

Juristische Studiengesellschaft Jahresband 2014

Mit Beiträgen von

Jens Weidmann
Harald Range
Friedrich Schoch
Michael Stürner
Stephan Seiters
Volker Rieble
Christian Walter
Thomas Lobinger
Andreas Voßkuhle



C.F. Müller

Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe
Jahresband 2014

Herausgegeben von den Trägern der Juristischen Studiengesellschaft:

Bundesverfassungsgericht, Bundesgerichtshof, Bundesanwaltschaft,
Rechtsanwaltschaft beim Bundesgerichtshof, Juristische Fakultäten der
Universitäten Freiburg, Heidelberg, Konstanz, Mannheim und Tübingen,
Oberlandesgericht Karlsruhe, Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg
und Rechtsanwaltskammer Karlsruhe

© 2015 C. F. Müller GmbH, Im Weiher 10, 69121 Heidelberg

Satz: C. Gottemeyer, Rot

Druck: CPI Clausen & Bosse, Leck

Kampf um die Rechtswegezuständigkeit als Kampf ums Recht*

Volker Rieble

Vortrag am 17. Juni 2014

I. Rechtswegestreitigkeiten als Zuständigkeitskonflikte

Rechtswegestreitigkeiten sind zuerst normale Zuständigkeitskonflikte. Die Zuständigkeitsordnung folgt dem materiellen Recht, weswegen Zuständigkeitskonflikte im Kern »nur« materiellrechtliche Rechtskreisüberschneidungen spiegeln. Die Patentverletzung kann zugleich unlauteres Geschäftsverhalten sein, ebenso der Bruch eines allgemeinverbindlichen Tarifvertrages. Die Werkmietwohnung ist zuerst dem Mietrecht zuzuordnen, aber auch dem Arbeitsrecht.

1. Streitgegenstandsanknüpfung

Zuständigkeitskonflikte löst vor allem die **Vorfragenkompetenz** nach § 17 Abs. 2 Satz 1 GVG aus: Das angerufene Gericht beurteilt den gesamten Sachverhalt unter allen in Betracht kommenden, auch rechtswegfremden Aspekten. Es soll im Werkmietwohnungsfall nicht der mietrechtliche Teilstreit vom arbeitsrechtlichen getrennt werden. Der Zivilrichter, der über Schadensersatz entscheidet, muß bei dessen Bemessung womöglich umsatz- und einkommenssteuerrechtliche Aspekte beurteilen. Das Arbeitsgericht berücksichtigt für die Sozialauswahl familienrechtliche Unterhaltspflichten. Das ist uns so selbstverständlich, daß wir dieses Prinzip nur von seinen Grenzen und Durchbrechungen her wahrnehmen:

Zuständigkeiten sind typischerweise und weit überwiegend an der rechtlichen Qualifikation des Streitgegenstandes ausgerichtet. Dann kann ein Zuständigkeitskonflikt nur eintreten, wenn **derselbe Streitgegenstand** unterschiedlichen Gerichten zugewiesen ist. Nach dem herrschenden zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriff kommt es also auf Lebenssachver-

* Vortrag, gehalten am 17.6.2014 vor der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe. Für vorbereitende Hilfe danke ich Herrn Notarassessor *Dr. Stephan Serr*.

halt und prozessualen Anspruch an – und auf dessen materiell-rechtliche Qualifizierung in der Zuständigkeitsnorm.

Konkurrenzen treten von vornherein nicht auf, wenn der Streitgegenstand teilbar ist und diese Teile unterschiedlichen Gerichten zugewiesen sind. Der **Streitgegenstand als prozessuale Klammer** begrenzt Zuständigkeitskonflikte von außen. Klassiker ist die Aufrechnung mit rechtswegfremder Forderung. Ob diese mitbeschrieben werden darf¹, hängt systemkonform allein davon ab, ob die Aufrechnung wegen ihrer Tilgungswirkung nur Vorfrage des eingeklagten Anspruchs ist oder ob eben doch der Streitgegenstand erweitert wird, wofür § 302 ZPO streitet. Getrennte Zuständigkeiten schließen die gewillkürte Klagehäufung nach § 260 ZPO (§ 44 VwGO, § 56 SGG, und § 43 FGO sowie ggf. i.V.m. § 46 Abs. 2 Satz 1 ArbGG) aus und verhindern Zuständigkeitsmanipulationen.

Ermöglicht hingegen werden Zuständigkeitsmanipulationen durch **Zusammenhangszuständigkeiten**: Sie eröffnen dem Kläger eben die Möglichkeit, rechtswegfremde Ansprüche in der Klagehäufung geltend zu machen. Verhältnismäßig schwach ausgeprägt ist § 2 Abs. 3 ArbGG, der – wie andere arbeitsgerichtliche Zuständigkeiten² – vor der fremden ausschließlichen Zuständigkeit zurücktritt. Dem Arbeitsgericht ist es verwehrt, auch nur irgendeinen mietrechtlichen Aspekt eines Werkmietwohnungsverhältnisses zu beurteilen. Deutlich schärfer wirkt § 88 GWB, der die Zusammenhangszuständigkeit zur Überwindung einer fremden ausschließlichen Zuständigkeit zuläßt. Das gilt auch rechtswegübergreifend³ soweit es sich nur um bürgerliche Rechtsstreitigkeiten handelt.

Personale Relativität, also eine Mehrheit von Berechtigten oder Verpflichteten führt grundsätzlich zur Streitgegenstandsscheidung und damit am Kompetenzkonflikt vorbei. Unzureichend erschlossen ist die Frage, inwieweit rechtswegübersteigende notwendige Streitgenossenschaften

1 Dafür: Germelmann/Matthes/Prütting, ArbGG, 8. Aufl. (2013), Einl. Rn. 57; Gräber/Koch, FGO, 7. Aufl. (2010), Anh. zu § 33 Rn. 14; Kopp/Schenke, VwGO, 20. Aufl. (2014), § 40 Rn. 45; Musielak/Stadler, ZPO, 11. Aufl. (2014), § 145 Rn. 31 f. jeweils m.w.N.; dagegen: BVerwG 7.10.1998 – 3 B 68–97 – NJW 1999, 160, 161; BAG 23.8.2001 – 5 AZB 3/01 – NZA 2001, 1158, 1159; BFH 9.4.2002 – VII B 73/01 – NJW 2002, 3126, 3127; Sodanl/Ziekow, VwGO, 3. Aufl. (2010), § 40 Rn. 278.

2 § 2 Abs. 1 Nr. 4 lit. a und b und Nr. 6 ArbGG.

3 A.A. Immenga/Mestmäcker/Karsten Schmidt, Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. (2007), § 88 GWB Rn. 2.

anzuerkennen sind, die damit ebenso notwendig einen Zuständigkeitskonflikt programmieren.

Welche Verwirrungen im Dreieck durch unzureichende personale Trennung auftreten können, zeigt eine aktuelle Entscheidung des BSG aus dem März 2014 zum sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis zwischen Sozialhilfeträger, Bedürftigem und Heim. Die Vergütungspflicht aus dem Heimvertrag zwischen Bewohner und Heim ist bürgerlich-rechtlich. Daß das Heim in eine sozialrechtlich Sachleistungsverschaffung eingeschaltet wird und Direktzahlungen vom Sozialhilfeträger erhält, führt nicht dazu, daß der Leistungsvollzug, insbesondere die Rückzahlung der Heimvergütung vor Sozialgerichten auszufeuchten ist. Denn die sozialrechtliche Sachleistung wird zivilrechtlich vollzogen, durch einfachen kumulativen Schuldbeitritt. Und damit bleibt es bei der Zuständigkeit der Zivilgerichte – wie das BSG gegenüber dem LSG Berlin-Brandenburg festhalten mußte⁴.

2. Drei Durchbrechungen

a) Vorfragenbezogene Aussetzungspflicht

Von innen wird das Prinzip durch die gar nicht so seltenen Aussetzungspflichten durchbrochen: die nämlich einem anderen Gericht die verbindliche Entscheidung über eine materiellrechtlich zu qualifizierende Vorfrage ermöglichen. Muster war die bis 1998 geltende kartellrechtliche Aussetzungspflicht des § 96 Abs. 2 GWB aF, die jedes Gericht zur Aussetzung zwang, wenn es über eine kartellrechtliche Vorfrage hätte entscheiden müssen.⁵ Aktuelles Beispiel ist § 97 ArbGG, der jedes staatliche Gericht zwingt, sein Verfahren auszusetzen, wenn die Entscheidung von der Tariffähigkeit oder Tarifzuständigkeit einer Vereinigung abhängt – typischerweise also dann, wenn es um die Anwendung eines hiervon abhängenden Tarifvertrags geht. Richtigerweise gilt das sogar für Strafgerichte, die – etwa in Verfahren wegen Sozialversicherungsbeitragsvorenthaltung nach § 266a StGB – Tarifverträge anwenden müssen.⁶ Die sozialrechtliche Aussetzungspflicht des § 108 Abs. 2 SGB VII zwingt Zivil- oder Arbeits-

4 BSG 18.3.2014 – B 8 SF 2/13 R – juris, demnächst in BSGE.

5 Dazu K. Schmidt, EG-Kartellrecht vor Zivilgerichten- Zum neuen § 97 GWB, NJW 1990, 2109, 2112 ff.

6 Dazu Löwisch/Rieble, TVG, 3. Auflage (2012) § 2 Rn. 527 mit Blick auf RG 25.9.1914 – V 454/14 – RGSt 48, 419.

gerichte, die über Ersatzansprüche aus einem möglichen Arbeitsunfall zu entscheiden haben, auszusetzen und eine unanfechtbare Entscheidung der Sozialversicherungsträger oder der Sozialgerichte über den Versicherungsfall abzuwarten.

