



# SRZ

## SAARBRÜCKER RECHTSZEITSCHRIFT

Juristische Fachzeitschrift an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität des Saarlandes

### Aufsätze

*Dipl.-Jur. Marc Cronauer*

Die Durchsetzung des Grundsatzes der Entgeltgleichheit

*Stud. iur. Judith Ancot*

Das kirchliche Arbeitsrecht im Konflikt mit den europäischen Vorgaben zum Diskriminierungsschutz

*Dipl.-Jur. Matthias Michael Thielen*

Geheimnisschutzrechtliche Grenzen und datenschutzrechtliche Implikationen des Cloud Computing in der anwaltlichen Praxis

*Dr. Christian Volkmar Bongers*

Zur Aufarbeitung von Raub- und Beutekunstfällen

### Didaktik

*Dipl.-Jur. Marc Cronauer*

VerQuaDiDeLÜng – aber warum?

Ein Überblick zur Prüfungsreihenfolge zivilrechtlicher Ansprüche und zu den klausurrelevantesten Konkurrenzproblemen

### Rezension und Varia

*Dipl.-Jur. Moritz Philipp*

Das LL.M.-Studium im Ausland – Mein Studium in Mailand zwischen Legal Tech, Aperol und ESC!

Unterstützt durch:



RECHTSWISSENSCHAFTLICHE  
FAKULTÄT  
UNIVERSITÄT DES SAARLANDES

Verlag Alma Mater



Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek  
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation  
in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische  
Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-946851-49-3

ISSN 2749-9766

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig.

Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Verlag Alma Mater. 2026  
[www.verlag-alma-mater.de](http://www.verlag-alma-mater.de)

Druck und Bindung: Conte, St. Ingbert

# Saarbrücker Rechtszeitschrift



Herausgegeben von

**Matthias Michael Thielen**

Wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand an der Universität des Saarlandes

Begründet von

Veris-Pascal Heintz  
Matthias Michael Thielen

AUSGABE 1  
SAARBRÜCKEN 2026



# INHALTSVERZEICHNIS

## AUFSÄTZE

---

*Dipl.-Jur. Marc Cronauer*

**Die Durchsetzung des Grundsatzes der Entgeltgleichheit** 1

*Stud. iur. Judith Ancot*

**Das kirchliche Arbeitsrecht im Konflikt mit den europäischen Vorgaben zum Diskriminierungsschutz** 27

*Dipl.-Jur. Matthias Michael Thielen*

**Geheimnisschutzrechtliche Grenzen und datenschutzrechtliche Implikationen des Cloud Computing in der anwaltlichen Praxis** 47

*Dr. Christian Volkmar Bongers*

**Zur Aufarbeitung von Raub- und Beutekunstfällen** 75

## STUDIUM UND DIDAKTIK

---

*Dipl.-Jur. Marc Cronauer*

**VerQuaDiDelUng – aber warum?** 91  
**Ein Überblick zur Prüfungsreihenfolge zivilrechtlicher Ansprüche und zu den klausurrelevantesten Konkurrenzproblemen**

## REZENSION UND VARIA

---

*Dipl.-Jur. Moritz Philipp*

**Das LL.M.-Studium im Ausland – Mein Studium in Mailand zwischen Legal Tech, Aperol und ESC!** 137



# Die Durchsetzung des Grundsatzes der Entgeltgleichheit

## A. Einleitung: Entwicklung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit

Die Erkenntnis, dass Frauen im Vergleich zu Männern schlechter verdienen, ist weder neu noch überraschend. Neu ist jedoch, dass der Verdienstabstand im Bundesgebiet im vergangenen Jahr (2025) so stark zurückging wie noch nie seit Beginn der Berechnungen durch das Statistische Bundesamt im Jahre 2006.<sup>1</sup> Während Männer 2025 durchschnittlich 27,05 Euro (brutto) pro Stunde erhielten, lag der Bruttostundenverdienst bei Frauen lediglich bei 22,81 Euro, was einem (unbereinigten) Unterschied von 16 Prozent entspricht.<sup>2</sup> Im europäischen Vergleich (12 Prozent) steht Deutschland damit – trotz seit Jahren rückläufiger Entwicklungen – nach wie vor auf einem der hintersten Plätze.<sup>3</sup> Dass dieser geschlechtsspezifische Verdienstabstand ohne staatliche Intervention kaum verringert werden kann, wurde bereits früh erkannt:

Bereits im Jahre 1951 verpflichtete die Allgemeine Konferenz der Internationalen Arbeitsorganisation ihre Mitglieder, die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleichwertiger Arbeit zu fördern und sicherzustellen (Art. 2 Abs. 1 des Übereinkommens Nr. 100<sup>4</sup>).

Der Grundsatz wurde sodann in den Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft von 1957 (kurz: EWGV) übernommen.<sup>5</sup> Seither sieht Art. 119

---

\* Der Verfasser ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Deutsches und Europäisches Arbeitsrecht sowie Rechtsvergleichung (Univ.-Prof. Dr. Achim Seifert) an der Universität des Saarlandes.

<sup>1</sup> Statistisches Bundesamt, Pressemitteilungen Nr. 56 vom 13.2.2025 und Nr. 453 vom 16.12.2025, abrufbar unter [https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2025/02/PD25\\_056\\_621.html](https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2025/02/PD25_056_621.html) bzw. [https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2025/12/PD25\\_453\\_621.html](https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2025/12/PD25_453_621.html) <zuletzt abgerufen am 2.1.2026>.

<sup>2</sup> Zur (berechtigten) Kritik an der Aussagekraft des Gender Pay Gaps, auf den sich der Gesetzgeber zur Rechtfertigung des Entgelttransparenzgesetzes beruft, s. *Wank*, RdA 2018, 34 (34 ff.) u. *Schuster/Jacobsohn*, RdA 2024, 270 (273 ff.).

<sup>3</sup> [https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Gender\\_pay\\_gap\\_statistics#Highlights](https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Gender_pay_gap_statistics#Highlights) <zuletzt abgerufen am 2.1.2026>.

<sup>4</sup> BGBl. II (1956) S. 23.

<sup>5</sup> Der europäische Gesetzgeber verfolgte mit der Einführung des Gebots der Entgeltgleichheit

Abs. 1 EWGV (sowie dessen Nachfolgenormen Art. 141 Abs. 1 EGV und heute Art. 157 Abs. 1 AEUV) vor, dass jeder Mitgliedstaat die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit sicherstellt.<sup>6</sup> Flankiert wird dieser durch zahlreiche Vorschriften des europäischen Rechts.<sup>7</sup> Aber auch auf nationaler Ebene hat der Grundsatz des gleichen Entgelts bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit (im Folgenden: Grundsatz des gleichen Entgelts) seinen Niederschlag gefunden: Während auf grundgesetzlicher Ebene Art. 3 Abs. 2 S. 1 und Abs. 3 S. 1 GG die Gleichberechtigung von Männern und Frauen gewährleistet<sup>8</sup>, trifft den Gesetzgeber nach Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG die Pflicht, die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern zu fördern und auf die Beseitigung bestehender Nachteile hinzuwirken. Auf einfachgesetzlicher Ebene untersagte § 612 Abs. 3 BGB a.F. ab 1980 ausdrücklich die Vereinbarung einer geringeren Vergütung für Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit.<sup>9</sup> Mit Inkrafttreten des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) im Jahr 2006 wurde § 612 Abs. 3 BGB a.F. aufgehoben und der Grundsatz in das AGG aufgenommen.<sup>10</sup> Der Gesetzgeber ist seinem Förderauftrag aus Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG insbesondere aber durch das am 6.7.2017 in Kraft getretene Entgelttransparenzgesetz (EntgTranspG) nachgekommen. Damit ist er zum einen der Empfehlung der EU-Kommission vom 7.3.2014 zur Stärkung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Frauen und Männer durch Transparenz<sup>11</sup> gefolgt.<sup>12</sup> Zum anderen dient das Gesetz insgesamt auch der Umsetzung der Gleichbehandlungsrichtlinie aus 2006 (RL 2006/54/EG).<sup>13</sup>

---

neben gleichstellungspolitischen bzw. sozialpolitischen Zielen insb. die Verhinderung von Wettbewerbsnachteilen für Unternehmen in solchen Ländern, die den Grundsatz bereits in ihrer Rechtsordnung aufgenommen hatten (wie Frankreich), vgl. EuGH, Urt. v. 8.4.1976 – Rs. 43/75 Rn. 8 ff. – Defrenne II.

<sup>6</sup> Dazu, dass Art. 119 EWGV a.F. – im Unterschied zu Art. 2 Abs. 1 des Übereinkommens Nr. 100 – in seiner ursprünglichen Fassung nur bei gleicher, nicht aber bei gleichwertiger Arbeit einen Anspruch auf gleiches Entgelt vorsah, *Seifert*, Der Beitrag der IAO zur Verwirklichung des Grundsatzes der Entgeltgleichheit zwischen Frauen und Männern, in: FS Pfarr, S. 459 (468 ff.).

<sup>7</sup> Zu nennen sind insb. Art. 23 Abs. 1 der GR-Charta sowie Art. 4 der RL 2006/54/EG (sog. Gleichbehandlungsrichtlinie).

<sup>8</sup> Insbesondere nach dem Willen der Mütter des Grundgesetzes sollte sich die umfassende grundgesetzliche Gleichberechtigung auch auf die Lohnleichheit erstrecken, vgl. *Schuster/Jacobsohn*, RdA 2024, 270 (271).

<sup>9</sup> Zur Kritik an der Wirksamkeit dieser Vorschrift s. *Schuster/Jacobsohn*, RdA 2024, 270 (271 f.).

<sup>10</sup> *Benkert*, NJW 2018, 178 (178).

<sup>11</sup> ABL. L 69, S. 112.

<sup>12</sup> BT-Drs. 18/11133, S. 2, 20.

<sup>13</sup> ABL. L 204 v. 26.7.2006, S. 23; vgl. *Schlachter/Ulber*, in: ErfK, 26. Aufl. 2026, § 10 Entg-TranspG, Rn. 1; *Fuhlrott/Hinrichsen*, NJW 2021, 513 (513); *Rech*, RdA 2021, 367 (367).

Ebendieses Entgelttransparenzgesetz zielt darauf ab, die unmittelbare und mittelbare Entgeltdiskriminierung wegen des Geschlechts zu beseitigen<sup>14</sup> und dadurch das Gebot des gleichen Entgelts durchzusetzen (vgl. § 1 EntgTranspG). Zentrales Anliegen ist die Förderung der Transparenz von Entgelten und Entgeltregelungen.<sup>15</sup> Mehr Transparenz soll insbesondere durch den individuellen Auskunftsanspruch von Beschäftigten (§§ 10–16 EntgTranspG), aber auch durch betriebliche Prüfverfahren (§§ 17–20 EntgTranspG) und Berichtspflichten (§§ 21 f. EntgTranspG) erreicht werden.<sup>16</sup> Bereits während des Gesetzgebungsverfahrens kam es jedoch zu starker Kritik an den geplanten Regelungen.<sup>17</sup> Diese flachte auch nach Inkrafttreten des Gesetzes nicht ab: Hauptkritikpunkte waren (und sind) ein nicht unerheblicher Bürokratieaufwand<sup>18</sup> insb. für nicht tarifgebundene und nicht tarifanwendende Arbeitgeber<sup>19</sup>, datenschutzrechtliche Probleme<sup>20</sup>, wenig greifbare Tatbestandsvoraussetzungen<sup>21</sup>, ein zu eingeschränkter Auskunftsanspruch,<sup>22</sup> die fehlende Aussagekraft des statistischen Medians<sup>23</sup> und fehlende Sanktionen.<sup>24</sup>

Am 10.5.2023, ungefähr sechs Jahre nach Inkrafttreten des Entgelttransparenzgesetzes, hat der europäische Gesetzgeber die Richtlinie (EU) 2023/970 „zur Stärkung der Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit durch Entgelttransparenz und Durchsetzungsmechanismen“ (im Folgenden: Entgelttransparenzrichtlinie – ETRL) erlassen.<sup>25</sup>

<sup>14</sup> BT-Drs. 18/11133, S. 1; Nach § 3 Abs. 1 EntgTranspG ist bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit eine unmittelbare oder mittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts im Hinblick auf sämtliche Entgeltbestandteile und Entgeltbedingungen verboten.

<sup>15</sup> BT-Drs. 18/11133, S. 1, 20 f.

<sup>16</sup> *Schlachter/Ulber*, in: *ErfK*, 26. Aufl. 2026, § 1 EntgTranspG, Rn. 4; *Hromadka/Maschmann*, *Arbeitsrecht Bd. 1 Individualarbeitsrecht*, 8. Aufl. 2022, § 7 Rn. 89.

<sup>17</sup> Vgl. *Bauer/Romero*, *NZA* 2017, 409 (409); zum Gesetzgebungsverfahren insgesamt s. <https://dip.bundestag.de/vorgang/gesetz-zur-förderung-der-transparenz-von-entgeltstrukturen/79226> <zuletzt abgerufen am 2.1.2026>.

<sup>18</sup> *Franzen*, *NZA* 2017, 814 (819); *Ahrendt*, in: *Schaub ArbR-HdB*, 21. Aufl. 2025, § 37 Rn. 2.

<sup>19</sup> *Wank*, *RdA* 2018, 34 (45). Dagegen sieht das EntgTranspG bei tarifgebundenen bzw. tarifanwendenden Arbeitgebern einige Erleichterungen vor (z.B. § 4 Abs. 5 S. 1, § 11 Abs. 2 S. 2, § 22 Abs. 1). Die ETRL enthält solche Privilegierungen nicht mehr, vgl. *Günther/Schiffelholz*, *NZA-RR* 2023, 568 (568).

<sup>20</sup> *Wank*, *RdA* 2018, 34 (45); *Benkert*, *NJW-Spezial* 2017, 434 (435).

<sup>21</sup> *Benkert*, *NJW-Spezial* 2017, 434 (435).

<sup>22</sup> *Benkert*, *NJW-Spezial* 2018, 178 (179).

<sup>23</sup> Siehe dazu unter Punkt B. I. 3.).

<sup>24</sup> Siehe hierzu insgesamt den Zweiten Bericht der Bundesregierung zur Wirksamkeit des Gesetzes zur Förderung der Entgelttransparenz zwischen Frauen und Männern sowie zum Stand der Umsetzung des Entgeltgleichheitsgebots in Betrieben mit weniger als 200 Beschäftigten, BT-Drs. 20/8100.

<sup>25</sup> ABl. L 132, S. 21.

Anlass dazu gab neben der Annahme, dass innerhalb der EU eine Vielzahl an Fällen von Entgeltdiskriminierung existiert<sup>26</sup>, insbesondere die im Jahre 2020 erfolgte Bewertung der Gleichbehandlungsrichtlinie (RL 2006/54/EG).<sup>27</sup> In dieser wurden neben der fehlenden Transparenz der Entgeltsysteme auch eine mangelnde Rechtssicherheit in Bezug auf den Begriff der gleichwertigen Arbeit sowie Verfahrenshindernisse für Diskriminierungsopfer festgestellt.<sup>28</sup> Den Arbeitnehmern fehlten häufig die erforderlichen Informationen (insbesondere Angaben zu den Entgelthöhen von Gruppen von Arbeitnehmern, die gleiche oder gleichwertige Arbeit verrichten), die sie für eine erfolgreiche Geltendmachung ihrer Ansprüche benötigten.<sup>29</sup>

Aus diesen Gründen sieht die ETRL neben verbindlichen Maßnahmen zur Verbesserung der Entgelttransparenz und der Präzisierung von Rechtsbegriffen insbesondere Maßnahmen zur Verbesserung der Durchsetzungsmechanismen und des Zugangs zur Justiz vor.<sup>30</sup> Die erforderliche Umsetzung der Richtlinie durch die Mitgliedstaaten muss bis zum 7.6.2026 erfolgen (Art. 34 Abs. 1 ETRL)<sup>31</sup> und wird eine Reihe von Änderungen der bisherigen nationalen Rechtslage nach sich ziehen.

Ziel dieses Beitrages ist es, die Durchsetzung des Grundsatzes des gleichen Entgelts de lege lata näher zu beleuchten und auf die Frage einzugehen, ob die Umsetzung der ETRL zur Verbesserung dieser Durchsetzungsmöglichkeiten beitragen kann.

## **B. Die drei Instrumente des EntgTranspG zur Durchsetzung des Anspruchs auf gleiches Entgelt**

Die (gerichtliche) Durchsetzung des Grundsatzes des gleichen Entgelts setzt voraus, dass Beschäftigte die entsprechenden Informationen haben, um das eigene Entgelt mit dem Entgelt vergleichbarer Arbeitnehmer (des anderen Geschlechts) vergleichen zu können. Das geltende EntgTranspG sieht hierzu drei Instrumente vor, durch die die Transparenz der Entgeltregelungen und -strukturen gefördert werden soll.<sup>32</sup>

<sup>26</sup> Vgl. ErwGr 15 der Richtlinie (EU) 2023/970; *Schuster/Jacobsohn*, RdA 2024, 270 (272).

<sup>27</sup> Vgl. ErwGr 11 der Richtlinie (EU) 2023/970; *Schuster/Jacobsohn*, RdA 2024, 270 (272 f.).

<sup>28</sup> Vgl. ErwGr 11 der Richtlinie (EU) 2023/970.

<sup>29</sup> Vgl. ErwGr 11 der Richtlinie (EU) 2023/970.

<sup>30</sup> Vgl. ErwGr 16, 20 der Richtlinie (EU) 2023/970.

<sup>31</sup> Die Umsetzungsfrist beträgt daher nicht wie üblich zwei, sondern drei Jahre, was auf ein „besonders einschneidendes Regelwerk“ hindeutet, vgl. *Schuster/Jacobsohn*, RdA 2024, 270 (272).

<sup>32</sup> *Vianden*, ArbRAktuell 2021, 431 (431).

## I. Der individuelle Auskunftsanspruch (§§ 10–16 EntgTranspG)

Als zentrales Element zur Durchsetzung des Anspruchs auf gleiches Entgelt<sup>33</sup> dient der individuelle Auskunftsanspruch von Beschäftigten. Insoweit bestimmt § 10 Abs. 1 S. 1 EntgTranspG, dass Beschäftigte zur Überprüfung des Entgeltgleichheitsgebots im Sinne des Gesetzes einen Auskunftsanspruch nach Maßgabe der §§ 11 bis 16 haben. Dadurch sollen mehr als 14 Millionen Beschäftigte das Recht bekommen zu erfahren, nach welchen betrieblichen Kriterien und Verfahren ihr Entgelt festgelegt wird und wie sie mit diesem Entgelt im Verhältnis zu vergleichbaren Tätigkeiten stehen.<sup>34</sup> Durch die so erlangten Informationen soll es dem Beschäftigten möglich sein, die Entgeltstruktur zu überprüfen und bei einer festgestellten Ungleichbehandlung eine Diskriminierungsklage nach dem AGG besser durchsetzen zu können.<sup>35</sup>

Der Gesetzgeber sah die Einführung eines solchen Auskunftsanspruchs aufgrund des schlechten Informationszugangs von Beschäftigten zur Durchsetzung des Anspruchs auf gleiches Entgelt als notwendig an.<sup>36</sup> Zwar waren (und sind) Entgeltbenachteiligungen wegen des Geschlechts auch vom AGG erfasst (§ 2 Abs. 1 Nr. 2, §§ 3, 7 Abs. 1, § 8 Abs. 2 AGG), allerdings muss der Arbeitnehmer im Streitfall Indizien beweisen, die eine Benachteiligung wegen des Geschlechts vermuten lassen (vgl. § 22 AGG).<sup>37</sup> Ohne Kenntnis der hierzu erforderlichen Informationen ist die Durchsetzung etwaiger Ansprüche jedoch fast unmöglich. Insgesamt sah der Gesetzgeber die Einführung des Auskunftsanspruchs als geeignetes Mittel an, um die Durchsetzung des Anspruchs auf gleiches Entgelt zu erleichtern.<sup>38</sup>

### 1. Anspruchsvoraussetzungen

Zur Auskunft berechtigt sind Beschäftigte<sup>39</sup> im Sinne des § 5 Abs. 2 EntgTranspG in Betrieben mit in der Regel mehr als 200 Beschäftigten bei demselben Arbeitgeber,

<sup>33</sup> *Krüger*, NZA 2022, 1659 (1659); *Bauer/Romero*, NZA 2017, 409 (409); *Schlachter/Ulber*, in: *ErfK*, 26. Aufl. 2026, § 10 EntgTranspG, Rn. 1.

<sup>34</sup> BT-Drs. 18/11133, S. 22.

<sup>35</sup> *Schlachter/Ulber*, in: *ErfK*, 26. Aufl. 2026, § 10 EntgTranspG, Rn. 3; *Rech*, RdA 2021, 367 (367).

<sup>36</sup> BT-Drs. 18/11133, S. 22.

<sup>37</sup> BT-Drs. 18/11133, S. 22.

<sup>38</sup> BT-Drs. 18/11133, S. 22; *Benkert*, NJW-Spezial 2017, 434 (434); *ders.*, NJW 2018, 178 (178).

<sup>39</sup> Nach dem BAG ist § 5 Abs. 2 Nr. 1 EntgTranspG unionsrechtskonform dahingehend auszuulegen, dass auch Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Sinne des Arbeitnehmerbegriffs der RL 2006/54/EG erfasst sind, weshalb auch arbeitnehmerähnliche Personen unter den Beschäftigtenbegriff fallen können, BAG, Urt. v. 25.6.2020 – 8 AZR 145/19 = NZA 2020, 1613 Rn. 44; s. dazu auch *Fuhlrott/Hinrichsen*, NJW 2021, 513 ff.

vgl. § 12 Abs. 1 EntgTranspG. § 16 EntgTranspG erweitert diesen Personenkreis auf Beschäftigte des öffentlichen Dienstes in Dienststellen mit in der Regel mehr als 200 Beschäftigten.

Dass durch die Begrenzung des Auskunftsanspruchs auf Beschäftigte in Betrieben mit in der Regel mehr als 200 Beschäftigten bei demselben Arbeitgeber eine Vielzahl der (weiblichen) Arbeitnehmer vom Auskunftsrecht ausgenommen sind, nahm der Gesetzgeber bewusst in Kauf<sup>40</sup>, um kleinere und mittlere Unternehmen vor hohen Bürokratiebelastungen zu schützen.<sup>41</sup>

Nach § 10 Abs. 2 S. 1 EntgTranspG hat das Auskunftsverlangen in Textform zu erfolgen. Dabei muss der Beschäftigte in zumutbarer Weise eine gleiche oder gleichwertige Tätigkeit (Vergleichstätigkeit) benennen, § 10 Abs. 1 S. 2 EntgTranspG. Da dem Arbeitnehmer regelmäßig die erforderlichen Informationen fehlen, um eine gleichwertige Tätigkeit zu benennen,<sup>42</sup> sind an die Benennung der Vergleichstätigkeit keine allzu strengen Anforderungen zu stellen. Es soll daher genügen, in zumutbarer Weise eine möglichst konkrete Tätigkeit zu bestimmen.<sup>43</sup> Hält der Arbeitgeber oder der Betriebsrat die erfragte Vergleichstätigkeit nach den im Betrieb angewendeten Maßstäben für nicht gleich oder nicht gleichwertig, hat er dies anhand dieser Maßstäbe nachvollziehbar zu begründen und die Auskunft stattdessen auf eine seines Erachtens nach gleiche oder gleichwertige Tätigkeit zu beziehen (§§ 15 Abs. 4 S. 2 und 4 EntgTranspG).

Wird die Vergleichstätigkeit von weniger als sechs Beschäftigten des jeweils anderen Geschlechts ausgeübt, schließt § 12 Abs. 3 S. 2 EntgTranspG die Angabe des Vergleichsentgelts zum Schutz der personenbezogenen Daten der vom Auskunftsverlangen betroffenen Beschäftigten aus.<sup>44</sup>

## 2. Ansprechpartner für Auskunftsverlangen

Gegen wen sich der Auskunftsanspruch richtet, hängt neben der Tarifbindung des Arbeitgebers vom Vorhandensein eines Betriebsrats ab.<sup>45</sup>

Nach § 14 Abs. 1 S. 1 EntgTranspG müssen sich Beschäftigte tarifgebundener und tarifanwendender Arbeitgeber für ihr Auskunftsverlangen an den Betriebsrat

<sup>40</sup> Siehe bspw. die Kritik der Faktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN in BT-Drs. 18/11733, S. 9.

<sup>41</sup> *Bauer/Romero*, NZA 2017, 409 (409).

<sup>42</sup> BT-Drs. 18/11133, S. 58.

<sup>43</sup> BT-Drs. 18/11133, S. 58.

<sup>44</sup> *Franzen*, NZA 2017, 814 (814).

<sup>45</sup> *Wank*, RdA 2018, 34 (43).

wenden, es sei denn der Betriebsrat verlangt, dass der Arbeitgeber die Auskunftspflicht übernimmt (S. 4). Die Zwischenschaltung des Betriebsrates als Interessenvertreter soll insbesondere die Anonymität des Auskunftersuchenden wahren.<sup>46</sup> Besteht in diesen Fällen kein Betriebsrat, ist der Arbeitgeber zur Auskunftserteilung verpflichtet, § 14 Abs. 3 S. 1 EntgTranspG.

Beschäftigte nicht tarifgebundener und nicht tarifyanwendender Arbeitgeber müssen sich für ihr Auskunftsverlangen grundsätzlich an den Arbeitgeber wenden, § 15 Abs. 1 EntgTranspG. Besteht hier ein Betriebsrat, finden gem. § 15 Abs. 2 EntgTranspG die Regelungen des § 14 Abs. 1 und 2 EntgTranspG entsprechende Anwendung, sodass grundsätzlich der Betriebsrat zuständiger Ansprechpartner ist. Bei nicht tarifgebundenen und nicht tarifyanwendenden Arbeitgebern muss das Auskunftsverlangen innerhalb von drei Monaten nach dessen Zugang in Textform erfüllt werden, § 15 Abs. 3 S. 1 EntgTranspG. Auf eine entsprechende Regelung oder einen Verweis hat der Gesetzgeber in § 14 EntgTranspG verzichtet. Mangels planwidriger Regelungslücke scheidet eine analoge Anwendung der Form- und Fristregelungen des § 15 Abs. 3 S. 1 EntgTranspG auf das Verfahren bei tarifgebundenen oder tarifyanwendenden Arbeitgebern aus.<sup>47</sup>

### 3. Auskunftsinhalt

Der Auskunftsanspruch umfasst mehrere Angaben: Zum einen kann der Beschäftigte die Angabe des Entgelts der relevanten Vergleichsgruppe, bestehend aus dem statistischen Median des durchschnittlichen monatlichen Bruttoentgelts und Auskunft zu (bis zu) zwei gesonderten Entgeltbestandteilen verlangen (§ 10 Abs. 1 S. 3, § 11 Abs. 3 EntgTranspG). Zum anderen kann Auskunft über die Kriterien und das Verfahren für die Festlegung des eigenen Entgelts und des Entgelts der relevanten Vergleichsgruppe verlangt werden (vgl. § 11 Abs. 2 EntgTranspG).<sup>48</sup> Eingeschränkt wird die Auskunftspflicht durch § 12 Abs. 2 EntgTranspG, wonach insbesondere nur Entgeltregelungen umfasst sind, die in demselben Betrieb, bei demselben Arbeitgeber und in derselben Region angewendet werden (Nr. 1 und 2).

Nach § 11 Abs. 3 S. 1 EntgTranspG erstreckt sich die Auskunftspflichtung in

<sup>46</sup> *Schlachter/Ulber*, in: *ErfK*, 26. Aufl. 2026, § 14 EntgTranspG, Rn. 2.

<sup>47</sup> *Franzen*, NZA 2017, 814 (819); *Becker/Hjort*, ArbRAktuell 2018, 298 (301); a.A. *Roloff*, in: *BeckOK Arbeitsrecht*, 78. Edition Stand: 1.12.2025, § 10 EntgTranspG, Rn. 30; *Holler*, NZA 2017, 822 (823): analoge Anwendung auf Betriebsräte iSd § 14 Abs. 1 EntgTranspG.

<sup>48</sup> Art. 6 ETRL sieht künftig eine (umfassendere) Informationspflicht des Arbeitgebers hins. der Kriterien für die Festlegung des Entgelts, der Entgelthöhen und der Entgeltentwicklung vor, s. dazu *Günther/Schiffelholz*, NZA-RR 2023, 568 (569 f.).

Bezug auf das Vergleichsentgelt auf die Angabe des Entgelts für die Vergleichstätigkeit. Nach S. 2 ist das Vergleichsentgelt als auf Vollzeitäquivalente hochgerechneter statistischer Median des durchschnittlichen monatlichen Bruttoentgelts sowie der benannten Entgeltbestandteile, jeweils bezogen auf ein Kalenderjahr, anzugeben. Bei tarifgebundenen oder tarifynwendenden Arbeitgebern muss das Vergleichsentgelt aller Beschäftigten des jeweils anderen Geschlechts, die in die gleiche Entgelt- oder Besoldungsgruppe eingruppiert sind wie der oder die auskunftsverlangende Beschäftigte, angegeben werden (§ 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 EntgTranspG). Im Übrigen ist gem. § 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 EntgTranspG das Vergleichsentgelt aller Beschäftigten des jeweils anderen Geschlechts anzugeben, die die erfragte Vergleichstätigkeit oder die nach § 15 Abs. 4 S. 4 EntgTranspG ermittelte Vergleichstätigkeit ausüben.

Dazu muss der Arbeitgeber zunächst das durchschnittliche monatliche Bruttoentgelt jedes Beschäftigten des anderen Geschlechts ermitteln, der eine Vergleichstätigkeit ausübt.<sup>49</sup> Dabei sind alle Vergütungen der letzten 12 Monate, die aufgrund des Beschäftigungsverhältnisses gewährt wurden, einzubeziehen (§ 5 Abs. 1 EntgTranspG). Sodann muss der Arbeitgeber aus diesen Durchschnittsmonatswerten den statistischen Median bilden. Dieser ist nicht mit dem Durchschnittswert gleichzusetzen. Stattdessen ergibt sich der Median aus dem Wert, der an mittlerer Stelle steht, wenn man die monatlichen Bruttoentgelte der Größe nach sortiert.<sup>50</sup> In den Fällen, in denen die Vergleichsgruppe aus einer geraden Anzahl an Beschäftigten besteht, es also keinen Wert gibt, der an mittlerer Stelle steht, ergibt sich der Median aus der Hälfte der Summe der beiden in der Mitte liegenden Zahlen.<sup>51</sup> Zwar hat die Heranziehung des Medians den Vorteil, dass extreme Ausreißer (sowohl nach oben als auch nach unten) nicht berücksichtigt werden und damit das Gesamtbild nicht verzerren<sup>52</sup>, jedoch kann der Medianwert zu falschen Interpretationen führen: Ist beispielsweise der Median der weiblichen Beschäftigten der Vergleichsgruppe identisch zum Median der männlichen Beschäftigten der Vergleichsgruppe, könnte die Auskunft der in der Vergleichsgruppe am schlechtesten verdienenden weiblichen Beschäftigte dazu führen, dass der Eindruck einer geschlechtsbedingten Ungleichbehandlung entsteht. Immerhin liegt ihr Entgelt unterhalb des Medians der männlichen Vergleichsgruppe. Gegen eine geschlechtsbedingte Ungleichbehandlung in dieser Konstellation spricht aber bereits, dass die auskunftsverlangende Beschäftigte auch unter dem Median der eigenen (weiblichen) Vergleichsgruppe liegt

<sup>49</sup> *Bauer/Romero*, NZA 2017, 409 (411); *Göpfert/Giese*, NZA 2018, 207 (207).

<sup>50</sup> *Bauer/Romero*, NZA 2017, 409 (411); *Göpfert/Giese*, NZA 2018, 207 (208).

<sup>51</sup> *Bauer/Romero*, NZA 2017, 409 (411); *Husemann*, EuZA 2022, 166 (178).

<sup>52</sup> *Becker/Hjort*, ArbRAktuell 2018, 298 (299 f.); *Benkert*, NJW-Spezial 2018, 178 (178); *Göpfert/Giese*, NZA 2018, 207 (208).

und der Median der beiden Vergleichsgruppen gleich ist, männliche und weibliche Beschäftigte also im Median gleich viel verdienen. Bereits dieses Beispiel zeigt, dass der Median kein geeignetes Mittel zur Entlarvung einer geschlechtsbedingten Benachteiligung beim Entgelt ist.<sup>53</sup> Um belastbare Rückschlüsse auf die Entgeltgleichheit erhalten zu können, wäre insbesondere die Mitteilung des Medians der eigenen Vergleichsgruppe erforderlich. Dadurch könnte ermittelt werden, wie sich die individuelle Vergütung zur Vergütung innerhalb der eigenen Vergleichsgruppe und die Vergütungen der männlichen und weiblichen Vergleichsgruppen untereinander verhält.<sup>54</sup> Allerdings sieht der Auskunftsanspruch die Mitteilung des Medians der eigenen Vergleichsgruppe gerade nicht vor.<sup>55</sup>

Ungeachtet dieser Kritik an der Aussagekraft des Medians stellte sich der Achte Senat des BAG in einer Entscheidung vom 21.1.2021 auf den Standpunkt, dass der Umstand, dass das individuelle Gehalt einer auf Entgelt Differenz klagenden Arbeitnehmerin unter dem Median der Vergleichsgruppe des männlichen Geschlechts liegt, regelmäßig die (vom Arbeitgeber widerlegbare) Vermutung einer unmittelbaren Entgeltbenachteiligung „wegen des Geschlechts“ iSd § 22 AGG begründe und eine Beweislastumkehr auslöse.<sup>56</sup> Das BAG begründete seine Rechtsauffassung sowohl mit dem Zweck des EntgTranspG als auch mit dem Erfordernis der praktischen Wirksamkeit des Unionsrechts.<sup>57</sup> Da in der Angabe des Vergleichsentgelts als Median-Entgelt zugleich die Mitteilung der maßgeblichen Vergleichsperson(en) liegt<sup>58</sup>, konnte das BAG den vom EuGH in der Rechtssache Brunnhofer<sup>59</sup> erstmals judizierten Paarvergleich fruchtbar machen.<sup>60</sup> Danach muss die Arbeitnehmerin (nur) geltend machen, dass ihr Arbeitgeber ihr ein niedrigeres Entgelt zahlt als ihrem

<sup>53</sup> *Benkert*, NJW-Spezial 2018, 178 (178 f.); *Göpfert/Giese*, NZA 2018, 207 (208); *Bauer/Romero*, NZA 2017, 409 (411 f.); *Husemann*, EuZA 2022, 166 (178 f.); *Möller/Reichenberger*, NZA 2021, 256 (258).

<sup>54</sup> *Benkert*, NJW-Spezial 2018, 178 (179); *Göpfert/Giese*, NZA 2018, 207 (208); *Husemann*, EuZA 2022, 166 (179); Nach *Krüger*, NZA 2022, 1659 (1661) wäre „die Kenntnis des Medianentgelts des eigenen Geschlechts (...) hilfreich“.

<sup>55</sup> *Oberthür*, NJW 2017, 2228 (2233).

<sup>56</sup> BAG, Urt. v. 21.2.2021 – 8 AZR 488/19 = NZA 2021, 1011 Rn. 50.

<sup>57</sup> BAG, Urt. v. 21.2.2021 – 8 AZR 488/19 = NZA 2021, 1011 Rn. 28, 30, 50 ff.

<sup>58</sup> BAG, Urt. v. 21.2.2021 – 8 AZR 488/19 = NZA 2021, 1011 Rn. 39, 42 ff.

<sup>59</sup> EuGH, Urt. v. 26.6.2001 – Rs. C-381/99 = NZA 2001, 883 – Brunnhofer.

<sup>60</sup> In einem späteren Urteil aus dem Februar 2023 kam das BAG zum Ergebnis, dass die Arbeitnehmerin zur Begründung der Kausalitätsvermutung und damit zur Beweislastumkehr nur darlegen und ggf. beweisen muss, dass ein männlicher Arbeitnehmer bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit mehr verdient, BAG, Urt. v. 16.02.2023 – 8 AZR 450/21 = NZA 2023, 958 Rn. 43 f. Diese Rechtsprechungslinie hat das BAG in einem Urteil aus dem Oktober 2025 (BAG, Urt. v. 23.10.2025 – 8 AZR 300/24 –, Rn. 27, juris) bestätigt.

zum Vergleich herangezogenen männlichen Kollegen und dass beide die gleiche oder eine gleichwertige Arbeit verrichten.<sup>61</sup> Dann sei die Arbeitnehmerin dem ersten Anschein nach Opfer einer nur mit dem unterschiedlichen Geschlecht erklärbaren Diskriminierung, was eine Beweislastumkehr auf den Arbeitgeber zur Folge hat.<sup>62</sup>

Diese Entscheidung des BAG traf in der Literatur auf zahlreiche Kritik.

Dabei richtet sich diese nicht gegen den vom BAG praktizierten Begründungskniff<sup>63</sup> als solchen. Tatsächlich liegt nämlich in der Angabe, dass das Mediangehalt der männlichen Vergleichsgruppe über dem Gehalt der klagenden Arbeitnehmerin liegt, zugleich die Information, dass es zumindest einen männlichen Arbeitnehmer gibt, der bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit mehr verdient als die Arbeitnehmerin.<sup>64</sup>

Die Kritik richtet sich vielmehr gegen den vom BAG angenommenen Automatismus, mit dem er das Vorliegen der für § 22 AGG erforderlichen „überwiegenden Wahrscheinlichkeit“ der Kausalität des Geschlechts für die Ungleichbehandlung<sup>65</sup> annimmt.<sup>66</sup> Insoweit sei zu beachten, dass die Beweislastumkehr des § 22 AGG stets eine umfassende Gesamtschau und Gesamtbewertung aller Indizien voraussetze.<sup>67</sup> Einen Automatismus, der bei Vorliegen bestimmter Diskriminierungsindizien (hier das höhere Entgelt einer einzelnen Vergleichsperson) zwingend zu einer Vermutungswirkung führt, verstoße daher gegen den Grundsatz der richterlichen Beweiswürdigung.<sup>68</sup>

Dieser Kritik ist im Ansatz zuzustimmen. Aufgrund der fehlenden Aussagekraft des statistischen Medians (s. oben) lässt sich daraus allein nicht mit „überwiegender Wahrscheinlichkeit“ auf eine Benachteiligung „wegen des Geschlechts“ schließen.

<sup>61</sup> EuGH, Urt. v. 28.2.2013 – Rs. C-427/11 = NZA 2013, 315 Rn. 19 – Kenny; EuGH, Urt. v. 26.6.2001 – Rs. C-381/99 = NZA 2001, 883 Rn. 58 – Brunnhofer.

<sup>62</sup> EuGH, Urt. v. 28.2.2013 – Rs. C-427/11 = NZA 2013, 315 Rn. 20 – Kenny; EuGH, Urt. v. 26.6.2001 – Rs. C-381/99 = NZA 2001, 883 Rn. 60 – Brunnhofer.

<sup>63</sup> *Uffmann*, ZFA 2022, 51 (53).

<sup>64</sup> *Sagan* sieht die Diskussion über die Aussagekraft des Medians aufgrund der Verknüpfung des Medians mit einem individuellen Vergleichsfall (Paarvergleich) als erübrigt an. Der Median sei nur für einen Vergleich von Personengruppen von Bedeutung, vgl. *Sagan*, NZA 2025, 1034 (1038).

<sup>65</sup> BAG, Urt. v. 23.1.2020 – 8 AZR 484/18 = NZA 2020, 851 Rn. 35; BAG, Urt. v. 25.10.2018 – 8 AZR 501/14 = NZA 2019, 455 Rn. 52; BAG, Beschl. v. 20.5.2010 – 8 AZR 287/08 = AP AGG § 22 Nr. 1 Rn. 16; zur dreistufigen Prüfungsstruktur des § 22 AGG s. *Höpfner/Mohrbutter*, RdA 2024, 45 (45 ff.).

<sup>66</sup> Vgl. *Uffmann*, ZFA 2022, 51 (68).

<sup>67</sup> *Uffmann*, ZFA 2022, 51 (66); so auch LAG Baden-Württemberg, Urt. v. 1.10.2024 – 2 Sa 14/24 = NZA-RR 2025, 12 Rn. 67.

<sup>68</sup> *Uffmann*, ZFA 2022, 51 (68); *Höpfner/Mohrbutter*, RdA 2024, 45 (48).

Das BAG aber schließt in unzulässigerweise von der Benachteiligung auf die Kausalität (des Geschlechts für die Ungleichbehandlung) und nimmt dem Arbeitgeber damit die auf Tatbestandsebene zustehende Verteidigungsmöglichkeit.<sup>69</sup>

Es stellt sich aber mit Blick auf die oben skizzierte Rechtsprechung des EuGH die Frage, ob auf das Kriterium der „überwiegenden Wahrscheinlichkeit“ iSd § 22 AGG für eine Diskriminierung aus unionsrechtlichen Gründen verzichtet werden kann bzw. muss.

Dies wird teilweise mit der Begründung abgelehnt, dass nach Art. 19 Abs. 1 iVm ErwGr 30 der RL 2006/54/EG<sup>70</sup> die Feststellung einer Diskriminierung und damit auch des Kausalzusammenhangs zwischen dem geschützten Merkmal (Geschlecht) und der Diskriminierung den nationalen Gerichten obliege.<sup>71</sup> Ein solcher Automatismus sei also auch unionsrechtlich nicht vorgegeben.<sup>72</sup> Das höhere Entgelt einer Person des anderen Geschlechts bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit sei grundsätzlich nur eine hinreichende, jedoch keine absolute Vermutungstatsache iSd unionsrechtlichen Beweislastregeln.<sup>73</sup>

Dies trifft insoweit zu, als dass die sekundärrechtlichen Beweislastregeln ebenfalls eine umfassende Gesamtschau und Gesamtbewertung aller Indizien erfordern.<sup>74</sup> Aus diesen muss sich ergeben, dass die Benachteiligung gerade wegen des verbotenen Grundes (hier des Geschlechts) als überwiegend wahrscheinlich erscheint.<sup>75</sup> Auch ErwGr 21 der RL 2000/43/EG sieht eine Beweislastumkehr nur dann als erforderlich an, wenn eine solche Diskriminierung nachgewiesen ist. Zwar ist der EuGH an die Vorgaben der sekundärrechtlichen Beweislastregeln gebunden<sup>76</sup>, im Bereich der Entgeltdiskriminierung lässt sich jedoch spätestens seit dem Urteil in der Rechts-

<sup>69</sup> *Benecke*, EuZA 2024, 263 (270); *Hartmann*, ZFA 2024, 4 (10); *Höpfner/Mohrbutter*, RdA 2024, 45 (47).

<sup>70</sup> § 22 AGG dient u.a. der Umsetzung der Beweislastregel des Art. 19 Abs. 1 der RL 2006/54/EG, vgl. *Benecke*, in: BeckOGK AGG, Stand: 1.10.2025, § 22 Rn. 2.

<sup>71</sup> *Höpfner/Mohrbutter*, RdA 2024, 45 (48).

<sup>72</sup> *Uffmann*, ZFA 2022, 51 (66 ff.); *Hartmann*, ZFA 2024, 4 (9).

<sup>73</sup> *Uffmann*, ZFA 2022, 51 (68); Nach *Höpfner/Mohrbutter* ersetzt der aufgrund des höheren Entgelts einer Vergleichsperson entstandene erste Anschein einer Diskriminierung nicht die tatrichterliche Würdigung der vorgebrachten Tatsachen im Einzelfall, *Höpfner/Mohrbutter*, RdA 2024, 45 (48).

<sup>74</sup> EuGH, Ur t. v. 23.4.2020 – C-507/18 = NZA 2020, 703 Rn. 41, 43; EuGH, Ur t. v. 25.4.2013 – C-81/12 = NZA 2013, 891 Rn. 50; EuGH, Ur t. v. 19.4.2012 – C-415/10 = NZA 2012, 493 Rn. 42.

<sup>75</sup> *Mohr*, in: EuArbRK, 5. Aufl. 2024, RL 2000/78/EG Art. 10, Rn. 4; *Uffmann*, ZFA 2022, 51 (66); *Stein*, NZA 2016, 849 (850).

<sup>76</sup> *Uffmann*, ZFA 2022, 51 (67).

sache Enderby<sup>77</sup> die Tendenz erkennen, dass der EuGH aufgrund der primärrechtlichen<sup>78</sup> Vorgaben des Art. 157 Abs. 1 AEUV an die Darlegungs- und Beweislast auf das Erfordernis der Kausalität weitgehend verzichtet. Für eine Beweislastumkehr genüge nach Ansicht des Gerichtshofs der erste Anschein einer Diskriminierung (der bereits bei einem höheren Entgelt trotz gleicher oder gleichwertiger Arbeit vorliege), da dem Arbeitnehmer sonst keine Mittel zur Verfügung stünden, um den Grundsatz des gleichen Entgelts vor den nationalen Gerichten durchzusetzen.<sup>79</sup>

Auch in zwei aktuelleren Urteilen des EuGH wird deutlich, dass dieser nicht der deutschen Dreistufenregelung zum Beweis in § 22 AGG folgt, sondern die Ungleichbehandlung (einer Gruppe) genügen lässt, um die Vermutungswirkung von Art. 19 Abs. 1 RL 2006/54/EG auszulösen.<sup>80</sup>

Insgesamt zeigt sich also, dass das BAG die § 22 AGG zugrundeliegende Systematik in Fällen der Entgeltdiskriminierung durch den Verzicht auf das Erfordernis der „überwiegenden Wahrscheinlichkeit“ für eine geschlechtsbedingte Benachteiligung missachtet. Dieses Vorgehen ist jedoch vor dem Hintergrund der skizzierten primärrechtlichen Vorgaben des Unionsrechts angezeigt: Soweit der Anspruch unmittelbar auf Art. 157 Abs. 1 AEUV gestützt wird, ist § 22 AGG ohne Bedeutung.<sup>81</sup> Soweit der Anspruch auf gleiches Entgelt aus § 3 Abs. 1 iVm § 7 EntgTranspG abgeleitet wird<sup>82</sup>, ist § 22 AGG (der über § 2 Abs. 2 S. 1 EntgTranspG zur Anwendung gelangt), primärrechtskonform<sup>83</sup> auszulegen, sodass in diesen Konstellationen auf das Kriterium der „überwiegenden Wahrscheinlichkeit“ für eine geschlechtsbedingte Benachteiligung verzichtet werden muss.<sup>84</sup>

<sup>77</sup> EuGH, Urt. v. 27.10.1993 – Rs. C-127/92 = NZA 1994, 797 – Enderby.

<sup>78</sup> Differenzierend nach der Beweislastverteilung auf den verschiedenen Ebenen des Unionsrechts und des nationalen Rechts *Sagan*, NZA 2025, 1034 (1036 ff.).

<sup>79</sup> EuGH, Urt. v. 27.10.1993 – Rs. C-127/92 = NZA 1994, 797 Rn. 18 – Enderby.

<sup>80</sup> *Benecke*, EuZA 2024, 263 (271).

<sup>81</sup> Vgl. *Roloff*, RdA 2019, 28 (38).

<sup>82</sup> Zu den Anspruchsgrundlagen s. sogleich unter B. I. 4..

<sup>83</sup> *Sagan* spricht sich zudem für eine für eine richtlinienkonforme (Art. 19 Abs. 1 RL 2006/54/EG) Auslegung des § 22 AGG aus, wenngleich es wegen der unmittelbaren Anwendbarkeit von Art. 157 Abs. 1 AEUV hierauf nicht ankomme, vgl. *Sagan*, NZA 2025, 1034 (1037).

<sup>84</sup> Insoweit stellte sich das BAG in seinem Urteil aus dem Oktober 2025 ausdrücklich auf den Standpunkt, dass das Erfordernis der überwiegenden Wahrscheinlichkeit für eine geschlechtsbedingte Benachteiligung mit den Vorgaben des primären Unionsrechts unvereinbar sei und die Größe der männlichen Vergleichsgruppe und die Höhe der Medianentgelte beider Geschlechtsgruppen für das Eingreifen der Vermutungswirkung ohne Bedeutung sei, BAG, Urt. v. 23.10.2025 – 8 AZR 300/24 –, Rn. 24 ff., juris; zustimmend *Sagan*, NZA 2025, 1034 (1037 f.).

#### 4. Rechtsfolgen der (Nicht-)Erfüllung des Auskunftsverlangens

Erfüllt der Arbeitgeber das Auskunftsverlangen nicht, muss der Arbeitnehmer Klage gegen den Arbeitgeber<sup>85</sup> auf Auskunft erheben.<sup>86</sup> Bei dem Auskunftsanspruch handelt es sich um einen selbständig einklagbaren Anspruch des Arbeitnehmers.<sup>87</sup>

Das Unterlassen der Erfüllung der Auskunftspflicht führt gem. § 15 Abs. 5 Entg-TranspG zu einer an § 22 AGG orientierten<sup>88</sup> Beweislastverlagerung zu Lasten des Arbeitgebers.<sup>89</sup> Der Arbeitgeber trägt dann im Streitfall die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen das Entgeltgleichheitsgebot im Sinne des Gesetzes vorliegt.

Erfüllt der Arbeitgeber das Auskunftsverlangen und ergibt sich aus der Auskunft, dass das durchschnittliche monatliche Bruttoentgelt des/der Beschäftigten unter dem angegebenen Median der Vergleichsgruppe des anderen Geschlechts liegt, kann diese/r versuchen, gerichtlich eine Anpassung des Gehalts an das Entgelt des zum Vergleich herangezogenen Kollegen (nach oben)<sup>90</sup> zu erreichen. Als Anspruchsgrundlage für gleiches Entgelt für gleiche sowie gleichwertige Arbeit ohne Diskriminierung wegen des Geschlechts kommt neben dem unmittelbar anwendbaren Art. 157 Abs. 1 AEUV<sup>91</sup> auch § 3 Abs. 1 iVm § 7 EntgTranspG<sup>92</sup> in Betracht.<sup>93</sup> Um

<sup>85</sup> Die Frage, ob die Klage auch dann gegen den Arbeitgeber zu richten ist, wenn der Betriebsrat nach § 15 Abs. 2, §§ 14 Abs. 1 und 2 EntgTranspG zur Auskunft verpflichtet ist, wird nicht einheitlich beantwortet, vgl. *Ahrendt*, in: Schaub ArbR-HdB, 21. Aufl. 2025, § 37 Rn. 30 m.w.N.

<sup>86</sup> *Ahrendt*, in: Schaub ArbR-HdB, 21. Aufl. 2025, § 37 Rn. 30.

<sup>87</sup> Vgl. BAG, Urt. v. 25.6.2020 – 8 AZR 145/19 = NZA 2020, 1613; *Ahrendt*, in: Schaub ArbR-HdB, 21. Aufl. 2025, § 37 Rn. 29.

<sup>88</sup> BT-Drs. 18/11133, S. 66.

<sup>89</sup> Nach der systematischen Stellung gilt die Beweislastumkehr des § 15 Abs. 5 EntgTranspG nicht bei tarifgebundenen und tarifynwendenden Arbeitgebern. Eine analoge Anwendung des § 15 Abs. 5 auf tarifgebundene bzw. tarifynwendende Arbeitgeber scheidet mangels planwidriger Regelungslücke aus, sodass die unterlassene Auskunftserteilung in diesen Fällen keine Beweislastumkehr zur Folge hat, vgl. *Franzen* NZA 2017, 814 (819); *Bauer/Romero*, NZA 2017, 409 (412); *Ahrendt*, in: Schaub ArbR-HdB, 21. Aufl. 2025, § 37 Rn. 67 m.w.N.

<sup>90</sup> BAG, Urt. v. 23.10.2025 – 8 AZR 300/24 –, Rn. 29, juris.

<sup>91</sup> EuGH, Urt. v. 8.4.1976 – Rs. 43/75 Rn. 21 ff. – Defrenne II; BAG, Urt. v. 16.2.2023 – 8 AZR 450/21 = NZA 2023, 958 Rn. 22 f.; BAG, Urt. v. 21.1.2021 – 8 AZR 188/19 = NZA 2021, 1011 Rn. 17 f.; a.A. *Wank*, RdA 2018, 34 (34), wonach Art. 157 AEUV aufgrund des „Grundsatzes der Normanwendung der untersten Stufe“ nicht mehr als Anspruchsgrundlage im nationalen Recht herangezogen werden darf.

<sup>92</sup> BAG, Urt. v. 16.2.2023 – 8 AZR 450/21 = NZA 2023, 958 Rn. 24; BAG, Urt. v. 21.1.2021 – 8 AZR 188/19 = NZA 2021, 1011 Rn. 19; a.A. *Becker/Hjort*, ArbR-Aktuell, 2018, 298 (298); *Benkert*, NJW-Spezial 2018, 178 (178); *Göpfert/Giese*, NZA 2018, 207 (208) unter Hinweis auf die Gesetzesbegründung.

<sup>93</sup> BAG, Urt. v. 23.10.2025 – 8 AZR 300/24 –, Rn. 17, juris; Das BAG stützte den Erfüllungsanspruch vor Inkrafttreten des EntgTranspG auf den allgemeinen arbeitsrechtlichen

den aus der Ungleichbehandlung resultierenden Schaden auszugleichen, kann der Arbeitgeber daneben über § 2 Abs. 2 S. 1 EntgTranspG iVm §§ 15 Abs. 1 und 2 AGG Schadensersatz und Entschädigung verlangen.<sup>94</sup>

## 5. Änderungen durch die Entgelttransparenzrichtlinie

Die ETRL sieht ebenfalls ein Auskunftsrecht für Arbeitnehmer vor. Dieses weicht jedoch in beträchtlichem Umfang von dem in den §§ 10 ff. EntgTranspG normierten Auskunftsanspruch ab.

Nach Art. 7 Abs. 1 ETRL haben Arbeitnehmer das Recht, gem. den Absätzen 2 und 4 Auskünfte über ihre individuelle Entgelthöhe und über die durchschnittlichen Entgelthöhen zu verlangen und in schriftlicher Form zu erhalten, aufgeschlüsselt nach Geschlecht und für die Gruppen von Arbeitnehmern, die gleiche Arbeit wie sie oder gleichwertige Arbeit verrichten.

Bei der Lektüre der Richtlinie fällt zunächst auf, dass das Auskunftsrecht zukünftig nicht mehr auf Beschäftigte in Betrieben mit in der Regel mehr als 200 Beschäftigten begrenzt ist.<sup>95</sup> Art. 7 ETRL enthält insoweit keine Beschränkung, sondern soll ausweislich des ErwGres 36 der Richtlinie „alle(n)“ Arbeitnehmern einen solchen Auskunftsanspruch gewähren. Damit geht eine deutliche Ausweitung des Auskunftsrechts einher. Allerdings wirkt sich diese zu Lasten kleinerer Arbeitgeber aus, die weder über entsprechende technische noch personelle Strukturen verfügen, um adäquat und mit verhältnismäßigem Aufwand auf die Auskunftsverlangen reagieren zu können.

Bedeutend neu ist auch, dass Art. 7 ETRL nicht mehr die Benennung einer gleichen oder gleichwertigen Tätigkeit durch den Antragsteller voraussetzt.<sup>96</sup> Dieses Erfordernis stellt bislang (trotz der Möglichkeit des § 15 Abs. 4 S. 4 EntgTranspG) eine große Hürde für auskunftersuchende Arbeitnehmer dar.<sup>97</sup>

Als zusätzliche Erleichterung verzichtet die ETRL – anders als § 10 Abs. 2 S. 1 EntgTranspG (Textform) – auf ein bestimmtes Formerfordernis für das Auskunftsverlangen des Arbeitnehmers.<sup>98</sup> Dagegen soll die Auskunft durch den Arbeitgeber in

---

Gleichbehandlungsgrundsatz sowie auf § 2 Abs. 1 Nr. 2, § 8 AGG, vgl. BAG, Urt. v. 11.12.2007 – 3 AZR 249/06 = NZA 2008, 532 Rn. 45.

<sup>94</sup> BT-Drs. 11/11133, S. 56; *Göpfert/Giese*, NZA 2018, 207 (209).

<sup>95</sup> *Günther/Schiffelholz*, NZA-RR 2023, 568 (570); *Husemann*, EuZA 2022, 166 (176); *Winter*, NZA 2024, 8 (11); *Köllmann*, SPA 2024, 33 (34).

<sup>96</sup> *Winter*, NZA 2024, 8 (12).

<sup>97</sup> *Vianden*, ArbRAktuell 2021, 431 (432).

