МИНИСТЕРСТВО ОБРАЗОВАНИЯ И НАУКИ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ
ФЕДЕРАЛЬНОЕ ГОСУДАРСТВЕННОЕ БЮДЖЕТНОЕ ОБРАЗОВАТЕЛЬНОЕ
УЧРЕЖДЕНИЕ ВЫСШЕГО ПРОФЕССИОНАЛЬНОГО ОБРАЗОВАНИЯ
«МОСКОВСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ ЮРИДИЧЕСКИЙ УНИВЕРСИТЕТ
имени О.Е. КУТАФИНА (МГЮА)»

ТРЕТЬЯ НЕДЕЛЯ НЕМЕЦКОГО ПРАВА
с участием юридического факультета Потсдамского университета

Москва, 2014 г.

DRITTE WOCHE DES DEUTSCHEN RECHTS
mit der Teilnahme der Juristischen Fakultät der Universität Potsdam

Moskau, 2014 г.

МОСКВА
Издательский центр Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)
2015

УДК 340.1
ББК 67(3)

Ответственные редакторы:

Профессор, доктор юридических наук ***Е. Ю. Грачева***
(Университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

Univ.-Prof. Dr. iur. ***Детлев В. Беллинг***
(Потсдамский университет)

Третья неделя немецкого права с участием юридического факультета Потсдамского университета. Москва, 2014 г. — М. : Издательский центр Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), 2015. — 380 с.

ISBN 978-5-906685-43-8 © Университет имени О.Е. Кутафина, 2015

СОДЕРЖАНИЕ

В. В. Блажеев / V.V. Blazheev
Предисловие российской стороны 5
Vorwort der russischen Seite 7

Oliver Günther / Оливер Гюнтер
Vorwort der deutschen Seite 9
Предисловие немецкой стороны 11

Detlev W. Belling / Детлев В. Беллинг
Die Wirkung der Grundrechte zwischen Privaten 13
Действие основных прав между частными лицами 53

Eckart Klein / Екарт Кляйн
Der Schutz unternehmerischer Freiheit. Nationale, europa- und völkerrechtliche Aspekte 58
Защита свободы предпринимательства на национальном, европейском и международном уровне 81

Hartmut Bauer / Хартмут Бауер
(Re-)Etatisierungs- und (Re-)Kommunalisierungstendenzen in Deutschland 85
Приватизация и национализация государственного и муниципального имущества в Германии 115

Robert von Steinau-Steinrück und Stephan Sura / Роберт фон Штайнау-Штайнрюк и Штефан Зура
Der Staat als Arbeitgeber 116
Государство в роли работодателя 192

Stephan Sura / Штефан Зура
Das Studium der Rechtswissenschaften und die Juristen-Ausbildung in Deutschland 194
Изучение права и юридическое образование в Германии 211

Joachim Gaertner / Йоахим Гэртнер
Die Kirche als Unternehmer 215
Церковь в роли предпринимателя 236

Carolin Laue / Каролин Лауе
Die Europäische Zentralbank 238
Европейский центральный банк 257

Falk Bernau / Фальк Бернау
Personen- und Kapitalgesellschaften — Gemeinsamkeiten und Unterschiede im deutschen Gesellschaftsrecht 270
Товарищества и общества (ООО, ОАО) — сходства и различия 294

Stefan Meyer / Штефан Майер
Das Recht der Unternehmensumwandlungen in Deutschland 299
Право реорганизации компаний (предприятий) в Германии 325

Dorothea Assmann / Доротэя Ассманн
Alternative Möglichkeiten der Streitbeilegung im deutschen Zivilprozess 328
Альтернативные способы урегулирования споров в немецком гражданском процессе 353

Wilfried Schlüter / Вильфрид Шлютер
Schiedsgerichtsbarkeit in Deutschland 357
Третейское производство в Германии 377

ПРЕДИСЛОВИЕ РОССИЙСКОЙ СТОРОНЫ

Научное сотрудничество между Московским государственным юридическим университетом имени О.Е. Кутафина (МГЮА) и юридическим факультетом Потсдамского Университета, начало которого относится к 2007 году, успешно и плодотворно развивается, обогащая и расширяя границы научных исследований российских и немецких ученых, стимулируя их творческий поиск в сферах, представляющих общий интерес для немецкой и российской юридической науки.

Потсдамский университет является одним из основных партнеров Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

По результатам проводимых в Москве и Потсдаме научных и учебных мероприятий издаются сборники научных докладов и статей на русском и немецком языках, среди которых, например:

Неделя немецкого права в Москве 23. — 27. ноября 2009 года. Woche des deutschen Rechts in Moskau 23. — 27. November 2009. — М., ООО «Издательство "Элит"», 2010. — 260 с.

Вторая неделя российского права, Потсдам, 14. — 18. мая 2012, с участием Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) / под ред. В. И. Фадеева; Д. В. Беллинга. — Потсдам: Издательство Потсдамского университета, 2013 [Zweite Woche des Russischen Rechts, Potsdam, 14. - 18. мая 2012, mit der Moskauer Staatlichen Juristischen O.E. Kutafin Universität (Akademie) / Vladimir I. Fadeev; Detlev W. Belling. (Hrsg.) — Potsdam: Universitätsverlag Potsdam, 2013. — 223 S. ISBN 978-3-86956-221-6];

Schulze, Carola (Hrsg.). Aktuelle Probleme des Öffentlichen Rechts in Deutschland und Russland. — Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Wien, 2011. XIV, 264 S. ISBN 978-3-631-60543-1.

В конце прошлого года в стенах Университета имени О.Е. Кутафина была проведена «Третья неделя немецкого права в Москве» с участием ведущих специалистов права из Потсдамского университета. Открытие «Недели» состоялось 2 декабря 2013 г., где с приветственным словом выступили первый проректор Грачева Елена Юрьевна, проректор по международному сотрудничеству Кутафин Дмитрий Олегович и Президент Потсдамского университета Оливер Гюнтер.

Доклады участников касались вопросов влияния конституционных прав в гражданском праве; тенденций национализации/приватизации и муниципализации/ремуниципализации в Германии; сходств и различий товариществ и обществ (ООО, ОАО); церкви как предпринимателя; защиты свободы предпринимательства в соответствии с международным и европейским правом; изменения организационно-правовой формы юридических лиц в Германии; системы третейского суда; государства как работодателя; альтернативных способов урегулирования споров в немецком гражданском процессе; изучения права и юридического образования в Германии; Европейского центрального банка.

Прошедшая 13 – 17 октября 2014 г. неделя российского права в Потсдаме — третья по счету после организованных ранее в 2010 и 2012 гг.

Проведенная неделя немецкого права в Москве снова убедительно показала, что российские и немецкие ученые представляют собой сплоченный коллектив единомышленников.

Блажеев Виктор Владимирович,
Ректор Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
заслуженный юрист Российской Федерации.

VORWORT DER RUSSISCHEN SEITE

Die wissenschaftliche Zusammenarbeit zwischen der Moskauer Staatlichen Juristischen O.E. Kutafin Universität (Akademie) und der Juristischen Fakultät der Universität Potsdam — deren Anfänge im Jahr 2007 liegen — entwickelt sich erfolgreich und fruchtbar. Dabei bereichern sich die wissenschaftlichen Forschungen russischer und deutscher Wissenschaftler gegenseitig, die Grenzen erweitern sich und ihre kreative Recherchen in Bereichen von gemeinsamen Interesse für die deutsche und russische Rechtswissenschaft werden gefördert.

Die Universität Potsdam ist einer der wichtigsten Partner der O.E. Kutafin Universität (Akademie).

Infolge der in Moskau und Potsdam stattgefundenen wissenschaftlichen Konferenzen und Lehrveranstaltungen werden die Tagungsbände mit Vorträgen und Aufsätzen in russischer und deutscher Sprache veröffentlicht. Darunter finden sich beispielhaft:

Неделя немецкого права в Москве 23. — 27. ноября 2009 года. Woche des deutschen Rechts in Moskau 23. — 27. November 2009. — М.: ООО «Издательство "Элит"», 2010. — 260 с.

Вторая неделя российского права, Потсдам, 14. — 18. мая 2012, с участием Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) / под ред. В. И. Фадеева, Д. В. Беллинга. — Потсдам: Издательство Потсдамского университета, 2013 [Zweite Woche des Russischen Rechts, Potsdam, 14. — 18. мая 2012, mit der Moskauer Staatlichen Juristischen O. E. Kutafin Universität (Akademie) / Vladimir I. Fadeev ; Detlev W. Belling. (Hrsg.) — Potsdam: Universitätsverlag Potsdam, 2013. — 223 S. ISBN 978-3-86956-221-6];

Schulze, Carola (Hrsg.). Aktuelle Probleme des Öffentlichen Rechts in Deutschland und Russland. — Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Wien, 2011. XIV, 264 S. ISBN 978-3-631-60543-1.

Am Ende des letzten Jahres wurde «3. Woche des Deutschen Rechts in Moskau» unter Teilnahme führender Rechtswissenschaftler der Universität Potsdam an der Moskauer O.E. Kutafin Universität durchgeführt. Die Woche des Deutschen Rechts wurde am 2. Dezember 2013 mit einem Grußwort der Ersten Prorektorin Frau Prof. Dr. iur. Elena Gračeva, des Prorektors für internationale Zusammenarbeit, Herrn Dr. iur. Dmitrij Kutafin, sowie des Herrn Präsidenten der Universität Potsdam Prof. Oliver Günter, Ph.D. eröffnet.

Die Vorträge befassten sich mit folgenden Fragen: Wirkung der Grundrechte zwischen Privaten; (Re-) Etatisierungs- und (Re-) Kommunalisierungstendenzen in Deutschland — Gemeinsamkeiten und Unterschiede der Personengesellschaften und Kapitalgesellschaften; die Kirche als Unternehmer; der internationale und europarechtliche Schutz der unternehmerischen Freiheit; das Recht der Unternehmensumwandlungen in Deutschland; die Schiedsgerichtsbarkeit; der Staat als Arbeitgeber; Alternative Möglichkeiten der Streitbeilegung im deutschen Zivilprozess; das Studium der Rechtswissenschaften und die Juristenausbildung in Deutschland; die Europäische Zentralbank.

Nach den in den Jahren 2010 und 2012 stattgefundenen Konferenzen wurde vom 13. bis 17. Oktober 2014 bereits die 3. Woche des Russischen Rechts in Potsdam organisiert.

Die hier durchgeführte Woche des Deutschen Rechts in Moskau hat erneut eindringlich gezeigt, dass russische und deutsche Wissenschaftler ein geschlossenes Kollektiv von Gleichgesinnten bilden.

Viktor Vladimirovič Blažeev,
Rektor der Moskauer Staatlichen Juristischen,
O.E. Kutafin Universität (Akademie),
Verdienter Rechtswissenschaftler der Russischen Föderation.

VORWORT DER DEUTSCHEN SEITE

Die deutsch-russischen Wissenschaftsbeziehungen haben auf den Gebieten Lehre und Forschung eine lange Tradition, die bis ins frühe 18. Jahrhundert zurückreicht. Ebenso nahm der Studierendenaustausch zwischen Deutschland und Russland seine Anfänge im 18. Jahrhundert und noch heute stellen Studierende aus Russland eine der größten Gruppen dar, die sich für ein Studium in Deutschland entscheiden. Das deutsch-russische Wissenschaftsjahr, das 2012 ausklang, hat diese grenzüberschreitende Kooperation in den Mittelpunkt gerückt. Schließlich möchte die Europäische Kommission 2014 mit dem EU-Russland-Jahr der Wissenschaft den vielleicht wichtigsten Pfeiler der strategischen Partnerschaft zwischen Russland und der Europäischen Union weiter stärken. Die schon vor Hunderten von Jahren verbreitete Erkenntnis, dass Wissenschaft eine internationale Angelegenheit ist und unter nationaler Begrenzung leidet, behält auch in heutigen Zeiten ihre Relevanz.

Die 1991 gegründete Universität Potsdam pflegt seit langem gute Beziehungen mit Russland, in denen die Partnerschaft mit der Moskauer Staatlichen Juristischen O.E. Kutafin Universität einen bedeutenden Platz einnimmt.

Für mich war es daher eine große Ehre, die «3. Woche des Deutschen Rechts in Russland» im Dezember 2013 an der Moskauer Staatlichen Juristischen O.E. Kutafin Universität eröffnen zu dürfen. Die dort gehaltenen Vorträge sind in diesem Band versammelt. Gemeinsam mit den russischen Ausarbeitungen zur bevorstehenden «3. Woche des Russischen Rechts in Deutschland» tragen sie maßgeblich sowohl zum gegenseitigen Verständnis

als auch zur interkulturellen Verständigung bei und sind damit eine große Bereicherung für die seit 2007 bestehende Partnerschaft zwischen unseren beiden Universitäten.

Umso mehr freue ich mich darauf, unsere Partner von der Moskauer Staatlichen Juristischen O.E. Kutafin Universität anlässlich der Fortsetzung unserer gemeinsamen Konferenzreihe an der Universität Potsdam begrüßen zu dürfen.

Potsdam, im Februar 2014
Prof. Oliver Günther, Ph.D.
Präsident der Universität Potsdam

ПРЕДИСЛОВИЕ НЕМЕЦКОЙ СТОРОНЫ

Немецко-российские научные отношения имеют давнюю традицию в областях обучения и исследования, которая восходит к раннему XVIII столетию. Также и студенческий обмен между Германией и Россией берёт своё начало в XVIII в., и до сих пор студенты из России представляют одну из самых больших групп, которая выбирает учёбу в Германии. Немецко-российский Год науки, завершившийся в 2012 г., поставил данное международное сотрудничество в центр внимания. Наконец, в 2014 г. Европейская комиссия хотела бы укрепить «Годом науки Россия — ЕС» эту, вероятно, самую важную основу стратегического партнёрства между Россией и Европейским Союзом. Уже столетия назад было распространено мнение, что наука является международным делом, страдающим от национальной изоляции, сохраняет актуальность и в сегодняшнее время.

Основанный в 1991 г. Университет Потсдама уже давно поддерживает хорошие отношения с Россией, в которых значимое место занимает партнёрство с Московским государственным юридическим университетом имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

Именно поэтому для меня было большой честью открыть в декабре 2013 г. «Третью неделю немецкого права» в Московском государственном юридическом университете имени О.Е. Кутафина (МГЮА). Доклады, проведённые там, собраны в данном сборнике. Вместе с российскими работами к предстоящей «Третьей неделе российского права в Германии» они вносят существенный вклад как во взаимопонимание, так и в межкультурный диалог и тем самым явля-

ются большим обогащением для существующего с 2007 г. партнёрства между нашими университетами.

Я очень рад возможности приветствовать наших партнёров с Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) в связи с продолжением ряда совместных конференций в Университете Потсдама.

Потсдам, февраль 2014
Профессор Оливер Гюнтер, Ph. D.
Президент Университета Потсдама

DIE WIRKUNG DER GRUNDRECHTE ZWISCHEN PRIVATEN*

Univ.-Prof. Dr. iur. Dr. h. c. (SZTE) Detlev W. Belling, M.C.L. (U. of Ill.), Potsdam

Gliederung

I. Einführung
II. Die verschiedenen Theorien zur Wirkung der Grundrechte im Privatrechtsverkehr
1. Die sog. unmittelbare Drittwirkung
2. Die sog. mittelbare Drittwirkung
3. Die Grundrechte als Schutzgebote
III. Die historische Entwicklung des Meinungsstands in Deutschland
1. Die frühe Rechtsprechung des BAG und die unmittelbare Drittwirkung von Grundrechten
2. Die Rechtsprechung des BVerfG und die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte
a) Das Lüth-Urteil
b) Die Abtreibungsurteile
c) Die Handelsvertreterentscheidung
d) Die Bürgschaftsrechtsprechung
e) Weitere Beispiele für die Berücksichtigung der mittelbaren Drittwirkung und der Schutzpflichtlehre durch das Bundesverfassungsgericht
3. Die spätere Rechtsprechung des BAG zur Grundrechtswirkung im Privatrecht
4. Die nachfolgende Entwicklung des Meinungsstands bis zur Gegenwart
IV. Die Stellungnahme zu den verschiedenen Theorien
1. Zur unmittelbaren Drittwirkung
2. Zur mittelbaren Drittwirkung und der Schutzpflichtlehre

---

* Ausführlich siehe Belling/Herold/Kneis, Die Wirkung der Grundrechte und Grundfreiheiten zwischen Privaten, in: Rechtsentwicklungen aus europäischer Perspektive im 21. Jahrhundert, hrsg. v. Badó/Belling, 2015, S. 53-111.

Vgl. http://publishup.uni-potsdam.de/opus4-ubp/frontdoor/index/index/docId/7046.

a) Die Theorie der mittelbaren Drittwirkung
b) Die Schutzpflichttheorie
c) Das Verhältnis zwischen mittelbarer Drittwirkung und Schutzpflichttheorie
3. Die Horizontalwirkung europäischer Rechte
a) Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Europäische Grundrechtscharta
b) Die Grundfreiheiten
(1) Allgemeines
(2) Die unmittelbare Horizontalwirkung in der Rechtsprechung des EuGH
(3) Die Kritik an der unmittelbaren Horizontalwirkung
(a) Die Argumente des EuGH
(b) Weitere gegen eine unmittelbare Horizontalwirkung sprechende Gründe
V. Schlussbemerkung
VI. Zusammenfassung

I. Die Einführung

Nach den Erfahrungen aus der Zeit des Nationalsozialismus wurden im deutschen Grundgesetz die *Grundrechte an exponierter Stelle* an den Anfang der Verfassung gestellt. Die Grundrechte sollten vor allem als *Abwehrrechte* des Bürgers gegen den Staat dienen und die Freiheitssphäre des Bürgers vor Eingriffen der öffentlichen Gewalt sichern[1].

Kurze Zeit nach Inkrafttreten des Grundgesetzes im Jahr 1949 entbrannte in der deutschen Rechtswissenschaft unter der Thematik *"Drittwirkung[2] der Grundrechte"* eine Diskussion darüber, ob *Grundrechte*[3] auch

[1] BVerfGE 7, 198, 204; 50, 290, 337; 68, 193, 205; Fabisch, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte im Arbeitsrecht, 2010, S. 57 m.w.N.; Guckelberger, JuS 2003, 1151, 1152; ausdrücklich schon von Mangoldt, Das Bonner Grundgesetz, 1953, S. 57 u. 62; ders., in: Schriftlicher Bericht zum Entwurf des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, 1949, S. 5.

[2] Der Begriff „Drittwirkung" wurde 1954 geprägt von *Hans-Peter Ipsen* (Gleichheit, in: Die Grundrechte, Band 2, hrsg. v. *Neumann/Nipperdey/Scheuner*, 1954, S. 111, 143).

[3] Gemeint sind Grundrechte, bei denen eine Drittwirkung überhaupt denkbar ist. Undenkbar ist sie bei Grundrechten, die sich ihrem Inhalt nach allein gegen den Staat richten, wie etwa das Petitionsrecht (Art. 17 GG) oder das Recht auf Nichtausbürgerung (Art. 16 Abs. 1 S. 1 GG).

zwischen Privatpersonen wirken. Es geht dabei um die Frage der *horizontalen* Geltung der Grundrechte im Verhältnis der Bürger zueinander, im Gegensatz zur *vertikalen* Geltung im Verhältnis des Bürgers gegenüber der Staatsgewalt. Anders als beim Verhältnis zwischen Bürger und Staat sind in der Konstellation, in der sich zwei Bürger gegenüberstehen, auf beiden Seiten Grundrechtsträger betroffen.

Die Diskussion über die Wirkung der Grundrechte zwischen Privaten wird in vielen Staaten geführt[4], zunehmend auch in Russland[5]. Dort existiert freilich wegen des jungen Alters der Verfassung und der fehlenden Möglichkeit eines Rückgriffs auf frühere Wurzeln noch keine gefestigte Grundrechtstradition[6]. Abgesehen davon war das Grundverständnis der russischen Verfassungsgeber nicht so sehr davon geprägt, Abwehrrechte der Bürger gegen den Staat zu schaffen. Ziel war — unter Berücksichtigung auch des Erbes der sowjetischen Ideologie — eher die Errichtung einer Art Satzung für die Gesellschaft als Regelwerk des Volkes für sich selbst, bei der die Grenzen zwischen Staat und Volk fließend sind und die Grundpflichten der Bürger eine im Vergleich zu Deutschland erheblich größere Rolle spielen[7]. In der Konsequenz wirken die Grundrechte — nach durchaus nicht unbestrittener Auffassung — in Russland direkt zwischen Privaten[8].

---

[4] Vgl. *Belling/Herold/Kneis*, Die Wirkung der Grundrechte und Grundfreiheiten zwischen Privaten, in: Rechtsentwicklungen aus europäischer Perspektive im 21. Jahrhundert, hrsg. v. Badó/Belling, 2015, S. 53, 56 ff.

[5] Siehe *Berger*, Osteuroparecht 2013, 326 ff. unter Berücksichtigung der grundrechtlichen Besonderheiten in Russland.

[6] Zum Teil wird deshalb davon ausgegangen, dass den Grundrechten nach wie vor keine angemessene Beachtung geschenkt wird und Grundrechtsverletzungen an der Tagesordnung sind; *Berger,* Die Bindung der Bürger an die Grundrechte, Ein Rechtsvergleich zwischen Deutschland und Russland, S. 47, 49 f. m.w.N.

[7] *Berger,* Die Bindung der Bürger an die Grundrechte, Ein Rechtsvergleich zwischen Deutschland und Russland, S. 52, 56, 60, 101; dennoch bestehen grundrechtliche Schutzpflichten des Staats, sowohl Legislative als auch Judikative sind an die Grundrechte gebunden — *Berger,* Die Bindung der Bürger an die Grundrechte, Ein Rechtsvergleich zwischen Deutschland und Russland, S. 55, 57.

[8] Dafür auf Art. 15 und 17 der Verfassung der Russischen Föderation (KRF) abstellend: *Berger,* Die Bindung der Bürger an die Grundrechte, Ein Rechtsvergleich zwischen Deutschland und Russland, S. 74, 106-108 m.w.N. auch für die abweichende, eine nur mittelbare Drittwirkung der Grundrechte befürwortende Auffassung.

In den anderen europäischen Rechtsordnungen finden sich unterschiedliche Ansätze. Selbst auf der Ebene der Europäischen Union wird die Frage nicht einheitlich beantwortet.

II. Die verschiedenen Theorien zur Wirkung der Grundrechte im Privatrechtsverkehr

Im Laufe der Entwicklung wurden zu dieser Thematik in Deutschland verschiedene Theorien vertreten.

1. Die sog. unmittelbare Drittwirkung

Nach der Theorie der unmittelbaren Drittwirkung sind auch Private unmittelbar an die Grundrechte gebunden. Die Bürger können sich gegenseitig auf die Beachtung der Grundrechte in Anspruch nehmen.

2. Die sog. mittelbare Drittwirkung

Die Vertreter der Theorie der „nur" mittelbaren Drittwirkung lehnen hingegen die unmittelbare Drittwirkung ab. Es wird davon ausgegangen, dass das Grundgesetz in seiner Funktion als *objektive Wertordnung* für alle Bereiche des Rechts gelte. Keine bürgerlich-rechtliche Vorschrift dürfe im Widerspruch zu dieser objektiven Wertordnung stehen. Als *Medium* für die *Ausstrahlungswirkung der Grundrechte* in das bürgerliche Recht dienen danach vor allem die *unbestimmten Rechtsbegriffe* in zivilrechtlichen Generalklauseln, wie etwa der Begriff der "Sittenwidrigkeit".

3. Die Grundrechte als Schutzgebote

Einem anderen Ansatz folgt die *Theorie der staatlichen Schutzpflicht.* Ihre Vertreter gehen davon aus, dass Grundrechte nicht nur Abwehrrechte gegen den Staat darstellen, sondern zugleich einen Schutzauftrag des Staats enthalten, den einzelnen Bürger vor Grundrechtseingriffen durch Dritte umfassend zu bewahren. Angelegt ist die grundrechtliche Schutzdimension etwa im Wortlaut von Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG[9] sowie Art. 6 Abs. 1 und 4 GG[10].

---

[9] Art. 1 Abs. 1 S. 1 G G: Die Würde des Menschen ist unantastbar. S. 2: Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.

[10] Art. 6 Abs. 1 GG: Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutz der staatlichen Ordnung.

Abs. 4: Jede Mutter hat Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge der Gemeinschaft.

III. Die historische Entwicklung des Meinungsstands in Deutschland

1. Die frühe Rechtsprechung des BAG und die unmittelbare Drittwirkung von Grundrechten

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) sprach sich 1954 — zu Beginn seiner Rechtsprechung — für die unmittelbare Drittwirkung aus und hielt daran über Jahrzehnte fest.[11] Geprägt wurde die Rechtsprechung dabei vornehmlich von seinem ersten Präsidenten und Vorsitzenden des Ersten Senats: *Hans Carl Nipperdey*[12], dem federführenden Befürworter der unmittelbaren Drittwirkung seit 1949[13]. *Nipperdey* vertrat den Standpunkt, dass eine Reihe von Grundrechten „die wichtige Funktion von Ordnungssätzen oder Grundsatznormen für die gesamte Rechtsordnung" habe, weshalb sie auch Private unmittelbar binden und nicht nur als „Leitsätze" oder „Auslegungsregeln" fungieren sollten.[14] Verstöße gegen diese Grundnormen führten demnach im Zivilrecht zur Nichtigkeit des jeweiligen Rechtsgeschäfts[15]. Andere Autoren sehen in dem verletzten Grundrecht ein Verbotsgesetz[16,17]. Soweit sich aus dem Grundrecht ein

---

[11] Beispielhaft BAGE 1, 185, 193 f., 196; 3, 296, 301; 4, 274, 276 ff.; 16, 95, 100; 24, 438, 441; DB 1975, 551, 552.

[12] Hans Carl *Nipperdey* bekleidete das Amt des (1.) Präsidenten des BAG vom 12.04.1954 bis zum 31.01.1963. Zum Leben und (juristischen) Wirken von Hans Carl Nipperdey umfassend *Adomeit*, in: Deutschsprachige Zivilrechtslehrer des 20. Jahrhunderts in Berichten ihrer Schüler, Band 1, hrsg. v. Grundmann/Riesenhuber, 2007, S. 149 ff.

[13] Vgl. *Nipperdey*, RdA 1949, 214, 216; 1950, 121, 124 f.; BB 1951, 282, 283 f.; DVBl. 1958, 445, 46 ff.

[14] *Nipperdey*, Grundrechte und Privatrecht, S. 1961, 14; *Enneccerus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band 1, Halbband 1, 15. Aufl., 1959, S. 93, 98 ff.; a.A. *Larenz*, Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, 1967, § 2 III, S. 38 f.

[15] *Nipperdey*, Grundrechte und Privatrecht, 1961, S. 14.

[16] Vgl. § 134 BGB: Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt.

[17] So etwa *Klein*, in: von Mangoldt/Klein, Das Bonner Grundgesetz, Band I, 2. Aufl., 1957, S. 68 zu Art. 9 Abs. 3, 3 Abs. 3 und Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG. Zur unmittelbaren Anwendbarkeit von Vorschriften aus den EU-Verträgen, vor allem der Grundfreiheiten vgl.: *Schroeder*, Grundkurs Europarecht, 2011, § 14, Rn. 29; vgl. auch *Canaris*, AcP 184 (1984), S. 201, 202; a.A. *Dürig*, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: FS Nawiasky, 1956, S. 157, 162.

subjektives Recht ableiten lässt, soll es im Deliktsrecht daneben als sonstiges Recht[18,19] bzw. als Schutzgesetz[20] in Betracht kommen[21].

2. Die Rechtsprechung des BVerfG und die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte

Das Bundesverfassungsgericht sprach sich schon früh zugunsten der sogenannten mittelbaren Drittwirkung aus und folgte damit unter anderem *Günter Dürig*[22]. *Dürig* lehnte die unmittelbare Drittwirkung ab, weil ein Verbot für den Staat noch längst kein solches für Private untereinander sei[23]. Das Zivilrecht sei vielmehr gegenüber dem verfassungsrechtlichen Grundrechtssystem eigenständig und eigengesetzlich[24]. Zur Abwehr von Angriffen der Bürger untereinander dienten neben den vorhandenen speziellen zivilrechtlichen Schutznormen die wertausfüllungsfähigen und

[18] § 823 Abs. 1 BGB: Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.

[19] *Nipperdey*, Grundrechte und Privatrecht, 1961, S. 15. Die Einordnung als sonstiges Recht i.S.v. § 823 Abs. 1 BGB spricht nicht in jedem Fall für eine unmittelbare Drittwirkung des jeweiligen Grundrechts nach der geltenden Rechtslage, die nur von einer mittelbaren Drittwirkung ausgeht. So wird vor allem das Allgemeine Persönlichkeitsrecht zu den sonstigen Rechten i.S.v. § 823 Abs. 1 BGB gezählt (*Palandt/Sprau*, BGB, § 823, Rn. 19, 83 ff.). Dennoch wird nicht von einer unmittelbaren Drittwirkung dieses Grundrechts ausgegangen. Bei dem durch § 823 Abs. 1 BGB geschützten privatrechtlichen Persönlichkeitsrecht handelt es sich vielmehr um ein Institut des einfachen Rechts, das mit dem verfassungsrechtlichen Grundrecht nicht identisch ist (*Palandt/Sprau*, BGB, § 823, Rn. 84; *Jarass*, NJW 1989, 857, 858).

[20] § 823 Abs. 2 BGB: Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt. Ist nach dem Inhalt des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein.

[21] Vgl. erneut zur unmittelbaren Anwendbarkeit von Vorschriften aus den EU-Verträgen, vor allem der Grundfreiheiten: MüKo/*Wagner*, BGB, 2013, § 823, Rn. 391; *Schroeder*, Grundkurs Europarecht, 2011, § 14, Rn. 29; vgl. auch *Canaris*, AcP 184 (1984), S. 201, 202.

[22] *Dürig*, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: FS Nawiasky, 1956, S. 157 ff.

[23] *Dürig*, a.a.O., S. 157, 162.

[24] *Dürig*, a.a.O., S. 157, 164, 173 ff.

-bedürftigen Generalklauseln des Zivilrechts[25], namentlich die §§ 138[26], 242[27], 826 BGB[28].[29]

a) Das Lüth-Urteil

Das Bundesverfassungsgericht hatte im Jahr 1958 im sog. *„Lüth-Urteil"*[30] über einen Fall aus dem Deliktsrecht zu befinden. Der Vorsitzende eines privaten Presseclubs, *Erich Lüth,* hatte 1950 zum Boykott des Films "Unsterbliche Geliebte" aufgerufen. Der Regisseur des Films, *Veit Harlan*, hatte während des Nationalsozialismus den antisemitischen Film "Jud Süß" gedreht und sei daher — wörtlich zitiert (*Lüth)* — "einer der wichtigsten Exponenten der mörderischen Judenhetze der Nazis" gewesen. Der Produzent und der Verleiher des Films klagten auf Unterlassung wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung und obsiegten vor dem Landgericht Hamburg.

Das Bundesverfassungsgericht hob das Urteil auf[31], weil das Gericht bei der Auslegung des Begriffs der „guten Sitten" in der Anspruchsnorm (§ 826 BGB[32]) den Gehalt des Grundrechts auf freie Meinungsäußerung (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG[33]) nicht beachtet habe. Das Bürgerliche Gesetzbuch

---

[25] *Dürig*, a.a.O., S. 157, 176; *ders.*, Freizügigkeit, in: Die Grundrechte, Band 2, hrsg. v. Neumann/ Nipperdey/Scheuner, 1954, S. 507, 525.

[26] § 138 Abs. 1 BGB: Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig.

§ 138 Abs. 2 BGB: Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung stehen.

[27] § 242 BGB: Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.

[28] § 826 BGB: Wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet.

[29] A.A. *Enneccerus/Nipperdey*, a.a.O. (Fn. 14), S. 97.

[30] BVerfGE 7, 198 ff.; dazu sowie zum Film und den beteiligten Personen umfassend *Henne/Riedlinger*, Das *Lüth-Urteil* aus (rechts-)historischer Sicht, 2005.

[31] BVerfGE 7, 198 ff.

[32] Vgl. Fn. 28.

[33] Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG: Jeder hat das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten und sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten.

müsse so interpretiert werden, dass der besondere Wertgehalt des Grundrechts der Meinungsfreiheit in der freiheitlichen Demokratie gewahrt bleibe. Das Grundgesetz habe in seinem Grundrechtsabschnitt eine *objektive Wertordnung* errichtet, welche als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gelte. Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung empfingen von ihm Richtlinien und Impulse. So beeinflusse es auch das bürgerliche Recht; keine bürgerlich-rechtliche Vorschrift dürfe in Widerspruch zu ihm stehen, jede müsse in seinem Geiste ausgelegt werden.

Die *Lüth*-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts bestätigte nicht nur, dass Grundrechte (hier Persönlichkeitsrecht einerseits, Meinungs- und Medienfreiheit andererseits) auch Private betreffen. Sie markierte zugleich den Zeitpunkt, von dem an sich in der Rechtsprechung die Lehre der sogenannten *mittelbaren* Drittwirkung der Grundrechte etablierte[34]. Danach wird die Wirkung der Grundrechte in privatrechtlichen Streitigkeiten indirekt *„durch das Medium der das jeweilige Rechtsgebiet unmittelbar beherrschenden Vorschriften"* vermittelt.[35] Medium für die *Ausstrahlungswirkung der Grundrechte* in das bürgerliche Recht sind unbestimmte Rechtsbegriffe in zivilrechtlichen Generalklauseln, wie etwa die Begriffe „Treu und Glauben" und „billiges Ermessen", die als Übermaßverbote wirken[36]. Sie werden deshalb auch als „Einbruchstellen der Grundrechte in das bürgerliche Recht" bezeichnet.[37]

Die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte in das Privatrecht bestätigte das Bundesverfassungsgericht danach immer wieder.[38] Dadurch wurde die Trennung von Privatrecht und Verfassungsrecht durchbrochen[39].

---

[34] Die *Lüth*-Entscheidung wird überdies als eine „wesentliche Quelle des europäischen Grundrechtsdenkens" bezeichnet; vgl. *Di Fabio*, JZ 2004, 1.

[35] BVerfGE 7, 198, 205.

[36] BVerfGE 81, 242, 256.

[37] BVerfGE 7, 198, 205 unter Hinweis auf *Dürig* in Neumann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte II, S. 525. Die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte in das Privatrecht bestätigte das Bundesverfassungsgericht danach immer wieder, BVerfGE 24, 236, 251; 32, 311, 318; 34, 269, 280; 35, 202, 218 f.; 42, 143, 147 f.; 73, 261, 269; 81, 242, 254 ff.; 96, 375, 399; 112, 332, 358; GRUR 2011, 223, 224 Rn. 19.

[38] BVerfGE 24, 236, 251; 32, 311, 318; 34, 269, 280; 35, 202, 218 f.; 42, 143, 147 f.; 73, 261, 269; 81, 242, 254 ff.; 96, 375, 399; 112, 332, 358; GRUR 2011, 223, 224, Rn. 19; NJW 2013, 3086, 3087.

[39] *Ipsen,* JZ 2014, 157, 161.

b) Die Abtreibungsurteile

Die sich aus den Grundrechten ergebende staatliche Schutzpflicht wurde erstmals durch das Bundesverfassungsgericht im Abtreibungsurteil von 1975[40] anerkannt. Das Urteil hatte die damalige Neuregelung der Strafbarkeit des Schwangerschaftsabbruchs zum Gegenstand. Die Schutzpflicht des Staats für das ungeborene Leben leitete das Bundesverfassungsgericht aus dem objektiv-rechtlichen Gehalt des Grundrechts auf Leben[41] i.V.m. der Menschwürdegarantie[42] her[43]. Die Schutzpflicht des Staats verbiete nicht nur unmittelbare eigene Eingriffe, sondern gebiete dem Staat auch, den Einzelnen vor rechtswidrigen Eingriffen von Seiten anderer zu bewahren. Der Staat muss danach den *Nasciturus,* der verbreiteter Meinung nach schon Grundrechtsträger[44] ist, vor rechtswidrigen Eingriffen von Seiten anderer —

---

[40] BVerfGE 39, 1 (sog. erstes Abtreibungsurteil). Der BGH hatte schon vor dem BVerfG im Jahr 1960 festgestellt, dass „die Organe des Staates, mögen sie der gesetzgebenden, der rechtsprechenden oder der vollziehenden Gewalt angehören, […] nicht nur den Bürger in seinem so geschützten Rechtsgut vor Übergriffen des Staates zu schützen haben, sondern darüber hinaus *verpflichtet sind,* die das Rechtsgut schützende Grundsatznorm auch bei der ihnen übertragenen Beurteilung und Regelung menschlicher Verhältnisse, soweit sie die Beziehungen der Staatsbürger zueinander betreffen, zu beachten und *zur Geltung zu bringen."* Vgl. BGHZ 33, 145, 150 (Hervorhebung nicht im Original).

Zuvor hatte der BGH aus Art. 1 Abs. 1 S. 2 i.V.m. Art. 1 Abs. 3 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG das Allgemeine Persönlichkeitsrecht als sonstiges Recht i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB hergeleitet (BGHZ 24, 72, 77) und damit die Schutzpflicht wahrgenommen. Drei Jahre davor hatte der BGH bereits die Wirkung von Art. 1 und 2 GG im Privatrecht bejaht, allerdings ohne sich auf die unmittelbare oder mittelbare Wirkung der Grundrechte im Privatrecht festzulegen (BGHZ 13, 334, 338).

[41] Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG: Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit.

[42] Vgl. Fn. 9.

[43] BVerfGE 39, 1, 41; 46, 160, 164.

[44] Zu Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG: Isensee/Kirchhof/*Müller-Terpitz*, Handbuch des Staatsrechts, Band VII, 2009, § 147, Rn. 30 f.; Isensee/Kirchhof/*Rüfner*, Handbuch des Staatsrechts, Band IX, § 196, Rn. 4; *Maunz/Dürig/Di Fabio*, GG, 2013, Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, Rn. 24; auch zu Art. 1 GG: *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/1, 1988, § 70 IV 5 e) (S. 1063); *Sachs/Höfling*, GG, 6. Aufl., 2011, Art. 1 GG, Rn. 60; offen gelassen in BVerfGE 39, 1, 41; 88, 203, 251 ff.; a.A. *Szczekalla*, Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, 2002, S. 169 f.

auch der Mutter[45] — beschützen[46]. Die mit dem Schwangerschaftsabbruch einhergehende Verletzung der Grundrechte des Ungeborenen[47] führt dazu, dass jeder Schwangerschaftsabbruch grundsätzlich als Unrecht anzusehen ist[48]. Es muss im Rahmen der Abwägung mit den ebenfalls relevanten Grundrechten der Mutter aber berücksichtigt werden, dass es für die Mutter Grenzen des Erträglichen, des Aushaltbaren, gibt. Diese Grenze ist erreicht, wenn die Belastung eine derart hohe Aufopferung eigener Lebenswerte verlangt, dass sie von der Frau nicht erwartet werden kann.[49] In diesem Fall wird der Frau keine Rechtspflicht zum Austragen des Kinds auferlegt. Der Gesetzgeber wurde daher durch das BVerfG aufgerufen, diese Gesichtspunkte bei der erforderlichen Neuregelung zur Strafbarkeit des Schwangerschaftsabbruchs hinreichend zu berücksichtigen[50]. Nach neuem deutschem Recht bleibt der Schwangerschaftsabbruch ohne Indikation in der Frühphase der Schwangerschaft (auch) straflos, wenn sich die Schwangere unter anderem einem Beratungsgespräch unterzogen hat, welches sie in erster Linie zum Fortsetzen der Schwangerschaft ermutigen soll.[51] Damit wird dem staatlichen Schutzauftrag gegenüber dem Ungeborenen nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts Genüge getan.

c) Die Handelsvertreterentscheidung

Auf das Privatrecht wandte das BVerfG die Schutzgebotsfunktion der Grundrechte erstmals eingehend[52] 15 Jahre später in der sog. *Handelsver-*

---

[45] *Isensee*/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band IX, 2011, § 191, Rn. 149.

[46] Das gilt selbst, wenn man nicht von einer Rechtssubjektivität des Nasciturus ausgeht, sondern die Schutzpflicht nur aus der objektiven Werteordnung des Grundgesetzes ableitet — vgl. BVerfGE 39, 1, 41; 88, 203, 251 ff.

[47] Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 2 GG sowie Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG.

[48] BVerfGE 39, 1, 44; 88, 203, 255.

[49] BVerfGE 88, 203, 256 f. (sog. zweites Abtreibungsurteil des BVerfG).

[50] Die Regelungen zur Strafbarkeit des Schwangerschaftsabbruchs wurden mit Gesetz vom 27.07.1992 (BGBl. I 1992, S. 1398, 1402) entsprechend geändert.

[51] Vgl. §§ 218a Abs. 1, 219 StGB.

[52] Zuvor wurden Schutzpflichten bereits im Zusammenhang mit sorgerechtlichen Verfahren angesprochen, um eine hinreichende Berücksichtigung der grundrechtlichen Stellung des Kindes in materieller und verfahrensrechtlicher Hinsicht zu garantieren — BVerfGE 55, 171, Rn. 20.

treter-Entscheidung[53] an. Ein im Weinhandel tätiger Handelsvertreter hatte ein zweijähriges, entschädigungsloses Wettbewerbsverbot vereinbart für den Fall, dass der Vertrag aus einem von ihm verschuldeten wichtigen Grund gekündigt würde. Diese vertragliche Regelung entsprach dem damals geltenden § 90a Abs. 2 S. 2 HGB[54]. Nachdem der Handelsvertreter schuldhaft Grund zur fristlosen Kündigung gegeben hatte, berief er sich mit einer Verfassungsbeschwerde auf die Verfassungswidrigkeit dieser Norm. Sie durchbricht die Regel, dass der Unternehmer stets verpflichtet ist, dem Handelsvertreter für seine Wettbewerbsunterlassung eine angemessene Entschädigung zu zahlen (§ 90a Abs. 1 S. 3 HGB)[55]. Das BVerfG stellte die Unvereinbarkeit der Norm mit dem Grundrecht der Berufsfreiheit[56] fest. Es erkannte, die berufliche Tätigkeit könne zwar privatautonom durch zivilrechtlichen Vertrag gestaltet werden. Privatautonomie bestehe aber nur im Rahmen der geltenden Gesetze, und diese seien ihrerseits an die Grundrechte gebunden[57].

Gestützt wurde die Entscheidung auf die staatliche Schutzpflicht. Diese greift im Privatrecht ein, wenn bei einer privatvertraglichen Verfügung über grundrechtliche Positionen ein annäherndes Kräftegleichgewicht der Parteien fehlt und damit die freie Selbstbestimmung inadäquat eingeschränkt ist. Das BVerfG bejahte im Fall die gestörte Vertragsparität und befand die betreffende Norm als unverhältnismäßig. Die darin geregelte undifferenzierte und vollständige Verweigerung einer Entschädigung für jedwede Fallgestaltung und für die höchstmögliche Dauer der Karenzzeit finde keine sachliche Grundlage in den Besonderheiten einer vorzeitigen und verschuldeten Vertragsbeendigung[58]. Die streitige Norm wurde mit Wirkung ab 01.07.1998 aufgehoben[59].

---

[53] BVerfGE 81, 242.

[54] § 90a Abs. 2 S. 2 HGB a.F.: Kündigt der Unternehmer das Vertragsverhältnis aus wichtigem Grund wegen schuldhaften Verhaltens des Handelsvertreters, so hat dieser keinen Anspruch auf Entschädigung.

[55] BVerfGE 81, 242, 259.

[56] Art. 12 Abs. 1 GG: Alle Deutschen haben das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen.

[57] BVerfGE 81, 242, 254.

[58] BVerfGE 81, 242, 260 ff.

[59] Handelsrechtsreformgesetz v. 22.06.1998; BGBl. 1998, 1474, 1476.

d) Die Bürgschaftsrechtsprechung

Wenn der Gesetzgeber seine Schutzpflicht nicht konkret, sondern durch zivilrechtliche Generalklauseln ausübt, steht die Aufgabe der Verwirklichung der staatlichen Schutzpflichten den *Gerichten* zu.[60] Aufmerksamkeit erregte in diesem Zusammenhang die sog. *Bürgschaftsrechtsprechung.* In der Sicherungspraxis von Banken war es üblich geworden, bei der Vergabe von Krediten an mittelständische Unternehmen einen Bürgschaftsvertrag mit Familienangehörigen in beträchtlicher Höhe — d.h. über 100.000 DM und mehr — zu schließen. Die Bürgen waren selten älter als 21 Jahre und ohne Berufsausbildung oder arbeiteten als ungelernte Kraft in einer Fabrik.[61]

Den Klagen auf Zahlung aus solchen Bürgschaften gab der Bundesgerichtshof trotzdem statt.[62] Er nahm an, Bürgschaftsverträge könnten nicht deshalb als *sittenwidrig* angesehen werden, weil sie voraussichtlich zu einer Überschuldung führten. Die Bank könne davon ausgehen, dass ein Erwachsener, der eine Bürgschaftsverpflichtung übernehme, die Tragweite seines Handelns kenne und sein Risiko selbstverantwortlich einschätze.[63]

Das Bundesverfassungsgericht hob 1993 eine solche Entscheidung des Bundesgerichtshofs auf. Der Bundesgerichtshof hatte seine Pflicht verletzt, bei der Anwendung und Auslegung der Generalklauseln des Bürgerlichen Gesetzbuchs dafür zu sorgen, dass privatrechtliche Verträge nicht als Mittel der Fremdbestimmung missbraucht werden. Allerdings stehen sich im Privatrechtsverkehr zwei Grundrechtsträger mit dem gleichen Anspruch auf Privatautonomie und Selbstbestimmung (i.S.v. Art. 2 Abs. 1 GG[64]) gegenüber. Die kollidierenden Grundrechtspositionen seien daher so zu begrenzen, dass sie für alle Beteiligten möglichst wirksam werden[65]. Die

---

[60] Vgl. etwa BVerfGE 96, 56, 64; BVerfG NJW 2013, 3086, 3087; BAGE 76, 155, 168..

[61] Vgl. etwa BGHZ 106, 269; BGH NJW 1989, 1605.

[62] Vgl. BGH a.a.O.

[63] Vgl. etwa BGHZ 106, 269, 271 f.

[64] Art. 2 Abs. 1 GG: Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.

[65] BGH NJW 1994 2749, 2750.

Gerichte dürften sich deshalb erst dann nicht mehr mit der Feststellung begnügen: "Vertrag ist Vertrag!", wenn der Vertragsinhalt für eine Seite ungewöhnlich belastend und der Interessenausgleich infolge strukturell ungleicher Verhandlungsstärke offensichtlich unangemessen sei. Das Zivilgericht müsse dann gegebenenfalls im Rahmen der Generalklauseln des Zivilrechts korrigierend eingreifen.[66]

Indem der BGH das Zustandekommen und den Inhalt des Bürgschaftsvertrags ohne Rückgriff auf die Generalklauseln bewertete und die gestörte Vertragsparität zwischen den Parteien unberücksichtigt ließ, hat das Gericht es versäumt, die gegenläufigen Grundrechte des Bürgen und der Bank zum Ausgleich zu bringen. Dadurch wurde dem Bürgen der Schutz seines Grundrechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit[67] versagt. Diesen verfassungsrechtlichen Schutz konnte der Bürge gerichtlich einfordern, um einer lebenslangen „Schuldenfalle" zu entgehen.

e) Weitere Beispiele für die Berücksichtigung der mittelbaren Drittwirkung und der Schutzpflichtlehre durch das Bundesverfassungsgericht

Die Schutzpflichtlehre kommt in vielen Sachverhaltskonstellationen zum Tragen. So unterwirft das Bundesverfassungsgericht stark benachteiligende Eheverträge anhand von § 138 Abs. 1 BGB[68] in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 GG[69] und Art. 6 Abs. 2, 4 GG[70] der Inhaltskontrolle.[71] Es gesteht dem Kind ein aus dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht abgeleite-

---

[66] BVerfGE 89, 214, 234; vgl. auch BVerfGE 81, 242, 254 ff.; BVerfG NJW 2013, 3086, 3087.

[67] Vgl. Fn. 60.

[68] Vgl. Fn. 26.

[69] Vgl. Fn. 64.

[70] Art. 6 Abs. 2 GG: Pflege und Erziehung der Kinder sind das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht. Über ihre Betätigung wacht die staatliche Gemeinschaft.

Zu Art. 6 Abs. 4 GG vgl. Fn. 10.

[71] BVerfGE 103, 89; auf der Basis dieser Entscheidung ergingen zahlreiche Urteile des BGH zur gerichtlichen Kontrolle von benachteiligenden Eheverträgen und Scheidungsvereinbarungen: vgl. BGH FamRZ 2004, 601; 2005, 691; 2005, 1444; 2005, 1449; 2013, 195 und *Schwab*, Familienrecht, 21. Aufl. 2013, Rn. 224 ff.

tes Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung zu[72] und dem Mann ein Recht auf Kenntnis, ob ein Kind von ihm abstammt[73]. Auf dieser Grundlage verlangte es die Einrichtung eines Verfahrens zur Abstammungsklärung, dem der Gesetzgeber durch den Erlass von § 1598a BGB nachgekommen ist. Daneben korrigierte das Bundesverfassungsgericht zahlreiche Entscheidungen der Zivilgerichte, weil bei der Auslegung der zivilrechtlichen Normen die Abwägung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts (aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) mit dem Grundrecht des Art. 5 GG ungenügend erfolgte.[74] Im Bereich des Arbeitsrechts spielen mittelbare Drittwirkung und Schutzpflichtlehre ebenfalls eine nicht zu unterschätzende Rolle, unter anderem im Hinblick auf die sich aus Art. 4 GG ergebenden Rechte des Arbeitnehmers, religiöse Symbole, wie das Kopftuch zu tragen[75], oder aus Gewissensgründen die Ausführung übertragener Aufgaben zu verweigern[76]. Ferner dürfen dem Arbeitnehmer aufgrund seiner Zeugenaussagen im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren gegen den Arbeitgeber wegen seiner Grundrechte aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG keine zivilrechtlichen Nachteile (wie z.B. eine fristlose Kündigung) erwachsen.[77]

3. Die spätere Rechtsprechung des BAG zur Grundrechtswirkung im Privatrecht

Das Bundesarbeitsgericht, das zunächst — wie gesehen — die unmittelbare Drittwirkung vertrat, rückte in Bezug auf Individualarbeits-

[72] BVerfGE 79, 256; 90, 263; 96, 56 (zum Auskunftsanspruch des Kinds gegenüber der Mutter auf Benennung des leiblichen Vaters); vgl. auch OLG Hamm NJW 2013, 1167 (zum Auskunftsanspruch des Kinds gegen den behandelnden Arzt hinsichtlich der Identität des Samenspenders).

[73] BVerfGE 117, 202.

[74] Ggü. Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG vgl. BVerfGE 97, 391; 101, 361; ggü Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG vgl. BVerfGE 97, 173; ggü. Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG vgl. BVerfGE 119, 1. Überdies hat das Bundesverfassungsgericht festgestellt, dass das Allgemeine Persönlichkeitsrecht im Rahmen der Prüfung der Widerrechtlichkeit des § 823 Abs. 1 S. 1 BGB zu beachten ist, so BVerfGE 25, 256; 34, 269, 281.

[75] BVerfG NJW 2003, 2815.

[76] BAGE 62, 59.

[77] Andernfalls drohe eine starke Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege, sog. *„whistleblowing“,* vgl. BVerfG NJW 2001, 3474.

verhältnisse von diesem Ansatz erst nach und nach ab[78], um spätestens 1984 mit der herrschenden Meinung die mittelbare Drittwirkung zu befürworten[79]. Weitere 20 Jahre später vertrat es Gleiches für das kollektive Arbeitsrecht[80].

4. Die nachfolgende Entwicklung des Meinungsstands bis zur Gegenwart

Im Übrigen lässt sich der Meinungsstand zur Wirkung der Grundrechte im Privatrecht wie folgt darstellen: In Rechtsprechung[81] und Schrifttum[82] hatte die Lehre von der unmittelbaren Drittwirkung von Anfang an nur wenige Befürworter. Auch heute wird sie nur selten vertreten[83]. Demgegenüber schloss sich damals[84] wie heute[85] die ganz überwiegende Ansicht in Schrifttum und Rechtsprechung den Theorien von der mittelbaren Drittwirkung und der staatlichen Schutzpflicht an.

---

[78] Noch offengelassen in BAGE 31, 67, 71.

[79] Vgl. BAGE 47, 363, 373 a.E.; 48, 122, 138 f.; 130, 347, 353.

[80] Dazu führte das BAG 2004 in einem Urteil (BAGE 111, 8) aus: „Die Tarifvertragsparteien sind als Vereinigungen privaten Rechts nicht unmittelbar grundrechtsgebunden." Kritisch und a.A. *Belling*, ZfA 1999, 547, 558 ff., 575 ff.; *Löwisch*, RdA 2000, 312, 313 f.; a.A. zuvor ebenso noch das BAG; vgl. BAGE 1, 258, 262; 95, 277, 283 m.w.N.

[81] BVerwG DÖV 1971, 861.

[82] Vgl. z.B. *Leisner*, Grundrechte und Privatrecht, 1960, S. 285 ff., 354 ff.; *Kaufmann*, AcP 161 (1962), 289, 295 ff.

[83] Vgl. *Lücke*, JZ 1999, 377 ff; *Christensen/Fischer-Lescano*, Das Ganze des Rechts, 2007, S. 265 ff., 365 ff.

[84] Zur mittelbaren Drittwirkung: *Reimers*, Die Bedeutung der Grundrechte für das Privatrecht, 1959, S. 16 ff.; *Geiger*, Die Grundrechte in der Privatrechtsordnung, 1960, S. 18, 37; *Koebel*, JZ 1961, 521, 525 f.; zur Schutzpflichttheorie: *Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 225 ff.

[85] BVerfGE 103, 89, 100; 114, 1 ,33; *Howald*, Das Kommunikationsgrundrecht der Meinungsfreiheit und seine Kollision mit arbeitsvertraglichen Pflichten, 2003, S. 23; *Jarass/Pieroth/Jarass*, GG, 12. Aufl., 2012, Art. 1 Rn. 50; *Unruh*, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, 1996, S. 71.

IV. Die Stellungnahme zu den verschiedenen Theorien

Der Begriff „Drittwirkung" ist nicht glücklich gewählt[86], hat sich aber als geläufige Wendung durchgesetzt, wenn Rechtsgeschäfte, unerlaubte Handlungen oder sonstige Verhaltensweisen einer Privatperson gegenüber einer anderen vorliegen, die an den Grundrechten gemessen werden[87]. Heute wird zunehmend auf den Terminus der „Horizontalwirkung" zurückgegriffen[88].

1. Zur unmittelbaren Drittwirkung

Die unmittelbare Wirkung der Grundrechte auch auf den Rechtsverkehr unter Privaten zu erstrecken, wird zu Recht abgelehnt. Denn: Grundrechte gelten nach Art. 1 Abs. 3 GG[89] *unmittelbar* grundsätzlich *nur* im Verhältnis zwischen Bürger und Staat[90]. Daher wirken Grundrechte im Zivilrecht grundsätzlich weder als Verbotsgesetze[91] noch als Schutzgesetze[92] oder als sonstige Rechte[93,94].

Unmittelbare Wirkung entfalten Grundrechte zwischen Privaten nur, wenn es das Grundgesetz explizit und eindeutig bestimmt. Das Grundgesetz statuiert insofern ein Regel-Ausnahme-Prinzip. Die ausdrückliche Anordnung der unmittelbaren Wirkung unter Privaten in einigen wenigen

---

[86] Grundrechte „wirken" nicht gegenüber Dritten als Privatpersonen; sie verpflichten allein den Staat. Insofern überzeugt auch die Unterscheidung zwischen unmittelbarer und mittelbarer Drittwirkung nicht.

[87] Vgl. *Canaris*, Drittwirkung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten, in: Umwelt, Wirtschaft und Recht, hrsg. v. Bauer/Czybulka/Kahl/Vosskuhle, 2002, S. 29, 32.

[88] Vgl. etwa *de Wall/Wagner*, JA 2011, 734.

[89] Art. 1 Abs. 3 GG: Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht.

[90] Vgl. ebenso schon *Canaris*, JuS 1989, 161.

[91] Vgl. Fn. 16.

[92] Vgl. Fn. 20.

[93] Vgl. Fn. 18.

[94] A.A. *Leisner*, Grundrechte und Privatrecht, 1960, S. 356.

Grundrechtsartikeln — wie z.B. Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG[95,96] — ergibt nur Sinn, wenn die Grundrechte im Allgemeinen nicht unter Privaten gelten[97]. Im Übrigen signalisiert der Gesetzgeber durch die Bereitstellung der §§ 138[98], 242[99], 826[100] BGB jedoch seine Ablehnung gegenüber der unmittelbaren Drittwirkung. Das Grundgesetz selbst ist zwar erst knapp 50 Jahre nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in Kraft getreten. Bis heute sind die genannten wertausfüllungsbedürftigen Generalklauseln aber nicht obsolet geworden. Vielmehr sind sie fester Bestandteil der Privatrechtsordnung geblieben und fungieren nun als Transformatoren der Grundrechte in das Privatrecht.

Soweit die Vertreter der unmittelbaren Drittwirkung darauf abstellen, dass die Grundrechtsbindung des Staats erst recht eine Bindung Privater nach sich ziehen müsse[101], wenn sie mit sozialer Macht ausgestattet sind[102], ist dem zu widersprechen[103]. Denn auch private Inhaber sozialer Macht sind Grundrechtsträger, weshalb ihnen Grundrechtsgewährleistungen ebenso zukommen.

Der maßgebliche Unterschied, welcher das Verhältnis von Staat und Bürger auf der einen Seite und das Verhältnis der Bürger untereinander kennzeichnet, steht der Gleichstellung entgegen.[104] Normadressat der

---

[95] Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG: Abreden, die dieses Recht einschränken oder zu behindern suchen, sind nichtig, hierauf gerichtete Maßnahmen sind rechtswidrig.

[96] Weitere Ausnahmefälle — d.h. unmittelbare Drittwirkung — enthalten Art. 20 Abs. 4 GG und Art. 38 Abs. 1 i.V.m. Art. 48 Abs. 2 GG. Dagegen geht es zu weit, auch Art. 1 Abs. 1 GG eine unmittelbare Drittwirkung zuzuschreiben (so aber z.B. *Guckelberger*, JuS 2003, 1151, 1152; BAG NJW 1957, 1688, 1690); dagegen spricht Art. 1 Abs. 1 S. 2 G G (vgl. Fn. 9), der die Achtens- und Schutzpflicht ausdrücklich nur dem Staat zuweist; vgl. auch *Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 203 f.

[97] Ähnlich *Canaris*, Drittwirkung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten, (Fn. 87), S. 35.

[98] Vgl. Fn. 26.

[99] Vgl. Fn. 27.

[100] Vgl. Fn. 28.

[101] *Nipperdey*, RdA 1950, 121, 125.

[102] *Gamillscheg*, Die Grundrechte im Arbeitsrecht, AcP 164 (1964), S. 385, 406 f.

[103] Ebenso *Canaris*, AcP 184, (1984), 201, 206.

[104] Alexy, Theorie der Grundrechte, 1985, S. 480; Richardi in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, hrsg. v. Richardi/Wlotzke/Wißmann/Oetker, 3. Aufl. 2009, § 12, Rn. 9.

Grundrechte ist nur der Staat. Das ergibt sich auch aus der in Art. 3 Abs. 1 GG[105] geregelten Gleichheit „vor dem Gesetz“ und der Systematik der Gesetzesvorbehalte der Grundrechte, welche sich lediglich an den Gesetzgeber richten[106].

Eine unmittelbare Drittwirkung lässt sich schließlich auch nicht damit begründen, dass Zivilgerichte, welche über Streitigkeiten zwischen Privaten zu entscheiden haben, gemäß Art. 1 Abs. 3 GG unmittelbar an die Grundrechte gebunden sind. Gerichte haben Grundrechte nur insoweit zu beachten, wie sie gelten.[107] Der klare und eindeutige Wortlaut von Art. 1 Abs. 3 GG spricht gegen die unmittelbare Bindung Privater an die Grundrechte. Folgerichtig entscheiden Zivilgerichte private Rechtsstreitigkeiten grundsätzlich allein anhand von Zivilrechtsnormen, bei deren Anwendung der Zivilrichter betroffene Grundrechtsbelange beider Parteien (lediglich) gegeneinander abwägt[108]; die Zulässigkeit eines hoheitlichen Grundrechtseingriffs prüft er dagegen nicht[109].

In materieller Hinsicht zöge der aus der unmittelbaren Wirkung resultierende stärkere *Schutz* vor Grundrechtsbeeinträchtigungen durch Private auf der Seite des Gegenübers eine stärkere *Freiheitsbeschränkung* nach sich[110]. Demgegenüber wird selbst heute noch angenommen, dass in den Auswirkungen auf die Privatautonomie kaum messbare Unterschiede zwischen beiden Theorien bestehen[111].

Das mag für einen nicht unerheblichen Teil der Fälle zutreffen, in denen Grundrechte Privater aufeinander treffen. So macht es vom Ergebnis her

---

[105] Art. 3 Abs. 1 GG: Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich.

[106] *Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 203 ff.; *ders.*, JuS 1989, 161, 162; *ders.*, Drittwirkung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten, (Fn. 87), S. 29, 35.

[107] Zutreffend *Petz*, JA 1987, 634 m.w.N.

[108] Zur Abwägung des Tatbestandsmerkmals der Rechtswidrigkeit in § 1004 BGB vgl. BGH NJW 2014, 1381, 1382; BAG JZ 2014, 902 m. Anm. Belling.

[109] *Durner*, ZUM 2010, 833, 835.

[110] Ähnlich *Canaris*, Drittwirkung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten, (Fn. 87), S. 29, 36; *Maunz/Dürig/Herdegen*, GG, 2013, Art. 1 Abs. 3 Rn. 59; a.A. *Enneccerus/Nipperdey*, a.a.O. (Fn. 14) S. 95.

[111] *Preedy*, Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten, 2005, S. 65 f.

z.B. keinen Unterschied, ob die Grundrechte des Bürgen mittelbar über den in § 138 Abs. 1 BGB[112] verankerten Begriff der Sittenwidrigkeit zur Nichtigkeit des Bürgschaftsvertrags führen, oder ob sich die Nichtigkeit unmittelbar aus § 134 BGB[113] i.V.m. dem entsprechenden Grundrecht des Bürgen aus Art. 2 Abs. 1 GG[114,115] ergibt.

Im Einzelfall bestehen aber deutliche Unterschiede: So wäre im Fall unmittelbarer Drittwirkung der Grundrechte die vertragliche Verpflichtung eines Christen zur Sonntagsarbeit wegen des vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechts der ungestörten Religionsausübung[116] nichtig[117]. Auch die Wahl des Vertragspartners wäre im Fall der unmittelbaren Drittwirkung stärker eingeschränkt. Anders als vom Grundgesetz vorgegeben, verbietet das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz Ungleichbehandlungen im Zivilrechtsverkehr z.B. nur unter bestimmten Voraussetzungen (§ 19 AGG[118]). Auch gelten die Einschränkungen dieses Gesetzes nur gegenüber dem Abwickler von Massengeschäften[119], nicht aber gegenüber dem auswählenden Kunden[120]. Dementsprechend kann sich ein Kunde — anders als ein Unternehmer — seinen Vertragspartner durchaus etwa nach dessen Religion

[112] Vgl. Fn. 26.

[113] Vgl. Fn. 16.

[114] Vgl. Fn. 64.

[115] Vgl. BVerfG NJW 1994, 2749 f.

[116] Art. 4 Abs. 2 GG: Die ungestörte Religionsausübung wird gewährleistet.

[117] *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, AcP 184 (1984), S. 201, 204.

[118] Vgl. z.B. § 19 Abs. 3 AGG: Bei der Vermietung von Wohnraum ist eine unterschiedliche Behandlung im Hinblick auf die Schaffung und Erhaltung sozial stabiler Bewohnerstrukturen und ausgewogener Siedlungsstrukturen sowie ausgeglichener wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Verhältnisse zulässig.

§ 19 Abs. 5 S. 1 A GG: Die Vorschriften dieses Abschnitts finden keine Anwendung auf zivilrechtliche Schuldverhältnisse, bei denen ein besonderes Nähe- oder Vertrauensverhältnis der Parteien oder ihrer Angehörigen begründet wird.

[119] Der Gesetzgeber geht davon aus, dass nur (natürliche oder juristische) unternehmerisch tätige Personen eine „Vielzahl von Verträgen" ähnlichen Inhalts abschließen und dass solche Massengeschäfte regelmäßig „ohne Ansehen der Person" abgewickelt werden (sollen). Vgl. den Wortlaut von § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG sowie BT-Drs. 16/1780, S. 41.

[120] *MüKo/Thüsing*, § 19 AGG, Rn. 124; Wendeling-Schröder/Stein/*Wendeling-Schröder*, § 19, Rn. 9.

oder Weltanschauung auswählen, ohne rechtliche Konsequenzen befürchten zu müssen. Diese Freiheit hätte er bei unmittelbarer Drittwirkung nicht.

2. Zur mittelbaren Drittwirkung und der Schutzpflichtlehre

a) Die Theorie der mittelbaren Drittwirkung

Die sog. „nur" mittelbare Drittwirkung verdient damit den Vorzug. Sie findet allerdings keine Anwendung, wenn der Privatgesetzgeber oder die zivile Rechtsprechung tätig werden; denn beide Gewalten sind gem. Art. 1 Abs. 3 GG[121] bereits unmittelbar an die Grundrechte gebunden. Vor allem die Rechtsprechung ist demnach nicht nur bei der Anwendung öffentlichen Rechts (wie den Prozessordnungen[122]) unmittelbar grundrechtsgebunden, sondern auch bei der Anwendung zivilrechtlicher Normen. Handelt es sich dabei um Generalklauseln, welche die Grundrechte mittelbar zum Tragen bringen, muss zwischen den ins Privatrecht einstrahlenden Grundrechten ein konkreter, auf den zu entscheidenden Einzelfall bezogener Interessenausgleich hergestellt werden.[123] Missachtet das Gericht die betreffenden Grundrechte oder schöpft es seinen Abwägungsspielraum zu Lasten einer Partei nicht aus, kommen infolge des aktiven *Grundrechtseingriffs durch gerichtliche Rechtsanwendung* zu Lasten eines Beteiligten die Grundrechte also in ihrer klassischen Form als Abwehrrechte zur Geltung. Deshalb kann der Bürger gegen Gerichtsentscheidungen gem. Art 93 Abs. 1 Nr. 4a GG[124] direkt Verfassungsbeschwerde erheben.

Die eigentliche sog. mittelbare Drittwirkung vollzieht sich damit nur in Fällen, in denen eine *Privatperson* die *Grundrechte einer anderen einschränkt,* z.B. durch Vertrag, Ausübung eines Gestaltungsrechts oder durch schädigende Handlung. Nur in diesen Konstellationen können die Grundrechte durch die zivilrechtlichen Generalklauseln in das materielle Zivilrecht „ausstrahlen".

---

[121] Vgl. Fn. 89.

[122] Vgl. dazu BVerfG NJW 2013, 290 f.

[123] *Manssen,* Staatsrecht II, 10. Aufl. 2013, Rn. 103.

[124] Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG: Das Bundesverfassungsgericht entscheidet über Verfassungsbeschwerden, die von jedermann mit der Behauptung erhoben werden können, durch die öffentliche Gewalt in einem seiner Grundrechte oder in einem seiner in Artikel 20 Abs. 4, 33, 38, 101, 103 und 104 enthaltenen Rechte verletzt zu sein.

b) Die Schutzpflichttheorie

Die mittelbare Drittwirkung in Gestalt der „Ausstrahlungswirkung" stellt aber nur eine bildhafte Umschreibung der Vorstellung dar, die man von der Wirkung der Grundrechte zwischen Privaten hat. Der dogmatische Ansatz wird daher in der sog. Schutzpflichttheorie gesehen[125].

Danach ist der Staat verpflichtet, den *Bürger vor rechtswidrigen Zugriffen* zu *schützen,* die ihm von Seiten Dritter drohen.[126] Ursprung des staatlichen Schutzgedankens ist das „Wesen der Staatlichkeit selbst"[127]. Es ist Aufgabe des Staats, für Sicherheit und Rechtsfrieden in seinem Herrschaftsbereich zu sorgen[128]. Der Verzicht auf das „naturgegebene Recht zur Verteidigung"[129] kann durch die Bürger nur akzeptiert werden, wenn sie ihre *Rechtsgüter durch den Staat gesichert* wissen. Dementsprechend sind gem. Art. 1 Abs. 3 GG Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung an die Grundrechte als unmittelbar geltendes Recht gebunden.

Staatliche Schutzpflichten lassen sich zwar nur teilweise unmittelbar dem Wortlaut des jeweiligen Grundrechts entnehmen[130]. Erkennt man jedoch — wie überwiegend geschehen[131] — auch die objektiv-rechtliche Dimension der Grundrechte an, welche die abwehrrechtliche Dimensi-

---

[125] Vgl. etwa *Jarass*, AöR 120 (1995), 345, 352 f.; *MünchKomm/Armbrüster*, BGB, 6. Aufl. 1012, § 134, Rn. 34; *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 252 f.

[126] Zur Schutzpflicht des Staats bereits *Belling*, ZfA 1999, 547, 572 ff.

[127] *Oldiges*, Neue Aspekte der Grundrechtsgeltung im Privatrecht, in: FS für Friauf, Heidelberg 1996, S. 281, 299; Starck, Wie kommen die Grundrechte ins Privatrecht und wie wirken sie dort?, in: Festschrift für Rolf Stürner, 1. Teilbd., hrsg. v. Bruns/Kern/Münch/Kiekenbrock/Stadler/Tsikrikas, 2013, S. 61, 64.

[128] *Hager*, JZ 1994, 373, 378; *Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts, Band IX, 2011, § 191, Rn 181 ff.; vgl. auch *Ciftci*, NJOZ 2014, 921, 922.

[129] *Klein*, NJW 1989, 1633, 1636; ähnlich *Isensee*, Nachwort — Privatautonomie: Freiheit zur Diskriminierung? — Verfassungsrechtliche Vorgaben, in: Vertragsfreiheit und Diskriminierung, hrsg. v. Isensee, 2007, S. 239, 252 m.w.N.

[130] Vgl. etwa zum Gesetzestext des Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG Fn. 9.

[131] Vgl. vor allem BVerfGE 7, 198, 206 f.; 39, 1, 41 f.; 81, 242, 256; *Ciftci*, NJOZ 2014, 921, 922.

on optimiert[132], so enthält jedes Grundrecht im Ergebnis zugleich einen Schutzauftrag[133].

Die Schutzpflichttheorie ist zu befürworten, weil sie sich nicht nur an die Rechtsprechung richtet, welche die Gesetze anzuwenden und auszulegen hat, sondern (primär[134]) auch vom Gesetzgeber verantwortungsvolles Handeln fordert. Die Beachtung der Grundrechte ist damit nach wie vor unmittelbar nur den Staatsgewalten zugewiesen.

Dem Gesetzgeber steht ein weiter Gestaltungsspielraum bei der Umsetzung dieses Schutzes zu.[135] Im Vergleich zu den Mitteln des öffentlichen Rechts und des Strafrechts bietet sich das Zivilrecht in vielen Fällen als geeigneteres Instrument an, weil es für die Beteiligten schonender und ausgleichender wirkt.[136]

c) Das Verhältnis zwischen mittelbarer Drittwirkung und Schutzpflichttheorie

In den letzten Jahren rückte die Schutzpflichttheorie verstärkt in den Vordergrund. Es fragt sich daher, ob die Theorie der mittelbaren Drittwirkung deshalb an Bedeutung verloren hat. Große Einigkeit besteht

---

[132] BVerfGE 7, 198, 205; 35, 79, 113 m.w.N.; *Jarass*, AöR 120 (1995), 345, 347.

[133] Ebenso *Dreier*, GG, 3. Aufl. 2013, Vorb., Rn. 104; Isensee/Kirchhof/*Rüfner*, Handbuch des Staatsrechts, Band IX, 2011, § 197, Rn. 93; *Klein*, DVBl. 1994, 489, 491; Szczekalla, Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, 2002, S. 149 f., 335; Tian, Objektive Grundrechtsfunktionen im Vergleich, 2012, S. 87; Unruh, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, 1996, S. 75 u. 78; ausführlich *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 154 ff., 170 ff.

Die Ausdehnung der eindeutigen staatlichen Schutzpflicht des Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG auf alle übrigen Grundrechte ließe sich hingegen schwerer begründen (*Ruffert*, a.a.O. S. 160 f.; a.A. *Tian*, Objektive Grundrechtsfunktionen im Vergleich, 2012, S. 76 ff.).

[134] Vgl. BVerfGE 39, 1, 51; 96, 56, 64; 114, 1, 34 f.; 121, 317, 356; ebenso *Canaris*, JuS 1989, 161, 163; *Hermes*, NJW 1990, 1764, 1765, 1767; *Ipsen*, JZ 2014, 157, 161; *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 202 f.; *Schmidt am Busch*, GewArch 2011, 1, 2.

[135] Der Rechtsprechung sind engere Grenzen gezogen, weil sie nur auf *einen* Fall bezogen erkennt.

[136] Ähnlich *Hager*, JZ 1994, 373, 378.

gegenwärtig dahingehend, dass zwischen beiden Theorien eine Wechselwirkung besteht[137].

Sie ergänzen und vervollkommnen einander: Auf der einen Seite stellt die mittelbare Drittwirkung eine Ausprägung der staatlichen Schutzpflicht dar. Nicht alle gegenwärtigen oder zukünftigen menschlichen Beziehungen und Konflikte lassen sich im Rechtssystem konkret ausgestalten oder lösen. Deshalb stellt der Gesetzgeber in Umsetzung seiner Schutzpflicht unbestimmte Rechtsbegriffe und Generalklauseln zur Verfügung, welche die Rechtsprechung anhand der grundrechtlichen Wertordnung und den Umständen des konkreten Einzelfalls ausfüllt.

Auf der anderen Seite wird die mittelbare Drittwirkung durch die staatliche Schutzpflicht selbst begrenzt. Ursächlich dafür ist die Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungskompetenz des Staats[138] im Hinblick auf die Erfüllung der ihm obliegenden Schutzpflicht. Der Spielraum des Gesetzgebers ist dabei aber nicht unbeschränkt. Vor allem im Vertragsrecht muss der Staat die durch Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistete Privatautonomie der beteiligten Privatpersonen achten und darf regulierend erst eingreifen, wenn die autonome Entscheidungsfreiheit einer Partei z.B. aufgrund real bestehender Abhängigkeit (wie etwa im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer) stark eingeschränkt ist. In diesem Fall muss der Gesetzgeber abstrakte Normen erlassen, wenn das der einzige und zielführende Weg ist. Andernfalls kann er aber auch — mitunter zugleich — auf Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe zurückgreifen, um dem zunehmenden gesellschaftlichen Wandel und der Konfliktvielfalt gerecht zu werden. In jedem Fall muss der Staat das Untermaßverbot beachten, d.h. er muss das verfassungsrechtlich gebotene Maß an Schutz, den Minimalschutz, gewährleisten[139]. Die Orientierung am geforderten Minimalschutz wird der Privatautonomie dabei am besten gerecht. Der Minimalschutz

[137] Vgl. etwa *Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 227 f.; *Hermes*, NJW 1990, 1764, 1765 f.; *Klein*, NJW 1989, 1633, 1639 f.; *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 285; *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständig-keit des Privatrechts, 2001, S. 252 f.; *Unruh*, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, 1996, S. 71 ff.

[138] Vgl. dazu BVerfGE 96, 56, 64 m.w.N.; 121, 317, 356.

[139] BVerfGE 88, 203, 254; *Voßkuhle/Kaiser*, JuS 2011, 411, 412; ausführlich zum Untermaßverbot vgl. *Klein*, JuS 2006, 960 ff.

akzeptiert die privatrechtliche Selbstbestimmung und verlangt staatliches regulierendes Tätigwerden erst bei markanten Grundrechtsbeschränkungen in besonderen Privatrechtskonstellationen, und zwar vor allem bei einem Machtgefälle. Gleiches gilt für eine staatliche Regulierung im Rahmen gerichtlicher Entscheidungen oder Maßnahmen. Fehlt es an einem Machtgefälle, ist demgegenüber grundsätzlich gerichtliche Zurückhaltung geboten, um die Grundrechte der beteiligten Parteien möglichst umfassend zu gewährleisten.

3. Die Horizontalwirkung europäischer Rechte

a) Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Europäische Grundrechtscharta

Auf europäischer Ebene ergeben sich Grundrechte und ähnliche Rechte aus verschiedenen Quellen. Zu nennen sind vor allem die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) und die Grundrechtscharta der EU.

Weder die EMRK noch die Europäische Grundrechtscharta gelten unmittelbar zwischen Privaten[140]. Allerdings ergeben sich aus der EMRK Schutzpflichten der Vertragsstaaten dahingehend, Beeinträchtigungen der Konventionsrechte durch Private zu verhindern[141]. Gleiches gilt im Hinblick auf die in der Grundrechtscharta verbürgten Rechte[142]. Auch insoweit

---

[140] Für die EMRK: *Rebhahn*, Zivilrecht und Europäische Menschenrechtskonvention, AcP 210 (2010) 489, 499; *Rengeling/Szczekalla*, § 4, Rn. 339; für die Grundrechtscharta: Callies/Ruffert/*Kingreen*, EU-GRCharta, Art. 51, Rn. 18; *Krois*, Der Betrieb, 2010, 1704, 1705; Magiera, DöV 2000, 1017, 1021; *Callies/Ruffert*, EU-GRCharta, Art. 1, Rn. 6 f.; *Jarass*, GRCh, Art. 8, Rn. 3; *Streinz/Michl*, EuZW 2011, 384, 385; Rengeling/Szczekalla, Grundrechte, § 11, Rn. 575; a.A.: Groeben/Schwarze/*Beutler*, 6. Auflage 2003, Art. 6 EUV, Rn. 66.

[141] EGMR NVwZ 1999, 57, 58; *Szczekalla*, Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, 2002, S. 7 12; *Rebhahn*, Zivilrecht und Europäische Menschenrechtskonvention, AcP 210 (2010) 489, 492, 500; *Seifert*, Die horizontale Wirkung von Grundrechten, EuZW 2011, 696, 698; Callies/Ruffert/*Kingreen*, EU-GRCharta, Art. 51, Rn. 25.

[142] Callies/Ruffert/*Kingreen*, EU-GRCharta, Art. 51, Rn. 18; *Krois*, Der Betrieb, 2010, 1704, 1705; Magiera, DöV 2000, 1017, 1021; *Callies/Ruffert*, EU-GRCharta, Art. 1, Rn. 6 f.; *Jarass*, GRCh, Art. 8, Rn. 3; *Streinz/Michl*, EuZW 2011, 384, 385; Rengeling/Szczekalla, Grundrechte, § 11, Rn. 575; a.A.: Groeben/Schwarze/*Beutler*, 6. Auflage 2003, Art. 6 EUV, Rn. 66.

muss der Staat für den Schutz vor Verletzungen durch Private sorgen[143]. Selbst Grundrechte, die ihrem Wortlaut und ihrer Zielrichtung nach auf eine Horizontalwirkung angelegt sind — unter ihnen das Verbot des Menschenhandels[144] und das Verbot der Kinderarbeit[145] — begründen positive Handlungspflichten nur für die EU und ihre Mitgliedstaaten[146].

b) Die Grundfreiheiten

(1) Allgemeines

Anders stellt sich die Rechtslage bei den im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) enthaltenen Grundfreiheiten dar. Diese dienen der Verwirklichung des Binnenmarkts und zählen zu den wesentlichen Elementen der europäischen Wirtschaftsverfassung[147]. Es handelt sich nicht um Grundrechte im klassischen Sinn; denn anwendbar sind sie lediglich auf grenzüberschreitende Wirtschaftstätigkeiten[148]. Dennoch enthalten sie gleichheitsrechtliche und freiheitsrechtliche Komponenten. Deshalb wird von „grundrechtsähnlichen Rechten" gesprochen[149].

Die Grundfreiheiten sind *in den Mitgliedstaaten* unmittelbar anwendbar, sie statuieren ihnen gegenüber Abwehrrechte, auf welche sich die Bürger vor den innerstaatlichen Gerichten berufen können[150]. Darüber hinaus ergeben sich aus den meisten Grundfreiheiten auch Handlungspflichten der

---

143 Speziell zu Art. 8 GRCh: *Jarass*, GRCh, Art. 8, Rn. 10; Callies/Ruffert/*Kingreen*, EU-GRCharta, Art. 51, Rn. 18; vorsichtig: *Callies/Ruffert*, EU-GRCharta, Art. 1, Rn. 7.

144 Art. 5 Abs. 3 GrCh: Menschenhandel ist verboten.

145 Art. 32 GrCh: Kinderarbeit ist verboten. Unbeschadet günstigerer Vorschriften für Jugendliche und abgesehen von begrenzten Ausnahmen darf das Mindestalter für den Eintritt in das Arbeitsleben das Alter, in dem die Schulpflicht endet, nicht unterschreiten.

Zur Arbeit zugelassene Jugendliche müssen ihrem Alter angepasste Arbeitsbedingungen erhalten und vor wirtschaftlicher Ausbeutung und vor jeder Arbeit geschützt werden, die ihre Sicherheit, ihre Gesundheit, ihre körperliche, geistige, sittliche oder soziale Entwicklung beeinträchtigen oder ihre Erziehung gefährden könnte.

146 *Seifert*, Die horizontale Wirkung von Grundrechten, EuZW 2011, 696, 700 f.

147 *Schroeder*, Grundkurs, § 14, Rn. 1.

148 Vgl. *Schroeder*, Grundkurs, § 14, Rn. 7 ff.

149 *Seifert*, Die horizontale Wirkung von Grundrechten, EuZW 2011, 696, 400; *Schroeder*, Grundkurs, § 14, Rn. 2.

150 *Schroeder*, Grundkurs, § 14, Rn. 20.

Mitgliedstaaten, auf die der Einzelne einen Leistungsanspruch hat[151] und aus denen Schutzpflichten dahingehend abgeleitet werden, dass der jeweilige Mitgliedstaat rechtswidrige Eingriffe Dritter in die Grundfreiheiten zu unterbinden hat[152].

(2) Die unmittelbare Horizontalwirkung in der Rechtsprechung des EuGH

Der überwiegende Teil der Grundfreiheiten entfaltet nach der Rechtsprechung des EuGH inzwischen sogar *unmittelbare Horizontalwirkung* zwischen Privatpersonen, ist also nicht nur Auslegungsmaßstab, sondern im Rahmen von Streitigkeiten vor den nationalen Gerichten direkt anwendbar. Im Zusammenhang mit den *Personenverkehrsfreiheiten* entschied der EuGH bereits 1974, dass diese nicht nur die Mitgliedstaaten verpflichten, sondern sich auch auf sonstige Maßnahmen erstrecken, die eine kollektive Regelung im Arbeits- und Dienstleistungsbereich enthalten[153]. Private Normgeber wurden dadurch neben den Mitgliedstaaten an die Arbeitnehmer-, Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit gebunden[154], weil auch private Verbände und Unternehmen mit besonderer Macht ausgestattet sind[155]. In der Rechtssache *Angonese* stellte

[151] *Schroeder*, Grundkurs, § 14, Rn. 22 f.; Beispiel: Art. 45 Abs. 2 AEUV: Verpflichtung zur Abschaffung jeder auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung der Arbeitnehmer der Mitgliedsstaaten.

[152] Vgl. EuGH NJW 2003, 3185, Rn. 59, 62, der dafür auch an Art. 10 AEUV (früher: Art. 5 EGV) anknüpft, welcher die Mitgliedstaaten verpflichtet, alle geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zur Erfüllung der Verpflichtungen zu treffen, die sich aus dem Vertrag ergeben, und alle Maßnahmen zu unterlassen, die die Verwirklichung der Ziele des Vertrages gefährden könnten.

[153] EuGH NJW 1975, 1093, 1094 (Walrave, Koch).

[154] Zur Niederlassungsfreiheit: EuGH Slg 2007, I-10779 (Viking); *Schmal/Jung*, NVwZ 2013, 607, 608.

[155] *Schroeder*, Grundkurs, § 14, Rn. 25. Darüber hinaus wäre die Gewährleistung der benannten Freiheiten gefährdet, wenn „die Beseitigung der staatlichen Schranken dadurch in ihren Wirkungen wieder aufgehoben würde, dass privatrechtlicher Vereinigungen oder Einrichtungen kraft ihrer rechtlichen Autonomie derartige Hindernisse aufrichten." — EuGH NJW 1975, 1093, 1094 (Walrave, Koch). Bestätigung dieser Rechtsprechung des EuGH für die Arbeitnehmerfreizügigkeit: EuGH NJW 1996, 505 (Bosman), die Niederlassungsfreiheit: EuGH Slg 2007, I-10779 (Viking) und die Dienstleistungsfreiheit: EuGH NJW 2000, 2011 (Deliège).

der EuGH schließlich klar, dass die Arbeitnehmerfreizügigkeit für alle Verträge zwischen Privatpersonen gelte[156]. Die Entscheidung wird nach ihrer Bestätigung[157] auch auf die anderen Freiheiten des Personen- und Dienstleistungsverkehrs übertragen, weil diese strukturell besondere Ähnlichkeiten aufweisen[158].

Die horizontale Wirkung der *Warenverkehrsfreiheit* bejahte der EuGH 1981 zunächst in einem *obiter dictum*[159], um sie sodann aber abzulehnen[160]. Auch die h.M. in der Literatur ging lange Zeit nicht von einer unmittelbaren Horizontalwirkung der Warenverkehrsfreiheit aus, unter anderem weil von privater Seite errichtete Warenverkehrshindernisse ausreichend durch das Wettbewerbsrecht erfasst werden (Art. 101 ff. AEUV)[161]. Dritte konnten lediglich mittelbar über die staatliche Schutzpflichtdimension in die Pflicht genommen werden[162]. Inzwischen hat der EuGH in der Rechtssache DVGW[163] (zumindest unter bestimmten Voraussetzungen) die unmittelbare Drittwirkung der Warenverkehrsfreiheit bejaht. Nach dieser Entscheidung sind private Einrichtungen an Art. 34 AEUV[164] gebunden, soweit ihnen durch eine mitgliedstaatliche

156 EuGH Slg 2000, I-4139 (Angonese).

157 EuGH Slg 2008, I-5939 (Raccanelli); NZA 2012, 863 (Erny).

158 *Schmahl/Jung*, NVwZ 2013, 607, 608; *Schroeder*, Grundkurs, § 14, Rn. 28; Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Forsthoff* (2013), Art. 45 AEUV, Rn. 168; als offen sieht diese Frage noch *Birkenmeyer*, EuR 2010, 662, 665.

159 EuGH NJW 1981, 1893, 1894 (Dansk Supermarked) (Rn. 17); wobei die Literatur daraus — nicht einheitlich — z.T. von einer unmittelbaren und z.T. von einer mittelbaren Drittwirkung der Warenverkehrsfreiheit ausging — *Streinz/Leible*, EuZW 2000, 459, 460 m.w.N.

160 In van Vlaamse Reisebueros (VersR 1989, 349) bezog er Art. 34 AEUV nur auf staatliche Maßnahmen und nicht auf Verhaltensweisen von Unternehmen; vgl. auch *Schmahl/Jung*, NVwZ 2013, 607, 608.

161 *Schroeder*, Grundkurs, § 14, Rn. 28; *Schwarze/Becker*, Artikel 34 AEUV, Rn. 89 m.w.N.; *Schmahl/Jung*, NVwZ 2013, 607, 608 f.; Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Forsthoff* (2013), Art. 45 AEUV, Rn. 170; zweifelnd, soweit Bereiche des Art. 34 AEUV betroffen sind, die außerhalb des Wettbewerbsrechts liegen: *Birkenmeyer*, EuR 2010, 662, 674 f.

162 *Schmahl/Jung*, NVwZ 2013, 607, 609.

163 Deutscher Verein des Gas- und Wasserfaches e.V.

164 Art. 34 AEUV: Mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen sowie alle Maßnahmen gleicher Wirkung sind zwischen den Mitgliedstaaten verboten.

Verweisungsnorm eine *de facto* Regelungshoheit übertragen wurde und sie durch eigenes Handeln Beeinträchtigungen des freien Warenverkehrs verursachen; Gleiches gilt, wenn private Organisationen mit hoheitlichen Machtbefugnissen ausgestattet werden und auf dieser Grundlage über den Marktzugang von Unternehmen entscheiden können[165]. Eine darüber hinausgehende unmittelbare Horizontalwirkung der Warenverkehrsfreiheit zwischen Privaten postuliert die Entscheidung nicht, wohl aber lassen sich die Wertungen dieser Entscheidung auf die Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 63 Abs. 1 AEUV[166]) übertragen, die aufgrund der ebenfalls produktbezogenen Schutzrichtung strukturell mit der mit der Warenverkehrsfreiheit vergleichbar ist[167].

(3) Die Kritik an der unmittelbaren Horizontalwirkung

Die Bejahung der unmittelbaren Horizontalwirkung bei der Arbeitnehmerfreizügigkeit und der Warenverkehrsfreiheit lösten Widerspruch aus[168]– vor allem in der deutschen Literatur.

(a) Die Argumente des EuGH

In beiden Entscheidungen zur unmittelbaren Drittwirkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit stützt der EuGH sich im Wesentlichen auf folgende Argumente:

- auf den *Wortlaut* der Vorschrift, welcher allgemein formuliert sei und sich nicht nur an die Mitgliedstaaten richte[169],
- auf den *Grundsatz des „effet utile“*[170] — hier: die Tatsache, dass die Beseitigung der Freizügigkeitshindernisse gefährdet wäre, wenn die

---

[165] EuGH EuZW 2012, 797 (DVGW); *Schmahl/Jung*, NVwZ 2013, 607, 609 f.

[166] Art 63 Abs. 1 AEUV: Im Rahmen der Bestimmungen dieses Kapitels sind alle Beschränkungen des Kapitalverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten sowie zwischen den Mitgliedstaaten und dritten Ländern verboten.

[167] *Schmahl/Jung*, NVwZ 2013, 607, 610.

[168] *Streinz/Leible*, EuZW 2000, 459; *Birkenmeyer*, EuR 2010, 662; *Schmahl/Jung*, NVwZ 2013, 607; im Ergebnis dem EuGH (Raccanelli) beipflichtend, wenn auch nicht in der Begründung: *Repasi*, EuZW 2008, 529.

[169] EuGH Slg 2000, I-4139, Rn. 30 (Angonese); EuGH Slg 2008, I-5939, Rn. 42 f. (Raccanelli).

[170] EuGH Slg 2000, I-4139, Rn. 32 (Angonese); EuGH Slg 2008, I-5939, Rn. 44 (Raccanelli).

Abschaffung der Schranken staatlichen Ursprungs durch Hindernisse konterkariert werden könnte, welche von privaten Einrichtungen und Vereinigungen aufgestellt werden,

• auf die *Wahrung der einheitlichen Anwendbarkeit* der betroffenen Grundfreiheit in den Mitgliedstaaten[171] *und*

• auf die Parallele zum allgemeinen Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit (Art. 18 AEUV[172]) und zum Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen (Art. 157 AEUV[173]), welche ebenfalls unmittelbare Horizontalwirkung entfalten[174].

In der Rechtssache DVGW hat der EuGH auf eine dogmatische Herleitung der unmittelbaren Drittwirkung von Art. 34 AEUV[175] verzichtet. Das wäre wegen der mit der Entscheidung verbundenen Rechtsprechungsumkehr aber zumindest wünschenswert[176]. Die Schlussanträge der Generalanwältin *Trstenjak* lassen aber erkennen, dass jedenfalls der Effektivitätsgrundsatz und das Gebot der Wahrung der einheitlichen Anwendbarkeit der Warenfreiheit in die Überlegungen einbezogen wurden[177].

---

171 EuGH Slg 2000, I-4139, Rn. 33 (Angonese).

172 Art. 18 AEUV (ex Art. 12 EG): Unbeschadet besonderer Bestimmungen der Verträge ist in ihrem Anwendungsbereich jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten. Das Europäische Parlament und der Rat können gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren Regelungen für das Verbot solcher Diskriminierungen treffen.

173 Art. 157 Abs. 1 AEUV (ex Art. 141 EG): Jeder Mitgliedstaat stellt die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit sicher.

174 EuGH Slg 2000, I-4139, Rn. 35 (Angonese); EuGH Slg 2008, I-5939, Rn. 45 (Raccanelli).

175 Vgl. Fn. 164.

176 *Schmahl/Jung*, NVwZ 2013, 607, 610.

177 EuGH, Schlussanträge vom 28.03.2012, C-171/11, Celex-Nr. 62011CC0171 (Rn. 46 f. und 48; *Schmahl/Jung* (NVwZ 2013, 607) nehmen aber auch zu den anderen Argumenten aus Angonese und Raccanelli Stellung.

Das vom EuGH bemühte *Wortlautargument* lässt sich nicht völlig entkräften[178]; denn Art. 45 AEUV[179] richtet sich tatsächlich nicht ausschließlich an die Mitgliedstaaten, und Art. 34 AEUV[180] lässt sich so verstehen, dass sich die Formulierung „zwischen den Mitgliedsstaaten" lediglich auf den räumlichen Anwendungsbereich der Vorschrift bezieht[181]. Aus den anderen Normen zur Arbeitnehmerfreizügigkeit, vor allem aus Art. 46 AEUV[182] ergibt sich aber, dass die Mitgliedstaaten für die Beseitigung etwaiger Diskriminierungen zu sorgen haben.

---

[178] Schlüsse ließen sich aus dem Wortlaut nicht ziehen: Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Forsthoff* (2013), Art. 45 AEUV, Rn. 165.

[179] Art. 45 Abs. 1 A EUV: Innerhalb der Union ist die Freizügigkeit der Arbeitnehmer gewährleistet.

Art. 45 Abs. 3 AEUV: Sie gibt — vorbehaltlich der aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigten Beschränkungen — den Arbeitnehmern das Recht,

a) sich um tatsächlich angebotene Stellen zu bewerben;

b) sich zu diesem Zweck im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen;

c) sich in einem Mitgliedstaat aufzuhalten, um dort nach den für die Arbeitnehmer dieses Staates geltenden Rechts- und Verwaltungsvorschriften eine Beschäftigung auszuüben;

d) nach Beendigung einer Beschäftigung im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats unter Bedingungen zu verbleiben, welche die Kommission durch Verordnungen festlegt.

[180] Vgl. Fn. 164.

[181] *Schmahl/Jung*, NVwZ 2013, 607, 611.

[182] Art. 46 AEUV: Das Europäische Parlament und der Rat treffen gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren und nach Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses durch Richtlinien oder Verordnungen alle erforderlichen Maßnahmen, um die Freizügigkeit der Arbeitnehmer im Sinne des Artikels 45 herzustellen, insbesondere

a) durch Sicherstellung einer engen Zusammenarbeit zwischen den einzelstaatlichen Arbeitsverwaltungen;

b) durch die Beseitigung der Verwaltungsverfahren und -praktiken sowie der für den Zugang zu verfügbaren Arbeitsplätzen vorgeschriebenen Fristen, die sich aus innerstaatlichen Rechtsvorschriften oder vorher zwischen den Mitgliedstaaten geschlossenen Übereinkünften ergeben und deren Beibehaltung die Herstellung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer hindert;

c) durch die Beseitigung aller Fristen und sonstigen Beschränkungen, die in innerstaatlichen Rechtsvorschriften oder vorher zwischen den Mitgliedstaaten ge-

Abgesehen davon sind auch die Rechtfertigungsgründe lediglich auf staatliches Handeln zugeschnitten[183]. Sie sollen zwar auch durch Privatpersonen geltend gemacht werden können[184]; Eingriffe in die Grundfreiheiten durch den Staat konnten aber bisher nur durch im Allgemeininteresse liegende Gründe nichtwirtschaftlicher Art gerechtfertigt werden[185], eine Anforderung, welche durch die ganz überwiegend im wirtschaftlichen Bereich liegenden Privatinteressen nicht erfüllt wird. In der Entscheidung *Angonese* lässt es der EuGH für die Rechtfertigung von Eingriffen Privater in die Arbeitnehmerfreizügigkeit denn auch — ohne Benennung eines konkreten Rechtfertigungsgrunds — ausreichen, wenn seitens des Privaten sachliche Erwägungen vorliegen, die nicht diskriminierend sind und in verhältnismäßiger Weise verfolgt werden[186]. Eine Ungleichbehandlung staatlicher und privater Maßnahmen auf der Rechtfertigungsebene ist die Folge[187].

Soweit sich der EuGH auf das *Effizienzgebot („effet utile")* stützt und damit der Auslegung der betroffenen Grundfreiheiten den Vorrang einräumen will, welche die Verwirklichung der Vertragsziele und die Funktionsfähigkeit der Union sicherstellt, ist darauf hinzuweisen, dass dieses Gebot nicht unreflektiert zur Begründung von allem, was der Verwirklichung des Gemeinschaftsrecht dienen soll, eingesetzt werden darf. Das gilt vor allem,

---

schlossenen Übereinkünften vorgesehen sind und die den Arbeitnehmern der anderen Mitgliedstaaten für die freie Wahl des Arbeitsplatzes andere Bedingungen als den inländischen Arbeitnehmern auferlegen;

d) durch die Schaffung geeigneter Verfahren für die Zusammenführung und den Ausgleich von Angebot und Nachfrage auf dem Arbeitsmarkt zu Bedingungen, die eine ernstliche Gefährdung der Lebenshaltung und des Beschäftigungsstands in einzelnen Gebieten und Industrien ausschließen.

183 *Streinz/Leible*, EuZW 2000, 459, 461; zur Parallelproblematik hinsichtlich der Schranken des Grundgesetzes vgl. IV. 1. und *Canaris*, Drittwirkung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten, (Fn. 87), S. 35.

184 EuGH Slg 1995, I-4921 (Rn. 86) (Bosman).

185 Vgl. Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Forsthoff* (2013), Art. 45 AEUV, Rn. 181.

186 EuGH Slg 2000, I-4139, Rn. 42 (Angonese); Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Forsthoff* (2013), Art. 45 AEUV, Rn. 181.

187 *Streinz/Leible*, EuZW 2000, 459, 461; ähnlich zu den Rechtfertigungsgründen im Zusammenhang mit der Warenverkehrsfreiheit: *Schmahl/Jung*, NVwZ 2013, 607, 611.

wenn andere geeignete Mittel zur Verfügung stehen[188]. Im Zusammenhang mit der Warenverkehrsfreiheit wäre insofern ein Rückgriff auf die ebenfalls im AEUV enthaltenen Wettbewerbsregeln (Art. 106 ff. AEUV) möglich gewesen[189].

Auch die in den Urteilen zur Arbeitnehmerfreizügigkeit gezogene *Parallele zu den unmittelbar wirkenden Art. 18[190] und 157 AEUV[191]* überzeugt nicht vollends; denn keine der beiden Vorschriften enthält einen allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz: Art. 157 AEUV regelt als spezielle Vorschrift die Entgeltgleichheit von Mann und Frau; Art. 18 AEUV enthält zwar ein allgemeines Diskriminierungsverbot, welches sich aber nur auf das Differenzierungskriterium der Staatsangehörigkeit bezieht. Ohne weiteres lassen sich die Wirkungen der insofern speziellen Art. 18 und 157 AEUV deshalb nicht auf die ebenfalls speziellen Art. 34 und 45 AEUV übertragen[192]. Abgesehen davon handelt es sich bei Art. 157 AEUV um ein Gemeinschaftsgrundrecht, auf das sich jeder Unionsbürger unabhängig vom Vorliegen eines grenzüberschreitenden Sachverhalts berufen kann. Der darin liegende strukturelle Unterschied zu den betroffenen Grundfreiheiten lässt die Übertragung der unmittelbaren Drittwirkung zumindest als zweifelhaft erscheinen[193].

Schließlich greift das *Gebot der einheitlichen Anwendung des Unionsrechts* nicht durch; denn es liefe im Ergebnis auf Folgendes hinaus: Schafft ein einziger Mitgliedstaat in einem bestimmten Bereich Regeln zum Schutz einer Grundfreiheit und zu Lasten der Privatautonomie, dann ergäbe sich daraus ein Gebot der Gleichbehandlung von Staat und Privaten über die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheit für alle anderen Staaten[194].

---

[188] *Streinz/Leible*, EuZW 2000, 459, 462; *Birkenmeyer*, EuR 2010, 662, 668.

[189] *Schmahl/Jung*, NVwZ 2013, 607, 612.

[190] Vgl. Fn. 172.

[191] Vgl. Fn. 173.

[192] *Repasi*, EuZW 2008, 527, 532; anders im Hinblick auf Art. 18 AEUV: Grabitz/Hilf/Nettes-heim/*Forsthoff* (2013), Art. 45 AEUV, Rn. 169.

[193] *Streinz/Leible*, EuZW 2000, 459, 462; *Birkenmeyer*, EuR 2010, 662, 670.

[194] *Schmahl/Jung*, NVwZ 2013, 607, 611 f.; *Löwisch*, Die horizontale Direktwirkung der Europäischen Grundfreiheiten, 2009, S. 216.

(b) Weitere gegen eine unmittelbare Horizontalwirkung sprechende Gründe

Ungeachtet dieser Argumente sprechen auch grundsätzliche Erwägungen gegen die unmittelbare Horizontalwirkung der Grundfreiheiten. Vor allem führt die unmittelbare Geltung der Grundfreiheiten dazu, dass der nationale verfassungsrechtliche Grundrechtsschutz durch einen unionsrechtlichen Grundrechtsschutz abgelöst wird. Denn im Rahmen der Rechtfertigung von Eingriffen in Grundfreiheiten findet lediglich eine Abwägung der sich aus der jeweiligen Grundfreiheit ergebenden Rechtsposition mit den in unionsrechtlichen Grundrechten verbürgten Rechtspositionen statt[195]. Anders als bei einer durch den Staat zu erfolgenden Umsetzung der Grundfreiheiten im Rahmen des Schutzpflichtenmodells werden die nationalen Grundrechte nicht berücksichtigt. Das erscheint aus verfassungsrechtlicher Sicht bedenklich, weil dem Staat auf diese Weise die bei der Umsetzung notwendige Abwägung zwischen gemeinschaftsrechtlichem Handlungsauftrag und nationalen Grundrechten verwehrt bleibt[196].

Abgesehen davon könnte den Anforderungen der Grundfreiheiten im Privatrechtsverkehr bei Geltung des Schutzpflichtenmodells wesentlich sachangemessener und flexibler Rechnung getragen werden[197]. Ein Übermaß an rechtlichen Sanktionen gilt es dabei zu verhindern, um die Willensentschlüsse Privater und die in ihnen zum Ausdruck kommende Privatautonomie nicht unnötig einzuschränken[198]. Besitzen die an einem Rechtsverhältnis Beteiligten Entscheidungsfreiheit im Hinblick auf das Maß der von Ihnen intendierten Bindungen und damit uneingeschränkte Privatautonomie, „bedarf es keines Schutzes grundrechtlicher Güter, weil auch die — freiwillige! — Verfügung hierüber anderen Privatrechtssubjektiven gegenüber Teil des Freiheitsstatus des Individuums ist; diese Befugnis kann nur ganz ausnahmsweise vom Staat eingeschränkt werden“[199]. Die aus dieser Feststellung meines geschätzten Kollegen Klein folgende notwendige

[195] Vgl. etwa EuGH Slg 2007, I-10779, Rn. 77-89 (Viking).

[196] Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Forsthoff* (2013), Art. 45 AEUV, Rn. 172 f.

[197] *Birkenmeyer*, EuR 2010, 662, 669.

[198] Vgl. Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Forsthoff* (2013), Art. 45 AEUV, Rn. 166.

[199] *Klein*, NJW 1989, 1633, 1640.

Zurückhaltung des Staats lässt sich mit dem Schutzpflichtkonzept besser realisieren. Nicht nur der Privatautonomie, sondern auch dem Subsidiaritätsprinzip aus Art. 5 EUV[200] kann so besser Rechnung getragen werden[201].

Es darf letztlich nicht Aufgabe der EU sein, die Bürger zu optimalen Marktteilnehmern zu erziehen. Dem Markt selbst kommt insoweit bereits eine rationalisierende und egalisierende Funktion zu, welche Marktteilnehmer, die sich am Markt behaupten und Gewinne erzielen wollen, in der Regel davon abhält, ihre geschäftlichen Entscheidungen auf irrationaler Basis zu treffen[202]. Dennoch drohenden Diskriminierungen durch Private kann im Rahmen des Schutzpflichtkonzepts — wie gezeigt — sachgerechter und vor allem unter angemessener Berücksichtigung auch der nationalen Grundrechte begegnet werden.

V. Resümee

Trotz der dargestellten Kritik an den Entscheidungen des EuGH, ist jedenfalls für die Praxis geklärt, dass Private unmittelbar an einen Teil der Grundfreiheiten gebunden sind. Gleiches gilt für die EMRK und die europäische Grundrechtscharta aber nicht. Auf nationaler Ebene sind die Grundrechte ebenfalls nicht unmittelbar zwischen Privaten anwendbar. Damit zumindest in diesem Bereich die Eigenständigkeit des Privatrechts erhalten bleibt und Privatrechtsnormen nicht erst durch einzelfallbezogene Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts „verfassungsfest“ gemacht werden, sollte die Schutzgebotsfunktion in erster Linie dem Privatgesetzgeber zur Umsetzung obliegen. Dem Privatgesetzgeber als unmittelbar Grundrechtsverpflichtetem sollte dabei ein Gestaltungsspielraum eingeräumt sein, der ihm die Freiheit lässt, im Fall kollidierender Grundrechte Privater zwischen vielen denkbaren Lösungen *eine* herauszunehmen und diese privatrechtlich umzusetzen. Das Bundesverfassungsgericht — und damit die Rechtsprechung — sollte demgegenüber zurückhaltend und nur

[200] Vgl. z.B. Art. 5 Abs. 1 S. 2 EUV: Für die Ausübung der Zuständigkeiten der Union gelten die Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit.

[201] *Schmahl/Jung*, NVwZ 2013, 607, 612.

[202] *Fabis*, Die Auswirkungen der Freizügigkeit gemäß Art. 48 EG — Vertrag auf Beschäftigungsverhältnisse im nationalen Recht, Diss., 1995, S. 122-124; *Forsthoff*, EWS 2000, 289, 392; Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Forsthoff* (2013), Art. 45 AEUV, Rn. 166.

dann korrigierend eingreifen (dürfen), wenn Grundrechte so sehr beeinträchtigt werden, dass die betroffene privatrechtliche Norm nicht mehr als verfassungsrechtlich vertretbare Problemlösung betrachtet werden kann.

VI. Zusammenfassung

Grundrechte sind aus historischer Sicht in erster Linie Abwehrrechte des Bürgers gegenüber dem Staat. Unter dem Stichwort „Drittwirkung der Grundrechte" wird seit Langem diskutiert, ob Grundrechte auch horizontal, also zwischen Privatpersonen wirken. Diese Frage ist auch in Russland umstritten und wird in verschiedenen Staaten unterschiedlich beantwortet. Auf der Ebene der Europäischen Union wird differenzierend vorgegangen.

1. Im Rahmen der Frage nach der Drittwirkung von Grundrechten werden unterschiedliche Theorien vertreten:

a) Nach der „Theorie der unmittelbaren Drittwirkung" gelten Grundrechte auch zwischen Privaten unmittelbar.

b) Nach der „Theorie der mittelbaren Drittwirkung" wirken Grundrechte nur indirekt in das Bürgerliche Recht hinein. Als Transformatoren dienen vor allem unbestimmte Rechtsbegriffe in zivilrechtlichen Generalklauseln.

c) Die „Theorie der staatlichen Schutzpflicht" schließlich geht davon aus, dass Grundrechte in ihrer objektiven Funktion einen Schutzauftrag des Staats beinhalten, den einzelnen Bürger vor Grundrechtseingriffen durch Dritte umfassend zu bewahren.

Geprägt durch seinen ersten Präsidenten — Hans Carl Nipperdey — vertrat das Bundesarbeitsgericht ab 1954 lange Zeit die Theorie der „unmittelbaren Drittwirkung". Argumentativ werden dabei viele Grundrechte als Grundsatznormen angesehen, welche für die gesamte Rechtsordnung gelten und deshalb auch Private untereinander unmittelbar binden sollen.

Das Bundesverfassungsgericht sprach sich demgegenüber — ebenso wie Günter Dürig — schon früh zugunsten der Theorie der „mittelbaren Drittwirkung" aus. Entscheidend wurde dabei auf die Eigenständigkeit und Eigengesetzlichkeit des Zivilrechts gegenüber dem verfassungsrechtlichen Grundrechtssystem abgestellt.

2. Im Folgenden sollen die wichtigsten Urteile des Bundesverfassungsgerichts zur Wirkung von Grundrechten unter Privaten dargestellt werden:

Schon im „*Lüth-Urteil*“ hob das Bundesverfassungsgericht die objektive Wertordnung des Grundrechtsabschnitts heraus, welche als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts, also auch für das Bürgerliche Recht gilt. Eine unmittelbare Wirkung der Grundrechte zwischen Privaten lehnte das Bundesverfassungsgericht jedoch ab. Dabei verwies es auf die strikte Trennung zwischen bürgerlichem Recht und Verfassungsrecht. Die mittelbare Drittwirkung leitete es daraus her, dass keine bürgerliche Norm im Widerspruch zur grundrechtlichen objektiven Wertordnung stehen darf. Die Grundrechte wirken also nicht unmittelbar in das Privatrecht hinein, sondern strahlen nur über unbestimmte Rechtsbegriffe (wie „Sittenwidrigkeit“ oder „Treu und Glauben“) in das bürgerliche Recht hinein.

Im sog. „Abtreibungsurteil“ entnahm das Bundesverfassungsgericht dem objektiv-rechtlichen Gehalt der Grundrechte erstmals auch einen staatlichen Schutzauftrag. Dabei ging es um den Schutz des ungeborenen Lebens vor Abtreibungen durch die Mutter. Das Bundesverfassungsgericht sah in den Grundrechten nicht mehr nur den abwehrrechtlichen Aspekt, sondern auch eine Schutzpflicht des Staats gegenüber Privaten vor rechtwidrigen Eingriffen von Seiten anderer (Privater). Im Ergebnis wurde der Gesetzgeber aufgerufen, bei der Normierung zur Strafbarkeit des Schwangerschaftsabbruchs die kollidierenden Grundrechte von Mutter und Kind hinreichend zu berücksichtigen.

In der „Handelsvertreter-Entscheidung“ wandte das Bundesverfassungsgericht die grundrechtliche, staatliche Schutzpflicht erstmals auch auf das Privatrecht an. Es stellte dabei die Verfassungswidrigkeit einer handelsrechtlichen Norm fest, die eine privatrechtliche Vereinbarung zu Lasten des Handelsvertreters (zweijähriges, entschädigungsloses Wettbewerbsverbot bei verschuldeter Kündigung aus wichtigem Grund) erlaubte. Privatautonome Vertragsgestaltung ist zwar zulässig, aber nur im Rahmen der geltenden Gesetze; die bürgerlich-rechtlichen Normen müssen ihrerseits grundrechtskonform sein. Die Entscheidung wurde auf die staatliche Schutzpflicht gestützt, weil in dem privatrechtlichen Streit ein annäherndes Kräftegleichgewicht der Parteien fehlte und damit die freie Selbstbestimmung (des Handelsvertreters) inadäquat eingeschränkt war.

In der sog. Bürgschaftsrechtsprechung war wiederum die ungleiche Verhandlungsstärke der Vertragspartner für die Entscheidung des Bundesverfas-

sungsgerichts ausschlaggebend. Im Rahmen der Vergabe von Krediten an mittelständische Unternehmen übernahmen junge mittellose Familienangehörige mit geringem Einkommen hohe Bürgschaften. Der Bundesgerichtshof hatte diese Geschäftspraxis der Banken gebilligt und damit die staatliche Schutzpflicht verletzt, welche den Zivilgerichten bei der Anwendung und Auslegung der Generalklauseln des Bürgerlichen Gesetzbuchs (z.B. § 138 Abs. 1 BGB: Nichtigkeit wegen Sittenwidrigkeit) obliegt. Der Bundesgerichtshof hatte es versäumt, die gegenläufigen Grundrechte des Bürgen und der Bank zum Ausgleich zu bringen. Dadurch wurde dem Bürgen der Schutz seines Grundrechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit versagt.

Ab 1984 änderte auch das Bundesarbeitsgericht seine Auffassung und befürwortete von diesem Zeitpunkt an die mittelbare Drittwirkung.

In der übrigen Rechtsprechung und im Schrifttum schloss sich die Mehrheit den Theorien von der mittelbaren Drittwirkung und der staatlichen Schutzpflicht an.

3. Die Stellungnahme zu den verschiedenen Theorien:

a) Die unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte wird in Deutschland abgelehnt, weil die Grundrechte gemäß Art. 1 Abs. 3 GG unmittelbar nur die Gesetzgebung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung binden. Die ausdrückliche Anordnung der unmittelbaren Wirkung eines Grundrechts (so geschehen in Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG) wäre überflüssig. Vor allem aber würde die unmittelbare Drittwirkung zu einer stärkeren Einschränkung der Privatautonomie führen, z.B. in Bezug auf die Möglichkeit des Einzelnen, seinen Vertragspartner frei zu wählen.

b) Die mittelbare Drittwirkung ist gegenüber der unmittelbaren Drittwirkung vorzuziehen. Wegen der unmittelbaren Grundrechtsbindung von Rechtsprechung und Gesetzgebung (gem. Art. 1 Abs. 3 GG) vollzieht sich die mittelbare Drittwirkung jedoch nur in Fällen, in denen eine Privatperson die Grundrechte einer anderen (selbst) einschränkt, z.B. durch Vertrag, Ausübung eines Gestaltungsrechts oder durch schädigende Handlung.

Der dogmatische Ansatz für die Wirkung von Grundrechten im Privatrecht wird überwiegend und zu Recht in der sog. Schutzpflichttheorie gesucht. Der Ursprung des staatlichen Schutzgedankens liegt in der dem Staat vorbehaltenen Aufgabe, für Sicherheit und Rechtsfrieden in seinem Herrschaftsbereich zu sorgen.

Aufgrund der objektiv-rechtlichen Dimension der Grundrechte enthält jedes Grundrecht zugleich einen Schutzauftrag, der sich nicht nur an die Rechtsprechung, sondern vor allem an den Gesetzgeber richtet. Damit ist die Beachtung der Grundrechte nach wie vor unmittelbar nur den Staatsgewalten zugewiesen.

Die Schutzpflichttheorie und die Theorie der mittelbaren Drittwirkung sind in einer Wechselwirkung zu sehen. Sie ergänzen und vervollkommnen einander.

Einerseits stellt die mittelbare Drittwirkung eine Ausprägung der staatlichen Schutzpflicht dar, wenn der Gesetzgeber Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe schafft, und deren grundrechtsbezogene Ausformung den Gerichten überlässt.

Andererseits begrenzt die staatliche Schutzpflicht auch die mittelbare Drittwirkung. Der Staat verfügt zwar über einen Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungskompetenz im Hinblick auf die Erfüllung der ihm obliegenden Schutzpflicht. Dieser Spielraum wird im Zivilrecht aber durch die Privatautonomie der beteiligten Personen eingeschränkt. Das Untermaßverbot gebietet es dem Staat, im Privatrecht erst bei markanten Grundrechtsbeschränkungen einzuschreiten und dann entweder Einzelnormen zu erlassen oder (subsidiär) auf Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe zurückzugreifen.

c) Die sich aus der Europäischen Menschenrechtskonvention und der Grundrechtscharta der EU ergebenden Rechte gelten nicht unmittelbar zwischen Privaten. Die Vertragsstaaten der EMRK bzw. die EU und ihre Mitgliedstaaten müssen aber im Rahmen des Schutzpflichtenkonzepts Verletzungen durch Private verhindern.

