ISSN 1864-371X

# Bucerius Law Journal

Juli 2020
Heft 1/2020
Seiten 1–70


| | | | |
|---|---|---|---|
| Editorial | Dr. Johanna Croon-Gestefeld, LL.M., Dr. Gabriele Buchholtz, Dr. Andreas Kerkemeyer | Integratives Recht | 1 |
| Aufsätze | Dipl.-Finw. (FH) Tim Maciejewski, LL.B. | Nicht für den Beruf, für das Leben studieren wir - Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über die steuerliche Absetzbarkeit von (Erst-)Ausbildungskosten | 5 |
| Privatrecht | Nina Czubayko | Regulierung von Leerverkäufen und Short Seller-Aktivismus | 11 |
| | Julia Müller | Neutralitätspflicht des Vorstands in Übernahmesituationen | 18 |
| | Julian Werner | Hochfrequenzhandel de lege lata und möglicher Anpassungsbedarf de lege ferenda | 25 |
| | Chiara Gemoll | Widerklagemöglichkeiten des Beklagten bei kollektiven Streitigkeiten - Rechtspolitische Erwägungen und Waffengleichheit | 33 |
| | Lion Fritsche | Amicus Curiae Interventions in Investment Arbitration - Legitimacy at whose Costs? | 40 |
| | Philomena Hindermann | Die Einbeziehung Dritter in das Verfahren vor staatlichen Gerichten und Schiedsgerichten | 48 |
| | Claudius Pietzcker | Die Anwendbarkeit des BetrVG auf im Flugbetrieb beschäftigte Arbeitnehmer: Neuregelung des § 117 BetrVG nachbesserungsbedürftig | 56 |
| Öffentliches Recht | Charlotte von Fallois | Das Verfahren gegen Laurent Gbagbo und Charles Blé Goudé vor dem Internationalen Strafgerichtshof | 64 |


in cooperation with
WHITE & CASE

www.law-journal.de

BLJ

**Redaktion der Ausgabe 1/2020**

Fabian Afshar
Mesut Akbaba
Paul Bülow
Hanno Dassel
Annika Diemke
Ben Fuhrmann
Lauritz Gerlach
York-Philipp Gräf
Fabian Hagemeister
Sarah Heidner
Philipp Kehl
Leonard Kilian Jaritz
Christoph Rathert
Leonhard Redlich
Jonathan Schramm
Amelie Schröder
Fabian Schulze
Svenja Schwartz
Isabelle Stein
Ivo Veit Wanwitz
Niklas Wilde

BUCERIUS LAW SCHOOL
PRESS

**Impressum**

© Bucerius Law Journal e.V., Hamburg

Bucerius Law Journal
c/o Bucerius Law School
Jungiusstraße 6
20355 Hamburg

www.law-journal.de

ISSN 1864-371X

**Erscheinungsweise**

Das Bucerius Law Journal (BLJ) erscheint zweimal jährlich.

**Umschlaggestaltung**

Lauritz Gerlach

**Urheberrechte**

Die Zeitschrift und alle in ihr enthaltenen Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt; die Rechte hierfür liegen bei den jeweiligen Autoren oder dem Bucerius Law Journal. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Bucerius Law Journals genutzt oder verwertet werden. Erlaubt ist die Erstellung von digitalen Kopien, Ausdrucken und Fotokopien für den persönlichen, nichtgewerblichen Gebrauch.

**Manuskripte**

Das Bucerius Law Journal haftet nicht für Manuskripte, die unverlangt eingereicht werden. Eine Rücksendung erfolgt nur, wenn Rückporto beigefügt ist. Die Übersendung eines Manuskripts beinhaltet die Erklärung, dass der Beitrag nicht gleichzeitig anderweitig angeboten wird. Mit der Annahme zur Veröffentlichung durch das Bucerius Law Journal überträgt der Autor dem Verlag ein ausschließliches Nutzungs- und Verwertungsrecht für die Zeit bis zum Ablauf des Urheberrechts. Eingeschlossen sind insbesondere auch das Recht zur Herstellung elektronischer Versionen und zur Speicherung in Datenbanken sowie das Recht zu deren Vervielfältigung und Verbreitung online oder offline ohne zusätzliche Vergütung. Nach Ablauf eines Jahres ab Veröffentlichung des Beitrages ist der Autor berechtigt, anderen Verlagen eine einfache Abdruckgenehmigung zu erteilen.

# Call for Papers

## EINSENDEN VON BEITRÄGEN

Wir nehmen laufend Beitragsvorschläge für die kommenden Ausgaben entgegen. Das Bucerius Law Journal ist offen für Einsendungen von Wissenschaftlern und Praktikern, möchte aber vor allem auch Studenten deutschlandweit eine Plattform zur Veröffentlichung wissenschaftlicher Beiträge bieten. In jeder Ausgabe werden daher mindestens drei studentische Aufsätze veröffentlicht.

Bitte senden Sie Beiträge als Word-Datei an **info@law-journal.de**. Ein Beitrag sollte 35.000 Zeichen (inklusive Fußnoten und Leerzeichen) nicht übersteigen, die Zitierweise von Fundstellen sollte ferner den Vorgaben unseres Zitierleitfadens entsprechen.

Die Zweitveröffentlichung eines schon an anderer Stelle veröffentlichten Beitrages im Bucerius Law Journal kommt nur in Ausnahmefällen in Betracht. Bitte weisen Sie bei Einsendung eines Beitrages darauf hin, ob Ihr Beitrag schon einmal veröffentlicht wurde bzw. ob Sie den Beitrag zur Zeit auch einer anderen juristischen Zeitschrift zur Veröffentlichung angeboten haben.

Nach Einsendung Ihres Beitrages wird dieser durch zwei Redakteure gelesen. Diese entscheiden, ob der Beitrag für eine Veröffentlichung im Bucerius Law Journal in Betracht kommt. Ist dies der Fall, bieten wir Ihnen die Veröffentlichung in einer der nächsten Ausgaben zu den in unserem Autorenvertrag niedergelegten Bedingungen an.

**Bitte beachten Sie:** Da wir uns am Konzept US-amerikanischer Law Journals orientieren, in denen die Redaktion eine aktive Rolle bei der Auswahl passender Beiträge übernimmt, unterziehen wir die eingesandten Beiträge auch einer kritischen inhaltlichen Prüfung. Sollten wir Ihnen eine Veröffentlichung anbieten, werden wir Ihnen daher ggf. auch Kürzungs- und Verbesserungsvorschläge unterbreiten. Änderungen werden aber – selbstverständlich – nur in Absprache mit dem Autor und nur von diesem selbst vorgenommen.

## VERÖFFENTLICHEN STUDENTISCHER SEMINARARBEITEN

Im Bucerius Law Journal veröffentlichen Studenten regelmäßig auch wissenschaftliche Beiträge, die aus besonders gelungenen Seminararbeiten hervorgegangen sind und vorher in eine veröffentlichungsfähige Version umgearbeitet wurden.

Wenn Du selbst eine besonders gelungene Seminararbeit geschrieben hast und diese veröffentlichen möchtest, dann schicke sie bitte an **info@law-journal.de**.

Zwei Redakteure werden Deine Arbeit lesen und prüfen, ob man diese in einen Aufsatz umarbeiten kann. Ist dies der Fall, machen wir Dir einen entsprechenden Umarbeitungsvorschlag und bieten Dir die Veröffentlichung in einer der nächsten Ausgaben an. Für die Umarbeitung solltest Du erfahrungsgemäß noch einmal 2 Wochen einplanen. Du wirst hierbei von uns mit Rat und Tat unterstützt.

**Bitte beachte:** Wir bewerten die Veröffentlichungsfähigkeit einer Seminararbeit nicht vorrangig nach deren Benotung. Eine mit 16 Punkten benotete Seminararbeit kann also zum Beispiel zwar handwerklich perfekt, thematisch aber uninteressant sein, während eine „nur" mit 10 Punkten benotete Arbeit trotz handwerklicher Fehler dennoch einen sehr innovativen und daher veröffentlichungswürdigen Gedanken enthalten kann. Im Zweifel solltest du uns Deine Arbeit einfach einschicken – wir klären dann gemeinsam, ob sie veröffentlichungsfähige Elemente enthält.

# Together we make a mark

WHITE & CASE

Bucerius Law Journal

**Redaktion dieser Ausgabe:** Fabian Afshar, Mesut Akbaba, Paul Bülow, Hanno Dassel, Annika Diemke, Ben Fuhrmann, Lauritz Gerlach (Webmaster/IT), York-Philipp Gräf (st. Vorsitzender), Fabian Hagemeister, Sarah Heidner, Philipp Kehl, Leonard Jaritz (Vorsitzender), Christoph Rathert, Leonhard Redlich (Recht und Finanzen), Jonathan Schramm (Social Media), Amelie Schröder, Nico Schröter, Fabian Schulze, Svenja Schwartz, Isabelle Stein, Ivo Veit Wanwitz, Niklas Wilde

Heft 01/2020
Seiten 1-70
14. Jahrgang
Juli 2020

Dr. Johanna Croon-Gestefeld, LL.M.*, Dr. Gabriele Buchholtz** und Dr. Andreas Kerkemeyer***

# Integratives Recht

*Der Begriff „Integration" ist derzeit in aller Munde. Auch im rechtlichen Diskurs spricht man verstärkt über die juristischen Rahmenbedingungen und Vorgaben der Integration von zugewanderten Menschen. Die zahlreichen rechtlichen Regelungen mit Bezug zur Integration lassen sich unter den Oberbegriff des „Integrativen Rechts" fassen. Im Folgenden sollen vier Charakteristika des „Integrativen Rechts", vier Vorzüge der Verwendung des Begriffs im juristischen Diskurs, vier Beispielsfälle und vier Anregungen für eine Forschungsagenda zum „Integrativen Recht" dargestellt werden.*

Das Zuwanderungsgeschehen im Spätsommer 2015 nimmt einen besonderen Platz im kollektiven deutschen Gedächtnis ein. Wird das Datum in Zeitungsartikeln oder Fernsehdebatten erwähnt, tauchen vor dem inneren Auge die Bilder von Menschen auf, die zu Tausenden mit der Hoffnung auf ein besseres Leben an den Bahnhöfen von Passau, München oder andernorts ankamen. Das Datum weckt auch Assoziationen, die sich auf den politischen Umgang mit dem Phänomen der Massenmigration beziehen. Angela Merkels „Wir schaffen das" ist einer der prägenden Sätze. Aber auch die Debattenbeiträge, die die Weigerung der Grenzschließung als eine „Krise des Rechts"[1] bezeichneten, sind in Erinnerung geblieben.

Begehrt eine Person in einem anderen Land Aufenthalt, stellen sich eine ganze Reihe juristischer Fragen: Hat sie einen Anspruch auf Aufenthalt? Wie lange ist dieser Aufenthalt zu gewähren? Wer trifft hierüber die Entscheidung? Und in welchem Verfahren? Diese und ähnliche Fragen werden im Migrationsrecht verhandelt. Davon abzugrenzen sind Regelungen, die nicht den Aufenthaltsstatus als solchen, sondern die „Eingliederung" der Zugewanderten in die Aufnahmegesellschaft sicherstellen sollen. Diese sich anschließenden Regelungen setzen die rechtlichen Rahmenbedingungen der Integration. Sie haben Einfluss darauf, wie gut oder schlecht die Integration zugewanderter Menschen gelingt.

## A. „Integratives Recht": Ein Schlüsselbegriff

Bislang werden die rechtlichen Regelungen mit direktem oder indirektem Integrationsbezug unter keiner eigenständigen Kategorie zusammengefasst. Sie sollen nach dem hier unterbreiteten Vorschlag unter dem Oberbegriff des „Integrativen Rechts" gebündelt werden. Dabei geht es weniger um „Integratives Recht" als Rechtsgebiet „in the making", sondern vielmehr um einen juristischen Schlüsselbegriff.[2] Zwar ist Integration facettenreich und nicht eindeutig besetzt, dennoch lohnt es sich, eine nähere Einordnung vorzunehmen:

1. Unter dem Begriff „Integratives Recht" versammeln sich alle Regelungen, die „integrationsspezifische Sachverhalte" explizit oder implizit regeln. Die Fülle der Normen ist entsprechend groß. Davon erfasst sind alle Rechtsnormen, die auf „individuelle Integrationsprozesse" – insbesondere auf eine gleichberechtigte Teilhabe am sozialen, kulturellen und wirtschaftlichen Leben – sowie „auf die Fähigkeit und Bereitschaft der Mitglieder und Institutionen der Aufnahmegesellschaft zu Mitwirkung am Integrationsprozess direkt oder indirekt einwirken".[3] In normativer Hinsicht ist all jenen Regelungen eine Absage zu erteilen, die auf eine Assimilation hinwirken. Ein solcher Ansatz ist schon verfassungsrechtlich unzulässig, weil das Grundgesetz stets auch ein „Recht zum Anderssein" garantiert.

2. „Integratives Recht" muss notwendigerweise an Erkenntnisse der Nachbarwissenschaften über Integration ansetzen. Das sind vor allem die Soziologie, die Anthropologie und die Politikwissenschaften. Auf den mit Hilfe der Nachbarwissenschaften gewonnenen Erkenntnissen muss dann die juristische Beschäftigung mit Integration ansetzen. Um die bestehenden Regelungen zu systematisieren und zu analysieren, kann man etwa auf die so-

* Wissenschaftliche Assistentin bei Prof. Dr. Anne Röthel am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Europäisches und Internationales Privatrecht an der Bucerius Law School, Hamburg.
** Wissenschaftliche Assistentin bei Prof. Dr. Hermann Pünder, LL.M am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Verwaltungswissenschaften und Rechtsvergleichung an der Bucerius Law School, Hamburg.
*** Wissenschaftlicher Assistent bei Prof. Dr. Jörn Axel Kämmerer am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Völker- und Europarecht an der Bucerius Law School, Hamburg.