<sup>98</sup> *Winter*, NZA 2024, 8 (12).

schriftlicher Form erfolgen (Art. 7 Abs. 1 ETRL).<sup>99</sup> Bisher genügte bei nicht tarifgebundenen und nicht tarifynwendenden Arbeitgebern die Textform (§ 15 Abs. 3 S. 1 EntgTranspG), während bei tarifgebundenen und tarifynwendenden Arbeitgebern kein Formerfordernis für die Auskunftserteilung besteht.<sup>100</sup>

Nach § 10 Abs. 2 S. 2 EntgTranspG kann die Auskunft grundsätzlich erst nach Ablauf von zwei Jahren erneut verlangt werden. Die ETRL sieht eine solche Beschränkung nicht vor.<sup>101</sup> Stattdessen kann aufgrund der Verpflichtung des Arbeitgebers zur jährlichen Information der Arbeitnehmer über deren Recht, Auskünfte zu erhalten (Art. 7 Abs. 3 ETRL), davon ausgegangen werden, dass Arbeitnehmer künftig jährlich Auskunft verlangen können.<sup>102</sup>

Bisher sieht § 12 Abs. 3 S. 2 EntgTranspG eine Ausnahme zur Angabe des Vergleichsentgelts aus datenschutzrechtlichen Gründen vor, wenn die Vergleichstätigkeit von weniger als sechs Beschäftigten des anderen Geschlechts ausgeübt wird. Der Arbeitgeber kann die Auskunft also verweigern, wenn er der Ansicht ist, die entsprechende Tätigkeit wird von weniger als sechs Personen des anderen Geschlechts ausgeübt.<sup>103</sup> Außerdem entfällt der Auskunftsanspruch gänzlich, wenn es den vergleichbaren Arbeitnehmer im Betrieb nicht gibt.<sup>104</sup> Abweichend davon soll künftig die Ermittlung einer, sogar hypothetischen Vergleichsperson ausreichen.<sup>105</sup> Zum Schutz personenbezogener Daten geht der europäische Gesetzgeber einen anderen Weg: Führt die Offenlegung von Informationen zur (un)mittelbaren Offenlegung des Entgelts eines bestimmaren Arbeitnehmers, entfällt der Auskunftsanspruch künftig nicht mehr, sondern besteht in modifizierter Form (unter Zwischenschaltung bspw. von Arbeitnehmervertretern) weiter (vgl. Art. 12 Abs. 3 S. 1 ETRL).<sup>106</sup>

Nach Art. 7 Abs. 2 ETRL können Auskünfte zukünftig über Arbeitnehmervertreter und/oder über eine Gleichbehandlungsstelle verlangt werden.<sup>107</sup> Hierdurch sollen

<sup>99</sup> Die Kommission „Bürokratiearme Umsetzung der Entgelttransparenzrichtlinie“ lehnt in ihrem Abschlussbericht v. 24.10.2025 (Rn. 95) einstimmig ein Schriftformerfordernis ab. Stattdessen soll die Auskunft zukünftig digital in Textform erteilt werden dürfen.

<sup>100</sup> S. dazu unter Punkt B. I. 2.

<sup>101</sup> *Winter*, NZA 2024, 8 (12); *dies.*, EuZA 2024, 140 (153).

<sup>102</sup> *Günther/Schiffelholz*, NZA-RR 2023, 568 (570).

<sup>103</sup> *Bauer/Romero*, NZA 2017, 409 (411).

<sup>104</sup> *Wank*, RdA 2018, 34 (40).

<sup>105</sup> ErwGr 28 der Richtlinie (EU) 2023/970.

<sup>106</sup> *Rolfs/Lex*, NZA 2023, 1353 (1357). Die Kommission „Bürokratiearme Umsetzung der Entgelttransparenzrichtlinie“ empfiehlt in ihrem Abschlussbericht v. 24.10.2025 (Rn. 87) ein Festhalten an der Mindestgröße der Vergleichsgruppe zum Schutz personenbezogener Daten.

<sup>107</sup> Das direkte Auskunftsverlangen gegenüber dem Arbeitgeber ist auch weiterhin möglich, vgl. *Winter*, NZA 2024, 8 (11).

Arbeitnehmer vor einer Viktimisierung bei der Durchsetzung ihres Rechts auf gleiches Entgelt geschützt werden.<sup>108</sup> Bisher sahen §§ 14 und 15 EntgTranspG zum Schutz der Beschäftigten die Zwischenschaltung des Betriebsrates vor. Beschränkt wurde dieser Schutz jedoch zum einen durch die Möglichkeit des Arbeitgebers, die Auskunftsverlangen (vor deren Geltendmachung) an sich zu ziehen (§ 14 Abs. 2 S. 1 EntgTranspG) und zum anderen mussten sich Arbeitnehmer bei Fehlen eines Betriebsrates direkt an den Arbeitgeber wenden (§ 14 Abs. 3 S. 1 EntgTranspG). Für den Fall des Fehlens von Arbeitnehmervertretern sollen sich die Arbeitnehmer nach ErwGr 24 der Richtlinie durch einen Vertreter ihrer Wahl vertreten lassen können.

Bei nicht tarifgebundenen und nicht tarifynwendenden Arbeitgebern hatte der Arbeitgeber bzw. der Betriebsrat bislang drei Monate Zeit, um das Auskunftsverlangen zu erfüllen (§ 15 Abs. 3 S. 1 EntgTranspG). Nunmehr sieht Art. 7 Abs. 4 ETRL vor, dass der Arbeitgeber (und damit nicht mehr der Betriebsrat) die Auskünfte innerhalb einer angemessenen Frist, jedenfalls aber innerhalb von zwei Monaten ab Antragstellung zur Verfügung stellen muss.

Auch hinsichtlich des Anspruchsinhalts muss der nationale Auskunftsanspruch angepasst werden:

Die in § 10 Abs. 1 S. 3 EntgTranspG vorgesehene Beschränkung des Auskunftsanspruch auf zwei einzelne Entgeltbestandteile lässt sich der ETRL nicht entnehmen, sodass künftig sämtliche Entgeltbestandteile zu vergleichen sind.<sup>109</sup>

Auch die in § 12 Abs. 2 EntgTranspG vorgesehenen Beschränkungen der Auskunftspflicht (nur Arbeitnehmer in demselben Betrieb, derselben Region und bei demselben Arbeitgeber) findet in der Richtlinie kein Äquivalent, sodass zukünftig für die Berechnung der durchschnittlichen Entgelthöhen alle vergleichbaren Arbeitnehmer einzubeziehen sind.<sup>110</sup>

Anders als bisher wird nicht mehr der statistische Median (nur der Vergleichsgruppe des eigenen Geschlechts) mitgeteilt, sondern die durchschnittlichen Entgelthöhen, und zwar aufgeschlüsselt nach Geschlecht und für die Gruppen von Arbeitnehmern, die gleiche oder gleichwertige Arbeit verrichten, Art. 7 Abs. 1 ETRL.

Somit umfasst das Auskunftsrecht künftig auch Informationen zur Entgelthöhe vergleichbarer Arbeitnehmer des eigenen Geschlechts.<sup>111</sup> Das ist zunächst einmal eine

<sup>108</sup> ErwGr 24 der Richtlinie (EU) 2023/970; *Winter*, NZA 2024, 8 (11).

<sup>109</sup> *Winter*, EuZA 2024, 140 (153); *dies.*, NZA 2024, 8 (12).

<sup>110</sup> *Günther/Schiffelholz*, NZA-RR 2023, 568 (570).

<sup>111</sup> *Günther/Schiffelholz*, NZA-RR 2023, 568 (570).

sinnvolle Erweiterung: Ohne die Angabe dieser Information war es dem Auskunftsersuchenden bisher nicht möglich, die eigene Vergütung mit der durchschnittlichen Vergütung innerhalb des eigenen Geschlechts zu vergleichen, sodass durch die bisher erteilten Informationen kaum belastbare Rückschlüsse auf die Entgeltgleichheit möglich waren.

Allerdings hat die Angabe der durchschnittlichen Entgelthöhe (anstelle des Medians) den Nachteil, dass Ausreißer (insb. nach oben) zu Fehlinterpretationen führen können<sup>112</sup>: Verdient ein männlicher Arbeitnehmer außerordentlich viel, wird dadurch der Durchschnittswert der männlichen Vergleichsgruppe stark nach oben angehoben. Das kann dazu führen, dass das Entgelt der klagenden weiblichen Arbeitnehmerin bzw. das Durchschnittsentgelt der weiblichen Vergleichsgruppe unterhalb des Durchschnittsentgelts der männlichen Vergleichsgruppe liegt, obwohl Frauen in der Mehrheit mehr verdienen als die männlichen Arbeitnehmer, der Median der weiblichen Vergleichsgruppe also über dem der männlichen Vergleichsgruppe liegt. Sinnvoll könnte es daher sein, die Arbeitgeber zu verpflichten, neben den nach Geschlechtern aufgeschlüsselten Durchschnittsentgelten auch die jeweiligen Medianentgelte anzugeben.<sup>113</sup> Liegen beide Werte über dem Entgelt der klagenden Arbeitnehmerin, sprächen mehr Indizien für als gegen eine Benachteiligung wegen des Geschlechts, sodass eine Beweislastumkehr eintreten soll.<sup>114</sup> Insoweit eröffnet Art. 27 Abs. 1 ETRL den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, Vorschriften beizubehalten oder einzuführen, die für die Arbeitnehmer günstiger sind als die Bestimmungen der ETRL. Vor dem Hintergrund, dass die Kommission „Bürokratiearme Umsetzung der Entgelttransparenzrichtlinie“ sich in ihrem Abschlussbericht v. 24.10.2025<sup>115</sup> (Rn. 90) mehrheitlich gegen eine zusätzliche Angabe der Medianwerte ausgesprochen hat, scheint dies jedoch zweifelhaft.

Bei unvollständiger oder fehlerhafter Auskunftserteilung tritt nach aktueller Rechtslage keine Beweislastumkehr zu Lasten des Arbeitgebers ein:<sup>116</sup> § 15 Abs. 5 S. 1 EntgTranspG setzt bisher für eine Beweislastumkehr auf den Arbeitgeber das Unterlassen der Erfüllung der Auskunftspflicht voraus. Von einem Unterlassen kann indes nur dann gesprochen werden, wenn sich der Arbeitgeber gar nicht zu einem der erfragten Entgeltbestandteile im Auskunftsverlangen äußert.<sup>117</sup> Die unvollständige

<sup>112</sup> *Günther/Schiffelholz*, NZA-RR 2023, 568 (573).

<sup>113</sup> Zu dieser Idee und deren Umsetzungsmöglichkeit s. *Husemann*, EuZA 2022, 166 (181 f.).

<sup>114</sup> *Husemann*, EuZA 2022, 166 (182).

<sup>115</sup> Abrufbar unter: <https://www.bmbfsfj.bund.de/resource/blob/273774/d4fc78ee064e0245f8f-4b25ae9efc3ec/abschlussbericht-kommission-etr1-data.pdf> <zuletzt abgerufen am 2.1.2026>.

<sup>116</sup> *Göpfert/Giese*, NZA 2018, 207 (209); *Franzen*, NZA 2017, 814 (818).

<sup>117</sup> BT-Drs. 18/11133, S. 66.

oder fehlerhafte Auskunft kann aber unter Umständen Indizwirkung iSd § 22 AGG haben.<sup>118</sup> Dem Arbeitnehmer bleibt in der Regel nur die Klage gegen den Arbeitgeber auf (ordnungsgemäße) Auskunft. Insofern möchte Art. 7 Abs. 2 UAbs. 2 ETRL Abhilfe schaffen, indem Arbeitnehmer bei unzutreffenden oder unvollständigen Informationen das Recht haben sollen, persönlich oder über ihre Arbeitnehmervertreter zusätzliche und angemessene Klarstellungen und Einzelheiten zu den bereitgestellten Daten verlangen und eine begründete Antwort erhalten zu können. Insofern wird vorgeschlagen, dem Arbeitgeber künftig eine Frist von sechs Wochen zur Klarstellung einzuräumen.<sup>119</sup>

## 6. Zwischenfazit

Die bestehenden Regelungen des EntgTranspG zum individuellen Auskunftsanspruch sind insbesondere aufgrund des beschränkten Umfangs der erteilten Auskünfte kaum geeignet, die Durchsetzung des Grundsatzes des gleichen Entgelts zu fördern. Einzig aufgrund der arbeitnehmerfreundlichen Rechtsprechung des EuGH, der sich das BAG angeschlossen hat, war es Arbeitnehmerinnen bisher möglich, ihren Anspruch auf gleiches Entgelt gerichtlich durchzusetzen. Die ETRL sieht neben verfahrensrechtlichen Erleichterungen und einer Ausweitung des Kreises der Anspruchsberechtigten insbesondere mit der zusätzlichen Angabe der durchschnittlichen Entgelthöhe vergleichbarer Arbeitnehmer des eigenen Geschlechts einige Verbesserungen zur Durchsetzung des Grundsatzes des gleichen Entgelts vor. Vor dem Hintergrund, dass nach der Rpsr. des BAG der klagende Arbeitnehmer nur geltend machen muss, dass ein Arbeitnehmer des anderen Geschlechts trotz gleicher oder gleichwertiger Arbeit mehr verdient, um eine Beweislastumkehr auf den Arbeitgeber auszulösen, hat die Diskussion nach der zusätzlichen Angabe der Medianwerte bei der Umsetzung der ETRL nur begrenzte Relevanz. Bedeutung kann dem Medianwert insoweit (nur) bei der vom Arbeitgeber zu erbringenden Widerlegung der Vermutung einer geschlechtsbedingten Benachteiligung zukommen.<sup>120</sup> Für die Begründung der Kausalitätsvermutung wird der Medianwert (wie bisher) nur insoweit von Relevanz sein, als sich hieraus ein Paarvergleich ziehen lässt.

<sup>118</sup> Siehe hierzu: *Ahrendt*, in: Schaub ArbR-HdB, 21. Aufl. 2025, § 37 Rn. 27.

<sup>119</sup> Abschlussbericht der Kommission „Bürokratiearme Umsetzung der Entgelttransparenzrichtlinie“ v. 24.10.2025, Rn. 93.

<sup>120</sup> BAG, Urt. v. 23.10.2025 – 8 AZR 300/24 –, Rn. 29, juris.

## II. Betriebliches Prüfverfahren (§§ 17–20 EntgTranspG)

### 1. Aktuelle Rechtslage

Während sich der individuelle Auskunftsanspruch an Beschäftigte richtet, fordert § 17 Abs. 1 S. 1 EntgTranspG private Arbeitgeber mit in der Regel mehr als 500 Beschäftigten auf, ihre Entgeltregelungen und die verschiedenen gezahlten Entgeltbestandteile sowie deren Anwendung regelmäßig auf die Einhaltung des Entgeltgleichheitsgebots zu überprüfen. Ergeben sich aus diesem Prüfverfahren Benachteiligungen wegen des Geschlechts in Bezug auf das Entgelt, muss der Arbeitgeber die geeigneten Maßnahmen zur Beseitigung der Benachteiligung ergreifen. Dies stellt § 19 EntgTranspG ausdrücklich klar. Schaft der Arbeitgeber keine Abhilfe, kann darin ein Indiz iSd § 22 AGG für eine geschlechtsspezifische Entgeltdiskriminierung liegen.<sup>121</sup>

Die Durchführung des betrieblichen Prüfverfahrens wird in § 18 EntgTranspG näher ausgestaltet. Nach Abs. 2 S. 1 muss das Verfahren aus einer Bestandsaufnahme, einer Analyse und einem Ergebnisbericht bestehen. Der Arbeitgeber ist in der Wahl von Analysemethoden und Arbeitsbewertungsverfahren nicht auf zertifizierte Verfahren beschränkt, sondern grundsätzlich frei (§ 18 Abs. 2 S. 2 EntgTranspG).<sup>122</sup> Das betriebliche Prüfverfahren ist damit bewusst niedrigschwellig angelegt, um die Bereitschaft zu dessen (auch nur teilweise) Durchführung zu erhöhen.<sup>123</sup>

Das Prüfverfahren muss unter Beteiligung der betrieblichen Interessenvertretungen erfolgen (§ 17 Abs. 2 EntgTranspG), wobei jedoch dem Betriebsrat durch diese Vorschrift keine neuen Beteiligungsrechte eingeräumt werden sollen.<sup>124</sup>

Bereits aus dem Wortlaut („sind aufgefordert“), aber auch aus den Gesetzesmaterialien wird erkennbar, dass es sich nur um einen Appell an die betroffenen Arbeitgeber handelt.<sup>125</sup> Eine Rechtspflicht zur Durchführung betrieblicher Prüfverfahren wurde bewusst nicht statuiert.

<sup>121</sup> *Hromadka/Maschmann*, Arbeitsrecht Bd. 1 Individualarbeitsrecht, 8. Aufl. 2022, § 7 Rn. 100.

<sup>122</sup> Als geeignete Instrumente werden das von der Antidiskriminierungsstelle des Bundes geförderte Instrument „eg-check“ sowie der ILO-Leitfaden „Gendergerechtigkeit stärken – Entgeltgleichheit sicherstellen“ genannt, BT-Drs. 18/11133, S. 69. Daneben wurde mit Logib-D ein weiteres Lohnprüfverfahren vom BMFSFJ zertifiziert.

<sup>123</sup> BT-Drs. 18/11133, S. 69.

<sup>124</sup> BT-Drs. 18/11133, S. 69.

<sup>125</sup> BT-Drs. 18/11133, S. 67; *Bauer/Romero*. NZA 2017, 409 (409); *Becker/Hjort*, ArbRAktuell 2018, 359 (359).

Außerdem hat der Gesetzgeber auf konkrete zeitliche Vorgaben, in welchen Intervallen das Prüfverfahren durchgeführt werden soll, verzichtet. Aus den Gesetzgebungsmaterialien lässt sich diesbezüglich lediglich eine Empfehlung von (max.) 5-Jahres-Abständen entnehmen.<sup>126</sup>

Die Beschränkung auf Arbeitgeber mit in der Regel mehr als 500 Beschäftigten soll (zur Entlastung kleiner und mittlerer Arbeitgeber) sicherstellen, dass nur solche Arbeitgeber betroffen sind, die aufgrund ihrer technischen und personellen Organisation in der Lage sind, die erforderlichen Daten und Angaben mit vertretbarem Aufwand zu erfassen.<sup>127</sup> Allgemein ging der Gesetzgeber von einem vertretbarem Aufwand für die in Betracht kommenden 6300<sup>128</sup> Unternehmen aus.<sup>129</sup> Gleichsam könne der Arbeitgeber aus dem Prüfverfahren einen personalwirtschaftlichen Nutzen ziehen und nach innen und außen signalisieren, dass er sich für eine faire Entgeltstruktur stark macht.<sup>130</sup> Außerdem kann sich der Verweis auf die Durchführung eines Prüfverfahrens vorteilhaft für den Arbeitgeber auswirken, falls es zu einer Klage wegen der Verletzung des Gleichbehandlungsgebots kommt.<sup>131</sup>

Im zweiten Evaluationsbericht zum EntgTranspG kam die Bundesregierung zum Ergebnis, dass seit 2019 nur knapp 30 Prozent der befragten privaten Arbeitgeber mit mehr als 500 Beschäftigten eine Überprüfung ihrer Entgeltstrukturen vorgenommen haben.<sup>132</sup> Die Gründe dafür sind vielfältig. So werden insbesondere fehlende Anreize, Ressourcen und Kenntnisse über existierende und rechtssichere Prüfinstrumente angeführt.<sup>133</sup> Nicht zu vernachlässigen ist auch, dass der Arbeitgeber nach § 20 Abs. 2 S. 1 EntgTranspG die Beschäftigten über die Ergebnisse des Verfahrens – und damit auch potenziell über das Bestehen von geschlechtsbedingten Benachteiligungen – informieren müssen. Der Arbeitgeber würde sich durch die Durchführung des Prüfverfahrens also sogar der Gefahr aussetzen, Arbeitnehmern „die Begründung der Entgeltgleichheitsklage auf dem Silbertablett (zu) servier(en)“.<sup>134</sup> Letztlich führen diese Hemmnisse im Zusammenspiel mit der fehlenden Rechtspflicht und

<sup>126</sup> BT-Drs. 18/11133, S. 68.

<sup>127</sup> BT-Drs. 18/11133, S. 68; zur Kritik an der Beschränkung auf Arbeitgeber mit mehr als 500 Arbeitnehmern s. *Becker/Hjort*, ArbR Aktuell 2018, 359 (359).

<sup>128</sup> BT-Drs. 18/11133, S. 40.

<sup>129</sup> BT-Drs. 18/11133, S. 23.

<sup>130</sup> BT-Drs. 18/11133, S. 23.

<sup>131</sup> *Wank*, RdA 2018, 34 (45).

<sup>132</sup> BT-Drs. 20/8100, S. 6. Das BMFSFJ ging bei Erlass des EntgTranspG davon aus, dass sogar nur 10 Prozent der in Betracht kommenden Unternehmen regelmäßig der Aufforderung nachkommt, vgl. BT-Drs. 18/11133, S. 40.

<sup>133</sup> BT-Drs. 20/8100, S. 6.

<sup>134</sup> *Möller/Reichenberger*, NZA 2021, 256 (260); vgl. auch *Thüsing*, BB 2017, 565 (568).

der damit einhergehenden fehlenden Sanktionierung bei der Nichtdurchführung<sup>135</sup> sowie der fehlenden Vergleichbarkeit der Ergebnisse aufgrund der freien Auswahl der Prüfinstrumente dazu, dass die derzeitige Ausgestaltung des betrieblichen Prüfverfahrens die Entgeltgleichheit zwischen Männern und Frauen nicht stärkt.<sup>136</sup>

## 2. Änderungen durch die Entgelttransparenzrichtlinie

Die ETRL kennt ein betriebliches Prüfverfahren im Sinne des EntgTranspG nicht. Stattdessen soll es dem Arbeitgeber durch die Berichterstattung über das Entgeltgefälle (Art. 9 ETRL) möglich sein, seine Entgeltstrukturen und seine Entgeltpolitik zu bewerten und zu überwachen [s. dazu sogleich unter B. III. 2.].<sup>137</sup> Ergibt sich infolge der Berichterstattung ein Unterschied bei der durchschnittlichen Entgelthöhe von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern in Höhe von mindestens 5 Prozent in einer Gruppe von Arbeitnehmern und ist dieser Unterschied nicht aufgrund objektiver, geschlechtsneutraler Kriterien gerechtfertigt, müssen Arbeitgeber<sup>138</sup> in Zusammenarbeit mit ihren Arbeitnehmervertretern eine gemeinsame Entgeltbewertung vornehmen, wenn der Arbeitgeber nicht innerhalb von sechs Monaten Abhilfe geschaffen hat, Art. 10 Abs. 1 ETRL. Ziel dieser gemeinsamen Entgeltbewertung ist es, Entgeltunterschiede zwischen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, die nicht durch objektive und geschlechtsneutrale Kriterien gerechtfertigt sind, festzustellen, zu korrigieren und zu verhindern (Art. 10 Abs. 2 ETRL).

Die Berichterstattung über das Entgeltgefälle und die gemeinsame Entgeltbewertung sollen dazu beitragen, für geschlechtsspezifische Verzerrungen in den Entgeltstrukturen und für Entgeltdiskriminierung zu sensibilisieren und solche Verzerrungen und Diskriminierung wirksam und systematisch zu bekämpfen, was allen Arbeitnehmern desselben Arbeitgebers zugutekommen soll.<sup>139</sup>

Da nach der ETRL die gemeinsame Entgeltbewertung der Berichterstattung über das Entgeltgefälle zeitlich nachgelagert ist, bedarf es einer Neufassung der §§ 17–22 EntgTranspG.<sup>140</sup>

<sup>135</sup> *Vianden*, ArbRAktuell 2021, 431 (432); *Benkert*, NJW-Spezial 2017, 434 (434); *Becker/Hjort*, ArbRAktuell 2018, 359 (359).

<sup>136</sup> BT-Drs. 20/8100, S. 6.

<sup>137</sup> ErwGr 39 der Richtlinie (EU) 2023/970.

<sup>138</sup> Zur gemeinsamen Entgeltbewertung sind alle Arbeitgeber verpflichtet, die Berichterstattungspflichten nach Art. 9 ETRL unterliegen, also grds. alle Arbeitgeber mit mehr als 100 Arbeitnehmern.

<sup>139</sup> ErwGr 39 der Richtlinie (EU) 2023/970.

<sup>140</sup> *Winter*, EuZA 2024, 140 (162); *dies.*, NZA 2024, 8 (16).

### III. Berichtspflichten für Arbeitgeber (§§ 21 f. EntgTranspG)

#### 1. Aktuelle Rechtslage

Nach § 21 Abs. 1 S. 1 EntgTranspG müssen Arbeitgeber mit in der Regel mehr als 500 Beschäftigten, die zur Erstellung eines Lageberichts nach den §§ 264 und 289 HGB verpflichtet sind, einen Bericht zur Gleichstellung und Entgeltgleichheit erstellen. In diesem sind zum einen die Maßnahmen des Arbeitgebers (und deren Wirkung) darzustellen, die der Förderung der Gleichstellung von Frauen und Männern dienen (Nr. 1). Zum anderen hat der Arbeitgeber darzustellen, welche Maßnahmen er zur Herstellung von Entgeltgleichheit für Frauen und Männer trifft (Nr. 2). Als Maßnahme in diesem Sinne kommt beispielsweise das betriebliche Prüfverfahren nach den §§ 17 ff. EntgTranspG in Betracht<sup>141</sup>, sodass durch die Berichtspflicht mittelbar ein Anreiz dafür geschaffen wird, das freiwillige betriebliche Prüfverfahren durchzuführen.<sup>142</sup> Führt der berichtspflichtige Arbeitgeber solche Maßnahmen nicht durch, hat er dies in seinem Bericht zu begründen, § 21 Abs. 1 S. 2 EntgTranspG. Weder der Gesetzeswortlaut noch die Gesetzgebungsmaterialien geben Aufschluss dazu, welche Gründe die Nichtdurchführung rechtfertigen können.<sup>143</sup>

§ 21 Abs. 2 EntgTranspG erweitert die Pflichtangaben auf – nach Geschlecht aufgeschlüsselte – Angaben zur durchschnittlichen Gesamtzahl der Beschäftigten und der durchschnittlichen Zahl der Vollzeit- und Teilzeitbeschäftigten.

Durch die Berichtspflicht wird, was insbesondere durch Abs. 1 S. 2 deutlich wird, eine mittelbare Pflicht zur Förderung der Gleichstellung und Entgeltgleichheit für Männer und Frauen begründet.<sup>144</sup> Tarifgebundene oder tarifanwendende Arbeitgeber sind alle fünf Jahre zur Berichterstattung verpflichtet, § 22 Abs. 1 S. 1 EntgTranspG. Alle anderen Arbeitgeber müssen der Berichtspflicht alle drei Jahre nachkommen (§ 22 Abs. 2 S. 1 EntgTranspG).

Durch die Verpflichtung zur Erstellung eines solchen Berichtes soll die Bedeutung der Themen Gleichstellung und Entgeltgleichheit für die Unternehmenspolitik betont und die Maßnahmen zur Förderung der Gleichstellung und Entgeltgleichheit transparent und öffentlich dargestellt werden.<sup>145</sup> Außerdem kann die Auseinandersetzung mit der Entgeltgleichheit im Rahmen der Berichtspflicht dazu führen, dass

<sup>141</sup> BT-Drs. 18/11133, S. 73.

<sup>142</sup> *Becker/Hjort*, ArbRAktuell 2018, 359 (361).

<sup>143</sup> *Becker/Hjort*, ArbRAktuell 2018, 359 (361).

<sup>144</sup> *Wank*, RdA 2018, 34 (45).

<sup>145</sup> BT-Drs. 18/11133, S. 24, 72.

Arbeitgeber ihre betrieblichen Entgeltstrukturen überprüfen.<sup>146</sup>

Die Begrenzung auf Arbeitgeber mit in der Regel mehr als 500 Beschäftigten soll, wie beim betrieblichen Prüfverfahren, zur Vermeidung überzogener Bürokratiebelastungen für kleinere und mittlere Unternehmen beitragen.<sup>147</sup> Im Unterschied zum betrieblichen Prüfverfahren sind jedoch nur solche Arbeitgeber mit in der Regel mehr als 500 Beschäftigten zur Erstellung des Berichts verpflichtet, die lageberichtsspflichtig im Sinne des HGB sind.

Trotz der Ausgestaltung als Rechtspflicht<sup>148</sup> kamen von den eigentlich ca. 3950 berichtspflichtigen Kapitalgesellschaften<sup>149</sup> nur sehr wenige<sup>150</sup> der Berichtspflicht nach. Angesichts fehlender Konsequenzen bei der Nichterfüllung der Berichtspflicht<sup>151</sup> überrascht dies nicht.

## 2. Änderungen durch die Entgelttransparenzrichtlinie

Die ETRL trifft in Art. 9 eine (umfangreiche) Pflicht zur Berichterstattung über das Entgeltgefälle zwischen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und weicht dabei in einigen Punkten von der bisherigen Berichtspflicht nach den §§ 21 f. EntgTranspG ab:

Inhaltlich zielt die ETRL nicht mehr auf die Angabe der Maßnahmen zur Entgeltgleichheit und zur Gleichstellung von Männern und Frauen ab, sondern verlangt von Arbeitgebern, dass sie die in Art. 9 Abs. 1 lit. a bis g ETRL beschriebenen Informationen zum geschlechtsspezifischen Entgeltgefälle den in Art. 9 Abs. 7 und 8 ETRL genannten Akteuren zur Verfügung stellen. Diese sind als Prozentzahl(en) anzugeben, sodass sich damit zwar kein Vergleich mit dem eigenen Entgelt anstellen lässt, wohl aber bestehende Unterschiede beim Entgelt zwischen männlichen und weiblichen Arbeitnehmern erkennbar werden.

Die Berichterstattungspflicht trifft alle Arbeitgeber mit mindestens 100 Arbeitnehmern, unabhängig davon, ob diese nach nationalem Recht lageberichtsspflichtig sind.

<sup>146</sup> BT-Drs. 18/11133, S. 24.

<sup>147</sup> BT-Drs. 18/11133, S. 72.

<sup>148</sup> BT-Drs. 18/11133, S. 24, 72; *Becker/Hjort*, ArbRAktuell 2018, 359 (361).

<sup>149</sup> BT-Drs. 18/11133, S. 42.

<sup>150</sup> Nach dem zweiten Evaluationsbericht der Bundesregierung kamen lediglich 11 Prozent der Unternehmen ohne tarifliche Entgeltstruktur und nur ca. 30 Prozent der Unternehmen mit tariflicher Entgeltstruktur ihrer Berichtspflicht nach, BT-Drs. 20/8100, S. 6.

<sup>151</sup> *Vanden*, ArbRAktuell 2021, 431 (432); Anders als die unterlassene Mitteilung der Ergebnisse eines durchgeführten Prüfverfahrens stellt der Verstoß gegen die Berichtspflichten kein Indiz iSd § 22 AGG dar, vgl. *Ahrendt*, in: Schaub ArbR-HdB, 21. Aufl. 2025, § 37 Rn. 28.

Somit wird der Anwendungsbereich im Vergleich zu § 21 EntgTranspG deutlich erweitert. Arbeitgeber mit weniger als 100 Arbeitnehmern sind von der Berichterstattungsfrist grundsätzlich ausgenommen, können jedoch durch nationales Recht verpflichtet werden, Informationen über das Entgelt vorzulegen, Art. 9 Abs. 5 S. 2 ETRL.<sup>152</sup> Alternativ können die Mitgliedstaaten die Arbeitgeber, die trotz fehlender Verpflichtung freiwillig über das Entgelt berichten, durch ein Entgelttransparenz-siegel auszeichnen.<sup>153</sup>

Der Zeitpunkt der erstmaligen Berichtspflicht sowie die Berichterstattungsfrequenz hängt von der Zahl der Arbeitnehmer ab (siehe dazu Art. 9 Abs. 2 bis 4 ETRL). Die Berichterstattungsfrequenz kann durch die Mitgliedstaaten erhöht werden<sup>154</sup>, ist jedoch im Vergleich zur bestehenden Regelung bereits deutlich strenger (Ein- oder Dreijahresrhythmus statt Drei- oder Fünfjahresrhythmus).<sup>155</sup>

Letztlich sollen durch die (umfangreichen) Berichtspflichten alle Arbeitgeber (sowohl der Privatwirtschaft als auch des Öffentlichen Dienstes<sup>156</sup>) die Möglichkeit erhalten, ihre Entgeltstrukturen und ihre Entgeltpolitik zu bewerten und zu überwachen und damit den Grundsatz des gleichen Entgelts proaktiv einzuhalten.<sup>157</sup>

### C. Fazit und Ausblick

Der zweite Bericht der Bundesregierung zur Wirksamkeit des EntgTranspG zeigt unmissverständlich, dass das EntgTranspG seine beabsichtigte Wirkung weitgehend verfehlt hat und daher zu Recht als „zahnloser Tiger“<sup>158</sup> bezeichnet wird.<sup>159</sup> Es besteht jedoch Hoffnung, dass mit der Umsetzung der ETRL sowohl mehr Transparenz in Bezug auf die Entgelthöhen geschaffen wird, als auch bestehende geschlechtsbedingte Benachteiligungen aufgedeckt und beseitigt werden können.<sup>160</sup> Die ETRL setzt einen klaren Fokus auf proaktive Arbeitgeberpflichten und verpflichtet diese bereits vor der Beschäftigung zur Transparenz (Art. 5 ETRL). Auf viele, bisher

<sup>152</sup> Die Kommission „Bürokratiearme Umsetzung der Entgelttransparenzrichtlinie“ hat sich in ihrem Abschlussbericht v. 24.10.2025 (Rn. 47) mehrheitlich gegen eine Erstreckung der Berichtspflicht auf AG mit weniger als 100 Beschäftigten ausgesprochen.

<sup>153</sup> ErwGr 42 der Richtlinie (EU) 2023/970.

<sup>154</sup> ErwGr 38 der Richtlinie (EU) 2023/970; *Winter*, EuZA 2024, 140 (156).

<sup>155</sup> *Rolfs/Lex*, NZA 2023, 1353 (1357).

<sup>156</sup> *Winter*, NZA 2024, 449 (449).

<sup>157</sup> ErwGr 39 der Richtlinie (EU) 2023/970; *Winter*, NZA 2024, 8 (14).

<sup>158</sup> *Göpfert/Giese*, NZA 2018, 207 (207).

<sup>159</sup> *Bauer/Romero*, NZA 2017, 409 (413); *Schuster/Jacobsohn*, RdA 2024, 270 (272).

<sup>160</sup> *Winter*, NZA 2024, 8 (8 f.) geht von einer „besonders starken Durchsetzungskraft“ der ETRL aus.

nicht betroffene Arbeitgeber werden umfangreiche Pflichten zukommen, bei deren Verletzung neben Reputationsschäden empfindliche Sanktionen (insb. Geldbußen, Art. 23 Abs. 2 S. 2 EURL) zu befürchten sind. Es bleibt abzuwarten, ob es dem Gesetzgeber gelingt, das Spannungsverhältnis zwischen einer möglichst bürokratiearmen Ausgestaltung einerseits und der möglichst effektiven Umsetzung der Richtlinienvorgaben andererseits angemessen aufzulösen und zur weiteren Verringerung des geschlechtsspezifischen Lohngefälles beizutragen.



## **Das kirchliche Arbeitsrecht im Konflikt mit den europäischen Vorgaben zum Diskriminierungsschutz**

Der folgende Beitrag untersucht die Weiterentwicklung des kirchlichen Arbeitsrechts unter den europäischen Vorgaben zum Diskriminierungsschutz. Dabei wird zunächst die Sonderstellung des Kirchenrechts in Deutschland in den Blick genommen. Anschließend werden die unionsrechtlichen Antidiskriminierungsregeln und ihre Umsetzung ins deutsche Recht erörtert und zwei Fälle besprochen. Danach erfolgt ein Ausblick auf die Anpassung der Kirche an die geänderte Rechtslage.

### **A. Die klassische Sonderstellung der Kirche und des kirchlichen Arbeitsrechts in Deutschland**

#### **I. Das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften nach dem deutschen Verfassungsrecht**

Das Recht der Religionsgemeinschaften in der Bundesrepublik Deutschland ist in den Artikeln 136, 137, 138, 139 und 141 der Weimarer Reichsverfassung geregelt. Infolge der Inkorporation durch Art. 140 GG sind diese Artikel vollgültiger Bestandteil des Grundgesetzes<sup>1</sup> und institutionsrechtliche Ergänzung der in Art. 4 GG garantierten Religionsfreiheit.<sup>2</sup> Auch wenn der Wortlaut bewusst von „Religionsgesellschaften“ spricht, um die in den Artikeln verbürgten Selbstbestimmungsrechte für alle Glaubensrichtungen zu öffnen, kommt in Deutschland nach wie vor den Kirchen die meiste gesellschaftliche Bedeutung zu. Art. 137 III verleiht den Religionsgesellschaften das Recht, ihre Angelegenheiten „innerhalb der Schranken des für alle geltenden Gesetzes“<sup>3</sup> selbständig zu verwalten und zu ordnen. Die Ordnungsgewalt des säkularisierten Staates erstreckt sich nicht auf die Angelegenheiten der Kirchen, er hat ihre Selbstverwaltung und Eigenständigkeit zu respektieren.<sup>4</sup> Der Geltungsbereich dieses Selbstbestimmungsrechts umfasst dabei neben den Kirchen auch die ihnen körperschaftlich zugeordneten Organisationen oder in anderer Weise zugeordneten Einrichtungen, unabhängig von ihrer Rechtsform.<sup>5</sup> Einrichtungen, die

<sup>1</sup> BVerGE 19, 206 (219).

<sup>2</sup> Arbeitsrecht in der Kirche/*Richardi*, § 1, Rn. 8.

<sup>3</sup> Auszug aus der deutschen Verfassung vom 11. August 1919, Art. 137 III.

<sup>4</sup> Arbeitsrecht in der Kirche/*Richardi*, § 1, Rn. 5, 8.

<sup>5</sup> EuGH 11.9.2018; BVerfG 22.10.2014.

primär wirtschaftliche Ziele verfolgen, können sich hingegen nicht auf das Selbstbestimmungsrecht berufen, da bei ihnen das Element der hauptsächlich religiösen Zielsetzung fehlt.<sup>6</sup>

## II. Das Selbstverständnis des kirchlichen Arbeitsrechts

Die Gewährleistung der Selbstbestimmung ist nicht auf einzelne Privilegien begrenzt, sondern garantiert der Kirche einen Gestaltungsfreiraum zur Erfüllung ihres geistlichen Auftrags.<sup>7</sup> Dieser Gestaltungsfreiraum umfasst auch besondere arbeitsrechtliche Regelungen für den kirchlichen Dienst. Diese besonderen Rechtsgrundlagen finden sich für den katholischen Dienst in der Grundordnung des kirchlichen Dienstes.<sup>8</sup> Artikel 2 der Grundordnung unterstreicht die Eigenart des kirchlichen Dienstes als Verwirklichung des Sendungsauftrags Jesu Christi in der Dienstgemeinschaft aller in kirchlichen Einrichtungen Tätigen.<sup>9</sup> Das evangelische Pendant dazu bildet die nach Art. 9 lit. b der Grundordnung der Evangelischen Kirche in Deutschland erlassene Richtlinie des Rates über Anforderungen an die berufliche Mitarbeit in der Evangelischen Kirche in Deutschland und ihrer Diakonie. § 2 der Richtlinie spricht ebenfalls von einer Dienstgemeinschaft, in der alle bei der Kirche, ihrer Diakonie und den zugeordneten Einrichtungen Angestellten zur Erfüllung des kirchlichen Auftrags beitragen.<sup>10</sup> Angesichts dieses besonderen Charakters der kirchlichen Arbeitsverhältnisse ist ein säkulares Verständnis, das den kirchlichen Dienst allein auf den Verkündigungsauftrag reduziert, nicht mit dem kirchlichen Selbstverständnis zu vereinbaren.<sup>11</sup> Da alle Mitarbeitenden unabhängig von Art und Umfang ihrer Tätigkeit oder ihrer Religionszugehörigkeit gemeinsam an der Erfüllung des Sendungsauftrags arbeiten, müssen auch die rechtlichen Beziehungen zwischen den kirchlichen Arbeitnehmern und ihren Beschäftigten dessen christlichem Charakter Genüge tun.<sup>12</sup> In diesem Sinne wird die Einrichtung eines besonderen Dienst- und Arbeitsrechts für die Kirche als notwendig für den Erhalt und die Stärkung des christlichen Profils gesehen.<sup>13</sup>

<sup>6</sup> BVerfG 22. 10. 2014 .

<sup>7</sup> Arbeitsrecht in der Kirche/*Richardi*, § 1, Rn. 11, 12.

<sup>8</sup> <https://www.dbk.de/themen/kirche-staat-und-recht/kirchliches-arbeitsrecht/grundordnung/> (zuletzt abgerufen am 15. Januar 2026).

<sup>9</sup> Grundordnung des kirchlichen Dienstes vom 22. September 1993 in der Fassung des Beschlusses der Vollversammlung des Verbandes der Diözesen Deutschlands vom 22. November 2022, Art. 2 I, II.

<sup>10</sup> Richtlinie des Rates über Anforderungen an die berufliche Mitarbeit in der Evangelischen Kirche in Deutschland und ihrer Diakonie in der Bekanntmachung der Neufassung vom 20. Januar 2024, § 2.

<sup>11</sup> Bischöfliche Erläuterungen zum kirchlichen Dienst, Art. 2, Rn. 3.

<sup>12</sup> Ebd., Art. 2, Rn. 2.

<sup>13</sup> Ebd., Art. 3, Rn. 1.

### III. Eingeschränkte gerichtliche Kontrolle

Diese Sonderstellung führt jedoch nicht zu einer Ausklammerung der Kirchen aus der staatlichen Rechtsordnung.<sup>14</sup> Die Ordnung des kirchlichen Wirkens besteht nicht jenseits, sondern innerhalb des gesamten Gemeinwesens.<sup>15</sup> Freilich bedeutet diese Eingliederung der Kirchen in die staatliche Rechtsordnung auch ihre Bindung an das geltende Recht, wie auch die in Art. 137 III gewählte Formulierung „innerhalb der Schranken des für alle geltenden Gesetzes“ zeigt. Gerade in Bereichen, in denen sich die Kirche der allen zuerkannten Privatautonomie bedient, wird das Spannungsverhältnis zwischen Staat und Kirche besonders komplex.<sup>16</sup>

In einer Entscheidung vom 4.6.1985 stellte das BVerfG klar, dass auf Arbeitsverhältnisse, die auf privatrechtlichen Arbeitsverträgen zwischen der Kirche und ihren Mitarbeitenden beruhen, staatliches Arbeitsrecht zwar Anwendung findet, dies jedoch nicht zu einer Infragestellung des „kirchlichen Propriums“ des kirchlichen Dienstes führen darf.<sup>17</sup> Aus den in Art. 140 GG iVm Art. 137 III WRV genannten Bedingungen „eigene Angelegenheit der Kirche“ und „innerhalb des für alle geltenden Gesetzes“ kristallisierte das BVerfG in ständiger Rechtsprechung ein zweistufiges Prüfungsprogramm.<sup>18</sup> Im ersten Schritt überließ es die Definition der kirchlichen Angelegenheit der Kirche selbst, da der Staat aufgrund des Selbstbestimmungsrechts und der Trennung von Staat und Kirche nicht kompetent sei, die eigenen Angelegenheiten der Kirche zu definieren.<sup>19</sup> Den staatlichen Gerichten blieb damit nur die Überprüfung der Plausibilität der kirchlichen Aussage.<sup>20</sup> Die Schrankenklausele stellte keinen allgemeinen Gesetzesvorbehalt dar. Stattdessen erfolgte im zweiten Schritt eine offene Abwägung aller kollidierenden Verfassungsgüter, wobei Spielräume zu Gunsten der Kirche ausgenutzt werden sollten.<sup>21</sup> Den Kirchen stand es frei, ihrem Selbstverständnis entsprechende Loyalitätsanforderungen an ihre Beschäftigten zu stellen, die durchaus deren privaten Lebensbereich betreffen konnten.<sup>22</sup> Solange diese Anforderungen nicht gegen tragende Verfassungsgrundsätze verstießen, konnten sie von staatlichen Gerichten gemäß der verfassungsrechtlichen

<sup>14</sup> Arbeitsrecht in der Kirche/*Richardi*, § 1, Rn. 16.

<sup>15</sup> HdbStKirchR/*Listl/Pirson*, Bd. I S. 530.

<sup>16</sup> Arbeitsrecht in der Kirche/*Richardi*, § 1, Rn.1 .

<sup>17</sup> BVerfGE 70, 138, NJW 1986, 367.

<sup>18</sup> BVerfG 22. 10. 2014 .

<sup>19</sup> BVerfG 17.2.1965, BVerfGE 18, 385, NJW 1965, 961.

<sup>20</sup> BVerfG 22.10.2014 .

<sup>21</sup> Ebd.

<sup>22</sup> NJW 1986, 367.

Rechtsprechung nicht gekippt werden.<sup>23</sup> Im Ergebnis war die Kontrolle kirchlichen Handelns durch staatliche Gerichte auf eine reine Willkürkontrolle beschränkt.<sup>24</sup>

## **B. Das deutsche Kirchenrecht im Konflikt mit dem europäischen Antidiskriminierungsrecht**

### **I. Die unionsrechtliche Stellung der Religionsgemeinschaften**

In diese sehr kirchenfreundliche Ausgangslage bricht das Unionsrecht mit einem ganz anderen Verständnis von kirchlicher Selbstbestimmung ein. Die einschlägige primärrechtliche Vorschrift Art. 17 AEUV legt fest, dass die Union den Status der Kirchen und anderer religiöser Vereinigungen in den Mitgliedstaaten achtet und nicht beeinträchtigt.<sup>25</sup> Aus diesem Wortlaut lässt sich jedoch kein unbegrenztes Selbstbestimmungsrecht ableiten. Die Wahl des Begriffs „Status“ legt nahe, dass nicht jede kirchliche Tätigkeit vor Beeinträchtigungen durch das Unionsrecht geschützt wird, sondern lediglich das Verhältnis von Kirche und Mitgliedsstaat.<sup>26</sup> Insofern lässt sich eine Parallele zum Schutz des Eigentums ziehen: Art. 345 AEUV garantiert die Existenz der Eigentumsrechte, unterwirft ihre Ausübung jedoch den Schranken des Vertrags.<sup>27</sup> Ebenso ist die Existenz des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts geschützt, die Ausübung der in seinem Rahmen aufgestellten Regeln kann jedoch nur im Rahmen des Unionsrechts erfolgen. Dieser Ansatz entspricht auch dem unionsrechtlichen Wertepluralismus, der Kollisionen durch praktische Konkordanz löst, nicht durch hierarchischen Vorrang eines Elements vor dem anderen.<sup>28</sup>

Aus diesen unterschiedlichen Konzepten ergibt sich Konfliktpotenzial bei der Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben in nationales Recht.

### **II. Art. 4 II 2000/78/EG**

Die Richtlinie 2000/78/EG vom 27. November 2000 stellt die Rahmenbedingungen für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf. Dabei bietet Art. 4 II der Richtlinie den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, Vorschriften

<sup>23</sup> Ebd.

<sup>24</sup> *Malorny* EuZA 2019, 441 (442).

<sup>25</sup> Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Art. 17 I.

<sup>26</sup> *Malorny* EuZA 2019, 441 (443); EuGH 13.1.2022, NZA 2022, 471; ErfK/*Schlachter*, § 9, Rn. 3.

<sup>27</sup> GHN AEUV/*Classen*, Art. 17 AEUV, Rn. 32.

<sup>28</sup> *Malorny* EuZA 2019, 441 (445); Generalanwalt *Tanchev*, Schlussanträge 9.11.2017 EuGH – C-414/16 – Egenberger.

beizubehalten oder zu erlassen, die Kirchen und anderen religiösen oder weltanschaulichen Vereinigungen die Ungleichbehandlung aufgrund der Religion oder Weltanschauung erlauben.<sup>29</sup> Diese Rechtfertigungsmöglichkeit ist das Ergebnis der Abwägung zwischen dem Recht der Kirchen auf Autonomie und anderen Grundrechten auf Unionsebene.<sup>30</sup> Sie erlaubt die Erhaltung einzelstaatlicher Gepflogenheiten im Bereich des Rechts der Religionsgemeinschaften, allerdings nur unter der Einhaltung bestimmter Voraussetzungen. Die Umsetzung dieser Richtlinie in nationales Recht, in diesem Falle durch das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG), muss den von ihr eröffneten Spielraum einhalten.<sup>31</sup> Bei der Formulierung des § 9 AGG, der die Rechtfertigungsmöglichkeit des Art. 4 II RL 2000/78/EG nutzt, ist dies dem deutschen Gesetzgeber nicht immer gelungen. Zwei Entscheidungen des EuGH haben das Verhältnis von Kirchenrecht und Diskriminierungsschutz neu definiert: die Egenberger-Entscheidung vom 17.4.2018 und die Chefarzt-Entscheidung vom 11.9.2018.

### III. § 9 I AGG und der Egenberger-Fall

#### 1. Tatbestand des § 9 I AGG

§ 9 AGG bildet eine bereichsspezifische Ausnahme von den allgemeinen Regeln zum Diskriminierungsschutz, die auf die Tätigkeit in einer Religionsgemeinschaft und das Merkmal Religion begrenzt ist. § 9 I gestattet ausnahmsweise die unmittelbare Anknüpfung an das geschützte Merkmal: Eine unterschiedliche Behandlung aufgrund der Religion ist gerechtfertigt, wenn die Religionszugehörigkeit im Hinblick auf das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaft oder nach Art der ausgeübten Tätigkeit eine gerechtfertigte berufliche Anforderung darstellt.<sup>32</sup> Der Wortlaut der Richtlinie fordert jedoch, dass „die Religion oder die Weltanschauung dieser Person nach der Art dieser Tätigkeiten oder der Umstände ihrer Ausübung eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung angesichts des Ethos der Organisation darstellt.“<sup>33</sup> Nur ein Zusammenhang zwischen beruflicher Anforderung und Tätigkeit kann eine Ungleichbehandlung aufgrund der Religion rechtfertigen. Die deutsche Umsetzungsnorm bietet hingegen zwei alternative Rechtfertigungsgründe, das Selbstbestimmungsrecht oder die Art der Tätigkeit. Somit bleibt den Kirchen die Möglichkeit, Religionszugehörigkeitsanforderungen

<sup>29</sup> RL 2000/78/EG, Art. 4 II.

<sup>30</sup> *Malorny* EuZA 2019, 441 (445).

<sup>31</sup> *Budde* AuR 2005, 353 (357 f.).

<sup>32</sup> ErfK/*Schlachter*, § 9, Rn. 1.

<sup>33</sup> RL 2000/78/EG, Art. 4 II S. 1.

an ihre Mitarbeiter allein aufgrund ihres Selbstverständnisses zu stellen, auch ohne den von der Richtlinie geforderten Tätigkeitsbezug.<sup>34</sup> Anstatt nach objektiven Kriterien zu differenzieren, lässt der Gesetzgeber den Kirchen weiterhin die Möglichkeit, selbst über die Erforderlichkeit der Religionszugehörigkeit zu entscheiden,<sup>35</sup> und versucht auf diese Weise, die vor Inkrafttreten des AGG geltenden und durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht geltenden Gepflogenheiten zu erhalten.<sup>36</sup> Dieses Vorgehen entspricht auch dem Verständnis einer Kirche, die allen Aufgabenbereichen ihres Sendungsauftrags die gleiche Bedeutung beimisst und keine Trennung zwischen verkündigungsnahen und verkündigungsfernen Tätigkeiten vornimmt.<sup>37</sup> Die EG-Kommission hat diese unzureichende Umsetzung bereits 2008 gerügt,<sup>38</sup> um ein Umdenken in der Rechtsprechung und kirchlichen Arbeitsorganisation zu veranlassen, bedurfte es allerdings erst einer Auseinandersetzung mit dem EuGH.

## **2. Behebung der Umsetzungsmängel durch unionsrechtskonforme Auslegung oder Nichtanwendung?**

Ein weiterer Umsetzungsfehler des § 9 I AGG ist die Abschwächung der Kriterien: Anstelle von „wesentlichen, rechtmäßigen und gerechtfertigten beruflichen Anforderungen“ genügen in § 9 I AGG „gerechtfertigte berufliche Anforderungen“.<sup>39</sup> Darüber hinaus unterschlägt der Wortlaut den Tatbestand der Umstände der Ausübung der Tätigkeit sowie die Klarstellung, dass eine derart gerechtfertigte Ungleichbehandlung keine Diskriminierung aus einem anderen Grund rechtfertigt.<sup>40</sup>

Fraglich ist, ob diese Widersprüche durch unionsrechtskonforme Auslegung aufgelöst werden können oder ob die betreffenden Bestimmungen unangewendet bleiben müssen, um den Vorrang des Unionsrechts zu gewährleisten.

Bei der zweiten Tatbestandsalternative, die auf die Art der Tätigkeit abstellt, ist die unionsrechtskonforme Auslegung unproblematisch. Es müssen nur die in Art. 4 II RL 2000/78 genannten und durch den EuGH ausgelegten Kriterien übernommen werden, um die Diskrepanz zwischen den unterschiedlichen Anforderungen zu überwinden. Eine solche Auslegung läuft weder dem Wortlaut zuwider, noch verstößt

<sup>34</sup> ErfK/Schlachter, § 9, Rn. 1.

<sup>35</sup> Ebd., Rn. 3.

<sup>36</sup> Nollert-Borasio/Dickerhof-Borello/Wenckebach: Basiskommentar zum AGG, § 9, Rn. 1a

<sup>37</sup> Bischöfliche Erläuterungen zum kirchlichen Dienst, Art. 2, Rn. 3.

<sup>38</sup> Schreiben der EG-Kommission vom 31.1.2008 (IP/08/155).

<sup>39</sup> Pallasch RdA 2014, 103 (106).

<sup>40</sup> Malorny EuZA 2019, 441 (448 f.).

sie gegen den klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers, der die Rechtfertigungsmöglichkeit der Richtlinie nutzen wollte und dabei deren Wortlaut quasi deckungsgleich übernommen hat. Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass er in einem Punkt bewusst von der Richtlinie abweichen wollte.<sup>41</sup>

Anders sieht es jedoch bei § 9 I Alt. 1 aus, die sich allein auf das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen bezieht und damit im offenen Widerspruch zum Wortlaut der Richtlinie steht. Zwar wird in der Literatur vereinzelt eine „weite“ Auslegung von § 9 I Alt. 1 unter Berufung auf das deutsche Verfassungsverständnis und die Besonderheit des kirchlichen Dienstes befürwortet.<sup>42</sup> Diese Ansicht geht davon aus, dass der europäische Gesetzgeber keinen einschneidenden Wechsel im deutschen Verfassungsverständnis bewirken wollte.<sup>43</sup> Da sich aus einer teleologischen Auslegung von Art. 4 II RL 2000/78 keine Unterscheidung nach Verkündigungsnahe der Tätigkeiten ergebe, sei die Wahl der Voraussetzungen für eine Einstellung bei einem kirchlichen Arbeitgeber allein den Kirchen überlassen.<sup>44</sup>

Dieser Argumentation liegen allerdings zwei grobe Fehler zugrunde. Zum einen ignoriert sie die Bedeutung des im Wortlaut von Art. 4 II verwendeten Begriffs „wesentlich“, der eindeutig für eine Unterscheidung der kirchenbezogenen Tätigkeiten nach ihrer Verkündigungsnahe spricht. Zweitens interpretiert sie Art. 17 AEUV sehr großzügig als Schutznorm jeglichen kirchlichen Handelns vor Einmischungen durch das Unionsrecht<sup>45</sup> und übersieht dabei, dass der unantastbare „Status“ der Kirchen und Religionsgemeinschaften das Verhältnis zwischen Kirche und Mitgliedsstaat betrifft, nicht aber das arbeitsrechtliche Verhältnis der Kirche zu ihren Mitarbeitern.<sup>46</sup>

Eine europarechtskonforme Auslegung des § 9 Alt. 1, die nicht contra legem wäre, ist nicht möglich. Die Alternativität der Rechtfertigungstatbestände ist eindeutig festgelegt durch das Wort „oder“, das nicht in ein „und“ umgedeutet werden kann, ohne den Wortlaut der Norm zu verbiegen.<sup>47</sup> Folglich darf diese Norm nicht angewendet werden, um den Vorrang des Unionsrechts zu gewährleisten.<sup>48</sup> Zu diesem

<sup>41</sup> BAG 25.10.2018, 8 AZR 501/14 (Fn. 46), Rn. 63.

<sup>42</sup> *Joussen* NZA 2008, 675 (677); Arbeitsrecht in der Kirche/*Richardi*, § 1, Rn. 40.

<sup>43</sup> *Joussen* NZA 2008, 675 (677 f.).

<sup>44</sup> Ebd., 679 f.

<sup>45</sup> Ebd.; Arbeitsrecht in der Kirche/*Richardi*, § 1, Rn. 39.

<sup>46</sup> *Malorny* EuZA 2019, 441 (443); EuGH 13.1.2022, NZA 2022, 471; ErfK/*Schlachter*, § 9, Rn. 3.

<sup>47</sup> BAG 25.10.2018, 8 AZR 501/14. (Fn. 46), Rn. 32 ff.

<sup>48</sup> *Nollert-Borasio/Dickerhof-Borello/Wenckebach*: Basiskommentar zum AGG, § 9, Rn. 1a; ErfK/*Schlachter*, § 9, Rn. 3.

Schluss gelangte auch das BAG, nachdem der EuGH in der Egenberger-Entscheidung dargelegt hatte, dass die Verpflichtung zur europarechtskonformen Anwendung auch die Pflicht zur Abänderung einer gefestigten Rechtsprechung umfasst, wenn diese „auf einer Auslegung des nationalen Rechts beruht, die mit den Zielen einer Richtlinie unvereinbar ist.“<sup>49</sup>

### 3. Der Egenberger-Fall: Sachverhalt und Vorlagefrage

Die Klägerin im Fall Egenberger hatte sich auf eine von der Diakonie ausgeschriebene Stelle als Referentin für Antirassismus beworben. Da sie keiner Konfession angehörte, die Kirchenmitgliedschaft jedoch ausdrücklich als Voraussetzung in der Stellenausschreibung genannt wurde, hatte ihre Bewerbung keinen Erfolg. Daraufhin erhob sie beim Arbeitsgericht Berlin Klage auf Schadensersatz gemäß § 15 II AGG. Nachdem ihrer Klage nur teilweise stattgegeben wurde,<sup>50</sup> ging die Klägerin beim Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg erfolglos in Berufung<sup>51</sup> und legte schließlich beim BAG Revision ein.<sup>52</sup>

Maßgeblich für die Entscheidung des BAG war die Frage, ob die von der Diakonie vorgenommene Differenzierung nach der Religion gemäß § 9 I AGG bei unionsrechtskonformer Auslegung zulässig sei. Nach der bisherigen Rechtsprechung des BVerfG, die der Gesetzgeber mit § 9 AGG erhalten wollte, wäre das kirchliche Selbstverständnis alleiniger Maßstab für derartige Anforderungen und den Kirchen somit erlaubt, Arbeitsplätze gleich welcher Tätigkeit nach der Religion zu besetzen. Das Gericht äußerte jedoch bereits Zweifel an der Unionsfestigkeit dieser Rechtsprechung, da der Wortlaut von Art. 4 II der RL 2000/78 eine umfangreichere Prüfungscompetenz als eine reine Plausibilitätskontrolle vermuten ließe.