Die im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union enthaltenen Grundfreiheiten dienen der Verwirklichung des Binnenmarkts und sind grundrechtsähnlich. Die Unionsbürger können sich vor den innerstaatlichen Gerichten auf sie berufen.

Der überwiegende Teil der Grundfreiheiten entfaltet nach der Rechtsprechung des EuGH unmittelbare Horizontalwirkung zwischen Privatpersonen. Dazu gehören vor allem die Arbeitnehmerfreizügigkeit, die Niederlassungsfreiheit und inzwischen auch die Warenverkehrsfreiheit. Während letztere nur unmittelbar zwischen Privaten anwendbar ist, wenn

eine der Parteien mit einer de facto Regelungshoheit oder mit hoheitlichen Machtbefugnissen ausgestattet wurde, gilt die Arbeitnehmerfreizügigkeit für alle Verträge zwischen Privatpersonen. Diese Rechtsprechung wird von der Literatur auf die anderen Freiheiten des Personen- und Dienstleistungsverkehrs — namentlich die Niederlassungsfreiheit und die Dienstleistungsfreiheit — übertragen.

Der EuGH begründet die unmittelbare Drittwirkung der dargestellten Grundfreiheiten mit dem Wortlaut der maßgeblichen Vorschriften, dem Effizienzgebot, dem Gebot der einheitlichen Anwendung des Unionsrechts in den Mitgliedstaaten und einer Parallele zum allgemeinen Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit (Art. 18 AEUV) und zum Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen (Art. 157 AEUV), welche ebenfalls unmittelbare Horizontalwirkung entfalten.

Die Argumentation des EuGH überzeugt nicht durchgehend: Das Wortlautargument lässt sich zwar nicht vollständig entkräften; denn die maßgeblichen Vorschriften richten sich nicht ausdrücklich nur an die Mitgliedstaaten. Die Rechtfertigungsgründe der Grundfreiheiten sind aber grundsätzlich nur auf staatliches Handeln zugeschnitten.

Das Effizienzgebot sollte nicht unreflektiert zur Begründung von allem, was der Verwirklichung des Gemeinschaftsrechts dient, eingesetzt werden.

Das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit und der Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen knüpfen an spezielle Diskriminierungsmerkmale an (Staatsangehörigkeit, Geschlecht) und sind deshalb nicht ohne weiteres auf die ebenfalls speziellen Grundfreiheiten übertragbar.

Das Gebot der einheitlichen Anwendung des Unionsrechts würde bei unmittelbarer Anwendung der Grundfreiheiten schließlich dazu führen, dass Regelungen, die ein einziger Mitgliedstaat zum Schutz einer Grundfreiheit aufstellt, auf alle anderen Mitgliedstaaten übertragen werden müssten.

Folgende grundsätzliche Erwägungen sprechen darüber hinaus gegen eine unmittelbare Horizontalwirkung der Grundfreiheiten:

Bei der unmittelbaren Horizontalwirkung können auf der Rechtfertigungsebene nur die unionsrechtlichen Grundrechte herangezogen werden. Die nationalen Grundrechte der einzelnen Mitgliedstaaten werden — anders

als bei Anwendung des Schutzpflichtenmodells — nicht berücksichtigt, was verfassungsrechtliche Bedenken hervorruft.

Das Schutzpflichtenmodell ermöglicht eine sachangemessenere und flexiblere Umsetzung der Grundfreiheiten, welche die grundrechtlich geschützte Privatautonomie nicht unnötig und übermäßig einschränkt.

Trotz der dargestellten Kritik an den Entscheidungen des EuGH ist die Rechtslage in Bezug auf die betroffenen Grundfreiheiten für die Praxis geklärt. Auf nationaler Ebene sollte der Gesetzgeber bei der Umsetzung des Schutzpflichtenkonzepts nur zurückhaltend agieren und der Privatautonomie ausreichend Raum belassen.

ДЕЙСТВИЕ ОСНОВНЫХ ПРАВ МЕЖДУ ЧАСТНЫМИ ЛИЦАМИ

Профессор, д-р юр.н. Германии Детлев В. Беллинг

Тезисы[1]

I. Основные права представляют собой в историческом контексте право на защиту гражданина от посягательства государства. Содержание понятия «действие основных прав на права третьих лиц» («Drittwirkung der Grundrechte») дискутируется уже много лет. Вопрос состоит в том, действуют ли основные права также горизонтально, то есть между частными лицами. Данный вопрос является спорным так же и в России и разрешается в различных странах по-разному. На уровне Европейского Союза подходят к решению данной проблемы дифференцированно. В рамках вопроса о действии основных прав на права третьих лиц представлены различные теории:

a) согласно «теории непосредственного действия основных прав на права третьих лиц» основные права действуют также между частными лицами непосредственно;

b) в соответствии с «теорией опосредованного действия основных прав на права третьих лиц» основные права оказывают влияние на гражданское право, напротив, только косвенно через неопределенные правовые понятия в форме гражданско-правовых общих оговорок;

c) «теория об обязательной защите государством прав граждан» исходит в конечном счете из того, что основные права содержат в их объективной функции поручение государства по обеспечению защиты каждого отдельного гражданина от посягательства на основные права через третье лицо.

---

[1] Перевод Галины Лоховой.

Федеральный Суд по трудовым спорам придерживался на протяжении долгого времени теории «непосредственного действия основных прав на права третьих лиц», Федеральный Конституционный Суд высказался уже раньше за применение теории «опосредованного действия основных прав на права третьих лиц». Решающим явилось при этом самостоятельность и автономия гражданского права по отношению к конституционно-правовой системе основных прав. Уже с «решением Люта» (*Lüth-Urteil*, *нем*.) Федеральный Конституционный Суд выдвинул наряду с оборонительной функцией объективную систему ценностей основных прав, которая действует в качестве конституционно-правового основного решения для всех отраслей права, включая гражданское право. Опосредованное действие исходит из того, что никакая норма гражданского права не должна противоречить основополагающей системе объективных ценностей. Таким образом, основные права действуют не непосредственно между частными лицами, а проникают в гражданское право лишь при помощи неопределенных правовых понятий (как, например, безнравственность или добросовестность).

В первом «приговоре об аборте» Федеральный Конституционный Суд впервые пришел к выводу, что объективно-правовое содержание основных прав включает в себя также обязательную защиту государством прав граждан, которую государство обязуется обеспечить по отношению к гражданам от противоправных посягательств со стороны других частных лиц. В результате законодатель был призван в достаточной мере учитывать коллидирующие основные права матери и ребенка при регулировании наказуемости деяния за прерывание беременности.

II. Решающим является, ограничилось ли таким образом свободное самоопределение одной из сторон гражданско-правового спора, а также что не хватает сбалансированного соотношения сил между сторонами, и основные права слабой стороны находятся в связи с этим под угрозой. В связи с этим Федеральный Конституционный Суд закрепил обязанность государства по защите прав граждан.

К этой концепции присоединилась и остальная судебная практика и, главным образом, литература, в дальнейшем также Федеральный Суд по трудовым спорам.

III. Позиции по различным теориям

a) Непосредственное действие основных прав на права третьих лиц было в Германии единодушно отклонено, потому что основные права согласно арт. 1 абз. 3 Основного закона непосредственно связывают только законодательную, исполнительную и судебную власть. Прежде всего, непосредственное действие на права третьих лиц ведет к значительному ограничению частной автономии, например, в отношении возможности отдельного человека свободно выбирать сторону договора.

b) Обе теории — «теория об обязательной защите государством прав граждан» и «теория опосредованного действия основных прав на права третьих лиц» взаимодействуют друг с другом. Они дополняют и совершенствуют друг друга. С одной стороны, опосредованное действие основных прав на права третьих лиц представляет собой выражение обязанности государства по защите прав граждан, если законодатель создает общие оговорки и неопределенные правовые понятия и чьё конституционно-правовое оформление передано судам. С другой стороны, государственная обязанность по защите прав граждан ограничивает опосредованное действие основных прав на права граждан. Хотя государство и обладает компетенцией по оценке и оформлению применительно к исполнению надлежащей обязанности по защите прав граждан, данная свобода действия ограничивается в гражданском праве через частную автономию участвующих лиц. Обеспечение минимальной правовой охраны заставляет государство вмешиваться в частное право лишь в случае значительного ограничения основных прав граждан, и в этом случае либо издавать определенную правовую норму или же прибегать (дополнительно) к общим оговоркам и неопределенным правовым понятиям.

c) На европейском уровне права человека и основные права вытекают из Европейской конвенции по правам человека и Хартии Европейского Союза по правам человека. Они действуют не непосредственно между частными лицами. Государства-участники договора Европейской конвенции по правам человека или ЕС и его государства-члены должны не допустить в рамках концепции об обязательной защите государством прав граждан нарушения основных прав частными

лицами. Основные свободы, закрепленные в Договоре о функционировании Европейского Союза, служат реализации внутреннего рынка. Хотя данные права и являются схожими с основными правами, согласно судебной практике Европейского Суда они действуют в большинстве своем непосредственно горизонтально между частными лицами. К данным свободам относятся, прежде всего, свобода перемещения рабочей силы, право свободного выбора места жительства и учреждения и, между тем, также свобода перемещения товаров. В то время как последнее право применяется только непосредственно к отношениям между частными лицами, если одна из сторон наделена de facto верховенством регулирования или верховными полномочиями, свобода перемещения рабочей силы распространяется на все договоры между частными лицами. Данная судебная практика переносится литературой на другие свободы перемещения лиц и услуг, в особенности право свободного выбора места жительства и учреждения, а также на свободу оказания услуг.

Европейский Суд основывает непосредственное действие представленных основных свобод на права третьих лиц, среди прочего ссылаясь на текст определяющих положений, требование эффективности и единого применения права Союза в государствах-членах, параллель общего запрета дискриминации по причине гражданства (ст. 18 Договора о функционировании Европейского Союза) и основного положения о равной зарплате для мужчин и женщин (ст. 157 Договора о функционировании Европейского Союза) действуют также непосредственно на горизонтальном уровне.

Однако аргументация права Европейского Союза не убеждает до конца, прежде всего, основополагающие положения выступают против непосредственного горизонтального действия основных свобод: при непосредственном горизонтальном действии могут быть использованы только основные права Европейского Союза на уровне «оправдания» (Rechtfertigungsebene, *нем.*). Национальные основные права государств-членов не учитываются — иначе чем при применении модели об обязательной защите государством прав граждан, что вызывает, в свою очередь, конституционно-правовые сомнения. Кроме того, модель об обязательной защите государством прав граждан со-

действует адекватной и гибкой реализации основных свобод, которые не ограничивают бесполезно и чрезмерно конституционно-правовым образом защищаемую частную автономию.

Несмотря на представленную критику касательно решений Европейского Суда, правовое положение относительно затронутых основных свобод для практики представляется разрешенным. На национальном уровне законодатель должен действовать сдержанно при реализации концепции об обязательной защите государством прав граждан, а также оставлять частной автономии достаточно свободы.

DER SCHUTZ UNTERNEHMERISCHER FREIHEIT. NATIONALE, EUROPA- UND VÖLKERRECHTLICHE ASPEKTE

Eckart Klein

Gliederung

I. Einleitung
II. Die Garantie unternehmerischer Freiheit
1. Verfassungsebene
2. Europarechtliche Ebene
3. Völkerrechtliche Ebene
III. Freiheitsverfassung und unternehmerische Verantwortung
IV. Eingriffs- und Schrankenregelungen
1. Eingriffsvoraussetzungen
2. Entfaltung im vorgegebenen Ordnungsrahmen
3. Eingriffe im Einzelnen
V. Transnationale Unternehmen und Menschenrechte
VI. Schlussbemerkung
VII. Zusammenfassung

I. Einleitung

Napoleon I. soll gesagt haben, dass Politik das Schicksal ist[1], Walther Rathenau hat diese Aussage auf die Wirtschaft bezogen[2], und wie selten zuvor wird uns heute die determinierende Kraft der Wirtschaft, der Finanzwirtschaft zumal, für das tägliche Leben und auch und gerade für die Politik bewusst. Ihren Funktionsbedingungen ist daher erhöhte Aufmerksamkeit zu widmen.

[1] Vgl. dazu *G. Seibt*, Goethe und Napoleon. Eine historische Begegnung, 2009, S. 126 f.

[2] Zitiert nach *H. H. Klein*, Markt und Staat, in: S. Magiera/K.-P. Sommermann (Hrsg.), Daseinsvorsorge und Infrastrukturgewährleistung, 2009, S. 17 (18).

Für eine freie Wettbewerbswirtschaft sind der freie Unternehmer und das freie Unternehmertum konstitutiv[3]. In einer freien Wirtschaftsordnung ist eine starke wirtschaftliche Tätigkeit des Staates nicht vorgesehen[4]. Die unternehmerische Freiheit ist ein „Kernelement der Marktwirtschaft"[5]. Das Bundesverfassungsgericht hat es im Jahr 1972 für die Bundesrepublik Deutschland so formuliert: „Die bestehende Wirtschaftsverfassung enthält den grundsätzlich freien Wettbewerb der als Anbieter und Nachfrager auf dem Markt auftretenden Unternehmer als eines ihrer Grundprinzipien"[6]. Geht man hiervon aus, so erweist sich in dem Bereich freier Wirtschaftsordnung jede staatsinterventionistische Maßnahme als rechtfertigungsbedürftig. Grundlage und Umfang einer rechtlichen Garantie unternehmerischer Freiheit haben daher besondere Bedeutung.

II. Die Garantie unternehmerischer Freiheit

1. Verfassungsebene

Die maßgeblichen verfassungsrechtlichen Garantien der unternehmerischen Freiheit sind in Deutschland grundrechtlicher Art, erhalten freilich aus der Gestaltung der deutschen Wirtschaftsverfassung, die nach dem eben erwähnten Zitat des Bundesverfassungsgerichts den freien Wettbewerb einschließt, eine jedenfalls mittelbare Bestätigung. Die entscheidenden Normen sind Artikel 12 (Berufsfreiheit) und 14 (Eigentumsschutz) GG, eine wichtige Rolle spielen auch die in Art. 9 GG geschützte Vereinigungsfreiheit, die für die Bildung von Kapitalgesellschaften, Holdings und Konzernen wichtig ist, und Art. 11 GG, der die Freizügigkeit und damit die unternehmerische Niederlassungsfreiheit garantiert[7]. Demgegenüber kommt Art. 2 Abs. 1 GG

---

[3] Vgl. *H.-J. Papier*, Unternehmen und Unternehmer in der verfassungsrechtlichen Ordnung der Wirtschaft, VVDStRL 35 (1977), S. 55 (72); *A. Achatz*, Grundrechtliche Freiheit im Wettbewerb, 2011.

[4] Dies schließt die Teilnahme das Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb keineswegs notwendig aus, dazu *H. H. Klein*, Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb (1968). Zur Grundrechtsfähigkeit von Unternehmen der öffentlichen Hand *T. Hammer*, Die unternehmerische Freiheit der Eisenbahnen des Bundes, DÖV 2011, S. 761 ff.

[5] *F. Schmidt*, Die unternehmerische Freiheit im Unionsrecht, 2010, S. 61.

[6] BVerfGE 32, 311 (317).

[7] Dazu *F. Ossenbühl*, Die Freiheiten des Unternehmers nach dem Grundgesetz, AöR 115 (1990), S. 1 (3 ff.); BVerfGE 50, 290 (353 ff.).

angesichts des heute ganz mehrheitlich anerkannten umfassenden Schutzumfangs von Art. 12 GG keine wesentliche Bedeutung mehr zu[8]. Die Erweiterung der Grundrechtsfähigkeit auf inländische juristische Personen des Privatrechts nach Maßgabe des Art. 19 Abs. 3 GG ist hingegen in einem kapitalintensiven Wirtschaftssystem besonders wichtig.

Art. 12 Abs. 1 GG schützt den gesamten Bereich der Gewerbe- und Unternehmerfreiheit[9] als Ausschnitt aus einem umfassend verstandenen Berufsfreiheitsrecht. Das Bundesverfassungsgericht definiert den Schutz der Unternehmerfreiheit „im Sinne freier Gründung und Führung von Unternehmen“[10]. Erfasst sind damit neben der Initiative zur Gründung eines Unternehmens die Wahl der Organisationsform, seiner inneren Leitungsstruktur, die Gestaltung der Personalpolitik und die Standortwahl. Garantiert sind die Produktions-, Investitions- und Entwicklungsfreiheit, ebenso wie die Preisbildungs- und Werbefreiheit. In den Schutzbereich der Norm fallen ferner das Recht auf Marktzugang und Wettbewerbsfreiheit, Vertriebs- und Absatzfreiheit sowie die im unternehmerischen Zusammenhang stehende Vertragsfreiheit[11].

Art. 14 Abs. 1 GG schützt den Unternehmensbestand, das auf Grund der unternehmerischen Betätigung Erworbene, das Eigentum des Unternehmensträgers und das Anteilseigentum[12]. Erst die Garantie der Freiheit des Betätigungsschutzes zusammen mit dem Schutz des Eigentums gibt der unternehmerischen Freiheit diejenige Kontur, die sie dazu befähigt, Kernelement

---

[8] Dazu einerseits *R. Scholz*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Art. 12 Rn. 123 und 132 (Stand 2006), andererseits *M. Hoffmann*, Staatliche Wirtschaftsregulierung und grundrechtlicher Schutz der Unternehmensfreiheit durch Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 GG, BB 1995, S. 53 ff. Unklar BVerfGE 50, 290 (366).

[9] *M. Nolte*, in: K. Stern/F. Becker (Hrsg.), Grundrechte-Kommentar (2010), Art. 12 Rn. 15.

[10] BVerfGE 50, 290 (363). Auch im Landesverfassungsrecht wird verschiedentlich die «wirtschaftliche Freiheit» des Einzelnen besonders hervorgehoben; vgl. etwa Art. 151 Abs. 2 S. 3 BayVerf.

[11] Zu Vorstehendem etwa *Ossenbühl* (Fn. 7), S. 12 ff.; *Scholz* (Fn. 8), Art. 12 Rn. 68 und 133.; *H. Lecheler*, Art. 12 GG — Freiheit des Berufs und Grundrecht der Arbeit, VVDStRL 43 (1985), S. 48 ff.

[12] BVerfGE 50, 290 (341).

einer vom Wirtschaftswettbewerb geprägten marktwirtschaftlichen Ordnung zu sein. Die erfolgte Bestimmung der normativen Schutzbereiche gilt unabhängig von der Größe und Organisationsform des Unternehmens; diese können sich nur im Kontext der Prüfung staatlicher Eingriffe auswirken.

2. Europarechtliche Ebene

a) Für alle Mitgliedstaaten der Europäischen Union (EU), also auch Deutschland, gilt es, die enge Verknüpfung ihrer nationalen Rechtsordnung mit dem Unionsrecht zu beachten. Diese Perspektive verstärkt die grundgesetzliche Aussage, indem sie die Garantie der unternehmerischen Freiheit auf ein zusätzliches Fundament stellt. Dabei ist besonders bemerkenswert, dass das Unionsrecht nicht nur eine dem deutschen Recht sehr ähnliche Reichweite der inhaltlichen Absicherung enthält, sondern ebenfalls dezidiert den freiheitsbetonenden Weg grundrechtlicher Gewährleistung eingeschlagen hat.

Bekanntermaßen wurde die Grundrechtsdimension im Gemeinschaftsrecht zunächst über die Konstruktion der Grundrechte als allgemeine Rechtsgrundsätze entwickelt, die ihrerseits im Wege wertender Rechtsvergleichung gewonnen wurden[13]. Dieser Prozess der Rechtsgewinnung ist zwar nach Inkrafttreten der Charta der Grundrechte der EU (GRC) in den Hintergrund getreten, hat aber auch jetzt seine Bedeutung keineswegs völlig verloren, wie sich bereits aus Art. 6 Abs. 3 EUV (Lissabon) ergibt.

Analysiert man die verschiedenen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen, so zeigt sich, wie es Frederik Schmidt nachgewiesen hat, dass im EU-Bereich alle Teilgewährleistungen unternehmerischer Freiheit zu finden sind; einzelne, meist jüngere Verfassungen wie z. B. Bulgarien und Slowakei haben die Garantie der unternehmerischen Freiheit sogar ausdrücklich in ihre Grundrechtskataloge aufgenommen[14]. Auch der Eigentumsschutz wurde auf diese Weise im Gemeinschaftsrecht heimisch[15].

---

[13] Dazu etwa *H.-J. Blanke*, in: P. J. Tettinger/K. Stern (Hrsg.), Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta (2006), Art. 16 Rn. 12.

[14] *F. Schmidt*, Die unternehmerische Freiheit im Unionsrecht, 2010, S. 61 ff., 118; vgl. auch *N. Bernsdorff*, in: J. Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl. 2011, Art. 16 Rn. 2; *C. Nowak*, in: S. M. Heselhaus/C. Nowak (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Grundrechte,2006, § 31 Rn. 11 ff.

[15] Nachweise bei *C. Calliess*, in: D. Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 3. Aufl. 2009, S. 593 (599 ff.).

Hierauf gestützt hat der Europäische Gerichtshof in Luxemburg seine Rechtsprechung zu „Unternehmerfreiheit“ oder „unternehmerischer Freiheit“ entwickelt; diese Begriffe tauchen übrigens in seiner Judikatur erstmals im Jahr 1991 auf[16], doch schon zuvor hat der Gerichtshof die Berufsausübungsfreiheit auch auf Unternehmen bezogen[17]. Eine unmittelbare, konkrete Zusammenführung der unternehmerischen Freiheit mit dem Grundrecht der Berufsfreiheit fand allerdings erst später (2004) statt. Hier konstatierte der Gerichtshof wörtlich: „Die freie Berufsausübung gehört zu den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts. Dasselbe gilt für die unternehmerische Freiheit, die sich mit der Berufsausübung überschneidet“[18].

In nicht völlig analoger Weise hat der EuGH den Grundsatz des freien Wettbewerbs gewonnen, der — wie gezeigt — nach deutschem Verfassungsverständnis Teil der von Art. 12 GG geschützten unternehmerischen Freiheit ist. Zwar lässt der Gerichtshof an der Geltung des sowohl vor wie nach Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon anerkannten Grundsatzes des freien Wettbewerbs keinen Zweifel und kann sich dabei sogar unmittelbar auf Aussagen des europäischen Primärrechts stützen, das die Verpflichtung auf die „offene Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb“ mehrfach hervorhebt[19]. Es blieb soweit ersichtlich in der Rechtsprechung bislang aber offen, ob dem „Grundsatz der Wettbewerbsfreiheit“ auch eine grundrechtlich-subjektive Dimension zuerkannt wird[20].

b) Es spricht vieles dafür, dass die hiermit verbundenen Zweifel mit dem Inkrafttreten der Europäischen Grundrechte-Charta beseitigt sind. Neben den Garantien der Berufsfreiheit in Art. 15 und des Eigentumsrechts in Art. 17 heißt es in Art. 16: „Die unternehmerische Freiheit wird nach

---

[16] EuGH, Slg. 1991, I-145 (Rn. 11, 72); 1991, I-4105 (Rn. 14); dazu *Schmidt* (Fn. 14). S. 135 f.

[17] *J. Schwarze*, Der Grundrechtsschutz für Unternehmen in der Europäischen Grundrechtecharta, EuZW 2001, S. 517 ff.

[18] EuGH, Slg. 2004, S. I-7789 (Rn. 46, 49); dazu auch *Schmidt* (Fn. 14)., S. 136 f.

[19] Vgl. Art. 119 Abs. 1 und 2, Art. 120 und Art. 127 AEUV.

[20] Vgl. etwa EuGH, Slg. 1994, S. I-4973 (Rn. 58 ff. einerseits und 64 ff. andererseits; dazu *F. Schmidt* (Fn. 14), S. 141 ff. und *Bernsdorff* (Fn. 14), Art. 16 Rn. 14. Im Sinn bereits erfolgter „Versubjektivierung“ aber *Nowak* (Fn. 14), § 31 Rn. 27, 34 ff.

dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten anerkannt." Diese Formulierung bedarf genauerer Betrachtung.

Die ausdrückliche Gewährleistung der unternehmerischen Freiheit erklärt sich zunächst aus verschiedentlich vorhandenen grundrechtlichen Ausprägungen der Mitgliedstaaten[21]. Im Grundrechte–Konvent ist eine solche Garantie von mancher Seite gegen den Widerspruch anderer dezidiert gefordert worden, da sie für Marktwirtschaften von besonderer Bedeutung sei. Überdies sollte damit eine gewisse Balance gegen die in die Charta aufgenommenen sozialen Rechte, vor allem die Arbeitnehmerrechte, hergestellt werden[22].

Der Inhalt der Garantie wird in Art. 16 GRC selbst nicht definiert, doch weist der Wortlaut darauf hin, dass die unternehmerische Freiheit „nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten anerkannt" wird. Wie zutreffend gesehen wurde, zeigt diese Formulierung keine besondere Schrankenklausel auf, sondern verweist in seinem zweiten Teil auf die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten und die hieraus in wertender Rechtsvergleichung zu gewinnenden Erkenntnisse für den Schutzbereich[23]. Zugleich ergibt sich der sachliche Garantiebereich aber aus dem Unionsrecht. Insoweit beziehen sich die Erläuterungen des Konventspräsidiums, die bei Auslegung und Anwendung der Charta gebührend zu berücksichtigen sind (Art. 6 Abs. 3 EUV), auf die bisherige Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Freiheit, eine Wirtschafts- oder Geschäftstätigkeit aufzunehmen, sowie auf die Anerkennung der Wettbewerbsfreiheit im EU-Recht. Hieraus wird in der Literatur generell auf einen weiten Schutzumfang geschlossen, der in der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit als solcher die Handelsfreiheit, Werbefreiheit, Vertragsfreiheit, Organisationsfreiheit und eben nicht zuletzt auch die Wettbewerbsfreiheit beschlossen sieht. In diesem über Art. 16 GRC eindeutig vermittelten grundrechtlichen Kontext erhält auch die Wettbewerbsfreiheit „einen eigenständigen sub-

[21] *Nowak* (Fn. 14), § 31 Rn. 4.

[22] *H.-J. Blanke*, in: P. J. Tettinger/K. Stern (Hrsg.), Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Gtrundrechte-Charta, 2006, Art. 16 Rn. 1; *Bernsdorff* (Fn. 14), Art. 16 Rn.5 f.; *H.-W. Rengeling/P. Szczekalla*, Grundrechte in der Europäischen Union, 2004, § 20 Rn. 797.

[23] *Blanke* Fn. 22), Art. 16 Rn. 12.

jektivrechtlichen Gehalt“[24]. In ihren Schlussanträgen in der Rechtsache Bertelsmann und Sony gegen Kommission hat die Generalanwältin Juliane Kokott gemeint, dass Art. 16 und 17 GRC „ohne Zweifel das Recht (beinhalte), Unternehmenszusammenschlüsse zu verwirklichen“[25].

Aus dem Anschluss der Garantie des Art. 16 GRC an die EuGH-Rechtsprechung folgt, dass neben natürlichen auch juristische Personen, sogar aus Drittstaaten, Grundrechtsberechtigte sind[26]. Ein Anspruch auf Zugang zum Binnenmarkt der Union ergibt sich daraus freilich nicht[27].

Die EU-Grundrechte verpflichten nach der bisherigen Rechtsprechung des EuGH und nach Art. 51 GRC die Organe der EU, aber auch die Mitgliedstaaten, allerdings nur „bei der Durchführung des Rechts der Union“. Damit ist die unmittelbar im EU-relevanten Bereich angesiedelte „unternehmerische Freiheit“ durchaus für die Mitgliedstaaten von aktueller Bedeutung. Umso wichtiger ist die feststellbare Übereinstimmung der Schutzgehalte nach nationalem und europäischem Recht.

c) Die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) enthält keine Garantie der Berufsfreiheit oder gar spezieller: der Unternehmerfreiheit. Der Schutz der unternehmerischen Freiheit wird jedoch im Hinblick auf einen wichtigen Aspekt durch den im ersten Zusatzprotokoll (Art. 1) geregelten Eigentumsschutz wahrgenommen[28]. Die Gewährleistungen der EMRK wirken sich, jedenfalls was die Bundesrepublik Deutschland betrifft, sowohl unmittelbar ihr gegenüber aus als auch vermittelt über das Unionsrecht und verstärkt so die Freiheitssphäre der Berechtigten. Dies gilt auch unter

[24] *Blanke* (Fn. 22), Art. 16 Rn. 11. Zurückhaltender *C. Grabenwarter*, Unternehmertum und unternehmerische Freiheit, in: C. Grabenwarter u.a. (Hrsg.) Die Grundrechte des Wirtschaftslebens nach dem Vertrag von Lissabon, 2012, S. 17 (22 f.); *ders*., Wirtschaftliche Grundrechte, in: A. Hatje/P.-C. Müller-Graff (Hrsg.), Enzyklopädie Europarecht Bd. 2, 2014, S. 507 (518).

[25] Schlussanträge vom 13.12.2007 — RS C-413/06P (Bertelsmann AG und Sony Corporation of America/Kommission u.a.), online Rn. 214.; dazu *F. Schmidt* (Fn. 14), S. 138 f.

[26] *Bernsdorff* (Fn. 14), Art. 16 Rn. 16 f.; *Schwarze* (Fn. 17), S. 517 ff.

[27] *H. D. Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Kommentar, 2. Aufl. 2013, Art. 16 Rn. 11.

[28] Dazu etwa *E. Reininghaus*, Eingriffe in das Eigentumsrecht nach Artikel 1 des Zusatzprotokolls zur EMRK, 2002.

dem Aspekt, dass die EMRK-Rechte wie die Eigentumsgarantie nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte juristische Personen ebenso wie natürliche Personen erfassen[29]. Da Diskrepanzen in diesem Bereich nicht erkennbar sind, ist auf die schwierige Frage des möglichen Vorrangs bestimmter Normen nicht einzugehen.

3. Völkerrechtliche Ebene

Auf der völkerrechtlichen Ebene — jenseits der EMRK — finden sich nur geringe Anknüpfungspunkte für eine Garantie der unternehmerischen Freiheit. Art. 23 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte (1948) enthält das Recht auf die freie Wahl der Beschäftigung und das Recht, zum Schutz seiner Interessen Fachvereinigungen beizutreten. Art. 17 spricht vom Recht, allein und in Gemeinschaft mit Anderen Eigentum innezuhaben. Die Allgemeine Erklärung ist jedoch als Entschließung der Generalversammlung der Vereinten Nationen ohne unmittelbar rechtliche Wirkung für die Mitgliedstaaten, und auch soweit es in einzelnen Bereichen möglich ist, sie als Ausgangspunkt für die Entstehung von Völkergewohnheitsrecht in Anspruch zu nehmen, lässt sich diese Folgerung jedenfalls für den Bereich der Berufswahl und des Eigentumsschutzes im Sinne einer subjektivrechtlichen Gewährleistung nicht ziehen. Bilaterale und multilaterale Investitionsschutzabkommen sind indes wichtige Stützen für unternehmerische Tätigkeiten im Ausland. In der Praxis hat sich heute weitgehend durchgesetzt, dass Konfiskationen unzulässig sind, die Wegnahme ausländischen Eigentums vielmehr der sog. Hull-Formel unterliegt (Entschädigung: „prompt, adequate, effective"). Liegen die Voraussetzungen vor, kann der Investor den Gaststaat vor einem Internationalen Schiedsgericht verklagen (International Centre for Settlement of Investment Disputes, ICSID).

Die grundsätzliche Orientierung der EU und damit ihrer Mitgliedstaaten im Bereich des Unionsrechts auf die Marktwirtschaft mit Wettbewerbsfreiheit wird durch die Regelungen der Welthandelsorganisation (WTO) unterstrichen[30]. Die auf der internationalen Ebene garantierte Wirtschaftsfreiheit wirkt sich jedoch nach der Rechtsprechung des EuGH nicht

[29] Ausführlich *M. Emberland*, The Human Rights of Companies. Exploring the Structure of ECHR Protection (2006, Reprint 2008).

[30] M. *Ruffert,* in: D. Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 3. Aufl. 2009, S. 574 (575).

im Sinn einer individuellen Berechtigung der privaten Wirtschaftssubjekte aus. Allerdings hat die sog. Handelshemmnis-Verordnung der Gemeinschaft von 1994 den Weg für betroffene Unternehmer geöffnet, die zuständigen Gemeinschaftsorgane zu veranlassen, Ermittlungen aufzunehmen und bei festgestellten WTO-Verstößen ein Streitschlichtungsverfahren nach WTO-Recht gegen ein anderes WTO-Mitglied zu betreiben[31]. Mittelbar stärkt so auch der WTO-Mechanismus die unternehmerische Freiheit gegenüber völkerrechtswidrigen Handelspraktiken.

III. Freiheitsverfassung und unternehmerische Verantwortung

Wie gezeigt, bieten auf verfassungs- und auf europarechtlicher Ebene Grundrechte das rechtliche Fundament für die unternehmerische Freiheit. Auch wenn Grundrechte regelmäßig unter bestimmten Voraussetzungen einschränkbar sind, legt das rechtsstaatliche Verteilungsprinzip den Akzent auf die Freiheitsgewährleistung und macht jede Einschränkung zu einer rechtfertigungsbedürftigen Maßnahme[32]. Die Frage ist, ob die grundrechtliche Freiheitsverfassung — ungeachtet unseres positivrechtlichen Befundes — der Problematik prinzipiell (noch) angemessen ist.

Das Problem besteht darin, dass die Macht der Wirtschaft außerordentlich groß ist — „die Wirtschaft ist das Schicksal“ — und alle Macht in demokratisch-rechtstaatlichen Ordnungen verantwortet werden muss[33]. Ist die grundrechtsgeprägte und damit implizierte grundsätzliche Freiheitsvermutung für wirtschaftlich-unternehmerische Betätigung unter diesen Umständen noch der geeignete Ansatz, um dieser Verantwortung gerecht zu werden? Ist die „Wahrung der Freiheit des einzelnen Bürgers, die der Gesetzgeber auch bei der Ordnung der Wirtschaft zu respektieren hat“ — so das Bundesverfassungsgericht[34] — nach wie vor der richtige Ausgangspunkt, um die gestiegene Verantwortung der Wirtschaft als mächtiges gesellschaftliches Subsystem zu realisieren? Ist die dem Grundrechts- oder Freiheitsaspekt immanente „Garantie selbstverantworteter Existenzgestal-

[31] ABl. 1994 L 349/71. Dazu *Nowak* (Fn. 14), § 31 Rn. 7 ff. (S. 871 f.).

[32] Dazu *J. Isensee*, Staat und Verfassung, in: ders./P. Kirchhof (Hrsg), Handbuch des Staatsrechts Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 15 Rn. 174 ff.

[33] *R. Mußgnug*, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 35 (1977), S. 133.

[34] BVerfGE 50, 290 (337).

tung“ und „individualer Persönlichkeitsbildung“[35] in der Lage, die soziale Verantwortungsdimension der Wirtschaft zu spiegeln?

Das Problem ist nicht erst kürzlich erkannt worden. Es bildete einen wichtigen Diskussionsgegenstand auf der Jahrestagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer im Jahr 1976[36]. Gewichtige Bedenken sind dort in dieser Hinsicht formuliert worden. Dabei wurden zusätzlich Zweifel daran geäußert, ob der Wettbewerb ein ausreichendes disziplinierendes Element sei, das schädliche unternehmerische Verhaltensweisen von der Gemeinschaft abhalten könne[37]. Aus heutiger Sicht unterstreichen Ereignisse wie hochspekulative Bankgeschäfte und die Atomkatastrophe in Fukushima die damals geäußerten Bedenken. Aus diesem Grund wurde verschiedentlich vorgeschlagen, für Unternehmen jedenfalls bestimmter Größe einen eigenen Pflichtenstatus zu schaffen, ihnen eine Art staatlich kontrollierter Autonomie einzuräumen, ihnen somit den grundrechtlichen Freiheitsstatus mit all seinen Implikationen zu entziehen und durch die Unterstellung unter Grundpflichten zu ersetzen[38]. Dieser Auffassung wurde jedoch von anderer Seite vehement widersprochen[39]. Den Unternehmer einer unmittelbaren Verfassungspflicht zu unterwerfen, würde die Staats-Verfassung zum unmittelbaren Maßstab seines Handelns, seines Tuns und Unterlassens, machen. Eine sich hier zumindest im Grundsätzlichen abzeichnende Verstaatlichung der Wirtschaft könne nicht der Weg eines freiheitlichen Staates sein. Der Grundpflichtstatus bedürfte überdies, um operabel zu sein — eben ganz anders als der allgemeine Freiheitsstatus, — eines detailreichen gesetzlichen Unterbaus. Damit aber stellt sich die Situation nicht wesentlich anders dar als sie sich aus dem geltenden Recht ergibt: dass der Gesetzgeber nämlich durch die ihm möglichen Grundrechtseingriffe die unternehmerische Betätigung in Erfüllung seiner Schutzpflicht zugunsten

---

[35] *Scholz* (Fn. 8), Art. 12 Rn. 20.

[36] Zu den Referaten von *P. Saladin* und *H.-J. Papier*, VVDStRL 35 (1977), S. 7 ff.; 55 ff.

[37] *H.P. Schneider*, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 35 (1977), S. 156 f.; positiver insoweit *H.P. Ipsen*, Diskussionsbeitrag, ebd., S. 146.

[38] *Saladin* (Fn. 36), S. 44 ff.

[39] Vor allem die Diskussionsbeiträge in VVDStRL 35 (1977) von *H. P. Ipsen*, S. 145 f.; *K. Stern*, S. 137 f.; *C. Tomuschat*, S. 118 f. und *K.Vogel*, S. 140 f.

des Gemeinwohls und gegebenenfalls auch der Rechte einzelner anderer einschränken kann und unter Umständen auch muss. Denn je freier eine Gesellschaft ist, desto stärker muss der Staat sein, weil nur er in der Lage ist, die Freiheit aller zu schützen, indem er sie ins Gleichgewicht bringt[40].

Damit sind die prinzipiellen Überlegungen aber nicht am Ende. Ist der Staat, so müssen wir fragen, denn überhaupt noch in der Lage, seine diesbezügliche Schutz- und Ordnungsaufgabe zu erfüllen? Verfügt er noch über die notwendige Stärke, um sich gegen mächtige gesellschaftliche Gruppen durchzusetzen? Ist er zur Kontrolle der großen Unternehmen noch in der Lage oder wird er nicht vielmehr heute von diesen kontrolliert?

Das Problem der schwindenden Kraft des Staates wird in verschiedenen Kontexten thematisiert[41]. Finanzkrisen, Sparzwänge, Globalisierung haben die Steuerungskraft der Staaten generell beeinträchtigt, in anderen Fällen zerfallen Staaten oder sind zumindest weitgehend unfähig geworden, ihre, also die staatlichen Aufgaben, wahrzunehmen. In Deutschland besteht, wie zu Recht konstatiert wurde, eine „staatsideologische Unterbilanz"[42], die zunächst einmal jedes entschiedene staatliche Handeln, sofern es erfolgt, einem nationalistischen Generalverdacht aussetzt. Die zunehmende Einbindung in internationale Zusammenhänge, insbesondere in die Europäische Union, tut ein Übriges, um ein selbständig-eigenstaatliches Agieren des Staates zu erschweren. Auf der anderen Seite haben gerade die genannten Krisen nicht nur die Angewiesenheit der Gesellschaft, inklusive der Wirtschaft, auf den Staat vor Augen geführt, sondern auch seine Kraft zur Ergreifung von Maßnahmen unter Beweis gestellt[43], wie immer man die gefundenen Lösungen im Finanzsektor oder — in Deutschland — im Hinblick auf den Ausstieg aus der friedlichen Nutzung der Atomenergie im Einzelnen bewerten mag. Sogar die Integration in die Europäische Union hat entschlossenes einzelstaatliches Handeln bislang kaum verhindert. Die

[40] *Ossenbühl* (Fn. 7), S. 30 f. Vgl. auch Art. 151 Abs. 2 S. 3 BayVerf.

[41] Das betrifft sogar die Inanspruchnahme des staatlichen Gewaltmonopols, dazu *E. Klein*, Staatliches Gewaltmonopol, in. O. Depenheuer/C. Grabenwarter (Hrsg.),Verfassungstheorie, 2010, S. 635 (650 ff.).

[42] *E. Forsthoff*, Der introvertierte Rechtsstaat und seine Verortung, Der Staat Bd. 2 (1963), S. 385 (395).

[43] *H. H. Klein* (Fn. 2), S. 19 f.

eigentlichen Machtzentren sind trotz aller vorgenommenen Integrationsschritte bis heute die Mitgliedstaaten geblieben. Sie müssen es auch bleiben, solange das Gemeinwohl nicht effektiv von den Unionsorganen definiert und geschützt werden kann.

IV. Eingriffs- und Schrankenregelungen

1. Eingriffsvoraussetzungen

Die Garantie der unternehmerischen Freiheit gehört nach keiner der diskutierten Gewährleistungen zu den Vorschriften, die sich staatlichen Eingriffen grundsätzlich entziehen. Der regelnde und beschränkende Staatseingriff bleibt möglich, ist aber nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig. Dabei ist der Schutz des Gemeinwohls das maßgebliche materielle Kriterium. Dies ergibt sich aus der Grundrechtsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 12 und 14 GG ebenso wie aus der Judikatur des EuGH und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte. Beide europäischen Gerichte fordern zudem wie das Bundesverfassungsgericht, dass der Eingriff nur auf gesetzlicher Grundlage erfolgen darf[44]. Es ist damit primär der jeweils zuständige Gesetzgeber, der das Gemeinwohl definiert, wobei ihm — wieder nach allen beteiligten Rechtsordnungen — gerade bei komplexen wirtschaftlichen Sachverhalten weitgehende Gestaltungsfreiheit und prognostischer Spielraum eingeräumt werden[45]. Bemerkenswert ist ferner, wie der vor allem im deutschen Recht entwickelte Grundsatz der Verhältnismäßigkeit seinen Gang in das Gemeinschafts- bzw. Unionsrecht angetreten hat und auch im Recht des internationalen Menschenrechtsschutzes zu einer festen Argumentationsgröße geworden ist[46].

---

[44] *D. Ehlers*, in: ders. (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten (3. Aufl. 2009), S. 60 ff., 476 ff.

[45] BVerfGE 50, 290 (338 und 333); *R. Breuer*, Staatliche Berufsregelung und Wirtschaftslenkung, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VIII, 3. Aufl. 2010, § 171 Rn. 88 ff. ff.; *Ruffert* (Fn. 30). S. 586 ff.; *Jarass* (Fn. 27), Art. 16 Rn. 31.

[46] Vgl. jetzt Art. 52 Abs. 1 GRC; zum internationalen Menschenrechtsschutz vgl. VN Menschenrechtsausschuss, General Comment No. 34 on article 19 (freedoms of opinion and expression) of the International Covenant on Civil and Political Rights (2011), Ziff. 34, UN Doc.A/66/40 (Vol. I), S. 246 ff. (253).

2. Entfaltung im vorgegebenen Ordnungsrahmen

Gesetzliche Regelungen haben sich in dem ihnen rechtlich vorgegebenen Ordnungsrahmen zu entfalten[47]. Dies wirft die Frage nach der bestehenden Wirtschaftsverfassung auf. Sie ist für Deutschland die „soziale Marktwirtschaft". Zwar basiert diese nicht auf einer verfassungskräftigen institutionellen Garantie, auch wenn sie in Art. 1 des deutsch-deutschen Vertrags zur Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion von 1990 als die „gemeinsame Wirtschaftsordnung" bezeichnet wird[48]. Wohl aber basiert sie auf der grundgesetzlichen Entscheidung für dezentrales Wirtschaften, der Einwirkung der Grundrechte auf die gesetzliche Ausgestaltung wirtschaftsrechtlicher Tatbestände[49]. Der Gesetzgeber hat die Wahrung der Freiheit des einzelnen Bürgers (auch) bei der Gestaltung der Ordnung der Wirtschaft zu respektieren. Regelfolge ist der Vorrang des Marktes, auf dem die Unternehmer sich in Ausübung ihrer Grundrechte als Wettbewerber gegenüberstehen[50]. Oder in den Worten des Bundesverfassungsgerichts: „Die bestehende Wirtschaftsverfassung enthält den grundsätzlich freien Wettbewerb der als Anbieter und Nachfrager auftretenden Unternehmer als einer ihrer Grundprinzipien"[51]. Staatliche Interventionen in den Markt und den freien Wettbewerb sind nicht ausgeschlossen, müssen sich aber vor den Grundrechten und dem Sozialstaatsgebot legitimieren.

Das eben Ausgeführte verstärkt sich, wenn das Unionsrecht in den Blick genommen wird. Zwar ist die These von der „wirtschaftspolitischen Neutralität" auch der gemeinschaftsrechtlichen Wirtschaftsverfassung durchaus zunächst von einigen Autoren vertreten worden, doch lässt sich spätestens seit dem Vertrag von Maastricht (1992/93) eine solche Ansicht nicht mehr halten[52]. Bereits mehrere Vorschriften des danach geltenden EG-Vertrags enthielten den ausdrücklichen Hinweis auf den „Grundsatz einer

[47] Vgl. *Ruffert* (Fn. 30), S. 574 f., 578.

[48] BGBl. II S. 537.

[49] *H.H. Klein* (Fn. 2), S. 20 f.

[50] *R. Schmidt*, Staatliche Verantwortung für die Wirtschaft, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. IV, 3. Aufl. 2006, § 92 Rn. 27.

[51] BVerfGE 32, 311 (317).

[52] *R. Schmidt*, Öffentliches Wirtschaftsrecht in einer offenen Staatlichkeit, in: P. Kirchhof (Hrsg.), Staaten und Steuern, Festschrift für K. Vogel (2000), S. 21 (22 f.).

offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb", dem die Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten verpflichtet sei[53]. Der Vertrag von Lissabon hat diese Formulierung in verschiedenen Vorschriften beibehalten, sie aber in der Zielbestimmung des Art. 3 Abs. 3 EUV dahin ergänzt, dass die Union (u. a.) „auf eine in hohem Maße wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft" hinwirkt. Diese Orientierung beeinflusst unmittelbar die nationale Rechtslage, die ihr in der eigenen Betonung von Markt und Wettbewerb durchaus entspricht. Die Mitgliedstaaten sind auf die Wettbewerbsfreiheit verpflichtet, die im Kontext der grundrechtlichen Garantien der Art. 12 und 14 GG sowie Art. 16 und 17 GRC selbst grundrechtliche Bedeutung gewinnt. Das Regel-Ausnahme-Verhältnis von Freiheit und Einschränkung, das auf der nationalen Ebene vorgefunden wurde, hat seine klare Entsprechung auf der europarechtlichen Ebene[54]. Dass die gesellschaftlich-sozialen Folgen der Freiheitsausübung gesetzlich aufgefangen werden können, ergibt sich aus der sozialen Dimension der Marktwirtschaft in beiden Rechtsordnungen. Schon vor der Geltung des Vertrags von Lissabon und der Grundrechte-Charta hat der EuGH in der Rechtsache Atlanta dies so ausgedrückt: „Die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit gehört nach ständiger Rechtsprechung zu den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts, sie kann jedoch keine uneingeschränkte Geltung beanspruchen und muss im Hinblick auf ihre soziale Funktion gesehen werden."[55]

3. Eingriffe im Einzelnen

Diese Funktion wirkt sich bei der Beurteilung der Eingriffe in die primär als Abwehrrecht[56] konzipierte unternehmerische Freiheit aus. Je stärker der soziale Bezug der Rechtsausübung ist, desto weiter reichen auch die Möglichkeiten ihrer Beschränkung[57]. Dies gilt nicht etwa nur im Hinblick auf die Eigentumsdimension der unternehmerischen Freiheit, sondern auch für das Kerngeschäft wirtschaftlicher Betätigung[58]. Eingriffe in Verfolgung

[53] Art. 4 Abs. 1 und 2, Art. 98 und 105 EGV.

[54] *R. Schmidt* (Fn. 50), § 92 Rn. 39.

[55] EuGH, Slg. 1999, I-6983 (Rn. 41 ff.); dazu *Nowak* (Fn. 14), § 31 Rn. 43.

[56] So auch für die EU-Grundrechte: *Jarass* (Fn. 27), Art. 16 Rn. 2.

[57] BVerfGE 50, 290 (339 ff.); 53, 257 (292).

[58] Vgl. BVerfGE 50, 290 (365).

solcher am sozialen Frieden ausgerichteten Ziele, etwa die Einführung der Unternehmensmitbestimmung, werden als sachgerechte und vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls regelmäßig zulässig sein, wenn zugleich die Verhältnismäßigkeit gewahrt ist[59].

Aber auch staatliche Maßnahmen, die Eingriffe in die Wettbewerbsfreiheit darstellen, die ja wie gezeigt genuiner Bestandteil der unternehmerischen Freiheit ist, können aus Gemeinwohlgründen gerechtfertigt sein. Insoweit möchte ich mich auf vier Beispiele beschränken.

a) Die staatliche Errichtung von Monopolen versperrt für andere potentielle Marktteilnehmer den Marktzugang und hebelt den Wettbewerb aus. Staatliche Finanzmonopole gibt es mit Ausnahme des Branntweinmonopols in Deutschland nicht mehr. Eine neuerliche Errichtung von Finanzmonopolen wäre nach ganz überwiegend geteilter Ansicht unzulässig, da ihr rein erwerbswirtschaftlicher Zweck die totale Sperre der freien unternehmerischen Tätigkeit nicht rechtfertigen könnte und daher gegen Art. 12 GG verstoßen würde[60]. Im Übrigen ist auf Art. 106 Abs. 2 AEUV zu verweisen, wonach die unionalen Wettbewerbsregeln anwendbar bleiben. Ein eben so strenges Errichtungsverbot wie für Finanzmonopole besteht im Hinblick auf Verwaltungsmonopole nicht, mit denen materielle Aufgaben der öffentlichen Verwaltung erfüllt werden[61]. Hier ist nämlich zu bedenken, dass der Staat prinzipiell frei ist, die von ihm selbst zu erledigenden Aufgaben zu definieren. Daraus zu schließen, dass sich Auswahl und Umsetzung solcher Aufgaben den Grundrechten entziehen könnten, also sozusagen nur im vorgrundrechtlichen Raum stattfinden würden, wäre allerdings angesichts der grundrechtlichen Fundamentalaussage des Grundgesetzes zugunsten freier wirtschaftlicher Betätigung nicht haltbar. Verwaltungsmonopole müssen sich darum ebenfalls der Überprüfung am Maßstab der einschlägigen Grundrechte stellen[62]. Die Judikatur des Bundesverfassungsgerichts zeigt, dass insoweit die Einzelfallbetrachtung maßgeblich ist. Die entscheiden-

[59] BVerfGE 50, 290 ff.

[60] *Breuer* (Fn. 45), § 171 Rn. 88; *W. Heun*, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 2. Aufl. 2008, Art. 105 Rn. 32.

[61] Grundlegend *P. Badura*, Das Verwaltungsmonopol (1963).

[62] Zutreffend *Breuer* (Fn. 45), § 171 Rn. 89 und 91.

de Funktion des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit lässt einen anderen Ansatz auch schwerlich zu[63].

b) Die freie unternehmerische Tätigkeit wird durch unternehmensbezogene Wettbewerbsvorschriften einerseits beschränkt, andererseits aber als ein die Wettbewerbswirtschaft konstituierendes Element zugleich geschützt. Dies legitimiert solche Vorschriften grundsätzlich, entzieht sie aber gleichzeitig nicht der grundrechtlichen Überprüfung. Das gilt im Hinblick auf das nationale Kartellrecht ebenso wie auf das Recht des unlauteren Wettbewerbs[64]. Zwar können die in diesem Zusammenhang stehenden Vorschriften des EU-Vertrags nicht am Maßstab der Unionsgrundrechte gemessen werden, da sie auf derselben primärrechtlichen Normstufe stehen[65]. Man wird aber den mäßigenden interpretatorischen Einfluss dieser Grundrechte auf diese Vorschriften nicht in Abrede stellen können. Jedenfalls sind die Unionsgrundrechte geeigneter Prüfungsmaßstab bei der Rechtsanwendung durch die Unionsorgane sowie durch die Mitgliedstaaten bei der Durchführung des Rechts der Union[66]. Auf nationaler wie europäischer Ebene richten sich das Kartellverbot und die Regeln der sogenannten Missbrauchsaufsicht direkt an alle oder doch bestimmte Unternehmen als Normadressaten.

c) Demgegenüber sind die Regeln des unionsrechtlichen Beihilfenrechts gegen die Mitgliedstaaten gerichtet. Nationale Subventionen als Maßnahmen staatlicher Wirtschaftslenkung sind prinzipiell geeignet, den freien Wettbewerb zu bedrohen oder zu verfälschen und sind daher im Interesse eines freien Marktes der Kontrolle durch die Europäische Kommission unterworfen. Die Union zeigt sich hier in der Rolle des Hüters einer freien unionsweiten Wettbewerbswirtschaft und schützt damit zugleich die unternehmerische Freiheit der nichtbegünstigten Dritten. Soweit Subventionen nicht aus Gründen des Unionsrechts untersagt sind, sind sie der Prüfung anhand der Grundrechte dieser Dritten unterworfen, insbesondere des Art. 12 GG und des allgemeinen Gleichheitssatzes. Eine klare gesetzliche

[63] Dies ändert an denkbarer Kritik an den konkreten Entscheidungen natürlich nichts; vgl. *Breuer* (Fn. 45), § 171 Rn. 90 ff.

[64] Vgl. BVerfGE 32, 311 (316 f.).

[65] Art. 6 Abs. 1 EUV.

[66] Vgl. Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GRC.

Grundlage ist — trotz Nichtgeltung des sog. Totalvorbehalts — dann erforderlich, wenn „eine untrennbare Wechselbeziehung" zwischen der Begünstigung und der Belastung besteht[67], es sich also um eine „qualifizierte Grundrechtsbetroffenheit" der Nichtbegünstigten handelt[68]. Sogar für den Begünstigten sind Subventionen nicht notwendig grundrechtsneutral, wenn sie nämlich mit die Dispositionsfreiheit einschränkenden Verpflichtungen des Unternehmers, etwa bei der Preisgestaltung, einhergehen. Auch hier wird der Verhältnismäßigkeitsprüfung im Einzelfall maßgebliche Bedeutung zukommen[69].

d) Unter dem Aspekt der grundsätzlichen Gewährleistung privater wirtschaftlicher Betätigung erweist sich die Errichtung von Marktordnungen, mit denen etwa Produktkontingente und Höchst- oder Mindestpreise festgelegt werden können, als besonders intensiven Eingriff in die unternehmerische Freiheit[70]. Dies führt zwar keineswegs zur generellen Unzulässigkeit solcher Maßnahmen, muss sich aber am Maßstab der grundrechtlichen Freiheit messen lassen[71]. Auch hier verknüpfen sich nationales (Verfassungs-) Recht und Unionsrecht in charakteristischer Weise, und zwar nicht nur in materieller, sondern gerade auch in prozeduraler Hinsicht.

e) Enteignungen, auch zugunsten Privater, z. B. Energieversorgern, sind zwar ebenso wie eine nach den nationalen Rechtsordnungen nicht ausgeschlossene Sozialisierung Eingriffe in das Eigentumsrecht der unternehmerischen Freiheit, sind aber als solche wettbewerbsneutral. Beide verändern die Wettbewerbswirtschaft nicht grundsätzlich[72]. Dies gilt auch für den Fall, dass der Staat oder öffentliche Unternehmen als Wettbewerber am Markt auftreten, da die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb diesen aus den Regeln des für alle geltenden Wettbewerbs nicht entlässt. Insoweit ist auch deshalb von einem Grundrechtseingriff

67 BVerwGE 6, 282 (288).

68 Dazu näher *Breuer* (Fn. 45), § 171 Rn. 96.

69 *Breuer* (Fn. 45)., § 171 Rn. 96 ff.

70 *Ruffert* (Fn. 30), S. 575 f.

71 *Scholz* (Fn. 8), Art. 12 Rn. 403.

72 *H. H. Klein* (Fn. 4), S. 184 ff. ; *Breuer* (Fn. 45), § 171 Rn. 91.

nicht zu sprechen, weil die Grundrechte gegen neue Konkurrenz keinen Schutz bieten[73].

V. Transnationale Unternehmen und Menschenrechte

Abschließend ist kurz auf ein spezielles Problem einzugehen, mit dem auch nochmals ein bereits erörterter Punkt aufgegriffen wird, nämlich die Frage, ob zur Wahrung ihrer Verantwortung ein eigener Pflichtenstatus für Unternehmen geschaffen werden sollte. Konkret geht es darum sicherzustellen, dass multi- oder transnationale Unternehmen (Transnational corporations/TNC) Menschenrechte beachten[74].

Transnationale Unternehmen sind höchst wirksame und mächtige Akteure. Man geht derzeit von 82 000 solcher Unternehmen aus, die ca. 810 000 ausländische Töchter haben. Etwa ein Drittel des Welthandels wird innerhalb dieser Unternehmen abgewickelt. Transnationale Unternehmen üben ihre wirtschaftlichen Aktivitäten nicht nur in zahlreichen Ländern aus, in denen sie meist wegen der von ihnen geleisteten Investitionen hoch willkommen sind, sondern haben gerade in Entwicklungsländern, wo sie häufig besonders aktiv sind, verschiedentlich Aufgaben übernommen, die andernorts vom Staat erfüllt werden, z. B. Infrastrukturmaßnahmen wie Straßenbau, zum Teil üben sie in dem Bezirk, in dem sie tätig sind, auch Aufgaben wie die Gewährleistung von Sicherheit und Ordnung aus, was zur Errichtung eigener bewaffneter Dienste führen kann. Es liegt daher nahe, das Verhalten dieser Unternehmen unmittelbar an die Menschenrechte zu binden.

Ebenso wenig wie im innerstaatlichen Recht ist es allerdings auf der internationalen Ebene bislang gelungen, private Unternehmen zu Grundrechts- oder Menschenrechtsadressaten im Sinn ihres unmittelbaren Verpflichtetseins aus den internationalen, vertraglichen oder gewohnheitsrechtlichen, Menschenrechtsnormen zu machen. Die sich daraus ergebenden Verpflichtungen sind und bleiben staatengerichtet[75], was sich aus der hi-

[73] *Breuer* (Fn. 45), § 171 Rn. 83 ff.; *Ossenbühl* (Fn.7), S. 13; *R. Schmidt* (Fn. 50), § 92 Rn. 38.

[74] Zu diesem Problembereich gibt es umfassende Literatur, vgl. etwa *A. Gatto*, Multinational Enterprises and Human Rights (2011) m. v. N.

[75] Vgl. Art. 1 EMRK; Art. 51 Abs. 1 GRC. Zum Problem auch *K. Wiesbrock*, Internationaler Schutz der Menschenrechte vor Verletzungen durch Private, 1999.

storischen Entwicklung des Grund- und Menschenrechtsschutzes ebenso wie der umfassenden Verantwortung der Staaten im Hinblick auf Schutz und Durchsetzungsmöglichkeit erklären lässt. Andererseits ist es völkerrechtsstrukturell keineswegs prinzipiell unmöglich, auch nichtstaatliche Einheiten (non-state actors) unmittelbar aus völkerrechtlichen Normen zu verpflichten, wie die Entwicklung des Völkerstrafrechts beweist. Im Hinblick auf die generelle Beachtung der Menschenrechte ist dieser Weg aber bislang nicht beschritten worden.

Natürlich bedeutet dies nicht, dass es nicht gelingen könnte, die Unternehmen an Normen zu binden, aber es ist dazu die Übersetzung in konkrete Verpflichtungen auf der Grundlage nationaler (oder supranationaler) Gesetze erforderlich, und zwar von Seiten des Heimatstaates und des Territorialstaates, auf dem die unternehmerischen Aktivitäten ausgeübt werden. Was problematisch ist, ist nicht nur die schwierige Koordination dieser Bemühungen, sondern der oft fehlende Wille der Staaten, solche Vorschriften zu erlassen und vor allem durchzusetzen, da sie häufig aus der unternehmerischen Aktivität selbst Gewinn ziehen und diese daher nicht beeinträchtigen wollen. Ein befriedigender Zustand ist daher immer noch nicht erreicht. Immerhin ist das Problembewusstsein gestiegen, wie etwa die Global Compact Initiative des ehemaligen UN Generalsekretärs Kofi Annan und zahlreiche Versuche der Selbstregulierung der Unternehmen durch sog. codes of conduct belegen. Für die EU ist das Problem ein wichtiger Teil ihrer auswärtigen Beziehungen, auch die OECD hat sich der Frage seit langem angenommen und „Empfehlungen für verantwortliches Geschäftsgebaren im globalen Kontext“ verabschiedet[76]. Mehr könnten die internationalen Entwicklungshilfe- und Finanzinstitutionen tun[77]. Bedeutungsvoll für die weitere Diskussion dürfte der am 16. Juni 2011 vom Menschenrechtsrat der Vereinten Nationen angenommene Bericht von John Ruggie werden, der die Schutzpflicht der Staaten mit dem zu befördernden Bewusstsein der Unternehmensverantwortung im Hinblick auf die Beach-

[76] Recommendations for responsible business conduct in a global context (25 May 2011), OECD Guidelines for Multinational Enterprises 2011.

[77] Vgl. etwa *U. Suchsland-Maser*, Menschenrechte und die Politik internationaler Finanzinstitute, 1999; *S. I. Shogly*, The Human Rights Obligations of the World Bank and the International Monetary Fund, 2001.

tung der Menschenrechte kombiniert, aber auch davon absieht, eine unmittelbare Drittwirkung der Menschenrechte zu proklamieren[78]. Vertraut wird eher auf eine sich konsolidierende Kraft von entstehendem soft law, das vor allem mit dem Mittel von Klagen vor (nationalen) Gerichten zur Anerkennung als hard law gelangen soll. Solche Überlegungen sind nicht ganz aus der Luft gegriffen. Sie stützen sich nicht zuletzt auf die Funktion von Gesetzen wie das US amerikanische Alien Tort Statute (ATS), das die Jurisdiktion der US Gerichte für schwere Völkerrechtsverletzungen eröffnet. Die amerikanischen Appellationsgerichte vertreten indes unterschiedliche Auffassungen darüber, ob Unternehmen aufgrund Völkerrechts als Menschenrechtsverletzer überhaupt in Betracht kommen können oder nicht. In einer Entscheidung vom 17. April 2013 im Fall Esther Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co. hat der US Supreme Court diese Frage offen gelassen, im konkreten Fall seine Zuständigkeit aufgrund des erwähnten Gesetzes wegen nicht ausreichenden Inlandsbezugs jedoch verneint[79].

VI. Schlussbemerkung

Lassen Sie mich wie folgt zusammenfassen: Die unternehmerische Freiheit ist die Grundlage freier Markt- und Wettbewerbswirtschaft. Ihre grundrechtliche Verankerung hat entscheidende Auswirkungen auf die gesetzliche Ausgestaltung der Wirtschaftsordnung. Diese Verankerung erleichtert ihre Durchsetzung und errichtet Hürden gegen staatsinterventionistisches Verhalten. Die Hürden sind zum Schutz des Gemeinwohls und schützenswerter Rechtspositionen Dritter nicht unüberwindbar. Die Staaten müssen sich aber dieser Schutzverpflichtung bewusst sein und geeignete und angemessene Mit-

---

[78] UN Doc. A/HRC/17/31.

[79] US SCt, Esther Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co., No. 10-1491; 569, ILM 52 (2013), S. 969. Die Mehrheit der Richter stellte darauf ab, dass die geltend gemachten Ansprüche einen zu schwachen Bezug zum Territorium der USA hätten, um die Vermutung gegen die extraterritoriale Anwendbarkeit des Gesetzes zu widerlegen; der maßgebliche Sachverhalt begab sich in Nigeria. Die Minderheit lehnte die erwähnte Vermutung ab, sah aber angesichts des minimalen Bezugs der Kläger zu den USA kein ausreichendes Interesse der USA gegeben, dafür zu sorgen, nicht zu einem „safe harbor" für einen „enemy of all mankind" (wie z.B. einen Piraten) zu werden.

tel ihrer Einforderung schaffen, um die Machtposition der Unternehmen unter Kontrolle halten und deren Verantwortung realisieren zu können.

VII. Zusammenfassung

Für eine freie Wirtschaft sind der freie Unternehmer und das freie Unternehmertum konstitutiv. Interventionistische Maßnahmen des Staates sind daher stets rechtfertigungsbedürftig.

Die deutsche Verfassung (Grundgesetz) schützt die unternehmerische Freiheit durch grundrechtliche Garantien. Maßgeblich sind vor allem die Artikel 12 (Berufsfreiheit), 14 (Eigentumsschutz), 9 (Vereinigungsfreiheit) und 11 (Freizügigkeit und Niederlassungsfreiheit).

Die nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten der EU sind eng mit der EU-Rechtsordnung verknüpft. Auch sie hat neben den bestehenden Grundfreiheiten (z.B. Niederlassungsfreiheit) grundrechtliche Gewährleistungen entwickelt, welche die Unternehmerfreiheit schützen. Die im EU-Vertrag hervorgehobenen Grundsätze der „offenen Marktwirtschaft" und des „freien Wettbewerbs" sind gleichfalls Stützen des freien Unternehmertums.

Spätestens mit dem Inkrafttreten der Grundrechte-Charta (GRC) der EU (seit 2009 im Vertragsrang) ist geklärt, dass sich hieraus auch individuelle Berechtigungen ergeben. Die Charta garantiert (neben der Berufsfreiheit und dem Eigentums) ausdrücklich die unternehmerische Freiheit: „Die unternehmerische Freiheit wird nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gewohnheiten anerkannt." (Art. 16). Mit diesem Wortlaut wird auf die bisherige Rechtsprechung des EuGH und die nationalen Rechtsordnungen verwiesen, welche die Unternehmerfreiheit als subjektives Recht ausgeprägt haben. Die Unionsgrundrechte verpflichten primär die Union, aber auch die Mitgliedstaaten, soweit sie Unionsrecht durchführen.

Die Europäische Menschenrechtskonvention enthält keine eigene Garantie der Berufsfreiheit und der Unternehmerfreiheit, wohl aber wird das Eigentum geschützt (1. Zusatzprotokoll zur EMRK).

Auch im Übrigen gibt es im Völkerrecht wichtige Anknüpfungspunkte für den Schutz von Unternehmen. Darunter zählen die bilateralen oder multilate-

ralen Investitionsschutzabkommen, die ausländischen Investoren Rechtsschutz gewähren. Wichtig sind auch die Regelungen nach WTO-Recht.

Angesichts der gestiegenen Macht der Wirtschaft stellt sich die Frage, ob „die Wahrung der Freiheit des einzelnen Bürgers auch bei der Ordnung der Wirtschaft" (Bundesverfassungsgericht) noch der geeignete Ausgangspunkt ist, um die Verantwortung der Wirtschaft zu realisieren. Zu erinnern ist etwa an Bankenkrisen und Atomkraftwerkunfälle. Es wird daher vorgeschlagen, den Unternehmer genau so wie den Staat einer unmittelbaren Verfassungspflicht zu unterwerfen. Tendenziell ginge dies in Richtung einer Verstaatlichung der Wirtschaft und würde eines detaillierten gesetzlichen Unterbaus bedürfen. Besser ist es, von der grundrechtlichen Freiheit des Unternehmers auszugehen, dabei aber den Staat für berechtigt, unter Umständen auch für verpflichtet zu halten, zum Schutz des Gemeinwohls oder der Rechte Einzelner der unternehmerischen Freiheit rechtliche Grenzen zu ziehen.

Allerdings stellt sich die Frage, ob der Staat noch in der Lage ist, sich gegenüber der Wirtschaft durchzusetzen oder ob er von ihr bereits zu sehr abhängig geworden ist. In der Tat gibt es generelle (z.B. Globalisierung) oder spezielle (z.B. historische) Gründe, die den Handlungsspielraum der Staaten einschränken können. Andererseits hat gerade die jüngste Vergangenheit (Finanzkrise) gezeigt, dass es nach wie vor die Staaten sind, die in der Lage sind, die notwendigen Maßnahmen zu ergreifen. Selbst in der EU sind die Mitgliedstaaten die entscheidenden politischen Faktoren geblieben.

Auszugehen ist daher von den Voraussetzungen, unter denen Grundrechte, wozu eben die unternehmerische Freiheit gehört, eingeschränkt werden können. Maßgebliches Element ist der Schutz des Gemeinwohls, das der demokratische Gesetzgeber zu definieren hat. Eine wesentliche Rolle für die Zulässigkeit der Festlegung genereller wie konkreter Einschränkungen spielt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

Die möglichen und gegebenenfalls nötigen Einschränkungen der Unternehmerfreiheit müssen den allgemeinen Ordnungsrahmen beachten. Für Deutschland ist dieser Ordnungsrahmen die „soziale Marktwirtschaft". Er findet sich aber auch im Recht der EU. So heißt es im Vertrag von Lissabon, dass die EU „auf eine in hohem Maße wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft" hinzuwirken habe.

Die soziale Funktion der Unternehmertätigkeit wirkt sich auf die Möglichkeit und den Grad ihrer Beschränkung aus. Auch Kerngeschäfte wirtschaftlicher Betätigung sind davon ebenso betroffen wie die Wettbewerbsfreiheit, die Teil der unternehmerischen Freiheit ist. Alle Beschränkungen, wie z. B. das Kartellverbot und Bestimmungen über das Verbot des unlauteren Wettbewerbs, sind an den Grundrechten zu messen.

Nationale Subventionen (Beihilfen) können den Wettbewerb verzerren und sind daher verboten oder unterstehen jedenfalls der Kontrolle der Europäischen Kommission. Dadurch wird die unternehmerische Freiheit der nichtbegünstigten Dritten geschützt. Eine klare gesetzliche Grundlage ist für Subventionen jedenfalls dann notwendig, wenn eine untrennbare Wechselbeziehung zwischen Begünstigung und Belastung besteht.

Enteignungen zugunsten anderer Privater oder nach dem nationalen Recht erlaubte Sozialisierungen sind zwar Eingriffe in das Eigentum und daher nur bei angemessener Entschädigung zulässig. Sie berühren aber den freien Wettbewerb ebenso wenig wie die eigene Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb, freilich nur unter der Voraussetzung, dass der Staat hierbei wie Private an die Wettbewerbsregeln gebunden bleibt.

Die internationale Diskussion darüber, wie man die mächtigen Transnationalen Unternehmen unmittelbar völkerrechtlich verpflichten könnte, die Menschenrechte zu beachten, spiegelt die innerstaatliche Debatte über eine Grundrechtsverpflichtung von Unternehmen.

ЗАЩИТА СВОБОДЫ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСТВА НА НАЦИОНАЛЬНОМ, ЕВРОПЕЙСКОМ И МЕЖДУНАРОДНОМ УРОВНЕ

Профессор, д-р юр. н. Германии Екарт Кляйн

Тезисы[1]

Для свободного функционирования экономики основополагающими являются: свобода субъектов предпринимательской деятельности и свобода самой предпринимательской деятельности. Именно поэтому интервенционные меры государства всегда нуждались и продолжают нуждаться в оправдании. Конституция ФРГ (Основной Закон) защищает свободу предпринимательской деятельности путем введения гарантий основных прав. Особо важное значение имеет статья 12 (свобода выбора профессии), 14 (защита собственности), 9 (свобода объединений) и 11 (свобода передвижений и свобода выбора места жительства).

Национальные правопорядки государств-членов Европейского Союза тесно взаимосвязаны с правовым режимом ЕС. Также наряду с существующими основными свободами (как, например, свобода выбора места жительства) развиваются основные гарантии обеспечения исполнения обязательств, которые защищают свободу предпринимательской деятельности. Акцентированные в «Договоре об учреждении ЕС» основные положения «открытой рыночной экономики» и «свободной конкуренции» также являются опорой свободного предпринимательства.

Позднее при вступлении в силу Хартии Основных Прав Европейского Союза (закрепленной в договоре с 2009 г.) было установ-

[1] Перевод Анастасии Краденовой.

лено, что из неё происходят индивидуальные правовые полномочия. Хартия явно гарантирует (наряду со свободой выбора профессии и свободой собственности) свободу предпринимательства: «свобода предпринимательской деятельности признается в соответствии с правом Европейского Союза и с правовыми предписаниями и обычаями отдельных государств-членов» (ст. 16). На эту формулировку ссылается и Европейский Верховный Суд, и национальные правопорядки, которые определенно считают свободу предпринимательской деятельности субъективным правом. Основные права Европейского Союза обязуют первично ЕС, а затем и государства-члены ЕС, исполнять европейское право.

Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод не содержит отдельной гарантии свободы выбора профессии и свободы предпринимательства, однако защищает собственность (Протокол №1 к Европейской конвенции «О защите прав человека и основных свобод»).

Также в остальных вопросах международное публичное право предлагает коллизионные привязки для защиты предпринимательства. К таковым относятся: двусторонние или многосторонние соглашения о защите прав инвестиций, предоставляющие иностранным инвесторам правовую защиту. Также важную роль играют правовые нормы по праву ВТО.

В связи с усилением влияния экономики возникает вопрос, является ли «защита свободы каждого гражданина также в экономическом режиме» (Федеральный Конституционный Суд Германии) подходящим отправным пунктом для реализации экономической ответственности. Стоит вспомнить о банковских кризисах и об авариях на АЭС. Поэтому было предложено вменить предпринимателю, так же как и государству, непосредственную конституционную обязанность. Как правило, это осуществляется в целях национализации экономики и требует детального законодательного фундамента. Лучше исходить из основополагающей свободы предпринимателя, при этом государство будет уполномочено, а при определенных обстоятельствах даже обязано, в целях защиты общественного блага или прав отдельных граждан устанавливать правовые ограничения предпринимательской

свободы. Однако возникает вопрос, управомочено ли еще государство самостоятельно воздействовать на экономику или оно, наоборот, стало зависимым от нее. В действительности у данного явления есть общие (как, например, глобализация), так и специальные (например исторические) причины, которые могут ограничить свободу действия государств. С другой стороны, недалекое прошлое (финансовый кризис) показало, что существуют государства, которые в состоянии, как и прежде, принимать необходимые меры. В самом Европейском Союзе государства-члены остаются основными политическими факторами.

Причиной тому являются условия, из-за которых могут быть ограничены основные права, к которым относится свобода предпринимательской деятельности. Решающая составная часть — это защита общественного блага, определение которому дает законодатель демократического государства. Существенную роль для допустимости определения как общих, так и конкретных ограничений, играет принцип соразмерности.

Возможные и используемые при определенных условиях ограничения предпринимательской свободы должны соответствовать общим требованиям. В Германии таким общим правилом является «социальная рыночная экономика». Она также находит отражение в праве Европейского Союза. В Лиссабонском договоре есть упоминание, что действия ЕС должны быть направлены на создание «социальной рыночной экономики с высоким уровнем конкурентоспособности».

Социальная функция предпринимательской деятельности оказывает влияние на возможность и степень её ограничения. Основные виды экономической деятельности так же, как и свобода конкуренции, которая составляет часть свободы предпринимательской деятельности, могут быть затронуты такими ограничениями. Все ограничения, как, например, запрет на монополию и положения о недобросовестной конкуренции, следует оценивать с точки зрения основных прав. Национальные субсидии (пособия) могут деформировать конкуренцию и именно поэтому они запрещены или в любом случае контролируются Европейской Комиссией. Таким образом защищается свобода предпринимательства третьих лиц, не являющихся получателями льгот. В любом случае необходимо четкое правовое регулирование

порядка выплаты субсидий, если имеет место неразделимая взаимосвязь между предоставлением субсидий и обременением.

Отчуждение собственности в пользу другого субъекта частного права или в соответствии с социализацией, допускаемой национальным законодательством, хотя и считается посягательством на собственность, но все-таки допускается при соответствующих компенсационных выплатах. Они затрагивают принцип свободной конкуренции так же незначительно, как личное участие государства в экономической конкуренции, однако только при условии, что государство, как и частные лица, при этом подчиняется правилам, регулирующим конкуренцию. Внутригосударственные дебаты по вопросам соблюдения основных прав предприятиями в рамках международной дискуссии освещают вопросы, как обязать транснациональные предприятия непосредственно с помощью международного права соблюдать права человека.

(RE-)ETATISIERUNGS- UND (RE-) KOMMUNALISIERUNGSTENDENZEN IN DEUTSCHLAND

Hartmut Bauer, Potsdam*

Inhalt:

I. Von der Privatisierung zu (Re-)Kommunalisierung und (Re-)Etatisierung
II. Fallstudien und rechtstatsächliche Befunde
1. Fallstudien auf Kommunal- und Landesebene
a) Potsdamer Privatisierungs- und Rekommunalisierungsszenarien
b) Weitere bundesweit beachtete Privatisierungs-Schieflagen mit Reetatisierungs- und Rekommunalisierungsimpulsen
c) Ergänzende rechtstatsächliche Stichproben
2. Fallstudien und Befunde auf Bundesebene
3. Insbesondere: Cross-Border
4. Europäische Dimensionen
5. Globale Entwicklungstendenzen
6. Relativierungen
a) Komplexe Hybridstrukturen
b) Unsichere Verbreitung
c) Ungewisse Erfolgsaussichten
III. Rekommunalisierungsmotive
IV. Rechtsregime und rechtsdogmatische Perspektiven
1. Zum Rechtsregime
2. Zu rechtsdogmatischen Perspektiven
V. Ausblick
VI. Gesamtzusammenfassung

* Für die hilfreiche Unterstützung bei den Recherchen und der Vorbereitung des Beitrags danke ich meinen Mitarbeitern *Lydia Hajasch* und *Friedrich Markmann*. Der Beitrag beruht auf mehreren früheren Publikationen und Vorträgen, die teilweise bereits andernorts veröffentlicht sind.

I. Von der Privatisierung zu (Re-)Kommunalisierung und (Re-) Etatisierung

Noch vor einigen Jahren waren (Re-)Kommunalisierung und (Re-) Etatisierung in Deutschland keine zentralen Themen der Verfassungs- und Verwaltungsrechtslehre. Stattdessen beherrschten allgegenwärtige Privatisierungsbestrebungen die wissenschaftlichen Debatten. Dementsprechend kamen einschlägige Recherchen zu dem Ergebnis, dass „Abhandlungen und Beiträge zur Privatisierung kommunaler Aufgaben ganze Bibliotheken füllen, […] das Stichwort „Kommunalisierung" bzw. „Rekommunalisierung" [aber] praktisch in keinem Sachregister"[1] anzutreffen ist.

Diese Feststellung war damals sicher in gewissem Umfang berechtigt.[2] Inzwischen haben (Re-)Kommunalisierung und (Re-)Etatisierung aber zunehmend Eingang in die wissenschaftliche Literatur[3] gefunden. Mit dieser thematischen Öffnung reagiert die Rechtslehre auf eine sich verändernde Rechtswirklichkeit, in der sich eine „wachsende Tendenz zu einer ordnungspolitischen Neuorientierung abzuzeichnen"[4] scheint. In der Rechtspraxis verdichten sich nämlich die Hinweise auf einen „Paradigmenwechsel" oder doch wenigstens auf einen Stimmungsumschwung[5] weg von der Privatisie-

---

[1] *Brüning*, VerwArch 100 (2009), 453 (455).

[2] Differenziertere Analysen von Privatisierungsvorgängen haben freilich schon frühzeitig darauf hingewiesen, dass der Privatisierungstrend über kurz oder lang auch wieder in eine Rekommunalisierung umschlagen kann; siehe nur *Bauer*, VerwArch 90 (1999), 561 (580).

[3] Vgl. aus der (verwaltungswissenschaftlichen) Lehrbuchliteratur etwa *Kuhlmann/Wollmann*, Verwaltung und Verwaltungsreformen in Europa, 2013; aus Fachzeitschriften *Budäus/Hilgers*, DÖV 2013, 701 ff.; *Burgi*, NdsVBl. 2012, 225 ff.; *Guckelberger*, VerwArch 104 (2013), 161 ff.; *Leisner-Egensperger*, NVwZ 2013, 1110 ff.; *Libbe/Hanke*, der gemeindehaushalt 2011, 108 ff.; *Röber*, Verwaltung & Management 2009, 227 ff.

[4] *Budäus/Hilgers*, DÖV 2013, 701 (701).

[5] Vgl. an dieser Stelle nur *Landsberg*, KommP spezial 2/2008, 85 ff.; *Röber*, Verwaltung & Management 2009, 227 ff.; *Brosius-Gersdorf*, Rekommunalisierung — die Renaissance der kommunalen Wirtschaftstätigkeit, im Erscheinen, I. („Paradigmenwechsel: Von der Privatisierung zur Rekommunalisierung"); *Bauer,* Von der Privatisierung zur Rekommunalisierung, in: Bauer/Büchner/Hajasch (Hrsg.), Rekommunalisierung öffentlicher Daseinsvorsorge, 2012, S. 11 ff.

rung und hin zu (Re-)Kommunalisierung[6] sowie (Re-)Etatisierung. Manche sehen das „Thema Rekommunalisierung […] gegenwärtig ganz oben auf der kommunalen Agenda“[7]. Es ist viel von (Re-)Etatisierung und (Re-)Kommunalisierung die Rede[8], mitunter sogar von einem „Mode-“[9] und „Zukunftstrend“[10] zur Rekommunalisierung[11]. „Insgesamt scheint […] das Vertrauen in die Marktkräfte zu schwinden und nach einer Privatisierungseuphorie ist […] ein Bedürfnis nach einer Renaissance klassischer Staatlichkeit zu spüren“[12]. Oder anders: Mit der „Krise der Privatisierung“ verbindet sich die Hoffnung auf eine „Rückkehr des Öffentlichen“, und zwar mit be-

[6] Zur Klarstellung ist darauf hinzuweisen, dass es sich in dem hier interessierenden Kontext bei dem als „Rekommunalisierung“ bezeichneten Zugriff einer Kommune auf eine Aufgabe oder deren Wahrnehmung nicht notwendig um die Umkehrung einer vorangegangenen bzw. früheren (Privatisierungs-)Entscheidung handeln muss, sondern auch um den erstmaligen Zugriff handeln kann. Streng genommen müsste bei solchen erstmaligen Zugriffen an sich von einer „Kommunalisierung“ und bei dem Gesamtbefund von „(Re-)Kommunalisierung“ gesprochen werden (*Brüning*, VerwArch 100 [2009], 453 [454]). Zur Vermeidung von Missverständnissen mit der ebenfalls als „Kommunalisierung“ bezeichneten Überführung von bislang staatlichen Aufgaben an kommunale Selbstverwaltungskörperschaften und vergleichbaren Vorgängen (dazu etwa *Kremer*, VerwArch 102 [2011], 242 [245 ff.]) und wegen der unhandlichen Formulierung „(Re-)Kommunalisierung“, wird davon in diesem Beitrag abgesehen, zumal es in der Sache ganz überwiegend um Rekommunalisierungen im Sinne der erwähnten Umkehrung gehen dürfte.

[7] *Libbe/Hanke*, der gemeindehaushalt 2011, 108 (108); instruktiver Praxisbericht bei *Schäfer*, Rekommunalisierung: Modetrend oder neues Politikphänomen?, Öffentliche Finanzen, Sonderbeilage zur F.A.Z. vom 19.6.2008, S. 3.

[8] Vgl. an dieser Stelle nur etwa *Collin,* JZ 2011, 274 ff., und *Brüning,* VerwArch 100 (2009), 453 ff.

[9] *Schäfer*, Rekommunalisierung: Modetrend oder neues Politikphänomen?, Öffentliche Finanzen, Sonderbeilage zur F.A.Z. vom 19.6.2008, S. 3.

[10] *Bauer*, Verwaltungskooperation, in: Bauer/Büchner/Brosius-Gersdorf (Hrsg.), Verwaltungskooperation, 2008, S. 9 (22 f.).

[11] Siehe zum Stimmungsumschwung vorerst nur *Libbe/Hanke*, der gemeindehaushalt 2011, 108 (108): „In jüngster Zeit verläuft der Trend — zumindest im Bereich der technischen Infrastrukturen — wieder einmal in die entgegen gesetzte Richtung. Die Privatisierungseuphorie ist verflogen, das „Privatisierungs-Pendel zittert“.“

[12] *Stober*, NJW 2008, 2301 (2301).

trächtlicher politischer Tiefenwirkung[13], die bisweilen fast schon Züge einer kulturellen Zeitenwende annimmt.

Alles in allem wachsen Rekommunalisierung und Reetatisierung demnach erkennbar zu einem großen Zukunftsthema heran, das eine eingehendere Beschäftigung lohnt. Dabei können in unserer Sitzung der Dritten Woche des Deutschen Rechts in Moskau nur eher holzschnittartig einige Schlaglichter auf ausgewählte Rekommunalisierungs- und Reetatisierungsaspekte geworfen werden, nämlich in guter alter verwaltungswissenschaftlicher Tradition auf rechtstatsächliche Entwicklungen (II) und verwaltungspolitische Rekommunalisierungsmotive (III), die das Feld aufbereiten für abrundende Bemerkungen zu Rechtsregime und rechtsdogmatischen Perspektiven (IV).

II. Fallstudien und rechtstatsächliche Befunde

1. Fallstudien und Befunde auf Kommunal- und Landesebene

a) Potsdamer Privatisierungs- und Rekommunalisierungsszenarien

Wer *aus* Potsdam kommt und *über* Rekommunalisierung referiert, der muss zuallererst *über* Potsdam sprechen. Die brandenburgische Landeshauptstadt Potsdam ist nämlich eine Kommune, die bereits frühzeitig den zunächst eingeschlagenen Pfad der Privatisierung verlassen und den gleichsam „umgekehrten" Weg in die Rekommunalisierung eingeschlagen hat.[14] Sie dürfte zugleich ein besonders anschauliches Beispiel für die Trendwende weg von der Privatisierung und hin zur Rekommunalisierung sein. Im Einzelnen:

Wie viele andere Kommunen hatte sich Potsdam in den 1990er Jahren für eine Privatisierung der Wasserversorgung und Abwasserentsorgung interessiert. 1998 kam es zum Abschluss einer Public Private Partnership mit

[13] Vgl. nur den Beitrag der für die Rosa Luxemburg Stiftung tätigen Autoren *Candeias/Rilling/Weise*, WSI Mitteilungen 10/2008, 563 ff.

[14] Der „Fall Potsdam" ist ein vielzitiertes Beispiel in den Privatisierungs-Rekommunalisierungs-Debatten und auch aus diesem Grund besonders hervorzuheben. Siehe zum „Fall Potsdam" und zum Folgenden eingehender *Paffhausen*, Gestaltung von Public Private Partnerships — Motive, Erfolgsfaktoren, Risiken für die Kommune, Rekommunalisierung, in: Bauer/Büchner/Brosius-Gersdorf (Fn. 10), S. 95 (insb. 97 ff., 101 ff.); *Hachfeld*, Rekommunalisierung — Lehren aus Potsdam und Grenoble, in: Candeias/Rilling/Weise (Hrsg.), Krise der Privatisierung — Rückkehr des Öffentlichen, 2009, S. 87 (90 ff.).

Eurawasser.[15] Eurawasser war damals ein weltweit agierendes Tochterunternehmen der beiden Großkonzerne Thyssen Krupp und Suez. In Deutschland konzentrierte der global player seine Geschäftspolitik unter anderem darauf, Mitgesellschafter an kommunalen Wasserversorgungs- und Abwasserentsorgungsunternehmen zu werden. Die von der Landeshauptstadt Potsdam mit der Öffentlich Privaten Partnerschaft verfolgten Motive waren ähnlich gelagert bei seinerzeit auch andernorts zu beobachtenden Privatisierungsprozessen[16]: Entlastung des Haushalts, Anlockung privater Investoren, Flexibilisierung der Personalstrukturen, Erschließung privaten know hows und privater Innovationskraft, Gewährleistung sicherer Wasserversorgung und Abwasserentsorgung, Kostenminimierung, Verbesserung der Servicequalität usw.

Grundlage der Kooperation mit Eurawasser waren — mit den Worten eines intimen Sachkenners der Vorgänge — „insgesamt dreizehn sehr kompliziert ineinander greifende und somit fast schon unverständliche Verträge“[17]. Nach diesen Verträgen wurde der Kaufpreis in Höhe von 167 Millionen DM faktisch nicht von Eurawasser eingebracht, sondern über eine Forfai-

[15] Die Stadtverordneten von Potsdam hatten im Dezember 1997 dem Verkauf von 49 % der Wasserbetrieb Potsdam GmbH zu dem vereinbarten Kaupreis von 167 Millionen DM (cirka 85 Millionen Euro) zugestimmt; bis dahin befand sich die Wasserbetrieb Potsdam GmbH zu 100 % in den Händen der Landeshauptstadt. Bis zum endgültigen Vertragsabschluss vergingen noch einige Monate, die für Ausarbeitung der Verträge benötigt wurden. Der vereinbarte Kaufpreis wurde damals nicht von Eurawasser aufgebracht, sondern über eine so genannte Forfaitierung durch die Wasserbetrieb Potsdam GmbH finanziert und so von einer Bank eingebracht. Bei der Forfaitierung handelt es sich um ein dem Kredit ähnliches Finanzierungsgeschäft. Im „Fall Potsdam“ erhielt die Bank als Gegenleistung für den Kredit einen Anspruch auf Einnahmen aus den Wassergebühren über eine Laufzeit von mehr als zwanzig Jahren im Wert von ca. 400 Millionen DM (cirka 205 Millionen Euro). Siehe dazu *Paffhausen* (Fn. 14), S. 98 f., und *Hachfeld* (Fn. 14), S. 90 f.

[16] Vgl. allgemein zu den frühzeitig herausgearbeiteten Privatisierungsmotiven etwa *Schoch*, DVBl. 1994, 962 (965 ff.); *Bauer*, VVDStRL 54 (1995), 243 (256 ff.); aus jüngerer Zeit etwa *Burgi*, Privatisierung öffentlicher Aufgaben — Gestaltungsmöglichkeiten, Grenzen, Regelungsbedarf, Gutachten D für den 67. Deutschen Juristentag, 2008, S. D 24 ff.; *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht II, 7. Aufl. 2010, § 89 Rn. 30 ff.

[17] *Paffhausen* (Fn. 14), S. 98 f. (*Peter Paffhausen* war bis 2011 Geschäftsführer der Stadtwerke Potsdam GmbH); ähnliche Bewertung der Privatisierungsverträge bei *Hachfeld* (Fn. 14), S. 90 f.: in den Einzelheiten komplizierte Vertragskonstruktion aus dreizehn Einzelverträgen.

tierung durch eine Bank, die im Gegenzug über eine Laufzeit von zwanzig Jahren einen Anspruch auf Einnahmen aus den Wassergebühren im Wert von cirka 400 Millionen Mark erhielt.[18] Die Kooperationsverträge sollten auch die Einflussnahme der Stadt Potsdam auf die ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung absichern, und zwar namentlich durch die in den Händen der Landeshauptstadt Potsdam liegende Mehrheit der Gesellschaftsanteile mit entsprechenden Kontroll-, Weisungs-, Stimm- und Rückholrechten.

Die Public Private Partnership geriet allerdings schon bald in eine Schieflage, die bereits im Jahr 2000 zur Rekommunalisierung führte. Ein wichtiger Grund für die Beendigung der Partnerschaft war die Entwicklung der Wasserpreise. Auf der Grundlage einer kooperationsvertraglich vereinbarten Preisgleitklausel kam es nämlich zu wiederholten Gebührenerhöhungen von anfangs 6,85 DM/m³ auf 7,86 DM/m³ im Jahr 1998, von 7,86 DM/m³ auf 8,80 DM/m³ im Jahr 1999 und einer für das Jahr 2000 geplanten weiteren Erhöhung von 8,80 DM/m³ auf 10,18 DM/m³; für das Jahr 2017 wiesen die von Eurawasser vorgelegten Unterlagen eine Gesamtgebühr für Trink- und Abwasser von 16,40 DM/m³ aus.[19] Prozentual entspricht dies einem Anstieg der Verbraucherpreise innerhalb von nur wenigen Jahren um fast 50 %, und auf längere Sicht war ein Anstieg von fast 140 % zu erwarten. Außerdem kam es zu politischen Kontroversen wegen einer von Eurawasser mit dem Betriebsrat abgeschlossenen Vereinbarung über die „sozialverträgliche Beendigung von Arbeitsverhältnissen“, die zu einem Personalabbau führte. Und schließlich konnte die Landeshauptstadt Potsdam trotz der bei ihr verbliebenen Mehrheit der Geschäftsanteile und vertraglich vorbehaltener Ingerenzrechte in der Praxis keinen bestimmenden Einfluss auf das Unternehmen ausüben. Dementsprechend gelangte ein von der Stadt Potsdam in Auftrag gegebenes Gutachten zu dem Ergebnis, dass die Vertragskonstruktion zu ihren Lasten ging. Die Landeshauptstadt setzte deshalb einen Rückkauf durch, der jedoch auf den Widerstand des privaten Vertragspartners stieß und Regressforderungen auslöste. Der Streit mündete in einen Vergleich, der Eurawasser in einer geschätzten Höhe

[18] Fn. 15.

[19] Zu den Zahlen siehe *Paffhausen* (Fn. 14), S. 101 f.; vgl. auch *Hachfeld* (Fn. 14), S. 92.

von bis zu 25 Millionen DM (cirka 12,8 Millionen Euro) eine finanzielle Entschädigung zusprach.

Damit war die Potsdamer Public Private Partnership bereits nach rund zwei Jahren gescheitert. An ihrem Ende stand die Rekommunalisierung der Wasserversorgung und Abwasserentsorgung unter dem Dach der im hundertprozentigen Anteilseigentum der Landeshauptstadt stehenden Stadtwerke Potsdam GmbH, die unlängst mit einem rauschenden Fest ihr zehnjähriges Bestehen feierte. Weniger berauschend ist der Ausflug in die Privatisierung für die Potsdamer Bevölkerung geblieben. Denn die Potsdamer Bevölkerung spürt nach wie vor dessen negative Folgen. Die fortlaufenden Verpflichtungen aus der teuren Kreditaufnahme nach dem Forfaitierungsmodell sind nämlich über die Gebühren von den Wassernutzern zu tragen, was dazu geführt hat, dass die Preise auch nach der Rekommunalisierung weiter gestiegen sind und sich im bundesweiten Vergleich auf höchstem Niveau[20] bewegen.

b) Weitere bundesweit beachtete Privatisierungs-Schieflagen mit Reetatisierungs- und Rekommunalisierungsimpulsen

Die Fallstudie zu Potsdam betrifft keinen isolierten Einzelfall. Missglückte Reetatisierungs- bzw. Rekommunalisierungsforderungen auslösende Privatisierungsvorgänge finden sich auch anderswo. So stößt man in unmittelbarer Nachbarschaft von Potsdam auf die Ende der 1990er Jahre durchgeführte Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe[21]. Die Berliner Wasserbetriebe waren eine rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts, der die Aufgaben der Wasserversorgung der Stadt Berlin und der Abwasserentsorgung über-

[20] Ein im Jahre 2008 vom *Institut der deutschen Wirtschaft Köln Consult GmbH*, durchgeführter Abwassergebührenvergleich der 100 größten deutschen Städte ergab, dass die Potsdamer Abwassergebühren bis zu 350 % teurer als in anderen Städten sind und bescherte Potsdam den letzten Platz, vgl. INSM Abwassermonitor 2008, Abwassergebühren im Vergleich — Die 100 größten deutschen Städte, 18.08.2008, S. 6, 13.

[21] Die mit der Teilprivatisierung eingeleitete Umstrukturierung der Wasserwirtschaft in Berlin war wiederholt Anlass für Streitigkeiten vor dem Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin (VerfGH, NVwZ 2000, 794 ff.; ferner Beschluss vom 21.10.1999, VerfGH 71/99; Urteil vom 6.10.2009, VerfGH 63/08; Urteil vom 14.7.2010, VerfGH 57/08; zitiert nach juris) und ist bis heute Gegenstand öffentlichkeitswirksamer Kontroversen geblieben; zu Stellungnahmen aus der Literatur siehe *Wolfers*, NVwZ 2000, 765 ff.; *Hecker*, VerwArch 92 (2001), 261 ff.; *Schmehl*, JuS 2001, 233 ff.

tragen waren. Bei der Teilprivatisierung wurde diese Anstalt auf gesetzlicher Grund la g mittels eines komplizierten Geflechts privatrechtlicher Verträge im Rahmen eines Holding-Modells so in einen privatrechtlichen Konzern eingebunden, dass sich die Holding Aktiengesellschaft mit bis zu 49,9 % am Unternehmen der Anstalt beteiligt, während die restlichen 50,1 % beim Land verbleiben. Der „Modellfall Berliner Wasserbetriebe“[22] war wiederholt Gegenstand gerichtlicher Auseinandersetzungen, die neben anderem das schwer durchschaubare Vertragsgeflecht betrafen.

Die Gerichtsentscheidungen haben zusammen mit rechtstatsächlichen Fehlentwicklungen und vor allem einem Anfang 2011 durchgeführten Volksentscheid über die Offenlegung der Verträge dazu beigetragen, dass auch in Berlin laut über eine Reetatisierung nachgedacht wurde.[23] Im Anschluss daran haben der Berliner Senat und das Berliner Abgeordnetenhaus schließlich im November 2013 dem kompletten Rückkauf der Berliner Wasserbetriebe für 1,2 Milliarden Euro zugestimmt und damit nach Aussage eines Energie-Experten ein „misslungenes Kapitel der öffentlich-privaten Partnerschaft beendet“.[24]

Die bundesweit beachteten Privatisierungs-Schieflagen betreffen nicht nur die erwähnten Organisations- und Aufgabenteilprivatisierungen, sondern auch Vermögensprivatisierungen, die aus empirischer Sicht keineswegs durchgängig so „unproblema tisch“[25] sind, wie dies vordergründig scheinen mag. Denn auch in diesem Privatisierungssegment finden sich in der Verwaltungspraxis Konstellationen, in denen die öffentliche Hand mit der

---

[22] *Wolfers*, NVwZ 2000, 765 (765).

[23] *Rudek*, Der Preis der Rekommunalisierung oder: Wie eine kostengünstige Rekommunalisierung gelingen kann, Diskussionspapier vom 5.3.2011, im Internet abrufbar unter http://berliner-wasserbuerger.de/wp-content/uploads/2011/06/Konzept.pdf; *Zawatka-Gerlach*, Berlin kann Wasserbetriebe nicht verstaatlichen, Der Tagesspiegel vom 7.1.2010, im Internet abrufbar unter http://www.tagesspiegel.de/wirtschaft/berlin-kann-wasserbetriebe-nicht-verstaatlichen/1659132.html; *Hachfeld*, Die Berliner Wasserbetriebe rekommunalisieren — aber wie?, 2008, im Internet abrufbar unter http://www.davidhachfeld.de/texte/DHachfeld-RekommunalisierungBWB.pdf.

[24] *Anker*, Abgeordnetenhaus stimmt Rückkauf der Berliner Wasserbetriebe zu, Berliner Morgenpost vom 08.11.2013, im Internet abrufbar unter http://www.morgenpost.de/berlin-aktuell/article121668882/Abgeordnetenhaus-stimmt-Rueckkauf-der-Wasserbetriebe-zu.html.

[25] *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 23 Rn. 64.

Vermögensübertragung weit über die Erzielung eines Veräußerungserlöses hinaus die Sicherstellung beispielsweise sozialer Ziele verknüpft.

Ein ebenso anschauliches wie politisch brisantes Beispiel ist die „Dresdner Sozialcharta", mit der die sächsische Landeshauptstadt Dresden vor geraumer Zeit die Sozialverträglichkeit der Privatisierung ihres kommunalen Wohnungsbestandes absichern wollte:[26]

Die Stadt Dresden hatte 2006 ihre Anteile an der WOBA Dresden GmbH an eine amerikanische Investmentgesellschaft verkauft. Der seinerzeit deutschlandweit für Schlagzeilen sorgende Verkauf spülte rund 982 Millionen Euro in die städtischen Kassen, von denen Dresden einen Großteil zur Tilgung der Schulden des kommunalen Hauhalts einsetzte. Die Stadt wurde damit gleichsam „auf einen Schlag" schuldenfrei. Den Schutz der Mieter der bis dahin städtischen Wohnungen sollte eine in das Vertragswerk mit dem Privatinvestor aufgenommene schuldrechtliche „Sozialcharta" gewährleisten.[27] Diese „Sozialcharta" hat allerdings die in sie

[26] Näheres dazu sowie der Stadtratsbeschluss vom 22.9.2005 zum Verkauf der WOBA Dresden GmbH nebst Sozialcharta ist auf der Internetseite der Stadt Dresden, abrufbar unter http://www.dresden.de/de/02/110/02/verwaltungsgeschichte/08_woba_verkauf.php und http://www.dresden.de/media/pdf/infoblaetter/Beschluss_SR_220905_WOBA.pdf, zu finden; siehe auch http://de.wikipedia.org/wiki/Woba_Dresden. Siehe zur Kritik und zum „Placebo-Charakter" der Sozialcharta *Kofner,* WM 2010, 20 (23 ff.).

[27] Die Sozialcharta enthält neben anderem Regelungen zu sozialen (Punkt 2), städtebaulichen (Punkt 4) und wirtschaftlichen Zielen (Punkt 5) sowie zum Arbeitnehmerschutz (Punkt 3). An erster Stelle steht allerdings der Mieterschutz (Punkt 1). So sollen unter anderem die in den bisherigen Mietverträgen zugunsten der Mieter vorgesehenen Regelungen „strikt" eingehalten und nicht unterlaufen werden; außerdem sollen einzelvertraglich für über 60jährige Mieter ein lebenslanges Wohnrecht gesichert und Luxussanierungen ausgeschlossen werden. Für Mieterhöhungen in einem Zeitraum von fünf, möglicherweise bis zu zehn Jahren, bestehen Beschränkungen und einzelvertraglich soll ein 10-jähriger Schutz der Mieter vor Eigenbedarfskündigungen und Kündigungen wegen unangemessener wirtschaftlicher Verwertung abgesichert werden. Des Weiteren sieht die Sozialcharta einen Vorrang der so genannten Mieterprivatisierungen vor Verkäufen an Nichtmieter (Punkt 1.5) vor. Danach ist den Mietern für die zum Verkauf stehende Wohnung zunächst ein um 15 % unter dem Marktpreis liegendes Angebot zu unterbreiten. Bei einem Weiterverkauf von Anteilen oder Wohnungsbeständen an Dritte, ist die WOBA GmbH verpflichtet, mit dem neuen Erwerber die Einhaltung der Bedingungen der Sozialcharta vertraglich abzusichern (Punkt 6.2); siehe auch *Landeshauptstadt Dresden,* Präsentation zum Thema Woba-

gesetzten Erwartungen offenbar nicht erfüllt, was nicht zuletzt auf Unklarheiten über die dazu in den Privatisierungsvertrag aufgenommenen Vertragsklauseln zurückzuführen sein soll und im Frühjahr 2011 zu einer milliardenschweren Klage gegen den Privatinvestor geführt hatte.[28]

Im Zuge der Kontroversen haben die Landeshauptstadt Dresden und der Investor 2012 eine einvernehmliche Beilegung des streitigen Verfahrens vereinbart und einen Vergleichsvertrag geschlossen, der zugleich auch verschiedene Änderungen der „Sozialcharta" vorsieht — so eine Verlängerung der Geltung der Mieterschutzvorschriften bis 2021, eine Erhöhung der jährlichen Mindestinstandhaltungsinvestitionen durch die WOBA und eine Anhebung der Belegungsrechte der Landeshauptstadt Dresden um 2.000 Wohneinheiten. Gleichwohl ist absehbar, dass auch künftig Streitigkeiten auf dem Rücken der Mieter ausgetragen werden, die Mieter sich allein

---

Verkauf vom 18.8.2005, im Internet abrufbar unter http://www.dresden.de/media/pdf/haushalt/praesentation_zum_woba_verkauf.pdf; Übersicht über die vertragliche Umsetzung der Regelungen, Vertragsstrafen und andere rechtliche Sicherungen bei *Lunau*, Dresdner Blätt`l 4/2006, im Internet abrufbar unter http://www.dresdnerblaettl.de/2006/04/0701.htm; zum „Placebo-Charakter" *Kofner*, WM 2010, 20 (23 ff.).

[28] Presseberichten zufolge betrafen die Unklarheiten insbesondere das Mietervorkaufsrecht zum Vorzugspreis, das nach den Privatisierungsverträgen auch an mögliche spätere Käufer inklusive der vereinbarten Strafen weiterzugeben war. Wegen (angeblicher) Nichteinhaltung dieser schuldrechtlichen Vereinbarung hatte Dresden Klage gegen die WOBA Südost GmbH und WOBA Nordwest GmbH sowie Schiedsklage gegen die WOBA Holding GmbH erhoben und die „Heuschrecke" auf Zahlung einer Vertragsstrafe in Höhe von über einer Milliarde Euro verklagt. So sollen Wohnungen verkauft worden sein, ohne sie den Mietern zuvor angeboten zu haben und die aus der Sozialcharta folgenden Verpflichtungen bei Weiterveräußerungen an Dritte nicht weitergegeben worden sein; siehe dazu *Kofner*, WuM 2011, 205 ff.; *Redemund,* Gagfah will Milliarden-Klage der Stadt vermeiden — vor Gericht droht „fürchterliches Blutbad", DNN-Online vom 17.3.2011, im Internet abrufbar unter http://www.dnn-online.de/dresden/web/dresden-nachrichten/detail/-/specific/Fristverlaengerung-Gagfah-will-Milliarden-Klage-der-Stadt-vermeiden-1262480155; Sozialcharta-Klage gegen Gagfah, n-tv online vom 1.4.2011, im Internet abrufbar unter http://www.n-tv.de/wirtschaft/Dresden-fordert-1-Milliarde-Euro-article2997076.html; *Schilder,* Häuserkampf in Dresden, F.A.Z. vom 24.3.2011, im Internet abrufbar unter http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/unternehmen/48-000-verkaufte-wohnungen-haeuserkampf-in-dresden-1612925.html; *Heeg,* Der Dresdner Wohnungsstreit eskaliert, F.A.Z. vom 13.6.2011, im Internet abrufbar unter http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/unternehmen/immobilienunternehmen-gagfah-der-dresdner-wohnungsstreit-eskaliert-13102.html.

gelassen fühlen[29] und sich so mancher den kommunalen Wohnungsbau zurück wünscht.

c) Ergänzende rechtstatsächliche Stichproben

Obschon alle bisher erwähnten Vorgänge im Osten der Republik spielen, handelt es sich bei Reetatisierung und Rekommunalisierung um keine spezifisch ostdeutschen Phänomene. Denn nach Angaben des Verbandes Kommunaler Unternehmen haben sich seit 2007 mehr als 60 Stadtwerke neu gegründet, von denen eine ganze Reihe in Westdeutschland liegen.[30] So gründete Hamburg 2009 das zu 100 % städtische Unternehmen „Hamburg Energie", das Strom aus erneuerbaren Energien produziert[31]. In Nordrhein-Westfalen haben sich beispielsweise acht Gemeinden des Kreises Coesfeld, die Stadtwerke Coesfeld und die Stadtwerke Münster 2011 zu den Gemeinsamen Stadtwerken Münsterland zusammengeschlossen und die Energieversorgung übernommen.[32] Schon 2003 haben die Städte Bochum und Dortmund zusammen den Konzern „Gelsen Wasser" zurück gekauft und die Wasserversorgung wieder übernommen.[33] Die Stadt Kiel hat im Januar 2009 beschlossen, wieder 100 % an den im Jahr 2003 privatisierten Verkehrsbetrieben zu übernehmen.[34] Und in einer ganzen Reihe von Städ-

---

[29] http://www.mdr.de/umschau/miete118.html.

[30] Verband kommunaler Unternehmen (Hrsg.), Konzessionsverträge — Handlungsoptionen für Kommunen und Stadtwerke, September 2012, S. 7, im Internet abrufbar unter http://www.vku.de/energie/unternehmensstrategien/rekommunalisierung-sdz-iv/konzessionsvertraege00 .html.

[31] Vgl. http://de.wikipedia.org/wiki/Rekommunalisierung#cite_note-18.

[32] Dazu *Tesche/Otto*, Kommunale Unternehmen im Spannungsfeld von Rekommunalisierung und strategischer Partnerschaft, Power-Point-Präsentation vom 29.9.2011, im Internet abrufbar unter http://www.derneuekaemmerer.de/veranstaltungen/pdf/dkt2011/Kommunale-Unternehmen-im-Spannungsfeld.pdf.

[33] Vgl. http://de.wikipedia.org/wiki/Gelsenwasser; *Hoffmann*, Die Renaissance des Staates, Der Tagesspiegel vom 5.5.2009, im Internet abrufbar unter http://www.tagesspiegel.de/wirtschaft/die-renaissance-des-staates/1504000.html; *Venn*, Rekommunalisierung als Stabilisator für die Wirtschaft, City Innovations Review, Mai 2009; im Internet abrufbar unter http://www.cireview.de/leitlinien/rekommunalisierung-als-stabilisator-fur-die-wirtschaft/.

[34] Zu weiteren Beispielen vgl. *Röber*, Verwaltung & Management 2009, 227 (231) mit Hinweisen auf Saarbrücken, den Rhein-Sieg-Kreis, Stadt Bergkamen und Nümbrecht.

ten — wie Dresden, Freiburg, Heidelberg, Leipzig und Rostock — haben massive Bürgerproteste, Bürgerbegehren und Bürgerentscheide Privatisierungsmaßnahmen verhindert,[35] dadurch für kontinuierliche kommunale Aufgabenerledigung gesorgt und so bereits im Ansatz vorauseilend spätere Rekommunalisierungen entbehrlich gemacht. Auch dies unterstützt den Reetatisierungs- und Rekommunalisierungstrend.

Zusätzlichen Auftrieb erhält dieser Trend durch die Vielzahl auslaufender Kooperations- und Konzessionsverträge. Viele der in den 90er Jahren begründeten Public Private Partnerships haben nämlich Laufzeiten von 20 bis 30 Jahren und stehen deshalb aktuell oder jedenfalls in absehbarer Zeit zur Verlängerung an. Nach Informationen des Verbandes kommunaler Unternehmen laufen die Mehrzahl der Strom- und Gasnetzkonzessionsverträge bis 2015/2016, also insgesamt über 2000 Konzessionsverträge[36], aus. In all diesen Fällen stehen die Kommunen vor der Grundsatzentscheidung, ob sie die Leistungserbringung durch Dritte fortführen oder wieder in eigener Regie übernehmen wollen. Dies legt zumindest eine intensive Beschäftigung mit Rekommunalisierungsoptionen nahe.

2. Fallstudien und Befunde auf Bundesebene

Auf der Bundesebene ist bislang zwar noch kein vergleichbar intensiver Trend zur „Re-Verstaatlichung“ zu beobachten.[37] Doch ist der

[35] Vgl. *Candeias/Rilling/Weise*, WSI Mitteilungen 10/2008, 563 ff.; *Scholle*, Der Trend zur Rekommunalisierung — Chance oder Risiko?, in: Gernert/Konegen/Meyers (Hrsg.), FS Robert, 2010, S. 95 ff.; *Hachfeld* (Fn. 14), S. 87 ff.; ferner *Röber*, Verwaltung & Management 2009, 227 (231).

[36] Verband kommunaler Unternehmen (Hrsg.), Konzessionsverträge — Handlungsoptionen für Kommunen und Stadtwerke, September 2012, S. 7, S. 13, im Internet abrufbar unter http://www.vku.de/energie/unternehmensstrategien/rekommunalisierung-sdz-iv/konzessionsvertraege00.html.

[37] So die Einschätzung von *Budäus/Hilgers*, DÖV 2013, 701 (701), mit Blick auf die privatisierten großen Bundesunternehmen (Lufthansa AG, Deutsche Post AG, Deutsche Telekom AG und Deutsche Bahn AG). Nicht nur am Rande erwähnenswert ist freilich, dass bei dem Großprojekt „Deutsche Bahn“ die Privatisierung schon vor geraumer Zeit ins Stocken geraten ist (dazu etwa *Stamm*, Eisenbahnverfassung und Bahnprivatisierung, 2010, S. 234); darin mag durchaus ein trendverstärkender oder jedenfalls trendbestätigender Impuls in Richtung Etatisierung gesehen werden.

Rückzug aus der Privatisierung kein auf die kommunale Ebene und die Landesebene beschränktes Phänomen. Denn auch beim Bund brachten eingeleitete Privatisierungsmaßnahmen nicht immer den erwünschten Erfolg.[38] Hier wie andernorts entwickelte sich Public Private Partnership zum „Zauberwort", als sich der Staat zunehmend mit Finanzierungsfragen auseinandersetzen musste. Dementsprechend wurden unter anderem Autobahnen, Tunnel und Gefängnisse durch privates Geld finanziert. Anschauliche Beispiele liefert auch die Bundeswehr.[39] Die Bundeswehr lagerte nämlich zahlreiche Dienstleistungsbereiche aus, darunter die Bekleidungsbeschaffung, die zivile IT und die Verwaltung der nicht gepanzerten Fahrzeuge der Truppe durch den „Bw Fuhrpark Service". Indes erfüllten die dabei eingegangenen Öffentlich Privaten Partnerschaften nicht die in sie gesetzten Hoffnungen. Vielmehr wurden diese Projekte oftmals viel teurer, als wenn sie von vornherein staatlich finanziert worden wären. Demgemäß rügte der Bundesrechnungshof 2011 im Bereich des Fuhrpark Services Effizienzlücken in Milliardenhöhe. Inzwischen dreht die „Truppe" ihre Privatisierung denn auch zurück und übernimmt vieles wieder in eigene Obhut.[40]

3. Insbesondere: Cross-Border

Der Rekommunalisierungstrend ist nicht nur im nationalen Bereich anzutreffen, sondern auch im grenzüberschreitenden Privatisierungsgeschäft

[38] Vgl. *Hegmann/Steinmann*, Truppe dreht Privatisierung zurück, Financial Times Deutschland vom 15.08.2012, S. 1; ferner speziell zur Bahn oben Fn. 37.

[39] Vgl. dazu und zum Folgenden *Hegmann/Steinmann*, Truppe dreht Privatisierung zurück, Financial Times Deutschland vom 15.08.2012, S. 1.

[40] Die Gründe hierfür sind indes komplexer und beschränken sich nicht ausschließlich auf negative Erfahrungen mit Privatisierungsmaßnahmen. Als wichtigstes Beispiel sei hier das mit der Instandhaltung der Fahrzeugflotte des Heeres betraute Gemeinschaftsunternehmen von Bund und drei deutschen Rüstungsfirmen (HIL) erwähnt. Obschon diese Kooperation funktionierte, trat der Bund auch hier den Rückzug an. Hintergrund hierfür war eine EU-Richtlinie, wonach Rüstungsaufträge künftig europaweit auszuschreiben sind. Folge davon wäre, dass bei den Ausschreibungen ausländische Unternehmen stärker als bisher zum Zug kommen könnten. Daran hat die Bundeswehr in sensiblen Sicherheitsbereichen aber kein Interesse. Vgl. zum Ganzen näher *Hegmann/Steinmann*, Truppe dreht Privatisierung zurück, Financial Times Deutschland vom 15.08.2012, S. 1.

namentlich bei missglückten Vorgängen des Cross-Border-Leasings.[41] Beim Cross-Border-Leasing geht es im Kern bekanntlich darum, dass eine Kommune Vermögensgegenstände, in Sonderheit Infrastruktureinrichtungen, an einen ausländischen Investor überträgt und anschließend wieder zurück mietet; daraus resultierten nach einem inzwischen geschlossenen Steuerschlupfloch im amerikanischen Recht[42] Steuervorteile, die — mit der hier gebotenen Vereinfachung — Investor und Kommune unter sich aufteilten. Grundlage der Cross-Border-Geschäfte sind komplexe Verträge mit einer Laufzeit von meist 99 Jahren und einem Umfang von 1500 bis 1700 Seiten.[43] In den durchweg in englischer Sprache abgeschlossenen Verträgen vereinbarten die Parteien regelmäßig amerikanisches Vertragsrecht in Verbindung mit einem US-Gerichtsstand. Im Zuge der Finanzmarktkrise haben diese Vertragswerke, deren Inhalte oftmals von den kommunalen Vertragsparteien und Entscheidungsträgern nicht verstanden wurden, zu erheblichen Mehrbelastungen der Kommunen geführt, von denen wiederum teilweise bereits umgesetzte Rekommunalisierungsimpulse ausgehen.[44]

4. Europäische Dimensionen

Mit den Cross-Border-Geschäften ist bereits die Brücke zu ausländischen Entwicklungen geschlagen. Auch dort ist jedenfalls in bestimmten Segmenten wie der Wasserversorgung ein Rekommunalisierungstrend klar erkennbar. So liegt etwa bei einem Blick nach Frankreich im Bereich der Wasserversorgung eine detaillierte Fallstudie insbesondere zu Grenoble vor.[45] Dort wurden die Wasserbetriebe nach Bürgerprotesten wieder in

[41] *Scholle* (Fn. 35), S. 98 f.; vgl. allgemein zur Ausgestaltung und zu den Problemlagen des Cross-Border-Leasings sowie zu den davon erwarteten Vorteilen; *Laudenklos/Pegatzky*, NVwZ 2002, 1299 ff.; *Böhm/Stepputat*, DÖV 2009, 984 ff.; *Kästner*, Privatisierung kommunaler Einrichtungen — eine rechtliche Bestandsaufnahme, in: Baumeister/Roth/Ruthig (Hrsg.), FS Schenke, 2011, S. 863 (895 ff.) m.w.N.