Die familienrechtliche Aussetzungspflicht des § 221 Abs. 2 FamFG verbietet es dem Familiengericht in einer Versorgungsausgleichssache eine Anwartschaft zwischen den Ehegatten zu verteilen, die ihrerseits in Bestand oder Umfang streitig und rechtshängig ist. Das anhängige sozialgerichtliche oder arbeitsgerichtliche Verfahren klärt vorrangig, welche (unverfallbaren) Anwartschaften bei den Versorgungsträgern bestehen. Rechtlich wird die Vorfrage zum eigenständigen Streit mit eigenem Streit- oder Verfahrensgegenstand verselbständigt, der deshalb eine gesonderte Zuständigkeit erlaubt und zu eigenständig rechtskraftfähiger Entscheidung führt. Hiervon abzugrenzen sind Zwischenrechtsstreitigkeiten, die dem Streitgegenstands-Gericht die Vorfragenkompetenz nehmen, aber die Anrufung des einschlägigen Gerichts diesem Gericht überantworten und so einen bloßen Zwischenrechtsstreit auslösen. Hauptfall ist die Vorlage an BVerfG und EuGH.

b) Sperrvorrang kraft Tatbestandswirkung

Eine ähnliche Wirkung erzielt der materiell-rechtliche Sperrvorrang kraft Tatbestandswirkung: Die rechtswegfremde Frage darf nicht entschieden werden, solange nicht das zuständige Gericht eine entsprechende Statusentscheidung mit materiellrechtlicher Fernwirkung getroffen hat. Hauptfall ist das Mitbestimmungsverfahren des § 98 AktG: Hier verhindert das BAG, daß Arbeitsgerichte im Rahmen ihrer begrenzten, auf Wahlverfahrens- und Mandatsfragen ausgerichteten Mitbestimmungszuständigkeit (§ 2a Abs. 1 Nr. 3 ArbGG) über die Vorfrage entscheiden, ob das Unternehmen überhaupt mitbestimmt ist – weil eben diese Frage den ordentlichen Gerichten vorbehalten ist. Diese nicht explizit normierte Sperrwirkung leitet das BAG aus der Perpetuierungswirkung des § 96 Abs. 2 AktG ab. Sie schaffe eine Tatbestandsvoraussetzung für die Wahl, weswegen diese andernfalls nichtig ist⁷. Diese Ausnahme ist ganz eng zu

⁷ BAG 16.4.2008 – 7 ABR 6/07 – NZA 2008, 1025; vgl. auch BAG 14.12.2010 – 1 ABR 93/09 – NZA 2011, 473.

verstehen. Im übrigen darf das Arbeitsgericht gesellschaftsrechtliche Vorfragen (wie eine Konzernzurechnung) selbst beantworten⁸.

c) Sonderzuständigkeit durch »Vorfrageninfektion«

Überboten wird die Vorfragenaussetzung durch die »Vorfrageninfektion«, daß nämlich die rechtliche Qualifikation nicht des Streitgegenstandes, sondern schon einer entscheidungserheblichen Vorfrage den Rechtsweg bestimmt: Hauptfall ist das Kartellrecht: An die Stelle der früheren Aussetzungspflicht ist seit 1998 die umfassende ausschließliche Zuständigkeit der Kartell-Landgerichte nach § 87 Satz 2 GWB getreten⁹. Nicht die materiellrechtliche Qualifikation des Streitgegenstandes begründet deren Zuständigkeit, sondern schon die Vorgreiflichkeit einer kartellrechtlichen Vorfrage. Ähnlich schafft § 102 Abs. 1 Satz 2 EnWG eine energiewirtschaftsrechtliche Vorfragenkompetenz für die Landgerichte als Energiewirtschaftsgerichte¹⁰. Dabei läßt sich trefflich über die konkrete Reichweite streiten. Beide Zuständigkeiten begründen notwendig und sichern den Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten¹¹ – anders etwa als § 13 Abs. 1 UWG, der nach hM nur die sachliche Zuständigkeit regelt¹².

II. Statische Rechtswegeabgrenzung mit wechselseitiger Achtung der Kernkompetenz (Hausgut)

Fünf Gerichtsbarkeiten stehen in Deutschland nebeneinander. Zwischenzeitliche Zusammenlegungsideen sind vorerst auf Eis gelegt, werden aber mit Sparkommissar und Bevölkerungsschwund wiederkehren. Die Zuständigkeitsabgrenzung ist traditionell statisch geordnet und getragen von der Einsicht, daß Erkenntnisenergie des Rechtsstaates in Zuständigkeitsabgrenzungen, also Revierfragen nicht sinnvoll investiert ist.

8 MünchKommAktG/Habersack, 4. Aufl. (2014), § 98 Rn. 11.

9 Dazu BGH 9.5.2000 – KZR 1/99 – WRP 2000, 757.

10 Dazu Salje, Rechtsweg bei Streitigkeiten aus Energielieferung, NJW 2010, 2762.

11 Für das Kartellrecht: BGH 15.12.1960 – KZR 2/60 – NJW 1961, 405, 406 ff.; Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Dicks, Kartellrecht, 2. Aufl. (2009), § 87 GWB Rn. 1; Bechtold, GWB, 7. Aufl. (2013), § 87 Rn. 8.

12 MünchKommUWG/Ehrlicke, 2. Aufl. (2014), § 13 Rn. 4; Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Retzer, UWG, 3. Aufl. (2013), § 13 Rn. 2; Fezer/Büscher, UWG, 2. Aufl. (2010), § 13 Rn. 5; Ahrens/Bornkamm, Der Wettbewerbsprozess, 7. Aufl. (2013), Kap. 15 Rn. 11.

Dementsprechend achten die Gerichtsbarkeiten die Zuständigkeiten der anderen und damit auch deren Primärverständnis vom materiellen Recht. Und sie vermeiden so weithin die Zuständigkeit des Gemeinsamen Senats der Obersten Gerichtshöfe des Bundes.

Solche Revierabgrenzung findet auf zwei Wegen statt: Normalfall ist die fachliche Übernahme der Erkenntnisse des fremden aber einschlägigen Bundesgerichts. So respektiert der BGH den Arbeitnehmerbegriff, so wie ihn das BAG versteht¹³ und so teilt der BGH (zivil- und strafrechtlich) die Abgrenzung des Werk- oder Dienstvertrages von der Arbeitnehmerüberlassung¹⁴. Wenn der BGH die Altersversorgung des öffentlichen Dienstes beurteilt, die zwar auf einem Tarifvertrag fußt, aber mit der Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder eben nicht durch eine gemeinsame Einrichtung der Tarifparteien vollzogen wird (weswegen der BGH und nicht das BAG zuständig ist), dann respektiert er die tarifrechtliche Kompetenz des BAG.

Umgekehrt folgt das BAG in Fragen der Konzernzurechnung in den Mitbestimmungsgesetzen, aber auch für den Konzernbetriebsrat dem BGH, der für die Handhabung des Konzernratbestandes in § 18 AktG besser legitimiert ist. Ebenso ist das BAG den mehrfachen Richtungswechseln des BGH bei der Konzernhaftung bis hin zu Trihotel¹⁵ gefolgt – etwa wenn es um die Frage geht, ob eine betriebliche Altersversorgung der armen Tochter mit Blick auf die reiche Muttergesellschaft anzupassen sei.

Gegenbeispiel sind freirechtliche Abschottungen. So haben die Arbeitsgerichte ein durchaus eigenes Verständnis von der ZPO und lassen sich dabei von Judikaten des BGH nicht irritieren. Das ist möglich, weil die Generalverweisungsklausel des § 46 ArbGG die ZPO ja nur »entsprechend« gelten läßt. Klassiker ist die Außenseiterposition des BAG zur verfahrensbeendenden Wirkung des nachträglich unwirksamen Prozeßvergleichs (insbesondere durch Rücktritt und Aufhebungsvertrag) gegen BGH, BVerwG und BSG. Wirklich erstaunlich ist allein, daß das BAG Besonderheiten des arbeitsgerichtlichen Verfahrens geltend macht, um nicht dem GemSOGB vorlegen zu müssen, so als ob Beschleunigungsma-

13 BGH 27.10.2009 – VIII ZB 45/08 – juris Rn. 11 ff.

14 BGH 21.1.2003 – X ZR 261/01 – NZA 2003, 616 m.w.N.; BGH 12.2.2003 – 5 StR 165/02 – NJW 2003, 1821, 1821.

15 BGH 16.7.2007 – II ZR 3/04 – BGHZ 173, 246.

xime etc die dogmatische Frage beeinflussen könnten.¹⁶ Zur Illustration dieses Sondergefühls: Ein Anwalt berichtete (mir) von einer Verhandlung in Erfurt, in der er ein prozessuales Hindernis geltend machte. Der Senatsvorsitzende fand das engstirnig und meinte: Prozeßrecht sei doch nur dienendes Recht. Der Anwalt konterte: Aber doch geltendes.