### 4. Die Antwort des EuGH

Bei der Beantwortung dieser Frage wies der EuGH auf seine ständige Rechtsprechung hin, bei der Auslegung des Unionsrechts neben dem Wortlaut auch den Kontext und die Ziele einer Vorschrift mit in den Blick zu nehmen.<sup>53</sup> Insofern liefe der durch die Richtlinie durchzusetzende Diskriminierungsschutz ins Leere, wenn die Kontrolle der eine Ungleichbehandlung rechtfertigenden Kriterien von keiner unabhängigen Stelle vorgenommen würde, sondern von derjenigen, die die

<sup>49</sup> EuGH 17.4.2018, Fn. 72; NZA 2018, 573.

<sup>50</sup> ArbG Berlin, 18.12.2013, BeckRS 2014, 65182.

<sup>51</sup> LAG Berlin-Brandenburg, 28.5.2014, BeckRS 2014, 71446.

<sup>52</sup> EuGH 17.4.2018, NZA 2018, 570.

<sup>53</sup> Ebd., Fn. 44, S. 570.

Ungleichbehandlung durchführen will.<sup>54</sup> Die Notwendigkeit eines effektiven staatlichen Rechtsschutzes begründet der EuGH ferner mit Art. 9 und 10 der RL 2000/78<sup>55</sup> und Art. 47 der Grundrechtecharta.<sup>56</sup> Dennoch dürfen Vorschriften zum Schutz vor Diskriminierung aufgrund der Religion nicht das in Art. 17 AEUV und Art. 10 der Charta anerkannte Recht der Kirchen auf Autonomie in Frage stellen.<sup>57</sup> Art. 4 II RL 2000/78 soll also einen Ausgleich zwischen diesen beiden Grundrechten schaffen und nennt die für diese Abwägung heranzuziehenden Kriterien.<sup>58</sup> Diese Abwägung obliegt am Ende aber immer einem unabhängigen Gericht, der Verweis auf innerstaatliche Gepflogenheiten hat keinen Entzug einer wirksamen gerichtlichen Kontrolle zur Folge.<sup>59</sup> Daran ändert auch die in Art. 17 AEUV verankerte Neutralität gegenüber den Beziehungen der Mitgliedstaaten nichts.<sup>60</sup>

Nach dieser grundsätzlichen Bestätigung der wirksamen gerichtlichen Überprüfung kirchenarbeitsrechtlicher beruflicher Anforderungen lieferte der EuGH eine präzise Auslegung der drei Kriterien wesentlich, rechtmäßig und gerechtfertigt. „Wesentlich“ bedeutet, dass die Religionszugehörigkeit aufgrund der Bedeutung der konkreten Tätigkeit für die Außenwirkung oder Autonomie der Religionsgemeinschaft nötig sein muss. Eine solche Notwendigkeit angesichts des Ethos‘ und des Rechts auf Autonomie der Gemeinschaft kann sich sowohl aus der Art der Tätigkeit als auch aus den Umständen der Ausübung ergeben. Rechtmäßig ist die Anforderung, wenn sie nicht für sachfremde Ziele missbraucht wird. Eine gerechtfertigte Anforderung liegt vor, wenn die Gefahr der Beeinträchtigung des Ethos‘ oder Selbstbestimmungsrechts wahrscheinlich und erheblich und die Anforderung insgesamt verhältnismäßig ist.<sup>61</sup> Die Aufstellung solcher Kriterien obliegt zwar weiterhin den Kirchen, ist jedoch einer vollumfänglichen Prüfung durch die staatlichen Gerichte unterworfen.<sup>62</sup> Für Tätigkeiten in den Bereichen Repräsentation, Leitung und Glaubensverkündung ist die Erforderlichkeit der Religionszugehörigkeit im Regelfall zu bejahen, nicht jedoch bei einfachen Arbeiten wie einer Hausmeister- oder Reinigungstätigkeit.<sup>63</sup>

<sup>54</sup> Ebd., Fn. 46, S. 571.

<sup>55</sup> Ebd., Fn. 48.

<sup>56</sup> Ebd., Fn. 49.

<sup>57</sup> Ebd., Fn. 50.

<sup>58</sup> Ebd., Fn. 51 ff.

<sup>59</sup> Ebd., Fn. 53 f.

<sup>60</sup> Ebd., Fn. 56 ff.

<sup>61</sup> *Nollert-Borasio/Dickerhof-Borello/Wenckeback*: Basiskommentar zum AGG, § 9, Rn. 6; *ErfK/Schlachter*, § 9, Rn. 3; EuGH 17.4. 2018.

<sup>62</sup> EuGH 17.4.2018, NZA 2018, 569; BAG 20.2.2019, NZA 2019, 901; *ErfK/Schlachter*, § 9, Rn. 1.

<sup>63</sup> *Nollert-Borasio/Dickerhof-Borello/Wenckeback*: Basiskommentar zum AGG, § 9, Rn. 6.

## 5. Auswirkung der EuGH-Entscheidung auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Bei der Anwendung dieser Kriterien gelangte das BAG zu dem Ergebnis, dass die Anforderung der Kirchenmitgliedschaft für diese Tätigkeit nicht wesentlich sei, und sprach der Klägerin die Entschädigung zu.<sup>64</sup> Die Diakonie erhob gegen dieses Urteil Verfassungsbeschwerde, der das Bundesverfassungsgericht im Beschluss vom 29.9.2025 stattgab. In der Entscheidung hält das BVerfG an der Zweistufenprüfung fest, berücksichtigt dabei aber gleichzeitig die Vorgaben des EuGH bei der Auslegung von Art. 4 II RL 2000/78.<sup>65</sup> Dadurch erfahren die bisherigen Maßstäbe eine Konkretisierung.<sup>66</sup> Eine theologische Bewertung des Ethos der Religionsgemeinschaft durch staatliche Gerichte bleibt weiterhin unzulässig.<sup>67</sup> Dafür findet auf der ersten Stufe nunmehr eine verschärfte Einzelfallbetrachtung statt, wobei es der Religionsgemeinschaft obliegt, plausibel nachzuweisen, dass zwischen beruflicher Anforderung und Tätigkeit ein direkter Zusammenhang besteht.<sup>68</sup> Ein pauschaler Hinweis auf den besonderen Charakter des kirchlichen Arbeitsverhältnisses reicht nicht mehr aus.<sup>69</sup> Die Gesamtabwägung auf der zweiten Stufe unterliegt einer vollen gerichtlichen Überprüfung.<sup>70</sup> Dem Selbstverständnis der Religionsgemeinschaft wird zwar besonderes Gewicht beigemessen, doch ihre Interessen überwiegen nicht prinzipiell.<sup>71</sup> Konkretisiert wird die Abwägung durch die Anwendung der durch den EuGH ausgelegten Kriterien „wesentlich“, „rechtmäßig“ und „gerechtfertigt“, deren Inhalt sich mit den Kriterien der Angemessenheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit aus der deutschen Grundrechtsdogmatik überschneidet.<sup>72</sup> Ob diese Abwägung dem Schutz des Arbeitnehmers bzw. Bewerbers vor Diskriminierung oder dem Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaft die höhere Bedeutung beimisst, hängt also von der Bedeutung der fraglichen Stelle für die religiöse Identität der Religionsgemeinschaft ab.<sup>73</sup>

<sup>64</sup> BVerfG Beschluss vom 29.09.2025 – 2 BvR 934/19, BeckRS 2025, 27932, Fn. 60 ff.

<sup>65</sup> Ebd., Fn. 203.

<sup>66</sup> Ebd., Fn. 214.

<sup>67</sup> Ebd., Fn. 216.

<sup>68</sup> Ebd., Fn. 217 ff.

<sup>69</sup> Ebd., Fn. 219.

<sup>70</sup> Ebd., Fn. 221.

<sup>71</sup> Ebd., Fn. 207.

<sup>72</sup> Ebd., Fn. 224.

<sup>73</sup> Ebd., Fn. 225.

Nicht das „Ob“ eines kirchlichen Arbeitsrechts unterliegt einer strengen Regulation, sondern das „Wie“.<sup>74</sup> Die Entscheidung des EuGH stellt das Recht der Kirchen, Vorgaben an die Besetzungen von Stellen nach ihrem Glaubensethos festzulegen, nicht in Frage, verlangt von ihnen aber eine Abwägung zwischen ihrem Selbstbestimmungsrecht und den Grundrechten der Bewerber, die das Wesentlichkeitskriterium berücksichtigen muss.<sup>75</sup> Das Ergebnis dieser Abwägung unterliegt einer vollen staatlichen gerichtlichen Kontrolle. Das ist die zentrale Neuerung, die diese Entscheidung bringt.<sup>76</sup> Die Anwendung dieser Vorgaben durch das BVerfG erleichtert das Austarieren zwischen dem Recht des Arbeitnehmers auf Diskriminierungsschutz und dem Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften und bildet damit einen wichtigen Meilenstein des kirchlichen Arbeitsrechts.<sup>77</sup>

Einen noch größeren Paradigmenwechsel hat das Urteil des EuGH zum Chefarzt-Fall vom 11. 9. 2018 bewirkt.

#### IV. § 9 II AGG und der Chefarzt-Fall

##### 1. Sachverhalt

Der Kläger arbeitete seit 2000 als Chefarzt der Abteilung „Innere Medizin“ in einem Krankenhaus der Caritas. Er war katholischer Konfession und nach katholischem Ritus verheiratet. Nachdem diese erste Ehe 2008 geschieden wurde, heiratete der Kläger seine neue Lebensgefährtin, ohne zuvor seine erste Heirat nach kanonischem Recht für nichtig erklären zu lassen. Die Beklagte sah dies als schwerwiegenden Verstoß und kündigte das Arbeitsverhältnis. In seiner Kündigungsschutzklage vor dem Arbeitsgericht Düsseldorf machte der Kläger geltend, dass seine Kündigung sozial nicht gerechtfertigt sei und gegen den Gleichheitssatz verstoße, da eine Wiederheirat für einen evangelischen oder konfessionslosen Chefarzt kein Kündigungsgrund gewesen wäre.<sup>78</sup>

Das Gericht gab der Klage statt.<sup>79</sup> Nachdem ihre Berufung beim LAG Düsseldorf<sup>80</sup> und ihre Revision beim BAG<sup>81</sup> zurückgewiesen wurden, legte die Beklagte schließlich Verfassungsbeschwerde ein. Daraufhin hob das BVerfG das Urteil des BAG

<sup>74</sup> *Schneedorf* NJW 2019, 177 (179); *Wienbracke*, NZA-RR 2018, 349.

<sup>75</sup> *Fuhlrott* NZA 2018, 574.

<sup>76</sup> Ebd.

<sup>77</sup> *Reichold* RdA 2025, 376 (378).

<sup>78</sup> EuGH 11.9.2018, NZA 2018, 1187.

<sup>79</sup> ArbG Düsseldorf, 30.7.2009, BeckRS 2012, 66906.

<sup>80</sup> LAG Düsseldorf 1.7.2010, BeckRS 2010, 70725.

<sup>81</sup> BAGE 139, 144, NZA 2012, 443.

auf und verwies die Sache an dieses zurück.<sup>82</sup> Für die Lösung des Falls maßgeblich war die Frage nach der Zulässigkeit der Kündigung im Hinblick auf § 9 II AGG. Da diese Vorschrift als Umsetzung von Art. 4 II Unterabs. 2 RL 2000/78/EG unionsrechtskonform ausgelegt werden muss, legte das BAG den Fall dem EuGH vor.<sup>83</sup>

## 2. § 9 II AGG und Art. 4 II Unterabs. 2 RL 2000/78

Gemäß der zur Zeit des Sachverhalts geltenden Grundordnung stellte die Eingehung einer nach kanonischem Recht ungültigen Ehe eines leitenden Mitarbeiters katholischer Konfession einen schweren Loyalitätsverstoß dar.<sup>84</sup> Mit der Geltendmachung dieses Arguments beruft sich die Caritas auf die den Kirchen durch § 9 II AGG eröffnete Möglichkeit, an ihre Beschäftigten Loyalitätsanforderungen im Sinne ihres Selbstverständnisses zu stellen. Diese Norm setzt Art. 4 II Unterabs. 2 RL 2000/78 um, der Kirchen und anderen religiösen oder weltanschaulichen Organisationen erlaubt, an die für sie arbeitenden Personen Loyalitätsanforderungen im Sinne ihres Ethos<sup>85</sup> zu stellen. Dabei müssen sie jedoch sowohl die einzelstaatlichen verfassungsrechtlichen Bestimmungen als auch die übrigen Bestimmungen der Richtlinie einhalten.<sup>85</sup> Dazu gehört auch die Garantie einer wirksamen gerichtlichen Kontrolle der Rechtmäßigkeit der von der Kirche gestellten Anforderungen.<sup>86</sup>

Die zur Beantwortung des Falls wesentliche Frage war dabei, ob § 9 II AGG es gestattet, bei den Loyalitätsanforderungen nach der Konfessionszugehörigkeit bzw. -losigkeit der Mitarbeitenden zu differenzieren. Dabei galt es, das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen gegen das Recht der Mitarbeitenden auf Gleichbehandlung abzuwägen.<sup>87</sup>

Grundsätzlich obliegt es den Religionsgemeinschaften, den Inhalt ihrer Loyalitätsanforderungen selbst zu bestimmen.<sup>88</sup> Dabei müssen sie jedoch die durch das Grundgesetz und die EMRK gesetzten Schranken respektieren.<sup>89</sup> Die dabei zu beachtenden Grundrechte sind insbesondere das Recht auf Gleichbehandlung im Verhältnis zu Beschäftigten anderer Religionen (Art. 3 I GG)<sup>90</sup>, die Achtung des

<sup>82</sup> BVerfGE 137, 273, NZA 2014,1387.

<sup>83</sup> EuGH 11.9. 2018, NZA 2018, 1187.

<sup>84</sup> Ebd.

<sup>85</sup> RL 2000/78/EG, Art. 4 II.

<sup>86</sup> EuGH 11.9. 2018, Fn. 46, NZA 2018, 1187 (1188).

<sup>87</sup> *Malorny* EuZA 2019, 441 (445).

<sup>88</sup> BAG 21.2.2001, NZA 2001, 1136; LAG Hamm 8.11.1018, NZA-RR 2019,139.

<sup>89</sup> *Fremuth* EuZW 2018, 723 (725); ErfK/*Schlachter*, § 9, Rn. 4.

<sup>90</sup> BAG 20.2.2019, 2 AZR 746/14.

Privat- und Familienlebens (Art. 6 I GG, Art. 8, 12 EMRK)<sup>91</sup> und die Freiheit der Weltanschauung (Art. 4 I GG).<sup>92</sup> Zu der Abwägung gehört auch eine Differenzierung zwischen Privatverhalten und öffentlichen Äußerungen.<sup>93</sup> Das Privatleben der Mitarbeitenden darf nicht mehr zum Gegenstand arbeitsrechtlicher Sanktionen werden. Diese Ansicht ist nicht zu vereinbaren mit der früheren Rechtsprechung, die es ganz den Kirchen überließ, zu bestimmen, was sie von ihren Mitarbeitern erwarten durften.<sup>94</sup>

### 3. Europarechtskonforme Auslegung

Wie in Absatz I erfordert eine europarechtskonforme Auslegung auch hier eine Abstufung nach Verkündigungsnahe, also einen direkten Zusammenhang zwischen Loyalitätsanforderung und Tätigkeit. Je stärker die Tätigkeit in den Bereichen Leitung, Repräsentation und Verkündigung verankert ist, desto größere Loyalitätspflichten dürfen auferlegt werden.<sup>95</sup> Ebenso wie in Absatz I muss die Loyalitätspflicht eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung darstellen.<sup>96</sup> Folglich darf die Kirche unterschiedliche Loyalitätsanforderungen an Mitarbeiter unterschiedlicher Konfessionen nur stellen, wenn dies einer wesentlichen, rechtmäßigen und gerechtfertigten beruflichen Anforderung im Sinne des Art. 4 II Unterabs. 1 entspricht. Die Einhaltung dieser Kriterien ist durch das nationale Gericht zu überprüfen, der EuGH darf aber Hinweise geben.<sup>97</sup> Dementsprechend vermutete der EuGH in der Chefarzt-Entscheidung, dass die Akzeptanz des katholischen Eheverständnisses keine wesentliche berufliche Voraussetzung für die Arbeit eines Chefarztes in einem katholischen Krankenhaus sei, überließ die endgültige Prüfung aber dem BAG. Diese Ansicht entsprach auch dem durch den Generalanwalt vorgebrachten Argument, die Akzeptanz des katholischen Eheverständnisses könne allein schon aufgrund der Tatsache, dass ähnliche leitende Stellen wie die des Klägers mit Nicht-Katholiken besetzt worden seien, keine wesentliche berufliche Anforderung für diese Tätigkeit darstellen.<sup>98</sup>

Am Ende des Urteils weist der EuGH unter Verweis auf die Egenberger-Entscheidung

<sup>91</sup> BAG 8.9.2011, 2 AZR 543/10.

<sup>92</sup> EuGHMR 23.9.2010; BAG 25.04.2013, 2 AZR 579/12.

<sup>93</sup> *Nollert-Borasio/Dickerhof-Borello/Wenckebach*: Basiskommentar zum AGG, § 9, Rn. 7.

<sup>94</sup> Ebd.

<sup>95</sup> *Nollert-Borasio/Dickerhof-Borello/Wenckebach*: Basiskommentar zum AGG, § 9, Rn. 7; AGG HKomm/Wedde, § 9, Rn. 64.

<sup>96</sup> EuGH 11.9.2018; BAG 24.9.2014, NZA 2014, 1407.

<sup>97</sup> EuGH 11.9.2019, Fn. 56, NZA 2018, 1189.

<sup>98</sup> Ebd., Fn. 58, 59, NZA 2018, 1189.

auf die Verpflichtung zur Nichtanwendung im Falle der Unvereinbarkeit einer nationalen Vorschrift mit der Richtlinie hin.<sup>99</sup> Das BAG ging in seiner endgültigen Entscheidung zum Chefarzt-Fall allerdings davon aus, dass das deutsche Verfassungsrecht einer unionsrechtskonformen Auslegung des § 9 II AGG nicht im Wege stehe, sodass die Vorschrift weiterhin zur Anwendung kommen darf.<sup>100</sup>

Diese beiden Entscheidungen markieren das Ende der „heilen Welt“ des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts. Die Kirchenautonomie wird zwar nicht in Frage gestellt, hat sich aber nunmehr an den übergeordneten Rahmen des Europarechts zu halten.<sup>101</sup> Wie gehen nun die Kirchen mit dieser veränderten Situation um?

## C. Reaktionen von kirchlicher Seite auf die neue Rechtslage

### I. Ablehnung

Einige Stimmen in der Literatur empfanden den Vorstoß des EuGH als selbstherrliches Hinwegsetzen über die verfassungsrechtliche Beurteilung des in Deutschland anerkannten kirchlichen Selbstbestimmungsrechts.<sup>102</sup> Nach dieser Ansicht hätten diese Entscheidungen ein Rechtsstaatsproblem geschaffen, weil die Kirchen nur noch unter Vorbehalt erkennen könnten, was für sie gelte.<sup>103</sup> Zudem bemängelt sie die „inhaltsleeren“ Kriterien, anhand derer nicht einmal mehr die notwendige Religionszugehörigkeit eines Geistlichen gewährt werden könne.<sup>104</sup> Dementsprechend wird empfohlen, „den Diskriminierungsschutz zwar zu beachten, aber nicht zum Angelpunkt einer dem kirchlichen Selbstverständnis zuwiderlaufenden Ordnung zu erheben.“<sup>105</sup> Inwiefern diese Methode Erfolg verspricht, scheint fraglich.

### II. Mögliche Korrektur durch das BVerfG

Auch die Hoffnung, das BVerfG möge den Anmaßungen des EuGH durch eine ultra vires- oder Identitätskontrolle Einhalt gebieten, hat sich nicht erfüllt. Zwar war die Verfassungsbeschwerde der Diakonie gegen die jüngste Entscheidung des BAG im Fall Egenberger erfolgreich, doch kritisierte das BVerfG dabei nicht die Vorgaben des EuGH, sondern deren unzureichende Umsetzung durch das BAG. Die von der Diakonie vorgetragene prinzipiale ultra vires- und Identitätsrüge sind aufgrund

<sup>99</sup> Ebd., Fn. 63f., NZA 2018, 1190.

<sup>100</sup> BAG 20.2.2019, NZA 2019, 901.

<sup>101</sup> *Malorny* EuZA 2019, 441 (454).

<sup>102</sup> Arbeitsrecht in der Kirche/*Richardi*, § 1, Rn. 40; *Kirchhof* ZfA 2019, 163 ff.

<sup>103</sup> Ebd., Rn. 43.

<sup>104</sup> Ebd., Rn. 44.

<sup>105</sup> Ebd., Rn. 43.

mangelnder Beschwerdefähigkeit unzulässig, da sich die Diakonie nicht auf die Rechte aus Art. 38 I und Art. 1 I GG berufen kann.<sup>106</sup> Hinsichtlich der Reichweite des Selbstbestimmungsrechts sieht das BVerfG keine unüberwindbaren Widersprüche zwischen dem deutschen Verfassungsrecht und dem Unionsrecht.<sup>107</sup> Der EuGH setze beim Schutz des Selbstbestimmungsrechts zwar andere Schwerpunkte, gelange aber am Ende zu einem strukturell vergleichbaren Schutz.<sup>108</sup> Das BVerfG geht also nicht in Konflikt mit dem EuGH, sondern passt seine eigene Rechtsprechung dessen Vorgaben an, ohne dabei die Besonderheiten des deutschen Verfassungsrechts aus dem Blick zu verlieren.

### III. Aktiv-gestaltender Umgang mit den neuen Vorgaben

Ein solches Vorgehen empfiehlt sich auch als Handlungsoption für die Kirche. Die Vorgaben des EuGH sollten nicht als Bedrohung für das kirchliche Selbstverständnis wahrgenommen werden, sondern vielmehr als Chance auf einen Neufindungsprozess, aus dem die Kirche gestärkt hervorgehen könnte.

„Der EuGH rüttelt kräftig am Fundament des kirchlichen Arbeitsrechts. Wenngleich durch die jüngste Rechtsprechung Risse am Gebäude entstanden sein mögen: Einsturzgefahr besteht nicht. Die Religionsgemeinschaften als Arbeitgeber sind jedoch aufgefordert, die erforderlich gewordenen Renovierungsarbeiten zeitnah anzugehen.“<sup>109</sup>

Damit sind vor allem die kirchlichen Spitzenorganisationen aufgerufen, das Selbstverständnis auf eine Art zu konkretisieren, welche die Kirchlichkeit der Einrichtungen „erlebbar“ macht und dadurch den geforderten inneren Zusammenhang zwischen religiöser Anforderung und Tätigkeit begründet.<sup>110</sup> Dies wird umso aufwendiger, je weniger exponiert die Stelle und je kleiner die Verkündigungsnähe ist.<sup>111</sup> Schlimmstenfalls muss eine Abwägung zwischen „Verweltlichung“ oder Rückzug aus dem betreffenden Gebiet<sup>112</sup> erfolgen, um Selbstwidersprüche zu vermeiden.<sup>113</sup> Diejenigen Einrichtungen, die diesen Prozess überstehen, werden gestärkt und mit einer klarer definierten Kirchlichkeit daraus hervorgehen.

<sup>106</sup> BVerfG Beschluss vom 29.09.2025 – 2 BvR 934/19, BeckRS 2025, 27932, Fn. 132 ff.

<sup>107</sup> Ebd. Fn. 215.

<sup>108</sup> Ebd. Fn. 266.

<sup>109</sup> *Schneedorf*/NJW 2019, 177 (181).

<sup>110</sup> Ebd.

<sup>111</sup> *Reichhold/Beer*, NZA 2018, 681 (686).

<sup>112</sup> Bischöfliche Erläuterungen zum kirchlichen Dienst, Art. 3, Rn. 5, S. 4.

<sup>113</sup> *Greiner*, NZA 2018, 1289 (1292).

#### IV. Beispiele für eine gelungene Umsetzung

Besonders in der katholischen Kirche, die bei Einstellungen lange Zeit ausschließlich auf die Religionszugehörigkeit abstellte, bestand Reformbedarf.<sup>114</sup> Die Neufassung der Grundordnung des kirchlichen Dienstes vom 22. November 2022 trägt den veränderten Anforderungen des weltlichen Rechts an den kirchlichen Dienst mit einigen wesentlichen Anpassungen Rechnung.

Die Neufassung der Grundordnung entstand im Bewusstsein der sinkenden Bedeutung der Kirche und den sich wandelnden gesellschaftlichen Verhältnissen.<sup>115</sup> Mit ihrer ideellen Ausrichtung kann sich die Kirche nicht den ökonomischen und rechtlichen Parametern, die für die anderen Akteure gelten, entziehen.<sup>116</sup> Sie versteht sich „als lernende Organisation, die der ständigen Erneuerung und Weiterentwicklung bedarf.“<sup>117</sup>

Die wohl größte Neuerung ist ein Paradigmenwechsel zu einem institutionenorientierten Verständnis. Im Vordergrund steht nicht mehr der einzelne Mitarbeiter und dessen persönliche Lebensführung, stattdessen tragen zuerst der Dienstgeber und die Führungskräfte Verantwortung für den Schutz und die Stärkung des kirchlichen Charakters der Einrichtung. Damit wird die innere Einstellung und Identifikation mit kirchlichen Werten und Zielen in den Mittelpunkt gerückt, während formale Kriterien wie die Konfessionszugehörigkeit an Bedeutung verlieren.<sup>118</sup> Ein weiteres Novum ist das ausdrückliche Bekenntnis zu Vielfalt als Bereicherung. Kulturelle und religiöse Verschiedenheit bedrohen die christliche Identität kirchlicher Einrichtungen nicht, solange die Mitarbeitenden eine positive Grundhaltung und Offenheit gegenüber dem Evangelium mitbringen.<sup>119</sup>

„Vielfalt in kirchlichen Einrichtungen ist keine Bedrohung, sondern bietet die Möglichkeit der Vervollkommnung. Kirchlicher Dienst in einer pluralistischen Welt darf nicht auf den Dienst *von* Katholiken *für* Katholiken reduziert werden.“<sup>120</sup>

Diese neuen Ansätze spiegeln sich auch in den konkreten Vorschriften über Arbeitsverhältnisse wider. Bei den Anforderungen, die an Bewerber vor ihrer Einstellung gestellt werden, erfolgt erstmals eine Unterscheidung nach Art der Tätigkeit. Die Mitgliedschaft in der katholischen Kirche wird nunmehr nur noch bei einem eng

<sup>114</sup> *Schneedorf*/NJW 2019, 177 (180).

<sup>115</sup> Bischöfliche Erläuterungen zum kirchlichen Dienst, Art. 6, Rn. 1.

<sup>116</sup> Ebd., Art. 4, Rn. 1, S. 8.

<sup>117</sup> Ebd., Rn. 6, S. 7.

<sup>118</sup> *Bätzing*, Vorwort zur Grundordnung des kirchlichen Dienstes.

<sup>119</sup> Bischöfliche Erläuterungen zum kirchlichen Dienst, Art. 3, Rn. 4.

<sup>120</sup> Ebd., S. 5, 6.

umgrenzten Kreis zwingend vorausgesetzt. Dazu gehören pastorale, katechetische, religionspädagogische sowie das katholische Profil der Einrichtung inhaltlich prägende, mitverantwortende und nach außen repräsentierende Tätigkeiten.<sup>121</sup> Für alle anderen Tätigkeiten genügt die Identifikation mit den Zielen und Werten der katholischen Kirche. Damit wird auch dem Umstand Rechnung getragen, dass das formale Kriterium der Kirchenmitgliedschaft in Zeiten zurückgehender kirchlicher Sozialisation einiges von seiner Aussagekraft eingebüßt hat.<sup>122</sup> Die von der europäischen Rechtsprechung geforderte Abstufung der Anforderungen nach Verkündigungsnähe wird also umgesetzt, obwohl die katholische Kirche das Konzept der Trennung von verkündigungsnahen und -fernen Berufen nach wie vor als der Dienstgemeinschaft und dem Sendungsauftrag widersprechend ablehnt.<sup>123</sup>

Der Kernbereich des Privatlebens ist sowohl im Bewerbungsverfahren<sup>124</sup> als auch im laufenden Dienstverhältnis für den kirchlichen Arbeitgeber tabu, insbesondere das Beziehungsleben und die Intimsphäre.<sup>125</sup> Die Anforderungen im bestehenden Dienstverhältnis stellen keine Klerikalisierung des bürgerlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisses dar, sondern normieren einen Mindestanforderungskatalog, der unabdingbar ist, um schwerwiegende Störungen der kirchlichen Integrität und Glaubwürdigkeit abzuwehren.<sup>126</sup> Dementsprechend ist außerdienstliches Verhalten nur von Bedeutung für das Dienstverhältnis, wenn es öffentlich wahrnehmbar grundlegende kirchliche Werte verletzt und dadurch die Glaubwürdigkeit der Kirche beeinträchtigt.<sup>127</sup>

Eine Kündigung kommt nur noch als ultima ratio in Fällen von kirchenfeindlichem Verhalten oder bei Kirchenaustritt in Betracht.<sup>128</sup> Dabei muss immer eine Einzelfallabwägung erfolgen. Der Dienstgeber hat die Pflicht, die Ursachen des pflichtwidrigen Verhaltens zu erforschen und das Gespräch mit dem Beschäftigten zu suchen. Die Kündigung darf erst ausgesprochen werden, wenn alle mildereren Mittel wie Abmahnung und Versetzung gescheitert sind.<sup>129</sup> Als kirchenfeindliches Verhalten gelten öffentlich wahrnehmbare Handlungen, die sich gegen die Kirche oder ihre Wertordnung richten. Dabei bedarf es immer konkreter Umstände, die objektiv

<sup>121</sup> Ebd., Art. 6, Rn. 2.

<sup>122</sup> Ebd., Rn. 3.

<sup>123</sup> Ebd., Art. 2, Rn. 3.

<sup>124</sup> Ebd., Art. 6, Rn. 3, S. 5.

<sup>125</sup> Ebd., Art. 7, Rn. 1.

<sup>126</sup> Ebd.

<sup>127</sup> Ebd., S. 8.

<sup>128</sup> GO KDienst. Art. 7, III, IV.

<sup>129</sup> Ebd., Art. 7, Rn. 6.

geeignet sind, die Glaubwürdigkeit der Kirche zu beeinträchtigen.<sup>130</sup> Kirchenaustritt ist mittlerweile der einzige Kündigungsgrund, bei dem zwischen katholischen und nicht katholischen Mitarbeitern differenziert wird. Dies kann jedoch immer noch problematisch werden, wenn Mitarbeiter anderen Glaubens im gleichen Bereich beschäftigt sind, da deren Nichtzugehörigkeit bei der Einstellung bekannt war und keine Konversion allein aufgrund eines Arbeitsverhältnisses verlangt werden kann.<sup>131</sup> In Ausnahmefällen kann ein schwerwiegender Grund den Kirchenaustritt rechtfertigen, etwa bei Missbrauchsopfern.<sup>132</sup> In jedem Fall sind bei einer Kündigung der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und das Übermaßverbot zu wahren.<sup>133</sup>

Um den Legitimitätsanforderungen eines besonderen kirchlichen Arbeitsrechts in einer zunehmend multireligiös und säkularer werdenden Gesellschaft Genüge zu tun, hat auch die Mitarbeiterrichtlinie der EKD eine Überarbeitung erfahren.<sup>134</sup> § 3 I der von 2005 bis 2016 geltenden, also für den Egenberger-Fall maßgeblichen Fassung der Richtlinie sah die Kirchenmitgliedschaft als grundsätzliche Voraussetzung für die Mitarbeit bei der EKD vor. § 3 II gestattete Ausnahmen, sofern die Tätigkeit keine Aufgaben aus den Bereichen Verkündigung, Seelsorge, Unterweisung oder Leitung umfasste.<sup>135</sup> Die heutige Fassung kehrt dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis um: § 4 I S. 2 macht das Erfordernis der Kirchenmitgliedschaft nunmehr von der Art der Tätigkeit und den Umständen ihrer Ausübung abhängig.<sup>136</sup> Diese Neufassung greift den Wortlaut von § 9 I Alt. 2 AGG sowie Art. 4 II UA I RL 2000/78/EG direkt auf.<sup>137</sup> § 4 II der Mitarbeiterrichtlinie legt fest, dass die Kirchenmitgliedschaft bei Tätigkeiten in den Bereichen Verkündigung, Seelsorge, evangelische Bildung oder in besonderer Verantwortlichkeit für das evangelische Profil vorausgesetzt wird.<sup>138</sup> § 4 III erlaubt dem kirchlichen Anstellungsträger, die Kirchenmitgliedschaft auch in anderen Fällen zu verlangen, wenn dies aufgrund der Art der Tätigkeit oder der Umstände ihrer Ausübung erforderlich ist, und verpflichtet ihn zugleich dazu, diese Erfordernisse entsprechend festzulegen.<sup>139</sup> Auch hier wird Bezug auf den Wortlaut der

<sup>130</sup> Ebd., Art. 7, Rn. 2.

<sup>131</sup> Ebd., Art. 7, Rn. 5.

<sup>132</sup> Ebd.

<sup>133</sup> Ebd., Rn. 6.

<sup>134</sup> <https://www.kirchenrecht-ekd.de/document/56160> (zuletzt abgerufen am 15. Januar 2026)

<sup>135</sup> BVerfG Beschluss vom 29.09.2025 – 2 BvR 934/19, BeckRS 2025, 27932, Fn. 26.

<sup>136</sup> Richtlinie des Rates über Anforderungen an die berufliche Mitarbeit in der Evangelischen Kirche in Deutschland und ihrer Diakonie in der Bekanntmachung der Neufassung vom 20. Januar 2024, § 4 I.

<sup>137</sup> <https://www.kirchenrecht-ekd.de/document/56160#s47000053> (zuletzt abgerufen am 17. März 2026).

<sup>138</sup> MitarbeiterRL, § 4 II.

<sup>139</sup> Ebd., § 4 III.

diskriminierungsrechtlichen Regelungen genommen. Zudem muss der kirchliche Arbeitgeber den Zusammenhang zwischen Tätigkeit und Erfordernis der Kirchenmitgliedschaft darlegen, wie es die Rechtsprechung fordert.

#### **D. Fazit**

Der Konflikt mit dem europäischen Diskriminierungsrecht hat dem deutschen Kirchenrecht dabei geholfen, sich an eine veränderte arbeitsrechtliche und gesellschaftliche Realität anzupassen, ohne seiner Sonderstellung verlustig zu gehen. Nach den letzten Reformen scheint seine Unionsfestigkeit sicher.



# Geheimnisschutzrechtliche Grenzen und datenschutzrechtliche Implikationen des Cloud Computing in der anwaltlichen Praxis

## A. Einleitung<sup>1</sup>

Die Digitalisierung durchdringt seit der Jahrtausendwende<sup>2</sup> sukzessive alle Wirtschaftssektoren. Digitale Technologien und Serviceangebote prägen im privaten wie im geschäftlichen Bereich unseren Alltag. Auch im Rechtsdienstleistungsmarkt hält die digitale Transformation Einzug. Eine Vielzahl dieser digitalen Dienste wird über das sog. Cloud Computing bereitgestellt – ohne dass dies dem Nutzer regelmäßig bewusst sein wird.<sup>3</sup> Obwohl der Begriff „Cloud“ mittlerweile fest im allgemeinen Sprachgebrauch verankert ist, wird er häufig noch eindimensional als Synonym für einen Online-Datenspeicher verstanden. Insbesondere Privatnutzer assoziieren mit der „Datenwolke“ in erster Linie einen jederzeit und von überall erreichbaren Speicherort, etwa für Fotos, Dokumente oder andere Dateien.<sup>4</sup> Diese eingeschränkte Sichtweise findet sich teilweise auch im rechtswissenschaftlichen Diskurs wieder.<sup>5</sup>

Cloud Computing umfasst jedoch weit mehr als die bloße Speicherung von Daten.<sup>6</sup> Ein Großteil moderner Softwareanwendungen wird heute über Cloud-Architekturen bereitgestellt.<sup>7</sup> Auch in der anwaltlichen Praxis sind cloudbasierte Softwaredienste inzwischen weit verbreitet.<sup>8</sup> Sie bieten den Vorteil des ortsunabhängigen Arbeitens

---

<sup>1</sup> Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird bei Personenbezeichnungen und personenbezogenen Hauptwörtern das generische Maskulin verwendet. Diese Begriffe beziehen sich gleichermaßen auf alle Geschlechter. Die gewählte Sprachform dient ausschließlich der Vereinfachung und stellt keine Wertung dar.

<sup>2</sup> Greiner/Riepl/Kittelberger, in: Kieninger, Digitalisierung der Unternehmenssteuerung, S. 20.

<sup>3</sup> Mina/Zerres/Zerres, Legal-Tech-Dienste in Deutschland, S. 61; Degen/Emmert, Elektronischer Rechtsverkehr, S. 1; Reinemann, in: Remmert, Legal Tech, S. 4; Hähnchen/Bommel, AnwBl 2018, 600.

<sup>4</sup> Vgl. Hennrich, Cloud Computing nach der DSGVO, S. 21ff.

<sup>5</sup> So etwa: Cierniak/Niehaus, in: MüKo-StGB, § 203 Rn. 60; Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, § 203 Rn. 25a.

<sup>6</sup> Siehe zu den einzelnen Services, S. 8.

<sup>7</sup> In der deutschen Wirtschaft erfolgt dies bereits bei rund der Hälfte aller IT-Anwendungen – mit steigender Tendenz, KPMG, Cloud-Monitor 2024, abrufbar unter: <https://hub.kpmg.de/de/cloud-monitor-2024> (zuletzt abgerufen am 24.04.2026).

<sup>8</sup> Schwarzenegger/Thouvenin/Stiller, Nutzung von Cloud-Diensten durch Anwälte, VII; Zunker, Die Kanzlei in der Cloud, AnwBl. Digital v. 07.07.2023, abrufbar unter: <https://anwaltsblatt.anwaltverein.de/de/themen/kanzlei-praxis/cloud-kanzlei> (zuletzt abgerufen am 24.04.2026); vgl. Weiss, in: Hilber, HdB Cloud Computing, S. 25.

und reduzieren den Bedarf an kostenintensiver IT-Infrastruktur.<sup>9</sup> Aber auch abseits spezieller Anwaltssoftware spielt Cloud Computing im anwaltlichen Berufsalltag eine fast unumgängliche Rolle. E-Mail und Kalenderdienste, digitale Diktier- und Spracherkennung oder die bloße Synchronisation von Kontakten erfolgen oftmals mittels Cloud Computing.<sup>10</sup>

Diese Nutzung cloudbasierter Dienste stellt Anwälte vor rechtliche Herausforderungen.<sup>11</sup> Als Berufsgeheimnisträger sind sie gem. § 43a Abs. 2 BRAO, § 2 BORA zur Verschwiegenheit verpflichtet. Eine Verletzung ist nicht zuletzt strafbewehrt (§ 203 StGB). Zusätzliche zu dieser besonderen berufsrechtlichen Dimension ergeben auch für den Anwalt als für die Datenverarbeitung Verantwortlichen datenschutzrechtliche Implikationen bei der Verwendung von Cloud Services.<sup>12</sup>

## B. Cloud Computing

Die einerseits praktische und andererseits berufs- und datenschutzrechtliche Relevanz der anwaltlichen Nutzung cloudbasierter Dienste macht ein Grundverständnis aufseiten der anwaltlichen Praxis erforderlich, was unter Cloud Computing zu verstehen ist und wie die zugrundeliegenden technischen Prozesse – rudimentär – ablaufen. Erst hierdurch ist der Anwalt als Nutzer befähigt, seine berufs- und datenschutzrechtlichen Pflichten verantwortungsvoll zu erfüllen.

### I. Etymologie und Begriffsverständnis

Der Ursprung des Begriffes „Cloud-Computing“ wird unterschiedlich verortet.<sup>13</sup> Überwiegend wird der Begriff *Rammah Chellappa* zugeschrieben, der ihn im Rahmen eines wissenschaftlichen Vortrages auf einer Konferenz in Dallas verwendete. Dabei umschrieb er Cloud Computing als ein neues Computerparadigma, bei dem die Grenzen der Datenverarbeitung durch wirtschaftliche Überlegungen und nicht allein durch technische Grenzen bestimmt werden.<sup>14</sup> Seither finden sich in der wissenschaftlichen Literatur unterschiedliche Definitionsansätze, die den Begriff

<sup>9</sup> Vgl. *Henrich*, Cloud Computing nach der DSGVO, S. 17.

<sup>10</sup> Vgl. *Davis*, in: EPRS, Cloud Computing, S. 5, abrufbar unter: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/583786/EPRS\\_IDA\(2016\)583786\\_DE.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/583786/EPRS_IDA(2016)583786_DE.pdf) (zuletzt abgerufen am 24.04.2026).

<sup>11</sup> Vgl. *Hartung*, in: Leupold/Wiebe/Glossener, IT-Recht, Teil 11.4.2 Rn. 1.

<sup>12</sup> Siehe S. 21f.

<sup>13</sup> Teilweise verweisen Stimmen auf das IT-Unternehmen Netcentric, das 1997 den Versuch unternahm die Wortmarke „cloud computing“ in den USA schützen zu lassen, vgl. *Yukvaraj*, Cloud Computing, S. 12.

<sup>14</sup> *Hentschel/Leyh*, in: Reinheimer, Cloud Computing, S. 4, *Yukvaraj*, Cloud Computing, S. 12.

des Cloud Computing vornehmlich vor dem Hintergrund seiner wirtschaftlichen Funktion in Form der Auslagerung von Informationstechnologien (IT-Outsourcing) bestimmen.

So beschreiben *Buya et al.* Cloud-Computing als Erweiterungen, bei denen die Funktionen von Geschäftsanwendungen als hochentwickelte Dienste dargestellt werden, auf die über ein Netz zugegriffen werden kann. Im Fokus steht hierbei die Zugänglichkeit kommerzieller Anwendungen, die unabhängig vom Standort des Nutzers flexibel genutzt werden können.<sup>15</sup> *Jha, Merzky* und *Fox* erweitern diesen Ansatz um technische Aspekte, indem sie Cloud Computing als Sammelbegriff für Technologien beschreiben, die eine verbesserte Kontextualisierung, Virtualisierung und insbesondere eine vereinfachte Nutzung von IT-Ressourcen ermöglichen.<sup>16</sup> Auch *Weiss* betont die Bereitstellung leistungsstarker Dienste und Anwendungen, die in das Web integriert und dort als flexible Angebote „verpackt“ werden.<sup>17</sup> *Repschläger, Pannicke* und *Zarnekow* definieren Cloud Computing wiederum vor dem Hintergrund seiner wirtschaftlichen Dimension als „Ansammlung von Diensten, Anwendungen und Ressourcen [...], die dem Nutzer flexibel und skalierbar über das Internet angeboten werden, ohne eine langfristige Kapitalbindung und IT-spezifisches Know-how vorauszusetzen. Es handelt sich um eine Form des IT-Sourcings, bei der der komplette Betrieb und Wartungsaufwand beim Anbieter verbleibt und ausschließlich die Leistung vom Kunden angemietet und verbrauchsunabhängig bezahlt wird“.<sup>18</sup>

Bei der Begriffsbestimmung bedeutsam ist die Definition des National Institute of Standards and Technology (NIST).<sup>19</sup> Sie wurde lange Zeit auch durch das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik (BSI) verwendet.<sup>20</sup> In ihrer Publikation aus dem September 2011 mit dem Titel „The NIST Definition of Cloud Computing“ entwickelten die Autoren *Mell* und *Grance* fünf Wesenselemente, die für das Cloud Computing charakteristisch sind<sup>21</sup>:

<sup>15</sup> *Buyya/Venugopal/Broberg/Brandic*, Cloud Computing and emerging IT platforms, S. 599.

<sup>16</sup> *Jha/Merzky/Fox*, in: *Concurrency and Computation*, S. 1088.

<sup>17</sup> *Weiss*, *ACM NetWorker* 2007, 16ff.

<sup>18</sup> *Repschläger/Pannicke/Zarnekow*, *HMD Praxis der Wirtschaftsinformatik* 2016, S. 6.

<sup>19</sup> *Krcmar*, in: *Borges/Meents*, *Cloud Computing*, § 1 Rn. 31.

<sup>20</sup> *Hentschel/Leyh*, in: *Reinheimer*, *Cloud Computing*, S. 4.

<sup>21</sup> *Mell/Grance*, *The NIST Definition of Cloud Computing*, S. 2, abrufbar unter: <https://nvlpubs.nist.gov/nistpubs/legacy/sp/nistspecialpublication800-145.pdf> (zuletzt abgerufen am: 24.06.2026).

**1. Selbstbedienung nach Bedarf (On-Demand Self-Service):**

Nutzer können IT-Ressourcen wie Rechenleistung, Speicherplatz oder Netzwerkkapazitäten bei Bedarf eigenständig und automatisiert anfordern und nutzen, ohne dass dafür ein manueller Eingriff oder eine direkte Interaktion mit dem Cloud-Anbieter notwendig ist.

**2. Breiter Netzwerkzugang (Broad Network Access):**

Die angebotenen Cloud-Dienste sind über das Netzwerk – typischerweise das Internet – erreichbar und können mit verschiedensten Endgeräten wie Laptops, Smartphones oder Tablets genutzt werden. Der Zugriff erfolgt über standardisierte Schnittstellen und Protokolle, was eine ortsunabhängige und plattformübergreifende Nutzung ermöglicht.

**3. Ressourcenpooling<sup>22</sup>:**

Die IT-Ressourcen des Cloud-Anbieters werden in einem Pool gebündelt und mehreren Nutzern (sog. Mandanten<sup>23</sup>) dynamisch zugewiesen. Die Ressourcenverteilung erfolgt automatisiert und flexibel je nach Bedarf der einzelnen Nutzer.

**4. Schnelle Elastizität (Rapid Elasticity):**

Cloud-Ressourcen können schnell und in nahezu beliebigem Umfang bereitgestellt oder wieder freigegeben werden. Diese „Elastizität“ erlaubt es, die Kapazitäten dynamisch an den aktuellen Bedarf anzupassen. Für den Nutzer erscheint die verfügbare Ressource nahezu unbegrenzt und jederzeit verfügbar.

**5. Messbarer Service (Measured Service):**

Die Nutzung der Cloud-Ressourcen wird kontinuierlich überwacht, gemessen und transparent abgerechnet. Nutzer zahlen in der Regel nur für die tatsächlich in Anspruch genommenen Leistungen („Pay-per-Use“).

*Mell* und *Grance* ergänzen damit die service- und anwendungsorientierte Definition des Cloud Computing i.S.e. niederschweligen, hochverfügbaren und dezentralisierten Zugangs zu IT-Ressourcen um die wesentlichen technischen Aspekte einer Cloud Computing Architektur (Virtualisierung, Pooling, etc.).

<sup>22</sup> Siehe hierzu B. II. 2.

<sup>23</sup> Im Cloud Computing beschreibt der Begriff Mandant (englisch: Tenant) eine eigenständige Organisation oder Nutzergruppe, die innerhalb einer gemeinsamen IT-Infrastruktur oder Softwareinstanz logisch von anderen Mandanten getrennt ist und deren Daten und Einstellungen isoliert verwaltet werden. Der Begriff ist damit abzugrenzen von der Person, die einen Anwalt beauftragt, sie rechtlich zu vertreten bzw. zu beraten.

Mit der ISO/IEC 22123-2 besteht seit 2023 nunmehr ein international anerkannter Standard zur Terminologie und Definition des Cloud Computing.<sup>24</sup> Er basiert ausweislich seines Inhaltes auf der NIST-Definition; ergänzt diese jedoch um das Merkmal der Mandantenfähigkeit.<sup>25</sup> Diese im Englischen als Multi-Tenancy bezeichnete technische Komponente ist notwendig, um sicherzustellen, dass mehrere unabhängige Nutzer (sog. Mandanten) einen Cloud-Service<sup>26</sup> gleichzeitig nutzen können, während ihre Daten und Konfigurationen strikt voneinander getrennt bleiben.<sup>27</sup>

Kombiniert man die unterschiedlichen Definitionsansätze, so lässt sich Cloud Computing als eine mittels Virtualisierungstechnologien bedarfsgerechte und orts-unabhängige Bereitstellung von flexibel skalierbaren sowie gemeinsam nutzbaren gepoolten IT-Ressourcen (insb. Rechenleistung, Speicher, Anwendungen und Diensten) definieren, die über einen breiten Netzwerkzugang (typischerweise das Internet) abrufbar sind. Nutzer können diese Ressourcen strikt voneinander getrennt in Echtzeit abrufen, ohne sich um die zugrundeliegende Infrastruktur oder deren Wartung kümmern zu müssen. Die Verwaltung und Abrechnung erfolgt dabei automatisiert und nutzungsbasiert (On-Demand Self-Service).

## II. Technische Funktionsweise

Cloud Computing ist somit keine einzelne, abgrenzbare Technologie, sondern ein technisches Modell, das auf der Integration von Schlüsseltechnologien basiert, mit dem Ziel einer dynamischen, skalierbaren und bedarfsgerechten Bereitstellung von IT-Ressourcen.<sup>28</sup>

Im Sinne einer groben Systematisierung lässt sich das technische Konstrukt des Cloud Computing in vier, logisch aufeinander aufbauende Ebenen unterteilen.<sup>29</sup> Ausgangspunkt ist die Bereitstellung von Hardwareressourcen als physisches

<sup>24</sup> Vgl. BSI, Cloud Computing Grundlagen, Was ist Cloud Computing, abrufbar unter: <https://www.bsi.bund.de/DE/Themen/Unternehmen-und-Organisationen/Informationen-und-Empfehlungen/Empfehlungen-nach-Angriffszielen/Cloud-Computing/Grundlagen/grundlagen.html> (zuletzt abgerufen am 24.04.2026).

<sup>25</sup> Vgl. *Henrich*, Cloud Computing nach der DSGVO, S. 24; *Schorer*, in: Hilber, HdB Cloud Computing, S. 72.

<sup>26</sup> Zu den einzelnen Service-Modellen: S. 8.

<sup>27</sup> *Krcmar*, in: Borges/Meents, Cloud Computing, § 1 Rn. 33; *Schorer*, in: Hilber, HdB Cloud Computing, S. 72; vgl. auch *Rückert*, in: MüKo-StPO, § 100b Rn. 33; *Cornelius*, StV 2016, 380.

<sup>28</sup> Vgl. *Krcmar*, in: Borges/Meents, Cloud Computing, § 1 Rn. 29 ff.

<sup>29</sup> Vgl. *Cerroni/Gharbaoui/Martini/Campi/Castoldi/Callegati*, Computer Networks 2015, 16; *Abdallah/Boudriga*, in: Mouftah/Kantarci, Communication Infrastructures für Cloud Computing, S. 123; *Schorer*, in: Hilber, HdB Cloud Computing, S. 72.

Fundament (Infrastrukturebene).<sup>30</sup> Diese physische Hardwareinfrastrukturen in Form von Festspeichern, Prozessoren und RAM oder Switches werden in einer zweiten Schicht durch Virtualisierungstechnologien (insb. Hypervisoren) in flexible, logisch getrennte Ressourcen verwandelt (Virtualisierungsebene).<sup>31</sup> Eine darüberliegende dritte, softwarebasierte Schicht automatisiert und koordiniert Workflows, Ressourcen und Dienste über die verschiedenen virtualisierten IT-Ressourcen, um deren Bereitstellung effizient, zuverlässig und ohne manuelle Eingriffe zu ermöglichen (Orchestrierungsebene).<sup>32</sup> Auf der vierten und letzten Ebene (Softwareebene) erfolgt sodann die Bereitstellung der visualisierten und orchestrierten Ressourcen als konkrete Dienste an die Nutzer in ihren entsprechenden Erscheinungsformen (IaaS, PaaS und SaaS).<sup>33</sup>

### 1. Infrastrukturebene

Die Infrastrukturebene ist die physische Grundlage der Cloud Computing Architektur. Im Kern besteht sie aus auf der ganzen Welt verteilten Rechenzentren, die mit Hochleistungsservern, Speicherarrays und Netzwerkgeräten ausgestattet sind.<sup>34</sup> Diese physischen Komponenten sind redundant ausgelegt. Das bedeutet, dass die Systeme aus zusätzlichen, gleichartigen Hardwarekomponenten bestehen, die bei einem Ausfall sofort einspringen können.<sup>35</sup> In der Cloud-Infrastruktur heißt das: Wenn ein Teil (z. B. ein Server, eine Festplatte, ein Stromversorgungsgerät oder ein Netzwerkanschluss) ausfällt, übernimmt ein identisches, parallel bereitgestelltes Ersatzsystem sofort dessen Aufgabe. So wird sichergestellt, dass der Betrieb weiterläuft und keine Daten oder Dienste verloren gehen.<sup>36</sup>

### 2. Virtualisierungsebene

Diese nativen Hardwareressourcen werden in einem ersten Schritt durch eine Software (den sog. Hypervisor) virtualisiert.<sup>37</sup> Durch die Basistechnologie der Virtualisierung können mehrere Hardwareressourcen als eine einzige große virtuelle Ressource erscheinen (sog. Aggregation) oder umgekehrt eine große reale Hardwareressource als mehrere kleine individuelle Ressourcen (sog. Partitionierung).<sup>38</sup>

<sup>30</sup> Siehe hierzu S. 6.

<sup>31</sup> Siehe hierzu S. 6.

<sup>32</sup> Siehe hierzu S. 8.

<sup>33</sup> Siehe hierzu S. 8.

<sup>34</sup> *Hennrich*, Cloud Computing nach der DSGVO, S. 25f.

<sup>35</sup> *Vaquero/Rodero-Merino/Caceres/Lindner*, ACM SIGCOMM 2009, 50 (53).

<sup>36</sup> *Armbrust/Fox/Griffith/Joseph/Katz/Konwinski/Lee/Patterson/Rabkin/Stoica/Zahria*, Communication of the ACM 2010, 50 (53).

<sup>37</sup> *Matros*, Cloud Computing IT-Dienstleister, S. 35.

<sup>38</sup> *Lehmann/Giedke*, CR 2013, 608 (611).

Je nachdem, welche Hardware-Ressource virtualisiert wird, spricht man von virtuellem Volume (bei virtualisierten Speichern), virtuellen Maschinen (bei virtualisierter Rechenleistung) oder von virtuellen Switches (kurz: vSwitches).<sup>39</sup> Virtualisierung ermöglicht somit die Abstraktion physischer Hardware in logische Einheiten. Der Hypervisor<sup>40</sup> fungiert hierbei als Softwareschicht zwischen der physischen Hardware und den virtuellen Maschinen. Er übernimmt die Verwaltung und Zuteilung von Rechenressourcen wie CPU, Arbeitsspeicher und Festspeicher an die einzelnen virtuellen Maschinen.<sup>41</sup> Moderne Hypervisor-Technologien arbeiten nach dem Prinzip der Ressourcenabstraktion und erstellen für jede virtuelle Maschine eine isolierte Umgebung. Durch diese Isolation können verschiedene Betriebssysteme gleichzeitig auf derselben physischen Hardware ausgeführt werden, ohne sich gegenseitig zu beeinträchtigen.<sup>42</sup> Der Hypervisor ordnet physischen Speicherblöcken virtuelle Speicheradressen zu und sorgt dafür, dass jede virtuelle Maschine nur auf ihren eigenen Speicherbereich zugreifen kann.<sup>43</sup> Diese strikte Trennung bildet die Grundlage für das sog. Pooling. Hierbei werden die physischen Ressourcen – wie Rechenleistung, Speicher und Netzwerk – zu einem gemeinsamen Pool zusammengefasst, aus dem virtuelle Maschinen und Anwendungen je nach Bedarf dynamisch bedient werden.<sup>44</sup> Ein solches Pooling macht jedoch eine konsequente Mandantentrennung (Multi-Tenancy) erforderlich, da mehrere Kunden dieselbe Infrastruktur und oft auch dieselbe Softwareinstanz nutzen, während ihre Daten und Anwendungen logisch voneinander isoliert bleiben müssen. Diese Mandantentrennung ist zwingend notwendig, um sicherzustellen, dass jeder Nutzer ausschließlich Zugriff auf seine eigenen Daten und Ressourcen hat und keine unbeabsichtigten oder unberechtigten Zugriffe auf die Daten anderer Mandanten möglich sind.<sup>45</sup> Neben virtuellen Maschinen spielen Containertechnologien eine immer größere Rolle in modernen Cloud Computing Architekturen.<sup>46</sup> Container sind eine besonders schlanke Form der Virtualisierung. Sie enthalten nur die Anwendung und alle notwendigen Abhängigkeiten, teilen sich

<sup>39</sup> Siehe hierzu Abbildung auf S. 55.

