice möglich ist und folglich eine Leistungserbringung z.B. in der Betriebsstätte des Arbeitgebers ausscheidet.<sup>52</sup> Die „Besonderheiten der körperlichen Konstitution oder Betreuungs- und Pflegeverpflichtungen gegenüber nahen Angehörigen“<sup>53</sup> könnten ein solches Hindernis im Einzelfall darstellen. Außerdem wird vorausgesetzt, dass der Arbeitnehmer ausdrücklich das Arbeiten im Homeoffice verlangt und konkretisiert, wie dieses ausgestaltet werden soll.<sup>54</sup> Schließlich muss dem Arbeitgeber die Zuweisung der Tätigkeit ins Homeoffice zumutbar und rechtlich möglich sein.<sup>55</sup>

Ein Anspruch auf Arbeit im Homeoffice aus der in §241 Abs.2 BGB verankerten Rücksichtnahmepflicht kommt auch in der derzeitigen Corona-Pandemie in Betracht.<sup>56</sup> Dabei könnte ein erhöhtes Gesundheitsrisiko aufgrund einer Vorerkrankung oder Betreuungspflichten gegenüber Kindern aufgrund von schließenden Bildungseinrichtungen während der Krise ein Hindernis für die Leistungserbringung im Betrieb darstellen.<sup>57</sup> Die Zuweisung der Tätigkeit ins Homeoffice muss dem Arbeitgeber auch hierbei zumutbar und rechtlich möglich sein.<sup>58</sup>

Folglich kann sich bei Vorliegen der genannten Voraussetzungen im Einzelfall ein Anspruch auf Homeoffice aus der Rücksichtnahmepflicht des Arbeitgebers ergeben.<sup>59</sup>

#### b) Arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz

Ferner kommt ein Anspruch auf Einführung bzw. Beibehaltung einer Homeoffice-Tätigkeit auf Grundlage des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes in Frage. Laut ständiger Rechtsprechung gebietet „der Gleichbehandlungsgrundsatz im Arbeitsrecht (..) dem Arbeitgeber, seine Arbeitnehmer oder Gruppen von Arbeitnehmern, die sich in vergleichbarer Lage befinden, bei Anwendung einer selbst gesetzten Regel gleich zu behandeln.“<sup>60</sup> Demnach darf der Arbeitgeber nicht willkürlich vergleichbare Arbeitnehmer unterschiedlich behandeln. Eine solche Ungleichbehandlung ist nur bei Vorliegen eines sachlichen Grundes

<sup>50</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §2 Rn. 97.

<sup>51</sup> BAG, Urteil vom 19. 5. 2010, 5 AZR 162/09, NZA 19 (2010), 1119 (1121); Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §2 Rn. 98.

<sup>52</sup> LAG Köln, Urteil vom 27.03.2012 - 12 Sa 987/11. Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §2 Rn. 98.

<sup>53</sup> Krieger/Rudnik/Povedano Peramato, NZA 8 (2020), 473 (478).

<sup>54</sup> BAG, Urteil vom 19. 5. 2010, 5 AZR 162/09, NZA 19 (2010), 1119 (1121).

<sup>55</sup> BAG, Urteil vom 19. 5. 2010, 5 AZR 162/09, NZA 19 (2010), 1119 (1121); Müller, in der arbeitsrechtlichen Praxis, §2 Rn. 102.

<sup>56</sup> Krieger/Rudnik/Povedano Peramato, NZA 8 (2020), 473 (478).

<sup>57</sup> Krieger/Rudnik/Povedano Peramato, NZA 8 (2020), 473 (478).

<sup>58</sup> Krieger/Rudnik/Povedano Peramato, NZA 8 (2020), 473 (478).

<sup>59</sup> BAG, Urteil vom 19. 5. 2010 - 5 AZR 162/09, NZA 19 (2010), 1119.

<sup>60</sup> BAG, Urteil vom 03.09.2014, 5 AZR 6/13, NZA 4 (2015), 222 (223).

gerechtfertigt.<sup>61</sup> Ein sachlicher Grund für das Untersagen von Homeoffice könnte beispielsweise in der Ungeeignetheit der Tätigkeit liegen, da diese eine betriebliche Anwesenheit erfordert oder aufgrund datenschutzrechtlicher Risiken im Homeoffice nicht möglich ist.<sup>62</sup>

Erfolgt das Arbeiten im Homeoffice jedoch auf Grundlage individueller Vereinbarungen, so scheidet ein Anspruch aufgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes aus, da in diesem Fall keine abstrakt-generelle Regel des Arbeitgebers Anwendung findet.<sup>63</sup> Zudem ist eine Ungleichbehandlung dann gerechtfertigt, wenn „(...) der Arbeitgeber mit der Einrichtung bzw. Beibehaltung des Homeoffice ausschließlich normative oder vertragliche Verpflichtungen erfüllt.“<sup>64</sup> Hierbei fehlt es letztlich an einer willkürlichen Entscheidung des Arbeitgebers.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass sich unter bestimmten Umständen ein Anspruch des Arbeitnehmers auf Einführung bzw. Beibehaltung einer Homeoffice-Tätigkeit auf Grundlage des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes ergeben kann.<sup>65</sup>

### c) Aus betrieblicher Übung

Schließlich könnte dem Arbeitnehmer ein Anspruch auf eine Homeoffice-Tätigkeit aufgrund betrieblicher Übung zustehen. Die ständige Rechtsprechung des BAG versteht darunter, dass „ein gleichförmiges und wiederholtes Verhalten des Arbeitgebers vertragliche Ansprüche auf eine Leistung begründen [kann], wenn die Arbeitnehmer aus dem Verhalten des Arbeitgebers schließen durften, ihnen werde die Leistung auch künftig gewährt.“<sup>66</sup> Folglich kommt ein Anspruch aus betrieblicher Übung nur dann in Betracht, wenn es sich um ein regelmäßiges Verhalten des Arbeitgebers über einen längeren Zeitraum handelt.

Möchte ein Arbeitgeber demnach Homeoffice lediglich temporär einführen, so empfiehlt es sich, dass er dies ausdrücklich erklärt.<sup>67</sup> Hierbei kann der Arbeitgeber einen sog. Freiwilligkeitsvorbehalt erklären, mit dem er einen Anspruch des Arbeitnehmers auf Beibehaltung des Homeoffice ausschließt.<sup>68</sup>

## II. Möglichkeit des Arbeitgebers zur Einführung

### 1. Mittels Weisungsrecht/Direktionsrecht (§106 GewO)

Demgegenüber stellt sich die Frage, ob der Arbeitgeber aufgrund seines in §106 S.1 GewO verankerten Direktionsrechtes ein Recht zur Einführung von Homeoffice besitzt. Grundsätzlich kann der Arbeitgeber gem. §106 S.1 GewO Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung

<sup>61</sup> BAG, Urteil vom 03.09.2014, 5 AZR 6/13, NZA 4 (2015); Fuhlrott, ArbRAktuell 6 (2015), 141(141).

<sup>62</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §2 Rn. 112.

<sup>63</sup> Brügger/Kaderka, 9 (2019), 516 (517).

<sup>64</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §2 Rn. 110.

<sup>65</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §2 Rn. 107.

<sup>66</sup> BAG, Urteil vom 16.07.1996 - 3 AZR 352/95, NZA 12 (1997), 664 (665).

<sup>67</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §2 Rn. 114 f.

<sup>68</sup> Beck, Home-Office: Erfolgreich von zu Hause arbeiten, S.54; Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §2 Rn. 115.



nach billigem Ermessen näher bestimmen. Dementsprechend kann der Arbeitgeber im Allgemeinen den Arbeitsort festlegen und demnach auch die Arbeit im Homeoffice.

Fraglich ist jedoch, ob der Arbeitgeber den Arbeitsort einseitig von der betrieblichen Arbeitsstätte ins Homeoffice verlagern kann. Dies ist laut Rechtsprechung nicht möglich.<sup>69</sup> Das entscheidende Argument liegt hierbei in der grundrechtlich geschützten Wohnung des Arbeitgebers.<sup>70</sup> Die arbeitgeberseitige Zuweisung ins Homeoffice würde gegen die in Art.13 GG verankerte Unverletzlichkeit der Wohnung des Arbeitnehmers sprechen und ist daher unzulässig.<sup>71</sup> Außerdem unterscheiden sich laut Rechtsprechung „die Umstände der Arbeit im Home-Office in erheblicher Weise von einer Tätigkeit, die in einer Betriebsstätte zu verrichten sind.“<sup>72</sup> Hierzu gehört der im Homeoffice gegebene Umstand des geringeren Kontakts zu Kollegen und Arbeitnehmervertretern im Betrieb.<sup>73</sup> Demzufolge kann der Arbeitgeber nicht mittels seines Weisungsrechtes Homeoffice einseitig einführen.<sup>74</sup>

#### a) Erweitertes Weisungsrecht (z.B. im Pandemiefall)

Allerdings stellt sich die Frage, ob dem Arbeitgeber ein erweitertes Weisungsrecht in Krisensituation wie in der aktuellen Corona-Pandemie zusteht und er demzufolge seine Arbeitnehmer ohne deren Zustimmung ins Homeoffice versetzen kann. In einer solchen Situation können die oben aufgeführten Argumente gegen die einseitige Zuweisung ins Homeoffice nicht zufriedenstellen.<sup>75</sup> Solange sichergestellt ist, dass der Pandemiefall nicht zu einer dauerhaften Verweisung des Arbeitnehmers ins Homeoffice führt und es sich demzufolge nur um eine zeitlich begrenzte Maßnahme handelt, dürfte die Versetzung des Arbeitnehmers ins Homeoffice zumutbar sein, sofern ihm die Verrichtung der Arbeit dort möglich ist.<sup>76</sup> Für einen solchen Zeitraum ist der geringere Kontakt zu Kollegen und Arbeitnehmervertretern, als auch das Arbeiten in der grundrechtlich geschützten Wohnung des Arbeitnehmers zumutbar.<sup>77</sup>

Zudem ist der Arbeitgeber aufgrund seiner arbeitsvertraglichen Nebenpflicht zur Fürsorge gegenüber seinen Arbeitnehmern verpflichtet.<sup>78</sup> Hierzu kann es geboten sein, dass der Ar-

<sup>69</sup> LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 14.11.2018 –17 Sa 562/18, ArbRAktuell 2 (2019), 47.

<sup>70</sup> *Blenkert*, NJW-Spezial 10 (2019), 306; *Brügger/Kaderka*, AuA 9 (2019), 516 (517); *Schöllmann*, NZA-Beilage 2 (2019), 81 (82).

<sup>71</sup> *Brügger/Kaderka*, AuA 9 (2019), 516 (517); LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 14.11.2018–17 Sa 562/18, ArbRAktuell 2 (2019), 47; *Müller*, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §2 Rn. 117.

<sup>72</sup> LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 14.11.2018–17 Sa 562/18, ArbRAktuell 2 (2019), 47.

<sup>73</sup> *Günther/Böglmüller*, ArbRAktuell 8 (2020), 186; LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 14.11.2018–17 Sa 562/18, ArbRAktuell 2 (2019), 47; *Schöllmann*, NZA-Beilage 2 (2019), 81 (82).

<sup>74</sup> *Blenkert*, NJW-Spezial 10 (2019), 306; *Brügger/Kaderka*, AuA 9 (2019), 516 (517); LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 14.11.2018 –17 Sa 562/18, ArbRAktuell 2 (2019), 47; *Schöllmann*, NZA-Beilage 2 (2019), 81 (82).

<sup>75</sup> *Günther/Böglmüller*, ArbRAktuell 8 (2020), 186.

<sup>76</sup> *Fuhlrott/Fischer*, NZA 6 (2020), 345 (349f.); *Günther/Böglmüller*, ArbRAktuell 8 (2020), 186; *Krieger/Rudnik/Povedano Peramato*, NZA 8 (2020), 473 (475).

<sup>77</sup> *Fuhlrott/Fischer*, NZA 6 (2020), 345 (350); *Günther/Böglmüller*, ArbRAktuell 8 (2020), 186; *Krieger/Rudnik/Povedano Peramato*, NZA 8 (2020), 473 (475).

<sup>78</sup> *Fuhlrott/Fischer*, NZA 6 (2020), 345 (349); *Günther/Böglmüller*, ArbRAktuell 8 (2020), 187; *Krieger/Rudnik/Povedano Peramato*, NZA 8 (2020), 473 (475).

beitgeber zur Vermeidung von Ansteckungen und zum Schutz der Gesundheit seiner Arbeitnehmer die Arbeit im Homeoffice anordnet.<sup>79</sup> Mithin kann in bestimmten Ausnahmesituationen der Arbeitgeber aufgrund seines erweiterten Weisungsrechtes einseitig für einen beschränkten Zeitraum Homeoffice anordnen.<sup>80</sup>

## 2. Mittels Änderungskündigung

Fraglich ist auch, ob der Arbeitgeber Homeoffice mittels einer Änderungskündigung einführen kann. Diese besteht gem. §2 S.1 KSchG einerseits aus einer Beendigungskündigung und andererseits aus einem neuem Angebot zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu geänderten Arbeitsbedingungen.

Eine Änderungskündigung ist immer dann relevant, wenn der Arbeitsort im Arbeitsvertrag konkret festgelegt und dem Arbeitgeber kein Versetzungsvorbehalt eingeräumt worden ist.<sup>81</sup> Um der Überschreitung des Weisungsrechts (Verweis Kapitel D II 1) in Form der Verlegung des Arbeitsortes in die Wohnung des Arbeitnehmers vorzubeugen, bedarf es einer Änderungskündigung.<sup>82</sup> Diese ermöglicht „(...) über die vertragl[iche] Fixierung hinausgehende örtl[iche] Versetzungen“<sup>83</sup> durchzusetzen. Das ist dann gerechtfertigt, „wenn der Arbeitnehmer aus personen- bzw. betriebsbedingten Gründen nicht mehr außerhalb des Homeoffice beschäftigt werden kann und sich eine zur Vermeidung einer Beendigungskündigung angebotene Einrichtung eines Homeoffice-Arbeitsplatzes als allein verbliebene Weiterbeschäftigungsmöglichkeit darstellt.“<sup>84</sup> Folglich ist unter den genannten Gründen die Einführung von Homeoffice mittels Änderungskündigung möglich.

## 3. Einvernehmlich

Wie oben dargestellt hat im Normalfall weder der Arbeitnehmer einen Anspruch auf die Einführung von Homeoffice noch hat der Arbeitgeber die Möglichkeit, Homeoffice einseitig einzuführen. Demzufolge bietet es sich an, dass beide Parteien einvernehmlich eine individualvertragliche Homeoffice-Vereinbarung abschließen, in der sie die wesentlichen rechtlichen Rahmenbedingungen für das Arbeiten im Homeoffice festlegen.<sup>85</sup> Durch die Zustimmung des Arbeitnehmers ist eine Grundrechtsverletzung nach Art.13 GG (Unverletzlichkeit der Wohnung) ausgeschlossen.<sup>86</sup>

## E. Die individualvertragliche Homeoffice-Vereinbarung

<sup>79</sup> Günther/Böglmüller, ArbRAktuell 8 (2020), 187; Krieger/Rudnik/Povedano Peramato, NZA 8 (2020), 473 (475).

<sup>80</sup> Günther/Böglmüller, ArbRAktuell 8 (2020), 187.

<sup>81</sup> Krieger/Rudnik/Povedano Peramato, NZA 8 (2020), 473 (475).

<sup>82</sup> Krieger/Rudnik/Povedano Peramato, NZA 8 (2020), 473 (475).

<sup>83</sup> Müller-Glöge/Preis/Schmidt, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, §106 Rn. 27.

<sup>84</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §2 Rn.119.

<sup>85</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §2 Rn.120; Richter, ArbRAktuell 6 (2019), 142 (143); Krieger/Rudnik/Povedano Peramato, NZA 8 (2020), 473 (474).

<sup>86</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §2 Rn. 120.

## I. Art und Dauer der zu leistenden Arbeit

In der Homeoffice-Vereinbarung ist zunächst die Art und Dauer der zu leistenden Arbeit festzulegen. Hierbei sollte zumindest kurz die zu leistende Arbeit beschrieben werden.<sup>87</sup> Es empfiehlt sich für den Arbeitgeber eine Klausel in den Arbeitsvertrag aufzunehmen, durch die der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer durch Weisung über die vereinbarte Arbeit hinausgehende Arbeitsaufgaben übertragen kann, sofern diese seine Fähigkeiten und Kenntnisse nicht überschreiten.<sup>88</sup>

Ferner ist der Beginn und die Dauer der Tätigkeit festzulegen. Bzgl. der Dauer kann nicht nur das Arbeitsverhältnis insgesamt, sondern auch einzelne Arbeitsbedingungen befristet werden.<sup>89</sup> Folglich ist es auch möglich, dass der Zeitraum, in dem der Arbeitnehmer im Homeoffice arbeitet, befristet wird.<sup>90</sup> Laut BAG unterliegt die Befristung einzelner Arbeitsbedingungen grundsätzlich der Inhaltskontrolle nach §§ 305 ff. BGB.<sup>91</sup> Eine Befristung des Homeoffice wäre dann unwirksam, wenn der Arbeitnehmer durch die Befristung unangemessen benachteiligt wird. Dies ist regelmäßig auszuschließen, da es einerseits „(...) Teil der arbeitgeberseitigen Unternehmerfreiheit (...)“ ist, Arbeitsbedingungen zu befristen und ferner „(...) die Festlegung des Arbeitsortes nach der Vorstellung des Gesetzgebers Bestandteil des arbeitgeberseitigen Weisungsrechtes ist“.<sup>92</sup>

## II. Arbeitszeit

### 1. Anwendung des ArbZG

Zunächst ist festzuhalten, dass auch für eine Homeoffice-Tätigkeit die regelmäßige Arbeitszeit zu bestimmen ist. Für die Arbeit im Homeoffice kommen die gleichen Arbeitszeit-Regelungen wie für das Arbeiten in der Betriebsstätte des Arbeitgebers zur Anwendung.<sup>93</sup> Mithin sind die Vorschriften des Arbeitszeitgesetzes zu beachten.<sup>94</sup> Dabei hat der Arbeitgeber die Einhaltung der Vorschriften zu prüfen und zu realisieren.<sup>95</sup> Hierzu gehören im Besonderen die Vorschriften zur Höchstarbeitszeit (§3 ArbZG), für Ruhepausen (§4 ArbZG), Mindestruhezeiten (§5 ArbZG) und für Sonn- und Feiertagsruhe (§9 ArbZG).<sup>96</sup>

Beim Arbeiten im Homeoffice ist zwischen betriebsbedingter- und selbstbestimmter Arbeitszeit zu unterscheiden.<sup>97</sup> Ersteres verpflichtet den Arbeitnehmer zu bestimmten Zeiten zu arbeiten und Letzteres räumt die Möglichkeit für den Arbeitnehmer ein, eigenständig

<sup>87</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §2 Rn. 131.

<sup>88</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §2 Rn. 131; Röller, in Küttner Personalbuch 2020, Homeoffice, Rn. 8.

<sup>89</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §2 Rn. 133.

<sup>90</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 132 f.