Ähnliches gilt für das BGB, das das BAG in der Tradition des RAG immer schon freirechtlich und sozialpolitisch interpretiert ohne sich durch formale Judikate früher des Reichsgerichts und heute des BGH hindern zu lassen. Beispiel ist die Gesamtzusage¹⁷, mit der der Arbeitgeber ganz ohne Annahmeerklärung der einzelnen Arbeitnehmer einen quasi-kollektiven, aber eben doch individualvertragsrechtlichen Verpflichtungsbestand schuf. Dazu gibt es Beispiele zuhauf und einen arbeitsrechtlichen Richtungstreit: Bei dem die sozialpolitische Linie, repräsentiert durch *Gamillscheg* meint, Zivilrecht könne nur gelten, wenn es seine sozialpolitische Tauglichkeit unter Beweis stelle und die zivilistische Gegenmeinung, repräsentiert durch *Zöllner* am privatrechtlichen Prinzipiendenken festhält.¹⁸ Diese Neigung zur sozialpolitischen Intervention hat eine interessante wissenschaftliche Fernwirkung: Manche großen Zivilrechtswissenschaftler haben in ihrer akademischen Adoleszenz arbeitsrechtliche Fragen diskutiert – sich dann aber später aus dem Arbeitsrecht zurückgezogen, weil solche Sozialpolitik jedenfalls mit zivilrechtlicher Traditionsdogmatik nicht vereinbar ist. Ein Beispiel ist *Canaris*. Umgekehrt bedeutet der Verzicht auf dogmatische Selbstbindung einen Zuwachs an Richterrechtsmacht.

III. Zuständigkeitskämpfe

Statische Zuständigkeitsabgrenzung schafft einerseits Ruhe, andererseits aber auch Unzufriedenheit, wenn die zuständigen Gerichte nicht so entscheiden, wie sie politisch sollen. Normalerweise korrigiert der Gesetz-

16 BAG 5.8.1982 – 2 AZR 199/80 – NJW 1983, 2212.

17 Dazu *Kolbe*, Gesamtzusagen in der Rechtsgeschäftslehre, ZfA 2011, 95 m.w.N.

18 *Zöllner*, Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht, AcP 196 (1996), 1; *ders.*, Privatautonomie und Arbeitsverhältnis, AcP 176 (1976), 221, 223; *Gamillscheg*, Zivilrechtliche Denkformen und die Entwicklung des Individualarbeitsrechts, AcP 176 (1976), 197, 220; *ders.*, Gedanken zur Rechtsfindung im Arbeitsrecht, in: FS Schmitz (1967), S. 68, 71; *ders.*, Mutterschutz und Sozialstaat, in: FS Molitor (1962), S. 57, 78 f.

oder Normgeber mißliebige Judikate durch Rechtsänderungen, die idR aufwendig sind. Sonderfall sind die übergriffigen Nichtanwendungserlasse des Bundesfinanzministeriums, von denen der BFH ein Lied singen kann.

In zwei bedeutsamen Fällen hat die Politik in die Rechtswegezuständigkeit eingegriffen, um ihre ordnungs- oder sozialpolitischen Vorstellungen durchzusetzen – und auf diese Weise den grundsätzlichen Zuständigkeitsfrieden in Frage gestellt. In einem weiteren Fall haben Bundesgerichte selbst einen Zuständigkeitskampf ausgetragen.

1. Notorisch: Krankenkassenwettbewerb vor ordentlichen oder Sozialgerichten

Leitfall und Leidfall ist der wechselvolle Umgang mit der Zuständigkeit für den Wettbewerb zwischen Krankenkassen. Er ist wegen des Hin und Her der politischen Intervention anschaulich: Seit 1996 stehen die gesetzlichen Krankenkassen miteinander im **Wettbewerb um Versicherte** – indem der Sozialgesetzgeber diesen ein Wahlrecht (§ 173 SGB V) eingeräumt hat. Hinzugekommen ist der Nachfragewettbewerb der Kassen gegenüber Leistungserbringern, der zusätzliche kartell- und vergaberechtliche Fragen aufwirft.¹⁹ Dabei geht es insbesondere um Rabattforderungen der Kassen nach § 130a SGB V. Geprägt wird die Diskussion durch die Vorgabe des EuGH²⁰, wonach Krankenkassen keine Unternehmen im Sinne des Wettbewerbsrechts seien²¹.

19 Dazu *Neumann*, Kartellrechtliche Sanktionierung von Wettbewerbsbeschränkungen im Gesundheitswesen (2000); *Sodan/Adam*, Zur Geltung des Kartellrechts im Rahmen der Leistungserbringung für die gesetzliche Krankenversicherung, NZS 2006, 113; *Keßler*, Die gesetzliche Krankenversicherung als Ausnahmereich im deutschen und europäischen Wettbewerbsrecht im Lichte der neueren Rechtsprechung, WRP 2006, 1283; *Gaßner/Eggert*, Wettbewerb in der GKV – Kartellrecht versus Sozialrecht, NZS 2011, 240; *Säcker*, Gesetzliche Krankenkassen als Unternehmen iS des Wettbewerbsrechts, SGB 2012, 61.

20 EuGH 16.3.2004 – C-264/01, C-306/01, C-354/01 und C-355/01 »AOK Bundesverband u.a.« – Slg. 2004, I-2493.

21 GemSOGB 10.7.1989 – GmS-OGB 1/88 »AOK-Mitgliederwerbung« – BGHZ 108, 284.

a) UWG

Auch nach einer Entscheidung des Gemeinsamen Senats der Obersten Gerichtshöfe des Bundes aus 1989 waren Kassen keine Unternehmen (im Sinne des damaligen UWG), weswegen unlauteres Wettbewerbsverhalten sozialrechtlich geordnet und Sozialgerichte zuständig waren²². Die 8. GWB-Novelle schrieb Mitte 2013 die UWG-Anwendung in § 4 Abs. 2 Satz 4 SGB V fest, allerdings nur in Bezug auf »unzulässige Werbemaßnahmen« und mit nur »entsprechender« Anwendung von § 12 Abs. 1 bis 3 UWG. Das schuf einen sozialrechtlichen Unterlassungsanspruch, der vor Sozialgerichten durchzusetzen ist.

Dieses Konzept hatte mit Blick auf die vollharmonisierende UGP-Richtlinie keinen Bestand. Der BGH hatte nicht locker gelassen und mit dem Vorabentscheidungsersuchen »Betriebskrankenkasse« den EuGH gefragt, ob die Richtlinie dazu zwingt, Krankenkassen im Mitgliederwettbewerb als Gewerbetreibende anzusehen. Das bejaht der EuGH²³ im Interesse effektiven Verbraucherschutzes. Damit ist der Kompromiß der GWB-Novelle obsolet: Insbesondere der Ausschluß von Schadensersatzansprüchen und Verbandsklage ist mit der Richtlinie nicht zu vereinbaren.²⁴

Das europäische Recht gibt keinen Rechtsweg vor – doch prägt der EuGH eine verbraucherschützende Wettbewerbsicht, die das sozialrechtliche Denkmodell auch deutschrechtlich in Frage stellt. Zudem läßt die sozialrechtliche Lösung unberücksichtigt, daß es auch einen Wettbewerb zwischen Krankenkassen und privaten Versicherungen um die freiwillig Versicherten des § 9 SGB V gibt. Dieses privatrechtliche Wettbewerbsverhältnis ist dem UWG und den ordentlichen Gerichten zugeordnet²⁵. Ein und dieselbe Mitgliederwerbeaktion führt derzeit also zu den ordent-

22 GemSOGB 10.7.1989 – GmS-OGB 1/88 »AOK-Mitgliederwerbung« – BGHZ 108, 284; weiter BGH 15.1.1998 – I ZB 20/97 – NJW 1998, 2743; 23.2.2006 – I ZR 164/03 – NZS 2006, 647; BSG 31.3.1998 – B 1 KR 9/95 – NZS 1999, 27.

23 EuGH 3.10.2013 – C-59/12 »BKK Mobil Oil« – NJW 2014, 288; Vorlagebeschluß BGH 18.1.2012 – I ZR 170/10 – WRP 2012, 309, dazu *Ebert-Weidenfeller/Gromotke*, Krankenkassen als Normadressaten des Lauterkeits- und Kartellrechts, EuZW 2013, 937; *Becker/Schweitzer*, Schutz der Versicherten vor unlauterem Kassenwettbewerb, NJW 2014, 269; *Forst*, Die Krankenkassen als Unternehmen im Wirtschaftsrecht der Europäischen Union, ZESAR 2014, 163.