<sup>40</sup> Teilweise auch als Virtual Machine Monitor [VMM] bezeichnet, *Kohne*, Cloud-Föderationen, S. 2.

<sup>41</sup> *Hennrich*, Cloud Computing nach der DSGVO, S. 24; *Tanenbaum/Bos*, Modern Operating Systems, S. 477f.; *Kohne*, Cloud-Föderationen, S. 21.

<sup>42</sup> *Matros*, Cloud Computing IT-Dienstleister, S. 35; vgl. *Lisdorf*, Grundlagen des Cloud Computing, S. 134f.; *Liu/Tong/Mao/Bohn/Messina/Badger/Leaf*, NIST Cloud Computing Reference Architecture, S. 13.

<sup>43</sup> *Hennrich*, Cloud Computing nach der DSGVO, S. 28; *Schorer*, in: Hilber, HdB Cloud Computing, S. 70f.

<sup>44</sup> *Schorer*, in: Hilber, HdB Cloud Computing, S. 70.

<sup>45</sup> *Schorer*, in: Hilber, HdB Cloud Computing, S. 72; *Kremer*, in: Borges/Meents, § 1 Rn, 33.

<sup>46</sup> *Hennrich*, Cloud Computing nach der DSGVO, S. 30.

aber den Kernel (also den Kern) des Host-Betriebssystems.<sup>47</sup> Die Erstellung dieser Container erfolgt softwarebasiert. Die wohl bekannteste freie Software zur Containervisualisierung ist Docker.<sup>48</sup>

### 3. Orchestrierungsebene

Während der Hypervisor für die Virtualisierung und direkte Kontrolle der physischen Hardwareressourcen zuständig ist, dient die dritte softwarebasierte<sup>49</sup> Ebene dazu, die verschiedenen virtuellen Ressourcen sinnvoll zu verwalten. Sie sorgt dafür, dass Container oder virtuelle Maschinen automatisch bereitgestellt, skaliert, gestartet oder gestoppt werden, je nachdem, wie viel Rechenleistung oder Ressourcen gerade benötigt werden.<sup>50</sup>

### 4. Serviceebene

Die Serviceebene der Cloud-Computing-Architektur stellt die virtualisierten Ressourcen sodann als flexibel konsumierbare Dienste bereit und abstrahiert die darunterliegenden Schichten.<sup>51</sup> Nutzer erhalten von dem Anbieter des Cloud-Dienstes (Cloud Service Provider) Infrastrukturleistungen (IaaS<sup>52</sup>), Softwareanwendungen (SaaS<sup>53</sup>) oder Entwicklungsumgebungen (PaaS<sup>54</sup>), die ortsunabhängig nutzbar sind. IaaS-Dienste umfassen dabei die Bereitstellung skalierbarer Rechenleistung und Speicher durch Cloud Service Provider wie AWS oder Azure. Im SaaS-Modell betreiben Cloud Service Provider Software zentral und stellen sie per Internet zur Verfügung. Spezielle SaaS-Diensten für die anwaltliche Praxis sind etwa Kanzlei-Software oder KI-Dokumentenanalysetools. Aber auch allgemeine Tools, wie Videokonferenz- und Kollaborationslösungen sind i.d.R. SaaS-Dienste und werden in der anwaltlichen Praxis verwendet.<sup>55</sup>

<sup>47</sup> Dadurch sind Container wesentlich ressourcenschonender und schneller als klassische virtuelle Maschinen. Sie ermöglichen es, Anwendungen – *stateless* – zu betreiben, solange der Kernel kompatibel ist, vgl. *Mouat*, Docker, S. 3ff; *Schenker*, Learn Docker, S. 11ff.; *Hennrich*, Cloud Computing nach der DSGVO, S. 30.

<sup>48</sup> *Hennrich*, Cloud Computing nach der DSGVO, S. 30; Software Docker: <https://www.docker.com/company/> (zuletzt abgerufen am 27.07.2025).

<sup>49</sup> Bekannte Softwaretools für diese Orchestrierung sind Kubernetes für Container oder OpenStack für virtuelle Maschinen, *Hennrich*, Cloud Computing nach der DSGVO, S. 30.

<sup>50</sup> *Abdalla/Rashid*, in: Hashim/Ahmed/Khalifa/Saeed, Cloud Computing's Transformative Power, S. 17; *Hennrich*, Cloud Computing nach der DSGVO, S. 30.

<sup>51</sup> *Liu/Tong/Mao/Bohn/Messina/Badger/Leaf*, NIST Cloud Computing Reference Architecture, S. 13.

<sup>52</sup> Infrastructure as a Service, *Krcmar*, in: Borges/Meents, Cloud Computing, § 2 Rn. 20.

<sup>53</sup> Software as a Service, *Krcmar*, in: Borges/Meents, Cloud Computing, § 2 Rn. 31.

<sup>54</sup> Plattform as a Service, *Krcmar*, in: Borges/Meents, Cloud Computing, § 2 Rn. 25.

<sup>55</sup> Vgl. *Zunker*, Die Kanzlei in der Cloud, AnwBl. Digital v. 07.07.2023, abrufbar unter: <https://anwaltsblatt.anwaltverein.de/de/themen/kanzlei-praxis/cloud-kanzlei> (zuletzt abgerufen am 24.06.2026).

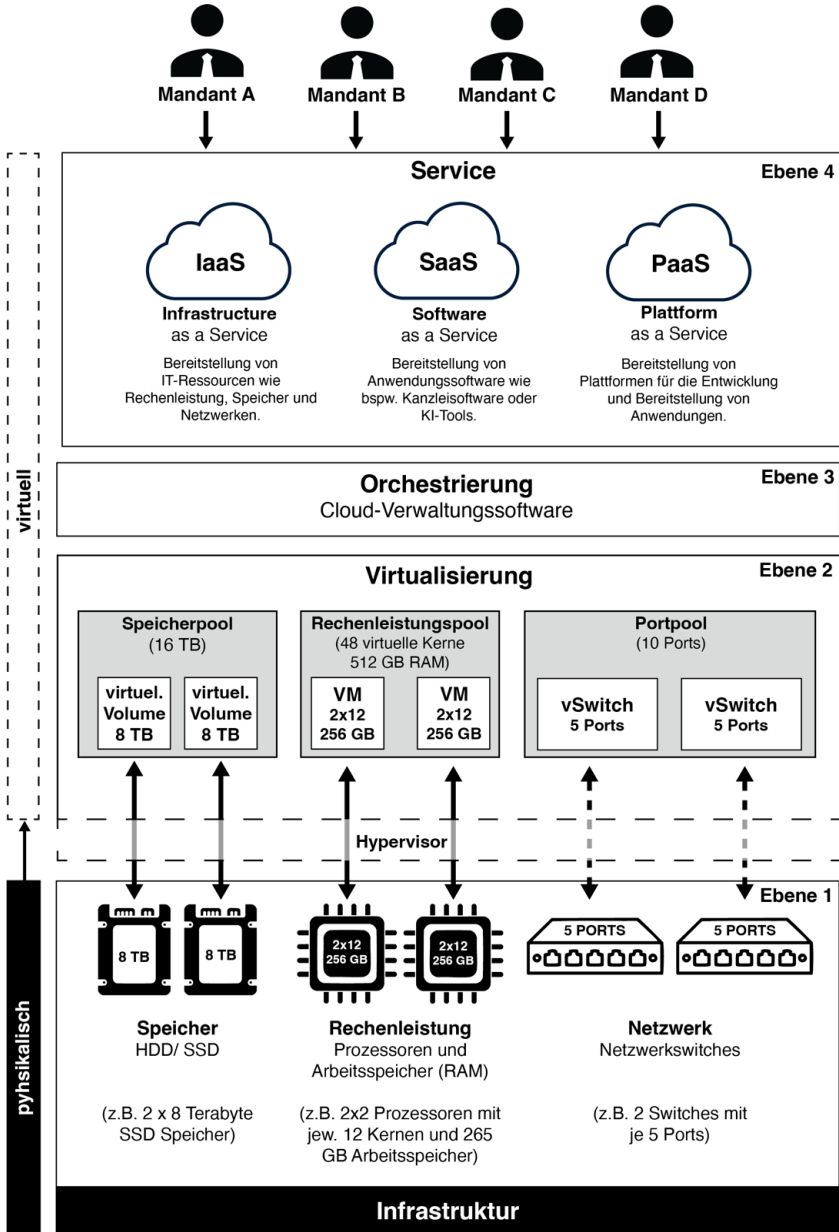


Abbildung: Vier Ebenen des Cloud-Computing-Modells (vereinfacht)<sup>56</sup>

<sup>56</sup> Angelehnt an: Schorer, in: Hilber, HdB Cloud Computing, S. 67.

### C. Geheimnis- und datenschutzrechtliche Anforderungen

Der Anwalt ist gem. § 43a Abs. 2 S. 1 BRAO zur Verschwiegenheit verpflichtet. Dieses Anwaltsgeheimnis bildet den Kern der Vertrauensbeziehung zwischen Rechtsanwalt und Mandant und ist eine der tragenden Säulen des Anwaltsberufs.<sup>57</sup> Die Funktion der Verschwiegenheitspflicht besteht insbesondere in der Gewährleistung einer vertrauensvollen Kommunikation. Eine solche ist für eine sachgerechte Rechtsberatung und -vertretung unerlässlich. Nur wenn der Mandant darauf vertrauen kann, dass seine Mitteilungen vertraulich behandelt werden, wird er dem Rechtsanwalt alle für die Mandatsführung relevanten Informationen offenbaren.<sup>58</sup> Verletzt der Rechtsanwalt seine Verschwiegenheitspflicht, steht neben anwaltsgerichtlichen Maßnahmen (§ 113 Abs. 1 i.V.m. § 114 Abs. 1 BRAO) eine strafrechtliche Verantwortlichkeit im Raum (§ 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB).

#### I. Gegenstand und Reichweite der Verschwiegenheitspflicht

In sachlicher Hinsicht bezieht sich die Verschwiegenheitspflicht auf „alles“, was dem Anwalt in Ausübung seines Berufes bekannt geworden ist (§ 43a Abs. 2 S. 2 BRAO). Dazu zählt neben der Identität des Mandanten bereits die Tatsache, dass überhaupt ein Mandatsverhältnis besteht.<sup>59</sup> Darüber hinaus sind sämtliche Details des zugrundeliegenden Sachverhalts grds. geschützt.<sup>60</sup> Dies betrifft bspw. die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse<sup>61</sup> des Mandanten, steuerliche Informationen, den getätigten Schriftwechsel, Strategieüberlegungen oder rechtliche Bewertungen. Aber auch Informationen über Dritte und selbst interne Abläufe innerhalb der Kanzlei können – soweit sie das Mandat betreffen – von der Verschwiegenheitspflicht umfasst sein.<sup>62</sup> Sie gilt im Außenverhältnis gegenüber jedermann und zeitlich unbegrenzt, wirkt mithin auch nach Beendigung des Mandats fort (§ 2 Abs. 1 S. 2 BORA).<sup>63</sup>

<sup>57</sup> *Henssler*, AnWB 2019, 216; *Bauckmann*, in: Feuerich/Weyland, BRAO, § 43a Rn. 12; *Peitscher*, Anwaltsrecht, § 18 Rn. 11; BVerfG, Beschl. v. 14-07-1987 - 1 BvR 537/81, NJW 1988, 191.

<sup>58</sup> *Henssler*, AnWB 2019, 216; *ders.*, in: Henssler/Prütting, BRAO, § 43a Rn. 58; *Kleine-Cosack*, BRAO, § 43a Rn. 5.

<sup>59</sup> BGH, Urt. v. 17.05.1995 – VIII ZR 94/94, NJW 1995, 2026; *Peitscher*, Anwaltsrecht, § 18 Rn. 14; *Henssler*, in: Henssler/Prütting, BRAO, § 43a Rn. 62f.

<sup>60</sup> *Peitscher*, Anwaltsrecht, § 18 Rn. 14.

<sup>61</sup> AG Hamm, Urt. v. 02.02.2018 – 2 AGH 12/17, NJW-RR 2018, 632.

<sup>62</sup> *Peitscher*, Anwaltsrecht, § 18 Rn. 14.

<sup>63</sup> *Peitscher*, Anwaltsrecht, § 18 Rn. 20, 21; *Henssler*, in: Henssler/Prütting, BRAO, § 43a Rn. 79; *Kleine-Cosack*, BRAO, § 43a Rn. 66.

Maßgeblich ist gleichwohl, dass der Anwalt die Kenntnis im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit – also nicht privat<sup>64</sup> – erlangt hat und es sich nicht um offenkundige bzw. unbedeutende Tatsachen handelt (§ 43 Abs. 2 S. 3 BRAO).<sup>65</sup> Offenkundig ist eine Tatsache, wenn verständige und erfahrene Menschen sie per se kennen oder sich jederzeit und ohne Schwierigkeiten aus allgemein zugänglichen Quellen Kenntnis von ihr verschaffen könnten.<sup>66</sup> Hierzu zählen etwa Informationen, die Gegenstand einer öffentlichen Gerichtsverhandlung waren.<sup>67</sup> Handelt es sich um eine Information, die nach subjektiver Bewertung des Mandanten belanglos ist (Bagatelle), so erstreckt sich die anwaltliche Verschwiegenheitspflicht auf diese unbedeutende Tatsache ebenfalls nicht.<sup>68</sup>

Der sachliche Anwendungsbereich des § 43a Abs. 2 BRAO entspricht dem strafrechtlichen Schutz des Privatgeheimnisses (§ 203 StGB), nach dem eine Tatsache nur dann ein fremdes Geheimnis darstellt, wenn sie nicht offenkundig ist, also einem lediglich beschränkten Personenkreis bekannt und ein berechtigtes und schutzwürdiges Interesse beinhaltet, das nach dem Willen des Betroffenen geheim zu halten ist.<sup>69</sup> Der objektive Tatbestand des § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB und die berufsrechtlichen Anforderungen an die anwaltliche Verschwiegenheit aus § 43a Abs. 2 BRAO und § 2 BORA laufen insoweit synchron.<sup>70</sup>

## II. Verbotswidriges Offenbaren

Seine Verschwiegenheitspflicht verletzt der Geheimnisträger, wenn er geschützte Tatsachen rechtswidrig offenbart. Ein solches verbotswidriges Offenbaren liegt vor, wenn der Anwalt es ermöglicht, dass ein Dritter von einer geheim zu haltenden Tatsache erfährt, die diesem bisher nicht oder zumindest nicht mit Sicherheit bekannt ist und nach dem Wunsch des Betroffenen auch ggü. diesem Dritten geheim zu halten war.<sup>71</sup> Eine verbotswidrige Preisgabe setzt jedoch eine jedenfalls mittelbar

<sup>64</sup> Vgl. *Henssler*, in: *Henssler/Prütting*, BRAO, § 43a Rn. 72.

<sup>65</sup> *Peitscher*, *Anwaltsrecht*, § 18 Rn. 15.

<sup>66</sup> EGStGB BT-Dr 7/550, S. 242; BGH, Urt. v. 08.10.2002 – 1 StR 150/02, NJW 2003, 226 (227); *Peitscher*, *Anwaltsrecht*, § 18 Rn. 16; *Henssler*, in: *Henssler/Prütting*, BRAO, § 43a Rn. 75.

<sup>67</sup> BGH, Urt. v. 14.11.1963 – III ZR 19/63, BGHZ 40, 288 (292) = NJW 1964, 449 (450); *Henssler*, in: *Henssler/Prütting*, BRAO, § 43a Rn. 75 mwN.

<sup>68</sup> *Henssler*, in: *Henssler/Prütting*, BRAO, § 43a Rn. 77; *Gasteyer*, in: *Hartung/Scharmer/Holl*, BORA, § 2 Rn. 55.

<sup>69</sup> BGH, Urt. v. 10.05.1995 – 1 StR 764/94, BGHSt 41, 140 (142); *Cierniak/Niehaus*, in: *MüKo-StGB*, § 203 Rn. 13.

<sup>70</sup> *Peitscher*, *Anwaltsrecht*, § 30 Rn. 107.

<sup>71</sup> *Kleine-Cosack*, BRAO, § 43a Rn. 66; *Peitscher*, *Anwaltsrecht*, § 18 Rn. 22; *Cornelius*, StV 2016, 380; *Henssler*, in: *Henssler/Prütting*, BRAO, § 43a Rn. 79ff.; *Weidemann*, in: *BeckOK-StGB*, § 203 Rn. 34ff.

mögliche Identifizierung des Mandanten voraus. Teilt der Anwalt Tatsachen einem Dritten mit, ohne den Namen des Mandanten zu nennen und ohne eine Identifizierung aufgrund der im Einzelfall mitgeteilten Informationen zu ermöglichen, so scheidet ein verbotswidriges Offenbaren sowohl berufs- als auch strafrechtlich aus.<sup>72</sup> Strafbar macht sich der Rechtsanwalt nur dann, wenn er seine Verschwiegenheitspflicht vorsätzlich verletzt hat. § 203 StGB setzt mindestens dolus eventualis voraus.<sup>73</sup> Positives Tun ist hingegen nicht erforderlich. Eine Verletzung des Geheimnisschutzes kann aufgrund der Garantenstellung des Berufsheimnisträgers auch durch ein Unterlassen erfolgen (§§ 203, 13 StGB).<sup>74</sup> § 43a Abs. 2 BRAO enthält kein subjektives Element. Ein fahrlässiges Offenbaren ist damit ausschließlich zivil- und berufsrechtlich relevant.<sup>75</sup>

In der straf-, wie auch in der berufsrechtlichen Literatur ist weiterhin umstritten, ob ein Offenbaren i.S.d. § 203 StGB bzw. § 43a Abs. 2 BRAO eine tatsächliche Kenntniserlangung der geschützten Tatsache voraussetzt oder ob es ausreicht, wenn der Anwalt die bloße Möglichkeit einer Kenntniserlangung durch Dritte geschaffen hat (Offenbarungsgefahr).<sup>76</sup> Übertragen auf das Cloud-Computing stellt sich die Frage, ob der Anwalt seine Verschwiegenheitspflicht bereits dann verletzt, wenn die (technische) Möglichkeit besteht, dass der Cloud Service Provider bzw. dessen Vertragspartner von geschützten Tatsachen Kenntnis erlangen könnten.

Mit Ausnahme von *Henssler*<sup>77</sup> und *Kleine-Cosack*<sup>78</sup> wird in der berufsrechtlichen Literatur eine tatsächliche Kenntniserlangung für ein fahrlässiges Offenbaren überwiegend nicht vorausgesetzt und § 43a Abs. 2 BRAO insoweit als Gefährdungstatbestand verstanden.<sup>79</sup> Auch in der strafrechtlichen Literatur finden sich Stimmen, die eine Offenbarungsgefahr für ausreichend erachten.<sup>80</sup> Jedenfalls im Kontext der für das Cloud Computing relevante Einbeziehung sonstiger mitwirkender Personen

<sup>72</sup> *Weiss*, in: Hilber, HdB Cloud Computing, S. 25; *Peitscher*, Anwaltsrecht § 18 Rn. 23; *Cornelius*, StV 2016, 380 (383f.); *Barnitzke/Bock*, GRUR-Prax 2025, 415.

<sup>73</sup> *Weidemann*, in: BeckOK-StGB, § 203 Rn. 50.

<sup>74</sup> *Cierniak/Niehaus*, in: MüKo-StGB, § 203 Rn. 58; *Bosch*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 13 Rn. 31.

<sup>75</sup> *Henssler*, in: Henssler/Prütting, BRAO, § 43a Rn. 82; *Kleine-Cosack*, BRAO, §43a Rn. 36.

<sup>76</sup> *Peitscher*, Anwaltsrecht, § 18 Rn. 24 mwN.

<sup>77</sup> *Henssler*, in: Henssler/Prütting, BRAO, § 43a Rn. 82.

<sup>78</sup> *Kleine-Cosack*, BRAO, §43a Rn. 36.

<sup>79</sup> So: *Kilian*, in: Kilian/Koch, Rn. 893; *Peitscher*, Anwaltsrecht, § 18 Rn. 24 a.A. *Henssler*, in: Henssler/Prütting, BRAO, § 43a Rn. 82; *Kleine-Cosack*, BRAO, §43a Rn. 36.

<sup>80</sup> *Fischer*, StGB, § 203 Rn. 35; *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, § 203 Rn. 17; zum Streitstand im Zusammenhang des Cloud Computing vor der Novellierung des § 203 StGB: *Cornelius*, StV 2016, 380 (382f.) m.w.N.

nach § 203 Abs. 3 S. 2 StGB hat sich der Gesetzgeber diesbezüglich klar positioniert. Die Begründung des Gesetzes zur Neuregelung des Geheimnisschutzes<sup>81</sup> stellt ausdrücklich fest, „dass ein Offenbaren bereits dann gegeben ist, wenn die *Möglichkeit* der Kenntnisnahme von Geheimnissen besteht. Eine tatsächliche Kenntnisnahme ist insoweit nicht erforderlich.“<sup>82</sup> Aufgrund des weitgehenden Gleichlaufs der Tatbestände ist diese gesetzgeberische Wertung auf die berufsrechtlichen Vorschriften (§ 43a Abs. 2 StGB, § 2 BORA) zu übertragen.<sup>83</sup> Für die aufgeworfene Frage der anwaltlichen Nutzung von Cloud Computing-Diensten bedeutet dies, dass bereits in der bloßen Zugänglichmachung von geheimnisschutzrelevanten Daten dem Grunde nach ein straf- und berufsrechtlich verbotenes Offenbaren liegt.<sup>84</sup> Eine tatsächliche Kenntnisnahme durch Mitarbeiter des Cloud Service Providers ist mithin nicht erforderlich.

### III. Offenbarungsrisiken und Anforderungen an die anwaltliche Nutzung

Damit fordern § 43a Abs. 2 BRAO und § 203 StGB bei der Nutzung cloudbasierter Dienste zunächst eine technische Lösung zur Sicherstellung der anwaltlichen Verschwiegenheitspflicht. Denn der Geheimnisschutz setzt auf einer ersten Ebene voraus, dass der Cloud Service Provider bereits technisch keine Möglichkeit hat, auf die geschützten Informationen zugreifen zu können. Da dies in der Praxis jedoch derzeit nicht bei jedem Serviceangebot umsetzbar ist bzw. angeboten wird und selbst bei entsprechender Umsetzung weiterhin ein – ggf. erhebliches – Offenbarungsrisiko verbleibt<sup>85</sup>, eröffnen sowohl die berufsrechtlichen Vorschriften (§§ 43a Abs. 2, 43e BRAO, § 2 BORA) als auch die Strafnorm des § 203 StGB (siehe § 203 Abs. 3 StGB) die Möglichkeit der Zugangseröffnung ggü. dem Cloud Service Provider. Diese rechtliche Lösung wurde mit dem Gesetz zur Neuregelung des Geheimnisschutzes erstmalig u.a. mit Blick auf die Möglichkeit zur anwaltlichen Nutzung von auf cloudbasierten Diensten geschaffen.<sup>86</sup>

#### 1. Technische Schutzverfahren und risikoadäquate Organisation

Technisch können Verschlüsselungsverfahren ein Offenbaren geschützter Informationen vermeiden und damit den Geheimnisschutz auf einer ersten Ebene

<sup>81</sup> Gesetz zur Neuregelung des Schutzes von Geheimnissen bei der Mitwirkung Dritter an der Berufsausübung schweigepflichtiger Personen v. 30.10.2017, BGBl. I, S. 3618.

<sup>82</sup> BT Drs. 18/11936 S. 28 (zu § 203 Abs. 3 S. 2 StGB-E), Hervorhebung durch Verfasser.

<sup>83</sup> So auch *Henssler*, in: *Henssler/Prütting*, BRAO, § 43e BRAO Rn. 7.

<sup>84</sup> *Cornelius*, StV 2016, 380 (382).

<sup>85</sup> Hierzu sogleich S. 14f.

<sup>86</sup> *Hartung*, in: *Hilber, HdB Cloud Computing*, Teil 8D Rn. 35ff.; *Cornelius*, StV 2016, 380 (384).

sicherstellen.<sup>87</sup> Dies ist jedenfalls bei solchen Diensten das Mittel der Wahl, bei denen ein Mitlesen der geschützten Daten durch den Cloud Service Provider zur Bereitstellung des Serviceangebotes nicht notwendig ist.<sup>88</sup> Etwa bei der Nutzung von Cloud-Infrastruktur (IaaS) – wie Cloud-Speichern – kann dies der Fall sein, da im Kern eine Bereitstellung von Speicherplatz Gegenstand des Dienstes ist.<sup>89</sup> Technisch ist hierbei jedoch sicherzustellen, dass die Daten sowohl bei der Übertragung als auch bei der Speicherung in der Cloud (etwa mittels Ende-zu-Ende-Verschlüsselung [E2EE]) verschlüsselt sind.<sup>90</sup> Diese Verschlüsselung darf sich nicht nur auf den Dateiinhalt beschränken, sondern muss sich auch auf die Dateinamen und Metadaten<sup>91</sup> erstrecken. Weist bspw. die Dateibezeichnung einen Mandantenbezug auf oder finden sich solche Informationen in den Metadaten, etwa weil eine Datei in einem Ordner gespeichert wurde, der den Namen des Mandanten trägt und daher in den Metadaten als Speicherort (Pfad) unverschlüsselt einzusehen ist, steht eine Verletzung der Verschwiegenheitspflicht im Raum.<sup>92</sup>

Eine Verschlüsselung der Dateibezeichnung und Metadaten ist jedoch nicht bei jedem IaaS-Anbieter standardmäßig gegeben, da sie teilweise zur Verwaltung und zum Betrieb des Speicherdienstes genutzt werden.<sup>93</sup> Diesem Risiko kann der Anwalt durch eine eigene Verschlüsselung und/oder Pseudonymisierung<sup>94</sup> der Informationen begegnen.<sup>95</sup>

<sup>87</sup> *Gasteyer/Säljemar*, NJW 2020, 1768 (1770f.).

<sup>88</sup> *Cornelius*, StV 2016, 380 (384).

<sup>89</sup> *Barnitzke/Bock*, GRUR-Prax 2025, 415; *Hartung*, in: Hilber, HdB Cloud Computing, Teil 8D Rn. 38.

<sup>90</sup> *Cornelius*, StV 2016, 380 (384).

<sup>91</sup> *Kroschwald*, ZD 2014, 75 (80).

<sup>92</sup> Bereits die Information, dass ein Mandatsverhältnis möglicherweise besteht, ist eine nach § 203 StGB und § 43a Abs. 2 BRAO geschützte Tatsache; siehe zum sachlichen Schutzbereich der Verschwiegenheitspflicht, BGH, Urt. v. 17.05.1995 – VIII ZR 94/94, NJW 1995, 2026, hierzu auch S. 10.

<sup>93</sup> Anbieter wie bspw. TeamDrive bewerben ihr IaaS-Angebot explizit mit der Sicherheitszusage einer Verschlüsselung der Metdaten, siehe <https://teamdrive.com/blog-de/metadaten-in-der-cloud/> (zuletzt abgerufen am 24.04.2026); AWS bietet die Möglichkeit neben den Inhalten auch die Metadaten mithilfe eines AES-256-Verschlüsselungsalgorithmus nach Industriestandard zu verschlüsseln; Diese Funktion muss jedoch aktiviert werden, vgl. AWS-Whitepaper, Verschlüsseln von Dateidaten mit Amazon Elastic File System, abrufbar unter: [https://docs.aws.amazon.com/de\\_de/whitepapers/latest/efs-encrypted-file-systems/encryption-of-data-at-rest.html#:~:text=AWS%20bietet%20Ihnen%20die%20Tools%20zum%20Erstellen,Meta-daten%20mithilfe%20eines%20AES%2D256%2DVerschlüsselungsalgorithmus%20nach%20Industriestandard%20verschlüsselt](https://docs.aws.amazon.com/de_de/whitepapers/latest/efs-encrypted-file-systems/encryption-of-data-at-rest.html#:~:text=AWS%20bietet%20Ihnen%20die%20Tools%20zum%20Erstellen,Meta-daten%20mithilfe%20eines%20AES%2D256%2DVerschlüsselungsalgorithmus%20nach%20Industriestandard%20verschlüsselt) (zuletzt abgerufen am 24.04.2026).

<sup>94</sup> Zum Begriff der Pseudonymisierung vgl. Art. 4 Nr. 5 DSGVO.

<sup>95</sup> *Hartung*, in: Hilber, HdB Cloud Computing, Teil 8D Rn. 35ff.

Bei SaaS-Diensten gibt es oftmals keine technische Möglichkeit zur Sicherstellung des Geheimnisschutzes.<sup>96</sup> Zwar liegen die seitens des nutzenden Anwalts bereitgestellten Daten und Informationen auf der Infrastrukturebene (also dem IaaS-Anbieter) ebenfalls verschlüsselt. Der Cloud Service Provider, der seinen SaaS-Dienst dem Anwalt (etwa in Form cloudbasierter Kanzleisoftware) zur Verfügung stellt, ist jedoch im Besitz der Schlüssel und hat damit Zugriff auf geschützte Informationen. Diese Zugriffsmöglichkeit ist in einem bestimmten Umfang auch notwendig, da der Cloud Service Provider zur Bereitstellung seines SaaS-Services Zugriff auf bestimmte geschützte Informationen zwingend benötigt.<sup>97</sup> Im Verhältnis zwischen SaaS-Anbieter und Mandant ist daher eine – jedenfalls vollumfängliche – Verschlüsselung regelmäßig nicht möglich. Zwar existieren Modelle wie die Fully Homomorphic Encryption (FHE), die eine Berechnung verschlüsselter Daten ermöglichen soll, ohne diese zuvor entschlüsseln zu müssen, jedoch ist dieser technische Durchbruch von einem flächendeckenden Einsatz noch weit entfernt.<sup>98</sup>

## 2. Rechtliche Lösung (Erlaubtes Offenbaren)

Bedingt durch diese teilweise nur eingeschränkten technischen Möglichkeiten zur Wahrung des Geheimnisschutzes kommt der rechtlichen Lösung bei der anwaltlichen Nutzung cloudbasierter Serviceangebote eine maßgebliche Rolle zu. Der nach alter Rechtslage diskutierten Frage, ob die Nutzung von Cloud Computing Diensten grds. eine von der Allgemeinheit gebilligte Verhaltensweise im sozialen Leben darstellt und aufgrund dieser Sozialadäquanz kein Verstoß gegen die Verschwiegenheitspflicht bei der Nutzung gegeben ist, ist mit der Einführung des § 43e BRAO durch das Gesetz zur Neuregelung des Geheimnisschutzes<sup>99</sup> die Grundlage entzogen. Entsprechend verweist § 2 Abs. 4 lit. c) BORA de lege lata auf solche Arbeitsabläufe der Kanzlei, die außerhalb des Anwendungsbereichs des § 43e BRAO liegen.<sup>100</sup>

Als rechtliche Lösung sind damit die Entbindung des Anwaltes von der Schweigepflicht und/oder eine vertragliche Erweiterung des Geheimnisschutzes entsprechend den berufs- und strafrechtlichen Anforderungen (§ 43e BRAO. § 203 Abs. 3 StGB)

<sup>96</sup> *Hartung*, in: Hilber, HdB Cloud Computing, Teil 8D Rn. 38.

<sup>97</sup> *Cornelius*, StV 2016, 380 (384); *Hartung*, in: Hilber, HdB Cloud Computing, Teil 8D Rn. 38.

<sup>98</sup> *Deusch/Eggendorfer*, in: Taeger/Pohle, HdB Computerrecht, 50.1 Rn. 182 ff; vgl. auch *baffle*, Why Is Homomorphic Encryption Not Ready For Primetime?, abrufbar unter: <https://baffle.io/blog/why-is-homomorphic-encryption-not-ready-for-primetime/> (zuletzt abgerufen am 24.06.2026).

<sup>99</sup> Siehe Fn. 81.

<sup>100</sup> Zur Sozialadäquanz nach § 2 BORA nach altem Recht: *Cornelius*, StV 2016, 380.

möglich. Hierbei spielen auch datenschutzrechtliche Implikationen der Nutzung cloudbasierter Dienste eine maßgebliche Rolle.<sup>101</sup>

### a) Einwilligung

Einer Verletzung der Verschwiegenheitspflicht durch die anwaltliche Nutzung von Cloud-Services kann durch eine Einwilligung<sup>102</sup> des Mandanten verhindert werden, indem sich der Anwalt die Befugnis zur Zugangseröffnung gegenüber dem Cloud Service Provider erteilen lässt (Entbindung von der Schweigepflicht).<sup>103</sup> Als Träger des höchstpersönlichen Rechtsguts steht dem Mandanten die Dispositionsbefugnis über seine Geheimnisse zu.<sup>104</sup> Die Einwilligung kann ausdrücklich oder konkludent erfolgen.<sup>105</sup> Ein Formerfordernis besteht hierfür weder nach Straf- noch nach Berufsrecht.<sup>106</sup>

#### bb) Konkludente Einwilligung

Im Kontext internetbasierter Kommunikation wird eine konkludente Einwilligung angenommen, wenn der Mandant selbst die elektronische Kommunikation – bspw. per E-Mail – initiiert oder fortsetzt, nachdem der Anwalt ihn zumindest allgemein auf die bestehenden Risiken hingewiesen hat (§ 2 Abs. 2 S. 6 BORA).<sup>107</sup> Auch bei der Nutzung von Cloud Computing Diensten ist eine Einwilligung durch mandantenseitige Eröffnung des digitalen Kommunikationsweges denkbar. Allerdings

<sup>101</sup> Siehe hierzu S. 21f.

<sup>102</sup> Ob es sich bei der vorherigen Zustimmung des Betroffenen um eine rechtfertigende Einwilligung handelt oder um ein tatbestandsausschließendes Einverständnis ist umstritten; sich für ein tatbestandsausschließendes Einverständnis aussprechend: OLG Köln, NJW 1962, 686; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, § 203, Rn. 29; *Cierniak/Niehaus*, in: MüKo-StGB § 203 Rn. 57; *Wiedemann*, in: BeckOK-StGB § 203, Rn. 38; *Gasteyer* in: Scharmer/Hartung/Holl, BORA, § 2 Rn. 27; für die Einordnung als rechtfertigende Einwilligung plädierend: OLG Köln NJW 2000, 3656 (3657), *Heger*, in: *Lackner/Kühl/Heger*, Vorbm. § 201, Rn. 2; Für die gegenständliche Frage ist dies insoweit unbeachtlich, als dass in beiden Fällen eine Strafbarkeit nach § 203 StGB ausgeschlossen ist; Zum Streitstand im Kontext des § 203 StGB: *Cierniak/Niehaus*, in: MüKo-StGB, § 203 Rn. 63 m.w.N.

<sup>103</sup> *Hartung*, in: Leupold/Wiebe/Glossner, IT-Recht, Teil 11.4.2 Rn. 125.; *Cierniak/Niehaus*, in: MüKo-StGB, § 203 Rn. 57ff; Zu den allgemeinen Anforderungen der Einwilligung im datenschutzrechtlichen Kontext des Cloud Computing: *Borges*, in: *Borges/Meents*, Cloud Computing, § 8 Rn. 2ff;

<sup>104</sup> *Cornelius*, StV 2016, 380 (384).

<sup>105</sup> *Fischer*, StGB, § 203 Rn. 66; *Hartung*, in: Leupold/Wiebe/Glossner, IT-Recht, Teil 11.4.2 Rn. 126.

<sup>106</sup> *Hartung*, in: Leupold/Wiebe/Glossner, IT-Recht, Teil 11.4.2 Rn. 126.

<sup>107</sup> *Henssler*, in: *Henssler/Prütting*, BRAO, § 43a Rn. 92; *Bauckmann*, in: *Feuerich/Weyland*, BRAO, § 43a Rn. 25b.

setzt die Wirksamkeit einer konkludenten Einwilligung voraus, dass dem Mandanten das Risiko einer möglichen Kenntnisnahme geschützter Informationen durch Dritte bewusst ist.<sup>108</sup> Während dieses Bewusstsein im Falle einer E-Mail-Kommunikation als gesellschaftlich anerkannte elektronische Entsprechung der klassischen Briefpost unterstellt werden kann<sup>109</sup>, ist es bei (anderen) Cloud Services – insbesondere bei komplexeren Service-Modellen wie SaaS – deutlich weniger selbstverständlich. Stellt der Anwalt seine Internetpräsenz bspw. über einen klassischen Hosting-Service (IaaS) bereit und ermöglicht diese Webseite mittels eines Formulars eine Kontaktaufnahme, wird dem durchschnittlichen Nutzer nicht bewusst sein, dass es – im Falle einer unverschlüsselten Übermittlung – zu einer Kenntnisnahme geschützter Informationen durch den IaaS-Anbieter kommen könnte. Noch undurchsichtiger ist die Lage bei der Nutzung von SaaS-Diensten (wie z.B. Webseiten-Baukastenlösungen). Hier wird dem Mandanten zumeist verborgen bleiben, dass die Webseite des Anwalts über einen externen SaaS-Anbieter betrieben wird und ggü. welchen Akteuren eine Offenbarungsgefahr besteht. Eine konkludente Einwilligung wird bei cloudbasierten Diensten daher regelmäßig nicht anzunehmen sein.

### cc) *Ausdrückliche Einwilligung*

Die Komplexität moderner Cloud-Computing-Architekturen<sup>110</sup> stellt auch an die Wirksamkeit einer ausdrücklichen Einwilligung hohe Anforderungen. Damit der Ratsuchende bzw. Mandant wirksam über sein Rechtsgut disponieren kann, muss er die Tragweite und Bedeutung seiner Entscheidung erfassen können (Einsichts- und Urteilsfähigkeit).<sup>111</sup> Dies setzt eine zumindest grundlegende Aufklärung durch den Anwalt über die Funktionsweise des eingesetzten Cloud-Dienstes und der beteiligten Akteure voraus. Sie muss den Mandanten befähigen, sein Selbstbestimmungsrecht angemessen wahrzunehmen. Nur ein ordnungsgemäß aufgeklärter Nutzer kann wirksam einwilligen.<sup>112</sup> Erfolgt diese Aufklärung und Entbindung von der Schweigepflicht formulärmäßig, ist – mit Blick auf § 305c BGB und eine

<sup>108</sup> Vgl. *Henssler*, in: Henssler/Prütting, BRAO § 43a Rn. 90, 92; *Hartung*, in: Leupold/Wiebe/Glossner, IT-Recht, Teil 11.4.2 Rn. 126; BGH, Urt. v. 20.05.1992 – VIII ZR 240, 91, NJW 1992, 2348.

<sup>109</sup> *Bauckmann*, in: Feuerich/Weyland, BRAO, § 43a Rn. 25b; teilweise wird bei der elektronischen Übermittlung vertraulicher Informationen generell – also auch im Falle der E-Mail-Kommunikation – eine ausdrückliche Einwilligung verlangt, hierzu *Henssler*, in: Henssler/Prütting, BRAO, § 43a Rn. 92.

<sup>110</sup> Zu den technischen Grundlagen siehe S. 5ff.

<sup>111</sup> *Henssler*, in: Henssler/Prütting, BRAO § 43a Rn. 96; *Kargl*, in: NK-StGB, § 203 Rn. 103.

<sup>112</sup> Vgl. im Falle der Einwilligung in medizinische Behandlungen: *Wollersheim*, in: Clausen/Schroeder-Prinzen, AnWHD Medizinrecht, § 6 Rn. 143.

Klauselkontrolle<sup>113</sup> – sorgfältig zu arbeiten. Ein rein pauschaler Verweis auf den genutzten Cloud-Service wird regelmäßig nicht ausreichen, um eine wirksame Aufklärung des Einwilligenden annehmen zu können.<sup>114</sup> Jedenfalls ist auf die konkreten Risiken, die beteiligten Akteure, die zugrundeliegende Servicestruktur und den Umfang der Offenbarung einzugehen, damit der Einwilligende ein Bild davon erhält, wo, wem und in welchem Umfang unverschlüsselte, geschützte Informationen eröffnet werden.

Die Einwilligung ist damit zwar ein mögliches rechtliches Mittel zur rechtskonformen anwaltlichen Nutzung cloudbasierter Dienste, jedoch zugleich mit nicht unerheblichen Risiken behaftet.

#### **d) Vertragliche Erweiterung des Geheimnisschutzes und datenschutzrechtliche Implikationen**

Beauftragt der Anwalt einen Cloud Service Provider im Rahmen seiner Berufsausübung (§ 43e Abs. 1 S. 2 BRAO) und ist ein Offenbaren geschützter Informationen für die Inanspruchnahme des Cloud-Dienstes erforderlich (§ 43e Abs. 1 S. 1 Hs. 2 BRAO), kann der Anwalt dem Cloud Service Provider unter den weiteren Voraussetzungen des § 43e BRAO bzw. § 203 Abs. 3 StGB den Zugang zu geschützten Tatsachen eröffnen. Es liegt dann ein befugtes Offenbaren vor, das weder berufs- noch strafrechtliche Konsequenzen nach sich zieht. Dienstleister i.S.d. § 43e BRAO ist jede andere Person bzw. Stelle, die vom Anwalt im Rahmen seiner Berufsausübung mit Dienstleistungen beauftragt wird (§ 43e Abs. 1 S. 2 BRAO) und damit auch Anbieter von cloudbasierten Diensten.<sup>115</sup>

Neben der Erforderlichkeit setzt die Zugangseröffnung eine sorgfältige Auswahl des Cloud Service Providers voraus, der darüber hinaus durch vertragliche Vereinbarung in den Kreis der Geheimnisschutzverpflichteten nach Maßgabe des § 43e Abs. 3 BRAO aufzunehmen ist. Ergeben sich für den Anwalt Anhaltspunkte, die Zweifel an der Zuverlässigkeit des Cloud Service Providers begründen, hat er die Zusammenarbeit unverzüglich zu beenden (§ 43 Abs. 2 S. 2 BRAO).

<sup>113</sup> Zu den Anforderungen an formularvertragliche Vereinbarungen im Anwaltsvertrag: *Blattner*, AnwBl. 2012, 237.

<sup>114</sup> *Henssler*, in: Henssler/Prütting, BRAO § 43a Rn. 97; vgl. BGH, Urt. v. 20.05.1992 – VIII ZR 240, 91, NJW 1992, 2348.

<sup>115</sup> *Offermann-Burckart*, in: Remmert, Legal-Tech, § 2 Rn. 230; *Peitscher*, Anwaltsrecht, § 18 Rn. 29ff; *Henssler*, in: Henssler/Prütting, BRAO § 43e Rn. 9.

### e) Erforderlichkeit der Zugangseröffnung

Die Erforderlichkeit einer Zugangseröffnung (§ 43e Abs. 1 S. 1 Hs. 2 BRAO; § 203 Abs. 3 S. 2 Hs. 1 StGB) ist tätigkeitsbezogen zu ermitteln und kann bereits unter Berücksichtigung des Wortlauts („soweit [...] erforderlich“) nicht pauschal für jeglichen Cloud-Dienst beantwortet werden. An die Erforderlichkeit der Zugangseröffnung sind nach dem Willen des Gesetzgebers jedoch strenge Anforderungen zu setzen.<sup>116</sup> Der Wortlaut ist dementsprechend restriktiv auszulegen.<sup>117</sup>

Ob eine Zugangseröffnung ggü. dem Cloud Service Provider erforderlich ist, kann nur im Einzelfall unter genauerer Betrachtung des cloudbasierten Dienstes ermittelt werden. Jedenfalls nicht mehr erforderlich ist eine Zugangseröffnung aus Sicht des Gesetzgebers dann, wenn eine technische Lösung zum Geheimnisschutz durch Verschlüsselung möglich ist. In der Gesetzesbegründung wird in diesem Zusammenhang das Beispiel eines Cloud-Speichers (IaaS) herangezogen und darauf verwiesen, dass die Daten in diesen Fällen „regelmäßig [...] verschlüsselt gespeichert werden“ können.<sup>118</sup> Der anwaltlichen Praxis ist somit bereits hinsichtlich der Erforderlichkeit zu raten, bei der Nutzung von IaaS-Diensten den Cloud Service Provider sorgfältig auszuwählen und darauf zu achten, dass dieser eine vollumfängliche Datenverschlüsselung einerseits anbietet und dieses Feature andererseits auch aktiviert ist.<sup>119</sup> Zwar steht dem Anwalt bei der Beurteilung der Erforderlichkeit ein Ermessensspielraum zu, denn nach Ansicht des Gesetzgebers ist ihm „ein Spielraum für verantwortliche unternehmerische Entscheidungen“ zu eröffnen.<sup>120</sup> Letztlich wird damit die Verantwortung für die Einschätzung des „Ob“ der Zugangseröffnung jedoch schlicht auf den anwaltlichen Berufsstand abgewälzt und versäumt, klare Vorgaben für ein Non Legal Outsourcing zu etablieren.<sup>121</sup> Bei der Nutzung von IaaS-Angeboten (insb. Cloud Speichern) durch die Anwaltschaft sollte daher von einer Zugangseröffnung nach § 43e BRAO de lege lata abgesehen und eine technische Lösung angestrebt werden. Soweit dies im Einzelfall nicht möglich ist und eine Zugangseröffnung nach § 43e BRAO vorgenommen werden muss, sollten die hinter der Entscheidung stehenden Gründe vor dem Hintergrund der voll gerichtlich

<sup>116</sup> BT Drs. 18/11936, S. 34.

<sup>117</sup> *Henssler*, in: *Henssler/Prütting*, BRAO § 43e Rn. 8; *Peitscher*, *Anwaltsrecht*, § 18 Rn. 29.; *Hartung*, *AnwBl.* 2018, 460 (462).

<sup>118</sup> BT Drs. 18/11936, S. 34.

<sup>119</sup> Zu den technischen Schutzverfahren siehe C. III. 1.

<sup>120</sup> BT Drs. 18/11936, S. 34; *Henssler*, in: *Henssler/Prütting*, BRAO § 43e Rn. 8; *Offermann-Burckart*, in: *Remmert*, *Legal-Tech*, § 2 Rn. 235

<sup>121</sup> Kritisch auch *Henssler*, in: *Henssler/Prütting*, BRAO § 43e Rn. 8; *Grupp*, *AnwBl.* 2017, 816 (820), *Kleine-Cosack*, BRAO, §43e Rn. 2.

überprüfbar<sup>122</sup> anwaltlichen Erforderlichkeitsprüfung dokumentiert werden. Zur Risikominimierung kann darüber hinaus eine ausdrückliche Einwilligung des Mandanten zur Speicherung der Daten beim IaaS-Dienstleister eingeholt werden.<sup>123</sup>

Unter Berücksichtigung dieser gesetzgeberischen Wertung ist für die anwaltliche Nutzung von SaaS-Diensten in der Regel eine Zugangseröffnung erforderlich, da bei diesen Cloud-Services derzeit keine technische Lösung für eine vollverschlüsselte Verarbeitung geschützter Informationen besteht.<sup>124</sup> Damit ergibt sich im Umkehrschluss jedoch die berufsrechtliche Pflicht des Anwaltes, sich über den aktuellen Stand der Technik in regelmäßigen Abständen – in den Grenzen der Zumutbarkeit – zu informieren. Denn mit der Marktreife einer technischen Möglichkeit zur vollverschlüsselten Datenverarbeitung und einem tatsächlichen Angebot solcher SaaS-Dienste intendiert jedenfalls das Merkmal der Erforderlichkeit in § 43e Abs. 1 S. 1 Hs. 2 BRAO, der Wille des Gesetzgebers<sup>125</sup> und nicht zuletzt der Sinn und Zweck des Geheimnisschutzes<sup>126</sup> die Pflicht einer Nutzung solcher cloudbasierten Dienste, die eine Zugangseröffnung nach § 43e BRAO aufgrund einer technischen Lösung erst gar nicht erforderlich machen.

#### **f) Sorgfältige Auswahl des Cloud Service Providers (§ 43e Abs. 2 S. 1 BRAO)**

Ist die Zugangseröffnung erforderlich, darf der Anwalt nur „geeignete Dienstleister“ beauftragen.<sup>127</sup> Welche konkrete Anforderungen an die Geeignetheit zu stellen sind, ist nicht abschließend geklärt.<sup>128</sup> Die Gesetzesbegründung verweist auf die „fachliche Eignung und Zuverlässigkeit des Dienstleisters“ und stellt fest, dass hierfür „Zertifizierungen und sonstige Qualifikationsnachweise [...] eine Hilfe“ sein „können“. Welche Zertifizierungen bzw. Qualifikationsnachweise hilfreich sind und inwieweit eine bestehende Zertifizierung überhaupt für die Überprüfung der fachlichen Eignung und Zuverlässigkeit des Dienstleisters ausreichend ist, wird nicht festgestellt.<sup>129</sup> Der Gesetzgeber verweist diesbezüglich pauschal auf die Anforderungen im Rahmen der datenschutzrechtlichen Auftragsdatenverarbeitung nach Art. 28 DSGVO.

<sup>122</sup> Henssler, in: Henssler/Prütting, BRAO § 43e Rn. 8.

<sup>123</sup> Zur Einwilligung siehe S. 17ff.

<sup>124</sup> Siehe hierzu: S. 15f.

<sup>125</sup> BT Drs. 18/11936, S. 34.

<sup>126</sup> Siehe hierzu S. 11.

<sup>127</sup> BT Drs. 18/11936, S. 34.

<sup>128</sup> So wohl auch Offermann-Burckart, in: Remmert, Legal-Tech, § 2 Rn. 237; Henssler, in: Henssler/Prütting, BRAO § 43e Rn. 12.

<sup>129</sup> Offermann-Burckart, in: Remmert, Legal-Tech, § 2 Rn. 237.

(1) Art. 28 DSGVO

Aufgrund des vergleichbaren Schutzniveaus<sup>130</sup> wird damit die Brücke zu den obligatorischen datenschutzrechtlichen Anforderungen an ein IT-Outsourcing durch die DSGVO geschlagen. Die DSGVO ist als Verordnung unmittelbar geltendes Recht (Art. 288 AEUV) und auch auf die anwaltliche Datenverarbeitung grundsätzlich anwendbar.<sup>131</sup> Die nach alter Rechtslage strittige Frage, ob der Anwalt aufgrund seiner Stellung als Geheimnisträger überhaupt Normadressat des Datenschutzrechts ist, hat mit der Neuordnung durch die DSGVO keinen Bestand mehr.<sup>132</sup> Auch ein Anwalt verarbeitet personenbezogene Daten (Art. 2 Abs. 1, Art. 4 Nrn. 1, 2 DSGVO) unabhängig davon, ob es sich um geheime Informationen handelt oder nicht.<sup>133</sup> Die Zulässigkeit dieser Verarbeitung ergibt sich aus Art. 6 Abs. 1 lit. b DSGVO bzw. – bei sensiblen Daten<sup>134</sup> – aus Art. 9 Abs. 2 lit. f DSGVO.<sup>135</sup>

Gleichwohl entsteht aufgrund der Geheimhaltungspflichten im Falle der anwaltlichen Datenverarbeitung ein Spannungsfeld zwischen den datenschutzrechtlichen Anforderungen und den letztlich strafbewehrten berufsrechtlichen Pflichten. Ein genereller Anwendungsvorrang des Berufsrechts, wie er in der Subsidiaritätsklausel des § 1 Abs. 2 S. 3 BDSG anklingt, ist aufgrund des Anwendungsvorrangs<sup>136</sup> der DSGVO gegenüber dem BDSG abzulehnen.<sup>137</sup> Auf Basis der Öffnungsklausel (Art. 23 Abs. 1 lit. i; Art. 90 Abs. 1 DSGVO) hat der nationale Gesetzgeber gleichwohl in den §§ 29 ff. für die Anwaltschaft relevante Ausnahmetatbestände geschaffen, die im Wesentlichen die Anwendbarkeit der Rechte Betroffener und Dritter adressieren. Damit gelten im Ausgangspunkt die Grundsätze für die Verarbeitung personenbezogener Daten und insbesondere die Anforderungen einer Auftragsdatenverarbeitung nach Art. 28 DSGVO auf die die Gesetzesbegründung zu § 43e Abs. 2 S. 1 BRAO rekurriert.

<sup>130</sup> Vgl. *Gasteyer/Säljemar*, NJW 2020, 1768 (1769).

<sup>131</sup> *Eichfeld/Hagen/James/James*, in: Leupold/Wiebe/Glossner, IT-Recht, Teil 15.3 Rn. 17.

<sup>132</sup> Hierzu: *Weichert*, NJW 2009, 550.

<sup>133</sup> *Uwer*, in: Wolff/Brink/v. Ungern-Sternberg, BeckOK-Datenschutzrecht, Syst. F. Rn. 11.

<sup>134</sup> Zum Konzept sensibler Daten und Schutzerfordernissen: *Albers/Veit*, in: BeckOK-Datenschutzrecht, Art. 9 Rn. 18ff.

<sup>135</sup> Zur Erforderlichkeit i.S.d Art. 6 Abs. 1 lit b): *Heberlein*, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, Art. 6 Rn. 24ff.

<sup>136</sup> EUGH, Urt. v. 05.02.1963 – C 26/62, ECLI:EU:C:1963:1 (Van Gend en Loos), S 23; EUGH, Urt. v. 15.07.1964 – C 6-64, ECLI:EU:C:1964:66 (Costa/ENEL), S. 1270.

<sup>137</sup> *Uwer*, in: BeckOK-Datenschutzrecht, Syst. F. Rn. 11; *Zikesch/Kramer*, ZD 2015, 565.

## (2) Auftragsdatenverarbeitungsvertrag und sorgfältige Auswahl

Datenschutzrechtlich handelt es sich bei Cloud Computing regelmäßig um eine Auftragsdatenverarbeitung. Denn der Cloud Service Provider agiert in diesen Fällen als juristische Person, die personenbezogene Daten des Mandanten (betroffene Person) im Auftrag des für die Datenverarbeitung weiterhin verantwortlichen Anwalts<sup>138</sup> verarbeitet (Art. 4 Nr. 7 DSGVO).<sup>139</sup> Erlaubt ist eine solche Zugänglichmachung personenbezogener Daten durch den Anwalt an den Cloud Provider als Auftragsverarbeiter nur auf Basis eines Vertrags nach Maßgabe des § 28 Abs. 3 lit. a)–h) (Auftragsdatenverarbeitungsvertrag [AVV], engl. Data Processing Agreement [DPA]). Der AVV muss Gegenstand und Dauer sowie Art und Zweck der Verarbeitung, die Art der personenbezogenen Daten und die Kategorien betroffener Personen<sup>140</sup> festlegen. Der Umfang der Weisungsbefugnisse des Verantwortlichen ist zu regeln, ebenso wie die Verpflichtung zur Verschwiegenheit der zur Verarbeitung befugten Personen (Art. 28 Abs. 3 lit. b, d). Darüber hinaus müssen durch den Auftragsverarbeiter geeignete technische und organisatorische Maßnahmen (TOMs) zum Schutz der Daten nach Art. 32 DSGVO vereinbart werden (Art. 28 Abs. 3 lit. c). Die hinreichende Garantie zur Sicherstellung der TOMs begründet im Regelfall die Feststellung der fachlichen Eignung des Cloud Service Providers und damit eine sorgfältige Auswahl i.S.d. Art. 28 Abs. 1 DSGVO.<sup>141</sup> Damit wird die hinreichende Garantie zur Sicherstellung geeigneter technischer und organisatorischer Maßnahmen für eine DSGVO-konforme Datenverarbeitung aufgrund des Verweises in der Gesetzesbegründung<sup>142</sup> auch ausreichend zur Erfüllung der berufsrechtlich angeordneten sorgfältigen Auswahl nach § 43e Abs. 2 S. 1 BRAO sein. Die TOMs werden regelmäßig dem AVV als Anhang beigelegt. Fehlt ein entsprechender Appendix, sollte von einem Vertragsschluss zunächst abgesehen und die TOMs angefordert werden. Inhaltlich ist eine Plausibilitätsprüfung ausreichend. Eine darüber hinausgehende Pflicht zur inhaltlichen Prüfung ist dem regelmäßig allenfalls technikaffinen Anwalt nicht zumutbar.<sup>143</sup> Eine Pflicht zur Vor-Ort-Prüfung beim Cloud Service Provider durch den Anwalt, wie es § 11 Abs. 2 S. 4 BDSG a.F. noch vorsah wird nur in Ausnahmefällen anzunehmen sein, da sie in der Praxis im Regelfall nicht zumutbar ist.<sup>144</sup> Zu Beweis Zwecken sollte das Auswahlverfahren dokumentiert werden.<sup>145</sup>

<sup>138</sup> Zum Begriff des Verantwortlichen i.S.d. DSGVO siehe Art. 4 Nr. 7 DSGVO.

<sup>139</sup> *Hessel/Schneider*, ZD 2024, 620 (621).

<sup>140</sup> *Hennrich*, Cloud Computing nach der DSGVO, S. 136.

<sup>141</sup> *Hartung*, in: Leupold/Wiebe/Glossner, IT-Recht, Teil 11.4.2 Rn. 51f; *Offermann-Burckart*, in: Remmert, Legal-Tech, § 2 Rn. 242.

<sup>142</sup> BT Drs. 18/11936, S. 34.

<sup>143</sup> So auch *Hennrich*, Cloud Computing nach der DSGVO, S. 135.

<sup>144</sup> So auch: *Henssler*, in: Henssler/Prütting, BRAO § 43e Rn. 18.

<sup>145</sup> Ebenso: *Offermann-Burckart*, in: Remmert, Legal-Tech, § 2 Rn. 241.