<sup>91</sup> BAG, Urteil vom 23.03.2016, 7 AZR 828/13, NZA 14 (2016), 881.

<sup>92</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 136.

<sup>93</sup> Blenkert, NJW-Spezial 10 (2019), 306 (306); Hoppe, Kramer IT-Arbeitsrecht, B Rn. 639; Röller, in

Küttner Personalbuch 2020, Homeoffice Rn. 9; Schöllmann, NZA-Beilage 2 (2019), 81 (82).

<sup>94</sup> Blenkert, NJW-Spezial 10 (2019), 306 (306); Hoppe, in Kramer IT-Arbeitsrecht, B Rn. 639.

<sup>95</sup> Schöllmann, NZA-Beilage 2 (2019), 81 (82).

<sup>96</sup> Schöllmann, NZA-Beilage 2 (2019), 81 (82).

<sup>97</sup> Hoppe, in Kramer IT-Arbeitsrecht, B Rn. 639.

die Arbeitszeit festlegen zu können.<sup>98</sup> Die selbstbestimmte Arbeitszeit bzw. Vertrauensarbeitszeit fördert dabei die häufig gewünschte zeitliche Flexibilität und Vereinbarkeit von Beruf und Familie für den Arbeitnehmer. Dabei liegt, genau wie bei der betriebsbedingten Arbeitszeit, die Verantwortung für die Einhaltung des ArbZG trotz geringerer Kontrollmöglichkeit beim Arbeitgeber.<sup>99</sup> Es ist zu empfehlen, dass der Arbeitgeber „(...) erforderliche Erreichbarkeitszeiten festlegen [sollte] und sich das Recht zur Bestimmung betriebsbedingter Arbeitszeiten vorbehalten [sollte]“<sup>100</sup>, um auf betriebliche Erfordernisse (z.B. die Vertretung eines Kollegen in einem Meeting) reagieren zu können.

## 2. Rechtliche Probleme bzgl. der Einhaltung des ArbZG

Aufgrund der Tatsache, dass das ArbZG seit 1996 unverändert gilt, gibt es einige rechtliche Probleme bei der Anwendung der Vorschriften des ArbZG auf die neuen Arbeitsmodelle (z.B. der Arbeit im Homeoffice).<sup>101</sup> Es stellt sich beispielsweise die Frage, wie die Einhaltung der mindestens elfstündigen Ruhezeit nach §5 ArbZG behandelt werden soll, wenn der Arbeitnehmer diese kurzzeitig für das Beantworten von E-Mails am Abend unterbricht.<sup>102</sup> Des Weiteren stellt sich die Frage, ob die ständige Erreichbarkeit des Arbeitnehmers als Rufbereitschaft einzustufen ist und demnach als Arbeitszeit zu behandeln ist.<sup>103</sup>

### a) Kurzfristige Unterbrechungen der Mindestruhezeit

Gem. §5 Abs.1 ArbZG müssen die Arbeitnehmer nach Beendigung der täglichen Arbeitszeit eine ununterbrochene Ruhezeit von mindestens elf Stunden haben. Dadurch soll sichergestellt werden, dass der Arbeitnehmer ausreichend entspannen und sich ungestört erholen kann, bevor er seine Arbeit am nächsten Tag wiederaufnimmt.<sup>104</sup>

Fraglich ist nun, was unter dem Begriff Ruhezeit zu verstehen ist und wie in diesem Zusammenhang mit Unterbrechungen der Ruhezeit umzugehen ist.

„Ruhezeit ist die Zeit zwischen dem Ende des Arbeitseinsatzes eines Arbeitstages und ihrem Wiederbeginn am nächsten Arbeitstag.“<sup>105</sup> Die Ruhezeit muss zusammenhängend gewährt werden.<sup>106</sup> Unterbricht der Arbeitnehmer durch Aufnahme seiner Tätigkeit demnach seine Ruhezeit, „(...) macht diese Unterbrechung eine erneute vollständige, ununterbrochene Ruhezeit von mindestens elf Stunden erforderlich.“<sup>107</sup>

<sup>98</sup> Hoppe, in Kramer IT-Arbeitsrecht, B Rn. 639.

<sup>99</sup> Raif/Nann, GWR 11 (2016), 221 (223).

<sup>100</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 221.

<sup>101</sup> Raif/Nann, GWR 11 (2016), 221 (223).

<sup>102</sup> Krause, NZA-Beilage 2 (2019), 86 (90).

<sup>103</sup> Maiß/von Ameln, AuA 7 (2019), 392 (394).

<sup>104</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 419.

<sup>105</sup> BeckOK ArbR/Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, ArbZG, § 5 Rn. 1.

<sup>106</sup> BAG, Urteil vom 13.02.1992 - 6 AZR 638/89, NZA 19 (1992), 891; BeckOK ArbR/Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, ArbZG, § 5 Rn. 6.

<sup>107</sup> BeckOK ArbR/Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, ArbZG, § 5 Rn. 7.

Fragwürdig ist hierbei, wie sich geringfügige Unterbrechungen auf die Mindestruhezeit auswirken. Insbesondere im Homeoffice ist die Situation, dass der Arbeitnehmer nach Beendigung seiner Tätigkeit abends seine E-Mails überprüft, nicht unüblich. Hierzu gibt es verschiedene Sichtweisen, sodass die Frage nicht abschließend beantwortet werden kann.<sup>108</sup>

Einerseits würde es nicht der sachgerechten Praxis entsprechen, wenn der Arbeitnehmer aufgrund des Kontrollierens seiner E-Mails um 23 Uhr am Folgetag erst um 10 Uhr mit der Arbeit beginnen darf.<sup>109</sup> Zudem kann davon ausgegangen werden, dass eine kurzfristige Unterbrechung wie das Kontrollieren der E-Mails nicht dem Zweck der Vorschrift (dem Gesundheitsschutz des Arbeitnehmers) entgegensteht.<sup>110</sup> Es handelt sich schließlich um eine geringfügige Belastung, die die Erholung und Entspannung des Arbeitnehmers nicht beeinträchtigt.<sup>111</sup>

Andererseits kann eine E-Mail oder ein Telefonat auch schwerwiegendere Folgen mit sich bringen, da die darin enthaltenen Informationen und Aussagen den Arbeitnehmer länger beschäftigen und in seiner Erholungsphase stören.<sup>112</sup>

Da das europäische Recht gem. Art. 3 RL 2003/88/EG<sup>113</sup> ebenfalls eine elfstündige Ruhezeit vorsieht und grundsätzlich „(...) kein allgemeiner Spielraum der Mitgliedstaaten besteht“<sup>114</sup>, ist von einer engen Auslegung des §5 ArbZG auszugehen, sodass auch geringfügige Unterbrechungen bereits eine erneute elfstündige Ruhezeit auslösen.

Die Frage bzgl. der Unterbrechungen der Ruhezeit kann nicht endgültig beantwortet werden. Daher sollte der Arbeitgeber zumindest darauf achten, dass „(...) eine Unterbrechung nicht regelmäßig, sondern allenfalls gelegentlich erfolgt und den Arbeitnehmer nicht mehr als 10 Minuten in Anspruch nimmt.“<sup>115</sup> Eine sachgerechte Lösung könnte darin bestehen, dass der Arbeitgeber den Zugang zu den betrieblichen Kommunikationsmitteln ab einer bestimmten Uhrzeit, beispielsweise 19 Uhr, sperrt.

#### b) Ständige Erreichbarkeit – Rufbereitschaft oder Bereitschaftsdienst?

Ferner stellt sich arbeitszeitrechtlich die Frage, wie die erwartete ständige Erreichbarkeit eines im Homeoffice tätigen Arbeitnehmers zu bewerten ist. Es wird häufig von diesem erwartet, dass er unabhängig von der vereinbarten Arbeitszeit erreichbar ist.<sup>116</sup> Diese Erwartungshaltung von Führungskräften, Kollegen und Kunden führt zu der Frage, ob die ständige Verfügbarkeit des Arbeitnehmers als Arbeitszeit i.S.d. ArbZG einzuordnen ist.<sup>117</sup>

<sup>108</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 422.

<sup>109</sup> Krause, NZA-Beilage 2 (2019), 86 (90).

<sup>110</sup> Krause, NZA-Beilage 2 (2019), 86 (90).

<sup>111</sup> Krause, NZA-Beilage 2 (2019), 86 (90).

<sup>112</sup> Krause, NZA-Beilage 2 (2019), 86 (90).

<sup>113</sup> Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. November 2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung, abgekürzt als: RL 2003/88/EG.

<sup>114</sup> Krause, NZA-Beilage 2 (2019), 86 (90).

<sup>115</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 425.

<sup>116</sup> Krause, NZA-Beilage 2 (2019), 86 (90).

<sup>117</sup> Krause, NZA-Beilage 2 (2019), 86 (90).

Hierzu ist zwischen dem Begriff des Bereitschaftsdienstes und der Rufbereitschaft zu unterscheiden. Bereitschaftsdienst gilt als Arbeitszeit i.S.d. ArbZG.<sup>118</sup> Rufbereitschaft hingegen gilt grundsätzlich nicht als Arbeitszeit i.S.d. ArbZG, es sei denn, dass der Arbeitnehmer tatsächlich seine Arbeit aufnehmen muss.<sup>119</sup> Die unterschiedliche Bewertung von Rufbereitschaft und Bereitschaftsdienst als Arbeitszeit kommt durch die Bestimmung des Arbeitssortes zustande. Bei der Rufbereitschaft ist der Ort der Leistungserbringung nicht vorgegeben, sodass die Einschränkung der Freizeitgestaltung des Arbeitnehmers geringer ist.<sup>120</sup> Beim Bereitschaftsdienst hingegen kann der Arbeitgeber den Arbeitsort festlegen, sodass die Gestaltung der freien Zeit des Arbeitnehmers und seine private Lebensführung beeinträchtigt ist.<sup>121</sup>

Folglich entscheidet die Erwartungshaltung des Vorgesetzten darüber, ob Bereitschaftsdienst oder Rufbereitschaft vorliegt und sogleich auch, ob es sich bei der Erreichbarkeit des Arbeitnehmers um Arbeitszeit i.S.d. ArbZG handelt. Erwartet der Arbeitgeber, dass sich der Arbeitnehmer im Homeoffice aufhält um zeitnah auf Mails reagieren zu können, so handelt es sich um Bereitschaftsdienst und demnach Arbeitszeit.<sup>122</sup> Zeitnah bedeutet in diesem Zusammenhang laut Rechtsprechung des BAG einen Zeitrahmen von 10 bis 20 Minuten.<sup>123</sup> Zudem kommt Bereitschaftsdienst dann in Frage, wenn der Arbeitgeber permanent außerhalb vereinbarter Arbeitszeiten an den Arbeitnehmer herantritt und mit diesem kommuniziert.<sup>124</sup> In diesem Fall ist die Einschränkung der Freizeitgestaltung des Arbeitnehmers vergleichbar mit der Vorgabe des Aufenthaltsortes, sodass ebenfalls Arbeitszeit i.S.d. ArbZG vorliegt.<sup>125</sup>

Letztlich ist der Arbeitgeber dazu angehalten, darauf zu achten, dass die Arbeitnehmer die werktägliche Höchstarbeitszeit (§3 ArbZG) einhalten.<sup>126</sup> Mithin liegt es auch in seiner Verantwortung eine ständige Erreichbarkeitskultur zu vermeiden und dahingehende Vorgaben zu unterlassen.<sup>127</sup>

### 3. Zeiterfassung

Da die Vorschriften des ArbZG auch für die Tätigkeit im Homeoffice gelten, ist nach §16 Abs.2 S.1 BGB der Arbeitgeber verpflichtet, die über die werktägliche Arbeitszeit des §3 S.1 ArbZG hinausgehende Arbeitszeit der Arbeitnehmer aufzuzeichnen. Aus dieser Vorschrift ergibt sich lediglich die Pflicht des Arbeitgebers die Arbeitszeit zu erfassen, die die

---

<sup>118</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 400.

<sup>119</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 400.

<sup>120</sup> Krause, NZA-Beilage 2 (2019), 86 (91); Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 402.

<sup>121</sup> Krause, NZA-Beilage 2 (2019), 86 (91); Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 402.

<sup>122</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 403.

<sup>123</sup> BAG, Urteil vom 19.12.1991 - 6 AZR 592/89, AP BMT-G II § 67 Nr. 1; Krause, 2 (2019), 86 (91).

<sup>124</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 404.

<sup>125</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 404.

<sup>126</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 405.

<sup>127</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 405.

werktägliche Höchst Arbeitszeit von acht Stunden überschreitet sowie die Arbeit an Sonn- und Feiertagen.<sup>128</sup>

Hierbei ist jedoch zu beachten, dass der Betriebsrat zur Erfüllung seiner in §80 Abs.1 S.1 BetrVG verankerten Überwachungspflicht die vollständige Angabe der Arbeitszeit benötigt, um feststellen zu können, ob die Arbeitszeitschriften eingehalten wurden.<sup>129</sup> Darüber hinaus werden die Mitgliedsstaaten durch die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache CCOO aufgefordert, „(...) die Arbeitgeber (..) [zu]verpflichten, ein objektives, verlässliches und zugängliches System einzuführen, mit dem die von einem jeden Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann.“<sup>130</sup> Dies bedeutet für die Zukunft, dass es zum Aufgabenbereich des Arbeitgebers gehört, Lösungen für die Arbeitszeiterfassung der Arbeitnehmer zu finden und deren Funktionalität sicherzustellen.

Unabhängig von der zukünftigen Umsetzung des deutschen Gesetzgebers sollte der Arbeitgeber zur Wahrung der Rechtssicherheit und zur Vereinfachung der Beweislage bei Rechtsstreitigkeiten seiner Aufzeichnungspflicht vorsorglich nachkommen.<sup>131</sup> Hierzu kann er den Arbeitnehmer verpflichten, seine Arbeitszeiten zu dokumentieren.<sup>132</sup> Es ist zu beachten, dass der Arbeitgeber dadurch nicht vollständig von der Dokumentationspflicht befreit wird, da zumindest eine stichprobenartige Überwachung durch den Arbeitgeber gefordert wird.<sup>133</sup> Eine bestimmte Form der Aufzeichnungspflicht ist nicht vorgegeben.<sup>134</sup>

#### 4. Überstunden und „ungünstige“ Arbeitszeitlagen

Abschließend stellt sich arbeitszeitrechtlich die Frage, wie Überstunden und „ungünstige“ Arbeitszeitlagen in der Homeoffice-Vereinbarung zu regeln sind. Die Arbeit im Homeoffice wird oftmals auf Grundlage einer vereinbarten Vertrauensarbeitszeit geleistet, sodass der Arbeitnehmer frei über seine Arbeitszeit entscheiden kann.<sup>135</sup> Mithin ist es nicht unüblich, dass der Arbeitgeber seine vertraglich festgelegte Arbeitszeit missachtet und Überstunden absolviert.<sup>136</sup>

Aufgrund dessen ist es bei der Arbeit im Homeoffice für den Arbeitgeber von besonderer Bedeutung, in der Homeoffice-Vereinbarung festzulegen, dass Überstunden nur bei ausdrücklicher Anordnung durch den Arbeitgeber zu leisten sind.<sup>137</sup> Gleiches sollte auch für die Arbeitserbringung zu „ungünstigen Arbeitszeitlagen“ gelten, wie Spät-, Nacht- oder

<sup>128</sup> *Maiß/von Ameln*, AuA 7 (2019), 392 (394); *Müller*, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 406; *Röller*, Küttner Personalbuch 2020; Rn. 9.

<sup>129</sup> *Müller*, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 230.

<sup>130</sup> EuGH, Urteil vom 14.5.2019–C-55/18, NZA 10 (2019), 683 (686).

<sup>131</sup> *Maiß/von Ameln*, AuA 7 (2019), 392 (394).

<sup>132</sup> *Müller*, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 406; *Röller*, in Küttner Personalbuch 2020 Homeoffice; Rn. 9.

<sup>133</sup> *Maiß/von Ameln*, AuA 7 (2019), 392 (394); *Müller*, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 406; *Röller*, in Küttner Personalbuch 2020 Homeoffice; Rn.9.

<sup>134</sup> *Müller-Glöge/Preis/Schmidt*, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, §16 Rn. 5.

<sup>135</sup> *Müller*, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 223; *Richter*, ArbRAktuell 7 (2019), 166 (167).

<sup>136</sup> *Müller*, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 223.

<sup>137</sup> *Kamann*, ArbRAktuell 4 (2016), 75 (76 f.); *Müller*, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn.223; *Richter*, ArbRAktuell 7 (2019), 166 (167).

Wochenendarbeit, da diese eine Zuschlagspflicht begründen.<sup>138</sup> Um eine Streitigkeit über die Notwendigkeit von Mehrarbeit bzw. Überstunden zu vermeiden, ist die vertragliche Regelung über die vorherige Abstimmung mit dem Arbeitgeber dringend zu empfehlen.<sup>139</sup>

### III. Der häusliche Arbeitsplatz als Arbeitsstätte

Des Weiteren sollten die Parteien die Arbeitsstätte in der Homeoffice-Vereinbarung festlegen. Unterlässt der Arbeitgeber dies, müssten bei einer möglichen betriebsbedingten Kündigung alle Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten im Betrieb berücksichtigt werden, sodass die Wirksamkeit einer Kündigung wesentlich erschwert wird.<sup>140</sup> Ferner sind die Grenzen des Direktionsrechtes des Arbeitgebers (§106 S.1 GewO) zu beachten. Der Arbeitgeber kann grundsätzlich nicht einseitig den Arbeitsort im Homeoffice festlegen (Verweis Kapitel D II 1).<sup>141</sup> Folglich bedarf es einer vertraglichen Vereinbarung.<sup>142</sup>

Hierbei ist es bei ausschließlicher Telearbeit sinnvoll, dass der Arbeitgeber auf die Vereinbarung eines Versetzungsvorbehaltes achtet, sodass es ihm möglich ist, die Arbeitnehmer bei Bedarf an einem anderen Ort einzusetzen.<sup>143</sup> Ein Bedarf könnte dadurch entstehen, dass die betriebliche Anwesenheit aufgrund eines Kundenmeetings gefordert oder ein Arbeitsplatzwechsel aufgrund technischer Probleme zwingend notwendig ist.<sup>144</sup>

Zu beachten ist, dass sofern es sich bei der entsprechenden Versetzungsklausel des Arbeitsvertrages um eine Allgemeine Geschäftsbedingung i.S.v. §305 Abs.1 S.1 BGB handelt, diese u.U. der Angemessenheitskontrolle nach §307 Abs.1 S.1 BGB unterliegt, wenn „die Vertragsauslegung [ergibt], dass sich der Arbeitgeber mit dem Versetzungsvorbehalt über § 106 GewO hinaus ein Recht zur Vertragsänderung vorbehält“.<sup>145</sup> Zur Beurteilung der Angemessenheit ist eine Interessenabwägung beider Vertragspartner durchzuführen und ein „(...) genereller, typisierender, vom Einzelfall losgelöster Maßstab anzulegen.“<sup>146</sup> Für die Angemessenheit der Klausel ist es nicht erforderlich, dass der Arbeitgeber Informationen zum Entfernungsradius und der Mindestankündigungsfrist in die Klausel aufnimmt.<sup>147</sup> Dennoch ist es empfehlenswert, eine Ankündigungsfrist bei Änderung des Arbeitsortes durch den Arbeitgeber festzulegen, da sich sowohl der Arbeitgeber als auch der Arbeitnehmer auf die neue Situation einstellen und gewisse Maßnahmen im Vorhinein treffen muss.<sup>148</sup> „Führt die Angemessenheitskontrolle zur Unwirksamkeit eines Versetzungsvorbehalts, so richtet sich der Inhalt des Vertrags gem. § 306 II BGB nach den gesetzlichen Vorschriften.“<sup>149</sup>

<sup>138</sup> Kamann, ArbRAktuell 4 (2016), 75 (76 f.); Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn.223.