24 Sehr klar *Becker/Schweitzer*, NJW 2014, 272.

25 BGH Großer Senat für Zivilsachen 22.3.1976 – GSZ 1/75 »Studentenversicherung« – BGHZ 66, 229.

lichen Gerichten, wenn sich freie Krankenversicherungen beschweren und zum Sozialgericht, wenn andere Kassen sich beeinträchtigt fühlen. Im ersten Fall ist die UWG-Verbandsklage zulässig – im zweiten nach der derzeitigen Gesetzesfassung nicht. Erstaunlich, daß der zur Wahrung der Rechtseinheit berufene Gemeinsame Senat der Obersten Gerichtshöfe diese Spaltung nicht bemerkt hatte. Jedenfalls zeigt die erfolgreiche Vorlage, wie im »Kampf um die Rechtswegezuständigkeit« über die Bande des EuGH gespielt werden kann.

b) Vergaberecht des GWB

Wenn Krankenkassen nach § 130a SGB V den Abschluß von Arzneimitteln-Rahmenrabattverträgen europaweit ausschreiben, ist ihr Verhalten notwendig vergaberechtlich zu kontrollieren. Das geschieht zuerst durch die Vergabekammern des Bundeskartellamts. Nach der allgemeinen Regel des § 116 GWB sind für die gerichtliche Kontrolle der Vergabekammerentscheidungen die Vergabesenate der Oberlandesgerichte ausschließlich zuständig. Indes hatte der Gesetzgeber in einer Altfassung von § 130a SGB V in Abs. 9 den »Rechtsweg vor den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit« vorgesehen. Das BSG hatte diesen Widerspruch zugunsten der Sozialgerichte aufgelöst, weil § 130a SGB die jüngere und speziellere Vorschrift war und weil es der sozialgerichtlichen Zuständigkeit für bestimmte privatrechtliche Streitigkeiten in § 51 Abs. 2 SGG eine »Systementscheidung« entnahm.²⁶ Das BSG wollte eine »Rechtswegaufspaltung« verhindern, also daß Streitigkeiten über das Zustandekommen von Rabattverträgen den Zivilgerichten und sonstige Rabattvertrags-Angelegenheiten der Sozialgerichtsbarkeit zugewiesen sind. Dafür hat es die Beeinträchtigung der Rechtseinheit in Kauf genommen.

Das ist Geschichte, weil der Gesetzgeber unmittelbar gegengesteuert und jene Zuständigkeitsnorm zum Dezember 2008 gestrichen hat²⁷. Dementsprechend entscheidet heute das OLG Düsseldorf solche Vergabestreitigkeiten²⁸.

26 BSG 22.4.2008 – B1 SF 1/08 R – NZS 2009, 38.

27 Gesetz zur Weiterentwicklung der Organisationsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-OrgWG) vom 15.12.2008, BGBl I 2426.

28 Etwa OLG Düsseldorf 29.1.2014 – VII-Verg 28/13 »ILO-Kernarbeitsnormen« – NZBau 2014, 314; OLG Düsseldorf 11.1.2012 – VII-Verg 57/11 »Open-House-Rabattvertrag« – NZBau 2012, 315.

c) Kartellverwaltungsrechtliche Streitigkeiten

Der erstaunlichste Zug betraf **kartellverwaltungsrechtlichen Streitigkeiten**. Sie sind nach § 63 Abs. 4 GWB den ordentlichen Gerichten ausschließlich zugewiesen. Ob das auch dann gilt, wenn das Kartellamt eine Krankenkasse maßregelt – das war die Frage.

Materiellrechtlich ordnet § 69 SGB V die »entsprechende« Geltung namentlich genannter GWB-Vorschriften auf die »Rechtsbeziehungen der Krankenkassen und ihrer Verbände zu Ärzten, Zahnärzten, Psychotherapeuten, Apotheken sowie sonstigen Leistungserbringern und ihren Verbänden« an. Krankenkassen als Nachfrager von Leistungen dürfen also ihr Wettbewerbsverhalten nur nach Maßgabe des GWB koordinieren.

Dahinter steht die Frage, ob dieser Wettbewerb der freiheitliche Wettbewerb autonomer Marktsubjekte im Interesse gerade auch der Verbraucher ist, wie ihn das GWB konstituiert – oder ob es sich um einen staatlich veranstalteten Wettbewerb handelt, der ein Teilelement zur sozialpolitischen Steuerung der Gesundheitsversorgung ist – also funktional vergleichbar dem »sozialistischen Wettbewerb« in der DDR.²⁹

Wer entscheidet diese Frage? Kartellgerichte oder Sozialgerichte? Hier hat sich ein erstaunlicher Zuständigkeitskrieg ereignet, der mit der 8. GWB-Novelle 2013 einen nur vorläufigen Schlußpunkt gefunden hat.

– In einer bahnbrechenden und kühnen Entscheidung vom 28.9.2010 hatte das BSG die Sozialgerichte für zuständig erachtet³⁰. Das Kartellamt hatte die Absprache von Zusatzbeiträgen gegenüber Versicherten moniert. Die betroffene Kasse hatte das Sozialgericht angerufen. Der damalige § 63 GWB aF verfügte eine ausschließliche Zuständigkeit der Kartellgerichte. Das BSG hat diese durch die (fragwürdige) Rechtserfindung einer ebenso ausschließlichen öffentlichrechtlichen Zuständigkeit nach § 51 Abs. 1 Nr. 2 SGG aF relativiert und konnte

29 Dazu luzide einerseits *Becker/Kingreen*, Der Krankenkassenwettbewerb zwischen Sozial- und Wettbewerbsrecht, NZS 2010, 417; andererseits *Thüsing/Sternberg*, Umfassende kartellrechtliche Kontrolle des Kassenwettbewerbs – Chance oder Risiko für den sozialen Auftrag der gesetzlichen Krankenversicherung? ZIP 2012, 1437.

30 BSG 28.9.2010 – B 1 SF 1/10 R – Breith 2011, 488 Rn. 20 ff.; zum Kompetenzkonflikt näher *Engelmann*, Sozialrechtsweg in Streitigkeiten zwischen Institutionen der gesetzlichen Krankenversicherung und Leistungserbringern bei wettbewerbs- und kartellrechtlichem Bezug, NZS 2000, 213; *Möschel*, Gesetzliche Krankenversicherung und das Kartellrecht, JZ 2007, 601. *Becker/Kingreen*, Der Krankenkassenwettbewerb zwischen Sozial- und Wettbewerbsrecht, NZS 2010, 417.

dann nach der Spezialität fragen. Für die Antwort hat das Gericht auf den materiellrechtlichen Abwehrensanspruch der Krankenkassen gegen kartellbehördliche Maßnahmen zugegriffen, der **im Kern sozialrechtlicher Natur** sei, Ausfluß des sozialrechtlichen Selbstverwaltungsrechts.

- Die schwarz-gelbe Bundestagsmehrheit steuerte dagegen: Drei Monate später änderte er die Zuständigkeitsvorschriften und betonte im damaligen § 51 Abs. 3 SGG den Vorrang der Kartellgerichte.³¹ In einer Überreaktion hat der Gesetzgeber sogar in laufende Verfahren mit § 207 SGG den **Zuständigkeitswechsel von den Sozialgerichten zu den ordentlichen Gerichten** verfügt und so die *perpetuatio fori* durchbrochen.
- Auch das ist zum Teil Geschichte. Zwar hat der Gesetzgeber den grundsätzlichen Vorrang der Kartellgerichte in § 51 Abs. 3 SGG belassen. Doch hat der Bundesrat die 8. GWB-Novelle zum Schutz der Kassen vor ordentlicher Gerichtsbarkeit blockiert.³² Der in letzter Sekunde erzielte »Kompromiß« entzieht das Wettbewerbsverhalten gegenüber Versicherten der Kartellkontrolle. Zusatzbeiträge dürfen Kassen also absprechen. Der Nachfragewettbewerb gegenüber Leistungserbringern bleibt zwar der Kartellkontrolle und den ordentlichen Gerichten zugeordnet. Indes wird diese Kartellkontrolle dadurch entwertet, daß die Zusammenschlußkontrolle der Kassen im neuen § 172a SGB V materiellrechtlich gelockert und das Kartellamt entscheidend geschwächt wird: Seine Untersagungsverfügung darf nur im Benehmen mit der versicherungsrechtlichen Aufsicht nach §§ 87, 90 SGB IV erfolgen. Damit ist eine sozialrechtliche Materialisierung verbunden, die zur Zuständigkeit der Sozialgerichte führt. Diese ist nicht in den Rechtswegvorschriften festgehalten, sondern in der sachlichen Zuständigkeit des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen nach § 29 Abs. 3 Nr. 4 SGG und in einer Modifikation der Verfahrensvorschriften zur Zusammenschlußkontrolle in § 202 Satz 3 SGG.

31 Gesetz zur Neuordnung des Arzneimittelmarktes in der gesetzlichen Krankenversicherung vom 22.12.2010, BGBl. I 2010, S. 2262. Dazu: *Kingreen*, Zur Bindung der Krankenkassen an das Kartellrecht, *SozSich* 2010, 391; *Ebsen*, Zentrale Reformelemente des AMNOG, *GuP* 2011, 41, 45 f.; *Hoffmann*, Die gesetzlichen Krankenkassen im Anwendungsbereich des deutschen Kartellrechts, *WuW* 2011, 473; *Säcker/Kaeding*, Die wettbewerbsrechtliche Kontrolle von Vereinbarungen zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern nach Maßgabe des § 69 Abs. 2 SGB V n.F., *MedR* 2012, 15.

32 Zum Gesetzgebungsverfahren *Burholt*, Gesundheitskartellrecht in der 8. GWB-Novelle, *WuW* 2013, 1164.

Zusammenfassend läßt sich sagen: Im Kampf um die Zuständigkeit im Wettbewerbsverhalten von Krankenkassen steht es nach Punkten für den BGH. Auf der Strecke geblieben ist die dogmatisch konzeptionelle Ordnung des Kassenwettbewerbs – beschädigt ist also die Rechtsordnung. Und weil es keine konzeptuelle Befriedung gibt, wird der Kompromiß nur solange halten, wie die innerdeutsche Ermüdung in diesem Streit.