Der Nachweis zur Einhaltung der TOM kann gem. Art. 32 Abs. 3 DSGVO auch durch eine Zertifizierung i.S.d. Art. 42 DSGVO erfolgen. Seit Mitte 2024 existiert mit dem Zertifizierungsverfahren AUDITOR erstmals eine für Cloud Computing i.S.d. Art. 42 DSGVO anerkannte Zertifizierung. Der häufig zitierte Cloud Computing Compliance Criteria Catalogue – C5:2020 (C5 Testat)<sup>146</sup> des BSI ist keine Zertifizierung nach Art. 42 DSGVO.<sup>147</sup> C5:2020 dient als anerkannter Sicherheitsstandard und wird insbesondere in regulierten Branchen als Nachweis für die Einhaltung hoher IT-Sicherheitsanforderungen genutzt.<sup>148</sup> Das Testat nach C5 kann daher im Rahmen einer Risikoabwägung und bei der Auswahl von Cloud Service Providern als starkes Indiz für ein angemessenes Sicherheitsniveau herangezogen werden.

Die vertragliche Sicherstellung der TOMs nach Maßgabe des Art. 32 DSGVO durch den Auftragsverarbeiter entbinden den weiterhin für die Datenverarbeitung verantwortlichen Anwalt nicht davon, seinerseits technische und organisatorische Maßnahmen zur Sicherstellung des Datenschutzes zu treffen.<sup>149</sup> Hierzu ist er als verantwortlicher Datenverarbeiter innerhalb seiner Sphäre weiterhin verpflichtet (Art. 24 DSGVO). Der auftragsverarbeitende Cloud Service Provider ist vertraglich zu verpflichten, den Anwalt hierbei im Kontext der Auftragsdatenverarbeitung zu unterstützen (Art. 28 Abs. 3 lit. e, f).<sup>150</sup> Der AVV muss darüber hinaus die Bedingungen für die Hinzuziehung von Subunternehmern regeln und die Unterstützungspflichten des Auftragsverarbeiters hinsichtlich Betroffenenrechten, Datensicherheit, Meldepflichten bei Datenschutzverletzungen und Datenschutz-Folgenabschätzungen festlegen. Zudem ist zu vereinbaren, wie nach Abschluss der Verarbeitung die Daten zurückgegeben oder gelöscht werden, wie Kontroll- und Nachweispflichten ausgestaltet sind und dass der Auftragsverarbeiter den Verantwortlichen informiert, falls eine Weisung gegen Datenschutzrecht verstößt (Art. 28 Abs. 3 lit. g, h).

<sup>146</sup> BSI Kriterienkatalog C5, abrufbar unter: [https://www.bsi.bund.de/DE/Themen/Unternehmen-und-Organisationen/Informationen-und-Empfehlungen/Empfehlungen-nach-Angriffszielen/Cloud-Computing/Kriterienkatalog-C5/kriterienkatalog-c5\\_node.html](https://www.bsi.bund.de/DE/Themen/Unternehmen-und-Organisationen/Informationen-und-Empfehlungen/Empfehlungen-nach-Angriffszielen/Cloud-Computing/Kriterienkatalog-C5/kriterienkatalog-c5_node.html) (zuletzt abgerufen am 24.06.2026).

<sup>147</sup> Das BSI selbst weist darauf hin, dass C5:2020 und die DSGVO-Zertifizierungsverfahren (wie AUDITOR) komplementär zu sehen sind, C5 aber keine DSGVO-Zertifizierung darstellt: Vgl. BSI, FAQ C5, abrufbar unter: [https://www.bsi.bund.de/DE/Themen/Unternehmen-und-Organisationen/Informationen-und-Empfehlungen/Empfehlungen-nach-Angriffszielen/Cloud-Computing/Kriterienkatalog-C5/C5-FAQ/kriterienkatalog-c5-faq\\_node.html](https://www.bsi.bund.de/DE/Themen/Unternehmen-und-Organisationen/Informationen-und-Empfehlungen/Empfehlungen-nach-Angriffszielen/Cloud-Computing/Kriterienkatalog-C5/C5-FAQ/kriterienkatalog-c5-faq_node.html), (zuletzt abgerufen am 24.06.2026), siehe auch BMW, Pressemitteilung zur Vorstellung des C5:2020 v. 21.01.2020, abrufbar unter: <https://www.trusted-cloud.de/news/das-bsi-stellt-die-neue-version-c52020-vor/> (zuletzt abgerufen am 24.06.2026).

<sup>148</sup> Vgl. *Offermann-Burckart*, in: Remmert, Legal-Tech, § 2 Rn. 198ff.

<sup>149</sup> Vgl. *Hartung*, in: Leupold/Wiebe, Glossner, IT-Recht, Teil 11.4.2 Rn. 57.

<sup>150</sup> *Henrich*, Cloud Computing nach der DSGVO, S. 138.

### c) Anforderungen an den Vertragsinhalt (§ 43e Abs. 3 BRAO)

Zusätzlich zum AVV ist mit dem ausgewählten Cloud-Provider eine Vereinbarung nach Maßgabe des § 43e Abs. 3 S. 1 Nrn. 1–3 BRAO (Geheimnisschutzvereinbarung [GSV]) zu treffen. Die Vorschrift beinhaltet Anforderungen an den dem Cloud-Dienst zugrundeliegenden Cloud Service Vertrag. Dies ergibt sich einerseits aus dem Wortlaut „Der Vertrag mit dem Dienstleister“ und andererseits aus dem Sinn und Zweck der Vorschrift.<sup>151</sup> Die zur Zugangseröffnung geschützter Informationen notwendige Erweiterung des Geheimnisschutzes muss mit der Unterzeichnung des Cloud Service Vertrages erfolgen, da ab diesem Zeitpunkt ein Anspruch auf die Serviceleistung besteht. Wohl auch aus diesem Grund lässt der Gesetzgeber die Textform (§ 126b BGB) ausreichen, um Medienbrüche zu vermeiden.<sup>152</sup> Eine vom Hauptvertrag getrennte GSV sollte zeitgleich oder unverzüglich nach Abschluss des Cloud Service Vertrages vereinbart werden. Eine Einbeziehung in den Hauptvertrag ist zu empfehlen.

In der GSV ist der Cloud Service Provider unter Belehrung der strafrechtlichen Folgen des § 203 Abs. 4 StGB zur Verschwiegenheit zu verpflichten (§ 43e Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BRAO). Daneben hat der Anwalt ihn dahingehend vertraglich zu binden, seinen Zugriff auf geheime Informationen auf das für die Bereitstellung des Services notwendige Maß zu beschränken (§ 43 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BRAO). Wortlaut und Gesetzesbegründung dieser Inhaltsbestimmung lassen eine rein deklaratorische Vertragsklausel zwar zu. Vor dem Hintergrund des Telos ist gleichwohl zu empfehlen, im Rahmen der vertraglichen Begrenzung zur Kenntnisverschaffung des Cloud Service Providers den konkreten Dienst hinsichtlich Gegenstand, Art und Zwecks der Datenverarbeitung – ähnlich den Anforderungen an den AVV – zu bestimmen, sofern dies im Cloud-Service-Vertrag nicht bereits erfolgt ist.<sup>153</sup> Denn § 43e Abs. 3 Nr. 2 BRAO ergänzt die Pflicht des Anwaltes zur Erforderlichkeitsprüfung (§ 43e Abs. 1 BRAO) – also das „Ob“ der Zugangseröffnung – um den Umfang der Zugangseröffnung. Dies setzt eine Konkretisierung des zugrundeliegenden Cloud-Dienstes und seiner Funktion voraus.

In der GSV ist darüber hinaus aufzunehmen, ob der Cloud Service Provider befugt ist, weitere Personen zur Erfüllung des Vertrages hinzuzuziehen (§ 43e Abs. 3

<sup>151</sup> Vgl. *Henssler*, in: *Henssler/Prütting*, BRAO § 43e Rn. 20.

<sup>152</sup> BT-Drs. 18/11936, S. 35; *Offermann-Burckart*, in: *Remmert*, Legal-Tech, § 2 Rn. 246ff; *Henssler*, in: *Henssler/Prütting*, BRAO § 43e Rn. 21.

<sup>153</sup> So erfolgt die nähere Beschreibung eines SaaS-Services im Cloud-Service-Vertrag etwa durch eine Funktionsbeschreibung (als Anlage), vgl. *Krück*, in: *BeckOF-IT- und Datenrecht*, 1.15 Cloud Services Vertrag (SaaS).

Nr. 3 BRAO). Insbesondere bei der Inanspruchnahme von SaaS-Diensten wird dies regelmäßig notwendig sein, da SaaS-Anbieter ihrerseits auf (cloudbasierte) Dienste zur Bereitstellung ihres Angebotes zurückgreifen.<sup>154</sup> Der Cloud Service Provider ist dann zu verpflichten, die weiteren Personen seinerseits zur Verschwiegenheit zu verpflichten. Die Mitarbeiter des Cloud Service Providers sind keine „weiteren Personen“ i.S.d. § 43e Abs. 3 Nr. 3 BRAO.<sup>155</sup>

#### **d) Unverzügliche Beendigung bei Unzuverlässigkeit**

Ergeben sich für den Anwalt nach Vertragsschluss mit dem Cloud Service Provider Anhaltspunkte, dass der durch die GSV getroffene Pflichtenkatalog nicht gewährleistet ist, hat der Anwalt „die Zusammenarbeit unverzüglich zu beenden“ (§ 43 Abs. 2 S. 2 BRAO). Der Gesetzgeber lässt hierbei bereits „konkrete Zweifel an der mit Blick auf die Verschwiegenheitspflicht erforderlichen Zuverlässigkeit“ genügen.<sup>156</sup> Der Anwalt ist damit berufsrechtlich verpflichtet, bei Bestehen verbleibender Zweifel an der Zuverlässigkeit zur Einhaltung der GSV nach einer Überprüfung des Cloud Service Providers den Cloud-Service-Vertrag durch Ausübung seiner Gestaltungsrechte ohne schuldhaftes Zögern (§ 121 BGB analog) zu beenden. Hierfür wird eine Frist von bis zu 14 Tage für angemessen erachtet.<sup>157</sup> Im Falle von Cloud Service Verträgen, die kein 14-tägiges ordentliches Kündigungsrecht vorsehen, stellt sich die Frage, ob dem Anwalt ein außerordentliches Kündigungsrecht zusteht. Dies hängt zunächst von der vertragstypologischen Einordnung von Cloud Service Verträgen ab, die nicht abschließend geklärt ist.<sup>158</sup> Ordnet man die cloudbasierte Bereitstellung von Hard- bzw. Software dem Mietvertragsrecht zu, so bemisst sich das außerordentliche Kündigungsrecht nach § 543 Abs. 1 BGB.<sup>159</sup> Unter Berücksichtigung der disziplinar- und strafrechtlichen Risiken des Anwaltes im Falle eines unbefugten Offenbarens wird eine Unzumutbarkeit zur Fortsetzung des Cloud Service Vertrages nach § 543 Abs. 1 BGB zwar regelmäßig anzunehmen sein, gleichwohl müssen die eine Unzuverlässigkeit nach § 43e Abs. 2 S. 2 BRAO begründenden

<sup>154</sup> Zu beachten ist eine mögliche Entbehrlichkeit nach § 43e Abs. 5 und 7 BRAO, die im Falle der Nutzung von Cloud Computing Diensten im Regelfall jedoch nicht einschlägig sind.

<sup>155</sup> BT-Drs. 18/11936, S. 35.

<sup>156</sup> BT-Drs. 18/11936, S. 34.

<sup>157</sup> *Gasteyer*, in: Hartung/Scharmer/Holl, BORA, § 43e BRAO, Rn. 12; wohl auch *Henssler*, in: Henssler/Prütting, BRAO § 43e Rn. 18.

<sup>158</sup> Für SaaS-Dienste wird regelmäßig ein Vergleich mit der Rechtsprechung des BGH zum Applikation Software Providing (ASP) gezogen, siehe: *Stögmüller*, in: Leupold/Wiebe/Glossner, IT-Recht, 11.4.3 Rn. 6.

<sup>159</sup> Zur mietvertraglichen Einordnung: *Meents*, in: Borges/Meents, Cloud Computing, § 4 Rn. 113f; *Stögmüller*, in: Leupold/Wiebe/Glossner, IT-Recht, 11.4.3 Rn. 6f.

Umstände hinreichend konkret sein. Eine bloße allgemeine Unzuverlässigkeit des Cloud Service Providers reicht nicht aus.<sup>160</sup> An dieser Stelle liegt das Risiko im Spannungsfeld zwischen unwirksamer Ausübung von Gestaltungsrechten und der Einhaltung berufs- und strafrechtlicher Anforderungen beim Anwalt. De lege lata sollte beim Abschluss von Cloud Service Verträgen daher die Nichteinhaltung der GSV als Regelbeispiel für ein außerordentliches Kündigungsrecht zum Vertragsinhalt gemacht werden. Ein solches Regelbeispiel kann durch gegenseitige Informations- und Aufklärungspflichten zur Sicherstellung der Erfüllung des Vertragszwecks flankiert werden.

#### **D. Fazit**

Die Nutzung cloudbasierter Dienste ist für die anwaltliche Praxis – neben den datenschutzrechtlichen Implikationen – mit erheblichen berufsrechtlichen und strafrechtlichen Herausforderungen verbunden. Rechtlich möglich wird die Nutzung cloudbasierter Dienste durch die Zugangseröffnung gemäß § 43e BRAO und § 203 StGB – bleibt aber risikobehaftet und erfordert eine stetige Kontrolle des nutzenden Anwaltes. Maßnahmen für die rechtssichere Nutzung sind konsequente Verschlüsselung vertraulicher Daten dort, wo es technisch möglich ist, strenge Zugriffskontrollen, eine umfassende Protokollierung sowie klare und den berufsrechtlichen Anforderungen entsprechende vertragliche Regelungen. Ergänzend sollten sensible Informationen möglichst pseudonymisiert verarbeitet werden, um Risiken zu minimieren. Die Einholung einer ausdrücklichen Einwilligung des Mandanten kann ein zusätzliches sicherndes rechtliches Instrument darstellen. Nur durch die konsequente Einhaltung der im Rahmen dieser Arbeit dargestellten geheimnisschutz- und datenschutzrechtlichen Anforderungen lässt sich eine rechtskonforme anwaltliche Nutzung von Cloud-Diensten realisieren.

---

<sup>160</sup> Vgl. hierzu: LG Köln, Urt. v. 16.02.2022 – 28 O 303/20, ZD 2022, 390 (392); *Henssler*, in: *Henssler/Prütting*, BRAO § 43e Rn. 18.





Christian Volkmar Bongers\*

# Zur Aufarbeitung von Raub- und Beutekunstfällen\*\*

## A. Problemstellung

Kunst blickt auf eine lange Tradition der Selbstdarstellung zurück. Insbesondere westliche Kunst diene bis zur Renaissance vorwiegend der Veranschaulichung christlicher Mythen<sup>1</sup> und als Statussymbol des Adels, bevor im 19. Jahrhundert das aufstrebende Bürgertum an die Stelle von Kirche und Adel trat<sup>2</sup>. Die menschliche Geschichte hat gezeigt, dass jene Menschen, die die Herrscherrolle in einer Gesellschaft für sich beanspruchen, oft auch die Kunst für sich beanspruchen und das, falls nötig, auch mit Gewalt. Ein bekanntes Beispiel hierfür sind die Raub- und Beutezüge der Nationalsozialisten und sowjetischen Trophäenbrigaden. Unterschieden wird dabei zwischen *Raub-* und *Beutekunst*.<sup>3</sup> *Raubkunst* meint den *verfolgungsbedingten* Entzug<sup>4</sup> von Kunstgegenständen, der sich gegen Personen richtete, „die einer Personengruppe angehören, die von den Nationalsozialisten zwischen 1933 und 1945

---

\* Dr. Christian Volkmar Bongers ist Lehrbeauftragter des Instituts für Wirtschaftsprüfung an der Universität des Saarlandes.

\*\* Der Beitrag ist in der Fassung abgedruckt, in der er zur Veröffentlichung angenommen wurde. Daher sind die Einführung einer Schiedsgerichtsbarkeit zum Dezember 2025 und die Überarbeitung der Handreichung zur Umsetzung Washingtoner Erklärung 2025 noch nicht berücksichtigt.

<sup>1</sup> Vgl. Parks, Kunst verstehen von A–Z: Analyse, Technik, Praxis, 2016, S. 150.

<sup>2</sup> Vgl. Hermsen, Kunstförderung zwischen Passion und Kommerz: vom bürgerlichen Mäzen zum Sponsor der Moderne, 1997, S. 52; Neßler/Eimuth/Friedrichs, in: Steinkeller, CSR und Kultur, 2015, S. 88.

<sup>3</sup> Im Schrifttum werden die Fälle unterschiedlich kategorisiert, vgl. weiterführend zu unterschiedlichen Ansätzen Rosenkranz, Der schwierige Umgang mit NS-Raubkunst: Eine Analyse aus rechtlicher Perspektive am Beispiel des Schwabinger Kunstfundes, 2017, S. 31 f. Z.B. differenziert Anton, Kulturgüterschutz und Kunstrestitutionsrecht, Bd. I, 2010, 7. Teil, Rn. 65 zwischen Raubkunst (inländischer Entzug) und Beutekunst (ausländischer Entzug). Darauf soll hier nicht näher eingegangen werden. Dieser Beitrag folgt, ebenso wie Rosenkranz, der Kategorisierung nach Hartung, Kunstraub in Krieg und Verfolgung: Die Restitution der Beute- und Raubkunst im Kollisions- und Völkerrecht, 2005, S. 9.

<sup>4</sup> „Entziehen“ meint in diesem Zusammenhang zum einen die *Zwangswegnahme* durch den nationalsozialistischen Staat und zum anderen die *Weggabe* aufgrund verfolgungsbedingter Maßnahmen, vgl. Bertz/Dorrmann, Raubkunst und Restitution: Kulturgut aus jüdischem Besitz von 1933 bis heute, 2008, S. 9, Bergmann, a.a.O. (Fn. 3), S. 5.

aus rassistischen, religiösen oder politischen Gründen verfolgt worden sind.“<sup>5</sup> Überwiegend, aber nicht ausschließlich, handelte es sich dabei um Juden. Als *Beutekunst* werden hingegen Kunstgegenstände bezeichnet, die *kriegsbedingt* aus einem Staat in einen anderen Staat verlagert wurden. Auf deutscher Seite überschneiden sich die beiden Fallgruppen regelmäßig, da die Erbeutung von Kunstgegenständen in den Besatzungsgebieten mehrheitlich sowohl kriegs- als auch verfolgungsbedingt erfolgte. Die Aufarbeitung solcher Fälle ist juristisch komplex, im Schrifttum stark umstritten<sup>6</sup> und belastet den Kunsthandel bis heute. Dieser Beitrag soll aufzeigen, worin die juristischen Schwierigkeiten bestehen und anschließend Lösungsvorschläge anbieten, bestehende Spannungsfelder abzubauen.

## B. Raubkunst

### I. Hintergründe

Das Schrifttum teilt den Kunstraub an der jüdischen Bevölkerung im Dritten Reich gewöhnlich in zwei Phasen ein:<sup>7</sup> In der ersten Phase erhöhten die Nationalsozialisten systematisch den politischen Druck auf Juden.<sup>8</sup> Insbesondere schuf man Beweggründe, die Juden finanziell zur Weggabe ihrer Kunstgegenstände zwangen: So setzte der Betrieb eines Kunsthandels voraus, Mitglied in der Reichskammer der Bildenden Künste zu sein (§ 4 der ersten Verordnung zur Durchführung des Reichskulturgesetzes v. 01.11.1933<sup>9</sup>). Nach dem Erlass des Reichsbürgergesetzes<sup>10</sup> im September 1935 knüpfte die Reichskammer die Mitgliedschaft an die Nachreichung eines sogenannten „Ariernachweises“. Die Nachweispflicht führte zum sukzessiven Ausschluss jüdischer Kunsthändler und kam somit einem faktischen Berufsverbot gleich. Die Auswanderung aus dem Deutschen Reich erschwerte seit 1931 die Pflicht, eine Reichsfluchtsteuer i.H.v. 25% des Gesamtvermögens zu entrichten,<sup>11</sup>

<sup>5</sup> Hartung, a.a.O. (Fn. 4), S. 60.

<sup>6</sup> Vgl. etwa Heuer, NJW 1999, 2558; Müller-Katzenburg, NJW 1999, 2551; Lange/Oehler, ZRP 2014, 86; Rodenbach, ZOV 2014, 74; Wasmuth, NJW 2014, 747; Bergmann, Der Verfall des Eigentums, 2015; Bischof, KUR 2015, 14; Raue, GRUR 2015, 1; Hartung, NJW 2020, 718; Lahusen, NJW 2023, 2396.

<sup>7</sup> Vgl. etwa Hartung, a.a.O. (Fn. 4), S. 47; Anton, a.a.O. (Fn. 3), 7. Teil, Rn. 66; Bergmann, a.a.O. (Fn. 3), S. 5. Rosenkranz, a.a.O. (Fn. 4), S. 20 differenziert innerhalb der ersten Phase noch zusätzlich zwischen dem Zeitraum vor und dem Zeitraum nach Inkrafttreten der Nürnberger Gesetze.

<sup>8</sup> Vgl., auch im Folgenden, zur rechtshistorischen Aufarbeitung Hartung, a.a.O. (Fn. 4), S. 38–48, Rodenbach, ZOV 2014, 74 (74).

<sup>9</sup> RGBl. I 1933, 797.

<sup>10</sup> Reichsbürgergesetz v. 15.10.1935, RGBl. I 1935, 1146.

<sup>11</sup> Vgl. Vierte (Not-)Verordnung des Reichspräsidenten zur Sicherung von Wirtschaft und

deren Freigrenzen die Nationalsozialisten im Mai 1934 erheblich reduzierten<sup>12</sup>. Durch die Maßnahmen waren die Betroffenen oftmals gezwungen, ihre Kunst in Notverkäufen wegzugeben, um die Reichsfluchtsteuer aufzubringen oder ihren Lebensunterhalt im Deutschen Reich oder in der neuen Heimat zu bestreiten (*Entzug durch Weggabe*). Eine aktive *Wegnahme* durch den Staat erfolgte während dieser ersten Phase nur in Einzelfällen. Juristisch stützte man sich dann auf die Gesetze über die Einziehung sogenannter volks- und staatsfeindlicher Vermögen.<sup>13</sup>

1938 leiteten die Nationalsozialisten die zweite Phase des systematischen Kunst- raubs ein: Zunächst verpflichteten sie die jüdische Bevölkerung zur Anmeldung und Bewertung ihres gesamten in- und ausländischen Vermögens.<sup>14</sup> Im Anschluss an die Pogrome in der Nacht zum 10.11.1938 erhoben die Nationalsozialisten von allen Juden deutscher Staatsangehörigkeit eine sogenannte „Sühneleistung“ i.H.v. 20% des zuvor angemeldeten Gesamtvermögens (sogenannte „Judenvermögensabgabe“), die im Oktober 1939 auf 25% erhöht wurde.<sup>15</sup> Ab Dezember 1938 erlaubte man Juden den freihändigen Verkauf von Kunstgegenständen mit einem Verkaufspreis von mehr als 1.000 Reichsmark nur noch an eine öffentliche Ankaufstelle für Kulturgut in Berlin.<sup>16</sup> Mit dem Beginn der Deportation von Juden in die Vernichtungslager gingen die Nationalsozialisten schlussendlich dazu über, Kunstgegenstände zu beschlagnahmen (*Entzug durch Wegnahme*). Diese Entwicklung flankierte die Elfte Verordnung zum Reichsbürgergesetz<sup>17</sup>, kraft derer Juden, die ihren gewöhnlichen

---

Finanzen und zum Schutze des inneren Friedens, RGBl. I 1931, 611.

<sup>12</sup> Vgl. Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Reichsfluchtsteuer v. 18.05.1938, RGBl. I 1934, 392.

<sup>13</sup> Vgl. Gesetz über die Einziehung kommunistischen Vermögens v. 26.05.1933, RGBl. I 1933, 293 (Möglichkeit oberster Landesbehörden zur Enteignung kommunistischer Parteien und ihrer Hilfsorganisationen), Gesetz über die Einziehung volks- und staatsfeindlichen Vermögens v. 14.07.1933, RGBl. I 1933, 479 (Möglichkeit der obersten Landesbehörden zur Enteignung sämtlicher Vermögen, die in den Augen der Nationalsozialisten als „volks- oder staatsfeindlich“ galten). Zunächst erfolgte die Enteignung zu Gunsten des Landes. Ab dem Erlaß des Führers und Reichskanzlers über die Verwertung des eingezogenen Vermögens von Reichsfeinden v. 29.05.1941, RGBl. I 1941, 303 erfolgte die Enteignung zu Gunsten des Reichs.

<sup>14</sup> Vgl. Verordnung über die Anmeldung des Vermögens von Juden v. 26.04.1938, RGBl. I 1938, 414 f.

<sup>15</sup> Vgl. Verordnung über eine Sühneleistung der Juden deutscher Staatsangehörigkeit v. 12.11.1938, RGBl. I 1938, 1579; Zweite Durchführungsverordnung über die Sühneleistung der Juden v. 19.10.1939, RGBl. I 1939, 2059.

<sup>16</sup> Vgl. § 14 Abs. 1 Verordnung über den Einsatz jüdischen Vermögens v. 03.12.1938, RGBl. I 1938, 1709; § 3 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung zur Durchführung der Verordnung über den Einsatz jüdischen Vermögens v. 16.01.1939, RGBl. I 1939, 37.

<sup>17</sup> Elfte Verordnung zum Reichsbürgergesetz v. 25.11.1941, RGBl. I 1941, 722.

Aufenthalt im Ausland haben, ihre deutsche Staatsbürgerschaft verloren (§§ 1 f.), wodurch ihr Vermögen dem Reich zufiel (§ 3 Abs. 1 Satz 1). Die beschlagnahmte Kunst wurde u.a. öffentlich auf sogenannten „Judenauktionen“ versteigert.

Mit Kriegsbeginn erstreckte sich der Kunstraub auch auf die Besatzungsgebiete. Auf deutscher Seite erbeuteten mehrere miteinander konkurrierende Rauborganisationen fremde Kunst.<sup>18</sup> Ihr Beuteverhalten im Westen unterschied sich stark von jenem im Osten:<sup>19</sup> Im Westen operierte primär der sogenannte „Kunstschutz“. Seine Erbeutung richtete sich mehrheitlich gegen sogenanntes „herrenloses jüdisches Privatvermögen“ und diente tatsächlich der Erbeutung von Kunstgegenständen. Die Nationalsozialisten respektierten westliche Kunst und bemühten sich um ihren Erhalt und darum, den Entzug der Kunst nach außen hin legal wirken zu lassen (z.B. durch Zwangsankäufe und Zwangsversteigerungen). Im Osten agierten hingegen primär die *Forschungsgemeinschaft Deutsches Ahnenerbe*, das *Sonderkommando Künsberg* und der *Einsatzstab Reichsleiter Rosenberg*. Im Mittelpunkt stand für die Nationalsozialisten „die Zerstörung der slawischen Kultur und die Rückführung ‚arischer‘ Kunst in den Westen“<sup>20</sup>, sodass man sich „nicht einmal mehr die Mühe machte, den Anschein der Legalität des Raubs nach außen zu wahren.“<sup>21</sup>

## II. Rechtslage

### 1. Alliierte Rückerstattungsgesetze

US-amerikanischen Schätzungen nach beläuft sich der nationalsozialistische Kunstraub insgesamt auf 600.000 Kunstwerke: 200.000 raubten die Nationalsozialisten innerhalb des eigenen Staatsgebiets, 100.000 in Westeuropa und 300.000 in Osteuropa.<sup>22</sup> Zahlreiche der geraubten Kunstgegenstände brachten US-amerikanische Streitkräfte zu einer zentralen Sammelstelle in München („central collecting point“), um sie dort zu registrieren, zu fotografieren und zu inventarisieren.<sup>23</sup> Die anschließende Aufarbeitung nach dem Ende des zweiten Weltkriegs war für die Alliierten Kontrollräte eine enorme Herausforderung: Die nationalsozialistischen Gesetze, Verordnungen und Erlasse legitimierten den Kunstraub, sodass formal ein

<sup>18</sup> Vgl., auch im Folgenden, *Rosenkranz*, a.a.O. (Fn. 4), S. 27–30.

<sup>19</sup> Vgl., auch im Folgenden, *Hartung*, a.a.O. (Fn. 4), S. 35 f.

<sup>20</sup> *Hartung*, a.a.O. (Fn. 4), S. 35.

<sup>21</sup> *Rosenkranz*, a.a.O. (Fn. 4), S. 30.

<sup>22</sup> Vgl. *Petropulos*, Schriftliche Stellungnahme für den Bankenausschuss des Repräsentantenhauses, Anhörung v. 10.02.2000.

<sup>23</sup> Vgl. *Rodenbach*, ZOV 2014, 74.

rechtmäßiger Eigentumsübergang stattfand.<sup>24</sup> Bürgerlich-rechtliche Ansprüche des Vorkriegseigentümers scheidet somit aus („Unzulänglichkeiten des Zivilrechts“<sup>25</sup>). Man verbot zwar die *zukünftige* Anwendung deutscher Gesetze, wenn „ihre Anwendung Ungerechtigkeit oder ungleiche Behandlung verursachen würde“ oder wenn „jemand auf Grund seiner Rasse, Staatsangehörigkeit, seines Glaubens oder seiner Opposition zur Nationalsozialistischen Deutschen Arbeiterpartei oder ihrer Lehren [...] Nachteile erleiden würde“ (Art. II Buchst. b) Kontrollratsgesetz Nr. 1<sup>26</sup>). Um die Rechtssicherheit zu wahren, entschied sich der Kontrollrat aber bewusst dagegen, *vergangene* Vermögensübertragungen pauschal als nichtig zu erachten. Stattdessen ergingen in den westlichen Besatzungszonen 1947 bzw. 1949 besondere Rückerstattungsgesetze, mittels derer Betroffene zwar eine bedingungslose Rückerstattung verfolgungsbedingt entzogener Kunst erwirken konnten, allerdings nur während einer besonders kurzen Anmeldefrist von zwölf Monaten (Fristablauf am 31.12.1948 bzw. 30.06.1950).<sup>27</sup> Da in der sowjetischen Besatzungszone kein Rückerstattungsgesetz erging, schuf man im Rahmen der Wiedervereinigung Deutschlands 1990 eine analoge Regelung mit einer Anmeldefrist bis zum 31.12.1992<sup>28</sup>. Nach Ablauf der Anmeldefristen gingen die Rückerstattungsansprüche unter (Ausschlussfrist). Der BGH hat die Sperrwirkung der RückerstattungsGesetze bestätigt und erlaubt die Geltendmachung späterer Rückerstattungsansprüche nur, wenn das Kunstwerk während der Anmeldefristen als verschollen galt.<sup>29</sup> Kunstgegenstände,

<sup>24</sup> Vgl., auch im Folgenden, Wasmuth, NJW 2014, 747 (748 f.).

<sup>25</sup> Wasmuth, NJW 2014, 747 (748).

<sup>26</sup> Kontrollratsgesetz Nr. 1 betreffend die Aufhebung von NS-Recht v. 20.09.1945, Amtsblatt des Kontrollrats in Deutschland 1945, 3 f.

<sup>27</sup> Vgl. Militärregierungsgesetz Nr. 59 zur Rückerstattung feststellbarer Vermögensgegenstände an Opfer der nationalsozialistischen Unterdrückungsmaßnahmen v. 10.11.1947, US-ABl. 1947, Ausg. G, 1); dem folgte die britische Militärverwaltung mit einem eigenen Militärregierungsgesetz Nr. 59 v. 12.05.1949, BrABl. 1949, 1169. In der französischen Besatzungszone erging die Verordnung Nr. 120 des französischen Oberbefehlshabers v. 10.11.1947, FranzABl. 1947, 1219. Außerdem erging in Westberlin die Rückerstattungsanordnung v. 26.07.1949, VOBl. Großberlin I 1949, 221. Rückerstattungsansprüche gegen das Deutsche Reich und andere an Entziehungen beteiligte deutsche Rechtsträger regelte das Bundesrückergstattungsgesetz v. 19.07.1957, BGBl. I 1957, 734. Hier galt eine besondere Ausschlussfrist (Fristablauf am 01.04.1959). Eine Aufarbeitung der einzelnen Regelungen bieten *Rodenbach*, ZOV 2014, 74 (74–78) und *Rosenkranz*, a.a.O. (Fn. 4), S. 36–40.

<sup>28</sup> Vgl. Gesetz zur Regelung offener Vermögensfragen v. 23.09.1990, GBl. I der „DDR“ 1990, 1899.

<sup>29</sup> Vgl. BGH v. 11.02.1953 – II ZR 51/72, BGHZ 9, 34; BGH v. 16.03.2012 – V ZR 279/10, NJW 2012, 1796 (zur Plakatsammlung des jüdischen Arztes *Hans Sachs*). In der Literatur hat man diese Entscheidung unterschiedlich aufgefasst: Zustimmung etwa *Weller*, in: *Weller/Kemle/Dreier*, Raub – Beute – Diebstahl, 2013; kritisch hingegen *Finkenhauer*, JZ 2014, 479 (480), *Wasmuth*, NJW 2014, 747 (750); *Jerger/Graf Wolffskeel von Reichenberg*, GWR

die nicht restituiert wurden, durchliefen eine Reihe von Institutionen, bis sie 1962 an das damalige Bundesschatzministerium übergeben wurden und seitdem von der nachgelagerten OFD München verwaltet werden.<sup>30</sup> Ein Großteil der Bestände übergab man Museen, Ministerien und Behörden als kostenlose Dauerleihgabe, weitere Restbestände lagern heute beim Bundesamt für zentrale Dienste und offene Vermögensfragen.

## 2. „Washingtoner Erklärung“

Ein wichtiger Schritt in Richtung Wiedergutmachung war die „Washingtoner Konferenz über Vermögenswerte aus der Zeit des Holocaust“ im Dezember 1998, an der neben 44 Staaten, darunter auch der Vatikan, auch zwölf nicht-staatliche Organisationen (insbesondere jüdische Opferverbände) teilnahmen, um u.a. über die Restitution von Raubkunst zu entscheiden.<sup>31</sup> Die Staaten einigten sich auf eine rechtlich unverbindliche Selbstverpflichtung („Washingtoner Erklärung“), die beschlagnahmte Raubkunst zu identifizieren, den Vorkriegseigentümer ausfindig zu machen und anschließend eine „gerechte und faire Lösung“ zu finden. In Deutschland folgten auf die Konferenz die „Gemeinsame Erklärung der Bundesregierung, der Länder und der kommunalen Spitzenverbände zur Auffindung und zur Rückgabe NS-verfolgungsbedingt entzogenen Kulturgutes, insbesondere aus jüdischem Besitz“ v. 09.12.1999 und die „Handreichung zur Umsetzung der Washingtoner Erklärung“ aus dem Februar 2001, die seitdem mehrfach überarbeitet wurde (zuletzt im Jahr 2019). Insbesondere schuf man die Netzdatenbank „Lost Art“, in der Fund- und Suchmeldungen für Raubkunstwerke aufgegeben werden können. Obwohl sich die „Washingtoner Erklärung“ nur an Staaten und nicht an private Personen richtet, wirkt sie mittelbar auf den Kunsthandel ein: So gelten Kunstgegenstände, für die ein Eintrag in der Raubkunstdatenbank besteht, als faktisch unveräußerbar.<sup>32</sup> Problematisch ist dabei, dass die Datenbank den Raubkunstverdacht nur grob auf Plausibilität prüft, nach höchstrichterlicher Rechtsprechung<sup>33</sup> aber auch kein Anspruch

---

2015, 265 (267). Die Kritik richtet sich insbesondere darauf, dass die meisten Betroffenen entweder in den Vernichtungslagern ermordet wurden, sich im Ausland aufhielten oder aus anderen nachvollziehbaren Gründen ihre Ansprüche nicht rechtzeitig geltend machen konnten.

<sup>30</sup> Vgl., auch im Folgenden, *Rodenbach*, ZOV 2014, 74.

<sup>31</sup> Vgl., auch im Folgenden, *Rodenbach*, ZOV 2014, 74 (82 f.); *Rosenkranz*, a.a.O. (Fn. 4), S. 47–50; *Hartung*, NJW 2020, 718.

<sup>32</sup> Vgl. *Bischof*, KUR 2015, 14 f.; *Raue*, GRUR 2015, 1 (4); *Boecken*, Bewertung von Kunst im Recht, 2021, S. 128; ausführlich dazu *Lahusen*, NJW 2023, 2396.

<sup>33</sup> Vgl. BVerwG v. 19.02.2015 – 1 C 13/14, NJW 2015, 2358 mit Anmerkung *Dörig*, jM 2015, 252.

auf Löschung einer zweifelhaften Suchmeldung besteht. Bestätigt sich der Raubkunstverdacht, steht zu erwarten, dass eine Veräußerung durch den Kunsthandel nur möglich ist, wenn mit dem Anspruchsteller zuvor eine „faire und gerechte Lösung“ i.S.d. „Washingtoner Erklärung“ gefunden wurde.<sup>34</sup> Als Intermediär in Streitfällen schuf man die „Beratende Kommission im Zusammenhang mit der Rückgabe NS-verfolgungsbedingt entzogenen Kulturguts“<sup>35</sup>, die zumeist nach ihrer ehemaligen<sup>36</sup> ersten Vorsitzenden *Jutta Limbach* als „Limbach-Kommission“ bezeichnet wird. Voraussetzung für ein Verfahren ist, dass beiden der Anrufung der Kommission zustimmen.<sup>37</sup>

### III. Sonderfall: „Entartete“ Kunst

#### 1. Hintergründe

Eine juristische Sonderstellung nimmt die sogenannte „entartete Kunst“ ein.<sup>38</sup> Mit dem Adjektiv „entartet“, einem ursprünglich aus der Medizin stammenden Begriff, bezeichneten die Nationalsozialisten Kunstwerke, die nicht ihrer Kunstauffassung und ihrem Schönheitsideal entsprachen. Per Führererlass beauftragte der Reichsminister für Volksaufklärung und Propaganda, *Joseph Goebbels*, im Sommer 1937 die sogenannte „Kommission zur Säuberung der Kunsttempel“ mit der Beschlagnahme von rund 5.000 Gemälden und Plastiken sowie rund 12.000 Grafiken aus über vierzig deutschen Museen, um diese anschließend in der berüchtigten Ausstellung „Entartete Kunst“ im Münchener Hofgartengebäude zur Schau zu stellen. Die Reichsregierung legitimierte die Beschlagnahme *rückwirkend* durch das Gesetz über die Einziehung von Erzeugnissen entarteter Kunst (Einziehungsgesetz) v. 31.05.1938<sup>39</sup>. Gemäß § 1 Einziehungsgesetz war es möglich, Kunstgegenstände, die *vor dem Inkrafttreten* des Gesetzes „sichergestellt“ wurden, ohne Entschädigung zu Gunsten des Reichs einzuziehen. Einige der betroffenen Kunstgegenstände

<sup>34</sup> Vgl. hierzu auch Ziffer IV der Gemeinsamen Erklärung v. 09.12.1999: „Privatrechtlich organisierte Einrichtungen und Privatpersonen werden aufgefordert, sich den niedergelegten Grundsätzen und Verfahrensweisen gleichfalls anzuschließen.“

<sup>35</sup> Weiterführend: <https://www.beratende-kommission.de>.

<sup>36</sup> Nachdem *Jutta Limbach* am 10.09.2016 verstarb, wurde *Hans-Jürgen Papier* erster Vorsitzender.

<sup>37</sup> Vgl. Beschluss der Kultusministerkonferenz v. 05.12.2002 i.d.F. v. 08.12.2016 ([https://www.kmk.org/fileadmin/Dateien/veroeffentlichungen\\_beschluesse/2002/2002\\_12\\_05-Absprache-Kommission-Rueckgabe-Kulturgut.pdf](https://www.kmk.org/fileadmin/Dateien/veroeffentlichungen_beschluesse/2002/2002_12_05-Absprache-Kommission-Rueckgabe-Kulturgut.pdf); Abruf: 02.11.2023).

<sup>38</sup> Vgl., auch im Folgenden, *Reich/Fischer*, NJW 1993, 1417 (1418 ff.); *Heuer* NJW 1999, 2558 (2559 f.) jeweils m.w.N. Eine ausführlichere Aufarbeitung bietet *Anton*, a.a.O. (Fn. 3), 7. Teil, Kapitel B.

<sup>39</sup> RGBl. I 1938, 612.

wurden am 20.03.1939 im Hof der Hauptfeuerwache Berlin-Kreuzberg verbrannt.<sup>40</sup> Den Großteil der beschlagnahmten Kunst veräußerten Kunsthändler, insbesondere *Bernhard A. Böhmer*, *Karl Buchholz*, *Hildebrand Gurlitt* und *Ferdinand Möller*, im Auftrag der Nationalsozialisten ins Ausland – oftmals im Tausch für andere Kunst, die eher dem nationalsozialistischen Kunstideal entsprach.

## 2. Rechtslage

Befanden sich betroffene *Kunstgegenstände* ursprünglich *im Eigentum der Länder*, bestehen rechtlich keine Bedenken gegen die Beschlagnahmung.<sup>41</sup> Durch das Gleichschaltungsgesetz v. 31.03.1933<sup>42</sup> sowie das Gesetz über den Neuaufbau des Reiches v. 30.01.1934<sup>43</sup> endete die rechtliche Existenz der Länder, sodass ihr Eigentum bereits vor der Beschlagnahmung dem Reich zugefallen war. Eine solche staatsorganisatorische Restrukturierung mag aus heutiger Sicht ein Störgefühl wecken, stand aber nicht im Widerspruch zur damals geltenden Weimarer Reichsverfassung. Als neuem Eigentümer stand dem Reich deshalb die Entfernung der Kunstwerke aus den staatlichen Museen ebenso zu, wie deren Weiterveräußerung oder Zerstörung. Befanden sich betroffene *Kunstgegenstände im Eigentum privater Leihgeber*, misst sich die rechtliche Zulässigkeit der Beschlagnahmung an verfassungsrechtlichen Maßstäben. Die damalige Verfassung schützte zwar das Eigentum und erlaubte Enteignungen nur zum Wohle der Allgemeinheit und auf gesetzlicher Grundlage (Art. 153 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 1 WRV). Jedoch setzte der Reichspräsident den verfassungsrechtlichen Eigentumsschutz außer Kraft (§ 1 Reichstagsbrandverordnung<sup>44</sup>) und die Reichsregierung wurde später dazu ermächtigt, dass von ihr beschlossene Gesetze von der Reichsverfassung abweichen können (Art. 2 Ermächtigungsgesetz<sup>45</sup>). Die nationalsozialistische Rechtslehre vertrat deshalb auch den Standpunkt, dass gesetzlich angeordnete Eingriffe in das Eigentumsrecht nicht mehr als verfassungsrechtlich unzulässige Enteignung angegriffen werden könnten. Entgegen der heute herrschenden Literaturauffassung<sup>46</sup> schloss die Rechtsprechung der

<sup>40</sup> In der offiziellen Verlautbarung werden 1.004 Gemälde und 3.825 Grafiken aufgeführt, vgl. hierzu *Rave*, *Kunstdiktatur im Dritten Reich*, 1987, S. 124.

<sup>41</sup> Vgl., auch im Folgenden, *Heuer*, NJW 1999, 2558 (2559 ff.); *Bergmann*, a.a.O. (Fn. 3), 2015, S. 12 f.

<sup>42</sup> Vorläufiges Gesetz zur Gleichschaltung der Länder mit dem Reich v. 31.03.1933, RGBl. I 1933, 153.

<sup>43</sup> Gesetz über den Neuaufbau des Reiches v. 30.01.1934, RGBl. I 1934, 75.

<sup>44</sup> Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat (Reichstagsbrandverordnung) zum 28.02.1933, RGBl. I 1933, 83.

<sup>45</sup> Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich (Ermächtigungsgesetz), RGBl. I 1933, 141.

<sup>46</sup> Fundstellen, nach deren Auffassung die Enteignungen nichtig sind, hat *Bergmann*, a.a.O.

1950er- und 1960er-Jahre<sup>47</sup> eine Korrektur dieses Ergebnisses aus, weil die Kunstgegenstände – im Gegensatz zur Raubkunst – nicht aufgrund personenbezogener, sondern aufgrund objektbezogener Merkmale enteignet wurden. Gegen den Erfolg einer späteren Korrektur spricht auch der Umstand, dass der spätere Bundesgesetzgeber sich nicht mehr mit der Rechtswirksamkeit des Einziehungsgesetzes auseinandersetzte. Es trat deshalb erst außer Kraft, als es 1968 nicht in die Sammlung des Bundesgesetzblattes übernommen wurde.

### 3. Schwabinger Kunstfund

Der „Schwabinger Kunstfund“ im Jahre 2012 belebte die Diskussion um die Raubkunst im Allgemeinen und die „entartete“ Kunst im Besonderen wieder:<sup>48</sup> Die Polizei fand 1.200 Kunstwerke bei *Cornelius Gurlitt*, dem Sohn des Kunsthändlers *Hildebrandt Gurlitt*, der die Nationalsozialisten bei ihren Kunstraubzügen unterstützte. Spätere Funde in Salzburg erhöhten die Zahl auf insgesamt 1.566 Kunstwerke. Schnell häuften sich die medialen und behördlichen Behauptungen, *Hildebrandt Gurlitt* habe die Kunstwerke aus nationalsozialistischen Beständen gestohlen, anstatt sie im Ausland zu verwerten. Zugegebenermaßen muten die Tatsache, dass die Ehefrau des 1956 verunglückten *Hildebrandt Gurlitts* behauptet haben soll, die gesamte Kunstsammlung sei verbrannt,<sup>49</sup> und der Umstand, dass *Cornelius Gurlitt* die Kunstsammlung so lange versteckt hielt, merkwürdig an. Manchenorts wurden Museen deshalb ermutigt, ihre Restitutionsansprüche geltend zu machen, da sich

---

(Fn. 3), S. 13 (dort Fn. 60) zusammengetragen, z.B. *Reich/Fischer*, NJW 1993, 1417 (1418 ff.); *Müller-Katzenburg*, NJW 2002, 2551 (2552). Die Autoren stützen sich dabei auf die Radbruch'sche Formel, nach der Gesetzen ihr Rechtscharakter abzusprechen ist, wenn „der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht hat, daß das Gesetz als ‚unrichtiges Recht‘ der Gerechtigkeit zu weichen hat“ (Unerträglichkeitsthese) und wenn „die Gleichheit, die den Kern der Gerechtigkeit ausmacht, bei der Setzung positiven Rechts bewußt verleugnet wurde“ (Verleugnungsthese), vgl. *Radbruch*, SJZ 1946, 105 (107). A.A. *Heuer*, NJW 1999, 2558 (2560); *Wasmuth*, NJW 2014, 747 (751), *Bergmann*, a.a.O. (Fn. 3), S. 14 f., die die Enteignungen für rechtmäßig erachten.

<sup>47</sup> Vgl. etwa OLG Celle v. 08.05.1951 – 2W 151/51, RzW 1951, 201; OLG Düsseldorf v. 26.07.1952 – 11 RW 74/52, RzW 1952, 266; OLG Karlsruhe – Rest M 1462 (70), RzW 1954, 225 und OLG München v. 30.10.1976, Wi 32/63, RzW 1968, 58.

<sup>48</sup> Im juristischen Schrifttum ging es dabei insbesondere um die Frage, ob es eines besonderen Gesetzes zur Aufarbeitung der Raubkunstfälle bedürfe. Eine solches war zwar bereits 2001 anlässlich der Schuldrechtsreform diskutiert worden, ein entsprechender Entwurf entstand jedoch erst nach dem „Schwabinger Kunstfund“, vgl. zum aktuellen Stand BT-Drucks. 19/4187. Vgl. dazu im Schrifttum etwa *Finkenbauer*, JZ 2014, 479 (485–488); *Raue*, GRUR 2015, 1 (4 f.); *Hartung*, NJW 2020, 718. Auf die Argumente für und gegen ein besonderes Gesetz zur Aufarbeitung der Raubkunstfälle soll hier nicht näher eingegangen werden.

<sup>49</sup> So jedenfalls *Raue*, GRUR 2015, 1 (3).

die Kunstwerke schließlich beim Erben des Diebes befänden.<sup>50</sup> Ob damit aber schon der Nachweis erbracht ist, *Cornelius Gurlitt* habe die Kunstwerke bösgläubig in Besitz genommen, ist zu bezweifeln.<sup>51</sup>

Schlussendlich kann diese Frage inzwischen aber dahinstehen: Der zwischenzeitlich unter Betreuung gestandene *Cornelius Gurlitt* einigte sich mit der Bundesrepublik Deutschland auf die vollständige Überprüfung der Provenienz seiner Sammlungsgegenstände:<sup>52</sup> Belastete Kunstgegenstände sollten restituiert werden und unbelastete Kunst sollte bei *Cornelius Gurlitt* verbleiben. Dazu sollte es aber nicht mehr kommen, da *Cornelius Gurlitt* im Mai 2014 verstarb und seine Sammlung testamentarisch dem Kunstmuseum Bern vermachte, welches sich nun um die Veröffentlichung und Restitution der Kunstwerke bemüht. Die Ergebnisse der Provenienzrecherche<sup>53</sup> durch die „Taskforce Schwabinger Kunstfund“ sind ernüchternd: In gerade einmal vierzehn Fällen wurde ermittelt, „dass es sich bei diesen höchstwahrscheinlich oder gesichert um NS-verfolgungsbedingt entzogenes Kulturgut“ handele und nur 121 Positionen gelten als „entartete“ Kunst. Treffend resümiert *Hartung*, der *Gurlitt* in dem Fall gerichtlich vertreten hat: „Hier noch immer von einer Raubkunstsammlung zu sprechen, ist genauso unseriös und unwissenschaftlich, wie in den hervorragend besuchten Ausstellungen der Sammlung Gurlitt in Bern, Bonn und Berlin bei den Provenienzangaben im Katalog und den Ausstellungstafeln anzumerken, dass derzeit kein Raubkunstverdacht bestehe. Das macht zu Recht weltweit sonst kein Museum in keiner Ausstellung.“<sup>54</sup>

## C. Beutekunst

### I. Hintergründe

Im Schrifttum bringt man hauptsächlich die Beutezüge sowjetischer Trophäenbrigaden mit dem Begriff Beutekunst in Verbindung („Trophäenkunst“).<sup>55</sup> Aufgrund der massiven nationalsozialistischen Raubzüge in ihrer Heimat, sahen sich die Sowjets dazu berechtigt, am Ende des zweiten Weltkriegs im großen Stile Kunstgegenstände

<sup>50</sup> Vgl. *Raue*, GRUR 2015, 1 (3).

<sup>51</sup> Vgl. *Wasmuth*, NJW 2014, 747 (751). Eine Zusammenstellung unterschiedlicher Positionen im Schrifttum zur Frage der Gut- bzw. Bösgläubigkeit von *Cornelius Gurlitt* bietet *Rosenkranz*, a.a.O. (Fn. 4), S. 83–88.

<sup>52</sup> Vgl., auch im Folgenden, *Lenski*, JZ 2014, 888.

<sup>53</sup> Vgl. *Deutsches Zentrum für Kulturgutverluste*, (<https://www.kulturgutverluste.de/Webs/DE/ProjektGurlitt/Provenienzrecherche-Gurlitt/Arbeitsergebnisse/Index.html>), Abruf: 31.10.2023).

<sup>54</sup> *Hartung*, NJW 2020, 718 (720).

<sup>55</sup> Vgl., auch im Folgenden, *Schoen*, NJW 2001, 537 (537 f.); *Hartung*, a.a.O. (Fn. 4), S. 49–54 m.w.N.

aus dem besetzten Deutschland in die Sowjetunion zu verschleppen, um eine Entschädigung für die sowjetischen Kriegsverluste zu erhalten (Kompensationsgedanke). Die Beutezüge erfolgten symmetrisch zu jenen der Nationalsozialisten: Systematisch suchte man „herrenlosen Besitz“, um ihn anschließend „sicherzustellen“. Die eingesetzten *Trophäenbrigaden* bestanden, wie ihre nationalsozialistischen Pendanten, aus Kunsthistorikern und Fachleuten, deren Aufgabe zunächst nur in der Sicherstellung russischer Kunstgegenstände lag, sich später aber zu einem systematischen Beutezug entwickelte.

## II. Rechtslage

Der sowjetische Beutezug ist völkerrechtswidrig.<sup>56</sup> Er verstößt gegen die am 18.10.1907 ratifizierte und am 26.01.1910 in Kraft getretene Haager Landkriegsordnung (HLKO)<sup>57</sup>. Neben einem allgemeinen Plünderungsverbot gegenüber der Zivilbevölkerung (vgl. Art. 47 HLKO, ferner Art. 46 HLKO), verbietet Art. 56 Abs. 2 HLKO auch die Beschlagnahme, absichtliche Zerstörung oder Beschädigung von Kunstwerken im Eigentum des Staates. Das Recht, sich auf die HLKO zu berufen, verwerkte Deutschland auch nicht dadurch, dass es während des Russlandfeldzugs selbst gegen die HLKO verstieß. Die Erbeutung bleibt somit ohne Auswirkungen auf das Eigentum an den Kunstgegenständen. Die ursprünglichen Eigentümer haben somit einen Herausgabeanspruch gegen die Sowjetunion bzw. gegen die russische Föderation als deren Rechtsnachfolgerin. Anfang der 1990-Jahre verständigten sich die Bundesrepublik Deutschland und die Russische Föderation auch auf die gegenseitige Rückgabe erbeuteter Kunstgegenstände.<sup>58</sup> Letzten Endes bleiben der Anspruch und die Verständigung auf die Rückgabe aber weitgehend bedeutungslos: Nur wenige Jahre, nachdem man sich geeinigt hat, erklärte die Russische Föderation die erbeuteten Kunstgegenstände per völkerrechtswidrigem Gesetz zu russischem Staatseigentum.<sup>59</sup> Erneut berief man sich dabei auf den Kompensationsgedanken.

<sup>56</sup> Vgl., auch im Folgenden, *Schoen*, NJW 2001, 537 (538); *dies.* in Weller/Kemle/Dreier, Raub – Beute – Diebstahl, 2013, S. 79.

<sup>57</sup> Abkommen, betreffend die Gesetze und Gebräuche des Landkriegs (Haager Landkriegsordnung) v. 18.10.1907, RGBI. 1910, 107.

<sup>58</sup> Vgl. Art. 16 Abs. 2 des Vertrags über gute Nachbarschaft, Partnerschaft und Zusammenarbeit zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Union der sozialistischen Sowjetrepubliken v. 15.11.1990; im Schrifttum dazu *Schoen* in Weller/Kemle/Dreier, Raub – Beute – Diebstahl, 2013, S. 80.

<sup>59</sup> Vgl. Gesetz über die Kulturschätze, die im Ergebnis des Zweiten Weltkriegs in die UdSSR verbracht wurden und sich auf dem Territorium der Russischen Föderation befinden v. 15.04.1998 (Beutekunstgesetz). Der damalige Präsident *Jelzin* legte zunächst sein Veto gegen das von Duma und Föderationsrat verabschiedete Gesetz ein, musste sich dann aber der Entscheidung des russischen Verfassungsgerichts beugen, vgl. *Schoen*, NJW 2001, 537

Bis heute lagern etwa 200.000 Kunstgegenstände deutscher Provenienz in ehemals sowjetischen Archiven. Im Hinblick auf die Verschlechterung deutsch-russischer Beziehungen ist wohl auszuschließen, dass die Kunstwerke in näherer Zukunft zu ihren Eigentümern nach Deutschland zurückkehren.

#### D. „Faire und gerechte Lösung“?

Juristisch scheint die Lage recht klar zu sein: Bei Raubkunstwerken scheidet die Geltendmachung von Restitutionsansprüchen aus, weil die Anmeldefristen bereits abgelaufen sind (Sperrwirkung der Rückerstattungsgesetze). Bei „entarteter“ Kunst scheidet sie daran, dass die ursprüngliche Enteignung „objektbezogen“ und deshalb nicht unrechtmäßig war. Den Betroffenen steht somit nur die Möglichkeit offen, eine „faire und gerechte Lösung“ im Sinne der „Washingtoner Erklärung“ zu fordern. Die Frage danach, was fair und gerecht ist, lässt sich nur schwierig beantworten und entspricht vermutlich in den allerseltensten Fällen dem Schwarz-Weiß-Bild, das in der öffentlichen Debatte gezeichnet wird.<sup>60</sup> Solche Debatten laden das Spannungsfeld zwischen Vorkriegseigentümer und jetzigem Eigentümer nur unnötig auf und tragen wenig dazu bei, eine gerechte Lösung zu finden. Im Gegenteil: Mit der Aussicht auf eine öffentliche Vorverurteilung ist es keinem Raubkunstbesitzer zu verdenken, dass er lieber im Verborgenen bleibt. Insofern ist *Hartungs* Forderung nach einem tiefgreifenden Bewusstseinswandel beizupflichten. Mit Recht ruft er in Erinnerung, dass auf beiden Seiten im Regelfall unschuldige Parteien handeln und der gutgläubige Erwerb nicht pauschal in Frage gestellt werden darf – insbesondere, wenn das Kunstwerk in Zeiten erworben wurde, in denen es noch nicht die umfangreichen Recherchemöglichkeiten im Netz gab.

Mögliche Ansätze zur Konkretisierung einer gerechten Lösung sind neben der *Restitution* (ggf. mit Vereinbarung einer *Frist*, innerhalb derer der gegenwärtige Eigentümer im Falle eines Weiterverkaufs am Erlös zu beteiligen ist), z.B. die *Entschädigung des Anspruchstellers* oder der *gemeinsame Verkauf mit anschließender Beteiligung des Anspruchstellers*.<sup>61</sup> Jedoch bergen all diese Ideen enormes Konfliktpotenzial: Im Falle einer tatsächlichen Veräußerung stellt sich die Frage, in welchem Verhältnis der Erlös zwischen den Konfliktparteien aufzuteilen ist. Einigen sie sich statt einer Veräußerung darauf, dass der Anspruchsteller entschädigt werden soll, ist abzusehen, dass ihre Vorstellungen über die Höhe der Entschädigung auseinander gehen werden. Diese werden maßgeblich dadurch geprägt, wie die jeweilige Partei

---

(539 f.).