<sup>139</sup> Kamann, ArbRAktuell 4 (2016), 75 (76); Richter, ArbRAktuell 7 (2019), 166 (167).

<sup>140</sup> Kamann, ArbRAktuell 4 (2016), 75 (76).

<sup>141</sup> LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 14.11.2018 –17 Sa 562/18, ArbRAktuell 2 (2019), 47.

<sup>142</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn.139.

<sup>143</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn.139.

<sup>144</sup> Kamann, ArbRAktuell 4 (2016), 75 (76).

<sup>145</sup> BAG, Urteil vom 25. 8. 2010 - 10 AZR 275/09, NZA 23 (2010), 1355 (1358).

<sup>146</sup> BAG, Urteil vom 25. 8. 2010-10 AZR 275/09, NZA 23 (2010), 1355 (1358).

<sup>147</sup> BAG, Urteil vom 13. 4. 2010-9 AZR 36/09, NJOZ 50 (2010), 2625 (2627).

<sup>148</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 141.

<sup>149</sup> BAG, Urteil vom 25. 8. 2010-10 AZR 275/09, NZA 23 (2010), 1355 (1358).



Bei alternierender Telearbeit sollten der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer vereinbaren, an welchen Wochentagen der Arbeitnehmer seine Arbeit in der Betriebsstätte des Arbeitgebers erbringen muss und an welchen Tagen er im Homeoffice arbeitet.<sup>150</sup>

Letztlich stellt sich noch die Frage, ob der Arbeitnehmer, falls er in einer gemieteten Wohnung/Haus lebt, das Einverständnis des Vermieters für das Arbeiten im Homeoffice benötigt. Zunächst ist fraglich, ob das Arbeiten im Homeoffice einen vertragswidrigen Gebrauch der Mietsache nach §541 BGB darstellt. Grundsätzlich wird die Mietsache zu Wohnzwecken vermietet.<sup>151</sup> Zweifelhaft ist deshalb, ob der Mieter in seiner Wohnung auch beruflich tätig werden darf. Laut Rechtsprechung des BGH fällt „unter den nach der Verkehrsanschauung zu bestimmenden Begriff des „Wohnens“ (...) nur solche beruflichen Tätigkeiten des Mieters, die in einer nicht nach außen in Erscheinung tretenden Weise ausgeübt werden.“<sup>152</sup>

Tritt der Mieter in seiner ausschließlich zu Wohnzwecken gemieteten Wohnung mit seiner beruflichen Tätigkeit nach außen in Erscheinung, so muss der Vermieter die Ausübung der beruflichen Tätigkeit in der Mietsache nicht billigen,<sup>153</sup> es sei denn, der Mieter kann beweisen, dass „(...) keine weitergehenden Einwirkungen auf die Mietsache oder Mitmieter ausgehen als bei einer üblichen Wohnnutzung.“<sup>154</sup>

Um Streitigkeiten zu verhindern, sollten der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer im Besonderen bei Tätigkeiten mit Außenwirkung die Zustimmung des Vermieters einholen und in die Homeoffice-Vereinbarung mitaufnehmen.<sup>155</sup>

#### 1. Anforderungen an die häusliche Arbeitsstätte

Für die Arbeit im Homeoffice sollten gewisse Anforderungen bzgl. der Gestaltung des Arbeitsplatzes erfüllt sein. Der Arbeitgeber sollte sich vergewissern, dass der heimische Arbeitsplatz des Arbeitnehmers den entsprechenden Vorgaben und Empfehlungen genügt.<sup>156</sup>

Für das Arbeiten im Homeoffice bedarf es zunächst „eine[s] ergonomisch geeigneten und ruhigen Arbeitsplatz[es] in der Wohnung.“<sup>157</sup> Grundsätzlich wird nicht zwischen den Anforderungen eines ergonomischen häuslichen Telearbeitsplatzes und eines ergonomischen Arbeitsplatzes im Betrieb des Arbeitgebers unterschieden.<sup>158</sup> Der Arbeitsraum sollte laut VBG-Empfehlungen belüftbar, beheizbar und genügend Tageslicht empfangen. Zudem sollten

<sup>150</sup> Kamann, ArbRAktuell 4 (2016), 75 (76).

<sup>151</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 210.

<sup>152</sup> BGH, Urteil vom 10. 4. 2013–VIII ZR 213/12, NJW 25 (2013), 1806.

<sup>153</sup> BGH, Urteil vom 10. 4. 2013 – VIII ZR 213/12, NJW 25 (2013), 1806; Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 211; Richter, ArbRAktuell 7 (2019), 166 (166 f.).

<sup>154</sup> BGH, Urt. v. 10. 4. 2013 – VIII ZR 213/12, NJW 25 (2013), 1806 (1807).

<sup>155</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 212; Richter, ArbRAktuell 7 (2019), 166 (166 f.).

<sup>156</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 145 f.

<sup>157</sup> Bruhn, Homeoffice und mobiles Arbeiten im Team effektiv umsetzen, 2020, S. 1.

<sup>158</sup> VBG-Broschüre, 24.04.2018, „Telearbeit – Gesundheit, Gestaltung, Recht“, [https://www.vbg.de/SharedDocs/Medien-Center/DE/Broschuere/Themen/Bildschirm\\_und\\_Bueroarbeit/Telearbeit.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=4](https://www.vbg.de/SharedDocs/Medien-Center/DE/Broschuere/Themen/Bildschirm_und_Bueroarbeit/Telearbeit.pdf?__blob=publicationFile&v=4); Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 145 f.

die Empfehlungen bzgl. der Größe der Arbeitsstelle, des Arbeitstisches und die Funktionen des ergonomischen Bürostuhls, sowie die Lage des Schreibtisches bei der Gestaltung des Homeoffice-Arbeitsplatzes berücksichtigt werden.<sup>159</sup>

Ferner wird zumeist für die Homeoffice-Tätigkeit ein „mobiler und stationärer Rechner mit passendem Zubehör“, eine „telefonische Erreichbarkeit“, eine „stabile Internetverbindung“, sowie „Softwarelösungen zur Kommunikation per Text, Sprache und Video“ benötigt.<sup>160</sup> Für die Auswahl des passenden Bildschirmgerätes sind die Maßnahmen zur Gestaltung von Bildschirmarbeitsplätzen unter Nr.6 des Anhangs zur ArbStättV zu beachten.<sup>161</sup>

Auch ist festzuhalten, dass sich tragbare Bildschirmgeräte wie z.B. Laptops und Tablets weniger für das Arbeiten im Homeoffice eignen.<sup>162</sup> Nach Nr.6.4 Abs.4 des Anhangs zur ArbStättV dürfen tragbare Bildschirmgeräte ohne Trennung zwischen Bildschirm und externem Eingabemittel (insbesondere Geräte ohne Tastatur) nur an Arbeitsplätzen betrieben werden, an denen die Geräte nur kurzzeitig verwendet werden oder an denen die Arbeitsaufgaben mit keinen anderen Bildschirmgeräten ausgeführt werden können. Eine andere Bewertung ist dann vorzunehmen, wenn die tragbaren Bildschirmgeräte mit alternativen Eingabemitteln (z.B. einer externen Tastatur) verbunden werden.<sup>163</sup>

Die genannten Anforderungen an die Gestaltung des Homeoffice-Arbeitsplatzes sollten von den Arbeitgebern dann berücksichtigt werden, wenn der Arbeitnehmer regelmäßig und auf unbestimmte Zeit im Homeoffice arbeitet.<sup>164</sup>

Über die Regelungen unter Nr.6 des Anhangs zur ArbStättV und der VBG-Empfehlungen hinaus, „sollten alle Mitarbeiter ausreichend in der Nutzung der Software sowie relevanten Sicherheitsthemen geschult sein.“<sup>165</sup> Es empfiehlt sich, dass der Mitarbeiter zusätzlich zu den Bildschirmgeräten mit „Webcam und Headset oder Mikrofon mit guter Tonqualität“<sup>166</sup> ausgestattet wird, um die Kommunikationsmöglichkeit und letztendlich den Kontakt zu Kollegen und Kunden zu verbessern. In diesem Zusammenhang bietet es sich für den Arbeitgeber an, die Möglichkeit der Nutzung von Telefon- und Videokonferenzen in den Betrieb zu integrieren.<sup>167</sup> Hierbei handelt es sich lediglich um Empfehlungen für die Ausstattung des Homeoffice-Arbeitsplatzes, die je nach Art der Tätigkeit mehr oder weniger erforderlich sind.

## 2. Arbeitgeber stellt Arbeitsmittel

---

<sup>159</sup> VBG-Broschüre, 24.04.2018, „Telearbeit – Gesundheit, Gestaltung, Recht“, [https://www.vbg.de/SharedDocs/Medien-Center/DE/Broschuere/Themen/Bildschirm\\_und\\_Bueroarbeit/Telearbeit.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=4](https://www.vbg.de/SharedDocs/Medien-Center/DE/Broschuere/Themen/Bildschirm_und_Bueroarbeit/Telearbeit.pdf?__blob=publicationFile&v=4), 19.10.2020; Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 145 f.

<sup>160</sup> Bruhn, Homeoffice und mobiles Arbeiten im Team effektiv umsetzen, 2020, S. 1.

<sup>161</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 150 ff.

<sup>162</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 151.

<sup>163</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 151.

<sup>164</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 146.

<sup>165</sup> Bruhn, Homeoffice und mobiles Arbeiten im Team effektiv umsetzen, 2020, S.2.

<sup>166</sup> Bruhn, Homeoffice und mobiles Arbeiten im Team effektiv umsetzen, 2020, S.11.

<sup>167</sup> Bruhn, Homeoffice und mobiles Arbeiten im Team effektiv umsetzen, 2020, S.25 ff.

Bedeutsam ist schließlich auch die Frage, ob der Arbeitgeber oder der Arbeitnehmer die oben aufgeführten Arbeitsmittel zur Verfügung stellen muss.

Der Arbeitnehmer schuldet dem Arbeitgeber nach §611a Abs.1 S.1 BGB die Erbringung der vom Arbeitgeber vorgegebenen Arbeitsleistung.<sup>168</sup> „Dagegen obliegt es dem Arbeitgeber, einen zur Leistungserbringung geeigneten funktionsgerechten Arbeitsplatz nebst erforderlicher Arbeitsmittel zur Verfügung zu stellen und auf eigene Kosten funktionstüchtig zu halten.“<sup>169</sup> Demgemäß ist grundsätzlich der Arbeitgeber verpflichtet, den Mitarbeiter mit entsprechenden Arbeitsmitteln auszustatten, sodass diesem die Arbeitsleistungserbringung möglich ist. Die Einrichtung des Homeoffice-Arbeitsplatzes impliziert die Büromöbel, die IT-Ausstattung sowie das Schreibmaterial. Die Arbeitsmittel müssen dabei den aufgeführten arbeitsschutzrechtlichen Anforderungen entsprechen. In der Praxis werden die Arbeitsmittel häufig nicht vollumfänglich vom Arbeitgeber gestellt, da der Arbeitnehmer beispielsweise ein Büro bereits privat eingerichtet hat, sodass z.B. die Büromöbel des Arbeitnehmers genutzt werden können.<sup>170</sup>

Im Falle, dass der Arbeitgeber die Arbeitsmittel dem Arbeitnehmer zur Verfügung stellt, sind einige Dinge zu beachten. Es ist zu empfehlen, dass der Arbeitgeber die Arbeitsmittel zur Einrichtung des Homeoffice-Arbeitsplatzes eigenständig beschafft und anschließend dem Arbeitnehmer zum Gebrauch überlässt.<sup>171</sup> Hierdurch bleibt der Arbeitgeber Eigentümer der Sachen.<sup>172</sup> Mithin ist es ihm auch möglich, die Privatnutzung der Arbeitsmittel für den Arbeitnehmer als auch seiner Familienangehörigen ausdrücklich in der Homeoffice-Vereinbarung auszuschließen.<sup>173</sup> Dies ist insbesondere aus haftungs- und datenschutzrechtlichen Gründen sinnvoll.<sup>174</sup> Zudem kann der Arbeitgeber als Eigentümer der Arbeitsmittel jederzeit deren Herausgabe verlangen. Zur Vermeidung von Problemen bei der Durchsetzung von Herausgabeansprüchen ist es ratsam, dass das Eigentum eindeutig zurechenbar ist.<sup>175</sup> Hier kann eine vom Arbeitnehmer unterzeichnete Inventarliste sowie die Kennzeichnung der Gegenstände mit Inventaretiketten helfen.<sup>176</sup> Diesbezüglich ist es sinnvoll, eine Herausgabeklausel zu vereinbaren, „(...) da diese klarstellt, dass der Arbeitnehmer nur Besitzdiener ist und ihm mit der Überlassung der Arbeitsmittel kein Besitzrecht eingeräumt wird.“<sup>177</sup> Hierbei kann gleichzeitig auch der Ort der Rückgabe festgelegt werden.<sup>178</sup>

### 3. Möglichkeit der Vereinbarung von „BYOD“

<sup>168</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 155.

<sup>169</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 155.

<sup>170</sup> Hoppe, Kramer IT-Arbeitsrecht, B Rn. 628.

<sup>171</sup> Hoppe, in Kramer IT-Arbeitsrecht, Rn. 629; Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 156.

<sup>172</sup> Hoppe, in Kramer IT-Arbeitsrecht, Rn. 629; Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 156.

<sup>173</sup> Hoppe, in Kramer IT-Arbeitsrecht, Rn. 629; Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 156.

<sup>174</sup> Hoppe, in Kramer IT-Arbeitsrecht, Rn. 629; Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 156, 162.

<sup>175</sup> Hoppe, in Kramer IT-Arbeitsrecht, 2017, Rn. 628.

<sup>176</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 156.

<sup>177</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 169.

<sup>178</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 169.

Demgegenüber können Arbeitgeber und Arbeitnehmer auch eine sog. „BYOD“-Lösung („Bring Your Own Device“) vereinbaren. Hierbei nutzt der Arbeitnehmer zur Erbringung seiner Arbeitsleistung Arbeitsmittel, die in seinem Eigentum stehen.<sup>179</sup> Eine „BYOD“-Lösung kann lediglich als Alternativmöglichkeit angeboten werden, da der Arbeitgeber grundsätzlich die Arbeitsmittel zur Verfügung zu stellen hat und dies nicht auf den Arbeitnehmer übertragen kann.<sup>180</sup>

Für eine „BYOD“-Lösung spricht, dass der Arbeitnehmer lediglich einen PC, einen Laptop oder ein Smartphone benötigt, sodass er diese sowohl in der Freizeit als auch für die berufliche Tätigkeit benutzen kann.<sup>181</sup> Folglich entsprechen die Geräte den persönlichen Vorstellungen der Arbeitnehmer und sind ihnen nicht unbekannt.<sup>182</sup> Ein weiterer Vorteil aus Sicht des Unternehmens liegt darin, dass durch die „BYOD-Lösung“ Kosten eingespart werden können. Einerseits fallen keine Anschaffungskosten an.<sup>183</sup> Andererseits ist es nicht zwingend erforderlich, eine IT-Abteilung einzurichten, die die Mitarbeiter bei technischen Fragen unterstützt.<sup>184</sup>

Gegen die „BYOD“-Lösung spricht, dass sie den Regulierungsaufwand für den Arbeitgeber erhöht.<sup>185</sup> Aufgrund der Tatsache, dass sich sowohl private als auch dienstliche Daten auf den Geräten des Arbeitnehmers befinden, stellt sich u.a. die Frage, wie einerseits die Betriebsgeheimnisse geschützt werden können und andererseits nicht in die Privatsphäre des Arbeitgebers eingegriffen werden kann. Bestimmte Programme können dies verhindern.<sup>186</sup> Unterlässt der Arbeitgeber die Nutzung solcher Programme zur Datentrennung, so „besteht die Gefahr der Überwachung und ggf. Löschung privater Daten durch den Arbeitgeber, was eine Datenerhebung nach Art.4 Nr.2 DS-GVO beinhaltet, die regelmäßig als rechtswidrig einzustufen ist.“<sup>187</sup> Ein weiteres Problem besteht bei der Nutzung von privaten Geräten bzgl. der in Art.32 Abs.1 DS-GVO/§64 BDSG verankerten Datensicherheit.<sup>188</sup> Zum einen ist der Schutz der Daten vor dem Zugriff Dritter schwierig zu gewährleisten.<sup>189</sup> Zum anderen können z.B. private Aktivitäten des Arbeitnehmers am betrieblich genutzten PC die Datensicherheit gefährden.<sup>190</sup> Folglich ist der Arbeitgeber bei der Einführung von „BYOD“ gezwungen, umfassend in die IT-Sicherheit zu investieren.<sup>191</sup> Sinnvoll sind beispielsweise Remote-Access-Lösungen, die einen „Fernzugriff auf das unternehmensinterne Datennetzwerk“<sup>192</sup> ermöglichen. Außerdem sollten die Mindestsicherheitsstandards in die Home-

<sup>179</sup> Raif/Nann, GWR 11 (2016), 221 (222).

<sup>180</sup> Hoppe, in Kramer IT-Arbeitsrecht, Rn. 683.

<sup>181</sup> Raif/Nann, GWR 11 (2016), 221 (222).

<sup>182</sup> Solmecke, in Kramer IT-Arbeitsrecht, 2029, Rn. 17.

<sup>183</sup> Hoppe, in Kramer IT-Arbeitsrecht, Rn. 677.

<sup>184</sup> Hoppe, in Kramer IT-Arbeitsrecht, Rn. 677.

<sup>185</sup> Kramer, IT-Arbeitsrecht, Rn. 678.

<sup>186</sup> Dury/Leibold, ZD-Aktuell 11 (2020), 04405; Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 176; Suwelack, ZD 11 (2020), 561 (563).

<sup>187</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 176.

<sup>188</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 177.

<sup>189</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 177; Suwelack, ZD 11 (2020), 561 (564).

<sup>190</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 177.

<sup>191</sup> Hoppe, in Kramer IT-Arbeitsrecht, Rn. 677; Suwelack, ZD 11 (2020), 561 (564).