1 *Hillgruber*, FAZ, 21.01.2016.

2 *Baer*, Schlüsselbegriffe, Typen und Leitbilder als Erkenntnismittel und ihr Verhältnis zur Rechtsdogmatik, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004, S. 223, 225.

3 *Berlit*, Flüchtlingsrecht in Zeiten der Krise, 2017, S. 102 f.

ziologischen Begriffe der Sozialintegration und der Systemintegration zurückgreifen. „Systemintegration" beschreibt den Zusammenhalt eines sozialen Systems als Ganzes. Dagegen richtet „Sozialintegration" den Fokus auf die einzelnen Menschen und deren Einbezug in ein bestehendes soziales System. Die beiden Prozesse bedingen einander insofern, als bei geringer Systemintegration auch nur wenig Sozialintegration stattfindet und umgekehrt.[4]

3. „Integratives Recht" ist eine Querschnittsmaterie mit Anknüpfungspunkten im öffentlichen Recht (etwa Aufenthalts- und Staatsangehörigkeitsrecht, aber auch Religionsverfassungsrecht oder scheinbar weniger integrationsrelevante Rechtsbereiche wie etwa das Baurecht) und im Privatrecht (etwa Familienrecht oder privatrechtliche Gesetze des Nichtdiskriminierungsrechts). Es umfasst materielle Regelungen, etwa Vorgaben dazu, unter welchen Bedingungen Geduldete Zugang zum Arbeitsmarkt haben. Darüber hinaus beinhaltet es formelle Regelungen: Beispielshalber stellen die Vorgaben zur Heranziehung von Dolmetschern in Gerichtsverfahren sicher, dass Parteien, die der deutschen Sprache nur eingeschränkt mächtig sind, die Verfahren nicht nur verfolgen, sondern auch aktiv mitgestalten können.

4. Im „Integrativen Recht" geht es nicht nur um Gesetze und Rechtsprechung. Es geht auch um die tatsächliche Anwendung der Regelungen; kurzum: es geht auch um „Law in Action". Wenn „Integratives Recht" darauf ausgelegt ist, die gleichberechtigte Teilhabe von zugewanderten Menschen am sozialen Leben zu ermöglichen, so beginnt diese gleichberechtigte Teilhabe damit, ihnen nicht allein die Rolle des Adressaten rechtlicher Verhaltensvorgaben zuzuweisen, sondern sie in dem Prozess der Integration zu begleiten. Deshalb zeichnet sich die Arbeit von Verwaltung und Gerichten im Bereich des „Integrativen Rechts" idealiter dadurch aus, dass sie Minderheitsangehörige zur eigenständigen Ausübung ihrer Rechte ermächtigt.

## B. Der Mehrwert eines „Integrativen Rechts"

Nun stellt sich die Frage, welche Vorteile es bringt, von einem „Integrativen Recht" zu sprechen. Braucht es das? Oder haben wir nicht schon genug Begrifflichkeiten zur Hand, mit denen man die im „Integrativen Recht" zusammengefassten Regelungen treffend beschreiben kann? Und doch: „Integratives Recht" in die Diskussion einzuführen, hat einen Mehrwert. Vier der Vorzüge, die mit einer Verwendung des Begriffs „Integratives Recht" einhergehen, wollen wir näher erläutern.

1. Eine Bündelung einzelner Rechtsnormen unter der Bezeichnung „Integratives Recht" ermöglicht ihre sinnvolle Systematisierung. Regelungen, die auf eine Förderung der Integration angelegt sind, sind – wie bereits dargestellt – im Recht weit verstreut. Sie finden sich unter anderem im Recht der Krankenversorgung, im Schulrecht, im Arbeitsrecht und in den Nichtdiskriminierungsvorschriften des allgemeinen Zivilrechtsverkehrs. Neben Vorschriften mit konkretem Verweis auf Integration gibt es auch Rechtsprechung, die unbestimmte Rechtsbegriffe im Kontext einer Integrationsförderung auslegt. Auch wenn zwischen den einzelnen Regelungen große Unterschiede im Detail bestehen, eint sie ihr Integrationsbezug, weshalb sie hinsichtlich ihrer Zielsetzung zumindest ein Mindestmaß an Kohärenz aufweisen müssen.

2. In engem Zusammenhang mit der soeben aufgezeigten Systematisierungsmöglichkeit steht der Vorzug des „Integrativen Rechts", Verbindungen, Pfadabhängigkeiten oder Differenzen der einzelnen Regelungsmaterien aufzeigen zu können. Unter dem Obertitel des „Integrativen Rechts" können die Inhalte, Methoden und Akteure, die das Recht verwendet oder adressiert, um Integration zu fördern, miteinander verglichen werden. Im Idealfall lassen sich aus diesen Vergleichen Aussagen darüber ableiten, ob ein Gesetz bzw. seine Anwendung mehr oder minder gelungen zur Integration beitragen.

3. Drittens akzentuiert die Bezeichnung das Integrationsmoment der Rechtsmaterien, die als „Integratives Recht" zusammengefasst sind. Es macht sichtbar, dass es hier um die Förderung von Integration geht. Dies mag bei Vorschriften, wie § 28b HmbSchulG, der Aussagen über die „Integration von Schülerinnen und Schülern mit Migrationshintergrund" trifft, nicht unbedingt nötig sein. Hier ist der Integrationsbezug offensichtlich. In anderen Fällen jedoch trägt die Bezeichnung als „Integratives Recht" zum besseren Verständnis der zugrundeliegenden Zielsetzungen bei. Wenn § 19 AGG die Benachteiligung aus Gründen der „Rasse" oder wegen der ethnischen Herkunft oder Religion verbietet, so handelt es sich bei der Vorschrift zuallererst um eine Nichtdiskriminierungsvorschrift. Sie erschöpft sich aber nicht darin, Angriffe gegen die persönliche Integrität Diskriminierter als unzulässig zu bewerten. Der Norm liegt auch der Zweck zugrunde, soziale Inklusivität und mithin die Integration in die Gesellschaft zu fördern. Und wenn Art. 3 Abs. 3 GG rassistische Diskriminierungen verbietet, erschöpft sich dieses Verbot nicht in der rein normativen Dimension. Es wirkt ebenso „symbolisch", indem es einen demokratischen Grundkonsens ausbuchstabiert, der eben auch in der rechtlichen Egalität aller Herrschaftsunterworfenen besteht.

4. Schließlich liefert die Bezeichnung „Integratives Recht" Raum für einen kritischen Diskurs und Reformvorschläge. Gesetze und Rechtsprechung, die dem „Integrativen Recht" zugeschlagen werden, können dahingehend analysiert werden, ob sie Integration fördern oder aber zu (sozialen) Ausschlüssen führen. Denkbar sind Regelungen, die an sich die gleichberechtigte Teilhabe am sozialen Leben ermöglichen sollen, aufgrund ihrer komplizierten Ausgestaltung aber nicht integrationsfördernd wirken. Auch weil das „Integrative Recht" den Vergleich mit ähnlich gelagerten Rechtsmaterien erleichtert (vgl. Vorteil Nr. 2), lassen sich mit seiner Hilfe Defizite oder Leerstellen im Recht besser benennen.

[4] Diese wichtige Unterscheidung geht zurück auf *Lockwood*, Social Integration and System Integration, in: Zollschan/Hirsch (Hrsg.), Explorations in Social Change, London 1964, S. 244, 245. Siehe auch *Esser*, Soziologie. Spezielle Grundlagen, 2. Bd., 2002, S. 261 ff.

## C. Vier Beispiele für „Integratives Recht"

Nachdem wir vorgestellt haben, was „Integratives Recht" ausmacht und warum es sich lohnt, das „Integrative Recht" in den juristischen Begriffskanon aufzunehmen, ist es an der Zeit, das Potenzial des „Integrativen Rechts" anhand von vier Beispielsfällen zu erläutern.

1. Die Landesgesetzgeber haben Integrationsgesetze erlassen, mit denen sie die Integrationsprozesse von zugewanderten Menschen steuern möchten. Die Bundesländer verfolgen mit ihren Integrationsgesetzen aber zuweilen recht unterschiedliche Leitideen. Während das Bayerische Integrationsgesetz[5] im Ausgangspunkt die Eigenständigkeit der „eigenen" Kultur und die Integrationsverantwortung der Zugewanderten betont, würdigt das Partizipations- und Integrationsgesetz des Landes Berlin[6] Integration als „gesamtgesellschaftlichen Prozess" (§ 1 Abs. 2). Eine umfassende rechtswissenschaftliche Bewertung der Integrationsgesetze muss mehrdimensional angelegt sein. Sie muss zum einen den verfassungsrechtlichen Rahmen im Blick behalten. Dieser ist zwar nicht starr, er verbietet aber einseitige Assimilationskonzepte, weil die Grundrechte gerade das Recht zur Andersartigkeit verbürgen. Zum anderen darf bei der rechtswissenschaftlichen Bewertung die soziologische Perspektive nicht fehlen, um ein grundlegendes Verständnis über die Wirkpotenziale integrationsfördernder Maßnahmen zu erlangen.

2. Auch das Schadensrecht, eines der klassischen Kerngebiete des Bürgerlichen Rechts, bleibt von Migrationsphänomenen nicht unberührt. Auf den ersten Blick sind die Schadensersatzbestimmungen (insbes. §§ 249 ff. BGB) integrationsneutral. Diese Einschätzung ändert sich aber, wenn man auf die Bemessung von Ersatzansprüchen für immaterielle Schäden eingeht. Hier kann es sich durchaus anbieten, kulturelle Eigenheiten der Geschädigten zu berücksichtigen. So hat etwa das OLG Oldenburg in dem Fall einer ohne Einwilligung erfolgten Sterilisation entschieden, dass sich der Umstand, dass die Geschädigte Türkin yezidischen Glaubens ist, schmerzensgelderhöhend auswirkt.[7] Das Gericht erachtete es für naheliegend, dass die Geschädigte „der Geburt eines männlichen Nachkommen besondere Bedeutung"[8] beimesse.

3. Das Religionsverfassungsrecht ist heute ein schon fast klassisches Feld für die Verhandlung integrationsrechtlicher Fragestellungen. Ihm kommt in einer pluralistischen Gesellschaft auch die Bedeutung zu, die ungestörte und gleichberechtigte Religionsausübung zu sichern. Da das Religionsverfassungsrecht eine lange Historie hat, stellt sich hier vor allem die Frage, ob die bestehenden Regelungen Minoritätsreligionen benachteiligen und ob das Religionsverfassungsrecht ggf. weiterzuentwickeln ist.

4. Das Nichtdiskriminierungsrecht ist ein weiterer Rechtsbereich, in dem (auch) integrationsrelevante Fragestellungen verhandelt werden. Zwar ist seine Stoßrichtung vornehmlich eine negative; Diskriminierungen sollen verhindert werden. Dass Diskriminierungen aber effektiv verhindert werden, ist eine Grundvoraussetzung für gelingende Integration, weil nur sie sicherstellt, dass eine zumindest annähernd gleiche Teilhabe am gesellschaftlichen Leben, sei es etwa bei Freizeitveranstaltungen oder bei der Wohnungssuche, ermöglicht wird. Hierbei ist insbesondere von Belang, inwieweit das Bestreben, strukturelle Benachteiligungen abzubauen, auch Maßnahmen erlaubt, die auf die Förderung „vulnerabler Gruppen" zielen.

## D. Ausblick für zukünftige Forschungsvorhaben

Zum Abschluss soll eine Forschungsagenda zum „Integrativen Recht" skizziert werden. Dabei handelt es sich um einen Ausblick, der andeutet, wie die Rechtswissenschaft den Begriff des „Integrativen Rechts" für ihre Analysen nutzen kann. Hier können mindestens die folgenden vier Wege eingeschlagen werden:

1. Zunächst gilt es, eine Kartographie des „Integrativen Rechts" zu erstellen. Das Recht sollte vermessen und dahingehend untersucht werden, ob und inwiefern Bezüge zur Integration bestehen. Dafür können die Gesetzgebung, die Verwaltungspraxis und die Rechtsprechung in den Blick genommen werden.

2. Nachdem auf dieser Grundlage eine „Landkarte" des „Integrativen Rechts" erstellt worden ist, können bestehende Querverbindungen zwischen den einzelnen Rechtsmaterien aufgezeigt werden. Beispielshalber kann der sozialrechtliche Anspruch auf Unterkunft mit den baurechtlichen Vorschriften für die Errichtung von Asylunterkünften und den nichtdiskriminierungsrechtlichen Vorschriften des Mietrechts in Verbindung gesetzt werden. Ebenso lässt sich die Verzahnung zwischen Sprachförderregelungen in Integrationsgesetzen und Schulgesetzen analysieren.

3. Darauf aufbauend kann in einen Vergleich der verschiedenen Rechtsmaterien eingetreten werden. So können Gemeinsamkeiten und Unterschiede besser benannt werden. Außerdem lassen sich wohl möglich übergreifende Beobachtungen über die beteiligten Akteure und die angewandten Methoden anstellen. Auf diese Weise können Systemwidrigkeiten zu Tage gefördert und Reformen eingeleitet werden. Ferner ermöglicht ein solches „In-Beziehung-Setzen" die Übertragung von Integrationskonzepten in andere Rechtsgebiete.