<sup>60</sup> Vgl., auch im Folgenden, *Hartung*, NJW 2020, 718 (720).

<sup>61</sup> Vgl. *Hartung*, NJW 2020, 718 (721).

den potenziellen Veräußerungserlös des Kunstgegenstands einschätzt.<sup>62</sup>

Eine neue Idee zur Konfliktlösung kommt von Wissenschaftlern des „Center for Research in Economics, Management and the Arts“ (CREMA) in Zürich.<sup>63</sup> Sie schlagen vor, mittels moderner Digitaltechnik eine identische Kopie des Kunstwerks anzufertigen. Anschließend sollen Original und Replik nebeneinander aufgestellt werden, ohne dass angegeben wird, welches Exemplar das Original und welches die Replik ist. Schließlich wird per Zufallsmechanismus<sup>64</sup> entschieden welche der beiden Parteien wählen darf, welchen der beiden Kunstgegenstände sie haben möchte. Die andere Partei erhält das übrig gebliebene Exponat. *Briviba/Frey* zufolge verschwinde der unüberbrückbare Konflikt somit durch ein salomonisches Urteil. Schließlich gäbe es in der Geschichte viele Belege dafür, dass Zufallsverfahren eine befriedigende Wirkung besäßen. Die Autoren adressieren auch den Zweifel, dass Repliken nicht als Ersatz für das Original akzeptiert würden, mit entsprechender Empirie, die belegt, dass Repliken in den meisten Fällen als authentischer Ersatz empfunden werden<sup>65</sup>. Zweckmäßig ist diese Idee insbesondere für Kunst, die in staatlichen Museen ausgestellt wird, d.h. Kunst, die ohnehin nicht in absehbarer Zeit veräußert werden soll, sondern primär als Ausstellungsgegenstand gehalten wird.

## E. Zusammenfassung der Ergebnisse

Zusammenfassend lässt sich festhalten:

1. Vorkriegseigentümern von Raub- und Beutekunst bzw. deren Erben stehen aus rechtlichen Gründen (Ausschlussgründen, staatlich legitimierte Enteignung) oder aus faktischen Gründen (völkerrechtswidriges Verhalten der Russischen Föderation) keine Restitutionsansprüche offen.

<sup>62</sup> Vgl. weiterführend zu solchen Konfliktsituationen, allerdings im steuerrechtlichen Kontext, *Rapp/Bongers/Leyendecker*, DStR 2022, 233 sowie *Steinhauff*, AO-StB 2022, 202. *Hartung*, NJW 2020, 718 zufolge scheiterte ein Gesetzesentwurf, nach dem gutgläubige Erwerber im Falle einer Restitution zum Verkehrswert des Raubkunstwerks entschädigen werden sollten, an der Finanzierbarkeit.

<sup>63</sup> Vgl., auch im Folgenden, *Briviba/Frey* (<https://oekonomenstimme.org/articles/1924>; Abruf: 31.10.2023).

<sup>64</sup> Hierzu verweisen *Briviba/Frey*, a.a.O. (Fn. 63), u.a. auf *Buchstein*, Demokratie und Lotterie: Das Los als politisches Entscheidungsinstrument von der Antike bis zur EU, 2009.

<sup>65</sup> Vgl. *Grüner/Specker/Leder*, *Empirical Studies of the Arts* 37 (2019), Heft Nr. 2, 138 (<https://doi.org/10.1177/0276237418822896>; Abruf: 02.11.2023); *Hughes/Mkono/Myers/Echentille*, *Tourism Management Perspectives* 37 (2021), 100780 (<https://doi.org/10.1016/j.tmp.2020.100780>; Abruf: 02.11.2023).

2. Die Betroffenen können sich nur auf die „Washingtoner Grundsätze“ berufen, die eine „faire und gerechte Lösung“ zwischen dem Vorkriegseigentümer und dem gegenwärtigen Eigentümer vorsehen. Diese Grundsätze sind zwar rechtlich unverbindlich, wirken aber faktisch auf den Kunsthandel ein: Kunstwerke, die mit einem Raubkunstverdacht belegt sind, gelten als unveräußerlich.
3. Die Frage, welche Konfliktlösung als „fair und gerecht“ anzusehen ist, hängt vom subjektiven Ermessen der Konfliktparteien ab und liegt in einem Spannungsfeld gegenläufiger Interessen. Ein mögliches Instrument, um diesen Konflikt zu überwinden, könnte sein, eine identische Kopie des Raubkunstwerks anfertigen zu lassen und anschließend durch ein salomonisches Urteil zu entscheiden, welche Konfliktpartei das Original und welche die Kopie erhält.





Marc Cronauer\*

# VerQuaDiDelUng – aber warum?

## Ein Überblick zur Prüfungsreihenfolge zivilrechtlicher Ansprüche und zu den klausurrelevantesten Konkurrenzproblemen\*\*

### A. Einleitung

Die materiell-rechtliche Bearbeitung zivilrechtlicher Fälle setzt die konsequente Beachtung einer bestimmten Prüfungsreihenfolge der in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen voraus. Als Merkhilfen haben sich hierzu die Eselsbrücken „Viel Quatsch schreibt der Bearbeiter“<sup>1</sup> und „VerQuaDiDelUng“<sup>2</sup> entwickelt. Diese geben die Reihenfolge vor, in der die verschiedenen Anspruchsgrundlagen im Gutachten zu untersuchen sind: Zunächst sind vertragliche Ansprüche zu prüfen. Sodann ist an Ansprüche quasivertraglicher Art zu denken, gefolgt von sachenrechtlichen bzw. dinglichen Ansprüchen, während deliktsrechtliche und bereicherungsrechtliche Ansprüche am Ende des Gutachtens zu prüfen sind.

Diese Reihenfolge ist aus im Wesentlichen zwei Gründen zwingend<sup>3</sup> einzuhalten: Zum einen lassen sich hierdurch etwaige Inzidentprüfungen vermeiden. Insbesondere sind Fragen des Vertragsschlusses im Sachen- und im Bereicherungsrecht von zentraler Bedeutung.

Zum anderen bestehen zwischen verschiedenen Ansprüchen Konkurrenzverhältnisse, die die Anwendbarkeit bestimmter Normen vom (Nicht-)Bestehen anderer Rechtsverhältnisse abhängig machen.

Dieser Beitrag zielt darauf ab, die Wechselwirkungen und Verflechtungen der unterschiedlichen Anspruchsarten aufzudecken und somit zum allgemeinen Verständnis bei der Lösung zivilrechtlicher Fälle beizutragen.

---

\* Der Verfasser ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Deutsches und Europäisches Arbeitsrecht sowie Rechtsvergleichung (Univ.-Prof. Dr. Achim Seifert) an der Universität des Saarlandes. Er dankt Herrn Dipl.-Jur. Toni Stein für wertvolle Hinweise und Anregungen.

\*\* Der Beitrag orientiert sich insb. an den Darstellungen von *Medicus/Petersen*, BürgerlR, 29. Aufl. 2023, Rn. 7 ff. und *Brox/Walker*, BGB AT, 48. Aufl. 2024, § 38 Rn. 7 ff.

<sup>1</sup> Vgl. *Wörten/Balleis*, ZivilR, 11. Aufl. 2025, Rn. 53.

<sup>2</sup> Vgl. *Buck-Heeb*, Examens-Repetitorium Besonderes Schuldrecht 2, 9. Aufl. 2024, Rn. 3 ff.; genauer wäre: **VerCiGoADiDelUng**.

<sup>3</sup> Wird jedoch im Bearbeitervermerk nicht nach der Rechtslage, sondern nach bestimmten Ansprüchen gefragt, muss sich die Falllösung hieran orientieren. Auch familien- oder erbrechtliche Spezialansprüche können vorrangig zu prüfen sein.

## B. Vertragliche Ansprüche

Vertragliche Primär- und Sekundäransprüche sind zu Beginn des Gutachtens zu prüfen. Diesen liegt regelmäßig eine Willensübereinstimmung zweier Parteien zugrunde. Aufgrund der Vertragsfreiheit sind die Parteien in der (Aus-)Gestaltung ihres Vertrages weitgehend frei.<sup>4</sup> Der Vertrag bildet daher die speziellste Regelung. Er kann auf sämtliche andere Ansprüche entscheidend einwirken:<sup>5</sup>

### I. Verhältnis vertraglicher Ansprüche zu Ansprüchen aus culpa in contrahendo

Ansprüche aufgrund eines Verschuldens bei Vertragsverhandlungen bzw. bei Vertragsanbahnung (culpa in contrahendo; kurz: c.i.c.) aus § 280 Abs. 1, § 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2 BGB setzen ein vorvertragliches Schuldverhältnis iSd § 311 Abs. 2 BGB voraus. § 311 Abs. 2 BGB unterscheidet insoweit zwischen der Aufnahme von Vertragsverhandlungen (Nr. 1), der Vertragsanbahnung (Nr. 2) und den ähnlichen geschäftlichen Kontakten (Nr. 3).

Das vorvertragliche Schuldverhältnis endet mit der Aufgabe der Vertragsverhandlungen oder des geschäftlichen Kontakts.<sup>6</sup> Entsteht im Anschluss an die Vertragsverhandlungen ein Vertrag, gehen die vorvertraglichen Schutzpflichten in dem durch den Vertrag begründeten Pflichtenprogramm auf.<sup>7</sup> Etwaige im Vorfeld des Vertragsschlusses entstandene Ansprüche aufgrund einer Verletzung vorvertraglicher Schutzpflichten bleiben jedoch neben vertraglichen Ansprüchen bestehen.<sup>8</sup>

Sollte sich der Vertrag als nichtig erweisen, kann in bestimmten Fallkonstellationen eine Anwendung des in § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB normierten Auffangtatbestandes und damit eine Haftung nach § 280 Abs. 1, § 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2 BGB in Betracht kommen.<sup>9</sup>

Schwieriger zu beurteilen ist dagegen die Frage, ob die Vorschriften der § 280 Abs. 1, § 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2 BGB neben den besonderen Mängelgewährleistungsrechten (insb. des Kauf-, Miet- und Werkvertragsrechts) zur Anwendung kommen können – oder ob letztere etwaige Schadenersatzansprüche aus c.i.c. sperren.

<sup>4</sup> S. dazu: *Musielak*, Vertragsfreiheit und ihre Grenzen, in: JuS 2017, 949.

<sup>5</sup> *Medicus/Petersen*, BürgerlR, 29. Aufl. 2023, Rn. 8.

<sup>6</sup> *Fries*, in: HK-BGB, 12. Aufl. 2024, § 311 BGB Rn. 18.

<sup>7</sup> *Looschelders*, SchuldR AT, 22. Aufl. 2024, § 8 Rn. 5; *Fries*, in: HK-BGB, 12. Aufl. 2024, § 311 BGB Rn. 18.

<sup>8</sup> *Herresthal*, in: BeckOGK, Stand: 1.3.2025, § 311 BGB Rn. 306.

<sup>9</sup> Zur Vertiefung: *Sutschet*, in: BeckOK BGB, 76. Edition, Stand: 1.11.2025, § 311 BGB Rn. 73 ff.

Hier muss zunächst zwischen zwei Zeitpunkten unterschieden werden: Vor Gefahrübergang<sup>10</sup> sind die besonderen Gewährleistungsrechte der einzelnen Vertragstypen nicht anwendbar,<sup>11</sup> sodass ein etwaiges Konkurrenzverhältnis zum Rechtsinstitut der c.i.c. von vornherein nicht entstehen kann. Die Vorschriften der § 280 Abs. 1, § 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2 BGB sind hier uneingeschränkt anwendbar.<sup>12</sup>

Nach Gefahrübergang empfiehlt sich eine differenzierende Betrachtung: Bei Falschangaben des Verkäufers, die sich nicht auf den (die besonderen Gewährleistungsrechte auslösenden) Mangel der Sache beziehen, tritt ein Anspruch des Käufers aus § 280 Abs. 1, § 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2 BGB neben die Mängelgewährleistungsrechte.<sup>13</sup>

Dagegen löst das besondere Mängelgewährleistungsrecht bei (fahrlässigen) Falschangaben über die Beschaffenheit des Vertragsgegenstandes (hier bezieht sich die Falschangabe also auf den Mangel der Sache) eine Sperrwirkung gegenüber der Haftung aus c.i.c. aus.<sup>14</sup> Gegen die in der Literatur teilweise vertretene Anspruchskonkurrenz<sup>15</sup>, die sich insb. auf die unterschiedliche Zweckrichtung der beiden Rechtsinstitute beruft, spricht, dass hierdurch die speziellen Voraussetzungen des Gewährleistungsrechts umgangen würden: Der Schadensersatzanspruch aus c.i.c. richtet sich auf den Ersatz des negativen Interesses; er kann ggf. über § 249 Abs. 1 BGB (Naturalrestitution) zur Aufhebung des Vertrages führen.<sup>16</sup> Dadurch würde der Vorrang der Nacherfüllung umgangen werden.<sup>17</sup> Außerdem würde durch den Anspruch aus c.i.c. (dieser verjährt grundsätzlich nach 3 Jahren, § 195 BGB) die kürzere Verjährungsfrist des besonderen Gewährleistungsrechts (grundsätzlich nur 2 Jahre, vgl. § 438 Abs. 1 Nr. 3, § 634a Abs. 1 Nr. 1 BGB) umgangen werden.<sup>18</sup> Speziell zum Konkurrenzverhältnis zum Kaufrecht wird zusätzlich die Vorschrift des § 442 Abs. 1 BGB angeführt, wonach – unter den dort genannten Voraussetzungen

<sup>10</sup> Im Kaufrecht: grds. Übergabe der Kaufsache (§ 446 BGB); im Mietrecht: Überlassung der Mietsache (§ 536 BGB); im Werkvertragsrecht: Abnahme des Werkes (§ 644 BGB).

<sup>11</sup> So die h.M.; zum Meinungsstand: *Faust*, in: BeckOK BGB, 76. Edition, Stand: 1.11.2025, § 437 BGB Rn. 4 ff.

<sup>12</sup> *Brox/Walker*, SchuldR BT, 49. Aufl. 2025, § 4 Rn. 134.

<sup>13</sup> *Brox/Walker*, SchuldR BT, 49. Aufl. 2025, § 4 Rn. 140.

<sup>14</sup> BGH, Urt. v. 30.11.2012 – V ZR 25/12, NJW 2013, 1671 (1673); ausführlich zum Streitstand s. BGH, Urt. v. 27.3.2009 – V ZR 30/08, NJW 2009, 2120 (2121 ff.).

<sup>15</sup> *Faust*, in: BeckOK BGB, 76. Edition, Stand: 1.11.2025, § 437 BGB Rn. 200; *Häublein*, Der Beschaffenheitsbegriff und seine Bedeutung für das Verhältnis der Haftung aus culpa in contrahendo zum Kaufrecht, in: NJW 2003, 388 (391 ff.).

<sup>16</sup> *Herresthal*, in: BeckOGK, Stand: 1.3.2025, § 311 BGB Rn. 343 ff.

<sup>17</sup> *Brox/Walker*, SchuldR BT, 49. Aufl. 2025, § 4 Rn. 140.

<sup>18</sup> *Berger*, in: Jauernig BGB, 19. Aufl. 2023, § 437 BGB Rn. 34.

und Besonderheiten – bei Kenntnis oder grob fahrlässiger Unkenntnis des Käufers vom Mangel ein Gewährleistungsausschluss eingreift. Einen solchen Haftungsausschluss kennt der Anspruch aus c.i.c. gerade nicht.<sup>19</sup>

Die Vorschriften des besonderen Gewährleistungsrechts entfalten jedoch dann keine Sperrwirkung, wenn keine Umgehung ihrer speziellen Voraussetzungen droht. Das ist dann der Fall, wenn der Verkäufer vorsätzlich eine vorvertragliche Aufklärungspflicht verletzt hat.<sup>20</sup> In diesem Fall verjähren die Mängelgewährleistungsrechte ebenso wie der Anspruch aus c.i.c. erst nach 3 Jahren (vgl. § 438 Abs. 3 Satz 1, § 634a Abs. 3 Satz 1 BGB). Zudem verliert der Käufer, der den Mangel trotz grober Fahrlässigkeit nicht kennt, seine Gewährleistungsrechte gerade nicht, § 442 Abs. 1 Satz 2 BGB. Auch soll der nicht schützenswerte Verkäufer seine Möglichkeit zur Nacherfüllung grundsätzlich verlieren. Begründet wird dies damit, dass infolge der Täuschungshandlung des Verkäufers die für eine Nacherfüllung erforderliche Vertrauensgrundlage beschädigt ist,<sup>21</sup> sodass besondere Umstände iSd § 440 Satz 1 BGB iVm § 281 Abs. 2 Alt. 2, § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB vorliegen, die eine sofortige Geltendmachung der Gewährleistungsrechte rechtfertigen.<sup>22</sup> Es bedarf daher in Fällen der arglistigen Täuschung durch den Verkäufer regelmäßig keiner Nachfristsetzung.

## II. Verhältnis vertraglicher Ansprüche zu Ansprüchen aus §§ 677 ff. BGB

### 1. Grundsatz

Ansprüche aus einer Geschäftsführung ohne Auftrag (kurz: GoA) nach den §§ 677 ff. BGB setzen voraus, dass der Geschäftsführer ein Geschäft für einen anderen (den sog. Geschäftsherrn) besorgt, ohne von ihm beauftragt oder ihm gegenüber sonst dazu berechtigt zu sein, § 677 BGB. Der Begriff des Auftrages im Sinne dieser Norm ist weit zu verstehen; erfasst wird jeder verpflichtende Vertrag.<sup>23</sup> Die GoA wird also gerade dadurch gekennzeichnet, dass zwischen den Parteien kein Rechtsverhältnis besteht.<sup>24</sup> Bejaht man in der Fallprüfung zuvor das Vorliegen eines

<sup>19</sup> Herresthal, in: BeckOGK, Stand: 1.3.2025, § 311 BGB Rn. 267.

<sup>20</sup> BGH, Urt. v. 6.11.2015 – V ZR 78/14, NJW 2016, 1815 (1817); BGH, Urt. v. 30.11.2012 – V ZR 25/12, NJW 2013, 1671 (1673); BGH, Urt. v. 27.3.2009 – V ZR 30/08, NJW 2009, 2120 (2122).

<sup>21</sup> BGH, Urt. v. 27.3.2009 – V ZR 30/08, NJW 2009, 2120 (2122); BGH, Beschl. v. 8.12.2006 – V ZR 249/05, NJW 2007, 835 (837).

<sup>22</sup> BGH, Beschl. v. 8.12.2006 – V ZR 249/05, NJW 2007, 835 (837) m.w.N.

<sup>23</sup> Brox/Walker, SchuldR BT, 49. Aufl. 2025, § 36 Rn. 19.

<sup>24</sup> Brox/Walker, SchuldR BT, 49. Aufl. 2025, § 35 Rn. 1.

wirksamen Vertrages zwischen Geschäftsführer und Geschäftsherrn, scheiden Ansprüche aus den §§ 677 ff. BGB daher grundsätzlich aus.<sup>25</sup>

## 2. Ausnahme: Nichtigte Verträge

Komplizierter wird es indes, wenn sich der zwischen Geschäftsführer und Geschäftsherrn geschlossene Vertrag als nichtig herausstellt:

### **Fall 1 (Nichtiger Werkvertrag):**

*Besteller B und Unternehmer U einigen sich, dass U das Wohnzimmer des B für 500€ neu streichen soll. Sie sind sich dabei einig, dass U „schwarz“, also ohne Rechnung, tätig werden soll.*

Der zwischen B und U abgeschlossene Werkvertrag ist wegen des beiderseitigen Verstoßes gegen § 1 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 SchwarzArbG nach § 134 BGB nichtig.<sup>26</sup>

Daher stellt sich die Frage, ob U (unterstellt, er hat die Werkleistung bereits erbracht), von B nach § 683 Satz 1, §§ 677, 670 BGB Ersatz der gemachten Aufwendungen verlangen kann.

Während der BGH hier keine Bedenken gegen die Anwendbarkeit der §§ 677 ff. BGB äußert,<sup>27</sup> betonen weite Teile des Schrifttums, dass im Falle ausgetauschter Leistungen im Rahmen eines nichtigen Vertrages das Bereicherungsrecht (§§ 812 ff. BGB) als spezielleres Rechtsinstitut zur Rückabwicklung nichtiger Verträge die Anwendung der §§ 677 ff. BGB sperrt.<sup>28</sup> Dafür streitet, dass bei Anwendbarkeit der §§ 677 ff. BGB die speziellen bereicherungsrechtlichen Vorschriften (§§ 814, 815, 817 Satz 2 BGB) umgangen würden.<sup>29</sup> Überdies fehlt es an einem Fremdgeschäftsführungswillen des Geschäftsführers:<sup>30</sup> Selbst wenn man sich mit der

<sup>25</sup> BGH, Urt. v. 21.10.2003 – X ZR 66/01, NZBau 2004, 34 (35); *Fries*, in: HK-BGB, 12. Aufl. 2024, § 677 BGB Rn. 7.

<sup>26</sup> Nach der Rspr. führt ein Verstoß gegen § 1 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 SchwarzArbG bereits dann zur Nichtigkeit des Vertrags, wenn der Unternehmer vorsätzlich gegen dieses gesetzliche Verbot verstößt und der Besteller den Verstoß des Unternehmers kennt und bewusst zum eigenen Vorteil ausnutzt, vgl. BGH, Urt. v. 16.3.2017 – VII ZR 197/16, NJW 2017, 1808 (1809 f.); BGH, Urt. v. 11.6.2015 – VII ZR 216/14, NJW 2015, 2406.

<sup>27</sup> BGH, Urt. v. 10.4.2014 – VII ZR 241/13, NJW 2014, 1805; BGH, Urt. v. 30.4.1992 – III ZR 151/91, NJW 1992, 2021 (2022).

<sup>28</sup> *Lorenz*, Grundwissen – Zivilrecht: Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA), in: JuS 2016, 12 (13); *ders.*, Gescheiterte Vertragsbeziehungen zwischen Geschäftsführung ohne Auftrag und Bereicherungsrecht: späte Einsicht des BGH?, in: NJW 1996, 883 (885 f.).

<sup>29</sup> *Schäfer*, in: MüKo BGB, 9. Aufl. 2023, § 677 BGB Rn. 117.

<sup>30</sup> *Lorenz*, Gescheiterte Vertragsbeziehungen zwischen Geschäftsführung ohne Auftrag und

Rechtsprechung auf den Standpunkt stellt, dass in Konstellationen der sog. auch-fremden Geschäften der Fremdgeschäftsführungswille vermutet wird,<sup>31</sup> ist diese Vermutung bei der Erfüllung einer (vermeintlichen) Verbindlichkeit widerlegt: Der Geschäftsführer möchte lediglich seine eigene vertragliche Pflicht erfüllen und dabei nicht auch (gleichzeitig) ein Geschäft eines anderen führen.<sup>32</sup>

Während also nach hier vertretener Auffassung die Vorschriften der §§ 677 ff. BGB bei nichtigen Verträgen nicht zur Anwendung gelangen können, bejaht die Rechtsprechung das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen der § 683 Satz 1, § 677 BGB, lässt den Anspruch jedoch auf der Rechtsfolgende Seite an der „Erforderlichkeit“ der Aufwendungen iSd § 670 BGB scheitern.<sup>33</sup>

Somit steht dem Unternehmer U im Ergebnis nach beiden Lösungsansätzen kein Aufwendungsersatzanspruch aus § 683 Satz 1, §§ 677, 670 BGB zu.

Allerdings ist hier in der Fallbearbeitung Vorsicht geboten: Die Rechtsprechung bejaht – wie dargestellt – das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen der echten berechtigten GoA. Daher müssten deliktsrechtliche und bereicherungsrechtliche Ansprüche konsequenterweise von vornherein außer Betracht bleiben, da die echte berechnete GoA einen Rechtfertigungsgrund iSd § 823 Abs. 1 BGB bzw. einen Rechtsgrund iSd § 812 Abs. 1 BGB darstellt.<sup>34</sup> Ungeachtet dessen geht der BGH davon aus, dass die Voraussetzungen des Bereicherungsanspruchs (§ 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB) erfüllt seien und der Anspruch allein wegen § 817 Satz 2 Hs. 1 BGB ausgeschlossen sei.<sup>35</sup>

Mit der vorzugswürdigen Ansicht in der Literatur sind dagegen die Vorschriften der GoA nicht anwendbar, sodass diese etwaige deliktsrechtliche und bereicherungsrechtliche Ansprüche nicht sperren können. Ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung scheidet jedoch auch nach dieser Auffassung an § 817 Satz 2 Hs. 1 BGB.

---

Bereicherungsrecht: späte Einsicht des BGH?, in: NJW 1996, 883 (885 f.).

<sup>31</sup> BGH, Urt. v. 23.9.1999 – III ZR 322/98, NJW 2000, 72 (72 f.); BGH, Urt. v. 18.9.1986 – III ZR 227/84, NJW 1987, 187 (188).

<sup>32</sup> Lorenz, Grundwissen – Zivilrecht: Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA) in: JuS 2016, 12 (13).

<sup>33</sup> BGH, Urt. v. 10.4.2014 – VII ZR 241/13, NJW 2014, 1805; BGH, Urt. v. 30.4.1992 – III ZR 151/91, NJW 1992, 2021 (2022).

<sup>34</sup> Siehe dazu unter C. II. 4.

<sup>35</sup> BGH, Urt. v. 11.6.2015 – VII ZR 216/14, NJW 2015, 2406; BGH, Urt. v. 10.4.2014 – VII ZR 241/13, NJW 2014, 1805 (1805 ff.).

### III. Verhältnis vertraglicher Ansprüche zu dinglichen Ansprüchen

#### 1. Grundsatz

Dingliche Ansprüche aus §§ 985, 987 ff. BGB setzen eine Vindikationslage voraus.<sup>36</sup> Eine solche besteht insbesondere, wenn der Besitzer (als Anspruchsgegner) dem Eigentümer (als Anspruchsteller) gegenüber nicht zum Besitz berechtigt ist, vgl. § 986 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB. Ein solches Besitzrecht kann sich vor allem aus einem schuldrechtlichen Vertrag zwischen Eigentümer und Besitzer ergeben (sog. relatives Besitzrecht).<sup>37</sup> In der Prüfung kann hier regelmäßig auf die zu Beginn gemachten Ausführungen zum Vertragsschluss verwiesen werden. Dadurch lässt sich eine Schachtelprüfung vermeiden.

#### 2. Der sog. „nicht-mehr-berechtigte Besitzer“

Konkurrenzprobleme können sich jedoch in Konstellationen des sog. „nicht-mehr-berechtigten Besitzers“ ergeben. Diese sind dadurch gekennzeichnet, dass der Besitzer zunächst zum Besitz der Sache berechtigt ist, dieses Besitzrecht danach jedoch endet, wovon der Besitzer auch Kenntnis hat.<sup>38</sup> Werden nach Ende des Besitzrechts Nutzungen gezogen, Verwendungen gemacht oder verschlechtert sich die Sache, stellt sich die Frage, ob die §§ 987 ff. BGB zur Anwendung kommen können:

***Fall 2 (Verschlechterung der Sache nach Ende des Besitzrechts):***

*V vermietet sein Fahrrad an M. Nachdem V von seinem vertraglich eingeräumten Rücktrittsrecht Gebrauch gemacht und gegenüber dem M den Rücktritt erklärt hat, zerstört M böswillig das Fahrrad des V. Es stellt sich die Frage, ob die §§ 989, 990 Abs. 1 BGB neben § 346 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB zur Anwendung kommen können.*

Der Schadensersatzanspruch aus §§ 989, 990 Abs. 1 BGB setzt als dinglicher Ansprüche aus dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis (EBV) eine Vindikationslage im maßgeblichen Zeitpunkt, hier dem Zeitpunkt der Verschlechterung bzw. des Untergangs der Sache, voraus.<sup>39</sup>

M hatte ursprünglich aufgrund des mit V geschlossenen Mietvertrages ein Recht zum Besitz am Fahrrad (§ 986 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB). Da mit der Entstehung

<sup>36</sup> Müller/Gruber, Sachenrecht, 2016, Rn. 655.

<sup>37</sup> Baldus, in: MüKo BGB, 9. Aufl. 2023, § 986 BGB Rn. 33 ff.

<sup>38</sup> Spohnheimer, in: BeckOGK, Stand: 1.11.2025, § 987 BGB Rn. 18.

<sup>39</sup> Spohnheimer, in: BeckOGK, Stand: 1.11.2025, § 989 BGB Rn. 5; Fritzsche, in: BeckOK BGB, 76. Edition, Stand: 1.11.2025, § 989 BGB Rn. 3.

des Rückgewährschuldverhältnisses durch den von V wirksam erklärten Rücktritt das Besitzrecht des M endete,<sup>40</sup> stand diesem im Zeitpunkt der Zerstörung des Fahrrades kein Recht zum Besitz und damit keine Nutzungs- und Einwirkungsbefugnis an der Sache mehr zu. Im Zeitpunkt der Verschlechterung der Sache lag daher eine Vindikationslage vor.

Folgerichtig lässt die Rechtsprechung und weite Teile der Literatur daher neben den vertraglichen Rückabwicklungsansprüchen aus §§ 346 ff. BGB auch Ansprüche aus §§ 987 ff. BGB zu.<sup>41</sup>

Andere hingegen nehmen an, dass die §§ 987 ff. BGB durch die vertraglichen Ansprüche ausgeschlossen seien.<sup>42</sup> Begründet wird dies damit, dass neben vertraglichen und deliktsrechtlichen Ansprüchen des Eigentümers für die §§ 987 ff. BGB kein Bedarf sei.<sup>43</sup>

Praktische Auswirkungen hat diese Diskussion allein beim bösgläubigen und unverklagten Besitzer, da eine Haftung des gutgläubigen Besitzers nach den §§ 989, 990 Abs. 1 BGB von vornherein nicht in Betracht kommt und der verklagte Besitzer über § 292 Abs. 1 BGB ohnehin der Haftung der §§ 987 ff. BGB unterliegt. Der bösgläubige, unverklagte Besitzer, der weiß, dass ihm keine Befugnis zur Einwirkung auf die Sache mehr zusteht, darf nicht mehr nach seinem Belieben mit dieser verfahren, sondern muss stets mit einem Herausgabeverlangen des Eigentümers rechnen. Er ist daher nicht schutzwürdig,<sup>44</sup> sodass Ansprüche aus §§ 987 ff. BGB richtigerweise nicht ausgeschlossen werden. Dem V steht daher im hiesigen Fall ein Schadensersatzanspruch gegen M aus §§ 989, 990 Abs. 1 BGB zu.

<sup>40</sup> *Baldus*, in: MüKo BGB, 9. Aufl. 2023, § 986 BGB Rn. 40.

<sup>41</sup> BGH, Versäumnisurteil v. 3.6.2005 – V ZR 106/04, NJW-RR 2005, 1542 (1543); *Herrler*, in: Grüneberg BGB, 85. Aufl. 2026, Vorb. v. § 987 BGB Rn. 10 m.w.N.

<sup>42</sup> *Medicus*, in: MüKo BGB, 4. Aufl. 2004, Vor. § 987 BGB Rn. 20; *Spohnheimer*, in: BeckOGK, Stand: 1.11.2025, § 987 BGB Rn. 18 ff.

<sup>43</sup> *Leenen/Fleischhauer*, Zwischenprüfungsklausur – Bürgerliches Recht: Verspätete Räumung einer nach Kündigung des Mieters weitervermieteten Wohnung, in: JuS 2005, 709 (714); *Medicus*, in: MüKo BGB, 4. Aufl. 2004, Vorb. § 987 BGB Rn. 20; *Schirmer*, Entgangene Nutzungsmöglichkeit als ersatzfähiger Schaden?, in: JuS 1983, 265 (266 ff.).

<sup>44</sup> Vgl. *Spohnheimer*, in: BeckOGK, Stand: 1.11.2025, § 987 BGB Rn. 18.1.

#### IV. Verhältnis vertraglicher Ansprüche zu deliktsrechtlichen Ansprüchen

Vertragliche und deliktsrechtliche Ansprüche bestehen grundsätzlich nebeneinander (sog. Anspruchskonkurrenz).<sup>45</sup> Dies gilt trotz der unterschiedlichen Haftungsvoraussetzungen und Verjährungsregeln.<sup>46</sup> Allerdings sind gewisse Wechselwirkungen zwischen beiden Anspruchsarten zu beachten:

##### 1. Maß des Vertretenmüssens

Die meisten deliktsrechtlichen Ansprüche setzen ein Verschulden des Schädigers voraus.<sup>47</sup> § 823 Abs. 1 BGB bspw. setzt eine vorsätzliche oder fahrlässige Verletzung der von § 823 Abs. 1 BGB geschützten Rechte bzw. Rechtsgüter voraus. Der Gesetzgeber hat in verschiedenen Vertragstypen Haftungsprivilegierungen (=Haftungsbeschränkungen oder -ausschlüsse) vorgesehen (z.B. §§ 521, 599, 690 BGB). Greift eine solche im konkreten Fall ein, muss sich diese konsequenterweise auch auf konkurrierende deliktsrechtliche Ansprüche auswirken (sog. Gleichlauf von vertraglicher und deliktischer Haftung), da ansonsten die vertragliche Haftungsprivilegierung leerliefe.<sup>48</sup>

##### 2. Verjährung im Mietrecht

§ 548 Abs. 1 Satz 1 BGB regelt, dass Ersatzansprüche des Vermieters wegen Veränderungen oder Verschlechterungen der Mietsache in sechs Monaten verjähren. Die Vorschrift soll eine rasche Auseinandersetzung zwischen den Parteien des Mietvertrages gewährleisten und eine beschleunigte Klarstellung der Ansprüche wegen des Zustandes der überlassenen Sache bei ihrer Rückgabe erreichen.<sup>49</sup> Die Vorschrift ist nach allgemeiner Meinung weit auszulegen.<sup>50</sup> Sie kommt daher auch bei konkurrierenden dinglichen, deliktsrechtlichen und bereicherungsrechtlichen Ansprüchen zur Anwendung, soweit diesen derselbe Sachverhalt zugrunde liegt.<sup>51</sup>

<sup>45</sup> BGH, Urt. v. 27.6.2018 – XII ZR 79/17, NJW-RR 2018, 1103 (1105); BGH, Urt. v. 19.10.2004 – X ZR 142/03, NJW-RR 2005, 172; BGH, Urt. v. 12.12.1991 – I ZR 212/89, NJW 1992, 1679 (1680).

<sup>46</sup> Vgl. *Retzlaff*, in: Grüneberg BGB, 85. Aufl. 2026, Einf. v. § 823 BGB Rn. 9 f.; *Voigt*, in: BeckOGK, Stand: 1.11.2025, § 823 BGB Rn. 34 f.

<sup>47</sup> Zu den Ausnahmen s. E. I.

<sup>48</sup> *Retzlaff*, in: Grüneberg BGB, 85. Aufl. 2026, Einf. v. § 823 BGB Rn. 10; *Voigt*, in: BeckOGK, Stand: 1.11.2025, § 823 BGB Rn. 37; *Koch*, in: MüKo BGB, 9. Aufl. 2023, § 521 BGB Rn. 6; *Häublein*, in: MüKo BGB, 9. Aufl. 2023, § 599 BGB Rn. 5; *Henssler*, in: MüKo BGB, 9. Aufl. 2023, § 690 BGB Rn. 8.

<sup>49</sup> BGH, Versäumnisurteil v. 23.6.2010 – XII ZR 52/08, NJW 2010, 2652 (2653); BGH, Urt. v. 18.9.1986 – III ZR 227/84, NJW 1987, 187 (188).

<sup>50</sup> BGH, Versäumnisurteil v. 23.6.2010 – XII ZR 52/08, NJW 2010, 2652 (2653); BGH, Urt. v. 18.9.1986 – III ZR 227/84, NJW 1987, 187 (188), jeweils m.w.N.

<sup>51</sup> *Bieber*, in: MüKo BGB, 9. Aufl. 2023, § 548 BGB Rn. 3; BGH, Urt. v. 18.9.1986 – III ZR SRZ 1|2026

### 3. Weiterfressermängel

Von dem oben erwähnten Grundsatz der Anspruchskonkurrenz zwischen vertraglicher und deliktsrechtlicher Haftung besteht ein (klausurrelevanter) Sonderfall bei den sog. Weiterfressermängeln.<sup>52</sup>

Hier geht es um folgende Konstellation: Der Käufer bekommt zunächst eine mangelbehaftete Sache geliefert. Dieser Mangel führt nach einer gewissen Zeit zur Zerstörung der gesamten Sache. Im Rahmen des Anspruchs des Käufers gegen den Produzenten aus § 823 Abs. 1 BGB (Produzentenhaftung) wegen der Zerstörung des Kaufgegenstandes stellt sich die Frage, ob eine Verletzung des deliktsrechtlich geschützten Eigentums vorliegt. Auf den ersten Blick ist dies abzulehnen: Der Käufer erwirbt nämlich von Anfang an nur Eigentum an einer mit einem Mangel behafteten Sache.<sup>53</sup>

Nach der Rechtsprechung des BGH kann sich ein Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB aber dennoch ergeben, wenn sich der Mangel zunächst auf ein funktionell begrenztes Teil der Sache bezieht, später jedoch zur Zerstörung der gesamten Sache führt.<sup>54</sup> Entscheidend sei, dass sich die in der Lieferung des schadhafte Teils der Sache liegende Gefahrenursache nach Gefahrübergang zu einem über diesen Mangel hinausgehenden Schaden realisiert hat und dadurch das im Übrigen mangelfreie Eigentum des Erwerbers an der Sache insgesamt verletzt worden sei.<sup>55</sup> In diesen Fällen habe der Käufer teilweise mangelfreies Eigentum erworben, sodass hinsichtlich dieses Teils der Sache eine Verletzung des deliktsrechtlich geschützten Integritätsinteresses<sup>56</sup> in Form einer Eigentumsverletzung vorliegen kann.

Ob im Einzelfall eine Eigentumsverletzung vorliegt, bestimmt die Rechtsprechung seit dem sog. Gaszug-Fall nach dem Kriterium der Stoffgleichheit.<sup>57</sup> Danach kommt es entscheidend darauf an, ob der ursprüngliche Mangel und der eingetretene Schaden stoffgleich sind. Ist dies der Fall, sei nur das sog. Äquivalenzinteresse<sup>58</sup>

---

227/84, NJW 1987, 187 (188).

<sup>52</sup> Grundlegend dazu BGH, Urt. v. 18.1.1983 – VI ZR 310/79, NJW 1983, 810 (Gaszug-Fall); BGH, Urt. v. 24.11.1976 – VIII ZR 137/75, NJW 1977, 379 (Schwimmerschalter-Fall).

<sup>53</sup> *Brox/Walker*, SchuldR BT, 49. Aufl. 2025, § 45 Rn. 6.

<sup>54</sup> So der BGH zunächst im Schwimmerschalter-Fall.

<sup>55</sup> BGH, Urt. v. 24.11.1976 – VIII ZR 137/75, NJW 1977, 379 (380).

<sup>56</sup> Unter dem Integritätsinteresse versteht man insoweit das Interesse des Rechtsverkehrs, durch die vom Hersteller in den Verkehr gegebene Sache nicht in Eigentum oder Besitz verletzt zu werden, vgl. BGH, Urt. v. 18.1.1983 – VI ZR 310/79, NJW 1983, 810 (811).

<sup>57</sup> Vgl. *Wagner*, in: MüKo BGB, 9. Aufl. 2024, § 823 BGB Rn. 324.

<sup>58</sup> Unter dem Äquivalenzinteresse versteht man insoweit das Interesse des Käufers am Erhalt und an der Nutzung einer mangelfreien Sache, vgl. BGH, Beschl. v. 9.3.2021 – VI ZR 889/20, NJW 2021, 1814 (1816).

betroffen, welches jedoch nicht von § 823 Abs. 1 BGB geschützt sei. Stoffgleichheit (und damit keine Eigentumsverletzung) liege vor, wenn das mit dem Fehler behaftete Einzelteil mit der Gesamtsache bzw. dem später beschädigten, zunächst aber einwandfreien, anderen Teil zu einer nur unter Inkaufnahme von erheblichen Beschädigungen trennbaren Einheit verbunden ist oder wenn der Mangel nicht in wirtschaftlich vertretbarer Weise behoben werden kann.<sup>59</sup>

Umgekehrt formuliert: Eine Eigentumsverletzung soll nach der Rechtsprechung des BGH vorliegen können, wenn sich der Mangel zunächst nur auf einen Teil der Sache beschränkt, eine Beseitigung des Fehlers technisch möglich ist und die dafür aufzuwendenden Kosten nicht außer Verhältnis zum Wert der Sache stehen.<sup>60</sup>

Die überwiegende Ansicht in der Literatur stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, dass bei der Lieferung einer mangelhaften Sache von vornherein nur das Äquivalenzinteresse betroffen sei, sodass Ansprüche aus §§ 823 ff. BGB ausscheiden würden.<sup>61</sup> Das Deliktsrecht diene lediglich dem Schutz des Integritätsinteresses. Das hier betroffene Äquivalenzinteresse werde abschließend von den vertraglichen Mängelgewährleistungsrechten erfasst. Mangels Eigentumsverletzung seien Schäden am Vertragsgegenstand daher nicht nach den §§ 823 ff. BGB ersatzfähig.<sup>62</sup>

Hintergrund der Ausdehnung des Eigentumsschutzes auf die sog. Weiterfresserschäden durch die Rechtsprechung war die kurze kaufrechtliche Verjährungsfrist von sechs Monaten (§ 477 BGB a.F.) für bewegliche Sachen. Dagegen verjährten deliktsrechtliche Ansprüche schon damals nach drei Jahren (§ 852 BGB a.F.). Mit der Schuldrechtsreform 2002 wurde die kaufrechtliche Verjährungsfrist der deliktsrechtlichen angenähert. Sie beträgt nun grundsätzlich zwei Jahre, § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB. Einem Rückgriff auf das Deliktsrecht zum Schutz des Käufers vor unbilligen Ergebnissen bedarf es aus diesem Gesichtspunkt daher nicht mehr.<sup>63</sup>

Gegen die Rechtsprechung spricht zudem, dass das Kriterium der Stoffgleichheit zu ungenau ist und keine praktikables Abgrenzungskriterium darstellt.<sup>64</sup> Im Übrigen

<sup>59</sup> BGH, Urt. v. 18.1.1983 – VI ZR 310/79, NJW 1983, 810 (812).

<sup>60</sup> BGH, Urt. v. 24.3.1992 – VI ZR 210/91, NJW 1992, 1678 (1678).

<sup>61</sup> *Diederichsen*, Die Entwicklung der Produzentenhaftung, in: *VersR* 1984, 797 (799); *Reinicke/Tiedtke*, Stoffgleichheit zwischen Mangelunwert und Schäden im Rahmen der Produzentenhaftung, in: *NJW* 1986, 10 (14 f.).

<sup>62</sup> Kritisch hierzu: *Wagner*, in: *MüKo BGB*, 9. Aufl. 2024, § 823 BGB Rn. 327.

<sup>63</sup> *Grigoleit/Riehm*, *SchuldR IV*, 3. Aufl. 2022, Rn. 968.

<sup>64</sup> *Stoll*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 18.1.1983 – VI ZR 310/79, in: *JZ* 1983, 499 (502); *Deutsch*, Die neuere Entwicklung der Rechtsprechung zum Haftungsrecht, in: *JZ* 1984, 308 (311); dies erkennt im Grunde auch die Rechtsprechung an, vgl. BGH, Urt. v. 18.1.1983 – VI ZR 310/79, NJW 1983, 810 (812).

kommt die Rechtsprechung zum absurden Ergebnis, dass bei kleinen (abgrenzbaren) Mängeln eine deliktsrechtliche Haftung bestünde, während bei großen (nicht abgrenzbaren) Mängeln der Kaufsache (dann ist allein das Äquivalenzinteresse betroffen) eine Haftung ausscheiden müsste.<sup>65</sup>

Vorzugswürdig erscheint es im Ergebnis daher, dem Erwerber der mangelhaften Sache Ansprüche aus §§ 823 ff. BGB wegen Schäden am Kaufgegenstand selbst zu versagen. Soweit die Schäden also an der hergestellten Sache selbst eintreten, haftet der Produzent der mangelhaften Sache dem Käufer gegenüber nicht nach deliktsrechtlichen Grundsätzen.<sup>66</sup> Dieser muss sich bei seinem Vertragspartner schadlos halten.

## V. Verhältnis vertraglicher Ansprüche zu bereicherungsrechtlichen Ansprüchen

Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung (§§ 812 ff. BGB) setzen eine rechtsgrundlose Vermögensverschiebung (entweder durch Leistung oder in sonstiger Weise) voraus (sog. Kondiktionslage). Ein Rechtsgrund iSd § 812 Abs. 1 BGB für eine Vermögensverschiebung kann sich aus einem vertraglichen Anspruch des in Anspruch genommenen Bereicherungsschuldners auf die Leistung ergeben. Soweit also zwischen Bereicherungsgläubiger und Bereicherungsschuldner hinsichtlich des Bereicherungsgegenstandes ein wirksamer Vertrag besteht, scheidet bereicherungsrechtliche Ansprüche gegen den Bereicherten aus.

Stellt sich der Vertrag als nichtig heraus, kann es zur bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung kommen. Dabei wird anhand des Leistungsbegriffs (= bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens)<sup>67</sup> die Person des Bereicherungsgläubigers und des Bereicherungsschuldners ermittelt.<sup>68</sup> In der Regel erfolgt die Leistung nämlich zum Zwecke der Erfüllung einer (vermeintlichen) Verbindlichkeit (solvendi causa), sodass in diesem Leistungsverhältnis die ungerechtfertigte Bereicherung zu kondizieren ist. Ein solches Leistungsverhältnis kann bereicherungsrechtliche Ansprüche Dritter ausschließen (sog. Vorrang der Leistungsbeziehung).<sup>69</sup>

<sup>65</sup> *Reinicke/Tiedtke*, Stoffgleichheit zwischen Mangelunwert und Schäden im Rahmen der Produzentenhaftung in: NJW 1986, 10 (14 f.).

<sup>66</sup> *Reinicke/Tiedtke*, Stoffgleichheit zwischen Mangelunwert und Schäden im Rahmen der Produzentenhaftung, in: NJW 1986, 10 (15).

<sup>67</sup> BGH, Urt. v. 20.3.2019 – VIII ZR 88/18, NJW 2019, 2608 (2609); BGH, Urt. v. 31.1.2018 – VIII ZR 39/17, NJW 2018, 1079.

<sup>68</sup> *Stadler*, in: Jauernig BGB, 19. Aufl. 2023, § 812 BGB Rn. 2; *Wiese*, in: HK-BGB, 12. Aufl. 2024, § 812 BGB Rn. 6.

<sup>69</sup> Zum Vorrang der Leistungsbeziehung siehe Fall 18.

## VI. Exkurs: Verhältnis zwischen Anfechtungsrecht und Mängelgewährleistungsrecht

Auch im Verhältnis der §§ 119 ff. BGB zum besonderen Mängelgewährleistungsrecht können nach Gefahrübergang<sup>70</sup> Konkurrenzprobleme auftreten.

Hier muss zwischen den verschiedenen Anfechtungsgründen der §§ 119 ff. BGB differenziert werden:<sup>71</sup>

### 1. Arglistige Täuschung oder widerrechtliche Drohung, § 123 Abs. 1 BGB

Wurde der Käufer zur Abgabe seiner Willenserklärung durch arglistige Täuschung oder widerrechtlich durch Drohung bestimmt (§ 123 Abs. 1 BGB), kann er neben der Geltendmachung von Mängelgewährleistungsrechten auch seine Willenserklärung<sup>72</sup> anfechten. In diesen Fällen ist der Verkäufer nicht schutzwürdig, sodass eine Anfechtung nach § 123 Abs. 1 BGB nicht gesperrt wird.<sup>73</sup>

Hat der Käufer die Anfechtung erklärt, wird der Vertrag ex tunc nichtig (§ 142 Abs. 1 BGB) und es kann zur bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung kommen. Mängelgewährleistungsrechte kommen dann – mangels Vertrages – nicht in Betracht.<sup>74</sup>

### 2. Erklärungs-, Inhalts- und Übermittlungsirrtum, § 119 Abs. 1, § 120 BGB

Nach einhelliger Ansicht kann der Käufer neben der Geltendmachung von Mängelgewährleistungsrechten seine Willenserklärung aufgrund eines Erklärungs-, Inhalts- oder Übermittlungsirrtums anfechten.<sup>75</sup> Aufgrund der unterschiedlichen Zweckrichtungen der Rechtsinstitute entsteht hier kein Konkurrenzverhältnis: § 119 Abs. 1,

<sup>70</sup> Vor Gefahrübergang sind nach h.M. die Mängelgewährleistungsrechte nicht anwendbar. Konkurrenzprobleme ergeben sich daher nicht, vgl. B. I.

<sup>71</sup> Vgl. *Tonikidis*, Konkurrenzprobleme im Kaufgewährleistungsrecht, in: ZJS 2014, 273 (274 ff.).

<sup>72</sup> Im Anfechtungsrecht besteht Uneinigkeit darüber, ob der gesamte Vertrag oder nur die eigene Willenserklärung angefochten werden muss. Im Ergebnis ist die Beantwortung dieser Frage nur von dogmatischer Bedeutung, da auch bei bloßer Anfechtung der eigenen Willenserklärung die Grundlage des Vertrages wegfällt: Es fehlt dann an zwei übereinstimmenden Willenserklärungen.

<sup>73</sup> Zum Mietrecht s. BGH, Urt. v. 6.8.2008 – XII ZR 67/06, NJW 2009, 1266 (1267 f.); *Saenger*, in: HK-BGB, 12. Aufl. 2024, § 437 BGB Rn. 26; *Ellenberger*, in: Grüneberg BGB, 85. Aufl. 2026, § 123 BGB Rn. 29.

<sup>74</sup> BGH, Urt. v. 29.10.1959 – VIII ZR 125/58, NJW 1960, 237 (237).

<sup>75</sup> *Saenger*, in: HK-BGB, 12. Aufl. 2024, § 437 BGB Rn. 27; *Berger*, in: Jauernig BGB, 19. Aufl. 2023, § 437 BGB Rn. 31.

§ 120 BGB beziehen sich nämlich auf Fehler bei der Willensäußerung bzw. bei der Willensübermittlung.<sup>76</sup> Solche Konstellationen erfasst das Mängelgewährleistungsrecht nicht.

### 3. Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft, § 119 Abs. 2 BGB

Konkurrenzrechtlich problematisch ist dagegen das Verhältnis von § 119 Abs. 2 BGB und dem besonderen Mängelgewährleistungsrecht, wenn sich der Irrtum des Käufers<sup>77</sup> auf solche verkehrswesentlichen Eigenschaften der Sache bezieht, die einen Mangel begründen.

#### ***Fall 3 (Eigenschaftsirrtum des Käufers und Gefahrübergang):***

*Verkäufer V verkauft und übereignet einen vergoldeten Ring an Käufer K. Dabei geht K irrtümlich davon aus, dass der vergoldete Ring aus reinem Gold besteht.*

Manche Vertreter in der Literatur lassen hier eine Anfechtung durch den Käufer nach § 119 Abs. 2 BGB neben dem (kaufrechtlichen) Mängelgewährleistungsrecht zu.<sup>78</sup>

Nach überwiegender Ansicht dagegen scheidet (ab Gefahrübergang) eine Anfechtung des Käufers aufgrund eines Eigenschaftsirrtums nach § 119 Abs. 2 BGB aus, wenn solche Eigenschaften der Sache betroffen sind, die einen Mangel iSd § 434 BGB darstellen können.<sup>79</sup> Ansonsten würden durch eine Anfechtung die speziellen Wertungen des Gewährleistungsrechts umgangen.<sup>80</sup> Zum einen würde der im Kaufrecht durch das Erfordernis der Nachfristsetzung gewährleistete Vorrang der Nacherfüllung durch eine Anfechtung der Willenserklärung nach § 119 Abs. 2 BGB umgangen.<sup>81</sup>

<sup>76</sup> *Brox/Walker*, BGB AT, 48. Aufl. 2024, § 18 Rn. 5.

<sup>77</sup> Bei einem Irrtum des Verkäufers über eine verkehrswesentliche Eigenschaft ist eine Anfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB grundsätzlich möglich, da dem Verkäufer keine Gewährleistungsrechte zustehen können, somit also keine Umgehung besonderer Voraussetzungen des Mängelgewährleistungsrecht droht. Ausnahmsweise kann das Anfechtungsrecht des Verkäufers nach § 242 BGB ausgeschlossen sein, wenn dieser sich durch die Anfechtung seiner Gewährleistungspflicht entziehen würde, vgl. hierzu BGH, Urt. v. 8.6.1988 – VII ZR 135/87, NJW 1988, 2597 (2598).

<sup>78</sup> *Faust*, in: BeckOK BGB, 76. Edition, Stand: 1.11.2025, § 437 BGB Rn. 191.

<sup>79</sup> BGH, Urt. v. 8.6.1988 – VII ZR 135/87, NJW 1988, 2597 (2598); BGH, Urt. v. 14.12.1960 – V ZR 40/60, NJW 1961, 772 (773); *Weidenkaff*, in: Grüneberg BGB, 85. Aufl. 2026, § 437 BGB Rn. 53; *Saenger*, in: HK-BGB, 12. Aufl. 2024, § 437 BGB Rn. 27.

<sup>80</sup> Vgl. *Brox/Walker*, SchuldR BT, 49. Aufl. 2025, § 4 Rn. 135 f. Die Argumente gleichen jenen, die auch zur Begründung des Ausschlusses der Ansprüche aus c.i.c. bei Anwendbarkeit des Mängelgewährleistungsrechts angeführt werden, vgl. B I.

<sup>81</sup> *Brox/Walker*, SchuldR BT, 49. Aufl. 2025, § 4 Rn. 136; *Berger*, in: Jauernig BGB, 19. Aufl.

Da eine Anfechtung wegen eines Eigenschaftsirrturns außerdem noch bis zu zehn Jahre seit der Abgabe der Willenserklärung zulässig sein kann (vgl. § 121 Abs. 2 BGB), würde hierdurch der Zweck der kürzeren, auf grundsätzlich zwei Jahre beschränkten, kaufrechtlichen Verjährungsfrist (§ 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB) umgangen werden.<sup>82</sup>

Dazu kommt, dass Mängelrechte bereits bei grob fahrlässiger Unkenntnis des Käufers vom Mangel ausgeschlossen sind (§ 442 Abs. 1 Satz 2 BGB), während eine Anfechtung auch bei einem leicht fahrlässigen Irrtum des Käufers zulässig ist.<sup>83</sup>

Analog zum Verhältnis zwischen dem besonderen Mängelgewährleistungsrecht und Ansprüchen aus c.i.c. (siehe B. I.) tritt keine Sperrwirkung ein, wenn der Verkäufer den Käufer arglistig über die verkehrswesentliche Eigenschaft der Sache getäuscht hat. Dann kann der Käufer neben den Ansprüchen aus §§ 434 ff. BGB auch seine (auf den Vertragsschluss gerichtete) Willenserklärung nach § 119 Abs. 2 BGB anfechten, da insoweit der arglistig täuschende Verkäufer nicht schutzwürdig ist und die Wertungen des Gewährleistungsrechts durch das Anfechtungsrecht nicht umgangen werden: Infolge der arglistigen Täuschung bedarf es nämlich zum einen keiner Nachfristsetzung mehr (§ 440 Satz 1 BGB).<sup>84</sup> Überdies gleichen sich die Verjährungsregeln des Mängelgewährleistungsrechts (§ 438 Abs. 2 Satz 1 BGB iVm § 199 Abs. 3 Satz 1 BGB: max. zehn Jahre) und des Anfechtungsrecht (gem. § 124 Abs. 3 BGB ebenfalls max. zehn Jahre) an. Dazu kommt, dass trotz grob fahrlässiger Unkenntnis des Käufers vom Mangel die Mängelgewährleistungsrechte aufgrund der arglistigen Täuschung des Verkäufers nicht ausgeschlossen sind, § 442 Abs. 1 Satz 2 BGB.

Allerdings ist in dieser Konstellation zu beachten, dass dem Käufer ohnehin die Möglichkeit zusteht, seine Willenserklärung aufgrund der arglistigen Täuschung des Verkäufers nach § 123 Abs. 1 BGB anzufechten. Der Käufer hat dann ein Wahlrecht zwischen den Anfechtungsrechten.<sup>85</sup> Regelmäßig ist eine Anfechtung nach § 123 Abs. 1 BGB für den Käufer von Vorteil: Zum einen ist die Anfechtungsfrist für eine Anfechtung nach § 123 Abs. 1 BGB gem. § 124 Abs. 1 BGB (ein Jahr) länger als für eine Anfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB (gem. § 121 Abs. 1 BGB unverzüglich). Zum anderen schuldet der Käufer bei einer Anfechtung nach § 123 Abs. 1 BGB keinen Schadensersatz nach § 122 Abs. 1 BGB.

---

2023, § 437 BGB Rn. 32.

<sup>82</sup> BGH, Urt. v. 14.12.1960 – V ZR 40/60, NJW 1961, 772 (773).