[42] *Weber*, NJW 2009, 2927 (2932 f.), mit Hinweis darauf, dass nach Expertenschätzungen zwischen 1995 bis 2003 in Deutschland rund 150 bis 200 Cross-Border-Leasing-Verträge mit einem Gesamtvolumen von bis zu 100 Milliarden Euro geschlossen wurden.

[43] *Laudenklos/Pegatsky*, NVwZ 2002, 1299 (1303); *Kästner* (Fn. 41), S. 896.

[44] Vgl. *Scholle* (Fn. 35), S. 98 f.; *Kästner* (Fn. 41), S. 897.

[45] *Hachfeld* (Fn. 14), S. 92 ff. m.w.N.

die öffentliche Hand übernommen, nachdem Gerichtsentscheidungen die vorausgegangene „Privatisierung der Wasserversorgung wegen Korruption und Falschinformation für ungültig erklärt hatten".[46] Als Grenoble seine Wasserbetriebe im Jahr 2000 schließlich wieder rekommunalisierte, führte dies zu einer „regelrechten Kettenreaktion"[47], in der sich zahlreiche Kommunen zu Rekommunalisierungen entschlossen, darunter auch die Hauptstadt Paris, die im Jahr 2010 ihre Wasserversorgung wieder in die eigene Verantwortung überführte. Als Gründe hierfür werden unter anderem das Bestreben nach Unabhängigkeit gegenüber den privaten „grands groupes" (wie Veolia und Suez) sowie das Bedürfnis nach einem stärkeren politischen Einfluss auf den Wassersektor in der Region genannt.[48]

Auf gesamteuropäischer Ebene ist im Bereich der Daseinsvorsorge ganz allgemein ein wachsendes Bedürfnis nach mehr staatlicher bzw. öffentlicher Präsenz zu verzeichnen. Ein besonders anschauliches Beispiel sind die aktuellen Entwicklungen im Umfeld der europäischen Bürgerinitiative „right2water"[49]. Diese Initiative hat schon vor der regulären Beendigung der Unterschriftensammlung die Europäische Union veranlasst, jedenfalls den Bereich der Wasserwirtschaft vom Anwendungsbereich der EU-Konzessionsrichtlinie auszunehmen.[50] Mit der hier gebotenen Vereinfachung wendet sich die Initiative „right2water" gegen tatsächliche oder vermeintliche Bestrebungen der Europäischen Union, die Wasserversorgung zwangsweise zu privatisieren. Im vergangenen September hat diese europäische Bürgerinitiative erfolgreich die Hürde des von den Unionsverträgen vorausgesetzten Quorums genommen. Obgleich die daraus zu ziehenden Schlussfolgerungen der Kommission derzeit noch ausstehen, zeigt dieser Erfolg der Initiative schon jetzt konkrete Wirkungen. In den in Deutschland Ende des vergangenen Jahres geführten Koalitionsverhandlungen von SPD und CDU haben sich die

[46] *Hachfeld* (Fn. 14), S. 90.

[47] *Kuhlmann/Wollmann* (Fn. 3), S. 198.

[48] *Kuhlmann/Wollmann* (Fn. 3), S. 198.

[49] Vgl. dazu und zum Folgenden http://www.right2water.eu/de.

[50] Vgl. Erwägungsgrund 14a und Art. 9a des Richtlinienvorschlags vom 12.7.2013, S. 21, 60, abrufbar unter http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/P-R/richtlinie-konzessions-engl,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf.

beiden Parteien nämlich darauf verständigt, dass „Privatisierungen von kommunalen Betrieben wie etwa Wasser- und Stromversorgern verhindert werden“ sollen.[51]

5. Globale Entwicklungstendenzen

Die Befunde zu Deutschland und zu Europa lassen weltweit Rekommunalisierungs- und Reetatisierungstendenzen vermuten. Das ist hier nicht zu vertiefen. Nur abrundend sei aber wenigstens kurz darauf hingewiesen, dass sich bei einer globale Entwicklungstendenzen einbeziehenden Betrachtung die erwähnte Vermutung zumindest bei einem ersten Zugriff zu bestätigen scheint. Als Belege müssen an dieser Stelle stichwortartige Hinweise auf Rekommunalisierungen in Bolivien, auf den Philippinen, in Südafrika, in Tansania, in Trinidad und Tobago und in den Vereinigten Staaten genügen.[52]

6. Relativierungen

Auf den ersten Blick vermitteln die geschilderten Vorgänge den Eindruck eines mittlerweile sehr kräftig fließenden Reetatisierungs- und Rekommunalisierungsstroms. Indes ist dieser Befund aus mehreren Gründen zu relativieren.

a) Komplexe Hybridstrukturen

Zum einen führen bei weitem nicht alle Rekommunalisierungen zu einer exklusiv öffentlichen Aufgabenwahrnehmung durch die Kommunen. Vielmehr dürften im Zuge der Rekommunalisierungen organisatorisch häufig komplexe Hybridstrukturen entstehen, an denen auch Private beteiligt sind oder jedenfalls beteiligt sein können. Ein anschauliches Beispiel liefert der eingangs vorgestellte „Fall Potsdam“, bei dem kein reiner Staats- bzw. Kommunalbetrieb entstanden ist. Stattdessen stand am Ende des Umwandlungsprozesses eine hybride Organisationsstruktur, in deren Beteiligungsstruktur unter dem Dach der im alleinigen Anteilseigentum der Landeshauptstadt stehenden Stadtwerke Potsdam GmbH, also einer

[51] Dazu http://www.gemeingut.org/2013/10/union-und-spd-erkennen-endlich-die-nachteile-von-privatisierung-und-ppp/.

[52] Vgl. *Hachfeld* (Fn. 14), S. 87 ff., mit Hinweisen u.a. auf die Städte Cochabamba, El Alto, Buenos Aires, Daressalam, Nkonkobe, Manila, Atlanta, Felton und Grenoble; vgl. auch *Röber*, Verwaltung & Management 2009, 227 (231).

privatrechtlichen (!) Organisation, auch mehrere Public Private Partnership-Firmen eingebunden sind.[53]

b) Unsichere Verbreitung

Zum anderen liegen über die Verbreitung von Rekommunalisierungen in der Fläche noch keine wirklich abgesicherten Erkenntnisse vor. So hinterlässt anwaltliche Werkstatt berichterstattung zur Rekommunalisierung mitunter noch den Eindruck einer „in der breiten Fläche" noch eher zaghaft praktizierten Modernisierungsstrategie.[54] Auch vermitteln empirische Untersuchungen ein differenzierteres Bild der Rekommunalisierungswirklichkeit, das darauf hindeutet, „dass der Rekommunalisierungsrhetorik nicht unbedingt Taten gefolgt" seien, dass beim Stichwort Rekommunalisierung augenblicklich noch mehr „Talk" als „Action" zu verzeichnen sei.[55]

c) Ungewisse Erfolgsaussichten

Vor allem aber ist nicht von vornherein ausgemacht, ob Rekommunalisierungsmaßnahmen in allen Bereichen auch wirklich das erhoffte „Mehr"

---

[53] Bei genauerer Analyse sind im „Fall Potsdam" im Zuge der Rekommunalisierung eine Stadtwerke-Holding mit vier eigenständigen (gemeinhin als Ergebnis zumindest einer Organisationsprivatisierung eingestuften) Gesellschaften mbH mit und ohne Beteiligung Privater erhalten geblieben bzw. entstanden und in der Beteiligungsstruktur zwei Public Private Partnerships anzutreffen, vgl. *Paffhausen* (Fn. 14), S. 93. Ähnlich verhielt es sich im „Fall Grenoble"; dort war ein wichtiger (erster) Rekommunalisierungsschritt die Gründung einer öffentlich-privaten Gesellschaft, die zu 51 % in öffentlichen und zu 49 % in privatem Eigentum war, vgl. *Hachfeld*, (Fn. 14), S. 93. Auch zu Bergkamen (dazu *Schäfer*, Rekommunalisierung — Fallstricke in der Praxis, in: Bauer/Büchner/Hajasch [Fn. 5], S. 73 ff.) berichtete *Schäfer* in Gesprächen von den in der Auswahlsituation nach wie vor aktuellen Privatisierungsentscheidungen und sogar von einer gänzlich anders ausgerichteten Option, nämlich der Option zur Klerikalisierung. Die Beispiele zeigen, dass es sich vielfach um die Erschließung und den Einsatz von Gestaltungsoptionen bzw. -formen mit zurückgenommenem Einfluss von Privaten handeln dürfte, dass Private in Rekommunalisierungsprozessen aber keineswegs zwingend vollkommen verdrängt werden.

[54] Siehe dazu den Überblick zur Rekommunalisierung eines Stadtfestes, einer kommunalen Wasserversorgung und der Fremdenverkehrsförderung bei *Becker*, Erfahrungen mit der Rekommunalisierung in der Praxis, in: Bauer/Büchner/Hajasch (Fn. 5), S. 49 ff.

[55] Vgl. hierzu *Röber*, Rekommunalisierung lokaler Ver- und Entsorgung, in: Bauer/Büchner/Hajasch (Fn. 5), S. 81 ff.

an Effizienz gegenüber privaten Anbietern erzielen. Exemplarisch für diese Ungewissheit ist insbesondere der Energiebereich:

Aktuell und in der Vergangenheit erleben und erlebten in diesem Segment die Stadtwerke eine große Welle der Sympathie. Verbraucher kritisieren und kritisierten die Anonymität und die schwere Durchschaubarkeit der großen Energieversorger. Es kam und kommt zu Bürgerprotesten, Rekommunalisierungsforderungen und Volksentscheiden über die Rekommunalisierung von Energienetzen. Von einer „Sehnsucht nach Nähe“[56] ist die Rede und vom Wunsch nach bürgerschaftlicher Partizipation. Doch ist dies nur eine Seite.

Auf der anderen Seite steht ein Sondergutachten der Monopolkommission zur Wettbewerbssituation auf den Energiemärkten[57], das sich „lediglich verhalten gegenüber der teilweise vorherrschenden Rekommunalisierungs-Euphorie“ äußert.[58] Die Kommission formuliert klare Vorbehalte gegen die Beteiligung von Kommunen an Energieversorgungsunternehmen und weist insbesondere darauf hin, dass kommunale Stromanbieter tendenziell nicht unter den günstigsten Tarifen im Markt zu finden seien[59]. Auch seien die Preissetzungsspielräume nur begrenzt, weil die Entgelte für den Netzzugang der Regulierung der Bundesnetzagentur unterliegen; außerdem ließen sich umwelt- und ressourcenpolitische Ziele mit dem Rückkauf von Energienetzen nicht realisieren.[60] Sehr ungewiss sei auch, ob kommunale Akteure tatsächlich in der Lage seien, die dominante Stellung der großen Energieversorgungsunternehmen aufzubrechen.[61] Nach alledem hält die Monopolkommission zusammenfassend fest, dass sich die Beteiligung bzw. Tätigkeit „von Kommunen und anderen Gebietskörperschaften bei Energieversorgungsunternehmen nicht mit Effizienzar-

[56] Vgl. *Iken*, Sehnsucht nach Nähe, Sonderbeilage zur Financial Times Deutschland vom 28.01.2011, S. 1.

[57] Monopolkommission, Sondergutachten 59, Energie 2011: Wettbewerb mit Licht und Schatten, 2011, im Internet abrufbar unter http://www.monopolkommission.de/sg_59/s59_volltext.pdf.

[58] Sondergutachten (Fn. 57), S. 14 f. (Zitat: 15).

[59] Sondergutachten (Fn. 57), S. 47.

[60] Sondergutachten (Fn. 57), S. 47.

[61] Sondergutachten (Fn. 57), S. 48.

gumenten rechtfertigen lässt“[62]. Ganz auf dieser Linie liegen auch die Argumente, mit denen der Berliner Senat und das Abgeordnetenhaus einem im November 2013 auf Initiative des „Berliner Energietisches“ durchgeführten Volksentscheid über die Rekommunalisierung der Berliner Energieversorgung entgegengetreten sind und der letztendlich auch knapp scheiterte.[63]

Nicht nur am Rande bemerkenswert ist, dass kurz zuvor im September 2013 in Hamburg die Befürworter der Reetatisierung des Stromnetzes einen Volksentscheid knapp für sich entscheiden konnten.[64] Allerdings hatte sich auch dort im Vorfeld des Volksentscheids ein breites wirtschafsnahes Bündnis mit Unterstützung des regierende Bürgermeister Olaf Scholz (SPD) gegen die Reetatisierung ausgesprochen. Ob die Stadt das Stromnetz am Ende auch wirklich betreiben wird, ist dennoch offen, weil sich Hamburg zunächst einem Bieterstreit stellen und um die Konzession des Netzes bewerben wird. Gewinnen wird derjenige Bieter der nach dem Energiewirtschaftsgesetz eine „sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente und umweltverträgliche leitungsgebundene Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas“ gewährleistet. Und dass ein Land oder eine Kommune dies stets besser als ein privatwirtschaftlicher Akteur kann, versteht sich keineswegs von selbst.[65]

III. Rekommunalisierungsmotive

Die sich in der Verwaltungspraxis abzeichnende Trendwende überrascht, weil Privatisierung vielen lange Zeit als Königsweg zur Entlastung

---

[62] Sondergutachten (Fn. 57), S. 15, 49.

[63] Zum endgültigen Ergebnis des Volksentscheids über die Rekommunalisierung der Berliner Energieversorgung und zur Reaktion des Berliner Senats vgl. *Zylka*, Volksentscheid in Berlin gescheitert, Berliner Zeitung vom 03.11.2013, im Internet abrufbar unter http://www.berliner-zeitung.de/energietisch/volksentscheid-zum-energietisch-volksentscheid-in-berlin-gescheitert,24736472,24890772.html.

[64] Vgl. dazu und zum Folgenden http://www.zeit.de/wirtschaft/2013-09/rueckkauf-netze-volksentscheid.

[65] Vgl. dazu auch eine jüngst ergangene Entscheidung des Bundeskartellamts, welche die Neuvergabe des Stromnetzes in Titisee-Neustadt an ein Unternehmen mit städtischer Beteiligung für nichtig erklärte (vgl. http://www.badische-zeitung.de/wirtschaft-3/titisee-neustadt-netzvergabe-im-visier-des-kartellamts--57282845.html).

der angespannten kommunalen Haushalte galt.[66] Freilich haben sich bei weitem nicht alle mit Privatisierungen verbundenen Hoffnungen erfüllt. Vielmehr wird immer mehr bewusst, dass die Privatwirtschaft nicht zwangsläufig besser, effizienter und kostengünstiger arbeitet als die öffentliche Hand. Allem Anschein nach erlebt derzeit in Deutschland die Kommunalwirtschaft eine Renaissance. Das erneute Umdenken in den Rathäusern und Kreisverwaltungen hat viele Gründe.[67] Neben Misserfolgen bei der Privatisierung und Fällen privatwirtschaftlicher Schlechterfüllung sind als Motive vor allem zu nennen:

– ein neu erwachtes Selbstbewusstsein der Kommunen,

– die Wiederbelebung der kommunalen Selbstverwaltungsidee,

– die Rückgewinnung kommunaler Steuerungsoptionen und Einflussmöglichkeiten auf die Aufgabenerledigung einschließlich der dazugehörigen Kontrolle,

– die Aufbrechung monopolartiger privater Leistungserbringung mit Gewinnerzielungsinteressen,

– die Schaffung effizienter kommunaler Firmenstrukturen mit Rückwirkungen auf die Qualität der Leistungserbringung,

– die Erhaltung von Arbeitsplätzen,

– Aspekte des Umweltschutzes,

– Kostensenkungen für die Bürger,

– die Erschließung von Einnahmequellen zur Querfinanzierung defizitärer Segmente kommunaler Aufgabenerfüllung

– und vieles andere mehr.[68]

---

[66] Die folgenden Ausführungen konzentrieren sich auf die kommunale Ebene und den Rekommunalisierungstrend. Viele der dort angestellten Überlegungen lassen sich jedoch auf andere Träger öffentlicher Verwaltung und damit auf den Reetatiserungstrend übertragen.

[67] Vgl. dazu und zum Folgenden etwa *Brüning*, VerwArch 100 (2009), 453 (453 f.); *Röber*, Verwaltung & Management 2009, 227 (230 ff.); *Libbe/Hauke*, der gemeindehaushalt 2011, 108 (109); *Hachfeld* (Fn. 14), S. 88 ff.; *Scholle* (Fn. 35), S. 95 ff.

[68] Zu weiteren Rekommunalisierungsmotiven und -erwartungen vgl. auch *Burgi*, NdsVBl 2012, 225 (225 f.); *Guckelberger*, VerwArch 104 (2013), 161 (163 ff.); *Leisner-Egensperger*, NVwZ 2013, 1110 (1111 f.); *Budäus/Hilgers*, DÖV 2013, 701 (702), die als weiteres Motiv die „Emotionalisierung" nennen.

IV. Rechtsregime und rechtsdogmatische Perspektiven

1. Zum Rechtsregime

Ähnlich wie bei Privatisierungen[69] greifen auch beim Rechtsregime für Rekommunalisierungsvorgänge Vorschriften aller Rechtsebenen, in Sonderheit des Unionsrechts,[70] des nationalen Verfassungs- und Verwaltungsrechts von Bund und Ländern sowie zivilrechtliche Regelungen ineinander[71]. Die Weitläufigkeit der Problemlagen schließt an dieser Stelle eine auch nur ansatzweise Beschäftigung mit allen einschlägigen Rechtsgebieten oder gar sämtlichen relevanten Rechtsnormen aus, zumal Rekommunalisierungen — auch dies in einer gewissen Parallele zur (Re-) Privatisierung — in den einzelnen Sachmaterien mit entsprechend spezialgesetzlicher (Rahmen-) Regelung oder Steuerung denkbar sind — so etwa in der Ver- und Entsorgungswirtschaft (Strom, Gas, Wärme, Wasser, Abwasser, Abfall), in der sozialen Infrastruktur (Krankenhäuser, Kindergärten, Sportstätten, Schwimmbäder, Theater, Museen, Märkte, Volksfeste usw.), im Verkehrs- und Kreditwesen usw. Stattdessen sind zum Rechtsregime hier nur zwei Aspekte hervorzuheben:

Erstens gehen derzeit von Gesetzgebern in der bundesstaatlichen Ordnung klare Signale in Richtung Rekommunalisierung aus. Dafür sind die landesrechtlichen Subsidiaritätsklauseln für die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen eine wichtige Stellschraube. Sie wurden schon in der Vergangenheit für die normative Steuerung von Privatisierungs- und Rekommunalisierungsprozessen genutzt und werden heute erneut dafür eingesetzt.[72]

---

[69] Vgl. *Bauer*, Taiwan Law Journal 203 (2012), 21 (34 ff.) m.w.N.

[70] *Brosius-Gersdorf* (Fn. 5), II.1. und 3., IV.4. mit ergänzenden Hinweisen auf das Wirtschaftsvölkerrecht (GATS) und unionsexternes Europarecht (Europäische Charta der kommunalen Selbstverwaltung).

[71] Vgl. etwa *Brüning*, VerwArch 100 (2009), 453 (453); *Libbe/Hanke*, der gemeindehaushalt 2011, 108 (109 ff.); *Brosius-Gersdorf* (Fn. 5), II. bis IV.

[72] Das Subsidiaritätsprinzip ist neben anderen Voraussetzungen eine weitere Anforderung an die wirtschaftliche Betätigung der Kommune. Danach darf sich die Kommune wirtschaftlich betätigen, wenn sie die Aufgabe besser erfüllen kann als ein Privater. Kann ein Privater die Aufgabe allerdings kostengünstiger erfüllen, so gebührt ihm grundsätzlich ein Vorrang und die Aufgabe soll an diesen abgegeben werden. Können der Private und die Kommune die Aufgabe gleich gut erfüllen, hängt

Gegenwärtig stehen rekommunalisierungsfördernde Impulse und Gestaltungen auf der Agenda. So hat das Land Nordrhein-Westfalen 2010 mit dem „Gesetz zur Revitalisierung des Gemeindewirtschaftsrechts" die bis dahin geltende strengere Subsidiaritätsklausel durch eine unechte Subsidiaritätsklausel ersetzt.[73] Und das Land Brandenburg hat unlängst

---

die Zulässigkeit der kommunalen wirtschaftlichen Betätigung davon ab, ob die jeweiligen kommunalwirtschaftlichen Regelungen *echte* oder *unechte* Subsidiaritätsklauseln enthalten. Bei ersterer darf die Aufgabe nicht „ebenso gut und wirtschaftlich durch einen anderen erfüllt" werden können, d.h. die Gemeinde muss im Vergleich zum privaten Leistungserbringer Effizienzvorteile vorweisen (so z.B. in Baden-Württemberg, Bayern, Hessen, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz, Saarland und Thüringen [§ 102 Abs. 1 Nr. 3 GemOBW, Art. 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BayGO, § 121 Abs. 1 Nr. 3 HGO, § 136 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 NiedersKomVG, § 85 Abs. 1 Nr. 3 GemORP, § 108 Abs. 1 Nr. 3 SaarlKSVG, § 71 Abs. 2 Nr. 4 ThürKO]). Im Fall der Leistungsparität soll die Aufnahme der wirtschaftlichen Betätigung der Kommune demnach unterbleiben, sofern keine anderweitigen Ausnahmen vom Privatisierungsgebot bestehen. Sinn und Zweck dieser „verschärften" Subsidiaritätsklausel ist es, die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand einzuschränken und den Vorrang der privaten Leistungserbringung zu betonen (vgl. NRW LT-Drucks. 14/3979, S. 2, 149; BW LT-Drucks. 12/5615, S. 18). Ein gesetzlich angeordneter Vorrang der Privatwirtschaft im Fall der Leistungsparität scheidet dagegen aus, wenn eine *unechte* Subsidiaritätsklausel vorliegt, d.h. wenn die Aufnahme kommunaler Wirtschaftstätigkeit erst ausgeschlossen ist, wenn der Zweck „nicht besser oder wirtschaftlicher" durch einen Privaten erfüllt werden kann (so z.B. in Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Nordrhein-Westfalen, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Schleswig-Holstein [§ 91 Abs. 3 BbgKVerf, § 68 Abs. 2 Nr. 3 KV M-V, § 107 Abs. 1 Nr. 3 GO NRW, § 97 Abs. 1 Nr. 3 SächsGO, § 116 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GO LSA, § 101 Abs. 1 Nr. 3 GO SH]). Hintergrund dieser „einfachen" Subsidiaritätsregelung ist das Anliegen, die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde zu stärken, da diese „seit jeher das Wesen der kommunalen Selbstverwaltung" geprägt habe und „typusbestimmend" sei (vgl. BW LT-Drucks. 12/4055, S. 23 f.).

[73] Die Subsidiaritätsklausel scheint für manche Regierungsparteien eine beliebte Stellschraube für die Steuerung der wirtschaftlichen Betätigung von Kommunen zu sein. Dies zeigt exemplarisch ein Vergleich der Subsidiaritätsregelungen in Nordrhein-Westfalen. In Zeiten einer roten oder rot-grünen Regierung gibt es keinen Vorrang der Privatwirtschaft, sodass § 107 Abs. 1 Nr. 3 GO NRW in der bis zum 16.10.2007 geltenden Fassung eine unechte Subsidiaritätsklausel enthielt. Im Jahre 2005 kam es zum schwarz-gelben Machtwechsel und mit einer gewissen zeitlichen Versetzung auch zur Änderung der Subsidiaritätsklausel. Mit dem „Gesetz zur Stärkung der kommunalen Selbstverwaltung — GO-Reformgesetz" aus dem Jahr 2007 wurde die verschärfte echte Subsidiaritätsklausel eingeführt (vgl. LT-Drucks. 14/3939, 14/4981). Diese sollte

durch das „Gesetz zur Stärkung der kommunalen Daseinsvorsorge“[74] unnötige Hemmnisse der kommunalwirtschaftlichen Betätigung ausgeräumt. Schon die Überschriften dieser Gesetze sind Programm! Sie dokumentieren eine klare gesetzgeberische Umsteuerung in Richtung Kommunalwirtschaft und setzen einen markanten Gegenakzent zu anderweitigen Regelungen, von denen ein gewisser normativer Privatisierungsdruck ausgeht[75]. Weitere Beispiele für einen Richtungswechsel bei den Subsidiaritätsklauseln finden sich in Hessen, in Mecklenburg-Vorpommern, in Rheinland-Pfalz, in Sachsen-Anhalt und in Thüringen.[76]

---

allerdings nicht lange währen. Der rot-grüne Machtwechsel im Jahre 2010 führte unter anderem zu dem „Gesetz zur Revitalisierung des Gemeindewirtschaftsrechts“, durch das das Gemeindewirtschaftsrecht in § 107 GO NRW wieder auf den Stand vor der Gesetzesänderung im Jahr 2007 mit seiner unechten Subsidiaritätsklausel gebracht wurde (vgl. LT-Drucks. 15/27, 15/867).

[74] GVBl 2012 I S. 1.

[75] Dazu gehören etwa die in § 7 Abs. 1 BHO und entsprechenden Regelungen in Landeshaushaltsordnungen festgeschriebene Pflicht zur „Prüfung, inwieweit staatliche Aufgaben oder öffentlichen Zwecken dienende wirtschaftliche Tätigkeiten durch Ausgliederung und Entstaatlichung oder Privatisierung erfüllt werden können;“ zu dem durch die darin angelegten Darlegungs- und Begründungslasten ausgehenden normativen Privatisierungsdruck siehe *Bauer*, VVDStRL 54 (1995), 243 (258), mit weiteren Beispielen. Mit hierher gehören auch privatisierungsstimulierende Normen wie die in § 56 Satz 3 WHG getroffene (deklaratorische) Regelung, wonach sich die zur Abwasserbeseitigung verpflichteten Kommunen „zur Erfüllung ihrer Pflichten Dritter bedienen“ können; zu den Regelungsintentionen der in dem hier interessierenden Zusammenhang gleichlautenden Vorläufernorm siehe *Bauer,* VerwArch 90 (1999), 561 (563 ff.).

[76] Vgl. zu Hessen https://beck-online.beck.de/default.aspx?words=§+121+HGO&btsearch. x=42&source=default&btsearch.x=0&btsearch.y=0; zu Mecklenburg-Vorpommern http://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata%2Fges%2FMVKV%2Fcont%2FMVKV.P68.htm; zu Rheinland-Pfalz https://beck-online.beck.de/Default.aspx?vpath=bibdata%2Fges%2FRpfGO%2Fcont%2FRpfGO% 2EP85%2Ehtm; zu Sachsen-Anhalt https://beck-online.beck.de/Default.aspx?vpath=bibdata %2Fges%2FLSAGO%2Fcont%2FLSAGO%2EP116%2Ehtm; und zu Thüringen https://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata%2fges%2fThKO%2fcont%2fThKO.P71.htm&date=20130731. Allerdings ist auch hinsichtlich der Subsidiaritätsklauseln relativierend festzuhalten, dass der Trend bundesweit nicht ungebrochen ist. Eine jüngst beschlossene Änderung der Sächsischen Gemeindeordnung soll nämlich bewirken, dass die „Leitplanken für die wirtschaftliche Betätigung von sächsischen Gemeinden noch klarer eingezogen“ wer-

Zweitens: Neben solchen rekommunalisierungsfreundlichen Regelungen enthält die Gesamtrechtsordnung zahlreiche weitere Direktiven, die Rekommunalisierungsentscheidungen und -prozesse erleichtern, begrenzen und kanalisieren[77]. Hervorzuheben sind aus dem Unionsrecht das Beihilfe- und Vergaberecht, aus dem nationalen Verfassungs- und Verwaltungsrecht namentlich das kommunale Selbstverwaltungsrecht[78], das Demokratieprinzip[79] mit dem Gebot hinreichender Legitimation, der auf das Rechtsstaatsprinzip zurückgeführte Grundsatz der funktionsgerechten Organisationsstruktur[80], die Grundsätze sparsamer und wirtschaftlicher Haushaltsführung[81], die gesetzlichen Anforderungen an die wirtschaftliche und nichtwirtschaftliche Betätigung der Kommunen[82] und nicht zuletzt kommunalabgabengesetzliche Vorgaben. Über die „Härte" der sich daraus ergebenden rechtlichen Kriterien[83] für die Begrenzung von Rekommunali-

---

den. Dadurch soll eine „Wettbewerbsverzerrung zu Lasten privater Unternehmen" verhindert und der sächsische Steuerzahler vor „unkalkulierbaren wirtschaftlichen Risiken" geschützt werden (http://www.fdp-sachsen.de/online/fdp/fdp.nsf/News.xsp?id=19617BD6E5B483B9C1257C230054A746).

77 Vgl. für erste Überblicke etwa *Brosius-Gersdorf* (Fn. 5), II. bis IV.; *Brüning*, VerwArch 100 (2009), 453 (460 ff.); *Libbe/Hanke*, der gemeindehaushalt 2011, 108 (109 ff.); eine ausdifferenzierte Darstellung von Problemen mit unionsrechtlichem Hintergrund und insbesondere des Vergaberechts findet sich bei *Guckelberger*, VerwArch 104 (2013), 161 ff.; speziell zu verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten vgl. *Leisner-Egensperger*, NVwZ 2013, 1110 ff.

78 Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG; aus dem Landesrecht z. B. Art. 11 Abs. 2, 83 BayVerf, Art. 1, 57 BayGO.

79 Art. 20 Abs. 2 GG.

80 *Krebs*, Verwaltungsorganisation, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. V, 3. Aufl. 2007, § 108 Rn. 90.

81 Vgl. Art. 114 Abs. 2 GG; aus dem Landesrecht etwa Art. 61 Abs. 2 BayGO, § 63 Abs. 2 BbgKVerf.

82 Mit der so genannten Schrankentrias (Zweckbindungs-, Leistungsfähigkeits- und Subsidiaritätsklausel); vgl. aus dem Landesrecht etwa Art. 87 BayGO und § 91 BbgKVerf (dazu *Schmidt*, Kommunalrecht, in: Bauer/Peine [Hrsg.], Landesrecht Brandenburg, 2. Aufl. 2011, § 4 R n. 297 ff.) sowie allgemein *Schmidt*, Kommunalrecht, 2011, S. 304 ff.; *Burgi*, Kommunalrecht, 3. Aufl. 2010, § 17 Rn. 41 ff; jew. m.w.N.

83 Vgl. zu funktionaler Adäquanz, Wirtschaftlichkeitsvergleich und Legitimationsniveau *Brüning*, VerwArch 100 (2009), 453 (473).

sierungsentscheidungen lässt sich trefflich streiten, zumal sich mit derartigen Entscheidungen immer auch Wertungen verbinden, die Kommunalaufsicht in der Vergangenheit eher „großzügig" verfahren[84] ist und der gerichtliche Konkurrentenschutz im kommunalen Wirtschaftsrecht traditionell unsicher ist[85]. Für „Normalfälle" dürften sich in der Verwaltungspraxis dem Gesamtnormenbestand weniger „harte" Rekommunalsierungsverbote oder-gebote und stattdessen mehr Direktiven für die Rekommunalsierungsmodalitäten, also Hinweise für die modale Ausgestaltung von Rekommunalisierungsprozessen, entnehmen lassen. Dazu haben eingehendere Untersuchungen insbesondere gezeigt, dass diese Vorgaben mit vielfältigen Abstufungen kommunale Gewinnerzielung nicht prinzipiell ausschließen.[86]

2. Zu rechtsdogmatischen Perspektiven

Für die Rechtsdogmatik stimuliert der normative Befund zwar keinen Perspektivenwechsel, aber eine deutliche Perspektivenerweiterung. Abweichend von der in der Privatisierungsdebatte schon begrifflich angelegten Blickverengung auf Umverteilungsprozesse zwischen öffentlichem und privatem Sektor „hin zum Privaten"[87] mit ihrem Wildwuchs an Privatisierungstypen[88] und kaum noch überschaubaren Privatisierungsmodel-

[84] Nach Einschätzung von *Schoch*, Konkurrentenschutz im kommunalem Wirtschaftsrecht, in: Appel/Hermes/Schönberger (Hrsg.), FS Wahl, 2011, S. 573 (593) spielt die Kommunalaufsicht „in Bezug auf die Einhaltung der kommunalrechtlichen Grenzen für die wirtschaftliche Betätigung von Kommunen praktisch keine Rolle"; der Sache nach konzediert dies auch *Brüning*, VerwArch 100 (2009), 453 (473).

[85] Frühzeitig kritisch *Schmidt*, Öffentliches Wirtschaftsrecht AT, 1990, S. 543, der von einer „an Rechtsverweigerung grenzenden Haltung der Verwaltungsgerichte" spricht; zu zwischenzeitlichen Entwicklungen und dem nach wie vor als defizitär empfundenen gerichtlichen Konkurrentenschutz siehe *Schoch* (Fn. 84), S. 573 ff. m.w.N.

[86] *Brosius-Gersdorf* (Fn. 5), II. bis V.

[87] Dazu *Bauer*, VVDStRL 54 (1995), 243 (250 f.); *Schröder*, Verwaltungsrechtsdogmatik im Wandel, 2007, S. 148; *Schoch*, Die Rolle der Rechtsdogmatik bei der Privatisierung staatlicher Aufgaben, in: Stürner (Hrsg.), Die Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Rechtsentwicklung, 2010, S. 91 (95).

[88] In den ausufernden Privatisierungsdebatten werden immer wieder tatsächlich oder vermeintlich neue Typen zur Diskussion gestellt. Abweichend von der gängigen typologischen Unterscheidung nach Vermögens-, Organisations- und Aufgabenprivatisierung findet sich inzwischen auch die Unterscheidung von neun und zehn Privatisierungstypen (vgl. *Burgi* [Fn. 16], S. D 29 m.w.N.). „Spitzenreiter"

len[89] muss eine zeitgemäße Rechtsdogmatik heute auch die in umgekehrter Richtung verlaufenden Umverteilungsprozesse „hin zum Öffentlichen" aufnehmen. Dabei geht es nicht allein um die intensivere Wahrnehmung eines bislang unterbelichteten Segments der Verwaltungswirklichkeit, sondern vor allem um eine von der Sache her gebotene Perspektivenverknüpfung.

Aus rechtsdogmatischer Sicht wäre es nämlich verfehlt, dem Bild politischer Pendelbewegungen[90] zu folgen und nach tatsächlich oder vermeintlich ernüchternden Erfahrungen nunmehr die Privatisierung auszublenden und an deren Stelle künftig einseitig die Rekommunalisierung in den Fokus verwaltungsrechtswissenschaftlicher Arbeit zu rücken.[91] Romantische Sehnsüchte nach klassischer Staatlichkeit, Forderungen nach einer Renaissance des Staates[92] und Hoffnungen auf eine Rückkehr der behaglichen Atmosphäre kommunaler Aufgabenerfüllung mögen gewisse politische Gefühlslagen bedienen und Befindlichkeiten im Zeitgeist entsprechen. In ihrer Einseitigkeit übersehen sie aber die Komplementärfunktion der beiden Umverteilungsprozesse und werden zudem den Bedürfnissen der Verwaltungspraxis nicht gerecht. Dort stehen Privatisierung und Rekommunalisierung nicht unverbunden nebeneinander, sondern ergänzen sich wechselseitig als Gestaltungsoptionen[93].

---

dürfte derzeit die Differenzierung zwischen nicht weniger als dreizehn (!) Typen der Privatisierung (*Kirchhof*, AöR 132 [2007], 215 [230 f.]) sein.

[89] Dazu statt vieler *Tettinger,* NWVBl 2005, 1 ff.

[90] Vgl. *Röber*, Verwaltung und Management 2009, 227 ff.; *Libbe/Hanke*, der gemeindehaushalt 2011, 108 ff.

[91] Zu im praktischen Ergebnis ähnlich gelagerten Vorbehalten gegen einseitige Betrachtungsweisen aus verwaltungswissenschaftlicher Sicht *Röber*, Verwaltung und Management 2009, 232 ff., der Privatisierung und Rekommunalisierung gemeinsam erfassen will und in übergreifende Überlegungen aus dem Public Management einstellt. Demgegenüber würde sich die einseitige Fokussierung auf Rekommunalisierungsprozesse von politischen Weichenstellungen blenden lassen und erneut in einem wichtigen Teilbereich die Bereitstellungsfunktion der Rechtsdogmatik vernachlässigen.

[92] Vgl. *Huber*, Zur Renaissance des Staates, in: Bauer/Czybulka/Kahl/Stelmach/Voßkuhle (Hrsg.), Öffentliches Wirtschaftsrecht im Zeitalter der Globalisierung, 2012, S. 35 ff.

[93] Treffend *Collin,* JZ 2011, 274 ff.: „Privatisierung und Etatisierung als komplementäre Gestaltungsprozesse".

Diese Einschätzung bestätigt nicht zuletzt eine Analyse der lange Zeit politisch-rechtlich nachhaltig geförderten Public Private Partnerships (PPP). Denn nach allen Erfahrungen endet früher oder später der Lebenszyklus einer jeden Öffentlich Privaten Partnerschaft — sei es durch Zeitablauf, sei es durch Kündigung, sei es als Folge inhaltlichen Scheiterns oder aus anderen Gründen. Zumindest potentiell sind Rekommunalisierungen, mit denen die öffentliche Hand eine Aufgabe ganz oder teilweise wieder unter die eigenen Fittiche nimmt, daher völlig „normale", mitunter durch faktische Entwicklungen sogar erzwungene Vorgänge. Oder anders: (Re-) Kommunalisierungen sind notwendige *und* unverzichtbare Alternativ- und Komplementäroptionen zu (Re-)Privatisierungen.

Die nähere dogmatische Aufbereitung der Rekommunalisierung könnte ähnlich wie bei der Privatisierung typisierend ansetzen[94] und eine Art Rekommunalisierungstypologie entwerfen. Danach ließen sich beispielsweise unterscheiden:

– *Vermögensrekommunalisierungen* etwa in Formen des kommunalen (Rück-) Erwerbs von Eigentumspositionen und Vermögenswerten (Erwerb von Immobilien für die Bereitstellung von sozial erschwinglichem Wohnraum oder für die Erledigung sozialer und kultureller Aufgaben, Erwerb von Anteilseigentum an Unternehmen zur Erhaltung oder Schaffung von Arbeitsplätzen etc.),

– *Organisationsrekommunalisierungen* etwa durch die Erhöhung kommunaler Geschäftsanteile an gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen, die Überführung von Kapitalgesellschaften in öffentlich-rechtliche Organisationsformen, die Neugründung von Eigengesellschaften oder die Errichtung von Eigenbetrieben für das (Wieder-)Aufgreifen von Aufgaben sowie

– *Aufgabenrekommunalisierungen* etwa durch Rückholung operativer Dienstleistungen, vollständiges oder teilweises (Wieder-)Aufgreifen von bislang Privaten überlassenen Aufgaben, Kündigung von Verwaltungshelferverträgen etc.,

– und dies alles mit zahlreichen Varianten von Teilrekommunalisierungen, Mischformen, Kombinationen und Übergängen in *hybriden Rekommunalisierungsformen*.

[94] In diese Richtung *Libbe/Hanke*, der gemeindehaushalt 2011, 108 (109).

Indes dürfte — wiederum ähnlich wie bei den Grundtypen der Privatisierung[95] — der Erkenntniswert einer solchen Typologie wegen der idealtypischen Verkürzungen und der in der Rechtswirklichkeit anzutreffenden hybriden Mischformen eher begrenzt sein. Für die dogmatische Arbeit weiterführender dürfte die Analyse des gesamten Spektrums an Organisations- und Handlungsformen sein, die den Kommunen als institutionelle Alternativen namentlich zu den vielfältigen Public Private Partnership-Konstellationen zur Verfügung stehen.[96] Dazu gehören neben der kommunalen Leistungserbringung in Eigenbetrieben und Eigengesellschaften insbesondere die facettenreichen Varianten kommunaler Zusammenarbeit etwa in Arbeitsgemeinschaften, Zweckverbänden, gemeinsamen Kommunalunternehmen sowie auf der Basis von Zweckvereinbarungen und anderen Verträgen öffentlich- oder privatrechtlicher Provenienz. Für die Kommunen, die sich in einer institutional choice-Situation befinden, erweitern solche Public Public Partnerships (PuPuP) die Optionen für die Auswahl einer für die Erledigung der jeweiligen Aufgabe passgenauen Organisation. Zur Erreichung des optimalen Designs bedürfen die Öffentlich Öffentlichen Partnerschaften — ähnlich wie die Öffentlich Privaten Partnerschaften — einer aufgaben- und situationsadäquaten vertraglichen Ausgestaltung. Damit sensibilisieren auch Public Public Partnerships für hochkarätige Gestaltungsaufgaben und bestätigen — nicht anders als Public Private Partnerships[97] — den herausragenden Stellenwert des Verwaltungsvertrags für das weite Feld der Verwaltungskooperation.

Als verbindende dogmatische Klammer zwischen Privatisierung und Rekommunalisierung erweist sich dann über weite Strecken das Verwal-

[95] Zu dem wegen idealtypischer Verkürzungen und in der Verwaltungspraxis überwiegenden hybriden Mischformen beschränkten rechtsdogmatischen Erkenntniswert von Privatisierungstypologien, näheres bei *Bauer*, Taiwan Law Journal 203 (2012), 21 (30 ff.); anders wohl *Schoch* (Fn. 87), S. 99 ff., 103 ff.

[96] Vgl. dazu und zum Folgenden die Überblicke bei *Bauer*, Verwaltungsverträge, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 2008, § 36 Rn. 47 ff. m.w.N.; *Reichard*, Institutionelle Alternativen zu Public-Private-Partnerships: Kommunale Eigenleistung, Public-Public-Partnerships und Contracting-Out, in: Bauer/Büchner/Brosius-Gersdorf (Fn. 10), S. 61 ff.

[97] Näheres bei *Bauer* (Fn. 96), § 36 Rn. 42 ff., 121 ff.

tungskooperationsrecht.[98] So gesehen bewirkte der Umschwung hin zur Rekommunalisierung lediglich die Neubelebung einer anderen, bislang vernachlässigten[99], Seite des Verwaltungskooperationsrechts, nämlich der Public Public Partnerships. Diese Einordnung zeigt zugleich, dass eine ideologisch eingefärbte, konfrontative Gegenüberstellung von Privatisierung und Rekommunalisierung verfehlt wäre. In Wahrheit handelt es sich um Entwicklungsprozesse, die sich auf einer einheitlichen Skala mit vielen Trennstrichen und Verbindungslinien bewegen. Privatisierung und Kommunalisierung sind Entscheidungsoptionen, die sich wechselseitig ergänzen und beide unverzichtbar sind, wenn die Kommunen vor der Wahl der für die Aufgabenerledigung optimalen Organisations- und Handlungsform stehen. Deshalb ist bei solchen Auswahlentscheidungen ohne ideologische Scheuklappen die gesamte Bandbreite des verfügbaren Organisations- und Handlungsarsenals in den Blick zu nehmen und nüchtern die Leistungsfähigkeit aller Optionen für den konkreten Einzelfall zu bewerten. Dies ist schon jetzt ein wichtiger Ertrag der anlaufenden Rekommunalisierungsdebatte.

V. Ausblick

So wichtig die Auseinandersetzung mit dem Zukunftsthema „Reetatisierung und Rekommunalisierung" ist, so verfehlt wäre es, nach der abklingenden Privatisierungseuphorie in dem neuen Megatrend eine kopernikanische Wende in der Verwaltungspraxis auszumachen, eine grundstürzende Zäsur in der Verwaltungsrechtslehre anzunehmen oder gar den Beginn eines neuen Zeitalters im Verwaltungsrecht auszurufen. Denn politische Großformeln wie „Kommunal vor Privat" führen in der praktischen Verwaltungsarbeit ebenso wenig weiter wie ordnungspolitische Glaubensbekenntnisse etwa nach der marktradikalen Maxime „Privat vor Staat". Daher ist vor einer unreflektierten Rekommunalisierungseuphorie nur zu warnen.

---

[98] Vgl. dazu unter primär privatisierungsspezifischem Blickwinkel *Schuppert,* Jenseits von Privatisierung und „schlankem" Staat: Vorüberlegungen zu einem Konzept der Staatsentlastung durch Verantwortungsteilung, in: Gusy (Hrsg.), Privatisierung von Staatsaufgaben: Kriterien — Grenzen — Folgen, 1998, S. 72 (111 f.); *Bauer*, Zur notwendigen Entwicklung eines Verwaltungskooperationsrechts, in: Schuppert (Hrsg.), Jenseits von Privatisierung und „schlankem" Staat, 1999, S. 251 ff.

[99] Vgl. *Bauer* (Fn. 98), S. 251 (251) m.w.N.

Vielmehr handelt es sich bei Privatisierung *und* Rekommunalisierung um komplementäre Strategien zur Modernisierung des Gemeinwesens. Dementsprechend sind bei konkreten Moderisierungsprojekten in jedem Einzelfall aufgaben-, sach- und situationsbezogene Vergleichsanalysen geboten,[100] die für die jeweils zuständigen Akteure als Entscheidungsgrundlage dienen.

Bei diesem Verständnis treten Entwicklungsszenarien einer möglichen Zeitenwende von der Privatisierung hin zur Rekommunalisierung zurück. In den Vordergrund tritt dann ganz allgemein der Wunsch nach einem Zeitalter guten Verwaltungsrechts, das jenseits politischer Streitschriften mit polarisierender Frontstellungen von „Staat" bzw. „Kommunal" und „Privat" der Verwaltung die Institute bereitstellt, derer sie für eine zeitgemäße und optimale Erfüllung ihrer Aufgaben bedarf. Ein noch fortzuentwickelndes Verwaltungskooperationsrecht könnte dazu einen wichtigen dogmatischen Beitrag leisten.

VI. Gesamtzusammenfassung

Privatisierung galt vielen lange Zeit als Schlüssel zur erfolgreichen Entlastung der angespannten kommunalen und staatlichen Haushalte. Immer mehr Kommunen und auch der Staat beschritten den vermeintlichen Königsweg. So vielfältig wie die Gegenstände sind auch die in der Verwaltungspraxis zu beobachtenden Erscheinungsformen der Privatisierung: Vermögensprivatisierung, Organisationsprivatisierung, Aufgaben-privatisierung mit facettenreichen Mischformen namentlich der Public Private Partnerships. Indes haben bei weitem nicht alle Privatisierungsmaßnahmen die in sie gesetzten Erwartungen erfüllt, und es setzt sich zunehmend die Einsicht durch, dass die Privatwirtschaft nicht zwangsläufig besser, effizienter und kostengünstiger arbeitet als die öffentliche Hand. Inzwischen deutet sich sowohl im kommunalen als auch im staatlichen Bereich eine klare Trendumkehr/Entwicklungstendenz in Richtung (Re-)Etatisierung und (Re-)Kommunalisierung an.

[100] Darauf wurde auch in den Privatisierungsdebatten frühzeitig aufmerksam gemacht; vgl. statt vieler *Schoch*, DVBl 1994, 962 (966 f.); *Bauer*, VVDStRL 54 (1995), 243 (258).

ПРИВАТИЗАЦИЯ И НАЦИОНАЛИЗАЦИЯ ГОСУДАРСТВЕННОГО И МУНИЦИПАЛЬНОГО ИМУЩЕСТВА В ГЕРМАНИИ

Профессор, д-р юр.н. Германии Хартмут Бауер

Тезисы[1]

Приватизация в течение долгого времени выступала удачным способом снижения финансовой нагрузки на бюджет муниципалитета и государственный бюджет. Все больше муниципалитетов, а также государство приходят к такому, предполагаемо простому, решению. Такой же многообразной, как и сам объект права, является административная практика, наблюдаемая по различным формам проявления приватизации: приватизация имущества, приватизация учреждений, приватизация комплекса полномочий в смешанной форме, а именно в форме частногосударственного партнерства (Public Private Partnerships). В данном случае реализуются далеко не все предполагаемые методы осуществления приватизации, усиливается понимание того, что частное предприятие не всегда лучше, эффективней и благоприятней в экономическом отношении, чем государственные (муниципальные) учреждения. В настоящее время, как в муниципальной, так и в государственной сфере, намечены тенденции изменения и развития в направлении приватизации и национализации государственного и муниципального имущества.

[1] Перевод Анастасии Краденовой.

DER STAAT ALS ARBEITGEBER

Eine Einführung in die Beschäftigungsverhältnisse des öffentlichen Dienstes in Deutschland mit Beispielen zum Verhältnis von Beamten- und Arbeitsrecht

*Prof. Dr. Robert von Steinau-Steinrück und Stephan Sura, Berlin**

Gliederung

I. Einleitung
II. Historische Entwicklung des Rechtsstaates und seiner hoheitlichen Befugnisse als Grundlage für staatliche Beschäftigung
1. Die Einführung des organisierten Beamtentums in Preußen
2. Formale und inhaltliche Identitätsstiftung staatsdienlicher Tätigkeit
III. Grundlagen der öffentlichen Beschäftigung
1. Der Aufbau des öffentlichen Dienstes in Deutschland
2. Arten der öffentlichen Beschäftigungsverhältnisse
a) Öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse
(1) Beamte
(2) Richter
(3) Soldaten
b) Privatrechtliche Arbeitsverhältnisse im öffentlichen Dienst
3. Rechtsquellen der Beschäftigung im öffentlichen Dienst
a) Öffentliches Dienstrecht
b) Arbeitsrecht
IV. Gemeinsamkeits- und Abgrenzungsbeispiele zwischen Beamten- und Arbeitsrecht im öffentlichen Dienst
1. Arbeitsrechtlicher Kündigungsschutz und Verbeamtung
a) Der arbeitsrechtliche Schutz vor der Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber
(1) Einführung

* Der Autor *von Steinau-Steinrück* ist Lehrbeauftragter für Arbeitsrecht an der Universität Potsdam sowie Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht und Partner bei der *Luther Rechtsanwaltsgesellschaft* am Standort Berlin; der Autor *Sura* ist wissenschaftlicher Mitarbeiter ebendort. Die Autoren danken Frau *Joulia Trofimova*, Köln.

(2) Allgemeiner Kündigungsschutz
(3) Besonderer Kündigungsschutz
b) Besonderheiten des Kündigungsschutzes im öffentlichen Dienst
c) Die Verbeamtung als der größtmögliche Kündigungsschutz in Deutschland
(1) Entlassung
(2) Disziplinarische Entfernung aus dem Beamtenverhältnis
(3) Der Verlust der Beamtenrechte
2. Funktionelle Änderungen im Beamten- und Arbeitsverhältnis
a) Das Weisungs- und Direktionsrecht des privatrechtlichen Arbeitgebers
(1) Allgemeines
(2) Inhalt, Grenzen und Wirkung
b) Besonderheiten des Direktionsrechts für Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst
c) Änderungsmöglichkeiten im Beamtentum
(1) Versetzung
(2) Abordnung
(3) Zuweisung
(4) Umsetzung
3. Amtshaftung und Regress öffentlich-rechtlich Beschäftigter im Vergleich mit arbeitsrechtlichen Haftungsmaßstäben
a) Die Haftung des Beamten
(1) Die Beamtenhaftung als historisches Beispiel des Verständniswandels im Beamtentum
(2) Die Schadensersatzhaftung des Beamten heute
b) Grundsätze der Arbeitnehmerhaftung
(1) Haftungsbeschränkung durch innerbetrieblichen Schadensausgleich gegenüber dem Arbeitgeber
(2) Haftungsbeschränkungen gegenüber Arbeitskollegen und Dritten
c) Die Haftung der Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst
(1) Nicht-tarifbeschäftigte Arbeitnehmer
(2) Tarifbeschäftigte
4. Besondere Straftaten im Amt
a) Hintergrund
b) Der Begriff des Amtsträgers
c) Deliktstypen
5. Das Arbeitskampfrecht der Beschäftigten im öffentlichen Dienst

a) Das Recht zum Arbeitskampf für Arbeitnehmer in Deutschland
(1) Verfassungsrechtliche Grundlagen
(2) Ausgestaltung des Arbeitskampfrechts
b) Das Arbeitskampfrecht im öffentlichen Dienst
(1) Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst
(2) Das Streikrecht von Beamten
V. Resümee

I. Einleitung

„Ich bin der erste Diener des Staates."[1]
Friedrich II., König von Preußen, * 1712 † 1786

Das öffentlich-rechtliche Beschäftigungsverhältnis in Deutschland lebt in einer Ambivalenz zwischen historisch wie verfassungsrechtlich verankerten Grundprinzipien einerseits und der dynamischen Fortentwicklung des Arbeitsrechts und seiner Schutzmechanismen andererseits. Offenkundig wird dies vor allem in der Oszillation von Privilegiengewährung und Rechtseinschränkung, je nachdem, in welcher Art von Rechtsverhältnis der Beschäftigte steht. Sowohl bei kollektiven als auch bei individualrechtlichen Sachverhalten können arbeits- und dienstrechtliche Behandlung im öffentlichen Dienst erheblich divergieren: Während beispielsweise die Verbeamtung auf Lebenszeit für die Beschäftigten in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis eine lebenslange wirtschaftliche und soziale Existenzsicherung durch den stärksten rechtlichen Bestandsschutz für ein Beschäftigungsverhältnis in Deutschland bietet, ist den gleichen Beamten aufgrund ihrer Treuepflicht das Streikrecht versagt, jedenfalls zumindest, soweit sie hoheitliche Befugnisse im Sinne des Art. 33 Abs. 4 GG (Grundgesetz) ausüben. Die störungsfreie Erfüllung hoheitsrechtlicher Aufgaben, die nur dem Staat und seinen untergeordneten Organen obliegt, stellt eine anerkannte Restriktion bestimmter Grundrechte der Beamten dar, während dieselben Rechte gleichzeitig jedoch einer Vielzahl von Angestellten zugebilligt werden, die an die Weisungen der gleichen Dienstherren gebunden

[1] Im Original *„Un prince est le premier serviteur et le premier magistrat de l'État"*, Mémoires pour servir à l'histoire de la maison de Brandebourg, in: Œuvres de Frédéric le Grande, Band 8 (1848), S. 142.

sind, aber in einem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis mit diesen stehen. Die Doppeldeutigkeit des eingangs erwähnten, Friedrich dem Großen zugeschriebenen Leitspruchs hinsichtlich Privilegierung und gleichzeitiger Unterwerfung im höchsten Dienst für den Staat besitzt damit im modernen öffentlichen Dienst eine reale Ausgestaltung.

Nicht nur das Zusammentreffen von öffentlichem Haushaltsrecht, Beamtenrecht, Tarifrecht, allgemeinem Arbeitsrecht und den Besonderheiten, die das Arbeitsrecht im öffentlichen Dienst von diesem unterscheiden, erschweren den Zugang zur Gesamtmaterie der öffentlich-rechtlichen Beschäftigungsverhältnisse. Auch haben viele Privatisierungen und Umstrukturierungen in den letzten Jahrzehnten dazu geführt, dass schon die Grenze zwischen öffentlichem Dienst und privatem Arbeitsverhältnis nicht immer eindeutig und wenn, dann nur unter sehr komplexer Herangehensweise zu bestimmen ist.[2] Die Vielfalt der Arbeitgeber im öffentlichen Dienst erstreckt sich heutzutage von der klassischen Bundes-, Landes- und Kommunalverwaltung über unterstaatliche Selbstverwaltungskörperschaften wie Universitäten, Krankenkassen, Berufsgenossenschaften oder Kreditinstitute bis hin zu Mischformen öffentlicher und privater Unternehmen. Unabhängig von der Rechtsform ihres Arbeitgebers waren in Deutschland zuletzt rund 5,7 Millionen Menschen für den „Arbeitgeber Staat" tätig, ca. 2,7 Millionen davon in einem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis.[3] Die Bedeutung des öffentlichen Dienstes ist daher nicht nur an seiner Funktion für die staatliche Verwaltung zu bemessen, sondern auch an seiner wirtschaftlichen und sozialen Rolle für den bundesweiten Arbeitsmarkt.

Der vorliegende Beitrag soll eine Einführung in die Beschäftigungsstrukturen des öffentlichen Dienstes bieten. Neben Ausführungen zu den historischen Wurzeln von Beamtentum und Arbeit für den Staat werden die

---

[2] Zu beispielsweise daraus resultierenden Hybridformen von Beamten- und Arbeitsverhältnis vgl. *Schoch*, Rechtliche Steuerung der Privatisierung staatlicher Aufgaben, JURA 2008, 672; *Hofmann*, Privatisierung öffentlicher Dienstleistungen und Beamtenbeschäftigung, ZTR 1996, 493.

[3] Stand: 30. Juni 2012, *Statistisches Bundesamt*, Personal des öffentlichen Dienstes 2012, S. 20, abrufbar unter https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/FinanzenSteuern/OeffentlicherDienst/PersonaloeffentlicherDienst2140600127004.pdf?__blob=publicationFile (letzter Aufruf am 7. März 2015).

wesentlichen dienst- bzw. arbeitsrechtlichen Grundlagen, Rechte und Pflichten für öffentlich-rechtlich Bedienstete und Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst dargestellt. Ferner werden Gleichheiten und Unterschiede zwischen Beamten und Arbeitnehmern anhand konkreter Beschäftigungsgegenstände beispielhaft aufgezeigt. Von den Erläuterungen explizit ausgenommen sind Fragen kirchlicher Beschäftigungsverhältnisse.

II. Historische Entwicklung des Rechtsstaates und seiner hoheitlichen Befugnisse als Grundlage für staatliche Beschäftigung

Für die beschäftigungspolitische Einordnung der Bundesrepublik Deutschland als Arbeitgeber ist zunächst deren Wahrnehmungs- und Anordnungsbefugnis für hoheitliche Aufgaben im Subordinationsverhältnis zwischen Staat und Bürgern grundlegend, also für solche Tätigkeiten, durch die der Bestand des Staates und des Gemeinwohls gewährleistet werden. Die Einteilung der hierunter konkret fallenden Hoheitsakte erfolgt anhand der durch die Gewaltenteilung getrennten Staatsgewalten: Gesetzgebung, der Erlass und die Vollstreckung von Verwaltungsakten sowie gerichtliche Entscheidungen obliegen in Deutschland den verschiedenen Staatsorganen der Legislative, Exekutive und Judikative. Als Teil des Rechtsstaates sind diese rechtlich gebunden, das heißt jedes staatliche Handeln unterliegt zur Sicherung der Freiheit und Gleichheit des Einzelnen der gerichtlichen Kontrolle über dessen Gesetzeskonformität. Oberster Überprüfungsmaßstab hierfür ist das Grundgesetz. Die Ausübung staatlicher Macht ist somit nicht zentral, sondern getrennt sowie nur auf Grundlage der Verfassung und von formell wie materiell verfassungsmäßig erlassenen Gesetzen zulässig.

1. Die Einführung des organisierten Beamtentums in Preußen

Geschichtlich haben die heutigen Beschäftigungsstrukturen und die Wahrnehmung von staatlichen Aufgaben durch Beamte und Angestellte ihre Wurzeln von der Mitte des 18. Jahrhunderts bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts.[4] Unter der Herrschaft Friedrich Wilhelms I. (1713-1740) und Friedrichs II. (1740-1786) wurde die Beamtenausbildung in Preußen nicht nur in quantita-

[4] Zu Vorformen des Beamtentums von der Spätantike bis zum Mittelalter *Hattenhauer*, Geschichte des Beamtentums, 1980, S. 2 ff., 43 ff.

tiver Hinsicht enorm erweitert, sondern zudem auch formalisiert und mit der fiskalischen, militärischen und disziplinären Staatsausrichtung verknüpft.[5] Höhere Beamtenposten und Offiziersstellen wurden zu diesem Zeitpunkt ausschließlich Adligen zugeteilt, da nahezu sämtliches Staatshandeln direkt oder indirekt der Landesverteidigung galt und diese als vornehmste gesellschaftliche Aufgabe angesehen wurde.[6] Grund für die adlige Privilegierung war jedoch nicht nur das Standesverständnis in der damaligen Gesellschaft, sondern vor allem das Grundeigentum sowie die damit verbundenen Herrschaftsrechte und ökonomische Stärke des Adels, deren Offiziere folglich die Schlagkraft der Armee, des unerlässlichen Instruments für das zeitgenössische Ideal des „souveränen Machtstaates", garantierten. Das Finanzwesen galt konsequenterweise als Kernbereich der zivilen Verwaltung und sollte in erster Linie das Militär „alimentieren". Hierdurch entstand zum ersten Mal eine organisierte und strukturierte Delegation staatlicher, also hoheitlicher Aufgaben auf Bedienstete im deutschen Raum.

> Friedrich: *„Weiß Er wohl [...], daß ich Ihm seine Mühle nehmen kann, ohne einen Groschen dafür zu geben?"*
> Der Müller: *„Ja, Ehrenwerte Majestät, [...] wenn das Kammergericht in Berlin nicht wäre."*[7]
>
> Legende über den Bau der Parkanlage des Potsdamer Schlosses Sanssouci von 1745 bis 1747 durch Friedrich II., für dessen Vergrößerung Friedrich einem im dortigen Gelände ansässigen Müller dessen Mühle abkaufen wollte, was dieser, genau wie eine Enteignung durch den König, mit Verweis auf die von Friedrich selbst eingeführte und gestärkte richterliche Unabhängigkeit vom Staat ablehnte. Friedrich soll seinen Bauplan daraufhin mit Stolz auf die Wahrnehmung seines Machwerks in der Bevölkerung geändert haben. Eine Rekonstruktion der Mühle steht heute wenige Meter von Schloss Sanssouci entfernt.

[5] *Hintze*, Der preußische Militär- und Beamtenstaat im 18. Jahrhundert, in: Hintze/Oestreich, Regierung und Verwaltung, 2. Aufl. 1967, S. 419.

[6] *Koselleck*, Preußen zwischen Reform und Revolution, 2. Aufl. 1975, S. 80.

[7] Überliefert durch *Kugler*, Geschichte Friedrichs des Großen, 1840, S. 268 f.; siehe auch *Sendler*, Friedrich der Große und Müller Arnold, JuS 1986, 759.

In der Zeit des aufgeklärten Absolutismus unter Friedrich II. wuchs in Gesellschaft wie Politik außerdem das Bewusstsein für die Notwendigkeit garantierter richterlicher Unabhängigkeit. Das zu dieser Zeit in Frankreich formulierte Konzept der Gewaltenteilung regte den König gar an, die Unabhängigkeit der Richter in Preußen zu forcieren, womit er freiwillig auch seine eigenen, absoluten Entscheidungs- und Eingriffsbefugnisse beschränkte.[8]

2. Formale und inhaltliche Identitätsstiftung staatsdienlicher Tätigkeit

Friedrich II. baute darüber hinaus das Berufsbeamtentum weiter aus, erhob das Gemeinwohl zum Primärziel des Staates und sah sich selbst als dessen erster Diener. Die Auswirkungen der Französischen Revolution führten ferner zu einem gesellschaftlichen Umdenken, dass Beamte und Richter nicht mehr Diener des Landesherrn, sondern allein des Staates und seiner Rechtsordnung seien: „Fürstendiener" wurden zu „Staatsdienern".[9] Juristisch wurde dies erstmals 1794 im „Allgemeinen Landrecht für die preußischen Staaten" kodifiziert, genau wie Regelungen zur Anstellung, Entlassung und sonstige bis dahin entwickelte Grundsätze des Staatsdienstes. Währenddessen kamen in diesem Zusammenhang zur Jahrhundertwende auch die Idee und der Begriff des Rechtsstaates als Gegenmodell zu Despotie, Theokratie und absolutistischem Polizeistaat erstmalig auf.

Die zu dieser Zeit stattfindende Umwälzung der feudalen Agrarverfassung durch die verstärkte ländliche Warenwirtschaft sowie die notwendige Wiederherstellung der äußeren staatlichen Unabhängigkeit nach der Niederlage gegen den napoleonischen Militärimperialismus führten zu einem erhöhten bürokratischen Personalbedarf, was schließlich auch das ständische Klientel in der Beamtenschaft auflöste.[10] Die Auswahl der Staatsbediensteten erfolgte nicht mehr nach Hierarchie oder durch Beziehungen, sondern aufgrund besonderer Fachkenntnisse. Ideologisch verbreitete sich durch die gleiche Verteilung der hoheitlichen Aufgabenbereiche unter *allen* Mitgliedern der Gesellschaft

[8] *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, fortlaufend (Stand: 2013), Art. 97 GG Rn. 12; auch zum vorherigen Zustand *Hattenhauer* (Fn. 4), S. 282 ff.

[9] *Hattenhauer* (Fn. 4), S. 205 ff.

[10] *Kehr*, Zur Genesis der preußischen Bürokratie und des Rechtsstaats, in: Wehler, Moderne deutsche Sozialgeschichte, 2. Aufl. 1968, S. 49.

ein hochgewürdigter Dienstethos unter den Staatsdienern, im Gegenzug sorgte der Herrscher für ihre auskömmliche Versorgung aus Steuermitteln, was zur Bildung eines Treue- und Loyalitätsverhältnisses zwischen Dienstherren und Beamten führte und zusätzlich Korruption weitestgehend ausschloss.[11] Ebenso wurden Unparteilichkeit, Transparenz und Rechtsunterwerfung schon in diesem Stadium für die staatliche Beamtenschaft verbindlich. Insgesamt waren damit die auch heute noch maßgeblichen Grundgedanken und Inhalte des Beamtenverhältnisses geboren. Fest definierte Laufbahnen wurden im Berufsbeamtentum zur Regel, während es sich mit dem sich anbahnenden Industriezeitalter inhaltlich auf immer neue Zuständigkeiten ausdehnte.

Nachdem in den meisten deutschen Kleinstaaten und auch in Preußen Mitte des 19. Jahrhunderts konstitutionell-monarchische Verhältnisse geschaffen worden waren, wurde das Konzept des Rechtsstaates insbesondere im Hinblick auf eine formaljuristische Kontrolle der Verwaltung durch die Institutionalisierung des Rechtsstaates gefordert. Durch ihre Zuständigkeit für öffentlich-rechtliche Streitigkeiten im Verhältnis des Bürgers zum Staat stellen die daraus hervorgegangen Verwaltungsgerichte neben dem Bundesverfassungsgericht auch heute noch die wesentliche Kontrollinstanz für staatliches Handeln dar.

III. Grundlagen der öffentlichen Beschäftigung

1. Der Aufbau des öffentlichen Dienstes in Deutschland

Die Trennung zwischen natürlichen und juristischen Personen ist auch für die Struktur des Staatsapparates grundlegend. Der Staat als politische Einheit einer Gemeinschaft von Menschen ist nach dem Grundgesetz selbst als juristische Person zu verstehen, besteht wiederum aus verschiedenartigen untergordneten juristischen Personen und wird praktisch durch diese tätig.[12] Grundsätzlich hervorgehoben sind dabei Gebietskörperschaften, die juristische Personen des öffentlichen Rechts darstellen und Menschen, die sich dauerhaft in einem bestimmten Territorium aufhalten, gemeinschaftlich unter einer hoheitlichen Gewalt verbinden und organisieren: Der Bund in Bezug auf das gesamte deutsche Staatsgebiet, die Länder für die einzelnen deutschen

[11] *Osterhammel*, Die Verwandlung der Welt - Eine Geschichte des 19. Jahrhunderts, 2009, S. 869.

[12] Hierzu insgesamt *Weber*, in: Groeger/Weber, Arbeitsrecht im öffentlichen Dienst, 2010, Teil 1 Rn. 27 ff.

Bundesländer sowie die Gemeinden auf kommunaler Ebene. Hiervon zu unterscheiden sind sonstige juristische Personen, durch die der Staat handelt. Dies sind Anstalten, Stiftungen oder berufsständische Körperschaften (zum Beispiel Industrie- und Handels- oder Ärzte- und Rechtsanwaltskammern), die jedoch nicht nur juristische Personen des öffentlichen Rechts sein können, sondern auch solche des Privatrechts, auf die der Staat aus Haushalts- oder Haftungsgründen hoheitliche Aufgaben überträgt.

Tätigkeiten des „öffentlichen Dienstes" sind infolgedessen nicht nach der Art der Tätigkeit an sich zu bestimmen, also zum Beispiel, ob die Beschäftigung im öffentlichen Interesse liegt. Vielmehr ist darauf abzustellen, ob der Beschäftigte dauerhaft im Dienst einer juristischen Person des öffentlichen Rechts steht, also der Bund, ein Bundesland, eine Gemeinde oder eine sonstige Person des öffentlichen Rechts Arbeitgeber bzw. Dienstherr des Beschäftigten ist. Nicht im öffentlichen Dienst stehen damit Personen, die für juristische Personen des Privatrechts tätig sind, auch dann nicht, wenn der Staat diese Träger regelmäßig mit der Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben betraut.[13]

2. Arten der öffentlichen Beschäftigungsverhältnisse

Unter den Beschäftigten im öffentlichen Dienst sind die Personen, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis stehen, von denen zu unterscheiden, die ein privatrechtliches Arbeitsverhältnis mit einer öffentlichen Dienststelle unterhalten. Beide Beschäftigtengruppen sind Angehörige des öffentlichen Dienstes (Art. 33 Abs. 4 GG), jedoch gelten für sie zum Teil sehr verschiedene gesetzliche Grundlagen, Rechte und Pflichten.

a) Öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse

(1) Beamte

Zu den Personen, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis stehen, zählen allen voran Beamte. Aufgrund ihrer besonderen Auswahl, Berufung und Stellung sind Beamte die traditionellen und formal direktesten Staatsbediensteten; Bundes-, Landesverwaltung oder Polizei werden nahezu ausschließlich mit ihnen besetzt. Je nach ihrer jeweiligen Funktion können sie demnach als Vertreter des Bundes oder ihrer Länder angesehen werden.

[13] BVerwG, Urteil v. 27.6.1968 - VIII C 10.67, BVerwGE 30, 81.

Während ihrer Dienstzeit stehen Beamte in einem gesteigerten Bindungsverhältnis zum Staat und repräsentieren diesen, weshalb ihre Grundrechte teilweise eingeschränkt werden können.[14] Eine gesetzliche Legaldefinition des Beamtenbegriffs existiert trotz zahlreicher Spezialregelwerke für diese nicht, jedoch ergeben sich aus Art. 33 Abs. 4 GG, den §§ 3 Abs. 1, 8 BeamtStG (Beamtenstatusgesetz) sowie den §§ 4, 10 BBG (Bundesbeamtengesetz) Anhaltspunkte dafür. Beamter ist demnach derjenige, der durch Aushändigung der vorgeschriebenen Urkunde in ein öffentlich-rechtliches Dienst- und Treueverhältnis berufen worden ist.[15] Das Beamtenverhältnis kommt nicht durch einen Vertrag zustande, sondern wird durch den Formalakt der Ernennung samt Aushändigung der Ernennungsurkunde begründet und kann auf Widerruf, auf Probe, auf Zeit oder auf Lebenszeit geschlossen werden. Darüber hinaus besteht das Ehrenbeamtenverhältnis für Personen, die Beamtentätigkeiten ehrenamtlich (also unentgeltlich) ausüben. Als Kandidaten für die Verbeamtung kommen grundsätzlich nur Deutsche im Sinne des Art. 116 GG oder Staatsangehörige der Europäischen Union in Betracht. Diese müssen außerdem dienstfähig, das heißt körperlich, geistig und charakterlich geeignet sein, dürfen keine Vorstrafen aufweisen und müssen die für die vorgesehene Dienstlaufbahn nötige fachliche Qualifikation besitzen.

Die Hauptpflichten des Beamten werden als „Dienst- und Treuepflichten" bezeichnet und in § 60 Abs. 1 BBG definiert: Beamte handeln demnach für das ganze Volk, nicht für eine politische Partei, müssen sich zur freiheitlichen demokratischen Ordnung des Grundgesetzes bekennen und ihre politische Betätigung im Verhältnis zu ihrer Rolle und ihren Aufgaben als Beamte mäßigen (§ 60 Abs. 2 BBG). Diese gesetzlich zugewiesene Rolle reflektiert auch heute noch das historische Amtsethos der dem Staat nächsten Diener, welches von der Teilnahme an dessen Aufgaben in unparteiischer Art zum Wohle der Allgemeinheit bestimmt ist.[16] Beamte unterliegen dem Weisungsrecht ihrer Dienststelle, solange

[14] Dazu allgemein und mit Beispielen für Grundrechtsbeschränkungen *Leppek*, Beamtenrecht, 11. Aufl. 2011, Rn. 200 ff.; *Schnellenbach*, Beamtenrecht in der Praxis, 8. Aufl. 2013, § 6 Rn. 4 ff.

[15] *Battis*, Bundesbeamtengesetz (Kommentar), 4. Aufl. 2009, § 4 BBG Rn. 2.

[16] *Battis* (Fn. 15), § 60 BBG Rn. 5; zum historischen Vergleich *Vogelsang*, Ethos des Berufsbeamtentums in der Gegenwart, ZBR 1997, 33.

dadurch nicht gegen gesetzliche Bestimmungen verstoßen wird oder ihre Persönlichkeitsrechte eingeschränkt werden. Der Dienstherr des Beamten unterliegt im Gegenzug einer besonderen Fürsorgepflicht und hat nicht nur während des aktiven Dienstes, sondern auch bei Krankheit, Invalidität und im Ruhestand für einen angemessenen Lebensunterhalt des Beamten zu sorgen (Alimentationsprinzip). Aufgrund dieser intensiven Bindung gehören Beamte in der Regel lebenslänglich, also auch im Ruhestand, dem Beamtentum an. Die konkrete Hauptfunktion eines Beamten ist die Wahrnehmung hoheitsrechtlicher Aufgaben, welche die gesamte öffentlich-rechtliche Tätigkeit einschließlich der Leistungsverwaltung umfassen.[17] Zu unterscheiden von dieser staats- bzw. statusrechtlichen Definition des Beamten sind der haftungs- und der strafrechtliche Beamtenbegriff (Art. 34 GG in Verbindung mit § 839 BGB (Bürgerliches Gesetzbuch) bzw. § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. a) StGB (Strafgesetzbuch)), die für ihre Zweckbestimmung einen erweiterten Adressatenkreis einschließen.[18] Gemäß § 5 BBG in Verbindung mit Art. 33 Abs. 4 GG besteht bezüglich der Wahrnehmung hoheitlicher Tätigkeiten gar ein Funktionsvorbehalt: Schon die Berufung eines Beamten ist nur für solche Dienste zulässig. Anderweitige Aufgaben dürfen sie nur ausüben, wenn diese aus Sicherheits- oder auch Geheimhaltungsgründen nicht von Personen wahrgenommen werden dürfen, die in einem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis stehen (§ 3 Abs. 2 BeamtStG, § 5 Nr. 2 BBG). Die sich daraus ergebende differenzierte Personalstruktur im öffentlichen Dienst basiert im Wesentlichen auf dengewandelten Aufgaben der Verwaltung zur Daseinsvorsorge im Sozialstaat und besteht in dieser Form seit Ende dem Ende des Ersten Weltkrieges.[19]

---

[17] Extensive Interpretation, vgl. BVerwG, Urteil v. 6.2.1975 - II C 68.73, BVerwGE 47, 330; Urteil v. 23.10.1969 - II C 80.65, BVerwGE 34, 123; *Lecheler*, in: Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum Grundgesetz, fortlaufend (Stand: 2013), Art. 33 GG Rn. 49; ausgenommen sind nur interne Organisationsvorgänge wie die reine Fiskalverwaltung oder privatrechtliche Beschaffungsgeschäfte der öffentlichen Hand.

[18] Siehe IV. 3. c) (1) und IV. 4. b)..

[19] Vgl. dazu *Jung*, Die Zweispurigkeit im öffentlichen Dienst, 1971, S. 32; *Di Fabio*, Privatisierung und Staatsvorbehalt. Zum dogmatischen Schlüsselbegriff der öffentlichen Aufgabe, JZ 1999, 585; allgemein *Leppek* (Fn. 14), Rn. 75.

(2) Richter

Ebenso bekleiden Richter ein öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis, die zwar keine Beamten, diesen jedoch in vielen Bereichen gleichgestellt sind und ebenfalls durch einen formbedürftigen Verwaltungsakt entweder auf Lebenszeit, auf Zeit oder auf Probe ernannt werden. Von den im Zuge dessen ausgewählten Berufsrichtern sind ehrenamtliche Richter zu unterscheiden, die aufgrund ihrer allgemeinen Bürgerpflicht (Schöffen in Zivil- und Strafsachen) oder ihrer Arbeitnehmer- bzw. Arbeitgebereigenschaft (in Arbeitssachen) einmalig oder zeitlich befristet Teil eines Gerichts werden. Voraussetzungen und Inhalte des Richterberufs regelt das Deutsche Richtergesetz (DRiG). Gemäß § 7 D RiG sind alle ordentlichen Professoren der Rechtswissenschaften in Deutschland zum Richteramt befähigt, sofern sie die deutsche Staatsbürgerschaft besitzen, auch, wenn Sie keine Volljuristen sind.[20] Der richterliche Aufgabenkreis besteht grundsätzlich in der Entscheidung über Recht und Unrecht; nach Art. 92 GG ist den Richtern die rechtsprechende Gewalt anvertraut. Zu den Obliegenheiten eines Richters gehören jedoch auch bestimmte Aufgaben der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Wesentliches Merkmal des Richteramtes ist die richterliche Unabhängigkeit gemäß Art. 97 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG, aufgrund derer der Richter nur dem Gesetz unterworfen ist. Er ist sa chlich unabhängig und weisungsfrei hinsichtlich seiner Rechtsentscheidung. Anders verhält es sich bei Staatsanwälten, die, obwohl sie zur Ausübung des Staatsanwaltsberufs ebenfalls die Befähigung zum Richteramt vorweisen müssen, Organe der Rechtspflege und damit Beamte im höheren Justizdienst sind. Sie sind dem Oberstaatsanwalt, der leitenden Oberstaatsanwaltschaft, dem Generalstaatsanwalt sowie dem Justizminister des jeweiligen Bundeslandes untergeordnet und gemäß § 146 GVG (Gerichtsverfassungsgesetz) weisungsgebunden.

(3) Soldaten

Soldaten sind zwar ebenfalls keine Beamten, stehen aber gleichermaßen in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis. Soldat ist nach § 1 Abs. 1 SG (Soldatengesetz), wer aufgrund der Wehrpflicht oder freiwilliger

[20] *Staats*, Deutsches Richtergesetz, 2012, § 7 DRiG Rn. 1.

Verpflichtung in einem Wehrdienstverhältnis steht, wobei die Wehrpflicht in Deutschland seit Juli 2011 in Friedenszeiten ausgesetzt ist. Generell zählen Wehrpflichtige allerdings schon nicht zu den Beschäftigten im öffentlichen Dienst, da sie nicht ständig im Dienst einer juristischen Person des öffentlichen Rechts stehen; dies trifft nur auf Berufssoldaten und Soldaten auf Zeit zu.[21] Auch (freiwillige) Soldaten werden durch Verwaltungsakt in Form der Aushändigung einer Ernennungsurkunde in das Dienstverhältnis berufen, § 41 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SG. Grundpflichten des Soldaten sind der Dienst für die Bundesrepublik Deutschland und die Verteidigung des Rechts und der Freiheit seiner Bürger (§ 7 SG). Die konkreten Aufgaben eines Soldaten bestehen in der Wahrnehmung der Befugnisse der Streitkräfte, also gemäß Art. 87a Abs. 1 Satz 1 GG primär die Verteidigung des Landes. Für andere Zwecke dürfen Streitkräfte nur eingesetzt werden, wenn das Grundgesetz dies ausdrücklich zulässt (Art. 87a Abs. 2 GG). Die Aufgaben im Verteidigungs- und Spannungsfall betreffen den Schutz ziviler Objekte sowie die Verkehrsregelung auf Grundlage des Polizeirechts. Darüber hinaus können Soldaten in begrenzten Einzelfällen und unter engen Voraussetzungen bei inneren Notständen tätig werden, ebenso wie bei Naturkatastrophen und zur Bekämpfung organisierter und militärisch bewaffneter Aufständischer (Art. 87a Abs. 4 Satz 1, 35 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 Satz 1 GG).

Aus Relevanz- und Anschaulichkeitsgründen werden die vergleichenden Beispiele für die speziellen Beschäftigungsinhalte im späteren Verlauf dieses Beitrags für das Verhältnis zwischen Beamten und Arbeitnehmern im öffentlichen Dienst dargestellt.

b) Privatrechtliche Arbeitsverhältnisse im öffentlichen Dienst

Im öffentlichen Dienst können des Weiteren Arbeitnehmer stehen, sofern sie nicht in ein öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis ernannt werden, sondern mit dem Dienstherrn einen privatrechtlichen Arbeitsvertrag schließen. Für die Einordnung des Beschäftigten als Arbeitnehmer gelten die gleichen Regeln wie im allgemeinen Individualarbeitsrecht, das heißt er muss dem Dienstherrn gegenüber insbesondere zur weisungsgebunde-

[21] BVerfG, Beschluss v. 7.5.1963 - 2 BvR 481//60, BVerfGE 16, 94.

nen und fremdbestimmten Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet sein.[22]

Für die Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst finden die allgemeinen arbeitsrechtlichen Vorschriften Anwendung; aufgrund ihrer nahen Zusammenarbeit mit Beamten und ihrer Tätigkeit für Dienstherren, die dem öffentlichen Haushaltsrecht unterliegen, gelten für sie jedoch darüber hinaus eine Reihe von Sondervorschriften, beispielsweise ein regelmäßig stärkerer Bestandsschutz für ihre Arbeitsverhältnisse, vor allem für ältere und langjährig beschäftigte Arbeitnehmer.[23] Geregelt werden diese, genau wie die allgemeine Rechtsstellung von Arbeitnehmern im Staatsdienst, überwiegend in Tarifverträgen für den öffentlichen Dienst. Im Gegensatz zur Privatwirtschaft werden dort auch spezielle Regelungen zur Altersversorgung der Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst getroffen.[24] Bezüglich der auf die Mitbestimmung in der Dienststelle sind Beamte und Arbeitnehmer wegen § 4 Abs. 1 BPersVG (Bundespersonalvertretungsgesetz) weitestgehend gleichgestellt.

Eine Konvergenz[25] zwischen Beamten und Arbeitnehmern findet jedoch gleichzeitig auch im Pflichtenkreis der privatrechtlich Beschäftigten statt: So unterliegen sie zwar keinen Einschränkungen ihrer Grundrechte, jedoch sind auch sie wegen ihres Nähe- und damit Wahrnehmungsverhältnisses zu staatlichen Institutionen - dienstlich wie außerdienstlich - zu einem „achtungswürdigen Verhalten“ verpflichtet, welches das Ansehen des Staates nicht beeinträchtigt.[26] Dies bezieht sich auch auf politische

---

[22] Zu speziellen Abgrenzungsfragen vgl. *Giesen*, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2, 3. Aufl. 2009, § 326 Rn. 12 f.

[23] Vgl. hierzu *Kiel*, in: Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht - Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen, 4. Aufl. 2012, § 626 BGB Rn. 318l.

[24] Dazu *Rolfs*, in: Blomeyer/Rolfs/Otto, Betriebsrentengesetz (Kommentar), 5. Aufl. 2010, § 18 BetrAVG Rn. 1 f.

[25] Überblick bei *Battis* (Fn. 15), § 5 BBG Rn. 12 f.

[26] Vgl. dazu BAG, Urteil v. 20.11.1997 - 2 A ZR 643/96, NZA 1998, 323; Urteil v. 14.2.1996 - 2 A ZR 274/95, NZA 1996, 873; Urteil v. 28.8.1958 - 3 A ZR 601/57, AP Nr. 1 zu § 1 K SchG Verhaltensbedingte Kündigung; Überblick bei *Scheuring*, Außerdienstliches Fehlverhalten von Arbeitnehmern des öffentlichen Dienstes als Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten, ZTR 1999, 337.

Meinungsäußerungen, sofern diese nicht durch Art. 5 Abs. 1 GG gedeckt sind. Ihre Rechte bestehen damit uneingeschränkter als die von Beamten, jedoch haben auch Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst jegliches Verhalten zu unterlassen, das den Staat und seine Verfassungsorgane in unangemessener Weise verächtlich machen könnte. Sie unterliegen demnach - neben ihrer allgemeinen arbeitsrechtlichen Treuepflicht - einer „politischen Treuepflicht", deren Umfang sich nach der vom Arbeitnehmer ausgeübten Funktion im Einzelfall richtet.[27] Im Vergleich zu Arbeitnehmern bei privaten Arbeitgebern gelten aufgrund des gegenüber dem Staat besonders gesteigerten Bedürfnisses nach Datenschutz zudem strengere Anforderungen an die Verschwiegenheitspflicht der privatrechtlich Beschäftigten im öffentlichen Dienst. Ferner besteht, wie für Beamte, auch für Arbeitnehmer bei staatlichen Arbeitgebern die Pflicht zur Verfassungstreue[28] sowie das Gebot der Unbestechlichkeit, bei dessen Nichtachtung, zum Beispiel durch die Annahme von Geschenken, auch für Arbeitnehmer eine Strafbarkeit nach den §§ 331, 332 StGB in Frage kommt.[29] Umgekehrt sind ebenso arbeitsrechtliche Einflüsse auf das Beamtenrecht erkennbar, zum Beispiel in der Teilzeitbeschäftigung von Beamten (§ 91 BBG), der gesetzlichen Höchstgrenze der regelmäßigen Arbeitszeit (§ 87 BBG) oder bei der Mehrarbeitsvergütung (§ 88 BBG). Ohne, dass es zu einer völligen Angleichung kommt, nähert sich die Rechtsbeziehung des Arbeitnehmers zu seinem öffentlichen Dienstherrn damit den Grundsätzen an, die für das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis gelten.

3. Rechtsquellen der Beschäftigung im öffentlichen Dienst

Ähnlich wie im allgemeinen Arbeitsrecht ergeben sich die Beschäftigungsgrundlagen des öffentlichen Dienstes sowohl für öffentlich-rechtliche Beschäftigte als auch für Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst aus einer Reihe von Rechtsquellen.

---

[27] BAG, Urteil v. 28.9.1989 - 2 A ZR 317/86, AP Nr. 24 zu § 1 K SchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung; *Lakies/Kutscha*, Die Entwicklung der Rechtsprechung zur Kündigung wegen mangelnder Verfassungstreue, NZA 1995, 1079.

[28] BVerfG, Beschluss v. 22.5.1975 - 2 BvL 13/73, BVerfGE 39, 334.

[29] *Heine*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 28. Aufl. 2010, § 331 StGB Rn. 3; siehe hierzu ausführlich D. IV. 2.

a) Öffentliches Dienstrecht

Die Grundlagen für die Beschäftigungsverhältnisse von öffentlich-rechtlich Beschäftigten basieren aufgrund des mangelnden Vertragsverhältnisses ausschließlich auf gesetzlichen Vorschriften, Rechtsverordnungen sowie Verwaltungsvorschriften und werden damit vom Bund, den Bundesländern oder der Verwaltung einseitig legislativ festgelegt. Rechte und Pflichten werden in Spezialgesetzen für die jeweilige Beschäftigungsgruppe geregelt, weder die allgemeinen individual- noch kollektivarbeitsrechtlichen Vorschriften finden Anwendung.

Für das Beamtenrecht ist der verfassungsrechtliche Ausgangspunkt dabei Art. 33 GG.[30] Darauf aufbauend existieren zahlreiche allgemeine und besondere gesetzliche Regelungen über den Zugang, die Inhalte, Beendigungs- und Ruhestandsmodalitäten im Berufsbeamtentum. Die Gesetzgebungskompetenz für das Beamtenrecht wurde dabei durch die Föderalismusreform aufgeteilt: Während das Recht der Bundesbeamten nach Art. 73 Abs. 1 Nr. 8 GG der ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz des Bundes zugeordnet ist, gehört das Recht der Landes- und Kommunalbeamten überwiegend zur alleinigen Gesetzgebungskompetenz der Länder. Allein im Hinblick auf die Statusrechte und –pflichten aller Beamten besteht nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG eine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz. Hiervon hat der Bund mit Zustimmung des Bundesrats durch das Beamtenstatusgesetz (BeamtStG) Gebrauch gemacht, das insofern für alle Beamten in der Bundesrepublik gilt.[31] Die Ausgestaltung des konkreten Inhalts der Dienstverhältnisse von Beamten auf Landes- und Kommunaleben obliegt hingegen den einzelnen Bundesländern, wobei sich Struktur und Kerngehalt der föderalen Regelungen dennoch stark an den Bundesgesetzen orientieren. Die Wichtigsten unter diesen sind das Bundesbeamtengesetz (BBG), das Bundesbesoldungsgesetz (BBesG) sowie das Beamtenversorgungsgesetz

[30] *Badura*, in: Maunz/Dürig (Fn. 8), Art. 33 GG Rn. 23, 25 ff. sowie 55 ff.; instruktiv *Merten*, Das Berufsbeamtentum als Element deutscher Rechtsstaatlichkeit, ZBR 1999, 1 und *Badura*, Die hoheitlichen Aufgaben des Staates und die Verantwortung des Berufsbeamtentums, ZBR 1996, 321.

[31] Dazu *Dillenburger*, Das Beamtenstatusgesetz als neues Beamtenbundesrecht für die Beamtinnen und Beamten der Länder, NJW 2009, 1115; *Koch*, Das öffentliche Dienstrecht nach der Föderalismusreform I, DVBl 2008, 805.

(BeamtVG). Das Beamtenrecht ist formal betrachtet vollkommen aus dem Privatrecht ausgegliedert und Teil des besonderen Verwaltungsrechts, weshalb grundsätzlich alle Prinzipien, die für allgemeines Verwaltungshandeln gelten, auch im öffentlichen Dienstrecht zu beachten und einzuhalten sind, beispielsweise das Rechtsstaatsprinzip oder die Sozialstaatlichkeit.[32] Das Beamtenrecht ist daher insgesamt nicht bloß als branchenspezifisches Arbeitsrecht anzusehen, sondern teilweise als originäres Staatsorganisationsrecht. Sofern es sich um Gegenstände aus dem Dienstverhältnis handelt, sind für Streitigkeiten zwischen Beamten und ihren Dienstherren die Verwaltungsgerichte zuständig (§ 54 Abs. 1 BeamtStG).

Für bestimmte Beamtengruppen existieren spezielle gesetzliche Regelungen, um durch eine interessen- und sachgerechtere Ausgestaltung der konkreten Dienstverhältnisse deren besonderen Ansprüchen zu genügen. Beispiele hierfür sind das Bundespolizeibeamtengesetz (BPolBG) für Bundespolizisten, das Gesetz über den Auswärtigen Dienst (GAD) für Beamte des Auswärtigen Amts, das Bundesbankgesetz (BBankG) für das Personal der Deutschen Bundesbank oder das Dritte Buch des Sozialgesetzbuches (SGB III) für die Mitarbeiter der Bundesagentur für Arbeit. Darüber hinaus bestehen für andere Arten öffentlich-rechtlicher Dienstverhältnisse eigene Gesetzesvorschriften, zum Beispiel das Soldatengesetz (SG) für Personen in einem Wehrdienstverhältnis, das Deutsche Richtergesetz (DRiG) für Richter und Anwärter des Richterdienstes oder die Bundesnotarordnung (BNotO) für Notare.

b) Arbeitsrecht

Für die Beschäftigten in Arbeitsverhältnissen gelten primär die individualarbeitsrechtlichen Gesetzesvorschriften sowie deren Arbeitsverträge. Von wesentlicher, wenn nicht gar größter Bedeutung sind darüber hinaus die Tarifverträge des öffentlichen Dienstes. In quantitativer Hinsicht gelten diese für fast alle Gruppen der im öffentlichen Dienst beschäftigten Arbeitnehmer. Selbst in der seltenen Konstellation, dass ein Arbeitgeber der öffentlichen Hand nicht tarifgebunden ist, wird im Arbeitsvertrag üblicher-

[32] BVerfG, Beschluss v. 30.3.1977 — 2 BvR 1039/75, BVerfGE 44, 249; Übersicht zur formalen Einordnung des Beamtenrechts bei *Leppek* (Fn. 14), Rn. 22.

weise die Geltung der einschlägigen Tarifbestimmungen vereinbart, um eine ähnlich einheitliche Ausgestaltung der Arbeitsverhältnisse zu erreichen, wie sie parallel in der Beamtenschaft aufgrund der gesetzlichen Vorschriften herrscht.[33] Hierdurch kann der Inhalt der entsprechenden Tarifverträge auch für die Arbeitsverhältnisse gelten, die zwischen einem tarifgebundenen Arbeitgeber und nicht gewerkschaftlich organisierten Arbeitnehmern bestehen. Die wichtigsten Tarifwerke sind dabei der Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (TVöD) für die Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes auf Bundes- und Gemeindeebene sowie der Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst der Länder (TV-L), der für die privatrechtlich Beschäftigten auf Landesebene in allen deutschen Bundesländern mit Ausnahme von Berlin und Hessen gilt. Vertragspartner dieser Tarifverträge sind dabei zum einen die Bundesrepublik Deutschland sowie die kommunalen Arbeitgeberverbände bzw. die Tarifgemeinschaft deutscher Länder (TdL), zum anderen die Gewerkschaften, in denen die Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes im Wesentlichen organisiert sind.[34] Das in den Tarifverträgen geregelte Vergütungssystem orientiert sich dabei vor allem an Erfahrung und Leistung der Beschäftigten.[35] Neben diesen grundsätzlichen Tarifwerken bestehen ergänzende Tarifverträge, zum Beispiel für Auszubildende oder hinsichtlich der sozialen Absicherung der Beschäftigten. Auch hier wird inhaltlich eine Annäherung an die verbeamteten Beschäftigten anvisiert.

Ferner können sich Rechte und Pflichten für Arbeitnehmer und Dienstherren aus Dienstvereinbarungen ergeben. Diese bilden das Pendant zu Betriebsvereinbarungen bei privaten Arbeitgebern und können in dem durch die Personalvertretungsgesetze von Bund und Ländern bestimmten Rahmen

---

[33] Zu Arten und Wirksamkeitsvoraussetzungen einer solchen Bezugnahme sowie typischen Folgefragen *Thüsing/Lambrich*, Arbeitsvertragliche Bezugnahme auf Tarifnormen, RdA 2002, 193.

[34] Für den TVöD sind dies verd.di (Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft), die GdP (Gewerkschaft der Polizei), die GEW (Bildungsgewerkschaft), die IG Bauen-Agrar-Umwelt (IG BAU) sowie der dbb — Beamtenbund und Tarifunion.

[35] Zum Gesamtinhalt des TVöD und des TV-L *Burger*, Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (Kommentar), 2012; Überblick bei *Linck*, in: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 15. Aufl. 2013, § 184 Rn. 11 ff. sowie *v. Steinau-Steinrück/Glanz*, Überblick zum TVöD: „Ein Weiter so im neuen Gewand?“, NZA 2006, 518.

zwischen Dienststellen und Personalräten vereinbart werden, sofern keine inhaltlich äquivalente Tarifregelung besteht. Bei wirksamem Zustandekommen gelten Dienstvereinbarungen normativ für alle Arbeitsverhältnisse innerhalb ihres persönlichen, sachlichen, fachlichen und örtlichen Geltungsbereichs.[36]

Innerhalb der Grenzen von Arbeitsvertrag, Tarifverträgen, Dienstvereinbarungen und gesetzlichen Vorschriften besteht auch im öffentlichen Dienst nicht zuletzt ein Weisungs- und Direktionsrecht des Dienstherrn gemäß § 106 GewO (Gewerbeordnung), welches sich rechtlich jedoch nicht von dem eines privatrechtlichen Arbeitgebers unterscheidet.[37] Der Dienstherr ist danach berechtigt, den Inhalt, den Ort und die Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen zu bestimmen. Die Ausübung des Direktionsrechts unterliegt der gerichtlichen Kontrolle nach § 315 BGB. Dem Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst können dadurch grundsätzlich alle Tätigkeiten übertragen werden, die von den Merkmalen der für sie maßgebenden Vergütungs- bzw. Entgeltgruppe im Tarifvertrag erfasst sind.

Für Streitigkeiten aus privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen im öffentlichen Dienst sind die Arbeitsgerichte zuständig. Hingegen ist der Verwaltungsrechtsweg für Beschlussverfahren eröffnet, in denen Arbeitnehmer und Dienstherr um personalverfassungsrechtliche Fragen aus dem Bundes- oder Landespersonalvertretungsrecht streiten (§§ 83, 106 BPersVG).[38]

IV. Gemeinsamkeits- und Abgrenzungsbeispiele zwischen Beamten- und Arbeitsrecht im öffentlichen Dienst

1. Arbeitsrechtlicher Kündigungsschutz und Verbeamtung

a) Der arbeitsrechtliche Schutz vor der Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber

---

[36] Dazu *Weber*, in: Richardi/Dörner/Weber, Personalvertretungsrecht (Kommentar), 4. Aufl. 2012, § 73 BPersVG Rn. 2; *Giesen*, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht (Fn. 22), § 326 Rn. 5.

[37] Vgl. zum Direktionsrecht des öffentlichen Dienstherrn gegenüber seinen Arbeitnehmern BAG, Urteil v. 22.1.2004 — 1 AZR 495/01, AP Nr. 25 zu § 91a ZPO; Urteil v. 29.10.1997 — 5 AZR 573/96, NZA 1998, 329; Urteil v. 23.6.1993 — 5 AZR 337/92, NZA 1993, 1127.

[38] Ausführlich *Müller/Preis*, Arbeitsrecht im öffentlichen Dienst, 7. Aufl. 2009, Rn. 59 ff.

(1) Einführung

Die ungewollte Beendigung des Arbeitsverhältnisses ist für jeden Arbeitnehmer mit erheblichen Auswirkungen auf seine berufliche und wirtschaftliche Lebensgrundlage verbunden. Arbeitgebern und Arbeitnehmern steht dabei eine Vielzahl von Gestaltungsmöglichkeiten (bzw. Gestaltungsrechten) zur Verfügung, um das von einer oder von beiden Seiten nicht mehr länger gewünschte Beschäftigungsverhältnis zu beenden. Die arbeitgeberseitige Kündigung, die entweder als ordentliche (fristgerechte) oder, wenn dafür ein wichtiger Grund (§ 626 Abs. 1 BGB) gegeben ist, als außerordentliche (regelmäßig fristlose) Kündigung erklärt werden kann, stellt dabei jedoch nach wie vor den häufigsten Anwendungsfall dar: Kündigungsstreitigkeiten machten allein beim Bundesarbeitsgericht (BAG) zuletzt mehr als ein Fünftel der anhängigen Rechtssachen aus.[39]

Gleichzeitig bietet das deutsche Arbeitsrecht vor allem dem Arbeitnehmer jedoch ebenso einen sehr umfassenden und vielschichtigen Bestandsschutz für sein Arbeitsverhältnis, der die Kündigung durch den Arbeitgeber zahlreichen gesetzlichen Schranken unterwirft und den Beschäftigten vor ungerechtfertigten Entlassungen bewahrt. Soweit ein Arbeitsverhältnis dem Kündigungsschutzgesetz (KSchG) unterfällt, gilt das Grundprinzip, dass der Arbeitgeber ein berechtigtes Kündigungsinteresse geltend machen muss, damit die Kündigung des Arbeitsverhältnisses wirksam ist. Zwar wird der Bestand der Beschäftigung demnach keineswegs absolut geschützt, im Vergleich zum Arbeitnehmer, dem im Grundsatz ein freies ordentliches Kündigungsrecht zusteht, wird dem Arbeitgeber jedoch eine Begründungspflicht auferlegt. Schon allein die Existenz dieser und anderer Beschränkungen verhindert willkürliche Kündigungen.

Im Gegensatz zu anderen Rechtsordnungen herrscht in Deutschland ein „Alles oder Nichts"-Prinzip: Ist die Kündigung wirksam, so tritt die Beendigungswirkung ein. Dem Arbeitnehmer steht in diesem Fall kein Anspruch auf eine Abfindung oder ähnliche Kompensationsleistungen seitens des Arbeitgebers zu. Sofern die Kündigung rechtswidrig ausgesprochen wurde, besteht das Arbeitsverhältnis hingegen unverändert fort, unabhängig

[39] BAG, Jahresbericht des Bundesarbeitsgerichts 2012, S. 11, abrufbar unter http://www.bundesarbeitsgericht.de/download/jahresbericht_2012.pdf (letzter Aufruf auf 7. März 2015).

davon, ob ein Kündigungsschutzprozess geführt wurde, wie lange dieser dauerte und ob der Arbeitnehmer in der Zwischenzeit von der Arbeit freigestellt war. Ausnahmen davon erfolgen nur, wenn dem Arbeitnehmer die Fortsetzung der Beschäftigung nicht zugemutet werden kann oder diese für den Arbeitgeber erwartungsgemäß nicht betriebsdienlich verlaufen wird. In solchen Fällen legt das Arbeitsgericht eine Abfindung für den Arbeitnehmer fest (§ 9 Abs. 1 KSchG). Nur ein sehr geringer Anteil der Arbeitnehmer kehrt jedoch in der Praxis nach gewonnener Kündigungsschutzklage gegen den Willen des Arbeitgebers wieder in den Betrieb zurück. Grund für die Prozesshäufigkeit bei Kündigungen ist neben der existenziellen Komponente für den Arbeitnehmer auch der Umstand, dass viele Aspekte von Rechten und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis zumeist erst anlässlich der Beendigung der Beschäftigung gegenständlich werden.

Übergeordnet ist das Kündigungsschutzrecht darüber hinaus von den Anfängen der Bundesrepublik Deutschland an Sinnbild für das Aufeinanderprallen von unternehmens- und sozialpolitischen Interessen und daher bis heute regelmäßiger Gegenstand zahlreicher Auseinandersetzungen in Gesellschaft, Politik und zwischen den Interessensgruppen des Arbeitsmarktes. Gekennzeichnet wird das rechtliche Patt vor allem durch die gegensätzlichen Belange der Arbeitnehmer, die eine dauerhafte Arbeitsplatzsicherheit anstreben und dabei auch durch das Sozialstaatsgebot (Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 GG) verfassungsrechtlich geschützt werden, sowie der Arbeitgeber, die keine Einschränkung ihrer unternehmerischen Freiheit erfahren wollen und darin ebenso verfassungsrechtlich durch die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) und den Schutz des Eigentums (Art. 14 Abs. 1 GG) unterstützt werden.[40] Die Vielzahl kündigungsrechtlicher Judikate hat zu einer äußerst differenzierten Rechtsprechung geführt, die, genau wie die legislativen Regelungen, grundsätzlich von einem Streben nach Einzelfallgerechtigkeit geprägt ist.[41] Resultierend ergibt sich eine enorme Bandbreite von Grundprinzipien des Kündigungs- und des Bestandsschutzrechts. Zur

[40] Siehe zu den verfassungsdogmatischen Grundlagen *Oetker*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 14. Aufl. 2014, § 1 KSchG Rn. 3.

[41] *Rüthers*, Arbeitsrecht und ideologische Kontinuitäten? Am Beispiel des Kündigungsschutzrechts, NJW 1998, 1433.

besseren Übersicht beziehen sich die nachfolgenden Darstellungen auf den Grundfall der Kündigung eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses.[42]

(2) Allgemeiner Kündigungsschutz

Die Kündigung von Arbeitsverhältnissen ist in Deutschland grundsätzlich in den §§ 620 ff. BGB geregelt. Die ordentliche Kündigung kann dabei zunächst stets nur unter Einhaltung einer Frist erklärt werden, die sich bei der Kündigung des Arbeitgebers nach der Beschäftigungsdauer richtet (§ 622 Abs. 1, Abs. 2 BGB). Die dadurch proportional größer werdende Phase zwischen Kündigungserklärung und tatsächlichem Ende des Arbeitsverhältnisses soll dem Arbeitnehmer im Verhältnis zu seinem Alter vor allem die Chance bieten, genügend Zeit für die Suche nach einer neuen Stelle zu haben, ohne dabei wirtschaftliche Schäden zu erleiden.[43] Auch für den Arbeitgeber können sich hieraus Vorteile ergeben, zum Beispiel in der Personalplanung. Gemäß § 622 Abs. 4 Satz 1 BGB können durch Tarifvertrag auch vergleichsweise ungünstigere Kündigungsfristen vereinbart werden, die dem Arbeitnehmer dementsprechend weniger Schutz gewähren. Hiervon wird in der Praxis jedoch quasi nie Gebrauch gemacht, vielmehr finden sich in Tarifverträgen in aller Regel eher günstigere Staffelungen für die Beschäftigten. Ferner können günstigere Fristen im Umkehrschluss auch in Arbeitsverträgen vereinbart werden, wenn sie nicht nur zugunsten des Arbeitgebers gelten (§ 622 Abs. 6 BGB). Jede Kündigung bedarf darüber hinaus der Schriftform, § 623 BGB. Nach dem Kündigungsausspruch hat der Arbeitgeber den Arbeitnehmer gemäß § 629 BGB für die Suche nach einem neuen Arbeitsplatz in angemessenem Verhältnis freizustellen. Ferner hat der Arbeitnehmer am Beschäftigungsende einen Anspruch auf ein schriftliches Zeugnis (§ 630 BGB, § 109 GewO). Ein allgemeiner Kündigungsausschluss ergibt sich aus § 612a BGB: Eine Kündigung ist wegen des dort normierten Maßregelungsverbots unwirksam, wenn sie wegen der Wahrnehmung berechtigter Interessen des Arbeitnehmers erfolgt, bei-

[42] Übersicht zu allen weiteren Beendigungstatbeständen bei *Preis*, Individualarbeitsrecht, 4. Aufl. 2012, Vor §§ 55 ff. S. 717 ff.

[43] *Müller-Glöge*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (Fn. 40), § 622 BGB Rn. 1 f.

spielsweise wegen seiner gewerkschaftlichen Tätigkeit im Betrieb.[44] Des Weiteren findet sich ein Kündigungsverbot in § 613a Abs. 4 BGB, nach dem solche Kündigungen unwirksam sind, die aufgrund eines Betriebsübergangs ausgesprochen werden. Auch existieren zusätzliche gesetzliche Regelungen, die im weiteren Sinne einen Kündigungsschutz bieten. Hervorzuheben ist dabei vor allem § 102 Abs. 1 BetrVG (Betriebsverfassungsgesetz), nach dem bei jeder Kündigung zuvor der Betriebsrat anzuhören ist; eine ohne Anhörung des Betriebsrats ausgesprochene Kündigung ist unwirksam. Der Anlass einer Kündigung darf zuletzt keine diskriminierenden Hintergründe haben. Sämtliche Benachteiligungen, die aufgrund der Rasse, der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion, der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität geschehen, sind gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz) unzulässig.

Zusätzlich besteht für beide Arbeitsvertragsparteien das jederzeitige Recht zur außerordentlichen Kündigung gemäß § 626 Abs. 1 BGB, der das unabdingbare Freiheitsrecht konstituiert, sich bei extremen Belastungen des Arbeitsverhältnisses von diesem lösen zu können. Die außerordentliche Kündigung ist bei Vorliegen eines wichtigen Grundes, der unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar macht, ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist möglich und geschieht in aller Regel auch derart. Ob ein wichtiger Grund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB vorliegt, bestimmt sich nach dem Vorliegen eines berechtigten Kündigungsgrundes an sich sowie einer Interessenabwägung darüber, ob das Arbeitsverhältnis für beide Vertragsparteien durch das Verhalten des Gekündigten ab sofort unzumutbar ist.[45] Letzteres ist in der Regel der Fall bei massiven Vertrauensbrüchen des Arbeitnehmers, zum Beispiel durch die Verwirklichung eines Straftatbestandes wie Diebstahl oder Betrug am Arbeitsplatz. Aufgrund der notwendigen Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses muss der Arbeitgeber die Kündigung innerhalb von zwei Wochen nach dem Bekanntwerden des die Kündigung auslösenden Ereignisses aussprechen (§ 626 Abs. 2 BGB).

---

[44] LAG Hamm, Urteil v. 18.12.1987 — 17 Sa 1225/87, LAGE § 612a BGB Nr. 1; siehe auch BAG, Urteil v. 22.5.2003 — 2 AZR 426/02, AP Nr. 18 zu § 1 KSchG 1969 Wartezeit; Urteil v. 2.4.1987 — 2 AZR 227/86, NZA 1988, 18.

[45] Siehe nur BAG, Urteil v. 2.3.1989 — 2 AZR 280/88, NZA 1989, 757.

Der allgemeine arbeitsrechtliche Kündigungsschutz für ordentliche Kündigungen ergibt sich vor allem aus dem Kündigungsschutzgesetz und dessen Prämisse, dass nur bestimmte Beendigungsgründe eine wirksame Kündigung zulassen. Gemäß § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG ist die Kündigung eines Arbeitnehmers vor allem dann sozial ungerechtfertigt, wenn sie nicht aus personen-, verhaltens- oder betriebsbedingten Gründen ausgesprochen wird. Darüber hinaus muss der Arbeitgeber in allen Konstellationen prüfen, ob eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers auf einem anderen Arbeitsplatz möglich ist. Jeder andere Kündigungsgrund führt im Geltungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes[46] zur Unwirksamkeit der Kündigung. Für die aufgezählten Kündigungsgründe bestehen dabei im Speziellen verschiedene, durch die Rechtsprechung entwickelte Voraussetzungen.

Bei einer verhaltensbedingten Kündigung ist es beispielsweise in der Regel erforderlich, dass der Arbeitnehmer wegen eines vergleichbaren arbeitsvertragswidrigen Verhaltens, etwa der Beleidigung von Kollegen oder der privaten Internetnutzung, bereits eine Abmahnung erhalten hat.[47] Eine solche Kündigung ist in aller Regel nicht als Sanktion zu verstehen, sondern soll den Arbeitgeber vor weiterem Fehlverhalten schützen. Für die soziale Rechtfertigung der Kündigung bedarf es daher einer negativen Prognose.[48] Ähnlich verhält es sich bei krankheitsbedingten Kündigungen, die in quantitativer Hinsicht den größten Anwendungsfall der personenbedingten Kündigung darstellen: Auch hier ist es in der Regel erforderlich, dass der Arbeitgeber erhebliche Fehlzeiten des Arbeitnehmers wegen derselben Erkrankung darlegt und darauf aufbauend eine begründete negative Prognose für den zukünfti-

[46] Arbeitgeber, die regelmäßig weniger als zehn Vollzeitarbeitnehmer beschäftigen, sind vom Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes ebenso ausgenommen wie solche Arbeitnehmer, die noch nicht mindestens sechs Monate angestellt sind (§§ 23 Abs. 1 Satz 3, 1 Abs. 1 KSchG); Kündigungen können in diesen Fällen auch ohne soziale Rechtfertigung erfolgen. Darüber hinaus gilt das Kündigungsschutzgesetz nur für Arbeits-, nicht für Dienstverhältnisse.

[47] BAG, Urteil v. 31.5.2007 — 2 AZR 200/06, NZA 2007, 922.

[48] BAG, Urteil v. 13.12.2007 — 2 A ZR 818/06, NZA 2008, 589; siehe des Weiteren exemplarisch BAG, Urteil v. 12.1.2006 — 2 A ZR 21/05, NZA 2006, 917; Urteil v. 7.12.1988 — 7 AZR 122/88, AP Nr. 26 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung; *Hergenröder*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4, 6. Aufl. 2012, § 1 KSchG Rn. 198 ff.

gen Krankheitsverlauf abgibt.[49] In Abgrenzung zu verhaltensbedingten Beendigungsgründen werden solche persönlichen Umstände des Arbeitnehmers erfasst, die dieser nicht steuern kann (zum Beispiel eine Alkoholsucht) oder, sofern er die Arbeitsleistung aus nicht vorwerfbaren Gründen nicht erbringen will (zum Beispiel aus Gewissensmotiven). Aufgrund der hieraus möglichen dauerhaften betrieblichen Belastung kann auch eine solche Kündigung zulässig sein.[50] Noch höhere Voraussetzungen gelten für eine betriebsbedingte Kündigung, bei der der Arbeitgeber nicht nur vortragen muss, dass keine anderweitige Beschäftigung des Arbeitnehmers möglich ist, sondern auch eine nachvollziehbare unternehmerische Entscheidung, die zum Wegfall des Arbeitsplatzes führt.[51] Die Ursachen dafür können sowohl inner- als auch außerbetriebliche Hintergründe haben, die Kündigung muss angesichts dringender betrieblicher Erfordernisse allerdings unvermeidbar sein, das heißt sie kann nicht durch mildere Maßnahmen abgewendet werden.[52] Zusätzlich hat der Arbeitgeber unter mehreren Arbeitnehmern, die betriebsbedingt gekündigt werden können, eine Sozialauswahl zu treffen, um diejenigen auszuwählen, die aufgrund ihrer persönlichen Situation durch die Kündigung am wenigsten belastet werden. Die wesentlichen Auswahlkriterien dafür sind nach § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG die Dauer der Betriebszugehörigkeit, das Lebensalter, die Unterhaltspflichten sowie eine eventuelle Behinderung der Arbeitnehmer, allerdings hat der Arbeitgeber das Recht, betriebliche Leistungsträger außen

---

[49] BAG, Urteil v. 7.11.2002 — 2 AZR 599/01, AP Nr. 40 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit; Urteil v. 21.2.2001 — 2 AZR 558/99, NZA 2001, 1071; LAG Rheinland-Pfalz, Urteil v. 27.3.2008 — 10 Sa 669/07, LAGE § 1 KSchG Krankheit Nr. 41; instruktiv *Berkowsky*, Die personenbedingte Kündigung — Teil 1 und 2, NZA 2001, 393 und 449.

[50] Vgl. beispielhaft BAG, Urteil v. 21.5.1992 — 2 AZR 399/91, NZA 1993, 497; zu den weiteren Voraussetzungen einer personenbedingten Kündigung *Oetker*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (Fn 40), § 1 KSchG Rn. 103 ff.

[51] Umfassend zur betriebsbedingten Kündigung *Preis*, Individualarbeitsrecht (Fn. 42), § 63.

[52] Vgl. BAG, Urteil v. 13.3.2008 — 2 AZR 1037/06, NZA 2008, 878; Urteil v. 4.5.2006 — 8 AZR 299/05, NZA 2006, 1096; Urteil v. 21.4.2005 — 2 AZR 132/04, NZA 2005, 1289; Urteil v. 26.9.2002 — 2 AZR 636/01, NZA 2003, 549 mit Besprechung bei *Reuter*, Unternehmerische Freiheit und betriebsbedingte Kündigung, RdA 2004, 161; grundlegend *Wank*, Rechtsfortbildung im Kündigungsschutzrecht, RdA 1987, 136.

vor zu lassen (§ 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG). Die Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich des Vorliegens dringender betrieblicher Erfordernisse trifft nach § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG den Arbeitgeber. Sofern der Arbeitnehmer nicht durch eine Kündigungsschutzklage gegen die betriebsbedingte Entlassung vorgeht, hat er in Fällen einer betriebsbedingten Kündigung einen Abfindungsanspruch nach § 1a Abs. 1 Satz 1 KSchG, dessen Höhe sich an der Dauer der Betriebszugehörigkeit bemisst.