<sup>192</sup> Hoppe, in Kramer IT-Arbeitsrecht, Rn. 679,

office-Vereinbarung mitaufgenommen werden, wie u.a. die „Verwendung von anspruchsvollen Passwörtern, [sowie die] Installation von Virenschutzsoftware und deren regelmäßige Aktualisierung.“<sup>193</sup>

Schließlich stellt sich die Frage, ob der Arbeitgeber bei berechtigtem Interesse (z.B. einer Pflichtverletzung des Arbeitnehmers) einen Herausgabeanspruch gegenüber den beruflich genutzten im Eigentum des Arbeitnehmers stehenden Arbeitsmitteln hat. Einen Herausgabeanspruch gem. §985 BGB besitzt der Arbeitgeber aufgrund fehlender Eigentumsstellung regelmäßig nicht.<sup>194</sup> Der Arbeitnehmer ist jedoch nach §667 BGB dazu angehalten, „(...) dienstliche Kontakte sowie sämtliche dienstliche Daten, die auf den zur Verfügung gestellten privaten Arbeitsmitteln gespeichert sind, an den Arbeitgeber zu übertragen.“<sup>195</sup> Hierbei ist die ausdrückliche Aufnahme dieser Herausgabepflicht in die Homeoffice-Vereinbarung ratsam.<sup>196</sup>

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die Sinnhaftigkeit der Entscheidung für oder gegen „BYOD“ im Betrieb von den jeweiligen Gegebenheiten des Einzelfalls sowie der Eigenart der Tätigkeit abhängt.<sup>197</sup> Ratsam ist, dass bei Tätigkeiten, die personenbezogene Daten verarbeiten, auf eine BYOD-Lösung verzichtet wird.<sup>198</sup>

#### IV. Kostentragung

##### 1. Aufwändungsersatzanspruch gem. §670 BGB

Wie bereits erwähnt, ist der Arbeitgeber grundsätzlich für die Einrichtung des Homeoffice-Arbeitsplatzes verantwortlich. Folglich ist er verpflichtet, die Kosten der Einrichtung zu tragen.<sup>199</sup> Übernimmt jedoch der Arbeitnehmer die Kosten für die Gestaltung des häuslichen Arbeitsplatzes, steht ihm ein gesetzlicher Kostenerstattungsanspruch zu.<sup>200</sup> „Macht ein Arbeitnehmer im Interesse des Arbeitgebers Aufwendungen die er für erforderlich halten durfte, ist der Arbeitgeber in entsprechender Anwendung des § 670 BGB zum Ersatz verpflichtet.“<sup>201</sup> Nach der Rechtsprechung versteht man unter Aufwendungen freiwillige Vermögensopfer, die im Interesse des Arbeitgebers erbracht werden.<sup>202</sup> Mithin stellt sich die

<sup>193</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 179.

<sup>194</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 180.

<sup>195</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 183.

<sup>196</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 183.

<sup>197</sup> Richter, ArbRAktuell 7 (2019), 166 (167).

<sup>198</sup> Dury/Leibold, ZD-Aktuell 11 (2020), 04405.

<sup>199</sup> Röller, in Küttner Personalbuch 2020, Rn. 10.

<sup>200</sup> BAG, Urteil vom 12. 4. 2011 – 9 AZR 14/10, NZA 2 (2012), 97.

<sup>201</sup> BAG, Urteil vom 12. 4. 2011 – 9 AZR 14/10, NZA 2 (2012), 97.

<sup>202</sup> BAG, Urteil vom 12. 4. 2011 – 9 AZR 14/10, NZA 2 (2012), 97.

Frage, welche Kosten vom Aufwendungsersatzanspruch gedeckt sind. Zum einen unterliegen die Anschaffungskosten dem Kostenerstattungsanspruch nach §670 BGB.<sup>203</sup> Darüber hinaus „(...) zählen auch die laufenden Kosten des Arbeitsplatzes, üblicherweise in Gestalt eines eingerichteten Büroarbeitsplatzes“<sup>204</sup>, dazu. Hierzu zählen u.a. die Instandsetzungs- und Wartungskosten von Kommunikationsmitteln, die Beleuchtung sowie die anteiligen Strom- und Heizkosten.<sup>205</sup> Schließlich sind auch anteilige Mietkosten Aufwendungen, die vom Arbeitgeber zu erstatten sind, sofern die berufliche Tätigkeit den „(...) Verzicht auf die Möglichkeit der eigenen Nutzung der Räumlichkeiten“<sup>206</sup> fordert. In diesem Zusammenhang hat das BAG einen Fall entschieden, bei dem eine Arbeitnehmerin ihren Homeoffice-Arbeitsplatz zusätzlich als „Lagerplatz“ für Arbeitsmaterialien nutzte.<sup>207</sup> Hierzu entschied das BAG, dass die „(...) Überlassung von eigenen Räumlichkeiten zu Gunsten des Auftraggebers ein Vermögensopfer ist“<sup>208</sup> und demnach Mietkosten anteilig vom Aufwendungsersatzanspruch gedeckt sind.

Zu beachten ist, dass der Aufwendungsersatzanspruch nach §670 BGB dann entfallen kann, wenn der Homeoffice-Arbeitsplatz zusätzlich zu der Möglichkeit besteht, Räume in der Betriebsstätte des Arbeitgebers zu nutzen. Hierbei ist davon auszugehen, dass das Interesse des Arbeitnehmers am Arbeiten im Homeoffice größer ist als das Interesse des Arbeitgebers.<sup>209</sup> Dies liegt laut Rechtsprechung z.B. dann vor, wenn sich ein Lehrer für das Vor- und Nachbereiten des Unterrichts einen Homeoffice-Arbeitsplatz einrichtet, obwohl ihm entsprechende Räumlichkeiten in der Schule zustehen.<sup>210</sup> Hier kommt laut BAG „(...) die Erstattung der durch die Einrichtung des häuslichen Arbeitszimmers entstehenden Kosten nur auf Grund einer Vereinbarung, nicht aber in entsprechender Anwendung des § 670 BGB in Betracht.“<sup>211</sup>

## 2. Vertragliche Ausgestaltung des Aufwendungsersatzanspruches

Mithin stellt sich die Frage, wie der Aufwendungsersatzanspruch vertraglich ausgestaltet werden kann. Ist der Arbeitsvertrag als AGB i.S.v. §305 Abs.1 S.1 BGB anzusehen, so wäre der vertragliche Ausschluss eines Aufwendungsersatzanspruches grundsätzlich eine unangemessene Benachteiligung i.S.d. §307 Abs.2 Nr.1 BGB und daher unwirksam.<sup>212</sup> Möglich ist aber die Vereinbarung einer Pauschalisierungsklausel.<sup>213</sup> Dabei zahlt der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer einen monatlichen Festbetrag.<sup>214</sup> Hierbei ist es ratsam, dass die vom Arbeitgeber zu erstatteten Aufwendungen (z.B. anteilige Heiz- und Stromkosten) präzise benannt werden, sodass die Festlegung der Höhe des Festbetrags transparent und

<sup>203</sup> Röller, Küttner Personalbuch 2020, Rn. 10.

<sup>204</sup> Hoppe, in Kramer, IT-Arbeitsrecht, Rn. 632.

<sup>205</sup> Hoppe, in Kramer, IT-Arbeitsrecht, Rn. 632; Röller, in Küttner Personalbuch 2020, Rn. 10.

<sup>206</sup> BAG, Urteil vom 14.10.2003 - 9 AZR 657/02, NZA 11 (2004), 604.

<sup>207</sup> BAG, Urteil vom 14. 10. 2003 - 9 AZR 657/02, NZA 11 (2004), 604.

<sup>208</sup> BAG, Urteil vom 14. 10. 2003 - 9 AZR 657/02, NZA 11 (2004), 604.

<sup>209</sup> BAG, Urteil vom 12. 4. 2011 – 9 AZR 14/10, NZA 2 (2012), 97.

<sup>210</sup> BAG, Urteil vom 12. 4. 2011 – 9 AZR 14/10, NZA 2 (2012), 97.

<sup>211</sup> BAG, Urteil vom 12. 4. 2011 – 9 AZR 14/10, NZA 2 (2012), 97.

<sup>212</sup> BAG, Urteil vom 14. 10. 2003 - 9 AZR 657/02, NZA11 (2004), 604; Koch, in Schaub ArbR-Hdb, §82 Rn. 19; Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 257; Koch, in Schaub ArbR-Hdb, §82 Rn. 19.

<sup>213</sup> Hoppe, in Kramer IT-Arbeitsrecht, Rn.635; Koch, in Schaub ArbR-Hdb, §82 Rn. 19.

<sup>214</sup> Hoppe, in Kramer IT-Arbeitsrecht, Rn.635; Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 257.

nachvollziehbar ist.<sup>215</sup> Die Kosten für Arbeitsutensilien (z.B. Kugelschreiber und Papier) als auch für die technischen Kommunikationsmittel (z.B. Telefongebühren) können einfach bestimmt werden, sodass „(...) keine Aufwandspauschale, sondern eine Erstattung der tatsächlich anfallenden Kosten vorzusehen [ist].“<sup>216</sup>

### 3. Fahrtkosten

Eine Regelung zu den Fahrtkosten sollte in der Homeoffice-Vereinbarung ausdrücklich getroffen werden.<sup>217</sup> Vereinbaren der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer ausschließliche Telearbeit, so ist der Fahrtweg auf Anordnung des Arbeitgebers zu einem anderen Arbeitsort (z.B. zum Kunden oder der Betriebsstätte des Arbeitgebers) als Dienstreise anzusehen.<sup>218</sup> Diese ist vom Aufwendungsersatzanspruch nach §670 BGB gedeckt, da der Arbeitnehmer „(...) allein im Interesse des Arbeitgebers [handelt], wenn er auf dessen Wunsch hin einen außerhalb des Homeoffice liegenden Arbeitsort aufsucht.“<sup>219</sup> Folglich hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer ihm dadurch entstehende Kosten zu erstatten.<sup>220</sup> Wird hingegen alternierende Telearbeit vereinbart, gilt sowohl die Betriebsstätte des Arbeitgebers als auch der häusliche Arbeitsplatz des Arbeitnehmers als vereinbarter Arbeitsort.<sup>221</sup> Mithin sind entsprechende Fahrten als Arbeitsweg anzusehen, die nicht vom Arbeitgeber zu erstatten sind.<sup>222</sup>

## V. Arbeitssicherheit und Arbeitsschutz

Des Weiteren ist der Arbeitgeber auch für den Bereich des Arbeits- und Gesundheitsschutzes im Homeoffice verantwortlich.<sup>223</sup> Dies ergibt sich einerseits aus der europäischen Rahmenvereinbarung vom 16.07.2002 und andererseits aus der in §618 Abs.1 BGB verankerten Generalklausel.<sup>224</sup> Demgemäß hat der Arbeitgeber auch für den Homeoffice-Arbeitsplatz Maßnahmen zu treffen, welche die Gesundheit des Arbeitnehmers schützen. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Arbeitnehmer den überwiegenden Teil seiner Arbeit im Homeoffice leistet.<sup>225</sup>

---

<sup>215</sup> Hoppe, in Kramer IT-Arbeitsrecht, Rn.635; Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 257.

<sup>216</sup> Hoppe, in Kramer IT-Arbeitsrecht, Rn. 636.

<sup>217</sup> Hoppe, in Kramer IT-Arbeitsrecht, Rn. 637; Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 271; Röller, in Küttner Personalbuch 2020, Homeoffice Rn. 12.

<sup>218</sup> Hoppe, in Kramer IT-Arbeitsrecht, Rn. 637

<sup>219</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 268.

<sup>220</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 268; Röller, in Küttner Personalbuch 2020, Rn. 12.

<sup>221</sup> Hoppe, in Kramer IT-Arbeitsrecht, Rn. 637; Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 269.

<sup>222</sup> Hoppe, in Kramer IT-Arbeitsrecht, Rn. 637; Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 269.

<sup>223</sup> Günther/Boglmüller, ArbRAktuell (8) 2020, 186 (187); Hoppe, in Kramer IT-Arbeitsrecht, Rn. 652; Krieger/Rudnik/Povedano Peramat, NZA 8 (2020), 473 (479).

<sup>224</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 343; Röller, Küttner Personalbuch 2020, Homeoffice Rn. 14.

<sup>225</sup> Hoppe, in Kramer IT-Arbeitsrecht, Rn. 652.

Die Schutzpflichten des Arbeitgebers finden sich in einer „(...) Vielzahl von Spezialgesetzen, Verordnungen und EU-Richtlinien“<sup>226</sup> wieder und werden dort näher bestimmt. Im Folgenden wird es insbesondere um die Vorschriften des Arbeitsschutzgesetzes (ArbSchG), der Betriebssicherheitsverordnung (BetrSichV), der Arbeitsstättenverordnung (ArbStättV) sowie der Bildschirmarbeitsverordnung (BildscharbV) gehen.

In dem Fall, in dem keine Sondervorschrift einschlägig ist, sind die Vorschriften §§3, 4 ArbSchG anzuwenden.<sup>227</sup> Darüber hinaus sind auch die im Gesetz verankerten Regelungen zum Arbeitszeitschutz (Verweis Kapitel E II 2 a und b) zu berücksichtigen.<sup>228</sup> Schließlich ist zu beachten, dass der Arbeitnehmer auch bei fehlender Regelung in der Homeoffice-Vereinbarung aufgrund §241 Abs.2 BGB verpflichtet ist, die arbeitsschutzrechtlichen Regeln zu befolgen.<sup>229</sup>

#### 1. Gefährdungsbeurteilung gem. § 5 ArbSchG

Nach §5 Abs.1 ArbSchG hat der Arbeitgeber durch eine Beurteilung Gefährdungsrisiken für Beschäftigte festzustellen. Da das ArbSchG nach §1 Abs.1 S.2 ArbSchG in allen Tätigkeitsbereichen Anwendung findet, unterliegt auch der Homeoffice-Arbeitsplatz der Pflicht zur Gefährdungsbeurteilung.<sup>230</sup> Dies ist gem. §5 Abs.2 ArbSchG nur dann nicht notwendig, wenn zwei gleichwertige Arbeitsbedingungen vorliegen. Gleiche Arbeitsbedingungen liegen regelmäßig im Betrieb und im heimischen Büro nicht vor.<sup>231</sup> Dies hat zur Folge, dass der Homeoffice-Arbeitsplatz einer eigenen Gefährdungsbeurteilung nach §5 ArbSchG unterliegt.<sup>232</sup> Ein Gefährdungsrisiko kann sich gem. §5 Abs.3 ArbSchG z.B. daraus ergeben, dass die Einrichtung des Arbeitsplatzes und die Auswahl der Arbeitsmittel nicht den arbeitsschutzrechtlichen Vorschriften entsprechen. Zudem zählen zu den Gefährdungsrisiken psychische und physische Belastungen des Arbeitnehmers.<sup>233</sup>

Die Besonderheit, dass sich der Homeoffice-Arbeitsplatz in der grundrechtlich geschützten Wohnung des Arbeitnehmers befindet, macht es für den Arbeitgeber schwierig, die für die Gefährdungsbeurteilung benötigten Informationen zu beschaffen.<sup>234</sup> Demzufolge ist fraglich, ob eine Besichtigung des Homeoffice-Arbeitsplatzes durch eine beauftragte Person des Arbeitgebers notwendig ist oder ob es ausreicht, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer lediglich befragt.<sup>235</sup> Hierzu besteht ein Meinungsstreit, der hochrichterlich noch nicht entschieden wurde.<sup>236</sup> Eine Ansicht folgt der Meinung, dass eine Besichtigung des Arbeitsplatz-

<sup>226</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 343.

<sup>227</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 344.

<sup>228</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 345.

<sup>229</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 345.

<sup>230</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 347.

<sup>231</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 347.

<sup>232</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 347.

<sup>233</sup> Krieger/Rudnik/Povedano Peramat, NZA 8 (2020), 473 (479); Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 348.

<sup>234</sup> Krieger/Rudnik/Povedano Peramat, NZA 8 (2020), 473 (479); Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 349.

<sup>235</sup> Hidalgo, NZA 21 (2019), 1449 (1454); Krieger/Rudnik/Povedano Peramat, NZA 8 (2020), 473 (479); Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 349.

<sup>236</sup> Hidalgo, NZA 21 (2019), 1449 (1454).



zes notwendig ist. Es wird angeführt, dass die Gefährdungsbeurteilung nicht auf den Arbeitnehmer übertragen werden kann.<sup>237</sup> Die andere Ansicht ist der Meinung, dass eine Begehung der Wohnung nicht erforderlich ist. Zum einen ist im Gesetz keine Formvorschrift verankert.<sup>238</sup> Zum anderen reiche auch eine Mitarbeiterbefragung aus, sofern der Arbeitnehmer dem Zutritt der Wohnung durch den Arbeitgeber nicht zustimmt.<sup>239</sup> Dabei hat der Arbeitgeber dafür Sorge zu tragen, dass er die Antworten möglichst konkret beim Arbeitnehmer nachfragt, damit diese als ausreichend gehaltvoll anzunehmen sind.<sup>240</sup> Bei der Befragung ist der Arbeitnehmer gem. §§ 15 Abs.1 S.1, 16 Abs.2 S.1 ArbSchG zur Mitwirkung verpflichtet.<sup>241</sup> Demnach kann der Arbeitgeber „(...) auf die Vollständigkeit und Richtigkeit der ihm vom Arbeitnehmer erteilten Auskünfte vertrauen, sofern diese nicht offensichtlich unrichtig oder widersprüchlich sind.“<sup>242</sup>

## 2. Unterweisung gem. § 12 ArbSchG

Eine weitere arbeitsschutzrechtliche Vorschrift sieht vor, dass der Arbeitgeber die Beschäftigten über Sicherheit und Gesundheitsschutz angemessen zu unterweisen hat (§12 Abs.1 S.1 ArbSchG). Dabei ist eine ausführliche Unterweisung aufgrund der geringeren Einflussnahmemöglichkeit im Homeoffice durch den Arbeitgeber von Vorteil. Die zuvor beschriebene Gefährdungsbeurteilung liefert die benötigten Informationen, auf der die Unterweisung aufzubauen ist.<sup>243</sup> Die Unterweisung sollte, präzise auf den Einzelfall bezogen, erfolgen.<sup>244</sup> Eine typische Unterweisung für die Tätigkeit im Homeoffice informiert beispielsweise über die ergonomische und gesundheitsfördernde Gestaltung des Homeoffice-Arbeitsplatzes.<sup>245</sup> Zudem ist u.a. auf die Einhaltung von Pausenzeiten hinzuweisen, um der Vermischung von Privatleben und Berufsleben entgegenzuwirken.<sup>246</sup>

## 3. Vorgaben nach der BetrSichV

Für das Arbeiten im Homeoffice gelten auch die arbeitsschutzrechtlichen Vorschriften der BetrSichV. Diese beziehen sich gem. §1 Abs.1 BetrSichV auf die Verwendung von Arbeitsmitteln im Allgemeinen, sodass von einer „(...) ortsunabhängigen Geltung“<sup>247</sup> und folglich von der Anwendung auf die Tätigkeiten im Homeoffice auszugehen ist. Gem. §2 Abs.1 BetrSichV werden in der BetrSichV lediglich die Arbeitsmittel erfasst, „(...) die für die Verrichtung einer Arbeitstätigkeit verwendet werden“<sup>248</sup>, wie z.B. der PC oder der Drucker.

<sup>237</sup> *Hidalgo*, NZA 21 (2019), 1449 (1454); *Müller*, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 350.