4. Aus rechtstheoretischer Perspektive ist noch stärker als bisher darüber nachzudenken, was im rechtlichen Kontext unter Integration zu verstehen ist. In den Nachbarwissenschaften wird der Begriff „Integration" zuweilen sehr kritisch gesehen. Die Kritik moniert (stark vereinfacht), dass durch den Integrationsbegriff selbst die Gesellschaft in Integrierte und Integrationsbedürftige eingeteilt werde. Hierdurch würde der Integrationsdiskurs

---

5 Bay. GVBl. 2016, 335.
6 Berl. GVBl. 2010, 560.
7 OLG Oldenburg NJW-RR 2007, 1468.
8 Ebd., 1468, 1469.

eine Andersartigkeit der Integrationsbedürftigen postulieren, die einer Normalisierung von migrationsbedingter Vielfalt im Wege stünde[9] bzw. den Integrationsbedürftigen gewisse Leistungspflichten auferlege[10]. Daneben lässt sich angesichts einer stark fragmentierten Gesellschaft fragen, ob die Konstruktion der bereits Integrierten nicht zu Homogenisierungen führt, die die gesellschaftliche Realität ebenfalls karikieren. So bestehen erhebliche Unterschiede zwischen alternativen Milieus in urbanen Ballungsräumen und dem Milieu der Performer. Aus dieser Kritik gilt es zu lernen und im rechtlichen Diskurs nicht die Fehler zu wiederholen, die bereits andernorts sichtbar geworden sind. Das „Integrative Recht" muss also auf einem Verständnis von Integration aufbauen, das die Förderung von Integration nicht mit der Forderung von Assimilation verwechselt.

Ein so verstandenes „Integratives Recht" leistet dem juristischen Diskurs über die Integration zugewanderter Menschen einen großen Dienst. Zunächst lädt das „Integrative Recht" zu einer interdisziplinären Betrachtung ein und trägt dem Anspruch eines gesellschaftsrelevanten Rechts in besonderer Weise Rechnung. Ferner dient das „Integrative Recht" der Systematisierung der zahlreichen integrationsrelevanten Regelungen und hilft dabei, Systemwidrigkeiten zu Tage zu fördern und Reformen anzuleiten.

---

9 *Georgi*, DIE Zeitschrift für Erwachsenenbildung (DIE) 2015, 25.

10 *Kunz*, Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik (ZAR) 2018, 107, 112.

Tim Maciejewski*

# Nicht für den Beruf, für das Leben studieren wir

## Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über die steuerliche Absetzbarkeit von (Erst-)Ausbildungskosten

## A. Einleitung

Der zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts hat mit Beschluss vom 19.11.2019 seine lang erwartete Entscheidung über die Verfassungskonformität der steuerrechtlichen Regelungen zum Abzug von (Erst-)Ausbildungskosten in §§ 4 Abs. 9 EStG, § 9 Abs. 6 EStG und § 10 Abs. 1 Nr. 7 EStG getroffen.[1] Mit der verfassungsrechtlichen Bestätigung der geltenden Rechtslage endet ein seit fast zwei Jahrzehnten währender Rechtsstreit, an dem sich exemplarisch das besondere Zusammenwirken der Staatsgewalten im Steuerrecht illustrieren lässt (dazu sogleich unter B.). Die Entscheidung des Senats widerspricht zwar nicht der etablierten Dogmatik zur Anwendung des allgemeinen Gleichheitssatzes im Ertragsteuerrecht, sondern ist ein erneuter Beleg für den weiten Gestaltungsspielraum des Steuergesetzgebers (dazu unter C.). Gleichwohl hätte der Senat ohne Bruch mit der bisherigen Dogmatik auch zum gegenteiligen verfassungsrechtlichen Ergebnis kommen können, weil gleich mehrere seiner argumentativen Annahmen – insbesondere über die Wirkung der geltenden Regelungen und die bestehenden Gestaltungsanreize – zweifelhaft sind (dazu unter D.). Jenseits der verfassungsrechtlichen Beurteilung lässt sich der bestehende status quo rechtspolitisch kritisieren, weshalb die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zugleich den Auftakt für einen politischen Reformprozess bilden sollte (dazu unter E.).

## B. Rechtshistorischer und -systematischer Hintergrund der Entscheidung

Gegenstand der verfassungsgerichtlichen Entscheidung ist vereinfacht ausgedrückt die Frage, ob der Steuergesetzgeber die Kosten einer erstmaligen Berufsausbildung oder eines Erststudiums außerhalb eines Dienstverhältnisses („Erstausbildungskosten“), schlechter behandeln darf als die Kosten einer Bildungsmaßnahme (Ausbildung, Umschulung, Studium), die auf eine solche Erstausbildung folgt („Fortbildungskosten“). Während Fortbildungskosten und die Kosten einer erstmaligen Berufsausbildung, die innerhalb eines Dienstverhältnisses stattfindet (z.B. eines dualen (Fachhochschul-)Studiums oder einer handwerklichen oder kaufmännischen dualen Berufsschulausbildung), als Betriebsausgaben oder Werbungskosten abgezogen werden können, sind Erstausbildungskosten nur als Sonderausgaben berücksichtigungsfähig. Unterschiede zwischen den Kategorien ergeben sich insbesondere dann, wenn die abzugsfähigen Aufwendungen die in dem jeweiligen Jahr steuerpflichtigen Einkünfte übersteigen: Betriebsausgaben und Werbungskosten führen zu negativen Einkünften, die solange in die Zukunft vorgetragen werden können, bis der Steuerpflichtige positive Einkünfte erzielt (§ 10d Abs. 2 EStG). Sonderausgaben können hingegen nur im Zeitraum der jeweiligen Zahlung berücksichtigt und nicht in die Zukunft vorgetragen werden. Der Abzug von Erstausbildungskosten ist darüber hinaus auf 6.000 € jährlich beschränkt (§ 10 Abs. 1 Nr. 7 EStG).

Die Differenzierung zwischen Erstausbildungskosten (mit ihrer Binnendifferenzierung zwischen Kosten einer Erstausbildung innerhalb und außerhalb eines Dienstverhältnisses) und Fortbildungskosten findet sich heute in § 4 Abs. 9, § 9 Abs. 6 und § 10 Abs. 1 Nr. 7 EStG. Während der Sonderausgabenabzug für Erstausbildungskosten (§ 10 Abs. 1 Nr. 7 EStG) bereits seit Ende der 1960er Jahre besteht,[2] wurden die Abzugsverbote für Betriebsausgaben (§ 4 Abs. 9 EStG) und Werbungskosten (§ 9 Abs. 6 EStG) erst im Jahr 2011 – allerdings rückwirkend auf den 1.1.2004 – eingeführt.[3] Damit sollte ein Rechtsprechungswechsel auf gesetzlichem Wege rückgängig gemacht werden: Jahrzehntelang entsprach es ständiger finanzgerichtlicher Rechtsprechung, Erstausbildungskosten vom Betriebsausgaben- oder Werbungskostenabzug auszunehmen, weil es an einem hinreichenden Veranlassungszusammenhang zu einer (späteren) beruflichen Tätigkeit fehle.[4] Diese Rechtsprechungslinie ließ sich bis auf die These des Reichsfinanzhofs zurückführen, in einer Erstausbildung würden die „für den Lebenskampf notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten“ vermittelt, weshalb die Aufwendungen für eine solche Ausbildung der privaten Lebensführung zuzuordnen seien.[5] Die daraus resultierende unterschiedliche steuerliche Behandlung von Ausbildungs- und Fortbildungskosten hatte auch eine Kammer des zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts als mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbare Typisierung akzeptiert.[6] In Abkehr von diesen etablierten Grundsätzen entschied der sechste Senat des Bundesfinanzhofs mit drei Urteilen aus den Jahren 2002[7] und 2003[8], auch die Kosten einer

* Dipl.-Finw. (FH) Tim Maciejewski, LL.B. ist wissenschaftlicher Mitarbeiter bei Prof. Dr. Birgit Weitemeyer am Lehrstuhl für Steuerrecht an der Bucerius Law School, Hamburg.

1 BVerfG, DStR 2020, 93.

2 Erstmalig wurde durch das Steueränderungsgesetz 1968 v. 20.2.1969 (BGBl. I 1969, 141) ein Sonderausgabenabzug mit einem Höchstbetrag von 900 DM eingeführt, der sich auf 1.200 DM erhöhte, wenn der Steuerpflichtige während der Ausbildung auswärtig untergebracht war. Die Höchstbeträge wurden durch das Jahressteuergesetz 1996 v. 11.10.1995 (BGBl. I 1995, S. 1250) auf 1.800 DM bzw. 2.400 DM verdoppelt und sodann durch das Steuer-Euroglättungsgesetz v. 19.12.2000 (BGBl. I 2000, S. 1790) auf 920 € bzw. 1.227 € umgestellt und erhöht. Mit dem Gesetz zur Änderung der Abgabenordnung v. 21.7.2004 (BGBl. I 2004, S. 1753) wurde ein einheitlicher Höchstbetrag von 4.000 € geschaffen und schließlich durch das Beitreibungsrichtlinie-Umsetzungsgesetz v. 7.12.2011 (BGBl. I 2011, S. 2592) auf 6.000 € erhöht.

3 Eingeführt durch das Beitreibungsrichtlinie-Umsetzungsgesetz v. 7.12.2011 (BGBl. I 2011, S. 2592); zur Rückwirkung siehe § 52 Abs. 12 S. 11, Abs. 23d S. 5 und Abs. 30a EStG i.d.F. des BeitrRLUmsG.

4 Vgl. nur den Überblick über die bis dahin bestehende Rechtsprechungspraxis in BFHE 201, 156, Rn. 10-17; BFHE 201, 211, Rn. 13-19.

5 RFH, RStBl. 1937, 1089, 1090.

6 BVerfG, DStR 1993, 1403, Rn. 2.

7 BFHE 201, 156, Rn. 22-33.; BFHE 201, 211, Rn. 24-34.

8 BFHE 202, 314, Rn. 12-22.

erstmaligen Berufsausbildung könnten Werbungskosten oder Betriebsausgaben darstellen und damit im Rahmen eines Verlustvortrags (§ 10d Abs. 2 EStG) mit Einnahmen aus einer späteren beruflichen Tätigkeit verrechnet werden. Von dieser Rechtsprechungsänderung profitierten vor allem Studierende an Universitäten, die nunmehr die Kosten eines Erststudiums, das auf eine spätere berufliche Tätigkeit vorbereiten soll, steuerlich geltend machen konnten. Zehntausende Steuerpflichtige gingen daraufhin mit Änderungsanträgen, Einsprüchen oder Klagen gegen bereits ergangene Einkommensteuerbescheide vor oder reichten Einkommensteuererklärungen für vergangene Jahre nach.

Der Gesetzgeber reagierte wenige Monate später zunächst mit der Einführung eines Abzugsverbots für Erstausbildungskosten in § 12 Nr. 5 EStG und damit in gesetzessystematischer Nähe zum Abzugsverbot für die Kosten der privaten Lebensführung (§ 12 Nr. 1 EStG).[9] Da allerdings die Regelungen in § 12 EStG nach ihrem Einleitungssatz nur greifen, soweit (u.a.) in § 10 Abs. 1 Nr. 7 EStG nichts anderes geregelt ist und der Einleitungssatz zu § 10 Abs. 1 EStG wiederum die Regelungen zum Werbungskosten- und Betriebsausgabenabzug für vorrangig erklärt, nahm der sechste Senat des Bundesfinanzhofs in drei Entscheidungen aus dem Jahr 2011[10] zu den Streitjahren 2004 und 2005 an, die Neuregelung in § 12 Nr. 5 EStG ändere nichts daran, dass Erstausbildungskosten, die regelmäßig beruflich veranlasst seien, als Betriebsausgaben oder Werbungskosten abgezogen werden können. Nur insoweit sie nicht beruflich veranlasst seien, greife der Sonderausgabenabzug in § 10 Abs. 1 Nr. 7 EStG und jenseits dessen Anwendungsbereichs (insbesondere, wenn der Höchstbetrag überschritten ist) das Abzugsverbot in § 12 Nr. 5 EStG. Die erkennbare Absicht des Gesetzgebers, mit dem Abzugsverbot einen unbeschränkten Abzug von Erstausbildungskosten auszuschließen, schlage sich angesichts der unverändert gebliebenen Einleitungssätze zu § 12 und § 10 EStG nicht hinreichend klar im Gesetzestext nieder.[11] Damit stellte der Senat gesetzessystematische Erwägungen in den Vordergrund, die bereits in seinen Entscheidungen aus den Jahren 2002[12] und 2003[13] angeklungen waren. Insoweit er demgegenüber § 12 Nr. 5 EStG in zwei früheren Entscheidungen eine typisierende Wirkung entnommen hatte, hielt er an diesen Erwägungen ausdrücklich nicht mehr fest.[14]

Wenig überraschend[15] blieben diese Entscheidungen nicht ohne Widerspruch: Die Finanzverwaltung wendete sie nicht über den entschiedenen Einzelfall hinaus an[16] und der Gesetzgeber ergänzte noch im Jahr 2011 die Regelungen zum Betriebsausgaben- und Werbungskostenabzug rückwirkend zum 1.1.2004 um die heute noch gültigen Abzugsverbote. Der sechste Senat des Bundesfinanzhofs legte daraufhin in seinen ersten Entscheidungen zur neuen Rechtslage dem Bundesverfassungsgericht die Frage vor, ob diese Abzugsverbote mit dem Grundgesetz vereinbar sind.[17]

An der Genese der Vorschriften lassen sich einige Besonderheiten der Gewaltenteilung im Steuerrecht[18] illustrieren: Steuerrecht ist Massenrecht[19] und die Anwendung der einfachgesetzlichen Vorgaben wird durch verwaltungsinterne Richtlinien der Finanzverwaltung weitgehend vereinheitlicht.[20] Dadurch stellt sich dieselbe Rechtsfrage häufig in zehntausenden Veranlagungsverfahren und entsprechende Gerichtsverfahren vor dem Bundesfinanzhof werden – begünstigt durch den Einsatz verschiedener verfahrensrechtlicher Instrumente[21] – zumindest faktisch zu Musterverfahren: Die Entscheidung des Bundesfinanzhofs legt nicht nur im konkret-individuellen Fall den Streit zwischen den Parteien bei, sondern entfaltet zumindest faktisch regelmäßig maßgebliche Orientierungswirkung für eine Vielzahl von Parallelfällen. Die Finanzverwaltung behält sich allerdings vor, die Finanzämter anzuweisen, eine Entscheidung des Bundesfinanzhofs über den entschiedenen Einzelfall hinaus nicht zur Auslegung der maßgeblichen Rechtsnormen heranzuziehen. Ein solcher Nichtanwendungserlass ist insbesondere dann brisant, wenn der Entscheidung in der Folge durch eine (nicht selten rückwirkende) gesetzgeberische Neuregelung die argumentative Grundlage entzogen wird, bei deren Erlass wiederum regelmäßig dem Bundesfinanzministerium eine maßgebliche initiierende und beratende Rolle zukommt. Durch die Kombination von Nichtanwendungserlass und (rückwirkendem) Nichtanwendungsgesetz wird es anderen Steuerpflichtigen im Ergebnis häufig weitgehend unmöglich gemacht, sich auf eine für sie günstige Entscheidung des Bundesfinanzhofs zu berufen.