2. Kontrolle der Allgemeinverbindlicherklärung

a) Verwaltungsgerichtliche Quasi-Normenkontrolle

Die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen nach § 5 TVG und der Sonderform des AEntG ist ein staatlicher Rechtsetzungsakt, für den das Recht bislang keine effektives Normenkontrollverfahren bereit hielt, sondern auf die Inzidentkontrolle vor allem der Arbeitsgerichte setzte.³³ Weil aber die Allgemeinverbindlicherklärung unmittelbar selbst Rechte verletzen kann, hat das Bundesverwaltungsgericht in zwei Entscheidungen vom 28.1.2010 eine Quasi-Normenkontrolle »erfunden«.³⁴ Ohne prozessuale Grundlage kann zwar nicht die Norm zum Gegenstand einer Feststellungsklage gemacht werden, weil es am Rechtsverhältnis fehlt, womöglich aber die durch sie bewirkte Rechtsverletzung. Die Konstruktion ist fragil und vielfach angreifbar.

Indes hat das Bundesverwaltungsgericht so das **BVerfG geschont** – auf dessen Aufforderung. Eine Kammer des BVerfG hatte einen der Kläger, einen konkurrierenden Arbeitgeberverband, mit seiner Verfassungsbeschwerde »abblitzen« lassen – weil die Feststellungsklage gegen die Rechtsverordnung der gebotene vorrangige fachgerichtliche Rechtsschutz sei.³⁵ Zuvor schon hatte das BVerfG allgemein zur eigenen Entlastung verfügt, daß **gegen untergesetzliche Rechtsverordnungen die verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage möglich** ist – mit dem Ziel die Rechtsverletzung durch die Verordnung feststellen zu lassen³⁶. Dem BVerwG kann man die dogmatischen Brüche jener Quasi-Normenkontrollklage extra legem nicht vorwerfen. Das brüchige Verständnis von der

33 Eingehend *Latzell/Serr*, Rechtsschutz gegen Mindestlöhne, ZfA 2011, 391.

34 BVerwG 28.1.2010 – 8 C 19/09 – NZA 2010, 718.

35 BVerfG [Kammer] 10.6.2009 – 1 BvR 1196/09 – juris.

36 BVerfG 17.1.2006 – 1 BvR 541/02, 1 BvR 542/02 – NVwZ 2006, 922 für die Kulturpflanzen-Ausgleichszahlungs-Verordnung, dazu *Schenke*, Rechtsschutz gegen normatives Unrecht, JZ 2006, 1004.

Gesetzes- und Systembindung geht vom BVerfG aus, das Art. 20 Abs. 3 GG recht eigensinnig anwendet.³⁷

Konkret hat das BVerwG die Rechtsverordnung über zwingende Arbeitsbedingungen für die Branche Briefdienstleistungen vom 28.12.2007 kassiert – und zwar auf Antrag von vier unmittelbar betroffenen Unternehmen und eines Arbeitgeberverbandes, wegen eines erheblichen Verfahrensfehlers.

Damit setzt sich das Gericht von der Inzident-Kontrollpraxis des BAG ab, das die Allgemeinverbindlicherklärung stets zu retten versucht und dazu extra legem eine Rechtmäßigkeitsvermutung für das Handeln des normsetzenden Ministeriums erfunden hat, die der Angreifer erschüttern muß³⁸ und sogar im Wege der Ersatzvornahme unzureichende Schätzungen des Ministeriums nachbessert³⁹ (und damit die Gewaltenteilung ignoriert). Die förmlich-neutrale Rechtsfindung der Verwaltungsgerichte⁴⁰ hat Tarifparteien und Sozialpolitiker erschreckt: weil so die Gefahr besteht, daß Allgemeinverbindlicherklärungen ernsthaft kontrolliert werden und Fehler des BMAS zu deren Nichtigkeit führen.

b) Tarifaufstärkungsgesetz

Die Reaktion hierauf ist im Tarifaufstärkungsgesetz⁴¹ enthalten, das derzeit im Gesetzgebungsverfahren steckt und wegen der Einzelheiten zum Mindestlohn verhandelt wird: Die Anforderungen an die Allgemeinverbindlicherklärung in § 5 TVG werden deutlich gesenkt und vor allem wird die sozialpolitisch zuverlässige Arbeitsgerichtsbarkeit mit

37 Dazu bereits *Rieble*, Richterliche Gesetzesbindung und BVerfG, NJW 2011, 819.

38 Dazu *Löwisch/Rieble*, TVG, 3. Auflage (2012) § 5 Rn. 258 ff.

39 BAG 24.1.1979 – 4 AZR 377/77 – AP Nr. 16 zu § 5 TVG; 11.6.1975 – 4 AZR 395/74 – AP Nr. 29 zu § 2 TVG.

40 Darauf weist hin *Krumm*, Verwaltungsrechtsschutz gegen materielle Rechtsnormen, DVBl 2011, 1008, 1015.

41 Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Tarifaufstärkung, BT-Drucks 18/1558 vom 28.5.2014 S. 52: „Damit wird sichergestellt, dass nur noch die aufgrund ihrer Befassung mit Fragen des Arbeits- und Tarifrechts besonders sachnahen Gerichte für Arbeitssachen über die Wirksamkeit einer Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrages nach dem Tarifvertragsgesetz bzw. einer Rechtsverordnung nach § 7 oder § 7a des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes oder § 3a des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes zu entscheiden haben.“ Bezeichnenderweise bleibt die Kontrolle der Mindestlohnverordnungen bei den Verwaltungsgerichten. Zuvor schon der SPD-Entschließungsantrag BT-Drucks 17/8459 vom 24.1.2012.

einer expliziten Normenkontrolle nach §§ 2a Abs. 1 Nr. 5, 98 ArbGG versehen. Dabei wird nicht bloß einfach eine Zuständigkeit der Arbeitsgerichtsbarkeit geschaffen – vielmehr sorgt das Gesetz für ein Normenkontrollmonopol: Indem alle anderen Gerichte, deren Entscheidung von der Vorfrage solcher Allgemeinverbindlichkeit abhängen, ihre Verfahren auszusetzen haben und indem die Entscheidung Rechtskraft erga omnes zeitigt. Das ist merkwürdig, weil Normenkontrolle und Inzidentprüfung der Normwirksamkeit sonst grundsätzlich nebeneinanderstehen. Vergleichbaren Schutz erfährt sonst nur der parlamentarische Gesetzgeber durch Art. 100 GG. Das Argument, für die Allgemeinverbindlicherklärung sei die Arbeitsgerichtsbarkeit besonders fachkundig, ist vorgeschoben: Es geht um allgemeine Verfahrensfragen im Normerlaß, die sich bei anderen Rechtsverordnungen ebenso stellen. Allenfalls für die Frage nach der Wirksamkeit des zugrundeliegenden Tarifvertrags könnte die Arbeitsgerichtsbarkeit mit besonderer Expertise aufwarten.

Der Fall belegt politische Intervention. Zuständig sollen jene Gerichte sein, die das Recht in eine bestimmte, sozialpolitisch erwünschte Richtung lenken. Die materiellrechtliche Lockerung der Voraussetzungen der Allgemeinverbindlicherklärung scheint der Bundesregierung offenbar nicht hinreichend sicher.

3. Insolvenzanfechtung

a) Zuständigkeit ...

Der dritte zu besprechende Fall ist der länglich bekannte Konflikt um die Zuständigkeit für die Insolvenzanfechtung, den das BAG gegen den BGH vor dem Gemeinsamen Senat der Obersten Gerichtshöfe des Bundes für sich entschieden hat.⁴²

Rechtlich hängt die Frage, ob die Rückforderung von Arbeitsvergütungen durch den Insolvenzverwalter kraft Insolvenzanfechtung vor den Zivil- oder den Arbeitsgerichten auszutragen ist, davon ab, ob es sich um einen eigenständigen »rein« bürgerlich-rechtlichen Anspruch handelt oder ob er seiner Rechtsnatur nach (wie andere Rückforderungen) mit

⁴² GemSOGB 27.9.2010 – GmS-OGB 1/09 – BGHZ 187, 105. Zustimmung immerhin von *Windel* Anm AP Nr. 14 zu § 2 ArbGG 1979 Zuständigkeitsprüfung; ebenso *Jacobs*, Der Rechtsweg bei der Insolvenzanfechtung gegenüber dem Arbeitnehmer, in: FS Kreuzt (2010) 145 ff.

dem Arbeitsverhältnis zusammenhängt, damit eine Rechtsstreitigkeit aus dem Arbeitsverhältnis (§ 2 Abs. 1 Nr. 3 lit. a ArbGG) betroffen ist und deshalb die ausschließliche Zuständigkeit der Arbeitsgerichte greift. Für den gemeinsamen Senat war ausschlaggebend die formale Erwägung, der Verwalter nehme mit der Rückforderung »Arbeitgeberfunktion« wahr. Die Frage, ob auch andere Gerichtsbarkeiten bei der Anfechtung mitmischen, etwa die Sozialgerichte, wenn es um Beitragsschulden geht oder Verwaltungs- und Finanzgerichte, weil der Verwalter dann funktional als Abgaben- und Beitragsschuldner handle, hat der Gemeinsame Senat nicht erwogen. Dogmatiker nennen das Inkonsistenz.