<sup>83</sup> Brox/Walker, SchuldR BT, 49. Aufl. 2025, § 4 Rn. 136; Looschelders, SchuldR BT, 20. Aufl. 2025, § 8 Rn. 3.

<sup>84</sup> BGH, Beschl. v. 8.12.2006 – V ZR 249/05, NJW 2007, 835 (837) m.w.N.

<sup>85</sup> Ellenberger, in: Grüneberg BGB, 85. Aufl. 2026, § 123 BGB Rn. 28.

## C. Quasivertragliche Ansprüche

Im Anschluss an vertragliche Ansprüche sind sog. quasivertragliche Ansprüche zu prüfen. In der Fallbearbeitung muss an dieser Stelle insbesondere an die Ansprüche aus § 122 Abs. 1 und § 179 Abs. 1 BGB sowie an Ansprüche aus c.i.c. und aus einer Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 ff. BGB) gedacht werden. Es empfiehlt sich grundsätzlich, zunächst etwaige Ansprüche aus c.i.c. zu prüfen.<sup>86</sup>

### I. Ansprüche aus culpa in contrahendo (c.i.c.)

Ansprüche aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen bzw. bei Vertragsanbahnung aus § 280 Abs. 1, § 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2 BGB hängen mit dem Zusammentreffen von Personen im Vorfeld eines Vertrags zusammen.<sup>87</sup> Die Aufnahme von Vertragsverhandlungen oder von geschäftlichen Kontakten begründet die Erwartung, dass jeder auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils Rücksicht nehmen wird.<sup>88</sup> Wird dieses Vertrauen enttäuscht, kommt eine Haftung nach vertraglichen Grundsätzen<sup>89</sup> in Betracht.<sup>90</sup>

#### 1. Verhältnis des Anspruchs aus c.i.c. zum Anfechtungsrecht

Die Frage, ob dem Käufer neben dem Recht zur Anfechtung seiner Willenserklärung ein Schadensersatzanspruch aus § 280 Abs. 1, § 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2 BGB zusteht, wird insbesondere dann relevant, wenn der Verkäufer den Käufer im Vorfeld des Vertragsschlusses (arglistig) über eine verkehrswesentliche Eigenschaft des Kaufgegenstandes täuscht.

#### ***Fall 4 (Täuschung über verkehrswesentliche Eigenschaft im Vorfeld des Vertragsschlusses):***

*Der in Kunstfragen völlig unerfahrene K möchte sein Erspartes sinnvoll anlegen und von Kunsthändler V ein teures Gemälde erstehen. V dagegen sieht seine Möglichkeit gekommen und täuscht dem K vor, bei dem Gemälde handle es sich um ein solches des renommierten Künstlers X. Tatsächlich handelt es sich um ein von V selbst gemaltes Werk, dessen Wert nicht ansatzweise dem vereinbarten Kaufpreis*

<sup>86</sup> Medicus/Petersen, Grundwissen BürgerlR, 13. Aufl. 2024, § 15 Rn. 1.

<sup>87</sup> Medicus/Petersen, Grundwissen BürgerlR, 13. Aufl. 2024, § 15 Rn. 1.

<sup>88</sup> S. hierzu BGH, Urt. v. 28.1.1976 – VIII ZR 246/74, NJW 1976, 712 (712).

<sup>89</sup> Dies ist insoweit für den Geschädigten von Vorteil, als dass bei vertraglichen Schadensersatzansprüchen (anders als bei Ansprüchen nach den §§ 823 ff. BGB) eine Beweislastumkehr (§ 280 Abs. 1 Satz 2 BGB), eine Zurechnung des Verschuldens von Erfüllungsgehilfen und der gesetzlichen Vertreter (§ 278 BGB) und eine Ersatzfähigkeit von Vermögensschäden besteht.

<sup>90</sup> Looschelders, SchuldR AT, 22. Aufl. 2024, § 8 Rn. 3.

entspricht. Kann K über § 280 Abs. 1, § 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2 BGB iVm § 249 Abs. 1 BGB die Aufhebung des Kaufvertrages verlangen?

Grundsätzlich steht dem getäuschten K aufgrund der vorvertraglichen Schutzpflichtverletzung des V ein Schadensersatzanspruch aus § 280 Abs. 1, § 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2 BGB zu, der über § 249 Abs. 1 BGB (Naturalrestitution) zur Aufhebung des Vertrages führen kann. Dieser Anspruch könnte jedoch durch das Anfechtungsrecht aus § 119 Abs. 2 BGB bzw. aus § 123 Abs. 1 BGB ausgeschlossen sein.

Für einen Ausschluss des Anspruchs aus c.i.c. spricht, dass die Anfechtung durch den Käufer nur binnen Jahresfrist ab dem Zeitpunkt, in welchem der Käufer die Täuschung entdeckt, erklärt werden kann (§ 124 Abs. 1, 2 BGB). Der Anspruch aus § 280 Abs. 1, § 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2 BGB verjährt dagegen in der regelmäßigen Verjährungsfrist von drei Jahren (§§ 195, 199 Abs. 1 BGB).<sup>91</sup> Durch den Anspruch aus c.i.c. würde also die kürzere Anfechtungsfrist umgangen werden.<sup>92</sup>

Zudem kommen Ansprüche aus c.i.c. bereits bei fahrlässigen (vorvertraglichen) Pflichtverletzungen in Betracht (vgl. § 276 Abs. 2 BGB), wobei das Verschulden des Verkäufers gem. § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB vermutet wird.<sup>93</sup> Nach § 123 Abs. 1 BGB bedarf es dagegen einer arglistigen (d.h. vorsätzlichen)<sup>94</sup> Täuschung durch den Verkäufer. Diese restriktive Voraussetzung würde durch den Anspruch aus § 280 Abs. 1, § 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2 BGB ebenfalls unterlaufen.<sup>95</sup>

Trotz der drohenden Umgehung der besonderen Voraussetzungen des Anfechtungsrechts wird überwiegend davon ausgegangen, dass Ansprüche aus c.i.c. neben dem Recht zur Anfechtung bestehen können.<sup>96</sup> Dies wird mit den unterschiedlichen Schutzrichtungen beider Rechtsinstitute begründet: Die Anfechtung schütze unabhängig vom Eintritt eines Schadens die freie Selbstbestimmung auf rechtsgeschäftlichem Gebiet gegen unerlaubte Mittel der Willensbeeinflussung, während der Anspruch aus c.i.c. dem Schutz des Vermögens diene, was insbesondere durch das

<sup>91</sup> *Grüneberg*, in: *Grüneberg BGB*, 85. Aufl. 2026, § 311 BGB Rn. 59.

<sup>92</sup> *Kuhn*, Argumente zur Sperrwirkung von Ansprüchen als Beitrag zur Reduzierung des zivilrechtlichen Lernstoffs, in: *Jura* 2013, 975 (979); *Brox/Walker*, *SchuldR AT*, 49. Aufl. 2025, § 25 Rn. 18.

<sup>93</sup> *Sutschet*, in: *BeckOK BGB*, 76. Edition, Stand: 1.11.2025, § 311 BGB Rn. 82.

<sup>94</sup> *Ellenberger*, in: *Grüneberg BGB*, 85. Aufl. 2026, § 123 BGB Rn. 11.

<sup>95</sup> *Brox/Walker*, *SchuldR AT*, 49. Aufl. 2025, § 25 Rn. 18.

<sup>96</sup> BGH, Urt. v. 7.2.2013 – IX ZR 138/11, NJW 2013, 1591 (1591); *Grüneberg*, in: *Grüneberg BGB*, 85. Aufl. 2026, § 311 BGB Rn. 13.

Erfordernis eines Vermögensschadens beim Getäuschten<sup>97</sup> zum Ausdruck komme.

Einer Entscheidung bedarf es in der Klausur jedenfalls dann nicht, wenn die Voraussetzungen der Anfechtung beim Käufer vorliegen. Dann kann dieser seine Willenserklärung nach den § 119 Abs. 2, § 123 Abs. 1 BGB anfechten und der Vertrag wird gem. § 142 Abs. 1 BGB (ex tunc) nichtig, sodass ein etwaiger Schaden entfällt und ausgetauschte Leistungen kondiziert werden können.

## 2. Verhältnis des Anspruchs aus c.i.c. zum Anspruch aus § 179 Abs. 1 BGB

§ 179 Abs. 1 BGB normiert eine gesetzliche Garantiehaftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht (sog. falsus procurator).<sup>98</sup> Ob der falsus procurator daneben noch nach weiteren Vorschriften, insb. nach den § 280 Abs. 1, § 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2 BGB, haftet, wird unterschiedlich gesehen.<sup>99</sup>

### ***Fall 5 (Unrichtige Behauptung einer Vertretungsmacht):***

*A behauptet gegenüber C wahrheitswidrig, dass er von B zum Verkauf einer Sache bevollmächtigt wurde. Daraufhin schließt A im Namen des B einen Kaufvertrag mit C ab. B, der von dem gesamten Vorgang keine Kenntnis hat, verweigert seine Genehmigung. Hat C neben dem Anspruch aus § 179 Abs. 1 BGB ebenfalls einen Anspruch gegen A aus § 280 Abs. 1, § 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2 BGB?*

Zum Teil wird vertreten, dass bei objektiv unrichtiger Behauptung von Vertretungsmacht beide Anspruchsgrundlagen nebeneinander anwendbar seien.<sup>100</sup> Allerdings ist insoweit zu beachten, dass der verschuldensabhängige Anspruch aus § 280 Abs. 1, § 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2 BGB ein vorvertragliches Schuldverhältnis zwischen Anspruchsteller und Anspruchsgegner voraussetzt. Nach dem objektiven Empfängerhorizont (§§ 133, 157 BGB) soll vorliegend jedoch nicht zwischen dem falsus procurator (A) und C, sondern zwischen dem vermeintlich vertretenen B und C ein Kaufvertrag zustande kommen. Es fehlt daher bereits an einem vorvertraglichen Schuldverhältnis zwischen A und C als haftungsbegründende Voraussetzung.<sup>101</sup>

<sup>97</sup> BGH, Urt. v. 26.9.1997 – V ZR 29/96, NJW 1998, 302 (304); zur Diskussion s. *Emmerich*, in: MüKo BGB, 10. Aufl. 2025, § 311 BGB Rn. 93.

<sup>98</sup> *Ellenberger*, in: Grüneberg BGB, 85. Aufl. 2026, § 179 BGB Rn. 1.

<sup>99</sup> Siehe dazu *Ulrici*, in: BeckOGK, Stand: 01.11.2023, § 179 BGB Rn. 148 ff. m.w.N.

<sup>100</sup> *Ulrici*, in: BeckOGK, Stand: 01.11.2023, § 179 BGB Rn. 149; *Schäfer*, in: BeckOK BGB, 76. Edition, Stand: 1.11.2025, § 179 BGB Rn. 31.

<sup>101</sup> *Herresthal*, in: BeckOGK, Stand: 1.3.2025, § 311 BGB Rn. 279.

Für einen Anspruch aus c.i.c. besteht überdies kein Bedürfnis: Der getäuschte Vertragspartner wird in solchen Fällen ausreichend nach dem spezielleren § 179 Abs. 1 BGB geschützt.<sup>102</sup> Danach hat der Geschädigte ein Wahlrecht, ob er vom vollmachtlosen Vertreter Erfüllung oder Schadensersatz, gerichtet auf den Ersatz des positiven Interesses, verlangt. Der Anspruch aus c.i.c. ist dagegen von vornherein nur auf den Ersatz des Vertrauensschadens (negatives Interesse) gerichtet. Ließe man einen Anspruch aus c.i.c. neben § 179 Abs. 1 BGB zu, würde zudem eine Umgehung der besonderen Haftungsbeschränkungen und -ausschlüsse der §§ 179 Abs. 2, 3 BGB drohen.<sup>103</sup>

Vorzugswürdig erscheint daher, dass bei objektiv unrichtiger Behauptung von Vertretungsmacht allein § 179 Abs. 1 BGB zur Anwendung kommt.<sup>104</sup>

Anders ist die Konkurrenzfrage jedoch zu beurteilen, wenn ein Anspruch gegen den falsus procurator aus § 179 Abs. 1 BGB wegen § 179 Abs. 3 Satz 1 BGB ausscheidet.

**Fall 6 (Inaussichtstellen einer Genehmigung des Rechtsgeschäfts):**

*A erklärt gegenüber C, dass B ihm keine Vollmacht erteilt hat. Allerdings erklärt A auch, dass B das Rechtsgeschäft später zu 100 % genehmigen werde. B verweigert eine solche Genehmigung.*

Da C vom Fehlen der Vertretungsmacht Kenntnis hatte, ist sein Anspruch aus § 179 Abs. 1 BGB nach § 179 Abs. 3 Satz 1 ausgeschlossen. In Betracht kommt hier allerdings ein Anspruch aus § 280 Abs. 1, § 311 Abs. 3, § 241 Abs. 2 BGB, der nach § 254 BGB zu kürzen ist: Der falsus procurator haftet nämlich ausnahmsweise dann nach c.i.c., wenn er ein besonderes Vertrauen in Anspruch nimmt, das sich nicht nur auf den Bestand der Vertretungsmacht bezieht, und dadurch die Vertragsverhandlungen oder den Vertragsschluss erheblich beeinflusst.<sup>105</sup>

<sup>102</sup> Herresthal, in: BeckOGK, Stand: 1.3.2025, § 311 BGB Rn. 279.

<sup>103</sup> Herresthal, in: BeckOGK, Stand: 1.3.2025, § 311 BGB Rn. 279.

<sup>104</sup> LG München I, Endurt. v. 13.2.2020 – 5 HK O 2393/19, BeckRS 2020, 7299 Rn. 22; Schubert, in: MüKo BGB, 10. Aufl. 2025, § 179 BGB Rn. 66.

<sup>105</sup> Ellenberger, in: Grüneberg BGB, 85. Aufl. 2026, § 179 BGB Rn. 4; Herresthal, in: BeckOGK, Stand: 1.3.2025, § 311 BGB Rn. 285.

## II. Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 ff. BGB)

### 1. Zur Systematik der §§ 677 ff. BGB

Das Gesetz unterscheidet in den §§ 677 ff. BGB vier Arten der Geschäftsführung ohne Auftrag.<sup>106</sup>

Zunächst lässt sich zwischen der echten (§ 677 BGB) und der unechten GoA (§ 687 BGB) differenzieren. Entscheidendes Abgrenzungskriterium stellt der Inhalt des Geschäftsführerwillens dar: Bei der echten GoA handelt der Geschäftsführer mit Fremdgeschäftsführungswillen<sup>107</sup> (vgl. § 677 BGB: „für einen anderen“), während der Geschäftsführer bei der unechten GoA mit Eigengeschäftsführungswillen handelt (vgl. § 687 BGB).<sup>108</sup>

Die echte GoA lässt sich weiter in die sog. echte berechnigte (§ 683 Satz 1 BGB) und die sog. echte unberechnigte GoA (§ 678 BGB und § 684 Satz 1 BGB) unterteilen.<sup>109</sup> Bei der echten berechnigten GoA entspricht entweder die Übernahme der Geschäftsführung dem Interesse und dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn<sup>110</sup> oder es liegt ein Fall des § 679 BGB (öffentliches Interesse) bzw. des § 684 Satz 2 BGB (Genehmigung durch den Geschäftsherrn) vor.<sup>111</sup> Eine echte unberechnigte GoA liegt vor, wenn die Übernahme dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn nicht entspricht, § 679 BGB nicht eingreift und eine Genehmigung (§ 684 Satz 2 BGB) nicht vorliegt.<sup>112</sup>

Die unechte GoA lässt sich ebenfalls unterteilen: Bei der unechten irr tümlichen Eigengeschäftsführung besorgt jemand ein fremdes Geschäft in der Meinung, dass es ein eigenes sei, § 687 Abs. 1 BGB. Die §§ 677–686 BGB finden in dieser Konstellation keine Anwendung. Vielmehr kommen dingliche, bereicherungsrechtliche

<sup>106</sup> *Buck-Heeb*, Examens-Repetitorium Besonderes Schuldrecht 2, 9. Aufl. 2024, Rn. 22.

<sup>107</sup> Siehe dazu: *Schwark*, Der Fremdgeschäftsführungswille bei der Geschäftsführung ohne Auftrag, in: JuS 1984, 321.

<sup>108</sup> *Buck-Heeb*, Examens-Repetitorium Besonderes Schuldrecht 2, 9. Aufl. 2024, Rn. 22.

<sup>109</sup> *Brox/Walker*, SchuldR BT, 49. Aufl. 2025, § 35 Rn. 3.

<sup>110</sup> Nach dem Wortlaut des § 683 Satz 1 BGB muss die Übernahme der Geschäftsführung dem Interesse und dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn entsprechen. Dieser Wortlaut ist jedoch missverständlich. Nach h.M. (vgl. *Medicus/Petersen*, BürgerlR, 29. Aufl. 2023, Rn. 422) bedarf es nicht des kumulativen Vorliegens dieser Voraussetzungen. Es genügt vielmehr, dass die Übernahme der Geschäftsführung dem wirklichen Willen des Geschäftsherrn entspricht (und dieser beachtlich ist). In diesen Fällen ist die Geschäftsführung auch dann berechnigt, wenn diese für den Geschäftsherrn objektiv nicht nützlich ist. Dies folgt aus der Privatautonomie.

<sup>111</sup> *Schäfer*, in: MüKo BGB, 9. Aufl. 2023, § 677 BGB Rn. 149 f.

<sup>112</sup> *Brox/Walker*, SchuldR BT, 49. Aufl. 2025, § 37 Rn. 1.

und deliktsrechtliche Ansprüche in Betracht.<sup>113</sup>

Demgegenüber liegt eine unechte unerlaubte (angemaßte) Eigengeschäftsführung vor, wenn jemand ein fremdes Geschäft als sein eigenes behandelt, obwohl er weiß, dass er dazu nicht berechtigt ist. In diesem Fall stehen dem Geschäftsherrn die Ansprüche aus §§ 677, 678, 681, 682 BGB zu, § 687 Abs. 2 BGB. Daneben können ebenfalls dingliche, bereicherungsrechtliche und deliktsrechtliche Ansprüche bestehen.<sup>114</sup>

## 2. Anwendbarkeit der §§ 677 ff. BGB bei Gefälligkeiten

Bei reinen Gefälligkeiten des täglichen Lebens stellt sich die Frage, ob Ansprüche (insb. des Geschäftsführers gegen den Geschäftsherrn) aus einer Geschäftsführung ohne Auftrag in Betracht kommen können.

### **Fall 7 (Gefälligkeitsfahrt):**

*Großmutter G fährt ihre Enkelin zu einem Fußballhallenturnier, wobei G auf der Hinfahrt bei einem Verkehrsunfall verletzt wurde. Nun verlangt sie vom Sportverein, in dem die Enkelin Fußball spielt, Ersatz des materiellen Schadens<sup>115</sup> nach § 683 Satz 1, § 670 BGB.*

Nach überwiegender Ansicht finden die §§ 677 ff. BGB bei Gefälligkeiten des täglichen Lebens, bei denen es am Rechtsbindungswillen des Geschäftsführers fehlt, keine Anwendung.<sup>116</sup> Diese Ansicht überzeugt aus mehreren Gründen:

Zunächst erfasst schon der Begriff des „Geschäfts“ in § 677 BGB keine Gefälligkeiten, da einem Handeln aus freundschaftlichen Gründen der erforderliche kommerzielle Einschlag fehlt.<sup>117</sup>

Zum anderen fehlt es bei Geschäften des täglichen Lebens am sog. Geschäftsübernahmewillen, der ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal der §§ 677 ff. BGB darstellt.<sup>118</sup>

Auch kann der in § 685 Abs. 1 BGB zum Ausdruck kommende Rechtsgedanke

<sup>113</sup> Brox/Walker, SchuldR BT, 49. Aufl. 2025, § 38 Rn. 3.

<sup>114</sup> Buck-Heeb, Examens-Repetitorium Besonderes Schuldrecht 2, 9. Aufl. 2024, Rn. 24.

<sup>115</sup> Zum Ersatz sog. risikotypischer Begleitschäden über § 670 BGB siehe Thole, in: BeckOGK, Stand: 1.7.2025, § 683 BGB Rn. 38 ff.

<sup>116</sup> BGH, Urt. v. 23.7.2015 – III ZR 346/14, NJW 2015, 2880 (2880 f.); Mäsch, Schuldrecht BT: Gefälligkeit und GoA, in: JuS 2016, 70 (70 f.).

<sup>117</sup> Bergmann, in: Staudinger BGB, Vorb. §§ 677–687 BGB, Rn. 111.

<sup>118</sup> Retzlaff, in: Grüneberg BGB, 83. Aufl. 2024, Einf. v. § 677 BGB Rn. 2; zur Diskussion s.

herangezogen werden: Wer aus reiner Gefälligkeit auf sozialer Ebene handelt, signalisiert dadurch zugleich, dass er keinen Ersatz der entstandenen Aufwendungen begehrt.<sup>119</sup>

Für einen Ausschluss der §§ 677 ff. BGB bei reinen Gefälligkeiten spricht schließlich auch folgende Überlegung: Würde man quasivertragliche Ansprüche aus §§ 677 ff. BGB auch in solchen Fällen bejahen, in denen es am Rechtsbindungswillen des Geschäftsführers fehlt, würden die Wertungen, die sich aus dem Fehlen dieses Willens ergeben, durch die Anwendung der auftragsähnlichen Ansprüche aus GoA<sup>120</sup> unterlaufen.<sup>121</sup> G hat daher keinen Anspruch gegen den Sportverein aus § 683 Satz 1, § 670 BGB.

### 3. Anwendbarkeit der §§ 677 ff. BGB bei nicht zustande gekommenen Verträgen<sup>122</sup>

Kommt es (mangels übereinstimmender Willenserklärungen) nicht zu einem Vertragsschluss, kann die Frage aufkommen, ob sich aus den §§ 677 ff. BGB Ansprüche auf Ersatz von im Vorfeld des Vertragsschlusses gemachten Aufwendungen ergeben können.

#### **Fall 8 (Erbensucher<sup>123</sup>):**

*K ist gewerblicher Erbensucher. Als er durch eine Anzeige im Bundesanzeiger vom Erbfall des M Kenntnis erlangte, ermittelte er B und S (beide Halbgeschwister des Erblassers) als gesetzliche Erben. K bot dem B an, die ihm vorliegenden Informationen bei Abschluss einer Honorarvereinbarung, bei dem K 20 % des Nachlasses zustehen sollten, zukommen zu lassen. Zum Abschluss dieses Vertrages kam es jedoch nicht. B konnte eigenständig den Nachlass ermitteln. Nun verlangt K von B 20% des Nachlassvermögens aus dem Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag.*

Der BGH deutet in seiner Entscheidung an, dass es sich bei der Tätigkeit des K (allenfalls) um ein sog. auch-fremdes Geschäft handeln könnte,<sup>124</sup> bei welchem das Vorliegen des Fremdgeschäftsführungswillens nach ständiger Rechtsprechung des

BGH, Urt. v. 23.7.2015 – III ZR 346/14, NJW 2015, 2880 (2881).

<sup>119</sup> Steffen, in: RGRK-BGB, 12. Aufl. 1978, Vorb. § 677 BGB Rn. 8.

<sup>120</sup> Vgl. die Verweisungen ins Auftragsrecht in § 681 Satz 2 und § 683 Satz 1 BGB.

<sup>121</sup> Vgl. Buck-Heeb, Examens-Repetitorium Besonderes Schuldrecht 2, 9. Aufl. 2024, Rn. 33.

<sup>122</sup> Zur Anwendbarkeit der §§ 677 ff. BGB bei nichtigen Verträgen s. B. II. 2.

<sup>123</sup> Nach BGH, Urt. v. 23.9.1999 – III ZR 322/98, NJW 2000, 72.

<sup>124</sup> BGH, Urt. v. 23.9.1999 – III ZR 322/98, NJW 2000, 72 (73).

BGH widerlegbar vermutet wird.<sup>125</sup> Ungeachtet dessen lehnt der BGH jedoch (zutreffend) die Anwendbarkeit der §§ 677 ff. BGB aus zwei Gründen ab:

Hauptgrund ist, dass durch die Zulassung eines Aufwendungsersatzanspruches aus § 683 Satz 1, §§ 677, 670 BGB die auf die Privatautonomie zurückzuführende Risikoverteilung im Privatrecht umgangen würde: Nach den Regeln des Privatrechts bleiben eigene Aufwendungen im Vorfeld des Vertragsschlusses unvergütet, sofern es nicht zum Abschluss eines Vertrages kommt.<sup>126</sup> Jede Partei hat insoweit das Risiko des Scheiterns der Vertragsverhandlungen selbst zu tragen.<sup>127</sup>

Zudem würde sich der Erbe bei Bemühungen mehrere Erbensucher Aufwendungsersatzansprüchen mehrerer Erbensucher ausgesetzt sehen.<sup>128</sup> Dass ein solches Ergebnis nicht interessengerecht sein kann, leuchtet ein.<sup>129</sup>

#### 4. Auswirkungen der echten berechtigten GoA („die drei Rs“)

Bei der echten berechtigten GoA kommt zwischen Geschäftsführer und Geschäftsherrn ein auftragsähnliches gesetzliches Schuldverhältnis zustande, dessen Inhalt sich nach § 677 BGB richtet.<sup>130</sup>

##### a) Echte berechnigte GoA als Recht zum Besitz

Folge dessen ist, dass die echte berechnigte GoA ein Recht zum Besitz iSd § 986 Abs. 1 BGB darstellt. Daher scheiden etwaige Ansprüche, die eine Vindikationslage voraussetzen (§§ 985, 987 ff., 994 ff. BGB), dann aus, wenn die Inbesitznahme und die Übernahme der Geschäftsführung zeitlich zusammenfallen.<sup>131</sup>

<sup>125</sup> BGH, Urt. v. 21.10.1999 – III ZR 319/98, NJW 2000, 422 (423); BGH, Urt. v. 18.9.1986 – III ZR 227/84, NJW 1987, 187 (188).

<sup>126</sup> BGH, Urt. v. 23.9.1999 – III ZR 322/98, NJW 2000, 72 (73); *Retzlaff*, in: Grüneberg BGB, 85. Aufl. 2026, § 677 BGB Rn. 19 spricht vom Vorrang der Vertragsfreiheit.

<sup>127</sup> Nach der Rechtsprechung des BGH (Urt. v. 7.2.1980 – III ZR 23/78, NJW 1980, 1683 (1684)) kann sich jedoch ein Anspruch aus § 280 Abs. 1, § 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2 BGB ergeben, wenn eine Partei bei der anderen in zurechenbarer Weise den Eindruck erweckt hat, es werde mit Sicherheit zu einem Vertragsschluss kommen, und sie anschließend gleichwohl ohne triftigen Grund die Verhandlungen abbricht.

<sup>128</sup> BGH, Urt. v. 23.9.1999 – III ZR 322/98, NJW 2000, 72 (73).

<sup>129</sup> Zustimmend auch die ganz überwiegende Ansicht in der Literatur, vgl. nur *Lorenz*, Grundwissen – Zivilrecht: Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA), in: JuS 2016, 12 (13).

<sup>130</sup> *Mansel*, in: Jauernig BGB, 19. Aufl. 2023, Vor. § 677 BGB Rn. 4.

<sup>131</sup> BGH, Urt. v. 29.10.1959 – VII ZR 197/58, NJW 1960, 192; *Retzlaff*, in: Grüneberg BGB, 85. Aufl. 2026, Einf. v. § 677 BGB Rn. 12.

**Fall 9 (Herausgabeanspruch des Geschäftsherrn bei der echten berechtigten GoA):**  
*Bei einem Unfall kommt Zeuge Z zur Unfallstelle und nimmt das Handy des befreundeten Unfallopfers O in Besitz, damit dieses nicht von Dritten gestohlen wird. Welche Herausgabeansprüche hat O gegen Z?*

Dem O steht gegen Z ein Anspruch auf Herausgabe des Handys aus § 681 Satz 2, § 667 BGB zu. Ein Anspruch aus § 985 BGB besteht dagegen nicht, da insoweit die echte berechnigte GoA ein Recht zum Besitz iSd § 986 Abs. 1 BGB normiert.

### **b) Echte berechnigte GoA als Rechtfertigungsgrund**

Außerdem stellt die echte berechnigte GoA nach herrschender Meinung einen Rechtfertigungsgrund<sup>132</sup> iSd §§ 823 ff. BGB dar, der Ansprüche des geschädigten Geschäftsherrn gegen den Geschäftsführer, die sich aus der Übernahme der Geschäftsführung ergeben, ausschließt.<sup>133</sup>

**Fall 10 (Schadensersatzansprüche des Geschäftsherrn bei der echten berechtigten GoA):**  
*Als G sieht, dass das Haus seines Nachbarn N anfängt zu brennen, schlägt er ein Fenster ein und löscht den Brand. Hat N wegen des zerstörten Fensters Ersatzansprüche gegen G?*

Dem N steht hier kein Anspruch gegen den Geschäftsführer G wegen der Zerstörung des Fensters aus § 823 Abs. 1 BGB zu. Die Handlung des G ist aufgrund der echten berechnigten Geschäftsführung (ohne Auftrag) nicht widerrechtlich.

Ein Anspruch des Geschäftsherrn aus den §§ 823 ff. BGB käme nur dann in Betracht, wenn der Geschäftsführer seine aus § 677 BGB resultierende Sorgfaltspflicht verletzt und damit auch nach § 280 Abs. 1, § 677 BGB haftet.<sup>134</sup>

Im Zusammenhang mit deliktsrechtlichen Schadensersatzansprüchen ist zudem § 680 BGB zu beachten: Die Vorschrift sieht eine Haftungsprivilegierung zugunsten des Geschäftsführers auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit vor, wenn die Geschäftsführung die Abwendung einer dem Geschäftsherrn drohenden dringenden Gefahr

<sup>132</sup> Eine a.A. nimmt einen rechtfertigenden Notstand an. Es fehlt jedenfalls im Ergebnis an der Rechtswidrigkeit der Verletzungshandlung, vgl. *Retzlaff*, in: Grüneberg BGB, 85. Aufl. 2026, Einf. v. § 677 BGB Rn. 11.

<sup>133</sup> BGH, Urt. v. 8.7.1953 – VI ZR 241/52, BeckRS 1953, 31197738; *Retzlaff*, in: Grüneberg BGB, 85. Aufl. 2026, Einf. v. § 677 BGB Rn. 11; *Schäfer*, in: MüKo BGB, 9. Aufl. 2023, § 677 BGB Rn. 119.

<sup>134</sup> *Schäfer*, in: MüKo BGB, 9. Aufl. 2023, § 677 BGB Rn. 119.

bezweckt. Um eine Torpedierung dieser Haftungsbeschränkung zu vermeiden, muss sich § 680 BGB konsequenterweise auch auf deliktsrechtliche Schadensersatzansprüche des Geschäftsherrn gegen den Geschäftsführer auswirken. § 680 BGB wird daher insbesondere bei konkurrierenden deliktsrechtlichen Ansprüchen analog angewendet.<sup>135</sup>

***Fall 11 (Reichweite der Haftungsbeschränkung des § 680 BGB):***

*A kommt bei einem Verkehrsunfall vorbei, bei dem O in ihr Auto eingesperrt wurde. Um O vor den aufkommenden Flammen zu retten, hebt A die O aus dem Seitenfenster heraus, wobei er ihr leicht fahrlässig den Arm auskugelt.*

Ein Anspruch der O gegen A aufgrund eines etwaigen Ausführungsverschuldens aus § 280 Abs. 1, § 677 BGB kommt aufgrund der Haftungsbeschränkung des § 680 BGB nicht in Betracht. A handelte lediglich leicht fahrlässig.

Würde man nun einen Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB aufgrund der leicht fahrlässigen Verletzungshandlung des A bejahen, würde man die in § 680 BGB enthaltene Wertung (Privilegierung des zur Abwendung einer drohenden dringenden Gefahr handelnden Geschäftsführers; Erhöhung der Bereitschaft zur Hilfeleistung) vollends umgehen. Daher bedarf es der analogen Anwendung des § 680 BGB im Rahmen des Anspruchs aus § 823 Abs. 1 BGB. Der O steht damit i.E. kein Anspruch gegen A zu.

**c) Echte berechnigte GoA als Rechtsgrund**

Drittens stellt die echte berechnigte GoA einen Rechtsgrund iSd § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB dar, sodass konkurrierende bereicherungsrechtliche Ansprüche ausscheiden.<sup>136</sup> Für Leistungen und Eingriffe des Geschäftsführers in den Rechtskreis des Geschäftsherrn besteht also ein Rechtsgrund.

In Fall 9 steht dem O gegen Z daher kein Anspruch auf Herausgabe des Handys aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB (Eingriffskondiktion) zu. O bekommt den Besitz an seinem Handy jedoch über § 681 Satz 2, § 667 BGB zurück.

<sup>135</sup> BGH, Urt. v. 14.6.2018 – III ZR 54/17, NJW 2018, 2723 (2727); BGH, Urt. v. 30.11.1971 – VI ZR 100/70, NJW 1972, 475 (475).

<sup>136</sup> BGH, Urt. v. 20.7.2011 – XII ZR 149/09, NJW 2012, 523 (526); *Retzlaff*, in: Grüneberg BGB, 85. Aufl. 2026, Einf. v. § 677 BGB Rn. 10.

## 5. Auswirkungen der echten unberechtigten GoA<sup>137</sup>

Ob die echte unberechtigte GoA ebenfalls ein gesetzliches Schuldverhältnis begründet, ist umstritten.<sup>138</sup> Davon hängt ab, ob dem, ob dem Geschäftsherrn in Konstellationen der echten unberechtigten GoA gegen den Geschäftsführer Schadensersatzansprüche wegen eines Ausführungsverschuldens aus § 280 Abs. 1 BGB iVm § 677 BGB zustehen können. Dagegen wird eingewendet, dass § 678 BGB abschließend die Haftung des Geschäftsführers bei der echten unberechtigten GoA regle. Ihn soll danach nur eine Haftung aufgrund eines etwaigen Übernahmeverschuldens, nicht aber aufgrund eines möglichen Ausführungsverschuldens, treffen. Fußnote bleibt gleich.<sup>139</sup>

Überzeugender scheint es jedoch, dem Geschäftsherrn neben dem Anspruch aus § 678 BGB wegen Übernahmeverschuldens auch einen Anspruch wegen Ausführungsverschuldens aus § 280 Abs. 1 BGB iVm der echten unberechtigten GoA zu gewähren.<sup>140</sup> Ansonsten stünde nämlich der unberechtigte Geschäftsführer (dessen Geschäftsübernahme nicht dem Willen oder Interesse des Geschäftsherrn entspricht) besser als der berechtigte Geschäftsführer.<sup>141</sup> Die echte unberechtigte GoA stellt nach hier vertretener Ansicht somit ein pflichtverletzungsfähiges gesetzliches Schuldverhältnis dar.<sup>142</sup> Der unberechtigte Geschäftsführer muss also erst recht für von ihm verschuldete Schäden bei der Ausführung des Geschäftes nach § 280 Abs. 1 BGB haften.

Im Gegensatz zur echten berechtigten GoA vermittelt die echte unberechtigte GoA dem Geschäftsführer aber weder ein Recht zum Besitz, noch einen Rechtfertigungsgrund oder einen Rechtsgrund.<sup>143</sup>

<sup>137</sup> Siehe dazu ausführlich *Röthel*, Die Rechtsfolgen der unberechtigten GoA, in: Jura 2022, 547 ff.

<sup>138</sup> Die wohl h.M. lehnt dies ab, vgl.: *Buck-Heeb*, Examens-Repetitorium Besonderes Schuldrecht 2, 9. Aufl. 2024, Rn. 105.

<sup>139</sup> *Buck-Heeb*, Examens-Repetitorium Besonderes Schuldrecht 2, 9. Aufl. 2024, Rn. 112; *Mansel*, in: Jauernig BGB, 19. Aufl. 2023, § 677 BGB Rn. 1.

<sup>140</sup> *Schäfer*, in: MüKo BGB, 9. Aufl. 2023, § 677 BGB Rn. 151; *Looschelders*, SchuldR BT, 20. Aufl. 2025, § 44 Rn. 6; *Brox/Walker*, SchuldR BT, 49. Aufl. 2025, § 37 Rn. 3.

<sup>141</sup> *Retzlaff*, in: Grüneberg BGB, 85. Aufl. 2026, Einf. v. § 677 BGB Rn. 6.

<sup>142</sup> So auch *Schäfer*, in: MüKo BGB, 9. Aufl. 2023, § 677 BGB Rn. 10; *Looschelders*, SchuldR BT, 20. Aufl. 2025, § 44 Rn. 6.

<sup>143</sup> *Gehrlein*, in: BeckOK BGB, 76. Edition, Stand: 1.11.2025, § 677 BGB Rn. 20; *Retzlaff*, in: Grüneberg BGB, 85. Aufl. 2026, Einf. v. § 677 BGB Rn. 9.

## D. Dingliche Ansprüche

Im Anschluss an vertragliche und quasivertragliche Ansprüche sind in der Fallbearbeitung dingliche Ansprüche zu prüfen. Dingliche Ansprüche sind solche, die ein dingliches Recht verwirklichen.<sup>144</sup> Beispielsweise verwirklicht der Eigentümer sein Eigentumsrecht (§ 903 BGB), wenn er vom (unberechtigten) Besitzer die Herausgabe der Sache nach § 985 BGB verlangt.

In der Fallbearbeitung ist hier insbesondere an den Herausgabeanspruch aus § 985 BGB, die Folgeansprüche der §§ 987 ff. BGB (sog. Eigentümer-Besitzer-Verhältnis; EBV), die Ansprüche des früheren Besitzers aus § 1007 BGB<sup>145</sup>, den Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch aus § 1004 Abs. 1 BGB sowie an Ansprüche aus Besitz (§§ 861 ff. BGB)<sup>146</sup> zu denken.

Da die Ansprüche aus § 985, §§ 987 ff. BGB das Bestehen einer Vindikationslage und damit das Fehlen eines vertraglichen oder gesetzlichen Rechts zum Besitz voraussetzen, müssen in der Fallbearbeitung besitzbegründende Ansprüche aus Vertrag bzw. quasivertragliche Ansprüche vorab geprüft werden.<sup>147</sup>

Ansprüche aus dem EBV (§§ 987 ff. BGB) können unter Umständen bereicherungsrechtliche und deliktsrechtliche Ansprüche verdrängen (vgl. § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB). Ansprüche aus §§ 987 ff. BGB sind daher im Gutachten zwingend vor etwaigen Ansprüchen aus §§ 823 ff. BGB bzw. aus §§ 812 ff. BGB zu untersuchen.<sup>148</sup>

### I. Anwendbarkeit der §§ 987 ff. BGB beim sog. „nicht-so-berechtigten Besitzer“

#### 1. Allgemeines zur Rechtsfigur des sog. „nicht-so-berechtigten Besitzers“

Die Vorschriften des EBV regeln Ansprüche des Eigentümers gegen den Besitzer auf Nutzungsherausgabe und Schadensersatz sowie Gegenrechte des Besitzers gegen den Eigentümer. Diese Ansprüche kommen jedoch nur dann in Betracht, wenn im Zeitpunkt der Anspruchsentstehung der Besitzer dem Eigentümer gegenüber nicht zum Besitz berechtigt ist.

<sup>144</sup> *Medicus/Petersen*, BürgerlR, 29. Aufl. 2023, Rn. 436.

<sup>145</sup> Sog. petitorische Ansprüche, die aus dem Recht zum Besitz folgen und eine endgültige Zuordnung des Besitzes erreichen sollen.

<sup>146</sup> Sog. possessorische Ansprüche, die aus dem Besitz selbst folgen und vorläufig die bisherigen Besitzverhältnisse wiederherstellen sollen, unabhängig davon, wem tatsächlich ein Recht zum Besitz an der Sache zusteht.

<sup>147</sup> *Vieweg/Lorz*, SachenR, 9. Aufl. 2022, § 8 Rn. 3.

<sup>148</sup> *Vieweg/Lorz*, SachenR, 9. Aufl. 2022, § 8 Rn. 3; *Müller/Gruber*, Sachenrecht, 2016, Rn. 653.

Der Konstellationen des sog. „nicht-so-berechtigten Besitzers“ sind hingegen dadurch gekennzeichnet, dass der Besitzer das ihm zustehende Besitzrecht überschreitet.

**Fall 12 (Der sog. „nicht-so-berechtigte Besitzer“):**

*M hat von V ein Fahrrad gemietet und zerstört es während der Mietdauer mutwillig. V verlangt nun von M Schadensersatz nach den §§ 989, 990 Abs. 1 BGB. Zu Recht?*

Schadensersatzansprüche des Eigentümers aus §§ 987 ff. BGB sind hier nach allgemeiner Ansicht ausgeschlossen.<sup>149</sup>

Ein Exzess des zum Besitz grundsätzlich Berechtigten führt nicht zum Entstehen einer Vindikationslage. Es ändert sich also durch das Überschreiten des Besitzrechts nichts daran, dass dem Besitzer (hier M) ein Recht zum Besitz iSd § 986 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB an der Sache zusteht.<sup>150</sup> Die §§ 987 ff. BGB dienen dem Schutz des gutgläubigen unrechtmäßigen Besitzers, nicht hingegen dem Ausgleich etwaiger vertraglicher Störungen. Außerdem haftet der Besitzer ohnehin nach vertraglichen (§ 280 Abs. 1, § 535 BGB) und deliktsrechtlichen Grundsätzen (§ 823 BGB), sodass es eines Rückgriffs auf die §§ 987 ff. BGB nicht bedarf.<sup>151</sup>

## 2. Sonderfall: Aufschwung vom Fremd- zum Eigenbesitzer

In der Klausur eingehender zu diskutieren sind dagegen Fälle, in denen sich der berechtigte Fremdbesitzer zum unberechtigten Eigenbesitzer aufschwingt.

**Fall 13 (Der sich zum Eigenbesitzer aufschwingende Fremdbesitzer):**

*V vermietet sein Fahrrad an M. Daraufhin veräußert M dieses an den gutgläubigen D, wobei er sich als Eigentümer des Fahrrades ausgibt. Steht dem V gegen M einen Schadensersatzanspruch aus §§ 989, 990 Abs. 1 BGB zu?*

Insbesondere die Rechtsprechung bejaht hier eine Haftung des M gegenüber V aus §§ 989, 990 Abs. 1 BGB.<sup>152</sup> Die Umwandlung des berechtigten Fremdbesitzes in

<sup>149</sup> BGH, Urt. v. 13.12.1995 – XII ZR 194/93, NJW 1996, 838 (840); *Herrler*, in: Grüneberg BGB, 85. Aufl. 2026, Vorb. v. § 987 BGB Rn. 3; *Spohnheimer*, in: BeckOGK, Stand: 1.11.2025, § 987 BGB Rn. 21; *Fritzsche*, in: BeckOK BGB, 76. Edition, Stand: 1.11.2025, § 987 BGB Rn. 25.

<sup>150</sup> *Spohnheimer*, in: BeckOGK, Stand: 1.11.2025, § 987 BGB Rn. 21.

<sup>151</sup> *Fritzsche*, in: BeckOK BGB, 76. Edition, Stand: 1.11.2025, § 987 BGB Rn. 25.

<sup>152</sup> BGH, Urt. v. 29.10.1959 – VII ZR 197/58, NJW 1960, 192 (192 f.); *Herrler*, in: Grüneberg

einen unberechtigten Eigenbesitz stelle aufgrund der Wesensverschiedenheit von Fremd- und Eigenbesitz einen „Besitzerwerb“ iSd § 990 Abs. 1 Satz 1 BGB dar (sog. Aufschwungtheorie).<sup>153</sup>

Andere dagegen gewähren dem Eigentümer „nur“ vertragliche (§§ 280 ff. BGB) und bereicherungsrechtliche Ansprüche (§ 816 Abs. 1 Satz 1 BGB) gegen den sich zum Eigenbesitzer aufschwingenden Fremdbesitzer.<sup>154</sup>

Begründet wird dies damit, dass unter dem „Besitzerwerb“ iSd § 990 Abs. 1 Satz 1 BGB lediglich die erstmalige Erlangung der tatsächlichen Sachherrschaft zu verstehen ist.<sup>155</sup> Dies bestätigt ein Blick auf § 854 Abs. 1 BGB, wonach der Besitz einer Sache durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über diese erworben wird. Die Umwandlung von Eigen- in Fremdbesitz lässt sich daher nicht unter den Wortlaut von § 990 Abs. 1 Satz 1 BGB subsumieren. Einer extensiven Auslegung des Wortlauts bedarf es aufgrund der bestehenden vertraglichen und deliktsrechtlichen Ansprüche des Eigentümers nicht.<sup>156</sup> Zudem besteht im Zeitpunkt der Umwandlung des Fremd- in Eigenbesitz ein Recht zum Besitz und damit im maßgeblichen Zeitpunkt der Anspruchsentstehung keine Vindikationslage.

Dieser Sonderfall unterscheidet sich also bei genauer Betrachtung nicht zu den Konstellationen des sog. „nicht-so-berechtigten Besitzers“.<sup>157</sup> Allein die Wesensverschiedenheit zwischen Fremd- und Eigenbesitz, auf die die Rechtsprechung rekurriert, vermag eine Anwendbarkeit der §§ 989 ff. BGB nicht zu begründen. Dem V steht daher – nach hier vertretener Auffassung – kein Anspruch gegen M aus §§ 989, 990 Abs. 1 BGB zu.

## II. Verhältnis der §§ 987 ff. BGB zum Deliktsrecht

Die §§ 987–993 BGB gewähren dem Eigentümer Ansprüche auf Herausgabe von Nutzungen bzw. auf Schadensersatz. Hinsichtlich dieser im EBV geregelten Ansprüchen können Konkurrenzprobleme zu den §§ 812 ff. BGB bzw. den §§ 823 ff. BGB auftreten. Das EBV bezweckt den Schutz des unrechtmäßigen, aber gutgläubigen und unverklagten Besitzers vor der deliktsrechtlichen und bereicherungsrechtlichen Haftung.<sup>158</sup>

BGB, 85. Aufl. 2026, Vorb. vor § 987 BGB Rn. 11.

<sup>153</sup> BGH, Urt. v. 29.10.1959 – VII ZR 197/58, NJW 1960, 192 (192 f.).

<sup>154</sup> Berger, in: Jauernig BGB, 19. Aufl. 2023, Vor. §§ 987–993 BGB Rn. 7; Fritzsche, in: BeckOK BGB, 76. Edition, Stand: 1.11.2025, § 987 BGB Rn. 27; Müller/Gruber, Sachenrecht, 2016, Rn. 677 f.

<sup>155</sup> Fritzsche, in: BeckOK BGB, 76. Edition, Stand: 1.11.2025, § 987 BGB Rn. 27.

<sup>156</sup> Müller/Gruber, Sachenrecht, 2016, Rn. 678.

<sup>157</sup> So auch Berger, in: Jauernig BGB, 19. Aufl. 2023, Vor. §§ 987–993 Rn. 7.

<sup>158</sup> Medicus/Petersen, BürgerlR, 29. Aufl. 2023, Rn. 574; Müller/Gruber, Sachenrecht, 2016,

Dies kommt in § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB zum Ausdruck (sog. „Sperrwirkung des EBV“).<sup>159</sup> Danach ist der Besitzer „im Übrigen“ weder zur Herausgabe von Nutzungen noch zum Schadensersatz verpflichtet. Die Norm nimmt damit Bezug auf § 993 Abs. 1 Hs. 1 BGB, der bestimmt, dass der gutgläubige (unrechtmäßige) Besitzer grundsätzlich nur die Herausgabe der sog. Übermaßfrüchte schuldet. Haftet der gutgläubige Besitzer also nicht nach den §§ 987 ff. BGB, so haftet er auch grundsätzlich nicht nach anderen Vorschriften hinsichtlich der Herausgabe von Nutzungen und Schadensersatz.<sup>160</sup> Dagegen sind nach dem Wortlaut der Norm Herausgabe-, Wertersatz- und Erlösherausgabeansprüche von vornherein nicht ausgeschlossen. Daher sind insbesondere Ansprüche des Eigentümers aus §§ 816, 951 Abs. 1 Satz 1 BGB und Ansprüche auf Wertersatz wegen der Veräußerung oder Verbrauch der Sache nicht ausgeschlossen.<sup>161</sup>

Trotz dieser angeordneten Sperrwirkung des EBV können dem Eigentümer in bestimmten Konstellationen Schadensersatzansprüche aus anderen Vorschriften gegen den Besitzer zustehen:

### 1. § 991 Abs. 2 BGB

Soweit der Besitzer dem mittelbaren Besitzer gegenüber verantwortlich ist, ist ausnahmsweise auch der gutgläubige Besitzer dem Eigentümer gegenüber zum Schadensersatz verpflichtet, § 991 Abs. 2 BGB. Die Vorschrift normiert den sog. Fremdbesitzerexzess im Drei-Personen-Verhältnis.<sup>162</sup> Ihr liegt der Gedanke zugrunde, dass der gutgläubige Besitzer dann nicht schützenswert ist, wenn er seinem Oberbesitzer gegenüber aufgrund des Besitzmittlungsverhältnisses haftet. In diesem Fall kann er nicht darauf vertrauen, dass ihn keine Haftung trifft.<sup>163</sup>

---

Rn. 650.

<sup>159</sup> Eine Sperrwirkung entsteht dabei von vornherein nicht, wenn zwischen Anspruchsteller und Anspruchsgegner überhaupt keine Vindikationslage besteht. Dann sind die §§ 987 ff. BGB nicht anwendbar; zur Ausnahme bei Verwendungen s. *Müller/Gruber*, Sachenrecht, 2016, Rn. 665.

<sup>160</sup> *Raff*, in: MüKo BGB, 9. Aufl. 2023, § 993 BGB Rn. 1; *Fritzsche*, in: BeckOK BGB, 76. Edition, Stand: 1.11.2025, § 987 BGB Rn. 5.

<sup>161</sup> BGH, Urt. v. 11.1.1971 – VIII 261/69, NJW 1971, 612 (614 f.); BGH, Urt. v. 3.6.1954 – IV ZR 218/53, NJW 1954, 1194 (1195); *Spohnheimer*, in: BeckOGK, Stand: 01.11.2025, § 993 BGB Rn. 22 f.

<sup>162</sup> *Spohnheimer*, in: BeckOGK, Stand: 1.11.2025, § 991 BGB Rn. 22.

<sup>163</sup> *Fritzsche*, in: BeckOK BGB, 76. Edition, Stand: 1.11.2025, § 991 BGB Rn. 11.

## 2. § 992 BGB

Hat sich der Besitzer durch verbotene Eigenmacht oder durch eine Straftat den Besitz verschafft, so haftet er dem Eigentümer nach den Vorschriften über den Schadensersatz wegen unerlaubter Handlung, § 992 BGB.

Die Vorschrift enthält eine Rechtsgrundverweisung auf die Vorschriften der §§ 823 ff. BGB.<sup>164</sup> Ihr Gehalt erschöpft sich darin, dass sie die – eigentlich durch § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB ausgeschlossenen – §§ 823 ff. BGB für anwendbar erklärt.<sup>165</sup> Dem Eigentümer stehen also gegen den nicht schützenswerten<sup>166</sup> deliktischen Besitzer neben den Ansprüchen aus §§ 987 ff. BGB auch Ansprüche aus §§ 823 ff. BGB zu.

## 3. § 826 BGB

Die Haftung wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung nach § 826 BGB wird ebenfalls nicht durch die §§ 987 ff. BGB ausgeschlossen.<sup>167</sup>

## 4. Ungeschrieben: Fremdbesitzerexzess im Zwei-Personen-Verhältnis

Während § 991 Abs. 2 BGB nach seinem Wortlaut allein die Konstellation des Fremdbesitzerexzesses im Drei-Personen-Verhältnis vor Augen hat, besteht Einigkeit, dass auch in Fällen des Fremdbesitzerexzesses im Zwei-Personen-Verhältnis die Sperrwirkung des EBV eine Ausnahme erfahren muss.<sup>168</sup> Es geht hier um solche Fälle, in denen der unberechtigte, aber gutgläubige Fremdbesitzer sein vermeintliches Besitzrecht in schuldhafter Weise überschreitet.

### ***Fall 14 (Fremdbesitzerexzess im Zwei-Personen-Verhältnis):***

*V vermietet sein Fahrrad an M. M zerstört daraufhin das Fahrrad des V durch einen von ihm schuldhaft verursachten Unfall. Im Anschluss an diesen Unfall stellt sich heraus, dass V sich bei Abschluss des Mietvertrages (für M nicht erkennbar) in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit befand (§ 104 Nr. 2, § 105 Abs. 1 BGB). V verlangt nun von M Schadensersatz für das zerstörte Fahrrad.*

<sup>164</sup> OLG Karlsruhe, Urt. v. 13.10.1989 – 10 U 204/88, NJW 1990, 719; *Spohnheimer*, in: BeckOGK, Stand: 1.11.2025, § 992 BGB Rn. 2.

<sup>165</sup> *Fritzsche*, in: BeckOK BGB, 76. Edition, Stand: 1.11.2025, § 992 BGB Rn. 1.

<sup>166</sup> *Raff*, in: MüKo BGB, 9. Aufl. 2023, § 992 BGB Rn. 1.

<sup>167</sup> *Raff*, in: MüKo BGB, 9. Aufl. 2023, § 993 BGB Rn. 17.

<sup>168</sup> *Vieweg/Lorz*, SachenR, 9. Aufl. 2022, § 8 Rn. 17; *Spohnheimer*, in: BeckOGK, Stand: 1.11.2025, § 993 BGB Rn. 25 ff.

Vertragliche Schadensersatzansprüche (§ 280 Abs. 1, § 535 BGB) des V gegen M scheiden aus, da der zugrundeliegende Mietvertrag zwischen V und M gem. § 105 Abs. 1 BGB nichtig ist.

Ein Anspruch aus § 990 Abs. 1, § 989 BGB scheidet ebenfalls aus: Zwischen V und M besteht zwar im Zeitpunkt der Schädigungshandlung des M eine Vindikationslage, allerdings hatte M keine Kenntnis von der Geisteskrankheit des V und der daraus resultierenden Nichtigkeit des Vertrages. M war also im Zeitpunkt des Besitzerwerbes gutgläubig hinsichtlich seiner Berechtigung zum Besitz (§ 932 Abs. 2 BGB analog), sodass ein Anspruch aus dem EBV (§ 990 Abs. 1, § 989 BGB) nicht in Betracht kommt.

Nun stellt sich allerdings die Frage, ob dem V ein Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB gegen M zusteht.

Diesem steht auf den ersten Blick die in § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB normierte Sperrwirkung des EBV entgegen, wonach der gutgläubige Besitzer „im Übrigen“ weder zur Herausgabe von Nutzungen noch zum Schadensersatz verpflichtet ist. Sähe man in den hiesigen Konstellationen des Fremdbesitzexzesses im Zwei-Personen-Verhältnis die §§ 823 ff. BGB als gesperrt an, wäre auf den ersten Blick der vom Gesetzgeber durch § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB intendierte Schutz des gutgläubigen Besitzers verwirklicht. Allerdings gilt es zu beachten, dass ein Ausschluss etwaiger deliktsrechtlicher Schadensersatzansprüche zum absurden Ergebnis führen würde, dass der gutgläubige, unrechtmäßige Besitzer, der schuldhaft sein Besitzrecht überschreitet (wie hier), überhaupt nicht haften müsste, wohingegen ein gutgläubiger, aber rechtmäßiger Besitzer aufgrund der Eigentumsverletzung sowohl nach § 280 Abs. 1, § 535 BGB als auch nach § 823 Abs. 1 BGB<sup>169</sup> haften würde.<sup>170</sup> Es herrscht insoweit Einigkeit, dass der unrechtmäßige Besitzer nicht besser stehen darf als der rechtmäßige Besitzer.

Überwiegend wird § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB daher teleologisch reduziert und um die Ausnahme des Fremdbesitzerexzesses im Zwei-Personen-Verhältnis ergänzt.<sup>171</sup> Zum gleichen Ergebnis – nämlich der ausnahmsweisen Anwendbarkeit der §§ 823 ff. BGB – gelangt man auch, wenn man den § 991 Abs. 2 BGB zugrundeliegenden

<sup>169</sup> In dieser Konstellation greift § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB von vornherein nicht, da aufgrund des wirksamen Vertrages keine Vindikationslage besteht.

<sup>170</sup> *Fritzsche*, in: BeckOK BGB, 76. Edition, Stand: 1.11.2025, § 993 BGB Rn. 11.

<sup>171</sup> BGH, Urt. v. 23.3.1966 – I b ZR 150/63, NJW 1967, 42 (43); OLG Saarbrücken, Urt. v. 23.10.1996 – I U 184/96, NJW 1997, 1242 (1243); *Fritzsche*, in: BeckOK BGB, 76. Edition, Stand: 1.11.2025, § 993 BGB Rn. 11.

Rechtsgedanken auf Zwei-Personen-Verhältnisse überträgt.<sup>172</sup>

Im Ergebnis haftet M nach § 823 Abs. 1 BGB aufgrund der Verletzung des Eigentums des V.

### III. Verhältnis der §§ 987 ff. BGB zum Bereicherungsrecht

§ 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB sperrt neben Schadensersatzansprüchen des Eigentümers gegen den gutgläubigen und unverklagten Besitzer grundsätzlich auch Ansprüche des Eigentümers auf Herausgabe von Nutzungen.

Jedoch können auch im Hinblick auf Nutzungsherausgabeansprüche des Eigentümers Konkurrenzprobleme entstehen.