(3) Besonderer Kündigungsschutz

Im Übrigen bietet das deutsche Arbeitsrecht über den allgemeinen Kündigungsschutz hinaus auch eine Reihe von weitergehenden Schutzbestimmungen für besonders schützenswerte Personengruppen. Diese erschweren Kündigungen solcher Personen entweder erheblich oder schließen sie generell aus. Geschützt werden beispielsweise werdende Mütter (§ 9 MuSchG (Mutterschutzgesetz)), Auszubildende nach Ende ihrer Probezeit (§ 22 BBiG (Berufsbildungsgesetz)) oder Personen in Elternzeit (§ 18 BEEG (Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz)) und Pflegezeit (§ 5 PflegeZG (Pflegezeitgesetz)). Schwerbehinderte können gemäß § 85 SGB IX nur nach vorheriger Zustimmung des Integrationsamtes entlassen werden, um durch staatliche Kontrolle die Berücksichtigung der besonderen Schutzinteressen behinderter Menschen zu gewährleisten.[53] Dies gilt daher auch bei außerordentlichen Kündigungen und in Fällen der Erwerbs- und Berufsunfähigkeit (§§ 91, 92 SGB IX).

Darüber hinaus existieren besondere Kündigungsschutzvorschriften für Beschäftigte, die bestimmte Ämter bekleiden. So ist b eispielsweise gemäß § 15 Abs. 1 KSchG die ordentliche Kündigung von Betriebsratsmitgliedern ausgeschlossen; nach § 103 Abs. 1 BetrVG bedarf die außerordentliche Kündigung von Betriebsräten der zusätzlichen Zustimmung des restlichen Betriebsrates. Selbiges gilt für Mitglieder von Jugend- und Auszubildendenvertretungen. Darüber hinaus sind ordentliche Kündigungen von Schwerbehindertenvertretern (§ 96 Abs. 3 SGB IX) und Datenschutzbeauftragten (§ 4f Abs. 3 BDSG (Bundesdatenschutzgesetz)) verboten. Hintergrund sämtlicher Restriktionen in dieser Hinsicht ist die Gewährleistung

[53] *Rolfs*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (Fn. 40), § 85 SGB IX Rn. 1.

der Funktionalität der jeweiligen Gremien und Räte und die Unterbindung absichtlicher bzw. strategischer Kündigungen zur Schwächung des Gremiums oder zur Entledigung unbequemer Meinungskontrahenten.[54]

b) Besonderheiten des Kündigungsschutzes im öffentlichen Dienst

Für Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst gelten sämtliche allgemeinen und besonderen Kündigungsschutzmechanismen uneingeschränkt. Abweichungen ergeben sich wenn, dann zugunsten der Beschäftigten. Die Tarifverträge des öffentlichen Dienstes sehen beispielsweise generell längere Kündigungsfristen als die in der Staffelung des § 622 Abs. 2 BGB vor (§ 34 Abs. 1 Satz 2 TVöD/TV-L). Für Arbeitnehmer, die unter das Tarifgebiet West fallen, die 40. Lebensjahr überschritten haben und bereits 15 Jahre beschäftigt sind, wird tarifvertraglich gar die Möglichkeit der ordentlichen Kündigung ausgeschlossen (§ 34 Abs. 2 Satz 1 TVöD).

Gleich dem Betriebsrat ist auch der Personalrat bei jeder Kündigungsmaßnahme des Dienstherrn zu beteiligen (§ 79 BPersVG), eine Kündigung ohne Beteiligung des Personalrates ist unwirksam. Sofern betriebsbedingte Kündigungen vom Dienstherrn beabsichtigt werden und hierfür eine Sozialauswahl stattfinden soll, hat der Personalrat darüber hinaus ein gesondertes Beteiligungsrecht an Richtlinien über die Bewertung und das Verhältnis der Sozialkriterien, nach der die Auswahl erfolgen soll (§ 76 Abs. 2 Nr. 8 BPersVG). Eine Kündigung, die gegen eine solche Richtlinie verstößt, ist nach § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 lit. a) KSchG sozial ungerechtfertigt. Auch für Mitglieder des Personalrates sowie von Jugend- und Auszubildendenvertretungen im öffentlichen Dienst ist die ordentliche Kündigung ausgeschlossen (§ 15 Abs. 2 KSchG). Weiterhin bedarf auch ihre außerordentliche Kündigung der Zustimmung des (restlichen) Personalrates (§§ 47, 108 BPersVG).

c) Die Verbeamtung als der größtmögliche Kündigungsschutz in Deutschland

Wenngleich der arbeitsrechtliche Kündigungsschutz in Deutschland schon eine starke Prävention für Arbeitnehmer vor einer ungerechtfertigten oder spontanen Beendigung ihrer Arbeitsverhältnisse bietet, besteht für Beschäftig-

[54] *Linck*, in: Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht (Fn. 23), § 15 KSchG Rn. 1 f.

te des Beamtentums ein gar noch intensiverer Bestandsschutz für ihre Dienstverhältnisse. Sämtliche Beendigungstatbestände des Beamtenverhältnisses bedürfen einer gesetzlichen Grundlage, was den Beamten bereits rein dogmatisch vor Willkür schützt und seine unabhängige Amtsführung gewährleistet.[55] Das Beamtenverhältnis kann dabei zwar neben dem Ruhestand auch durch Entlassung oder eine disziplinarische Entfernung enden, die Möglichkeiten dieser Vorgänge richten sich jedoch nach der Art des Beamtenverhältnisses und sind stets nur an subjektive Kriterien geknüpft.

(1) Entlassung

Die weitreichendsten Entlassungsoptionen sind dem Dienstherrn dabei noch bei Beamten auf Probe (§ 6 Abs. 3 BBG) möglich. Da sie eine Probezeit[56] ableisten müssen, um zum Beamten auf Lebenszeit ernannt werden zu können, muss sich aus dieser Erprobungsphase auch die Möglichkeit für den Dienstherrn ergeben, sich vor allem bei Nichtbewährung von dem Beschäftigten lösen zu können. Abgesehen von ihrer Länge besteht inhaltlich insofern kein Unterschied zur Probezeit, die ein Arbeitnehmer zu Beginn seines Beschäftigungsverhältnisses ableisten muss und während der sich der Arbeitgeber mit kurzer Kündigungsfrist und ohne soziale Rechtfertigung wieder von diesem lösen kann. Neben der fehlenden Bewährung hinsichtlich geistiger und körperlicher Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung (§§ 34 Abs. 1 Nr. 2, 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BBG) kann ein Beamter auf Probe darüber hinaus auch wegen einem Dienstvergehen, Dienstunfähigkeit oder organisatorischen Veränderungen der Behörde entlassen werden (§ 34 Abs. 1 Nr. 1, 3 und 4 BBG). Letzterer Hintergrund bildet dabei die einzige Beendigungsmöglichkeit im Beamtenrecht, die einer betriebsbedingten Kündigung ähnlich ist. Die Entlassung von Probebeamten ist während der gesamten Probezeit möglich; gemäß § 78 Abs. 1 Nr. 4 BPersVG ist der Personalrat zu beteiligen.

In ihrem Bestand noch geschützter und in dieser Hinsicht mit keiner anderen Beschäftigungsform in Deutschland vergleichbar ist nur noch die Verbeam-

[55] Allgemein *Schnellenbach* (Fn. 14), § 6 Rn. 1 ff.

[56] Mindestens und auch in der Regel drei, maximal jedoch fünf Jahre, § 11 Abs. 1 Satz 3, Abs. 2 BBG.

tung auf Lebenszeit, die wegen dem Verfassungsgebot des Art. 33 Abs. 5 GG den Regelfall des beamtenschaftlichen Dienstverhältnisses darstellt (§ 6 Abs. 1 Satz 2 BBG).[57] Die Bezeichnung „auf Lebenszeit" ist dabei nicht wörtlich gemeint, auch wenn Beamte selbst im Ruhestand noch formal dem Beamtentum angehören. Voraussetzungen für die Berufung in das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit sind gemäß § 11 Abs. 1 BBG die vollumfängliche Bewährung in der Probezeit sowie die allgemeinen Ernennungsvoraussetzungen des § 7 BBG. Der Beamte muss demnach Deutscher oder sonstiger Staatsangehöriger der Europäischen Union sein, für die freiheitliche demokratische Grundordnung eintreten und die für die entsprechende Laufbahn vorgeschriebene Vorbildung besitzen. Darüber hinaus bedarf er der allgemeinen dienstlichen Voraussetzungen.[58] Neben dem Ruhestand kann der Beamte auf Lebenszeit nur durch die gesetzlich geregelten Fälle der Entlassung oder durch die disziplinarische Entfernung aus dem Dienst ausscheiden. Die Verbeamtung auf Lebenszeit bildet insbesondere durch diesen Bestandsschutz in der Öffentlichkeit einen der prominentesten Aspekte der Beamteneigenschaft und stellt darauf aufbauend heutzutage gar einen der wesentlichen Bewerbungsgründe für eine Stelle als Beamter dar.

Die Entlassung jedes Beamten kann, je nach Entlassungsgrund, kraft Gesetzes oder durch Verwaltungsakt erfolgen. Gemäß § 31 Abs. 1 Nr. 1 BBG sind Beamte grundsätzlich zu entlassen, wenn die Voraussetzung des § 7 Abs. 1 Nr. 1 BBG nicht mehr vorliegt, sie also ihre Staatsangehörigkeit verlieren oder die eines Staates außerhalb der Europäischen Union annehmen. Der Beamte wird kraft gesetzlicher Anordnung darüber hinaus automatisch entlassen, wenn er in ein Dienst- oder Arbeitsverhältnis mit einem anderen Dienstherrn tritt (§ 31 Abs. 1 Nr. 2 BBG). Die neuerliche Ernennung bei erneuter Verbeamtung bleibt dabei vorbehalten. Durch Verwaltungsakt sind Beamte zwingend zu entlassen, wenn sie den Diensteid oder ein entsprechendes Gelöbnis verweigern (§ 32 Abs. 1 Nr. 1 BBG); ihr Grundrecht auf Glaubens- und Gewissensfreiheit gemäß Art. 4 Abs. 1 GG tritt insofern hinter ihre in § 64 BBG verankerte Dienstpflicht zur Leistung des Beamteneides zurück, solange religiöse Aspekte bei der Eidesleistung berücksichtigt wer-

[57] Vgl. bereits BVerfG, Urteil v. 27.4.1959 — 2 BvF 2/58, BVerfGE 9, 268.

[58] Siehe oben III. 2. a) (1).

den.[59] Beamte können des Weiteren entlassen werden, wenn sie nicht in den Ruhestand versetzt werden können, weil sie die nach § 50 BBG grundsätzlich zurückzulegende versorgungsrechtliche Wartezeit von regelmäßig fünf Jahren nicht vorweisen können (§ 32 Abs. 1 Nr. 2 BBG in Verbindung mit § 4 Abs. 1 BeamtVG), oder, sofern sie zum Zeitpunkt der Ernennung ein mit ihrem Amt unvereinbares parlamentarisches Mandat innehatten. Wenn es sich dabei um einen Bundesbeamten handelt, muss dieser sich zwischen seinem Beamtenverhältnis und seinem Mandat entscheiden (§ 32 Abs. 1 Nr. 3 BBG). Schließlich sind Beamte zu entlassen, wenn sie selbst einen schriftlichen Entlassungsantrag gemäß § 33 Abs. 1 BBG stellen. Ein solches Vorgehen ist mit der Eigenkündigung des Arbeitnehmers vergleichbar, jedoch besteht grundsätzlich keine „Entlassungsfrist"; vielmehr ist die Entlassung zum beantragten Zeitpunkt zu verfügen. Der Dienstherr kann die Entlassung im Ausnahmefall lediglich um höchstens drei Monate hinausschieben, wenn dies für die ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung des Beamten erforderlich ist (§ 33 Abs. 2 Satz 2 BBG).

(2) Disziplinarische Entfernung aus dem Beamtenverhältnis

Gemäß § 10 Abs. 1 Satz 1 BDG (Bundesdisziplinargesetz) endet das Dienstverhältnis eines Beamten außerdem mit dessen Entfernung. Diese stellt für den aktiven Beamten die Schwerste der durch das BDG angeordneten Disziplinarmaßnahmen dar und sanktioniert die grobe und schuldhafte Verletzung von Dienstpflichten (§ 77 Abs. 1 BBG). Zur Feststellung und Einordnung der Pflichtverletzung findet ein Disziplinarverfahren (§ 17 ff. BDG) statt, in dem der Beamte anzuhören ist, Zeugen und Sachverständige auftreten können und der Personalrat zu beteiligen ist (§ 78 Abs. 1 Nr. 3 BPersVG). Das Beamtenverhältnis endet kraft Gesetzes spätestens mit dem entsprechenden Urteil des Verwaltungsgerichts. Der Beamte verliert dadurch den Anspruch auf seine Dienstbezüge und seine Versorgung sowie die Befugnis, die Amtsbezeichnung und die im Zusammenhang mit dem Amt verliehenen Titel zu führen (§ 10 Abs. 1 Satz 2 BDG). Ihm verbleibt lediglich eine Unterhaltszahlung in Höhe von 50 % seiner letzten Bezüge für ein weiteres halbes Jahr, § 10 Abs. 3

[59] BVerfG, Beschluss v. 25.10.1988 — 2 BvR 745/88, BVerfGE 79, 69; *Battis* (Fn. 15), § 64 BBG Rn. 4.

Satz 1 BDG. Die Entfernung aus dem Dienstverhältnis ist resultierend am ehesten mit der verhaltensbedingten Kündigung im Arbeitsrecht zu vergleichen, findet jedoch in der Beamtenpraxis nur in sehr seltenen Extremfällen statt. Die Toleranz hinsichtlich der Intensität einer Pflichtverletzung ist, abseits der Verwirklichung eines Straftatbestandes, aufgrund des Treueverhältnisses zwischen Beamten und Dienstherren wesentlich höher.

(3) Der Verlust der Beamtenrechte

Eine Sonderform der Entlassung bildet der kraft Gesetzes eintretende Verlust der Beamtenrechte bei der Verurteilung wegen einer vorsätzlich begangenen Straftat in einem bestimmten Rahmen, § 41 Abs. 1 BBG. Wird ein Beamter wegen einer friedens-, landes- oder hochverräterischen bzw. einer rechtsstaats- oder die äußere Sicherheit gefährdenden Tat zu einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten, wegen Bestechlichkeit zu einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten oder aufgrund einer anderen Straftat zu einem Freiheitsentzug von mindestens einem Jahr verurteilt, endet mit Rechtskraft des Urteils das Beamtenverhältnis automatisch, ohne, dass es einer gesonderten Entlassung bedarf. Gleiches gilt, sofern ihm als Nebenfolge durch das Gericht gemäß § 358 StGB die Amtsfähigkeit entzogen wird[60] oder er gemäß Art. 18 GG Grundrechte verwirkt hat. Grund für die gesonderte gesetzliche Anordnung der Beendigung des Beamtenverhältnisses ist der mit der Strafsanktion einhergehende Vertrauensverlust in den Beamten, der deshalb und vor allem auch wegen der Außendarstellung des Beamtentums insgesamt nicht mehr als solcher auftreten soll.[61] Der historische Gedanke der Isolierung von rechtswidrigen Verhaltensweisen des Beamten vom Staat kommt hier indirekt wieder zur Geltung. Da es keines Disziplinarverfahrens bedarf, wird durch § 41 BBG ein weiteres Präventionsinstrument zur Verhütung von Fehlverhalten in der Beamtenschaft über die beamtenrechtlichen Pflichten hinaus konstituiert. Ob die Strafe zur Bewährung ausgesetzt wird oder nicht, ist für die Folge des § 41 Abs. 1 BBG irrelevant. Auch die Bestrafung eines anderen Delikts mit einem geringeren Strafmaß wird jedoch in der Regel behördenintern disziplinarisch untersucht und sanktioniert. Auffällig

[60] Siehe unten IV. 4. c).

[61] Vgl. *Battis* (Fn. 15), § 41 BBG Rn. 2.

in der Judikatur der Strafgerichte ist, dass ausgesprochene Freiheitsstrafen gegen Beamten oftmals genau oder maximal elf Monate betragen, um die Entscheidung über die Entfernung des Beamten aus dem Dienstverhältnis dem behördlichen Disziplinarverfahren zu überlassen.[62]

Zusammengenommen stehen dem Dienstherrn gegenüber seinen Beamten damit zwar ebenfalls Entlassungs- und Entfernungsmöglichkeiten zur Verfügung, wenn personen- oder verhaltensbedingte Gründe diese rechtfertigen. Allerdings müssen für diese Gründe zum einen nicht nur wesentlich speziellere Sachverhalte vorliegen, die auch noch gesetzlich und damit weitestgehend abschließend geregelt sind, sondern diese müssen zum anderen in allen sonstigen Fällen auch der inhaltlichen Prüfung eines internen Disziplinarverfahrens standhalten. Beamte genießen dadurch nicht nur eine hohe soziale Absicherung in ihrem Beschäftigungsverhältnis, sondern verfügen darüber hinaus auch über einen sehr intensiven Kündigungsschutz, für den aufgrund der Abwesenheit einer allgemeinen behördlich bedingten Entlassungsmöglichkeit auch politische und wirtschaftliche Veränderungen irrelevant sind. Nicht zuletzt folgt aus der Fürsorgepflicht des Dienstherrn für Beamte auch der Umstand, dass eine krankheitsbedingte Entlassung nicht möglich ist, vielmehr umfasst die Alimentation des Beamten auch langwierige Krankheitsausfälle. Im Vergleich mit den Beendigungsmöglichkeiten und Schutzmechanismen im Arbeitsrecht finden sich jedoch trotzdem zahlreiche Parallelen, zum Beispiel die inhaltlichen Rechtfertigungen für Entlassungen oder die fast immer obligatorische Einbindung des Betriebs- bzw. Personalrates.

2. Funktionelle Änderungen im Beamten- und Arbeitsverhältnis

a) Das Weisungs- und Direktionsrecht des privatrechtlichen Arbeitgebers

(1) Allgemeines

Das auf dem Arbeitsvertrag beruhende Weisungs- und Direktionsrecht des Arbeitgebers ist wesentlicher Inhalt eines jeden Arbeitsverhältnisses. Da die Art der zu erbringenden Tätigkeiten des Arbeitnehmers arbeitsvertraglich zumeist nur allgemein, beispielsweise durch eine Berufsbezeichnung umschrieben ist, kann die vertragliche Leistungspflicht des Arbeitnehmers

[62] *Leppek* (Fn. 14), Fn. 207 zu Rn. 155.

durch Anweisungen des Arbeitgebers konkretisiert werden. Mit diesem Weisungsrecht, dass der Gesetzgeber in § 106 Satz 1 GewO kodifiziert hat und welches eine Primärquelle der arbeitsvertraglichen Inhaltsgestaltung darstellt[63], kann der Arbeitgeber die Arbeit seiner Angestellten im Einzelnen bestimmen.[64] Konsequenterweise ist das Weisungsrecht im Umkehrschluss eingeschränkter, je konkreter die Tätigkeit des Arbeitnehmers im Arbeitsvertrag gefasst ist. Der Umfang des Weisungsrechts ist insofern von der vertraglichen Tätigkeitsbeschreibung abhängig, weshalb viele Arbeitsverträge in Deutschland Versetzungsklauseln beinhalten, die dem Arbeitgeber umfangreichere Änderungsmöglichkeiten einräumen.[65] Allgemein zu beachten ist, dass sich das (einseitige) Weisungs- und Direktionsrecht nur auf die Ausfüllung des arbeitsvertraglich vereinbarten Rahmens bezieht, also auf die nähere Pflichtenbestimmung. Bestandteile des vertraglichen Austauschverhältnisses, also der Umfang der Gesamtarbeitsleistung und die Höhe des Entgelts, können dagegen wie alle anderen vertraglich festgelegten Bestimmungen nicht einseitig von einer Vertragspartei geändert werden, sondern nur einvernehmlich oder unter den hohen Voraussetzungen einer Änderungskündigung. Es gilt der Grundsatz, dass Verträge mit ihren jeweiligen Rechten und Pflichten einzuhalten sind („Pacta sunt servanda“).[66]

(2) Inhalt, Grenzen und Wirkung

Der Inhalt des Weisungsrechts kann trotzdem vielfältig sein. Der Arbeitgeber besitzt grundsätzlich die Möglichkeit, Beginn, Ende, Lage Ort und Art der Arbeit seiner Arbeitnehmer festzulegen, und ist somit prinzipiell frei darin zu bestimmen, ob ein Arbeitnehmer in Hamburg oder München arbeitet, ob er um 8 Uhr oder 10 Uhr morgens seine Arbeit aufnimmt oder ob er statt einer körperlich schweren eine einfachere Arbeit ausführt. In sämtlichen Fällen muss der Arbeitgeber jedoch trotz seiner Direktionsfreiheit beachten, dass

[63] Siehe oben III. 3. b..

[64] Instruktiv *Hromadka*, Grenzen des Weisungsrechts, NZA 2012, 233.

[65] Zu Wirksamkeitsvoraussetzungen und Grenzen von Versetzungsklauseln *Reuter/Sagan/Witschen*, Die überflüssige Änderungskündigung, NZA 2013, 935; *Hunold*, AGB-Kontrolle einer Versetzungsklausel, NZA 2007, 19.

[66] Dazu näher *Oelkers/Schmidt*, Das Direktionsrecht des Arbeitgebers, NJW-Spezial 2006, 465.

sich seine Weisungen in den individual- und kollektivvertraglichen sowie in den gesetzlichen Grenzen bewegen. Vertragliche Leistungskonkretisierungen können beispielsweise einer örtlichen Versetzung des Arbeitnehmers ebenso im Wege stehen wie gesetzliche Arbeitszeitregelungen, zum Beispiel das Arbeitszeitgesetz (ArbZG), einer Überstundenanordnung.[67] Der Weisungsfreiheit stehen andererseits auch langjährige Tätigkeitsausübungen nicht entgegen: Hat der Arbeitnehmer aus seinem Arbeitsvertrag keinen Anspruch auf eine konkrete Beschäftigung, zum Beispiel in Berlin oder nur in der Nachtschicht, so kann ihn der Arbeitgeber per Weisung örtlich oder zeitlich versetzen, wenn die Tätigkeit des Arbeitsnehmers danach in Bezug auf die vertraglichen Hauptpflichten gleichwertig ist. Eine faktische Konkretisierung der Arbeit, das heißt ein Bestandsschutz durch Nichtausübung einer entsprechenden Weisung, tritt ohne das Vorliegen besonderer Umstände nicht ein.[68] Sofern ein Betriebsrat besteht, liegt in der Änderung der Arbeitsinhalte ein mitbestimmungspflichtiger Tatbestand (§ 87 Abs. 1 BetrVG), wenn die Weisung sich an mehr als einen Arbeitnehmer richtet.

Zuletzt müssen die Maßstäbe des billigen Ermessens nach § 315 BGB beachtet werden (§ 106 GewO), das heißt eine Weisung des Arbeitgebers muss üblich, sachlich gerechtfertigt und unwillkürlich sein. Seitens des Arbeitgebers können dafür sämtliche betrieblichen Interessen herangezogen werden, zum Schutz des Arbeitnehmers müssen wiederum dessen persönliche Verpflichtungen, gesundheitlichen Belange und, nicht zuletzt, seine Grundrechte Berücksichtigung finden.[69] Die Grenze billigen Ermessens gilt auch für Anweisungen hinsichtlich der betrieblichen Ordnung oder des Verhaltens des Arbeitnehmers, § 106 Satz 2 GewO.[70]

---

[67] Diese kann der Arbeitgeber außerhalb von Eil- oder Notfällen jedoch generell nur dann anordnen, wenn er hierzu aus dem Arbeitsvertrag oder einer Kollektivregelung befugt ist.

[68] BAG, Urteil v. 7.12.2000 — 6 A ZR 444/99, NZA 2001, 780; LAG Hessen, Urteil v. 12.12.2002 — 5 Sa 688/ 02, NZA-RR 2003, 545.

[69] Siehe beispielsweise BAG, Urteil v. 23.9.2004 — 6 AZR 567/03, NZA 2005, 359.

[70] So zum Beispiel hinsichtlich eines Rauchverbots, LAG Hessen, Urteil v. 6.7.1989 — 9 Sa 1 295/88, LAGE § 6 11 BGB D irektionsrecht Nr. 5, oder für Kleidervorschriften, LAG Hamm, Beschluss v. 7.7.1993 — 1 4 Sa 4 35/93, LAGE § 611 BGB Direktionsrecht Nr. 14.

Finden sich keine einschränkenden Vorschriften oder Vereinbarungen, darf der Arbeitgeber Arbeitsinhalte frei ändern. Soweit sich seine Weisung anhand der dargestellten Kriterien als rechtmäßig erweist, hat der Arbeitnehmer ihr Folge zu leisten. Verweigert er zu Unrecht die Weisung, kann ihm ordentlich, unter Umständen auch außerordentlich gekündigt werden.

b) Besonderheiten des Direktionsrechts für Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst

Öffentliche Dienstherren besitzen hinsichtlich ihrer privatrechtlich angestellten Arbeitnehmer grundsätzlich das gleiche Direktions- und Weisungsrecht wie privatwirtschaftliche Arbeitgeber. Eine wesentliche Besonderheit ergibt sich in den Rechtsquellen des Weisungsrechts wegen der hohen inhaltlichen Geltungsrelevanz von öffentlichen Tarifverträgen, die vielerlei Gesichtspunkte der Direktionsbefugnisse explizit regeln. Weitere Unterschiede ergeben sich in bestimmten Tätigkeitsinhalten: Beispielsweise gilt der Ort der Dienststelle auch ohne konkrete oder weitergehende Regelung im Arbeitsvertrag als Arbeitsort, der Dienstherr besitzt somit ohne abweichende Vereinbarung, zum Beispiel in Form einer Versetzungsklausel, anders als der private Arbeitgeber grundsätzlich keine Möglichkeit, den Tätigkeitsort des Beschäftigten nur aufgrund seiner Weisungsbefugnis zu ändern. Allerdings ergibt sich ein Versetzungsrecht des Dienstherrn aus den Tarifverträgen des öffentlichen Dienstes (§ 4 Abs. 1 Satz 1 TVöD/TV-L). Wie in Bezug auf Beamte besitzt der Dienstherr die Möglichkeit der Abordnung des Arbeitnehmers[71], für die allerdings die gleichen Voraussetzungen gelten wie bei einer Versetzung.

Da die Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst durch die geltenden Tarifverträge noch umfänglicher in bestimmte Vergütungsgruppen eingereiht sind, begrenzen diese für den Arbeitgeber die Möglichkeiten einer Änderung der Arbeitsinhalte noch restriktiver, als dies bei Arbeitnehmern ohne Tarifanwendung oder solchen der Fall ist, die anderen Tarifverträgen unterliegen.[72] Im Gegensatz zum Betriebsrat steht dem Personalrat bei ei-

[71] Siehe dazu den folgenden Abschnitt IV. 2. c).

[72] Vgl. dazu BAG, Urteil v. 30.8.1995 — 1 AZR 47/95, NZA 1996, 440; Urteil v. 23.6.1993 — 5 AZR 337/92, NZA 1993, 1127.

nem öffentlich-rechtlichen Arbeitgeber in Fällen der Versetzung und der Abordnung über drei Monate hinaus gemäß § 75 Abs. 1 Nr. 3 und 4 BPersVG auch bei jeder Einzelweisung ein Mitbestimmungsrecht zu, weil auch Einzelentscheidungen das Kollektivinteresse der Dienststelle betreffen.[73]

c) Änderungsmöglichkeiten im Beamtentum

Das Beamtenrecht stattet den Dienstherrn hinsichtlich seiner öffentlich-rechtlich Angestellten mit einem weniger restriktiven Weisungs- und Direktionsrecht aus und bestimmt darüber hinaus nicht nur den einseitigen Charakter, sondern auch die unterschiedlichen Ausformungen funktioneller Änderungsmöglichkeiten explizit im Gesetz. Grundmaxime des Personaleinsatzes mitsamt seinen Dispositionsoptionen ist die Effizienz der Verwaltung, für die das Gesetz den staatlichen Arbeitgebern verschiedene Instrumente an die Hand gibt und gleichzeitig deren Voraussetzungen regelt. Da der Beamte regelmäßig im Interesse seiner vielseitigen Verwendbarkeit für den gesamten Aufgabenbereich seiner Laufbahn ausgebildet wird, muss er mit der Möglichkeit einer funktionellen Änderung jederzeit rechnen. Als welche konkrete Modifikation sich eine Maßnahme im Einzelfall darstellt, hängt von der Personalorganisation der Dienststelle und von haushaltsrechtlichen Gesichtspunkten ab.[74]

(1) Versetzung

Das elementarste Änderungsmittel bildet auch im Beamtentum die Versetzung, bei der dem Beamten auf Dauer eine andere Amtsfunktion bei einer anderen Dienststelle unter dem gleichen oder einem anderen Dienstherrn übertragen wird, § 28 Abs. 1 BBG (bzw. § 15 BeamtStG). Das Beamtenverhältnis dauert dabei fort. Ein Ortswechsel muss nicht zwangsweise damit verbunden sein, allerdings liegt keine Versetzung vor, wenn eine Behörde von einem Ort zu einem anderen verlegt wird; in diesem Fall besteht für den Beamten eine Folgepflicht, § 62 Abs. 2 BBG. Da die Versetzung den Beamten in seiner persönlichen Rechtsstellung berührt,

[73] *Müller/Preis* (Fn. 38), Rn. 469.

[74] Generell zur Amtsübertragung und zu organisatorischen Aspekten *Schnellenbach* (Fn. 14), § 4 Rn. 1, 3 ff.

ist sie ein Verwaltungsakt gemäß § 35 Satz 1 VwVfG (Verwaltungsverfahrensgesetz), für den der Beamte anzuhören ist und seine persönlichen Interessen berücksichtigt werden sollen. Versetzungen sind immer mitbestimmungsbedürftig (§ 76 Abs. 1 Nr. 4 BPersVG), können dabei aber sowohl auf Antrag des Beamten als auch von Amts wegen ohne dessen Zustimmung erfolgen, wenn dienstliche Gründe dies rechtfertigen und eine andere Verwendung in derselben Behörde nicht möglich ist. Anlässe, die in der Person des Beamten liegen und nicht aus dem Verwaltungsbereich resultieren, legitimieren hingegen keine Versetzung. Unter Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und den Maßstäben des Art. 33 Abs. 5 GG steigen mit der Intensität des Versetzungseingriffs vielmehr auch die Anforderungen an die organisatorische Rechtfertigung.[75] Ähnlich wie bei Arbeitnehmern ist zu beachten, dass eine Versetzung nur auf einen gleichwertigen Posten zulässig ist, der mit mindestens demselben Endgrundgehalt wie das bisherige Amt verbunden ist.

(2) Abordnung

Als spezielles Mittel, vor allem zum kurzfristigen Ausgleich von Personalengpässen, sieht das Beamtenrecht weiterhin die Abordnung vor, bei der dem Beamten temporär ein seiner Tätigkeit entsprechendes Amt bei einer anderen Dienststelle übertragen wird, § 27 Abs. 1 Satz 1 BBG (bzw. § 14 BeamtStG). Sofern dienstliche Gründe dies erfordern, kann sie auch in ein ungleichwertiges Amt erfolgen (§ 27 Abs. 1 Satz 2 BBG). Die Abordnung erfolgt vorübergehend, muss jedoch nicht zwangsweise kurzfristig oder zeitlich bestimmt sein. Formell ist sie an dieselben Voraussetzungen wie die Versetzung gebunden, geschieht ebenfalls durch Verwaltungsakt und unterliegt der Mitbestimmung des Personalrates, wenn sie länger als drei Monate dauern soll (§ 76 Abs. 1 Nr. 5 BPersVG). Im Gegensatz zur Versetzung behält der abgeordnete Beamte sein Amt im statusrechtlichen Sinne bei der abgebenden Dienststelle. An seinem Verhältnis zu dieser verändert sich insoweit nichts. Indes unterliegt er zwei Dienstvorgesetzten, wobei der „neue“ Dienstherr für seinen konkreten Tätigkeitsinhalt weisungsbefugt ist, die reguläre Dienststelle hingegen weiterhin für statusrechtliche Maß-

[75] *Battis* (Fn. 15), § 28 BBG Rn. 12 f.

nahmen.[76] Der Beamte erhält während der Abordnung fortwährend seine regelmäßigen Bezüge, dazu kommen eventuelle Zuschläge des Abordnungspostens. Auch die Abordnung ist ohne Zustimmung des Beamten möglich, sofern sie nicht länger als zwei Jahre oder, im Falle der Abordnung zu einem anderen Dienstherrn in ein Amt mit gleichem Endgrundgehalt, nicht länger als fünf Jahre dauert (§ 27 Abs. 3 BBG). Unter anderem geschehen auch Fortbildungsmaßnahmen bei anderen Dienststellen in der Beamtenpraxis im Rahmen der Abordnung.

(3) Zuweisung

Im dienstlichen oder öffentlichen Interesse kann Beamten gemäß § 29 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BBG (bzw. § 20 BeamtStG) mit ihrer Zustimmung des Weiteren vorübergehend eine ihrem Amt entsprechende Tätigkeit bei einer Einrichtung zugewiesen werden, die keine (öffentliche) Dienststelle ist. Der Beamte kann dadurch beispielsweise zeitweilig für eine ausländische oder zwischenstaatliche Behörde tätig werden, vor allem aber auch bei der Privatisierung einer Einrichtung der öffentlichen Hand, um den Personaleinsatz bei der Umstrukturierung der öffentlichen Aufgaben zu erleichtern. Letztere Art der Zuweisung ist auch ohne Zustimmung des Beamten möglich. Die Rechtsstellung des Beamten bleibt durch die Maßnahme unberührt, was vor allem hinsichtlich der haftungsrechtlichen Stellung des Beamten beim Einsatz in einem privatrechtlichen Unternehmen von Bedeutung sein kann.[77] Auch die Zuweisung erfolgt durch Verwaltungsakt.

(4) Umsetzung

Innerhalb derselben Behörde kann dem Beamten zuletzt ein anderer Dienstposten durch eine Umsetzung übertragen werden. Diese besitzt keine gesetzliche Grundlage und geschieht aufgrund dessen auch nicht durch Verwaltungsakt.[78] Dem Beamten wird durch die Umsetzung ein konkret-funktionell anderes Amt zugewiesen, seine statusrechtliche Position ändert sich jedoch abermals nicht. Auch, wenn die Übernahme des neuen Dienst-

[76] *Leppek* (Fn. 14), Rn. 135.

[77] Dazu folgend IV. 3.

[78] BVerwG, Urteil v. 22.5.1980 — 2 C 30.78, BVerwGE 60, 144.

postens mit einem Ortswechsel verbunden ist, weil die Behörde etwa auf mehrere Orte verteilt ist, so ist dies für die Rechtsnatur der Umsetzung ohne Bedeutung. Die Umsetzung hat insofern primär organisationsinterne Wirkung. Die Mitbestimmung des Personalrates kommt nur in Betracht, wenn mit der Umsetzung ein gänzlicher Dienstortwechsel einhergeht. Mangels gesetzlicher Normierung ist sie nicht an Tatbestandsvoraussetzungen geknüpft, sondern erfolgt nach pflichtgemäßem Ermessen des Dienstherrn.[79] Grenzen können sich jedoch insbesondere aus dem Laufbahnrecht, der Fürsorgepflicht des Dienstherrn oder durch Zusicherungen an den Beamten ergeben. Der Beamte darf im Vergleich mit seinem regulären Amt insbesondere nicht unterwertig beschäftigt werden. Auch die Möglichkeit einer Umsetzung ist Bestandteil des Charakteristikums der vielseitigen Verwendbarkeit im Beamtentum und dient in der Praxis ebenfalls primär dem Ausgleich von Personalmängeln auf unabdingbaren Posten. Zusammen mit der Versetzung weist die Umsetzung die größten Ähnlichkeiten mit den dargestellten arbeitsrechtlichen Dispositionsinstrumenten auf.

Insgesamt bieten die beamtenrechtlichen Änderungsmöglichkeiten damit sowohl enorme Vor- als auch Nachteile für den Beamten im Vergleich mit einem arbeitsvertraglich Beschäftigten. Das wesentlich weitergehende Direktionsrecht des Dienstherrn erlaubt es, Ort und Aufgabenbereiche des Beamten frei zu bestimmen, im Zweifelsfall auch gegen dessen Willen und unter weniger strengen Voraussetzungen. In der Praxis erweisen sich Versetzungen oder Abordnungen jedoch wechselseitig nicht nur als vorteilhafte Karriereschritte für einen schnelleren internen Aufstieg, sondern können sowohl Kompetenz- als auch Entgeltvorteile für den Beamten mit sich bringen. Weisungen gegenüber einem Arbeitnehmer unterliegen hingegen erheblich höheren Wirksamkeitsvoraussetzungen und bieten dem Beschäftigten von daher ein größeres Vertrauen im Hinblick auf den Bestand seiner Arbeitsinhalte. Gleichzeitig entgehen ihm jedoch Einblicke in andere Geschäftsbereiche seines Arbeitsgebers oder lukrative Zusatzverdienste, in deren Genuss er nur durch eine Beförderung oder durch eine gänzliche Neubewerbung für eine andere Stelle kommen kann.

[79] So schon die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 16/7076, S. 29.

3. Amtshaftung und Regress öffentlich-rechtlich Beschäftigter im Vergleich mit arbeitsrechtlichen Haftungsmaßstäben

a) Die Haftung des Beamten

(1) Die Beamtenhaftung als historisches Beispiel des Verständniswandels im Beamtentum

In den Maßstäben der Beamtenhaftung lässt sich bildhaft der Wandel im Tätigkeitsverständnis des Beamtentums im Laufe der Zeit erkennen. Die heuten geltenden Maxime haben dabei ihren Ursprung abermals im Recht der Staatsdiener des 18. und beginnenden 19. Jahrhunderts: Aufgrund der — noch durch Einflüsse des römischen Rechts — vorherrschenden Idee vom Beamtenverhältnis als privatrechtlichem „Mandatskontrakt" und angesichts der Überzeugung, dass der monarchische Souverän seine Staatsgewalt direkt von Gottes Gnaden ableitete, galt ein rechtswidriges Handeln des Staates als unmöglich.[80] Fehler, die Staatsbeamten unterliefen, führten zu einer privatrechtlichen Haftung des Beamten gegenüber dem Bürger, da dem Beamten durch den Herrscher nur ein Mandat zu rechtmäßigem Handeln übertragen worden sein konnte. Bei pflichtwidrigem Verhalten handelte der Beamte folglich schon überhaupt nicht mehr für den Staat, sondern als Privatperson. Von diesem strukturellen Grundsatz geht das Staatshaftungsrecht sogar auch heute noch aus: Der Grundtatbestand der Amtshaftung in § 839 BGB ist ein zivilrechtlicher Sondertatbestand des Deliktsrechts.

Gegen Ende des 19. Jahrhunderts wandelte sich jedoch auch diese Sichtweise ins Gegenteil. Aufgrund der Fortentwicklung der Rechtsgrundsätze über die Deliktsfähigkeit juristischer Personen und dem neuen Funktionsverständnis des Beamten als Diener des Staates, nicht des Fürsten, wurde auch die Fehlerverantwortlichkeit auf *das* Organ umverteilt, durch das die zugrunde liegende Handlung veranlasst wurde, also in diesem Fall auf den Staat. Es blieb zwar im Grundsatz bei einer zivilrechtlichen Eigenhaftung des handelnden Beamten, diese traf aber durch Überleitung mittelbar seinen Dienstherrn. Gesetzlich manifestiert wurde dieses „neue" Prinzip erstmals durch das preußische Beamtengesetz vom 1. August 1909; aus einer den Staat privilegierenden Haftung des Beamten wurde somit eine den Beamten

[80] Lehre von der Unrechtsfähigkeit des Staates, vgl. *Papier*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5, 6. Aufl. 2013, § 839 BGB Rn. 5; *Heidenhain*, Folgen rechtswidrigen hoheitlichen Verwaltungshandelns, JZ 1968, 487.

privilegierende Haftung des Staates.[81] An der Konstruktion einer normativen, schuldbefreienden Haftungsübernahme hält das geltende Recht bis heute fest; die Haftungsüberleitung ordnet nunmehr Art. 34 Satz 1 GG an.

(2) Die Schadensersatzhaftung des Beamten heute

Für die Frage, inwieweit ein Beamter heute für einen von ihm verursachten Schaden haftet, ist grundsätzlich zu unterscheiden zwischen der Haftung für Eigenschäden des Dienstherrn und der Rückgriffshaftung bei Fremdschäden. Entscheidend dafür, ob und wie der Beamte haftet, ist ferner der Umstand, ob die schädigende Handlung in Ausführung einer hoheitlichen oder einer fiskalischen Tätigkeit geschieht.

Für Eigenschäden des Dienstherrn, also für solche Einbußen, die unmittelbar das Eigentum oder das Vermögen des Dienstherrn treffen, haftet der Beamte gemäß § 48 Satz 1 BeamtStG, § 75 Abs. 1 Satz 1 BBG ausdrücklich nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit und unabhängig davon, ob er hoheitlich oder nicht-hoheitlich handelt. Dieses Haftungsprivileg soll nicht nur die Entschlussfähigkeit und Tatkraft des Beamten fördern, sondern reflektiert erneut den besonderen Vertrauensniederschlag im Beamtenverhältnis. Die relevanten Verpflichtungen des Beamten umfassen dabei zum einen dessen allgemeine Dienst- und Treuepflichten gemäß den §§ 33-35 BeamtStG (bzw. den inhaltsgleichen §§ 60-62 BBG), also beispielsweise Gehorsamkeits-, Sicherheits- oder Konsultationspflichten, zum anderen dessen besondere Dienstpflichten nach den §§ 37 ff. BeamtStG und den §§ 67 ff., 87 f. BBG, also insbesondere die Pflicht zur Arbeit oder zur Verschwiegenheit.[82] Vor allem in Bezug auf Verletzungen der allgemeinen Dienstpflichten kommt eine Inanspruchnahme des Beamten jedoch naturgemäß nur in Betracht, sofern sein Handeln auch tatsächlich schadensträchtig war. Fügt der Beamte bei einer Diensthandlung einem anderen Beamten eine Verletzung zu, ergibt sich hieraus eventuell ein mittelbarer Schaden für den Dienstherrn, der dem Geschädigten bzw. seinen Angehörigen Unfallfürsorgeleistungen nach den §§ 30 ff. BeamtVG zu leisten hat. Zieht der Dienstherr einen Rückgriff in Betracht, haftet der schädigende Beamte wie bei einer direkten Verletzung des Dienstherrn selbst.

---

[81] *Papier*, Staatshaftung kraft „Überlieferung“, JZ 1975, 585.

[82] Ausführlicher Pflichtenkatalog bei *Schnellenbach* (Fn. 14), § 9 Rn. 15 ff.

Verursacht der Beamte Fremdschäden bei Dritten in Ausübung nichthoheitlicher Befugnisse, kann der Dienstherr diesen gegenüber nach den allgemeinen zivilrechtlichen Anspruchsgrundlagen verantwortlich sein, also insbesondere aus den §§ 89, 31 BGB für vertragliche Pflichtverletzungen sowie aus den §§ 823, 831 BGB für ein deliktisches Handeln des Beamten. In solchen Fällen kommt ein Regress des Dienstherrn gegen den Beamten erneut nach § 48 Satz 1 BeamtStG bzw. § 75 Abs. 1 Satz 1 BBG in Betracht.

Die wichtigste Besonderheit der Haftungsregeln im Beamtentum betrifft schädigende Handlungen, die der Beamte einem Dritten durch eine schuldhafte Amtspflichtverletzung (§ 839 Abs. 1 BGB) bei der Ausführung von Hoheitsgewalt zufügt. Die Verantwortlichkeit dafür trifft gemäß Art. 34 Satz 1 GG allein den Dienstherrn. Er unterliegt einer Amtshaftung, und zwar unabhängig davon, ob die dem schädigenden Ereignis zugrunde liegende Pflichtausführung des Beamten in den Funktionsbereich des Dienstherrn fällt.[83] Erfasst werden davon sowohl Rechtshandlungen als auch Realakte, solange sie der Zielsetzung des Amtsträgers nach dem hoheitlichen Aufgabenbereich zuzurechnen sind. Der Terminus der Amtspflichten umfasst wiederum sämtliche persönlichen Verhaltenspflichten des Beamten in Bezug auf seine Amtsführung, auch gegenüber Dritten, die sich aus dem Gesetz und den Weisungen des Dienstherrn ergeben. Mithin ist der Pflichtenkreis, in dem eine Verletzung stattfinden kann, größer als der im Innenverhältnis zum Dienstherrn. § 839 BGB begründet eine verschuldensunabhängige Deliktshaftung des Beamten, die Art. 34 Satz 1 GG auf den Staat überleitet. Neben dieser Verlagerungsfunktion kommt Art. 34 Satz 1 GG zudem eine institutionelle Garantie der Staatshaftung zu, die von Verfassungs wegen die prinzipielle Haftung des Staates für das von seinen Amtsträgern bei Ausübung hoheitlicher Gewalt begangene Unrecht gegenüber den Bürgern gewährleistet.[84] Hoheitliches Handeln ist infolgedessen stets Voraussetzung des Anspruchs. Die Entschädigung kann auch die Kompensation eines immateriellen Schadens (§ 253 Abs. 2 BGB) einschließen. Gemäß Art. 34 Satz 2 GG ist ein Rückgriff des Dienstherrn erneut nur bei

[83] BGH, Urteil v. 4.6.1992 — III ZR 93/91, NJW 1992, 2882; Urteil v. 21.4.1983 — III ZR 2/82, NJW 1984, 228.

[84] *Papier*, in: Maunz/Dürig (Fn. 8), Art. 34 GG Rn. 13; vgl. auch BGH, Urteil v. 17.5.1973 — III ZR 68/71, BGHZ 61, 7.

vorsätzlichem oder grob fahrlässigem Verhalten des Beamten möglich.[85] Bei normaler Fahrlässigkeit wird ein Beamter damit nie in Anspruch genommen.

In der Praxis bestimmt sich die Häufigkeit von internen Rückgriffen und Schadensersatzforderungen insgesamt vor allem danach, wie hoch der zu liquidierende (Fremd-)Schaden ist und ob der Beamte wiederholt schädigend gehandelt hat. Der Dienstherr ist haushaltsrechtlich dazu angehalten, Schäden, die ein Amtsträger ihm bzw. dem Staat vorsätzlich oder grob fahrlässig zugefügt hat, durch Regresse abzugelten.[86] Die Fürsorge- und Schutzpflicht gebietet es dem Dienstherrn zwar nicht, eine Berufshaftpflichtversicherung für Beamte abzuschließen, jedoch können Regressansprüche gegen Beamte gestundet oder erlassen werden, je nachdem, wie hart die Anspruchsdurchsetzung den Beamten treffen würde.[87] Ähnlich wie für Arbeitnehmer nach den Maßstäben des innerbetrieblichen Schadensausgleichs erfolgt auch hier eine Einzelfallabwägung, die Haftungserleichterungen selbst bei gröbster Fahrlässigkeit nicht gänzlich ausschließt[88]; in die Prüfung werden die arbeitsrechtlichen Gedanken gar explizit mit einbezogen.[89] Sofern der Dienstherr den Rückgriffsanspruch durchsetzen will, kann er dies durch Aufrechnung mit den Dienstbezügen, durch Leistungsklage, durch Leistungsbescheid oder durch ein Erstattungsverfahren bei Fehlbeständen im öffentlichen Vermögen realisieren.[90] Die Verletzung der dem Beamten obliegenden Pflichten oder sonstige schädigende Handlungen können neben der potentiellen vermögensrechtlichen Haftung auch verschiedene andere Rechtsfolgen nach sich

---

[85] Näher zu den Verschuldensmaßstäben und wiederum mit Beispielen *Schnellenbach* (Fn. 14), § 9 Rn. 22 ff.

[86] BVerwG, Urteil v. 8.8.1973 — V I C 15.71, BVerwGE 44, 27; Urteil v. 19.7.2001 — 2 C 42.00, BVerwGE 115, 15.

[87] Durch Anwendung der haushaltsrechtlichen Vorschrift des § 59 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 3 BHO (Bundeshaushaltsordnung); siehe auch BGH, Urteil v. 28.10.1993 — III ZR 67/92, NJW 1994, 660.

[88] Siehe folgend IV. 3. b) (1); dazu BAG, Urteil v. 28.10.2010 — 8 AZR 418/09, NZA 2011, 345.

[89] *Schnellenbach* (Fn. 14), § 9 Rn. 42.

[90] Zur Geltendmachung durch Leistungsbescheid vgl. BVerwG, Urteil v. 17.9.1964 — II C 147.61, BVerwGE 19, 249.

ziehen, vor allem strafrechtliche Konsequenzen[91], disziplinarische[92] oder personelle Maßnahmen.

b) Grundsätze der Arbeitnehmerhaftung

Entgegen vielen anderen einzelgesetzlichen Vorschriften zu arbeitsvertraglichen Inhalten existiert bis heute kein Spezialgesetz in Deutschland, das die Rechtsfolgen von Pflichtverletzungen eines Arbeitnehmers bei betrieblichen Tätigkeiten regelt. Fälle der „Arbeitnehmerhaftung" werden vielmehr kraft Richterrechts entwickelter Grundsätze bewertet. Erfasst werden dabei alle Schäden, die einem Arbeitnehmer bei Ausübung seiner Arbeitstätigkeit unterlaufen, das heißt Sach- und Personenschäden gegenüber dem Arbeitgeber, Arbeitskollegen oder betriebsfremden Dritten.

(1) Haftungsbeschränkung durch innerbetrieblichen Schadensausgleich gegenüber dem Arbeitgeber

Signifikantestes Merkmal des innerbetrieblichen Schadensausgleichs ist dabei die Durchbrechung der allgemeinen zivilrechtlichen Verschuldenshaftung, nach der ein Schädiger grundsätzlich voll für Vorsatz und jede Form von Fahrlässigkeit haftet, hin zu einer dreistufigen Haftungsbeschränkung für Arbeitnehmer. Bei allen Arbeiten, die durch den Arbeitgeber veranlasst sind und die aufgrund des Arbeitsverhältnisses geleistet werden, haftet der Arbeitnehmer für Schäden nur in vollem Umfang, wenn er das schädigende Ereignis vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt hat. Liegt mittlere (normale) Fahrlässigkeit vor, haftet der Arbeitnehmer anteilig, bei leichter Fahrlässigkeit ist er hingegen zu keinem Schadensausgleich verpflichtet.[93] Bezugspunkt für die Haftung ist damit nicht nur die Pflichtverletzung als solche, sondern vor allem der Grad des Schuldvorwurfs.[94] Gründe für die

[91] Siehe dazu IV. 4,

[92] Siehe oben unter IV. 1. c) (2).

[93] Grundlegend BAG GS, Beschluss v. 27.9.1994 — GS 1/89 (A), NZA 1994, 1083.

[94] Vgl. hierzu insgesamt *Reichold*, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 1, 3. Aufl. 2009, § 51 Rn. 19 ff.; *Waltermann*, Risikozuweisung nach den Grundsätzen der beschränkten Arbeitnehmerhaftung, RdA 2005, 98; *Brox/Walker*, Die Einschränkung der Arbeitnehmerhaftung gegenüber dem Arbeitgeber, DB 1985, 1469; zur Risikozuweisung an sich bereits *Canaris*, Risikohaftung bei schadensgeneigter Tätigkeit in fremdem Interesse, RdA 1966, 41.

Haftungsreduzierung sind Billigkeits- und Zumutbarkeitsgesichtspunkte der Arbeitssphäre, insbesondere die Wahrscheinlichkeit vermehrter leichter Pflichtverletzungen bei regelmäßiger Tätigkeit, ein potentieller Ruin des Arbeitnehmers bei höheren Schadensersatzsummen oder die Organisationshoheit und damit die Einflussmöglichkeit des Arbeitgebers auf Schadenseintritte. In die Gesamtabwägung des Haftungsgrades nach § 254 BGB sind daher in unterschiedlicher Gewichtung Faktoren wie die Gefahrgeneigtheit der Tätigkeit, die Schadenshöhe, vom Arbeitgeber durch Versicherungen abgedeckte Risiken, die Berufserfahrung des Arbeitnehmers, die Höhe seines Entgelts und seine persönlichen Verhältnisse miteinzubeziehen. Haftungserleichterungen sind demnach auch bei gröbster Fahrlässigkeit nicht grundsätzlich ausgeschlossen, vor allem dann, wenn der Verdienst des Arbeitnehmers in einem deutlichen Missverhältnis zum verwirklichten Schadensrisiko der Tätigkeit steht.[95] Nach § 254 BGB beschränkt sich die Schadensersatzpflicht des Arbeitnehmers zudem entsprechend, wenn der Geschädigte ein Mitverschulden am Schaden hat. Besteht eine Versicherung für den eingetretenen Schaden, ist diese in erster Linie in Anspruch zu nehmen. Eine Abweichung von diesen Maßstäben zulasten des Arbeitnehmers ist weder individual- noch tarifvertraglich möglich.[96] Entgegen den allgemeinen schuldrechtlichen Grundsätzen trägt gemäß § 619a BGB der Arbeitgeber die Beweislast für das Verschulden des Arbeitnehmers. Wenn auch nicht absolut den Maßstäben im beamtenrechtlichen Pflichtverhältnis ebenbürtig, so findet sich doch auch bei Arbeitnehmern eine partielle Verschuldensüberleitung aufgrund der Weisungsgebundenheit und Risikoverteilung ihrer Tätigkeit.

(2) Haftungsbeschränkungen gegenüber Arbeitskollegen und Dritten

Soweit es sich in den Schadensfällen um Personenschäden handelt, die auf Arbeitsunfälle zurückzuführen sind, greift das Recht der gesetzlichen Unfallversicherung (SGB VII) ein. Ist ein Arbeitnehmer für die Personenschädigung eines Arbeitskollegen verantwortlich, gilt in den Fällen, in

[95] BAG, Urteil v. 28.10.2010 — 8 A ZR 418/09, NZA 2011, 345; Urteil v. 15.11.2001 -8 AZR 95/01, NZA 2002, 612; Urteil v. 12.11.1998 — 8 A ZR 221/97, NZA 1999, 263.

[96] BAG, Urteil v. 5.2.2004 — 8 AZR 91/03, NZA 2004, 649.

denen zumindest nicht vorsätzlich gehandelt wurde, gar ein (gänzlicher) Haftungsausschluss nach § 105 SGB VII, der auch eventuelle Schmerzensgeldansprüche einschließt; Sachschäden werden hiervon jedoch nicht erfasst.[97] Grundgedanke dahinter ist die ausschließliche gesetzliche Schadensregulierung durch die Unfallversicherung sowie die Vermeidung von Rechtsstreitigkeiten unter Betriebsangehörigen. Ist die Schädigung vorsätzlich erfolgt, kommt ein Regressanspruch des Sozialversicherungsträgers nach § 110 SGB VII bzw. eine Kürzung der Versicherungsleistung nach § 81 Abs. 2 VVG (Versicherungsvertragsgesetz) in Betracht, wobei selbst in diesen Fällen die Umstände der Handlung sowie die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Arbeitsnehmers berücksichtigt werden.[98] Fügt ein Arbeitnehmer im Rahmen seiner Tätigkeit einem betriebsfremden Dritten einen Schaden zu, so kann dieser ihn und/oder den Arbeitgeber uneingeschränkt in Anspruch nehmen (Außenhaftung). Allerdings kommt dem Arbeitnehmer, soweit er in einem gleichen Fall nach den Grundsätzen des innerbetrieblichen Schadensausgleichs im Innenverhältnis zu seinem Arbeitgeber voll oder anteilig von der Haftung befreit würde, ein Freistellungsanspruch gegen den Arbeitgeber zu, gerichtet auf die Übernahme des vollen oder anteiligen Schadensersatzes durch diesen. Hintergrund ist eine eventuelle (Teil-)Schuld des Arbeitgebers bzw. der Umstand, dass sich der Arbeitnehmer auch im Kontakt zu betriebsfremden Personen einem höheren Handlungsrisiko aussetzt.[99] Ein solcher Freistellungsanspruch kommt ferner bei Sachschäden gegenüber Arbeitskollegen in Betracht.

c) Die Haftung der Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst

Für Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst gelten auch bezüglich ihrer Schadenshaftung diverse abweichende Grundsätze, die ihre Position Beamten und anderen öffentlich-rechtlich Beschäftigten angleicht. Dabei muss grundsätzlich unterschieden werden, ob die Arbeitnehmer auf rein

[97] Vgl. BAG, Urteil v. 8.12.1970 — 1 AZR 81/70, AP Nr. 4 zu § 636 RVO.

[98] Siehe hierzu *Krasney*, Haftungsbeschränkung bei Verursachung von Arbeitsunfällen (Teil 2), NZS 2004, 68.

[99] Vgl. BAG, Urteil v. 23.6.1988 — 8 AZR 300/85, NZA 1989, 181; *Krause*, in: Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, 5. Aufl. 2012, § 619a BGB Rn. 62; *Bittner*, Die Erfüllung des arbeitsrechtlichen Freistellungsanspruchs, NZA 2002, 833.

individualvertraglicher Grundlage tätig oder ob sie Tarifbeschäftigte sind und ebenfalls, ob die Schadenshandlung bei der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben oder bei einer verwaltungsinternen Tätigkeit geschieht.

(1) Nicht-tarifbeschäftigte Arbeitnehmer

Für nicht-tarifbeschäftigte Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst gelten bei rein fiskalischem Handeln die gleichen Haftungsmaßstäbe wie für die Beschäftigten eines privatwirtschaftlichen Arbeitgebers, das heißt für Pflichtverletzungen gegenüber dem Arbeitgeber gelten die Grundsätze des innerbetrieblichen Schadensausgleichs, für Schädigungen dienststellenfremder Dritter kommt nach den gleichen Voraussetzungen ein Freistellungsanspruch gegenüber dem Dienstherrn in Betracht. Schädigt der Beschäftigte einen privatrechtlich angestellten Arbeitskollegen, erfolgt die Schadensliquidation gemäß § 105 SGB VII durch die gesetzliche Unfallversicherung, sofern es sich um einen Personenschaden handelt; bei Sachschäden von Arbeitskollegen kann erneut eine Freistellung durch den Dienstherrn erfolgen. Handelt es sich bei dem geschädigten Kollegen um einen Beamten, findet § 105 SGB VII keine Anwendung, da dieser nur bei Ersatzansprüchen eines ebenfalls (gesetzlich) versicherten Arbeitskollegen greift. In einem solchen Fall haftet der Arbeitnehmer dem Beamten, allerdings nur für die in den §§ 30-46 BeamtVG geregelten Ansprüche. Für darüber hinaus gehende Schäden hat er nur dann einzustehen, wenn diese auf einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung beruhen (§ 46 Abs. 2 BeamtVG).[100] Der Beamte kann jedoch Ersatz für die Schäden, die ihm so nicht ersetzt werden, unter Umständen auch durch einen Freistellungsanspruch gegenüber dem Dienstherrn geltend machen.

Handelt ein Nicht-Tarifbeschäftigter hoheitlich und schädigt dabei seinen Dienstherrn, gelten gleichsam die Richtschnüre des innerbetrieblichen Schadensausgleichs: Eine Haftung des Arbeitnehmers erfolgt dann je nach Verschuldensgrad. Geschieht die Schädigung in Verrichtung hoheitlicher Aufgaben jedoch gegenüber einem externen Dritten, so trifft die Verantwortlichkeit dafür nach Art. 34 Satz 1 GG in Verbindung mit § 839 Abs. 1 BGB wie bei Handlungen durch einen Beamten den Staat oder die

[100] *Müller/Preis* (Fn. 38), Rn. 530.

Körperschaft, in deren Dienst der Arbeitnehmer steht, also den Dienstherrn. Zwar spricht § 839 Abs. 1 BGB (nur) von einem „Beamten", von dem die Schädigung ausgeht, jedoch greift dabei nicht der statusrechtliche Beamtenbegriff, sondern der weitergehende amtshaftungsrechtliche Beamtenbegriff, der für den umfassenden deliktischen Schutz Dritter vor Schädigungen der öffentlichen Hand auch Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst einschließt.[101] Sofern dem Arbeitnehmer Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt, kommt allerdings ein Regressanspruch des Dienstherrn nach Art. 34 Satz 2 GG in Betracht. Erfolgt im Rahmen hoheitlichen Handelns eine Schädigung des Dienstherrn selbst, richtet sich die Haftung des Arbeitnehmers erneut nach der allgemeinen Arbeitnehmerhaftung, da Art. 34 GG und § 839 BGB nur die Haftung im Außenverhältnis regeln, nicht jedoch die dienstrechtliche Innenhaftung. Auch hier steht der Arbeitnehmer trotz des Schadenseintritts während der hoheitlichen Tätigkeit einem Arbeitnehmer bei einem privaten Arbeitgeber gleich. Anders verhält es sich wiederum bei einer Pflichtverletzung gegenüber einem anderen Beschäftigten im Rahmen hoheitlicher Tätigkeiten: Hier haftet nach Art. 34 Satz 1 GG in Verbindung mit § 839 Abs. 1 BGB ebenso der Dienstherr. Kollegen des Schädigers werden in diesen Fällen, unabhängig davon, ob sie Arbeitnehmer oder Beamte sind, wie externe Dritte behandelt und können ihren Schaden direkt vom Arbeitgeber bzw. vom Dienstherrn ersetzt verlangen.[102]

(2) Tarifbeschäftigte

Unterliegt der Arbeitnehmer einem Tarifvertrag des öffentlichen Dienstes, entfällt wiederum jegliche Haftungsverteilung nach den Grundsätzen des innerbetrieblichen Schadensausgleichs, da für die innerdienstliche Schadensabwicklung eigenständige tarifliche Regelungen bestehen. Der tarifgebundene Arbeitnehmer haftet bei einer Pflichtverletzung gegenüber seinem Dienstherrn nach den Maßstäben der §§ 3 Abs. 6, Abs. 7 TVöD, 3 Abs. 7 TV-L und damit zum einen stets nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit, zum anderen nach den für Beamte geltenden Vorschrif-

[101] Vgl. hierzu BGH, Urteil v. 21.6.1951 — III ZR 134/50, NJW 1951, 919; *Papier*, in: Maunz/Dürig (Fn. 8), Art. 34 GG Rn. 24 sowie 105 f.; *ders.*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Fn. 80), § 839 BGB Rn. 17.

[102] BAG, Urteil v. 23.8.1963 — 1 AZR 423/62, NJW 1964, 1702.

ten; diesbezüglich finden für Haftungsansprüche beispielsweise die beamtenrechtlichen Verjährungsfristen Anwendung.[103] Die Regelungen gelten unabhängig davon, ob der Arbeitnehmer die schädigende Handlung bei einer hoheitlichen oder bei einer fiskalischen Tätigkeit vornimmt. Einzig entscheidend ist auch hier, dass die Tätigkeit betrieblich bzw. dienstlich veranlasst war.

Hinsichtlich eines haftungsrelevanten Verhaltens gegenüber dienstfremden Dritten oder Arbeitskollegen, und zwar unabhängig davon, ob diese Arbeitnehmer oder Beamte sind, ist der Tarifbeschäftigte für Vorfälle bei rein fiskalischem Handeln nach den gleichen Maßstäben verantwortlich, wie es der tarifungebundene Arbeitnehmer ist, das heißt es kommt entweder ein Freistellungsanspruch gegen den Dienstherrn in Betracht oder die gesetzliche Unfallversicherung reguliert den Schaden. Die Vorschrift des § 3 Abs. 7 TVöD/TV-L regelt insofern nur die Verantwortlichkeit des Arbeitnehmers gegenüber seinem Arbeitgeber. Fügt der Beschäftigte in Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben einem Dritten oder einem Arbeitskollegen einen Schaden zu, so trifft die Verantwortlichkeit dafür wiederum nach Art. 34 Satz 1 GG und § 839 Abs. 1 BGB den Staat oder die Körperschaft, in deren Dienst der Arbeitnehmer steht. Die Rückgriffsmöglichkeit auf den Beschäftigten besteht nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit, Art. 34 Satz 2 GG.

Insgesamt kommen Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst somit in den Genuss der sie freistellenden Amtshaftung, sofern sie hoheitliche Aufgaben wahrnehmen, und zwar unabhängig davon, ob sie einem Tarifvertrag unterliegen oder nicht. Selbst bei vorsätzlichem oder grob fahrlässigem Verhalten haften sie nicht automatisch, da Art. 34 Satz 2 GG den Rückgriff für solche Fälle lediglich vorbehält, jedoch nicht automatisch anordnet und ein Regress in der Praxis nur in sehr extremen Fällen vorkommt.[104] Bei der Wahrnehmung der Aufgaben des Staates, des Bundeslandes oder ihrer Gemeinde sind Arbeitnehmer Beamten damit nahezu gleichgestellt.

---

[103] Vgl. BAG, Urteil v. 5.3.1981 — 3 AZR 559/78, AP Nr. 9 zu § 70 BAT; Urteil v. 22.2.1972 — 1 AZR 244/71, AP Nr. 3 zu § 70 BAT; *Howald*, in: Burger, TVöD (Fn. 35), § 3 TVöD Rn. 80.

[104] Siehe IV. 3. a) (2).

4. Besondere Straftaten im Amt

a) Hintergrund

Eine weitere rechtliche Besonderheit der Arbeit im öffentlichen Dienst sind die speziellen Straftatbestände der §§ 331-358 StGB, die bestimmte Verhaltensweisen von oder gegenüber Beschäftigten öffentlich-rechtlicher Arbeitgeber gesondert unter Strafe stellen, um einem Missbrauch des naturgemäß sehr engen Näheverhältnisses zwischen dem Beschäftigten und seinem Dienstherrn, der oftmals vertraulichen Vorgänge darin oder der Kompetenzen des Bediensteten vorzubeugen. Die Vorschriften bilden dabei eine über die beamten- bzw. arbeitsrechtlichen Maßnahmen hinausgehende Sanktionsgefahr bei rechtswidrigem Verhalten und schützen insbesondere das Rechtsgut des Vertrauens in die Integrität der öffentlichen Verwaltung, die objektiv und unbeeinflusst ihre Aufgaben erfüllt.[105] Hierdurch wird erneut die besonders enge Pflichtenbindung von Beamten sowie insgesamt aller Angehöriger des öffentlichen Dienstes betont: Mittels der besonderen Strafandrohung werden die Beschäftigten nicht nur präventiv zur Einhaltung ihrer Pflichten ermahnt, vielmehr wird auch das rechtmäßige Handeln der öffentlichen Amtsträger in der äußeren Wahrnehmung manifestiert. Jede Straftat im Amt ist gleichzeitig eine innerdienstliche Pflichtverletzung, weil sie unvermeidlich Dienstbezug hat, und kann daher auch dienstrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen.[106]

b) Der Begriff des Amtsträgers

Der Großteil der erfassten Taten sind Bestechungs- bzw. „Korruptionsdelikte“ oder Amtsstraftaten und stellen Handlungen unter Strafe, die typischerweise nur durch Beschäftigte der öffentlichen Hand aufgrund ihrer Position, ihres Aufgabenkreises oder ihrer Befugnisse begangen werden können („Amtsträger“). Die Amtseigenschaft ist daher zwingende Voraussetzung für die Strafbarkeit und strafbegründendes besonderes persönliches

[105] BGH, Urteil v. 23.5.2002 — 1 StR 372/01, NJW 2002, 2801; veranschaulichend *Walther*, Das Korruptionsstrafrecht des StGB, JURA 2010, 511 sowie mit Beispielen *Bock*, Einführung in die „Korruptionsdelikte“ bei Amtsträgern, JA 2008, 199.

[106] Siehe oben IV. 1. c) (2) und (3); zu internen Disziplinarmaßnahmen allgemein und dem Verhältnis von Straf- und Disziplinarrecht im Speziellen *Leppek* (Fn. 14), Rn. 187 ff.

Merkmal gemäß § 28 Abs. 1 StGB; für Personen, die nicht in einem Beschäftigungsverhältnis mit einem öffentlichen Arbeitgeber stehen oder in Konstellationen, in denen keine weitere derartige Person an der Tat beteiligt ist, kommt eine Strafbarkeit nach den §§ 331-358 StGB nicht in Betracht.[107] Unterschieden werden muss zwischen den Taten, nach denen der Beschäftigte sich selber strafbar macht (als „Korrupter", zum Beispiel durch Vorteilsannahme, § 331 StGB oder Bestechlichkeit, § 332 StGB) und solchen, in denen eine dritte Person wegen ihres Verhaltens, mit dem sie auf einen Amtsträger einwirkt, straffällig wird (als „Korrumpierender", zum Beispiel durch Vorteilsgewährung, § 333 StGB oder Bestechung, § 334 StGB). Vielerlei Vorgänge können somit gleichzeitig mehrere Korruptionstatbestände erfüllen; das deutsche Strafrecht sanktioniert das Verhalten beider bzw. aller Beteiligter mit spiegelbildlichen Entsprechungen.

Den konkreten Kreis der Amtsträger bestimmt § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB. Erfasst werden hier insbesondere Beamte, wobei es im Gegensatz zum statusrechtlichen Beamtenbegriff nicht auf die Art der übertragenen (hoheitlichen) Aufgaben ankommt, sondern allein auf die förmliche Berufung in ein Beamtenverhältnis durch Aushändigung der Ernennungsurkunde.[108] Ebenso eingeschlossen sind Minister, parlamentarische Staatssekretäre, Wehrbeauftrage oder Notare, also solche Personen, die in einem beamtenähnlichen Dienst- und Treueverhältnis zu einer öffentlich-rechtlichen Institution stehen und auf die Kompetenzen im Bereich der vollziehenden Gewalt übertragen werden (§ 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. b) StGB). Für Abgeordnete des Bundestages, der Landesparlamente oder für Mitglieder in Gemeindevertretungen gilt dies jedoch nicht: Organe der gesetzgebenden Gewalt werden vom Amtsträgerbegriff auch dann nicht erfasst, wenn sie innerhalb der gesetzgebenden Körperschaften Funktionsträger sind.[109]

---

[107] Hiervon ausgenommen sind die §§ 352 Abs. 1, 353b Abs. 2, 353d und 356 StGB, die auch für andere Personenkreise eine Strafbarkeit bei Verletzung des Tatbestandes androhen, zum Beispiel für Rechtsbeistände oder andere Personen, die in amtliche, politische oder rechtliche Prozesse involviert sind.

[108] BGH, Urteil v. 9.10.1990 — 1 StR 538/89, NJW 1991, 367; siehe auch BGH, Urteil v. 16.7.2004 — 2 StR 486/03, NJW 2004, 3129.

[109] Vgl. die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 7/550, S. 209.

Gemäß § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c) StGB sind darüber hinaus solche Personen Amtsträger, die durch einen öffentlich-rechtlichen Akt zur Tätigkeit für die öffentliche Hand bestellt sind. Die hier gewählte Terminologie, die zunächst lediglich auf weitere öffentlich-rechtliche Verbindungsformen schließen lässt, erfasst auch solche im öffentlichen Dienst Beschäftigten, die aufgrund einer privatrechtlichen Vereinbarung Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnehmen, also insbesondere Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst. Sofern der Beschäftigte den Staat für jedermann erkennbar gegenüber dem Bürger repräsentiert, also seinem äußeren Erscheinungsbild nach öffentliche Aufgaben wahrnimmt, ist dieser ebenso als Amtsträger einzustufen, und zwar nicht nur dann, wenn er langfristig angestellt und organisatorisch in die Behördenstruktur eingegliedert ist, sondern auch bei privatrechtlichen Einzelaufträgen.[110] Von dieser Definition eingeschlossen sind infolgedessen alle Arbeitnehmer der öffentlichen Hand, unabhängig davon, ob sie mit hoheitlichen oder Verwaltungsaufgaben betraut sind. Dies reflektiert nicht nur die modernen Beschäftigungsstrukturen im öffentlichen Dienst, in denen immer mehr privatrechtlich Angestellte Aufgaben der Verwaltung übernehmen, sondern stellt auch den einzig konsequenten Ansatz dar, um eine umfängliche strafrechtliche Prävention vor dem Missbrauch der Befugnisse von amtsnahen Personen zu erreichen.[111] Eine strafrechtliche Unterscheidung zwischen Beamten und Arbeitnehmern im öffentlichen Dienst findet somit nicht statt, die §§ 331-358 StGB finden für beide Beschäftigtengruppen Anwendung. Im Gegensatz zu den anderen vorliegend dargestellten Beispielen findet im Bereich der Amtsdelikte somit keine beschäftigungsrechtliche Unterscheidung zwischen Beamten und Arbeitnehmern statt, sondern eine strafrechtliche Vereinheitlichung.

---

[110] *Kühl*, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch (Kommentar), 27. Aufl. 2011, § 11 StGB Rn. 6 ff. sowie Rn. 8 zum Begriff der Behörde und Rn. 9 ff. zu den Aufgaben der öffentlichen Verwaltung.

[111] Ähnlich *Fischer*, Strafgesetzbuch (Kommentar), 60. Aufl. 2013, § 11 StGB Rn. 22a; weiterführend *Schramm*, Die Amtsträgereigenschaft eines freiberuflichen Planungsingenieurs, JuS 1999, 333; *Lenckner*, Privatisierung der Verwaltung und „Abwahl des Strafrechts"?, ZStW 106 (1994), 502.

Die Korruptionstatbestände sehen des Weiteren separate und mit schwereren Strafrahmen bedrohte Konstellationen für das rechtswidrige Handeln einer Richterperson vor (jeweils Abs. 2 der §§ 331-334 StGB). Hintergrund der gesonderten und intensiveren Strafandrohung ist das nochmal höhere Vertrauen der Allgemeinheit in die Tätigkeit des Richters, insbesondere wegen dessen richterlicher Unabhängigkeit.[112] Die Tatbestandsverwirklichung eines der genannten Delikte erfüllt in vielen Fällen gleichzeitig den Tatbestand der Rechtsbeugung (§ 339 StGB). Schon in Fällen der Vorteilsannahme (§ 331 Abs. 2 StGB) muss jedoch eine konkrete Gegenleistung in der korrupten richterlicher Handlung liegen; die bloße „Klimapflege" wird, im Gegensatz zu § 331 Abs. 1 StGB, nicht erfasst.[113] Es bedarf vielmehr einer „Unrechtsvereinbarung". Sofern diese in einer Pflichtwidrigkeit besteht, greift § 332 Abs. 2 StGB. Wenn es sich bei der Handlung um eine nichtrichterliche Aufgabe handelt, ist der Richter als Amtsträger einzustufen und nach § 331 Abs. 1 bzw. § 332 Abs. 1 StGB zu bestrafen.

c) Deliktstypen

Die betroffenen Handlungen (und damit relevantesten Tatbestände) sind in quantitativer Hinsicht vor allem das Fordern, Versprechenlassen oder Annehmen eines Vorteils, also insbesondere Fälle der Vorteilsannahme und Bestechlichkeit. Der Begriff des „Vorteils" ist im strafrechtlichen Zusammenhang weit zu verstehen und erstreckt sich vornehmlich auf Geldzahlungen, aber auch auf Sachgeschenke aller Art, Einladungen oder Bewirtungen. Dem Amtsträger muss durch den Korrumpierenden eine Zuwendung zugutekommen, die seine persönliche Lage objektiv verbessert. Davon erfasst wird grundsätzlich jedwede Kleinigkeit materieller und immaterieller Art, unabhängig davon, wie geringwertig sie ist. Eine Einschränkung erfolgt lediglich dort, wo der Vorteil des Amtsträgers entweder nur als höfliche Umgangsform zu verstehen, also sozial üblich ist und keine abstrakte Gefahr der Beeinflussung der Amtsführung besteht, oder — in Fällen der Vorteilsannahme — wo die Annahme des Vorteils zuvor oder nachträglich durch den Dienstherrn genehmigt wird (§ 331 Abs. 3 bzw.

[112] *Heine*, in: Schönke/Schröder (Fn. 29), § 331 StGB Rn. 11b; vgl. oben unter C. I. 1.

[113] Vgl. unten D. IV. 3.

§ 333 Abs. 3 StGB).[114] Der strafrechtliche Rahmen beginnt dabei jedoch nicht erst bei der Annahme einer Zuwendung als konkrete Leistung für eine bestimmte, pflichtwidrige Diensthandlung des Beschäftigten (= Tatbestand der Bestechlichkeit, § 332 StGB), sondern bereits dort, wo Vorteile zur generellen Pflege des Verhältnisses zwischen der externen, korrumpierenden Person und dem Amtsträger gewährt werden (= Tatbestand der Vorteilsannahme, § 331 StGB).[115] Für eine generelle Strafbarkeit muss also nicht unbedingt eine konkrete Gegenleistung des Bediensteten erfolgen; schon der „böse Schein" einer Beeinflussung soll vermieden werden und wird daher unter Strafe gestellt. Auch, ob eine durch die Vorteilsgewährung bezweckte Diensthandlung aufgrund einer öffentlich-rechtlichen Anspruchsgrundlage des externen Zuwendenden rechtmäßig erfolgt, ist für die Strafbarkeit des Amtsträgers irrelevant. Sofern eine konkrete dienstliche oder richterliche Handlung mit der Vorteilsgewährung bezweckt wird, kann die Gegenleistung des Amtsträgers oder Richters nicht nur in der aktiven Vornahme einer Tätigkeit bestehen, sondern schon wegen § 336 StGB explizit auch in deren Unterlassen.

Eine weitere Gruppe spezieller Deliktstypen, deren Verwirklichung nur durch die Amtseigenschaft möglich ist, sind die in §§ 344-353 StGB geregelten Tatbestände, die verschiedene Arten des Ausnutzens bestimmter Dienstkompetenzen unter Strafe stellen. Die Vorschriften dienen primär dem Schutz der Rechtspflege und dem Vertrauen in die mit verwaltungshoheitlichen Aufgaben betrauten Amtsträger.[116] Die verschiedenartigen Tatbestände wie die amtliche Falschbeurkundung (§ 348 StGB) oder die strafrechtliche Verfolgung Unschuldiger (§ 344 StGB) werden erst durch die Ermächtigung des Amtsträgers möglich, bestimmte Diensthandlungen selbst vorzunehmen oder zu veranlassen. Die Delikte sind keine Korruptionsstraftaten, das Ersuchen eines Dritten kann, muss aber nicht Hintergrund des rechtswidrigen Handelns sein; Korruptionsdelikte können dann jedoch tateinheitlich begangen sein.

---

[114] BGH, Urteil v. 23.10.2002 — 1 StR 541/01, NJW 2003, 763; *Korte*, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 4, 2006, § 331 StGB Rn. 61 ff. und 126 ff.

[115] Vgl. hierzu BGH, Urteil v. 9.12.2010 — 3 StR 312/10, NJW 2011, 1374; Urteil v. 21.6.2007 — 4 StR 69/07, NStZ-RR 2007, 309; zum Vorteilsbegriff sehr anschaulich BGH, Urteil v. 14.10.2008 — 1 StR 260/08, NJW 2008, 3580.

[116] *Kühl*, in: Lackner/Kühl (Fn. 110), § 344 StGB Rn. 1 und § 348 StGB Rn. 1.

Unter besonderer Strafe steht darüber hinaus die Anwendung von körperlicher Gewalt im Zusammenhang mit Vorgängen der öffentlichen Tätigkeit. Die diesbezüglichen Regelungen sanktionieren die Beschädigung der Reputation von Verwaltung und Rechtspflege, sofern ein Amtsträger in Ausübung seiner Diensttätigkeit eine Körperverletzung begeht (§ 340 StGB) oder seine Stellung zur Erpressung eines bestimmten Verhaltens von Dritten ausnutzt (§ 343 StGB). Voraussetzung für die Strafbarkeit ist daher, dass die Handlung jeweils in Ausübung der öffentlichen Tätigkeit geschieht und die Handlungen in einem inneren Zusammenhang mit dieser stehen.[117] Die Strafrahmen der Vorschriften sind dabei höher angesetzt als bei den entsprechenden Delikten im privaten Umfeld, um den Amtsträgern zu verdeutlichen, dass die Wahrung der öffentlichen Integrität auch ihre persönliche Besonnenheit und Umsicht erfordert.

Durch die Fülle der den Beschäftigten im öffentlichen Dienst zufallenden sensiblen Informationen obliegt diesen nicht nur schon aufgrund ihrer Dienstpflichten eine dezidierte Geheimhaltungs- und Verschwiegenheitsverpflichtung, zusätzlich stellen die §§ 353a-356 StGB auch die Offenlegung oder den Missbrauch von dienstlichen Informationen unter besondere Strafe. Geschützt werden hierbei insbesondere die Vertrauensstellung gegenüber dem Staat im auswärtigen Dienst (§ 353a StGB), das Steuergeheimnis (§ 355 StGB) und der Inhalt nicht-öffentlicher Gerichtsverhandlungen (§ 353d StGB). Allerdings steht auch bereits die Verletzung von allgemeinen Dienstgeheimnissen unter Strafe (§ 353b StGB). Dienstgeheimnisse sind dabei alle Informationen, die einer besonderen Geheimhaltung nach außen oder auch nach innen gegenüber anderen Abteilungen bedürfen; auch hier muss ein innerer Zusammenhang mit der Diensttätigkeit bestehen.[118] Erfasst werden behördliche Vorgänge mit Außenbezug, aber auch Sachverhalte die innere Verwaltungsorganisation betreffend. Allerdings ist nicht allein der Missbrauch oder die Offenlegung der Informationen an sich strafbar, vielmehr muss daraus eine konkrete Gefahr für wichtige öffentliche Interessen resultieren. Diese ist jedenfalls dann gegeben, wenn Rechte von privaten Dritten verletzt oder eingeschränkt werden, aber auch

[117] *Cramer/Sternberg-Lieben/Hecker*, in: Schönke/Schröder (Fn. 29), § 340 StGB Rn. 3.

[118] BGH, Urteil v. 9.12.2002 — 5 St R 276/02, NJW 2003, 979; Urteil v. 23.3.2001 — 2 StR 488/00, NJW 2001, 2032.

dann schon, wenn durch das Verhalten des Bediensteten das öffentliche Vertrauen in die Verwaltung beeinträchtigt wird.[119] Nicht strafbar ist hingegen konsequenterweise jedes Verhalten in Bezug auf Informationen, die nicht geheimhaltungsbedürftig sind, weil sie zum Beispiel von jedermann in Erfahrung gebracht werden können.

Auf der Rechtsfolgenseite kann das Verhalten eines Beschäftigten nicht nur strafrechtliche Konsequenzen in Form einer Geldstrafe oder eines Freiheitsentzugs haben. Gemäß § 358 StGB kann dem Bediensteten als Nebenfolge auch der Verlust seiner Amtsfähigkeit drohen, wenn seine Freiheitsstrafe für die Verwirklichung eines Amtsdelikts sechs Monate oder mehr beträgt.[120] Über den Verlust der Amtsfähigkeit entscheidet das Tatgericht. Ein strafrechtliches relevantes Verhalten kann folglich im Extremfall das Beschäftigungsverhältnis auch abseits der eventuellen außerordentlichen Kündigungsmöglichkeit des Dienstherrn gemäß § 626 BGB (für Arbeitsverträge)[121] bzw. der Entfernungs-/Entlassungsmöglichkeit aus dem Dienstverhältnis gemäß § 10 BDG (Bundesdisziplinargesetz) bzw. § 41 BBG (für Beamte) tangieren.[122]

5. Das Arbeitskampfrecht der Beschäftigten im öffentlichen Dienst

a) Das Recht zum Arbeitskampf für Arbeitnehmer in Deutschland

(1) Verfassungsrechtliche Grundlagen

Das Recht zum Arbeitskampf für Arbeitnehmer in Deutschland ist grundlegend mit der Möglichkeit zur Bildung von Koalitionen und zur Vereinbarung von Tarifverträgen durch diese verknüpft. Der Tarifvertrag ist, nicht nur für Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst, das wichtigste Gestaltungsinstrument zur Regelung von kollektiven Arbeitsbedingungen. Trotz anhaltend rückläufiger Mitgliedszahlen in den Gewerkschaften waren in

---

[119] Siehe hierzu bereits BGH, Urteil v. 19.6.1958 — 4 St R 151/58, NJW 1958, 1403; siehe auch BGH, Beschluss v. 16.4.2008 — 1 St R 83/08, NJW 2008, 2057 m. Anm. *Streng*, JR 2009, 78; OLG Köln, Beschluss v. 21.8.2009 — 81 Ss 52-53/09, NJW 2010, 166.

[120] BGH, Beschluss v. 8.1.2008 — 4 StR 468/2007, NJW 2008, 929.

[121] Vgl. zum außerordentlichen Kündigungsrecht des Arbeitgebers bei Straftaten von Arbeitnehmern *Linck*, in: Schaub (Fn. 35), § 127 Rn. 14 ff., zum Verlust der Beamtenrechte *Battis* (Fn. 15), § 41 BBG Rn. 4 ff.

[122] Siehe dazu oben IV. 1. c).(3)

den Jahren 2010 bis 2011 rund 84 % aller Arbeitsverhältnisse in Deutschland durch einen Tarifvertrag bestimmt, darunter allein rund 59 % durch direkte Tarifbindung des Arbeitnehmers, der Rest durch Allgemeinverbindlichkeitserklärung eines Tarifvertrages oder durch arbeitsvertragliche Bezugnahmeklauseln. Da der gewerkschaftliche Organisationsgrad im öffentlichen Dienst mit ca. 86 % noch wesentlich höher ist und die Tarifverträge des öffentlichen Dienstes durch generelle Inbezugnahme auch Wirkung für alle übrigen Arbeitsverhältnisse entfalten[123], werden dort nahezu nahezu alle Arbeitsverträge von Tarifverträgen bestimmt.[124]

Die Tarifautonomie sowie die Verhandlungsparität in den Tarifverhandlungen zwischen Gewerkschaften und Arbeitgebern bzw. Arbeitgeberverbänden können jedoch nur gewährleistet werden, wenn den Arbeitnehmern ein legitimes Druckmittel zur Verfügung gestellt wird, um gegenüber dem Arbeitgeber ein Verhandlungsgleichgewicht zu erlangen und ihre tariflichen Forderungen durchzusetzen. Dieses Instrument ist der Arbeitskampf, ohne den Tarifverhandlungen lediglich einem „kollektiven Betteln" gleichen würden.[125] Arbeitskampfmaßnahmen sind allerdings nicht nur Arbeitnehmern vorbehalten, sondern auch Arbeitgebern, zum Beispiel in Form von Aussperrungen, da das Machtgleichgewicht zwischen den Tarifvertragsparteien trotz der strukturellen Überlegenheit der Arbeitgeberseite ohne die beiderseitige Arbeitskampfmöglichkeit aufgehoben werden könnte. Eine gesetzliche Regelung des Arbeitskampfrechts existiert nicht, vielmehr bestehen lediglich vereinzelte Regelungen, die individuelle Rechtsfragen der Folgen von Arbeitskämpfen behandeln. Die wichtigste Rechtsquelle des Arbeitskampfrechts bildet daher

---

[123] *Müller/Preis* (Fn. 38), Rn. 114, 130.

[124] Vgl. insgesamt *Preis*, Kollektivarbeitsrecht, 3. Aufl. 2012, § 77 S. 5, § 86 S. 74 f.; *WSI-Tarifarchiv*, Statistisches Taschenbuch Tarifpolitik 2013, S.16, abrufbar unter http://www.boeckler.de/pdf/p_ta_tariftaschenbuch_2013.pdf; zur Verteilung der durch Tarifbindung erfassten Arbeitnehmer in verschiedenen Wirtschaftszweigen und im öffentlichen Dienst siehe *Statistisches Bundesamt*, Verdienste und Arbeitskosten — Tarifbindung in Deutschland 2010, S. 7, abrufbar unter

https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/VerdiensteArbeitskosten/Tarifverdienste/Tarif bindung5622103109004.pdf?__blob=publicationFile (letzter Aufruf beider am 7. März 2015).

[125] So das BAG im Urteil v. 10.6.1980 — 1 A ZR 822/79, AP Nr. 64 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

Art. 9 Abs. 3 GG, der Arbeitskämpfe, ebenso wie die Koalitionsfreiheit und die Tarifautonomie, als „Werkzeug" der Tarifvertragsparteien verfassungsrechtlich garantiert, weil ein Recht zur Koalitionsbildung nur dann sinnvoll ist, wenn auch ihre Betätigungsfreiheit gewährleistet und geschützt wird.[126] Grundrechtsdogmatisch steht im Vordergrund dieser Gewährleistung die Möglichkeit zur Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen durch Tarifverträge, allerdings muss die Koalitionsfreiheit hierfür ebenso ein Mittel umfassen, das die Verhandlungsbereitschaft der Gegenseite zu fördern im Stande ist. Aus Art. 9 Abs. 3 GG folgt daher kein „Grundrecht auf Arbeitskampf", sondern nur die Betätigungsgarantie im Rahmen der kollektiven Koalitionsfreiheit zur Lösung tariflicher Interessenkonflikte. Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Arbeitskämpfen folgt jedoch mithin aus der in Art. 9 Abs. 3 GG verankerten Tarifautonomie.[127]

Durch die Gewährleistung der Arbeitskampffreiheit sind auch dem Staat hoheitliche Eingriffe in laufende, rechtmäßig geführte Arbeitskämpfe untersagt (Art. 9 Abs. 3 Satz 3 GG), damit keine Beeinflussung der Kampfparität geschieht; in der freiheitlichen Wirtschaftsordnung der Bundesrepublik Deutschland soll es allein den Tarifvertragsparteien obliegen, Regelungsschwierigkeiten auszutragen.[128] Konsequenz dessen ist beispielsweise, dass der Staat keine Beamten einsetzen darf, die außerhalb des staatlichen Bereichs arbeitskampfbedingt unerledigte Aufgaben wahrnehmen. Grundgedanke der staatlichen Zurückhaltung ist dabei vor allem auch, dass die unmittelbar betroffenen Parteien besser wissen und aushandeln können, was ihren beiderseitigen Interessen entspricht.

---

[126] Siehe grundlegend BVerfG, Urteil v. 18.11.1954 — 1 BvR 629/52, BVerfGE 4, 96; BAG, Urteil v. 12.9.1984 — 1 AZR 342/83, AP Nr. 81 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; Urteil v. 10.6.1980 — 1 AZR 822/79, AP Nr. 64 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; ausführlich *Engels*, Verfassung und Arbeitskampfrecht, 2008, S. 161 ff., 199 ff.

[127] BAG, Urteil v. 26.4.1988 — 1 AZR 399/86, NZA 1988, 775.

[128] Gebot der Staatsneutralität, insbesondere relevant bei Gewährung von Sozialleistungen mit Arbeitskampfbezug, vgl. BVerfG, Urteil v. 4.7.1995 — 1 BvF 2/86, NZA 1995, 754; BAG, Urteil v. 13.7.1993 — 1 AZR 676/92, NZA 1993, 1135; *Treber*, in: Schaub (Fn. 35), § 192 Rn. 34 ff.; allgemein *Seiter*, Staatsneutralität im Arbeitskampf, 1987; nicht davon betroffen sind jedoch legislative Regelungen, durch die die Kampfparität gewährleistet wird, vgl. BSG, Urteil v. 9.9.1975 — 7 RAr 5/73, BSGE 40, 190.

Arbeitskampfmaßnahmen dienen folglich der Durchsetzung widerstreitender tariflicher Interessen der Koalitionspartner und damit letztlich der Herstellung und Sicherung der Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems. Sie sind gerade wegen dieser Funktion im Tarifgeschehen und ihren erheblichen wirtschaftlichen Nachteilen für den Tarifpartner jedoch grundsätzlich nur dann zulässig und verfassungsrechtlich geschützt, wenn sie als Mittel zum Abschluss von Tarifverträgen, also zur Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen im Sinne des Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG, geführt werden. Trotz ihres beeinträchtigenden Charakters lassen sich Arbeitskämpfe damit als Instrumente zur Konfliktlösung betrachten.[129]

(2) Ausgestaltung des Arbeitskampfrechts

Auch der Begriff des Arbeitskampfes ist gesetzlich nicht definiert. Allerdings spricht man dann von einem Arbeitskampf, wenn von der Arbeitgeber- oder der Arbeitnehmerseite kollektive Maßnahmen zur Störung der Arbeitsbeziehungen ergriffen werden, um ein bestimmtes Ziel zu erreichen.[130] In der Regel stehen sich beim Arbeitskampf Arbeitgeberverbände und Gewerkschaften mitsamt den darin organisierten Arbeitnehmern gegenüber. Auch ein einzelner Arbeitgeber kann jedoch Partei eines Arbeitskampfes sein, da auch dieser tariffähig ist und Tarifvertragspartei sein kann, § 2 Abs. 1 TVG (Tarifvertragsgesetz). Einzelne Arbeitnehmer können darüber hinaus auch am Arbeitskampf teilnehmen, wenn sie nicht Mitglieder der den Streik führenden Gewerkschaft sind, weil sie zum Beispiel durch arbeitsvertragliche Bezugnahmeklauseln auch indirekt von einer potentiellen Tarifeinigung profitieren können. Diesbezüglich muss durch die in Betrieben mögliche Tarifpluralität jedoch danach differenziert werden, ob der Arbeitskampf sich wirklich auf die Arbeitsbedingungen des individuellen Arbeitnehmers auswirken kann.[131]

---

[129] Sehr anschaulich *Preis*, Kollektivarbeitsrecht (Fn. 124), § 108 S. 321 f., § 111 S. 345 ff.

[130] BAG, Urteil v. 31.10.1958 — 1 AZR 632/57, AP Nr. 2 zu § 1 TVG Friedenspflicht; *Däubler*, in: Däubler, Arbeitskampfrecht, 3. Aufl. 2011, § 8 Rn. 1 ff.

[131] Dazu *Greiner*, Der Arbeitskampf der GDL — Überlegungen zur Parität im Sparten- und Spezialistenarbeitskampf, NZA 2007, 1023.

Konkrete Kampfmaßnahmen sind Störungen der arbeitsvertraglichen Beziehungen, also insbesondere die Nicht- oder Schlechtleistung der Arbeitnehmer bzw. die Nichtannahme der Leistung durch den Arbeitgeber, aber auch andere psychologische oder wirtschaftliche Beeinträchtigungen wie zum Beispiel Betriebsblockaden oder Boykott. Aufgrund der Garantie des Koalitionsgrundrechts sind die Kampfparteien jedoch nicht alleine auf diese Mittel beschränkt, vielmehr umfasst die Betätigungsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG zunächst alle koalitionsspezifischen Maßnahmen; Einschränkungen ihrer Rechtmäßigkeit bedürfen einer Begründung.[132] Dies gilt ebenso für moderne Arbeitskampfmethoden wie zum Beispiel sog. „Flashmobs"[133]: Allein entscheidend ist, ob ein Kampfmittel als koalitionsspezifische Verhaltensweise gewertet werden kann. Das Ziel einer Tarifeinigung ist dabei nicht schon für das Vorliegen eines Arbeitskampfes an sich von Bedeutung, wohl aber für dessen Rechtmäßigkeit. Unzulässig sind solche Arbeitskämpfe, die auf keine Tarifeinigung oder auf tariflich nicht regelbare Inhalte abzielen, zum Beispiel also Streiks für einzelvertragliche Ansprüche, betriebsverfassungsrechtliche Regelungen oder aus politischen Interessen. Der Kontext tariflicher Forderungen unterliegt dabei jedoch einer weiten Betrachtung, so dass beispielsweise auch Unterstützungs- oder Sympathiearbeitskämpfe einer nicht am unmittelbaren Tarifabschluss beteiligten Gewerkschaft rechtmäßig sein können. Generell gilt, das was normativ regelbar ist, auch erkämpfbar ist, solange es zumindest in einer sachlich verwandten Sphäre geschieht.[134]

Unzulässig sind Arbeitskämpfe während der Laufzeit geltender Tarifverträge. Es besteht eine Friedenspflicht aller Tarifvertragsparteien, die hinsichtlich der tariflich geregelten Inhalte gilt und keiner expliziten Vereinbarung bedarf, sondern jedem Tarifvertrag immanent ist. Zwingende interne Voraussetzung für das Führen eines Arbeitskampfes ist für eine durch

[132] „Grundsatz der Kampfmittelfreiheit", grundlegend BAG GS, Beschluss v. 28.1.1955 — GS 1/54, AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; siehe auch BAG, Urteil v. 19.6.2007 — 1 AZR 396/06, NZA 2007, 1055; BVerfG, Urteil v. 4.7.1995 — 1 BvF 2/86, NZA 1995, 754.

[133] Vgl. BAG, Urteil v. 22.9.2009 — 1 AZR 972/08, NZA 2009, 1347; *Ricken*, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht (Fn. 22), § 200 Rn. 30.

[134] BAG, Urteil v. 19.6.2007 — 1 AZR 396/06, NZA 2007, 1055.

einen Verband getragene Maßnahme zudem ein Beschluss des zuständigen Gremiums, beispielsweise eine gewerkschaftliche Urabstimmung.[135] Zu Beginn eines Arbeitskampfes steht der Aufruf des (Haupt-)Verbandes zum Arbeitskampf, der der Gegenseite zugehen muss. Dies ist allerdings auch durch öffentliche Verlautbarung möglich, die oft als mediales Druckmittel genutzt wird.

Da die Auswirkungen eines Arbeitskampfes facettenreich sind und nicht nur wirtschaftliche Einbußen beim Kampfgegner, sondern auch Nachteile und Rechtseinschränkungen Dritter bewirken können, sind darüber hinaus nur solche Kampfmaßnahmen als zulässig einzustufen, die die Rechte des Sozialpartners und Dritter nicht unverhältnismäßig beeinträchtigen. Weil das rechtmäßige Ziel in der Herstellung gleichwertiger Verhandlungschancen durch die tarifliche Auseinandersetzung liegt, dürfen Arbeitskampfmaßnahmen nur dann vorgenommen werden, wenn alle anderweitigen Verhandlungsmöglichkeiten ausgeschöpft sind.[136] Dieses Ultima-Ratio-Prinzip verbietet Arbeitskämpfe zu einem Zeitpunkt, zu dem noch eine ernsthafte Verhandlungsbereitschaft der Gegenseite besteht. Für die weitere Angemessenheit eines Arbeitskampfes bilden vor allem kollidierende Grundrechte des Sozialpartners und Dritter sowie die Strafgesetze Grenzen des rechtmäßigen Handelns. Die rechtswidrige Verwirklichung Letzterer wird jedoch im Lichte des Arbeitskampfrechts ausgelegt, da Tatbestände wie beispielsweise der der Nötigung (§ 240 StGB) Maßnahmen wie der Blockade eines Betriebs naturgemäß innewohnen.[137] Weitere Bezugspunkte bilden der Charakter der Arbeitskampfmaßnahme und dessen Funktion. Allerdings sind auch nicht unerhebliche ökonomische Schäden beim Kampfgegner hinzunehmen, da es gerade das Wesen eines Arbeitskampfes ausmacht, durch die Zufügung wirtschaftlicher Nachteile Druck zur Erreichung des (legitimen) Ziels auszuüben.

---

[135] Instruktiv *Rieble*, Urabstimmung als Streikvoraussetzung, in: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, 2007, S. 1439.

[136] Vgl. BAG, Urteil v. 19.6.2007 — 1 A ZR 396/06, NZA 2007, 1055; Urteil v. 24.4.2007 — 1 A ZR 252/06, NZA 2007, 987; LAG Sachsen, Urteil v. 2.11.2007 — 7 SaGa 19/07, NZA 2008, 59.

[137] Dazu sehr anschaulich LAG Köln, Urteil v. 2.7.1984 — 9 Sa 6 02/84, NZA 1984, 402.

b) Das Arbeitskampfrecht im öffentlichen Dienst

(1) Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst

Das Streikrecht der Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst unterscheidet sich nicht von dem in der Privatwirtschaft. Weil die durch Arbeitskämpfe beabsichtigten Verbesserungen der Arbeitsinhalte auch für Arbeitnehmer im Staatsdienst durch Tarifverträge geregelt werden — und dies sogar im Wesentlichen[138] -, können sich auch die privatrechtlich Beschäftigten bei staatlichen Arbeitgebern nach den allgemeinen Grundsätzen an Arbeitskämpfen beteiligen. Besonderheiten, die spezielle Grenzen für die Arbeitskampffreiheit rechtfertigen, sind nur aufgrund der öffentlichen Aufgabenbereiche oder der Nähe zu Beamten nicht geboten.[139] Schranken können sich lediglich nach den allgemeinen Regeln ergeben, also insbesondere durch das Aufeinandertreffen mit kollidierenden Grundrechten mittelbar betroffener Privater. Einschränkungen sind daher insbesondere für solche Beschäftigungen möglich, deren ungestörte Ausführung unabdingbar für die öffentliche Daseinsvorsorge ist, also in Bezug auf Dienstleistungen und Güter, auf die die Gemeinschaft existenziell angewiesen ist.[140] Freilich betrifft dies aufgrund der wesentlichen Aufgabenbereiche der öffentlichen Hand für die Bevölkerung prozentual betrachtet im öffentlichen Dienst erheblich mehr Arbeitsverhältnisse als in den meisten Zweigen der Privatwirtschaft. Die Grenzen einer Beschränkung der Arbeitskampffreiheit sind jedoch auch im öffentlichen Dienst nicht nur an der bloßen Absicherung der öffentlichen Mindestversorgung zu bemessen, sondern vielmehr ebenso im Wege einer Verhältnismäßigkeitsprüfung zwischen der Koalitionsbetätigungsfreiheit der Arbeitnehmer und den betroffenen Grundrechten Dritter.[141] Von maß-

---

[138] Siehe oben C. III. b).

[139] BVerfG, Beschluss v. 2.3.1993 — 1 BvR 1213/85, BVerfGE 88, 103; auch vom Gesetzgeber anerkannt, zum Beispiel durch § 66 Abs. 2 Satz 3 BPersVG; a. A. *Scholz*, in: Maunz/Dürig (Fn. 8), Art. 9 GG Rn. 379, der solchen Angestellten, denen hoheitliche Aufgaben zugewiesen sind, wie Beamten das Arbeitskampfrecht versagt.

[140] Allgemein *Hensche*, in: Däubler (Fn. 130), § 18 Rn. 9 ff.; *Schliemann*, Streik in der Daseinsvorsorge, RdA 2012, 14.

[141] Vgl. hierzu allgemein BVerfG, Beschluss v. 10.9.2004 — 1 Bv R 1191/03, NZA 2004, 1338; *Scherer*, Grenzen des Streikrechts in den Arbeitsbereichen der Daseinsfürsorge, 2000, S. 115 ff.

geblicher Bedeutung ist dabei die Wahrnehmung von Notstandsarbeiten durch einen Teil der Arbeitnehmer, die die Parteien während des Arbeitskampfes in der Regel vereinbaren. Umgekehrt sind auch Kampfmaßnahmen durch den Dienstherrn in den anerkannten arbeitskampfrechtlichen Grenzen möglich, zum Beispiel in Form von Aussperrungen. Der Staat ist insoweit in der gleichen Rechtsstellung wie jeder private Arbeitgeber. Seine Neutralitätspflicht entfällt.[142]

Durch die beschäftigungspolitische und verwaltungstechnische Relevanz der Beschäftigten im öffentlichen Dienst erreichen Arbeitskämpfe in diesem Sektor stets eine beachtliche Aufmerksamkeit: Zum einen, weil die Streikhäufigkeit und –dimension wegen des hohen gewerkschaftlichen Organisationsgrades extrem weitreichende Ausmaße annimmt, zum anderen wegen dem vermehrten Auftreten von Arbeitskämpfen durch Sparten- oder Berufsgewerkschaften, deren Zuständigkeitsbereiche früher überwiegend dem öffentlichen Dienst zuzurechnen waren und die heute in quantitativer Hinsicht zwar nicht unbedingt viele Arbeitnehmer vertreten, dafür aber solche in unverzichtbaren Positionen.[143]

(2) Das Streikrecht von Beamten

Das Beamtenstreikrecht gehört zu den besonders heftig umkämpften Fragen des deutschen Arbeitskampfrechts. Grund dafür ist allen voran das Aufeinandertreffen der historisch tief verwurzelten und engen Treuebeziehung zwischen Beamten und dem Staat mit immer ausgeprägteren Arbeitnehmerschutzmaßstäben, den modernen Beschäftigungsstrukturen im öffentlichen Dienst mit zunehmend mehr Privatisierungen und privat-

---

[142] *Dieterich/Linsenmaier*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (Fn. 40), Art. 9 GG Rn. 154.

[143] Beispiele dafür sind Piloten und Lokführer, vgl. LAG Sachsen, Urteil v. 2.11.2007 — 7 Sa Ga 19/07, NZA 2008, 59 mit Besprechungen bei *Feudner*, Zum Arbeitskampfrecht von Berufsgruppengewerkschaften, RdA 2008, 104 sowie bei *Hanau*, Ordnung und Vielfalt von Tarifverträgen und Arbeitskämpfen im Betrieb, RdA 2008, 98; siehe auch *Kissel*, Arbeitskampfrecht, 2002, § 45 Rn. 44 f.; *Rüthers*, Arbeitskampf in einer veränderten Wirtschafts- und Arbeitswelt, NZA 2010, 6; *v. Steinau-Steinrück/Glanz*, Dauerarbeitskämpfe durch Spartenstreiks — Die verbliebenen Kampfmittel der Arbeitgeber, NZA 2009, 113; *Greiner* (Fn. 131), NZA 2007, 1023.

rechtlich Beschäftigten, kollektiven Entwicklungen wie der Tarifpluralität sowie den allgemein sehr umfassenden Schutzbereichen der Grundrechte.[144]

Grundrechtsträger des Art. 9 Abs. 3 GG sind nicht nur alle Vollzeitarbeitnehmer, sondern wegen dem Schutzzweck der Koalitionsfreiheit *alle* in irgendeiner Form abhängig Beschäftigten, auch Beamte, Richter oder Soldaten.[145] Das Individualgrundrecht, Koalitionen zu bilden, bestehenden Koalitionen beizutreten, sich darin zu betätigen oder ihnen fernzubleiben, steht damit auch diesen Personengruppen zu (für Beamte zudem explizit geregelt in § 52 BeamtStG und § 116 BBG). Auch die Koalitionen selbst und ihre bestimmungsgemäße Betätigung sind verfassungsrechtlich geschützt. Beamten wird allerdings wegen ihren besonderen, ebenso verfassungsrechtlich verankerten Rechten und Pflichten gegenüber der Allgemeinheit von der herrschenden Meinung seit jeher das Recht zum Arbeitskampf versagt.[146] Hauptmotiv dieser Einschätzung ist Art. 33 Abs. 5 GG und die daraus hergebrachten Grundlagen des Berufsbeamtentums[147], in denen vor allem die Treuepflicht des Beamten gegenüber seinem Dienstherrn ein beeinträchtigendes Verhalten im Dienstverhältnis verbiete. Das verfassungsunmittelbare Streikverbot für Beamte diene nicht nur der Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit der öffentlichen Verwaltung — gerade in Krisenzeiten oder bei (zulässigen) Arbeitskampfmaßnahmen privatrechtlich Angestellter im öffentlichen

---

[144] Siehe zur Entwicklung in der Praxis den Überblick bei *Hensche*, in: Däubler (Fn. 130), § 18a Rn. 16 ff.

[145] Zu Beamten als Grundrechtsträger siehe BVerfG, Beschluss v. 2.3.1993 — 1 BvR 1213/85, BVerfGE 88, 103; Beschluss v. 30.11.1965 — 2 BvR 54/62, AP Nr. 7 zu Art. 9 GG; BVerwG, Urteil v. 10.5.1984 — C 2 18.82, BVerwGE 69, 208; zu Soldaten vgl. BVerfG, Beschluss v. 7.4.1981 — 2 BvR 446/80, AP Nr. 34 zu Art. 9 GG.

[146] Vgl. BVerfG, Beschluss v. 30.3.1977 — 2 BvR 1039/75, BVerfGE 44, 249; Beschluss v. 11.6.1958 — 1 BvR 1/52, BVerfGE 8,1; BVerwG, Urteil v. 3.12.1980 — 1 D 86/79, BVerwGE 73, 97; Urteil v. 22.11.1979 — 1 D 8 4/78, BVerwGE 63, 193; BGH, Urteil v. 28.2.1980 — II ZR 131/77, NJW 1980, 2457; Urteil v. 31.1.1978 — VI ZR 32/77, NJW 1978, 816; *Otto*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, 2006, § 9 Rn. 2 ff.; *Reich*, Beamtenstatusgesetz (Kommentar), 2. Aufl. 2012, § 33 BeamtStG Rn. 1, 5; *Schnellenbach* (Fn. 14), § 7 Rn. 29 f.; a. A. *Hensche*, in: Däubler (Fn. 130), § 18a Rn. 27 ff.

[147] Sehr anschaulich dargestellt bei *Leppek* (Fn. 14), Rn. 28 ff.

Dienst –, sondern stehe auch funktional in einem untrennbaren Zusammenhang mit dem Gegenseitigkeitsverhältnis in der Beamtenbeziehung, in der die erhöhten, wechselseitigen Leistungs- und Loyalitätsversprechen nicht nur ein intensives Bindungsverhältnis konstituieren, sondern auch wesentlich stärkere Verpflichtungen bedingen, zum Beispiel im Rahmen des Alimentationsprinzips.[148] Auch die einfachgesetzlich ausgestalteten Pflichten des Beamten, dem in seinem öffentlich-rechtlichen Treueverhältnis eine am Wohl der Allgemeinheit orientierte Amtsführung auferlegt ist (§ 33 Abs. 1 BeamtStG, § 60 Abs. 1 BBG) und der sich demgemäß mit vollem persönlichen Einsatz, nach bestem Gewissen und vor allem uneigennützig seinem Beruf zu widmen hat (§ 34 BeamtStG, § 61 Abs. 1 BBG), stünden einer Durchsetzung seiner eigenen, individuellen Interessen durch den Einsatz von Zwang entgegen.[149] Gleichsam spreche auch die Interessen- und Haltungsidentität der Beamtenschaft mit den ihr übergeordneten politischen Institutionen überhaupt gegen die Idee und den Sinngehalt eines auflehnenden Streikverhaltens. Darüber hinaus seien Beamtenstreiks schon aus arbeitskampfrechtlichen Gründen unzulässig, da die Beschäftigungsinhalte von Beamten nicht durch einen Tarifvertrag geregelt werden können, sondern nur durch Gesetze. Wegen des beamtenverfassungsrechtlichen Gesetzesvorbehalts für die statusrechtliche Stellung des Beamten[150] könne daher schon ein legitimer Streikzweck, die Verbesserung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen durch einen Tarifabschluss, für Arbeitskampfmaßnahmen im Beamtentum nicht vorliegen.[151]

Ob diese Auffassung trotz ihrer veritablen Argumente nach heutigen beschäftigungsrechtlichen Maßstäben noch in einer solch absoluten und uneingeschränkten Form haltbar ist, darf bezweifelt werden. Nach neuerer Entwicklung, vor allem unter den Gesichtspunkten der Rechtsauffassung

---

[148] Siehe oben C. II. 1. a).

[149] Vor allem dazu äußerst kritisch *Hensche*, in: Däubler (Fn. 130), § 18a Rn. 19.

[150] Vgl. oben C. III. 1.

[151] BVerwG, Urteil v. 10.5.1984 — C 2 1 8.82, BVerwGE 69, 208; *Lindner*, Dürfen Beamte doch streiken?, DöV 2011, 305; allgemein zum beamtenrechtlichen Gesetzesvorbehalt *Summer*, Gedanken zum Gesetzesvorbehalt im Beamtenrecht, DöV 2006, 249.

des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR)[152], ist vielmehr davon auszugehen, dass ein Streikverbot für Beamte, selbst, wenn man dies verfassungsrechtlich herleitet, nicht absolut und uneingeschränkt gelten kann.[153] Aufgrund ihrer Grundrechtsträgereigenschaft hinsichtlich Art. 9 Abs. 3 GG stellt eine Aberkennung des Streikrechts konsequenterweise einen Grundrechtseingriff dar, für den es eine Rechtfertigung geben muss[154]; darüber hinaus ergibt sich aus Art. 33 Abs. 5 GG umgekehrt kein *direkter* Grundsatz, der Beamten Arbeitskampfmaßnahmen untersagt.[155]

Wie in anderen dargestellten Bereichen, zum Beispiel bei der Verteilung der Schadenshaftung[156], muss für eine Differenzierung zu Arbeitnehmern im öffentlichen Dienst — denen ein Streikrecht wie jedem anderen Arbeitnehmer zugebilligt wird — sowie für eine Rechtseinschränkung vielmehr danach unterschieden werden, welche Art von Aufgaben der betroffene Beamte ausübt. Nimmt dieser im Namen des Staates ausschließlich oder größtenteils Hoheitsgewalt wahr, ist ein Ausschluss des Arbeitskampfrechts unter Beachtung seiner Verantwortung für den störungsfreien Ablauf öffentlicher Dienste[157], des Ansehens der staatlichen Integrität sowie seiner beamteneigenen Privilegien möglich, wenn nicht gar für die uneingeschränkte

---

[152] EGMR, Urteil v. 21.4.2009 — 68959/01 (*Enerji Yapi-Yol Sen/Türkei*), NZA 2010, 1423.

[153] So auch *Polakiewicz/Kessler*, Das Streikverbot für deutsche BeamtInnen, NVwZ 2012, 841; *Gooren*, Das Ende des Beamtenstreikverbots, ZBR 2011, 400; vehement *Hensche*, in: Däubler (Fn. 130), Rn. 15, 76 ff., 81 ff.; die rechtsändernde Wirkung von EGMR-Entscheidungen betreffend BVerfG, Urteil v. 4.5.2011 — 2 BvR 2365/09, NJW 2011, 1931 sowie *Werres*, Der Einfluss der Menschenrechtskonvention auf das Beamtenrecht, DÖV 2011, 873; sowie auch das BVerwG, Urteil v. 27.2.2014 - 2 c 1.13, BVerwGE 149, 117.

[154] Der EGMR versteht in einem Streikverbot einen Eingriff in Art. 11 EMRK (Europäische Menschenrechtskonvention) und verlangt daher eine derartige Rechtfertigung gemäß § 11 Abs. 2 EMRK; vgl. auch EGMR, Urteil v. 12.11.2008 — 34503/97 (*Demir und Baykara/Türkei*), NZA 2010, 1425.

[155] A. A. und ein Streikrecht weiterhin generell ablehnend *Bitsch*, Streikrecht für Beamte?, ZTR 2012, 87 sowie *Lindner* (Fn. 151), DÖV 2011, 305.

[156] Siehe oben IV. 3. a) und c).

[157] Ähnlich dem Gedanken der Einschränkungsmöglichkeiten des § 1 1 Abs. 2 EMRK; so auch *Böhm*, Abschied vom Streikverbot im Beamtenrecht?, PersV 2012, 164 und *Schlachter*, Beamtenstreik im Mehrebenensystem, RdA 2011, 341.

Erfüllung seiner Tätigkeit notwendig.[158] Handelt der Beamte hingegen (nur) rein fiskalisch oder ist er zum Beispiel Lehrer, bestehen auch inhaltlich keine fundierten Prämissen für ein Streikverbot, da eine Beeinträchtigung der staatlichen Funktionsfähigkeit bei einem Arbeitskampf dieser Beamtengruppen nicht in qualitativ gleichem Maße erfolgt, als dies bei einem Streik hoheitlicher Beamter der Fall wäre.[159] Selbst, wenn ein Arbeitskampf solcher Beamter nicht auf einen Tarifabschluss zielen kann, so wird damit zumindest ebenso Druck auf legislative Änderungen ihrer Beschäftigungsinhalte ausgeübt.[160] Ferner werden nicht hoheitlich handelnde Beamte wie bereits aufgezeigt auch in anderen Bereichen weniger privilegiert, weshalb eine vereinheitlichende Restriktion unverhältnismäßig wäre. Ebenso käme ein Arbeitskampf rein fiskalisch handelnder Beamter in all seinen Folgen einer Kampfmaßnahme öffentlicher Arbeitnehmer auch praktisch sehr nahe.