Intellektuell erstaunlich ist das sozialpolitische Argument, man wolle dem Arbeitnehmer prozessuale und Kostenvorteile der Arbeitsgerichtsbarkeit zuwenden. Dogmatisch folgt die Prozeßordnung mit ihren Vorteilen der Rechtswegezuständigkeit und nicht umgekehrt. Zudem fordert jenes Argument umfassende Zuständigkeitsverschiebungen. So werden die Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst mit ihrer Altersversorgung über die VBL der ordentlichen Gerichtsbarkeit ausgeliefert – und müssen sich gar beim BGH von einem dort zugelassenen Rechtsanwalt vertreten lassen. Schließlich: Wenn es auf die prozessualen Besonderheiten ankommt: Warum hat der GemSOGB ignoriert, daß die bipolare Besetzung der Arbeitsgerichte mit Arbeitnehmer- und Arbeitgeber-Beisitzern der bipolaren Auseinandersetzung folgt – und deshalb für Verteilungskonflikte unter gleichberechtigten Gläubigern nicht taugt. Die strukturelle Bevorzugung der Arbeitnehmer liegt im beiderseitigen Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinteresse, weswegen diese Bevorzugungsrechtsprechung mit der Besetzung programmiert ist.

Daß die Anfechtung nur einen anstößigen Erfüllungsvorgang rückabwickelt, den zugrundeliegenden Entgeltanspruch des Arbeitnehmers unberührt läßt und bloß Gleichbehandlung aller Gläubiger herstellen will, hat der Große Senat unberücksichtigt gelassen. Wer die Gläubiger als insolvenzrechtliche »Gefahrgemeinschaft« sieht, für den hat die Rückführung solcher Erfüllungsleistungen keinen Bezug zum Grundgeschäft. Eben so sieht es der insolvenzrechtliche Rückgewähranspruch des § 143 InsO.

b) ... und die Bevorzugungsfolgen

In der Folge hat das BAG Arbeitnehmern das Privileg der weithin anfechtungsfesten Barleistung nach § 142 InsO zugesprochen, wenn die Lohnzahlung rückständiges Entgelt der letzten drei Monate betrifft.⁴³ Das überdehnt den Wortlaut der Norm, der Unmittelbarkeit zwischen Leistung und Gegenleistung verlangt und der sonst, in Dauerschuldverhältnissen mit Blick auf § 286 Abs. 3 BGB mit einer 30-Tages-Frist zwischen Leistung und Vergütung begrenzt wird⁴⁴.

Derjenige Arbeitnehmer, der ohne Entgelt über den typischen monatlichen Abrechnungszeitraum hinaus weiterarbeitet, geht bewußt ein Vorleistungsrisiko ein und entwertet damit seine synallagmatische Vergütungserwartung durch Kreditgewährung – die notwendig das Bargeschäft ausschließt. Diese Vorleistungsgefahr berücksichtigt das Arbeitsrecht an anderer Stelle durchaus: indem für bestimmte Arbeitszeitkonten eine Insolvenzsicherung vorgeschrieben ist.⁴⁵

Der nachträgliche Ausgleich solcher Entgeltrückstände ist gegenüber anderen Gläubigern rechtfertigungsbedürftige Bevorzugung. Die Argumente des BAG für ein sonderbares Sonderbargeschäft sind dogmatisch schwach, weil sie ein Sonderinsolvenzrecht für Arbeitnehmer schaffen – obschon das einzige Sachargument, daß der Unternehmer in der Krise Löhne idR nur aus Zahlungseingängen zahlen könne und Arbeitnehmer deshalb zur Vorleistung bereit seien, für andere »Lieferanten« ebenso gilt. »Besonders« ist bei Arbeitnehmern allenfalls die Angst um den Arbeitsplatz – doch geht es beim Bargeschäft nicht um Gläubigerängste, sondern um die Funktionsfähigkeit des Schuldnerunternehmens in der Krise. Bezeichnend ist überdies, daß Arbeitsgerichte niemals fragen, ob denn die Arbeitsleistung überhaupt erbracht worden ist oder ob leistungsloser Annahmeverzugslohn gezahlt worden ist. Gegen die Denkgesetze verstößt es, die Drei-Monats-Frist aus dem Insolvenzgeld zu importieren: Daß das Sozialrecht Arbeitnehmer in der Insolvenz für drei Monatslöhne besonders schützt, begründet keinen Sonderanfechtungsschutz gegenüber dem Verwalter.

43 BAG 6.10.2011 – 6 AZR 262/10 – NZA 2012, 330, 333; Übersicht bei *Lakies*, Aktuelle BAG-Rechtsprechung zum Insolvenzarbeitsrecht, DB 2014, 1138 ff.

44 BGH 13.4.2006 – IX ZR 158/05 – BGHZ 167, 190.

45 § 7d SGB IV, § 8a ATG.

Dementsprechend trifft das Urteil weithin auf Ablehnung.⁴⁶ Treffend ist der Hinweis, daß so letztlich Lohnzahlungen für bis zu sechs Monaten vor Insolvenzeröffnung geschützt werden und damit das von der Insolvenzordnung bewußt aufgegebene Masseprivileg des § 59 Abs. 1 Nr. 3 lit. a KO 1974 als Sonderanfechtungsschutz wiederkehrt⁴⁷. Das BAG hat bewußt und gezielt die Gleichbehandlung der Insolvenzgläubiger aufgegeben, hat den Arbeitnehmern ein Privileg auf Kosten der Masse und damit der übrigen Gläubiger verschafft. *Ganter* zeigt die irritierende Ungleichbehandlung gegenüber Dienstverträgen auf; *Kreft* zeigt, daß das BAG trotz erkannter Abweichung zur BGH-Rechtsprechung die Vorlage an den GemSOGB unterlassen hat und womöglich nicht der gesetzliche Richter war. Seine Hoffnung auf Karlsruhe-Schloßplatz teile ich nicht. Dort genießt das BAG Sonderschutz.

Das BAG seinerseits hält in neueren Judikaten an seiner Rechtsprechung fest, nimmt aber für die Anfechtungstatbestände Rücksicht auf die Rechtsprechung des BGH: Ist der Arbeitnehmer zugleich Gesellschafter, so sei die Lohnstundung als Gesellschafterdarlehen zu behandeln⁴⁸. Jede Druckausübung durch den Arbeitnehmer begründe die Inkongruenz der Erfüllung, insbesondere, wenn der Arbeitnehmer die Lohnzahlung mit der Drohung erzwingt, er werde Insolvenzantrag stellen⁴⁹ oder Zwangsvollstreckungsmaßnahmen ankündigt⁵⁰. Lohnzahlungen durch Dritte (Schwesterunternehmen) begründeten ebenfalls die Inkongruenz⁵¹.

Auf der anderen Seite hat das BAG die nächste sozialpolitische Intervention vorbereitet und obiter erwogen, daß nämlich das Existenzminimum dem Zugriff des Insolvenzverwalters entzogen werden müsse – durch verfassungsrechtliche Restriktion der Insolvenzanfechtung⁵². Das hieße: Hier findet eine Entlastung der Sozialleistungsträger auf Kosten der Gläubiger statt, die die Lücken des Insolvenzgeldes bezahlen sollen. Die

46 *Ganter*, Bargeschäfte (§ 142 InsO) von Dienstleistern, ZIP 2012, 2037; *Kreft*, Der Rechtsweg für Insolvenzanfechtungsklagen, ZIP 2013, 241; weiter *Huber*, Das anfechtungsrechtlich privilegierte, aber janusköpfige Bargeschäft nach § 142 InsO, ZInsO 2013, 1049.

47 *Jacobs/Doebert* Die Insolvenzanfechtung von Lohnzahlungen in der Rechtsprechung des BAG, ZInsO 2012, 618, 624.

48 BAG 27.3.2014 – 6 AZR 204/12 – ZIP 2014, 927, 929 f.

49 BAG 27.3.2014 – 6 AZR 989/12 – DB 2014, 1495, 1497.

50 BAG 27.2.2014 – 6 AZR 367/13 – NZA 2014, 681, 682.

51 BAG 21.11.2013 – 6 AZR 159/12 – NZA 2014, 255.

52 BAG 29.1.2014 – 6 AZR 345/12 – ZIP 2014, 628, 629.

an sich elementare Frage, ob das BAG nach Art. 100 GG vorlegt oder die InsO freihändig ändert, stellt sich im Kern nicht. Daneben darf man eine für Arbeitnehmer günstige überaus strenge Handhabung des Vorsatzkriteriums von den arbeitsrechtlichen Tatsacheninstanzen erwarten⁵³. Das BAG gewährt den Tatsacheninstanzen im Januar 2014 *carte blanche*: Auch wenn der Arbeitnehmer wußte, daß der Arbeitgeber zahlungsunfähig war, indiziere die Entgegennahme der Zahlung keine Kenntnis vom Benachteiligungsvorsatz des Schuldners.⁵⁴ Das BAG zitiert den BGH um Übereinstimmung zu suggerieren⁵⁵ – ein Blick in aktuelle BGH-Rechtsprechung zeigt den Dissens⁵⁶.