---

9 Gesetz zur Änderung der Abgabenordnung v. 21.7.2004 (BGBl. I 2004, 1753); die Neuregelung war (unecht) rückwirkend anwendbar ab dem 1.1.2004 (Art. 6 Abs. 2 des Gesetzes zur Änderung der Abgabenordnung).

10 BFHE 234, 262, Rn. 16-21; BFHE 234, 271, Rn. 15-17; BFHE 234, 279, Rn. 13-16.

11 BFHE 234, 262, Rn. 22-24; BFHE 234, 271, Rn. 20-22; BFHE 234, 279, Rn. 19-21.

12 BFHE 201, 156, Rn. 26; BFHE 201, 211, Rn. 27.

13 BFHE 202, 314, Rn. 15.

14 BFHE 234, 26, Rn. 28; BFHE 234, 271, Rn. 26; BFHE 234, 279, Rn. 25; in den konkreten Fällen hatte der BFH die Norm indes jeweils aus verfassungsrechtlichen Gründen teleologisch reduziert.

15 Vgl. nur die Vorhersage einer gesetzgeberischen Reaktion bei *Weitemeyer/Süß*, NJW 2011, 2844, 2847.

16 Die Entscheidungen wurden erst zu einem Zeitpunkt im Bundessteuerblatt II veröffentlicht und damit verwaltungsintern für allgemein anwendbar erklärt, in dem bereits die neu geschaffenen rückwirkenden § 4 Abs. 9 EStG und § 9 Abs. 6 EStG in Kraft waren.

17 BFHE 247, 25; BFHE 247, 64; der achte Senat des Bundesfinanzhofs hielt die Neuregelung demgegenüber für verfassungskonform; BFHE 243, 486, Rn. 13-22.

18 Ein instruktiver Überblick über diese und andere Besonderheiten findet sich bei *F. Kirchhof*, JZ 2018, 1068 ff.

19 Nach Angaben des Bundesfinanzministeriums gibt es in Deutschland ca. 40 Millionen einkommensteuerpflichtige natürliche Personen und ca. 3,3 Millionen steuerpflichtige Unternehmen; vgl. Bundesministerium der Finanzen, Datensammlung zur Steuerpolitik, Ausgabe 2018, S. 37 ff., 63, abrufbar unter www.bundesfinanzministerium.de. Neben die laufenden Veranlagungsverfahren treten ca. 3,5 Millionen Einspruchsverfahren und ca. 60.000 finanzgerichtliche Klagen; vgl. Bundesministerium der Finanzen, Statistik über die Einspruchsbearbeitung in den Finanzämtern im Jahr 2017, abrufbar unter www.bundesfinanzministerium.de.

20 Neben Richtlinien und Hinweisen, die – vergleichbar mit einem Gesetzeskommentar – die Auslegung sämtlicher Vorschriften eines bestimmten Gesetzes erläutern (z.B. EStR, KStR) und von der Bundesregierung mit Zustimmung des Bundesrats erlassen werden (Art. 108 Abs. 7 GG), sind in der Praxis insbesondere sog. BMF-Schreiben von Bedeutung, die vom Bundesfinanzministerium in Abstimmung mit den obersten Finanzbehörden der Länder erlassen werden und sich mit einzelnen Normen oder normübergreifenden Problemkomplexen beschäftigen.

21 Insbesondere können Steuerbescheide im Hinblick auf ein vor dem Bundesfinanzhof anhängiges Verfahren vorläufig erlassen (§ 165 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 AO) und Einspruchsverfahren zum Ruhen gebracht werden (§ 363 Abs. 2 S. 2 ff. AO).

Ob der Grundsatz der Gewaltenteilung einem solchen koordinierten Vorgehen Grenzen setzt und inwieweit die von der Finanzverwaltung und vom Gesetzgeber für Nichtanwendungserlasse und -gesetze vorgebrachten Gründe die damit einhergehende Beeinträchtigung des individuellen Vertrauensschutzes und des effektiven Rechtsschutzes rechtfertigen können, soll hier nicht weiter vertieft werden,[22] weil auch das Bundesverfassungsgericht insoweit keine Stellung bezieht: Der sechste Senat des Bundesfinanzhofs hatte in seinen Vorlagebeschlüssen zwar einen möglichen Verstoß gegen das verfassungsrechtliche Rückwirkungsverbot diskutiert, hielt die rückwirkende Anwendung der neu geschaffenen § 4 Abs. 9 und § 9 Abs. 6 EStG aber für gerechtfertigt.[23] Der zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts legte die Vorlage daraufhin dahingehend aus, dass sie sich nicht auf die zeitliche Anwendbarkeit der Regelungen erstreckt[24] und setzte sich dementsprechend überhaupt nicht mit der Frage auseinander, ob die Abfolge von höchstgerichtlicher Entscheidung, Nichtanwendung durch die Finanzverwaltung und rückwirkender gesetzgeberischer Neuregelung Interessen der Steuerpflichtigen verletzt haben könnte. Auch wenn die Genese der Vorschrift damit in der sogleich analysierten verfassungsrechtlichen Argumentation des zweiten Senats keine zentrale Rolle einnimmt, ergibt sich erst aus der Normhistorie die enorme faktische Bedeutung der verfassungsgerichtlichen Entscheidung: Wegen des langjährigen Rechtsstreits und der rückwirkenden gesetzlichen Neuregelung auf den 1.1.2004 wurden vermutlich hunderttausende Veranlagungsverfahren offengehalten. Nimmt man die in den Gesetzgebungsmaterialien geäußerte Befürchtung jährlicher Steuerausfälle von mehr als einer Milliarde Euro durch den Rechtsprechungswechsel des Bundesfinanzhofs ernst,[25] hätte eine andere Entscheidung des zweiten Senats zu Steuererstattungen im zweistelligen Milliardenbereich führen können.

## C. Verfassungsdogmatische Einordnung der Entscheidung

Verfassungsdogmatisch bewegt sich die Entscheidung in weitgehend bekanntem Fahrwasser: Der Steuergesetzgeber hat zwar kein unbegrenztes „Steuererfindungsrecht".[26] Solange er sich aber im Rahmen der in den Art. 105 ff. GG genannten Steuertypen bewegt, ist er bei der Auswahl des Steuergegenstands und des anzuwendenden Steuersatzes weitgehend frei und jenseits von wenig praxisrelevanten Sonderfällen erdrosselnder Besteuerung[27] nicht durch die Freiheitsgrundrechte, sondern nur durch den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) beschränkt.

Dieser garantiert zum einen in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1, Art. 20 Abs. 1 und Art. 6 Abs. 1 GG die steuerliche Freistellung des Existenzminimums des Steuerpflichtigen und seiner Familie.[28] Zum anderen wird er als Gebot der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit (hier vom zweiten Senat als Grundsatz der Steuergerechtigkeit bezeichnet) konkretisiert: Gleich leistungsfähige Steuerpflichtige sollten einer Steuerbelastung in gleicher Höhe unterliegen (horizontale Steuergerechtigkeit), während sich die Besteuerung unterschiedlich leistungsfähiger Steuerpflichtiger in angemessener Weise unterscheiden sollte (vertikale Steuergerechtigkeit).[29] Anhand welcher Merkmale der Gesetzgeber die Leistungsfähigkeit der Steuerpflichtigen misst, ist durch das Leistungsfähigkeitsprinzip aber ebenso wenig vorgegeben wie die Höhe der steuerlichen Belastung. Steuerobjekt und -tarif können weitgehend frei bestimmt werden.[30] Erst wenn der Gesetzgeber diese Auswahl getroffen hat, ergeben sich aus dem Gebot der Folgerichtigkeit[31] strengere Grenzen: Eine einmal getroffene Belastungsentscheidung muss folgerichtig im Sinne einer Belastungsgleichheit umgesetzt werden.[32] Ausnahmen bedürfen eines besonderen sachlichen Grundes,[33] der insbesondere darin liegen kann, dass der Gesetzgeber anhand des tatsächlichen Regelfalls vereinfacht und typisiert[34] oder mit einer Norm außerfiskalische Lenkungs- und Förderzwecke verfolgt.[35]

Im Einkommensteuerrecht verwirklicht der Gesetzgeber die Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit durch das objektive und subjektive Nettoprinzip: Steuerpflichtige Einnahmen sind um erwerbsbezogene Aufwendungen (Betriebsausgaben/Werbungskosten) zu mindern (objektives Nettoprinzip; Bereich der Einkommenserzielung, vgl. insbesondere § 2 Abs. 2 EStG). Private Aufwendungen mindern die steuerliche Bemessungsgrundlage hingegen nur, wenn sie der Existenzsicherung des Steuerpflichtigen dienen bzw. er sich ihnen nicht ohne Weiteres entziehen kann (subjektives Nettoprinzip; Bereich der Einkommensverwendung, vgl. insbesondere §§ 10, 33 EStG).

(Erst-)Ausbildungskosten lassen sich – wie auch die rechtshistorische Entwicklung zeigt[36] – nicht zweifelsfrei nur einem der Bereiche zuordnen, weil bei der Entscheidung für eine berufliche Ausbildung typischerweise sowohl private Vorlieben als auch berufliche Zukunftsaussichten (z.B. erwartbares Gehalt, Aufstiegsmöglichkeiten) berücksichtigt werden. Der sechste Senat des Bundesfinanzhofs geht in seinen Vorlagebeschlüssen davon aus, dass die beruflichen Veranlassungsbeiträge deutlich überwiegen und das Abzugsverbot dementsprechend als Ausnahme vom objektiven Nettoprinzip nach dem Maßstab des Folgerichtigkeitsge-

[22] Dazu demnächst ausführlich *Maciejewski*, Nichtanwendungsgesetze, Dissertation Bucerius Law School, erscheint voraussichtlich im Laufe des Jahres 2020.

[23] BFHE 247, 25, Rn. 106-120; BFH, BFHE 247, 64, Rn. 100-113; ebenso zuvor auch schon der achte Senat BFHE 243, 486, Rn. 14-18.

[24] BVerfG, DStR 2020, 93, Rn. 92.

[25] Vgl. BT-Drs. 15/3339, S. 2.

[26] Vgl. nur BVerfGE 145, 171, Rn. 69-98 m.w.N.

[27] Vgl. nur BVerfGE 82, 60, Rn. 99; BVerfGE 122, 210, Rn. 18; BVerfGE 124, 282, Rn. 24.

[28] Vgl. nur BVerfGE 82, 60, Rn. 100; BVerfGE 122, 210, Rn. 64; BVerfGE 124, 282, Rn. 24.

[29] Vgl. z.B. BVerfGE 116, 164, Rn. 70; BVerfGE 135, 126, Rn. 58; BVerfG, FR 2016, 78, Rn. 28.

[30] Vgl. z.B. BVerfGE 65, 325, Rn. 90; BVerfGE 107, 27, Rn. 51; BVerfGE 126, 400, Rn. 80 jew. m.w.N.

[31] Vgl. schon BVerfGE 23, 242, Rn. 42; zuletzt z.B. BVerfG, BStBl. II 2015, 622, Rn. 40; BVerfG, FR 2016, 78, Rn. 29 m.w.N.

[32] Vgl. z.B. BVerfGE 107, 27, Rn. 51; BVerfG, BVerfGE 120, 1, Rn. 82; BVerfG, FR 2016, 78, Rn. 29.

[33] Vgl. z.B. BVerfGE 116, 164, Rn. 70; BVerfGE 120, 1, Rn. 82; BVerfGE 137, 350, Rn. 41.

[34] Vgl. nur BVerfGE 78, 214, Rn. 36; BVerfGE 110, 274, Rn. 58; BVerfGE 122, 210, Rn. 60.

[35] Vgl. nur BVerfGE 93, 121, Rn. 76; BVerfGE 110, 274, Rn. 59-60; BVerfG, BStBl. II 2015, 50, Rn. 124.

[36] Siehe unter B.

bots gerechtfertigt werden muss.[37] Der zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts wählt hingegen einen anderen dogmatischen Ansatz:[38] Auf einer ersten Stufe stehe es dem Gesetzgeber grundsätzlich bis zur Grenze der Willkür frei, multikausale und multifinale Wirkungszusammenhänge zu gewichten und gemischt veranlasste Kosten entweder dem erwerbsbezogenen oder dem privaten Bereich zuzuordnen. Der Gesetzgeber kann also weitgehend frei wählen, ob das objektive oder das subjektive Nettoprinzip Anwendung finden. Bei der Bestimmung des abzugsfähigen Aufwands bestehe sodann – auf einer zweiten Stufe – ein erheblicher Typisierungsspielraum. Auch wenn danach Aufwendungen verfassungsrechtlich zulässig als privat (mit-)veranlasst qualifiziert werden, müsse der Gesetzgeber allerdings die unterschiedlichen Veranlassungsbeiträge im Lichte betroffener Grundrechte differenzierend würdigen. Daraus könne sich eine Pflicht zur einkommensteuerlichen Berücksichtigung privat (mit-)veranlasster Aufwendungen ergeben.