<sup>238</sup> *Müller*, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 351.

<sup>239</sup> *Hidalgo*, NZA 21 (2019), 1449 (1454); *Müller*, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 351.

<sup>240</sup> *Müller*, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 351.

<sup>241</sup> *Müller*, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 352.

<sup>242</sup> *Müller*, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 352.

<sup>243</sup> *Krieger/Rudnik/Povedano Peramat*, NZA 8 2020, 473 (479).

<sup>244</sup> *Krieger/Rudnik/Povedano Peramat*, NZA 8 2020, 473 (479).

<sup>245</sup> *Hidalgo*, NZA 21 (2019), 1449 (1454); *Krieger/Rudnik/Povedano Peramat*, NZA 8 2020, 473 (479); *Suwelack*, ZD 11 (2020), 561 (562).

<sup>246</sup> *Hidalgo*, NZA 21 (2019), 1449 (1454); *Krieger/Rudnik/Povedano Peramat*, NZA 8 2020, 473 (479); *Suwelack*, ZD 11 (2020), 561 (562).

<sup>247</sup> *Müller*, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 357.

<sup>248</sup> *Müller*, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 358.

Nach §5 Abs.4 BetrSichV ist der Arbeitgeber für die Sicherheit der Arbeitsmittel verantwortlich, die er selbst stellt (Verweis Kapitel E IV 2) sowie für die, die der Arbeitnehmer stellt, sofern er deren Verwendung zugestimmt hat. (Verweis Kapitel E IV 3).<sup>249</sup>

Die BetrSichV sieht eine Gefährdungsbeurteilung (§3 Abs.1 BetrSichV) und eine Unterweisung (§12 BetrSichV) vor. Diese verfolgen denselben Zweck und unterliegen demselben Ablauf wie die allgemeine Gefährdungsbeurteilung und Unterweisung nach dem ArbSchG.<sup>250</sup>

#### 4. Vorgaben nach der ArbStättV und BildscharbV

Schließlich finden auch die ArbStättV und die BildscharbV teilweise für den häuslichen Arbeitsplatz Anwendung. Seit der Novellierung der ArbStättV im Jahr 2016 sind die Inhalte der BildscharbV in die ArbStättV integriert.<sup>251</sup> Häusliche Arbeitsstätten unterliegen der ArbStättV jedoch nur dann, wenn der Arbeitgeber den Homeoffice-Arbeitsplatz einrichtet und der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer eine Vereinbarung über die rechtlichen Rahmenbedingungen zum Arbeiten im Homeoffice getroffen haben.<sup>252</sup> Dennoch ist auch bei Nichtvorliegen der beiden Voraussetzungen zu empfehlen, dass der Arbeitgeber aus eigenem Interesse „(...) die wesentlichen Anforderungen an die Gestaltung des häuslichen Arbeitsplatzes nach Nr.6 des Anhangs zur ArbStättV und [die] VBG-Empfehlungen“<sup>253</sup> beachtet (Verweis Kapitel E IV 1).

Homeoffice-Arbeitsplätze, die vollständig vom Arbeitgeber eingerichtet worden sind, unterliegen gem. §3 ArbStättV einer Gefährdungsbeurteilung und nach §6 ArbStättV einer Unterweisung, die im Besonderen auf eine sichere Arbeitsorganisation abzielt.<sup>254</sup>

Darüber hinaus gelten für Homeoffice-Tätigkeiten auch die Vorschriften der ArbMedVV zur arbeitsmedizinischen Vorsorge und zur Bildschirmarbeitsplatzbrille.<sup>255</sup> Dabei bestehen keine homeofficespezifischen Besonderheiten.

## VI. Haftung

### 1. Allgemeine Grundsätze der abgestuften Arbeitnehmerhaftung

Für das Arbeiten im Homeoffice im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses gelten bei der Verursachung von Schäden an den Arbeitsmitteln des Arbeitgebers durch den Arbeitnehmer die allgemeinen Grundsätze der abgestuften Arbeitnehmerhaftung.<sup>256</sup> Diese haben zur

<sup>249</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 358.

<sup>250</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 364.

<sup>251</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 366.

<sup>252</sup> Günther/Boglmüller, ArbRAktuell (8) 2020, 186 (187); Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 367.

<sup>253</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 370.

<sup>254</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 371.

<sup>255</sup> näheres hierzu vgl. Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 388.

<sup>256</sup> Heinkel, MHD ArbR Telearbeitsverhältnis, §201 Rn. 16; Kamann, ArbRAktuell 4 (2016), 75 (78); Schaub/Vogelsang, Arbeitsrechts-Handbuch, §164 Telearbeit Rn. 33.

Folge, dass der Arbeitnehmer bei leichter Fahrlässigkeit den Schaden nicht zu erstatten hat, bei mittlerer Fahrlässigkeit die Hälfte des Schadens zu tragen hat und bei grober Fahrlässigkeit bzw. Vorsatz den vollen Schaden übernehmen muss.<sup>257</sup> Die volle Übernahme des Schadens ist bei grober Fahrlässigkeit und Vorsatz dann ausgeschlossen, wenn das Einkommen des Arbeitnehmers „(...) in einem deutlichen Mißverhältnis zum Schadensrisiko der Tätigkeit steht.“<sup>258</sup> Grobe Fahrlässigkeit liegt bei der Tätigkeit im Homeoffice z.B. dann vor, wenn der Arbeitnehmer die betrieblichen Daten entgegen den Vorgaben des Arbeitgebers abspeichert und demnach gefährdet oder er den Schlüssel zur Wohnungstür und damit zum Homeoffice-Arbeitsplatz nicht ausreichend vor dem Zugriff Dritter schützt.<sup>259</sup>

Laut ständiger Rechtsprechung gelten die Grundsätze „(...) für alle Arbeiten, die durch den Betrieb veranlaßt sind und aufgrund eines Arbeitsverhältnisses geleistet werden, auch wenn diese Arbeiten nicht gefahrgeneigt sind.“<sup>260</sup> „Betrieblich veranlaßt sind dabei solche Tätigkeiten des Arbeitnehmers, die ihm arbeitsvertraglich übertragen worden sind oder die er im Interesse des Arbeitgebers für den Betrieb ausführt.“<sup>261</sup> Zur Abgrenzung, ob eine Tätigkeit betrieblich veranlasst ist, lässt sich ein Fall heranziehen, den das LAG Rheinland-Pfalz im Jahr 2015 entschied. Dabei hat ein Arbeitnehmer auf seinem dienstlich zur Verfügung gestellten Laptop im privaten Interesse eine Software heruntergeladen, die die Datensicherheit der betrieblichen Daten stark gefährdete.<sup>262</sup> Das LAG Rheinland-Pfalz entschied hierbei, dass das Herunterladen der Software keine betrieblich veranlasste Tätigkeit darstellte, sodass die Grundsätze der beschränkten Arbeitnehmerhaftung nicht angewendet wurden und der Arbeitnehmer den vollen Schaden zahlen musste.<sup>263</sup>

Der Arbeitgeber kann zur Förderung der Transparenz für beide Parteien ein Privatnutzungsverbot der von ihm zur Verfügung gestellten Arbeitsmittel vereinbaren.<sup>264</sup> Verstößt der Arbeitnehmer gegen dieses, so „(...) haftet [er] (..) verschärft nach zivilrechtlichen Regeln (§276 BGB), also uneingeschränkt bereits ab leichter Fahrlässigkeit.“<sup>265</sup> Hierzu ist jedoch notwendig, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer über die Tätigkeiten aufklärt, welche betrieblich veranlasst sind.<sup>266</sup> Es ist zu beachten, dass er hierbei nicht alle Schadensrisiken ausschließen und auf den Arbeitnehmer delegieren kann.<sup>267</sup>

In der Praxis bietet sich bei ausschließlicher Telearbeit eine versicherungsrechtliche Lösung in Form einer Haftpflichtversicherung an, die den Arbeitnehmer z.B. bei der Beschädigung

---

<sup>257</sup> BAG, Urteil vom 28.10.2010 – 8 AZR 418/09, JA 10 (2011), 785 (785f.); *Heinkel*, MHD ArbR Telearbeitsverhältnis, §201 Rn. 16; *Müller*, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 324.

<sup>258</sup> BAG, Urteil vom 12-10-1989 - 8 AZR 276/88, NJW 7 (1990), 468; *Heinkel*, MHD ArbR Telearbeitsverhältnis, §201 Rn. 16.

<sup>259</sup> *Müller*, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 324.

<sup>260</sup> BAG GS, Beschluss vom 27.09.1994 - GS 1/89, NZA 1994, 1083.

<sup>261</sup> BAG GS, Beschluss vom 27.09.1994 - GS 1/89, NZA 1994, 1083 (1086).

<sup>262</sup> LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 12.11.2015 - 5 Sa 10/15, MMR 8 (2016), 571.

<sup>263</sup> LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 12.11.2015 - 5 Sa 10/15, MMR 2016, 571 (572).

<sup>264</sup> *Müller*, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 326.

<sup>265</sup> *Müller*, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 326.

<sup>266</sup> *Müller*, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 326.

<sup>267</sup> *Müller*, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 327.

von Arbeitsmitteln befreit.<sup>268</sup> Außerdem ist es möglich, die Haftung für Arbeitnehmer auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu beschränken.<sup>269</sup>

## 2. Schadenshaftung Dritter

Die Tatsache, dass Dritte wie z.B. Familienangehörige, Partner oder Gäste des Arbeitnehmers leicht Zugriff auf den Homeoffice-Arbeitsplatz haben, führt zu der Frage, wie diese bei der Verursachung von Schäden an den Arbeitsmitteln des Arbeitgebers haften.<sup>270</sup>

In dem Fall, in dem ein Kollege den Arbeitnehmer besucht und bei einer betrieblich veranlassten Tätigkeit einen Schaden verursacht, ist die Rechtslage eindeutig. Hier findet der allgemeine Grundsatz der beschränkten Arbeitnehmerhaftung auch auf den vom Arbeitskollegen verursachten Schaden Anwendung.<sup>271</sup> Gleiches gilt nach überwiegend vertretener Meinung auch dann, wenn der Schaden durch den Arbeitnehmer und einen Dritten (z.B. Partner) gemeinsam verursacht worden ist.<sup>272</sup> Zu beachten ist, dass wenn „(...) die Schädigung unabhängig von der Telearbeit, zB durch Verrat verschaffter Betriebsgeheimnisse [erfolgt], (..) eine Haftungsbeschränkung nicht in Betracht [kommt].“<sup>273</sup>

Umstritten ist, wie die Haftungsfrage zu bewerten ist, wenn der Schaden allein durch einen Dritten verursacht worden ist.<sup>274</sup> Eine Ansicht folgt der Meinung, dass in einem solchen Fall keine Haftungserleichterung zugunsten des Dritten in Betracht kommt.<sup>275</sup> Eine weitere Ansicht ist der Meinung, dass bei der Verursachung des Schadens durch „(...) ein dem Haushalt angehörendes Familienmitglied (...) eine Haftungsbegrenzung nach dem Prinzip des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter [eingreift].“<sup>276</sup> Dafür spricht, dass der Arbeitnehmer nicht vermeiden kann, dass Mitbewohner Zugriff auf den in der Wohnung befindlichen Arbeitsplatz haben und dies dem Arbeitgeber bei Gewährung von Homeoffice auch bewusst ist.<sup>277</sup> Eine letzte Ansicht vertritt die Meinung, dass über die im Haushalt angehörenden Familienmitgliedern hinaus „(...) alle Personen in den Genuss der Haftungserleichterung kommen, die berechtigterweise Zugang zur Wohnung des Arbeitnehmers (...) haben.“<sup>278</sup>

<sup>268</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 332.

<sup>269</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 341.

<sup>270</sup> Kamann, ArbRAktuell 4 (2016), 75 (78); Schaub/Vogelsang, Arbeitsrechts-Handbuch, §164 Telearbeit Rn.33.

<sup>271</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 337; Schaub/Vogelsang, Arbeitsrechts-Handbuch, §164 Telearbeit Rn.33.

<sup>272</sup> Heinkel, MHdB ArbR Telearbeitsverhältnis, §201 Rn. 16; Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 335.

<sup>273</sup> Schaub/Vogelsang, Arbeitsrechts-Handbuch, §164 Telearbeit Rn. 33.

<sup>274</sup> Heinkel, MHdB ArbR Telearbeitsverhältnis, §201 Rn. 16; Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 338, Albrecht, NZA 23 (1996), 1240 (1245).

<sup>275</sup> Heinkel, MHdB ArbR Telearbeitsverhältnis, §201 Rn. 16; Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 338.

<sup>276</sup> Hoppe, in Kramer IT-Arbeitsrecht, Rn. 630.

<sup>277</sup> Hoppe, in Kramer IT-Arbeitsrecht, Rn. 630; Kamann, ArbRAktuell 4 (2016), 75 (78); Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 338; Schaub/Vogelsang, Arbeitsrechts-Handbuch, §164 Telearbeit Rn. 33.

<sup>278</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 338.

Letztlich ist es ratsam, dass der Arbeitgeber mögliche Dritte, die Zugriff auf den Homeoffice-Arbeitsplatz des Arbeitnehmers haben, vertraglich in die für den Arbeitnehmer bestehende Haftungsbeschränkung mitauführt.<sup>279</sup> Dadurch kann er die Bedenken aufgrund der noch nicht entschiedenen Rechtslage zur Haftung Dritter im Homeoffice minimieren.<sup>280</sup>

## VII. Datenschutz

### 1. Vorschriften der Datenschutzgrundverordnung (DS-GVO)

Die datenschutzrechtlichen Vorschriften müssen auch beim Arbeiten im Homeoffice eingehalten werden.<sup>281</sup> Hierbei ist es aufgrund der räumlichen Distanz zwischen beiden Parteien und der Tatsache, dass der Arbeitnehmer Daten in seiner grundrechtlich geschützten Wohnung verarbeitet, wichtig, dass sich entsprechende Regelungen auch in der Homeoffice-Vereinbarung wiederfinden.

Grundsätzlich bestehen keine datenschutzrechtlichen Besonderheiten beim Arbeiten im Homeoffice.<sup>282</sup> Hervorzuheben ist aber, dass der Arbeitgeber nach Art.4 Nr.7 DS-GVO „Verantwortlicher“ ist, wenn der Arbeitnehmer personenbezogene Daten i.S.v. Art.4 Nr.1 DS-GVO an seinem Homeoffice-Arbeitsplatz erhebt, verarbeitet oder nutzt.<sup>283</sup> Nach Art. 25 Abs.2 DS-GVO und Art 32 Abs.1 DS-GVO hat der Arbeitgeber als Verantwortlicher entsprechende geeignete technische und organisatorische Maßnahmen zum Schutz personenbezogener Daten zu ergreifen. Geeignete Maßnahmen des Arbeitgebers könnten u.a. eine Vereinbarung zur Zutrittskontrolle, zum Zugriff Dritter auf die betrieblichen Daten sowie die Nutzung datenschutzfördernder Programme sein.<sup>284</sup> Hierzu ist es sinnvoll, dass der Arbeitgeber über die Maßnahmen einzelfallabhängig, d.h. für jede Homeoffice-Tätigkeit einzeln entscheidet.<sup>285</sup>

Darüber hinaus finden die Vorschriften des BDSG für das Arbeiten im Homeoffice unterschiedslos zum Arbeiten in der Betriebsstätte des Arbeitgebers Anwendung.<sup>286</sup>

### 2. Technik und technische Hilfsmittel

Ferner gibt es eine Vielzahl von technischen Hilfsmitteln für den Arbeitgeber zur Förderung der Datensicherheit im Homeoffice. Ratsam ist zum einen, dass der PC bzw. Laptop vom

<sup>279</sup> Albrecht, NZA 1996, 1240 (1245); Kamann, ArbRAktuell 4 (2016), 75 (78); Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 340.

<sup>280</sup> Kamann, ArbRAktuell 4 (2016), 75 (78); Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 340.

<sup>281</sup> Hoppe, in Kramer IT-Arbeitsrecht, Rn. 642 ff.; Röller, in Küttner Personalbuch 2020, Rn. 17.

<sup>282</sup> Heinkel, MHD ArbR Telearbeitsverhältnis, §201 Rn. 17.

<sup>283</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 192; Röller, in Küttner Personalbuch 2020, Rn. 17; Suwelack, ZD 11 (2020), 561 (562).

<sup>284</sup> Althoff/Bauer/Bell/Kaufmann- Jirsa/Potthoff/Richter/Schaperdot, Betriebsratsarbeit in Zeiten von Corona, Rn. 106; Hoppe, in Kramer IT-Arbeitsrecht, Rn. 644; Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 193; Suwelack, ZD 11 (2020), 561 (562).

<sup>285</sup> Hoppe, in Kramer IT-Arbeitsrecht, Rn. 648.

<sup>286</sup> näheres hierzu vgl. Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 200 ff.; Wedde, NJW 8 (1999), 527 (533 f.)

Arbeitgeber bereitgestellt und die Privatnutzung ausgeschlossen wird.<sup>287</sup> Zum anderen bietet sich das Installieren von Sicherheitssoftware und Virenschutzprogrammen auf den dienstlich genutzten Geräten an.<sup>288</sup> Zur Vermeidung des Zugriffs Dritter auf den PC bzw. Laptop ist das Aktivieren einer Bildschirmsperre, die Nutzung von Blickschutzfiltern, Passwörtern, Token oder PIN zu empfehlen.<sup>289</sup> Auch sollten dienstliche Dokumente geschützt (z.B. in verschließbaren Schränken) aufbewahrt werden.<sup>290</sup> Außerdem ist es sinnvoll, dass der Zugriff auf das Unternehmensnetzwerk geschützt ist. Hier bietet sich beispielsweise ein VPN-Dienst, die „(...) Verschlüsselung der Verbindung [und] Authentifizierung [möglichst Zwei-Faktor Authentifizierung über Passwort und Zertifikat/SMS-PIN/OTP/Token]“<sup>291</sup> an.

Letztlich ist es sinnvoll, dass der Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern regelmäßig Schulungen bzw. Fortbildungen zur Thematik Datenschutz im Homeoffice anbietet, sodass diese im Umgang mit dienstlichen Daten sensibilisiert werden und folglich die Datensicherheit für den Arbeitgeber fördern können.<sup>292</sup>

### VIII. Kontroll- und Zutrittsrechte

Es bedarf der ausdrücklichen Zustimmung durch den Arbeitnehmer, damit der Arbeitgeber oder eine von ihm beauftragte Person die grundrechtlich geschützte Wohnung des Arbeitnehmers betreten darf.<sup>293</sup> Eine solche Zustimmung liegt nicht allein dadurch vor, dass der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer eine individualrechtliche Homeoffice-Vereinbarung geschlossen haben, in der das Zutrittsrecht verankert wurde.<sup>294</sup> Demgemäß benötigt der Arbeitgeber bei jedem Betreten der Wohnung des Arbeitnehmers eine erneute Zustimmung durch den Arbeitnehmer.<sup>295</sup> Eine unbegründete Verweigerung des Zutritts kann aber bei entsprechender Regelung in der Homeoffice-Vereinbarung arbeitsrechtliche Konsequenzen für den Arbeitnehmer haben.<sup>296</sup>

Sinnvoll ist, dass sich der Arbeitgeber aus arbeitsschutzrechtlichen und datenschutzrechtlichen Gründen ein Zutrittsrecht vorbehält, sodass er entsprechende Vorschriften erfüllen kann.<sup>297</sup> Darüber hinaus sollte der Arbeitgeber in der Homeoffice-Vereinbarung weitere Dritte ausdrücklich in den Kreis der zutrittsberechtigten Personen aufnehmen. Insbesondere ist zu empfehlen, dass der „(...) Arbeitgeber mit dem Arbeitnehmer ein Zutrittsrecht

<sup>287</sup> *Apel/Nägele/ Stolz/Thiele*, DER BETRIEB (30) 2020, 1553 (1558); *Bruhn*, IT-Sicherheit und Datenschutz, S.45.