Das Verhältnis der §§ 987 ff. BGB zu den §§ 812 ff. BGB hinsichtlich der Herausgabe von Nutzungen lässt sich am besten mit folgendem Fall verdeutlichen:

***Fall 15 (§ 988 BGB analog beim rechtsgrundlosen Besitzerwerb im Zwei-Personen-Verhältnis?):***

*Eigentümer (E) verkauft und übereignet sein Auto an K. Nachdem K das Fahrzeug zwei Wochen lang nutzte, stellt sich heraus, dass sich E sowohl bei Abschluss des Kaufvertrages als auch im Zeitpunkt der dinglichen Einigung in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit befand (§ 104 Nr. 2, § 105 Abs. 1 BGB). Nun stellt sich die Frage, ob E von K Herausgabe bzw. Ersatz der von K gezogenen Nutzungen (Vorteile aus dem Gebrauch des PKWs, § 100 BGB) verlangen kann.*

Als Anspruchsgrundlage kommt zunächst § 988 BGB in Betracht. Dieser Anspruch setzt jedoch voraus, dass der Besitzer den Besitz an der Sache unentgeltlich (also beispielsweise infolge einer Schenkung oder einer Leihe) erlangt hat. Eine unmittelbare Anwendung der Norm scheidet daher aus, wenn der Besitzer die Sache – wie hier – infolge eines Kaufvertrages vom Eigentümer erlangt hat.

Fraglich ist aber, ob § 988 BGB analoge Anwendung finden kann, wenn sich der zugrundeliegende Vertrag nach Überlassung des Besitzes als unwirksam erweist. Ob § 988 BGB analog auf Fälle des rechtsgrundlosen Besitzerwerbs angewendet werden kann, wird unterschiedlich gesehen.<sup>173</sup>

<sup>172</sup> So beispielsweise *Raff*, in: MüKo BGB, 9. Aufl. 2023, § 991 BGB Rn. 20.

<sup>173</sup> Nach wohl allgemeiner Meinung kommt eine Analogie dann in Betracht, wenn der Besitzer die Gegenleistung noch nicht erbracht hat. Umstritten sind nur die Fälle, in denen der Besitzer die Gegenleistung (teilweise) erbracht hat, vgl. *Raff*, in: MüKo BGB, 9. Aufl. 2023, § 988 BGB Rn. 7 ff.

Insb. der BGH bejaht eine analoge Anwendung von § 988 BGB und stellt den rechtsgrundlosen Besitzerwerb dem unentgeltlichen Besitzerwerb gleich.<sup>174</sup> Danach stünde dem E gegen K ein Anspruch auf Herausgabe bzw. Wertersatz (§ 818 Abs. 2 BGB) aus § 988 BGB analog zu.

Der BGH begründet diese Rechtsfortbildung damit, dass ansonsten der unverklagte und gutgläubige, aber unrechtmäßige Besitzer die gezogenen Nutzungen behalten dürfte, da etwaige bereicherungsrechtliche Nutzungsherausgabeansprüche nach § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB ausgeschlossen seien. Dass dieses Ergebnis unbillig sei, zeige folgender Vergleich: Wäre bei dem kaufweisen Erwerb einer Sache nur der Kaufvertrag, nicht aber die dingliche Einigung unwirksam, bestünde zwischen E und K eine Kondiktionslage, sodass K nach § 818 Abs. 1, 2 BGB Ersatz für die gezogenen Nutzungen leisten müsste. Ist – wie im hiesigen Fall – jedoch auch das dingliche Rechtsgeschäft nichtig, besteht eine Vindikationslage, sodass der Besitzer (ohne analoge Anwendung der Norm) aufgrund der Sperrwirkung des EBV die gezogenen Nutzungen behalten dürfte.<sup>175</sup> Der rechtsgrundlose Besitzer würde also besser stehen als der rechtsgrundlose Erwerber des Eigentums. Zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen<sup>176</sup> sei daher § 988 BGB analog anzuwenden.

Demgegenüber lehnen Stimmen in der Literatur eine analoge Anwendung der Norm auf Fälle des rechtsgrundlosen Besitzerwerks ab. In Fällen, in denen der Besitzer die Gegenleistung bereits erbracht hat, geht diese Auffassung davon aus, dass die Sperrwirkung des § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB nur solche Nutzungsherausgabeansprüche ausschließt, die sich aufgrund eines Anspruchs aus einer Nichtleistungskondiktion ergeben. Ansprüche aus einer Leistungskondiktion seien dagegen von der Sperrwirkung des § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB nicht erfasst (teleologische Reduktion).<sup>177</sup>

Nach dieser Auffassung könnte E im vorliegenden Fall seinen Anspruch auf Herausgabe bzw. Wertersatz der gezogenen Nutzungen zwar nicht auf § 988 BGB (analog) stützen, allerdings stünde ihm gleichwohl ein solcher Anspruch unmittelbar aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1, § 818 Abs. 2 BGB zu.

<sup>174</sup> BGH, Urt. v. 14.7.1995 – V ZR 45/94, NJW 1995, 2627 (2628) m.w.N.

<sup>175</sup> Schulte-Nölke, in: HK-BGB, 12. Aufl. 2024, § 988 BGB Rn. 4.

<sup>176</sup> Vgl. dazu Berger, in: Jauernig BGB, 19. Aufl. 2023, Vor. § 987–993 BGB Rn. 13; Raff, in: MüKo BGB, 9. Aufl. 2023, § 988 BGB Rn. 8.

<sup>177</sup> Müller/Gruber, Sachenrecht, 2016, Rn. 819; Medicus/Petersen, BürgerlR, 29. Aufl. 2023, Rn. 600.

In Zwei-Personen-Konstellationen kommen daher beide Ansichten zu einem Anspruch des Eigentümers auf Herausgabe bzw. Wertersatz für die gezogenen Nutzungen. Ob der Eigentümer seinen Anspruch auf § 988 BGB (analog) iVm § 818 BGB, oder auf § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 iVm § 818 BGB stützen kann, spielt im Ergebnis keine Rolle.

Zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangen beide Auffassungen allerdings in Drei-Personen-Konstellationen. Dazu folgender Fall:

***Fall 16 (§ 988 BGB analog beim rechtsgrundlosen Besitzerwerb im Drei-Personen-Verhältnis?):***

*D stiehlt das Auto des E und verkauft und übereignet es an den gutgläubigen K. Dieser nutzt das Auto zwei Wochen lang. Dann stellt sich heraus, dass sowohl der Kaufvertrag als auch die dingliche Einigung zwischen D und K unwirksam ist (§ 104 Nr. 2, § 105 Abs. 1 BGB)<sup>178</sup>. E verlangt nun von K (neben der Herausgabe des Autos) Ersatz für die von ihm gezogenen Nutzungen.*

Während die Rechtsprechung in den Fällen des rechtsgrundlosen Besitzerwerbes dem Eigentümer gegen den Besitzer einen Anspruch auf Ersatz der gezogenen Nutzungen aus § 988 BGB analog iVm § 818 Abs. 2 BGB gewährt, lehnt die gegenteilige Ansicht diese Rechtsfortbildung ab. Stattdessen könne der Eigentümer gegen den Besitzer aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB vorgehen (s. oben).

Da vorliegend jedoch zwischen E und K keine Leistungsbeziehung besteht und ein Anspruch des E gegen K aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB sowohl aufgrund des Sperrwirkung des EBV aus § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB<sup>179</sup>, als auch aufgrund des Vorrangs der Leistungsbeziehung ausscheidet, stünde dem E kein Anspruch auf Ersatz der gezogenen Nutzungen gegen K zu.

Hier kommt es also ganz entscheidend darauf an, ob man einen Anspruch aus § 988 BGB analog anerkennt – oder nicht.

Zunächst spricht einmal der Wortlaut des § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB gegen die ausnahmsweise Anwendbarkeit von Leistungskondiktionsansprüchen und damit gegen die dargestellte Literaturlauffassung: § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB schließt nach seinem Wortlaut sämtliche bereicherungsrechtliche Nutzungersatzansprüche des

<sup>178</sup> Ein gutgläubiger Erwerb des K von D gem. § 929 Satz 1, § 932 BGB würde ohnehin an § 935 BGB scheitern.

<sup>179</sup> Nach Ansicht der Literatur soll § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB nur im Hinblick auf die Leistungskondition teleologisch reduziert werden. Ansprüche aus Eingriffskondition sollen dagegen weiter durch die Sperrwirkung des EBV ausgeschlossen sein.

Eigentümers gegen den gutgläubigen Besitzer aus. Die von der Literatur vertretene unterschiedliche Behandlung der Leistungs- und der Nichtleistungskondition findet im Gesetz somit keinen Anhaltspunkt.

Für eine Analogie spricht, dass dadurch der Wertungswiderspruch zwischen Bereicherungsrecht und Vindikationsrecht beseitigt wird. Zudem sei die Interessenlage beim unentgeltlichen und rechtsgrundlosen Erwerb gleich: beide müssten keine Gegenleistung erbringen.<sup>180</sup>

Dagegen spricht jedoch, dass in den Fällen, in denen der Besitzer in Unkenntnis der Nichtigkeit an den Verkäufer den Kaufpreis geleistet hat, eine Gegenleistung – anders als beim unentgeltlichen Erwerb – gerade erbracht wurde. Eine vergleichbare Interessenlage besteht in solchen Fällen also gerade nicht.<sup>181</sup> Zudem fehlt es an einer für eine Analogie erforderlichen planwidrigen Regelungslücke, da in solchen Fällen unmittelbar auf § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB zurückgegriffen werden kann. Insbesondere in den Drei-Personen-Verhältnissen kommt die überwiegende Literatur also zu dogmatisch sauberen Ergebnissen und ist daher vorzugswürdig.

Ihr folgend kann D von K die Nutzungen nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1, § 818 Abs. 2 BGB kondizieren. K kann diesem Anspruch seinen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises entgegenhalten.<sup>182</sup> E kann dagegen von D die Nutzungen, die er (E) selbst gezogen hätte, nach §§ 992, 823 Abs. 1, § 249 BGB ersetzt verlangen. Soweit E die Nutzungen nicht gezogen hätte, steht ihm ein Anspruch gegen D aus § 987 Abs. 2 BGB zu.

Im Ergebnis stehen dem E dennoch die gezogenen Nutzungen des K zu, allerdings über den Umweg über D. Dies ist erforderlich, um den bereicherungsrechtlichen Rückzahlungsanspruch des K gegen D nicht zu umgehen.<sup>183</sup>

#### **IV. Verhältnis der §§ 994 ff. BGB zum Bereicherungsrecht**

Auch hinsichtlich der Ansprüche des Besitzers gegen den Eigentümer auf Ersatz von Verwendungen (§§ 994 ff. BGB) bestehen konkurrenzrechtliche Probleme im Verhältnis zu den §§ 812 ff. BGB.

Insoweit enthält das Gesetz allerdings keine dem § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB vergleichbare Regelung.

<sup>180</sup> *Vieweg/Lorz*, SachenR, 9. Aufl. 2022, § 8 Rn. 30.

<sup>181</sup> Vgl. *Fritzsche*, in: BeckOK BGB, 76. Edition, Stand: 1.11.2025, § 988 BGB Rn. 11.

<sup>182</sup> Einem Anspruch des E aus § 988 BGB analog könnte K seinen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises nicht entgegenhalten. Dieser besteht nur gegen D.

<sup>183</sup> *Müller/Gruber*, Sachenrecht, 2016, Rn. 822.

**Fall 17 (Hausbau auf fremden Grund):**

*E verkauft und übereignet ein in seinem Eigentum stehendes unbebautes Grundstück an K. Noch bevor K als Eigentümer ins Grundbuch eingetragen wird, möchte er auf dem Grundstück ein Haus errichten. Weil E dem Vorhaben des K zustimmt, lässt K auf dem Grundstück ein Haus errichten. Da im Folgenden jedoch K den vereinbarten Kaufpreis an E nicht leistet, tritt E nach ordnungsgemäßer Nachfristsetzung vom Kaufvertrag zurück. Kann K dem Herausgabeverlangen des E aus § 985 BGB eigene Verwendungsersatzansprüche entgegenhalten?*

E steht gegen K grundsätzlich ein Anspruch auf Herausgabe des Grundstücks aus § 985 BGB zu: Mangels Eintragung des K ins Grundbuch ist E Eigentümer des Grundstücks geblieben. K ist als Besitzer des Grundstücks zudem tauglicher Anspruchsgegner. Sein ursprüngliches Besitzrecht aus § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB ist infolge des wirksamen Rücktritts des E (§ 346 Abs. 1, § 323 Abs. 1 BGB) weggefallen. Daher besteht eine Vindikationslage.

Es stellt sich jedoch die Frage, ob dem K ein Zurückbehaltungsrecht aus § 1000 Satz 1 BGB zusteht. Nach dieser Vorschrift kann der Besitzer die Herausgabe der Sache verweigern, bis er wegen der ihm zu ersetzenden Verwendungen befriedigt wird. K kann also die Herausgabe des Grundstücks verweigern, sollte ihm ein Verwendungsersatzanspruch gegen E aufgrund der Errichtung des Hauses auf dem Grundstück des E zustehen.

*(1) Anspruch aus § 996 BGB?*

§ 996 BGB sieht beim Vorliegen bestimmter Voraussetzungen einen Anspruch des Besitzers auf Ersatz der von ihm gemachten (nützlichen) Verwendungen gegen den Eigentümer vor. Grundvoraussetzung ist daher, dass der Besitzer (K) Verwendungen auf die Sache (das Grundstück) gemacht hat.

Unter den Begriff der Verwendungen lassen sich alle Vermögensaufwendungen, also alle freiwilligen Vermögensopfer, subsumieren, die der Sache (zumindest auch) unmittelbar zugutekommen, in dem sie diese wiederherstellen, erhalten oder verbessern.<sup>184</sup> Hier kann zunächst davon ausgegangen werden, dass durch den von K veranlassten Bau des Hauses auf dem Grundstück der Wert des Grundstückes anstieg, dieses also verbessert wurde.

<sup>184</sup> BGH, Urt. v. 10.7.1953 – V ZR 22/52, NJW 1953, 1466 (1466); *Vieweg/Lorz*, SachenR, 9. Aufl. 2022, § 8 Rn. 33.

In diesem Zusammenhang ist allerdings umstritten, ob auch solche Verwendungen unter die §§ 994 ff. BGB fallen, die – wie der Bau eines Hauses auf einem Grundstück – die Sache grundlegend, wenn nicht sogar in deren Wesen, verändern.

Nach dem in der Literatur überwiegend vertretenen weiten Verwendungsbegriff sind auch solche sachändernden Aufwendungen als Verwendungen iSd §§ 994 ff. BGB anzusehen, sofern sie der Erhaltung oder Verbesserung der Sache dienen.<sup>185</sup> Danach stünde K gegen E grds. ein Anspruch auf Ersatz der für den Hausbau gemachten Verwendungen aus § 996 BGB zu. Diesen könnte er dem Herausgabeanspruch des E entgegenhalten, § 1000 Satz 1 BGB.

Demgegenüber legte der BGH den Begriff der Verwendung iSd § 996 BGB in jahrzehntelanger Rechtsprechung restriktiv aus (sog. enger Verwendungsbegriff). Verwendungen seien solche Vermögensaufwendungen, die der Sache zugutekommen sollen, ohne diese jedoch grundlegend zu verändern. Nur für solche Maßnahmen, die darauf abzielten, den Bestand der Sache als solchen zu erhalten oder wiederherzustellen, habe der Eigentümer (Verwendungs-)Ersatz zu leisten.<sup>186</sup> Wird – wie hier – auf einem bisher unbebauten Grundstück ein Wohnhaus errichtet, liege keine den Bestand der Sache erhaltende oder verbessernde Maßnahme vor, sondern eine Zustands- und damit Zweckveränderung.<sup>187</sup>

Hintergrund war, dass der Eigentümer vor den hohen Verwendungsersatzansprüchen des Besitzers bei solchen Umgestaltungsaufwendungen geschützt werden sollte.<sup>188</sup> Außerdem äußerte die Rechtsprechung Bedenken, ob sachändernde Aufwendungen überhaupt noch vom Wortlaut erfasst sind.<sup>189</sup>

Nachdem sich der 5. Zivilrechtssenat des BGH in zwei Entscheidungen aus 2013<sup>190</sup> und 2014<sup>191</sup> noch einer Auseinandersetzung mit der in der Literatur fast einhellig geäußerten Kritik an der Auslegung des Verwendungsbegriffs entziehen konnte, gab er in einem Urteil aus dem März 2025 ausdrücklich den engen Verwendungsbegriff auf.<sup>192</sup> Verwendungen seien (nunmehr) alle Vermögensaufwendungen, die der Sache zugutekommen sollen, auch wenn sie die Sache grundlegend verändern. Die

<sup>185</sup> *Medicus/Petersen*, BürgerlR, 29. Aufl. 2023, Rn. 877; *Müller/Gruber*, Sachenrecht, 2016, Rn. 966 ff.

<sup>186</sup> BGH, Urt. v. 10.7.1953 – V ZR 22/52, NJW 1953, 1466 (1467); BGH, Urt. v. 26.2.1964 – V ZR 105/61, NJW 1964, 1125 (1127).

<sup>187</sup> BGH, Urt. v. 26.2.1964 – V ZR 105/61, NJW 1964, 1125 (1127).

<sup>188</sup> Vgl. *Müller/Gruber*, Sachenrecht, 2016, Rn. 968.

<sup>189</sup> BGH, Urt. v. 26.2.1964 – V ZR 105/61, NJW 1964, 1125 (1127).

<sup>190</sup> BGH, Urt. v. 15.3.2013 – V ZR 201/11, NJW-RR 2013, 1318 (1320).

<sup>191</sup> BGH, Urt. v. 19.9.2014 – V ZR 269/13, NJW 2015, 229 (230).

<sup>192</sup> BGH, Urt. v. 14.3.2025 – V ZR 153/23, NJW 2025, 1486 (1489).

Errichtung eines Gebäudes auf einem fremden Grundstück könne daher auch dann eine Verwendung iSd § 996 BGB sein, wenn damit eine Änderung der Zweckbestimmung des Grundstücks verbunden ist.<sup>193</sup>

Der BGH begründet seine Rechtsprechungsänderung neben Erwägungen zum Wortlaut und zur Entstehungsgeschichte insbesondere mit dem von §§ 994 ff. BGB verfolgten Zweck, der Herstellung eines gerechten Ausgleichs der widerstreitenden Interessen von Eigentümer und Besitzer.<sup>194</sup>

Würde man dem Besitzer keinen Anspruch aus §§ 994 ff. BGB einräumen, sondern ihn auf das regelmäßig wirtschaftlich wertlose Wegnahmerecht aus § 997 BGB verweisen, stünde er weitgehend schutzlos, da etwaige bereicherungsrechtliche Ansprüche nach der Rechtsprechung des BGH durch die abschließenden Regelungen der §§ 994 ff. BGB gesperrt sind, sodass der Besitzer zur Herausgabe des Grundstücks verpflichtet ist, er selbst jedoch keine Gegenrechte aufgrund der von ihm gemachten Aufwendungen entgegenhalten kann.<sup>195</sup> Dass der Eigentümer von solchen (in der Regel wertmäßig sehr hohen) Aufwendungen derart profitieren soll, erscheint bedenklich.<sup>196</sup> Für den weiten Verwendungsbegriff besteht also schon ein wirtschaftliches Bedürfnis.<sup>197</sup>

Auch den von der Literatur vielfach geäußerten Abgrenzungsschwierigkeiten, wann eine Aufwendung zu einer „grundlegenden“ Veränderung der Sache führen soll,<sup>198</sup> hat sich der 5. Senat nunmehr angeschlossen.<sup>199</sup>

Dem weiten Verwendungsbegriff folgend steht dem Besitzer (hier: K) daher ein Anspruch aus § 996 BGB zu. E kann also die Herausgabe des Grundstücks (§ 985 BGB) nur Zug um Zug (§ 1000 Satz 1, § 274 Abs. 1 BGB) gegen Ersatz der von K gemachten Verwendungen verlangen.

## *(2) Anspruch aus § 951 Abs. 1 Satz 1, § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB?*

Folgt man dem von der älteren Rechtsprechung vertretenen engen Verwendungsbegriff und lehnt eine Verwendung iSd § 996 BGB ab, scheidet ein Verwendungsersatzanspruch aus § 996 BGB aus. Es stellt sich dann die Frage, ob der Besitzer vom

<sup>193</sup> BGH, Urt. v. 14.3.2025 – V ZR 153/23, NJW 2025, 1486 (1489).

<sup>194</sup> BGH, Urt. v. 14.3.2025 – V ZR 153/23, NJW 2025, 1486 (1490).

<sup>195</sup> Müller/Gruber, Sachenrecht, 2016, Rn. 968.

<sup>196</sup> Raff, in: MüKo BGB, 9. Aufl. 2023, § 994 BGB Rn. 17.

<sup>197</sup> BGH, Urt. v. 14.3.2025 – V ZR 153/23, NJW 2025, 1486 (1491).

<sup>198</sup> Raff, in: MüKo BGB, 9. Aufl. 2023, § 994 BGB Rn. 16; Müller/Gruber, Sachenrecht, 2016, Rn. 967.

<sup>199</sup> BGH, Urt. v. 14.3.2025 – V ZR 153/23, NJW 2025, 1486 (1491).

Eigentümer nach § 951 Abs. 1 Satz 1, § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB Entschädigung in Geld für den Rechtsverlust (§§ 946, 94 Abs. 1 Satz 1 BGB) verlangen kann.

Der BGH und weite Teile der Literatur<sup>200</sup> schließen konsequenterweise auf Verwendungsersatz gerichtete Ansprüche aus den §§ 812 ff. BGB aus (sog. Theorie der absoluten Sperrwirkung). Die §§ 994 ff. BGB seien insoweit abschließende Sonderregelungen und schließen Ansprüche aus §§ 812 ff. sowie Entschädigungsansprüche aus § 951 BGB aus, auch wenn keine „Verwendung“ iSd § 996 BGB vorliege.<sup>201</sup> Daher würde dem K hier weder ein Anspruch aus § 996 BGB, noch aus §§ 951, 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB zustehen.<sup>202</sup>

Anders verhält es sich, wenn man mit einigen Stimmen in der Literatur die §§ 994 ff. BGB nur dann als abschließende Sonderregelungen ansieht, wenn überhaupt eine Aufwendung iSd engen Verwendungsbegriffs vorliegt. Bei wesensverändernden Aufwendungen sei dies gerade nicht der Fall, sodass zwar kein Anspruch aus § 996 BGB, wohl aber aus §§ 951, 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB<sup>203</sup> bestehe.<sup>204</sup>

Spätestens mit Aufgabe des engen Verwendungsbegriffs durch die Rechtsprechung sollten sachändernde Aufwendungen und damit auch der Hausbau auf fremden Grund als Verwendungen iSd § 996 BGB angesehen werden. Im hiesigen Fall steht dem K im Ergebnis also (unter den weiteren Voraussetzungen des § 996 BGB) ein Verwendungsersatzanspruch und damit ein Zurückbehaltungsrecht gem. § 1000 Satz 1 BGB zu.

<sup>200</sup> Vgl. *Vieweg/Lorz*, SachenR, 9. Aufl. 2022, § 8 Rn. 60.

<sup>201</sup> BGH, Urt. v. 26.2.1964 – V ZR 105/61, NJW 1964, 1125 (1128).

<sup>202</sup> Zu beachten ist, dass nach ständiger Rechtsprechung des BGH ausnahmsweise ein Anspruch des Besitzers aus § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB in Betracht kommt, wenn der Zweck der Verwendungen auf ein fremdes Grundstück in der auf eine tatsächliche Willensübereinstimmung zwischen dem Leistenden und dem Eigentümer gegründeten berechtigten Erwartung, nachfolgend das Eigentum am Grundstück zu erwerben, besteht, und diese Erwartung enttäuscht wird, vgl. BGH, Urt. v. 22.3.2013 – V ZR 28/12, NJW 2013, 2025 (2025 f.); BGH, Urt. v. 22.6.2001 – V ZR 128/00, NJW 2001, 3118 (3118 f.).

<sup>203</sup> Im Rahmen der Aufwendungskondition stellt sich dann aber häufig die Frage, ob es sich um eine aufgedrängte Bereicherung handelt, bei welcher der Bereicherte kein Interesse am konkreten Vermögenszuwachs hat. Ein etwaiger bereicherungsrechtlicher Anspruch muss dann entfallen. Ob das der Fall ist, hängt stets von den Umständen des Einzelfalls ab, vgl. hierzu *Schwab*, in: MüKo BGB, 9. Aufl. 2024, § 818 BGB Rn. 229 ff.

<sup>204</sup> *Eichler*, Der unentschuldigte Überbau, in: JuS 1965, 479 (480); *Huber*, Bereicherungsansprüche bei Bau auf fremdem Boden, in: JuS 1970, 515 (519).

## E. Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung und aus unerlaubter Handlung

Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung und aus unerlaubter Handlung sind am Ende der Fallbearbeitung zu prüfen. Diese bedingen und beeinflussen sich nicht gegenseitig.<sup>205</sup> Es empfiehlt sich dennoch, Ansprüche aus unerlaubter Handlung solchen aus ungerechtfertigter Bereicherung voranzustellen,<sup>206</sup> da die §§ 812 ff. BGB in ihrem Umfang begrenzt sind (vgl. § 818 Abs. 3 BGB) und das Bereicherungsrecht lediglich eine abschöpfende Funktion hat,<sup>207</sup> wohingegen das Deliktsrecht Ausgleichs- und Wiedergutmachungsfunktion hat und Ersatz des negativen Interesses gewährt.<sup>208</sup>

### I. Deliktsrechtliche Ansprüche

Das Deliktsrecht geht grundsätzlich vom Verschuldensprinzip aus, d.h. dem Schädiger muss ein Verschulden nachgewiesen werden.<sup>209</sup> Das Verschuldensprinzip gilt jedoch nicht uneingeschränkt: Der Gesetzgeber vermutet (widerlegbar) in zahlreichen Normen (wie bspw. in § 831 Abs. 1, § 832 Abs. 1, § 833 Satz 2 BGB oder § 18 Abs. 1 StVG) das Verschulden des Schädigers (sog. Haftung für vermutetes Verschulden). Hier obliegt dem Schädiger der Nachweis seines fehlenden Verschuldens.<sup>210</sup>

Eine Ausnahme vom Verschuldensprinzip stellen die Tatbestände der Gefährdungshaftung (§ 833 Satz 1 BGB, § 7 StVG, § 1 ProdHaftG) dar: hier bedarf es keines Verschuldens des Schädigers. Haftungsgrund ist die abstrakte Gefährdung anderer durch ein bestimmtes erlaubtes Verhalten.<sup>211</sup>

Da dem Schädiger im Bereich der Gefährdungshaftung weder vorsätzliches noch fahrlässiges Verhalten nachgewiesen werden muss, sind solche Ansprüche im Rahmen der deliktischen Ansprüche zuerst zu prüfen. Daran schließen sich dann solche Ansprüche an, die ein Verschulden des Schädigenden voraussetzen, wobei hier mit solchen Ansprüchen zu beginnen ist, die dieses vermuten.

<sup>205</sup> *Medicus/Petersen*, BürgerlR, 29. Aufl. 2023, Rn. 11.

<sup>206</sup> *Peifer*, in: Schuldrecht, 8. Aufl. 2025, § 8 Rn. 1.

<sup>207</sup> *Brox/Walker*, SchuldR BT, 49. Aufl. 2025, § 39 Rn. 1.

<sup>208</sup> *Looschelders*, SchuldR BT, 20. Aufl. 2025, § 58 Rn. 2; *Brox/Walker*, SchuldR BT, 49. Aufl. 2025, § 44 Rn. 1.

<sup>209</sup> *Looschelders*, SchuldR BT, 20. Aufl. 2025, § 58 Rn. 3.

<sup>210</sup> *Grundmann*, in: MüKo BGB, 10. Aufl. 2025, § 276 BGB Rn. 44.

<sup>211</sup> *Brox/Walker*, SchuldR BT, 49. Aufl. 2025, § 54 Rn. 1.

## II. Bereicherungsrechtliche Ansprüche

Im Bereicherungsrecht wird heute zwischen Tatbeständen der Leistungs- und der Nichtleistungskondition unterschieden (sog. Trennungslehre).<sup>212</sup> In den Fällen der Leistungskondition hat der Anspruchsgegner das erlangte Etwas durch eine Leistung des Anspruchstellers erlangt (§ 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB), während bei der Nichtleistungskondition der Anspruchsgegner etwas in sonstiger Weise auf Kosten des Anspruchstellers erlangt hat (§ 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB).

### 1. Konkurrenzen innerhalb des Bereicherungsrechts

Entscheidend für das Verständnis und das Konkurrieren bereicherungsrechtlicher Ansprüche (insb. in Mehrpersonenverhältnissen) untereinander ist das Verständnis vom Vorrang der Leistungsbeziehung.<sup>213</sup>

#### ***Fall 18 (Vorrang der Leistungsbeziehung):***

*A leiht dem B ein in seinem Eigentum stehendes Buch. Daraufhin verkauft und übereignet B das Buch an den C, der davon ausgeht, dass das Buch im Eigentum des B steht. Kann nun A von C Herausgabe des Buches verlangen?*

#### *(1) Anspruch aus § 985 BGB?*

Ein Anspruch aus § 985 BGB scheidet an der erforderlichen Vindikationslage (genauer: am fehlenden Eigentum des Anspruchstellers A). A hat nämlich sein Eigentum am Buch infolge des gutgläubigen Erwerbs des C von B (§ 929 Satz 1, § 932 BGB) verloren.

#### *(2) Anspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB?*

Zwar hat C Eigentum und Besitz am Buch erlangt, jedoch nicht durch eine bewusste und zweckgerichtete Mehrung seines Vermögens (= Leistung) durch A. Vielmehr liegt eine Leistung des B an C vor.

#### *(3) Anspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB?*

Der Anspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB setzt voraus, dass der Anspruchsgegner etwas in sonstiger Weise auf Kosten des Anspruchstellers erlangt hat. Das ist auf den ersten Blick zu bejahen: C hat Eigentum und Besitz am Buch erworben, während A beides verloren hat.

<sup>212</sup> Siehe dazu: *Schwab*, in: MüKo BGB, 9. Aufl. 2024, § 812 BGB Rn. 43 ff.

<sup>213</sup> S. bspw. BGH, Urt. v. 31.1.2018 – VIII ZR 39/17, NJW 2018, 1079; *Wendehorst*, in: BeckOK BGB, 76. Edition, Stand: 1.11.2025, § 812 BGB Rn. 31 f.

Würde man nun einen Anspruch des A gegen C auf Rückübereignung und Rückübertragung des Besitzes aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB zulassen, würde A im Ergebnis wieder das Eigentum am Buch erhalten. Dadurch würde man über das Bereicherungsrecht den gutgläubigen Eigentumserwerb des C nach § 932 BGB vernichten.

Es herrscht insoweit Einigkeit, dass der gutgläubige (entgeltliche) Erwerb konditionsfest sein muss.<sup>214</sup> Dies wird dogmatisch durch den Vorrang der Leistungsbeziehung (Synonym: Subsidiarität der Nichtleistungskondition) gewährleistet. Das Bereicherungsrecht darf die Wertungen der Privatrechtsordnung, insb. des Sachenrechts, nicht umgehen, sondern muss diese umsetzen.<sup>215</sup> Daher schließt die Leistungsbeziehung zwischen B und C einen Kondiktionsanspruch des A gegen C aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB aus. Im Ergebnis hat A also keinerlei Herausgabeansprüche gegen C. Stattdessen kann A gegen B einen Anspruch auf Herausgabe des durch die Verfügung (an C) Erlangten (§ 816 Abs. 1 Satz 1 BGB) geltend machen.

### **Zur Vertiefung:**

*Der Vorrang der Leistungsbeziehung besagt, dass derjenige, der etwas durch eine Leistung eines anderen erlangt hat, das erlangte Etwas grundsätzlich nur an den Leistenden wieder herausgeben muss (und auch nur dann, wenn der Rechtsgrund fehlt).<sup>216</sup> Es muss daher im Rahmen des Tatbestandsmerkmals „in sonstiger Weise auf Kosten des Antragstellers“ der Nichtleistungskondition zunächst geprüft werden, ob der Bereicherungsgegenstand dem Empfänger überhaupt nicht, also von niemandem geleistet worden ist.<sup>217</sup> Ist dies der Fall, kommt eine Nichtleistungskondition hinsichtlich dieses Bereicherungsgegenstandes – zumindest grundsätzlich – nicht in Betracht.<sup>218</sup>*

*Der Vorrang der Leistungsbeziehung dient – neben der angesprochenen Kondiktionsfestigkeit des gutgläubigen entgeltlichen Erwerbs – auch dazu, dass Vermögensverschiebungen nur im Rahmen der jeweiligen Leistungsverhältnisse rückabgewickelt werden, sodass den Parteien der jeweils zugrunde liegenden Kausalgeschäfte ihre Einwendungen erhalten bleiben.<sup>219</sup> Überdies trägt dann jeder nur das Insolvenzrisiko desjenigen, mit dem er bewusst eine Leistungsbeziehung eingegangen ist.<sup>220</sup>*

<sup>214</sup> Oechsler, in: MüKo BGB, 9. Aufl. 2023, § 932 BGB Rn. 72.

<sup>215</sup> Medicus/Petersen, BürgerlR, 29. Aufl. 2023, Rn. 662.

<sup>216</sup> Vgl. Peifer, in: Schuldrecht, 8. Aufl. 2025, § 8 Rn. 8.

<sup>217</sup> BGH, Urt. v. 20.6.1977 – II ZR 169/75, NJW 1977, 2210.

<sup>218</sup> Brox/Walker, SchuldR BT, 49. Aufl. 2025, § 42 Rn. 1.

<sup>219</sup> Peifer, in: Schuldrecht, 8. Aufl. 2025, § 8 Rn. 8.

<sup>220</sup> Peifer, in: Schuldrecht, 8. Aufl. 2025, § 8 Rn. 8.

Da sich im Bereicherungsrecht (insb. in Mehrpersonenverhältnissen) jedoch jede schematische Lösung verbietet<sup>221</sup>, gilt auch der Vorrang der Leistungsbeziehung nicht uneingeschränkt. Er steht ebenfalls unter dem Vorbehalt der Wertungen der Privatrechtsordnung.<sup>222</sup> Daher kann ein Anspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB ausnahmsweise auch dann bestehen, wenn hinsichtlich des Bereicherungsgegenstandes eine Leistung vorliegt:

§ 816 Abs. 1 Satz 2 und § 822 BGB lassen ausnahmsweise eine Durchgriffskondition gegen den unentgeltlichen Erwerber zu.<sup>223</sup> Begründet wird dies mit der fehlenden Schutzbedürftigkeit des unentgeltlichen Erwerbers.<sup>224</sup>

Scheitert ein gutgläubiger rechtsgeschäftlicher Erwerb an § 932 Abs. 2 BGB (Bösgläubigkeit des Erwerbers) oder an § 935 Abs. 1 Satz 1 BGB<sup>225</sup> (Abhandenkommen der Sache), hat jedoch der Dritte das Eigentum an der Sache aufgrund eines gesetzlichen Eigentumserwerbs (§§ 946 ff. BGB) erworben, besteht kein Grund, das Vertrauen des Erwerbers auf die Vertragsbeziehung zu seinem Vertragspartner zu schützen.<sup>226</sup> Auch in diesen Fällen gilt der Vorrang der Leistungsbeziehung nicht.

## 2. Verhältnis des Bereicherungsrechts zu den §§ 346 ff. BGB

Sowohl das Rücktrittsrecht (§§ 346 ff. BGB), als auch das Bereicherungsrecht dienen der Rückgängigmachung von Vermögensverschiebungen.<sup>227</sup> Allerdings unterscheiden sich beide Rechtsinstitute sowohl auf Tatbestands- als auch auf Rechtsfolge-seite. Insbesondere ist die Haftung des Rückgewährschuldners nicht auf die bei ihm noch vorhandene Bereicherung begrenzt (so aber im Bereicherungsrecht, § 818 Abs. 3 BGB).<sup>228</sup>

Bei Anwendbarkeit der Rücktrittsregeln findet ein zusätzlicher bereicherungsrechtlicher Ausgleich nicht statt.<sup>229</sup> Insoweit bildet das infolge des Rücktritts entstandene Rückgewährschuldverhältnis einen Rechtsgrund iSd § 812 Abs. 1 BGB.<sup>230</sup>

<sup>221</sup> BGH, Urt. v. 31.1.2018 – VIII ZR 39/17, NJW 2018, 1079 (1079).

<sup>222</sup> Stadler, in: Jauernig BGB, 19. Aufl. 2023, § 812 BGB Rn. 85 f.

<sup>223</sup> Wiese, in: HK-BGB, 12. Aufl. 2024, § 816 BGB Rn. 1; Stadler, in: Jauernig BGB, 19. Aufl. 2023, § 816 BGB Rn. 19; Wendehorst, in: BeckOK BGB, 76. Edition, Stand: 1.11.2025, § 822 BGB Rn. 2.

<sup>224</sup> Schwab, in: MüKo BGB, 9. Aufl. 2024, § 816 BGB Rn. 2; Medicus/Lorenz, SchuldR BT, 19. Aufl. 2025, § 64 Rn. 13.

<sup>225</sup> S. bspw. BGH, Urt. v. 11.1.1971 – VIII 261/69, NJW 1971, 612 (Jungbullen-Fall).

<sup>226</sup> Medicus/Lorenz, SchuldR BT, 19. Aufl. 2025, § 69 Rn. 37.

<sup>227</sup> Medicus/Petersen, BürgerlR, 29. Aufl. 2023, Rn. 660.

<sup>228</sup> Medicus/Petersen, BürgerlR, 29. Aufl. 2023, Rn. 661.

<sup>229</sup> Gaier, in: MüKo BGB, 10. Aufl. 2025, Vor. § 346 BGB Rn. 2; Wendehorst, in: BeckOK BGB, 76. Edition, Stand: 1.11.2025, § 812 BGB Rn. 74.

<sup>230</sup> Schwab, in: MüKo BGB, 9. Aufl. 2024, § 812 BGB Rn. 428.

### 3. Fehlerhafte (faktische) Gesellschafts- und Arbeitsverträge

Auch bei fehlerhaften (faktischen) Gesellschafts- bzw. Arbeitsverträgen kommt es zu (bereicherungsrechtlichen) Besonderheiten:

Von einem fehlerhaften Arbeitsvertrag<sup>231</sup> spricht man, wenn ein geschlossener und in Vollzug gesetzter Arbeitsvertrag (z.B. aufgrund der §§ 134, 138 BGB) nichtig ist oder angefochten wird (§ 142 Abs. 1 BGB).<sup>232</sup> Wegen den tatsächlichen Schwierigkeiten der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung ist der Vertrag nach allgemeiner Meinung für die Vergangenheit als wirksamer Vertrag zu behandeln, während für die Zukunft der Vertrag als unwirksam anzusehen ist.<sup>233</sup> Dogmatisch erfolgt dies über eine teleologische Reduktion der Nichtigkeitsfolgen: die Verträge sind lediglich mit ex nunc Wirkung (ab Geltendmachung der Nichtigkeit) unwirksam.<sup>234</sup> Bereits ausgetauschte Leistungen müssen daher nicht nach den §§ 812 ff. BGB rückabgewickelt werden.<sup>235</sup>

### F. Ausleitung

Wird im Bearbeitervermerk nach der Rechtslage gefragt, empfiehlt sich ein systematisches Vorgehen anhand der aufgezeigten Reihenfolge. Dadurch lassen sich nicht nur Inzidentprüfungen vermeiden, sondern es können insbesondere auch schwerwiegende Fehler durch die Annahme eines Anspruchs, der konkurrenzrechtlich ausgeschlossen ist, vermieden werden. Dazu sollte zu Beginn eines jeden Anspruchs (zumindest gedanklich) geprüft werden, ob durch die Anwendbarkeit des in Betracht kommenden Rechtsinstituts die speziellen Wertungen anderer Normen umgangen werden.

<sup>231</sup> Die folgenden Ausführungen beziehen sich speziell auf Arbeitsverträge. Die Ausführungen gelten jedoch entsprechend bei fehlerhaften Gesellschaftsverträgen.

<sup>232</sup> Preis, in: ErfK ArbR, 26. Aufl. 2026, § 611a BGB, Rn. 151.

<sup>233</sup> Preis, in: ErfK ArbR, 26. Aufl. 2026, § 611a BGB, Rn. 151.

<sup>234</sup> BAG, Urt. v. 15.11.1957 – 1 AZR 189/57, NJW 1958, 397 (398).

<sup>235</sup> Preis, in: ErfK ArbR, 26. Aufl. 2026, § 611a BGB, Rn. 151; Wendehorst, in: BeckOK BGB, 76. Edition, Stand: 1.11.2025, § 812 BGB Rn. 74.



*Moritz Philipp*

## **Das LL.M.-Studium im Ausland Mein Studium in Mailand zwischen Legal Tech, Aperol und ESC!**



### **A. Was ist ein LL.M.**

Das deutsche Jurastudium blieb, als einer der wenigen Studiengänge, von der Bologna-Reform bisweilen verschont. Internationale Hochschulabschlüsse, wie der Bachelor of Laws (Legum Baccalaureus, kurz: LL.B.) oder der Master of Laws (Legum Magister, kurz: LL.M.) wirken daher formal wie ein Fremdkörper in der deutschen Juristenausbildung, die gänzlich auf das erfolgreiche Abschließen der ersten und zweiten juristischen Staatsprüfung ausgelegt ist. Die Praxis zeigt aber bereits längst ein anderes Bild: Großkanzleien schmücken sich mit Anwält\*innen mit LL.M.-Titeln und bieten dafür oft auch ein höheres Einstiegsgehalt. In einigen Kanzleien, Unternehmen oder Stellen im öffentlichen Dienst kann man als sogenannter Wirtschaftsjurist sogar gänzlich ohne zweites Staatsexamen arbeiten. Ein LL.M. wird oft in einem Atemzug mit einer Promotion genannt, wobei die Frage, ob sich eine Promotion oder ein LL.M.-Studium mehr lohnt, zumeist ohne eindeutige Antwort diskutiert wird. Ein LL.M.-Titel ist daher zwar im Gegensatz zum Staatsexamen keine „harte“ Zugangsvoraussetzung für einen Beruf, aber oft eine entscheidende Zusatzqualifikation.

## **B. Die Entscheidung für einen LL.M.**

### **I. Meine Entscheidung für einen LL.M.**

Nachdem ich erfolgreich mein Pflichtfachexamen absolviert hatte, war ich, wie so viele andere Jurastudierende an diesem Punkt, ausgelaugt und demotiviert. Ich hatte in der Examensvorbereitung eineinhalb Jahre lang Rechtsgebiete studiert, die mich zum überwiegenden Teil nicht interessierten. Glücklicherweise habe ich nach dem Pflichtfachexamen in meinem Schwerpunktbereichsstudium, IT-Recht und Rechtsinformatik, Rechtsgebiete gefunden, die mich wirklich interessieren. Ich hatte zum ersten Mal seit langem wieder Spaß an meinem Studium. Die Vorstellung, direkt nach dem Ende meines Schwerpunktbereichsstudiums ins Referendariat zu starten um mich wieder mit allen Rechtsgebieten zu beschäftigen, ob sie mich interessieren oder nicht, erschien mir wenig verlockend. Ich entschied mich daher gegen Ende meines Schwerpunktbereichsstudiums, vor dem Beginn meines Referendariats noch ein LL.M.-Studium zu absolvieren.

Etwa gleichzeitig war ich bereits auf der Suche nach Städten mit für mich potenziell interessanten Jobmöglichkeiten. Hierbei fiel meine Wahl relativ schnell auf Düsseldorf, da viele Kanzleien hier ihr Team im IT-, IP- oder Datenrecht haben. Auf einen Referendariatsplatz am OLG Düsseldorf musste man damals (2024) aber ca. 15 Monate warten. Ein schneller Einstieg ins Referendariat an meinem Wunschort war mir, wie vielen anderen Absolvent\*innen, also sowieso nicht möglich. Ich habe mich daher noch vor Beginn meines einjährigen LL.M.-Studiums auf einen Referendariatsplatz am OLG Düsseldorf beworben und meine Bewerbung bis nach Ende meines LL.M.-Studiums zurückstellen lassen. Die Option, seine Bewerbung zurückstellen zu lassen, oder sich erst für einen bestimmten Termin zu bewerben, bieten fast alle OLGs an. Entscheidet man sich für einen LL.M. sollte man von dieser Möglichkeit auf jeden Fall Gebrauch machen.

Für mich folgte die Entscheidung für einen LL.M. also insbesondere daraus, dass ich mich noch etwas länger mit Themen beschäftigen wollte, die mich interessierten, sowie aus der Notwendigkeit Wartezeit zu überbrücken.

Meine späteren Kommiliton\*innen führten meist ähnliche Gründe für ihr LL.M.-Studium an. Teils ging es ihnen aber auch darum erstmals die Rechtsgebiete kennenzulernen mit denen sie sich langfristig beruflich befassen wollten, ihre englischen Sprachfertigkeiten zu verbessern, oder in Europa beruflich Fuß zu fassen.

## II. Die Auswahl der Universität

Nach der Entscheidung, dass ich einen LL.M. machen möchte, stellten sich mir gleich zwei Folgefragen: an welcher Universität möchte ich studieren und welches Programm möchte ich absolvieren. Die Reihenfolge, in der man diese Fragen beantwortet ist durchaus relevant und sollte die persönlichen Präferenzen und Erwartungen an ein LL.M.-Studium zum Ausdruck bringen: Ist es einem wichtiger, sich auf einem gewissen Rechtsgebiet fortzubilden, ist die Wahl des Programms wichtiger, will man hingegen eine gewisse Rechtsordnung kennenlernen, oder möchte man sich sprachlich weiterbilden, eher die Universität bzw. der Ort.

Weiterhin ist zu beachten, dass ein LL.M. auch ein einjähriges Networking-Event ist. Man sollte sich daher fragen, ob man eher ein Netzwerk in einer bestimmten Region haben möchte, oder ein Netzwerk auf einem bestimmten Rechtsgebiet. Einige Großkanzleien bieten sogar explizit Networking-Events für deutsche LL.M.-Studierende in den USA oder dem Vereinigten Königreich an. Schließlich ist die Auswahl der Universität oft auch eine Kostenfrage: Während man bei einem LL.M.-Programm in Kontinentaleuropa wohl im Schnitt mit 10.000 € - 20.000 € an Studiengebühren rechnen kann, sind diese in Großbritannien oft etwas teurer und in den USA mit \$50.000 aufwärts für viele außerhalb der finanziellen Reichweite.

Für mich war klar, dass ich mich im IT- und IP-Recht weiterbilden will. Dementsprechend machte ich mir zunächst eine Liste aller LL.M.-Programme, die für mich grundsätzlich in Frage kämen. Auf dieser Liste waren LL.M.-Programme in Deutschland, Kontinentaleuropa, sowie im angelsächsischen Raum.

Erst nachdem ich diese Liste erstellt hatte, habe ich die Universitäten dann nach dem Studienplan, ihrem Renommee und der jeweiligen Stadt für mich persönlich gerankt.

Als Ergebnis dieses Rankings entschied ich, dass die Universität Bocconi in Mailand meine erste Wahl war. Hier wurde gerade erst die gesamte Studienordnung ihres „LLM in Law of Technology and Automated Systems“ aktualisiert um sie an aktuelle technische Entwicklungen anzupassen. Auch gefiel mir die enge Zusammenarbeit mit Praktiker\*innen aus den zu unterrichtenden Feldern. Nicht zuletzt entschied ich mich aber auch für die Bocconi in Mailand, da ich das italienische Dolce Vita kennenlernen wollte.

### III. Die Finanzierung eines LL.M.-Studiums

Da der Preis eines LL.M.-Programms oftmals ein entscheidendes Kriterium für oder insbesondere gegen ein Programm ist, soll hier wenigstens kurz auf einige Möglichkeiten der Finanzierung eines LL.M.-Studiums eingegangen werden:

Zunächst ist natürlich zu erwähnen, dass es viele Stipendien gibt, die einem helfen können ein LL.M.-Studium zu finanzieren. Am Bekanntesten ist wohl, das DAAD-Stipendium, es gibt allerdings auch einige Stipendien von Großkanzleien und sonstigen Vereinigungen. Bei all diesen Stipendien ist zu beachten, dass man sich i.d.R. bewerben muss bevor man die Zusage für den Studienplatz hat. Viele Fristen enden hier bereits im Dezember oder Januar. Auch bieten Universitäten meist einen Erlass der Studiengebühren, einen sog. Tuition Waiver, an. Teilweise kann man sogar während der Bewerbung angeben, dass man den Studienplatz nur annimmt, wenn man wenigstens einen anteiligen Erlass der Studiengebühren erhält.

Viele meiner Kommiliton\*innen haben auch in Teilzeit remote gearbeitet. Erforderlich hierfür ist aber ein sehr flexibler Arbeitgeber, da viele LL.M.-Programme keinen festen Stundenplan haben, sondern von Woche zu Woche zu unterschiedlichen Zeiten Kurse mit Anwesenheitspflicht stattfinden. Am ehesten geht dies bei einem Arbeitgeber, bei dem man bereits eingearbeitet ist und schon vor Beginn des LL.M.-Studiums gearbeitet hat. Dank digital geschriebener Klausuren und Hausarbeiten kann man mittlerweile auch gut aus dem Ausland als Korrekturassistent\*in arbeiten.

Schließlich ist zu erwähnen, dass man ein LL.M.-Studium auch finanzieren kann, indem man davor in Vollzeit arbeitet. Das lohnt sich besonders, da die Kosten für einen LL.M.-Studiengang (Studiengebühren, Literatur, Sprachkurse etc.) grundsätzlich von der Steuer absetzbar sind. Solange man während des Studiums keine Liquiditätsprobleme hat kann man sich daher nach dem Ende des LL.M.-Studiums einen beachtlichen Teil der Kosten zurückholen.

Ich selbst habe meinen LL.M. finanziert indem ich die Zeit nach Ende meines Schwerpunktereichsstudiums und vor Beginn meines LL.M.-Studiums 8 Monate in Vollzeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter bei Prof. Borges am Institut für Rechtsinformatik arbeitete. Während meiner Zeit in Mailand habe ich außerdem Klausuren und Hausarbeiten korrigiert. Insbesondere halfen mir aber meine Ersparnisse und eine strenge Finanzplanung.

## **IV. Meine Zeit in Mailand**

### **1. Der erste Tag**

Ein halbes Jahr nach Erhalt meines Letter of Acceptance war es dann so weit: Ich zog nach Mailand.

Der erste Tag des Programms fühlte sich etwas an wie der erste Schultag. Angekommen im kleinen Hörsaal in dem die Öffnungsveranstaltung stattfinden sollte, lernte ich meine Kommiliton\*innen kennen. Wir waren im Programm eine Klasse von 30 Studierenden, die bis auf wenige Ausnahmen nahezu alle Kurse miteinander hatten. Alle haben sich einander locker vorgestellt und man kam ins Gespräch miteinander.

Schnell wurde klar wie divers die Klasse aufgestellt war: meine Kommiliton\*innen waren im Alter von 23 bis 40 Jahren, es waren vier verschiedene Kontinente vertreten, einige meiner Kommiliton\*innen waren vor diesem Studium bereits als Anwält\*innen oder in-house counsel tätig, während andere gerade erst ihren Abschluss gemacht hatten.

Die Gespräche waren spannend und hätten nicht unterschiedlicher sein können. Manche konnten spannende Details über die Brüsseler EU- und NATO-Bubble teilen, mit anderen sprach ich über die Partykultur in Spanien.

Nach dem Ende der Einführungsveranstaltungen, auf dem Weg zu einem Willkommensaperitif, wurde ich dann überraschend von einem der beiden Direktoren des Programms auf Deutsch angesprochen. Er fragte mich, ob ich der Student aus Saarbrücken sei und erzählte mir daraufhin, dass seine Mutter aus Dudweiler sei und seine Eltern sich am Europainstitut an der Universität des Saarlandes kennengelernt hätten.

### **2. Die Freizeitgestaltung**

Vor Beginn meines LL.M.-Studiums hatte ich einen Kollegen, der bereits einen LL.M. im Ausland gemacht hat und jetzt in einer Großkanzlei arbeitete gefragt, welche Tipps er mir für das LL.M.-Studium mitgeben könnte. Sein einziger und wichtigster Tipp war es die Freizeit während des Studiums so gut es geht zu nutzen und Dinge zu tun für die man im Alltag in Deutschland und später im Berufsleben nicht unbedingt Zeit findet. Ich habe daher dort u.A. einen Italienischkurs belegt, bin durch Italien gereist, bin einen Halbmarathon gelaufen und war ehrenamtlich als studentischer Editor bei einer Onlinezeitschrift zum Thema IT- und Medienrecht tätig.

Der Großteil meines Freundeskreises bestand aus Leuten aus meiner Klasse. Das ist keineswegs in allen LL.M.-Programmen so üblich, aber da wir eine vergleichsweise kleine Klasse waren, haben wir viel zusammen unternommen. Darüber hinaus gibt es an der Bocconi auch studentische Organisationen, sog. „Student Associations“, in denen ich mich engagiert habe. Diese sind teils sehr fachbezogen. Teilweise handelt es sich aber auch um die Ausübung eines gemeinsamen Hobbys. Ich war bspw. Mitglied in der „Law for Artificial Intelligence Association“, die regelmäßig Vorträge organisierten oder kurze Artikel zum Thema KI und Recht veröffentlichten. Ich war aber auch Mitglied in der „Games and Entertainment Association“, in der gemeinsam Videospiele und Dungeons and Dragons gespielt wurde.

Insgesamt kann ich daher den Tipp der mir gegeben wurde, die gewonnene Freizeit zu nutzen, uneingeschränkt weitergeben. Auch gibt es studentische Organisationen an wahnsinnig vielen Universitäten im Ausland und sie sind ein guter Anfangspunkt um Studierende mit den gleichen Interessen kennenzulernen.

### 3. Das Akademische

Mein Studium an der Bocconi war auch inhaltlich völlig anders als das Staats-examensstudium zuvor. Zunächst fällt auf, dass Universitäten beim Erstellen der Lerninhalte für Masterprogramme mehr Freiraum haben, da sie einen nicht auf Staatsprüfungen vorbereiten müssen. So war der erste Teil des Programms an der Bocconi, die ein hohes Renommee auf dem Gebiet der Wirtschaftswissenschaften hat, eine Einführung in die ökonomischen Grundlagen des Internets, andere Masterprogramme die ich mir zuvor angesehen hatten, haben bspw. einen größeren Wert auf die technischen Aspekte gesetzt.

Ein weiterer Unterschied zum regulären Jurastudium in Deutschland war, dass die Fächer nochmal in ca. 4 Module aufgeteilt waren. Diese Module standen inhaltlich für sich und wurden von unterschiedlichen Gastdozierenden unterrichtet. So wurde bspw. das Fach „Intellectual Property and Competition Law in the Digital Age“ in die Module „Patent Law“, „Copyright“, „Trade Secrets“ und „E-commerce and IP“ aufgeteilt. Um die einzelnen Module zu unterrichten reisten Professor\*innen und Anwäl\*innen aus aller Welt an. Durch die Vielzahl an Dozierenden ergab sich auch eine Vielzahl an verschiedenen Perspektiven auf die einzelnen Rechtsgebiete.

Auffallend war auch wie viel Wert in der Lehre auf praktische Erfahrung gelegt wurde. So erhielten wir im Kurs Legal Tech zunächst eine theoretische Einführung in verschiedene Legal Tech Tools. Anschließend sollten wir der Leiterin der Rechtsabteilung der Campari Group, dem Unternehmen, zu dem insbesondere auch Aperol

gehört, eine Legal Tech Lösung für deren Arbeitsabläufe vorstellen. Das Team, das den überzeugendsten Pitch ablieferte, gewann eine Führung durch die Campari Büros in Mailand mit anschließendem Aperitif.

Die Klausuren waren, wie in nahezu allen LL.M.-Programmen, auch sehr fair gestaltet. Wenn man ein Staatsexamen bestanden hat, dann muss man sich keine Gedanken machen, den Anforderungen eines LL.M.-Studiums nicht gerecht zu werden.

Abgesehen von den „Pflichtveranstaltungen“ wurden allerdings auch viel Optionales angeboten, so gab es bspw. eine Legal-Clinic in Kanada, diverse Moot Courts, verschiedene Fachtagungen wurden beworben und viele Guest-Speaker und Diskussionsrunden. Ich selbst habe an einem Moot Court teilgenommen, bei dem es um die Nutzung KI-generierter Songs beim Eurovision Song Contest ging. Die mündlichen Runden dieses Moot Courts in Madrid, bei dem wir übrigens den zweiten Platz belegten, war für mich klar das Highlight meines Masterstudiums.

### **C. Fazit**

Das spezialisierte Studium und das positive Feedback im Studium können Wunder wirken, die Leidenschaft für die Juristerei nochmal aufleben zu lassen. Die Zeit im Ausland ist oft auch die letzte Gelegenheit vor dem Einstieg ins Berufsleben sich nochmal wirklich Zeit für sich zu nehmen und dabei mindestens ein anderes Land kennenzulernen.

Dennoch ist zu erwähnen, dass ein LL.M.-Studium sicher nicht die richtige Wahl für alle ist. Insbesondere wer sich ausführlicher, tiefgreifender und wissenschaftlicher mit einzelnen Rechtsfragen auseinandersetzen möchte, der wird vermutlich mit einer Dissertation glücklicher.

Ich persönlich bin allerdings sehr froh, mich für den LL.M. in Mailand entschieden zu haben. Nicht nur konnte ich mich ein Jahr lang zu einer Vielzahl von spannenden Themen weiterbilden, ich konnte währenddessen auch das italienische Dolce Vita kennenlernen.