Daß das BAG ein Sonderanfechtungsrecht für Arbeitnehmer zu Lasten der übrigen Gläubiger schaffen werde, war mit dem Beschluß des GemSOGB erwartbar⁵⁷: Das BAG hat die Kompetenzzuweisung als sozialpolitische Ermächtigung für ein Sonderanfechtungsrecht verstanden, womit notwendig eine Zweiklassengesellschaft der Gläubiger geschaffen ist. Daß das Zentralorgan für Rechtseinheit diese Frage in den Entscheidungsgründen nicht einmal berührt, das darf man für erstaunlich halten. Sachgerecht könnte nun der BGH – weil das BAG Vorlagepflichten (auch an den eigenen Großen Senat) eher taktisch handhabt⁵⁸ – jede einzelne Insolvenzanfechtungsfrage dem GemSOGB vorlegen, um die vorlegungsfreie Abweichung durch das BAG aufzuzeigen.

c) the empire strikes back

Im Nachgang und Gegenzug hat der BGH sein Revier effektiv verteidigt:

- Erstens hat er Zahlungen Dritter auf die Lohnforderungen nach § 267 BGB als vom Arbeitsverhältnis gelöst betrachtet und damit den ordentlichen Gerichten zugeordnet⁵⁹ – auch wenn der Arbeitnehmer als Leistungsempfänger so die vom GemSOGB ersehnten sozialen Vorteile der Arbeitsgerichtsbarkeit einbüßt. Das wirft dann aber die Fol-

53 Darauf weisen hin *Jacobs/Doebert* ZInsO 2012, 624.

54 BAG 29.1.2014 – 6 AZR 345/12 – ZIP 2014, 628, 635.

55 Insbesondere Rn. 76 f.

56 BGH 19.9.2013 – IX ZR 4/13 – NJW-RR 2014, 231 Rn. 23 f.

57 Auch *Ganter* ZIP 2012, 2043 Fn. 82.

58 Eingehend *Giesen*, Richterrechtsänderndes Richterrecht- Tarifvertragsrechtsprechung zwischen Stringenz und Beliebigkeit- RdA 2014, 78.

59 BGH 19.7.2012 – IX ZB 27/12 – NZA 2012, 1181 Rn. 12 und BGH 27.9.2012 – IX ZB 15/12 – ZInsO 2012, 2302 (Muttergesellschaft).

- gefrage auf: Wer entscheidet, ob der Zahlende Dritter iSv § 267 BGB oder Erfüllungsgehilfe des Arbeitgebers gewesen ist?
- Zweitens hat er für die Anfechtung von Beitragszahlungen an eine gemeinsame Einrichtung der Tarifparteien iSv § 4 Abs. 2 TVG seine eigene Zuständigkeit geltend gemacht, obschon für solche Ansprüche die Arbeitsgerichte zuständig sind (§ 2 Abs. 1 Nr. 4 lit. b und Nr. 6 ArbGG). Etwas rabulistisch meint der BGH, das habe mit dem Arbeitsverhältnis des Verwalters zum Arbeitnehmer nichts zu tun.⁶⁰ Tarifrrechtlich läßt sich dagegen einwenden, daß die Zwischenschaltung einer gemeinsamen Einrichtung nichts daran ändert, daß es um eine Leistung bezogen auf das Arbeitsverhältnis geht⁶¹. Schlagend aber ist der vom BGH genüßlich vorgetragene Umstand, daß der GemSOGB auf die besonderen Vorteile der Arbeitsgerichtsbarkeit für den Arbeitnehmer abstellt – und daß diese sozialpolitische Besonderheit für eine gemeinsame Einrichtung nicht zu bemerken ist. Feinsinniger kann man jenen Unfug nicht nachtanzen.
 - Drittens hat der BGH 2011 die eigene Zuständigkeit für die Insolvenzanfechtung gegen Sozialversicherungsträger wegen Beitragszahlungen behauptet und jede Bedeutung der GemSOGB-Entscheidung zu Recht bestritten – weil der Rückgewähranspruch bürgerlich-rechtlich sei⁶². Der BFH stimmte zu⁶³. Damit aber ist die GemSOGB-Entscheidung brüchig geworden: Wenn solche Rückforderung unabhängig vom öffentlich-rechtlichen Forderungsverhältnis zivilrechtlich ist, dann kann, wenn man Denkgesetze anwendet⁶⁴, sie keinen Bezug zum Arbeitsverhältnis haben.

60 BGH 6.12.2012 – IX ZB 84/12 – NZA 2013, 694 Rn. 11 ff und 15.3.2012 – IX ZB 185/11 – juris.

61 Dazu *Löwisch/Rieble*, TVG, 3. Auflage (2012) § 4 Rn. 321.

62 BGH 24.3.2011 – IX ZB 36/09 – NJW 2011, 1365.

63 BFH 5.9.2012 – VII B 95/12 – BFHE 238, 325; 12.11.2013 – VII R 15/13 – BFHE 243, 309.

64 Genüßlich hält der 9. Zivilsenat fest, daß eine anderweitige Zuordnung mit Blick auf die Entscheidung des GemSOGB »nicht unvertretbar« scheine, BGH 4.10.2011 – IX ZB 124/11 – juris.

4. Ausblick: Wettbewerbsbeschränkende »Tarifverträge«

Der erwartbare nächste Fall sind Wettbewerbsbeschränkungen durch scheinbare »Tarifverträge«. Seit geraumer Zeit versuchen Tarifparteien mit ihren Kollektivverträgen das Gütermarktverhalten der betroffenen Arbeitgeber zu steuern. Im Kern ist klar, daß jeder Tarifvertrag einerseits »immanente« Wettbewerbsbeschränkungen rechtfertigt und daß deshalb das Kartellrecht die von tarifierten Arbeitsbedingungen ausgehenden Wettbewerbsbeschränkungen nicht beanstanden darf. Das anerkennt der EuGH in seiner Albany-Rechtsprechung und das akzeptieren deutsche Kartellgerichte, etwa wenn es um wettbewerbsbeschränkende Folgewirkungen von Arbeitszeiten in Kaufhäusern geht.⁶⁵ Auf der anderen Seite dürfen Tarifparteien auch nicht unter dem Etikett Tarifvertrag harte Wettbewerbsbeschränkungen vereinbaren. Idealtypischerweise gibt es also eine Grenze, an der die Tarifmacht endet und das Kartellverbot anfängt. Nur: Wo liegt diese und welche Gerichtsbarkeit darf das entscheiden?

Zu verdeutlichen an zwei Beispielen:

- Klassiker ist die Regulierung von Laden- oder Geschäftsöffnungszeiten gegenüber Kunden, also Marktverhalten und keine Arbeitsbedingung. Das BAG nimmt für sich die Kompetenz in Anspruch, dem Tarifvertrag die Regelung solcher Öffnungszeiten als sogenannte Betriebsnorm zuzuweisen, im konkreten Fall ging es um den Schalterschuß von Banken⁶⁶. Die Kommission hat umgekehrt als Kartellbehörde bereits klar gemacht, daß sie zur Kartellkontrolle solcher Schalterschußregelungen berufen ist⁶⁷. Das BAG verschließt die Augen vor der kartellrechtlichen Diskussion⁶⁸: weil eben dies die eigene Zuständigkeit in Frage stellt: Für Streitigkeiten aus Tarifverträgen sind durchaus die Arbeitsgerichte zuständig, und zwar ausschließlich, § 2 Abs. 1 Nr. 1 ArbGG. Aber wenn dieser Streit eine kartellrechtliche Vorfrage aufwirft, sind die Kartellgerichte ebenso ausschließlich zuständig, § 87

65 EuGH 21.9.1999 – C-67/96 »Albany« – AP Nr. 1 zu Art. 85 EG-Vertrag, weiter *Löwisch/Rieble*, TVG, 3. Auflage (2012) § 1 Rn. 957 ff.; zu Arbeitszeittarifen im Handel BAG 27.6.1989 – 1 AZR 404/88 – NZA 1989, 969 und KG 21.2.1990 – Kart U 4357/89 – NZA 1991, 24, 25.

66 BAG 7.11.1995 – 3 AZR 676/94 – NZA 1996, 1214.

67 Kommission 30.9.1986 – 86/507/EWG – »Irish banks standing committee« ABl EG 1986 L 295/28 = WuW/E EV 1182.

68 Konsequent ignorant BAG 26.1.2011 – 4 AZR 159/09 – NZA 2011, 808 Rn. 25.

Satz 2 GWB. Also kommt es zum Konflikt zweier ausschließlicher Zuständigkeiten, so daß nach der Spezialität zu fragen ist.

- Etwas kühner verfahren Tarifparteien, wenn sie Unternehmen mit unerwünschten, idR also untertariflichen Arbeitsbedingungen vom Gütermarkt fernhalten wollen. So regelte der **Stahltarifabschluß 2010** mit einem »Tarifvertrag zur Bezahlung von Leiharbeitnehmern« das Marktverhalten der Stahlunternehmen bei der Beauftragung von Zeitarbeitsunternehmen – jene sollten nämlich tariflich auf die Stahllöhne verpflichtet werden⁶⁹. Solche Regelungen liegen außerhalb der Tarifmacht, weil es um Rechtsbeziehungen der Stahlunternehmen zu Zeitarbeitsunternehmen geht. Ganz ähnlich hat die Vereinigung Cockpit als Pilotengewerkschaft in Firmentarifverträgen mit Lufthansa-Unternehmen und mit Air Berlin geregelt, daß diese andere Luftfahrtunternehmen mit der Durchführung von Flügen nur beauftragen dürfen (sog. »Wet-Lease«), wenn dabei die Tariflöhne bezahlt werden oder daß solche Fremdvergabe von Flügen ganz verboten ist. Morgen, am 18.6.2014, verhandelt der EuGH den Fall »Kunsten« (C-413/13): Zugrunde liegt ein Tarifvertrag, der den Unterbietungswettbewerb durch selbständiges Fremdpersonal unterbinden will, indem er dem Arbeitgeber den Tariflohn zugleich als **Mindestpreis** vorschreibt. Konkret geht es um Orchestermusiker, die vor selbständigen Aushilfsmusikern geschützt werden sollen. Die Kunstgewerkschaft organisiert zwar auch solche Ein-Mann-Selbständige – doch erreicht die Tarifmacht jene nicht.⁷⁰ In diesen Fällen liegt die Regelung von vornherein außerhalb der Tarifmacht; materiell-rechtlich sind das keine »Tarifverträge«. Insofern ist die Frage aufgeworfen, ob die Arbeitsgerichte auch für solche Kollektivverträge zuständig sein können, um wiederum in Konkurrenz mit den Kartellgerichten zu treten.