<sup>288</sup> *Bruhn*, IT-Sicherheit und Datenschutz, S.45 ff.

<sup>289</sup> *Apel/Nägele/ Stolz/Thiele*, DER BETRIEB (30) 2020, 1553 (1557); *Bruhn*, IT-Sicherheit und Datenschutz, S.46.

<sup>290</sup> *Apel/Nägele/ Stolz/Thiele*, DER BETRIEB (30) 2020, 1553 (1557).

<sup>290</sup> *Apel/Nägele/ Stolz/Thiele*, DER BETRIEB (30) 2020, 1553 (1558).

<sup>291</sup> *Apel/Nägele/ Stolz/Thiele*, DER BETRIEB (30) 2020, 1553 (1558).

<sup>292</sup> *Apel/Nägele/ Stolz/Thiele*, DER BETRIEB (30) 2020, 1553 (1558); *Bruhn*, IT-Sicherheit und Datenschutz, S.46.

<sup>293</sup> *Kamann*, ArbRAktuell 4 (2016), 75 (78); *Röllner*, in *Küttner Personalbuch 2020*, Rn. 13;

*Schaub/Vogelsang*, Arbeitsrechts-Handbuch, §164 Telearbeit Rn. 30.

<sup>294</sup> *Röllner*, in *Küttner Personalbuch 2020*, Rn. 13.

<sup>295</sup> *Kamann*, ArbRAktuell 4 (2016), 75 (78); *Schaub/Vogelsang*, Arbeitsrechts-Handbuch, §164 Telearbeit Rn. 30.

<sup>296</sup> *Kamann*, ArbRAktuell 4 (2016), 75 (78); *Schaub/Vogelsang*, Arbeitsrechts-Handbuch, §164 Telearbeit Rn. 30.

<sup>297</sup> *Hoppe*, in *Kramer IT-Arbeitsrecht*, Rn. 656.

zugunsten des Betriebsrates [vereinbart], damit dieser seine Aufgaben aus der Betriebsverfassung erfüllen kann.“<sup>298</sup> Ferner ist es ratsam, dass auch der betriebliche Datenschutzbeauftragte in den Kreis der Zutrittsberechtigten Personen aufgenommen wird, sodass dieser „(...) Zutritt zu allen Arbeitsplätzen [hat], an denen eine personenbezogene Datenverarbeitung stattfindet“<sup>299</sup> und er demzufolge seine datenschutzrechtlichen Vorgaben erfüllen kann. Zu den weiteren Dritten, zu deren Gunsten das vertragliche Zutrittsrecht ausgestaltet werden könnte bzw. sollte, gehören u.a. der Betriebsarzt, die Gewerkschaft, der behördliche Datenschutzbeauftragte sowie sonstige Behörden.<sup>300</sup>

## IX. Vergütung des Arbeitnehmers

### 1. Arbeit im Homeoffice

Die Arbeit im Homeoffice wird genauso vergütet wie die Arbeit in der Betriebsstätte des Arbeitgebers (§611a Abs.2 BGB).<sup>301</sup> Es ist für beide Parteien empfehlenswert, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitszeit dokumentiert, sodass die Vergütung der geleisteten Arbeit für beide Seiten transparent ist.<sup>302</sup> Bzgl. der Vergütung von Überstunden und ungünstigen Arbeitszeitlagen sollte in der Homeoffice-Vereinbarung festgelegt werden, dass nur durch den Arbeitgeber angeordnete Überstunden vergütet werden und eine Zuschlagspflicht bei ungünstigen Arbeitszeitlagen ausgeschlossen ist.<sup>303</sup> Zusätzlich sollte noch festgelegt werden, „(...) inwieweit Fahrtzeiten als Arbeitszeit berücksichtigt werden“<sup>304</sup> und demnach vergütungspflichtig sind (Verweis Kapitel E IV 2).

### 2. Betriebsrisiko

Unter dem von der Rechtsprechung festgelegten Begriff des Betriebsrisikos ist zu verstehen, dass der Arbeitgeber das Risiko für das Führen seines Betriebes trägt.<sup>305</sup> Dies gilt auch für die Tätigkeit im Homeoffice.<sup>306</sup> Demzufolge behält der Arbeitnehmer entgegen dem arbeitsrechtlichen Grundsatz „Ohne Arbeit kein Lohn“ seinen Vergütungsanspruch (§615 S.1 BGB) auch dann, wenn Störungen des Betriebssystems dazu führen, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung nicht weiter im Homeoffice erbringen kann.<sup>307</sup> Der Vergütungsanspruch aus §615 S.1 BGB gilt nur dann nicht uneingeschränkt, „(...) wenn die Tätigkeit im Homeoffice aufgrund von Schäden bzw. Störungen unmöglich wird, die allein in der Sphäre des Arbeitnehmers liegen.“<sup>308</sup>

<sup>298</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 287.

<sup>299</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 299.

<sup>300</sup> näheres hierzu vgl. Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 281 ff.

<sup>301</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 236.

<sup>302</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 237.

<sup>303</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 240.

<sup>304</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 244.

<sup>305</sup> BAG, Urt. v. 23.9.2015 – 5 AZR 146/14, NZA 5 (2016), 293.

<sup>306</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 245.

<sup>307</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 245.

<sup>308</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 246.

Letztlich ist es sinnvoll, dass sich der Arbeitgeber in der Homeoffice-Vereinbarung vorbehält, den Arbeitnehmer bei Störungen temporär an einen anderen Arbeitsplatz versetzen zu können, sodass dieser seine Arbeitsleistung weiter erbringen kann.<sup>309</sup>

## X. Sozialversicherungsrecht

### 1. Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung

Beim Arbeiten im Homeoffice gilt bzgl. der Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung keine homeofficespezifische Besonderheit.<sup>310</sup> Es kommen die allgemeinen sozialversicherungsrechtlichen Bestimmungen zur Anwendung.<sup>311</sup>

### 2. Gesetzliche Unfallversicherung

Da der im Homeoffice tätige Arbeitnehmer ein Beschäftigter ist, unterliegt er gem. §2 Abs.1 Nr.1 SGB VII kraft Gesetz der gesetzlichen Unfallversicherung.<sup>312</sup> Diese übernimmt grundsätzlich die Behandlungskosten für den Arbeitnehmer, wenn dieser einen Arbeitsunfall i.S.v. §8 SGB VII erleidet.<sup>313</sup> Fraglich ist, wann ein solcher vorliegt. Gem. §8 Abs.1 SGB VII sind Arbeitsunfälle Unfälle von Versicherten infolge einer den Versicherungsschutz nach § 2, 3 oder 6 begründenden Tätigkeit. (versicherte Tätigkeit). Es ist immer die Frage zu stellen, ob der Arbeitnehmer die zum Unfall führende Verrichtung im betrieblichen Interesse ausgeübt hat oder ob es sich um eine private Verrichtung handelte.<sup>314</sup> Mithin ist immer die „(...) objektiv[e] Handlungstendenz des Arbeitnehmers zu prüfen.“<sup>315</sup>

Zur Veranschaulichung, wie Gerichte diese objektive Handlungstendenz des Arbeitnehmers prüfen, lassen sich zwei Fälle heranziehen.

In einem Fall aus dem Jahr 2012 ist eine im Homeoffice tätige Arbeitnehmerin auf dem Weg von ihrem Homeoffice-Arbeitsplatz zur Küche auf der Treppe gestürzt.<sup>316</sup> Sie wollte in der Küche Wasser holen.<sup>317</sup> Hier entschied das BSG, dass es sich bei dem zurückgelegten Weg der Arbeitnehmerin nicht um einen geschützten Betriebsweg handelte, da sie den Weg zur Küche „(...) nicht in unmittelbarem betrieblichen, sondern in eigenwirtschaftlichem Interesse zurückgelegt [hat].“<sup>318</sup>

In einem weiteren Fall aus dem Jahr 2018 ist eine im Homeoffice tätige Sales- und Keyaccount-Managerin auf dem Weg zu ihrem Homeoffice-Arbeitsplatz im Keller auf der Treppe

<sup>309</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 249.

<sup>310</sup> Albrecht, NZA 23 (1996), 1240 (1244); Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 426.

<sup>311</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 426.

<sup>312</sup> Hoppe, in Kramer IT-Arbeitsrecht, Rn. 657.

<sup>313</sup> Hoppe, in Kramer IT-Arbeitsrecht, Rn. 657.

<sup>314</sup> Müller, NZS 5 (2019), 177 (177).

<sup>315</sup> Müller, NZS 5 (2019), 177 (177).

<sup>316</sup> BSG, Urteil vom 5.7.2016 – B 2 U 5/15 R, NJW 7 (2017), 508.

<sup>317</sup> BSG, Urteil vom 5.7.2016 – B 2 U 5/15 R, NJW 7 (2017), 508.

<sup>318</sup> BSG, Urteil vom 5.7.2016 – B 2 U 5/15 R, NJW 7 (2017), 508 (510).



gestürzt.<sup>319</sup> Sie wollte in ihrem häuslichen Arbeitszimmer ihren Laptop anschließen, um mit ihrem Geschäftsführer zu telefonieren.<sup>320</sup> Hier entschied das BSG, dass in dem Herabsteigen der Treppe zum Homeoffice-Arbeitsplatz im Keller ein versicherter Betriebsweg und demnach ein Arbeitsunfall i.S.v. §8 SGB VII vorlag.<sup>321</sup> Hierbei war entscheidend, dass die Handlungstendenz der Arbeitnehmerin darauf gerichtet war, eine im betrieblichen Interesse zu verrichtende Tätigkeit auszuführen, in dem sie ihren Geschäftsführer anrufen wollte.<sup>322</sup>

Der in §8 Abs.2 SGB VII verankerte Versicherungsschutz bei einem sog. Wegeunfall findet für die Homeoffice-Tätigkeit grundsätzlich keine Anwendung, da dieser erst „(...) mit dem Durchschreiten der Außentür des Hauses, in dem sich die Wohnung des Arbeitnehmers befindet“<sup>323</sup> beginnt.

## XI. Betriebsverfassungsrecht

Das Betriebsverfassungsrecht ist sowohl bei der Ausgestaltung der individualvertraglichen Homeoffice-Vereinbarung als auch bei dem generellen Prozess der Einführung von Homeoffice im Betrieb in Form von Beteiligungsrechten des Betriebsrates zu berücksichtigen.

### 1. Anwendbarkeit des BetrVG

Das BetrVG findet gem. §5 Abs.1 S.1 BetrVG auch auf Telearbeiter Anwendung. Der Homeoffice-Arbeitsplatz ist als betrieblicher Arbeitsplatz i.S.d. BetrVG einzuordnen.<sup>324</sup> Laut ständiger Rechtsprechung ist „(...) der betriebsverfassungsrechtliche Betriebsbegriff nicht nur räumlich, sondern auch funktional zu verstehen“<sup>325</sup>, sodass auch der Mitarbeiter betriebszugehörig sein kann, dessen Arbeitsort nicht die Betriebsstätte des Arbeitgebers ist.<sup>326</sup> Für die Betriebszugehörigkeit eines Arbeitnehmers kommt es insbesondere darauf an, „(...) ob und wie Außenarbeitsplätze in die organisatorische Einheit "Betrieb" eingebunden sind, ob sie demselben arbeitstechnischen Zweck dienen und einer einheitlichen Leitungsmacht unterliegen.“<sup>327</sup> Dies liegt im Regelfall vor, es sei denn, dass der im Homeoffice tätige Arbeitnehmer „(...) als Selbständiger oder freier Mitarbeiter anzusehen ist.“<sup>328</sup>

Im Grundsatz kann der Betriebsrat aufgrund der im Grundgesetz verankerten Unternehmensfreiheit (Art.12, 14 GG) „(...) weder die Einführung von Homeoffice-Arbeitsplätzen erzwingen, noch deren Abschaffung verhindern“.<sup>329</sup> Er ist aber bei der Ausgestaltung der

<sup>319</sup> BSG, Urteil vom 27.11.2018 – B 2 U 28/17 R, ArbRAktuell 8 (2019), 203.

<sup>320</sup> BSG, Urteil vom 27.11.2018 – B 2 U 28/17 R, ArbRAktuell 8 (2019), 203.

<sup>321</sup> BSG, Urteil vom 27.11.2018 – B 2 U 28/17 R, ArbRAktuell 8 (2019), 203.

<sup>322</sup> BSG, Urteil vom 27.11.2018 – B 2 U 28/17 R, ArbRAktuell 8 (2019), 203.

<sup>323</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn.436.

<sup>324</sup> Albrecht, NZA 23 (1996), 1240 (1243); Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn.533.

<sup>325</sup> Röller, Küttner in Personalbuch 2020, Rn.19.

<sup>326</sup> BAG, Beschluß vom 29.01.1992 - 7 ABR 27/91, NZA 19 (1992), 894 (897);

<sup>327</sup> Albrecht, NZA 23 (1996), 1240 (1243);

<sup>328</sup> Albrecht, NZA 23 (1996), 1240 (1243).

<sup>329</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 551.

individualrechtlichen Homeoffice-Vereinbarung einzubeziehen und es sind ihm zustehende Beteiligungsrechte bei der Einführung von Homeoffice zu berücksichtigen.<sup>330</sup>

## 2. Planungsphase

In der Planungsphase, d.h. in der Phase, in der der Arbeitgeber in ernsthafter Weise über die Einführung von Homeoffice „(...) nicht nur vereinzelt, sondern in einem gewissen Umfang bzw. in einer gewissen Regelmäßigkeit (...)“<sup>331</sup> im Betrieb nachdenkt, ist es ratsam, den Betriebsrat zu beteiligen. Hierbei stehen ihm verschiedene Informations-, Beratungs- und Vorschlagsrechte zu, die bei der Einführung von Homeoffice zu beachten sind.<sup>332</sup>

Der Betriebsrat besitzt gem. §92a BetrVG das Vorschlagsrecht zur Beschäftigungssicherung im Betrieb, welches er nutzen kann, um die Einführung von Homeoffice vorzuschlagen.<sup>333</sup> Jedoch enthält laut Rechtsprechung §92a BetrVG „(...) kein erzwingbares Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats, sondern lediglich eine Verpflichtung für den Arbeitgeber, mit dem Betriebsrat über Vorschläge zur Beschäftigungssicherung zu beraten.“<sup>334</sup>

Darüber hinaus ist der Betriebsrat gem. §80 Abs.2 BetrVG und §90 Abs.1 BetrVG über die Pläne des Arbeitgebers bzgl. der Einführung von Homeoffice zu unterrichten.<sup>335</sup> Dabei muss die Unterrichtung rechtzeitig und umfassend erfolgen, sodass es dem Betriebsrat möglich ist, sich aktiv bei der Gestaltung des neuen Arbeitsmodells einzubringen.<sup>336</sup> Da die Einführung von Homeoffice auch regelmäßig personelle Maßnahmen einschließt, ist der Betriebsrat auch gem. §92 BetrVG zu unterrichten.<sup>337</sup> Dabei geht es beispielsweise um das Verhältnis zwischen häuslichen -und betrieblichen Arbeitsplätzen und der Frage, durch wen und an welchen Tagen entsprechende Arbeitsplätze besetzt werden sollen.<sup>338</sup>

Schließlich kann u.U. bei der Einführung von Homeoffice im großen Rahmen eine Betriebsänderung i.S.v. §111 BetrVG vorliegen.<sup>339</sup> Für das Vorliegen einer Betriebsänderung müssen gewisse Schwellenwerte in Bezug auf die Anzahl der im Homeoffice tätigen Arbeitnehmer überschritten werden.<sup>340</sup> Demnach ist festzuhalten, dass der Arbeitgeber bei der Einführung von Homeoffice im großen Umfang berücksichtigen muss, dass u.U. „(...) der Betriebsrat das Bestehen von Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechten aus §111f. BetrVG prüf[t] und diese im Einzelfall geltend mach[t]“.<sup>341</sup>

<sup>330</sup> Röller, in Küttner Personalbuch 2020, Rn. 19.

<sup>331</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 552.

<sup>332</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 575.

<sup>333</sup> BeckOK ArbR/Mauer BetrVG § 92a Rn. 1; Schöllmann, NZA-Beilage 2 (2019), 81 (84).

<sup>334</sup> LAG Hamm, Beschluss vom 20.03.2009 - 10 TaBV 17/09, FD-ArbR 47 (2009), 293517.

<sup>335</sup> ErfK/Kania BetrVG § 80 Rn. 17-23; Schöllmann, NZA-Beilage 2 (2019), 81 (84); Schulze/Ratzesberger, ArbRAktuell 5 (2016), 109 (110).

<sup>336</sup> ErfK/Kania BetrVG § 80 Rn. 19; Schulze/Volk, ArbRAktuell 17 (2019), 404 (405).

<sup>337</sup> Hoppe, in Kramer IT-Arbeitsrecht, Rn. 674; Schulze/Ratzesberger, ArbRAktuell 5 (2016), 109 (111).

<sup>338</sup> Hoppe, in Kramer IT-Arbeitsrecht, Rn. 674; Schulze/Ratzesberger, ArbRAktuell 5 (2016), 109 (111).

<sup>339</sup> Schmechel, NZA 5 (2004), 237 (239).

<sup>340</sup> näheres hierzu vgl. Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 571 f.

<sup>341</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 574.

### 3. Einführungs- und Durchführungsphase

In der Phase, in der der Arbeitgeber Homeoffice tatsächlich im Betrieb ein- und durchführt, kommen für den Betriebsrat weitere Beteiligungsrechte in Betracht, die teils umfassendere Rechte implizieren als in der Planungsphase und teils bei der individualvertraglichen Homeoffice-Vereinbarung zu berücksichtigen sind.<sup>342</sup>

#### a) Mitbestimmungsrechte in personellen Angelegenheiten

Dem Betriebsrat stehen in der Einführungs- und Durchführungsphase Mitbestimmungsrechte in personellen Angelegenheiten zu. Die Erläuterung aller Mitbestimmungsrechte würde zu weit führen, sodass hier lediglich auf einzelne Rechte des Betriebsrates eingegangen wird.