Insgesamt schließt der Beamtenstatus allein das Streikrecht damit nicht aus, vielmehr steht dieses als wesentlicher Bestandteil der Koalitions- bzw. Vereinigungsfreiheit zumindest den Beamten zu, die keine hoheitlichen Tätigkeiten für den Staat ausüben. Auch hier liegt damit — wenn auch noch nicht gemeinhin anerkannt — eine Annäherung des Beamtentums an die Arbeitnehmerschaft im öffentlichen Dienst vor, die deren gemeinsame Aufgaben- und Verantwortungsobliegenheiten reflektiert. Ein generelles Arbeitskampfrecht für alle Beamten ist aus den genannten Gründen hingegen abzulehnen, da es folgerichtig sonst auch einer Anpassung vielerlei anderer Bestandteile der beamtenrechtlichen Beschäftigungsinhalte bedürfe.

---

158 So auch der EGMR, Urteil v. 21.4.2009 — 68959/01 (*Enerji Yapi-Yol Sen/Türkei*), NZA 2010, 1423, der insofern auf Art. 11 Abs. 2 EMRK verweist; dem folgend VG Düsseldorf, Urteil v. 15.12.2010 — 31 K 3904/10.O, ArbuR 2011, 74; *Polakiewicz/Kessler* (Fn. 153), NVwZ 2012, 841.

159 Vgl. OVG Münster, Urteil v. 7.3.2012 — 3d A 3 17/11.O, ZBR 2012, 170; VG Kassel, Urteil v. 27.7.2011 — 28 K 5 74/10.KS.D, ZBR 2011, 386; siehe dazu auch *Schubert*, Das Streikverbot für Beamte und das Streikrecht aus Art. 11 EMRK im Konflikt, AöR 137 (2012), 92; a. A. nach den althergebrachten Grundsätzen OVG Lüneburg, Urteil v. 12.6.2012 — 20 BD 7/11, NdsVBl. 2012, 266.

160 Die einseitig-hoheitliche Festlegung der beamtenrechtlichen Arbeitsbedingungen generell kritisierend *Greiner*, EMRK, Beamtenstreik und Daseinsvorsorge, DÖV 2013, 623.

V. Resümee

Zusammenfassend lassen sich im heutigen Beamten- und Arbeitsrecht zwar rein formal zahlreiche Unterschiede erkennen, besonders hinsichtlich der Intensität vieler Rechte, Pflichten und Schutzmechanismen. Andererseits finden sich vor allem in der inhaltlichen Herleitung bestimmter Grundregeln deutliche Parallelen, die insbesondere das Arbeitsverhältnis im öffentlichen Dienst dem Beamtenverhältnis immer mehr angleichen. Auch, wenn in der Praxis immer mehr Beamten- durch Arbeitsverhältnisse ersetzt werden, existieren viele Grundprinzipien des Beamtentums, auch historischer Natur, im Zuge dessen fort.

ГОСУДАРСТВО В РОЛИ РАБОТОДАТЕЛЯ

Профессор, д-р юр.н. Германии,
адвокат Роберт фон Штайнау-Штайнрюк
и Штефан Зура, Берлин

Тезисы[1]

I. Введение

«Я первая слуга государства».
Фридрих II, король Пруссии, 1712 - 1786 г.

Государственные трудовые отношения в Германии существуют в различных формах, которые различаются по основанию возникновения, правам и обязанностям. С одной стороны, прежде всего государственные служащие (Beamter[2]) действуют в качестве высшего слуги государства для органов государственной власти, с другой стороны, также и обычные работники. Определение статуса сотрудника и даже вопрос о правовой форме соответствующих государственных работодателей возможны только при очень тщательном подходе. Около 5,7 млн рабочих в Германии работают в данный момент на государственного работодателя.

II. Историческое развитие правового государства и его публичной власти в качестве основы для государственных рабочих мест

Исторические основы работы на государственного работодателя берут своё начало с середины XVIII до середины XIX века. В течение

[1] Перевод Юлии Трофимовой.

[2] Beamter - госслужащий в Германии, наделенный особым правовым статусом.

этого времени была не только институционализирована работа на государство, но она была также структурирована и расширена. Эту представительную деятельность, задачей которой была необходимость существования государства, выполняли в основном аристократы. Пруссии Короли *Фридрих Вильгельм I* и *Фридрих II* были главными организаторами данного развития. Фридрих II видел себя в качестве «первого слуги государства», а также он провозгласил судебную независимость на территории Германии и тем самым ограничил свои собственные полномочия.

Значительное влияние на развитие немецкой традиции государственного служащего оказали, прежде всего, идеи Французской революции и последствия Наполеоновского военного империализма. Чиновники не считали себя больше слугой князя, а слугой государства. Необходимость большего количества сотрудников привела к тому, что условия для приёма на государственную службу были изменены так, что только знания и навыки считались главными критериями для назначения на государственную службу. В результате данного изменения мышления среди чиновников зародился своеобразный этический подход, и из отношений между чиновниками и их работодателем сформировались особые доверительные отношения. В этих отношениях чиновники получали особые вознаграждения в обмен на их жертвоприношение и лояльность.

III. Основы государственной службы

Государство выступает в различных формах в качестве работодателя, особенно на федеральном, земельном и муниципальном уровнях. Таким образом, деятельность государственного служащего определяется не только по факту, работает ли он на благо общественного интереса граждан? Важнее вопрос, работает ли он на публично-правового работодателя.

К сотрудникам государства относятся, прежде всего, государственные служащие. В силу особого отбора, назначения и позиции они являются традиционными и формально непосредственными официальными должностными лицами; в федеральном и земельном управлении, а также в полиции работают почти исключительно только государст-

венные служащие. В качестве кандидатов на государственную службу принимаются только граждане Германии или Европейского Союза. Они должны соответствовать требованиям для выполнения обязанностей, то есть подходить физически, умственно и по характеру, а также обладать необходимой специальной квалификацией и не иметь судимости.

Судьи относятся также к публично-правовым служащим, однако в силу принципа независимости они не приравниваются к государственным служащим, которые должны исполнять распоряжения своего работодателя. Судьи же, напротив, подчиняются только закону.

Солдаты являются публичными служащими. В силу релевантности следующие замечания касаются только государственных служащих, чтобы таким образом проиллюстрировать различия в статусе работников в частном секторе и на государственной службе.

В государственном секторе работают многочисленные рабочие, с которыми государство сохраняет частноправовые отношения. Содержание их занятости не регулируется специальными законами, как это имеет место для государственных служащих, оно регулируется трудовыми договорами и особенно коллективными договорами для работников государственного сектора. Несмотря на эти структурные различия, работник государственного сектора несет такую же усиленную ответственность, как и чиновники, прежде всего в связи с их долгом лояльности и конфиденциальности, нейтральности и достойного поведения в профессиональной и личной среде.

Источниками права, регулирующими правовое положение работников государственных служащих, являются прямые законы. Содержание государственной службы определяется, таким образом, непосредственно и в одностороннем порядке государством, выступающего законодателем. Основой для этого принципа служит статья 33 Основного закона ФРГ. Кроме того, существуют многочисленные общие законы, например о снабжении или вознаграждении государственных служащих, а также различные специальные законы для определенных групп государственных служащих, как, например, для федеральных полицейских или дипломатов.

Правовые источники частноправового трудового права в сфере государственного сектора такие же, как и для работников в частном

секторе. Важное значение имеют коллективные договоры, регулирующие государственный сектор на федеральном или земельном уровне. Также существуют дополнительные коллективные договоры, например такие, которые регулируют выход на пенсию работников государственного сектора. Данная система имеет структурные сходства с законодательным оформлением занятости государственных служащих, однако также прослеживаются и огромные различия с точки зрения содержания.

IV. Примеры сходства и различий между чиновниками и рабочими в государственном секторе

В Германии работники частного сектора защищены различными законами от внезапного и самовольного увольнения. При оценке критериев для допустимого увольнения в Германии проявляется конфликт интересов между свободным предпринимательством и социальной защитой работников, поэтому защита от увольнения является постоянной темой в политике и обществе. Если суд по трудовым делам объявляет увольнение недействительным, то трудовой договор продолжает действовать без изменений. В случаях, где увольнение было законным, работник не получает от работодателя выходное пособие или компенсацию.

Защита от увольнения в Германии проявляется в действии определённых сроков для увольнения работников. Эти сроки разделены по возрасту и продолжительности занятости, так, чем дольше работник находится в предприятии, тем дольше срок для его увольнения. Таким образом, сотруднику облегчается поиск новой работы. Произвольное увольнение запрещено законом: увольнение по причине того, что работник защищает свои права (как, например, членство и деятельности профсоюза) недействительно. Тем не менее увольнение возможно в случаях, если наблюдается значительное злоупотребление доверием между работодателем и работником, например при совершении преступления со стороны сотрудника в компании. В таком случае работодатель имеет право расторгнуть договор без предварительного уведомления.

Далее, существует право работодателя уволить сотрудника в общем порядке. Такое расторжение договора возможно, только если име-

ется соответствующее основание. Таким основанием может служить либо поведение работника (например, если он постоянно оскорбляет других сотрудников), сам работник (например, если постоянный больничный чрезмерно затрудняет работу предприятия) либо оперативные интересы, т.е. если организация или экономика требуют увольнения. Однако в каждом из этих случаев требуется провести проверку (наличие возможности занять рабочего на другом рабочем месте и является ли увольнение с точки зрения содержания действительно оправданным). При неправильном поведении работодатель обязан сначала предупредить рабочего. При нескольких увольнениях, обусловленных производственными причинами, необходимо сделать социальный выбор, с тем чтобы были уволены такие работники, которые смогут лучше всего выдержать увольнение.

Для определенных групп существует специальная защита от увольнения, особенно для матерей, стажеров или инвалидов, так как они особенно нуждаются в защите. Кроме того, сотрудники совета предприятия и другие члены действующих органов также защищены от увольнений, данная мера гарантирует функциональность и демократию в компании. Увольнение этих групп лиц исключено и возможно лишь с разрешения специальных государственных органов.

На работников государственного сектора распространяются многочисленные специальные нормы, закрепленные в коллективном договоре о тарифных ставках и гарантирующие государственным служащим определенные привилегии. К таким гарантиям относятся, например, более длительные сроки увольнения. Увольнение некоторых пожилых работников государственного сектора запрещено.

Увольнение чиновников возможно лишь в очень немногих и крайних случаях, особенно если они теряют гражданство, отказываются от принятия присяги или занимают политически несовместимый мандат. Чтобы определить, подходит ли человек на должность госслужащего, он должен выдержать трёхлетний испытательный срок. Только в течение этого периода его можно уволить в случае непригодности, нетрудоспособности или непрохождения испытательного срока. Если человек принят на госслужбу, он становится государственным служащим на всю жизнь и в формальном смысле даже после выхода на пенсию.

Увольнение госслужащих возможно лишь в очень редких случаях, например в случае грубых нарушений служебных обязанностей. В этих случаях проводится дисциплинарная процедура, в которой принимается решение о возможных санкциях относительно проступка чиновника. Санкции могут быть разнообразными: от удержаний заработной платы до снятия с государственной службы. Однако увольнение по болезни или по оперативным вопросам полностью исключены. Особый случай возникает, если сотрудник совершает преступление, при особенно строгом наказании или антигосударственном содержании, чиновник теряет права госслужащего при вступлении в силу приговора по уголовному делу.

В трудовых отношения работодатель имеет право на издание предписаний и управления, с помощью которого он может регулировать время, место и содержание работы своих сотрудников и при необходимости их изменять. Тем не менее предписания и изменения не должны быть произвольными. Сферы такого влияния работодателя определяются трудовым договором и соглашением работодателя с работниками в течение рабочего времени. Если предписания касаются многих работников, совет рабочих имеет право голоса касательно функциональных изменений в составе рабочих.

В государственной службе действуют, в связи с отсутствием трудовых договоров, только нормы закона. Они регулируют определенные параметры структурной политики и их условий. В отношении работников государственного сектора действует комбинация из двух моделей: они обязаны соблюдать указания работодателя, при этом обязанность исполнения вытекает не из трудового договора, а из коллективного трудового соглашения, однако они подчиняются некоторым распоряжениям, которые в принципе распространяются только для государственных служащих.

Госслужащие также должны справляться с различными изменениями относительно времени, места и содержания их работы путём перевода, откомандирования, направления или перераспределения. Существуют различия в форме изменений, в зависимости от того, как долго госслужащие должны работать на новом месте. Для издания многих изменений относительно рабочего распорядка работодателю

также требуются основания, особенно если изменения происходят вопреки воле госслужащего. Но в основном госслужащий обязан подчиняться воле работодателя в большей степени, нежели обычный работник. Однако из этого он тоже может извлекать выгоду, например при получении специальных полномочий.

Ответственность государственных служащих проявляется в их историческом понимании своей должности. В то время как незаконные действия должностных лиц ранее не считались деятельностью государства, потому что считалось, что князь не мог действовать неправильно, госслужащие на сегодняшний день очень интенсивно защищены в своей деятельности. Ущерб, причиненный их работодателю или третьим лицам со стороны государства, возмещается государством, если в поведении госслужащего не было грубой неосторожности или умысла. В вопросе о том, когда и как государство несет ответственность за ущерб, решающим является то обстоятельство, действовал ли госслужащий суверенно или же исключительно административно-технически. Кроме того, основа и распределение ответственности различаются в зависимости от того, кто пострадал. В целом можно сделать вывод, что работодатель, как правило, несет ответственность за госслужащих, если они совершают ошибки в своей деятельности.

Подобные правила действуют и в обычных трудовых договорах в Германии, где работодатель несет ответственность за ошибки своих сотрудников, потому что работа увеличивает опасность возникновения ущербов. Если ошибки были произведены из-за грубой небрежности или умышленно, работодатель не несет за них ответственность. Если работник совершил ошибку из-за «нормальной» небрежности, то он частично несет материальную ответственность. Важными факторами являются: насколько опасна деятельность сотрудника, застрахована ли она специально и в какой степени его личные обстоятельства допускают собственную ответственность.

Работники государственного сектора пользуются смешанной формой (действующих для трудовой и государственной форм службы) правил об ответственности. Кроме того, как должностные лица они несут ответственность только в случаях грубой неосторожности или

умышленного поведения. При исключительно фискальных действиях они частично несут ответственность за ущербы. Таким образом, в данных случаях не только важно, кому принесен ущерб, но и какие задачи были переданы работнику государством. С другой стороны, государство, в свою очередь, несет полную ответственность за нормальную небрежность, если действует в государственном качестве.

Немецкое уголовное право предусматривает конкретные составы преступлений за правонарушения, совершенные сотрудниками государственной службы, чтобы защитить репутацию и доверие органов государственной власти. Речь идет в основном о коррупционных правонарушениях. Нарушить эти законы можно, только работая на государство. Данные деликты находятся под угрозой более сурового наказания, нежели «нормальные» нарушения, чтобы защитить неприкосновенность и персонал государственной службы от причинения вреда.

Специальные деликты могут совершать не только госслужащие, но из-за их близости к госслужащим по полномочиям и содержанию работы также и работники государственного сектора. В этом отношении уголовное законодательство не различает статусы сотрудников, а охватывает всех работников государственного сектора в целях обеспечения всесторонней защиты государственной службы. Для судей предусмотрены дополнительные составы преступлений, наказываемые ещё строже.

Деликты в основном касаются коррупции и наказывают взяточничество или принятие приемуществ должностным лицом. Впрочем, наказываются не только они, но и лица, стоящие извне и оказывающие влияние на должностое лицо. Кроме того, использование насилия в должностных отношениях находится под особым наказанием, так как сотрудники выступают в качестве представителей государства. Нарушение конфиденциальности и разглашение тайны также запрещены, потому что работникам государственного сектора часто доверяется большое количество ценной информации, которой они не имеют права злоупотреблять.

Юридические последствия, предусмотренные законом, не исчерпываются в более суровых наказаниях, чем для частных лиц. Потеря

государственной должности и тем самым увольнение с государственной службы могут иметь дальнейшие последствия, если нарушение госслужащего или публичного работника имеет особо серьёзный характер. Кроме того, работнику грозят судебные или дисциплинарные последствия.

Работники в Германии имеют право на организацию в профсоюзах, которые ведут переговоры относительно заключения коллективных договоров с работодателями и этим регулируют условия работы. Чтобы быть принятым всерьез со стороны работодателя, закон предусмотрел в качестве инструмента свободы право на забастовку. Это право содержится косвенно в пункте 3 статьи 9 Основного закона. Забастовки разрешены только для того, чтобы достичь заключения или изменения коллективного договора. Проводить забастовки для извлечения индивидуальных договорных преимуществ или политических интересов запрещено. Государство обязано быть нейтральным, и не имеет права вмешиваться.

Прежде всего, работники имеют возможность проводить забастовки с целью оказания экономического давление на работодателя. Тем не менее работодатель так же может оказывать давление, например, путем отстранения от работы сотрудников и временного прекращения выплаты заработной платы. Целью таких действий всегда должно быть заключение или изменение коллективного договора. Кроме того, забастовка и методы работодателя должны быть последним средством для достижения цели. Решающим фактором является характер действия и его конкретная цель. Однако борящаяся сторона должна мириться со значительными экономическими убытками.

Работники государственного сектора тоже имеют право на забастовку, что регулярно привлекает внимание средств массовой информации, так как они по-прежнему составляют значительную часть рабочих в Германии и часто имеют важные позиции, как, например, учителя или сотрудники органов государственного управления. Поэтому их право на забастовку в определенной степени ограничено: если их деятельность имеет неотъемлемо важное значение для важных секторов жизненной деятельности, они обязаны гарантировать, что общество не пострадает от их трудового спора.

Государственным служащим забастовки всегда были запрещены. Это связано с их долгом верности по отношению к государству, их моральными правами и обязанностями в отношении занятости и с тем, что условия их труда регулируются законами, а не коллективными договорами. Также существуют льготы и привилегии, поэтому право госслужащих на забастовку имело бы противоречивый эффект. Кроме того, хотя чиновники в Германии имеют право формировать коалиции для представления их интересов, закон не предусматривает для них возможности защиты коллективных прав.

До сих пор неясно, действует ли по-прежнему запрет забастовки для государственных служащих. Европейский суд по правам человека установил, что по крайней мере тем должностным лицам, которые не действуют суверенно, представляя государство, должно быть предоставлено право на забастовку. Некоторые госслужащие в основе своей деятельности очень похожи на работников государственного сектора и не настолько необходимы для функционирования государственного аппарата. В силу этого часть государственных служащих должны иметь право на забастовку, поэтому ожидается подтверждение данного правила немецкими судами.

V. Резюме

Подводя итог, можно заметить, что чисто формально до сих пор существуют многочисленные различия между законами о государственной службе и трудовым законодательством, в частности в отношении интенсивности многих прав, обязанностей и гарантий. С другой стороны, встречаются явные параллели основных прав, уравнивающие всё чаще трудовые отношения между работниками государственного сектора и госслужащими. Даже если на практике государственные служащие все больше заменяются работниками с обычными трудовыми договорами, многие основные принципы государственной службы всё же сохраняются.

DAS STUDIUM DER RECHTSWISSENSCHAFTEN UND DIE JURISTEN-AUSBILDUNG IN DEUTSCHLAND

Eine Übersicht über den Studienverlauf und die Strukturen in der rechtswissenschaftlichen Grundausbildung

*Stephan Sura, Berlin**

Gliederung

I. Einleitung
II. Der Grundaufbau der juristischen Ausbildung in Deutschland
1. Konzeption und Bestimmung der Juristenausbildung
2. Andere juristische Studienfächer
III. Struktur und Verlauf des universitären Studiums
1. Vorbereitung und Bewerbung
2. Der inhaltliche und strukturelle Aufbau des Studiums
a) Allgemeines
b) Das Grundstudium
c) Das Hauptstudium
d) Praktische Studienzeit
3. Das Erste Juristische Staatsexamen
IV. Der juristische Vorbereitungsdienst
1. Das Rechtsreferendariat als praktischer Ausbildungsteil
a) Hintergrund und Referendarstatus
b) Ablauf
2. Das Zweite Juristische Staatsexamen
V. Optionale und weiterführende Bestandteile der juristischen Ausbildung und Profession
1. Auslandsstudium und LL.M.
2. Promotion und Habilitation
VI. Resümee

* Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter in der Praxisgruppe Arbeitsrecht der *Luther Rechtsanwaltsgesellschaft* am Standort Berlin und dankt herzlich *Herrn Professor Dr. Dr. h. c. Detlev W. Belling*, seinem Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Arbeits- und Sozialrecht, den Freunden und Förderern der Juristischen Fakultät der Universität Potsdam e. V. sowie Herrn Pavlo Fomin, Düsseldorf.

I. Einleitung

> *„So ist's doch mit [der Jurisprudenz] wie mit dem [...] Bier; das erste Mal schaudert man, doch hat man's eine Woche getrunken, kann man's nicht mehr lassen."*[1]
>
> Johann Wolfgang von Goethe, * 1749 † 1832
> Deutscher Dichter, Ministerialbeamter und ausgebildeter Jurist

Das Studium der Rechtswissenschaften gehört zu den populärsten Studiengängen in Deutschland. Im Wintersemester 2012/2013 waren an allen rechtswissenschaftlichen Fakultäten deutscher Universitäten rund 102.000 Studierende immatrikuliert, die damit ca. 4 % aller Studenten im gesamten deutschen Bundesgebiet ausmachten. Unter ihnen befanden sich zu diesem Zeitpunkt allein ca. 21.000 Studienanfänger, während im abgelaufenen Jahr 2012 rund 7.600 Studierende ihr Studium erfolgreich abschlossen.[2] An diesen Zahlen gemessen ist das Jura-Studium nach der Betriebswirtschaftslehre und der Medizin der drittbeliebteste Studiengang in Deutschland, wobei die Studentenzahlen vor allem in den letzten 15 Jahren einen rapiden Anstieg erlebten und davon auszugehen ist, dass dieser Trend auch zumindest mittelfristig noch anhält. Die Grundzüge der juristischen Gesamtausbildung bestehen dabei bereits seit langer Zeit und wurden auch durch die Strukturreformen im globalen und europäischen Bildungswesen nicht essenziell beeinflusst. Signifikantestes Merkmal ist die bis heute unterbliebene Umstellung des Studiums auf das Bachelor-und Mastersystem: Als einer der wenigen Studiengänge

---

[1] Dazu *Heinze*, Der Jurist Goethe oder „Ein höflich Recht will gar nichts heißen", NJW 1982, 622.

[2] *Statistisches Bundesamt*, Studierende an Hochschulen - Wintersemester 2012/2013, S. 36, abrufbar unter https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/BildungForschungKultur/Hochschulen/StudierendeHochschulenEndg2110410137004.pdf?__blob=publicationFile

sowie *Bundesamt für Justiz*, Juristenausbildung 2012 - Ausbildungsstatistik, Anl. 1, abrufbar unter https://www.bundesjustizamt.de/DE/SharedDocs/Publikationen/Justizstatistik/Juristenausbildung_2012.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (letzter Aufruf jeweils am 7. März 2015).

in Deutschland dient als Abschlussprüfung immer noch das Staatsexamen, und dies sowohl für das Studium an sich als auch für den anschließenden juristischen Vorbereitungsdienst.[3] Der Studiengang „Rechtswissenschaften" mit dem Abschlussziel des Ersten Juristischen Staatsexamens kann derzeit an 41 deutschen Universitäten und Hochschulen belegt werden, von Kiel bis Konstanz, von Düsseldorf bis Leipzig.

Der vorliegende Beitrag soll einen Überblick über die rechtswissenschaftliche Ausbildung in Deutschland bieten. Neben den Voraussetzungen und der inhaltlichen Konzeption des Studiums werden dabei auch Aspekte der fachlichen Schwerpunktbildung und des Praxiseinblicks während des Studienverlaufs dargestellt. Darüber hinaus werden das dem Studium folgende Rechtsreferendariat sowie weitere, fakultative Elemente der rechtswissenschaftlichen Weiterbildung skizziert.

II. Der Grundaufbau der juristischen Ausbildung in Deutschland

1. Konzeption und Bestimmung der Juristenausbildung

Die juristische Ausbildung in Deutschland unterteilt sich in zwei große Abschnitte: Zum einen in das universitäre Studium, dass den Studierenden die Rechtswissenschaft sehr intensiv in ihrer Theorie näherbringt und welches mit dem Ersten Juristischen Staatsexamen als Abschlussprüfung endet, zum anderen in den juristischen Vorbereitungsdienst, das Rechtsreferendariat, in dem die Referendare verschiedene Stationen in der Rechtspraxis durchlaufen und dort in die alltägliche Arbeit eingebunden werden, zum Beispiel bei Gericht, bei der Staatsanwaltschaft oder in der Anwaltspraxis. Das Referendariat bildet insofern das praktische Gegenstück zum Studium an der Universität und endet mit dem Zweiten Juristischen Staatsexamen.

Die fachliche Zielsetzung der gesamten juristischen Ausbildung in Deutschland ist die Befähigung zum Richteramt, die gemäß § 5 Abs. 1 DRiG (Deutsches Richtergesetz) grundsätzlich nach dem Bestehen des Zweiten Juristischen Staatsexamens gegeben ist. Die Vielschichtigkeit der durch das universitäre Studium vermittelten Theorie sowie der umfassende Einblick in die wesentlichen juristischen Berufsfelder während des Referendariats sol-

[3] Vgl. *Schöbel*, Die Erste Juristische Staatsprüfung - Letzte Bastion im „Bologna-Sturm"?, JA 2011, 161.

len den auszubildenden Juristen ein möglichst umfassendes Verständnis der rechtlichen Dogmatik und Praxis vermitteln, welches sie im Falle des erfolgreichen Ausbildungsabschlusses für die potentielle Bekleidung des höchsten juristischen Amtes qualifiziert. In der Praxis unterliegt der Zugang zum Richteramt jedoch formalen Einschränkungen, so dass in den meisten Fällen nur Absolventen mit sehr guten Noten, vor allem im Zweiten Juristischen Staatsexamen, tatsächlich eine Laufbahn als Richter einschlagen können. Im Jahre 2012 erfüllten diese „inoffizielle" Voraussetzung ca. 20 % der Absolventen.[4] Ähnlichen oder gar höheren Anforderungen an die konkreten Examensergebnisse unterliegt auch der Zugang zur Staatsanwalts- oder Notarlaufbahn.

Das rechtswissenschaftliche Studium wird in Deutschland primär an staatlichen Universitäten gelehrt. Die jeweiligen rechtswissenschaftlichen Fakultäten unterscheiden sich in ihrer Größe, das heißt in der Zahl von immatrikulierten Studenten und Lehrstühlen, teilweise erheblich, je nachdem, wie lange sie schon existieren, wie groß die Universität insgesamt ist oder in welcher Stadt die Universität ansässig ist. Jura an einer privaten Hochschule zu studieren ist aktuell nur an zwei Standorten in Deutschland möglich, allerdings unterscheidet sich das Studium dort lediglich im hochschulinternen Studienablauf; die Anforderungen für das abschließende Ersten Juristische Staatsexamen sowie die Prüfung selbst sind identisch. In Städten, in denen es sowohl an einer staatlichen als auch an einer privaten Hochschule möglich ist, Rechtswissenschaften zu studieren, nehmen die Studenten beider Hochschulen an der gleichen Examensprüfung teil. Sowohl private als auch staatliche Universitäten bieten für das Studium dabei sowohl Vor- als auch Nachteile, zum Beispiel hinsichtlich Studierendenbetreuung, Veranstaltungsspektrum oder technischer Ausstattung. Dass die eine Hochschulform der anderen vorzuziehen ist, kann daher pauschal nicht beurteilt werden, vielmehr bemisst sich die Wahl der richtigen Universität stets nach den individuellen Bedürfnissen des einzelnen Studenten in Bezug auf Studienort, Studienstruktur und Lerntypus. Durch das zentrale und übergeordnete Graduierungssystem ist es unter objektiven Gesichtspunkten dagegen eher von nachgeordnetem Rang, ob das Studium an einer privaten oder an einer staatlichen Hochschule absolviert wird.

---

[4] *Bundesamt für Justiz*, Juristenausbildung 2012 - Ausbildungsstatistik (Fn. 2), Anl. 2.

2. Andere juristische Studienfächer

Über das („klassische") Studium der Rechtswissenschaften hinaus haben sich in den letzten Jahren auch weitere juristische Studiengänge in Deutschland etabliert, vor allem an Fach- oder Privathochschulen. Diese unterscheiden sich allerdings sowohl im Inhalt als auch in ihrer Wirkung sehr elementar vom „regulären" Jura-Studium an der Universität. Das Ziel dieser Studiengänge ist dabei größtenteils eine fachliche Schwerpunktausbildung in bestimmten Rechtsbereichen, zum Beispiel im Wirtschaftsrecht, welches unter großem Einbezug betriebswissenschaftlicher Inhalte gelehrt wird. Vereinzelt finden sich so rechtswissenschaftliche Bachelor- oder Masterstudiengänge, die zwar inhaltlich die größten Teile des traditionellen Universitätsstudiums abdecken, durch ihren Abschluss aber nicht für das Richteramt oder den Anwaltsberuf qualifizieren.[5] Absolventen dieser Studiengänge sind nur streng reglementierte Teilbereiche der Rechtsberatung zugänglich, beispielsweise Tätigkeiten als Unternehmenssyndikus oder als Gewerkschaftssekretär. Zwar ist ihnen die Prozessvertretung vor Gericht in solchen Verfahren möglich, in denen kein Anwaltszwang herrscht oder wenn die gerichtliche Vertretung ihrer speziellen Funktion gesetzlich zugestanden wird, die allgemeine freiberufliche Beratung und der Zugang zur Rechtsanwaltschaft bleiben ihnen allerdings versagt. Zuletzt bieten einige Universitäten Kooperationsstudiengänge in Partnerschaft mit ausländischen Lehreinrichtungen an, zum Beispiel einen deutsch-französischen Studiengang, durch den zwei verschiedene Studienabschlüsse erworben werden können und der im Anschluss auch die Aufnahme des Studiums der Rechtswissenschaften ermöglicht, meist mit einem Einstieg im Hauptstudium.

III. Struktur und Verlauf des universitären Studiums

1. Vorbereitung und Bewerbung

Die Beliebtheit des Jura-Studiums und die weitestgehend volle Auslastung der Studienplatzkapazitäten sind bemerkenswerterweise ein andauerndes Phänomen, obwohl Heranwachsende im Schulsystem der Bundesrepublik Deutschland nicht oder nur sehr geringfügig mit Inhalten der

[5] Umfassende Analyse des derzeitigen Systems bei *Bergmans*, Auf dem Wege zu einem neuen Verständnis der Juristenberufe und Juristenausbildungen, ZRP 2013, 113.

Rechtswissenschaft konfrontiert werden. Im Gegensatz zu Naturwissenschaften oder Sprachen, die an nahezu jeder weiterführenden Schule die Lehrschwerpunkte bilden, existieren nur an sehr wenigen Schulen Kurse im Rechtswesen oder der Rechtskunde. Selbst wenn diese eingerichtet sind, finden sie nur sehr vereinzelt und kurzweilig im Lehrplan statt. Juristische Teilbereiche, zum Beispiel Aspekte des Staatsorganisationsrechts, werden im schulischen Bereich zwar ansatzweise in Fächern wie der Politik oder den Sozialwissenschaften thematisiert, dies jedoch in den meisten Fällen auch nur in sehr marginalem Umfang. Ein Kontakt mit der juristischen Materie geschieht vor Studienstart daher meist nur durch familiäre Verbindungen in die Rechtspraxis, durch berufsorientierte Schulpraktika oder durch Eigeninitiative.

Die Bewerbung um einen Studienplatz erfolgt direkt bei der jeweiligen Wunschuniversität. Voraussetzung für die Studienaufnahme ist eine allgemeine Hochschulzugangsberechtigung. Die Verteilung der Studienplätze erfolgt über einen Numerus clausus, für den entweder die Note der Hochschulzugangsberechtigung oder die Wartezeit maßgebend ist, die seit dem Ende des Schulbesuchs vergangen ist; das Verhältnis, wie viele Studienplätze an welche Bewerber vergeben werden, legt dabei jede Universität selbst fest. Darüber hinaus können soziale Kriterien eine Rolle für die Verteilung spielen, zum Beispiel die Frage, ob man aus dem direkten geographischen Umkreis der Hochschule stammt. In den allermeisten Fällen schließt sich das universitäre Studium direkt an den Schulabschluss an, weshalb Studienanfänger meist zwischen 19 und 22 Jahren alt sind. Allgemeine Studiengebühren an öffentlichen Hochschulen wurden in fast allen westdeutschen Bundesländern von 2006 bis 2007 eingeführt und betrugen maximal 500,00 Euro pro Semester. Aktuell existieren sie jedoch nur noch in Niedersachsen und werden auch dort nach dem Wintersemester 2014/15 wieder abgeschafft. Die Kosten für ein Jura-Studium in Deutschland belaufen sich an öffentlichen Hochschulen ansonsten lediglich auf die Entrichtung einer geringen Verwaltungspauschale pro Semester. Unterschiede in der Höhe der Studienkosten bestehen weder dort noch bestanden sie bei den Studiengebühren, unabhängig davon, welches Fach der Studierende an sich gewählt hat. Lediglich an privaten Hochschulen werden wesentlich höhere Studiengebühren erhoben.

Für die Bewerbung um einen Studienplatz im Fach der Rechtswissenschaften bedarf es keines Einstufungstests oder Ähnlichem. Anders als beispielsweise in den USA oder Russland, wo eine solche Vorprüfung oder ein Auswahlverfahren zur Feststellung der notwendigen politischen, wirtschaftlichen, sprachlichen oder gar juristischen Eignung samt entsprechend gutem Ergebnis vor allem für die Bewerbung an Eliteuniversitäten zwingende Voraussetzung ist, sind in Deutschland allein die angesprochenen Faktoren entscheidend. Es spielt daher keine Rolle, ob jemand juristische Vorkenntnisse besitzt oder nicht. Auch Lateinkenntnisse sind kein Zugangskriterium für das Studium.

2. Der inhaltliche und strukturelle Aufbau des Studiums

a) Allgemeines

Die inhaltlichen Rahmenbedingungen des Studiums regeln vor allem die Juristenausbildungsgesetze der einzelnen Bundesländer. Gegenstände der universitären Ausbildung sind dabei sämtliche Hauptbereiche des Zivil-, Straf- und öffentlichen Rechts samt ihren wichtigsten Nebengebieten, zum Beispiel dem Polizei- und Ordnungsrecht im öffentlichen Recht oder dem Arbeits-, Gesellschafts- und Erbrecht im Zivilrecht.[6] Der Studienschwerpunkt liegt auf dem materiellen Recht, prozessualen Fragen der Zivil-, Straf-, Verwaltungs- und Verfassungsgerichtsbarkeit werden jedoch bereits im Überblick thematisiert. Darüber hinaus werden Grundlagenfächer miteinbezogen, die das allgemeine Rechts- und Methodenverständnis fördern, zum Beispiel Rechtsgeschichte, Staatslehre oder Rechtsphilosophie. Neben diesen Basiselementen sind auch der Besuch von Vorlesungen über ausländische Rechtsordnungen sowie der Erwerb von Schlüsselqualifikationen vorgesehen, zum Beispiel in juristischer Rhetorik oder Verhandlungsführung. Manche Universitäten bieten darüber hinaus fachspezifische Fremdsprachenausbildungen an, die den Studenten vom ersten Semester an die Möglichkeit bieten, durch permanente Zusatzkurse intensive Sprach- und Rechtskenntnisse eines anderen Landes zu erlangen. Interdisziplinäre Komponenten, zum Beispiel Bezüge zu wirtschaftswissenschaftlichen oder psychologischen Aspekten, sind dagegen

[6] Siehe hierzu *Heintschel von Heinegg*, Aufbau des Studiums, in: Herzberg/Ipsen/Schreiber, Effizient studieren: Rechtswissenschaften, 1999, S. 65 ff.

nicht Inhalt der juristischen Grundausbildung. Die nähere Ausgestaltung des regulären Lehrplans obliegt den rechtswissenschaftlichen Fakultäten, die ihren individuellen Studienablauf jeweils in Studien- und Prüfungsordnungen regeln. Diese unterscheiden sich sogar zwischen Universitäten in den gleichen Bundesländern teils erheblich, vor allem in Hinblick auf die Prüfungsbedingungen. Die Regelstudienzeit des rechtswissenschaftlichen Studiums beträgt vier bis fünf Jahre im Schnitt.

b) Das Grundstudium

Am Anfang der universitären Ausbildung steht das Grundstudium, das die Studierenden an die Grundlagen von Zivil-, Straf- und öffentlichen Recht heranführt und in der Regel vier Semester in Anspruch nimmt. Kerngehalt dieser Zeit ist das Erlernen allgemeiner rechtlicher Grundgedanken, der juristischen Dogmatik sowie des Umgangs mit Gesetzen. Je nach Universität wird dabei schon im Grundstudium versucht, sämtliche Inhalte des gesamten Studiums zu vermitteln. Die Unterschiede zwischen den Fakultäten zeigen sich dabei auch in der Gestaltung der Vorlesungen und den darin behandelten Themen: Während an vielen Universitäten Gesamtvorlesungen zu den grundlegenden Bereichen des gesamten Zivil-, Straf- oder öffentlichen Rechts (sogenannte „Übungen“) abgehalten werden, laufen an anderen Fakultäten mehrere Einzelvorlesungen zu den speziellen Rechtsbereichen; statt einer gesamten Vorlesung zu den Hauptfächern des Zivilrechts gibt es zum Beispiel Einzelveranstaltungen zum allgemeinen bürgerlichen Recht, Schuld- oder Sachenrecht, in denen dann auch jeweils eigene, unabhängige Prüfungsleistungen erbracht werden müssen. Diese bestehen immer aus schriftlichen Leistungsnachweisen in Form von Klausuren sowie umfangreicheren häuslichen Arbeiten. In beiden Prüfungsformen sind in aller Regel Rechtsgutachten zu bestimmten Sachverhalten anzufertigen. Eine Zwischenprüfung zum erfolgreichen Abschluss des Grundstudiums geschieht als gesonderte Leistungskontrolle in der Regel nicht, vielmehr erfolgt eine solche an nahezu allen Universitäten studienbegleitend durch den Erwerb der obligatorischen Leistungsnachweise.

Vor allem zu Beginn des Studiums werden nicht nur Vorlesungen zu den verschiedenen Fächern angeboten, sondern zum Beispiel auch Arbeitsgemeinschaften, die den Studierenden die juristische Methodik noch

intensiver näherbringen. Der Besuch der grundlegenden Vorlesungen ist dabei in den seltensten Fällen verbindlich, vielmehr sind die Studenten frei darin zu entscheiden, welche Lern- und Arbeitsmethoden für sie den größten Erfolg versprechen.

c) Das Hauptstudium

Das rechtswissenschaftliche Hauptstudium gliedert sich in mehrere Teile. Im für das Erste Juristische Staatsexamen relevanten Pflichtfachbereich wird der Prüfungsstoff - wiederum je nach Fakultät - entweder fortgesetzt oder durch Wiederholungsveranstaltungen vertieft, um die Studenten schon im regulären Studienablauf näher an die staatliche Abschlussprüfung heranzuführen. In beiden Varianten finden fortan zusammenfassende „Übungen" in den großen Rechtsbereichen statt, für die erneut schriftliche und häusliche Prüfungsleistungen zu erbringen sind. Diese sind nun umfangreicher und von fortgeschrittenem Niveau.

Daneben belegt jeder Student einen vom Pflichtfachstudium getrennten Schwerpunkt, durch den in der juristischen Ausbildung erstmals eine fachliche Spezialisierung erfolgt. Auch die Bandbreite der Schwerpunktbereiche und ihrer Inhalte variiert je nach Größe der rechtswissenschaftlichen Fakultät; jedenfalls besteht aber immer die Möglichkeit, sich erweiterte Kenntnisse in einem der großen Hauptbereiche (Zivil-, Straf- oder öffentliches Recht) anzueignen. Je nach Größe des fachlichen Angebots können die Studenten entscheiden, ob sie auch den Schwerpunktbereich dazu nutzen, um die Inhalte des Pflichtfachstudiums zu vertiefen, zum Beispiel durch die Wahl eines rein prozessrechtlichen Schwerpunktes, oder ob sie die Gelegenheit nutzen, einen bis dahin fremden Rechtsbereich kennenzulernen. Auch im Schwerpunkt sind Prüfungsleistungen zu erbringen, darunter eine umfangreiche häusliche Arbeit sowie mindestens eine Klausur, die zusammen genommen 30 % der Gesamtnote im Ersten Juristischen Staatsexamen ausmachen. Dieses ist insofern kein rein „staatliches" Examen, sondern besteht auch aus einem universitären Teil, um den Studierenden eine erste frühe Orientierung für ihre berufliche Zukunft zu ermöglichen.

Zusätzlich zum planmäßigen Studienfortgang besuchen nahezu alle Studierende parallele Examensrepetitorien, um sich eingehend und schematisch auf die Erste Juristische Staatsprüfung vorzubereiten. Diese meist ca.

einjährigen Intensivkurse werden sowohl von den Universitäten als auch von privaten Anbietern abgehalten und finden an mehreren Tagen in der Woche statt.[7] Über mehrere Monate hinweg werden die Inhalte des Pflichtfachbereichs veranschaulicht und wiederholt. Bei Universitätsrepetitorien gleichen die Kurse Vorlesungen mit einer größeren Hörerzahl, bei kommerziellen Anbietern finden sie in Kleingruppen statt. Die Vorteile des Besuchs sind die strukturierte und vollständige Aufarbeitung des gesamten Lernstoffes sowie die stete Möglichkeit der vertieften Interaktion mit Kommilitonen oder den Dozenten. Sowohl universitäre als auch private Repetitorien statten die Studenten dabei mit umfangreichen Materialien und Lernanleitungen aus. Die Alternative des isolierten und eigenständigen Selbststudiums, in dem sich die Lerninhalte selbst aufbereitet und angeeignet werden, wählen nur sehr wenige Studierende.

d) Praktische Studienzeit

Während des universitären Studiums sind des Weiteren Pflichtpraktika vorgesehen, welche die Studierenden während ihrer Semesterferien zu absolvieren haben. Den Studenten sollen dabei erste rudimentäre Einblicke in die Rechtspraxis ermöglicht werden. Darüber hinaus werden ihre bisher erworbenen Kenntnisse anhand von realen Sachverhalten veranschaulicht. Obligatorisch sind zwölf Wochen praktische Studienzeit abzuleisten; sofern es die Studienplanung zulässt, bestehen für Erweiterungen jedoch keine Grenzen. Dabei ist im Grunde frei wählbar, wo ein Praktikum stattfindet, solange es einen juristischen Bezug hat. Lediglich in Nordrhein-Westfalen besteht die Verpflichtung, sechs Wochen der praktischen Studienzeit in der öffentlichen Verwaltung zu verbringen.

3. Das Erste Juristische Staatsexamen

Am Ende des Hauptstudiums und der gesamten universitären Ausbildung steht die Meldung zur Ersten Juristischen Staatsprüfung, welche zentral von den Justizprüfungsämtern der deutschen Bundesländer gestellt und bewertet wird. Durch die Gewichtung des Schwerpunktbereiches an

[7] Dazu *Ehlers*, Universitätsrepetitorium und Privatrepetitorium, in: Herzberg/Ipsen/Schreiber, Effizient studieren: Rechtswissenschaften (Fn. 6), S. 199 ff.

den Universitäten ergeben sich aus den Prüfungsleistungen im staatlichen Examensteil 70 % der Gesamtexamensnote. Genau genommen kann daher nur dieser zentrale Pflichtfachteil als „Staatsexamen" bezeichnet werden. Die konkrete Ausgestaltung des staatlichen Examensteils obliegt den Bundesländern, die den genauen Prüfungsablauf und -inhalt in den Juristenausbildungs- und Juristenprüfungsgesetzen festlegen.

Die Pflichtfachprüfung besteht je nach Bundesland aus fünf bis sieben schriftlichen Aufsichtsarbeiten und einer mündlichen Prüfung. Die Relation der einzelnen Prüfungsleistungen in der Bewertung der Gesamtnote divergiert dabei zwischen den Bundesländern. Prüfer der Examenskandidaten sind in beiden Teilen Juristen im staatlichen Dienst, vor allem Richter, Staatsanwälte, Verwaltungsbeamte und Universitätsprofessoren. Letztere werden aufgrund des materiellen Schwerpunktes im Examen besonders häufig für die Klausurerstellung oder die mündlichen Prüfungen eingesetzt. Die Aufsichtsarbeiten werden zusammenhängend innerhalb von zwei Wochen direkt nacheinander geschrieben. Werden sie erfolgreich bestanden, findet ca. fünf Monate später die mündliche Prüfung statt, die in der Regel aus einem mündlichen Vortrag und einem Prüfungsgespräch besteht. Die Inhalte der Pflichtfachprüfung sind das gesamte in der Universität gelehrte Zivil-, Straf- und öffentliche Recht.[8] Punktuell können sich - wiederum je nach Bundesland - sowohl im Inhalt als auch im Ablauf der Prüfungen Unterschiede ergeben, zum Beispiel durch die Aufnahme weiterer Prüfungsbereiche oder durch die Zulassung bestimmter Hilfsmittel. Für die Pflichtfachprüfung gibt es in allen Bundesländern zwei reguläre Versuche. Als Ausnahme gilt der sogenannte „Freiversuch" oder „Freischuss", der denjenigen Kandidaten, die ihre Meldung zum staatlichen Examensteil direkt nach der Beendigung der Regelstudienzeit von derzeit acht Semestern vornehmen, im Falle des Nichtbestehens einen zusätzlichen Prüfungsversuch und im Falle des Bestehens einen Verbesserungsversuch gewährt. In einigen Bundesländern, zum Beispiel in Bayern und Baden-Württemberg, besteht die Möglichkeit zur Notenverbesserung jedoch auch für alle anderen Prüfungskandidaten.

[8] Siehe oben III. 2. a)

IV. Der juristische Vorbereitungsdienst

1. Das Rechtsreferendariat als praktischer Ausbildungsteil

a) Hintergrund und Referendarstatus

Die juristische Grundausbildung in Deutschland sieht nach dem Bestehen des Ersten Juristischen Staatsexamens die Ableistung des Rechtsreferendariats vor, das den konkreten praktischen Vorbereitungsdienst für die spätere juristische Tätigkeit darstellt. Der angehende Jurist erwirbt dort die zur Ausübung seines späteren Berufes notwendige praktische Erfahrung. Das Referendariat ist infolgedessen obligatorischer Teil der Ausbildung zum Volljuristen und endet mit dem Zweiten Juristischen Staatsexamen, durch dessen Bestehen die Anwärter die Befähigung zum Richteramt und zur höheren Beamtenlaufbahn erlangen. Die Referendare qualifizieren sich dabei gleichzeitig für die Tätigkeit als Staatsanwalt, als Rechtsanwalt (§ 4 BRAO (Bundesrechtsanwaltsordnung)) und als Notar (§ 5 BNotO (Bundesnotarordnung)). Voraussetzung für die Zulassung zum Referendariat ist neben dem bestandenen Ersten Juristischen Staatsexamen die Geeignetheit, die in der Regel angenommen wird, wenn keine erheblichen Vorstrafen bestehen. Die Bewerbung erfolgt bei einem Oberlandesgericht, in dessen Verwaltungsbezirk der Referendar dann auch primär eingesetzt wird. Während der Zeit im juristischen Vorbereitungsdienst tragen die Anwärter üblicherweise die Bezeichnung „Rechtsreferendar“ und stehen von ihrem Status her entweder in einem Beamtenverhältnis auf Widerruf oder in einem öffentlich-rechtlichen Ausbildungsverhältnis eigener Art.[9] Sie erhalten daher durch das Bundesland eine Vergütung in Form einer Unterhaltsbeihilfe, deren Höhe je nach Bundesland und Ausbildungsstadium variiert. Viele Studenten nutzen das vom universitären Studium losgelöste Referendariat für einen Ortswechsel in eine andere Stadt. Zu Beginn des Jahres 2013 waren in Deutschland ungefähr 15.000 Rechtsreferendare tätig.[10]

---

[9] Dazu ausführlich *Kersten*, Status ohne Amt. Zur rechtlichen Stellung des Rechtsreferendars im Spannungsverhältnis zwischen den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums (Art. 33 Abs. 5 GG) und der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG), DÖD 1999, 128.

[10] *Bundesamt für Justiz*, Juristenausbildung 2012 - Ausbildungsstatistik (Fn. 2), Anl. 6.

b) Ablauf

Das Rechtsreferendariat dauert ungefähr zwei Jahre und gliedert sich in fünf bis sechs Stationen, in denen der Referendar jeweils für einige Monate in verschiedenen Bereichen der Rechtspflege und Verwaltung praktisch ausgebildet wird. Die erste Station ist dabei in den meisten Bundesländern die sogenannte Zivilstation, die bei einem Amts- oder Landgericht zu absolvieren ist und mit einem zwei- bis vierwöchigen Einführungslehrgang beginnt. Die Referendare werden vor Ort einem ausbildenden Richter zugeordnet und können so theoretisch in jedem zivilrechtlichen Fachbereich tätig werden, der bei dem Gericht behandelt wird. Daran schließt sich die Strafstation an, die entweder bei einer Staatsanwaltschaft oder einem Strafgericht abzuleisten ist. Die darauffolgende Verwaltungsstation kann wiederum bei einem Verwaltungsgericht abgehalten werden, muss es aber nicht; in Betracht kommen auch sämtliche Verwaltungsbehörden. Es folgt mit der Anwaltsstation der längste Ausbildungsabschnitt im Referendariat, bevor der Vorbereitungsdienst mit einer Wahlstation abschließt, in der die Referendare aus sämtlichen juristischen Bereichen eine Ausbildungsstätte wählen dürfen, in der sie eine weitere Orientierung gewinnen möchten. In diesem Abschnitt wird sehr oft eine bevorzugte Station noch einmal aufgesucht, eine Tätigkeit außerhalb der „klassischen" juristischen Berufe begutachtet oder ein Auslandsaufenthalt abgehalten. Auch in allen anderen Stationen werden die Referendare offiziell einem Einzelausbilder zugeordnet.

Die Tätigkeiten des Referendars umfassen grundsätzlich die Aufgabenbereiche der in den Stationen agierenden Personen. Gemäß §§ 10, 142 Abs. 3 GVG (Gerichtsverfassungsgesetz) dürfen ihnen gar bestimmte Aufgaben unter Aufsicht eines Richters oder Staatsanwaltes zur Erledigung übertragen werden, darunter die staatsanwaltliche Sitzungsvertretung in der Hauptverhandlung oder die Leitung einer Beweisaufnahme beim Zivilgericht.[11] Ebenso kann der einem Rechtsanwalt zugewiesene Rechtsreferendar für diesen mit einer Untervollmacht erstinstanzliche Gerichtstermine wahrnehmen.

[11] Siehe dazu *Eckert*, Die Wahrnehmung von Aufgaben der Rechtspflege durch den Rechtsreferendar, JuS 2001, 1003.

Begleitend zu den verschiedenen Ausbildungsstationen finden zumeist beim hiesigen Landgericht oder bei einer Behörde Arbeitsgemeinschaften in den Gebieten des Zivil-, Straf- und Verwaltungsrechts statt, in denen die theoretischen Kenntnisse der einzelnen Prozessordnungen vermittelt und gleichzeitig das materielle Rechtswissen aus dem Studium vertieft wird. Daneben wird das Verfassen von Klausuren sowie das Halten von Aktenvorträgen für das Zweite Juristische Staatsexamen trainiert. Die Arbeitsgemeinschaften werden zweckdienlich meist von Richtern, Rechtsanwälten oder Verwaltungsbeamten geleitet.

2. Das Zweite Juristische Staatsexamen

Das Rechtsreferendariat endet mit der Ablegung der Zweiten Juristischen Staatsprüfung. Diese besteht wiederum aus sieben bis elf Klausuren, die am Ende der Anwaltsstation angefertigt werden. Nach der Wahlstation folgt abschließend eine mündliche Prüfung, für die die meisten Bundesländer ein Wahl(pflicht)fach als zusätzlichen Bestandteil vorsehen. Die mündliche Prüfung beginnt mit einem Aktenvortrag, der einen konkreten Sachverhalt aus der Rechtspraxis zum Inhalt hat, und mündet in ein allgemeines Prüfungsgespräch. Die Prüfungsinhalte des gesamten Zweiten Staatsexamens umfassen das Zivil-, das Straf- und das Verwaltungsrecht. Neben dem materiellen Recht des Ersten Staatsexamens wird auch das Prozessrecht umfangreich geprüft; akademische Streitgegenstände spielen infolgedessen im Vergleich zur universitären Ausbildung eine nachgeordnete Rolle, während die aktuelle Rechtsprechung mehr in den Vordergrund tritt. Im Gegensatz zum Ersten Juristischen Staatsexamen handelt es sich um eine reine Staatsprüfung, da diese bundesweit und ausschließlich bei den Justizprüfungsämtern der Bundesländer durchgeführt wird. Wer in Deutschland die Zweite Juristische Staatsprüfung erfolgreich abgelegt hat, ist berechtigt, die Bezeichnung (Rechts-)Assessor zu führen und wird umgangssprachlich als „Volljurist“ bezeichnet, weil er die gesamte juristische Grundausbildung absolviert hat. Die Ausbildung zum „Volljuristen“ dauert mit Studium und Referendariat inklusive Zwischenphasen, das heißt den Wartezeiten auf die Examensergebnisse und den Beginn des Referendardienstes, mindestens sieben Jahre.

V. Optionale und weiterführende Bestandteile der juristischen Ausbildung und Profession

1. Auslandsstudium und LL.M.

Neben den Etappen der juristischen Grundausbildung bestehen während oder nach dem Studium bzw. dem Referendariat weitere fakultative Komponenten zur Weiterbildung und Spezialisierung, die sich bei angehenden Juristen in Deutschland immer größerer Beliebtheit erfreuen. Vor allem während der universitären Ausbildung nutzen viele Studenten die Möglichkeit eines Auslandsaufenthaltes im Rahmen eines Austausches, der wegen der Struktur des Studienablaufes bei Studierenden der Rechtswissenschaften meist nach dem Grundstudium oder vor der Examensvorbereitung und in der Regel für ein bis zwei Semester stattfindet. Jede juristische Fakultät unterhält hierzu zahlreiche Partnerschaften mit ausländischen Universitäten, die den Austausch von Studenten und Wissenschaftlern forcieren und fördern.[12] Zur finanziellen Unterstützung des Austauschs existieren diverse Förderungsmöglichkeiten durch Stipendien oder internationale Austauschprogramme. Auch nach dem Studium begeben sich viele Juristen ins Ausland, meist zum Erwerb eines postgraduierten Master-Abschlusses (LL.M.). Dieser Weg der Zusatzqualifikation, der sowohl nach dem Ersten als auch nach dem Zweiten Staatsexamen möglich ist, findet ebenso immer öfter Einzug in juristische Lebensläufe, da hierdurch nicht nur ein längerer Auslandsaufenthalt mit einem tieferen wissenschaftlichen Hintergrund unternommen werden kann, sondern dieser auch mit dem Erwerb eines weiteren akademischen Grades einhergeht.[13] Zumeist fokussiert sich das LL.M.-Studium auf einen bestimmten Rechtsbereich, zum Beispiel das Wirtschaftsrecht. In den gleichen Kontexten besuchen auch viele ausländische Studenten und Absolventen deutsche Universitäten, um einen Einblick in das deutsche Recht zu erhalten oder dort im Rahmen eines

[12] Vgl. *DAAD*, Internationalität an deutschen Hochschulen - Vierte Erhebung von Profildaten 2013, S. 22, 50, abrufbar unter https://www.daad.de/imperia/md/content/portrait/studienundstatistiken/internet_band_75_22.11.pdf (letzter Aufruf am 7. März 2015).

[13] Dazu *von Freeden*, Erwerb eines LL.M. nach dem 1. oder nach dem 2. Staatsexamen?, JuS 2002, 1039.

LL.M.-Studiums zu forschen.[14] Die Studierenden werden dabei von einer Lehrperson der Fakultät persönlich betreut, als generelle Voraussetzungen aller Bewerbungen sollten gute Studienleistungen sowie Sprachkenntnisse des Gastlandes vorhanden sein. Vor allem Auslandsaufhalte, die mit dem Erwerb eines akademischen Grades verbunden sind, bilden für Juristen in Deutschland eine beliebte Zusatzqualifikation, da sie damit nicht nur ihre rechtswissenschaftlichen Fähigkeiten um die Kenntnisse einer anderen Rechtsordnung erweitern, sondern auch ihre Chancen auf dem Arbeitsmarkt erhöhen.

2. Promotion und Habilitation

In akademischer Hinsicht von noch größerer Relevanz ist die Promotion zum Doktor / zur Doktorin der Rechtswissenschaft. In Deutschland ist es Juristen mit hervorragenden Examensleistungen möglich, eine tiefergehende wissenschaftliche Auseinandersetzung mit einem rechtswissenschaftlichen Thema im Rahmen einer Dissertation zu unternehmen, durch die sie bei erfolgreicher Anfertigung und Verteidigung vor einem Prüfungsgremium promoviert werden. Das Rechtsgebiet des gewählten Dissertationsthemas entspricht dabei häufig dem universitären Schwerpunktbereich. Die Erlangung eines Doktorgrades führt in Deutschland trotz ihrer wissenschaftlichen Grundlage jedoch nicht zwangsweise zu einer akademischen Laufbahn, vielmehr ist dies die Ausnahme. Hintergrund eines Promotionsvorhabens ist zumeist der Wunsch nach einer Zusatzkompetenz, das gesteigerte Interesse an einer bestimmten Rechtsmaterie oder am wissenschaftlichen Publizieren, da die akademische Weiterentwicklung der Rechtswissenschaft in Deutschland allgemein nicht nur durch Professoren und Hochschulangehörige geschieht, sondern durch die gesamte Rechtspraxis. Erst die Habilitation als höchstrangige Hochschulprüfung zur Erlangung einer Lehrbefähigung führt in den meisten Fällen zu einer rein akademischen Laufbahn. Ferner besteht auch für ausländische Graduierte die Möglichkeit, eine Promotion in Deutschland zu unternehmen, zum Beispiel zu einem rechtsvergleichenden Thema.

[14] Eine Übersicht der LL.M.-Programme für ausländische Studenten und Absolventen an deutschen Hochschulen bietet der Internet-Auftritt des juristischen Karrieremagazins *azur* unter http://www.azur-online.de/bildung/deutsche-ll-m/ (zuletzt aufgerufen am 7. März 2015).

VI. Resümee

Die rechtswissenschaftliche Ausbildung in Deutschland zeichnet sich durch ihre inhaltliche Breite aus, welche die Absolventen für das Richteramt als höchste juristische Aufgabe befähigen soll. Obwohl nur ein kleiner Teil der Studierenden im Endeffekt auch die formalen Voraussetzungen für eine Tätigkeit als Richter erfüllt, ist es wiederum gerade die Vielschichtigkeit der Gesamtausbildung, die Juristen auf dem Arbeitsmarkt auch in vielen anderen Fachbereichen attraktiv macht. Vor allem der intensive Praxiseinblick während des Rechtsreferendariats als obligatorischer Ausbildungsbestandteil nach dem universitären Studium stattet Volljuristen mit essenziellen Erfahrungen aus. Das Studium der Rechtswissenschaften ist nicht nur deshalb einer der beliebtesten Studiengänge in Deutschland. Über seine Grundelemente hinaus bietet es zudem weitere optionale Bestandteile zur fachlichen Kompetenzausprägung. Vor allem wissenschaftliche Auseinandersetzungen im Rahmen einer Doktorarbeit oder ein Auslandsstudium eignen sich hierfür besonders.

ИЗУЧЕНИЕ ПРАВА И ЮРИДИЧЕСКОЕ ОБРАЗОВАНИЕ В ГЕРМАНИИ

Штефан Зура

Тезисы[1]

«И всё-таки с ней [юриспруденцией] как с [...] пивом; в первый раз ужасаешься, однако если пить всю неделю, то уже не сможешь остановиться».

Иоганн Вольфганг фон Гёте, * 1749 † 1832
немецкий писатель, чиновник Министерства
и дипломированный юрист

I. Введение

Юриспруденция относится к популярным специальностям в Германии. В зимнем семестре 2012/2013 было зачислено 102.000 студентов-юристов, во время предыдущего года окончило своё обучение около 7.600 студентов. Основная структура юридического образования в Германии существует на протяжении многих лет и не подвергается влиянию глобальных изменений европейского образования. Специальность «юриспруденция» с конечной целью Первого Юридического Государственного Экзамена можно получить в 41 немецком Университете и ВУЗе.

II. Основная структура юридического образования в Германии

Основное юридическое образование в Германии подразделяется на два больших раздела: университетское образование и юридическая практика, то есть правовая стажировка. Во время учёбы студенты изучают теоретическую часть различных областей права, во время правовой стажировки знакомятся с различными видами судебной

[1] Перевод Павла Фомина.

практики. Целью общего образования является получение должности судьи, которую можно достичь, успешно сдав два государственных юридических экзамена.

Изучение юриспруденции проходит в основном в государственных университетах. Кроме того, изучать юриспруденцию можно и в частных университетах, обучение в которых, разумеется, отличается от государственных вузов. Все студенты, независимо от того, учились ли они в государственном или частном университете, сдают государственный экзамен. Следовательно, различий в качестве подготовки не наблюдается.

Также имеются другие «юридические» специальности, которые, правда, в своём содержании и, прежде всего, в своём практическом применении, не сравниваются с «классическим» юридическим образованием. Такие узкие специальности имеют место часто только после окончания бакалавриата или магистратуры в определенной правовой сфере, например, в сфере экономического права. Выпускники данных специальностей не могут заниматься классической юридической деятельностью как например судья, прокурор или адвокат. Выпускники этих специальностей могут работать юристами только в компаниях или профсоюзах.

III. Структура и ход обучения

Подготовка к обучению на юридическом факультете осуществляется, например школами, вообще не осуществляется. Точки соприкосновения с предметом права интересующиеся обучением получают только в семье, в ходе школьной практики или через самостоятельное обучение в этой области. Заявка на поступление подаётся непосредственно в желаемый университет.

Условием для поступления являются школьные выпускные оценки, при этом также оцениваются социальные критерии, такие как место жительства. Вступительных тестирований, как, например, в России, не проводится, знаний по специальности также не требуется. Обучение бесплатное, только в отдельных частных школах платное.

Возраст студентов на момент начала обучения составляет в среднем от 19 до 22 лет.

В учебную программу входят все аспекты гражданского, уголовного и публичного права. При этом для лучшего понимания методологии и основ изучаются такие предметы, как история права и философия права. Также для получения итоговой квалификации предусмотрено, например, изучение юридической риторики, или сравнительного правоведения. Подобные учебные планы различаются в зависимости от университета. Как правило, время обучения в юридических университетах составляет от 4 до 5 лет.

Обучение начинается с основного образования, в котором обучающиеся изучают основы права, а также знакомятся с законами. В зависимости от университета бывают общие и отдельные лекции. В качестве экзаменов проводятся экзаменационные и домашние работы. Наряду с этим студенты посещают студенческие рабочие группы, где интенсивно прививается юридическая методика.

Основное образование подразделяется на три большие части. К первой части относятся обязательные предметы, в качестве второй части студенты выбирают основное направление, на котором они специализируются. Также в качестве подготовки к первому государственному экзамену студенты посещают подготовительные курсы: либо в университете, либо в коммерческих организациях, где они систематически получают необходимые знания для государственного экзамена.

Уже во время обучения студенты накапливают профессиональный опыт с помощью обязательной практики. Эту практику они могут проходить во всех областях профессии, от судей, прокуроров до административных органов. По времени практика должна длиться по меньшей мере 12 недель и проходить во время каникул.

Первый юридический государственный экзамен является итоговым экзаменом для окончания обучения. В зависимости от земли состоит экзамен из 5–7 экзаменационных работ и устных экзаменов. Студенты должны уметь применять все полученные в университете знания. У каждого студента есть 2 попытки на сдачу экзамена.

IV. Практика

Вторая большая часть юридического основного образования в Германии это практика, которая оканчивается, как правило, с первым

юридическим государственным экзаменом. Практическая подготовка нацелена на последующую профессиональную деятельность и проходит во многих областях юстиции и управления. Стажеры назначаются на должность в государственном учреждении с испытательным сроком, и практика оплачивается государством. Прохождение практики и сдача экзаменов являются необходимыми требованиями для трудоустройства в качестве судьи или адвоката.

Во время стажировки будущие юристы проходят практику во многих учреждениях, в числе которых суд, прокуратура, адвокатура и административные учреждения. Там они выполняют различные задания, а в маленьких процессах также выступают в качестве правой руки судьи и адвоката. Наряду с этим они посещают студенческие рабочие группы, где готовятся ко второму юридическому государственному экзамену.

Второй юридический государственный экзамен означает окончание практики и окончание юридического основного образования. Кандидаты должны сдать от 7 до 11 экзаменационных работ и устный экзамен, на котором, в отличие от обучения, прежде всего, спрашивают знания процессуального права и актуальной судебной практики. Также необходимо обладать знаниями в области общих понятиях гражданского, уголовного и публичного права. Образование до «полноценного юриста» также длится по меньшей мере 7 лет.

V. Повышение квалификации

Наряду с основным юридическим образованием юристы могут получить дополнительную квалификацию, например, пройти стажировку за границей во время обучения или окончить магистратуру. Такая возможность есть и у иностранных студентов в Германии. Все университеты сотрудничают с большим количеством иностранных вузов, поэтому студенты и выпускники с хорошими оценками должны иметь в виду такую возможность. В Германии очень важной составляющей для возможности дальнейшего образования является титул доктора, для получения которого необходимо написание научно-исследовательской работы.

DIE KIRCHE ALS UNTERNEHMER

Joachim Gaertner

Gliederung

I. Einleitung
II. Unternehmerisches Handeln und Ethik
III. Wirtschaftliche Aktivitäten der Klöster im Mittelalter
IV. Diakonisch-Karitatives Handeln als christliche Liebestätigkeit
V. Die Rolle der diakonisch-karitativen Einrichtungen und anderer freier Träger im deutschen sozialstaatlichen System
VI. Die Religionsgemeinschaften als Grundstückseigentümer und Verpächter von Grundstücken
VII. Ethische Anfragen an kirchliches Handeln
VIII. Zusammenfassung

1. Einleitung

Die Überschrift dieses Beitrags „Die Kirche als Unternehmer" scheint ein Paradox anzudeuten, also etwas, was einen Widerspruch in sich enthält. Wie kann eine Kirche — oder sagen wir es allgemeiner: eine Religionsgemeinschaft — als ein Unternehmen bezeichnet werden, wo jenes doch vorwiegend Waren oder Dienstleistungen herstellt oder anbietet, um diese auf dem Markt mit Gewinn — oder zumindest mit Kostendeckungsabsicht — zu verkaufen, was auf eine Religionsgemeinschaft im allgemeinen nun wirklich nicht zutrifft? Zwar werden in der Religionssoziologie auch Marktmodelle diskutiert, wobei zum einen darauf abgehoben wird, dass sich die verschiedenen Religionsgemeinschaften in einer Art Wettbewerb oder einer Konkurrenzsituation befinden, und zum anderen, dass es — vor allem in den Vereinigten Staaten — religiöse Gesellschaften gibt, die

religiöse Schriften profitorientiert auf den Markt bringen. Diese Vorstellung von einem Marktmodell kann so weit gehen, dass ein erfolgreicher Vertreter der Social Gospel-Bewegung der USA, einer dort Ende des 19. Jahrhunderts entstandenen kirchlichen Strömung, die die soziale Dimension des Evangeliums gegenüber dem amerikanischen Kapitalismus geltend macht[1], im Jahre 1923 gemeint haben soll: „Der Geistliche ist ein Verkäufer. Sein Erfolg oder Misserfolg hängt davon ab, wie gekonnt er Leute davon überzeugen kann, das anzunehmen, was er anbietet“[2].

Ich möchte — vor allem auch vor dem Hintergrund der Situation in Europa — diesen Ansatz nicht diskutieren und mit *Hans Michael Heinig*, dem Leiter des Kirchenrechtlichen Instituts der Evangelischen Kirche in Deutschland, feststellen, dass für „das kirchliche ‚Kerngeschäft‘ der Seelsorge, Kasualien und Gemeindearbeit“ der Unternehmenscharakter klar zu verneinen ist[3].

Allerdings hat es im kirchlichen Raum immer auch unternehmerische Aktivitäten gegeben, z.B. Klöster, die Landwirtschaft betrieben und/oder Bier brauten, oder — in der heutigen Zeit — Religionsgemeinschaften, die vor allem Einrichtungen im medizinisch-sozialen Bereich betreiben, wie Krankenhäuser und ambulante wie stationäre Pflegeeinrichtungen (vgl. *Hans Michael Heinig*, aaO.), auf die im Folgenden noch näher eingegangen werden soll.

II. Unternehmerisches Handeln und Ethik

Dass unternehmerisches Handeln stets auch etwas mit Moral zu tun hat, und zwar sowohl im weltlichen wie im kirchlichen Bereich, kann natürlich nicht geleugnet werden. Gleichwohl wird wohl kaum jemand auf die Idee kommen, zwischen Unternehmen und Religionsgemeinschaften

[1] Vgl. Brockhaus Enzyklopädie, 19. Aufl. Mannheim 1993, Band 20, Seite 406 f.

[2] Zitiert nach: *Hubert Knoblauch*, Religionssoziologie, Walter de Gruyter Berlin, New York 1999, S. 206 f.; vgl. auch *Peter L. Berger*, Ein Marktmodell zur Analyse ökonomischer Prozesse, in: Internationales Jahrbuch für Religionssoziologie Band I, Köln und Opladen 1965, S. 235 ff. (insb. S. 248 f.).

[3] *Hans Michael Heinig*, Öffentlich-rechtliche Religionsgesellschaften. Studien zur Rechtsstellung der nach Art. 137 Abs. 5 WRV korporierten Religionsgesellschaften in Deutschland und in der Europäischen Union, Duncker & Humblot Berlin, 2003, S. 464.

Parallelen herzustellen. Allerdings wird man es durchaus nicht nur als eine betriebswirtschaftliche, sondern auch als eine ethische Aufgabe eines Unternehmers bezeichnen können, „die Rentabilität und Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens zu sichern und Gewinn zu erwirtschaften". Denn ohne Gewinn könnten „keine Investitionen erwirtschaftet und keine Arbeitsplätze erhalten bzw. neue geschaffen werden"[4]. Der Ökonom *Wilhelm Röpke* hat daher auch davon gesprochen, dass „der Gewinn ein völlig unentbehrlicher Steuerungsmechanismus unserer Wirtschaftsordnung ist, eine unentbehrliche Größe mit der die Produktion entsprechend dem Plan der Konsumenten gesteuert wird, vorausgesetzt, dass Wettbewerb herrscht"[5]. Wohin es führt, wenn das nicht beachtet wird, führte *Wilhelm Röpke* in einem Vortrag, den er auf der 15. Tagung der Aktionsgemeinschaft Soziale Marktwirtschaft am 29. Juni 1960 in Bad Godesberg hielt, vor Augen. Ein Bürgermeister von Florenz, der den bezeichnenden Namen La Pira (der Scheiterhaufen) führte, habe einmal geglaubt, „wunder wie gottwohlgefällig zu handeln, als er Unternehmungen, die unrentabel geworden waren, zum Weiterarbeiten mit voller Belegschaft und damit zum völligen Ruin zwang"[6].

Man kann zwar vielleicht — in Anlehnung an den Ökonomen *Wilhelm Röpke* — verallgemeinernd sagen: Ein Wirtschaftsunternehmer schwebt nicht frei im politischen Raum, sondern ist eingebettet in ein „Rahmenwerk gesellschaftlich-politisch-moralischer Art"[7]. Eine Kirche unterscheidet sich gleichwohl grundlegend davon. Sie ist nicht nur in dieser Weise mit Ethik unterlegt; sie hat — im Unterschied zum Unternehmen — einen transzendenten Bezug, indem sie auf Gott verweist. Und was ist nun eine Kirche? Jedenfalls nach reformatorischem Verständnis eine Versammlung der Gläu-

---

[4] So *Jürgen Em*, Die ökonomisch-moralische Dimension, Der Arbeitgeber Nr. 3/41, 1989, S. 92 ff. (S. 93); vgl. beispielsweise auch: *Wilhelm Krelle*, Entwicklung und Aufrechterhaltung moralischer Standards, in: *Ulrich Immenga/Wernhard Möschel/Dieter Reuter* (Hrsg.), Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker zum siebzigsten Geburtstag, Nomos Baden-Baden, 1996, S. 227 ff.

[5] *Wilhelm Röpke*, Wirtschaft und Moral, in: *Wilhelm Röpke*, Wort und Wirkung, Ludwigsburg 1964, S: 71 ff. (S. 84).

[6] *Wilhelm Röpke* (Fn. 5), S. 88.

[7] Vgl. *Wilhelm Röpke*, Marktwirtschaft ist nicht genug, in: *Wilhelm Röpke*, Wort und Wirkung, Ludwigsburg 1964, S. 136 ff. (S. 137 f.).

bigen, bei der das Evangelium gepredigt und das Sakrament gefeiert wird oder — wie es in Art. 7 des Augsburger Bekenntnisses von 1530 heißt: „Sie ist die Versammlung aller Gläubigen, bei denen das Evangelium rein gepredigt und die heiligen Sakramente dem Evangelium gemäß gereicht werden". Gewiss weichen das Verständnis der römisch-katholischen Kirche und der orthodoxen Kirchen davon etwas ab, so wenn die römisch-katholische Kirche vom Geheimnis, vom Mysterium der Kirche spricht, aber doch gleichzeitig die Kirche durchaus als einen Lebensraum des Glaubens betrachtet. Für unsere Fragestellung sind diese Unterschiede jedoch irrelevant.

III. Wirtschaftliche Aktivitäten der Klöster im Mittelalter

Wenn die Kirche auch keine Firma ist, die eine Rendite anstrebt[8], gibt es — wie bereits angedeutet — gleichwohl — jedenfalls bei vielen Religionsgemeinschaften — durchaus erwerbswirtschaftliche Aktivitäten. Dabei seien beispielhaft die Klosterbrauereien erwähnt. Den Mönchen kommt schließlich das Verdienst zu, im Mittelalter die Braukunst kultiviert zu haben. Aber auch kirchliche Weingüter oder die Chartreuse, ein Kräuterlikör, der von Mönchen des Kartäuserklosters Grande Chartreuse in den französischen Alpen unweit von der Stadt Grenoble hergestellt wird, sind in diesem Zusammenhang zu nennen. Hierbei handelt es sich, soweit die Produkte nicht nur für den Eigenbedarf hergestellt werden, natürlich um erwerbswirtschaftliche Tätigkeiten, die jedoch — im Unterschied zu Wirtschaftsunternehmen — nicht der Hauptzweck der jeweiligen Institution, also in unserem Fall des Klosters, sind. Die Mönche gründeten nicht die Grande Chartreuse, um möglichst viel Kräuterlikör herzustellen und zu verkaufen, sondern die Herstellung des Likörs war nur ein Nebenzweck, nicht zuletzt, weil man sich von dem Likör eine gesundheitsfördernde Wirkung versprach (der Chartreuse galt oder gilt als ein Heilelixier), aber vermutlich auch, weil man durch den Verkauf des Kräuterlikörs Einnahmen erzielte, die halfen, das Kloster und die Klosterbrüder zu unterhalten.

Was die wirtschaftlich-unternehmerischen Aktivitäten von Klöstern anbelangt, so fallen vor allem die Zisterzienser ins Auge, wenn auch die

[8] Vgl. *Hans-Christian Harder*, Kirche als Wirtschaftsfaktor und als ethische Institution, ZevKr 47 (2002), S. 711 ff. (S. 712).

meisten anderen Klöster ebenfalls nicht nur ein Seelsorgestützpunkt, sondern auch Krankenhaus, Apotheke und Übernachtungsort, also in gewisser Beziehung Wirtschaftsbetriebe waren. Die Zisterzienser, deren Name auf den Ort Cistercium, zurückgeht, der heute Cîteaux heißt und in Burgund südlich von Dijon liegt, wo im Jahre 1098 das Mutterhaus gegründet wurde, gelten als besonders erfolgreiche Unternehmer. Sie bauten nicht nur eine eigene landwirtschaftliche und handwerkliche Produktion auf, um die Versorgung ihrer Einrichtungen mit Nahrung und Bekleidung sicherzustellen, sondern richteten ihre wirtschaftlichen Aktivitäten vielmehr darauf aus, immer größere Überschüsse zu erzielen, um ihre Klöster stetig weiter entwickeln zu können. So wurden sie mit der Zeit ein wichtiger wirtschaftlicher Faktor, den dann sogar im Einzelfall schon einmal das städtische Handwerk als Bedrohung seiner Existenz empfand.

Der Abt Bernhard von Clairvaux (ca. 1090-1153) hatte den Zisterziensern die Vorgabe gemacht, dass es gnadenreich sei, für seinen eigenen Lebensunterhalt durch eigene Arbeit zu sorgen und nicht die Arbeit anderer in Anspruch zu nehmen[9]. Mit Hilfe des Einsatzes neuer Arbeits- und Produktionstechniken wurden die Zisterzienser dann nicht nur erfolgreiche Landwirte, die verödetes Ackerland wieder aufforsteten, Getreide anbauten und es auch selbst in eigenen Mühlen vermahlten, sondern auch überaus erfolgreiche Winzer, die den Weinbau in Terrassenform entwickelten[10]. Die Zisterzienser engagierten sich ebenfalls im Bergbau, z.B. im Harz, wo sie im Silber- und Kupferbergbau tätig waren. Auch waren sie vermutlich die ersten Betreiber von Glashütten im Erzgebirge, also von Öfen zur Glaserzeugung[11]. Bei der Herstellung von Schuhen waren die Zisterzienser beispielsweise so erfolgreich, dass im Jahre 1385 Ratssendeboten aus elf niederdeutschen Städten in Stralsund zusammenkamen, um darüber zu beraten, wie man diese Konkurrenz für die städtischen Schuhmacher ausschalten oder verringern könne. Die Städte betrachteten die Herstellung von Schuhen in Klöstern und auf klösterlichen Höfen über den

[9] Vgl. *Bernhard Nagel*, Die Eigenarbeit der Zisterzienser. Von der religiösen Askese zur wirtschaftlichen Effizienz, Marburg 2006, S. 24 f.

[10] Vgl. *Bernhard Nagel* (Fn. 9), S. 38 ff.

[11] Vgl. *Albrecht Kirsche*, Zisterzienser, Glasmacher und Drechsler. Glashütten in Erzgebirge und Vogtland und ihr Einfluss auf die Seiffener Holzkunst, Waxmann 2005, S. 9 und S. 31 ff.

eigenen Bedarf hinaus als einen Angriff auf das städtische Gewerbe, den man u.a. dadurch zu parieren gedachte, dass man Schuhmacher, die an einer derartigen Produktion beteiligt waren, mit einem Berufsverbot in den Städten belegte und Strafen androhte[12].

Die großen wirtschaftlichen Erfolge der Zisterzienserklöster beruhten dabei nicht nur darauf, dass sie technische und technologische Neuerungen einführten und sich ökonomisch expansiv verhielten, sondern auch darauf, dass sie dabei eine Technik der „genauen Zeiteinteilung" beachteten. Diese kannten sie von dem vorgeschriebenen klösterlichen Tagesablauf, und sie waren darauf bedacht, die Arbeitsprozesse ebenso zu organisieren, „wie sie ihre gesamte Lebensführung methodisch organisierten"[13]. Daher ist es gewiss nicht falsch, die „zisterziensische Zeitökonomie" als eine Pionierleistung des Ordens zu betrachten[14] und die These zu wagen, dass die Zisterzienserklöster, ja alle Klöster im Mittelalter, mit ihrer Rationalität der Tages- und Zeiteinteilung vielleicht einen mindestens ebenso großen Beitrag zur Entwicklung der modernen Wirtschaft geleistet haben wie die durch den Calvinismus geprägte protestantische Ethik, wenn man in diesem Punkt Max Weber folgt[15]. Manche sehen in der in den Klöstern herrschenden Zeitdisziplin geradezu einen „katholischen Beitrag zur modernen Leistungsbereitschaft"[16]. Der Ordinarius an der Universität Basel *Manfred Koch* führt dazu in einem Essay unter der Überschrift „Faulheit. Eine schwierige Disziplin" u.a. das Folgende aus: „Im fest getakteten Wechsel von Gebet, Arbeit und Erholung war der

---

[12] Vgl. *Doris Bulach, ... unde oft uns wes overlopet, dat moge wy vorkopen thu unser nut ...* Die besondere Rolle von Handwerk, Gewerbe und Handel bei Zisterzienserklöstern östlich der Elbe, in: *Franz J. Felten, Werner Rösener* (Hrsg.), Norm und Realität. Kontinuität und Wandel der Zisterzienser im Mittelalter, Lit Verlag Berlin 2009, S. 167 ff. (S. 169 f.).

[13] *Bernhard Nagel* (Fn. 9), S. 41.

[14] Vgl. *Bernhard Nagel*, (Fn. 9), S. 43; zum Stellenwert eines „gut passenden Zeitrasters … für das Funktionieren von Gesellschaften mit einem wachsenden Produktionsniveau" siehe auch: *Norbert Elias*, Über die Zeit, Arbeiten zur Wissenssoziologie II, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1984, S. 189.

[15] Vgl. *Max Weber*, Die protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus, area verlag GmbH, Erftstadt 2005, S. 145 ff.

[16] Vgl. *Manfred Koch*, Faulheit. Eine schwierige Disziplin, Klampen Verlag Springe 2012, S. 65 f.

Tag der Mönche schon länger nach einem präzisen Stundenplan abgelaufen (das galt übrigens auch für große Teile der Nacht, ein Mönch bekam wenig Schlaf). Diese Ordnung wurde im späten Mittelalter auf das Wirtschaftsleben der aufblühenden Städte übertragen. Dadurch entstand überhaupt erst die moderne ‚Arbeitszeit', die eine planmäßige Nutzung des Tages nach der reinen Stundenzahl vorsieht (und nicht, wie die bäuerliche Arbeit, erledigt, was gerade anfällt, und zwischendurch immer wieder ruht)"[17].

IV. Diakonisch-karitatives Handeln als christliche Liebestätigkeit

Bis weit in das 19. Jahrhundert hinein waren es im christlichen Abendland nicht die weltlichen Institutionen, sondern die christliche Kirchen, die sich in erster Linie der sozialen Probleme annahmen. Seit dem frühen Mittelalter konnten sich wandernde Arme und Arme der jeweiligen Ortschaft an die Klöster wenden, wenn sie Hilfe benötigten. Während auf dem Land in der Regel die Klöster die Einzigen waren, die in derartigen Notlagen Hilfe anboten, verteilte sich in den Städten das Problem der Unterstützung der Armen auf verschiedene Institutionen. Das hing „mit ihrer schrittweise seit dem 11. Jahrhundert entwickelten sozialen und rechtlichen Binnendifferenzierung" zusammen[18]. *Michael Stolleis* führt aus: „Zum einen gab es auch hier die Klöster, zum Teil innerhalb, zum Teil außerhalb der Mauern (Pesthäuser, Leprosenhäuser). Zum andern entwickelten sich Möglichkeiten der Almosenvergabe durch die städtischen Kirchen und die ihnen zugeordneten Stiftungen von Laien mit der Maßgabe, aus den Stiftungsmitteln nicht nur Messen zu lesen, sondern auch die Armen zu bedenken"[19].

Natürlich gibt es sehr unterschiedliche Motive, aus denen heraus Menschen eine Tätigkeit entfalten. Man kann tätig werden, weil einem das Tun selbst Vergnügen bereitet, z.B. Skilaufen, Reiten oder Musizieren. Man kann aber auch tätig werden, um ein bestimmtes Ziel zu erreichen, wobei der Weg dahin nicht immer so lustvoll sein muss, wie beispielsweise das Reiten. Das dürfte auf das Erstellen einer Examensarbeit, einer Dissertation oder auch

[17] *Manfred Koch* (Fn. 16) ebd.

[18] Vgl. *Michael Stolleis*, Geschichte des Sozialrechts in Deutschland. Ein Grundriss. Lucius & Lucius, Stuttgart 2003, S. 15.

[19] *Michael Stolleis*, (Fn. 18) ebd.

Habilitationsschrift zutreffen, deren Abschluss zwar Lustgewinn verheißt, vor deren Abschluss jedoch eine gewisse Durststrecke ohne besonderen Lustgewinn liegt[20]. Und man kann schließlich auch tätig werden, weil man sich dem aus den Evangelien überlieferten Doppelgebot der Liebe verpflichtet weiß.

Bei den Klöstern war die Triebfeder für eine derartige Liebestätigkeit dieses in den Evangelien überlieferten Doppelgebot der Liebe: „Du sollst Gott, deinen Herrn, lieben von ganzem Herzen, von ganzer Seele, von ganzem Gemüte und von allen deinen Kräften“ und „Du sollst deinen Nächsten lieben wie dich selbst“, wie es in Kapitel 12, Verse 30 und 31 im Evangelium nach Markus aufgezeichnet ist, aber auch bereits im Alten Testament in den Büchern Mose vorgezeichnet war[21].

Die christliche Liebestätigkeit, als Zuwendung zu den Nöten der Bedürftigen, war „von Anfang an … ein unverzichtbarer Teil der christlichen Religionsausübung“[22]. Der Theologe *Reinhard Turre* hat das diakonisch-karitative Wirken der christlichen Kirchen daher zutreffend als durch Tun „gedolmetschte Bibel“ bezeichnet[23].

Die christliche Liebestätigkeit war bereits im antiken Christentum ein Markenzeichen der christlichen Gemeinden. Wie sehr das die Gegner des Christentums als Bedrohung ihrer Überzeugungen empfunden haben, macht ein Schreiben des römischen Kaisers Julian aus dem Jahre 362 nach Christus deutlich, der als letzter Heide auf dem römischen Kaiserthron gilt und dem die Christen daher den Beinamen „der Apostat“, der vom Glauben Abgefallene, gaben.

Kaiser Julian schrieb: „Es ist eine Schmach, wenn von den Juden nicht ein einziger um Unterstützung nachsuchen muss, während die gottlosen

---

[20] Vgl. *Bruno S. Frey*, Die Grenzen ökonomischer Anreize, NZZ vom 218. Mai 2001.

[21] Vgl. *Heinrich Bedford-Strohm*, Gemeinschaft aus kommunikativer Freiheit. Sozialer Zusammenhalt in der modernen Gesellschaft. Ein theologischer Beitrag, Chr. Kaiser Gütersloher Verlagshaus, 1999, S. 207 ff.

[22] *Axel Freiherr von Campenhausen/Heinrich de Wall*, Staatskirchenrecht, 4. Aufl. C.H.Beck München 2006, S. 163; vgl. auch *Anne-Ruth Glawatz-Wellert*, Die Zuordnung der Diakonie zur Kirche, ZevKR 51 (2006), S. 352 ff. (S. 354 f.).

[23] *Reinhard Turre*, Diakonische Einsichten. Theologische Impulse und ethische Reflexionen, W. Kohlhammer, Stuttgart-Berlin-Köln 2001, S. 10.

Galiläer (also die Christen) neben den ihrigen auch noch die unsrigen ernähren, die unsrigen aber Hilfe von unserer Seite offenbar entbehren müssen…. Wir sollten doch einsehen, dass die Gottlosigkeit (sc. das Christentum) nur deshalb Boden hat gewinnen können, weil sie sich liebevoll um Fremde gekümmert oder auch für die Bestattung Friedhöfe besorgt hat, ganz zu schweigen von ihrer strengen Lebensführung, einerlei ob sie bloß äußerlich war oder nicht!... So oft die Armen den Eindruck haben, von Priestern nicht beachtet zu werden, sehen das die gottlosen Galiläer sofort und nutzen die Gelegenheit zur Wohltätigkeit"[24]. Daher stellte der Präsident des Diakonischen Werkes der EKD in einem jüngst erschienenen Aufsatz zu Recht fest, „dass die dynamische Entwicklung der frühen christlichen Kirchen ohne die soziale Wirkung des verkündigten Evangeliums undenkbar gewesen wäre"[25].

Im christlichen Abendland waren es denn auch nicht die weltlichen Institutionen, sondern die christlichen Kirchen, die sich in erster Linie der sozialen Probleme annahmen und „bis weit in das 19. Jahrhundert hinein" eine bedeutende Rolle bei der Armen- und Krankenfürsorge spielten[26].

V. Stellenwert und Rolle der freien Träger im deutschen sozialstaatlichen System

Im europäischen Hochmittelalter kam es dann dazu, dass sich weltliche Ordnungsmächte zunehmend in Aufgabenbereiche hineinschoben, „die bislang Sache der Kirche waren"[27]. In dem Allgemeinen Landrecht für die preußischen Staaten von 1794 wurde die Fürsorgepflicht für die Armen — meines Wissens: erstmals — als Staatsaufgabe bezeichnet. Den „privilegirten Corporationen" sowie den „Stadt- und Dorfgemeinen" wurde die Verpflichtung auferlegt, für „ihre unvermögenden" oder verarmten Mitglieder zu sorgen. Diese Staatsaufgabe wurde wie folgt umschrieben:

---

[24] Zitiert nach: *Christoph Markschies*, Zwischen den Welten wandern. Strukturen des antiken Christentums, Fischer Taschenbuch 1997, S. 135.

[25] *Johannes Stockmeier*, Der Dienst am Menschen. Diakonie als Träger des Sozialstaats, in: *Karlies Abmeier/Michael Borchard/ Matthias Riemenschneider* (Hrsg.), Religion im öffentlichen Raum, Ferdinand Schöningh, Paderborn 2013, S. 157 ff. (S. 159).

[26] Vgl. *Michael Stolleis* (Fn. 18), S. 13 f.

[27] So *Michael Stolleis* (Fn. 18), S. 13 f.

„Der Staat ist berechtigt und verpflichtet, Anstalten zu treffen, wodurch der Nahrlosigkeit seiner Bürger vorgebeugt und der übertriebenen Verschwendung gesteuert werde“[28]. Einen großen Entwicklungsschub bewirkte dann die nach Gründung des Deutschen Reiches am 18. Januar 1871 von Reichskanzler Otto von Bismarck initiierte und in den 80er Jahren des 19. Jahrhunderts verwirklichte Sozialgesetzgebung, die ein öffentlich rechtliches Zwangsversicherungssystem für die Kranken-, Unfall- sowie Alters- und Invalidenversicherung schuf. Auch wenn das politische Ziel Bismarcks, mit Hilfe der Sozialgesetzgebung die Arbeiterschaft in die bestehende Staats- und Gesellschaftsordnung politisch zu integrieren, wegen der gleichzeitig fortgesetzten Repressionspolitik gegenüber Sozialdemokratie und Gewerkschaften verfehlt wurde, kann man die unter Bismarck eingeführte Sozialversicherung ohne Übertreibung als ein „Jahrhundertwerk“ bezeichnen[29].

Die Weimarer Reichsverfassung vom 11. August 1919 verschaffte dem Reich „die verfassungsrechtliche Grundlage für eine breitgefächerte Sozialgesetzgebung, mit der die von Anfang an gefährdete Republik die Bewältigung des Kriegselends, der Inflation und Depression von Seiten der Sozialpolitik in Angriff nehmen konnte“[30]. Hier kam es nun zu einer interessanten Entwicklung, deren Ergebnis bis heute das deutsche sozialstaatliche System charakterisiert. Das Reich nutzte seine neue Gesetzgebungskompetenz nicht, um das soziale Sicherungssystem vollständig in die eigene Hand zu nehmen, sondern übertrug beispielsweise die Trägerschaft für die öffentliche Fürsorge an Landes- und Bezirksfürsorgeverbände und legte in § 5 Abs. 3 der Reichsverordnung über die Fürsorgepflicht vom 13. Februar 1924 fest, dass die Fürsorgeverbände keine neuen Einrichtungen schaffen sollten, soweit im ausreichenden Umfang geeignete Einrichtungen der Träger der freien Wohlfahrtspflege vorhanden waren[31].

---

[28] ALR II, 19, §§ 6, 9, 10; vgl. auch *Michael Stolleis* (Fn. 18), S. 24.

[29] Vgl. *Michael Stolleis* (Fn. 18), S. 60.

[30] So *Michael Stolleis* (Fn. 18), S. 125.

[31] Vgl. *Michael Stolleis* (Fn. 18), S. 132 und BVerfGE 22, 180 (200); vgl. auch *Ulrich Scheuner*, Die karitative Tätigkeit der Kirchen im heutigen Sozialstaat. Verfassungsrechtliche und staatskirchenrechtliche Fragen, in: Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche, Band 8, 1974, S. 43 ff. (S. 48 f.).

Dahinter stand die Absicht — wie das Bundesverfassungsgericht in einem Urteil des Zweiten Senats vom 18. Juli 1967 feststellte –, dass diese Aufgaben nicht der Staat allein leisten könne, sondern dass es dazu einer „gemeinsamen Bemühung" von Staat und freien Trägern bedürfe[32]. Gleichzeitig trug der Staat damit auch der Tatsache Rechnung, „dass weite Gebiete der Fürsorge von gesellschaftlichen Kräften besetzt waren", woran man nichts ändern wollte[33]. Im Ergebnis führte das dazu, dass sich in Deutschland der Staat „beim Angebot sozialer Dienstleistungen stärker zurückhält, als es beispielsweise in den skandinavischen Ländern der Fall ist[34] und dass die erlassenen gesetzlichen Neuregelungen auf eine Zusammenarbeit von öffentlichen, also staatlichen, Trägern und freien Trägern hin angelegt sind.

Dabei wird — wie das Bundesverfassungsgericht in dem genannten Urteil vom 18. Juli 1967 hervorgehoben hat — „die Tätigkeit der Träger der freien Jugendhilfe und Wohlfahrtspflege … vom Gesetz überhaupt nicht ‚geregelt'; diese „sind in der Gestaltung ihrer Arbeit völlig frei"[35]. An anderer Stelle dieses Urteils heißt es: „Die Träger der freien Jugendhilfe und die freien Wohlfahrtsverbände handeln im Rahmen der Vorschriften nicht als beliehene Träger öffentlicher Verwaltung, sondern als private Organisationen, die freie Jugendhilfe und freie Wohlfahrtspflege leisten"[36]. Damit korrespondiert, dass das Bundesverfassungsgericht in einem Beschluss vom 16. Oktober 1968 mit Bezug auf die christlichen Kirchen ausdrücklich anerkannt hat, dass „die tätige Nächstenliebe … eine wesentliche Aufgabe für den Christen" ist und daher „von der Katholischen wie der Evangelischen Kirche als kirchliche Grundfunktion verstanden" wird[37]. In der Grundordnung der Evangelischen Kirche in Deutschland (EKD) findet das in Art. 15 Abs. 1 Satz 2 Ausdruck, wenn dort die diakonisch-missionarischen Werke „als Wesens- und Lebensäußerung der Kirche" bezeichnet werden.

---

[32] BVerfGE 22, 180 (200).

[33] Vgl. *Michael Stolleis* (Fn.18), S. 132.

[34] Vgl. *Jürgen Kaube*, Was dem einen der Ackerbau, ist dem anderen die Kirche. Wie es kommt, dass sich in Europa drei ganz unterschiedliche Arten des Sozialstaats herausgebildet haben, FAZ vom 10. April 2008, Seite 37.

[35] BVerfGE 22, 180 (203).

[36] BVerfGE 22, 180 (203 f.).

[37] BVerfGE 24, 236 (248).

Damit korrespondiert, dass „die Arbeit der Diakonie … für große Teile der Bevölkerung ein sichtbares, wenn nicht das sichtbarste Zeichen kirchlichen Handelns“ ist[38].

Wir haben es somit in Deutschland auf dem Sektor der sozialen Dienstleistungen mit einem Phänomen zu tun, das für die deutsche Rechts- und Sozialordnung charakteristisch ist. Es handelt sich um ein System, ein „Modell“, das ganz wesentlich auf dem Subsidiaritätsprinzip beruht und „den Staat nicht aus der Verantwortung für die sozial gerechte Gestaltung des Gemeinwesens entlässt, die konkreten Angebote sozialer Dienstleistungen aber freigemeinnützigen Akteuren zuordnet“[39]. Es kommt auf diese Weise zu einem „Zusammenspiel von öffentlichen und privaten Institutionen“ im Bereich der Wohlfahrtspflege[40]. Zwar haben die deutschen Länder im Rahmen der öffentlichen Daseinsvorsorge beispielsweise die Aufgabe, für eine bedarfsgerechte und ordnungsmäßige Versorgung der Bevölkerung mit leistungsfähigen Krankenhäusern zu sorgen — eine Aufgabe, die sie eigenverantwortlich und mit Aufsichtsbefugnissen im jeweiligen Land wahrnehmen. Es ist jedoch nicht vorrangig die Sache des Staates, für die Sicherstellung eines vielfältigen Angebots zu sorgen; das obliegt vielmehr den freien Trägern.

Da das deutsche System der sozialen Sicherheit „auf einer Vielfalt von tragenden Säulen ruht“[41], leuchtet es vermutlich ein, dass die Binnenverhältnisse zwischen den öffentlichen, den frei-gemeinnützigen und den privatgewerblichen Trägern, was die prozentualen Anteile an der Gesamtheit der vorhandenen Einrichtungen angeht, in den einzelnen Bundesländern durchaus unterschiedlich sind. Aus dem 14. — und damit dem jüngsten — Kinder- und Jugendbericht einer von der Bundesregierung berufenen Sachverständigenkommission geht hervor, dass „beispielsweise die Caritas mit 37 Prozent und 33 Prozent besonders stark im Saarland und in Bayern vertreten“ ist, während in Schleswig-Holstein die Diakonie bzw.

[38] Vgl. *Anne-Ruth Glawatz-Wellert*(Fn. 22), S. 352.

[39] *Johannes Stockmeier*, Der Dienst am Nächsten. Diakonie als Träger des Sozialstaats, in: *Karlies Abmeier/Michael Borchard/Matthias Riemenschneider* (Hrsg.), Religion im öffentlichen Raum, Ferdinand Schöningh 2013, S. 157.

[40] Vgl. *Axel Freiherr von Campenhausen/Heinrich de Wall*(Fn. 22), S. 163.

[41] *Johannes Stockmeier* (Fn. 39), S. 158.

die Evangelische Kirche in Deutschland Trägerin von „rund 25 Prozent aller Einrichtungen der Kinder- und Jugendhilfe“ ist und „Einrichtungen in öffentlicher Trägerschaft … mit über 40 Prozent am stärksten in Brandenburg und Sachsen-Anhalt vertreten“ sind[42].

Mit der dem Staat auferlegten Zurückhaltung, eigene Einrichtungen zu schaffen, sofern ein ausreichendes Angebot insbesondere der Träger der freien Wohlfahrtspflege vorhanden ist, korrespondiert eine Verpflichtung des Staates, die Arbeit dieser Träger mit Zuschüssen aus Steuermitteln zu fördern. Daher werden in Deutschland auch die von den Religionsgemeinschaften geleisteten diakonisch-karitativen Aktivitäten vom Staat gefördert, was für die Bereiche der Familienförderung sowie der Kinder- und Jugendhilfe in Art. 6 Abs. 4 der Landesverfassung von Nordrhein-Westfalen in Art. 6 Abs. 4 sogar ausdrücklich landesverfassungsrechtlich gesichert ist, wenn es dort heißt: „Das Mitwirkungsrecht der Kirchen und Religionsgemeinschaften sowie der Verbände der freien Wohlfahrtspflege in den Angelegenheiten der Familienförderung, der Kinder- und Jugendhilfe bleibt gewährleistet und ist zu fördern“[43].

Man muss die staatlichen Subventionen an kirchliche Einrichtungen gleichsam als „Entgelt des Staates“ dafür betrachten, „dass die freien Verbände ihn davon entlasten, diese Aufgaben selbst zu erfüllen“[44].

Eine weitere wichtige Zweckbestimmung der staatlichen Förderung kommt hinzu: die Gewährleistung der Pluralität des sozialen Angebots. Die staatlichen Hilfen und Unterstützungen dienen nicht zuletzt dem Ziel, gerade im kulturellen und sozialen Bereich, wo es auf den einzelnen, auf gesellschaftliche Gruppen und deren Vielfalt und Phantasie ankommt, Pluralität zu sichern und zu fördern“[45]. Damit ist ein wichtiger Punkt

---

[42] 14. Kinder- und Jugendbericht, Teil C Kapitel 9, Abschnitt 9.4.1 (BT-Drucksache 17/12200, S. 284 ff. (S. 290).

[43] Vgl. *Wolfgang Clement*, Politische Dimension und Praxis der staatlichen Förderung der Kirche, in: Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche, Band 28, S. 41 ff. (S. 52 ff.).

[44] So der damalige Minister für besondere Aufgaben und Chef der Staatskanzlei des Landes Nordrhein-Westfalen *Wolfgang Clement* in einem Vortrag bei den Essener Gesprächen des Jahres 1993 (Fn. 43), S. 51 f.

[45] *Wolfgang Clement* (Fn. 43) ebd.

angesprochen, der die Freiheit des sozialen Systems in Deutschland verbürgt. Die Pluralität des Angebots gewährleistet, dass es neben staatlichen Einrichtungen im sozialen Bereich auch Einrichtungen gibt, die von den freien Kräften der Gesellschaft, und zwar nicht nur von den Kirchen und Religionsgemeinschaften, getragen werden, die der Staat zwar fördert, aber inhaltlich nicht lenken und steuern darf. Das dient sehr direkt der Sicherung von Freiheitsräumen der Bürgerinnen und Bürger, denen dadurch bei der Inanspruchnahme von Leistungen die Wahl zwischen Einrichtungen unterschiedlicher Prägung ermöglicht wird.

Diese staatliche Förderung gesellschaftlicher und damit auch kirchlicher Aktivitäten im sozial-karitativen Sektor steht nicht im Widerspruch zur weltanschaulich-religiösen Neutralität des Staates, da der Staat nicht nur Einrichtungen einer bestimmten inhaltlichen Prägung fördert, sondern — um der Pluralität willen — eine bunte Vielfalt von Einrichtungen, darunter beispielsweise auch solche des Roten Kreuzes und der Arbeiterwohlfahrt, die man nun wirklich nicht den Religionsgemeinschaften zuordnen kann

Während in den 60er Jahren des letzten Jahrhunderts die Entfaltung des diakonisch-karitativen Sektor dadurch gefährdet schien, dass der Staat seine Aktivitäten in diesem Bereich erheblich zu verstärken suchte, hat sich seit den 1980er Jahren der private Sektor zum Hauptkonkurrenten des freigemeinnützigen Bereichs entwickelt[46]. Private gewerbliche, auf Gewinnerzielung orientierte Träger sozialer Einrichtungen haben beispielsweise „die Altenpflege als lukrativen Markt entdeckt“ mit der Folge, dass inzwischen „zwei von drei Einrichtungen der ambulanten Pflege … in privater Hand“ sind[47]. Im Rahmen der Liberalisierungspolitik, die nicht zuletzt auch durch die Europäische Union forciert wurde, erhoben vor allem Vertreter der Wirtschaft die Forderung, den Bereich der Daseinsvorsorge auch für private Anbieter zu öffnen. Sie vertraten die Ansicht, dass das zu niedrigeren Preisen, weniger Verschwendung und zu mehr Investitionen führen werde.

Gesetzgeberisch kann man diese Entwicklung daran ablesen, dass das XI. Buch des Sozialgesetzbuchs Mitte der 1990er Jahre die gewerblichen mit

[46] Vgl. *Volker Neumann*, Die Diakonie im sparbeflissenen Sozialstaat. Sozialraumbudgets, Vergaberecht, europäisches Wettbewerbsrecht, ZevKR 51 (2006), S. 374 ff. (S. 387 f.).

[47] *Johannes Stockmeier* (Fn. 39), S. 160.

den freien Trägern gleichgestellt hat[48] sowie im deutschen Krankenhausrecht ablesen. Während der über das Krankenhaus-Kostendämpfungsgesetz vom 22. Dezember 1981[49] an § 1 des Krankenhaus-Finanzierungsgesetzes angefügte Satz 2 noch vorschrieb: „Bei der Durchführung des Gesetzes ist die Vielfalt der Krankenhausträger zu beachten" wurde das im Krankenhaus-Neuordnungsgesetz vom 20. Dezember 1984[50] dahin präzisiert, dass „nach Maßgabe des Landesrechts insbesondere die wirtschaftliche Sicherung freigemeinnütziger und privater Krankenhäuser zu gewährleisten" sei — ei ne aufschlussreiche Parallelisierung des privaten Sektors mit dem freigemeinnützigen. Das führt heute dazu, dass von staatlicher Seite verstärkt darauf geachtet wird, dass der Wettbewerb beispielsweise nicht durch eine unterschiedliche steuerliche Behandlung der verschiedenen Träger verfälscht wird. Auch die durch das Gesundheitsstrukturgesetz vom 21. Dezember 1992 in die Wege geleitete Ablösung der Selbstkostenerstattung bzw. des Selbstkostendeckungsprinzips durch eine grundsätzlich „leistungsorientierte Krankenhausfinanzierung" und die seit 1995 schrittweise erfolgte „Umstellung der allgemeinen tagesgleichen Pflegesätze" auf fallbezogene Pauschalen und Sonderentgelte [51]haben den Wettbewerb unter den Leistungserbringern verstärkt.

Für kirchliche Einrichtungen bildet das größere Gewicht des Wettbewerbsfaktors eine nicht unerhebliche Erschwerung der Arbeit, weil beispielsweise die dem christlichen Auftrag entsprechende verstärkte Zuwendung zu Patienten nicht honoriert wird, da sie sich in der Regel ökonomisch nicht rechnet. Der Präsident des Diakonischen Werkes *Oberkirchenrat Johannes Stockmeier* schrieb daher kürzlich: „Die Qualität, die unter den gegenwärtigen ökonomischen und finanziellen Rahmenbedingungen des Pflegemarktes erbracht werden kann, steht in einem deutlichen Spannungsverhältnis zu dem, was wir als Diakonie, orientiert an einem christlichen Menschenbild, pflegen wollen"[52].

---

[48] Vgl. *Volker Neumann*, (Fn. 46), S. 387 f.

[49] BGBl I S. 1568.

[50] BGBl I S. 1716.

[51] Vgl. *Raimund Waltermann*, Sozialrecht 10. Aufl. C.F. Müller Karlsruhe 2012, Randnummer 136.

[52] *Johannes Stockmeier* (Fn 39), S. 160.

VI. Die Religionsgemeinschaften als Grundstückseigentümer und Verpächter von Grundstücken

Zu den wirtschaftlichen Betätigungen der Kirchen gehört auch ihre Rolle als **Grundstückseigentümerin** sowie als Gebäudeeigentümerin. Als Gebäudeeigentümerin verfügen die Kirchen vor allem über Kirchengebäude und Kapellen, Pfarrhäuser, Verwaltungsgebäude, Kindertagesstätten und Schulen[53]. Am Wirtschaftsleben nimmt sie hinsichtlich dieser Gebäude teil, indem sie Bauaufträge zur Gebäude-Instandsetzung vergibt oder im Einzelfall auch nicht benötigte Pfarrhäuser oder Wohnungen auf dem freien Markt vermietet[54].

Als wirtschaftlich interessant hat sich für die Kirche die Vermietung von Kirchtürmen für Werbe- oder Mobilfunksendeanlagen erwiesen. Die Unterhaltung der Kirchtürme, die „als Wahrzeichen der Städte und Dörfer … in der Regel herausragende Baudenkmale“ sind, kostet die Kirchen „gewaltige Summen“, so dass Einnahmen aus der Nutzung von Kirchtürmen durch Dritte bei den Kirchen höchstwillkommen sind[55].

Während die Vermietung von Kirchtürmen für Mobilfunksendeanlagen kaum umstritten ist, wenn auch immer wieder von einigen Gesundheitsgefahren beschworen werden, die von den elektromagnetischen Strahlen ausgehen sollen, kann es bei der Vermietung von Kirchtürmen für Werbezwecke schon einmal zu einem Konflikt mit ethischen Grundsätzen kommen. So wird eine Kirche eine Werbung für Alkoholprodukte und Zigaretten oder bildliche Darstellungen mit einem sexistischen Einschlag kaum auf ihren Kirchtürmen dulden wollen und dulden können[56].

Die Kirche ist aber auch insofern am Wirtschaftsleben beteiligt, als sie als **Grundstückseigentümerin** landwirtschaftliche Flächen verpachtet oder Erbbaurechte, also langfristige Nutzungsverträge, an ihren Baugrund-

---

[53] Vgl. *Klaus Blaschke*, Die Kirchenfinanzierung in Deutschland, ZevKR Band 47 (2002), S. 395 ff. (S. 409 f.).

[54] Vgl. *Axel Elgeti*, Kirche als Grundbesitzer, in: *Claus Dieter Classen, Hans-Martin Harder, Jörg Ohlemacher, Martin Onnasch* (Hrsg.), Kirche, Staat und Wirtschaft. Spannungslagen im Ostseeraum, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main 2004, S. 55 ff. (S. 70 f.).

[55] Vgl. *Axel Elgeti* (Fn. 54), S. 71 f.

[56] Vgl. *Axel Elgeti* (Fn. 54), S. 72.

stücken bestellt. Die Vergabe von Erbbaurechten kommt dem historischen Grundsatz entgegen, dass Kirchenland nicht veräußert werden soll oder, wenn Kirchenland veräußert wird, der Verkaufserlös dauerhaft und wertbeständig angelegt werden soll. Außerdem erfüllt das Erbbaurecht „in besonderer Weise die Forderung nach dauerhafter und wertbeständiger Anlage kirchlichen Vermögens“[57].

Als Konsequenz aus der kirchlichen Diskussion um die Bewahrung der Schöpfung wird den Pächtern von landwirtschaftlichen Flächen in der Regel die Verpflichtung auferlegt, die kirchlichen Pachtflächen umweltgerecht zu bewirtschaften. Umstritten ist, ob die Pächter vertraglich auch verpflichtet werden sollen, davon abzusehen, gentechnisch verändertes Saatgut auf kirchlichen Flächen aufzubringen[58].

Zu den wirtschaftlichen Betätigungen der Kirchen ist in einem weiteren Sinne auch ihre Rolle als privater Erziehungsträger im Rahmen der Privatschulfreiheit zu erwähnen, wie sie Art. 7 Abs. 4 GG gewährleistet. Die römisch-katholische wie die evangelische Kirche unterhalten in einem nicht unerheblichen Umfang Kindergärten sowie private Schulen, von den Grundschulen bis zu den Gymnasien. Auch hier tritt der Staat mit einer finanziellen Förderung in Erscheinung, wenn er auch „die Leistungen, die Schulen in freier Trägerschaft erbringen, … nicht im vollen Umfang, sondern nur durch anteilige Zuschüsse finanziell“ abgeltet[59].

VII. Ethische Anfragen an kirchliches Handeln

Wenn Religionsgemeinschaften auch in mehreren Bereichen unternehmerisch tätig sind, wobei vor allem ihre Rolle im sozialen Sektor von herausragender Bedeutung ist, so kann und will sie sich dabei nicht als ein normaler Unternehmer gerieren. Das lassen allein schon die Erwartungen nicht zu, die ihre Mitglieder, aber auch die Öffentlichkeit allgemein, an ihr Verhalten richten. Beim kirchlichen unternehmerischen Handeln muss „etwas hinzukommen“, das beispielsweise das Wirken der Diakonie „zu

[57] *Axel Elgeti* (Fn. 54), S. 69.

[58] Vgl. *Axel Elgeti*, Landwirtschaftliches Grundvermögen in kirchlicher Hand, ZevKR 49 (2004), S. 651 ff. (S. 652).

[59] So *Rainer Ilgner* bei den Essener Gesprächen des Jahres 1997, in: Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche, Band 32, Aschendorff Münster 1998, S. 52.

einer ‚Wesensäußerung' der Kirche macht" und sich dadurch von einem üblichen „sozialen Vorgang" unterscheidet[60].

So wird man zwar den Religionsgemeinschaften nicht abstreiten, dass sie sich bei ihrem Auftreten als Unternehmer an wirtschaftlichen Erfordernissen orientieren. Wenn freigemeinnützige Unternehmen auch keine Gewinne erwirtschaften dürfen, so müssen sie doch darauf achten, dass ihre Kosten durch die Entgelte der Benutzer, durch öffentliche Mittel sowie durch Spenden gedeckt werden. Nicht verschwiegen darf werden, dass die christlichen Kirchen für ihre Einrichtungen nicht unerhebliche Eigenleistungen aus Kirchensteuermitteln erbringen. Man wird es kirchlichen Einrichtungen jedoch übel nehmen, wenn sie sich bei ihrem wirtschaftlichen Gebaren in Widerspruch setzen zu ethischen Maßstäben, die sie für andere „predigen".

Zwar lassen sich aus der Bibel keine unmittelbaren Handlungsanweisungen für einen Unternehmer entnehmen, da die Bibel in vormodernen agrarischen Gesellschaften entstanden ist. Aus den in der Bibel zum Ausdruck kommenden christlichen Werten lassen sich jedoch, wenn man sie im Kontext der modernen Welt neu ausbuchstabiert, Sozialprinzipien ableiten, die die Kirche, wenn sie als Unternehmer auftritt, leiten sollten. Wenn schon für das säkulare wirtschaftliche Handeln ein gewisses humanes Ethos unverzichtbar ist, so gilt das für kirchliches Handeln in einem besonderen Maße. Triebfeder sollte sein, bei allem unternehmerischen Handeln in erster Linie das Wohl der Mitmenschen in den Blick zu nehmen und „ein gesundes Miteinander von theologischen Vorgaben einerseits und wirtschaftlichen Erfordernissen andererseits zu finden"[61]. Man wird von christlichen Religionsgemeinschaften beispielsweise erhoffen, dass sie sich vorbildlich bei der Einstellung von Behinderten verhalten, auch wenn diese im Einzelfall nicht so leistungsfähig sind wie Nichtbehinderte. Man wird außerdem erwarten dürfen, dass die Religionsgemeinschaften Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter nicht zu Hungerlöhnen beschäftigen, sondern ihnen einen gerechten Lohn zahlen, wie can. 231 des CIC 1983 es ausdrücklich für den

[60] Vgl. *Anne-Ruth Glawatz-Wellert*(Fn. 22), S. 360.

[61] So *Hans-Christian Harder* in: *Claus Dieter Classen, Hans-Martin Harder, Jörg Ohlemacher, Martin Onnasch* (Fn. 54), S. 99.

Dienst in der römisch-katholischen Kirche festlegt. Canon 231 definiert die Lohngerechtigkeit dahin, dass „Laien, die auf Dauer oder auf Zeit für einen besonderen Dienst der Kirche bestellt werden" „das Recht auf eine angemessene Vergütung (haben), die ihrer Stellung entspricht und mit der sie, auch unter Beachtung des weltlichen Rechts, für die eigenen Erfordernisse und für die ihrer Familie in geziemender Weise sorgen können".