Diese Maßstäbe wurden in den jüngeren Entscheidungen zu gemischt veranlassten Aufwendungen zumindest nicht mit derselben Klarheit und im Zusammenhang offengelegt: So thematisierte der zweite Senat in seinem Beschluss zur Pendlerpauschale[39] nur den weiten Typisierungsspielraum bei multikausalen und multifinalen Wirkungszusammenhängen (zweite Stufe). In seinem Beschluss zu erwerbsbedingten Kinderbetreuungskosten betonte er hingegen die gesetzgeberische Freiheit, gemischt veranlasste Aufwendungen entweder der Erwerbs- oder der privaten Sphäre zuzuordnen (erste Stufe), ohne insoweit das Willkürverbot ausdrücklich als Grenze zu benennen,[40] und stellte gleichzeitig den verbleibenden Einfluss der Grundrechte heraus (zweite Stufe).[41] Der zweite Senat rekurriert bei der Maßstabsbildung neben den genannten Entscheidungen auf einen bislang kaum kanonisierten Beschluss des ersten Senats aus dem Jahr 1977 zu erwerbsbedingten Aufwendungen für eine Haushaltshilfe, aus dem sich insbesondere das Willkürverbot als Grenze der Zuordnung gemischt veranlasster Aufwendungen ergibt.[42]

Die aktuelle Entscheidung lässt sich damit vielleicht nicht als dogmatische Innovation, wohl aber als gewichtende Zusammenführung verschiedener Begründungsstränge begreifen. Sie fügt sich insoweit schlüssig in die bestehende Dogmatik ein, als sie dem Steuergesetzgeber einen weiten Gestaltungsspielraum einräumt. Dieser zeigt sich vor allem in dem Zuordnungswahlrecht auf der ersten Prüfungsstufe: Der Senat kombiniert hier einen weiten Anwendungsbereich – multikausale und multifinale Wirkungszusammenhänge werden explizit als eigenständige verfassungsrechtliche Kategorie verstanden, die nicht auf Sachverhaltskonstellationen einer gemischten Veranlassung im einfachrechtlichen Sinne beschränkt ist[43] – mit der geringen Prüfungsintensität des bloßen Willkürverbots. Grenzen des Gestaltungsspielraums zeigen sich zum einen in der möglichen Verschärfung dieses Prüfungsmaßstabs hin zu einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung durch Art. 12 GG, die der Senat im vorliegenden Fall zumindest erwägt,[44] und zum anderen im verbleibenden Einfluss der Grundrechte auf der zweiten Prüfungsstufe.

## D. Kritik an der Argumentation des Senats

Auch wenn man den dogmatischen Maßstab des Gerichts als schlüssige Fortentwicklung der bestehenden Dogmatik begreifen kann,[45] bietet die Subsumtion des konkreten Sachverhalts unter diesen Maßstab Raum für Kritik.

Diese muss schon auf der ersten Prüfungsstufe ansetzen. Der Senat lehnt eine Verschärfung des Prüfungsmaßstabs durch Art. 12 GG hin zu einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung mangels objektiv berufsregelnder Tendenz der steuerlichen Abzugsbeschränkungen ab.[46] Entscheidend für die Wahl einer Ausbildung sei (unter anderem) deren Finanzierbarkeit. Für diese spiele die Möglichkeit, Ausbildungskosten (ggfs. auch erst in späteren Veranlagungszeiträumen) steuermindernd geltend zu machen, aber allenfalls eine untergeordnete Rolle. Dem ist entgegenzuhalten, dass steuerliche Abzugsmöglichkeiten zu Einkommensteuererstattungen und damit zu einer faktischen Senkung der Ausbildungskosten führen können. Dies gilt insbesondere, wenn Aufwendungen (teilweise) in die Zeit nach dem Berufseinstieg vorgetragen und mit den dann regelmäßig höheren Einnahmen verrechnet werden können. Unterscheiden sich die steuerlichen Abzugsmöglichkeiten je nach Ausbildungsgang, so kann dies im Ergebnis zu unterschiedlichen Gesamtkosten führen und damit durchaus die Finanzierbarkeit der Ausbildung als wesentliches Auswahlkriterium beeinflussen.

Aber auch wenn man den Maßstab eines bloßen Willkürverbots akzeptiert und mithin für die Zuordnung von Erstausbildungskosten zum Bereich der Privataufwendungen nur sachliche Gründe fordert, ist die folgende Argumentation des zweiten Senats nicht zweifelsfrei: Der Senat sieht die Ungleichbehandlung zwischen den Kosten einer Erstausbildung bzw. eines Erststudiums unmittelbar nach dem Schulabschluss einerseits und daran anschließenden Zweitausbildungen andererseits als sachlich gerechtfertigt an, weil eine Erstausbildung die Person über die Vermittlung von Berufswissen hinaus in einem umfassenderen Sinne präge: Sie biete die Möglichkeit, sich seinen Begabungen und Fähigkeiten entsprechend zu entwickeln und allgemeine Kompetenzen zu erwerben, die nicht zwangsläufig für einen künftigen Beruf notwendig sind.[47] Warum dies nicht in gleichem Maße bei Zweitausbildungen gelten soll, führt der Senat allerdings nicht im Detail aus. Auch eine

[37] BFHE 247, 25, Rn. 69-89; BFHE 247, 64, Rn. 63-83.
[38] BVerfG, DStR 2020, 93, Rn. 111-114.
[39] BVerfGE 122, 210, Rn. 75.
[40] BVerfGE 112, 268, Rn. 75; ebenso zwei Nichtannahmebeschlüsse der ersten Kammer des zweiten Senats zu Altersvorsorgebeiträgen; BVerfG, BStBl. II 2016, 801, Rn. 41 und BVerfG, DStR 2016, 1731, Rn. 52.
[41] BVerfGE 112, 268, Rn. 69; ebenso BVerfGE 107, 27, Rn. 56; BVerfGE 122, 210, Rn. 65; das Bundesverfassungsgericht hat das Gebot zum Abzug eines realitätsgerechten Betrags aus Art. 6 GG hergeleitet für Kosten der auswärtigen Unterbringung eines Kindes des Stpfl., die Kosten einer doppelten Haushaltsführung beidseitig berufstätiger Eltern und erwerbsbedingte Kinderbetreuungskosten.
[42] BVerfGE 47, 1, Rn. 67-68; der Beschluss wurde bislang lediglich in drei Kammerentscheidungen verwertet, von denen nur eine (BVerfG, HFR 1992, 23) über den unmittelbaren Anwendungsbereich der ursprünglichen Entscheidung hinausweist.
[43] BVerfG, DStR 2020, 93, Rn. 111; ebenso schon BVerfGE 122, 210, juris Rn. 72-74.
[44] BVerfG, DStR 2020, 93, Rn. 119-121.
[45] Ebenso *Kanzler*, FR 2020, 324, 325.
[46] BVerfG, DStR 2020, 93, Rn. 119-121.
[47] BVerfG, DStR 2020, 93, Rn. 124.

Zweitausbildung kann dem Steuerpflichtigen Kenntnisse und Fähigkeiten vermitteln, die außerhalb eines Berufs nutzbar sind und die Entwicklung einer Person maßgeblich fördern. Generell dürfte in einer Wissensgesellschaft und angesichts des – den beruflichen und privaten Bereich gleichermaßen prägenden – technologischen Fortschritts die Differenzierung zwischen rein beruflich und allgemein nutzbaren Kenntnissen und Fähigkeiten m.E. zunehmend diffizil werden. Schließlich leuchtet es vor diesem Hintergrund auch nur bedingt ein, dass eine Erstausbildung im Rahmen eines Dienstverhältnisses gänzlich anders zu beurteilen sein soll, nur weil hier eine dienstliche Pflicht zum Besuch der Ausbildungsveranstaltungen besteht und bereits eine Erwerbstätigkeit ausgeübt wird.[48]

Weiter argumentiert der Senat, der Zusammenhang zwischen einer Erstausbildung und einem später ausgeübten konkreten Beruf sei typischerweise nur gering ausgeprägt, weil Erstausbildungen regelmäßig breit angelegt seien. Es existierten insbesondere eine Vielzahl von Studiengängen, die nicht unmittelbar in ein konkretes Berufsfeld mündeten und umgekehrt Berufe, für die es nicht maßgeblich auf ein bestimmtes Studium ankomme.[49] Häufig sei daher unsicher, ob die Erstausbildung überhaupt kausal für eine berufliche Tätigkeit werde und gegebenenfalls für welche.[50] Diese Charakterisierung schränkt der Senat sodann selbst für die – in den verfahrensrechtlichen Ausgangssachverhalten streitgegenständliche – Erstausbildung zum Berufspiloten ein: Hier bestehe zwar ein konkreter Zusammenhang zu einer bestimmten zukünftigen Tätigkeit, es handele sich aber um eine zahlenmäßig unbedeutende Sonderkonstellation, die der Gesetzgeber unter Typisierungsgesichtspunkten vernachlässigen dürfe.[51] Dass der Senat hier auf eine Verknüpfung zu einem konkreten Beruf abstellt, ist vor dem Hintergrund der Systematik des geltenden Einkommensteuerrechts zumindest überraschend: Einfachrechtlich ist für die Abgrenzung der Erwerbs- von der Privatsphäre allein entscheidend, dass der Steuerpflichtige mit einer gewissen Nachhaltigkeit positive Einkünfte erzielen möchte (Einkünfteerzielungsabsicht).[52] Aus einfachrechtlicher Perspektive sind damit die Ausbildungen zum Berufspiloten kein atypischer Ausnahmefall einer hinreichend konkreten Verknüpfung zwischen Ausbildung und späterer Tätigkeit, sondern eine solche liegt jedenfalls auch bei allen Ausbildungsgängen vor, die typischerweise zu irgendeiner Erwerbstätigkeit führen. Dies trifft angesichts der geringen Arbeitslosenquoten unter Akademikern insbesondere für die überwiegende Zahl der Hochschulstudiengänge zu.[53]

Zwar betont der Senat die Unterschiede zwischen der einfachrechtlichen (gemischten) Veranlassung und dem verfassungsrechtlichen Maßstab der multikausalen und multifinalen Wirkungszusammenhänge,[54] sodass eine Anlehnung an den einfachrechtlichen Maßstab für die verfassungsrechtliche Argumentation keineswegs zwingend ist. Der Senat rekurriert in der Folge aber selbst auf die einfachrechtliche Abgrenzung: Er hält die Zuordnungsentscheidung des Gesetzgebers jedenfalls deswegen für sachlich gerechtfertigt, weil sogar die Kosten einer stark auf einen bestimmten späteren Beruf ausgerichteten Erstausbildung zumindest auch privat mitveranlasst seien. Da es an objektivierbaren Kriterien für die Abgrenzung zwischen den beruflichen und privaten Veranlassungsbeiträgen fehle und der private Veranlassungsbeitrag nicht völlig unbedeutend sei, habe der Gesetzgeber typisierend annehmen dürfen, dass es sich bei Erstausbildungskosten um untrennbar gemischt veranlassten und damit nach den vom Bundesfinanzhof[55] zum einfachen Recht aufgestellten Grundsätzen um nicht abzugsfähigen Aufwand handele.[56] Diese Argumentation erscheint insbesondere deshalb angreifbar, weil der vorlegende sechste Senat des Bundesfinanzhofs Erstausbildungskosten nicht als untrennbar gemischt veranlasste und deshalb nicht abzugsfähige, sondern vielmehr als geradezu prototypisch (jedenfalls weit überwiegend) beruflich veranlasste Aufwendungen qualifiziert[57] und das Bundesverfassungsgericht regelmäßig die Verantwortung der Fachgerichte (insbesondere der höchsten Bundesgerichte) zur verbindlichen Auslegung des einfachen Rechts betont.[58]

Zumindest zeigt die gänzlich abweichende Einschätzung des vorlegenden Gerichts, dass die Motivationslage bei Erstausbildungskosten nicht ohne Weiteres als im Wesentlichen durch private Veranlassungsbeiträge geprägt beschrieben werden kann. Dementsprechend ist es auch zweifelhaft, wenn der Senat die Ungleichbehandlung von Erst- und Zweitausbildungen nicht nur für zulässig, sondern für naheliegend hält, weil Zweitausbildungen ganz unterschiedlichen Zwecken dienen können – von einer Spezialisierung in einem bereits ausgeübten Beruf bis zu einer vollständigen beruflichen Neuorientierung – und dies für eine Einzelfallbeurteilung der steuerrechtlichen Veranlassung und gegen eine typisierende Regelung spricht.[59]

Betrachtet man abschließend noch die Erwägungen des Zweiten Senats zur zweiten Prüfungsstufe, so können auch diese nicht vollends überzeugen. Zwar mag der eingeräumte beschränkte Abzug der Erstausbildungskosten nicht das Gebot der steuerlichen Freistellung des Existenzminimums verletzen. Insoweit der Senat den de lege lata in § 10 Abs. 1 Nr. 7 EStG eingeräumten Sonderausgabenabzug indes auch im Lichte der Berufsfreiheit für ausreichend hält, erscheint die Begründung unter zwei Gesichtspunkten als verkürzt:

Zum einen mag man zwar mit Blick auf die absoluten Beträge darin übereinstimmen, dass der Höchstbetrag der abzugsfähigen Sonderausgaben von 4.000 € (im Streitjahr) bzw. jetzt 6.000 € die erforderlichen jährlichen Kosten für