Aufgrund §99 Abs.1 BetrVG bedarf es bei der Einstellung von im Homeoffice tätigen Arbeitnehmern und der Versetzung von Arbeitnehmern aus dem Betrieb ins Homeoffice der Zustimmung des Betriebsrates.<sup>343</sup> Diese kann der Betriebsrat aus den in §99 Abs.2 BetrVG genannten Gründen verweigern. Eine Verweigerung der Zustimmung kommt z.B. gem. §99 Abs.2 Nr.1 BetrVG dann in Betracht, wenn eine Grundrechtsverletzung in Form einer Ungleichbehandlung vorliegt (Art.3 Abs.1 GG), indem lediglich ein Arbeitnehmer ohne berechtigten Grund nicht im Homeoffice arbeiten darf.<sup>344</sup>

In dem Fall, in dem der Arbeitgeber Homeoffice mittels einer Änderungskündigung einführen möchte, (Verweis Kapitel D II 2) ist der Betriebsrat gem. §102 Abs.1 BetrVG anzuhören.<sup>345</sup> Hierbei steht dem Betriebsrat aus den in §102 Abs.3 BetrVG genannten Gründen ein Widerspruchsrecht zu.

Letztlich hat der Betriebsrat während der Einführungs- und Durchführungsphase gem. §80 Abs.1 Nr.1 BetrVG die allgemeine Aufgabe, darüber zu wachen, dass die zugunsten der Arbeitnehmer geltenden Gesetze, Verordnungen, Unfallverhütungsvorschriften, Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen durchgeführt werden. Dies impliziert die Überwachung der Einhaltung der Unterrichtungspflichten aus §81 BetrVG, der Informationsrechte aus §82 BetrVG sowie der Vorgaben des Arbeits- und Gesundheitsschutzes (Verweis Kapitel E V).<sup>346</sup>

<sup>342</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 575.

<sup>343</sup> Krieger/Rudnik/Povedano Peramato, NZA 8 (2020), 473 (477); Schmechel, NZA 5 (2004), 237 (240); Schulze/Ratzesberger, ArbRAktuell 5 (2016), 109 (112).

<sup>344</sup> Schmechel, NZA 5 (2004), 237 (240); Schulze/Ratzesberger, ArbRAktuell 5 (2016), 109 (112).

<sup>345</sup> Schmechel, NZA 5 (2004), 237 (241); Schulze/Ratzesberger, ArbRAktuell 5 (2016), 109 (112).

<sup>346</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 602.

## b) Mitbestimmungsrechte gem. §87 Abs.1 BetrVG in sozialen Angelegenheiten

Die nachfolgend genannten Mitbestimmungsrechte nach §87 Abs.1 BetrVG mit Ausnahme des §87 Abs.1 Nr.6 BetrVG sind nur bei Vorliegen eines kollektiven Bezugs zu berücksichtigen.<sup>347</sup> Mithin können die entsprechenden Regelungen, die nur für einen Homeoffice-Arbeitsplatz gelten sollen (z.B. in Form einer individualvertraglichen Homeoffice-Vereinbarung) mitbestimmungsfrei getroffen werden.<sup>348</sup> „[Werden] generelle Regelungen für mehrere Homeoffice-Arbeitsplätze eines Betriebes aufgestellt (...)“<sup>349</sup> sind die in §87 Abs.1 BetrVG verankerten zwingenden Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates bei der Durchführung von Homeoffice durch den Arbeitgeber zu berücksichtigen.<sup>350</sup> Dadurch kann bei kollektivem Bezug weder die eine noch die andere Partei ohne beiderseitigem Einverständnis eine Entscheidung oder Maßnahme über die in §87 Abs.1 BetrVG aufgeführten sozialen Angelegenheiten beschließen.<sup>351</sup> Darüber hinaus kann der Betriebsrat selbst die Initiative ergreifen und „(...) vom Arbeitgeber verlangen, dass eine Maßnahme, die dem zwingenden Mitbestimmungsrecht unterliegt, beschlossen und durchgeführt wird.“<sup>352</sup>

Der Betriebsrat ist gem. §87 Abs.1 Nr.1 BetrVG dann einzubeziehen, wenn es um „(...) die Aufstellung von Verhaltensregeln [geht], die das sogenannte Ordnungsverhalten im Homeoffice betreffen.“<sup>353</sup> Zu den Verhaltensregeln zählen u.a. Regelungen zum Zutrittsrecht oder zur Privatnutzung der Arbeitsmittel.<sup>354</sup>

Mitbestimmungspflichtig sind auch gem. §87 Abs.1 Nr.2,3 BetrVG Regelungen zur Arbeitszeit. Der Arbeitgeber und der Betriebsrat könnten zur Vermeidung der Risiken bzgl. selbstbestimmter Arbeitszeit z.B. bestimmte Kernarbeitszeiten festlegen.<sup>355</sup> Darüber hinaus könnten sie die Zugangszeiten auf das Unternehmensnetzwerk auf gewisse, mit der Kernarbeitszeit übereinstimmende, Zeiträume beschränken.<sup>356</sup>

Ferner ist das Mitbestimmungsrecht aus §87 Abs.1 Nr.6 BetrVG bzgl. der Einführung verhaltensüberwachender technischer Einrichtungen bei der Durchführung von Homeoffice relevant.<sup>357</sup> Insbesondere im Homeoffice werden „(...) regelmäßig moderne Datenverarbeitungs- und Kommunikationstechnologien [verwendet], die potentiell zur Leistungs- und

---

<sup>347</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 584.

<sup>348</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 584.

<sup>349</sup> Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 584.

<sup>350</sup> BeckOK ArbR/Werner, BetrVG, § 87 Rn. 1-211; Schulze/Ratzesberger, ArbRAktuell 5 (2016), 109 (110).

<sup>351</sup> BeckOK ArbR/Werner, BetrVG, § 87 Rn. 1-211; Schulze/Ratzesberger, ArbRAktuell 5 (2016), 109 (110).

<sup>352</sup> Schulze/Ratzesberger, ArbRAktuell 5 (2016), 109 (110).

<sup>353</sup> Hoppe, in Kramer IT-Arbeitsrecht, Rn. 669.

<sup>354</sup> Hoppe, in Kramer IT-Arbeitsrecht, Rn. 669; Richter, ArbRAktuell 6 (2019), 142 (144).

<sup>355</sup> Hoppe, in Kramer IT-Arbeitsrecht, Rn. 670; Schulze/Ratzesberger, ArbRAktuell 5 (2016), 109 (110).

<sup>356</sup> Schulze/Ratzesberger, ArbRAktuell 5 (2016), 109 (110).

<sup>357</sup> Hoppe, in Kramer IT-Arbeitsrecht, Rn. 667; Röller, in Küttner Personalbuch 2020, Rn. 20; Schulze/Ratzesberger, ArbRAktuell 5 (2016), 109 (111).

Verhaltenskontrolle genutzt werden können.<sup>358</sup> Ausreichend ist hierbei, dass die technische Einrichtung objektiv geeignet ist, das Verhalten des Arbeitnehmers zu überwachen.<sup>359</sup> Vor einer derartigen Überwachung soll der Arbeitnehmer geschützt werden, sodass der Betriebsrat der Einführung und Anwendung solcher technischer Überwachungseinrichtungen zustimmen muss.<sup>360</sup>

Darüber hinaus gelten auch die Mitbestimmungsrechte aus §87 Abs.1 Nr. 7, 10 und 11 BetrVG für die Einführungs- und Durchführungsphase von Homeoffice im Betrieb, sofern ein kollektiver Bezug vorliegt.<sup>361</sup> Dabei bestehen grundsätzlich keine homeofficespezifischen Besonderheiten.

## XII. Anwendbare Tarifverträge bzw. Betriebsvereinbarungen

Bedeutsam ist auch die Frage, ob die Parteien des Arbeitsvertrages tarifvertragliche oder sonstige Betriebsvereinbarungen bzgl. der Ausgestaltung einer Homeoffice-Tätigkeit treffen können.

### 1. Regelungsbefugnis der Betriebsparteien

Grundsätzlich können der Arbeitgeber und der Betriebsrat auch eine Betriebsvereinbarung beschließen, in der „(...) die Rahmenbedingungen und Durchführungsmodalitäten einer Homeoffice-Tätigkeit (...) verankert werden.“<sup>362</sup> Dies ist für den Arbeitgeber ratsam, da er mit einer entsprechenden Betriebsvereinbarung, die beim Abschluss einer individualrechtlichen Homeoffice-Vereinbarung zu beachtenden oben aufgeführten Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates, berücksichtigt.<sup>363</sup> Außerdem erspart sich der Arbeitgeber durch den Abschluss einer Betriebsvereinbarung, die gem. §77 Abs.4 BetrVG unmittelbar und zwingend gilt, den Aufwand, individualvertragliche Lösungen mit jedem einzelnen Arbeitnehmer auszuarbeiten.<sup>364</sup> Schließlich spricht für eine Betriebsvereinbarung, dass diese im Gegensatz zu der individualrechtlichen Homeoffice-Vereinbarung „(...) ausdrücklich vom Anwendungsbereich des AGB-Rechts ausgenommen [ist], so dass die strengen Vorgaben zur Inhaltskontrolle von Formularbedingungen nach §§ 305 ff. BGB (...) auf Betriebsvereinbarungen keine Anwendung finden.“<sup>365</sup>

### 2. Tarifvorbehalt und Tarifvorrang

<sup>358</sup> *Schulze/Ratzesberger*, ArbRAktuell 5 (2016), 109 (111).

<sup>359</sup> *Albrecht*, NZA 23 (1996), 1240 (1244); *Hoppe*, in *Kramer IT-Arbeitsrecht*, Rn. 667; *Schulze/Ratzesberger*, ArbRAktuell 5 (2016), 109 (111).

<sup>360</sup> *Krause*, NZA-Beilage 2 (2019), 86 (94).

<sup>361</sup> *Müller*, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 584.

<sup>362</sup> *Krieger/Rudnik/Povedano Peramato*, NZA 8 (2020), 473 (477); *Müller*, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 613.

<sup>363</sup> *Hoppe*, in *Kramer IT-Arbeitsrecht*, Rn.665; *Müller*, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 620

<sup>364</sup> *Hoppe*, in *Kramer IT-Arbeitsrecht*, Rn.665; *Müller*, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 620.

<sup>365</sup> *Hoppe*, in *Kramer IT-Arbeitsrecht*, Rn. 665.

Bei der Ausarbeitung einer Betriebsvereinbarung ist sowohl der in §77 Abs.3 S.1 BetrVG verankerte Tarifvorbehalt als auch der speziellere in §87 Abs.1 BetrVG verankerte Tarifvorrang zu beachten, die die Regelungsbefugnis der Betriebsparteien beim Abschluss einer Betriebsvereinbarung einschränken können.<sup>366</sup>

### XIII. Streitigkeiten/zuständiges Gericht

#### 1. Gerichtsstand

Fraglich ist, welcher Gerichtsstand für im Homeoffice tätige Arbeitnehmer bei Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis zuständig ist. Es besteht für den Arbeitnehmer Wahlfreiheit zwischen dem allgemeinen Gerichtsstand des Arbeitgebers und dem besonderen Gerichtsstand des Arbeitsortes.<sup>367</sup> Ist der Arbeitgeber eine natürliche Person, so knüpft der allgemeine Gerichtsstand an dessen Wohnsitz, ist er eine juristische Person, so knüpft er an den Geschäftssitz an.<sup>368</sup> Mit dem besonderen Gerichtsstand des Arbeitsortes ist gem. §48 Abs.1a S.2 ArbGG das Arbeitsgericht zuständig, von dessen Bezirk aus der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet oder zuletzt gewöhnlich verrichtet hat. Laut Rechtsprechung genügt zur Begründung des Gerichtsstandes nach §48 Abs.1a S.2 ArbGG, dass der häusliche Arbeitsplatz zur Nach- und Vorbereitung genutzt wird.<sup>369</sup> „Einen bestimmten Mindestumfang muss die am Wohnort verrichtete Tätigkeit nicht haben.“<sup>370</sup>

## F. Muster Homeoffice-Vereinbarung

Die nachfolgenden Regelungen können als Muster für den Abschluss einer Homeoffice-Vereinbarung herangezogen werden. Dabei werden die im Hauptteil dieser Bachelorarbeit beschriebenen rechtliche Probleme aufgegriffen. Die nachfolgenden Klauseln gewährleisten eine rechtssichere Umsetzung für die Praxis. Hierbei geht es ausschließlich um homeofficespezifische Regelungen, alle anderen Vertragsbestandteile eines Arbeitsvertrages (z.B. Vergütung, Urlaub, etc.) bleiben unberücksichtigt.<sup>371</sup>

Zu beachten ist noch, dass eine Homeoffice-Vereinbarung als Arbeitsvertrag bei mehrfacher Verwendung gem. §310 Abs.4 S.2 BGB einer AGB-Kontrolle unterliegt.

<sup>366</sup> näheres hierzu vgl. *Müller*, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §3 Rn. 614 f.

<sup>367</sup> *Hoppe*, in Kramer IT-Arbeitsrecht, Rn. 663.

<sup>368</sup> *Hoppe*, in Kramer IT-Arbeitsrecht, Rn. 663.

<sup>369</sup> ArbG Oldenburg, Beschluss vom 30. 9. 2009 - 4 Ca 346/09, NZA 9 (2010), 527; LAG Hessen, Beschluss vom 26.08.2008 - 4 Ta 308/08, FD-ArbR 39 (2008), 267790.

<sup>370</sup> LAG Hessen, Beschluss vom 26.08.2008 - 4 Ta 308/08, FD-ArbR 39 (2008), 267790.

<sup>371</sup> zu ähnlichen Formulierungen *Hoppe*, in Kramer IT-Arbeitsrecht, Rn. 676; *Müller*, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, Rn. 705 ff.; MVHdB/Rücker, Arbeitsvertrag über Telerbeit/Homeoffice, Anm.1.

## §1 Beginn und Dauer des Arbeitsverhältnisses

(1) Das Arbeitsverhältnis wird auf unbestimmte Zeit geschlossen. Die Arbeitsleistungserbringung in einer häuslichen Arbeitsstätte ist befristet bis einschließlich \_\_\_\_.

## §2 Tätigkeit

Der Arbeitnehmer wird als \_\_\_\_ eingestellt und ist im Besonderen für \_\_\_\_ zuständig. Der Arbeitnehmer unterliegt während seiner Arbeitsleistungserbringung den Weisungen seiner Vorgesetzten. Der Arbeitgeber behält sich vor, den Arbeitnehmer aufgrund im Betrieb liegender Gründe unter Berücksichtigung des Arbeitnehmerinteresses über die vereinbarte Arbeit hinausgehende, gleichwertige Arbeitsaufgaben übertragen zu können, sofern diese mit seinen Kompetenzen übereinstimmen.

## §3 Arbeitsort

### (1) Var. a) Ausschließliche Telearbeit

Der Arbeitnehmer erbringt seine Arbeitsleistung ausschließlich im Homeoffice, d.h. in einer häuslichen Arbeitsstätte.

Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, bei betrieblichem Bedarf (z.B. betriebliche Anwesenheit bei Kundenmeeting) ausnahmsweise in einer Betriebsstätte seine Arbeitsleistung zu erbringen, sofern der Arbeitgeber dies 24 Stunden im Voraus ankündigt. In betrieblichen Notfallsituationen ist eine Ankündigungsfrist entbehrlich. Eine betriebliche Notfallsituation liegt insbesondere vor, wenn \_\_\_\_.

### Var. b) Alternierende Tätigkeit

Der Arbeitnehmer erbringt seine Arbeitsleistung an Tag X und Y im Homeoffice, d.h. in einer häuslichen Arbeitsstätte und an Tag A, B und C in der Betriebsstätte \_\_\_\_.

Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, bei betrieblichem Bedarf (z.B. betriebliche Anwesenheit bei Kundenmeeting) ausnahmsweise an einem anderen Arbeitsort seine Arbeitsleistung zu erbringen, sofern der Arbeitgeber dies 24 Stunden im Voraus ankündigt. In betrieblichen Notfallsituationen ist eine Ankündigungsfrist entbehrlich. Eine betriebliche Notfallsituation liegt insbesondere vor, wenn \_\_\_\_.

**(2)** Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, die Zustimmung des Eigentümers bzgl. der Nutzung als Homeoffice-Arbeitsplatz einzuholen und dem Arbeitsvertrag als Anlage beizufügen.

Beachte: §3 Abs.2 der Muster Homeoffice-Vereinbarung ist nur bei Tätigkeiten mit Außenwirkung zu berücksichtigen.

## §4 Arbeitszeit

**(1)** Die individuelle wöchentliche regelmäßige Arbeitszeit beträgt ohne Pausen \_\_\_\_\_. Das zumutbare Leisten von Mehrarbeit sowie die zumutbare Arbeitserbringung zu „ungünstigen Arbeitszeitlagen“ wie Spät-, Nacht- oder Wochenendarbeit ist nur bei ausdrücklicher Anordnung durch den Arbeitgeber möglich. Eine nachträgliche Genehmigung ist ausgeschlossen.

**(2)** Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, seine Erreichbarkeit per Telefon und E-Mail während der Arbeitszeit in der häuslichen Arbeitsstätte sicherzustellen.

**(3)** Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, seine Arbeitszeiten im Homeoffice zu dokumentieren und entsprechende Aufzeichnungen seinem Vorgesetzten bis Tag X jeden Monats zur Verfügung zu stellen. Es ist dem Arbeitnehmer freigestellt, ob er die Aufzeichnung in Papierform und/oder in elektronischer Form (z.B. Excel-Tabelle) anfertigt. Bei alternierender Telearbeit ist für die im Betrieb erbrachte Arbeitsleistung die betriebliche Regelung zur Arbeitszeiterfassung zu berücksichtigen.

**(4)** Var. a) Selbstbestimmte Arbeitszeit

Der Arbeitnehmer darf die Lage seiner Arbeitszeit für das Arbeiten im Homeoffice selbst bestimmen (selbstbestimmte Arbeitszeit), sofern keine betrieblichen Erfordernisse zuwiderlaufen. Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, bei der Verteilung der Arbeitszeit die zwingenden Regelungen des Arbeitszeitgesetzes (§§3, 4, 5, 16 Abs.2 ArbZG) zu beachten.

Der Arbeitnehmer hat während seiner selbstbestimmten Arbeitszeit zu den Kernarbeitszeiten von \_\_\_\_ bis \_\_\_\_ Uhr erreichbar zu sein. Der Arbeitgeber ist berechtigt, unter Berücksichtigung des Arbeitnehmerinteresses nach §106 GewO die Kernarbeitszeiten jederzeit anzupassen.

Var. b) Betriebsbedingte Arbeitszeit

Der Arbeitgeber bestimmt die Lage der Arbeitszeit nach §106 GewO (betriebsbestimmte Arbeitszeit). Der Arbeitgeber behält sich vor, unter Berücksichtigung des Arbeitnehmerinteresses nach §106 GewO die Lage der Arbeitszeit jederzeit anzupassen.

Beachte: Eine Vereinbarung, in der selbstbestimmte Arbeitszeit und betriebsbedingte Arbeitszeit kombiniert werden, ist ebenfalls möglich.

## §5 Fahrzeiten/Fahrtkosten

Var. a) im Falle alternierender Telearbeit

Die Fahrzeiten zwischen der Betriebsstätte des Arbeitgebers und der häuslichen Arbeitsstätte des Arbeitnehmers gelten nicht als Arbeitszeit i.S.d. ArbZG. Entsprechende Fahrtkosten werden vom Arbeitgeber nicht erstattet.