Schließlich darf man auch erwarten, dass kirchliche Unternehmen ein Innenleben haben und pflegen, das von einer „Kultur der Menschlichkeit" geprägt ist, in dem die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter sich nicht „als Getriebene und Gehetzte erleben"[62]. Der für Mitarbeiterseelsorge und spirituelle Bildung im Caritasverband für Stuttgart Verantwortliche Dr. Joachim Reber schrieb einmal: „Ob es eine christliche Unternehmenskultur ist, die in den sozialen Unternehmen, ihren Häusern, Einrichtungen oder Diensten gelebt wird, entscheidet sich nicht daran, ob Kerzen brennen oder Kreuze an der Wand hängen; auch nicht, ob es Gottesdienste gibt oder religiöse Rituale…. Entscheidend ist am Ende, welcher Geist darin lebendig ist; welcher Geist für die Bewohner, Klienten, Patienten und für die Mitarbeitenden selbst im Unternehmen spürbar wird. Eine Einrichtung, ein Dienst, ein Unternehmen ist christlich, wenn darin eine Atmosphäre entsteht, in der Menschen — Klienten, Patienten, Bewohnern, Mitarbeiter(inne)n, Führungskräften- buchstäblich das Herz aufgeht"[63].

Die Forderung, dass den Patienten, Bewohnern und Mitarbeitern der kirchlichen Einrichtung bei ihrem Dienst buchstäblich das Herz aufgehen solle, ist vielleicht — wenn sie generell gemeint ist — ein zu hoher Anspruch, aber der Geist der Mitmenschlichkeit sollte in kirchlichen Einrichtungen schon deutlich spürbar sein. Das muss übrigens nicht zu Lasten der Wirtschaftlichkeit der Einrichtung gehen, die zwar Grundvoraussetzung, aber nicht Motivation kirchlichen Engagements zur Behebung von Nöten des Nächsten ist. Ein in der Ausgabe der FAZ vom 5. Juli 2013 abgedruckter Leserbrief brachte das sehr schön auf den Punkt. Dort war u.a. zu lesen: „Für viele kirchlichen und gemeinnützigen Häuser sind Wirtschaftlichkeit

[62] Vgl. *Joachim Reber*, „Meister, wo wohnst du?" — Aspekte einer christlichen Unternehmenskultur, in: *Hermann Schoenauer* (Hrsg.), Spiritualität und innovative Unternehmensführung, W. Kohlhammer Stuttgart 2012, S. 466 ff. (S. 478).

[63] *Joachim Reber* (Fn. 62), S. 477.

und Fachlichkeit zwar die notwendigen Grundvoraussetzungen, aber nicht Ausgang, Motivation und das alleinige Ziel aller kirchlichen Aktivitäten in der Gesundheits- und Soziallandschaft. Vielmehr bleibt — bei allen möglichen Fehlentwicklungen und falschen Entscheidungen — christliche Ethik dynamischer und innovativer Motor, christlich geprägte Kultur unverwechselbarer Fingerabdruck sowie christliche Nächsten- und Gottesliebe spirituelle Quelle als Angebot an alle“[64].

VIII. Zusammenfassung

Für das kirchliche „Kerngeschäft“, also Seelsorge, Dienst der Verkündigung und Sakramentsverwaltung sowie Gemeindearbeit, ist zwar der Unternehmenscharakter zu verneinen, da die vor allem in den Vereinigten Staaten diskutierten Marktmodelle der Religion auf die europäischen Verhältnisse nicht passen. Es gibt jedoch durchaus unternehmerische Aktivitäten im Bereich der Religionsgemeinschaften, wobei vor allem die kirchliche Betätigung in Karitas und Diakonie nach wie vor eine herausragende soziale Bedeutung und allgemeinpolitische Relevanz in Deutschland hat.

Im Mittelalter praktizierten die Klöster nicht nur christliche Liebestätigkeit, indem sie sich um Arme und Kranke kümmerten, sondern entfalteten auch erwerbswirtschaftliche Aktivitäten, wobei die Zisterzienser so erfolgreiche Unternehmer waren, dass sie zeitweise vom städtischen Handwerk als eine Bedrohung seiner Existenz empfunden wurden. Die in den Klöstern herrschende Zeitdisziplin, die sie auch auf ihre Arbeitsprozesse übertrugen, ist ein nicht zu vernachlässigender Beitrag zur Entwicklung der modernen Wirtschaft.

Als die weltliche Obrigkeit in Deutschland mehr und mehr sozialpolitisch tätig wurde und die Weimarer Reichsverfassung dem Deutschen Reich die verfassungsrechtliche Grundlage für eine breitgefächerte Sozialgesetzgebung verschaffte, nahm der Staat das soziale Sicherungssystem nicht vollständig in die eigene Hand, sondern legte im Sinne eines Subsidiaritätsprinzips fest, dass öffentliche Träger nur dann neue Einrichtungen schaffen sollten, wenn geeignete Einrichtung der freien Wohlfahrtspflege,

[64] *Burkhard Budde*, Es dient primär dem Gemeinwohl, Leserbrief, FAZ vom 5. Juli 2013, S. 37.

also auch kirchliche Einrichtungen, nicht in einem ausreichenden Umfang vorhanden waren. Das hat dazu geführt, dass das deutsche System der sozialen Sicherheit auf einer Vielzahl von tragenden Säulen beruht. Da der Staat die Aktivitäten der freien — also n ichtstaatlichen — Verbände fördert, weil diese ihn davon entlasten, diese Aufgaben selbst erfüllen zu müssen, diese aber nicht inhaltlich lenken und steuern darf, schafft das System der sozialen Sicherung einen Freiraum für Bürger, denen dadurch bei der Inanspruchnahme von Leistungen eine Wahl zwischen Einrichtungen unterschiedlicher Prägung ermöglicht wird. Aus staatlicher Sicht sichern die Zuschüsse, die der Staat freigemeinnützigen Trägern „für ihre Einrichtungen im Erziehungs-, Bildungs- und Gesundheitswesen zukommen lässt", dass öffentliche Zwecke auch durch nicht-staatliche Organisationen erfüllt werden[65].

In einem Schlussabschnitt werden ethische Anforderungen an kirchliche unternehmerische Aktivitäten erörtert. Dabei wird unterstrichen, dass Religionsgemeinschaften, soweit sie als Unternehmer handeln, sich zwar an wirtschaftlichen Erfordernissen orientieren müssen, dass man aber von ihnen erwartet, dass sie sich dabei nicht in Widerspruch zu ethischen Maßstäben begeben, die sie für andere „predigen". So erwartet man von ihnen beispielsweise, dass sie sich vorbildlich bei der Einstellung von Behinderten verhalten und ihren Mitarbeitern einen gerechten Lohn zahlen.

[65] Vgl. *Josef Isensee*, Gut aufgehoben. Das Verhältnis von Staat und Kirche in Deutschland ist nicht nur originell. Es ist auch wohl ausbalanciert. FAZ vom 23. Dezember 2013, Seite 7.

ЦЕРКОВЬ В РОЛИ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЯ

Д-р юр.н. Германии Йоахим Гэртнер

Тезисы[1]

В совокупности с «основными видами деятельности» церквей, таких как забота о душевном состояние, чтение проповедей, проведение церковных таинств, а также работа в церковных учреждениях, предпринимательский характер деятельности церкви отрицается, так как это обсуждаемая, прежде всего в Соединенных Штатах Америки, рыночная модель религий не подходит для европейских общественных отношений. Тем не менее, конечно же, существуют предпринимательские виды деятельности в религиозных общинах, благодаря которым благотворительная деятельность церквей в Германии по-прежнему имеет большое общественное и политическое значение.

В Средние века монастыри занимались не только духовной деятельностью, заботясь о бедных и больных людях, а также развивали торгово-экономические связи, путем которых монахи-цистерцианцы становились настолько успешными предпринимателями, что иногда представляли угрозу для существования городского ремесленного труда. Господствующая в монастырях строгая дисциплина, которая распространялась на рабочий процесс, оказала положительное воздействие на развитие современной экономики.

Когда светская власть в Германии становилась все более и более социально-политической, а Конституция Веймарского Рейха закрепляла конституционно-правовые основы для многогранного социального законодательства, социально-страховая система не сосредотачивалась полностью в руках государства, а была закреплена в значении прин-

[1] Перевод Анастасии Краденовой.

ципа субсидиарности, чтобы носитель публичных прав был вправе создавать новые социальные институты, только в том случае, если средства частных благотворительных организаций, а также иных церковных образований, были задействованы не в полном объеме. Эти меры привели к тому, что немецкая система социальных гарантий базировалась на множестве опорных столпов. Государство, поддерживая деятельность свободных, т.е. негосударственных, организаций, освобождает, таким образом, себя от обязанности самому выполнять подобные задачи, при этом государство не может каким-то образом влиять на содержание и руководить деятельностью организаций. Система социальных гарантий предоставляет гражданам возможность через такие организации свободно выбирать организации, предоставляющие услуги. Благодаря государственным гарантам обеспечиваются субсидии, которые государство выплачивает на общественные нужды «для воспитания, образования и здравоохранения», чтобы общественные цели были достигнуты также с помощью негосударственных организаций[2].

В заключение рассматривается вопрос о нравственных требованиях, предъявляемых к церковной предпринимательской деятельности. Подчеркивается, что религиозные организации, пока они занимаются предпринимательской деятельностью, должны ориентироваться на экономические требования, но от них ожидается, что в случае наступления противоречия, они не нарушат нравственные нормы и будут «проповедовать» их. Так, к примеру, от них ожидается, что они будут образцом для подражания при трудоустройстве инвалидов и будут выплачивать сотрудникам достойную зарплату.

[2] См. *Josef Isensee*, Gut aufgehoben. Das Verhältnis von Staat und Kirche in Deutschland ist nicht nur originell. Es ist auch wohl ausbalanciert. FAZ vom 23. Dezember 2013, Seite 7.

DIE EUROPÄISCHE ZENTRALBANK

Carolin Laue
Richterin, Doktorandin und Aspirantin
Universität Potsdam und Moskauer Staatliche Juristische Kutafin-Universität

Inhalt

I. Einführung
II. Die Geschichte, Struktur und Organe der EZB
III. Die Aufgaben der EZB
IV. Die Unabhängigkeit der EZB und die Euro- und Finanzkrise
V. Die Europäische Finanzaufsicht und Europäische Bankenunion
VI. Ausblick

Vortrag

I. Einführung

Die oft zitierte Aussage des ehemaligen US-Präsidenten *Thomas Jefferson* „I believe that banking establishments are more dangerous to our liberties than standing armies“[1] soll den Zuhörer bzw. Leser nicht verschrecken. Das Zitat möchte lediglich auf die Bedeutung der Banken hinweisen. Im europäischen Bankengefüge nimmt ein Akteur eine zunehmend wichtige Stellung ein - die Europäische Zentralbank, der sich die folgenden Ausführungen widmen werden. Meist ist die Rede von der EZB, gemeint ist damit tatsächlich ein sehr komplexes System, das die

[1] Aus dem Brief von Thomas Jefferson an John Taylor vom 28.5.1816 in: The Works of Thomas Jefferson in Twelve Volumes, Federal Edition, Collected and Edited by *Paul Leicester Ford*; zit. nach Library of Congress, online abrufbar unter: http://memory.loc.gov/ammem/index.html); zur Popularität des Zitats vgl. *Kämmerer,* Bahn frei der Bankenunion, NVwZ 2013, 830.

nationalen Zentralbanken und die EZB umfasst. Dieser Beitrag[2] wird sich auf die Rolle der EZB in der Europäischen Union und ihre Maßnahmen in der Eurozone konzentrieren und neben der Struktur und Funktionsweise der EZB auch auf die aktuellen, tagtäglich in den Medien präsenten „Krisenmaßnahmen" der EZB eingehen. Denn die Ereignisse um die Euro-Währung und die Rolle der EZB werden sicher auch in Russland mit Interesse verfolgt.

II. Die Geschichte, Struktur und Organe der EZB

Die Gründung der EZB ist auf den am 7. Februar 1992 geschlossenen Vertrag von Maastricht zurückzuführen. Die Schaffung eines Systems europäischer Zentralbanken (ESZB) sowie der Europäischen Zentralbank (EZB), die Teil des ESZB ist, war nach dem Vertrag von Maastricht eines der Organisationsprinzipen der Europäischen Gemeinschaft, auf dessen Grundlage eine gemeinsame Währungspolitik in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union eingeführt wurde.[3] Die Europäische Zentralbank wurde am 1. Juni 1998 gegründet und trat an die Stelle des Europäischen Währungsinstituts, dessen Aufgabe es war, die Einführung des Euro im Jahr 1999 vorzubereiten. Der Hauptsitz der EZB befindet sich in Frankfurt am Main.

Der Vertrag von Lissabon behielt die Organisationsstruktur und Kompetenz der EZB im Grunde ohne wesentliche Änderungen bei, allerdings qualifiziert der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)[4] die EZB nunmehr ausdrücklich als Organ der Europäischen Union. Der Status der EZB im Gefüge der Europäischen Gemeinschaft war nicht unumstritten, da sie in der Regelung des ex-Art. 7 EGV nicht aufgeführt, aber nach ex-Art. 107 Abs. 2 EGV mit einer eigenen Rechtspersönlichkeit ausgestattet war.[5] Die Organeigenschaft der EZB folgt nunmehr

[2] Der vorliegende Aufsatz erscheint im Anschluss an den am 4.12.2013 in Moskau gehaltenen Vortrag, berücksichtigt aber aufgrund der Aktualität der Ereignisse den Stand bis 28.4.2014.

[3] Zur Vorgeschichte der Euro-Krise vgl. *Pagenkopf,* Schirmt das BVerfG vor Rettungsschirmen?, NVwZ 2011, 1473.

[4] ABl. EG Nr. C 115 vom 9.5.2008, S. 47.

[5] Näheres hierzu bei *Häde*, Zur rechtlichen Stellung der Europäischen Zentralbank, WM 2006, 1605, 1606.

aus der Aufzählung in Kapitel 1 des Titels I im Sechsten Teil des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union. Die EZB ist damit eines der sieben EU-Organe und bildet gemeinsam mit den nationalen Zentralbanken das Europäische System der Zentralbanken.

Die EZB ist in jedem Mitgliedstaat rechts- und geschäftsfähig, vgl. Art. 282 Abs. 3 AEUV i. V. m. Art. 9 Art. des Protokolls über die Satzung des Europäischen Systems der Zentralbanken und der Europäischen Zentralbank. So kann sie Aktiva erwerben sowie verklagt werden bzw. vor einem Gericht selbst Klage erheben. Die EZB stellt ihre eigenen Jahresbilanzen auf, die unabhängig geprüft werden. Das Kapital der EZB stammt von den Mitgliedstaaten der Europäischen Union und beläuft sich gegenwärtig auf ca. 10,83 Mrd. Euro.[6]

Die EZB besteht im Wesentlichen aus zwei wichtigen Organen. Es handelt sich um das Beschlussorgan, den EZB-Rat, sowie um das beschließende und ausführende EZB-Direktorium. Neben diesen Organen handelt der Erweiterte Rat (Art. 141 Abs. 1 AEUV), zu dem auch die Präsidenten der nationalen Zentralbanken der EU-Mitgliedstaaten gehören, die nicht am Euro teilnehmen. Der Erweiterte Rat ist an der Sammlung statistischer Daten beteiligt und diskutiert die Aufnahme neuer Mitgliedstaaten in die Eurozone. Das EZB-Direktorium besteht aus sechs Mitgliedern, darunter der Vorsitzende und der stellvertretende Vorsitzende der EZB. Die Direktoriumsmitglieder werden für eine Amtszeit von acht Jahren ernannt. Seit 1. November 2011 nimmt die Position des Präsidenten der EZB *Mario Draghi* ein, der an die Stelle von *Jean-Claude Trichet* trat. Der Verwaltungsrat der EZB setzt sich aus allen Mitgliedern des Verwaltungsrates und zusätzlich den Präsidenten der nationalen Zentralbanken der Eurozone (im Moment 18 Mitgliedstaaten) zusammen.[7] Er stellt das größte Beschlussorgan der EZB dar und entscheidet mit einfacher Stimmenmehrheit. Das Prinzip der formalen Gleichheit, wonach jeder Teilnehmerstaat unabhängig von seiner Einwohnerzahl eine Stimme im EZB-Rat erhält, begegnet in bevölkerungsreichen Teilnehmerstaaten nicht zuletzt auch im Hinblick auf das Gebot der demokratischen Legitimation

[6] Stand: 1.1.2014, vgl. http://www.ecb.europa.eu/ecb/orga/capital/html/index.de.html; zuletzt abgerufen am 2.3.2014.

[7] Zum 1.1.2014 trat Lettland als 18. EU-Mitgliedstaat der Eurozone bei.

gemäß Art. 10 Abs. 1 EUV, aber auch unter Berücksichtigung einer effektiven Aufsicht immer wieder Kritik.[8]

Das Europäische System der Zentralbanken besteht aus der EZB und den nationalen Zentralbanken. Um die Struktur des Europäischen Systems der Zentralbanken zu veranschaulichen, stelle man sich vereinfacht vor, dass die EZB eine gemeinsame „Tochter" der nationalen Zentralbanken ist. Nichtsdestotrotz ist die EZB in diesem Fall berechtigt, der „Mutter", also den nationalen Zentralbanken, Weisungen zu erteilen, denen die nationalen Zentralbanken folgen müssen. Denn das Europäische System der Zentralbanken wird von der EZB geleitet, vgl. Art. 129 Abs. 1 AEUV und Art. 282 Abs. 2 S. 1 AEUV.[9] Die nationalen Zentralbanken der Mitgliedstaaten der Eurozone stellen einen unabdingbaren Teil des Europäischen Systems der Zentralbanken dar. Jeder Mitgliedstaat des ESZB ist verpflichtet, seine nationale Gesetzgebung einschließlich der Satzung der nationalen Zentralbank in Einklang mit den grundlegenden Dokumenten der EZB und des ESZB zu bringen, vgl. Art. 131 AEUV. Die nationalen Zentralbanken können andere Funktionen ausüben als die in der Satzung der EZB genannten Aufgaben, wenn der Rat mit Zweidrittelmehrheit der Stimmen nicht entscheidet, dass diese weiteren Aufgabenfelder in Widerspruch mit den Zielen und Aufgaben des ESZB stehen. Die Funktionen, welche die nationalen Zentralbanken in eigener Verantwortung und auf eigenes Risiko ausüben, gelten dann als außerhalb des ESZB liegende Funktionsbereiche, die nicht zu denen des ESZB gehören.

III. Die Aufgaben der EZB

Die Organisationsstruktur und Kompetenzen der EZB sowie ihre Ziele und Aufgaben sind im Einzelnen in dem Vertrag über die Funktionsweise der Europäischen Union (AEUV) in den Art. 127 - 133 AEUV und den Art. 282 - 284 AEUV sowie im Protokoll über die Satzung des Europä-

[8] So im Ergebnis *Sacarcelik*, Europäische Bankenunion: Rechtliche Rahmenbedingungen und Herausforderungen der einheitlichen europäischen Bankenaufsicht, BKR 2013, 353, 357, mit Verweis auf *Herdegen,* Europäische Bankenunion. Wege zu einer einheitlichen Bankenaufsicht, WM 2012, 1889, 1896.

[9] Zu dieser „Rollenverteilung" auch *Kerber/Städter,* Die EZB in der Krise: Unabhängigkeit und Rechtsbindung als Spannungsverhältnis, EuZW 2011, 536, 538.

ischen Systems der Zentralbanken und der Europäischen Zentralbank verankert. Gemäß Art. 127 AEUV besteht die Hauptaufgabe der EZB in der Aufrechterhaltung der Zahlungsfähigkeit der einheitlichen europäischen Währung und der Preisniveaustabilität, die 18 Staaten vereint. Die EZB übt die Geldpolitik in der Eurozone aus, entwickelt ein Zahlungssystem und verfügt über das ausschließliche Recht auf Begrenzung der Ausgabe von Eurobanknoten (Banknotenmonopol).[10] Die Aufrechterhaltung der Preisstabilität in der Eurozone soll durch die Sicherung eines Inflationsniveaus von maximal 2% erreicht werden. Außerdem hält die EZB offiziell Währungsreserven der Euro-Staaten und bestimmt den Leitzinssatz. Um die Aufgaben des ESZB durchzuführen, muss die EZB mit Hilfe der nationalen Zentralbanken das notwendige statistische Material sammeln, entweder indem sie bei ihnen oder direkt bei den Beteiligten der Wirtschaftsbeziehungen anfragt, vgl. Art. 5.1 EZB-Satzung. Eine wesentliche neue Aufgabe der EZB wird voraussichtlich ab Ende 20 14 in der Ausübung der einheitlichen europäischen Finanzaufsicht liegen, der sich ein gesondertes Kapitel widmet.

Zur Erfüllung ihrer Aufgaben stehen der EZB eine Reihe von Maßnahmen zur Verfügung, deren Bandbreite von Normativakten wie Verordnungen sowie Beschlüssen und EZB-Leitlinien über Empfehlungen, Stellungnahmen bis zur Verhängung von Zwangsgeldern reicht (vgl. Art. 132 AEUV). Dass diese Maßnahmen mit der unten noch zu diskutierenden Bankenunion als Aufsichtsmedium künftig zu Konflikten mit den nationalen Verwaltungsrechtsordnungen führen können, sei an dieser Stelle nur kurz erwähnt und wird künftig zu beobachten sein.

IV. Die Unabhängigkeit der EZB und die Euro- und Finanzkrise

Um ihre Hauptaufgabe zu erfüllen - die Aufrechterhaltung der Preisniveaustabilität durch Kontrolle des Inflationsniveaus - muss die EZB unabhängig von politischen und anderen Einflüssen agieren können, denn sonst drohen politische Konflikte. Daher übt die EZB ihre Funktionen unabhängig von den EU-Organen oder anderen staatlichen Strukturen aus. Letztend-

[10] *Huber/Mensching*, Plädoyer für eine monetäre Modernisierung, ZRP 2013, 146, 148.

lich stellt die Unabhängigkeit der EZB und der nationalen Notenbanken eine Durchbrechung der sonst erforderlichen demokratischen Legitimation politischer Entscheidungen dar.[11] Auch in Russland findet sich die Bedeutung der Unabhängigkeit der Zentralbank in der Verfassung der Russischen Föderation wieder. Gemäß Art. 75 Abs. 2 der Verfassung der Russischen Föderation sind der Schutz und die Stabilität des Rubels eine grundlegende Funktion der Russischen Zentralbank, die sie ebenfalls unabhängig von anderen staatlichen Organen ausüben soll.

Es werden vier Bereiche der Unabhängigkeit unterschieden - die organisatorische, operativ-funktionelle, personelle und finanzielle Unabhängigkeit der EZB - die sogleich jeweils eingebettet in die aktuellen Geschehnisse dargestellt werden. Die organisatorische Unabhängigkeit ist darauf gerichtet, dass die EZB und die nationalen Zentralbanken keinen Weisungen nationaler Politiker unterworfen sein sollen. Um die potentielle Gefährdung der Unabhängigkeit der EZB besser zu verstehen, sei an dieser Stelle auf die Maßnahmen der EZB in der Euro- und Finanzkrise eingegangen. Im Vertrag von Maastricht aus dem Jahr 1992 wurde verankert, dass den Staatshaushalten der Mitgliedstaaten keine Kredite gewährt werden dürfen, vgl. nunmehr Art. 123 AEUV. Das darin verankerte Verbot von Kreditfazilitäten gegenüber öffentlichen Einrichtungen dient letztlich der Bewahrung der Autonomie der EZB. So ist diese verletzt, wenn die Bank verpflichtet wird, zugunsten eines der Mitgliedstaaten unter bestimmten Bedingungen Kredite zu gewähren. Denn die EZB soll kein Defizit im Gemeinschaftshaushalt oder im Haushalt eines Mitgliedstaates finanzieren. Nichtsdestotrotz ist allseits bekannt, dass die EZB während der Eurokrise auf dem Sekundärmarkt, d. h. nicht direkt von den Staaten, sondern von den Banken Staatsanleihen insbesondere von Banken in einzelnen Staaten aufkaufte. Diese Praxis hatte viele Gegner mobilisiert, da die Eurorettungsmaßnahmen nach deren Auffassung im Kern die Grundsätze des Maastrichter Vertrags verletzt haben. Die Schlüsselfrage betrifft die Rechtmäßigkeit des unbegrenzten Ankaufprogramms von Staatsanleihen von in Schwierigkeiten geratenen Staaten der Eurozone. Das

[11] Die Legitimationsfrage spielt nicht zuletzt im Vorlagebeschluss des BVerfG vor dem EuGH vom 14.1.2014 - 2 Bv R 2728/13 = NJW 2014, 907, 908ff. über die Vereinbarkeit des Ankaufs von Staatsanleihen durch die EZB mit EU-Recht eine wesentliche Rolle.

sog. „OMT"-Programm wurde vom EZB-Rat am 6. September 2012 als Beschluss über „Technical features of Outright Monetary Transactions" — auch bekannt als „OMT"-Beschluss — ausgerufen. OMT bedeutet „Outright Monetary Transactions" und bezieht sich auf Kaufoperationen auf dem offenen Markt. Das „OMT"-Programm beinhaltet den Ankauf und Verkauf von Staatsanleihen durch die EZB auf dem offenen Markt und damit auch dem Sekundärmarkt der Eurozone und stellt ein grundlegendes Instrument der Geldpolitik der EZB und nationalen Zentralbanken dar. Die „Outright Monetary Transactions" dienen der Kontrolle und Einflussnahme auf die im Umlauf befindliche Geldmasse, die Zinssteuerung und Liquiditätslage. Unmittelbares Ziel war die Senkung der Zinsen für italienische und spanische Staatsanleihen angesichts der Eurokrise. Auf diese Weise kann die EZB mit Hilfe von billigem Geld den Ankauf staatlicher Wertpapiere realisieren. In der Tat ist ein Rückgang der Anleihezinsen auf den Anleihemärkten zu verzeichnen gewesen.[12] Allerdings ermöglicht das „OMT"-Programm der EZB eine mittelbare Staatsfinanzierung, die gemäß Art. 123 AEUV verhindert werden soll. Außerdem gilt gemäß der in Art. 125 AEUV verankerten Nichthaftungsklausel („no-bail-out"–Regel), dass die Europäische Union keine Haftung für Verbindlichkeiten der Zentralregierungen übernimmt. Das Ankaufprogramm von Staatsanleihen ist damit nach Auffassung der Gegner nicht mit dem Maastrichter System der Währungsverfassung vereinbar, da das wechselseitige Einstehen für Schulden der Mitgliedstaaten eben ausgeschlossen werden sollte und auf diese Weise ein Schritt in Richtung Transferunion beschlossen wurde.[13]

Ein weiteres Instrument in der Euro- und Finanzkrise ist der im Dezember 2010 beschlossene Europäische Stabilitätsmechanismus (ESM). Hierbei handelt es sich um einen dauerhaft geplanten Fonds zur Finanzstabilität von

[12] *Steinbach*, Die Rechtmäßigkeit der Anleihekäufe der Europäischen Zentralbank, NVwZ 2013, 918.

[13] Vgl. u. a. *Seidel*, Die Bankenunion als verdeckte Umwandlung der EU zu einem - partiellen - Bundesstaat, EuZW 2013, 841, 842; zur Entwicklung in Richtung Transferunion siehe *Horn*, Die Reform der Europäischen Währungsunion und die Zukunft des Euro, NJW 2011, 1398, 1403; aA bei *Nettesheim,* Europarechtskonformität des Europäischen Stabilitätsmechanismus, NJW 2013, 14; *Sester,* Plädoyer für die Rechtmäßigkeit der EZB-Rettungspolitik, RiW 2013, 451.

Ländern, der zwei existierende Fonds ersetzte - einerseits den Europäischen Stabilitätsfonds, der sich in den Ländern der Eurozone auf 440 Mrd. Euro erstreckte,[14] und andererseits den Europäischen Finanzstabilitätsfonds, der sich auf eine von der EU-Kommission bereitgestellte Summe von 60 Mrd. Euro[15] belief. Mit einem weiteren Beitrag von 250 Mrd. Euro durch den IWF betrug das Volumen 750 Mrd. Euro.[16] Das derzeit genehmigte Stammkapital beläuft sich auf 700 Mrd. Euro, wovon die Eurostaaten als Anteilseigner 80 Mrd. Euro eingezahlt haben und 620 Mrd. Euro als abrufbares Kapital zur Verfügung stehen.[17]

Der „ESM-Vertrag" musste von den Mitgliedstaaten ratifiziert werden, was in Deutschland über die hierfür erforderlichen Gesetze, nämlich das ESM-Ratifizierungsgesetz, das ESM-Finanzierungsgesetz (ESMFinG) und eine Änderung des Bundesschuldenwesengesetzes eingeleitet wurde. Gegen dieses Zustimmungsgesetz gingen mehrere auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gerichtete Anträge beim Bundesverfassungsgericht ein. In seiner Entscheidung vom 12. September 2012 wies die höchste gerichtliche Instanz in Deutschland, das Bundesverfassungsgericht, die Eilanträge gegen die Ratifizierung des ESM-Vertrags und den Fiskalpakt zurück.[18] Es entschied, dass der vom Europäischen Rat beschlossene Europäische Stabilitätsmechanismus (ESM) nicht gegen das Grundgesetz verstößt. Damit gab das höchste deutsche Gericht faktisch „grünes Licht" zumindest für die Bildung eines Stabilitätsfonds, der dann das Finanzhilfeprogramm für Zypern realisierte. In den Eilanträgen vom September 2012 hatte das Bundesverfassungsgericht weiter über die Frage zu entscheiden, ob die EZB bei der Eurorettung ihr Mandat verletzt oder übertreten und damit auch

---

[14] Beschluss des Rats der Vertreter der Euroländer vom 10.5.2010, Ratdokument 9614/10.

[15] Fazilität des mittelfristigen finanziellen Beistands zur Stützung der Zahlungsbilanzen der Mitgliedstaaten, VO (EG) Nr. 332/2002 des Rats vom 18.2.2002, ABIEU Nr. L 53 vom 23.2.2001 S. 1.

[16] Insgesamt hierzu *Horn*, Die Reform der Europäischen Währungsunion und die Zukunft des Euro, NJW 2011, 1398, 1400.

[17] *Bark/Gilles*, Der ESM in der Praxis: Rechtsgrundlagen und Funktionsweise, EuZW 2013, 367, 368.

[18] BVerfG NVwZ 2012, 1313.

gegen das Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland verstoßen hat.[19] Hauptkritikpunkt war vor allem, dass der Bundestag Teile seiner Haushaltskompetenz an ein nicht durch direkte Wahlen legitimiertes Gremium abtrat. Außerdem verstößt der Europäische Stabilitätsmechanismus nach einer gewichtigen Ansicht gegen die oben erwähnte „no-bail-out"-Klausel des Art. 125 Abs. 1 AEUV und bindende Vorgaben der bundesstaatlichen Finanzverfassung nach Art. 109 Abs. 2, 2. Hs. GG und Art. 109 Abs. 3, Art. 115 GG.[20] Weiter werden auch die vom Bundesverfassungsgericht in der Lissabon-Entscheidung[21] aufgezeigten Integrationsgrenzen in Bezug auf die Haushaltsautonomie der Mitgliedstaaten angeführt, die bei Zustimmungen zu Änderungen des Primärrechts nicht außer Acht gelassen werden dürfen. Genau diese Positionen werden auch von verschiedenen Wissenschaftlern in Deutschland vertreten, die vor dem Bundesverfassungsgericht Verfassungsbeschwerde eingelegt haben. Den Standpunkt vieler Gegner vereinfacht zusammengefasst, liegt die Aufgabe der EZB in der Stabilisierung der Eurowährung und nicht in der Stabilität der Eurozone. Viele befürchten, dass einige nationale Regierungen und Parlamente der Versuchung erliegen könnten, die Lösung nationaler Haushaltsdefizite auf die EZB abzuwälzen.[22] Ein weiteres Problem wird aber eben auch darin gesehen, dass die Gefahr besteht, die EZB könne ihre Unabhängigkeit verlieren, indem sie ständig Notmaßnahmen ergreifen müsse, denn dadurch wird sie immer abhängiger von den politischen und wirtschaftlichen Gegebenheiten in einzelnen Staaten.[23] Hier zeigt sich, wie sehr die Unabhängigkeit der EZB von den Eurorettungsmaßnahmen bedroht sein könnte.

---

[19] BVerfG BvR 1390/12; vgl. Anmerkungen zum Urteil bei *Peuker*, Die demokratische Auslegung des Völkerrechts, EuR 2013, 75.

[20] Näheres hierzu bei *Kube/Reimer*, Grenzen des Europäischen Stabilisierungsmechanismus, NJW 2010, 1911, 1914ff.; *Seidel*, Die Bankenunion als verdeckte Umwandlung der EU zu einem - partiellen - Bundesstaat, EuZW 2013, 841, 842.

[21] BVerfGE 123, 267, 361f. = NJW 2009, 2267, 2274f.

[22] So schon u. a. *Horn*, Die Reform der Europäischen Währungsunion und die Zukunft des Euro, NJW 2011, 1398, 1403.

[23] *Kerber/Städter,* Die EZB in der Krise: Unabhängigkeit und Rechtsbindung als Spannungsverhältnis, EuZW 2011, 536, 537.

Zu Beginn des Jahres 2014 hat das Bundesverfassungsgericht das Hauptsacheverfahren ausgesetzt und die strittigen Fragen dem EuGH zur Vorabentscheidung vorgelegt. Der EuGH hat nun zu klären, ob die EZB mit dem „OMT"-Beschluss vom 6. September 2012 ihr Mandat dadurch überschritten hat, dass dieser an wirtschaftspolitische Hilfsprogramme anknüpft und diesen damit in unzulässiger Weise unter Bedingungen stellt (Konditionalität), beim Ankauf von Staatsanleihen einzelner Mitgliedstaaten selektiert, der Ankauf von Staatsanleihen neben den Hilfsprogrammen EFSF und ESM parallel läuft und letztendlich die Beschränkungen und Bedingungen der Hilfsprogramme des ESM und der EFSF umgangen werden.[24] Da Art. 119 und Art. 127ff. AEUV sowie Art. 17 ff. der ESZB-Satzung grundsätzlich auf ein auf die Währungspolitik beschränktes Mandat hinweisen, wären Maßnahmen der allgemeinen Wirtschaftspolitik — und als eine solche wird der „OMT"-Beschluss gesehen - nicht mehr vom Mandat der EZB erfasst.[25] Der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union trennt genau zwischen Währungspolitik (Art. 127 - 133 AEUV) und Wirtschaftspolitik (Art. 120 - 126 AEUV). Maßnahmen zur Stärkung der Finanzmärkte seien nicht der in der Kompetenz der EZB stehenden Geldpolitik zuzuordnen, sondern seien als Maßnahmen der Wirtschaftspolitik zu qualifizieren, die nach Maßgabe der Verträge von Maastricht und Lissabon in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fällt.[26]

Nach diesem Exkurs in die Eurokrise, der die Berührungspunkte zur Unabhängigkeit der EZB von politischen Einflüssen aufzeigen sollte, wendet sich der Vortrag den anderen Bereichen der Unabhängigkeit der EZB zu. Neben der organisatorischen Unabhängigkeit der EZB genießt sie auch operative und funktionelle Unabhängigkeit, d. h. sie entscheidet frei, auf welche Art und Weise sie ihren Auftrag erfüllt. Nichtsdestotrotz ist die EZB gebunden und begrenzt durch Art. 127 AEUV sowie das Statut der EZB, insbesondere die Aufrechterhaltung der Preiswertstabilität ist ein

[24] BVerfG, Vorlagebeschluss vom 14.1.2014 über die Vereinbarkeit des Ankaufs von Staatsanleihen durch EZB mit EU-Recht, BvR 2728/13 = NJW 2014, 907, 908ff.

[25] BVerfG, Vorlagebeschluss vom 14.1.2014 über die Vereinbarkeit des Ankaufs von Staatsanleihen durch EZB mit EU-Recht, 2 BvR 2728/13 = NJW 2014, 907, 910.

[26] *Seidel,* Die Bankenunion als verdeckte Umwandlung der EU zu einem - partiellen - Bundesstaat, EuZW 2013, 841, 842.

Ziel der europäischen Geldpolitik. Vor diesem Hintergrund bezieht sich die operative Unabhängigkeit nur auf die Durchsetzung des Ziels (wozu besonders die Inflationsregulierung gehört, die nicht noch die Kriterien der Preisstabilität überschreitet) und nicht auf die Bestimmung des Ziels selbst.

Um die Unabhängigkeit auch in personeller Hinsicht zu gewährleisten, darf ein Mitglied des EZB-Rates nur durch den Gerichtshof bei schwerwiegendem Grund und auf Antrag des EZB-Rates oder EZB-Direktoriums entlassen werden. Eine zweite Amtszeit ist für Mitglieder des EZB-Rates ausgeschlossen. Die Verwaltungsmitglieder und der Präsident der EZB werden für acht Jahre ernannt.[27] Außerdem darf ein Mitglied keine weitere entgeltliche oder unentgeltliche Tätigkeit ohne entsprechende Genehmigung ausüben. Diese Regelung soll der Entstehung von Interessenkonflikten vorbeugen. Schließlich genießt die EZB auch finanzielle Unabhängigkeit. Die EZB verfügt über ihr eigenes Budget und kann im Rahmen ihrer Budgethoheit selbst über die Verwendung der Mittel entscheiden.

Insgesamt lässt sich konstatieren, dass die Arbeit der EZB trotz aller juristisch gewährten Unabhängigkeit in der Praxis (auch) politischer Natur ist, die nicht ohne Verletzung ihrer Unabhängigkeit angesichts der Mitwirkung der Regierungen der Mitgliedstaaten durchgeführt wird. Die EZB ist zwar unabhängig von nationalen Regierungen, allerdings ist sie oft auch „Medium" zur Verfolgung und Wahrung nationaler Interessen und Besitzstände. Dagegen richtet sich einer der Hauptkritikpunkte an der Arbeit der EZB.

Ein weiteres Problem im Zusammenhang mit der Unabhängigkeit der EZB betrifft die Rechtsschutzmöglichkeiten gegen Akte der EZB. Ein gewisses Spannungsfeld ergibt sich daraus, dass die EZB maximale Unabhängigkeit genießen soll, aber gleichzeitig an Recht und Gesetz gebunden ist. Das Rechtsschutzsystem gegen Akte der EZB wird oft als defizitär beschrieben, da nicht ganz geklärt ist, auf welche Weise und in welchem Maß juristische und natürliche Personen vor dem Europäischen Gerichtshof Klage gegen Rechtsakte und Handlungen der EZB erheben können.[28]

---

[27] *Palm* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 52. EL 2014, Art. 283 AEUV Rn. 28.

[28] Vgl. hierzu *Forkel,* Euro-Rettung, Demokratie und Rechtsstaat, ZRP 2012, 240, 242.

Die eingereichten Klagen gegen den ESM blieben bislang alle erfolglos. Individualklägern fehlte vor dem EuGH vor allem die Klagebefugnis, denn rein faktische Nachteile wirtschaftlicher Art reichten nicht aus, um eine verbindliche Rechtswirkung einer geldpolitischen Maßnahme der EZB zu begründen und die Sparer bildeten keine hinreichend individualisierte Gruppe.[29] Dennoch stellt sich gerade vor dem Hintergrund der aktuellen geldpolitischen Maßnahmen der EZB die Frage nach einem effektiven Rechtsschutz. Es seien nur am Rande die Stimmen der Gegner erwähnt, die darauf verweisen, dass die Niedrigzinspolitik zu einer Enteignung der Anleger und Sparer führt, da der derzeitige Leitzins bei 0,25% liegt[30] und damit auch eine Bedrohung für die Rentenersparnisse der Anleger usw. darstellt. Es entsteht daher der Eindruck, dass der Rechtsschutz nicht ohne Grund lückenhaft ist und die Unabhängigkeit der EZB nicht durch eine vollständige Justiziabilität gefährdet sein soll. Allerdings ist zu bedenken, dass auch ein bestimmtes Maß an Unterordnung gegenüber dem Recht und Gesetz zum Gehalt der Unabhängigkeitsgarantie gehört; eine Unabhängigkeit ohne Bindung an das Recht kann es auch für die EZB nicht geben.[31]

V. Europäische Finanzaufsicht und Bankenunion

Bislang gibt es in der Europäischen Union kein Organ, das für die Ausübung der europäischen Finanzmarktaufsicht allein und umfassend zuständig ist. Neben der EZB sowie den nationalen Zentralbanken und Bankenaufsichtsbehörden fungiert die Europäische Bankenaufsichtsbehörde (EBA) bislang als europäische Behörde mit Sitz in London. Die nationalen Aufsichtsorgane verfolgen in erster Linie nationale und erst an zweiter Stelle gemeinsame europäische Interessen.

Bei der 2008 einsetzenden Finanzkrise hat sich gezeigt, wie unzureichend die Koordination der nationalen Aufsichtshandlungen auf europä-

[29] Näheres bei *Steinbach*, Die Rechtmäßigkeit der Anleihekäufe der Europäischen Zentralbank, NVwZ 2013, 918, 919; zur Verneinung der Klagebefugnis durch das BVerfG mangels Verletzung der Eigentumsfreiheit aus Art. 14 GG *Pagenkopf,* Schirmt das BVerfG vor Rettungsschirmen?, NVwZ 2011, 1473, 1475.

[30] Stand: 13.11.2013 (letzte Änderung des Leitzinses).

[31] In diesem Sinne auch *Kerber/Städter,* Die EZB in der Krise: Unabhängigkeit und Rechtsbindung als Spannungsverhältnis, EuZW 2011, 536, 538.

ischer Ebene erfolgt. Deswegen war nach der Finanzkrise eines der Ziele der Finanzaufsichtsreform der Ausbau der Zusammenarbeit der Aufsichtsorgane, um die Finanzaufsicht in der Europäischen Union effektiver zu gestalten. Mit diesem Ziel vor Augen wurde am 1. Januar 2011 das Europäische Finanzaufsichtssystem ins Leben gerufen, das einer engeren Zusammenarbeit dienen soll. Das Europäische System für Finanzaufsicht setzt sich bislang aus den drei Behörden zusammen — Europäische Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung (EIOPA), Europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde (ESMA) und der bereits erwähnten Europäischen Bankenaufsichtsbehörde (EBA), wobei für die Bankenaufsicht nur letztere von Interesse ist. Außerdem wurde ein Organ geschaffen, das für das Monitoring des gesamten Finanzsystems der EU verantwortlich ist. Es handelt sich dabei um den Europäischen Ausschuss für Systemrisiken (ESRB, European Systemic Risk Board) — der bei der EZB in Frankfurt am Main angesiedelt ist und als Brücke zum ESZB konzipiert wurde.[32] Der EZB können damit Befugnisse der Aufsicht über Kreditinstitute übertragen werden. Der Rat hat von dieser Möglichkeit bereits Gebrauch gemacht, indem er eine EU-Verordnung erlassen hat, auf deren Grundlage der EZB die besondere Aufgabe des Sekretariats des Europäischen Ausschusses für Systemrisiken anvertraut wurde.

Für Ende 2014 ist nun geplant, dass die europäische Bankenunion ihre Arbeit aufnimmt.[33] Zu ihr werden die wichtigsten Banken zunächst des Euro-Raums bzw. bei freiwilliger Unterstellung auch der EU gehören, über welche die EZB künftig die Aufsicht ausüben wird. Die Bankenunion soll letztendlich auf drei Pfeilern stehen, wobei zunächst nur ein einheitlicher Aufsichtsmechanismus (Single Supervisory Mechanism, SSM) mit der Europäischen Zentralbank an der Spitze konkret Gestalt angenommen hat. Die anderen beiden Pfeiler — ein einheitlicher grenzüberschreitender Mechanismus zur Bankenabwicklung mitsamt eines Europäischen Abwicklungsfonds (Single Resolution Mechanism, SRM) — befindet sich noch in der Entstehungsphase und die Schaffung einer gemeinsamen Einlagensicherung

[32] *Lehmann/Manger-Nestler,* Die Vorschläge zur neuen Architektur der europäischen Finanzaufsicht, EuZW 2010, 87, 92.

[33] Aktuell vorgesehener Starttermin: 4.11.2014 (Stand: 28.4.2014).

hat noch nicht greifbare Züge angenommen. Europas Banken sollen zudem einen Notfallfonds innerhalb der nächsten acht Jahre aufbauen.

Bereits im November 2013 hatte man sich auf den ersten Pfeiler der Bankenunion geeinigt, die zentrale Bankenaufsicht durch die Europäische Zentralbank. Im Folgenden seien kurz die wesentlichen Etappen dargestellt. Am 12. September 2012 stellte die EU-Kommission ein Maßnahmenpaket vor, dass die Schaffung eines einheitlichen normativ-rechtlichen Mechanismus für Banken unter der Federführung der EZB vorsah und als erster Schritt auf dem Weg zu einer europäischen Bankenunion galt.[34] Im Dezember 2012 einigten sich die europäischen Finanzminister über die Schlüsselfragen hinsichtlich eines einheitlichen Bankenaufsichtsmechanismus, der unter der Abkürzung SSM (Single Supervisory Mechanism) firmiert. Am 19. März 2013 erklärte der Rat der Europäischen Union, dass man gemeinsam mit dem Europäischen Parlament eine Einigung über die Schaffung einer zentralen europäischen Bankenaufsicht erzielt habe. Diese Vereinbarung sieht vor, dass die EZB die Aufsicht über alle Banken in der Eurozone ausüben soll, deren Bilanzsumme 30 Mrd. Euro überschreitet bzw. deren Gesamtaktiva mehr als 20% des Bruttoinlandsprodukts des Teilnehmerstaates betragen, wobei die Bilanzsumme bei der zweiten Alternative nicht 5 Mrd. Euro unterschreiten darf.[35] Der Umfang grenzüberschreitender Aktivität wird ebenfalls ein Kriterium sein.[36] Die EZB soll jedenfalls die drei wichtigsten Banken eines Teilnehmerstaates beaufsichtigen können.[37] Auf

---

[34] Verordnung des Rates zur Übertragung besonderer Aufgaben im Zusammenhang mit der Aufsicht über Kreditinstitute auf die Europäische Zentralbank (COM (2012) 0511 - C7-0314/2012 - 2012/0242 (CNS)); ABl. EU Nr. L 287 v. 29.10.2013, S. 63 - EZB-VO. Die einzelnen Dokumente auf dem Weg zur Bankenunion sind abrufbar unter http://ec.europa.eu/internal_market/finances/banking-union/index_de.htm.

[35] Vgl. Art. 5 Abs. 4 der Verordnung der EU über die Bankenunion; zum nationalen Gesetzentwurf vgl. BT-Dr. 17/13470, dem vom Bundestag am 13.6.2013 zugestimmt wurde; zu den einzelnen Kriterien und der Anzahl der betroffenen Kreditinstitute vgl. auch *Stöbener*, Bankrecht: Zustimmung des Europäischen Parlaments zur europäischen Bankenaufsicht, EuZW 2013, 763.

[36] *Sacarcelik*, Europäische Bankenunion: Rechtliche Rahmenbedingungen und Herausforderungen der einheitlichen europäischen Bankenaufsicht, BKR 2013, 353, 354.

[37] Zu den Kriterien nochmals *Weber*, Die Entwicklung des Kapitalmarktrechts im ersten Halbjahr 2013, NJW 2013, 2324, 2325.

all diese Kriterien hat man sich wohl in Anlehnung an den einer Konkretisierung bedürftigen Begriff der „Systemrelevanz" eines Kreditinstituts geeinigt. Damit werden letztendlich nur 130 bis 200 von insgesamt ca. 6.790 in der Eurozone bzw. 8.746[38] in der EU ansässigen Banken unmittelbar von der EZB kontrolliert werden.[39] Die anderen Kreditinstitute werden wie bisher der Kontrolle der nationalen Aufsichtsorgane unterstellt bleiben. In Deutschland wären von der Kontrolle der EZB momentan nur 36–38 Banken (neuere Zahlen gehen von 25 aus)[40] von den insgesamt 1.846 im Jahr 2013[41] in Deutschland ansässigen Banken erfasst.[42] Insbesondere die Sparkassen und Genossenschaftsbanken sowie kleinere Kreditinstitute in Deutschland sind von der zentralen europäischen Aufsicht ausgeschlossen und unterstehen weiterhin der nationalen Aufsicht der Bundesanstalt für Finanzaufsicht (BaFin) und der Bundesbank. Die Zahl wird dennoch zu beobachten sein, da sich am SSM nicht nur Staaten der Eurozone sondern auch Nicht-Euro-EU-Mitgliedstaaten beteiligen können.[43] Außerdem wird die EZB mit der Befugnis ausgestattet werden, die Aufsicht über ein Kreditinstitut an sich zu ziehen. Auch wenn sich damit die übrigen EU-Mitgliedstaaten der Aufsicht durch die EZB freiwillig anschließen können, wird sich Großbritannien dieser Aufsicht wohl nicht unterwerfen, was angesichts der Bedeutung Londons als zentraler europäischer Finanzplatz dem Aufsichtsmechanismus doch einiges an Wirkung nehmen könnte.

---

[38] Pressemitteilung der EZB vom 24.1.2014, zuletzt abgerufen am 23.4.2014 unter https://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2014/html/pr140121.en.html.

[39] Mitteilung der Kommission v. 12.9.2012 (COM(2012) 510), Ziff. 3.1.

[40] *Stöbener*, Bankrecht: Zustimmung des Europäischen Parlaments zur europäischen Bankenaufsicht, EuZW 2013, 763.

[41] http://www.bundesbank.de/Redaktion/DE/Downloads/Veroeffentlichungen/Statistische_ Beihefte_1/2014/2014_03_bankenstatistik.pdf?__blob=publicationFile, zuletzt abgerufen am 23.4.2014.

[42] *Kämmerer*, NVwZ 2013, 830, 834, Bahn frei der Bankenunion? Die neuen Aufsichtsbefugnisse der EZB im Lichte der EU-Kompetenzordnung.

[43] Vgl. Art. 2 i. V. m. Art. 6 der Verordnung (EU) Nr. 1024/2013 des Rates vom 15. Oktober 2013 zur Übertragung besonderer Aufgaben im Zusammenhang mit der Aufsicht über Kreditinstitute auf die Europäische Zentralbank, abrufbar unter: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2013:287:0063:0089:DE:PDF.

Unter europarechtlichen Gesichtspunkten problematisch ist die Rechtsgrundlage für die Ermächtigung der EZB zu neuen Aufsichtsaufgaben. Sie wird teilweise in Art. 127 Abs. 6 AEUV gesehen, wonach der Rat einstimmig mittels Verordnungen der EZB besondere Aufsichtsaufgaben übertragen kann. Dieser Norm wird wohl künftig gesteigerte Aufmerksamkeit zukommen, da in ihr die Rechtsgrundlage für die Übertragung weiterer Befugnisse auf die EZB gesehen wird,[44] ohne dass es der Änderung des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union im ordentlichen Verfahren nach Art. 48 Abs. 2 - Abs. 5 AEUV bedarf, was ein relativ kompliziertes Verfahren mit sich bringt, aber bei der Erweiterung von Befugnissen die erforderliche Vorgehensweise wäre. Um das aufwendige Änderungsverfahren des AEUV zu umgehen bzw. zu vermeiden, wurde Art. 127 Abs. 6 AEUV aufgenommen, der die Übertragung von Aufgaben auf die EZB auf der Grundlage von Verordnungen erlaubt, die bei weitem einfacher zu beschließen sind als augenscheinlich eine Änderung des AEUV. Zu bemerken ist indes, dass die Norm des Art 127 Abs. 6 AEUV doch etwas unklar gefasst ist, denn sowohl „im Zusammenhang" als auch „besondere Aufgaben" bedürfen einer Präzisierung, da insbesondere letzteres nicht die allumfassende Aufsichtskompetenz bedeuten kann, sondern nur auf einzelne, sachlich begrenzte Aufsichtsaufgaben hinweist.[45]

Ein weiterer Kritikpunkt betrifft etwaige Legitimationsdefizite der neuen europäischen Finanzaufsichtsarchitektur im Hinblick auf die „Meroni"-Rechtsprechung des EuGH. Darin wurde der Grundsatz entwickelt, dass keine weiterreichenden Exekutivbefugnisse übertragen werden dürfen, als sie der übertragenden Behörde selbst zustehen.[46] Das Bundesverfassungsgericht hat all diese Fragen - insbesondere die der Legitimation, Ermäch-

[44] *Ceyssens,* Teufelskreis zwischen Banken und Staatsfinanzen - Der neue Europäische Bankaufsichtsmechanismus, NJW 2013, 3704, 3706.

[45] Vgl. zu allem *Kämmerer,* Bahn frei der Bankenunion? Die neuen Aufsichtsbefugnisse der EZB im Lichte der EU-Kompetenzordnung, NVwZ 2013, 830, 834; *Herdegen,* Europäische Bankenunion. Wege zu einer einheitlichen Bankenaufsicht WM 2012, 1889, 1892.

[46] EuGH-Urteil vom 13.06.1958 - C-J001/56, EuGH Slg. 1958, S.11; *Ceyssens,* Teufelskreis zwischen Banken und Staatsfinanzen - Der neue Europäische Bankaufsichtsmechanismus, NJW 2013, 3704, 3705.

tigungsgrundlage und etwaigen Kompetenzüberschreitung der EZB dem EuGH im Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV vorgelegt. Rechtsfolge wäre dann allerdings die Nichtigkeit des aufsichtsrechtlichen Verwaltungsaktes der EZB.[47]

Ein weiteres Problem ist sicherlich auch die Zuständigkeitsverteilung zwischen der EZB und den nationalen Aufsichtsbehörden. Außerdem wird von der EZB eine klare Trennung zwischen ihren geldpolitischen Aufgaben einerseits und der Aufsichtstätigkeit andererseits gefordert. Bei ihren geldpolitischen und Aufsichtsaufgaben muss vor allem die Unabhängigkeit der EZB gewahrt bleiben, da sich aus den beiden Aufgaben Interessenkonflikte ergeben können. Moniert wird an dieser Stelle, dass es bereits an einer personellen Trennung zwischen Aufsichtsbereich und geldpolitischen Aufgaben fehlt, da der stellvertretende Vorsitzende des Aufsichtsgremiums auch Mitglied des EZB-Rates ist.[48] Im Hinblick auf die gleichzeitige Wahrnehmung von Aufsichtsfunktion und Geldpolitik wird vermutet, dass der sich daraus ergebende Zielkonflikt zugunsten der Geldpolitik gelöst werden wird, weil die nationale Aufsicht zumeist von Zentralbanken ausgeübt wird, deren vordergründiges Interesse doch eher in der Geldpolitik liegt. Ob das dem Gründungszweck der Bankenunion dient, darf zumindest bezweifelt werden. Der rechtspolitische Konflikt in der Bankenunionaufsicht wird oft in der fehlenden Distanz zwischen den Aufsichtsorganen und den kontrollierten Banken gesehen, die unter den Begriff „regulatory capture" gefasst wird. Dem liegt die Vermutung zugrunde, dass, wenn ein staatliches Regulierungsorgan im Interesse der Gemeinschaft gegründet wird und stattdessen dieses Organ im kommerziellen oder anderen besonderen Interesse handelt, dieses Gebiet dominiert.[49] Daraus kann sich wiederum ein Interessenkonflikt ergeben, denn es ist nicht auszuschließen, dass die

[47] Zu diesem Aspekt vgl. *Sacarcelik*, Europäische Bankenunion: Rechtliche Rahmenbedingungen und Herausforderungen der einheitlichen europäischen Bankenaufsicht, BKR 2013, 353, 357.

[48] Bericht aus Brüssel, WM 2013 1725; so auch *Sacarcelik*, Europäische Bankenunion: Rechtliche Rahmenbedingungen und Herausforderungen der einheitlichen europäischen Bankenaufsicht, BKR 2013, 353, 354.

[49] *Kämmerer,* Bahn frei der Bankenunion? Die neuen Aufsichtsbefugnisse der EZB im Lichte der EU-Kompetenzordnung, NVwZ 2013, 830, 831.

EZB den Interessen einzelner kontrollierter Banken vornehmlich mehr Beachtung schenkt, wenn sie ihre Open-Market-Operationen beim Aufkauf von Staatsanleihen durchführt.[50] Außerdem ist noch zu bemerken, dass der Aufkauf von Staatsanleihen zu einer Verzerrung des Wertpapiermarktes führt, da die EZB schlechte, wertlose Wertpapiere (Anleihen) kauft, die sich unter normalen Bedingungen auf dem Wertpapiermarkt nicht verkaufen ließen.[51]

VI. Ausblick

In Zukunft wird die EZB zwei zentrale Aufgaben wahrnehmen. Auf der einen Seite wird ihr Fokus weiterhin auf die Zinspolitik gerichtet sein. Auf der anderen Seite wird sie eine neue Führungsrolle in der Bankenaufsicht übernehmen. Die Trennung zwischen Aufsichtsfunktion und Geldpolitik wird dabei eine wesentliche Herausforderung darstellen, damit die Bankenunion nicht nur als „Fassade für die direkte Kapitalisierung von Krisenbanken herhalten muss".[52] Die Grundkonzeption zur einheitlichen europäischen Bankenaufsicht sowie zur Bankenabwicklung enthält sicher einige notwendige und vernünftige Ansätze. In welchem Maß dies zu Konflikten mit den nationalen Aufsichtsbehörden und dem nationalen Verwaltungsrecht sowie zu Kompetenzstreitigkeiten auf europäischer Ebene zwischen der EZB und der EBA führt, wird die nahe Zukunft oder die Zeit zeigen, wie es ein bekanntes russisches Sprichwort gern in vergleichbaren Zusammenhängen sagt. Nicht zu vergessen ist aber sicher auch, dass eine-

[50] *Herdegen,* Europäische Bankenunion. Wege zu einer einheitlichen Bankenaufsicht, WM 2012, 1889, 1890; *Kämmerer*, Bahn frei der Bankenunion? Die neuen Aufsichtsbefugnisse der EZB im Lichte der EU-Kompetenzordnung, NVwZ 2013, 830, 831.

[51] *Kube,* EU-Rechtswidrigkeit einer Refinanzierung des ESM bei der EZB, WM 2013, 57, 60, zumindest mit Verweis auf das Verbot der Kreditvergabe zu nicht marktüblichen Konditionen.

[52] *Kämmerer,* Bahn frei der Bankenunion?, NVwZ 2013, 830, 836; auch *Sacarcelik*, Europäische Bankenunion: Rechtliche Rahmenbedingungen und Herausforderungen der einheitlichen europäischen Bankenaufsicht, BKR 2013, 353, 360, jeweils mit Verweis auf *Schneider*, Europäische Bankenunion - ein Etikettenschwindel, EuZW 2012, 721, 722.

Bankenaufsicht dieser Art ein Novum in der Bankengeschichte darstellt und die EZB hier eine „Feuertaufe“ erlebt.

Mit großer Spannung kann ferner die Entscheidung des EuGH im durch das Bundesverfassungsgericht vorgelegten Vorabentscheidungsverfahren erwartet werden. Es bleibt zu hoffen, dass die EZB nicht nur solche Maßnahmen ergreifen wird, die letztendlich nur den nationalen Interessen einzelner Staaten dienen, sondern dass sie die gemeinschaftlichen europäischen Interessen nicht aus den Augen verlieren wird, denn mit jeder Krisensituation scheint das Vertrauen zu schwinden. Dies würde dem Gründungsgedanken der Währungsunion, nämlich dass die Währungsunion die europäische Integration vorantreiben soll, entgegenstehen.

Das nächste große „Projekt“ im europäischen Bankrecht widmet sich bereits der Schaffung eines Mechanismus zur Abwicklung zahlungsunfähiger Banken - dem sogenannten „Single Resolution Mechanism“ (SRM), der die vereinbarte europäische Bankenaufsicht ergänzen soll. Außerdem wird sicher immer wieder die Schaffung eines europäischen Einlagensicherungssystems diskutiert werden, gegen das sich allerdings vehemente Kritik, insbesondere der deutschen Sparkassen, richtet.[53]

Die EZB wird auch weiterhin Veränderungen durchlaufen. Die Eurorettungsmaßnahmen der letzten Jahre werden angesichts der Entwicklungen nur ein Teil der zu bewältigenden Aufgaben sein. Gesichert scheint damit die Erkenntnis, dass die EZB künftig als entscheidender Akteur der gemeinsamen europäischen Währung auftreten wird.

[53] Pressemitteilung Nr. 76 des Deutschen Sparkassen- und Giroverbandes e.V. vom 29.6.2012; http://www.dsgv.de/de/presse/pressemitteilungen/120629_PM_Einlagensicherung_76.html, zuletzt abgerufen am 28.4.2014.

ЕВРОПЕЙСКИЙ ЦЕНТРАЛЬНЫЙ БАНК

Каролин Лауе,
судья, аспирант Университета Потсдам
и Московского государственного юридического
университета имени О. Е. Кутафина

Содержание

I. Введение
II. История, структура и органы управления ЕЦБ
III. Функции ЕЦБ
IV. Принцип независимости в деятельности Европейского центрального банка
V. Европейский финансовой надзор и европейский банковский союз
VI. Заключение

I. Введение

Данный доклад[1] посвящен исследованию роли Европейского центрального банка. Вряд ли есть день, когда Европейский центральный банк не появился бы в новостных лентах. В большинстве случаев говорят о Европейском центральном банке, однако имеется в виду целая сложная система, состоящая из национальных центральных банков и Европейского центрального банка. Доклад сконцентрирован на исследовании роли Европейского центрального банка в Европейском Союзе и особенно в еврозоне, а также он объясняет структуру и функционирование Европейского центрального банка, указывает на существующие актуальные проблемы, о которых мы все слышим

[1] Данная версия на русском языке является аннотацией к оригинальному тексту на немецком языке и не представляет собой дословный перевод, однако содержит существенные положения, которые были освещены в докладе 04.12.2013 г.

каждый день в средствах массовой информации. Россия также следит с большим интересом за развитием событий вокруг евро.

II. История, структура и органы управления ЕЦБ

Основание Европейского центрального банка связано с Маастрихтским договором. Создание европейской системы центральных банков (далее - ЕСЦБ), а также Европейского центрального банка было одним из организационных принципов Европейского сообщества в соответствии с Маастрихтским договором. Лиссабонский договор оставил организационную структуру и компетенцию Европейского центрального банка в основном без изменений, хотя теперь Договор о функционировании работы Евросоюза (далее - ДФЕС) квалифицирует Европейский центральный банк как орган Европейского Союза. Европейский центральный банк является одним из семи институтов Европейского Союза и вместе с национальными центральными банками государств-членов образует Европейскую систему центральных банков (ЕСЦБ). Европейский центральный банк был учрежден 1 июня 1998 г. и является «продолжателем» Европейского денежно-кредитного института (Europäisches Währungsinstitut, *нем.*), ведущая роль которого состояла в подготовке введения валюты евро в 1999 г. Штаб-квартира Европейского центрального банка расположена в немецком городе Франкфурт-на-Майне. В Европейский центральный банк входят представители всех государств-членов ЕС, а именно президенты национальных центральных банков.

Состав Европейского центрального банка состоит в основном из двух органов. Органами, принимающими решения, являются Совет управляющих Европейского центрального банка и дирекция Европейского центрального банка, исполняющая, кроме того, решения. Наряду с этими органами действует расширенный Совет (см. ч. 1 с т. 141 ДФЕС), в котором участвуют также президенты национальных банков государств-членов ЕС, не имеющих валюту евро. В состав дирекции Европейского центрального банка входят шесть человек, в том числе председатель и заместитель председателя Европейского центрального банка. Директор назначается сроком на 8 лет. 1 ноября 2011 г. председателем Европейского центрального

банка был утвержден Марио Драги, сменивший на этой должности Жан-Клода Трише.

Совет управляющих Европейского центрального банка состоит из всех членов Совета и президентов всех национальных центральных банков еврозоны (с 1 января 2014 г. еврозона состоит из 18 государств-членов). Данный совет является высшим органом принятия решений Европейского центрального банка и принимает решения простым большинством голосов.

Есть еще третий орган - так называемый расширенный Совет, который состоит из президентов и вице-президентов, а также президентов национальных центральных банков всех государств-членов ЕС. Он участвует в сборе статистических данных и обсуждает принятие новых государств-членов в еврозону.

Европейская система центральных банков состоит из Европейского центрального банка и национальных центральных банков. Чтобы понять структуру Европейской системы центральных банков, надо представить, что Европейский центральный банк является совместной «дочерью» национальных банков. Тем не менее в данном случае «дочь», то есть Европейский центральный банк, вправе издавать «матери», то есть национальным банкам, инструкции, которым национальные банки обязаны следовать. Национальные центральные банки стран-участниц еврозоны являются неотъемлемой частью Европейской системы центральных банков. Каждое государство-член Европейской системы центральных банков обязано привести своё национальное законодательство, включая устав национального центрального банка, в соответствие с основополагающими документам Европейского центрального банка и Европейской системы центральных банков.

Национальные центральные банки могут осуществлять иные функции помимо тех, которые закреплены в Уставе Европейского центрального банка, если только Совет управляющих большинством в две трети голосов не решит, что подобные функции вступают в противоречие с целями и задачами Европейской системы центральных банков. Функции, которые национальные центральные банки осуществляют под свою собственную ответственность и за счет собст-

венного риска, не рассматриваются в качестве функций, относящихся к функциям Европейской системы центральных банков.

Хотя Европейский центральный банк является институтом Европейского союза, он представляет собой правоспособный субъект (см. ч. 3 ст. 282 ДФЕС). Европейский центральный банк является юридическим лицом международного права и обладает в каждом государстве-члене в известной степени право- и дееспособностью. Так, он может приобретать активы, а также быть истцом и ответчиком в суде. Европейский центральный банк составляет свои собственные ежегодные отчёты, которые проверяются независимыми аудиторами.

Национальные банки являются единственными подписчиками и держателями капитала Европейского центрального банка, который в настоящее время составляет почти 11 миллиардов евро (10,76 млрд евро).

III. Функции ЕЦБ

Организационная структура и компетенция Европейского центрального банка, а также цели и задачи Европейской системы центральных банков подробно закреплены в Договоре о функционировании государств Европейского союза (ст. 127–133 и ст. 282–284 ДФЕС) и в первичном протоколе Устава Европейской системы центральных банков и Европейского центрального банка. Согласно ст. 127 ДФЕС основная задача Европейского центрального банка состоит в поддержке платежеспособности единой европейской валюты и стабильности цен в зоне евро, объединяющей с 1 января 2014 г. 18 стран. Европейский центральный банк осуществляет денежно-кредитную политику в еврозоне, развивает платежную систему и обладает эксклюзивным правом на санкционирование выпуска банкнот в зоне евро.

Главная функция Европейского центрального банка состоит в поддержании ценовой стабильности в еврозоне (обеспечение уровня инфляции не выше 2%), а также в выработке и осуществлении валютной политики еврозоны. При этом он содержит официальные обменные резервы стран зоны евро и устанавливает основные процентные ставки, организует эмиссию банкнот евро. Для того чтобы осуществлять

задачи Европейской системы национальных банков, Европейский центральный банк при помощи национальных центральных банков должен собирать необходимую статистическую информацию, запрашивая её либо у компетентных национальных властей, либо напрямую у участников экономических отношений, ст. 5.1 Устава Европейского центрального банка. Новая задача состоит в осуществлении европейского финансового надзора Европейским центральным банком, данная тема будет освещена ниже.

IV. Принцип независимости в деятельности Европейского центрального банка

С целью лучшего обеспечения главной задачи ЕЦБ — поддержания стабильности уровня цен, а именно контроля уровня инфляции, Европейский центральный банк должен работать независимо от политических и иных влияний для того, чтобы предотвратить политические конфликты. Поэтому свои функции Европейский центральный банк осуществляет независимо от органов Европейского союза или каких-либо иных государственных структур. Тот факт, что принцип независимости является важным принципом, также отражается в России в положении Центрального банка РФ. Согласно п. 2 ст. 75 Конституции Российской Федерации защита и обеспечение устойчивости рубля - основная функция Центрального банка Российской Федерации, которую он осуществляет независимо от других органов государственной власти.

Почему эта гарантия независимости так важна? Ответ ясен, если учесть области, в которых независимость должна быть гарантирована. Различают четыре вида независимости: организационная независимость ЕЦБ, оперативная и функциональная независимость ЕЦБ, персональная независимость ЕЦБ и финансовая независимость ЕЦБ.

Организационная независимость означает, что Европейский центральный банк и национальные центральные банки не подчинены каким-либо указаниям национальных политиков. В заключенном в 1992 г. Маастрихтском договоре было закреплено, что государственным бюджетам, то есть государствам-членам Европейского союза не может быть предоставлен кредит. Это правило преследует цель

обеспечения автономии. Так, автономия Европейского центрального банка будет нарушена, если банк будет обязан предоставлять кредит в пользу одного из государств-членов при каких-то определённых условиях. Таким образом, Европейский центральный банк не должен финансировать дефицит в бюджете Союза или государств-членов. Тем не менее нам всем известно, что Европейский центральный банк купил во время кризиса евро на вторичном рынке, то есть не прямо у государств, а он купил гособлигации у банков, в том числе у таких южно-европейских государств-членов, как, например, Греция и Испания и т.д. В результате, меры по спасению евро, по сути, нарушили маастрихтские договоренности.

Высшая судебная инстанция Германии, Федеральный конституционный суд, рассматривала вопрос о том, нарушил ли Европейский центральный банк свой мандат или же он превысил свой мандат при спасении евро, нарушив тем самым и Конституцию Германии. Такая точка зрения разделяется немецким Бундесбанком и многими учеными.

Федеральный конституционный суд Германии в Карлсруэ признал 12 сентября 2012 г. в ходе экстренного рассмотрения дела, что Европейский стабилизационный механизм (ESM) в принципе не противоречит Основному закону. Тем самым фактически был дан «зеленый свет» созданию стабфонда, который теперь, к примеру, реализует программу финансовой помощи Кипру.

Европейский стабилизационный механизм - это планируемый постоянно действующий фонд финансовой стабилизации стран еврозоны, заменяющий существующие два фонда: Европейский фонд финансовой стабильности, располагающий гарантированными странами еврозоны 440 миллиардами евро, и Европейский механизм финансовой стабилизации, располагающий представленными 60 миллиардами евро.

Тем не менее Конституционный Суд ФРГ еще в прошлом году констатировал, что покупка государственных облигаций, по сути дела, означает финансирование государств еврозоны Европейским центральным банком, а это запрещено основополагающими документами Евросоюза.

Таким образом, ключевым вопросом становится правомерность программы неограниченной покупки государственных облигаций проблемных стран еврозоны (так называемая программа «OMT»), объявленная Европейским центральным банком в сентябре 2012 года. «OMT» означает «Outright Monetary Transactions» (OMT) и является операцией на открытом рынке (open market operations, OMO, *англ.*). «OMT»-операции представляют собой деятельность Европейского центрального банка по покупке и продаже государственных облигаций на открытом рынке, а именно на вторичном рынке ценных бумаг (Sekundärmärkte, *нем.*) в еврозоне. «OMT» представляет собой основной инструмент при проведении операций Европейского центрального банка и национальных центральных банков. Целью «Outright Monetary Transactions» является контроль над краткосрочными кредитами и размером денежной базы, чтобы таким образом влиять на денежную массу. Совет управляющих Европейского центрального банка определил детали «OMT» 6 сентября 2012 г. Непосредственной целью «OMT» явилось снижение процентных ставок по итальянским и испанским государственным облигациям вследствие кризиса евро.

Оппонентами программы выступают представители Немецкого федерального банка (Бундесбанка). Бундесбанк считает, что Европейский центральный банк «...целенаправленно скупает облигации государств с низкой кредитоспособностью и тем самым идёт на неоправданный риск. В результате Европейский центральный банк нарушает свой мандат, который сводится к тому, чтобы обеспечивать стабильность валюты евро, иначе говоря, бороться против ее обесценивания из-за инфляции». Проблема состоит в том, что банки могут покупать государственные облигации без достаточного обеспечения собственного капитала. Доля облигаций, между прочим, увеличилась на треть до более чем 5 % в еврозоне в балансах банков с 2008 г. В Италии и Испании банки держат приблизительно 10 % государственных ценных бумаг. С помощью дешевых денег от Европейского центрального банка они купили государственные ценные бумаги. Таким образом, Европейский центральный банк косвенно облегчает финансирование государств. А это на самом деле запрещено по всем

правилам Европейского Союза. Например, ст. 125 Договора о функционировании Европейского Союза предусматривает, что ЕС не несет ответственность за долги национальных правительств.

Такой же точки зрения придерживаются и различные ученые в Германии, которые уже подали жалобу в Конституционный суд ФРГ. Резюмируя их точки зрения, следует констатировать, что согласно Маастрихтскому договору задача Европейского центрального банка состоит в стабилизации валюты евро, а не в стабилизации еврозоны. Они боятся, что у правительств и парламентов некоторых стран возникнет «соблазн» перекладывать решение собственных бюджетных затруднений.

Другая же проблема состоит в том, что Европейский центральный банк потеряет свою независимость, если ему придется постоянно принимать экстренные меры, поскольку он станет более зависимым от политических и экономических событий в отдельных государствах.

После такой «экскурсии в кризис евро» я хотела бы снова вернуться к главной характеристике - независимости Европейского центрального банка. Помимо организационной независимости Европейского центрального банка, он обладает также оперативной и функциональной независимостью, то есть ЕЦБ свободно решает, каким способом и методом исполнять поручения. Тем не менее ЕЦБ связан и ограничен статьёй 127 Договора о функционировании Европейского Союза и Статутом Европейского центрального банка, а именно стабильность цен выступает в качестве цели европейской денежно-кредитной политики. В связи с этим оперативная независимость относится лишь к реализации цели (среди которой выделяется регулирование инфляции, не превышающей ещё критериев ценовой стабильности), но не к определению самой цели.

Чтобы обеспечить независимость управленческого персонала, член Совета управляющих может быть уволен только Европейским Судом по серьезным причинам и по просьбе Совета управляющих или Дирекции. Второй срок пребывания в должности исключен для членов Дирекции Европейского центрального банка. Управленческий персонал избирается на длительный период времени, директоры Ев-

ропейского центрального банка - на восемь лет и президенты национальных банков - не менее чем на пять лет. Кроме того, ни один член не имеет право осуществлять иную деятельность на возмездной или безвозмездной основе без соответствующего одобрения. Это сделано для предотвращения конфликта интересов.

Last but not least последнее, но немаловажное - Европейский центральный банк обладает финансовой независимостью. Финансовая независимость состоит в том, что Европейский центральный банк имеет собственный бюджет и может сам решать, как использовать свои средства, предоставленные ему государствами-членами (так называемое «Budgethoheit»).

В целом можно сказать, что на практике деятельность Европейского центрального банка представляет собой политическую работу, которая проводится не без нарушения принципа независимости при взаимодействии с правительствами государств-членов. Европейский центральный банк как раз не независим от национальных правительств, а преследует национальные интересы. Против этого и направлена основная критика работы Европейского центрального банка.

Другой аспект состоит в том, что, хотя Европейский центральный банк и должен пользоваться максимальной независимостью, но также он должен соблюдать закон. Подвергается часто критике дефицитная система правовой защиты, а именно каким образом и в какой мере юридические и физические лица могут подать в Европейский Суд жалобу против правовых актов и действий Европейского центрального банка. Но поданные жалобы до сих пор остались безуспешными. Тем не менее в связи с нынешними мерами денежно-кредитной политики Европейского центрального банка встает вопрос о правовой защите. Например, нынешняя политика низких процентных ставок приводит к ползучей конфискации денежных средств вкладчиков, поскольку действующая нынешняя базисная ставка (prime rate) в размере 0,25 % представляет собой большую угрозу, в частности в отношении пенсионных накоплений вкладчиков. Кажется, что отсутствие правовой защиты сделано намеренно, так, это должно обеспечить сохранение независимости Европейского центрального банка за счёт того, что невозможно обжаловать его решения. Однако также факт определен-

ного соблюдения и подчинения праву и закону является гарантией независимости. Резюмируя, стоит отметить, что не существует независимости без обеспечения соблюдения закона или по крайней мере без выполнения юридических обязанностей.

V. Европейский финансовый надзор и европейский банковский союз

До сих пор нет единого органа в Европейском Союзе, который несет полную ответственность за осуществление надзора за европейским финансовым рынком. Помимо Европейского центрального банка и национальных банков существует еще «European Banking Authority», местонахождение которого находится в Лондоне. Национальные надзорные органы преследуют в первую очередь национальные, только на втором месте - общие европейские интересы. Сама координация национальных надзорных действий на европейском уровне оказалась недостаточной, чтобы охватить риски трансграничных финансовых посредников.

Поэтому одной из целей реформы финансового надзора после кризиса было укрепление сотрудничества надзорных органов, чтобы сделать финансовый надзор в Европейском Союзе более эффективным. С этой целью 1 января 2011 г. была создана Европейская система финансового надзора (ESFS) для достижения более тесного сотрудничества.

Европейская система финансового надзора состоит из трех органов:

— European Insurance and Occupational Pensions Authority (EIOPA),

— European Banking Authority (EBA) и

— European Securities and Markets Authority (ESMA).

Кроме того, был учрежден орган, отвечающий за мониторинг всей финансовой системы Европейского Союза - Европейский Совет по системным рискам (ESRB), который расположен в Европейском центральном банке во Франкфурте-на-Майне. Это означает, что Европейскому центральному банку могут быть переданы полномочия надзора за кредитными учреждениями. Совет Европейского Союза воспользовался данной возможностью, так, было издано распоряже-

ние ЕС, на основании которого Европейскому центральному банку была доверена особая задача и роль Секретаря Европейского Совета по системным рискам.

Правовая норма для новых полномочий надзора Европейского центрального банка закреплена в части 6 статьи 127 Договора о функционировании Европейского Союза. На эту норму следует обратить внимание, потому что она разрешает передачу в будущем полномочий Европейскому центральному банку без необходимости изменять Договор о функционировании Европейского Союза - процедура, которая представляется достаточно сложной, но обычно она требуется для изменения полномочий.

Чтобы избежать громоздких изменений Договора о функционировании Европейского Союза, был включён пункт 6 статьи 127 ДФЕС, который позволяет передачу задач Европейскому центральному банку на основе одобрения постановления ЕС, которое намного легче принять, нежели изменение Договора о функционировании Европейского Союза.

В следующем году будет дополнительно учрежден Европейский банковский союз, в состав которого будут входить крупнейшие банки ЕС, и Европейский центральный банк будет в будущем осуществлять за ними надзор. 12 сентября 2012 г. Европейская комиссия представила пакет мер по созданию единого нормативно-правового механизма для банков под руководством Европейского центрального банка в качестве первого шага на пути к Европейскому банковскому союзу. В декабре 2012 г. европейские министры финансов договорились о ключевых вопросах касательно создания единого механизма банковского надзора, так называемого Single Supervisory Mechanism (SSM). 19 марта 2013 г. Совет Европейского Союза заявил, что он достиг вместе с Европейским парламентом соглашения о создании центрального европейского банковского надзора. Данное соглашение предусматривает, что Европейский центральный банк должен осуществлять надзор за всеми банками в еврозоне, балансовая сумма которого превышает 30 миллиардов евро или превышает более 20 % производительности экономики страны. Таким образом, только от 130 до 200 из 6.790 банков в ев-

розоне будут контролироваться непосредственно Европейским центральным банком. Остальные кредитные учреждения, как и прежде, остаются под контролем национальных надзорных органов.

В Германии контролировались бы Европейским центральным банком в настоящее время только 36-38 банков (или даже только 25) из 1.846 банков. В частности, сберегательные банки и кооперативные банки исключены из европейского центрального надзора.

В связи с надзором следует указать на главную проблему. Политически-правовой проблемой в надзоре за банковским союзом часто является отсутствие дистанции между органами надзора и контролируемыми банками („regulatory capture“, *англ.*), т.е. если государственный регулирующий орган создается в интересах общества, а вместо этого данный орган действует в коммерческих или иных особых интересах, которые доминируют в данной отрасли, тогда мы говорим об определенном конфликте интересов.

Может также возникнуть риск того, что Европейский центральный банк будет чрезмерно считаться с интересами отдельных контролируемых банков при осуществлении операции на открытом рынке, т.е. при скупке гособлигаций, как это было описано выше. Кроме того, следует еще отметить, что скупка гособлигаций Европейским центральным банком приводит к искажению рынка ценных бумаг, поскольку Европейский центральный банк скупает «плохие» обесцененные ценные бумаги (облигации), никогда не продавшиеся бы при обычных условиях на рынке ценных бумаг.

VI. Заключение

Подводя итоги, следует отметить следующее. В будущем Европейский центральный банк будет выполнять две функции: с одной стороны, его первичная обязанность состоит в осуществлении политики процентной ставки, а с другой стороны, он будет осуществлять новую роль: банковский надзор. Приведет ли это к конфликту интересов, покажет время. Остается надеяться, что Европейский центральный банк будет принимать также меры, которые отвечают не только национальным интересам отдельных государств, но и общеевропейским интересами.

Следующим большим проектом в европейском банковском праве станет создание механизма для ликвидации неплатежеспособных банков - создание так называемого «Single Resolution Mechanism (SRM)». Кроме того, время от времени обсуждается создание европейского страхования вкладов, но можно сказать, что немецкие сберегательные банки подвергают эту идею жесткой критике.

Многие вопросы находятся в процессе и Европейский центральный банк в конечном счете является лишь его частью. Тем не менее он выступает решающим фактором в будущем нашей совместной единой европейской валюты.

PERSONEN- UND KAPITALGESELLSCHAFTEN — GEMEINSAMKEITEN UND UNTERSCHIEDE IM DEUTSCHEN GESELLSCHAFTSRECHT

RiOLG Dr. iur. Falk Bernau

Gliederung

I. Einführung — das Gesellschaftsrecht in Deutschland
II. Regelungsgegenstand des Gesellschaftsrechts
III. Kodifikation des Gesellschaftsrechts
IV. Die beiden Grundtypen im Gesellschaftsrecht
V. Die Charakteristika von Personengesellschaft und Kapitalgesellschaft
1. Grad der mitgliedschaftlichen Bindung
2. Gründungsvoraussetzungen
3. Rechtliche Verselbstständigung und Haftung der Gesellschafter
4. Organstruktur und Willensbildung
5. Gesellschaftsgröße und Finanzierungsart
VI. Gesellschaftsrecht ist Kautelarrecht
VII. Der Einfluss des Steuerrechts auf das Gesellschaftsrecht
VIII. Kriterien für die Rechtsformwahl
1. Zulässigkeit der Rechtsform für den Gesellschaftszweck
2. Die Zweckmäßigkeit der Rechtsform
IX. Zusammenfassung

I. Einführung — das Gesellschaftsrecht in Deutschland

Das Gesellschaftsrecht ist ein wichtiges Teilgebiet des Privatrechts in Deutschland und von großer praktischer Bedeutung. Es ist das Recht der privatrechtlichen Personenvereinigungen, die zur Erreichung eines bestimmten Zwecks durch Rechtsgeschäft begründet werden. Der wesentliche Unterschied zum sonstigen Privatrecht liegt darin, dass das Gesellschaftsrecht nicht hauptsächlich den Schutz und die Befriedigung

selbstständiger Interessen von Einzelpersonen bezweckt, sondern sich mit den Interessen, die mehreren Personen gemeinsam sind, befasst[1]. Ziel des Gesellschaftsrechts ist es, Unternehmen unter der Beachtung von Drittinteressen einen ihrem Zweck entsprechenden Rechtsrahmen zur Verfügung zu stellen[2].

Das Recht, Gesellschaften zu gründen, gewährleistet Art. 9 Abs. 1 GG. Die dort statuierte Vereinigungsfreiheit garantiert allen Deutschen das Recht, Vereine und Gesellschaften zu bilden.

Nicht notwendig identisch mit der zivilrechtlichen Verselbstständigung der Gesellschaft ist ihre Fähigkeit, Grundrechtsträger zu sein. Denn Art. 19 Abs. 3 GG erstreckt die Geltung der Grundrechte auf „inländische juristische Personen, soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind"[3]. Darunter fallen nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch Personengesellschaften, obwohl es sich nicht um juristische Personen handelt[4]. Aufgrund Art. 26 Abs. 2 AEUV (Anwendungsvorrang der Grundfreiheiten im Binnenmarkt) und Art. 18 AEUV (allgemeines Diskriminierungsverbot) genießen auch Gesellschaften aus den EU-Mitgliedstaaten deutschen Grundrechtsschutz[5]. Eindeutig anwendbar sind auf Gesellschaften die Grundrechte auf Berufsfreiheit des Art. 12 GG und die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG.

II. Regelungsgegenstand des Gesellschaftsrechts

Aufgabe des Gesellschaftsrechts ist es, die kollektive Betätigung in geordnete juristische Bahnen zu lenken, wobei die Ordnungsaufgaben im Innen- und Außenverhältnis unterschieden werden können. Im Innenverhältnis gilt es, die Rechte und Pflichten der einzelnen Gesellschafter untereinander festzulegen. Im Außenverhältnis muss das Verhältnis der Gesellschaft und der Gesellschafter zu Dritten geklärt werden[6]. Die

---

[1] *Windbichler*, Gesellschaftsrecht, 23. Aufl., § 1 Rn. 1.

[2] *Bitter*, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., § 1 Rn. 21.

[3] *Windbichler* (Fn. 1), § 2 Rn. 2.

[4] BVerfG, NJW 2002, 3533.

[5] BVerfGE 129, 78 (91).

[6] *Hüffer/Koch*, Gesellschaftsrecht, 8. Aufl., § 1 Rn. 1.

Rechtsordnung muss dabei der großen Spannbreite kollektiven Handelns Rechnung tragen, welches von einer Fahrgemeinschaft zweier Person zur Arbeit bis hin zu einer Aktiengesellschaft mit mehreren tausend Aktionären reichen kann[7].

Das Gesellschaftsrecht regelt die Rechtsverhältnisse der privatrechtlichen Personenvereinigungen, die zur Erreichung eines bestimmten gemeinsamen Zwecks durch Rechtsgeschäft begründet worden sind. Der gemeinsame Zweck kann nicht nur dauerhafter, sondern auch vorübergehender Natur sein. Gefördert wird der gemeinsame Zweck durch die Leistung von Beiträgen. Diese Beiträge können in der Überlassung von Geldmitteln, anderen Vermögensgegenständen oder der Zurverfügungstellung der eigenen Arbeitskraft bestehen[8].

Die Schwäche dieser Definition der Gesellschaft ist dabei, dass sie das Phänomen der Einpersonen(kapital-)gesellschaften nicht erfasst, die zwar keine Personenvereinigungen, aber doch Gesellschaften sind. Dennoch kann anhand dieser Definition eine Abgrenzung zu den nachfolgenden Zusammenschlüssen von Personen vorgenommen werden, die keine Gesellschaften sind[9]. Die familienrechtliche Gemeinschaft ist keine Gesellschaft, da sie entweder nicht auf einem Rechtsgeschäft beruht, so wie die Eltern-Kind-Gemeinschaft, oder aber eine umfassende Lebensgemeinschaft ist, der es aber am (begrenzten) Einzelzweck fehlt, so wie die Ehe. Dabei ist natürlich nicht ausgeschlossen, dass auch Ehegatten oder Eltern und Kinder eine Gesellschaft gründen können[10]. Die privatrechtliche Stiftung, mit der eine Vermögensmasse einem bestimmten Zweck gewidmet wird, ist keine Gesellschaft, da sie zwar auf einem Rechtsgeschäft unter Lebenden oder von Todes wegen beruht und deshalb vom Stifterwillen getragen wird, es ihr aber an einem Zusammenschluss mehrerer Personen fehlt. Die Erbengemeinschaft ist keine Gesellschaft, da sie durch Gesetz und nicht durch Rechtsgeschäft entsteht und sie nicht auf einen gemeinsamen Zweck, sondern allein auf ihre Auseinandersetzung gerichtet ist. Für die Annahme

---

[7] *Hüffer/Koch* (Fn. 6), § 1 Rn. 1.

[8] *Saenger*, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., Rn. 2.

[9] *Kindl*, Gesellschaftsrecht, § 1 Rn. 2.

[10] *Windbichler* (Fn. 1), § 1 Rn. 2; *Kindl* (Fn. 9), § 1 Rn. 2.

einer Gesellschaft genügt auch nicht, dass die Erbengemeinschaft über längere Zeit nicht auseinandergesetzt wird[11]. Ebenso ist die Bruchteilsgemeinschaft keine Gesellschaft. Bei dieser schlichten Rechtsgemeinschaft steht ein Recht mehreren Personen gemeinschaftlich zu, ohne dass diese sich zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks zusammengeschlossen haben.

III. Kodifikation des Gesellschaftsrechts

Um dem Facettenreichtum kollektiven Handelns mehrerer Personen gerecht zu werden, stellt der Gesetzgeber ein breites Spektrum verschiedener Gesellschaftsformen zur Verfügung, die jeweils unterschiedlichen Regelungsregimen unterliegen[12]. Aus Gründen des Verkehrs- und Gläubigerschutzes gibt es nur eine beschränkte Anzahl zugelassener Gesellschaftsformen. Es besteht ein Rechtsformzwang. Die Wahl eines anderen als der im Gesetz geregelten Gesellschaftstypen ist nicht zulässig, der Vertragsfreiheit sind also Grenzen gesetzt. Man spricht vom *numerus clausus* der Gesellschaftsformen. Gläubiger, Öffentlichkeit und Mitgesellschafter sollen so bereits an der Gesellschaftsform erkennen können, welche Rechte und Pflichten sie gegenüber der Gesellschaft bzw. den Mitgesellschaftern haben. Es besteht aber kein Rechtsformzwang in dem Sinn, dass für Personenzusammenschlüsse nach Art, Größe, Zielsetzung oder sonstigen Merkmalen eine bestimmte Gesellschaftsform vorgeschrieben ist[13]. Wenn eine Gesellschaft gegründet wurde, welche die Tatbestandvoraussetzungen einer bestimmten Gesellschaftsform erfüllt, dann wird diese Gesellschaft dieser Gesellschaftsform zugeordnet, auch wenn die Gesellschafter eine Gesellschaft in dieser Gesellschaftsform nicht gründen wollten[14].

Eine allgemeine Kodifikation des deutschen Gesellschaftsrechts, in welcher allgemein gültige Regeln formuliert sind, gibt es — anders als in Frankreich oder den Niederlanden — nicht. Die einzelnen Regelungen sind teilweise im Bürgerlichen Gesetzbuch, teils im Handelsgesetzbuch und zum Teil in Sondergesetzen, beispielsweise dem Aktiengesetz oder GmbH-

[11] *Kindl* (Fn. 9), § 1 Rn. 2.

[12] *Hüffer/Koch* (Fn. 6), § 2 Rn. 2.

[13] *Windbichler* (Fn. 1), § 4 Rn. 1.

[14] *Kindl* (Fn. 9), § 3 Rn. 1.

Gesetz enthalten. Der Gesetzgeber hat davon abgesehen, Strukturprinzipien, die für mehrere Gesellschaftsformen gelten, zu einem Allgemeinen Teil des Gesellschaftsrechts zusammenzuführen. Vielmehr hat er sich für eine rechtsformspezifische Kodifikation entschieden[15]. Gesetzlich geregelt sind die zulässigen Organisationsformen der Gesellschaften, die zulässige innere Struktur, insbesondere die Willensbildung und das Verhältnis der Gesellschafter untereinander, sowie die privatrechtlichen Beziehungen der Gesellschaft zu außenstehenden Dritten, insbesondere die Haftung und die Vertretungsmacht der Gesellschafter. Daneben gibt es eine Reihe von Gesetzen, die spezifisch gesellschaftsrechtliche Regelungen enthalten und bestimmte Fragenkomplexe rechtsformübergreifend regeln. Als Beispiele seien genannt das Umwandlungsgesetz, welches die Möglichkeiten der Umwandlung von Gesellschaften durch Verschmelzung, Spaltung, Vermögensübertragung und Formwechsel regelt, sowie das Mitbestimmungsgesetz und Drittelbeteiligungsgesetz, welche für die dort genannten Kapitalgesellschaften Regelungen zur Mitbestimmung der Arbeitnehmer auf Unternehmensebene statuieren[16].

Die Aussage, dass es nur eine beschränkte Anzahl zugelassener Gesellschaftsformen in Deutschland gibt, wird durch das Europäische Recht eingeschränkt. Gesellschaften, die nach Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats gegründet worden sind und die ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung innerhalb der europäischen Gemeinschaft haben (Art. 54 Abs. 1 AEUV), sind Träger der in Art. 49 AEUV garantierten Niederlassungsfreiheit. Das deutsche Internationale Privatrecht hat das Gesellschaftsrecht lange Zeit nach der so genannten Sitztheorie bestimmt, wonach eine Gesellschaft dem Recht des Staates unterliegt, in welchem sich ihr tatsächlicher Verwaltungssitz befindet[17]. Verlegte deshalb eine wirksam gegründete englische Private Company Limeted by Shares ihren Sitz nach Deutschland, konnte diese Gesellschaftsform aufgrund des Rechtsformzwanges nicht anerkannt werden, da das

[15] *Hüffer/Koch* (Fn. 6), § 2 Rn. 21; *Windbichler* (Fn. 1), § 1 Rn. 22.

[16] *Kindl* (Fn. 9), § 2 Rn. 2.

[17] BGH, BGHZ 151, 204 (206) = NJW 2002, 3539 f.; BGH, BGHZ 154, 185 (189) = NJW 2003, 1461.

deutsche Recht eine Gesellschaft wie die englische Limeted nicht kennt. Es ist aber nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs nicht mit Art. 49 und 54 AEUV vereinbar, wenn einer Gesellschaft, die nach dem Recht des Mitgliedstaats, in dessen Hoheitsgebiet sie ihren satzungsmäßigen Sitz hat, gegründet worden ist, in einem anderen Mitgliedstaat, in welchen sie ihren Verwaltungssitz verlegt, die Rechts- und Parteifähigkeit abgesprochen wird[18]. Von den Fällen des Missbrauchs abgesehen, steht die Niederlassungsfreiheit deshalb der Nichtanerkennung von Gesellschaften durch die Sitztheorie entgegen. Innerhalb der Europäischen Gemeinschaft ist deshalb die Sitztheorie von der Gründungstheorie abgelöst worden. Die zulässige Rechtsform ist daher nach dem am Gründungsort geltenden Recht zu bestimmen, auch wenn die Gesellschaft nach Sitzverlegung ausschließlich in Deutschland tätig wird[19]. Für ausländische Gesellschaften, die nicht in der Europäischen Gemeinschaft gegründet worden sind, gilt weiter die Sitztheorie[20].

IV. Die beiden Grundtypen im Gesellschaftsrecht

Die beiden Grundgesellschaftstypen im deutschen Recht lassen sich nach dem zentralen Charakteristikum ihrer Organisationsstruktur in zwei Gruppen unterteilen, die ihre historischen Ursprünge bereits in den römisch-rechtlichen Grundformen der *societas* und der *universitas* finden: Personengesellschaften und Körperschaften[21]. Die gesellschaftsrechtliche Grundform der Personengesellschaft ist im Bürgerlichen Gesetzbuch die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die gesellschaftsrechtliche Grundform der Körperschaft ist im Bürgerlichen Gesetzbuch der Verein. Personengesellschaften sind keine juristischen Personen, Körperschaften sind juristische Personen.

Die Kapitalgesellschaft ist in der Praxis die wichtigste Untergruppe der Körperschaft. Deshalb wird häufig bei der Einteilung der Gesellschaftstypen neben der Personengesellschaft statt von der Körperschaft von der

[18] EuGH, NJW 2002, 3614 (3616); NJW 2003, 3331 (3333 f.).

[19] BGH, NJW 2005, 1648 (1649).

[20] BGH, NJW 2009, 289 (291).

[21] *Hüffer/Koch* (Fn. 6), § 2 Rn. 2; *Windbichler* (Fn. 1), § 1 Rn. 28.

Kapitalgesellschaft gesprochen, also die Grundtypen in Personengesellschaften einerseits und Kapitalgesellschaften andererseits eingeteilt. Die Verwendung des Begriffs Kapitalgesellschaft ist darauf zurückzuführen, dass bei diesen Gesellschaften in der Regel die Höhe der eingezahlten Kapitalbeträge die Grundlage für die Entscheidungsbefugnisse in der Gesellschaft und die Gewinnverteilung der Gesellschaft bildet[22].

Das Wesen der Personengesellschaft liegt darin, dass die Gesellschaft von der Individualität ihrer Gesellschafter abhängig ist. Die Gesellschaft lebt in ihren Mitgliedern. Die Körperschaft ist hingegen eine Vereinigung, deren Zielverwirklichung unabhängig von den einzelnen Mitgliedern ist. Diese Art des Zusammenschlusses ist für Vereinigungen mit einer großen Zahl von Mitgliedern vorgesehen, die Gesellschaft ist gegenüber der Individualität ihrer Gesellschafter verselbstständigt und als nach innen und außen handlungsfähige Einheit ausgestaltet. Dieser grundlegende Unterschied zwischen Personengesellschaft und Körperschaft wird durch zwei zusammenhängende Punkte manifestiert, nämlich der Abhängigkeit des rechtlichen Bestandes der Gesellschaft von ihren Mitgliedern und ihrer Organisationsstruktur[23]. Während bei den Personengesellschaften die persönliche Mitarbeit und die persönliche Haftung der Gesellschafter ausschlaggebend sind, steht bei den Kapitalgesellschaften die kapitalistische Beteiligung im Vordergrund. Die Kapitalgesellschaften zeichnen sich dadurch aus, dass der Beitrag der Gesellschafter vorwiegend darin besteht, der Gesellschaft das benötigte Kapital zur Verfügung zu stellen[24].

Personengesellschaften sind die BGB-Gesellschaft, die offene Handelsgesellschaft, die Kommanditgesellschaft und die stille Gesellschaft. Kapitalgesellschaften sind die Aktiengesellschaft, die Kommanditgesellschaft auf Aktien, die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) und die Genossenschaft. Ende 2012 waren in den Handelsregistern der Amtsgerichte insgesamt 16.367 Aktiengesellschaften und 1.098.222 GmbHs eingetragen[25].

---

[22] *Eisenhardt*, Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2000, § 2 Rn. 22.

[23] Hüffer/Koch (Fn. 6), § 2 Rn. 2; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., § 3 I 2 a.

[24] *Kindl* (Fn. 9), § 2 Rn. 10.

[25] *Kornblum*, GmbHR 2013, 693 (694).

V. Die Charakteristika von Personengesellschaft und Kapitalgesellschaft

Die Abgrenzung zwischen Personen- und Kapitalgesellschaft ist anhand der nachfolgenden Kriterien vorzunehmen.

1. Grad der mitgliedschaftlichen Bindung

Der Zusammenschluss beruht bei der Personengesellschaft auf dem persönlichen Vertrauen, das sich die einzelnen Gesellschafter entgegenbringen, und der vertraglichen Einigung der Mitglieder, so dass der Beitritt weiterer Mitglieder eine Vertragsänderung darstellt, der alle bisherigen Mitglieder zustimmen müssen. Die Mitgliedschaft ist deshalb grundsätzlich nicht übertragbar und nicht vererblich. Das entspricht dem Grundtypus einer auf Vertrauen basierenden Arbeits- und Haftungsgemeinschaft, wonach kein Gesellschafter dazu gezwungen werden soll, gegen seinen Willen eine derart enge Verbindung zu einer anderen Person zu begründen. Der Fortbestand einer Personengesellschaft ist daher grundsätzlich von der unveränderten Zusammensetzung des Personenkreises abhängig, welcher sich zu der Gesellschaft zusammengeschlossen hat[26].

Bei der Kapitalgesellschaft steht die Kapitalbeteiligung im Vordergrund. Kennzeichnendes Merkmal ist ein zahlenmäßig bestimmtes Grundkapital. Das Kapital ist unpersönlich. Es kommt daher nicht auf die Person des Gesellschafters an, so dass die Kapitalanteile frei veräußert werden können. Für Kapitalgesellschaften ist deshalb eine weitreichende Verselbstständigung der Gesellschaft von ihren Mitgliedern charakteristisch. Dauerhaft ist die Gesellschaft selbst, nicht ihre originäre personale Zusammensetzung. Kapitalgesellschaften sind auf einen Mitgliederwechsel angelegt und offen für einen theoretisch unbegrenzten Kreis von Mitgliedern. Die Mitgliedschaft in einer Kapitalgesellschaft ist deshalb grundsätzlich frei veräußerlich und vererbbar. Für das Leitbild der Kapitalgesellschaft ist nicht der Gesellschafter als Person, sondern seine Eigenschaft als Kapitalgeber prägend[27].

---

[26] *Saenger* (Fn. 8), Rn. 12; *Windbichler* (Fn. 1), § 2 Rn. 17; *Hüffer/Koch* (Fn. 6), § 2 Rn. 8; *Eisenhardt* (Fn. 22), § 2 Rn. 12.

[27] *Saenger* (Fn. 8), Rn. 13; *Windbichler* (Fn. 1), § 2 Rn. 18.

2. Gründungsvoraussetzungen

Personengesellschaften entstehen durch Abschluss eines schuldrechtlichen Gesellschaftsvertrages zwischen den Gesellschaftern. Die Gesellschafter handeln im Gesellschaftsvertrag ihre Rechtsstellung aus, Rechte und Pflichten der Gesellschafter können dabei unterschiedlich ausgestaltet werden. Die Gründung einer Personengesellschaft mit nur einem Gesellschafter ist nicht möglich. Erforderlich sind mindestens zwei Personen. Scheidet der vorletzte Gesellschafter aus einer Personengesellschaft aus, so liegt keine Gesellschaft mehr vor. Der Eintragung in ein staatliches Register bedarf es für die Gründung nicht. Einer Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister kommt daher nur deklaratorische Bedeutung zu[28].

Auch Kapitalgesellschaften entstehen durch Abschluss eines schuldrechtlichen Gesellschaftsvertrages, der jedoch Satzung genannt wird. Merkmal der körperschaftlichen Organisation ist, dass die Satzung grundsätzlich die Rechte und Pflichten der Mitglieder für alle Gesellschafter in gleicher Weise festlegt. Die neu hinzutretenden Mitglieder erwerben mit ihrem Beitritt die durch die Satzung festgelegten Rechte und Pflichten[29]. Anders als bei Personengesellschaften ist die Gründung einer Kapitalgesellschaft auch durch lediglich eine Person möglich. Man spricht dann beispielsweise von einer Einmann-GmbH. Eine Kapitalgesellschaft besteht somit auch dann fort, wenn sich die Anteile aufgrund des Ausscheidens der anderen Gesellschafter in einer Person vereinigen. Gründungsvoraussetzung ist, dass die Gesellschaft in ein staatliches Register eingetragen wird. Der Eintragung in das Handelsregister oder das Genossenschaftsregister kommt also konstitutive Bedeutung zu[30].

3. Rechtliche Verselbstständigung und Haftung der Gesellschafter

Personengesellschaften sind regelmäßig Gesamthandsgemeinschaften, d.h. den einzelnen Gesellschaftern stehen nur Anteile am gesamten Gesellschaftsvermögen zu. Die Gesellschafter können deshalb nicht über ihren Anteil am Gesellschaftsvermögen oder einen einzelnen Vermögensgegenstand verfügen. Personengesellschaften werden erst seit der Anerkennung

[28] *Saenger* (Fn. 8), Rn. 15; *Kindl* (Fn. 9), § 2 Rn. 8.

[29] *Kindl* (Fn. 9), § 2 Rn. 5; *Hüffer/Koch* (Fn. 6), § 2 Rn. 9.

[30] *Hüffer/Koch* (Fn. 6), § 2 Rn. 6.

der Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts durch den Bundesgerichtshof im Jahr 2001 als teilrechtsfähig angesehen[31]. Im Unterschied zur Kapitalgesellschaft ist die rechtsfähige Personengesellschaft nicht als solche, sondern nur in der Gesamtheit ihrer Gesellschafter rechtsfähig. Die Personengesellschaft hat somit nicht den Status einer juristischen Person. Durch die Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist aber eine deutliche Annährung der Gesamthandsgemeinschaft an die juristische Person erfolgt[32]. Die Gesellschafter der Personengesellschaft haften grundsätzlich akzessorisch mit ihrem Privatvermögen für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Die Fokussierung der Personengesellschaft auf ihre Mitglieder strahlt somit auf die Haftung aus.

Kapitalgesellschaften sind juristische Personen, die eine eigene Rechtspersönlichkeit besitzen. Die Rechtssphären von Gesellschaft und Gesellschaftern werden konsequent voneinander getrennt. Die Kapitalgesellschaft ist Trägerin von Rechten und Pflichten sowie des Gesellschaftsvermögens und tritt im Rechtsverkehr unter eigenem Namen auf. Die Rechtsfähigkeit erwirbt die Kapitalgesellschaft mit der Eintragung in ein staatliches Register, wie das Handelsregister (Aktiengesellschaft und GmbH) oder das Genossenschaftsregister. Die hoheitliche Beteiligung beim Gründungsakt, nämlich die Eintragung in ein staatliches Register, stellt sicher, dass aufgrund der fehlenden persönlichen Haftung der Gesellschafter die dem Gläubigerschutz dienenden gesetzlichen Vorgaben, insbesondere die Aufbringung eines Mindestkapitals, beachtet werden. Denn den Gläubigern der Gesellschaft haftet allein die Kapitalgesellschaft mit ihrem Vermögen, nicht aber deren Mitglieder mit dem Privatvermögen[33].

4. Organstruktur und Willensbildung

Bei der Personengesellschaft, die als persönlicher Zusammenschluss einer Arbeits- und Haftungsgemeinschaft in ihren Mitgliedern lebt, liegen die Geschäftsführung und die Vertretung der Gesellschaft in den Händen der Gesellschafter (Prinzip der Selbstorganschaft). Die Leitung der Gesellschaft liegt also in den Händen der Personen, die mit ihrem Privatvermögen für

[31] BGH, BGHZ 146, 341 (343 ff.) = NJW 2001, 1056 (1057 ff.).

[32] *Hüffer/Koch* (Fn. 6), § 2 Rn. 3.

[33] *Hüffer/Koch* (Fn. 6), § 2 Rn. 6.

die Folgen ihres Handelns, mithin die Verbindlichkeiten der Gesellschaft, einzustehen haben. Eine Übertragung der Geschäftsführung oder Vertretung der Gesellschaft auf dritte Personen dergestalt, dass die Vertretung oder Geschäftsführung ohne Beteiligung der dritten Person nicht erfolgen kann, ist unzulässig. Für die Beschlüsse der Gesellschaft gilt grundsätzlich das Einstimmigkeitsprinzip. Soweit Mehrheitsentscheidungen im Gesetz oder Gesellschaftsvertrag zugelassen werden, wird die Mehrheit nicht durch den Kapitaleinsatz innerhalb der Gesellschaft, sondern vielmehr nach der Anzahl der Gesellschafter, also den Köpfen, bestimmt[34].

Die Kapitalgesellschaft handelt durch ihre Organe, so die Aktiengesellschaft durch ihren Vorstand und die GmbH durch ihren Geschäftsführer. Dem vertretenden Organ müssen keine Gesellschafter angehören, es können vielmehr Dritte sein (Prinzip der Dritt- oder Fremdorganschaft). Die für die Gesellschafter erwachsenden Gefahren der Geschäftsführung durch gesellschaftsfremde Dritte sind geringer als bei Personengesellschaften, da nur die Gesellschaft, nicht aber die Gesellschafter persönlich mit ihrem Privatvermögen für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften. Hinzu kommt, dass die Geschäftsführung des Vorstandes einer Aktiengesellschaft durch den Aufsichtsrat als Kontrollgremium zwingend überwacht werden muss. Bei der GmbH ist die Einrichtung eines solchen Kontrollgremiums zur Kontrolle des Geschäftsführers fakultativ. Für Beschlüsse der Gesellschaft gilt das Mehrheitsprinzip. Die Mehrheit richtet sich nicht nach Köpfen, sondern nach der Höhe des eingebrachten Kapitals[35].

5. Gesellschaftsgröße und Finanzierungsart

Die Konzeption der Personengesellschaften geht von einer überschaubaren Zahl von Personen aus, die einander kennen, einander vertrauen und aktiv in der Gesellschaft mitarbeiten. Die offene Handelsgesellschaft geht dabei von einer weitgehenden Gleichheit der Gesellschafter aus, die Kommanditgesellschaft dagegen setzt zwei unterschiedliche Arten von Gesellschaftern voraus, nämlich die mit ihrem Privatvermögen haftenden

[34] *Hüffer/Koch* (Fn. 6), § 2 R n. 11 f.; *Kindl* (Fn. 9), § 2 R n. 4; *Saenger* (Fn. 8), Rn. 14; *Bitter* (Fn. 2), § 1 R n. 19.

[35] *Saenger* (Fn. 8), Rn. 15; *Kindl* (Fn. 9), § 2 R n. 5; *Hüffer/Koch* (Fn. 6), § 2 R n. 11 f.

Komplementäre mit Leitungsfunktion und die lediglich finanziell beteiligten Kommanditisten.

Die Konzeption der Kapitalgesellschaft geht von einer unbestimmten Mitgliederzahl aus. Dabei liegt aber der GmbH, obwohl Kapitalgesellschaft, eine personalistische Konzeption zugrunde. So ist in der Praxis häufig der Gesellschafterkreis einer GmbH überschaubar und die Geschäftsführung erfolgt durch die Gesellschafter.

Personengesellschaften und auch die GmbH als Kapitalgesellschaft finanzieren sich in der Praxis in der Regel durch Kredite. Die Aktiengesellschaft ist hingegen als Publikumsgesellschaft angelegt, die sich durch öffentlich eingeworbenes Eigenkapital finanziert[36]. Im Zusammenhang mit der Aktiengesellschaft muss man sich von dem viel verbreiteten Glauben lösen, dass diese Rechtsform nur von großen Unternehmen gewählt wird. Für kleine Aktiengesellschaften hat der deutsche Gesetzgeber im Jahr 1994 die Gründung einer Einmann-Aktiengesellschaft ermöglicht. Nicht alle Aktiengesellschaften treten an der Börse in Erscheinung, vielmehr besitzt die überwiegende Zahl gerade keine Börsenzulassung.

VI. Gesellschaftsrecht ist Kautelarrecht

Es ist bereits deutlich geworden, dass die Grenze in den einzelnen gesetzlichen Regelungen zwischen Personen- und Kapitalgesellschaft nicht trennscharf verläuft, vielmehr eine Personengesellschaft über kapitalgesellschaftsrechtliche Merkmale und umgekehrt eine Kapitalgesellschaft über personalistische Merkmale verfügen kann.

Gesellschaftsrecht ist in der juristischen Praxis in weitem Umfang Kautelarrecht, d.h. es unterliegt in einem gewissen Ausmaß der privatautonomen Ausgestaltung der Gesellschafter. Anderenfalls würde ein wichtiges Ziel des Gesellschaftsrechts verfehlt, nämlich Unternehmen unter Beachtung von Drittinteressen einen ihrem Zweck entsprechenden Rechtsrahmen zur Verfügung stellen. Die Gesellschafter geben sich bei der Gründung der Gesellschaft nur selten mit der bloßen Übernahme des gesetzlichen Regelungskatalogs zufrieden, sondern nutzen den ihnen vom Gesetzgeber eingeräumten Gestaltungsspielraum, um die Gesellschaft auf ihre indi-

[36] *Windbichler* (Fn. 1), § 4 Rn. 6.

viduellen Bedürfnisse zuzuschneiden[37]. Die Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht hat zum Entstehen kapitalistischer Personengesellschaften und personalistischer Kapitalgesellschaften geführt[38]. Durch entsprechende Regelungen im Gesellschaftsvertrag können daher die Grenzen zwischen Personengesellschaft und Kapitalgesellschaft so verwischt werden, dass eine Gesellschaft sowohl körperschaftliche als auch personengesellschaftliche Merkmale aufweisen kann.

Solche Mischformen von Gesellschaften, die sowohl körperschaftliche als auch personengesellschaftliche Merkmale aufweisen, sind die GmbH & Co. KG und die Publikums-Kommanditgesellschaft[39]. Bei der GmbH & Co. KG handelt es sich um eine Kommanditgesellschaft, deren unbeschränkt haftende Komplementärin eine GmbH ist, so dass die Haftung der unbeschränkt haftenden Komplementärin auf das Gesellschaftsvermögen der GmbH beschränkt ist. Die GmbH & Co. KG ist somit als Kommanditgesellschaft eine Personengesellschaft, bei der aber keine natürliche Person unbeschränkt haftet, da die Kommanditisten nur in Höhe ihrer Einlage haften. Die der GmbH & Co. KG deshalb fehlende persönliche Haftung eines Gesellschafters ist aber gerade ein klassisches Merkmal der Körperschaft[40].

Eine Publikums-Kommanditgesellschaft wirbt eine unbestimmte Vielzahl von rein kapitalistisch beteiligten Kommanditisten (Anlagegesellschaftern) an, die untereinander und zu den eigentlichen Unternehmensgesellschaftern in keiner persönlichen oder sonstigen Beziehung stehen[41]. Die Publikums-Kommanditgesellschaft ist als Kommanditgesellschaft zwar eine Personengesellschaft. Der häufige Gesellschafterwechsel und die fehlende persönliche Verbundenheit der Gesellschafter zur Gesellschaft sind aber Merkmale einer Kapitalgesellschaft[42].

Bei der Frage, welchen Raum die Gesellschafter zur Ausgestaltung beim Abschluss des Gesellschaftsvertrages haben, ist zwischen Personen-

---

[37] *Hüffer/Koch* (Fn. 6), § 2 Rn. 14; *Bitter* (Fn. 2), § 1 Rn. 21.

[38] *K. Schmidt* (Fn. 23), § 3 I 2 b.

[39] *Saenger* (Fn. 8), Rn. 36; *Windbichler* (Fn. 1), § 1 Rn. 5.

[40] *Saenger* (Fn. 8), Rn. 37.

[41] BGH, BGHZ 64, 238 (241) = NJW 1975, 1318 (1319).

[42] *Saenger* (Fn. 8), Rn. 37.

gesellschaften einerseits und Kapitalgesellschaften, also juristischen Personen, andererseits zu differenzieren. Bei den Personengesellschaften (BGB-Gesellschaft, Offene Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft) sind nur die gesetzlichen Vorschriften, die das Verhältnis der Gesellschaft mit den Gläubigern, Schuldnern und anderen Außenstehenden regeln (Außenverhältnis) zwingendes Recht. Das bedeutet, die gesetzlichen Regelungen, die das Außenverhältnis betreffen, können grundsätzlich durch Regelungen im Gesellschaftsvertrag nicht abgeändert werden. Hinter diesem Grundsatz steht der Gedanke, dass diejenigen, welche mit der Personengesellschaft in geschäftlichen Kontakt treten, sich auf sichere Haftungs- und Vertretungsregeln verlassen, mithin das Geschäftsrisiko in rechtlicher Hinsicht abschätzen können. Die Rechtssicherheit gebietet somit, die gesetzlichen Vorschriften, die außenstehende Dritte berühren, nicht zur Disposition der Gesellschafter zu stellen, weil sonst Außenstehende erheblich gefährdet werden können[43]. Bei der Gestaltung der inneren Struktur der Personengesellschaft, also dem Verhältnis der Gesellschafter untereinander, besteht in größerem Umfang Gestaltungsfreiheit, da hier keine Rechte außenstehender Dritter gefährdet werden können. Es ist also möglich, die gesetzlichen Regelungen zum Innenverhältnis zu ergänzen oder von ihnen abzuweichen. So sieht das Handelsgesetzbuch für eine Kommanditgesellschaft die Bildung eines Aufsichtsrates oder Beirates nicht vor. Jedoch kann ein solcher geschaffen werden[44].

Auch bei den Kapitalgesellschaften, die juristische Personen sind, besteht im Hinblick auf ihre Beziehungen zu Dritten (Außenverhältnis) keine Gestaltungsfreiheit. Im Vergleich zur Personengesellschaft ist jedoch auch die Gestaltungsfreiheit der Gesellschafter bei der inneren Struktur der Gesellschaft in Abweichung von den gesetzlichen Vorgaben erheblich eingeschränkt[45]. So sind bei der Aktiengesellschaft die gesetzlichen Bestimmungen über die Satzung zwingend, soweit nicht das Gesetz ausdrücklich eine Ausnahme zulässt. Bei der GmbH besteht insoweit mehr Gestaltungsfreiheit, da der Gesellschaftsvertrag im Hinblick auf das Verhältnis der

[43] *Eisenhardt* (Fn. 22), § 2 Rn. 31.