[48] BVerfG, DStR 2020, 93, Rn. 139 f.; insoweit ebenfalls kritisch *Kanzler* (Fn. 45), 325.
[49] BVerfG, DStR 2020, 93, Rn. 126-127.
[50] BVerfG, DStR 2020, 93, Rn. 129; hierin sieht der Senat einen maßgeblichen Unterschied zu Kosten für die Wege zwischen Wohnung und Arbeitsstätte, die zwar auch – nach verfassungsrechtlichem Maßstab – gemischt veranlasst seien, aber in einem deutlich konkreteren Zusammenhang mit der ausgeübten Berufstätigkeit stünden.
[51] BVerfG, DStR 2020, 93, Rn. 130.
[52] Vgl. grundlegend nur BFHE 141, 405, Rn. 182-184.
[53] Ebenso schon BFHE 247, 25, Rn. 74-75; BFHE 247, 64, Rn. 68-69.
[54] BVerfG, DStR 2020, 93, Rn. 111; ebenso schon BVerfGE 122, 210, Rn. 72-74.
[55] BFHE 227, 1, Rn. 91 ff.
[56] BVerfG, DStR 2020, 93, Rn. 131-134.
[57] BFHE 247, 25, Rn. 69; BFHE 247, 64, Rn. 63.
[58] Vgl. nur BVerfGE 111, 54, Rn. 235; BVerfGE 126, 369, Rn. 73; BVerfGE 135, 1, Rn. 48.
[59] BVerfG, DStR 2020, 93, Rn. 135-136.

eine Erstausbildung in der überwiegenden Zahl der Fälle[60] realitätsgerecht abbildet.[61] Insbesondere für den großen Teil der Studierenden, die während des Erststudiums noch keine eigenen Einkünfte in einer Höhe erzielen, die normalerweise zu einer Einkommensteuerbelastung führen würden, läuft dieser Sonderausgabenabzug aber ins Leere. Mangels Vortragsmöglichkeit in die Zeit nach dem Berufseinstieg wird ihre verringerte steuerliche Leistungsfähigkeit durch das geltende Recht damit im Ergebnis nicht realitätsgerecht, sondern gar nicht berücksichtigt. Während der Ausbildung können von der aktuellen Rechtslage regelmäßig nur Steuerpflichtige profitieren, die von ihren Eltern andere Einkunftsquellen wie vermietete Immobilien – ggfs. nur vorübergehend im Wege eines Zuwendungsnießbrauchs – übertragen bekommen haben, sodass die Einkünfte aus diesen Quellen um die Sonderausgaben gemindert werden können.[62]

Zum anderen scheint der Senat davon auszugehen, dass die geltende Rechtslage vor allem den steuerlichen Abzug bei besonders kostspieligen Ausbildungen beschränkt, wenn er betont, dass die Berufsfreiheit keinen Anspruch auf eine uneingeschränkte steuerliche Entlastung für Erstausbildungsaufwand in beliebiger Höhe gewähre und der Gesetzgeber berücksichtigen dürfe, dass der Staat die Ausbildung bereits durch die Bereitstellung des öffentlichen Bildungswesens und durch Leistungen nach dem Bundesausbildungsförderungsgesetz fördert.[63] Allerdings kann die Zahlung der Gebühren privater Bildungsanbieter, die regelmäßig den größten Teil der Kosten derartiger Ausbildungen ausmachen, und damit auch der Zeitpunkt ihres steuerlichen Abzugs (§ 11 Abs. 2 S. 1 EStG) in die Phase der Berufstätigkeit verlagert werden: Die Bildungsanbieter können die Gebühren entweder langfristig stunden oder ihren Studierenden (ggfs. über einen Bildungsfonds) umgekehrte Generationenverträge anbieten, bei denen die Höhe der zu zahlenden Gebühren abhängig ist von den nach Abschluss der Ausbildung erzielten Einkünften. In beiden Fällen entsteht eine wirtschaftliche Belastung der Studierenden erst nach Abschluss des Studiums, sodass die Studienkosten auch erst zu diesem Zeitpunkt steuerlich geltend gemacht werden können.[64] Soweit geleistete Zahlungen an die Bildungseinrichtung auf den Zeitraum der Erstausbildung entfallen, begrenzt § 10 Abs. 1 Nr. 7 EStG dann zwar den Umfang der abzugsfähigen Kosten.[65] Es verbleibt aber immer noch eine substanzielle steuerliche Entlastung, die gerade Auszubildende und Studierende an öffentlichen Bildungseinrichtungen angesichts der fehlenden Gestaltungsmöglichkeiten für sonstige Ausbildungskosten nicht in Anspruch nehmen können.

## E. Fazit und rechtspolitische Konsequenzen des Beschlusses

Die zuletzt angesprochenen Punkte weisen auf den rechtspolitisch unbefriedigenden Zustand der aktuellen steuerrechtlichen Regelungen hin: Erst- und Zweitausbildungskosten können insbesondere dann steuerlich geltend gemacht werden, wenn Auszubildende bereits über erhebliche eigene Einkünfte verfügen. Alternativ kann es während einer Zweitausbildung steuerlich attraktiv sein, seinen Lebensunterhalt vollständig aus den nicht steuerbaren Unterhaltsleistungen der Eltern zu bestreiten, um die durch die Ausbildungskosten entstehenden und (anders als während der Erstausbildung) vortragsfähigen Verluste möglichst ungeschmälert mit Einkünften aus einem späteren Beruf verrechnen zu können. Beide Gestaltungswege stehen regelmäßig nur für Kinder aus finanziell besser gestellten Verhältnissen zur Verfügung. Studierende, die sich ihren Lebensunterhalt durch vergleichsweise niedrige Einkünfte aus einer selbständigen oder unselbständigen Nebentätigkeit oder durch BAföG-Leistungen selbst finanzieren müssen, können ihre Kosten hingegen kaum steuerlich geltend machen. Damit begünstigt das geltende Recht bestehende und vielfach kritisierte Ungerechtigkeiten im deutschen Bildungssystem.[66]

Der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts hat die geltende Rechtslage für verfassungskonform erklärt – was sich, wie gezeigt, unter verschiedenen Aspekten kritisieren lässt – und damit den Gestaltungsspielraum des Steuergesetzgebers erneut gestärkt. Der Gesetzgeber sollte diese Entscheidung nicht als Freifahrtschein begreifen, den Status quo unverändert zu lassen, sondern vielmehr als Aufruf, das Steuerrecht bewusst als Gestaltungsmittel zu nutzen. So könnte er beispielsweise – konzeptionell angelehnt an den Spendenvortrag in § 10b Abs. 1 S. 9 EStG oder den Vortrag für Spenden in den Vermögensstock einer Stiftung (§ 10b Abs. 1a EStG) – die Möglichkeit schaffen, auch Erstausbildungskosten, die sich im Jahr der Zahlung steuerlich nicht auswirken, in zukünftige Veranlagungszeiträume vorzutragen. Der maximale Abzug pro Jahr würde durch den Höchstbetrag in § 10 Abs. 1 Nr. 7 EStG auch dann auf 6.000 € beschränkt und die Steuermindereinnahmen dementsprechend kalkulierbar bleiben. Zudem könnte der Gesetzgeber die fiskalischen Auswirkungen der Reform begrenzen, indem er bestehende Doppelbegünstigungen mit dem Familienleistungsausgleich abbaut.[67] Dem Bund böte sich mit einer solchen Regelung die Chance, jenseits föderaler Kompetenzstreitigkeiten[68] einen Beitrag zur Bildungsförderung und zur Verbesserung der Bildungsgerechtigkeit zu leisten.

---

[60] Höhere Kosten können beispielsweise bei ausbildungsbedingten Auslandsaufenthalten entstehen, vgl. dazu im Detail *Maciejewski*, FR 2018, 452 ff.

[61] BVerfG, DStR 2020, 93, Rn. 148.

[62] Zu Gestaltungsmöglichkeiten im Detail *Maciejewski*, FR 2020, im Erscheinen.

[63] BVerfG, DStR 2020, 93, Rn. 149.

[64] *Weitemeyer/Süß* (Fn. 15), 2848-2849; *Maciejewski* (Fn. 62), im Erscheinen.

[65] Soweit eine Zahlung sowohl Gebühren für eine Erst- als auch für eine darauf folgende Fortbildung abdeckt – beispielsweise, weil an einer Bildungseinrichtung mehrere aufeinander aufbauende Ausbildungsabschnitte absolviert werden – ist die Zahlung nach objektivierbaren Kriterien (z.B. nach Zeitanteilen oder dem Verhältnis der Gebühren zueinander) aufzuteilen.

[66] Vgl. zur Stagnation Deutschlands bei der Bildungsmobilität nach oben im Bereich der tertiären Bildung nur *OECD*, Bildung auf einen Blick: OECD Indikatoren, Ländernotiz Deutschland, 2017, S. 3; abrufbar unter www.oecd.org.

[67] Vgl. zur Problemstellung und möglichen Lösungen nur *Kanzler*, FR 2003, 722, 723; *Drenseck*, DStR 2004, 1766, 1772; *Prinz*, FR 2005, 229, 236, *Ismer*, FR 2011, 846, 852; zum hier nur angedeuteten Reformvorschlag ausführlich *Maciejewski* (Fn. 62), im Erscheinen.

[68] Vgl. zum Streit um die Erweiterung der Kompetenzen des Bundes für Finanzhilfen in Bildungsinfrastruktur und die in diesem Zusammenhang erfolgten Änderungen des Grundgesetzes in Art. 104b und 104c GG nur *Battis/Eder*, NVwZ 2019, 592, 592-595 m.w.N.

Nina Czubayko*

# Regulierung von Leerverkäufen und Short Seller-Aktivismus

## A. Einführung

Seit 2016 machte die Regulierung von Leerverkäufen[1] vor allem im Zusammenhang mit sogenannten „Short Seller-Attacken" Schlagzeilen.[2] Unter einer Short Seller-Attacke[3] versteht man den Erwerb einer Netto-Leerverkaufsposition[4] der Aktien eines Unternehmens im Zusammenhang mit der Veröffentlichung negativer Informationen über das betreffende Unternehmen. Der Leerverkäufer hofft, einen Kursrutsch des Unternehmens auszulösen und sich anschließend zu einem niedrigeren Preis mit Aktien des Unternehmens einzudecken, um die bestehende Verkaufsverpflichtung zu erfüllen.[5] Deutscher Präzedenzfall einer SSA ist der Fall des DAX-30-Unternehmens Wirecard, welches 2019 mutmaßliches Opfer einer SSA in Kooperation mit der *Financial Times* wurde.[6] Dieser Beitrag widmet sich der Frage, ob Leerverkäufe angesichts des vermehrten Auftretens von SSA ausreichend reguliert sind. Folglich wird zunächst der Regulierungsbedarf von Leerverkäufen erläutert (B.). Danach wird u.a. anhand des Wirecard-Falles untersucht, auf welche Art und Weise die bestehende Regulierung von Leerverkäufen SSA Grenzen setzt (C.) und die vorhandenen Regulierungsmechanismen werden aus rechtsökonomischer Perspektive gewürdigt (D.). Der Beitrag endet mit einem Fazit (E.).

## B. Regulierungsbedürftigkeit und Bewertungsmaßstab

Weil das Sicherstellen des Funktionierens der Finanzmärkte der Zielsetzung des Gesetzgebers entspricht[7] und somit den relevanten Maßstab zur Beurteilung von Regulierungsmaßnahmen darstellt,[8] ist die Regulierung von Leerverkäufen dann sinnvoll, wenn sie auf angemessene Weise die Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte fördert. Für einen funktionierenden Finanzmarkt ist es von höchstem Interesse, dass Preise möglichst die Realwerte der Aktien eines Unternehmens abbilden.

Professionelle Leerverkäufer speisen durch die Leerverkäufe effektiv negative Entwicklungserwartungen in den Markt ein, wodurch die Gefahr von überbewerteten Aktien verringert wird, was wiederum die *Preiseffizienz* steigert und Informationsdefizite/-asymmetrien abbaut.[9] Durch zahlreiche Studien wurde darüber hinaus nachgewiesen, dass Leerverkäufe einen positiven Einfluss auf die *Liquidität* eines Marktes haben, weil sie angebotserhöhend wirken und zudem Volatilität abbauen.[10] Bei Börsengängen und Kapitalerhöhungen werden Leerverkäufe außerdem als Mittel von Emissionsbanken genutzt, um den Kurs des emittierten Wertpapiers zu stabilisieren und so das Anlegervertrauen aufrechtzuerhalten.[11]

Auf der anderen Seite wohnt Leerverkäufen, insbesondere im Zusammenhang mit einer SSA, ein gesteigertes Risiko von *Marktmissbrauch* inne.[12] Marktmissbrauch beeinträchtigt die allokative Effizienz eines Marktes, denn soweit Anleger irregeführt werden, kann sich der Kurs der Aktie vom eigentlichen Wert fortentwickeln.[13] Dadurch wird zudem das Anlegervertrauen geschwächt, das von großer Bedeutung für das Funktionieren von Finanzsystemen ist.[14]

Ebenfalls marktschädigend kann es wirken, wenn Aufträge nicht ordnungsgemäß abgewickelt werden (können), weil entweder der Leerverkäufer von vornherein keine Erfüllungsabsicht hatte oder aber der Markt für das verkaufte Finanzinstrument zwischenzeitlich illiquide geworden ist.[15]

Außerdem werden Leerverkäufe vielfach als Grund für unaufhaltsame *Abwärtsspiralen* von Kursen angesehen, die schlimmstenfalls Unternehmensinsolvenzen auslösen können,[16] indem durch Herdenverkäufe das Angebot immer weiter angehoben wird.[17] Schließlich können auf Grund einer fehlerhaften Einschätzung des Potentials einer Aktie getätigte Leerverkäufe diese ursprünglich fehlerhafte Einschätzung erst wahr werden lassen, weshalb Leerverkäufe auch als *Self-fulfilling Prophecy* bezeichnet werden.[18]

---

* Die Autorin ist Studentin an der Bucerius Law School. Der Beitrag stellt eine gekürzte Fassung ihrer Seminararbeit dar.