Var. b) im Falle ausschließlicher Telearbeit

Die Fahrzeiten zwischen der häuslichen Arbeitsstätte des Arbeitnehmers und jedem beliebigen anderen Arbeitsort gelten als Arbeitszeit i.S.d. ArbZG. Entsprechende Fahrtkosten werden vom Arbeitgeber erstattet.

## §6 Einrichtung und Ausstattung des Homeoffice-Arbeitsplatzes

Var. a) Arbeitgeber stellt Arbeitsmittel

**(1)** Die häusliche Arbeitsstätte muss sich in der Wohnung des Arbeitnehmers befinden. Der Raum muss für einen dauerhaften Aufenthalt zugelassen worden sein und für die Ausübung der Tätigkeit des Arbeitnehmers geeignet sein. Der Raum und die darin enthaltenen Arbeitsmittel müssen den gesetzlichen Vorschriften zum Arbeitsschutz genügen (Arbeitsschutzgesetz, Arbeitsstättenverordnung, Bildschirmarbeitsverordnung).

**(2)** Der Arbeitgeber stellt dem Arbeitnehmer folgende Arbeitsmittel für die Dauer der Geltung dieser Regelung zur Verfügung:



- > Büromöbel (Schreibtisch, Bürostuhl und Beleuchtung)
- > IT-Ausstattung (Hard- und Software, z.B. Laptop, Smartphone, Webcam etc.)
- > Schreibmaterial (Papier, Kugelschreiber etc.)
- > (...)

**(3)** Für die genannten Arbeitsmittel gilt ein Privatnutzungsverbot für den Arbeitnehmer und für Dritte. Zudem sind die Arbeitsmittel vor dem generellen Zugriff Dritter zu schützen. Der Arbeitgeber bleibt Eigentümer der Arbeitsmittel und kann jederzeit, spätestens bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses, deren Herausgabe verlangen. Der Rückgabeort der Arbeitsmittel ist immer \_\_\_\_ (Ort). Der Arbeitnehmer hat die beigefügte Inventarliste gegenzuzeichnen.

**(4)** Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, technische Störungen und Schäden an Arbeitsmitteln dem Arbeitgeber unverzüglich anzuzeigen. Die durch eine Störung des Betriebssystems entstehende Ausfallzeit gilt dennoch als Arbeitszeit und ist vergütungspflichtig.

Var. b) „BYOD“-Lösung:

**(1)** Die häusliche Arbeitsstätte muss sich in der Wohnung des Arbeitnehmers befinden. Der Raum muss für einen dauerhaften Aufenthalt zugelassen worden sein und für die Ausübung der Tätigkeit des Arbeitnehmers geeignet sein. Der Raum und die darin enthaltenen Arbeitsmittel müssen den gesetzlichen Vorschriften zum Arbeitsschutz genügen (Arbeitsschutzgesetz, Arbeitsstättenverordnung, Bildschirmarbeitsverordnung).

**(2)** Der Arbeitnehmer errichtet in seiner Wohnung eine häusliche Arbeitsstätte und nutzt dabei in seinem Eigentum stehende Arbeitsmittel.

**(3)** Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, bei der Verwendung seiner Arbeitsmittel Folgendes zu beachten:

- > Die Verwendung von anspruchsvollen Passwörtern
- > Die Installation einer Virenschutzsoftware und deren regelmäßige Aktualisierung
- > Der Einsatz einer Verschlüsselungssoftware
- > (...)

**(4)** Der Arbeitnehmer ist zur Herausgabe von dienstlichen Kontakten und dienstlichen Daten verpflichtet, die sich auf seine im Eigentum stehenden dienstlich genutzten Geräte befinden.

**(5)** Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, technische Störungen dem Arbeitgeber unverzüglich anzuzeigen. Die durch eine Störung des Betriebssystems entstehende Ausfallzeit gilt dennoch als Arbeitszeit und ist vergütungspflichtig.

## §7 Aufwendungsersatzanspruch

**(1)** Der Arbeitgeber trägt die Kosten für die Einrichtung und Ausstattung der häuslichen Arbeitsstätte. Übernimmt der Arbeitnehmer Kosten der Einrichtung und Ausstattung der häuslichen Arbeitsstätte, so steht dem Arbeitnehmer ein Kostenerstattungsanspruch gegenüber dem Arbeitgeber zu.

**(2)** Der Arbeitgeber übernimmt die Kosten für:

- > Anschaffungskosten (Büromöbel, IT-Ausstattung, ...)
- > Laufende Kosten (Instandsetzungs- und Wartungskosten von Kommunikationsmitteln, anteilige Strom-, Heiz-, und Mietkosten)
- > (...)

- (3)** Der Arbeitgeber zahlt dem Arbeitnehmer für laufende/entstehende Kosten einen monatlichen Festbetrag i.H.v. \_\_\_\_€. Entstehen dem Arbeitnehmer Kosten, die den monatlichen Pauschalbetrag übersteigen, erstattet der Arbeitgeber ihm entsprechende Kosten bei Vorlage eines Belegs/einer Rechnung.

## §8 Haftung

- (1)** Var. a) Bei der Verursachung von Schäden an den Arbeitsmitteln des Arbeitgebers durch eine betrieblich veranlasste Tätigkeit des Arbeitnehmers haftet der Arbeitnehmer nach den allgemeinen Grundsätzen der abgestuften Arbeitnehmerhaftung. Gleiches gilt für Dritte, sofern die Ausübung der Homeoffice-Tätigkeit ursächlich für die Schädigung ist und keine Haftpflichtversicherung den Schaden übernimmt.  
 Var. b) Bei der Verursachung von Schäden an den Arbeitsmitteln des Arbeitgebers durch eine betrieblich veranlasste Tätigkeit des Arbeitnehmers haftet der Arbeitnehmer lediglich bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit. Gleiches gilt für Dritte, sofern die Ausübung der Homeoffice-Tätigkeit ursächlich für die Schädigung ist und keine Haftpflichtversicherung den Schaden übernimmt.
- (2)** Var. a) Der Arbeitgeber schließt für den Arbeitnehmer eine Haftpflichtversicherung ab.  
 Var. b) Der Arbeitnehmer schließt eine Versicherung (Hausrat- und Glasversicherung) für die vom Arbeitgeber zum Gebrauch überlassenen Arbeitsmittel ab. Die Kosten der Versicherung erstattet der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer anteilmäßig.

## §9 Datenschutz

- (1)** Der Arbeitnehmer hat alle bestehenden datenschutzrechtlichen Vorschriften in der häuslichen Arbeitsstätte zu beachten. Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, die vom Arbeitgeber vorgegebenen Regelungen zur Vermeidung des Zugriffs Dritter auf dienstliche Daten und Informationen des Arbeitgebers zu beachten:
- > Verwendung von Blickschutzfiltern und die Aktivierung der Bildschirmsperre
  - > Verwendung von anspruchsvollen Passwörtern, die vor Dritten geheim zu halten sind
  - > Die häusliche Arbeitsstätte befindet sich in einem verschließbarem Raum mit verschließbaren Schränken
  - > (...)
- (2)** Die Speicherung von dienstlichen Daten auf unternehmensexterne Datenträger ist nur bei ausdrücklicher Zustimmung durch den Arbeitgeber zulässig.

## §10 Zugangs- und Kontrollrechte

- (1) Der Arbeitgeber bzw. eine von ihm beauftragte Person sowie Vertreter des Betriebsrates sind berechtigt, bei begründetem Interesse den Homeoffice-Arbeitsplatz des Arbeitnehmers zu besichtigen. Ein begründetes Interesse liegt beispielsweise dann vor, wenn die Besichtigung der häuslichen Arbeitsstätte zur Erfüllung arbeitsschutzrechtlicher oder datenschutzrechtlicher Vorschriften dient. Der Arbeitgeber hat sein Vorhaben 24 Stunden vorher anzukündigen.
- (2) Der Arbeitgeber ist berechtigt, Dritte (z.B. betrieblicher Datenschutzbeauftragter, Betriebsarzt, ...) in den Kreis der Zutrittsberechtigten Personen aufzunehmen.

(3) Es liegt in der Verantwortung des Arbeitnehmers, dass alle im Haushalt wohnenden Personen mit Abs.1 und Abs.2 einverstanden sind.

## G. Ausblick

Die Bachelorarbeit zeigt auf, welche rechtlichen Probleme mit dem Arbeitsmodell des Homeoffice verbunden sind. Es gibt eine Vielzahl an Gründen, weshalb das Arbeiten im Homeoffice derzeit gesellschaftlich so relevant und die Einführung für viele Arbeitgeber ein bedeutendes Instrument in der Personalpolitik darstellt. Entscheidet sich ein Arbeitgeber bei Geeignetheit der Tätigkeit dafür, Homeoffice für seine Arbeitnehmer anzubieten, so hat er sich mit einer rechtssicheren Einführung auseinanderzusetzen. Damit diese gelingt, sind eine Vielzahl an gesetzlichen Vorgaben und Regelungen zu berücksichtigen.

Zunächst ist festzuhalten, dass für die Einführung von Homeoffice grundsätzlich nur eine einvernehmliche Lösung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, wie eine individualvertragliche Homeoffice-Vereinbarung, in Betracht kommt, da eine einseitige Einführung generell nur im Ausnahmefall (z.B. Pandemie) möglich ist.<sup>372</sup> Die Besonderheit, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung außerhalb der Betriebsstätte erbringt und der Arbeitgeber dementsprechend keinen direkten Einfluss auf den Arbeitnehmer hat, erhöht den Regulierungsaufwand für den Arbeitgeber bei der Ausgestaltung der Homeoffice-Vereinbarung. Regelungen zur Arbeitszeit, Einrichtung und Ausstattung des häuslichen Arbeitsplatzes, Arbeitssicherheit und Arbeitsschutz, Haftung, Datenschutz und zum Zutrittsrecht müssen zwingend in der Vereinbarung verankert werden. Zudem sind Beteiligungsrechte des Betriebsrates bei der Einführung zu berücksichtigen. Auch wenn viele Arbeitgeber aufgrund der Corona-Pandemie kurzfristig das Arbeiten im Homeoffice eingerichtet haben, bedarf es für eine langfristige Implementierung von Homeoffice der intensiven Auseinandersetzung mit entsprechenden Vorgaben und Empfehlungen, damit die Umsetzung rechtskonform gelingt.

Die Politik setzt sich derzeit ebenfalls mit der Thematik Homeoffice auseinander. Der Arbeitsminister Hubertus Heil plant einen möglichen gesetzlichen Anspruch auf Homeoffice.<sup>373</sup> Es ist abzuwarten, inwiefern ein gesetzlicher Anspruch die Rechtslage ändert und welche arbeitsrechtlichen Konsequenzen dieser für die Praxis mit sich bringt. Sicher ist jedenfalls, dass ein solcher Anspruch zur Folge hätte, dass Arbeitgeber zwingend über die Einführung und Ausgestaltung des Arbeitens im Homeoffice nachdenken müssten.

In diesem Zusammenhang wäre es möglicherweise auch sinnvoll, über eine komprimierte gesetzliche Verankerung der Regelungsgegenstände einer Homeoffice-Vereinbarung in einer Verordnung bzw. in einem Gesetz nachzudenken. Dies wäre wünschenswert, damit die in dieser Bachelorarbeit aufgegriffenen rechtlichen Probleme gelöst, sowie die noch offenen Fragen zu bisher noch nicht hochrichterlich entschiedenen Problemen gesetzeskonform beantwortet werden können. Das würde die Rechtssicherheit auf Seiten des Arbeitgebers und

<sup>372</sup> Günther/Böglmüller, ArbRAktuell 8 (2020); 186; Krieger/Rudnik/Povedano Peramat, NZA 8 (2020), 473 (474); Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, §2 Rn. 120; Richter, ArbRAktuell 6 (2019), 142 (143).

<sup>373</sup> o.V., Heil wird beim geplanten Rechtsanspruch auf Homeoffice konkreter, AuA 6 (2020), 325.

auf Seiten des Arbeitnehmers wesentlich fördern und den neusten Entwicklungen in der Arbeitswelt gerecht werden.

## VII

### Literaturverzeichnis

*Albrecht, Rüdiger*, Die Einrichtung von Tele- und Außenarbeitsplätzen - Rechtliche und personalpolitische Anforderungen, NZA 1996, S.1240.

*Althoff/Bauer/Bell/Kaufmann- Jirsa/Potthoff/Richter/Schaperdot*, Betriebsratsarbeit in Zeiten von Corona, 1. Aufl., Franz Vahlen, München 2020.

*Apel, Simon/ Nägele, Thomas/ Stolz, Alexander/Thiele, Malte*, Die Entwicklung des Datenschutzrechts im zweiten Jahr der DSGVO (Teil 2), DER BETRIEB 2020, S.1553.

*Beck, Rositta*: Home-Office – Erfolgreich von zu Hause arbeiten, 1. Aufl., Junfermann, Paderborn 2019.

BeckOK ArbR, 57. Edition 2020, C.H. Beck, München (zit: BeckOK ArbR/*Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching*).

BeckOK DatenschutzR, Kommentar, 33. Edition 2019, C.H. Beck, München (zit. BeckOK DatenschutzR/*Wolff/Brink*, DS-GVO).

*Blenkert, Daniel*, Arbeitsrechtliche Aspekte einer Tätigkeit im Home-Office, NJW-Spezial 2019, S.306.

*Brügger, Kathrin/Kaderka, Gabriele*, Der Weg ins Homeoffice und zurück, AuA 2019, S.516.

*Bruhn, Peter*, Homeoffice und mobiles Arbeiten im Team effektiv umsetzen, 1.Aufl., Springer Vieweg, Wiesbaden 2020.

*Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 57.Edition 2020, C.H. Beck, München (zit...: BeckOK ArbR/Joussen, BGB)*.

*Diepold, Markus/Stelzer, Matthias*, "Betriebsvereinbarungsoffenheit", AuA 6 (2019), S.340.

*Dury, Marcus/Leibold, Kevin*, „Home-Office“ und Datenschutz, ZD-Aktuell 2020, 04405.

## VIII

Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 20. Aufl. 2020, C.H. Beck, München (zit.: ErfK/Katharina, BetrVG).

*Fuhlrott, Michael*, Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz als Anspruchsnorm, ArbRAktuell 2015, S14.

*Fuhlrott, Michael/Fischer, Katharina*, Corona: Virale Anpassungen des Arbeitsrechts, NZA 2020, S.345.

*Günther, Jens/Böglmüller, Matthias*, COVID-19-Pandemie und Home-Office, 2020, S.186.

*Heise, Dietmar*, Agile Arbeit, Scrum und Crowdfunding – New Work außerhalb des Arbeitsrechts?, NZA 2019, S.100.

*Hidalgo, Martina*, Arbeitsschutz im HomeOffice– ein Lösungsvorschlag, NZA 2019, 1449.

*Kamann, Jannis*, Arbeitsvertragliche Gestaltung von Telearbeitsverhältnissen, ArbRAktuell 2016, S.75

*Kramer, Stefan*: IT-Arbeitsrecht, 2. Aufl., C.H. Beck, München 2019.

*Krause, Rüdiger*, Arbeit anytime? Arbeitszeitrecht für die digitale Arbeitswelt, NZA-Beilage 2019, S.86.

*Krause, Rüdiger*, Digitalisierung der Arbeitswelt – Herausforderungen und Regelungsbedarf, NZA 2016, S.1004.

*Krieger/Rudnik/Povedano Peramato*, Homeoffice und Mobile Office in der Corona-Krise, 2020, S.473.

*Landes, Miriam/Steiner, Eberhard/Wittmann, Ralf/Utz, Tatjana*, Führung von Mitarbeitenden im Home Office, Springer Gabler, Wiesbaden 2020.

*Maiß, Sebastian/von Ameln, Falko*, Im Spannungsverhältnis zwischen Recht und Führung, AuA 2019, S.393

## IX

*Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid*: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 20.Aufl., C.H. Beck, München 2020, Band 51.

*Müller, Lars*, Getrennt und doch vereint, Aua 2019, S.358.

*Müller, Stefan*: Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, 2. Aufl., Nomos, Baden-Baden 2020.

Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht: Band 2, Individualarbeitsrecht II, 4. Aufl. 2018, C.H. Beck, München (zit.: MHdb ArbR/*Heinkel*).

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Band 5, 8. Aufl. 2020, C.H. Beck, München (zit. MüKo/*Spinner*, BGB).

Münchener Vertragshandbuch: Bürgerliches Recht II, 8. Aufl.2020, C.H. Beck, München (zit.: MVHdB/*Rücker*).

*Raif, Alexander/Nann, Philipp*, Arbeitsrecht 4.0 – Möglichkeiten und Hürden in der digitalen Arbeitswelt, GWR 2016, S.221.

*Richter, Tim*, Arbeitsrechtliche Herausforderungen bei der Einführung und Durchführung von Homeoffice (Teil 1), ArbRAktuell 2019, S.142.

*Röllner, Jürgen*: Küttner Personalbuch 2020: Arbeitsrecht, Lohnsteuerrecht, Sozialversicherungsrecht, 27. Aufl., C.H.Beck, München, 2020.

*Sass, Enrico*, Mitarbeitermotivation, Mitarbeiterbindung, Springer Gabler, Wiesbaden 2019.

SEP

*Schaub, Günter/Koch, Ulrich*, Arbeitsrecht von A-Z, 24. Aufl., C.H. Beck, München 2020.

*Schaub, Günther/Vogelsang, Hinrich*, Arbeitsrechts-Handbuch, 18. Aufl. 2019, C.H. Beck, München.

## X

*Schmechel, Tanja*, Die Rolle des Betriebsrats bei der Einführung und Durchführung von Telearbeit, NZA 2004, S. 237

*Schöllmann, Ingo*, Mobile Working, Telearbeit, Desksharing, NZA-Beilage 2019, S.85.

*Spath, Dieter*, Das Momentum nutzen, AuA 2020, S.452.

*Schulze, Marc-Oliver/Ratzesberger, Eva*, Telearbeit: Fluch oder Segen? – Mitbestimmung des Betriebsrats bei mobiler Arbeit, ArbRAktuell 2016, S.109.

*Schulze, Marc-Oliver/Volk, Tatjana*, Agile Arbeitsmethoden und Mitbestimmung – Teil 1, ArbRAktuell 2019, S.404.

*Stück, Volker*, Kein Home-Office per Direktionsrecht, ArbRAktuell 2019, S.47.

*Suwelack, Felix*, Datenschutzrechtliche Vorgaben für Homeoffice und Remote Work, ZD 2020, S.561.

*Wank, Rolf*, Telearbeit, NZA 1999, S.231.

*Wedde, Peter*, Aktuelle Rechtsfragen der Telearbeit, NJW 1999, S.527.

o.V., Heil wird beim geplanten Rechtsanspruch auf Homeoffice konkreter, AuA 2020, S.325.



FH Aachen  
Fachbereich Wirtschaftswissenschaften  
Eupenerstraße 70  
52066 Aachen

[www.wirtschaft.fh-aachen.de](http://www.wirtschaft.fh-aachen.de)