[44] *Eisenhardt* (Fn. 22), § 2 Rn. 32.

[45] *Eisenhardt* (Fn. 22), § 2 Rn. 32.

Gesellschafter untereinander unter Beachtung zwingenden Rechts beliebige ergänzende Regelungen enthalten kann.

VII. Der Einfluss des Steuerrechts auf das Gesellschaftsrecht

Das Steuerrecht ist nicht neutral gegenüber den einzelnen Gesellschaftsformen. Es wird auch als „unerwünschte Rechtsquelle des Gesellschaftsrechts" bezeichnet[46]. Ganze Entwicklungsstränge des Gesellschaftsrechts lassen sich ausschließlich oder doch überwiegend als Konsequenz einer steuerrechtsorientierten Rechtsformwahl erklären.

Bei Kapitalgesellschaften gilt bei der Besteuerung des Gesellschaftsgewinns das Trennungsprinzip, bei Personengesellschaften das Einheitsprinzip[47].

Das Trennungsprinzip bedeutet, dass bei der Besteuerung des Gewinns zwischen der Gesellschaftsebene und der Gesellschafterebene differenziert wird. Kapitalgesellschaften unterliegen der Ertragssteuer in Form der Körperschaftssteuer. Diese bemisst sich nach dem Gewinn der Körperschaft, also der Gesellschaft. Der Körperschaftssteuersatz in Deutschland beträgt zurzeit 15 %. Zusätzlich müssen die Gesellschafter, die als Anteilseigner an der Körperschaft beteiligt sind, ihre Einkünfte aus der Beteiligung an der Gesellschaft versteuern. Da diese Einnahmen bereits durch die von der Kapitalgesellschaft abgeführte Körperschaftsteuer gemindert sind, werden sie nun ein zweites Mal besteuert. Damit es aber nicht zu einer Doppelbesteuerung der Einkünfte des Unternehmens auf Ebene der Gesellschaft einerseits und auf Ebene des Gesellschafters andererseits kommt, sind verschiedene Mechanismen entwickelt worden. Seit 2009 gilt dabei das Teileinkünfteverfahren bzw. die Abgeltungsteuer, die zu einer (pauschal) begünstigten Form der Besteuerung auf Ebene des Gesellschafters führen.

Bei Personengesellschaften werden der Erfolg der Gesellschaft und der Erfolg der Gesellschafter steuerlich als Einheit behandelt. Die Personengesellschaft selbst ist nicht ertragssteuerpflichtig, gleichwohl werden ihre Gewinne besteuert. Die Besteuerung erfolgt im Wege der Einzelbesteuerung

[46] *Windbichler* (Fn. 1), § 4 Rn. 9.

[47] *Saenger* (Fn. 8), Rn. 24.

der Gesellschafter. Sie sind das Steuersubjekt[48]. Die Gesellschafter müssen den ihnen ausgeschütteten Gewinn im Rahmen ihrer Einkommensteuer in voller Höhe zu ihrem persönlichen Steuersatz versteuern[49].

Welche Form der Besteuerung und damit welche Rechtsform aus Sicht der Besteuerung vorteilhaft ist, ist aus der jeweiligen Steuersituation des steuerpflichtigen Gesellschafters zu beurteilen. Die GmbH Co. KG als eine Kombination von Kapital- und Personengesellschaft passt mehr denn je in die heutige Landschaft, denn sie präsentiert sich als hybride Rechtsform, wobei sie steuerlich jedoch in der Regel als gewerblich geprägte Personengesellschaft auftritt. Der Vorteil des deutschen Steuerrechts besteht zumindest darin, dass sich der Steuerpflichtige den jeweiligen Gegebenheiten anpassen kann. Durch Änderungen von Nuancen ist es möglich, das Besteuerungssystem ggf. unter Aufdeckung der stillen Reserven zu wechseln. Die rechtliche Grundlage dafür bildet das Umwandlungssteuerrecht. Fragt man allein unter steuerlichen Gesichtspunkten, welche Unternehmensform — entweder Kapitalgesellschaft oder Personengesellschaft — die zurzeit günstigere Rechtsform ist, kann dies aufgrund der Vielschichtigkeit der abzuwägenden Umstände nur noch im Einzelfall und aufgrund umfangreicher maschineller Berechnungen ermittelt werden. Nach der Unternehmenssteuerreform des Gesetzgebers im Jahre 2009 sollen nach seinem Idealbild thesaurierte Gewinne des Personenunternehmens durch § 34a Einkommensteuergesetz in gleichem Umfang wie thesaurierte Gewinne der Kapitalgesellschaft besteuert werden. Im Einzelnen kommt es aber insbesondere im Hinblick auf nicht abziehbare Betriebsausgaben und im Hinblick auf die Nachversteuerung zu Belastungsunterschieden und gerade bei den Nachbesteuerungstatbeständen zu erhöhten Risiken bei der Thesaurierung von gewinnen im Personenunternehmen.[50]

VIII. Kriterien für die Rechtsformwahl

Ich möchte die Gemeinsamkeiten und Unterschiede von Personengesellschaften und Kapitalgesellschaften noch aus einem anderen Blickwinkel

[48] Grundlegend dazu BFH GrS, BFHE 178, 86 (95) = BStBl II 1995, 617.

[49] *Saenger* (Fn. 8), Rn. 26; *Eisenhardt* (Fn. 22), § 2 Rn. 23; *Kindl* (Fn. 9), § 3 Rn. 4.

[50] *Hallerbach*, in: Söffing, Die GmbH Co. KG, 2. Aufl. 2013, S. 5, Rn. 23.

vertiefen. Vor der Gründung einer Gesellschaft ist zu überdenken, mit welcher zulässigen Rechtsform die beabsichtigte gemeinsame Zweckverfolgung am besten umgesetzt werden kann.

1. Zulässigkeit der Rechtform für den Gesellschaftszweck

Zunächst ist zu klären, welche Rechtsform für den verfolgten Gesellschaftszweck zulässig ist. Die Wahlfreiheit der Gründer hat Grenzen. Das Gesetz stellt manche Gesellschaftsformen nur für bestimmte Zwecke zur Verfügung[51].

In der Rechtsform der Aktiengesellschaft und der GmbH, also einer Kapitalgesellschaft, können alle rechtlich zulässigen gewerblichen und nicht gewerblichen Zwecke verfolgt werden. Rechtsanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer können ihren Beruf in diesen beiden Rechtsformen ausüben.

Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Grundform der Personengesellschaft kann für jeden zulässigen Zweck mit Ausnahme eines Handelsgewerbes gegründet werden. Letzteres ist bei der Wahl einer Personengesellschaft der im Handelsgesetzbuch geregelten offenen Handelsgesellschaft und der Kommanditgesellschaft vorbehalten. Die im bürgerlichen Gesetzbuch geregelte Gesellschaft bürgerlichen Rechts kommt somit nur für Kleingewerbe in Betracht.

Da ein Gewerbe die jede erlaubte, selbstständige, zum Zwecke der Gewinnerzielung vorgenommene nach außen erkennbare Tätigkeit ist, die planmäßig und für eine gewisse Dauer ausgeübt wird und kein freier Beruf ist, ist den Angehörigen der freien Berufe, also beispielsweise Rechtsanwälten und Ärzten, grundsätzlich die Rechtsform der offenen Handelsgesellschaft und der Kommanditgesellschaft verschlossen. Es wurde deshalb als Gegenstück die in einem eigenen Gesetz geregelte Partnerschaftsgesellschaft geschaffen, in der kein Handelsgewerbe ausgeübt werden darf.

2. Die Zweckmäßigkeit der Rechtsform

Die Wahl der für den verfolgten Gesellschaftszweck zulässigen Rechtsformen wird durch eine Vielzahl von Faktoren beeinflusst.

Dabei sind zunächst der Aufwand und die damit einhergehenden Kosten bei der Gründung der Gesellschaft zu bedenken. Personengesell-

[51] *Bitter* (Fn. 2), §1 Rn. 7; *Windbichler* (Fn. 1), § 4 Rn. 2.

schaften entstehen bereits durch den Abschluss des formfreien Gesellschaftsvertrages und die Aufnahme der Geschäftstätigkeit. Es muss kein Mindestkapital aufgebracht werden. Bei Kapitalgesellschaften bedarf der Gesellschaftsvertrag der notariellen Beurkundung. Der Gesellschaftsvertrag muss zudem zwingend bestimmte gesetzliche Angaben enthalten. Des Weiteren entstehen Aktiengesellschaft und GmbH nicht bereits durch den Abschluss des Gesellschaftsvertrages und die Aufnahme ihrer Geschäftstätigkeit. Vielmehr bedarf es der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister. Diese kann erst dann erfolgen, wenn zumindest ein Teil des Stamm- und Grundkapitals durch die Gesellschafter eingezahlt worden ist. Das Mindeststammkapital der GmbH beträgt mit 25.000 Euro nur die Hälfte des Mindestgrundkapitals der Aktiengesellschaft[52]. Seit 2008 gibt es zudem als Reaktion des Gesetzgebers auf die englische Limited die Möglichkeit eine „Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)" zu gründen. Diese auch als „kleine GmbH" bezeichnete GmbH kann mit einem Mindeststammkapital von nur einem Euro gegründet werden, § 5a Abs. 1 GmbHG. Die Rechtsform der englischen Limeted ist mittlerweile konstant rückläufig. Zum 1. Januar 2013 war der Gesamtbestand an der Unternehmergesellschaft mit 78.680 sieben Mal so groß wie der der Limeted[53].

Im laufenden Geschäftsbetrieb sind die rechtsformspezifischen Kosten bei Personengesellschafen tendenziell geringer als bei Kapitalgesellschaften. Bei Aktiengesellschaften ist zwingend ein Aufsichtsrat einzurichten, bei der GmbH ist die Einrichtung eines solchen Kontrollgremiums, durch welches zusätzliche Kosten entstehen, fakultativ[54]. Weiterhin ist die Haftungsfrage zu bedenken. Die Beschränkung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen ist ein zentrales Anliegen der Gesellschafter, insbesondere dann, wenn diese sich lediglich kapitalmäßig beteiligen, ohne Einfluss auf die Geschäftsführung nehmen zu können. Häufig bestehen jedoch Gläubiger haftungsbeschränkter Unternehmen, also Kapitalgesellschaften, auf eine Absicherung ihrer Forderungen in Form von Personal- (Bürgschaft)

[52] *Saenger* (Fn. 8), Rn. 30.

[53] *Kornblum*, GmbHR 2013, 693 (702).

[54] *Saenger* (Fn. 8), Rn. 31 f.

und Realsicherheiten (Grundpfandrechte)[55]. Das gilt insbesondere bei der GmbH. Ein weiterer Aspekt ist bei größeren Investitionsvorhaben die Börsenfähigkeit der Gesellschaft, um durch einen Börsengang das notwendige Eigenkapital zu beschaffen. Börsenfähig sind die Aktiengesellschaft, die Kommanditgesellschaft auf Aktien und die GmbH & Co. KG auf Aktien. Die GmbH ist, obwohl Kapitalgesellschaft, nicht börsenfähig[56]. Auch die Art der Besteuerung ist bei der Rechtsformwahl zu berücksichtigen. Der steuerliche Belastungsvergleich gehört zu den wichtigsten Bestimmungsfaktoren bei der Rechtsformwahl, wobei das Umwandlungsrecht es ermöglicht, bestehende Unternehmen nach aktuellen Steuervorteilen umzugestalten[57]. Des Weiteren sind im Rahmen der Rechtsformwahl mögliche Buchführungs- und Bilanzierungspflichten und der damit einhergehende zeitliche und finanzielle Aufwand zu bedenken. Dabei unterliegen im Handelsgesetzbuch Kapitalgesellschaften gegenüber kaufmännischen Personengesellschaften strengeren Rechnungslegungsvorschriften[58]. Weiteres Kriterium für die Rechtsformwahl kann auch die langfristige Sicherung des Unternehmensbestandes sein. Dabei ist zum einen an die Übertragbarkeit der Gesellschaftsanteile zu denken[59], die bei Kapitalgesellschaften grundsätzlich möglich ist, bei Personengesellschaften hingegen einer entsprechenden Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag bedarf. Zum anderen ist die Frage der Geschäftsführung zu bedenken. Bei Kapitalgesellschaften kann die Geschäftsführung auch von Nichtgesellschaftern vorgenommen werden (Fremdorganschaft), so dass der Bestand der Gesellschaft nicht von der Einsatzbereitschaft und -fähigkeit der Gesellschafter abhängt und aufgrund der Trennung von Eigenkapitalgeber und Geschäftsführung die Fortführung auch mit Erben möglich ist, die an der unternehmerischen Tätigkeit selbst kein Interesse haben. Des Weiteren bestehen für Kapitalgesellschaften Kapitalerhaltungsvorschriften, die eine Rückzahlung des Stammkapitals der GmbH bzw. des Grundkapitals der Aktiengesellschaft verbieten. Für

[55] *Saenger* (Fn. 8), Rn. 22; *Windbichler* (Fn. 1), § 4 Rn. 8.

[56] *Saenger* (Fn. 8), Rn. 23.

[57] *K. Schmidt* (Fn. 23), § 1 II 6 c; *Windbichler* (Fn. 1), § 4 Rn. 9.

[58] *Saenger* (Fn. 8), Rn. 27.

[59] *Bitter* (Fn. 2), § 1 Rn. 6.

Personengesellschaften bestehen solche Einschränkungen nicht, d.h. wenn der Gesellschaftsvertrag dies zulässt, kann das gesamte Eigenkapital abgezogen werden[60]. Ein weiterer Gesichtspunkt kann die Mitbestimmung der Arbeitnehmer sein. Im Rahmen einer Gesamtbetrachtung müssen alle genannten Aspekte gegeneinander abgewogen werden. Es gibt nicht die vorteilhafte Rechtsform. Der Nachteil der persönlichen Gesellschafterhaftung bei der Personengesellschaft wird durch die aufgezeigten Nachteile der Kapitalgesellschaft relativiert. Die Wahl der passenden Gesellschaftsform ist eine Einzelfallentscheidung, die anhand der Rahmenbedingungen des jeweiligen Unternehmens getroffen werden muss[61].

IX. Zusammenfassung

1. Das Gesellschaftsrecht ist ein wichtiges Teilgebiet des Privatrechts. Es stellt Unternehmen unter der Beachtung von Drittinteressen einen ihrem Zweck entsprechenden Rechtsrahmen zur Verfügung. Die Gesellschaften genießen Grundrechtsschutz *(I.)*.

2. Das Gesellschaftsrecht regelt die Rechtsverhältnisse der privatrechtlichen Personenvereinigungen, die zur Erreichung eines bestimmten gemeinsamen Zwecks durch Rechtsgeschäft begründet worden sind. Keine Gesellschaften sind die familienrechtliche Gemeinschaft, die privatrechtliche Stiftung, die Erbengemeinschaft und die Bruchteilsgemeinschaft, da sie entweder nicht auf einem Rechtsgeschäft beruhen (familienrechtliche Gemeinschaft; Erbengemeinschaft), es ihnen an einem Zusammenschluss mehrerer Personen (Stiftung) oder an einem gemeinsam verfolgten Zweck (Erbengemeinschaft, Bruchteilsgemeinschaft) fehlt *(II.)*.

3. Aus Gründen des Verkehrs- und Gläubigerschutzes gibt es nur eine beschränkte Anzahl zugelassener Gesellschaftsformen. Damit besteht bei der Wahl der Gesellschaftsform nur die Möglichkeit, einen der gesetzlich vorgesehenen Gesellschaftstypen auszuwählen. Einen Allgemeinen Teil des Gesellschaftsrechts gibt es nicht. Der Gesetzgeber hat sich vielmehr für eine rechtsformspezifische Kodifikation entschieden. Geregelt sind die zulässigen Organisationsformen, die zulässige innere Struktur sowie die

[60] *Saenger* (Fn. 8), Rn. 33.

[61] *Saenger* (Fn. 8), Rn. 35; *Bitter* (Fn. 2), § 1 Rn. 6.

Beziehungen der Gesellschaft zu außenstehenden Dritten. Der Rechtsformzwang bei der Wahl der Gesellschaftsform wird durch die Niederlassungsfreiheit in der Europäischen Gemeinschaft eingeschränkt. Die zulässige Rechtsform einer in einem Mitgliedstaat gegründeten Gesellschaft, die einen Sitz in Deutschland hat, ist nach dem am Gründungsort geltenden Recht zu bestimmen. Hingegen ist die zulässige Rechtsform einer nicht in der Europäischen Gemeinschaft gegründeten Gesellschaft weiter nach deutschem Recht zu bestimmen *(III.)*.

4. Es gibt zwei Grundtypen von Gesellschaften. Die Personengesellschaft und die Körperschaft, deren wichtigste Unterart die Kapitalgesellschaft ist. Die Verwendung des Begriffs Kapitalgesellschaft ist darauf zurückzuführen, dass bei diesen Gesellschaften in der Regel die Höhe der eingezahlten Kapitalbeträge die Grundlage für die Entscheidungsbefugnisse in der Gesellschaft und die Gewinnverteilung der Gesellschaft bildet. Die Personengesellschaft ist von der Individualität ihrer Gesellschafter abhängig. Hingegen ist die Körperschaft gegenüber der Individualität ihrer Gesellschafter verselbstständigt und als nach innen und außen handlungsfähige Einheit ausgestaltet. Während bei den Personengesellschaften die persönliche Mitarbeit und die persönliche Haftung der Gesellschafter ausschlaggebend sind, steht bei den Kapitalgesellschaften die kapitalistische Beteiligung im Vordergrund *(IV.)*.

5. Der Grad der mitgliedschaftlichen Bindung ist bei der Personengesellschaft eng. Die Mitgliedschaft ist ohne Zustimmung der übrigen Gesellschafter nicht übertragbar und nicht vererblich. Bei der Kapitalgesellschaft kommt es auf die Person des Gesellschafters nicht an, die Kapitalbeteiligung steht im Vordergrund. Kapitalgesellschaften sind auf einen Mitgliederwechsel angelegt. Die Mitgliedschaft in einer Kapitalgesellschaft ist frei veräußerlich und vererbbar *(V. 1.)*. Die Gründung einer Personengesellschaft erfordert mindestens zwei Personen, einer Eintragung in ein staatliches Register bedarf es für die Gründung nicht. Die Gesellschafter handeln ihre Rechtsstellung im Gesellschaftsvertrag aus, ihre Rechtspositionen können unterschiedlich ausgestaltet werden. Eine Kapitalgesellschaft kann dagegen auch durch eine Person gegründet werden. Dabei bedarf es zur Gründung der Kapitalgesellschaft zwingend ihrer Eintragung in ein staatliches Register. Rechte und Pflichten der Mitglieder sind in der

Satzung für alle Gesellschafter gleich ausgestaltet. Die neu hinzutretenden Mitglieder erwerben mit ihrem Beitritt die durch die Satzung festgelegten Rechte und Pflichten *(V. 2.)*. Personengesellschaften sind lediglich teilrechtsfähig. Neben der Gesellschaft haften die Gesellschafter mit ihrem Privatvermögen für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Die Kapitalgesellschaft ist hingegen rechtsfähig. Den Gläubigern haftet für Gesellschaftsverbindlichkeiten allein die Gesellschaft. Die Gesellschafter haften nicht mit ihrem Privatvermögen für die Gesellschaftsverbindlichkeiten. Deshalb hat die Eintragung in das Handelsregister als staatliches Register konstitutive Wirkung, um sicherzustellen, dass die dem Gläubigerschutz dienenden gesetzlichen Mindestvorgaben, insbesondere die Aufbringung des Mindestkapitals, beachtet worden sind *(V. 3.)*. Bei der Personengesellschaft gilt das Prinzip der Selbstorganschaft, d.h. die Geschäftsführung und die Vertretung der Gesellschaft erfolgt durch die Gesellschafter. Es gilt grundsätzlich bei der Beschlussfassung das Einstimmigkeitsprinzip. Soweit eine Mehrheitsentscheidung zulässig ist, richtet sich diese nach der Zahl der Gesellschafter und nicht nach den Beteiligungsverhältnissen. Bei der Kapitalgesellschaft gilt das Prinzip der Dritt- oder Fremdorganschaft, d.h. die Geschäftsführung und die Vertretung der Gesellschaft kann unter Ausschluss der Gesellschafter auch durch gesellschaftsfremde Dritte erfolgen. Bei der Beschlussfassung gilt das Mehrheitsprinzip. Das Stimmgewicht richtet sich nach der kapitalmäßigen Beteiligung der Gesellschafter an der Gesellschaft *(V. 4)*. Die Personengesellschaft weist einen überschaubaren Mitgliederbestand auf. Hingegen ist die Kapitalgesellschaft auf einen großen Gesellschafterkreis ausgerichtet, was jedoch nicht zwingend ist. Der GmbH liegt, obwohl Kapitalgesellschaft, eine personalistische Gesellschafterkonzeption zugrunde *(V. 5.)*.

6. Das Gesellschaftsrecht unterliegt in bestimmten Grenzen der Gestaltungsfreiheit der Gesellschafter. Durch entsprechende Regelungen im Gesellschaftsvertrag bei der Personengesellschaft bzw. der Satzung bei der Kapitalgesellschaft können die Grenzen zwischen Personengesellschaft und Kapitalgesellschaft so verschoben werden, dass eine Gesellschaft sowohl kapitalgesellschaftliche als auch personengesellschaftliche Merkmale aufweisen kann. Mischformen von Gesellschaften, die sowohl kapitalgesellschaftliche als auch personengesellschaftliche Merkmale aufweisen, sind die

GmbH & Co. KG und die Publikums-Kommanditgesellschaft. Die GmbH & Co. KG ist eine Kommanditgesellschaft, deren unbeschränkt haftende Komplementärin eine GmbH ist, so dass die Haftung der unbeschränkt haftenden Komplementärin auf das Gesellschaftsvermögen der GmbH beschränkt ist. Die der GmbH & Co. KG deshalb fehlende persönliche Haftung eines Gesellschafters mit seinem Privatvermögen ist aber gerade ein klassisches Merkmal der Körperschaft. Bei einer Personengesellschaft sind die gesetzlichen Regelungen, die das Außenverhältnis betreffen, zwingendes Recht und können nicht durch den Gesellschaftsvertrag abgeändert werden. Bei der Gestaltung der inneren Struktur der Gesellschafter untereinander besteht für die Gesellschafter Gestaltungsfreiheit. Auch bei einer Kapitalgesellschaft besteht im Hinblick auf das Außenverhältnis keine Gestaltungsfreiheit der Gesellschafter. Im Vergleich zur Personengesellschaft ist jedoch bei einer Kapitalgesellschaft auch die Gestaltungsfreiheit bei der inneren Struktur der Gesellschaft erheblich eingeschränkt *(VI.)*.

7. Das Steuerrecht beeinflusst die Entwicklung des Gesellschaftsrechts maßgeblich. Ganze Entwicklungsstränge des Gesellschaftsrechts lassen sich ausschließlich oder doch überwiegend als Konsequenz einer steuerrechtsorientierten Rechtsformwahl erklären. Bei Kapitalgesellschaften gilt bei der Besteuerung des Gewinns der Gesellschaft das Trennungsprinzip. Es wird bei der Besteuerung des Gesellschaftsgewinns zwischen der Gesellschaftsebene und der Gesellschafterebene unterschieden. Bei Personengesellschaften gilt das Einheitsprinzip. Die Besteuerung des an die Gesellschafter ausgeschütteten Gewinns richtet sich bei einer Personengesellschaft nach dem individuellen Steuersatz der Gesellschafter *(VII.)*.

8. In der Rechtsform der Aktiengesellschaft und der GmbH, also einer Kapitalgesellschaft, können alle rechtlich zulässigen gewerblichen und nicht gewerblichen Zwecke verfolgt werden. Eine Personengesellschaft zur Ausübung eines Handelsgewerbes kann nur in der Rechtsform der im Handelsgesetzbuch geregelten offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft betrieben werden. Angehörigen der freien Berufe, beispielsweise Rechtsanwälten oder Ärzten, ist als Gegenstück zur offenen Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft die in einem eigenen Gesetz geregelte Partnerschaftsgesellschaft als Personengesellschaftsform vorbehalten *(VIII. 1.)*. Die Wahl der passenden Gesellschaftsform ist eine Einzelfallentschei-

dung, die anhand der Rahmenbedingungen des jeweiligen Unternehmens getroffen werden muss. Dabei sind unter anderem zu bedenken: Aufwand und Kosten der Gesellschaftsgründung, die rechtsformspezifischen Kosten des laufenden Geschäftsbetriebs, Buchführungs- und Bilanzierungspflichten, die Kapitalaufbringung und -erhaltung, die Höhe der Besteuerung des Gesellschaftsgewinns, die Haftung der Gesellschafter und die Sicherung des Fortbestands der Gesellschaft durch die Möglichkeit der Geschäftsführung durch einen Nichtgesellschafter *(VIII. 2.)*.

ТОВАРИЩЕСТВА И ОБЩЕСТВА (ООО, ОАО) — СХОДСТВА И РАЗЛИЧИЯ

Судья Верховного Земельного суда,
д-р юр.н. Германии Фальк Бернау

Тезисы[1]

Корпоративное право — важнейшая отрасль частного права. Для организаций разрабатываются соответствующие правовые рамки, которые способствуют реализации их задач при условии соблюдения интересов третьих лиц. Юридические лица защищаются Основным Законом ФРГ *(I.)*.

Корпоративное право регулирует отношения частноправовых объединений лиц, которые были образованы путём заключения договора, направленного на достижение конкретной общей цели. Общества не могут быть созданы в виде семейно-правовых образований, частноправовых фондов, общности наследников, а также в форме общества с общей долевой собственностью, т.к. они учреждаются либо не в результате правовой сделки (например, семейно-правовое образование, общность наследников), либо отсутствует объединение множества лиц (например фонд) или желание, направленное на достижение общей цели (например, общество наследников, общество с общей долевой собственностью) *(II.)*.

Исходя из защиты добросовестности сделок и защиты прав кредиторов, существует только ограниченное количество допускаемых организационно-правовых форм. Под этим понимается возможность выбора формы учреждения общества только из тех видов, которые предусмотрены законом. Общей части корпоративного права не существует. Законодатель решил в пользу специфической кодификации

[1] Перевод Анастасии Краденовой.

организационно-правовых форм. Законодательно урегулированы допустимые организационно-правовые формы, допустимая внутренняя структура, а также отношения между обществом и третьим лицом. Выбор организационно-правовой формы ограничивается свободой учреждения, предусмотренной в Европейском Союзе. Допустимая правовая форма общества, учрежденного в одной из стран-членов ЕС, место нахождения органа управления делами которого находится на территории Германии, определяется по закону страны, где оно было учреждено. Напротив, допустимая организационно-правовая форма общества, которое было учреждено не в Европейском Союзе, определяется в соответствии с немецким законодательством *(III.)*.

Существует два основных типа обществ. Объединение лиц и объединение капиталов, важнейшей разновидностью которого является хозяйственное общество. Термин «хозяйственное общество» обычно используется применительно к тем обществам, где, по общему правилу, оплаченная доля в уставном капитале составляет основу для распределения прибыли общества и полномочия по принятию решения. Объединения лиц зависят непосредственно от самих участников товарищества. Объединения капиталов, напротив, обособлены от своих участников и обладают правовой дееспособностью как по отношению к своим участникам, так и к третьим лицам. В то время как в объединении лиц решающее значение имеют личное участие в деятельности общества и личная ответственность участников, в объединении капиталов же основополагающим фактором является внесение участниками доли в уставной капитал *(IV.)*.

В объединениях лиц участники тесно связаны между собой. Членство не может быть передано или унаследовано без согласия остальных членов товарищества. В «хозяйственных обществах» это не зависит от членов общества, приоритетное значение имеет долевое участие в капитале. Объединения капиталов предрасположены к изменению состава участников. Членство в таком хозяйственном обществе легко отчуждаемо и может передаваться по наследству *(V.1.)*. Для создания объединения лиц необходимо наличие как минимум двух участников, внесения в Торговый Реестр не требуется. Правовой статус каждого из участников закрепляется в договоре о совместной

деятельности. Их правовые положения могут быть оформлены поразному. Объединение капиталов, напротив, может быть образовано одним лицом. Кроме того, для учреждения организации в форме объединения капиталов необходимо внесение в Торговый Реестр. Права и обязанности каждого члена закреплены в уставе общества и действуют одинаково для всех участников. Вновь вступившие члены общества в момент вступления наделяются правами и обязанностями, закрепленными в уставе *(V.2.).* Организации, основанные на объединении лиц, обладают лишь частичной правоспособностью. Наряду с самой организацией, ее участники отвечают личным имуществом по долгам общества перед кредиторами. Организации же, основанные на объединении капиталов, наоборот, полностью правоспособны. За обязательства перед кредиторами несет единоличную ответственность само общество. Его участники не отвечают своим личным имуществом по долгам общества перед кредиторами. Поэтому внесение в Торговый Реестр является важным правоустанавливающим действием для обеспечения соблюдения участниками предусмотренных законом требований, особенно в отношении внесения минимального уставного капитала. *(V.3.). В* объединениях лиц действует принцип ведения дел товарищества в силу участия, это означает, что ведение дел предприятия и коммерческое представительство осуществляется самими участниками общества. По общему правилу, это выражается в единогласном принятии решения. В том случае если допустимо решение, принятое большинством голосов, следует руководствоваться количеством участников, а не соотношением долевого участия. В объединениях капиталов действует принцип участия третьих сторон, то есть ведение дел организации и коммерческое представительство может осуществляться без участия учредителей — иными лицами. Решение принимается большинством голосов. Количество голосов каждого из участников зависит от величины вклада в уставном капитале общества *(V.4.).* Объединение лиц представляет собой структуру с ограниченым количеством участников. Объединения капиталов, напротив, ориентированы на более широкий круг участников, что, тем не менее, не является обязательным условием. В обществах с ограниченной ответственностью, несмотря на то, что они являются

такой организационно-правовой формой, как объединение капиталов, в основу положено участие учредителей в ведении дел общества *(V.5.)*.

Корпоративное право подвержено, в определенных пределах, свободе формирования круга участников. При наличии соответствующих положений в учредительном договоре в объединениях лиц или же в уставе организаций, основанных на объединении капиталов, различия между этими организациями могут быть настолько расплывчатыми, что общество может иметь характерные черты как одной, так и другой организационно-правовой формы коммерческих организаций. К смешанным формам обществ, которые имеют характерные признаки, как объединений капиталов, так и объединений лиц, относятся так называемые GmbH&Co. KG[2] и публичные коммандитные товарищества. В GmbH&Co. KG общество с ограниченной ответственностью является полным товарищем, ответственность которого ограничивается имуществом ООО. Однако отсутствие у одного из участников личной ответственности перед кредиторами своим имуществом — отличительная черта корпоративного объединения. При объединении лиц законодательные регулирования, касающиеся правоотношений, возникающих между хозяйственным обществом и третьими лицами, являются императивными и не могут быть подвержены изменениям в учредительном договоре. При создании внутренней структуры общества в отношениях между участниками возникает свобода формирования. Однако в «хозяйственной организации» применительно к внешним отношениям так же не существует никакой свободы формирований состава участников. В сравнении с объединениями лиц, в обществах, основанных на объединениях капиталов, свобода формирования состава участников так же значительно ограничена и во внутренней структуре общества *(VI.)*.

Налоговое право оказывает существенное влияние на развитие законодательства о товариществах. Вся стратегия развития корпоративного законодательства полностью или преимущественно объясняется как следствие наиболее выгодного, с точки зрения налогового

[2] Особая форма коммандитного товарищества, в которой ответственность несет не физическое лицо, а общество с ограниченой ответсвенностью, выступающее в таком случае полным товарищем.

права, выбора организационно-правовой формы. При организационно-правовой форме объединения капиталов в вопросах налогообложения прибыли общества действует принцип разделения. Существует различие в налогообложении прибыли организации между двумя различными уровнями: между самим обществом и его участниками. В объединениях лиц действует принцип единства. Обложение налогом распределенной между участниками прибыли определяется самим товариществом, в соответствии с индивидуальной налоговой ставкой каждого товарища *(VII.)*.

В таких организационно-правовых формах, как общество с ограниченной ответственностью и акционерное общество, относящихся к объединениям капиталов, закон допускает возможность преследовать как коммерческие, так и некоммерческие цели. Организационно-правовые формы, основанные на объединении лиц, осуществляющие торговую деятельность, допускаются только в правовой форме, закрепленной в Торговом кодексе, в виде открытого торгового товарищества (OHG, *нем.*) или в виде коммандитного товарищества (KG, *нем.*). Лица свободных профессий, как, например, адвокаты и врачи, в противовес открытым торговым обществам и коммандитным товариществам урегулированы по предусмотренным в особом для них законе положениям, как партнерские товарищества в форме объединения лиц *(VIII. 1.)*. Выбор надлежащей организационно-правовой формы зависит от конкретных обстоятельств, и он должен быть сделан самой компанией с учетом соблюдения предъявляемых законом требований. В данном случае, помимо всего прочего, следует учитывать: порядок и стоимость регистрации общества, особенные затраты в зависимости от выбора организационно-правовой формы ведения хозяйственной деятельности, ведение бухгалтерского учета и составление балансовой отчетности, привлечение капитала и его сохранение, ставка налогообложения на доход общества, ответственность участников и обеспечение дальнейшей деятельности компании путем управления делами компании лицом, не являющимся участником общества. *(VIII. 2.)*.

DAS RECHT DER UNTERNEHMENSUMWANDLUNGEN IN DEUTSCHLAND

Notar Dr. Stefan Meyer

Gliederung

I. Einführung
1. Grundlagen der Unternehmensumwandlung
a) Begriffe
b) Organisationsfreiheit des Unternehmens und des Unternehmers
c) Historische Entwicklung des deutschen Umwandlungsrechts
2. Ziele des Umwandlungsgesetzes 1995
a) Rechtsbereinigung
b) Lückenschließung
c) Interessenschutz
3. Motive für Unternehmensumwandlungen
II. Das Umwandlungsgesetz
1. Systematik des Umwandlungsgestzes
III. Ablauf einer Umwandlung
1. Allgemeines
2. Verschmelzung
a) Überblick Verschmelzung
b) Maßnahmen im Rahmen der Verschmelzung
c) Verschmelzung der Tochter- auf die Muttergesellschaft
(*Upstream merger*)
IV. Zusammenfassung

I. Einführung

Nachfolgend werde ich über das deutsche Umwandlungsrecht berichten, welches durch das am 1. Januar 1995 in Kraft getretenen Umwandlungsge-

setz (**UmwG**) umfassend geregelt wird. Der aktuelle Wortlaut des UmwG ist in deutscher Sprache im Internet frei zugänglich[1]. Sofern nachfolgend Paragraphen zitiert werden, sind diese stets solche des UmwG, sofern nicht ausdrücklich etwas anderes angegeben ist. Das Umwandlungssteuerrecht, das Übergangsrecht hinsichtlich des Rechts der DDR sowie Fragen der Unternehmensmitbestimmung sind nicht Gegenstand dieses Beitrags.

1. Grundlagen der Unternehmensumwandlung

a) Begriffe

(1) Unter **Unternehmen** versteht man die Zusammenfassung von Gegenständen, Personen, Kapital, menschliche Arbeitskraft und Wissen (Know-how) zur Erzielung wirtschaftlicher Werte. Das Unternehmen und die Rechtsform des Unternehmensträgers sind grundsätzlich voneinander unabhängig. Die Person oder organisatorische Einheit, die das Unternehmen betreibt, also Inhaber des Unternehmens ist, wird allgemein als **Unternehmensträger** und in dem UmwG als **Rechtsträger** bezeichnet. Rechtsträger ist jede im Rechtsverkehr auftretende Einheit, sofern sie Träger von Rechten und Pflichten sein kann[2]. Zur Verdeutlichung darf ich ein Beispiel geben: Herr Gerhard Gustav gründet die antiquus-GmbH, damit die antiquus-GmbH einen Handel mit antiquarischen Büchern betreibt. Die antiquus-GmbH ist der Unternehmensträger und der Rechtsträger, das Unternehmen selbst ist der Handel mit alten Büchern und Herr Gustav ist der Gründer der antiquus-GmbH und deren Alleingesellschafter.

(2) Der Begriff **Umwandlung** wird von dem UmwG als Oberbegriff für die nach dem UmwG zulässigen Umwandlungsarten verwendet. Diese Wortwahl weicht von der vor dem Inkrafttreten des UmwG verwendeten Begrifflichkeit ab, hat sich aber bewährt und inzwischen allgemein durchgesetzt[3]. Die wichtigsten Formen der Umwandlung sind die Verschmelzung, die Spaltung sowie der Formwechsel. Die Vermögensübertragung hat einen sehr eingeschränkten Anwendungsbereich (§ 175) und ist daher von sehr geringer praktischer Bedeutung. Unter **Verschmelzung** versteht man die Vermögensvereinigung mehrerer Rechtsträger durch Vermögensübertra-

[1] http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/umwg_1995/gesamt.pdf.

[2] *Widmann/Mayer/Heckschen*, § 1 Rn. 13-15, Stand September 2008.

[3] Widmann/Mayer/*Heckschen*, § 1 Rn. 19, Stand September 2008.

gung des übertragenden Rechtsträgers im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf den übernehmenden Rechtsträger bei liquidationsloser Vollbeendigung des übertragenden Rechtsträgers[4]. Das Gegenstück zur Verschmelzung ist die **Spaltung**, nämlich die Aufteilung der Vermögenswerte eines Rechtsträgers auf verschiedene Rechtsträger im Wege der (partiellen) Gesamtrechtsnachfolge mit oder ohne Auflösung des übertragenden Rechtsträgers[5]. Unter **Formwechsel** versteht das UmwG die Rechtsformänderung des Rechtsträgers, wobei der Vermögensbestand des Rechtsträgers sowie die Anteilsinhaber und deren Beteiligung an dem Rechtsträger unverändert bleiben[6].

b) Organisationsfreiheit des Unternehmens und des Unternehmers

(1) Der Unternehmensgründer kann im Rahmen der gesetzlich eingeräumten Möglichkeiten frei wählen, welche rechtliche Organisation der Unternehmensträger hat, welches „Rechtskleid" er dem Unternehmensträger also „anzieht". Diese **Gründungswahlfreiheit** besteht in Deutschland inzwischen auch hinsichtlich ausländischer Rechtsformen, jedenfalls sofern es sich um Gesellschaften handelt, die nach dem Recht eines Mitgliedsstaates der Europäischen Union oder der USA gegründet wurden. Der Unternehmer kann für das Unternehmen bei der Gründung somit wählen, welche Rechtsform der Unternehmensträger haben soll, ob er es etwa als Einzelkaufmann betreibt oder ob es von einer Kapitalgesellschaft oder einer Personenhandelsgesellschaft oder einer englischen Private Company limited by Shares (Limited) betrieben wird. Die Konkurrenz durch Auslandsgesellschaften ist eine Ausprägung der (rechtlichen) Globalisierung.

(2) Die **Wahlfreiheit des Unternehmers hinsichtlich der Organisationform** des Unternehmens besteht nicht nur bei der Unternehmensgründung, sondern gilt auch für die Zeit danach, **wirkt** also **fort**. Das Umwandlungsrecht soll die Veränderungen der rechtlichen Organisation eines regelmäßig bereits bestehenden Unternehmens ermöglichen und gestalten, dient also der Umsetzung, Gestaltung und Begrenzung der Wahlfreiheit des Unternehmers und des Unternehmens.

---

[4] Widmann/Mayer/*Heckschen*, § 2 Rn. 21, Stand Juli 2005.

[5] Widmann/Mayer/*Schwarz*, § 123 Rn. 3 f., Stand September 1996.

[6] Widmann/Mayer/*Vossius*, § 190 Rn. 23, Stand Mai 2009.

c) Historische Entwicklung des deutschen Umwandlungsrechts

(1) Das deutsche Umwandlungsrecht hat eine lange und unsystematische Geschichte. Bereits in den 1850er Jahren waren in Deutschland Fusionen bekannt und wurden auch in einigen Fällen ohne gesetzliche Grundlage durchgeführt. Eine erste gesetzliche Regelung wurde im Jahr 1884 mit der Aktienrechtsreform (Art. 247 ADHGB) geschaffen. Diese aktienrechtlichen Möglichkeiten wurden dann im 20. Jahrhundert auf weitere Rechtsformen erweitert, etwa die Genossenschaft und die GmbH, und eine reine GmbH-Verschmelzung wurde 1980 im Rahmen einer GmbH-Novelle eingeführt. Der Rechtsformwechsel wurde in Deutschland zunächst 1934 und 1956 in eingeschränktem Umfang ermöglicht, ehe mit dem UmwG 1969 diese formwechselnden Umwandlungen nahezu vollständig geregelt und ermöglicht wurden. Bis zum Inkrafttreten des heute geltenden UmwG im Jahr 1995 bestanden jedoch erhebliche, insbesondere steuerrechtliche, Unterschiede bei der formwechselnden Umwandlung und der übertragenden Umwandlung. Auch war ein Formwechsel regelmäßig nur innerhalb der jeweiligen „Gesellschaftsgruppe“ möglich, also von einer Kapitalgesellschaft in eine andere Kapitalgesellschaft, jedoch nicht von einer Kapitalgesellschaft in eine Personenhandelsgesellschaft, bei einem Rechtsformwechsel in eine andere Gesellschaftsklasse wurde eine Übertragung des Aktiv- und Passiv-Vermögens angenommen, was regelmäßig negative steuerliche und zivilrechtliche Folgen hatte.

(2) Bereits bei den Beratungen über die GmbH-Novelle 1980 sprach sich der Rechtsausschuss des Deutschen Bundestags für eine umfassende gesetzliche Regelung der Unternehmensumwandlung aus. Diese Beschlussempfehlung nahm der Deutsche Bundestag einstimmig an, sodass ab dem Jahr 1982 in dem Bundesministerium der Justiz die eigentlichen Vorarbeiten für eine Gesamtkodifikation des Umwandlungsrechts unter Einbeziehung möglichst vieler Rechtsformen angegangen wurden. Am 3. August **1988** wurde ein **Diskussionsentwurf** fertiggestellt, der in Praxis und Wissenschaft eingehend erörtert wurde, auch hat das Bundesministerium der Justiz 1990 die interessierten Kreise angehört. Bereits in diesem Diskussionsentwurf ist die 1995 Gesetz gewordene Grundstruktur festgelegt.

(3) Die deutsche Einheit verzögerte zunächst die Verabschiedung des neuen UmwG, da zunächst Übergangsregelungen für die DDR-Wirtschaft

geschaffen werden mussten. 1992 wurde der Referentenentwurf des UmwG vorgestellt, der ebenfalls ausführlich in Wissenschaft und Praxis diskutiert wurde. Dabei war insbesondere umstritten, ob und wie die Arbeitnehmerinteressen bei den Umwandlungsmaßnahmen zu berücksichtigen seien. Am 26. Januar 1994 wurde vom Bundeskabinett der Regierungsentwurf des UmwG beschlossen, der nach einigen Verzögerungen im September 1994 endgültig wirksam verabschiedet wurde. Das neue **UmwG** trat am 1. Januar 1995 in Kraft und wird allgemein als gelungene gesetzliche Neuregelung gewürdigt[7]. Hinsichtlich des Umwandlungsrechts liegt nunmehr eine umfassende **Gesamtkodifikation** vor, während sich die Regelungen des sonstigen deutschen Gesellschaftsrechts auf zahlreiche Gesetze verteilen, etwa das HGB, das GmbHG, das AktG, das GenG etc.

(4) Derzeit ist das Umwandlungsrecht, wie das gesamte Gesellschaftsrecht, einer immer weiter gehenden **Internationalisierung** ausgesetzt. Dies gilt einmal für die Rechtsakte der Europäischen Union, die sich auf das deutsche Umwandlungsrecht auswirken; so sind mit den §§ 122a — 122l nunmehr Bestimmungen für grenzüberschreitende Verschmelzungen in das deutsche materielle Umwandlungsrecht inkorporiert worden. Zum anderen besteht inzwischen in Deutschland eine internationale Konkurrenz, wenn es um die Wahl der für das Unternehmen bestmöglichen Rechtsform geht. Es steht den Beteiligten frei, welche Rechtsform sie beispielsweise für ein Gemeinschaftsunternehmen (joint-venture) wählen, welches etwa von einem deutschen und einem französischen Unternehmen gegründet wird, ob also eine britische Limited, eine französische SA, eine deutsche GmbH & Co KG oder eine US-amerikanische Corporation gewählt wird.

2. Ziele des Umwandlungsgesetzes 1995

Der Gesetzgeber hat mit der Neufassung des Umwandlungsrechts 1995 drei Hauptziele verfolgt, nämlich die Rechtsbereinigung, die Lückenschließung sowie die angemessene Interessenberücksichtigung.

a) Rechtsbereinigung

Das UmwG 1995 fasst die zuvor auf verschiedene Gesetze verteilten Regelungen zusammen, vereinheitlicht sie also, systematisiert sie und verbessert und erleichtert damit die Rechtsanwendung. Zuvor waren die

[7] *Gerold*, MittRhNotK 1997, 205.

Regelungen verteilt auf das UmwG 1969, das KapErhG, das Aktiengesetz, das Genossenschaftsgesetz und das VAG. Dabei wurden auch die Vorgaben der dritten gesellschaftsrechtlichen EU-Richtlinie (Verschmelzungsrichtlinie) in den allgemeinen Teil des UmwG übernommen, insbesondere in § 5 (Mindestinhalt Verschmelzungsvertrag), § 8 (Verschmelzungsbericht) und § 9 (Verschmelzungsprüfung).

b) Lückenschließung

Mit dem UmwG ist der Kreis der Rechtsträger, die an einer Umwandlung beteiligt sein können, erheblich erweitert worden, ebenso die Umwandungsmöglichkeiten. Durch das UmwG sollen 19 neue Verschmelzungsmöglichkeiten geschaffen worden sein[8].

c) Interessenschutz

Die Anteilsinhaber der beteiligten Rechtsträger, deren Arbeitnehmer sowie deren Gläubiger sollen durch umwandlungsrechtliche Maßnahmen nicht unangemessen benachteiligt werden.

(1) Die eigenverantwortliche Entscheidungsbefugnis der **Anteilsinhaber** ist gestärkt worden, etwa durch umfassende Unterrichtungs- und Aufklärungspflichten der Unternehmensleitungen sowie durch die Sicherstellung von gleichwertigen Gegenleistungen bei Vermögensübertragungen. Die Entscheidung über das „ob" der Verschmelzung obliegt allein den Anteilseignern, wobei das Gesetz regelmäßig qualifizierte Mehrheitserfordernisse aufstellt (3/4-Mehrheit). Diese Mehrheitserfordernisse bei Kapitalgesellschaften sind auch nicht disponibel und können von den Anteilsinhabern lediglich verstärkt werden.

(2) Eine der wenigen wirklichen Neuerungen des UmwG 1995 ist die Einführung besonderer Regelungen zur Berücksichtigung von **Arbeitnehmerinteressen** bei Umwandlungsmaßnahmen. Bei Verschmelzungen sind die Folgen der Verschmelzung für die Arbeitnehmer in dem Verschmelzungsvertrag anzugeben (§ 5 Abs. 1 Nr. 9), der Verschmelzungsvertrag bzw. sein Entwurf ist dem zuständigen Betriebsrat einen Monat vor Beschlussfassung der Anteilsinhaber zuzuleiten (§ 5 Abs. 3), der Registeranmeldung der Verschmelzung ist ein Nachweis über die rechtzeitige Zuleitung an den Betriebsrat beizufügen (§ 17 Abs. 1) und die allgemeinen Vorschriften

[8] *Gerold*, MittRhNotK 1997, 205, 206 mit weiteren Nachweisen.

für den Übergang von Arbeitsverhältnissen bei Betriebsübergang bleiben unberührt, §§ 613a BGB in Verbindung mit § 324.

(3) Bei Umwandlungen ist der **Gläubigerschutz** durch einen Anspruch auf Sicherheitsleistung gewährleistet, § 22 in Verbindung mit § 125 (Spaltungen), §§ 176 Abs. 1, 177 Abs. 1 (Vermögensübertragung) sowie § 204 (Formwechsel). Dazu muss der Gläubiger die Forderung innerhalb einer Ausschlussfrist von sechs Monaten schriftlich anmelden und eine durch die Verschmelzung verursachte Forderungsgefährdung glaubhaft machen.

3. Motive und Beispiele für Unternehmensumwandlungen

a) Aus der Organisationsfreiheit des Unternehmens ergibt sich, dass für Unternehmensumwandlungen kein Rechtsgrund gefordert wird. Die Umwandlung trägt ihren Rechtsgrund in sich selbst, d. h. der Willen der Beteiligten sowie die Beachtung des vorgeschriebenen Verfahrens rechtfertigen die Umwandlungsmaßnahme[9]. Der Unternehmensinhaber oder dessen Anteilseigner müssen also keine Gründe darlegen, um eine Umwandlungsmaßnahme zu rechtfertigen. Die mit einer regelmäßig aufwändigen und kostenpflichtigen Unternehmensumwandlung verfolgten Ziele sowie die ihr zugrundeliegenden Motive sind zahlreich. Meistens liegen gleichzeitig mehrere Beweggründe für eine Unternehmensumwandlung vor. Eine erschöpfende Aufzählung aller in Betracht kommenden Umwandlungsmotive ist wegen der Vielzahl der tatsächlichen Gegebenheiten nicht möglich.

b) Motive für eine Unternehmensumwandlung können beispielsweise sein:

(1) das Wachstum des Unternehmens:

- vom Einzelkaufmann zur KG, von der KG zur GmbH & Co. KG etc.; oder
- die Befriedigung eines erheblichen Kapitalbedarfs durch Zuführung von Eigenkapital durch Umwandlung des Unternehmensträgers in eine Aktiengesellschaft zwecks Vorbereitung und Durchführung eines Börsengangs;

oder

[9] vgl. *Bayer*, ZIP 1997, 1613, 1624 mit weiteren Nachweisen, auch zu den vereinzelten Gegenansichten.

• die Gewinnung unabhängiger Geschäftsleiter (Geschäftsführer und Vorstände), wenn die bisher das Unternehmen tragende Familie keine geeigneten Unternehmensleiter hervorbringt.

(2) das Schrumpfen eines Unternehmens, also die Entwicklung zu einer kleineren Organisationsform, die durch das Umwandlungsrecht gestaltet werden kann, etwa wenn

• eine Aktiengesellschaft durch Umwandlung in eine GmbH von der Börse genommen werden soll; oder

• eine ehemals unabhängige Aktiengesellschaft nach der Übernahme durch ein anderes Unternehmen als GmbH in die Konzernstruktur eingebunden wird.

(3) Daneben liegen Unternehmensumwandlungen häufig Motive aus folgenden Bereichen zugrunde:

• des Steuerrechts, etwa durch das Ausnutzen von Verlustvorträgen;
• der strategischen Konzern- bzw. Unternehmensführung,
• des Ansehens einer Rechtsform in der Öffentlichkeit,
• der deutschen Unternehmensmitbestimmung;
• der Unternehmenskrise;
• der Gestaltung eines Unternehmenserwerbs; sowie
• die Vorbereitung und Durchführung einer ganzen oder teilweisen Unternehmensveräußerung.

c) Bei der Anwendung des UmwG im Rahmen des Erwerbs und der Veräußerung von Unternehmen gibt es folgende praxisrelevante Fälle:

(1) Das Umwandlungsrecht kommt regelmäßig bei dem Erwerb von deutschen Unternehmen durch internationale Finanzinvestoren zur Anwendung. Der ausländische Investor gründet zunächst ein Erwerbsvehikel in Form einer deutschen GmbH. Diese Erwerbs-GmbH erwirbt die Anteile der Zielgesellschaft; regelmäßig hält die Erwerbs-GmbH nach Vollzug des Erwerbs 100 % der Anteile an der Zielgesellschaft. Schließlich wird die Zielgesellschaft auf die Erwerbs-GmbH verschmolzen (*upstream merger*). Durch diese Verschmelzung werden unter anderem die Verbindlichkeiten der Erwerbs-GmbH, mit denen der Erwerb der Zielgesellschaft finanziert wird, zu Verbindlichkeiten des Unternehmensträgers. Die Zielgesellschaft finanziert also ihren eigenen Erwerb. Weiterer Vorteil für den Finanzinvestor ist die Rechtsbeständigkeit der Verschmelzung gemäß § 20 Absatz 2,

die den nur sehr eingeschränkt möglichen gutgläubigen Erwerb von Gesellschaftsanteilen ganz oder teilweise substituiert.

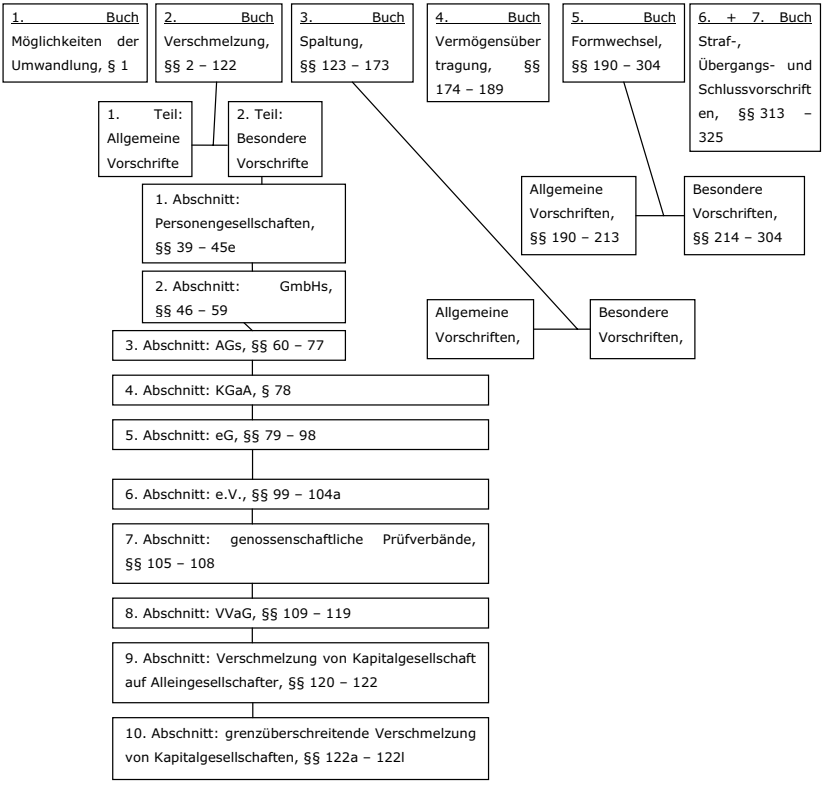
(2) Sollen aus einem Unternehmen zwei wirtschaftlich und rechtlich voneinander unabhängige Unternehmen entstehen, kann dies durch eine Spaltung umgesetzt werden. Der Verkauf eines Unternehmensteils an einen Dritten wird etwa dadurch vorbereitet, dass ein bisher unselbständiger Betriebsteil durch Spaltung in eine eigenständige Gesellschaft überführt wird, die dann an Dritte veräußert werden kann, indem die Anteile der neuen Gesellschaft an Dritte verkauft werden. Eine andere Form der Spaltung haben in den letzten Jahren die Bayer AG mit der Abspaltung (§ 123 Absatz 2) der Lanxess AG sowie die Siemens AG mit der Abspaltung der Osram AG gewählt, um Unternehmensteile, die nicht mehr zum Kerngeschäft gehören, an die Aktionäre der Muttergesellschaft „auszukehren". Dies war bei Siemens dadurch umgesetzt worden, dass die ehemalige Division des Siemens-Konzerns Osram im Wege der Abspaltung nach dem Umwandlungsgesetz rechtlich verselbstständigt und an die Börse gebracht wurde. Die bisherigen Aktionäre der Siemens AG erhielten somit Aktien der neuen Osram AG, die sie halten oder an der Börse veräußern konnten.

II. Das Umwandlungsgesetz

1. Systematik des Umwandlungsgesetzes

a) Das Umwandlungsgesetz (UmwG) besteht aus sieben Büchern: Im ersten Buch werden die Umwandlungsmöglichkeiten aufgezählt, im zweiten Buch wird die Verschmelzung geregelt, im dritten Buch die Spaltung, im vierten Buch die Vermögensübertragung, im fünften Buch der Formwechsel, im sechsten Buch finden sich Vorschriften zu Strafen und Zwangsgeldern sowie im siebten und letzten Buch die Übergangs- und Schlussvorschriften. Diese sieben Bücher sind ihrerseits regelmäßig in Unterabschnitte gegliedert, die „Teile" genannt werden. So finden sich etwa bei der Verschmelzung in dem ersten Teil des zweiten Buches die Allgemeinen Vorschriften, die grundsätzlich bei allen Arten von Verschmelzungen zu beachten sind, und im zweiten Teil sind die Besonderen Vorschriften für die einzelnen Verschmelzungsfälle enthalten. Der zweite Teil des zweiten Buchs des UmwG gliedert sich seinerseits in zehn Abschnitte, etwa zu den besonderen Vorschriften bei der Beteiligung von Personengesellschaften,

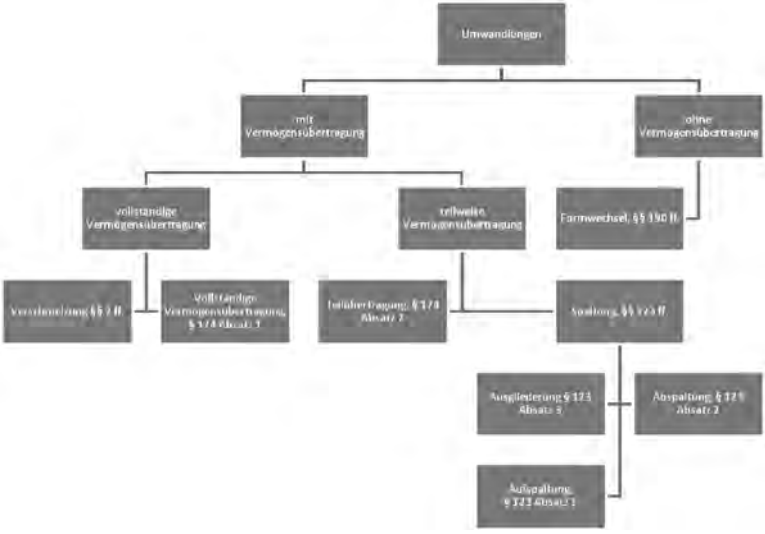
Partnerschaftsgesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Aktiengesellschaften oder eingetragenen Vereinen an der Verschmelzung. Nachfolgendes Schaubild soll die Gliederung des UmwG verdeutlichen, wobei nur die Abschnitte zu der Verschmelzung eingehend dargestellt sind, jedoch nicht näher auf die Untergliederung bei den anderen Büchern eingegangen wird.



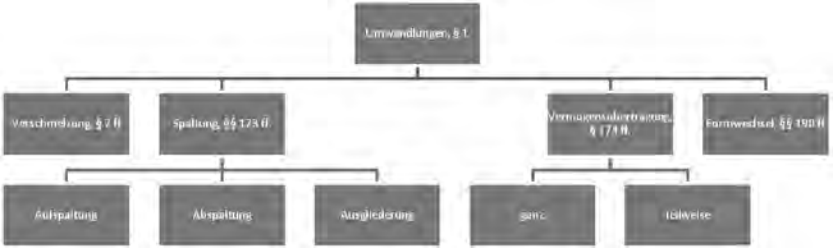
b) Das UmwG ist — ähnlich wie das BGB — vom Allgemeinen zum Besonderen aufgebaut. Dies wird von zahlreichen Verweisungen innerhalb des UmwG begleitet, wodurch die verschiedenen Umwandlungsfälle eng miteinander verzahnt werden. Diese Regelungstechnik wird auch als Baukastentechnik bezeichnet und stellt erhebliche Anforderungen an den

Rechtsanwender. Bei konkreten Umwandlungsfällen hat man stets auch die allgemeinen Vorschriften mitzulesen, aber auch umgekehrt hat man bei der Auslegung der allgemeinen Vorschriften des UmwG die besonderen Regelungen zu beachten, die auf die allgemeine Regelung Bezug nehmen. Weitere Besonderheiten des UmwG sind der numerus clausus der Umwandlungsfälle sowie das Analogieverbot, § 1 Abs. 2. Schließlich ist zu beachten, dass das UmwG zahlreiche Begriffe legal definiert und eigene Begriffe verwendet, die von dem sonstigen zivilrechtlichen Verständnis — insbesondere der gesellschaftsrechtlichen Terminologie — abweichen können. So findet sich in dem UmwG beispielsweise durchgehend der Begriff „Anteilsinhaber", worunter nach § 2 Gesellschafter, Partner, Aktionäre und Mitglieder zu verstehen sind; somit ist Anteilsinhaber der legal definierte Oberbegriff für die dort aufgeführten Beteiligten.

c) Das UmwG behandelt einmal Umwandlungen mit Vermögensübertragungen und Umwandlungen ohne Vermögensübertragungen. Zu den Umwandlungen mit Vermögensübertragungen gehören die Verschmelzung, die Spaltung, die Ausgliederung und die Vermögensübertragung. Die Umwandlung ohne Vermögensübertragung ist der Formwechsel. Dies kann durch das folgende Schaubild verdeutlicht werden.



d) Das Gesetz kennt vier Grundformen der Umwandlung, nämlich die Verschmelzung, die Spaltung, die Vermögensübertragung und den Formwechsel, wobei es teilweise weitere Unterformen gibt. Zu beachten ist, dass das UmwG die bis dahin prägende Unterscheidung zwischen formwechselnder und übertragender Umwandlung aufgibt. Nach § 202 Abs. 2 Nr. 1 werden alle Rechtsformwechsel als reiner Formwechsel behandelt, bei dem keine Vermögensübertragungen stattfinden.



e) Auch außerhalb des UmwG können Möglichkeiten zur Umwandlung bestehen, etwa nach § 738 BGB bei Personengesellschaften (Anwachsung bei dem Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters auf den einzigen verbleibenden Gesellschafter), sei es durch Einzelübertragung oder durch Bestandsübertragung nach § 14 VAG. Das UmwG regelt also nicht abschließend alle denkbaren wirtschaftlichen Umwandlungen. Weiterhin unterliegen nicht sämtliche Strukturentscheidungen oder Geschäftsführungsmaßnahmen, die sich auf die Unternehmensorganisation nachhaltig und tiefgreifend auswirken, den Regelungen des UmwG.

III. Ablauf einer Umwandlung

1. Allgemeines

a) Das UmwG stellt folgende allgemeine Anforderungen an Umwandlungsvorgänge:

(1) Abschluss eines Vertrags oder Aufstellen eines Plans mit festgelegtem Mindestinhalt;

(2) Bericht der Vertretungsorgane der beteiligten Rechtsträger;

(3) Prüfung durch unabhängige Sachverständige;

(4) Zustimmungsbeschluss der Anteilsinhaber der beteiligten Rechtsträger mit qualifizierter Mehrheit;

(5) Eintragung in den Registern der beteiligten Rechtsträger.

b) Dieser allgemeine fünfstufige Ablauf eines Umwandlungsvorgangs gibt die in der Praxis erforderlichen Maßnahmen lediglich stark verkürzt und vereinfacht wieder. Tatsächlich sind zahlreiche weitere (Zwischen-)Schritte erforderlich, sodass eine Umwandlungsmaßnahme regelmäßig nicht aus fünf Schritten besteht, vielmehr sind Abläufe mit bis zu 15 Maßnahmen denkbar, etwa bei einer Verschmelzung von zwei bisher unabhängigen Unternehmen:

(1) Verhandlungen zwischen den Vertretungsorganen der beteiligten Rechtsträger;

(2) Festlegung der wirtschaftlichen und rechtlichen Eckdaten;

(3) Auftrag zur Bewertung der beteiligten Unternehmen;

(4) Abschluss des Verschmelzungsvertrags;

(5) bei der Aktiengesellschaft: Einreichung des Verschmelzungsvertrags beim Handelsregister;

(6) Zuleitung des Vertrags bzw. des Entwurfs an die Betriebsräte;

(7) Anmeldung der Maßnahme bei den Kartellbehörden;

(8) ausführlicher Bericht gegenüber Anteilsinhabern;

(9) Bestellung und Beauftragung der Prüfer;

(10) Vorlage des Prüfungsberichts durch die Prüfer;

(11) Entscheidungen des Aufsichtsrats über seine Beschlussempfehlung an Anteilseignerversammlung;

(12) förmliche Einladung der Anteilseigner zur Beschlussfassung nebst auszulegenden Unterlagen;

(13) Zustimmungsbeschluss der Anteilseignerversammlung mit qualifizierter Mehrheit zu dem Verschmelzungsvertrag, ggf. gesonderte Zustimmung einzelner Anteilseigner erforderlich;

(14) Eintragung im Handelsregister;

(15) ggf. Durchführung des gerichtlichen Verfahrens zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses bzw. Abfindungsangebots.

2. Verschmelzung

Die Verschmelzung ist die Grundform aller Umwandlungen. Auf die Verschmelzungsregeln wird in dem UmwG soweit möglich Bezug genommen, etwa bei der Spaltung und bei dem Formwechsel. Daher bietet es sich an, die Verschmelzung beispielhaft für sämtliche Umwandlungsmaßnahmen darzustellen. Zunächst soll ein allgemeiner Überblick gegeben werden, der

mit einem kurzen Beispielsfall einer Verschmelzung der Tochter- auf die Mutter-GmbH konkretisiert wird.

a) Überblick Verschmelzung

(1) Bei der Verschmelzung unterscheidet das UmwG zwei Arten der Verschmelzung, nämlich die **Verschmelzung durch Aufnahme** (§ 2 Nr. 1) und die **Verschmelzung durch Neugründung**, § 2 Nr. 2. In der Praxis dominiert die Verschmelzung durch Aufnahme, weil die Verschmelzung zur Neugründung wegen der zu beachtenden Gründungsvorschriften komplizierter ist. Es ist regelmäßig einfacher, vorab eine neue Gesellschaft zu gründen, auf welche dann im Wege der Verschmelzung durch Aufnahme das gesamte Vermögen übergeht.

(2) Weiterhin können nicht sämtliche Rechtsträger in allen Funktionen an einer Verschmelzung teilnehmen, vielmehr werden verschiedene Arten **verschmelzungsfähiger Rechtsträger** festgelegt, § 3. Der Kreis der verschmelzungsfähigen Rechtsträger kann in zwei Gruppen eingeteilt werden: Die meisten Rechtsträger können nach § 3 Absatz 1 unbeschränkt an Verschmelzungen teilnehmen, also sowohl als übertragender, übernehmender oder neuer Rechtsträger. Nur eingeschränkt an Verschmelzungen teilnehmen können hingegen wirtschaftliche Vereine, welche nur als übertragende Rechtsträger in Betracht kommen, § 3 Abs. 2 Nr. 1, sowie natürliche Personen, die nur als übernehmender Rechtsträger bei der Verschmelzung des Vermögens einer Kapitalgesellschaft auf den Alleingesellschafter beteiligt sein können, § 3 Abs. 2 Nr. 2.

(3) Bis 2005 war in der deutschen Rechtsprechung und Literatur ganz herrschende Meinung, dass sich nur deutsche Rechtsträger an umwandlungsrechtlichen Maßnahmen nach dem UmwG beteiligen können. Am 13. Dezember 2005 hat der EuGH[10] entschieden, dass dies gegen die Niederlassungsfreiheit verstößt. Weiterhin hat die Zehnte gesellschaftsrechtliche Richtlinie[11] einen Umsetzungsbedarf hinsichtlich des nationalen deutschen Rechts geschaffen, dem der deutsche Gesetzgeber durch die Einführung der §§ 122a ff. nachkam. Nunmehr sind auch nach dem materiellen deutschen Umwandlungsrecht grenzüberschreitende Verschmelzungen möglich, somit

[10] DNotZ 2006, 210, Rs. C — 411/03 Sevic Systems AG.

[11] 2005 / 56 /EG Abl. EU 2005, Nr. L310, 1, Internationale Verschmelzungsrichtlinie.

können auch **ausländische Rechtsträger** an einem Verschmelzungsverfahren nach dem deutschen UmwG teilnehmen.

(4) Die Eintragung der Verschmelzung in das Register des übernehmenden Rechtsträgers bildet den Abschluss des Eintragungsverfahrens und hat die Wirksamkeit der Verschmelzung zur Folge. Diese Eintragung darf erst vorgenommen werden, nachdem die Verschmelzung im Register des übertragenden Rechtsträgers eingetragen worden ist, § 19 Abs. 1. Die **Rechtsfolgen der Verschmelzung** treten mit Eintragung der Verschmelzung in das Register des übernehmenden Rechtsträgers ein, nämlich (a) das Vermögen des übertragenden Rechtsträgers einschließlich der Verbindlichkeiten geht auf den übernehmenden Rechtsträger über (Gesamtrechtsnachfolge), (b) der übertragende Rechtsträger erlischt (Untergang des übertragenden Rechtsträgers ohne Liquidationsverfahren) und (c) die Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers werden grundsätzlich Anteilsinhaber des übernehmenden Rechtsträgers (Anteilswechsel). Ferner hat die Verschmelzung auch eine (d) fehlerheilende Wirkung. Im Einzelnen:

(a) Der zentrale Verschmelzungsgrundsatz der **Gesamtrechtsnachfolge** wird durch § 20 Abs. 1 Nr. 1 festgelegt. Das Vermögen des übertragenden Rechtsträgers geht einschließlich der Verbindlichkeiten auf den übernehmenden Rechtsträger über. Die Gesamtrechtsnachfolge bezieht sich auf das gesamte zum Zeitpunkt der Eintragung vorhandene Vermögen des übertragenden Rechtsträgers, unabhängig davon, ob das Vermögen bekannt, bilanziell erfasst und wo es belegen ist. Es gehen sowohl bewegliche als auch unbewegliche Sachen sowie dingliche Rechte, materielle und immaterielle Rechte über. Forderungen und Verbindlichkeiten gehen über, ohne dass es auf Abtretungsbeschränkungen ankommt oder eine Zustimmung der Gläubiger erforderlich ist. Mit dem Wirksamwerden der Verschmelzung gehen alle Rechte und Pflichten aus Schuldverhältnissen des übertragenden Rechtsträgers über, auch bei Dauerschuldverhältnissen. Anteile an Kapitalgesellschaften des übertragenden Rechtsträgers gehen unabhängig von etwaigen Vinkulierungsklauseln oder Abtretungsbeschränkungen auf den übernehmenden Rechtsträger über, ebenso die Beteiligungen an einer GbR, OHG oder KG. Unternehmensverträge zwischen übertragender und übernehmender Gesellschaft erlöschen aufgrund Konfusion. Unternehmensverträge, die der übernehmende Rechtsträger mit dritten Unternehmen ab-

geschlossen hat, werden durch die Verschmelzung nicht berührt, während Unternehmensverträge des übertragenden Rechtsträgers unterschiedlich beurteilt werden. In der Praxis hat sich insofern eine Gestaltung dahingehend eingebürgert, dass die Unternehmensverträge der übertragenden Rechtsträger durch die Beteiligten klarstellend geregelt und auch in der Handelsregisteranmeldung erneut aufgeführt werden. Diese Gesamtrechtsnachfolge bedarf zu ihrer Wirksamkeit keiner weiteren Vollzugsmaßnahmen. So geht beispielsweise das Eigentum an einem Grundstück durch die Verschmelzung auf den übernehmenden Rechtsträger über, ohne dass es einer entsprechenden Grundbucheintragung des neuen Eigentümers bedarf. Das Grundbuch ist aber durch diesen Eigentumsübergang nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 unrichtig geworden und die Beteiligten haben es berichtigen zu lassen, vgl. § 22 Abs. 1 GBO. Das Eigentum an dem Grundstück geht also nicht aufgrund Einzelübertragung durch Einigung und Eintragung über, sondern außerhalb des Grundbuchs im Wege der Gesamtrechtsnachfolge nach § 20 Abs. 1 Nr. 1.

(b) Der übertragende Rechtsträger erlischt, ohne dass es einer besonderen Löschung bedarf, § 20 Abs. 1 Nr. 2. Eine Liquidation oder Abwicklung des **erloschenen Rechtsträgers** ist nicht erforderlich, da dessen gesamtes Vermögen einschließlich der Verbindlichkeiten nunmehr dem übernehmenden Rechtsträger gehört. Die Ämter der Organmitglieder des übertragenden Rechtsträgers erlöschen, jedoch bleiben die Anstellungsverträge grundsätzlich wirksam bestehen und gehen als Verbindlichkeiten auf den übernehmenden Rechtsträger über. Weiterhin erlöschen Firma, Prokuren und Handlungsvollmachten des übertragenden Rechtsträgers.

(c) Die Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers werden zu Anteilsinhabern des übernehmenden Rechtsträgers, § 20 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1; ihre Anteile an dem übertragenden Rechtsträger gehen unter. Auch dieser **Anteilswechsel** vollzieht sich kraft Gesetzes, ohne dass es einer Mitwirkung der Anteilsinhaber bedarf. Rechte Dritter an den untergegangenen Anteilen setzen sich im Wege der **dinglichen Surrogation** an den neuen Anteilen an dem übertragenden Rechtsträger fort, § 20 Abs. 1 Nr. 3 Satz 2. Waren also etwa Anteile an dem übertragenden Rechtsträger an ein Kreditinstitut verpfändet, sind auch die neuen Anteile an dem übernehmenden Rechtsträger mit einem identischen Pfandrecht belastet. Eine wichtige Aus-

nahme von der Anteilsgewährung ergibt sich (1.) bei eigenen Anteilen des übertragenden Rechtsträgers und (2.) soweit der übernehmende Rechtsträger Anteile an dem übertragenden Rechtsträger hält, § 20 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1, 2. Halbsatz. Bei einer Verschmelzung der 100%-igen Tochtergesellschaft auf die Muttergesellschaft entfällt also die Anteilsgewährung und die Anteile des übertragenden Rechtsträgers gehen ersatzlos unter.

(d) Weitere wichtige Rechtsfolge ist die **Heilungswirkung** gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 4 und § 20 Abs. 2. Danach werden Mängel der notariellen Beurkundung und sonstige Mängel geheilt, wodurch die einmal eingetragene Verschmelzung Bestandskraft erhält. Sie kann nicht mehr von selbst, etwa im Wege der Amtslöschung gemäß § 395 FamFG, mit dinglicher Wirkung rückabgewickelt werden. Eine „automatische Entschmelzung" durch Löschung der Verschmelzungseintragung im Handelsregister ist ausgeschlossen. Wie bei anderen konstitutiven gesellschaftsrechtlichen Rechtsakten sollen auch bei der Verschmelzung Mängel nicht die Wirksamkeit der Maßnahme beeinträchtigen. Nicht ausgeschlossen werden Schadensersatzansprüche gegen die bei der Verschmelzung handelnden Organmitglieder, etwa nach den §§ 25 ff. Ob sämtliche Mängel geheilt werden oder besonders schwerwiegende Fehler doch zur Unwirksamkeit der eingetragenen Verschmelzung führen können, ist umstritten. Dieser Streit hat derzeit keine praktische Bedeutung, da sowohl der Notar als auch der Richter des Handelsregisters die Verschmelzung von Amts wegen eingehend prüfen. Es sind keine offensichtlichen und schwerwiegenden Fehler bei Verschmelzungsverfahren bekannt, die bisher die Wirksamkeit beeinträchtigen könnten.

b) Maßnahmen im Rahmen der Verschmelzung

(1) Zentrales Dokument jeder Verschmelzung ist der **Verschmelzungsvertrag**. § 5 Abs. 1 legt den Mindestinhalt des Verschmelzungsvertrags fest, der zu seiner Wirksamkeit notariell zu beurkunden ist (§ 6) und ferner der Zustimmungsbeschlüsse der Anteilsinhaber der beteiligten Rechtsträger bedarf (§ 13 Abs. 1). Neben den gesetzlich vorbeschriebenen Mindestangaben kann der Verschmelzungsvertrag weitere Regelungen enthalten. Dabei ergibt sich aus allgemeinen Grundsätzen, dass in dem Verschmelzungsvertrag alle wesentlichen Vereinbarungen der an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträger aufgeführt sein müssen, da ansonsten Formun-

wirksamkeit vorliegt. Es kann daher sein, dass auch Konsortialabreden, Vereinbarungen über die Besetzung von Gesellschaftsorganen oder weitere Nebenabreden im Rahmen des Verschmelzungsvertrags mit zu beurkunden sind. Üblicherweise folgt der Aufbau des Verschmelzungsvertrags der in § 5 Abs. 1 vorgegebenen Reihenfolge, die nachfolgend nicht im Einzelnen wiedergegeben werden soll.

(2) Zentrales Element der verschiedenen Berichts- und Unterrichtungspflichten ist der **Verschmelzungsbericht** gemäß § 8. Danach haben die Vertretungsorgane der an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften einen ausführlichen schriftlichen Bericht zu erstatten, in welchem sie die Verschmelzung, den Verschmelzungsvertrag und insbesondere das Umtauschverhältnis der Anteile sowie die Angaben über die Mitgliedschaft erläutern und begründen. Dabei haben sich in der Praxis inzwischen gewisse Standards herausgebildet, die sich an dem Normzweck des § 8 orientieren: Der Verschmelzungsbericht soll dem einzelnen Anteilsinhaber eine Plausibilitätskontrolle hinsichtlich der beabsichtigten Verschmelzung ermöglichen, sodass der Verschmelzungsbericht alle für eine Schlüssigkeitsprüfung erforderlichen Angaben enthalten muss, etwa die Motive für die Verschmelzung, die Gründe, die aus Sicht der Verwaltung für eine Verschmelzung sprechen, und warum andere Maßnahmen weniger geeignet sind. Kernstück des Verschmelzungsberichts ist regelmäßig die Erläuterung des festgesetzten Umtauschverhältnisses, wobei auch besondere Schwierigkeiten hinsichtlich der Bewertung offenzulegen sind.

(3) Das UmwG regelt an verschiedenen Stellen die **Unterrichtung der Anteilsinhaber** im Vorfeld der über die Verschmelzung beschließenden Gesellschafterversammlung. Dabei unterscheiden sich die Unterrichtungsverpflichtungen danach, welche Rechtsformen an der Verschmelzung beteiligt sind. Weiterhin ist bei der Aktiengesellschaft der Verschmelzungsvertrag vor der Einberufung der Hauptversammlung, die über die Verschmelzung beschließen soll, zum Handelsregister einzureichen; das Amtsgericht (Handelsregister) hat dann eine Hinweisbekanntmachung zu veranlassen, § 61.

(4) Aus § 13 ergibt sich, dass der Verschmelzungsvertrag eines **Zustimmungsbeschlusses** der Anteilseigner der an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften bedarf, wobei auch die Mehrheitsverhältnisse für die Zustimmungsbeschlüsse im UmwG selbst festgelegt werden. Bei der

Aktiengesellschaft bedarf der Beschluss einer Mehrheit von drei Viertel (3/4) des bei der Beschlussfassung vertretenen Kapitals (§ 65 Abs. 1 Satz 1) und bei der GmbH bedarf der Zustimmungsbeschluss einer Mehrheit von drei Viertel (3/4) der abgegebenen Stimmen (§ 50 Abs. 1 Satz1). Der Gesellschaftsvertrag oder die Satzung können eine größere Stimmenmehrheit festsetzen, jedoch keine geringere. Für den Verschmelzungsbeschluss einer Personenhandelsgesellschaft ist regelmäßig die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich, § 43 Abs. 1, sofern nicht der Gesellschaftsvertrag eine Mehrheitsentscheidung der Gesellschafter über die Verschmelzung zulässt, § 43 Abs. 2 Satz 1. Jedenfalls muss eine Mehrheit von mindestens drei Viertel (3/4) der Stimmen der Gesellschafter erzielt werden, § 43 Abs. 2 Satz 2. Schließlich ist es möglich, dass neben dem Mehrheitsbeschluss noch die Zustimmung einzelner Gesellschafter erforderlich sein kann, § 13 Abs. 2, etwa gemäß § 50 Abs. 2, wenn durch die Verschmelzung im Gesellschaftsvertrag verankerte Minderheits- oder Sonderrechte berührt werden. Schließlich ist es möglich, dass bei Aktiengesellschaften, die über mehrere Aktiengattungen verfügen, Sonderbeschlüsse der jeweiligen Aktionäre erforderlich sind.

(5) Der Verschmelzungsvertrag oder sein Entwurf sind durch sachverständige **Verschmelzungsprüfer** zu prüfen, § 9 Abs. 1. Prüfungsgegenstand ist der Verschmelzungsvertrag und dabei insbesondere die Angemessenheit des vereinbarten Umtauschverhältnisses. Ferner ist der Verschmelzungsvertrag auf seine Vollständigkeit und Richtigkeit zu prüfen. Der Prüfbericht hat mit einer Erklärung darüber zu schließen, ob das vorgesehene Umtauschverhältnis angemessen ist, § 12 Abs. 2 Satz 1.

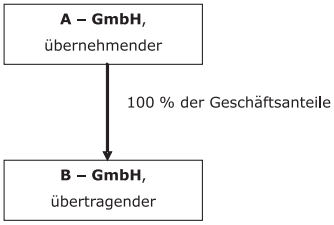
(6) Um die Eintragung der Verschmelzung in das Handelsregister zu bewirken, bedarf es der Anmeldung der Verschmelzung bei den Registergerichten des übertragenden sowie des übernehmenden Rechtsträgers. Der **Handelsregisteranmeldung** sind die in § 17 Abs. 1 bezeichneten Anlagen beizufügen. Dabei ist in der Praxis die in § 17 Abs. 2 bei dem übertragenden Rechtsträger vorgesehene Schlussbilanz von besonderer Bedeutung, deren Stichtag nicht älter als acht Monate sein darf. Ist das Geschäftsjahr das Kalenderjahr, so müssen die Handelsregisteranmeldungen bis Ende August des folgenden Jahres beim Handelsregister eingehen, sofern die Handelsbilanz als Schlussbilanz verwendet werden soll. Weiterhin haben

die anmeldenden Vertretungsorgane gemäß § 16 Abs. 2 zu versichern, dass keine Klage gegen die Wirksamkeit des Verschmelzungsbeschlusses erhoben wurde. Dies bedeutet, dass eine Verschmelzung grundsätzlich solange nicht in das Handelsregister eingetragen werden darf — und damit auch nicht wirksam werden kann — wie eine Anfechtungsklage gegen einen Verschmelzungsbeschluss anhängig ist. Allerdings kann diese Eintragungssperre im Wege des Unbedenklichkeitsverfahrens gemäß § 16 Abs. 3 beseitigt werden.

c) Verschmelzung der Tochter- auf die Muttergesellschaft (*upstream merger*)

(1) Nachfolgend soll ein Sachverhalt beispielhaft behandelt werden, der in der Praxis häufig vorkommt: Eine 100%-ige Tochter GmbH wird auf ihre Muttergesellschaft, ebenfalls eine GmbH, verschmolzen. M. E. ist dieser Sachverhalt typisch für eine Umwandlung, da die GmbH als populäre Gesellschaftsform in Deutschland die am häufigsten bei Umwandlungsvorgängen beteiligte Rechtsform sein dürfte und auch als „Arbeitspferd" der deutschen Wirtschaft bezeichnet wird. Weiterhin ist dieser Fall in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht einfach. Es können einige ansonsten erforderliche Maßnahmen wegen des Verzichts bzw. der Zustimmung aller Beteiligten entfallen. Diese Konstellation tritt häufig innerhalb eines Konzerns auf, wenn man auf diese Weise die Konzernstruktur straffen möchte. Von (nicht-juristischen) Beratern wird für diese Gestaltung auch die englische Bezeichnung *upstream merger* verwendet; dadurch soll klargestellt werden, dass von unten nach oben verschmolzen wird, also die Tochter- auf die Muttergesellschaft. Die entgegengesetzte Gestaltung, also die Verschmelzung der Mutter- auf ihre Tochtergesellschaft, wird auch als *downstream merger* bezeichnet.

(2) Die A-GmbH als Muttergesellschaft hält 100 % der Geschäftsanteile an der B-GmbH (Tochtergesellschaft). Nunmehr soll die B-GmbH auf die A-GmbH verschmolzen werden, sodass das Vermögen der B-GmbH im Wege der Gesamtrechtsnachfolge nach § 20 Abs. 1 auf die A-GmbH übergeht. Die A-GmbH wird nachfolgend auch übernehmender Rechtsträger genannt und die B-GmbH wird nachfolgend auch übertragender Rechtsträger genannt. Folgendes Schaubild soll die Ausgangssituation des Beispielsfalls verdeutlichen:



(3) Maßgeblich sind zunächst die allgemeinen Vorschriften zur Verschmelzung, also die §§ 2 bis 38. Daneben sind die besonderen Vorschriften hinsichtlich der Beteiligung von Gesellschaft mit beschränkter Haftung zu beachten, also die §§ 46 bis 59.

(4) Die Geschäftsführer der A-GmbH schließen mit den Geschäftsführern der B-GmbH einen **Verschmelzungsvertrag**, § 4 Abs. 1 Satz 1. Der Mindestinhalt des Verschmelzungsvertrags ergibt sich aus § 5 Abs. 1 und Abs. 2. Der Verschmelzungsvertrag ist notariell zu beurkunden, § 6. Ein möglicher Verschmelzungsvertrag zwischen der A-GmbH und der B-GmbH könnte wie folgt formuliert werden:

„§ 1 Vermögensübertragung

Der übertragende Rechtsträger überträgt sein Vermögen als Ganzes mit allen Rechten und Pflichten unter Auflösung ohne Abwicklung nach § 2 Nr. 1 UmwG auf den übernehmenden Rechtsträger.

Als Verschmelzungsstichtag wird der 30. September 2012 bestimmt. Die Übernahme des Vermögens des übertragenden Rechtsträgers erfolgt im Innenverhältnis mit Ablauf des 30. September 2012; von diesem Zeitpunkt an gelten alle Handlungen und Geschäfte des übertragenden Rechtsträgers als für Rechnung des übernehmenden Rechtsträgers vorgenommen. Der Verschmelzung wird die Bilanz des übertragenden Rechtsträgers zum 30. September 2012 als Schlussbilanz zugrundegelegt.

Der übernehmende Rechtsträger wird die in der Schlussbilanz des übertragenden Rechtsträgers angesetzten Werte der übergehenden Aktiva und Passiva sowohl handelsrechtlich als auch steuerlich in seiner Rechnungslegung fortführen.

§ 2 Gegenleistung

Der übernehmende Rechtsträger ist alleiniger Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers, eine Anteilsgewährung ist gemäß § 54 Abs. 1 Nr.

1 UmwG ausgeschlossen. Die Übertragung von Aktiva und Passiva im Wege der Verschmelzung erfolgt aus diesem Grund ohne Gegenleistung. Es entfallen daher die Angaben über den Umtausch der Anteile nach § 5 Abs. 1 Nrn. 2-5 UmwG. Die von dem übernehmenden Rechtsträger an dem übertragenden Rechtsträger gehaltenen Geschäftsanteile gehen mit der Verschmelzung unter.

Es werden keine besonderen Rechte im Sinne von § 5 Abs. 1 Nr. 7 UmwG bewilligt und es sind auch keine besonderen Maßnahmen im Sinne dieser Vorschrift vorgesehen. Ebenso werden keine besonderen Vorteile im Sinne von § 5 Abs. 1 Nr. 8 UmwG gewährt.

§ 3 Folgen der Verschmelzung für die Arbeitnehmer und ihre Vertretungen

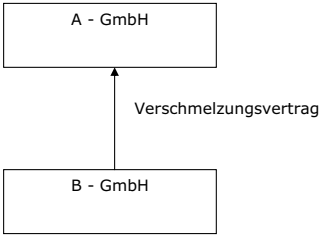
Mit dem Wirksamwerden der Verschmelzung gehen sämtliche Rechte und Ansprüche der Arbeitnehmer des übertragenden Rechtsträgers im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf den übernehmenden Rechtsträger über. Auf den Übergang findet § 613 a BGB Anwendung.

Für die Arbeitnehmer des übertragenden Rechtsträgers ergeben sich durch die Verschmelzung keine Veränderungen, ebenso ergeben sich durch die Verschmelzung keine Veränderungen für die Arbeitnehmer des übernehmenden Rechtsträgers.

Bei keinem der beiden beteiligten Rechtsträger besteht ein Betriebsrat.

§ 4 Kosten

Die durch diesen Vertrag und seine Ausführung entstehenden Kosten trägt der übernehmende Rechtsträger. Falls die Verschmelzung nicht wirksam werden sollte, werden die Kosten — mit Ausnahme der Kosten für die Gesellschafterversammlungen — von beiden Beteiligten je zur Hälfte getragen."



(5) Die Lage nach Abschluss des Verschmelzungsvertrags soll durch folgendes Schaubild verdeutlicht werden:

(6) Nunmehr müssen die Gesellschafter der A-GmbH und die Gesellschafter der B-GmbH dem Verschmelzungsvertrag jeweils durch Beschluss zustimmen. Dabei sollen die Gesellschafter auch Verzichtserklärungen abgeben hinsichtlich der Erstellung eines Verschmelzungsberichts (§ 8 Abs. 3 Satz 1), der Durchführung der Verschmelzungsprüfung (§ 9 Abs. 3) und des Erstellens eines Prüfungsberichts, § 12 Abs. 3. Sowohl der Beschluss als auch die Verzichtserklärungen sind notariell zu beurkunden, § 13 Abs. 3 Satz 1. Die Notarurkunde hinsichtlich der Gesellschafterversammlung der B-GmbH könnte wie folgt gefasst werden:

„Herr ??? handelnd nicht im eigenen Namen, sondern als einzelvertretungsberechtigter und von den Beschränkungen des § 181 BGB befreiter Geschäftsführer der A-GmbH mit dem Sitz in Hückelhoven. Aufgrund Einsicht in das elektronische Handelsregister des Amtsgerichts Mönchengladbach unter HRB 12345 bescheinigt der beurkundende Notar die vorstehende Vertretungsbefugnis. Die A-GmbH wird nachfolgend auch Gesellschafterin genannt.

§ 1 Vorbemerkungen

Die Gesellschafterin ist die alleinige Gesellschafterin der im Handelsregister des Amtsgerichts Aachen unter HRB 6789 eingetragenen B-GmbH mit dem Sitz in Wassenberg, nachfolgend Gesellschaft genannt.

§ 2 Gesellschafterversammlung

1. Unter Verzicht auf die Einhaltung aller nach Gesetz oder Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Form- und Fristvorschriften über die Einberufung, Ankündigung und Durchführung einer Gesellschafterversammlung wird hiermit eine Gesellschafterversammlung der Gesellschaft abgehalten und Folgendes einstimmig beschlossen und festgestellt:

Dem dieser Urkunde als Anlage beigefügten Verschmelzungsvertrag von heute, Urkunden-Nr. 1234 /2012 des beurkundenden Notars, wird hiermit zugestimmt.

2. Die dieser Urkunde als Anlage II 2 beigefügte Schlussbilanz (Verschmelzungsbilanz) wird hiermit festgestellt.

3. Auf eine Prüfung der Verschmelzung, auf Erstattung eines Verschmelzungsberichts und eines Verschmelzungsprüfungsberichts sowie auf

eine Klage gegen die Wirksamkeit des Verschmelzungsbeschlusses wird verzichtet. Der Notar hat über die Bedeutung der Verzichtserklärungen belehrt.

Damit ist die Gesellschafterversammlung beendet.

§ 3 Schlussbestimmungen

Die Kosten dieser Urkunde und ihrer Durchführung bei Gericht gehen zulasten der Gesellschaft.

Notwendige Genehmigungen zu dieser Urkunde bleiben vorbehalten; sie werden wirksam mit ihrem Eingang beim Notar."

(7) Nunmehr ist die Verschmelzung von den Geschäftsführern der A-GmbH und von den Geschäftsführern der B-GmbH bei den beiden Registergerichten anzumelden. Eine Handelsregisteranmeldung der A-GmbH könnte wie folgt gefasst werden:

„Anmeldung zum Handelsregister

Amtsgericht Mönchengladbach

- Handelsregister -

A-GmbH, HR B 1245

I. Anlagen

Als Anlagen sind in elektronischer Form beigefügt:

beglaubigte Kopie des Verschmelzungsvertrages von heute;

beglaubigte Kopie der Niederschrift über die Gesellschafterversammlung der A-GmbH von heute;

beglaubigte Kopie der Niederschrift über die Gesellschafterversammlung der B-GmbH von heute.

II. Anmeldung

Als einzelvertretungsberechtigter Geschäftsführer der A- GmbH melde ich zur Eintragung in das Handelsregister an: Auf die A- GmbH ist im Wege der Verschmelzung gem. § 2 Abs. 1 UmwG als übernehmende Gesellschaft das Vermögen der B-GmbH mit Sitz in Wassenberg, eingetragen im Handelsregister des Amtsgerichts Aachen unter HRB 6789 als Ganzes ohne Abwicklung durch Aufnahme übergegangen.

III. Erklärungen, Versicherungen

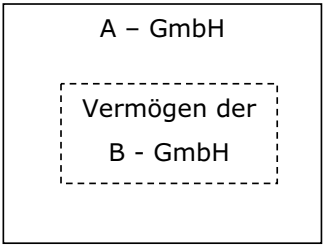
Bei keinem der beteiligten Rechtsträger besteht ein Betriebsrat.

Es wird gemäß § 16 Abs. 2 UmwG versichert, dass auf eine Anfechtung der Beschlüsse seitens aller Gesellschafter verzichtet wurde und demgemäß

gegen die Verschmelzungsbeschlüsse keine Anfechtungsklagen erhoben wurden.

Ein Verschmelzungsbericht und eine Verschmelzungsprüfung waren wegen § 8 Abs. 3 und § 9 Abs. 3 nicht erforderlich, da sich alle Anteile des übertragenden Rechtsträgers in der Hand des übernehmenden Rechtsträgers befinden. Vorsorglich wurde in notariell beurkundeter Erklärung entsprechend verzichtet."

(8) Nachdem beide Handelsregister die Verschmelzung eingetragen haben, wird sie wirksam. Die Lage nach dem Wirksamwerden der Verschmelzung kann wie folgt verdeutlicht werden:



IV. Zusammenfassung

Die Ergebnisse meines Vortrags möchte ich wie folgt zusammenfassen:

a) Unternehmen und Unternehmensträger sind nicht identisch. Bei Umwandlungen geht es um den Rechtsträger, der das Unternehmen betreibt. Die wichtigsten Umwandlungen sind Verschmelzung, Spaltung und Formwechsel.

b) Unternehmer und Unternehmen sind frei darin, in welcher Rechtsform sie ihren wirtschaftlichen Tätigkeiten nachgehen. Das UmwG setzt diese wirtschaftliche Organisationsfreiheit um.

c) Das deutsche Umwandlungsrecht ist durch das 1995 in Kraft getretene UmwG umfassend kodifiziert worden. Das UmwG ist eine gelungene gesetzliche Regelung des Umwandlungsrechts. Derzeit beeinflussen vor allem internationale Entwicklungen das deutsche Umwandlungsrecht.

d) Mit der Neufassung des Umwandlungsrechts wurden drei Ziele verfolgt und umgesetzt: die Bereinigung des zersplitterten deutschen Umwandlungsrechts, das Schließen von Regelungslücken sowie die angemessene Berücksichtigung der Interessen der betroffenen Beteiligten.

e) Umwandlungen tragen ihren Rechtsgrund in sich selbst, d. h. der die Umwandlung Betreibende braucht keinen Rechtsgrund für die Umwandlung anzuführen. Die wirtschaftlichen Motive, die Umwandlungen zugrunde liegen, sind äußerst vielfältig.

f) Das UmwG ist ein systematisches und schlankes Gesetz. Es ist nach dem Baukastenprinzip aufgebaut und bedient sich einer eigenen Terminologie. Aufgrund der zahlreichen Verweisungen innerhalb des UmwG ist seine Regelungstechnik komplex. Das UmwG stellt hohe Anforderungen an den Rechtsanwender. Auch außerhalb des UmwG können Umwandlungsmöglichen bestehen, sofern sie durch sonstige gesetzliche Vorschriften ermöglicht werden. Das UmwG regelt abschließend nur die in dem UmwG geregelten Fälle.

g) Eine Umwandlung ist ein mehrstufiges Verfahren, welches sich bei komplexen Sachverhalten auf 15 oder mehr Zwischenschritte erstrecken kann. Abschluss der Umwandlung ist regelmäßig die Eintragung im Handelsregister, welche die Wirksamkeit der Umwandlung bewirkt.

h) Fast alle deutschen Rechtsträger können an Verschmelzungen teilnehmen. Seit 2006 können auch ausländische Rechtsträger an einer Verschmelzung beteiligt sein.

i) Die Rechtsfolgen der Verschmelzung sind: die Gesamtrechtsnachfolge (das gesamte Vermögen des übertragenden Rechtsträgers einschließlich der Verbindlichkeiten geht auf den übernehmenden Rechtsträger über), das liquidationslose Erlöschen des übertragenden Rechtsträgers, der Anteilswechsel (die Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers werden grundsätzlich Anteilsinhaber des übernehmenden Rechtsträgers) und die Heilungswirkung.

j) Zentrale und unverzichtbare Maßnahme jeder Verschmelzung ist der Verschmelzungsvertrag, den die Vertretungsorgane der beiden Rechtsträger abschließen und dessen Mindestinhalt gesetzlich vorgegeben ist. Weitere zentrale Schritte im Rahmen der Verschmelzung sind der Verschmelzungsbericht, die Unterrichtung der Anteilsinhaber im Vorfeld der Anteilseignerversammlung, das Fassen der Zustimmungsbeschlüsse durch die Anteilseigner der beteiligten Rechtsträger sowie die Verschmelzungsprüfung. Schließlich ist die Verschmelzung durch die Vertretungsorgane der beiden Rechtsträger bei dem Handelsregister zur Eintragung anzumelden. Mit Eintragung im Handelsregister wird die Verschmelzung wirksam.

ПРАВО РЕОРГАНИЗАЦИИ КОМПАНИЙ (ПРЕДПРИЯТИЙ) В ГЕРМАНИИ

Нотариус, д-р юр.н. Германии Штефан Майер

Тезисы[1]

В заключении своего доклада я бы хотел резюмировать выводы:

1) Предприятия и хозяйствующие субъекты не равнозначные понятия. При реорганизации речь идет о субъекте права, который управляет предприятием. Важнейшими видами реорганизации являются слияние, разделение и преобразование.

2) Предприниматель и предприятия наделены свободой выбора правовой формы осуществления предпринимательской деятельности. Закон «О реорганизации обществ» закрепляет данную экономическую свободу выбора организационно-правовой формы.

3) Немецкое реорганизационное право было в достаточной степени кодифицировано путем вступления в силу Закона «О реорганизации обществ» в 1995 году. Закон «О реорганизации обществ» — это удачное законодательное регулирование реорганизационного права. В настоящее время основное влияние на реорганизационное право Германии оказывает развитие международного законодательства.

4) В новой редакции реорганизационного права преследовались и реализовывались три цели: восстановление раздробленного реорганизационного права, ликвидация пробелов в праве, а также соразмерное учитывание интересов всех лиц, участвующих в процессе реорганизации.

5) Правовое основание реорганизации заключается в ней самой — это означает, что предпринимателю, проводящему реорганизацию, не требуется никаких правовых оснований для проведения реорга-

[1] Перевод Анастасии Краденовой.

низации. Экономические мотивы, лежащие в основе реорганизации, совершенно разнообразны.

6) Закон «О реорганизации обществ» — это упорядоченный и краткий закон. Он разработан по модульному принципу и содержит собственную терминологию. Из-за большого количества отсылочных норм в рамках закона о реорганизации обществ применяется комплексное правовое регулирование. Закон «О реорганизации обществ» предъявляет высокие требования к правоприменителю. Возможности реорганизации имеют место быть также и вне закона «О реорганизации обществ», в том случае если это допустимо в соответствии с другими законодательными положениями. Закон о реорганизации обществ в конечном счете применяется только в отношении случаев, урегулированных этим законом.

7) Под реорганизацией понимается многоступенчатый процесс, который при сложном правоотношении может состоять из 15 и более промежуточных стадий. Процесс реорганизации завершается, как правило, регистрацией в Торговом Реестре, с момента совершения которой реорганизация считается действительной.

8) Фактически все немецкие субъекты права могут принимать участие в сделках слияния компаний. С 2006 года участниками могут выступать также иностранные субъекты права.

9) К правовым последствиям слияния относятся: общее правопреемство (все имущество переходящего субъекта права, включая обязательства, переходит к правообладателю), прекращение деятельности правообладателя без предъявления взаимных претензий, изменение долей участников (владельцы долей переходящих субъектов права в основном становятся долевыми участниками переданного субъекта права) и устранение недостатков нотариального заверения и иных юридических пороков слияния.

10) Основополагающим и необходимым этапом сделки слияния является договор о слиянии, который заключают представительные органы обоих субъектов права, минимальные требования к нему устанавливаются законом. Дальнейшими важными этапами в рамках процедуры слияния являются: доклад о слиянии, предварительное уведомление владельцев долей на общем собрании участников об-

щества, получение одобрения от владельцев долей субъектов права, а также проверка сделки слияния. В конечном счете сделка слияния должна быть зарегистрирована представительными органами обоих субъектов права путем внесения в Торговый Реестр. С момента внесения в Торговый Реестр сделка слияния считается действительной.

ALTERNATIVE MÖGLICHKEITEN DER STREITBEILEGUNG IM DEUTSCHEN ZIVILPROZESS

Prof. Dr. Dorothea Assmann, Potsdam

Gliederung

I. Einführung
II. Gütliche Streitbeilegung vor Einleitung eines Gerichtsverfahrens
1. Freiwillige Streitbeilegungsverfahren, insbesondere die Mediation
2. Obligatorischer Einigungsversuch vor einer Gütestelle (§ 15a EGZPO)
I. Gütliche Streitbeilegung während des Gerichtsverfahrens
1. Obligatorische Güteverhandlung vor der mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Gericht (§ 278 Abs. 2 ZPO)
2. Gütliche Beilegung des Rechtsstreits in jeder Lage des Verfahrens
3. Güteverhandlung und weitere Güteversuche vor dem Güterichter (§ 278 Abs. 5 ZPO)
4. Vorschlagsrecht zur außergerichtlichen Streitschlichtung (§ 278a ZPO)
5. Wahl unter den verschiedenen Möglichkeiten
a) Vorteile des gerichtlichen Verfahrens
b) Vorteile der Mediation und anderer Verfahren außergerichtlicher Konfliktbeilegung
c) Vorteile des Güterichters
d) Einzelfälle
II. Flankierende Maßnahmen zur Förderung der außergerichtlichen Streitbeilegung
1. Vollstreckbarkeit des Anwaltsvergleichs gem. §§ 796a ff. ZPO
2. Maßnahmen nach dem Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren außergerichtlicher Konfliktbeilegung
III. Fazit
IV. Zusammenfassung

I. Einführung

In Deutschland sind seit längerem Bestrebungen im Gange, alternative Streitbeilegungsmethoden in unser Rechtssystem zu integrieren. Die verstärkte Förderung der alternativen Streitbeilegung ist auch in vielen gesetzgeberischen Maßnahmen zum Ausdruck gekommen. Neben der Reformierung des Schiedsverfahrensrechts zum 1.1.1998 ist das am 1.1.2000 in Kraft getretene „Gesetz zur Förderung der außergerichtlichen Streitschlichtung" zu nennen. Hier wurde mit § 15a EGZPO die Möglichkeit für die Länder geschaffen, in bestimmten Streitigkeiten ein obligatorisches Schlichtungsverfahren der Klageerhebung vorzuschalten. Davon haben mehrere Bundesländer, zum Teil zeitlich und sachlich begrenzt, Gebrauch gemacht.[1] Allerdings sind gegen eine obligatorische Streitschlichtung von Anfang an Bedenken erhoben worden. Dennoch wurde durch das ZPO-Reformgesetz[2], das am 1.1.2002 in Kraft getreten ist, gem. § 278 Abs. 2 ZPO[3] eine obligatorische Güteverhandlung vor der streitigen mündlichen Verhandlung eingeführt. Dadurch sollte der Schlichtungsgedanke im Zivilprozess institutionell stärker verankert werden. Zudem gab § 278 Abs. 5 Satz 2 ZPO a.F. dem Gericht in geeigneten Fällen während eines laufenden Verfahrens ein Vorschlagsrecht für eine außergerichtliche Streitschlichtung.

Daneben hatte sich in den letzten Jahren aus Modellprojekten in fast allen Bundesländern die so genannte gerichtsinterne Mediation[4] entwickelt, die allerdings einer ausdrücklichen gesetzlichen Rechtsgrundlage entbehrte. Ursprünglich ist die Mediation als ein außergerichtliches Vermittlungsverfahren gedacht. Trotz ihrer offensichtlichen Vorteile hat die außergerichtliche Mediation in Deutschland jedoch noch nicht die

---

[1] Bayern, Brandenburg, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Nordrhein-Westphalen, Rheinland-Pfalz, Saarland, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein; vgl. auch Übersicht bei *Deckenbrock/Jordans* MDR 2009, 1202, 1204 f.

[2] BGBl. I 2001, S. 1887 ff.

[3] In Anlehnung an § 54 ArbGG, der bereits eine obligatorische Güteverhandlung vorsah.

[4] Durchführung einer Mediation während eines Gerichtsverfahrens durch einen nicht entscheidungsbefugten Richter, vgl. § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 Regierungsentwurf zum Mediationsgesetz

erforderliche Akzeptanz erfahren und wird als echte Alternative zum Gerichtsprozess noch zu wenig in Anspruch genommen. Im Rahmen dieser Modellprojekte wurde den Parteien als Streitbeilegungsmodell die einvernehmliche Lösung des Konflikts unter Mitwirkung eines neutralen, vermittelnden Richters, der zum Mediator ausgebildet wurde, angeboten. Zweck dieser Projekte war ursprünglich die Förderung der außergerichtlichen Mediation. Der Vertrauensbonus der Justiz sowie die Multiplikatorenfunktion der Beteiligten gerichtsinterner Mediation sollten dazu führen, dass die außergerichtliche Mediation in das Bewusstsein der Bevölkerung gelangt und dadurch Gerichtsverfahren vermieden werden.[5] Mittlerweile hatte sich jedoch die gerichtsinterne Mediation verselbständigt und fest etabliert, obwohl die Mediation von der eigentlichen Rechtsprechungsaufgabe der Justiz nicht mehr umfasst wird.[6] Die gerichtsinterne Mediation war nicht unumstritten, weil diese einer Rechtsgrundlage entbehrte. Der Streit rankte sich auch um die Frage, ob es sich bei der Richtermediation um eine Kernaufgabe des Richters handelt und eine solche überhaupt von Richtern durchgeführt werden könne. Zum Teil wurde die Richtermediation als Rechtsprechungstätigkeit[7] zum anderen als Justizverwaltungstätigkeit[8] oder Rechtsfürsorge[9] eingeordnet. Manche hielten die Richtermediation sogar für rechtswidrig.[10]

Eine Spielart dieser gerichtinternen Mediation war das Güterichtermodell,[11] das in Bayern und Thüringen praktiziert wurde.[12] Dieses ist nun in

[5] Vgl. *Spindler,* Gerichtsnahe Mediation in Niedersachsen, S. 2, S. 203 (http://webdoc.sub.gwdg.de/univerlag/2006/mediation.pdf).; vgl. auch Haft/Schlieffen/*Gottwald*, Handbuch Mediation[2] (2009), § 39 Rdn. 19 f.

[6] *Greger,* NJW 2007, 3258, 3259.

[7] *V. Bargen,* Gerichtsinterne Mediation (2008), S. 227 ff. m.w.N.; *Hess,* Gutachten Mediation zum 67. DJT (2008), F 19 ff.; *Loer,* ZKM 2005, 182, 185 f.

[8] Ortloff, NVwZ 2004, 385, 389.

[9] *Wimmer/Wimmer,* NJW 2007, 3243, 3244.

[10] Siehe die Bedenken von *Prütting*, JZ 2008, 847, 850.

[11] Durchgeführt in Bayern, Mitteilung des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz vom 30.7.2007 (in juris), und Thüringen, http://www.thueringen.de/de/justiz/konfliktloesung/gueterichter/ (besucht am 10.6.2011).

[12] Zu den positiven Ergebnissen diese Modells vgl. *Greger,* RabelsZ 74 (2010), 781, 784 f.

§ 278 Abs. 5 ZPO, der durch das Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren außergerichtlicher Konfliktbeilegung vom 21.07.2012[13] geändert worden ist, gesetzlich geregelt. Anlass hierfür war die Europäische Mediationsrichtlinie,[14] die allerdings nur für grenzüberschreitende Streitigkeiten in Zivil- und Handelssachen gilt und eine diesbezügliche Umsetzungsverpflichtung bis zum 20.5.2011 enthält. Der Gesetzesentwurf wurde insbesondere bezüglich der gerichtsinternen Mediation, die letztendlich in der Form des Güterichtermodells Gesetz geworden ist, heftig diskutiert. Erklärtes Ziel des Gesetzes ist es, die außergerichtliche Konfliktbeilegung und die Mediation im Bewusstsein der Bevölkerung sowie der in der Rechtspflege tätigen Berufsgruppen stärker zu verankern und zur nachhaltigen Verbesserung der Streitkultur in Deutschland insbesondere die außergerichtliche Mediation zu stärken.[15] Diese Bestrebungen zeigen, dass Deutschland auf einem guten Weg zu einer Veränderung der Streitkultur ist.

Im Folgenden sollen die gesetzgeberischen Versuche zur Förderung und Integration von alternativen Streitbeilegungsmechanismen aufgezeigt werden. Hierbei wird zwischen den verschiedenen Stadien, vor und während eines laufenden zivilprozessualen Verfahrens, unterschieden. Die Schiedsgerichtsbarkeit (§§ 1025 ff. ZPO) werde ich nicht behandeln, da sie Gegenstand eines gesonderten Vortrags ist. Sie stellt zwar eine Alternative zum ordentlichen Gerichtsverfahren dar, wird aber auch durch eine Entscheidung des Schiedsgerichts beendet und ist deshalb nicht den konsensualen Streitbeilegungsmethoden zuzurechnen.

II. Gütliche Streitbeilegung vor Einleitung eines Gerichtsverfahrens

Vor der Einleitung eines Gerichtsverfahrens ist zu unterscheiden zwischen freiwilligen und obligatorischen Streibeilegungsverfahren.

1. Freiwillige Streitbeilegungsverfahren, insbesondere die Mediation

Vor Einleitung eines Gerichtsverfahrens versuchen die Parteien zunächst meist selbst oder mit Hilfe ihrer Anwälte die Streitigkeit gütlich

[13] BGBl. I 2012, S. 1577.

[14] Amtsblatt der Europäischen Union L 136/3 vom 24.05.2008.

[15] BT-Drucks. 17/5335, S. 11.

beizulegen. Hinzu kommt eine breite Auswahl an Möglichkeiten der außergerichtlichen Streitbeilegung. Hier sind zu nennen Clearingstellen, neue Schieds- und Schlichtungsverfahren wie Shuttle-Schlichtung (auch Telefonschlichtung genannt), Mini Trial oder Online-Schlichtung.[16] In Bausachen bieten sich verbindliche Schiedsgutachten an. Erfolgreich etabliert hat sich der Banken-Ombudsmann, der als neutraler Dritter bei Konflikten zwischen Banken und ihren Kunden entscheidet.[17] Auch in anderen Bereichen werden Ombudsleute eingesetzt, wie z.B. in der Versicherungswirtschaft.[18] Außergerichtliche Verhandlungen durch Rechtsanwälte können zu einem vollstreckbaren Anwaltsvergleich gem. §§ 796a, b ZPO führen. Auch Vergleiche vor einer durch die Landesjustizverwaltung eingerichteten und anerkannten Gütestelle[19] sind Vollstreckungstitel (§ 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO). Ansonsten kann aus außergerichtlichen Vergleichen nicht vollstreckt werden.

Bei geeigneten Konflikten kommt vor allem die Mediation in Betracht. Sie ist gem. § 1 MediationsG ein vertrauliches und strukturiertes Verfahren, bei dem Parteien mit Hilfe eines oder mehrerer Mediatoren freiwillig und eigenverantwortlich eine einvernehmliche Lösung des Konflikts anstreben. Die Mediation hat durch das MediationsG eine Regelung erfahren, mit der bestimmte inhaltliche Anforderungen an die Mediation und bestimmte Mindestanforderungen an die Mediatoren festgelegt werden.[20] Ein besonderes Merkmal der Mediation liegt darin, dass der von den Parteien angerufene neutrale Dritte, der sog. Mediator, als Vermittler keine eigene Entscheidungsbefugnis hat, sondern die Parteien aufgerufen sind, selbständig eine Lösung des Konflikts zu erarbeiten.[21] Dabei steht anders als im Gerichtsverfahren nicht die Aufarbeitung der Vergangenheit,

[16] Vgl. BT-Drucks. 17/5335, S. 11; Haft/Schlieffen/*Risse/Wagner,* Handbuch der Mediation, 2. Aufl. 2009, § 23 Rn. 96 ff.; vgl. auch *Stubbe* SchiedsVZ 2009, 321, 322 ff.

[17] Vgl. dazu *Gottwald,* WM 1998,1257, 1259.

[18] Vgl. *Hellberg/Wenz,* ZKM 2010, 21 f.

[19] Dazu *Greger,* NJW 2011, 1478 ff.

[20] BT-Drucks. 17/5335, S. 1.

[21] *Eisele,* Jura 2003, 656, 659; *Gottwald,* WM 1998, 1257, 1260; *Katzenmeier,* ZZP 115 (2002), 51, 69.

sondern die Gestaltung der Zukunft der Beteiligten im Mittelpunkt.[22] Die Mediation läuft nach einem strukturierten Verfahren ab.[23] Sie ist aber nicht auf den engen Bereich des Juristischen beschränkt. Deshalb kann sie ideenreichere Lösungen anbieten als die richterliche Entscheidung.[24] Mit der Sicherstellung der Neutralität und der Unabhängigkeit des Mediators (§§ 1 Abs. 2, 2 Abs. 3 S. 1, 3 MediationsG) ist die Mediation nicht nur für gleich starke Parteien, sondern auch für solche mit ungleicher Verhandlungsmacht ein geeignetes Mittel der Streitschlichtung.[25] Auch die Vertraulichkeit der Mediation, die durch die Normierung der Verschwiegenheitspflicht in § 4 MediationsG gewährleistet wird, ist ein besonderer Vorteil dieser Streitbeilegungsmethode. Die Mediation und die anderen Arten der außergerichtlichen Streitbeilegung können auch von nicht Rechtskundigen vorgenommen werden, da diese Tätigkeiten nicht unter das Rechtsdienstleistungsgesetz (§ 2 Abs. 3 Nr. 2, 4 RDG) fallen (Außergerichtliche Rechtsdienstleistungen von nicht Rechtskundigen sind nur in den im RDG genannten Fällen erlaubt. Dies dient dem Schutz des Rechtsuchenden vor unqualifizierten Rechtsdienstleistungen.). Sofern der Mediator aber durch rechtliche Regelungsvorschläge gestaltend eingreift, kann es sich um Rechtsdienstleistung iSd RDG handeln (§ 2 Abs. 3 Nr. 4 RDG). Nicht Gesetz geworden ist die noch im Gesetzentwurf (§ 796d ZPO-E) vorgesehene Möglichkeit zur Herbeiführung der Vollstreckbarkeit von Abschlussvereinbarungen in Mediationsverfahren.[26]

2. Obligatorischer Einigungsversuch vor einer Gütestelle (§ 15a EGZPO)

§ 15a EGZPO ermöglicht es den Landesgesetzgebern, durch Erlass entsprechender Landesgesetze die Zulässigkeit eines Gerichtsverfahrens von dem vorherigen Versuch einer einvernehmlichen Streitbeilegung vor einer Gütestelle abhängig zu machen. Dabei handelt es sich um ein obligatorisches Streitbeilegungsverfahren. Man erhoffte sich dadurch zum

[22] *Gottwald,* WM 1998, 1257, 1260.