1 Im Folgenden wird unter einem Leerverkauf der Verkauf von nicht im Eigentum des Verkäufers befindlichen Aktien verstanden, vgl. *Klingenbrunn*, Produktverbote zur Gewährleistung von Finanzmarktstabilität, Diss. 2018, S. 99.

2 *Mülbert*, Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht (ZHR) 2018, 105; *Hasselbach/Peters*, Betriebs-Berater (BB) 2017, 1347, 1350.

3 Im Folgenden als SSA abgekürzt.

4 Im Folgenden als NLP abgekürzt. Vgl. Art. 3 Abs. 4 SSR (Verordnung (EU) Nr. 236/2012 des europäischen Parlaments und des Rates vom 14. März 2012 über Leerverkäufe und bestimmte Aspekte von Credit Default Swaps).

5 Vgl. *Mülbert*, ZHR 2018, 105.

6 Vgl. Handelsblatt v. 21.07.2019: Wirecard erhebt schwere Anschuldigungen gegen die „Financial Times". Ein rechtskräftiges Urteil ist noch nicht ergangen, vgl. Der Aktionär v. 17.02.2020: Wirecard vs. Financial Times: Gerichtstermin geplatzt – was hat das zu bedeuten?

7 Erwgr. 2 *Mülbert/Sajnovits*, Zeitschrift für Privatwissenschaft (ZfPW) 2016, 1, 23; *Möllers*, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG) 2018, 649.

8 Erwgr. 2 *Schlimbach*, Leerverkäufe, Diss. 2015, S. 58; zur Zielsetzung des europ. Kapitalmarktrechts vgl. *Kirchner/Koch*, Analyse & Kritik (AK) 1989, 111, 115; *Möllers*, Archiv für die civilistische Praxis (AcP), 2008, 1, 6 f.; *Kalss,* in: v. Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre[3], 2015, § 20 Rn. 37.

9 *Klöhn*, Kapitalmarkt, Spekulation und Behavioral Finance, Diss. 2006, S. 27; *Mittermeier*, Zeitschrift für Bankenrecht und Bankwirtschaft (ZBB) 2010, 139, 140.

10 Vgl. *Suttner/Kielholz*, Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft (ORDO) 2011, 101, 104; *Beber/Pagano*, Short-Selling Bans around the World: Evidence from the 2007-09 Crisis, 2011, S. 2.

11 Vgl. *Schlimbach* (Fn. 8), S. 19.

12 *Payne*, European Business Organization Law Review (EBOR) 2012, 413, 416; *Schlimbach* (Fn. 8), S. 47 f.

13 *Payne*, EBOR 2012, 413, 416; *Bayram/Meier*, Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht (BKR) 2018, 55, 56.

14 *Möllers*, AcP 2008, 1, 8; s. *Mülbert/Sajnovits*, ZfPW 2016, 1, 26, 34.

15 S. *Armour/Arwey/Davies/Enriques/Gordon/Mayer/Payne* (Hrsg.), Principles of Financial Regulation, 2016, S. 197.

16 Vgl. *Mittermeier*, ZBB 2010, 139, 141; *Schlimbach* (Fn. 8), S. 44.

17 Zweifelnd *Payne*, EBOR 2012, 413, 416 mit Hinweis auf gegenteilige empirische Studien.

18 Vgl. *Klingenbrunn* (Fn. 1), S. 219 f.; **Krit.** *Fleckner*, in: Molo-

Die positiven und negativen Auswirkungen von Leerverkäufen zeigen, dass ein Regulierungsrahmen eng genug gestaltet sein sollte, um den o.g. Risiken weitestgehend zu begegnen, ohne die positiven Einflüsse von Leerverkäufen auf die Finanzmärkte zu unterbinden.[19]

## C. Bestehende Grenzen von SSA durch Leerverkaufsregulierungen

Im Folgenden soll untersucht werden, welche Anforderungen bestehende Regulierung an SSA stellt bzw. wie diese Short Seller-Aktivismus eingrenzen.

### I. Anforderungen aus dem Transparenzregime

Positive Anforderungen an Leerverkäufer werden durch die bestehenden Transparenzregelungen der Art. 5 bis 11 SSR aufgestellt, die Melde- und Offenlegungspflichten für NLP nach gestaffelten Schwellenwerten vorsehen.[20] Sinn und Zweck der Transparenzregelungen ist es, die effiziente Kontrolle von problematischen Leerverkäufen durch die Behörde zu gewährleisten.[21] Die übermittelten Daten stellen Indizien für die Behörde dar, wann und ob ihre Eingriffsbefugnisse (dazu unter C.III.) einzusetzen sind oder ob und gegen wen gegebenenfalls Verfahren wegen Marktmissbrauchs einzuleiten sind (dazu unter C.II.). Anhaltspunkte bilden in besonders großem Umfang getätigte Leerverkäufe oder Situationen, in denen umfangreiche Leerverkäufe in Aktien eines Unternehmens mit der Verbreitung negativer Informationen über das betroffene Unternehmen zusammenfallen. Dadurch können die Vorschriften zudem abschreckend auf Short Seller-Aktivisten wirken.[22]

Durch die Offenlegungspflichten gegenüber der Öffentlichkeit kann auch der Anleger einerseits das Vorkommen von Leerverkäufen als Indikator für negative Entwicklungserwartungen berücksichtigen[23] sowie andererseits Aussagen von Inhabern einer NLP realistischer auswerten und einpreisen, da das bestehende Interesse am Kursverlust der Aktie offengelegt wird.

### II. Verbot von marktmissbräuchlichen Leerverkäufen

In negativer Hinsicht werden SSA neben dem grds. Verbot ungedeckter Leerverkäufe nach Art. 12 SSR durch das Verbot marktmissbräuchlicher Leerverkäufe eingegrenzt. Dabei stehen die Verbote der Marktmissbrauchsverordnung (MAR) und der SSR gleichwertig nebeneinander.[24] Die Vorschriften der MAR bezwecken – bezogen auf Leerverkäufe – diejenigen Leerverkäufe herauszufiltern und unter Strafe zu stellen, die keinen positiven Einfluss auf den Markt haben.[25] Durch die strenge Sanktionierung von Marktmissbrauch[26] wird außerdem ein Abschreckungseffekt gegenüber Leerverkäufern erzielt, die SSA zu missbräuchlichen Zwecken einsetzen wollen. Da es bereits zu Ermittlungsverfahren wegen Marktmissbrauchs im Zusammenhang mit SSA kam,[27] fragt sich, unter welchen Umständen ein Leerverkauf als Marktmissbrauch einzuordnen ist.

#### 1. Verbot der Marktmanipulation gem. Art. 15 i.V.m. Art. 12 MAR

##### a) Verwirklichung des „Scalpings" nach Art. 12 Abs. 2 lit. d) MAR

Auf Grund des Spezialitätsverhältnisses kommt im Rahmen einer SSA vorrangig die Verwirklichung des Verbots des *Scalpings* in Betracht, welches im Kern das nicht ordnungsgemäße Offenlegen eines Interessenkonflikts bei Veröffentlichung einer Stellungnahme unter Strafe stellt. Dieser Interessenkonflikt besteht bei einem Leerverkäufer, weil er ein Interesse an einem Kursverfall der Aktie hat.

##### aa) Verbreitung einer Stellungnahme durch Zugang zu den Medien

Im Rahmen einer SSA werden üblicherweise „Reports" mit negativen Informationen und Anschuldigungen gegenüber dem betreffenden Unternehmen online, also über ein elektronisches Medium[28] im Sinne des Art. 12 Abs. 2 lit. d) MAR, veröffentlicht.[29] Diese Reports sind als Stellungnahme zu einem Finanzinstrument[30] zu qualifizieren, wenn sie eine Anlageempfehlung oder Anlagestrategieempfehlung darstellen.[31]

Vor Abgabe der Stellungnahme müsste der Leerverkäufer eine Short-Position bezüglich des betreffenden Finanzinstruments eingegangen sein.[32] Nach h.M. in Rechtsprechung und Literatur ist auch ein arbeitsteiliges Zusammenwirken möglich, es könnte also auch ein Akteur eine Stellungnahme abgeben und der andere zuvor die NLP eingegangen sein.[33]

##### bb) Ausnutzung des Kursverlustes ohne Mitteilung des Interessenkonflikts

Gleicht der Leerverkäufer seine NLP nach der Veröffentlichung einer Stellungnahme aus, indem er die leeverkauften Aktien einkauft, und zieht damit den Gewinn aus einem

---

ney/Ferran/Payne (Hrsg.), The Oxford Handbook of Financial Regulation, 2015, S. 625.

19 Vgl. *Armour/Arwey/Davies/Enriques/Gordon/Mayer/ Payne* (Fn. 15), S. 194 f.

20 Zu den Transparenzanforderungen im Überblick *Mülbert/Sajnovits,* in: Assmann/Schneider/Mülbert (Hrsg.), Wertpapierhandelsrecht[7], 2019, Art. 5 VO (EU) Nr. 236/2012.

21 *Schlimbach* (Fn. 8), S. 52.

22 S. *Schlimbach* (Fn. 8), S. 53.

23 *Schlimbach* (Fn. 8), S. 53.

24 Vgl. *Bayram/Meier*, BKR, 2018, 55, 60; *Mülbert/Sajnovits*, BKR 2019, 313, 318.

25 Erwgr. 7 MAR; *Mülbert*, in: Assmann/Schneider/Mülbert (Fn. 20), Art. 12 VO (EU), Nr. 596/2014, Rn. 21 f.

26 Vgl. § 119 Abs. 1, 3 WpHG.

27 S. z. B. Handelsblatt v. 10.12.2018: Ermittler sehen Manipulation mit Wirecard-Aktien als erwiesen an.

28 *Schmolke*, in: Klöhn (Hrsg.), Marktmissbrauchsverordnung, 2018, Art. 12 Rn. 366.

29 *FT* v. 07.02.2019: Wirecard: inside an accounting scandal.

30 Vgl. Art. 2 Abs. 1 MAR.

31 *Schmolke*, in: Klöhn (Fn. 28), Art. 12 Rn. 365; *Mülbert*, in: Assmann/Schneider/Mülbert (Fn. 20), Art. 12 VO (EU) Nr. 596/2014, Rn. 247; *Wentz*, Wertpapier-Mitteilungen (WM) 2019, 196, 198.

32 *Schmolke*, in: Klöhn (Fn. 28), Art. 12 Rn. 369; *Wentz*, WM 2019, 196, 199.

33 So z. B. BGH, NZG 2014, 590, 592; *Teigelack*, in: Meyer/Rönnau/Veil (Hrsg.), Handbuch zum Marktmissbrauchsrecht, 2018, § 13 Rn. 67; zur Umgehungsgefahr durch Arbeitsteilung: *Schmolke*, in: Klöhn (Fn. 28), Art. 12 Rn. 370.

Kursverlust, so nutzt er die Auswirkungen der Stellungnahme auf den Kurs aus. Art. 12 Abs. 2 lit. d) MAR untersagt dies, wenn er seinen aus der NLP folgenden Interessenkonflikt nicht ordnungsgemäß mitgeteilt hat.[34] Eine ordnungsgemäße Mitteilung muss klar formuliert sein, die Position spezifizieren[35] und an einer öffentlich wahrnehmbaren Stelle erfolgen.[36]

Wenn die Stellungnahme die Voraussetzungen einer Anlageempfehlung nach Art. 20 MAR erfüllt oder wenn der Stellungnehmende als Sachverständiger nach Art. 1 lit. a) Del. VO 2016/958[37] gilt, muss die Stellungnahme zudem objektiv erfolgen bzw. müssen u.U. Informationen zu NLP veröffentlicht werden.[38] Die Einzelheiten bezüglich der Anforderungen an diese Reports sind jedoch in vielerlei Hinsicht unklar. Strittig ist unter anderem, welche Anforderungen an die objektive Darstellung einer Anlageempfehlung zu stellen sind und ob im Rahmen der meist unklaren Sachverhalte Nachforschungspflichten bestehen.[39] Außerdem ist nicht klar, ob die Regeln bezüglich der objektiven Darstellung anzuwenden sind, wenn ein Report nicht in Anspruch nimmt, neutral zu sein.[40]

### b) Art. 12 Abs. 1 MAR

Stellt eine SSA kein Scalping dar, könnte sie noch immer nach Art. 12 Abs. 1 lit. a-c) MAR verboten sein.[41]

#### aa) Anknüpfung an das Eingehen der NLP

Fraglich ist zunächst, ob das Eingehen von NLP als irreführender „Abschluss eines Geschäftes" i. S. des Art. 12 Abs. 1 lit. 1 MAR qualifiziert werden kann.[42] Dagegen spricht, dass dies bedeuten würde, dass nur durch das Eingehen der NLP irreführende Informationen mitgeteilt würden. Tatsächlich aber wohnt einem einzelnen Leerverkauf jedoch nicht mehr Bedeutung inne, als die Verkaufsabsicht und Verkaufstreue des Verkäufers.[43] Zudem entspricht es den Wertungen des Gesetzgebers, dass ein gedeckter Leerverkauf nach Art. 12 SSR grundsätzlich erlaubt ist, weil dieser positive Auswirkungen auf den Finanzmarkt ausübt.[44]

Auch Leerverkäufe in großem Umfang mit Preisbeeinflussungsabsicht (Bear Raids) sind nicht ohne Weiteres verboten.[45] Gegen die Annahme einer strafwürdigen Preismanipulation spricht das Telos des Marktmanipulationsverbots: Verboten werden soll nicht jede Einwirkung auf den Preisbildungsprozess, die zu fehlerhaften Bewertungen führt, sondern lediglich ein Verhalten, das den Preisbildungsmechanismus als solchen manipuliert, wie z. B. die Verbreitung irreführender Informationen.[46] Der Bear Raider aber nutzt lediglich uninformierte Marktteilnehmer aus, die ihre (falsche) Entwicklungserwartung in einen funktionierenden Preisbildungsmechanismus einpreisen.[47] Sein eigenes Verhalten sendet jedoch keine falschen oder irreführenden Informationen.[48]

#### bb) Anknüpfung an die Veröffentlichung des Reports

Geeigneten Anknüpfungspunkt der SSA bildet aber unter Art. 12 Abs. 1 lit. a-c) MAR jedenfalls die Veröffentlichung eines negativen Reports über das „*geshortete*" Unternehmen,[49] sofern dieser falsche oder irreführende Angaben enthält und die Veröffentlichung in irreführender Absicht erfolgte.[50] Dieser Fall des sog. „*Trash and cash*" wird explizit als Indikator für eine Marktmanipulation nach Art. 12 Abs. 1 lit. a) MAR genannt.[51] Was so eindeutig klingt, bereitet im Rahmen der Subsumtion jedoch einige Probleme, denn es ist nicht hinreichend konkretisiert, unter welchen Umständen die Ausstreuung negativer Informationen ein falsches oder irreführendes Signal i. S. des Art. 12 Abs. 1 lit. a) MAR darstellt.[52] In den meisten Fällen enthalten die gestreuten Informationen der Leerverkäufer einen gewissen Kern an Wahrheit, der jedoch verzerrt dargestellt wird, so dass der Übergang zwischen (noch) hilfreicher Einpreisung von negativen Informationen und Marktmanipulation fließend ist.