Bislang sind diese Konflikte nicht »hochgekocht«, weil noch kein von der Wettbewerbsbeschränkung Betroffener auf die Idee verfallen ist, vor den Kartellgerichten die Unwirksamkeit jener Absprachen oder auch Kartellschadensersatz geltend zu machen. Das Kartellamt hält bislang ebenfalls still. Doch steht für die Zukunft anderes zu erwarten. Und dann wird wieder ein positiver Zuständigkeitsstreit auszutragen sein. Die

69 Dazu eingehend *Serr*, *Private Tariftreue* (2013), S. 49 f.

70 Instrukтив *Latzell/Serr*, *Kartellkontrollprivileg für Tarifverträge als formeller Rahmen eines Unionstarifrechts*, *EuZW* 2014, 410.

Frage, ob die tarifrechtliche oder die kartellrechtliche Beurteilungskompetenz schwerer wiegt, ist materiellrechtlich kaum zu entscheiden: Das BAG könnte den Verfassungsrang der Tarifautonomie ins Feld führen, der BGH die verbraucher- und wettbewerbsschützende Funktion des Kartellrechts und das besondere Gewicht der Vorfragenkompetenz. Hier fehlt am Ende jeder Maßstab, der den Ausschlag geben könnte.

Indes ist eine verfahrensrechtliche Besonderheit zu beachten: die Zuständigkeit der Oberlandesgerichte in Kartellverwaltungsverfahren nach § 63 Abs. 4 GWB. Ein und derselbe kartellrechtliche Sachverhalt kann sowohl in eine kartellrechtliche Zivilstreitigkeit als auch in eine Verfügung der Kartellbehörden münden. Das GWB sorgt für eine einheitliche Kartellgerichtszuständigkeit – an deren Ende der Kartellsenat des BGH steht. Das BSG konnte die sozialgerichtliche Zuständigkeit für den Wettbewerb der Krankenkassen unter Einschluß der Kartellverwaltungsstreitigkeiten nur deshalb beanspruchen, weil das SGG für solche öffentlich-rechtlichen Verfahren geeignet ist. Dem ArbGG fehlt aber jedes Verwaltungskontrollverfahren, mit dem Arbeitsgerichte über eine kartellbehördliche Verfügung entscheiden könnten. Jede arbeitsgerichtliche Zuständigkeit für kartellzivilrechtliche Fragen müßte die kartellverwaltungsrechtliche Zuständigkeit für dieselben Sachfragen hinnehmen. Dann aber gäbe es zweierlei Kartellrecht und der Gemeinsame Senat der Obersten Gerichtshöfe des Bundes hätte viel zu tun.

IV. Bewertung

Diese Kompetenzkonflikte zeigen erstens: Manche Bundesgerichte tragen ihren Macht- und Regelungsanspruch durchaus offensiv vor – das gilt für die Offensive des BSG zum Schutz der Krankenkassen vor scharfen Wettbewerbsanforderungen ebenso wie für den Zugriff des BAG auf die Insolvenzanfechtung oder die politisch bewirkte Machtverschiebung im Rahmen der Kontrolle der Allgemeinverbindlicherklärung. Die ehemals statische Rechtswegeabgrenzung wird zum Gegenstand rechtspolitischer Auseinandersetzung und gewinnt an Dynamik.

Rechtliche oder politische Interventionen in die bestehende Zuständigkeitsordnung schieben idR formale und prozessuale Argumente vor. Bezweckt ist indes stets eine materiellrechtliche Verschiebung:

- Wer Sozialgerichte den Wettbewerb zwischen Krankenkassen ordnen läßt, möchte eine sozialpolitische Rechtfertigung von Wettbewerbsbeschränkungen ermöglichen – so wie jetzt im Rahmen der Zusammenschlußkontrolle die Effektivität großer Krankenkassen wettbewerbliche Argumente zurückdrängen kann.
- Die Neuordnung der Zuständigkeit für die Kontrolle der Allgemeinverbindlicherklärung bringt entgegen der Begründung keine innere Sachgesetzlichkeit zur Anwendung. Grundsätzlich ist die untergesetzliche Normenkontrolle den Verwaltungsgerichten unabhängig vom betroffenen Sachgebiet überantwortet. Vielmehr geht es um die sozialpolitische Zuverlässigkeit des BAG, das solche Allgemeinverbindlicherklärungen halten wird, wenn es irgend geht.
- Im Rahmen der Insolvenzanfechtung ging es gerade darum, das BAG zu einem Sonderschutz der Arbeitnehmer zu ermächtigen. Nicht das BAG verrät die Rechtseinheit – der GemSOGB hat sie aufgegeben. Das BAG folgt nur seinem sozialpolitischen Pfad, dem freirechtlichen Geburtsprogramm der Arbeitsgerichtsbarkeit 1926.

Nur im letzten Fall, dem erwarteten Kompetenzkonflikt zwischen Arbeits- und Kartellgerichten im Streit über wettbewerbsbeschränkende »Tarifverträge«, gibt ausnahmsweise das Verfahrensrecht den Ausschlag: weil die Anwendung des Kartellrechts eine doppelte Verfahrenszuständigkeit auch für die Verwaltungsverfahren erfordert.

Der Kampf um die Rechtswegezuständigkeit ist so gesehen also Teil des Kampfes um's richtige Recht. Nur daß der Iheringsche Imperativ nicht auf Privatrechtssubjekte zielt, sondern auf die Gerichte, die mit ihrer Zuständigkeit auch das aus ihrer Sicht materiell richtige Recht verteidigen, wenn ihr Rechtskreis sich mit einem anderen überschneidet. Bundesgerichte werden zu eigenständigen Akteuren. Insofern wird die tiefgreifende Einsicht *Henckels* bestätigt: Das materielle Recht prägt das Prozeßrecht⁷¹.

Ein Zurück zur herkömmlichen Revierabgrenzung kann es nicht geben: Modernes Recht ist komplexes Recht. Diese Komplexität bringt verstärkt Streitfragen hervor, die von überschneidenden Rechtskreisen geordnet werden und damit Zuständigkeitsgrenzen überschreiten. Gerade weil die Gerichte ihr jeweiliges Hausgut verteidigen und zu unterschiedlichen Er-

⁷¹ *Henckel*, Prozeßrecht und materielles Recht (1988), S. 64.

gebnissen kämen, wird der Zuständigkeitsstreit von den Interessenten getrieben oder befeuert. Die Krankenkassen haben seinerzeit Sozialgerichte angerufen, um ihr »Selbstverwaltungsrecht«, also ihre Eigeninteressen, vor dem Kartellrecht zu schützen. Jeder Insolvenzverwalter wird versuchen, mit seiner Anfechtung nicht bei Arbeitnehmerschutzgerichten zu landen. Irgendwann wird es eine Luftfahrtgesellschaft wagen, die Nichtigkeit des ihr Wettbewerbsverhalten regulierenden Tarifvertrags vor dem Kartellgericht geltend zu machen.

Kompetenzkonflikte lassen sich begrenzen nur indem entweder die Gerichtsbarkeiten zurückgeführt werden oder indem für Rechtsfragen in Überschneidungsrechtsgebieten gemischte Spruchkörper aus zwei Gerichtsbarkeiten geschaffen werden, wie in Baulandsachen nach §§ 217 ff BauGB. Das erste ist derzeit unrealistisch und führte vielfach in sachliche Zuständigkeitskonflikte zwischen besonderen Spruchkörpern. Das zweite schafft neue Zuständigkeitskonflikte an den Rändern.

Befriedung ist möglich nur, indem das materielle Recht so klar und eindeutig gefaßt ist, daß die Suche nach einer anderen Gerichtsbarkeit keine wesentlich anderen Ergebnisse verspricht. Das ist besonders dann der Fall, wenn Rechtsvereinheitlichung durch den EuGH droht. So müssen Sozialgerichte, die jetzt und noch für Lauterkeitsverfahren zwischen Krankenkassen in der Mitgliederwerbung zuständig sind, nicht bloß deutschrechtlich das UWG »entsprechend« anwenden, sie müssen vor allem die UGP-Richtlinie beachten. Viel sozialpolitischer Spielraum bleibt da nicht. Und deshalb wird ihre Zuständigkeit auch sinnlos.

Davon abgesehen: Die strategische Eleganz, mit der Bundesgerichte um ihre Zuständigkeit kämpfen, wie der Erste Zivilsenat mit seinem Vorabentscheidungsersuchen in Sachen Krankenkassenwettbewerb oder der Neunte Zivilsenat in der Insolvenzanfechtung, bereitet als Kollateralnutzen jedenfalls intellektuelles Vergnügen. In der Haltungsnote führt der Bundesgerichtshof.