[23] Vgl. dazu *Haft,* Verhandlung und Mediation, Die Alternative zum Rechtsstreit, 2. Aufl. 2000, S. 253.

[24] Vgl. *Katzenmeier,* ZZP 115 (2002), 51, 70.

[25] *Gottwald,* WM 1998, 1257, 1261 f.

[26] Dazu *Greger,* ZRP 2010, 209.

einen eine Entlastung der Justiz, aber auch eine kostengünstigere und schnellere Konfliktbereinigung sowie einen dauerhaften Rechtsfrieden durch konsensuale Lösungen. Da in der Bundesrepublik Deutschland bereits zahlreiche Beratungs- und Schiedsstellen bestanden, die nur wenig in Anspruch genommen wurden, war eine diesbezügliche Infrastruktur bereits vorhanden. Die Parteien sollen in bestimmten Fällen gezwungen werden, vor Einleitung eines Gerichtsverfahrens ein Schlichtungsverfahren durchzuführen. Können sie bei Klageerhebung keine Bescheinigung über einen erfolglosen Güteversuch vorlegen, ist die Klage unzulässig. Dieses obligatorische Streitschlichtungsverfahren ist vorgesehen bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten vor dem Amtsgericht mit einem geringen Streitwert bis 750, bei nachbarrechtlichen Streitigkeiten, bei Ansprüchen wegen Verletzung der persönlichen Ehre, die nicht in Presse und Rundfunk begangen worden sind, und bei Ansprüchen wegen eines Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG). Ausnahmen bestehen jedoch auch für die genannten Streitgegenstände, wenn insbesondere ein Bedürfnis nach Beschleunigung besteht.[27] Gerade bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten weichen viele Parteien auf das Mahnverfahren aus, mit dem auf einfache und günstige Weise ein Vollstreckungstitel erlangt werden kann. Bei Durchführung eines Mahnverfahrens scheidet die obligatorische Streitschlichtung aus (§ 15a Abs. 2 Nr. 5 EGZPO). Aus diesem Grund haben schon mehrere Länderschlichtungsgesetze die vermögensrechtlichen Streitigkeiten aus ihren Schlichtungsgesetzen herausgenommen.[28]

Rechtstatsächliche Untersuchungen haben ergeben, dass die Einführung der obligatorischen Streitschlichtung den erhofften Erfolg nicht gebracht hat.[29] Dies mag damit zusammenhängen, dass die Antragsgegner folgenlos

[27] Zöller/*Heßler,* ZPO[30] (2013), § 15a EGZPO Rdn. 8.

[28] Nur in Baden-Württemberg gibt es noch die obligatorische Streitschlichtung bei einem Streitwert unter 750 €.

[29] *Greger,* Abschlussbericht zum Forschungsprojekt „Außergerichtliche Streitschlichtung in Bayern", S. 70; Röhl/Weiß Die obligatorische Streitschlichtung in der Praxis (2005), S. 277; *Reiß*, Obligatorische außergerichtliche Streitschlichtung — Eine empirische Untersuchung der Schlichtungspraxis in Baden-Württemberg (2003), S. 144; *Lauer*, NJW 2004, 1280 ff.; *Knodel/Winkler,* ZRP 2008, 183 ff.

dem Schlichtungstermin fern bleiben können, da bei Nichterscheinen des Antragsgegners nach den (meisten) Schlichtungsgesetzen eine Bescheinigung über den erfolglosen Schlichtungsversuch ausgestellt wird.[30]

Außergerichtliche Einigungsversuche werden noch gefordert in § 305 Abs. 1 Nr. 1 InsO (außergerichtliche Einigung über eine Schuldenbereinigun) und §§ 104, 87 SachenRBerG (der Klage vorausgehendes notarielles Vermittlungsverfahren). Zudem besteht die Möglichkeit, Einigungsstellen in Wettbewerbsachen (§ 15 UWG) oder eine Schlichtungsstelle bei der Deutschen Bundesbank für Streitigkeiten im Überweisungsverkehr anzurufen (§ 14 UKlaG) oder eine Vermittlung bei Streitigkeiten unter den Mitgliedern der Rechtsanwaltskammern oder zwischen solchen Mitgliedern und ihren Auftraggebern durch den Vorstand der Rechtsanwaltskammer zu versuchen (§§ 73 Abs. 2 Nr. 2 und 3 BRAO).

III. Gütliche Streitbeilegung während des Gerichtsverfahrens

1. Obligatorische Güteverhandlung vor der mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Gericht (§ 278 Abs. 2 ZPO)

§ 278 Abs. 2 ZPO sieht vor, dass zum Zweck der gütlichen Beilegung des Rechtsstreits der streitigen mündlichen Verhandlung eine Güteverhandlung vor dem erkennenden Prozessgericht vorausgehen muss. In der obligatorischen Güteverhandlung gem. § 278 Abs. 2 ZPO soll in einem möglichst frühen Prozessstadium eindringlich an die Prozessbeteiligten appelliert werden, die Vorteile einer gütlichen Einigung ohne streitiges Urteil zu nutzen, wie Zeitgewinn, Rechtsfrieden, eine geringere emotionale Belastung sowie geringere Kosten. Die Güteverhandlung muss nur dann nicht durchgeführt werden, wenn sie keinen Erfolg verspricht, weil bereits ein Einigungsversuch vor einer außergerichtlichen Gütestelle stattgefunden hat, z.B. ein Streitschlichtungsverfahren nach Landesrecht gem. § 15a EGZPO oder ein ohne Erfolg durchgeführtes Mediationsverfahren, oder die Güteverhandlung nach der subjektiven Einschätzung des Gerichts erkennbar aussichtslos erscheint. Mit diesen Ausnahmetatbeständen wollte der Gesetzgeber verhindern, dass die Praxis die Güteverhandlung zur bloßen

[30] Art. 11 Abs. 4 S. 3 Bay SchlG; § 5 Abs. 1 Nr. 1 BbgSchlG; § 5 Abs. 1 HSchlichtG; § 37c Abs. 1 SaarLSchlG; § 34h Abs. 1 SachsAnhSchStG; § 2 Abs. 1 SchleswHolstLSchliG.

Formalie degradiert und dadurch der Gütegedanke Schaden nimmt.[31] Ist jedoch kein außergerichtliches Streitbeilegungsverfahren vorgeschrieben, kann das Gericht den Parteien ein solches nicht durch Beschluss aufzwingen. Für die Güteverhandlung ist das persönliche Erscheinen der Parteien anzuordnen. So kann das Gericht die Parteien direkt befragen und sich nach einer Aufklärung des Sachverhalts eine solide Grundlage für den Vergleichsvorschlag verschaffen. Die Parteien sind in der Regel zum persönlichen Erscheinen verpflichtet. Ihnen droht bei Nichterscheinen ein Ordnungsgeld (§ 278 Abs. 3 S. 2 i.V.m. § 141 Abs. 3 S. 1 ZPO). Die Parteien können aber auch einen Vertreter entsenden. Dieser muss zur Aufklärung des Sachverhalts in der Lage und zu einem Vergleichsschluss ermächtigt sein. Erscheinen beide Parteien nicht und entsenden auch keine Vertreter, ist das Ruhen des Verfahrens anzuordnen (§ 278 Abs. 4 ZPO). Erscheint eine Partei nicht oder ist die Güteverhandlung erfolglos, soll sich die mündliche Verhandlung unmittelbar anschließen (§ 279 Abs. 1 ZPO).

Auch die Einführung der obligatorischen Güteverhandlung mit der ZPO-Reform im Jahr 2002 war von Anfang an umstritten. Schließlich gab es dieses Institut schon in den zwanziger Jahren. Die diesbezüglichen Regelungen wurden jedoch wegen Ineffizienz und Erfolglosigkeit 1950 aufgehoben. Die heutigen Versuche, die obligatorische Güteverhandlung wieder abzuschaffen, hatten bis jetzt keinen Erfolg. Jedenfalls konnte aufgrund der rechtstatsächlichen Untersuchungen ein Einfluss der Güteverhandlung auf die gestiegenen Vergleichszahlen bis jetzt nicht näher quantifiziert werden.[32]

2. Gütliche Beilegung des Rechtsstreits in jeder Lage des Verfahrens

Auch wenn ein außergerichtlicher Einigungsversuch oder die Güteverhandlung gescheitert sind, soll das Gericht in jeder Lage des Verfahrens auf eine gütliche Beilegung des Rechtsstreits oder einzelner Streitpunkte bedacht sein (§ 278 Abs. 1 ZPO). Mit dieser Pflicht zu einem Befriedungsversuch wird zum Ausdruck gebracht, dass der Prozesszweck „Rechtsfrieden" neben einer gerichtlichen Entscheidung auch durch eine einvernehmliche

[31] BT-Drucks. 14/4722 S. 83.

[32] *Hommerich/Prütting/Ebers/Lang/Traut*, Rechtstatsächliche Untersuchung zu den Auswirkungen der Reform des Zivilprozesses auf die gerichtliche Praxis — Evaluation ZPO-Reform (2006), S. 75 ff., S. 82.

Streitbeilegung herbeigeführt werden kann. Hierbei ist wohl in erster Linie an einen Prozessvergleich gedacht, der nach der ZPO-Reform auch schriftlich geschlossen werden kann. Die Parteien können gem. § 278 Abs. 6 ZPO dem Gericht einen schriftlichen Vergleichsvorschlag unterbreiten oder einen schriftlichen Vergleichsvorschlag des Gerichts durch Schriftsatz gegenüber dem Gericht annehmen. Prozessvergleiche sind zwar nicht der Rechtskraft fähig, stellen jedoch Vollstreckungstitel dar (§ 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).

3. Güteverhandlung und weitere Güteversuche vor dem Güterichter (§ 278 Abs. 5 ZPO)

Im Gesetzgebungsverfahren zum Mediationsgesetz war sehr umstritten, ob die gerichtsinterne Mediation etabliert werden sollte. Der Gesetzesentwurf sah in § 1 MediationsG neben der außergerichtlichen und der gerichtsnahen (während eines Gerichtsverfahrens außerhalb des Gerichts durchgeführte Mediation) noch die gerichtsinterne Mediation vor, die während eines Gerichtsverfahrens von einem nicht entscheidungsbefugten Richter durchgeführt wird. Daneben bestand die Möglichkeit, die Parteien für die Güteverhandlung an einen Güterichter zu verweisen (§ 278 Abs. 5 ZPO).

Letztendlich hat die gerichtsinterne Mediation, so wie sie im Gesetzesentwurf noch vorgesehen war, keinen Eingang in das Gesetz gefunden. Das Güterichtermodell hat sich durchgesetzt und ist durch die Änderung des § 278 Abs. 5 ZPO auf eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage gestellt worden.[33] Danach sollen Güteverhandlungen oder weitere Güteversuche in geeigneten Fällen nicht, wie von § 278 Abs. 2 ZPO vorgesehen, von den Streit entscheidenden Richtern durchgeführt werden, sondern von dafür speziell ausgebildeten Güterichtern. Der Güterichter ist demnach ein für die Durchführung von Güteversuchen bestimmter und nicht entscheidungsbefugter Richter. Der Güterichter muss nicht demselben Gericht, sondern kann auch einem anderen Gericht, sogar einer anderen Gerichtsbarkeit angehören.[34] Der Güterichter sollte jedenfalls kein Mitglied des entscheidenden Spruchkörpers sein.[35] Er ist gesetzlicher Richter iSd. § 16 GVG,[36]

[33] BT-Drucks. 17/5335, S. 20.

[34] Vgl. BT-Drucks. 17/8058, S. 21.

[35] Wieczorek/Schütze/*Assmann,* ZPO[4] (2013) § 278 Rdn. 70.

[36] BT-Drucks. 17/5335, S. 30.

so dass seine Tätigkeit als Rechtsprechung anzusehen ist. Das Gericht kann die Parteien für die Güteverhandlung, aber auch für weitere Güteversuche an den Güterichter verweisen, dessen Auswahl im Ermessen des Gerichts liegt. Das Gesetz verlangt zwar nicht das Einverständnis der Parteien; dieses sollte jedoch vor der Verweisung eingeholt werden.[37] Die Güteverhandlung vor dem Güterichter ist vor allem dann sinnvoll, wenn die Parteien grundsätzlich zu einer einvernehmlichen Konfliktlösung bereit sind.[38] Er soll im Wege einer mehr oder minder echten Mediation eine durch die Parteien selbst bestimmte Konfliktlösung erreichen. Der Vorteil gegenüber einer Güteverhandlung vor dem erkennenden Gericht liegt darin, dass die Parteien vor einem nicht entscheidenden Richter wesentlich offener verhandeln werden. Sie müssen nicht befürchten, dass die Erkenntnisse aus der Güteverhandlung, wenn diese scheitern sollte, in die Entscheidungsfindung einfließen.

Der Güterichter kann gem. § 278 Abs. 5 S. 2 ZPO alle Methoden der Konfliktbeilegung einschließlich derjenigen der Mediation einsetzen. Diese Ergänzung ist die Folge eines Kompromisses, der im Vermittlungsausschuss erzielt worden ist.[39] Die Länder wollten ihre Projekte zur gerichtsinternen Mediation weiterführen,[40] die gerichtsinterne Mediation war aber im Gesetzesentwurf gestrichen worden. Dies wird auch deutlich durch die Übergangsbestimmung in § 9 MediationsG. Danach kann die Mediation in Zivilsachen durch einen nicht entscheidungsbefugten Richter während eines Gerichtsverfahrens, die vor dem 26. Juli 2012 an einem Gericht angeboten wird, unter Fortführung der bisher verwendeten Bezeichnung (gerichtlicher Mediator) nur bis zum 1. August 2013 weiterhin durchgeführt werden, also jetzt nicht mehr. Dem Güterichter bleibt es überlassen, welche Methoden der Konfliktbeilegung er im jeweiligen Fall anwendet. In der Regel wird der Güterichter anders als der streitentscheidende Richter, der vor der Güteverhandlung gem. § 278 Abs. 2 ZPO den Rechtsstreit bereits juristisch durchdacht hat, ohne juristische Vorbewertung des Falles in die Güteverhandlung gehen. Er kann sich des

[37] Vgl. BT-Drucks. 17/8058, S. 21.

[38] BT-Drucks. 17/8058, S. 21.

[39] BT-Drucks. 17/10102.

[40] Vgl. BR-Drucks. 10/12, S. 3.

ganzen Spektrums der Konfliktbeilegungsmethoden bedienen und auch die verschiedenen Techniken der Mediation einsetzen.[41] Allerdings sollte mit der Formulierung, dass der Güterichter die Methode der Mediation anwenden kann, klar gestellt werden, dass er nicht dem Mediationsgesetz unterliegt. Die Beschränkungen und Verpflichtungen des MediationsG gelten für ihn nicht, jedoch die Gesetzesbindung gem. Art. 97 und Art. 20 Abs. 3 GG. Wenn der Güterichter nicht dem MediationsG unterliegt, ist m.E. daraus der Schluss zu ziehen, dass er keine „echte Mediation" iSd. § 1 MediationsG durchführen kann. Dies kommt auch in der Nichtübernahme der gerichtsinternen Mediation im Gesetz zum Ausdruck. Solche Mediationen sollten externen, nicht hoheitlich agierenden, qualifiziert ausgebildeten Mediatoren vorbehalten sein.[42] Die Gemeinsamkeit des Güteversuchs vor dem Güterichter mit der Mediation besteht darin, dass ein nicht zur Entscheidung befugter Dritter versucht, eine konsensuale Konfliktlösung zu erzielen und sich dabei einzelner Methoden bedient, die auch in der Mediation verwendet werden.[43] Die richterlichen Mediatoren sollten den Mediatoren gem. § 1 Abs. 2 des Regierungsentwurfes zum MediationsG gleichgestellt werden.[44] Auf den Güterichter sollen die Vorschriften des MediationsG aber gerade keine Anwendung finden. Außerdem wird die Aufgabe des Güterichters der Rechtsprechung iSd Art. 92 GG zugeordnet. „Echte Mediation" kann aber nicht als Rechtsprechung angesehen werden.[45] Dies war vor dem Gesetzesentwurf, in dem die gerichtsinterne Mediation noch vorgesehen war und als gerichtliche Betätigung eigener Art angesehen wurde,[46] stark umstritten.

Für die Güteverhandlung bzw. Güteversuche hat der Güterichter das persönliche Erscheinen der Parteien anzuordnen.[47] Ansonsten ist er in der

---

[41] Vgl. dazu BT-Drucks. 17/8058, S. 18.

[42] *Greger,* NJW 2007, 3258, 3259.

[43] *Greger,* NJW 2007, 3258, 3259; vgl. auch *Wagner,* RabelsZ 74 (2010), 794, 814 (keine Mediation im Kunstsinne).

[44] BT-Drucks. 17/5335, S. 20 f.

[45] *Prütting,* ZZP 124 (2011), 163, 164; *Wagner* RabelsZ 74 (2010), 794, 816 ff.; **aA** *v. Bargen* S. 201 ff., 227; *Hess* ZZP 124 (2011), 137, 147 ff.; *Matthies,* SchlHA 2007, 130, 132 f.; *Probst,* JR 2008, 364 (369).

[46] BT-Drucks. 17/5335, S. 20

[47] Vgl. auch *Greger,* AnwBl 2008, 570, 572.

Gestaltung der Güteverhandlung frei und entscheidet im Einvernehmen mit den Parteien, nach welchen Grundsätzen das Verfahren ablaufen soll.[48] Die Güteverhandlung ist nicht öffentlich, da sie nicht vor dem erkennenden Gericht stattfindet (vgl. § 169 GVG).[49] Der Schutz der Vertraulichkeit wird dadurch erhöht, dass ein Protokoll nur auf übereinstimmenden Antrag beider Parteien aufgenommen wird (§ 159 Abs. 2 S. 2 ZPO). Vor dem Güterichter kann ein Prozessvergleich iSd. § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO abgeschlossen werden, der das Verfahren beendet. Allerdings darf er als nicht entscheidungsbefugter Richter kein Anerkenntnis- (§ 307 ZPO) oder Verzichtsurteil (§ 306 ZPO) und keinen Kostenbeschluss gem. § 91a ZPO nach einer beiderseitigen Erledigungserklärung oder gem. § 269 Abs. 4 ZPO nach einer Klagerücknahme erlassen. Erscheinen die Parteien zum Gütetermin nicht oder scheitert die Güteverhandlung, muss der Güterichter den Rechtsstreit an das Prozessgericht zurückverweisen.

4. Vorschlagsrecht zur außergerichtlichen Streitschlichtung (§ 278a ZPO)

§ 278a ZPO gibt den Gerichten die Möglichkeit, während eines laufenden Verfahrens den Parteien in geeigneten Fällen eine Mediation oder ein anderes Verfahren zur außergerichtlichen Konfliktbeilegung vorzuschlagen. Das Vorschlagsrecht besteht auch noch nach einer bereits durchgeführten Güteverhandlung. Es bietet sich an, wenn die rechtlichen Probleme von tief greifenden zwischenmenschlichen Konflikten überlagert werden, die ein Gericht nicht lösen kann. Der Grund hierfür liegt vor allem darin, dass der Richter eine Entscheidung nur über den Streitgegenstand treffen kann und ihm meist die psychologische Erfahrung fehlen wird.[50] Dieses Vorschlagsrecht gibt es schon seit der ZPO-Reform im Jahr 2002 in § 278 Abs. 5 S. 2 ZPO aF. Allerdings wurde diese Möglichkeit, den Rechtsstreit einer außergerichtlichen Streitschlichtung zuzuführen, von den Richtern kaum genutzt.[51] Mit dem MediationsG wurde die Regelung in § 278a ZPO

[48] *Greger,* AnwBl 2008, 570, 572.

[49] BT-Drucks. 17/8058, S. 21.

[50] Zöller/*Greger,* ZPO[28] (2010), § 278 Rdn. 3a.

[51] Hommerich/Prütting/Ebers/Lang/Traut, Rechtstatsächliche Untersuchung zu den Auswirkungen der Reform des Zivilprozesses auf die gerichtliche Praxis — Evaluation ZPO-Reform (2006), S. 84.

überführt und die Mediation nun ausdrücklich als Alternative zur Streitbeilegung genannt. Es kommen aber auch andere Streitschlichtungsverfahren in Betracht, wie z.B. Schiedsgutachten, Ombudsmann oder ein Einigungsversuch bei einer Gütestelle in den nicht gesetzlich geregelten Fällen.[52] Der Richter kann, muss aber nicht die Art der Streitschlichtung und eventuell auch die Person des Streitschlichters vorschlagen. Eine außergerichtliche Streitbeilegung kann nur im beiderseitigen Einvernehmen vorgenommen werden. Erklären sich die Parteien zu einer außergerichtlichen Streitbeilegung bereit, kann das Gericht für die Dauer dieser Streitschlichtung das Ruhen des Verfahrens anordnen (§ 278a Abs. 2 iVm § 251 ZPO). Bei Scheitern der außergerichtlichen Streitbeilegung kann das Verfahren auf Betreiben jeder Seite sofort wieder aufgenommen werden (vgl. § 250 ZPO).

5. Wahl unter den verschiedenen Möglichkeiten

Sowohl die Formen der gerichtlichen als auch der außergerichtlichen Streitbeilegung haben Vor- und Nachteile. Letztendlich muss das Gericht abwägen, welcher Weg zu einer umfassenden Konfliktlösung führen kann.

a) Vorteile des gerichtlichen Verfahrens

Die Vorzüge des gerichtlichen Verfahrens können darin liegen, dass der Konflikt seines persönlichen Teils entkleidet und verrechtlicht wird, was zu einer Entemotionalisierung des Konflikts beiträgt.[53] Das gerichtliche Verfahren als solches hat einen maßgebenden Anteil, die Entscheidung unabhängig von ihrem Inhalt zu legitimieren.[54] Gerade bei unterschiedlichen Kräfteverhältnissen verhindert das gerichtliche Verfahren ein Diktat des Stärkeren. Dadurch werden die Rechtspositionen des Schwächeren geschützt.[55] Bei außergerichtlichen Verfahren ist die Wahrung wichtiger Verfahrensgarantien häufig defizitär, insbesondere was die Gewährung des rechtlichen Gehörs und die Wahrung der Neutralität des Schlichters an-

[52] Vgl. zu den Formen der außergerichtlichen Streitbeilegung *Eisele,* Jura 2003, 656 ff.; *Katzenmeier,* ZZP 115 (2002), 51, 65 ff.; *Monßen,* AnwBl. 2004, 7, 9 ff., der allerdings die Mediation als einziges Schlichtungsverfahren für sinnvoll hält; *Prütting,* JZ 1985, 261, 266 ff.

[53] *Katzenmeier,* ZZP 115 (2002), 51, 79 f.; *Schöpflin,* JA 2000, 157, 164.

[54] *Katzenmeier,* ZZP 115 (2002), 51, 80 ff.

[55] *Katzenmeier,* ZZP 115 (2002), 51, 83 f.; *Gottwald,* WM 1998, 1257, 1258.

geht.[56] In einem gerichtlichen Verfahren kann zudem ein Vollstreckungstitel erlangt werden, was bei einer außergerichtlichen Einigung nicht immer der Fall ist.[57]

b) Vorteile der Mediation und anderer Verfahren außergerichtlicher Konfliktbeilegung

Eine einvernehmliche Streitbelegung ist zwar auch in einem Gerichtsverfahren durch Abschluss eines Prozessvergleichs möglich. Allerdings ist die außergerichtliche Konfliktlösung nicht so verrechtlicht wie die gerichtlichen Vergleichsverhandlungen, bei denen meist auch Fragen nach der Kostenlast, dem Beweisrisiko, der Prozessdauer und der Unsicherheit der Rechtslage eine wesentliche Rolle für die Vergleichsbereitschaft spielen, die mit der eigentlichen Konfliktlösung nicht unmittelbar im Zusammenhang stehen. Die Parteien können bei der außergerichtlichen Streitschlichtung den Konflikt umfassend bereinigen, indem sie auch andere Problembereiche mit einbeziehen. Damit können die zwischenmenschlichen oder geschäftlichen Beziehungen aufrechterhalten werden.[58] Die Verfahrensautonomie verbleibt bei den Parteien.[59] Vor allem bei großen Wirtschaftsverfahren erweist sich die Einbeziehung von Fachleuten bei einer außergerichtlichen Schlichtung als entscheidender Vorteil. So kann auf das eine oder andere Sachverständigengutachten, das im gerichtlichen Verfahren erforderlich wäre, verzichtet werden.[60]

Häufig wird von den Parteien ein Vergleichsvorschlag des entscheidungsbefugten Richters wie die Ankündigung eines Urteils empfunden. Eine Ablehnung des gerichtlichen Vergleichsvorschlags könnte sich in Einzelfällen im Rahmen des richterlichen Ermessens bei der Entscheidungsfindung auswirken. Die Entscheidungen entsprechen zumeist auch dem vorherigen Vergleichsvorschlag.[61] Dies wird auf die gleichbleibende Beurteilung der

---

[56] *Katzenmeier,* ZZP 115 (2002), 51, 77; *Prütting,* JZ 1985, 261, 270.

[57] *Eisele,* Jura 2003, 656, 661.

[58] *Eidenmüller,* Konsensuale Streitbeilegung, Akad. Symposium zu Ehren von Prof. Dr. Peter F. Schlosser (2001), S. 49 f.; vgl. auch *Eisele,* Jura 2003, 656, 658; *Katzenmeier,* ZZP 115 (2002), 51, 73 f.

[59] *Haft,* FS Schütze (1999), S. 255, 263.

[60] *Prütting,* JZ 1985, 261, 268 mwN.

[61] Siehe *Röhl,* S. 217, wonach in 5 von 6 untersuchten Fällen das Urteil dem zuvor widerrufenen Vergleich entsprach; vgl. auch *Egli* S. 82.

Sach- und Rechtslage zurückzuführen sein. Auf Grund des dadurch erzeugten Drucks auf die Parteien ist die Freiwilligkeit beim Vergleichsschluss enorm eingeschränkt, was dem Vergleichsvorschlag in vielen Fällen wohl die faktische Autorität eines Urteils verleihen dürfte.[62] Vielen Parteien ist daher ein Prozessvergleich so fremd wie ein gerichtliches Urteil,[63] was sich unter anderem darin zeigt, dass die Zahlungsmoral im Fall eines Vergleichs nicht signifikant höher ist als die im Fall eines Urteils.[64] Da die Entscheidungsfreiheit, ein geringer Druck auf die Parteien, Fairness sowie eine umfassende Konfliktregelung zur Akzeptanz einer Lösung wesentlich beitragen,[65] werden außergerichtliche Einigungen häufiger befolgt.[66]

Bei einer gerichtlichen Vergleichsverhandlung ist die Vertraulichkeit nicht gewährleistet. Die Parteien müssen befürchten, dass ihre Äußerungen im weiteren Verlauf des Gerichtsverfahrens gegen sie verwendet werden.[67] Der Übergang zu einer außergerichtlichen Streitschlichtung im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens gemäß § 278a Abs. 1 ZPO hingegen führt zu einer Trennung von Entscheidungs- und Vermittlungsfunktion und damit zu ungezwungeneren Vergleichsgesprächen.[68] Die Parteien können einen Prozessvertrag schließen, in dem sie sich verpflichten, den Schlichter in dem weiteren Verfahren nicht als Zeugen zu benennen bzw die Niederschrift nicht als Urkundenbeweis einzuführen.[69] Aus dieser Vereinbarung ergibt sich ein Zeugnisverweigerungsrecht des im Konflikt vermittelnden Drit-

---

[62] *Egli,* S. 135 f.

[63] *Egli,* S. 35.

[64] So für die Schweiz *Egli,* S. 37.

[65] *Egli,* S. 37.

[66] *Eidenmüller,* Konsensuale Streitbeilegung, Akademisches Symposion zu Ehren von Peter F. Schlosser (2001), S. 49 f.; *Prütting,* JZ 1985, 261, 267; *Stadler,* NJW 1998, 2479, 2482.

[67] *Katzenmeier,* ZZP 115 (2002), 51, 90.

[68] *Katzenmeier,* ZZP 115 (2002), 51, 90.

[69] *Kayser,* Alternative Formen gerichtlicher und außergerichtlicher Streitbeilegung im deutschen und französischen Recht, S. 84 und 120; vgl. *Eisele,* Jura 2003, 656, 660; *Schneeweiß,* DRiZ 2002, 107, 111; wohl auch *Wagner,* NJW 2001, 2128, 2134. Nach der Ansicht von *Hager,* Konflikt und Konsens (2001), S. 117 ff. (besonders S. 121 f.) ist die Verschwiegenheitspflicht des Schlichters schon Folge der Schlichtungstätigkeit, so dass es bis auf wenige Ausnahmen einer Parteivereinbarung nicht bedarf.

ten. Das Zeugnisverweigerungsrecht besteht „kraft Natur der Tatsachen, auf welche die Verpflichtung zur Verschwiegenheit sich bezieht" bzw aus der Verschwiegenheitspflicht des Mediators[70] (§ 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO).[71] Auch die Verschwiegenheit der Parteien selbst kann und sollte vereinbart werden.[72] Mit all diesen Maßnahmen kann ausgeschlossen werden, dass sich eine Partei nur zum Schein auf eine außergerichtliche Streitbeilegung einlässt, um die andere Seite auszuhorchen und die Erkenntnisse dann im Prozess zu verwerten.[73]

Positiv für die Vergleichsbereitschaft wirkt sich auch die Nichtöffentlichkeit der meisten Schieds-, Schlichtungs- und Mediationsverfahren aus.[74] Zudem spricht der Zeitfaktor für ein außergerichtliches Streitbeilegungsverfahren, das in der Regel schneller zum Ziel führt als ein zeitraubendes Gerichtsverfahren, möglicherweise durch alle Instanzen.[75] Auch der Kostenfaktor ist nicht zu unterschätzen.[76]

c) Vorteile des Güterichters

Zwischen der Alternative der Durchführung eines gerichtlichen Verfahrens einschließlich der Güteverhandlung vor dem Streitrichter und der außergerichtlichen Konfliktbeilegung liegt die Verweisungsmöglichkeit an den Güterichter (§ 278 Abs. 5 ZPO). Dieser ist einerseits gesetzlicher Richter, andererseits aber nicht entscheidungsbefugter Richter. Aus diesem Grund sprechen die oben genannten Vorteile, die sich aus der Trennung von Streitrichter und Schlichter ergeben, auch für eine Verweisung an den Güterichter. Er vereinigt, je nachdem wieweit er bei der Güteverhandlung zu den

---

[70] BT-Drucks 17/5335, S. 17.

[71] *Groth/v. Bubnoff,* NJW 2001, 338, 341, vgl. auch die weiteren Ausführungen zur Rechtsgrundlage des Zeugnisverweigerungsrechts; siehe auch *Oldenbruch,* Die Vertraulichkeit im Mediationsverfahren (2006), S. 93 ff.

[72] *Eisele,* Jura 2003, 656, 660; *Groth/v. Bubnoff,* NJW 2001, 338, 339. Eine diesbezügliche Regelung ist in das Mediationsgesetz nicht aufgenommen worden, zustimmend *Greger,* ZRP 2010, 209, 211.

[73] *Groth/v. Bubnoff,* NJW 2001, 338, 339.

[74] *Katzenmeier,* ZZP 115 (2002), 51, 72 f; *Prütting,* JZ 1985, 261, 268.

[75] *Prütting,* JZ 1985, 261, 267.

[76] Vgl. *Haft,* FS Schütze (1999), S. 255, 263; *Katzenmeier,* ZZP 115 (2002), 51, 72; *Prütting,* JZ 1985, 261, 266 f.

Mitteln des Streitrichters[77] oder mehr zu den Methoden der Mediation oder anderer Konfliktbeilegungsverfahren greift, eher die Vorteile des Gerichtsverfahrens oder eher diejenigen des außergerichtlichen Verfahrens in sich.[78] Durch die Einfügung des § 159 Abs. 2 S. 2 ZPO, wonach ein Protokoll über eine Güteverhandlung oder weiterer Güteversuche vor dem Güterichter nur auf übereinstimmenden Antrag der Parteien aufgenommen wird, wird der Schutz der Vertraulichkeit dieses Verfahrens erhöht und rückt es in die Nähe eines Mediationsverfahrens. Auch das Öffentlichkeitsgebot gem. § 169 GVG gilt für das Gütegespräch vor dem Güterichter nicht. Der Güterichter bleibt jedoch weiterhin Richter und unterliegt den Gesetzesbindungen gem. Art. 97 und Art. 20 Abs. 3 GG. Zudem kann der Güterichter keine „echte" Mediation durchführen.[79] Dieses anspruchsvolle Verfahren bleibt den qualifiziert ausgebildeten Mediatoren (vgl. § 5 MediationsG) vorbehalten.[80] Auch wenn die Parteien einen weitergehenden Vertrauensschutz wünschen, müssen sie ein außergerichtliches Mediationsverfahren durchführen.[81] Soll sich die Konfliktbeilegung von den Verfahrensgarantien des Zivilprozesses loslösen und durch die Selbstbestimmung der Parteien erreicht werden, ist eine außergerichtliche Mediation der richtige Weg.[82] Die Parteien können sich den Güterichter anders als den Mediator nicht aussuchen. Andererseits hat der Güterichter aufgrund seiner Stellung als Richter einen gewissen Vertrauensbonus gegenüber den außergerichtlichen Vermittlern für sich.[83] Auch der Kostenvorteil des Güterichterverfahrens ist von erheblicher Bedeutung.[84] Es

[77] Z.B. Diskussion der Erfolgsaussichten des Rechtsstreits mit den Parteien oder Einsatz von richterlicher Autorität, vgl. *Prütting,* AnwBl 2012, 204, 207.

[78] Vgl. auch *Carl,* ZKM 2012, 16, 18 ff. zu den Vor- und Nachteilen des Güterichtermodells.

[79] Zu den Unterschieden zwischen gerichtsinterner und außergerichtlicher Mediation vgl. *Greger,* RabelsZ 74 (2010) 781, 787 f.

[80] Vgl. dazu auch *Greger,* NJW 2007, 3258, 3259.

[81] BT-Drucks. 17/8058, S. 21.

[82] Vgl. *Probst,* SchlHA 2012, 1, 4.

[83] Vgl. dazu *Greger,* RabelsZ 74 (2010) 781, 785 (Vertrauen in die Persönlichkeit des Richters als kompetente und neutrale Respekts- und Autoritätsperson); *ders.,* AnwBl 2008, 570, 571; *Spindler,* DVBl 2008, 1016, 1020.

[84] Vgl. *Prütting,* AnwBl 2012, 204, 207; *Greger,* RabelsZ 74 (2010) 781, 786 f. hält den Umstand der Kostenfreiheit für weniger bedeutsam.

entstehen anders als bei einem außergerichtlichen Verfahren keine zusätzliche Kosten, was insbesondere für die Parteien, denen Prozesskostenhilfe gewährt wird, von Vorteil ist. Hier besteht rechtspolitisch noch Handlungsbedarf. Die Förderung außergerichtlicher Streitbeilegung kann nur erreicht werden, wenn auch für diese ein Kostenhilfeverfahren, wie etwa die Mediationskostenhilfe, eingeführt wird.[85] Nur so kann der Wettbewerbsnachteil, der durch das Güterichtermodell geschaffen worden ist, ausgeglichen werden.

d) Einzelfälle

Ein außergerichtliches Streitbeilegungsverfahren bietet sich vor allem bei langwierigen, kostspieligen und risikoreichen Prozessen an, wie z.B. bei Bau- und Anlageprozessen oder bei Rechtsstreitigkeiten im gewerblichen Rechtsschutz.[86] Haben die Parteien in Zukunft aus familiären, arbeitsvertraglichen, geschäftlichen oder sonstigen Gründen weiterhin engen Kontakt, ist eine gütliche Einigung von erheblichem Vorteil.[87] Es eignen sich nahezu alle Rechtsgebiete für eine außergerichtliche Konfliktbeilegung.[88] Diese muss aber im konkreten Konflikt einen Vorteil gegenüber der Streitschlichtung vor dem Richter bieten. Das ist in der Regel der Fall, wenn hinter dem Rechtsstreit noch eine Fülle anderer Streitigkeiten steckt, die einer einheitlichen Regelung bedürfen, um den Konflikt insgesamt zu bereinigen, oder für die Lösung des Konflikts ein besonderer Sachverstand erforderlich ist oder ein neutraler Dritter als Vertrauensperson für beide Parteien in Betracht kommt.[89] Insbesondere bei Rechtsstreitigkeiten, bei denen eine Konfliktlösung nicht in einem Alles oder Nichts besteht, sondern im Wege einer außergerichtlichen Einigung gefunden werden muss, die die hinter dem Konflikt stehenden Interessen ausreichend berücksichtigt, bietet sich eine außergerichtliche Streitbeilegung an. Allerdings müssen

---

[85] Hierfür plädiert auch *Greger,* ZKM 2010, 120, 123; zur Kostenhilfe für außergerichtliche Streitbeilegung *Koch,* ZKM 2007, 71 ff.; überlegenswert ist auch der Vorschlag von *Plassmann,* AnwBl 2011, 123, 125 bei Scheitern einer außergerichtlichen Mediation im Fall einer späteren Rechtsverfolgung nur die Hälfte der Gerichtsgebühren zu verlangen.

[86] *Monßen,* AnwBl 2007, 6, 7; *ders.,* AnwBl 2004, 7, 8.

[87] *Monßen,* AnwBl 2007, 6, 7; *ders.,* AnwBl 2004, 7, 8 mit Beispielen.

[88] Vgl. die Aufzählung bei *Monßen,* AnwBl 2004, 7, 8.

[89] *Schneeweiß,* DRiZ 2002, 107, 110.

die Parteien auf Augenhöhe verhandeln können, damit die außergerichtliche Konfliktbeilegung nicht zu einem Diktat des Stärkeren führt. Das ist nur möglich, wenn die Struktur des Verfahrens der außergerichtlichen Streitschlichtung so beschaffen ist, dass sie die schlechtere Verhandlungsposition der schwächeren Partei ausgleicht.[90] Steht dagegen der juristische Sachverstand im Vordergrund, dann bietet sich eher eine Streitschlichtung durch den Richter an.

IV. Flankierende Maßnahmen zur Förderung der außergerichtlichen Streitbeilegung

Daneben sind noch einige Maßnahmen zu nennen, die die außergerichtliche Streitbeilegung fördern sollen.

1. Vollstreckbarkeit des Anwaltsvergleichs gem. §§ 796a ff. ZPO

So kann im Wege eines sog. Anwaltsvergleichs ein Vollstreckungstitel auch ohne gerichtliches Verfahren erlangt werden. Ein Anwaltsvergleich wird durch Rechtsanwälte im Namen und mit Vollmacht der von ihnen vertretenen Parteien abgeschlossen. Dieser kann auf Antrag einer Partei für vollstreckbar erklärt werden, wenn sich der Schuldner darin der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat. Allerdings ist der Anwendungsbereich beschränkt. Der Vergleich darf nicht auf Abgabe einer Willenserklärung gerichtet sein oder den Bestand eines Mietverhältnisses über Wohnraum betreffen. Für die Vollstreckbarerklärung ist das Prozessgericht (§ 796b ZPO) oder mit Zustimmung der Parteien ein Notar (§ 796c ZPO) zuständig. Vorher ist der Gegner zu hören. Die Vollstreckbarerklärung ist abzulehnen, wenn der Vergleich unwirksam ist oder seine Anerkennung gegen die öffentliche Ordnung verstoßen würde.

2. Maßnahmen nach dem Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren außergerichtlicher Konfliktbeilegung

Gem. § 253 Abs. 3 Nr. 1 ZPO soll die Klageschrift die Angabe enthalten, ob der Klageerhebung der Versuch einer Mediation oder eines anderen Verfahrens der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vorausgegangen ist, sowie eine Äußerung dazu, ob einem solchen Verfahren Gründe entgegen-

[90] *Katzenmeier,* ZZP 115 (2002), 51, 83 f.; vgl. auch *Gottwald,* WM 1998, 1257, 1261 f.

stehen. Damit erhofft man sich, dass die Rechtsanwaltschaft ihrer Beratungspflicht[91] bezüglich der Möglichkeiten der anderen außergerichtlichen Streitbeilegung besser nachkommt als bisher und diese damit auch im Bewusstsein der Bevölkerung stärker wahrgenommen werden.

Der Gesetzesentwurf hatte noch in § 796d für Mediationsvereinbarungen die Möglichkeit vorgesehen, eine Vollstreckbarkeit ebenso wie bei dem Anwaltsvergleich zu erlangen. Daran wurde jedoch kritisiert, dass Mediationsvereinbarungen ohne jegliche rechtliche Beratung zustande kommen könnten und damit ein Vollstreckungstitel ohne ausreichende rechtliche Prüfung geschaffen werden könne.[92] Aus diesem Grund ist die Vollstreckbarkeit von Mediationsvereinbarungen nicht in das Gesetz aufgenommen worden.

Zudem wird in § 7 MediationsG eine Rechtsgrundlage für wissenschaftliche Forschungsvorhaben, beschränkt auf Familiensachen, geschaffen, um die Auswirkungen der finanziellen Förderung der außergerichtlichen und der gerichtsnahen Mediation zu untersuchen.

V. Fazit

Der Überblick über die alternativen Streitbeilegungsmöglichkeiten im deutschen Zivilprozess zeigt, dass Gesetzgebung und Rechtspraxis in Deutschland schon einiges unternommen haben, um alternative Streitbeilegungsmethoden in unser Rechtssystem zu integrieren. Leider ist diesen Maßnahmen noch nicht der gewünschte Erfolg beschieden. Dies zeigt, dass weitere Anstrengungen erforderlich sind, um tatsächlich eine Änderung unserer Streitkultur herbeizuführen. Ein wichtiger Schritt in diese Richtung ist das Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren außergerichtlicher Konfliktbeilegung. Gleichwohl kommen vor die Gerichte noch viele Streitigkeiten, für die eine außergerichtliche Konfliktlösung besser geeignet wäre. Dies liegt zum einen sicher an der im internationalen Vergleich guten Arbeit der deutschen Justiz,[93] an den Schwächen der außer-

[91] Gem. § 1 Abs. 3 BORA besteht eine Verpflichtung der Rechtsanwaltschaft, ihre Mandantschaft konfliktvermeidend und streitschlichtend zu begleiten.

[92] BRAK-Stellungnahme-Nr. 27/2010, S. 20, www.brak.de

[93] *Katzenmeier,* ZZP 115 (2002), 51, 78 f.; *Stadler,* NJW 1998, 2479, 2480.

gerichtlichen Streitschlichtungsmechanismen,[94] an den fehlenden Anreizen, frühzeitig eine außergerichtliche Streitbeilegung durchzuführen,[95] und zum anderen an der immer noch mangelnden Kenntnis aller am Prozess Beteiligten — sei es der Parteien, ihrer Anwälte oder des Gerichts — über Alternativen zum klassischen Gerichtsverfahren.[96] Lassen sich die Parteien aber erst einmal auf ein Verfahren der außergerichtlichen Streitbeilegung ein, so ist die Erfolgsquote hoch.[97] Das Güterichterverfahren darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass einvernehmliche Konfliktlösung primär außerhalb des Gerichtsverfahrens stattfinden muss.[98] Zur Förderung der außergerichtlichen Streitbeilegung müssten deshalb wesentlich mehr Anreize geschaffen werden, wie z.B. eine Mediationskostenhilfe entsprechend der Prozesskostenhilfe bzw. konkrete Kosten- und Gebührenanreize. Letztendlich sind im deutschen Zivilprozessrecht schon fast alle Möglichkeiten ausgeschöpft. Auch weiterer Zwang, indem man etwa dem Richter die Möglichkeit gibt, während des Verfahrens einen außergerichtlichen Streitbeilegungsversuch verbindlich anzuordnen, wird wohl keine größere Effektivität bringen. Vielmehr muss die freiwillige Inanspruchnahme der außergerichtlichen Streitbeilegungsverfahren durch verstärkte Information der Bevölkerung und Kostenanreize gefördert werden. Denn mit dem BVerfG[99] gesprochen: „Eine zunächst streitige Problemlage durch eine einverständliche Lösung

---

[94] Gewährleistet werden müssen vor allem Verfahrensgerechtigkeit und die Neutralität der Schlichter, sollen die prozessvermeidenden Konfliktlösungsmechanismen eine ernsthafte Chance bekommen, vgl. *Katzenmeier,* ZZP 115 (2002), 51, 88 f. und *Gottwald,* WM 1998, 1257, 1261 f., letzterer anhand eines besonders negativen praktischen Beispiels.

[95] Vgl. *Althammer,* JZ 2006, 69, 71 ff., der als Anreiz ein die Mediation begünstigendes Prozesskostenrecht diskutiert, sei es zunächst im Wege einer mediationsfreundlichen Auslegung der Kostenvorschriften oder durch Schaffung einer den Güteversuch berücksichtigenden Kostenvorschrift.

[96] *Tochtermann,* JuS 2005, 131, 135.

[97] Vgl. die Beispiele bei *Gottwald,* WM 1998, 1257, 1259, 1261 f. und *Tochtermann,* JuS 2005, 131, 135.

[98] *Greger,* AnwBl 2013, 504, 506.

[99] Beschl. v. 14.02.2007 — 1 BvR 1351/01, zur Verfassungsmäßigkeit von § 10 Gütestellen- und Schlichtungsgesetz von Nordrhein-Westfalen, erlassen aufgrund der Ermächtigung gem. § 15a EGZPO.

zu bewältigen, ist auch in einem Rechtsstaat grundsätzlich vorzugswürdiger gegenüber einer richterlichen Streitentscheidung."

VI. Zusammenfassung Der deutsche Gesetzgeber hat in den letzten Jahren versucht, alternative Streitbeilegungsverfahren in die Gerichtsstrukturen zu integrieren. Neben der ZPO-Reform ist insbesondere das Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren außergerichtlicher Konfliktbeilegung vom 21.07.2012 zu nennen.

Vor Einleitung eines Gerichtsverfahrens kommen als freiwillige Streitbeilegungsverfahren Schieds- und Schlichtungsverfahren, Schiedsgutachten sowie vor allem die Mediation in Betracht. Die Mediation ist gem. § 1 MediationsG ein vertrauliches und strukturiertes Verfahren, bei dem Parteien mit Hilfe eines oder mehrerer Mediatioren freiwillig und eigenverantwortlich eine einvernehmliche Lösung des Konflikts anstreben. Im MediationsG, das am 26.7.2013 in Kraft getreten ist, werden bestimmte inhaltliche Anforderungen an die Mediation und bestimmte Mindestanforderungen an die Mediatoren (Neutralität, Verschwiegenheitspflicht, Aus- und Weiterbildung) festgelegt.

§ 15a EGZPO eröffnet den Landesgesetzgebern die Möglichkeit, die Einleitung eines Gerichtsverfahrens in bestimmten Fällen von einem obligatorischen Schlichtungsversuch abhängig zu machen. Können die Parteien bei Klageerhebung keine Bescheinigung über einen erfolglosen Güteversuch vorlegen, ist die Klage unzulässig. Allerdings hat die Einführung der obligatorischen Streitschlichtung den erhofften Erfolg nicht gebracht.

Daneben werden in Sondergesetzen, wie z.B. in Wettbewerbssachen gem. § 15 UWG oder bei der Schuldenbereinigung gem. § 305 Abs. 1 Nr. 1 InsO, außergerichtliche Einigungsversuche gefordert.

Hat vor Erhebung der Klage kein Einigungsversuch stattgefunden, muss vor Eintritt in die mündliche Verhandlung eine Güteverhandlung vor dem erkennenden Gericht stattfinden. Dies gilt nicht, wenn die Güteverhandlung erkennbar aussichtslos erscheint. Die obligatorische Güteverhandlung war von Anfang an umstritten und hat auch keine sichtbaren Erfolge gebracht.

Auch wenn die gütlichen Einigungsversuche gescheitert sind, soll das Gericht in jeder Lage des Verfahrens auf eine gütliche Beilegung des Rechtsstreits oder einzelner Streitpunkte bedacht sein (§ 278 Abs. 1 ZPO).

Neben einem Prozessvergleich in der mündlichen Verhandlung besteht seit der ZPO-Reform auch die Möglichkeit, einen schriftlichen Vergleich abzuschließen (§ 278 Abs. 6 ZPO).

Anders als in dem ursprünglichen Entwurf zum Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren außergerichtlicher Konfliktbeilegung vorgesehen, ist die gerichtsinterne Mediation, die in Modellprojekten in nahezu allen Bundesländern ohne Rechtsgrundlage praktiziert worden ist, nicht Gesetz geworden. Stattdessen hat sich das sog. Güterichtermodell durchgesetzt (§ 278 Abs. 5 ZPO). Der Güterichter ist ein für die Durchführung von Güteversuchen bestimmter und nicht entscheidungsbefugter Richter, an den das Gericht die Parteien für einen Güteversuch verweisen kann. Der Güterichter kann alle Methoden der Konfliktbeilegung einschließlich derjenigen der Mediation einsetzen. Der Güterichter unterliegt jedoch nicht den Beschränkungen und Verpflichtungen des MediationG, aber der Gesetzesbindung gem. Art. 97 und Art. 20 Abs. 3 GG. Aus diesem Grund kann der Güterichter m.E. keine „echte“ Mediation iSd § 1 MediationsG durchführen. Das ist allerdings umstritten.

Für die Güteverhandlung ist das persönliche Erscheinen der Parteien anzuordnen. Ansonsten ist der Güterichter in der Gestaltung der Güteverhandlung frei. Sie ist nicht öffentlich, ein Protokoll wird nur auf übereinstimmenden Antrag der Parteien aufgenommen (§ 159 Abs. 2 ZPO). Vor dem Güterichter kann ein Prozessvergleich abgeschlossen werden, der das Verfahren beendet. Zu Entscheidungen ist der Güterichter jedoch nicht befugt.

Das Gericht kann gem. § 278a ZPO den Parteien auch eine Mediation oder ein anderes Verfahren der außergerichtlichen Streitbeilegung vorschlagen. Entscheiden sich die Parteien für eine solche außergerichtliche Konfliktbeilegung, ordnet das Gericht das Ruhen des Verfahrens an. Scheitert der außergerichtliche Einigungsversuch, kann das Verfahren auf Betreiben jeder Seite sofort wieder aufgenommen werden (vgl. § 250 ZPO).

Jede Möglichkeit zu einer einvernehmlichen Konfliktlösung zu kommen, hat ihre Vor- und Nachteile. Die Vorteile des gerichtlichen Verfahrens liegen vor allem in der Wahrung wichtiger Verfahrensgarantien, wie die Gewährung rechtlichen Gehörs und die Unparteilichkeit des Richters. Bei einer außergerichtlichen Konfliktlösung können die Parteien den Konflikt

umfassend bereinigen, indem sie auch andere Problembereiche mit einbeziehen. Positiv zu bewerten ist die Vertraulichkeit, die auf der Trennung von Entscheidungs- und Vermittlungsfunktion beruht und damit zu ungezwungeneren Vergleichsverhandlungen führt.

Der Güterichter steht zwischen diesen beiden Alternativen. Er ist einerseits gesetzlicher Richter, andererseits aber nicht entscheidungsbefugter Richter. Er vereinigt, je nachdem inwieweit er bei der Güteverhandlung zu den Mitteln des Streitrichters oder mehr zu den Mitteln der Mediation oder anderer Konfliktbeilegungsmethoden greift, eher die Vorteile des Gerichtsverfahrens oder eher diejenigen der außergerichtlichen Streitbeilegung in sich.

Das Gericht muss abwägen, welcher Weg zu einer umfassenden Konfliktlösung führen kann. Für eine außergerichtliche Konfliktlösung eignen sich fast alle Rechtsgebiete. Sie bietet sich vor allem an, wenn die Parteien auch in Zukunft engen Kontakt pflegen wollen und hinter dem eigentlichen Rechtsstreit noch andere Konflikte stecken. Steht dagegen der juristische Sachverstand im Vordergrund, bietet sich eine Streitschlichtung durch den Richter an.

Als flankierende Maßnahmen zur Förderung der außergerichtlichen Streitschlichtung ist die Möglichkeit der Vollstreckbarerklärung eines Anwaltsvergleichs (§§ 796b, c ZPO) zu nennen. Für die Mediationsvereinbarung ist eine entsprechende Regelung anders als im Entwurf vorgesehen nicht Gesetz geworden. Zudem sollen die Rechtsanwälte durch die Angabe in der Klageschrift, ob der Klageerhebung ein Einigungsversuch vorausgegangen ist, zu einer Beratung der Mandanten bezüglich der Möglichkeiten der außergerichtlichen Streitbeilegung angehalten werden.

Trotz der aufgezeigten Möglichkeiten kommen noch zu viele Streitigkeiten vor Gericht, die besser einem außergerichtlichen Streitbeilegungsverfahren zugeführt werden sollten. Eine Änderung der Streitkultur hin zur einvernehmlichen Konfliktbeilegung kann m.E. nur über eine verstärkte Information der Bevölkerung und Kostenanreize erreicht werden.

АЛЬТЕРНАТИВНЫЕ СПОСОБЫ УРЕГУЛИРОВАНИЯ СПОРОВ В НЕМЕЦКОМ ГРАЖДАНСКОМ ПРОЦЕССЕ

Профессор, д-р юр.н. Германии Доротэя Ассманн

Тезисы[1]

Немецкий законодатель пытался в последние годы интегрировать альтернативные способы урегулирования споров в судебную структуру. Наряду с реформой ГПК Германии необходимо также упомянуть Закон «О содействии медиации и других процедур внесудебного урегулирования конфликта» от 27.07.2012 г.

До начала судебного процесса необходимо принять во внимание такие добровольные способы урегулирования споров, как третейское разбирательство и примирительное производство, третейская экспертиза, а также медиация. Медиация представляет собой согласно § 1 Закона «О медиации» Германии доверительный и структурированный процесс, в рамках которого стороны стремятся с помощью одного или нескольких медиаторов найти обоюдное решение конфликта. В Законе «О медиации» Германии, который вступил в силу 26.07.2012 г., установлены определенные требования к медиации по содержанию и минимальные требования, предъявляемые к медиаторам (нейтралитет, обязанность сохранения тайны, обучение и повышение квалификации). Принудительно исполнено могут быть только мировые соглашения, заключенные у адвоката (§§ 796 a,b ГПК Германии) и мировые соглашения, заключенные в примирительных учреждениях, которые созданы и признаны управлением юстиции земли (§ 794 Nr. 1 ГПК Германии).

§ 15a Вводного Закона к ГПК Германии предоставляет законодателям земель возможность ставить начало судопроизводства в опре-

[1] Перевод Галины Лоховой.

деленных случаях в зависимость от обязательной попытки примирения. Если стороны не могут представить документ, подтверждающий безуспешную попытку примирения, иск считается недопустимым. Однако введение обязательной попытки примирения не принесло ожидаемого успеха.

Наряду с этим, в некоторых специальных законах, например по делам конкуренции, согласно § 15 Закона «О борьбе с недобросовестной конкуренцией» или при погашении задолженности согласно Nr. 1 абз. 1 § 305 Закона «О банкротстве», закреплена внесудебная попытка к примирению.

Если перед предъявлением иска не состоялась попытка к примирению, то перед началом устного судопроизводства необходимо, чтобы состоялось примирительное разбирательство. Прохождение данной процедуры не требуется в случае, если примирительное разбирательство в конкретном случае кажется абсолютно безуспешным. Обязательное примирительное разбирательство с самого начала представляло собой спорный вопрос и в результате не принесло ожидаемых успехов.

Даже если попытки к примирению не завершились успехом, суд должен в любом случае иметь в виду процесс мирного урегулирования спора или его отдельных спорных элементов (абз. 1 § 278 ГПК Германии). Наряду с заключением мирового соглашения в устном судопроизводстве, после реформы ГПК Германии также возможно заключение письменного соглашения (абз. 6 § 278 ГПК Германии). Иначе, нежели чем было предусмотрено в изначальном законопроекте «О содействии медиации и других процедур внесудебного урегулирования конфликтов», внутрисудебной медиации, которая была применена на практике в рамках модельных проектов почти во всех федеральных землях, так и не удалось стать законом. Вместо этого утвердилась так называемая концепция «примиряющего судьи» (Güterichtermodell) (абз. 5 § 278 ГПК Германии). Фигура «примиряющего судьи» была введена для проведения попыток примирения, «примиряющий судья» также не уполномочен принимать решения. Он может использовать все методы, предоставленные для урегулирования конфликта, включая медиацию. Однако на «примиряющего судью» не

распространяются ограничения и обязанности, вытекающие из Закона «О медиации» Германии, в своей деятельности он связан законами на основании арт. 97 и абз. 3 арт. 20 Основного закона. В связи с этим «примиряющий судья», на мой взгляд, не может осуществлять «настоящую» медиацию в смысле § 1 Закона «О медиации» Германии. Тем не менее данный вопрос остается спорным.

Для примирительного разбирательства необходимо личное присутствие сторон. В остальном «примиряющий судья» свободен в организации примирительного разбирательства. Данный процесс не является публичным, протокол ведется только на основании обоюдного заявления сторон (абз. 2 § 159 ГПК Германии). В рамках данного процесса может быть заключено мировое соглашение, которым заканчивается процесс. Однако «примиряющий судья» не наделен полномочиями по принятию решений. Суд может на основании § 278а ГПК Германии также предложить сторонам медиацию или иные процедуры внесудебного урегулирования спора. Если стороны решаются урегулировать свой спор с помощью внесудебного урегулирования конфликта, то суд назначает приостановление производства по делу. В случае неудачной попытки внесудебного урегулирования спора, производство по делу может быть возобновлено по настоянию одной из сторон (ср. § 250 ГПК Германии).

Каждая возможность, направленна на достижение взаимоприемлемого решения, обладает собственными достоинствами и недостатками. Достоинства судебного процесса состоят, прежде всего, в соблюдении важных процессуальных гарантий, как, например, обеспечение права быть выслушанным в суде и беспристрастность судьи. В рамках внесудебного разрешения спора стороны могут полностью урегулировать конфликт, куда привлекаются также и иные проблематичные области. Позитивно оценивается и конфиденциальность, основывающаяся на разделении функции по принятию решений, с одной стороны, и функции посредничества, с другой стороны, что, в свою очередь, ведет к непринужденным переговорам по внесудебным соглашениям.

«Примиряющий судья» стоит между этими двумя альтернативами. С одной стороны, он законный судья, но, с другой стороны, он не наделен полномочиями по принятию решений. «Примиряющий

судья» объединяет в себе, в зависимости от того, использует ли он в рамках примирительного разбирательства методы судьи либо же методы медиации или другие методы урегулирования конфликтов, больше преимущества судебного процесса или же больше достоинства внесудебного разрешения спора.

Суд должен решить, какой путь может привести к всестороннему разрешению конфликта. Для внесудебного урегулирования конфликта подходят почти все области права. Прежде всего, это касается случаев, когда стороны и в будущем хотят поддерживать тесные отношения и собственно за правовым спором стоят ещё другие конфликты. Если же в центре внимания, напротив, стоит правовой спор, то спор должен быть урегулирован судьей.

В качестве дополнительной меры по содействию внесудебного урегулирования спора необходимо указать возможность составления исполнительного листа адвокатом по заключенным мировым соглашениям (§§ 796 b, с ГПК Германии). Соответствующее правило относительно медиативного соглашения, предусмотренное в законопроекте, так и не стало законом. Кроме того, в исковом заявлении должно быть указано, была ли предпринята попытка к примирению до подачи искового заявления, таким образом, адвокаты обязаны консультировать клиентов о возможности проведения внесудебного разрешения спора.

Несмотря на вышеназванные возможности по урегулированию спора, в суды поступает слишком много дел, которые было бы лучше передать внесудебным процедурам по разрешению споров. Изменение культуры по разрешению споров в сторону взаимоприемлемого урегулирования конфликта может быть достигнуто, по моему мнению, только с помощью усиленного информирования населения и финансового стимулирования.

SCHIEDSGERICHTSBARKEIT IN DEUTSCHLAND

Prof. Dr. Wilfried Schlüter

Gliederung

I. Sinn und Zweck der Schiedsgerichtsbarkeit
II. Die Entstehung und derzeitige gesetzliche Regelung der Schiedsgerichtsbarkeit
III. Die Arten der Schiedsgerichte
IV. Die Schiedsvereinbarung
V. Die Bildung des Schiedsgerichts
VI. Der Schiedsrichtervertrag
VII. Die Durchführung des schiedsgerichtlichen Verfahrens
VIII. Der Schiedsspruch und seine Vollstreckbarerklärung
IX. Rechtsbehelfe gegen den Schiedsspruch
X. Zusammenfassung

I. Sinn und Zweck der Schiedsgerichtsbarkeit

Die Schiedsgerichtsbarkeit ist eine auf Rechtsgeschäft beruhende nichtstaatliche private Gerichtsbarkeit. Die Parteien können für privatrechtliche Streitigkeiten eine Streitentscheidung durch ein Schiedsgericht vereinbaren. Dadurch wird die Zuständigkeit staatlicher Gerichte durch das private Schiedsgericht ersetzt. Verfassungsrechtlich bestehen dagegen keine Bedenken.[1] Das Rechtsinstitut beruht auf dem Grundsatz der Privatautonomie. Zwar ist nach Art. 92 GG die rechtsprechende Gewalt den Richtern anvertraut. Das bedeutet aber nicht, dass sich die Parteien nicht freiwillig

[1] BGHZ 65, 59, 61; *Saenger*, ZPO, 5. Aufl. 2013, Vorbemerkung zu §§ 1025 — 1066 Rn. 7; *Prütting/*Gehrlein, ZPO, 2010, § 1025 Rn.2.

einem Schiedsgericht unterwerfen können und ihnen gegen ihren Willen die Entscheidung durch ein staatliches Gericht aufgezwungen werden muss.[2]

Die vom Schiedsgericht erlassenen Schiedssprüche haben die gleiche Wirkung wie staatliche Urteile. Sie können aber nur von staatlichen Gerichten für vollstreckbar erklärt und vollstreckt werden. Von diesen können sie aber nur sehr eingeschränkt überprüft werden. Die Schiedsgerichtsbarkeit ist Rechtsprechung im materiellen Sinn.[3]

Sie gewinnt national, aber auch international wegen des grenzüberschreitenden Rechtsverkehrs immer größere Bedeutung und erstreckt sich auf nahezu alle zivilrechtlichen Rechtsgebiete. Sie wird nicht nur von Unternehmen, sondern sehr häufig auch von Privatpersonen vereinbart, weil sie sich von einem Verfahren vor dem Schiedsgericht Vorteile gegenüber einem Verfahren vor einem staatlichen Gericht versprechen. Ein Vorteil besteht darin, dass ein Verfahren vor dem Schiedsgericht in der Regel schneller und billiger ist als ein Verfahren vor den staatlichen Gerichten. Denn das Schiedsverfahren kennt in der Regel keinen Instanzenzug. Kostenvorteile können sich vor allem bei Verfahren mit einem hohen Streitwert ergeben. Ein weiterer Vorteil besteht darin, dass die Parteien nicht an die strikten staatlichen Verfahrensordnungen gebunden sind. Sie können das Verfahren durch Vereinbarung wesentlich flexibler gestalten. So können sie es an ihre Bedürfnisse anpassen. Das ist vor allem bei internationalen Schiedsverfahren von Bedeutung, weil sie den Verfahrensort, die Verhandlungssprache und auch das anzuwendende nationale Recht vereinbaren können. In internationalen Fällen bietet das Schiedsverfahren auch den Vorteil der internationalen Freizügigkeit von Schiedssprüchen. Ihre Vollstreckung ist unter Geltung des UN-Übereinkommens über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10.06.1958[4] erleichtert.[5] Wichtig ist ferner, dass die Parteien Schiedsrichter bestimmen können, die auf dem betreffenden Sachgebiet über eine besondere Sachkunde verfügen. Schließlich hat das Schiedsverfahren für die Parteien auch den Vorteil, dass

[2] *Schütze*, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 5. Aufl. 2012, Rn.9 ff.

[3] *Prütting/*Gehrlein, § 1025 Rn. 1.

[4] BGBl 1961 II S.122.

[5] *Saenger*, Vorbemerkung zu §§ 1025 — 1066 Rn. 2.

die Verhandlung hier, anders als im staatlichen Verfahren, nicht öffentlich, sondern vertraulich ist. Dadurch wird verhindert, dass Geschäftsgeheimnisse an die Öffentlichkeit dringen. Auch der Schiedsspruch wird in aller Regel nicht veröffentlicht.

Ein Nachteil des Schiedsverfahrens besteht aber darin, dass mangels eines Instanzenzugs Fehlentscheidungen nicht korrigiert werden können. Außerdem ist die Unparteilichkeit und Unabhängigkeit der von den Parteien bestimmten Schiedsrichter nicht immer gewährleistet. Ein weiterer Nachteil besteht darin, dass Schiedsgerichte nicht hoheitlich tätig werden können. Schiedssprüche werden zwar staatlich anerkannt. Das Schiedsgericht kann aber den Schiedsspruch weder vollstrecken noch vorläufige Maßnahmen durchsetzen. Hierfür sind sie auf die Mitwirkung staatlicher Gerichte angewiesen.

II. Die Entstehung und derzeitige gesetzliche Regelung der Schiedsgerichtsbarkeit

Schon im Römischen Recht war zur Lösung privatrechtlicher Konflikte neben oder anstelle der staatlichen Gerichtsbarkeit eine private Schiedsgerichtsbarkeit anerkannt. Auch im Mittelalter spielten Schiedsgerichte und andere außergerichtliche Schlichtungsformen eine große Rolle.

Ebenso sah die Zivilprozessordnung (ZPO) schon seit ihrem Inkrafttreten am 01.10.1879 in der ursprünglichen Fassung ihres 10. Buches in den §§ 1025 — 1068 eine Schiedsgerichtsbarkeit vor. Dieses 10. Buch der ZPO ist durch das Gesetz zur Neuregelung des Schiedsverfahrensrechts vom 22.12.1997[6] vollständig neu gefasst worden. Der deutsche Gesetzgeber hat sich bei dieser grundlegenden Novellierung des Schiedsverfahrens an dem UNCITRAL — Modellgesetz orientiert und dessen Regelungen weitgehend übernommen. UNCITRAL ist die Abkürzung für United Nations Commission on International Trade Law (Kommission der Vereinten Nationen für internationales Handelsrecht). Diese Kommission wurde von der UN-Generalversammlung am 17.12.1966 beschlossen. Sie soll, um Hemmnisse für den internationalen Handel zu beseitigen, Vorschläge für eine Harmonisierung und Vereinheitlichung des internationalen Handelsrechts

[6] BGBl I 1997 S. 3234.

erarbeiten, die auch für Staaten mit verschiedenen Rechtssystemen und einem unterschiedlichen wirtschaftlichen und sozialen Entwicklungsstatus akzeptabel sind. Einer dieser Vorschläge ist das UNCITRAL — Modellgesetz 1976 über die internationale Handelsgerichtsbarkeit. Obwohl sich dieses Modellgesetz auf die internationale Handelsgerichtsbarkeit bezieht, hat der deutsche Gesetzgeber 1997 bei der Neufassung der §§ 1025 ff. ZPO diese Vorschläge generell übernommen. In Deutschland gelten sie demnach auch für nationale und nicht handelsrechtliche Schiedsgerichtsverfahren.

Die UNCITRAL — Schiedsgerichtsordnung 1976 (UNCITRAL — SchGO 1976) bietet den Interessierten eine Basis für das Verfahren vor einem frei wählbaren Schiedsgericht und kann von den Parteien weitgehend frei abgeändert und den jeweiligen Bedürfnissen angepasst werden (Art. 1 Abs. 1 UNCITRAL — Schiedsgerichtsordnung 1976).

Sie wurde am 28. April 1976 von der UNCITRAL angenommen und am 15. Dezember 1976 von der Vollversammlung zur Verwendung empfohlen.

Am 25. Juni 2010 wurde zur Anpassung an geänderte Bedürfnisse eine neue U NCITRAL-Schiedsgerichtsordnung beschlossen (UNCITRAL- SchGO 2010).

Nicht nur Deutschland, sondern zahlreiche andere Staaten haben inzwischen ihre Schiedsgerichtsverfahren der UNCITRAL-Schiedsgerichtsordnung angepasst. Für Deutschland hat diese weitgehende Harmonisierung des Schiedsvertragsrechts den Vorteil, dass bei internationalen Schiedsstreitigkeiten ausländische Parteien eher bereit sind, Deutschland als Austragungsort zu akzeptieren.

III. Die Arten der Schiedsgerichte

Es gibt zwei Arten von Schiedsgerichten, nämlich das ad-hoc- oder Gelegenheitsschiedsgericht und das institutionelle Schiedsgericht.

1. Das ad-hoc- Schiedsgericht entsteht dadurch, dass die Parteien schon im Vorhinein oder nachträglich vereinbaren, dass bestimmte Streitfälle unter Ausschluss der staatlichen Gerichte von einem Schiedsgericht zu entscheiden sind. Sie regeln hierbei auch, wie das Schiedsgericht zusammenzusetzen ist und wie und von wem die Schiedsrichter zu bestellen sind. Auch die Verfahrensordnungen können sie festlegen, das aber auch dem

Schiedsgericht überlassen. Mit den Schiedsrichtern schließen sie nach deren Bestellung einen Schiedsrichtervertrag, in dem u.a. auch deren Vergütung geregelt wird.

2. Demgegenüber wird das institutionelle Schiedsgericht nicht erst von den Parteien geschaffen. Es ist bereits von bestimmten Institutionen gebildet. Die Parteien einigen sich hier nur darauf, für die Entscheidung ihrer Streitigkeiten auf eine dieser Schiedsgerichtsinstitutionen zurückzugreifen.

Institutionelle Schiedsgerichte bestehen in sehr vielen Staaten. Zu nennen sind etwa:

Die Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit (DIS), das Internationale Schiedsgericht der Handelskammer Paris, der London Court of International Arbitration, das Internationale Handelsschiedsgericht (MKAS) bei der Handels- und Industriekammer der Russischen Föderation und die American Arbitration Association (AAA).[7]

IV. Die Schiedsvereinbarung

1. Nach der Legaldefinition des § 1029 Abs. 1 ZPO ist die Schiedsvereinbarung eine Vereinbarung der Parteien, alle oder einzelne Streitigkeiten, die zwischen ihnen in Bezug auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis vertraglicher oder nichtvertraglicher Art entstanden sind oder künftig entstehen, der Entscheidung durch ein Schiedsgericht zu unterwerfen.

§ 1029 Abs. 2 ZPO unterscheidet zwischen zwei Formen der Schiedsvereinbarung, nämlich die Schiedsabrede und die Schiedsklausel. Die Schiedsabrede ist selbständig, die Schiedsklausel hingegen als Teil eines Vertrags vereinbart. Die Schiedsvereinbarung ist, weil sie nicht die materielle Rechtslage umgestaltet, kein materieller, sondern ein Prozessvertrag, durch den den staatlichen Gerichten die Entscheidungszuständigkeit entzogen wird.[8] Durch ihn wird die Einrede der Schiedsgerichtsbarkeit begründet (§ 1032 ZPO), so dass eine Klage vor den staatlichen Gerichten, wenn diese Einrede erhoben wird, als unzulässig abzuweisen ist (§ 1032 ZPO).

---

[7] Weitere Nachweise bei *Schütze*, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 5. Aufl. 2012. Rn. 40 ff.

[8] BGHZ 180, 221, 228; 99, 143, 147; *Saenger*, § 1029 Rn. 1; Zöller/*Geimer*, ZPO, 30. Aufl. 2014, Rn. 15.

2. Die einzuhaltende Form der Schiedsvereinbarung ist in § 1031 ZPO sehr differenziert geregelt. Eine strengere Form ist einzuhalten, wenn an ihr ein Verbraucher i.S.v. § 13 BGB beteiligt ist. Nach § 1031 Abs. 5 ZPO muss die Schiedsvereinbarung, um den Verbraucher zu schützen, in einer von beiden Parteien eigenhändig unterzeichneten Urkunde enthalten sein. Sie kann auch in einer den Anforderungen des § 126a BGB entsprechenden elektronischen Form errichtet werden. Für Personen im gewerblichen oder beruflichen Bereich sind die Formerfordernisse demgegenüber wesentlich reduziert. Wird die Form nicht eingehalten, ist die Schiedsvereinbarung nichtig (§§ 125 BGB; 1059 Abs. 2 Nr. 1a ZPO). Ein Formmangel wird allerdings geheilt, wenn sich die Partei rügelos auf die schiedsgerichtliche Verhandlung einlässt (§ 1031 Abs. 6 ZPO).

3. Eine Schiedsvereinbarung kann als Prozessvertrag nur von Parteien geschlossen werden, die parteifähig (§ 50 ZPO) und prozessfähig (§ 52 ZPO) sind. Das bedeutet, dass sie rechtsfähig und, soweit es sich um natürliche Personen handelt, auch voll geschäftsfähig sein müssen. Nur dann sind sie subjektiv schiedsfähig.[9] Partei einer Schiedsvereinbarung können aber, obwohl sie keine juristischen Personen sind, nach § 124 Abs. 1 HGB eine Offene Handelsgesellschaft und nach der Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofs[10] auch eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts sein. In dieser Entscheidung ist der BGB — Gesellschaft die aktive und passive Parteifähigkeit zuerkannt worden.[11]

4. In ihrer Schiedsvereinbarung müssen die Parteien konkret festlegen, über welche gegenwärtigen oder künftigen Streitigkeiten aus einem bestimmten vertraglichen oder außervertraglichen Rechtsverhältnis das Schiedsgericht anstelle des staatlichen Gerichts entscheiden soll. Das Rechtsverhältnis muss so bestimmt bezeichnet werden, dass der staatliche Richter, wenn in einem bei ihm anhängigen Verfahren die Einrede des Schiedsvertrags (§ 1032 ZPO) erhoben wird, ohne Schwierigkeiten feststellen kann, ob der in der Schiedsvereinbarung geregelte Streitgegenstand mit dem Streitgegenstand des bei ihm anhängigen Verfahrens identisch ist.[12]

---

[9] *Saenger*, § 1029 Rn. 8.

[10] BGHZ 146, 341.

[11] Ebenso BGHZ 154, 88, 94; NJW 2006, 1445 f.; *Prütting*/Gehrlein, § 50 Rn. 21.

[12] *Prütting*/Gehrlein, § 1029 Rn. 9.

Über diesen notwendigen Inhalt hinaus können die Parteien in die Schiedsvereinbarung weitere Regelungen aufnehmen. Fakultativ geregelt werden können etwa die Besetzung des Schiedsgerichts, die Auswahl und Bestellung der Schiedsrichter, die Verfahrensordnung sowie der Gerichtsort, die Verfahrenssprache (§ 1045 ZPO) sowie das anzuwendende Recht.[13]

5. Für die Wirksamkeit einer Schiedsvereinbarung reicht es nicht aus, dass sich die Parteien über den nach § 1029 ZPO erforderlichen Inhalt geeinigt haben. Die Ansprüche, über die das Schiedsgericht befinden soll, müssen nach § 1030 ZPO auch schiedsfähig sein.

Gegenstand einer Schiedsvereinbarung kann jeder vermögensrechtliche Anspruch sein (§ 1030 Abs 1.S. 1 ZPO). Für nichtvermögensrechtliche Ansprüche trifft das nur dann zu, wenn die Parteien berechtigt sind, darüber einen Vergleich zu schließen (§ 1030 Abs. 1 S. 2 ZPO). Zu den nichtvermögensrechtlichen Streitigkeiten gehören z.B. Ansprüche zur Durchsetzung des Persönlichkeitsrechts und Namensrechts, Rechtshandlungen gegen Ehrverletzungen und Gegendarstellungen nach dem Presserecht.[14] Derartige Ansprüche sind vergleichsfähig und können deshalb Gegenstand einer Schiedsvereinbarung sein. Nichtvermögensrechtlich sind z.B. auch Ehesachen (§ 121 FamFG), Kindschaftssachen (§ 151 FamFG) und Abstammungssachen (§ 169 FamFG). Diese sind aber nicht vergleichsfähig. Hier hat sich der Staat ein der Parteiendisposition entzogenes Entscheidungsrecht vorbehalten.

Nach der ausdrücklichen Regelung des § 1030 Abs. 2 ZPO ist eine Schiedsvereinbarung unwirksam, die sich auf Rechtsstreitigkeiten bezieht, welche den Bestand eines Mietverhältnisses über Wohnraum im Inland betreffen.

Darüber hinaus kann die Schiedsgerichtsbarkeit auch durch Einzelgesetze ausgeschlossen sein (§ 1030 Abs. 3 ZPO). So sind z. B. arbeitsrechtliche Individualansprüche nach §§ 101 ff. ArbGG in der Regel nicht schiedsfähig. § 101 Abs. 2 S. 3 ArbGG lässt nur für wenige Berufsgruppen (z. B. Schauspieler, Bühnenkünstler, Kapitäne) einzelvertraglich vereinbarte Schiedsklauseln zu, wenn der für sie an sich einschlägige Tarifvertrag solche Schiedsklauseln vorsieht.[15]

---

[13] *Saenger*, § 1029 Rn. 13.

[14] *Prütting*/Gehrlein, § 1030 Rn. 4; *Saenger*, § 1030 Rn. 5 f.

[15] BAGE 86, 190.

6. Eine wirksame Schiedsvereinbarung ist nicht nur ein Prozessvertrag, durch den die Zuständigkeit des Schiedsgerichts begründet wird. Sie entfaltet zwischen den Parteien auch schuldrechtliche Pflichten, deren Verletzung nach § 280 Abs. 1 BGB Schadensersatzansprüche auslösen oder die andere Partei zur Kündigung der Schiedsvereinbarung berechtigen kann.[16] Beide Parteien sind verpflichtet, daran mitzuwirken, dass das Schiedsverfahren zügig durchgeführt und abgeschlossen werden kann und alles zu unterlassen, was die schiedsrichterliche Entscheidung oder sonstige Beilegung des Rechtsstreits gefährden könnte.[17] Dazu gehört etwa auch die Pflicht, Honorare, Gebühren und vom Gericht angeforderte Vorschüsse fristgerecht zu leisten. Diese schuldrechtlichen Ansprüche der Parteien gegeneinander sind aber nicht Gegenstand des jeweiligen Schiedsverfahrens. Sie müssen in einem gesonderten Verfahren vor den Zivilgerichten geltend gemacht werden.

V. Die Bildung des Schiedsgerichts

1. Die Parteien können in der Schiedsvereinbarung nicht nur die zahlenmäßige Zusammensetzung des Schiedsgerichts, sondern auch das Verfahren zur Bestellung des bzw. der Schiedsrichter privatautonom selbst regeln (§ 1035 Abs. 1 ZPO). Wenn das nicht geschehen ist oder die Parteien sich nicht auf die Person des oder der Schiedsrichter einigen können, kann nach § 1035 Abs. 3 BGB eine gerichtliche Entscheidung herbeiführt werden.

Sieht die Schiedsvereinbarung einen Einzelschiedsrichter vor und können sich die Parteien über dessen Person nicht verständigen, so wird er auf Antrag einer Partei vom Oberlandesgericht bestellt (§§ 1035 Abs. 3 S. 1, 1062 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).

Soll das Schiedsgericht mit drei Richtern besetzt sein, bestellt jede Partei einen Schiedsrichter. Diese beiden Schiedsrichter bestellen wiederum den dritten Schiedsrichter, der als Vorsitzender (Obmann) tätig wird. Auch in diesem Fall kann das Oberlandesgericht angerufen werden und den Schiedsrichter bestellen, wenn entweder eine Partei ihren Schiedsrichter nicht bestellt oder die bestellten Schiedsrichter sich über

[16] *Schütze*, Rn 290 f.

[17] *Schütze*, Rn 87; *Prütting*/Gehrlein, § 2029 Rn 13.

die Person des dritten Schiedsrichters nicht verständigen können (§1035 Abs. 3 S. 2 und 3 ZPO).

2. Das Gesetz stellt keine besonderen Anforderungen an die fachliche Qualifikation der Schiedsrichter. Sie müssen also nicht Juristen sein. Die Auswahl der Schiedsrichter obliegt den Parteien. Soweit das Oberlandesgericht anstelle der Parteien einen Schiedsrichter zu bestellen hat, wird es einen Schiedsrichter benennen, der über die notwendigen Fachkenntnisse verfügt und von den Parteien unabhängig ist.

3. Da die Parteien die Schiedsrichter nach ihrer freien Wahl benennen können, besteht die Gefahr, dass sie eine Person als Schiedsrichter auswählen, von der sie erwarten, dass sie einseitig ihre Interessen vertritt und auf eine für sie günstige Entscheidung hinwirkt. Um die Integrität und Rechtsstaatlichkeit eines schiedsgerichtlichen Verfahrens abzusichern und die Unparteilichkeit und Unabhängigkeit der Schiedsrichter zu gewährleisten, haben die Parteien nach § 1036 Abs. 2 ZPO die Möglichkeit, einen Schiedsrichter abzulehnen.[18] Das kann dann geschehen, wenn Umstände vorliegen, die berechtigte Zweifel an seiner Unparteilichkeit oder Unabhängigkeit aufkommen lassen. Bei der Konkretisierung dieser allgemein gehaltenen Umschreibung des Ablehnungsgrunds kann auf die für einen staatlichen Richter geltenden Ausschluss- (§ 41 ZPO) und Ablehnungsgründe (§ 42 ZPO) zurückgegriffen werden. Der Schiedsrichter ist allerdings, anders als der staatliche Richter, nicht bereits kraft Gesetzes als Richter ausgeschlossen, wenn sein Ehegatte oder bestimmte nahe Verwandte oder Verschwägerte in dem Schiedsgerichtsverfahren Partei sind. Liegen derartige Fallgestaltungen vor, ist aber in aller Regel von einer Befangenheit des Schiedsrichters i.S.v. § 1036 Abs. 2 ZPO auszugehen, die seine Ablehnung rechtfertigt.

VI. Der Schiedsrichtervertrag

1. Die zwischen den Parteien getroffene Schiedsvereinbarung wird bei ad-hoc- Schiedsgerichten durch den Schiedsrichtervertrag ergänzt.[19] Es handelt sich hierbei um einen eigenständigen schuldrechtlichen Vertrag, der

[18] *Prütting*/Gehrlein, § 1036 Rn. 1; Schütze, Rn. 87.

[19] Zöller/*Geimer*, § 1035 Rn. 23.

von beiden Parteien des Schiedsverfahrens mit jedem einzelnen Schiedsrichter geschlossen wird.[20] Er ist in seiner Wirksamkeit von der Schiedsvereinbarung unabhängig und regelt die Rechte und Pflichten der Parteien und der Schiedsrichter[21]. Häufig enthält er auch Vereinbarungen über die Durchführung des Schiedsverfahrens. Haben die Parteien ausnahmsweise davon abgesehen, einen Schiedsrichtervertrag zu schließen, gelten bei einem entgeltlichen Tätigwerden die Bestimmungen für den Dienstvertrag (§§ 611 ff. BGB) und bei einem unentgeltlichen Tätigwerden die für den Auftrag (§ 662 BGB).[22]

Bei einem institutionellen Schiedsgericht ist ein solcher Vertrag meistens entbehrlich, weil die Rechte und Pflichten der Parteien bereits von der Institution festgelegt sind.

2. Für die Schiedsrichter ergibt sich nach der zutreffenden Meinung des Bundesgerichtshofs[23] aus diesem Vertrag die Pflicht, alles ihnen Zumutbare zu tun, um einerseits die Wirksamkeit und den Bestand des Schiedsspruchs zu sichern, andererseits aber auch die Parteien vor Nachteilen zu bewahren, die ihnen aus einem prozessordnungswidrig zustande gekommenen Schiedsspruch erwachsen können. Die Schiedsrichter sind auch verpflichtet, die Parteien auf mögliche Ablehnungsgründe wegen Befangenheit hinzuweisen (§ 1036 Abs. 1 ZPO).

Ferner trifft sie hinsichtlich des Verfahrens und der ihnen von den Parteien mitgeteilten Tatsachen eine Verschwiegenheitspflicht. Ohne Einverständnis der Parteien dürfen sie weder Presseklärungen abgeben noch den Schiedsspruch veröffentlichen.[24]

Verletzen sie derartige vertragliche Pflichten, sind sie den Parteien grundsätzlich nach §§ 280 Abs. 1, 276 BGB schadensersatzpflichtig. Sie haften also grundsätzlich für Vorsatz und Fahrlässigkeit.[25] Das gilt aber nicht für ihre streitentscheidende Tätigkeit. Insoweit handelt es sich um

---

[20] *Prütting*/Gehrlein, § 1035 Rn. 8; Zöller/*Geimer*, § 1035 Rn. 23; *Saenger*, Vor §§ 1025 — 1066 Rn. 10 ff.

[21] *Saenger*, Vor §§ 1025 — 1066, Rn. 11.

[22] *Schütze*, Rn. 121.

[23] BGHZ 98, 32, 35.

[24] *Prütting*, Festschrift für Schwab, 1990, S. 409 ff.; *Schütze*, Rn. 124.

[25] *Schütze*, Rn. 129.

Rechtsprechung im materiellen Sinn. Deshalb ist nach heute einhelliger Auffassung[26] ihre Haftung hinsichtlich ihrer streitentscheidenden Tätigkeit im Ergebnis ebenso eingeschränkt wie die Haftung des staatlichen Richters nach § 839 Abs. 2 BGB. Auch die Schiedsrichter haften für Pflichtverletzungen bei ihrer streitentscheidenden Tätigkeit nur dann, wenn sie mit öffentlicher Strafe bedroht ist (z.B. Rechtsbeugung, § 339 StGB, oder Bestechlichkeit, § 332 StGB).

3. Die Parteien des Schiedsgerichts sind als Gesamtschuldner primär dazu verpflichtet, die mit den Schiedsrichtern vereinbarte oder die von der betreffenden Schiedsorganisation vorgesehene Vergütung zu zahlen.[27] Beim Fehlen einer Vereinbarung ist die am Sitz des Schiedsgerichts übliche Vergütung als vereinbart anzusehen (§ 612 Abs. 2 BGB). Üblich ist in Deutschland mindestens die Vergütung, die Rechtsanwälten nach dem Rechtsanwaltsvergütungsgesetz zusteht.[28] In der Praxis wird allerdings für den Obmann in der Regel eine etwas höhere Vergütung angesetzt.

Die Schiedsrichter können nicht Richter in eigener Sache sein und sind deshalb nicht berechtigt, die Höhe ihrer Gebühren selbst festzusetzen, auch nicht indirekt über die Festsetzung des Streitwerts,[29] denn die Höhe der Gebühren hängt in aller Regel von der Höhe des Streitwerts ab.

Bei einem Streit über Grund oder Höhe der Vergütung hat das staatliche Gericht und nicht das Schiedsgericht zu entscheiden, weil die Schiedsrichter nicht in eigener Sache richterlich tätig werden dürfen.[30] Die Schiedsrichter haben gegen die Parteien zwar auch einen Anspruch auf Leistung eines angemessenen Vorschusses.[31] Diesen Vergütungsvorschuss können sie aber nicht einklagen, auch nicht vor einem staatlichen Gericht. Bleibt der Vorschuss aus, haben sie lediglich das Recht, ihre Leistung, ihre richterliche Tätigkeit, zurückhalten.[32] Nur die andere Partei kann die säumige vor dem staatlichen Gericht auf Leistung des anteiligen Vorschusses verklagen oder

[26] BGHZ 15, 12, 14; *Prütting*, § 1035 Rn. 10; *Saenger*, vor §§ 1025 — 1066 Rn. 13.

[27] RGZ 94, 210; *Schütze*, Rn. 127.

[28] *Prütting*/Gehrlein, § 1035 Rn. 11.

[29] *Schütze*, Rn. 468.

[30] BGHZ 94, 92, 95; Zöller/*Geimer*, § 1035 Rn. 25.

[31] *Saenger*, Vor §§ 1025 — 1066 Rn. 12.

[32] BGHZ 94, 92, 95.

die Schiedsvereinbarung aus wichtigem Grund kündigen und ihre Rechte vor dem staatlichen Gericht verfolgen.

VII. Die Durchführung des schiedsgerichtlichen Verfahrens

1. Das schiedsgerichtliche Verfahren ist jetzt in den §§ 1042 — 1050 ZPO ausführlich geregelt. Diese Normen sind jedoch überwiegend nicht zwingend. Deshalb können die Parteien das Verfahren weitgehend frei gestalten (§ 1042 Abs. 3 ZPO). Sie können schon im Zusammenhang mit der Schiedsvereinbarung oder mit dem Schiedsrichtervertrag eine Verfahrensordnung vereinbaren oder sich auf eine Musterverfahrensordnung beziehen.

Wird das Verfahren vor einem institutionellen Schiedsgericht durchgeführt, ist die Verfahrensordnung dieser Institution maßgebend. Die Parteien sind auch berechtigt, sich im laufenden Schiedsverfahren auf eine Verfahrensordnung zu verständigen. Diese Verfahrensvereinbarung kann, anders als die Schiedsvereinbarung, formlos getroffen werden. Sie unterliegt nicht der Form des § 1031 ZPO.[33]

Soweit keine Verfahrensordnung vereinbart ist und die §§ 1042 ff. ZPO keine Regelung enthalten, kann das Schiedsgericht das Verfahren nach freiem Ermessen selbst bestimmen (§ 1042 Abs, 4 S.1 ZPO).

Unverzichtbar für jedes Schiedsgerichtsverfahren ist jedoch, dass die Parteien gleich behandelt werden und dass jeder Partei vor Erlass eines Schiedsspruchs rechtliches Gehör gewährt wird (§ 1042 Abs. 1 BGB).

Für staatliche Gerichte sind diese Grundsätze bereits in der Verfassung als Mindestanforderungen für ein rechtsstaatliches Verfahren zwingend verankert (Art. 3 Abs. 1, Art. 103 Abs. 1 GG). Der Anspruch auf rechtliches Gehör stellt auch einen Grundpfeiler des Schiedsgerichtsverfahrens dar.[34] Da die Schiedssprüche die gleiche Wirkung entfalten wie die Urteile staatlicher Gerichte, müssen auch für diese rechtstaatliche Mindestanforderungen eingehalten werden.

Der Gleichbehandlungsgrundsatz gebietet es, dass das Schiedsgericht unparteiisch handelt und beiden Parteien die gleichen Chancen einräumt.

---

[33] *Prütting*/Gehrlein, § 1042 Rn. 4.

[34] BGHZ 85, 288, 291.

Das gilt selbstverständlich auch für ein aus drei Schiedsrichtern zusammengesetztes Schiedsgericht. Sie sind nicht Interessenvertreter der Partei, die sie benannt hat, und haben unabhängig und überparteilich zu entscheiden.

Das rechtliche Gehör erschöpft sich nicht darin, den Parteien Gelegenheit zu geben, alles ihnen erforderlich Erscheinende vorzutragen. Sie müssen auch zu allen Tatsachen und Beweismitteln Stellung nehmen können, die das Schiedsgericht seiner Entscheidung zugrunde zu legen gedenkt.[35] Das bedeutet auch, dass ihr das tatsächliche und rechtliche Vorbringen der anderen Partei so rechtzeitig mitgeteilt wird, dass sie dazu Stellung nehmen kann.[36] Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist das rechtliche Gehör nur dann gewahrt, wenn das Gericht die Ausführungen der Parteien auch zur Kenntnis nimmt und in Erwägung zieht.[37] Das Schiedsgericht ist im Rahmen seiner Anhörungspflicht nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs[38] zwar nicht gehalten, den Parteien seine Rechtsansicht mitzuteilen und sie zur Äußerung hierzu aufzufordern. In einem Schiedsgerichtsverfahren geht es aber nicht nur darum, die Rechtslage zu klären. Die Parteien wollten mit ihrer Wahl eines schiedsgerichtlichen Verfahrens in aller Regel auch erreichen, dass das Schiedsgericht auch mediativ tätig wird und sich darum bemüht, auch ohne einen Schiedsspruch möglichst zügig zu einer für beide Seiten tragbaren Lösung zu gelangen. Deshalb werden Schiedsgerichtsverfahren sehr häufig durch einen Vergleich beendet.

2. Die gesetzlichen Bestimmungen über den Ort des schiedsgerichtlichen Verfahrens (§ 1043 ZPO), seinen Beginn (§ 1044 ZPO) und die Verfahrenssprache (§ 1045 ZPO) sind in der Regel im Schieds- oder spätestens im Schiedrichtervertrag privatautonom von den Parteien geregelt.

3. Wesentlich flexibler als im staatlichen Zivilprozess sind auch die Regelungen über die Fristen der Klage und Klagebeantwortung (§ 1046 ZPO), über die Durchführung einer mündlichen Verhandlung oder eines

[35] BGHZ 31, 43, 45; 85, 288, 291; Schütze, Rn. 290.

[36] *Schütze*, Rn. 291.

[37] BVerfG NJW — RR 2004, 1150.

[38] BGHZ 31, 43.

schriftlichen Verfahrens (§ 1047 ZPO) und die Folgen einer Säumnis einer Partei (§ 1048 ZPO).

4. a) Da die Parteien nach § 1042 Abs. 3 ZPO die Verfahrensregeln grundsätzlich selbst bestimmen können, können sie auch Regeln über die Beweisaufnahme und die Zulässigkeit von Beweismitteln aufstellen.[39] Sehr häufig werden international und auch national die Common Law Regeln gewählt, die weniger förmlich sind als die deutschen Beweisregeln.[40]

Ist das Beweisrecht von den Parteien nicht geregelt, dann ist dem Schiedsgericht eine größere Entscheidungsfreiheit eingeräumt als einem staatlichen Zivilgericht. Nach § 1042 Abs. 4 S. 2 ZPO ist das Schiedsgericht berechtigt, über die Zulässigkeit einer Beweiserhebung zu entscheiden, diese durchzuführen und das Ergebnis frei zu würdigen. Das bedeutet zunächst, dass das Schiedsgericht allein darüber zu befinden hat, ob und wie eine Beweisaufnahme durchzuführen ist. Es kann, anders als ein staatliches Zivilgericht, auch ohne Beweisanträge der Parteien Beweise erheben, um den Sachverhalt genauer aufzuklären.[41] Es kann auch ohne einen Antrag der Parteien von sich aus einen oder mehrere Sachverständige zur Erstattung eines Gutachtens bestellen (§ 1049 ZPO). Außerdem ist das Schiedsgericht nicht auf die Beweismittel der ZPO (Beweis durch Augenschein, Zeugenbeweis, Beweis durch Sachverständige, durch Urkundenbeweis und durch Parteivernehmung) beschränkt. Ebenso wenig muss die Beweiserhebung unmittelbar sein. Entgegen § 355 ZPO kann das Schiedsgericht auf die Anwesenheit eines Zeugen in der mündlichen Verhandlung verzichten und sich mit einer schriftlichen Aussage begnügen.[42] Für das Schiedsgericht gilt auch nicht das Verbot, bei der Beweiswürdigung eigene Kenntnisse (z.B. eigene Erfahrungen mit dem Unternehmen einer Partei) und private Sachkunde zu verwerten.[43]

Da nur das Schiedsgericht nach § 1042 Abs. 4 S. 2 ZPO über die Zulässigkeit einer Beweiserhebung zu entscheiden und sie durchzuführen hat, sind die Parteien — anders als im Common Law — nicht berechtigt, ohne

[39] Zöller/*Geimer*, § 1042 Rn. 23.

[40] *Schütze*, Rn. 339.

[41] *Saenger*, § 1042 Rn. 16.

[42] Zöller/*Geimer*, § 1042 Rn. 33.

[43] Prütting/Gehrlein/*Lammen*, § 286 Rn. 6; *Prütting/*Gehrlein, § 1042 Rn. 8.

Anordnung des Schiedsgerichts von sich aus Zeugen und Sachverständige zur Verhandlung mitzubringen, um sie dort selbst zu befragen.[44]

b) Eine Beweisaufnahme durch Zeugen und Sachverständige kann das Schiedsgericht nur durchführen, wenn diese Personen freiwillig zur mündlichen Verhandlung (§ 1047 ZPO) erscheinen und zur Aussage bzw. zur Erstattung eines Gutachtens und dessen Erläuterung bereit sind. Als privates Gericht verfügt das Schiedsgericht, anders als ein staatliches Gericht, über keine staatlichen Zwangsmittel. Um dennoch die Funktionsfähigkeit des Schiedsgerichts zu sichern, kann es oder eine Partei mit seiner Zustimmung beim staatlichen Gericht eine Unterstützung bei der Beweisaufnahme beantragen (§ 1050 S. 1 ZPO). Zuständig ist das Amtsgericht (§ 1062 Abs. 4 ZPO). Das Schiedsgericht ist dann berechtigt, an der gerichtlichen Beweisaufnahme teilzunehmen und Fragen zu stellen (§ 1050 S. 3 ZPO).

c) Das Schiedsgericht als private Einrichtung kann eine Partei weder vereidigen noch eine eidesstattliche Versicherung entgegennehmen. Falsche Angaben gegenüber dem Schiedsgericht sind nicht nach §§ 153, 154, 156 StGB, sondern allenfalls als Prozessbetrug (§ 263 StGB) oder versuchter Betrug (§§ 263, 23 StGB) strafbar.

d) Die Beweisaufnahme in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union ist in der Verordnung (EG) Nr. 1206/2001 geregelt und wird durch die §§ 1072 — 1075 ZPO näher konkretisiert.

VIII. Der Schiedsspruch und seine Vollstreckbarerklärung

1. Der Schiedsspruch ist nach § 1054 Abs. 1 S. 1 ZPO schriftlich zu erlassen und durch den oder die Schiedsrichter zu unterschreiben. Er ist, sofern die Parteien nicht darauf verzichtet haben, auch zu begründen (§ 1054 Abs. 2 ZPO). Keiner Begründung bedarf ein Schiedsspruch mit vereinbartem Inhalt i. S. von § 1053 ZPO. Obwohl es sich hierbei der Sache nach um einen Vergleich handelt, hat der Schiedsspruch mit vereinbartem Inhalt die gleiche Wirkung wie jeder andere Schiedsspruch zur Sache (§ 1053 Abs. 2 S. 2 ZPO). Diese Form des Schiedsspruchs mit vereinbartem Inhalt wurde eingeführt, um aus inländischen Vergleichen auch im Ausland vollstrecken

[44] Bundestags — Drucksache 13/5274 S. 46; *Saenger*, § 1042 Rn. 16; Zöller/*Geimer*, § 1042 Rn. 31.

zu können, was bei einem gerichtlich nur protokollierten Vergleich häufig nicht möglich war.[45]

2. Obwohl der Schiedsspruch unter den Parteien die Wirkungen eines rechtskräftigen Urteils hat (§ 1055 ZPO), kann aus ihm nur vollstreckt werden, wenn er zuvor von dem nach § 1062 Abs. 1 Nr. 4 ZPO zuständigen Oberlandesgericht für vollstreckbar erklärt worden ist (§ 1060 ZPO).

Der Antrag auf Vollstreckbarerklärung wird zurückgewiesen, wenn ein Grund vorliegt, der nach § 1059 Abs. 2 ZPO zur Aufhebung des Schiedsspruchs berechtigen würde (§ 1060 Abs. 2 ZPO). Das ist beispielsweise dann der Fall, wenn der Streitgegenstand der Klage nicht von der Schiedsvereinbarung umfasst oder nach deutschem Recht nicht schiedsfähig ist (§ 1059 Abs. 2 Nr. 1c und Nr. 2a und b), einer Partei in bestimmter Hinsicht rechtliches Gehör versagt worden ist (§ 1059 Abs. 2 Nr. 1 b ZPO) oder die Anerkennung oder Vollstreckung gegen den ordre public verstoßen würde (§ 1059 Abs. 2 Nr. 2b). Hieran wird deutlich, dass das staatliche Gericht im Zusammenhang mit der Vollstreckbarerklärung die Schiedssprüche trotz ihrer Gleichwertigkeit mit staatlichen Urteilen in erheblichem Umfang materiell- und verfahrensrechtlich überprüfen kann.

IX. Rechtsbehelfe gegen den Schiedsspruch

1. Schiedssprüche können in aller Regel nicht von einer höheren schiedsrichterlichen Instanz überprüft werden. Ein Instanzenzug wird für die ad-hoc-Schiedsgerichte fast nie vereinbart. Ein Oberschiedsgericht ist nur vereinzelt in Verfahrensordnungen institutioneller Schiedsgerichte vorgesehen.

2. Die Parteien haben nach § 1059 Abs. 1 ZPO nur die Möglichkeit, einen nach ihrer Ansicht unwirksamen Schiedsspruch eines deutschen Schiedsgerichts durch ein staatliches Gericht aufheben zu lassen. Entsprechendes gilt auch für vom Schiedsgericht angeordnete vorläufige oder sichernde Maßnahmen (§§ 1041, 1062 Abs. 1 Nr. 3 ZPO). Bei dem Aufhebungsantrag der ganz oder teilweise unterlegenen Partei handelt es sich um einen Rechtsgestaltungsantrag.[46] Durch die in einem Beschlussverfahren

[45] *Saenger*, § 1053 Rn. 1.

[46] *Saenger*, § 1059 Rn. 1.

ergangene Entscheidung des Oberlandesgerichts wird der bis dahin wirksame Schiedsspruch aufgehoben.

Zuständig hierfür ist das Oberlandesgericht, das in der Schiedsvereinbarung bezeichnet ist. Fehlt eine Bezeichnung, dann hat das Oberlandesgericht über den Aufhebungsantrag zu entscheiden, in dessen Bezirk der Ort des Schiedsverfahrens liegt (§ 1062 Abs. 1 Nr. 4 ZPO).

3. Das staatliche Gericht hat in diesem Aufhebungsverfahren lediglich festzustellen, ob einer der in § 1059 Abs. 2 Nr. 1 und 2 ZPO aufgeführten Aufhebungsgründe vorliegt. Es ist gegenüber dem Schiedsgericht keine Berufungsinstanz, so dass es nicht berechtigt ist, den Schiedsspruch in jeder Hinsicht auf verfahrens- und materiellrechtliche Fehler zu überprüfen.

4. Die Aufhebungsgründe sind in § 1059 Abs. 1 Nr. 1 und 2 ZPO abschließend und zwingend geregelt.[47] Die systematisch nicht gelungene Aufzählung geht auf Art. V des Übereinkommens vom 10. Juni 1958 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche zurück und ist von dort nahezu wörtlich übernommen worden. Wie bereits unter VII dargelegt, kommt eine Aufhebung in Betracht, wenn die Schiedsvereinbarung unwirksam ist, die Streitsache nicht schiedsfähig ist, die Grenzen der Schiedsvereinbarung überschritten sind, rechtliches Gehör nicht hinreichend gewährt ist oder das Ergebnis des Schiedsspruch gegen den nationalen ordre public verstößt.[48]

5. Wird der Schiedsspruch vom Oberlandesgericht aufgehoben, dann stellt sich die Frage, ob damit auch die Schiedsvereinbarung entfallen ist oder ob sie fortbesteht, so dass weiterhin das Schiedsgericht und nicht das staatliche Gericht zuständig ist. Nach § 1059 Abs. 5 ZPO ist im Zweifel davon auszugehen, dass die Schiedsvereinbarung, sofern sie überhaupt gültig zustande gekommen war, wieder auflebt und damit das Schiedsgericht zuständig bleibt. Die Parteien werden aber, wenn dem Schiedsgericht derartige, zur Aufhebung des Schiedsspruchs führende Fehler unterlaufen sind, häufig den Schiedsrichtervertrag aus wichtigem Grund kündigen (§ 626 Abs. 1 BGB) bzw. ihn bei einem unentgeltlichen schiedsrichterlichen Tätigwerden widerrufen (§ 671 Abs. 1 BGB).

---

[47] BGHZ 151, 79, 83; Bundestags — Drucksache 13/5274, S. 58.

[48] Zu den Einzelheiten *Schütze*, Rb 605-616:Prütting/Gehrlei/*Raeschke-Kessler*, § 1059 Rn 16-35.

X. Zusammenfassung

1. Die Schiedsgerichtsbarkeit ist eine auf der Privatautonomie beruhende private Gerichtsbarkeit, die an die Stelle der staatlichen Gerichtsbarkeit tritt.

Die vom Schiedsgericht erlassenen Schiedssprüche haben die gleiche Wirkung wie Entscheidungen der staatlichen Gerichtsbarkeit.

2. Die Schiedsgerichtsbarkeit hat für die Lösung nationaler und internationaler Streitigkeiten große Bedeutung. Ihr Vorteil besteht darin, dass ein Schiedsgerichtsverfahren in der Regel kostengünstiger und schneller ist, weil hier in aller Regel kein Instanzenzug vereinbart wird. Ein Nachteil besteht darin, dass Fehlentscheidungen nicht korrigiert werden können und die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Schiedsrichter nicht immer gewährleistet ist.

3. Die Schiedsgerichtsbarkeit hat in Deutschland eine lange Tradition und ist jetzt in den §§ 1025 — 1066 der Zivilprozessordnung geregelt. Sie ist durch das Schiedsverfahrensgesetz aus dem Jahr 1997 grundlegend umgestaltet worden. Bei der Novellierung hat sich der Gesetzgeber weitgehend an der UNCITAL-Schiedsgerichtsordnung orientiert.

4. Es gibt zwei Arten von Schiedsgerichten, die Gelegenheits- oder ad-hoc- Schiedsgerichte und die institutionellen Schiedsgerichte. Die zuerst genannten werden von den Parteien für bestimmte gegenwärtige oder künftige Streitigkeiten vereinbart. Die institutionellen Schiedsgerichte werden von der Institution geschaffen. Die Parteien können sich ihnen durch Vereinbarung unterwerfen.

5. Die Ansprüche oder sonstige Rechte, über die das Schiedsgericht befinden soll, müssen schiedsfähig sein. Das ist bei vermögensrechtlichen Ansprüchen in aller Regel der Fall. Nicht vermögensrechtliche Ansprüche sind nur dann schiedsfähig, wenn die Parteien über sie einen Vergleich schließen könnten.

Kraft ausdrücklicher gesetzlicher Regelung nicht schiedsfähig sind Rechtsstreitigkeiten über den Bestand eines Mietverhältnisses im Inland.

Ansprüche aus einem Arbeitsverhältnis sind in der Regel ebenfalls nicht schiedsfähig und können, wenn überhaupt, nur vor einem arbeitsrechtlichen Schiedsgericht geltend gemacht werden, für das die Sonderbestimmungen der §§ 101 ff. des Arbeitsgerichtsgesetzes gelten.

6. Die Parteien können in der Schiedsvereinbarung nicht nur die Zusammensetzung des Schiedsgerichts (ein oder mehrere Schiedsrichter) fest-

legen, sondern auch das Schiedsverfahren regeln. Die gesetzlichen Regeln der §§ 1025 ff. ZPO greifen nur insoweit ein, wie die Parteien keine Regelung getroffen haben.

Können sich die Parteien nicht über die Person der Schiedsrichter einigen, können sie hierüber eine Entscheidung des für den Bezirk des Schiedsortes zuständigen staatlichen Oberlandesgerichts herbeiführen.

Die Parteien können einen Schiedsrichter ablehnen, wenn berechtigte Zweifel an seiner Unparteilichkeit und Unabhängigkeit bestehen. Auch hierüber entscheidet das Oberlandesgericht.

7. Die Schiedsvereinbarung wird bei ad-hoc- Schiedsgerichten durch einen schuldrechtlichen Schiedsrichtervertrag ergänzt, der zwischen den Parteien des Schiedsgerichtsverfahrens und jedem Schiedsrichter geschlossen wird. Er ist in seiner Wirksamkeit von der Schiedsvereinbarung unabhängig und begründet für beide Seiten Rechte und Pflichten.

Die Schiedsrichter sind verpflichtet, das Schiedsverfahren zügig durchzuführen und alles ihnen Zumutbare zu unternehmen, dass ein wirksamer und rechtlich unangreifbarer Schiedsspruch zustande kommt. Sie sind außerdem zur Verschwiegenheit über das Verfahren und die ihnen von den Parteien mitgeteilten Tatsachen verpflichtet.

Hinsichtlich ihrer streitentscheidenden Tätigkeit haften sie in gleicher Weise wie staatliche Richter nur dann, wenn die Pflichtverletzung mit öffentlicher Strafe bedroht ist (z.B. Bestechlichkeit, Rechtsbeugung).

Die Parteien sind in erster Linie verpflichtet, die vereinbarte oder übliche Vergütung zu zahlen. Bei einem Streit über Grund und Höhe der Vergütung entscheidet hierüber das staatliche Gericht.

8. Das schiedsgerichtliche Verfahren ist in den §§ 1042 — 1050 ZPO geregelt. Da diese Normen aber weitgehend nicht zwingend sind, können die Parteien bereits in der Schiedsvereinbarung oder in dem Schiedsrichtervertrag das Verfahren selbst regeln.

Unverzichtbar für jedes schiedsgerichtliche Verfahren ist jedoch, dass die Parteien gleich behandelt werden und ihnen hinreichend rechtliches Gehör gewährt wird.

9. Die Parteien können den Ort des Schiedsgerichts, den Beginn des Verfahrens und die Verfahrenssprache festlegen. Sie können auch Regeln für die Beweisaufnahme und die Zulässigkeit von Beweismitteln aufstellen.

Haben die Parteien hiervon abgesehen, hat das Schiedsgericht hinsichtlich der Art der Beweiserhebung und der Beweismittel einen größeren Spielraum als ein staatliches Gericht. Dem Schiedsgericht als privatem Gericht stehen aber keine Zwangsmittel gegen Zeugen oder Sachverständige zur Verfügung. Es kann auch Zeugen nicht vereidigen oder von den Parteien eidesstattliche Erklärungen entgegennehmen. Das Schiedsgericht ist hier auf eine Unterstützung durch das staatliche Gericht angewiesen.

10. Der Schiedsspruch ist schriftlich zu erlassen und zu begründen. Aus ihm kann nur vollstreckt werden, wenn er zuvor vom staatlichen Gericht für vollstreckbar erklärt wurde. Eine Vollstreckbarerklärung ist abzulehnen, wenn ein Grund vorliegt, der nach § 1059 ZPO zur Aufhebung des Schiedsspruchs führen kann.

11. Das schiedsgerichtliche Verfahren kennt in aller Regel keinen Instanzenzug. Die Parteien können nur beim staatlichen Gericht beantragen, den Schiedsspruch aufzuheben. Die Aufhebungsgründe sind in § 1059 Abs. 1 Nr. 1 und 2 ZPO abschließend geregelt.

ТРЕТЕЙСКОЕ ПРОИЗВОДСТВО В ГЕРМАНИИ

Профессор, д-р юр.н. Германии Вильфрид Шлютер

Тезисы[1]

1. Третейское производство — это частное правосудие, основывающееся на автономии воли и выступающее на месте государственного правосудия. Вынесенное третейским судом решение обладает равным действием, как и решение государственного суда.

2. Третейское правосудие имеет большое значение для разрешения внутригосударственных и международных споров. Его достоинство состоит в том, что третейское производство, как правило, дешевле и быстрее, так как не предусмотрен институционный порядок движения дела. К недостатку же относится то, что ошибочные решения не могут быть исправлены, а также независимость и беспристрастность третейского судьи не всегда обеспечены.

3. Третейское производство имеет в Германии давнюю традицию и его правовое регулирование закреплено в §§ 1025 — 1066 ГПК Германии. Данное правовое регулирование было основательно изменено Законом «О третейском судопроизводстве» Германии в 1997 году. При внесении изменений законодатель ориентировался в значительной мере на закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже.

4. Существует два вида третейских судов: третейские суды, образованные для разрешения конкретного спора, так называемые ad hoc — суды, и институциональные третейские суды. Первый вид судов создается самими сторонами для разовых споров, которые уже имеются или которые могут возникнуть в будущем. Институционные третейские суды формируются организациями. В соглашении стороны могут закрепить подсудность третейского суда.

5. Права требования и иные права, о которых должен решать третейский суд, должны быть также решаемы третейским судом. Это, как

[1] Перевод Галины Лоховой.

правило, имущественно-правовые споры. Неимущественные споры подлежат компетенции третейского суда только в том случае, если стороны могут заключить мировое соглашение о предмете данного спора.

В силу прямого законодательного закрепления не могут быть предметом разбирательства в третейском суде споры, вытекающие из арендных правоотношений в пределах государства. Также споры по трудовым правоотношениям, как правило, не подлежат разрешению третейскими судами. Они могут быть разрешены лишь третейским судом по трудовым спорам, на который распространяются специальные положения §§ 101 и послед. нормы Закона «О судах по трудовым спорам».

6. Стороны могут определить в соглашении о третейском разбирательстве не только состав третейского суда (один или несколько судей), но также установить порядок производства. Положения Закона §§ 1025 и послед. нормы ГПК Германии действуют только в том случае, если стороны не определили иное.

Если стороны не могут определиться с кандидатурой третейского судьи, они могут в этой связи запросить решение государственного высшего суда земли, в территориальной подведомственности которого расположен третейский суд.

Стороны могут также отвести третейского судью, если имеются обоснованные сомнения в его независимости и беспристрастности. В этом случае также решает высший суд земли.

7. При третейских судах ad hoc соглашение о третейском разбирательстве дополняется обязательственным договором между спорящими сторонами и каждым третейским судьей в отдельности. Действительность данного договора не зависит от соглашения о третейском разбирательстве. Договор устанавливает права и обязанности для обеих сторон.

Третейские судьи обязаны провести разбирательство оперативно и предпринять все от них зависящее, чтобы вынести действительное и с правовой точки зрения неоспоримое решение третейского суда. Кроме того, судьи третейского суда обязаны хранить молчание о процессе и об обстоятельствах, ставших им известными от сторон.

В отношении деятельности по разрешению спора судьи несут одинаковую ответственность, как и государственные судьи, в том случае,

если неисполнение обязанности стоит под угрозой публичного наказания (например, взяточничество, вынесение пристрастного решения).

В первую очередь стороны обязаны оплатить установленное или общепринятое вознаграждение. При возникновении спора об основании и размере вознаграждения данное дело разрешает государственный суд.

8. Процедура третейского производства закреплена в §§ 1042 — 1050 ГПК Германии. В силу того, что данные нормы не являются императивными, стороны могут сами определить порядок в соглашении о третейском разбирательстве или в договоре между спорящими сторонами и третейским судьей.

Однако обязательным и неизменным для каждого третейского производства выступает гарантия равенства сторон и право в достаточной мере быть выслушанным.

9. Стороны также могут определять место третейского суда, начало процесса и язык судопроизводства. Кроме того, они могут устанавливать правила по исследованию и допустимости доказательств.

Если стороны не воспользовались данной возможностью, то третейский суд, как и государственный суд, обладает обширной свободой действия относительно вида обеспечения доказательств и самих доказательств, нежели чем государственный суд. Однако третейский суд как частный суд не обладает средствами принуждения в отношении свидетелей и экспертов. Также третейский суд не может брать клятву со свидетелей и требовать от сторон заявлений, приравненных к заявлениям под присягой. В данном случае третейский суд нуждается в поддержке государственного суда.

10. Третейское решение издается в письменной форме, и оно должно быть обоснованным. Исполнение решения может быть обеспечено государственным судом. Выдача исполнительного листа на принудительное исполнение решения может быть отклонена, если имеется основание, которое согласно § 1059 ГПК Германии ведет к отмене третейского решения.

11. Третейское производство обычно не предусматривает систему инстанций. Стороны могут ходатайствовать только в государственном суде об отмене третейского решения. Исчерпывающие основания для отмены закреплены в абз. 1 Nr. 1 и 2 § 1059 ГПК Германии.

ТРЕТЬЯ НЕДЕЛЯ НЕМЕЦКОГО ПРАВА
с участием юридического факультета Потсдамского университета

Корректор *А. Б. Рыбакова*
Компьютерная верстка *А. Н. Панов*

Подписано в печать 19.02.2015.
Формат 60×84/16. Печать цифровая.
Усл. печ. л. 22,09. Тираж 100 экз.

Издательский центр Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)
123995, Москва, Садовая-Кудринская ул., д. 9

Отпечатано в типографии Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)
123995, Москва, Садовая-Кудринская ул., д. 9