#### cc) Anknüpfung an die fehlende Offenlegung des Interessenkonflikts

Auch die fehlerhafte oder fehlende Offenlegung des Interessenkonflikts durch den Leerverkäufer kann von dem täuschenden Verhalten gem. lit. b) umfasst sein.[53] Zu beachten ist, dass die Wertungen des Art. 12 Abs. 2 lit. d) MAR nicht untergraben werden dürfen.[54]

---

34 *Teigelack*, in: Meyer/Rönnau/Veil (Fn. 33), § 13 Rn. 60; *Wentz*, WM 2019, 196, 199.

35 *Bayram/Meier,* BKR 2018, 55, 58.

36 S. *Wentz*, WM 2019, 196, 199; vgl. ebenfalls: *Graßl/Nikoleyczik*, Die Aktiengesellschaft (AG) 2017, 49, 55.

37 Delegierte Verordnung (EU) 2016/958 der Kommission vom 09.März 2016, zur Ergänzung der Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates.

38 *Bayram/Meier*, BKR, 2018, 55, 58; *Mülbert/Sajnovits*, BKR 2019, 313, 316; *Wentz*, WM 2019, 196, 200.

39 *Möllers,* NZG 2018, 649, 652. Str. ist u.a. auch, ob über die Mitteilung des Interessenkonflikts hinaus die Positionshöhen der NLP anzugeben sind, s. *Bayram/Meier*, BKR 2018, 55, 58.

40 Überzeugend *Möllers*, NZG 2018, 649, 652. **A. A.**: *Schockenhoff/Culmann*, AG 2016, 517, 523.

41 Vgl. *Schmolke*, in: Klöhn (Fn. 28), Art. 12 Rn. 2; *Wentz*, WM 2019, 196, 200.

42 Fraglich ist ebenfalls, ob allein die Verletzung der Offenlegungspflicht nach der SSR als marktmanipulatives Verhalten einzuordnen ist, vgl. *Bayram/Meier*, BKR 2018, 55, 59 f.

43 *Klingenbrunn* (Fn. 1), S. 118; *Wentz*, WM 2019, 196, 200.

44 S. auch Erwgr. 5 SSR.

45 Zu Bear Raids vgl. anschaulich *Klingenbrunn* (Fn. 1), S. 119; s. zudem *Harrer*, Regulierung von Leerverkäufen und Credit Default Swaps, 2010, S. 24; *Schlimbach* (Fn. 8), S. 222.

46 *Klingenbrunn* (Fn. 1), S. 122.

47 Überzeugend *Klingenbrunn* (Fn. 1), S. 122 f.; *Klöhn* (Fn. 9), S. 53 f.

48 *Wentz*, WM 2019, 196, 200.

49 Zu lit. a): *Schmolke*, in: Klöhn (Fn. 28), Art. 12 Rn. 39; zu lit. b): *Mülbert*, in: Assmann/Schneider/Mülbert (Fn. 20), Art. 12 VO (EU) Nr. 596/2014, Rn. 142-144; zu lit. c): *Graßl/Nikoleyczik*, AG 2017, 50, 56; *Wentz*, WM 2019, 196, 201.

50 Unter irreführenden Angaben werden solche verstanden, die geeignet sind, eine falsche Vorstellung des Anlegers hervorzurufen, vgl. *Schmolke,* in: Klöhn (Fn. 28), Art. 12 Rn. 47, 144.

51 Vgl. Anhang II Abschnitt 1 Nr. 4 lit. d) Delegierte Verordnung (EU) 2016/522 der Kommission vom 17. Dezember 2015 zur Ergänzung der Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates.

52 Zu Recht v. a. *Möllers,* NZG 2018, 649, 651; *Graßl/Nikoleyczik*, AG 2017, 49, 57.

53 *Mülbert*, in: Assmann/Schneider/Mülbert (Fn. 20), Art. 12 VO (EU) Nr. 596/2014, Rn. 142-144.

54 Überzeugend *Bayram/Meier*, BKR 2018, 55, 59. **A. A**. *Wentz*, WM 2019, 196, 201.

### 2. Verbot von Insidergeschäften gem. Art. 14 lit. a) i. V. m. Art. 7 ff. MAR

Selbstverständlich verboten ist das Tätigen von Leerverkäufen beruhend auf Insiderinformationen.[55]

Soweit es nur um die Kenntnis des Leerverkäufers von der anstehenden Veröffentlichung eines von ihm selbst verfassten Berichts geht, ist das Insiderhandelsverbot nicht einschlägig, entweder mit der Begründung, dass diese Kenntnis keine Insiderinformation darstelle[56] oder aber, dass keine „Nutzung" der Information vorliege[57].

### 3. Fazit

Durch die MAR werden SSA insofern eingeschränkt, als dass solche Leerverkäufe, die einhergehen mit der Veröffentlichung von falschen oder irreführenden Informationen und/oder im Rahmen derer eine Stellungnahme veröffentlicht wird, ohne dass auf den bestehenden Interessenkonflikt hingewiesen wird, verboten werden.

Die präventiv-abschreckende Wirkung entsprechender Verbotstatbestände ist jedoch limitiert, da Rechtsdurchsetzungsprobleme bestehen, die auf Unsicherheiten hinsichtlich der Anforderungen an die Reports von Leerverkäufern sowie der Form und Angaben im Rahmen der Mitteilung des Interessenkonflikts zurückzuführen sind. Durch arbeitsteiliges Vorgehen mit einem unabhängigen Reportunternehmen werden zudem die ohnehin schon unklaren Anforderungen an die Darstellung der Stellungnahme noch undurchsichtiger, weil u.U. die Presse- und Meinungsfreiheit nach Art. 11 GrCh sowie journalistische Berufs- und Standesregeln zu berücksichtigen sind, Art. 21 MAR.[58]

## III. Eingriffsbefugnisse der BaFin: Das Verbot nach Art. 20 Abs. 1 SSR

Den Auswirkungen von SSA auf den Markt können außerdem dadurch Grenzen gesetzt werden, dass die BaFin in Ausnahmesituationen oder bei einem signifikanten Kursverfall Maßnahmen nach den Art. 18 ff. SSR ergreifen kann, um den Markt wieder zu stabilisieren.[59] Als schärfstes Schwert der BaFin und auf Grund des erstmaligen Einsatzes der Befugnis zum Erlass eines kurzfristigen Leerverkaufsverbots im Fall Wirecard ist insbesondere Art. 20 SSR hervorzuheben. Dieser beinhaltet eine Ermächtigung zum Erlass massiver Beschränkungen in Form von kurzfristigen Leerverkaufsverboten oder dem Verhängen von Bedingungen.[60]

### 1. Voraussetzungen der Beschränkung von Leerverkäufen nach Art. 20 SSR

Die BaFin kann nach Art. 20 SSR ggf. die Auswirkungen einer SSA durch temporäre Leerverkaufsverbote abmildern, sofern eine Ausnahmesituation besteht. Das heißt, dass ungünstige Ereignisse oder Entwicklungen vorliegen müssen, die eine ernstzunehmende Bedrohung für die Finanzstabilität oder das Marktvertrauen in Deutschland oder einem anderen Mitgliedstaat darstellen müssen. Die Anforderungen sind sehr hoch, das bedrohte Marktvertrauen oder die bedrohte Finanzmarktstabilität muss sich auf den gesamten Markt beziehen, nicht lediglich den Markt der betroffenen Aktie.[61] Art. 24 Abs. 1 Del. VO 918/2012[62] nennt nicht abschließend[63] konkretisierende Fallgruppen, in denen eine entsprechende Ausnahmesituation vorliegt.

#### a) Einfluss des Art. 24 Del. VO 918/2012 auf die Tatbestandsauslegung

Fraglich ist, ob sich aus Art. 24 Abs. 1 Del VO 918/2012 abstrahieren lässt, dass insgesamt eine Situation mit potentieller Auswirkung über die Grenzen Deutschlands hinaus zu fordern ist.[64] Systematisch spricht dafür, dass die Beispiele lit. a- c) und e) jeweils die Wichtigkeit für das globale Finanzsystem erfordern. Allerdings weist Erwägungsgrund Nr. 27 SSR explizit darauf hin, dass ein ungünstiges Ereignis auch lediglich einen einzigen Mitgliedstaat betreffen kann und keine grenzübergreifenden Auswirkungen haben müsse.[65] Die BaFin kann nach dem Willen des Gesetzgebers somit auf Grund einer SSA eingreifen, wenn mit dieser eine Bedrohung für das Marktvertrauen in Deutschland einhergeht.

#### b) Wirecard: Bestehen einer Bedrohung für das Marktvertrauen

Stellte der Kursverfall der Wirecard-Aktie als Folge der potenziellen SSA also – wie von der BaFin im Rahmen des Leerverkaufsverbots[66] begründet – eine Bedrohung für das Marktvertrauen in Deutschland dar?

Grundsätzlich wird ein Kursverfall oder eine Insolvenz eines einzelnen Marktteilnehmers für sich genommen noch nicht als besorgniserregend angesehen.[67] Ein einzelnes Ereignis kann ein Funktionsversagen des ganzen Marktes nur dann einleiten, wenn es ausnahmsweise systemrelevant ist, weil es sich auf einen systemrelevanten Akteur bezieht.[68] Als systemrelevant wird ein Akteur dann angesehen, wenn

---

55 Vgl. *Schockenhoff/Culmann*, AG 2016, 517, 524.

56 Vgl. BGHSt 48, 374, 378; *Hilfendorf/Kusche*, in: Park (Hrsg.), Kapitalmarktstrafrecht[4], 2017, Art. 7 MAR Rn. 37; **A. A.**: *Klöhn*, AG 2016, 423, 426; *Schockenhoff/Culmann*, AG 2016, 517, 524.

57 *Schockenhoff/Culmann*, AG 2016, 517, 524 (dortige Fn. 44); *Sethe,* in: Assmann/Schütze (Hrsg.), Handbuch des Kapitalanlagerechts[4], 2015, § 8 Rn. 102.

58 *Möllers*, NZG 2018, 649, 651.Vgl. im Detail: *Klöhn/Büttner*, WM 2016, 2241-2248.

59 Vgl. Erwgr. 27 SSR.

60 Vgl. *Mülbert/Sajnovits*, in: Assmann/Schneider/Mülbert (Fn. 20), Art. 18 VO (EU) Nr. 236/2012 Rn. 1.

61 *Mülbert/Sajnovits*, BKR 2019, 313, 319 f.

62 Delegierte Verordnung (EU) Nr. 918/2012 der Kommission vom 5. Juli 2012, zur Ergänzung der Verordnung (EU) Nr. 236/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates.

63 Erwgr. 27 SSR; s. *Schlimbach* (Fn. 8), S. 197; *Klingenbrunn* (Fn. 1), S. 209.

64 So *Sieder*, ZBB 2019, 179, 188.

65 Vgl. Erwägungsgrund 27 SSR; *Klingenbrunn* (Fn. 1), S. 211.

66 BaFin, Allgemeinverfügung zum Verbot der Begründung und der Vergrößerung von Netto-Leerverkaufspositionen in Aktien der Wirecard AG, 18.02.2019, Geschäftszeichen WA 25-Wp 5700-2019/002. Zu dieser detailliert *Mülbert/Sajnovits*, BKR 2019, 313, 319.

67 *Schlimbach* (Fn. 8), S. 196; *Klingenbrunn* (Fn. 1), S. 247; *Sieder*, ZBB 2019, 179, 188

68 *Schlimbach* (Fn. 8), S. 196; vgl. zur Systemrelevanz: *Mülbert*, in: FS Schneider, 2011, S. 855, 859; *Klingenbrunn* (Fn. 1), S. 210 f.

er so vernetzt ist, dass sein Scheitern eine Kettenreaktion auslösen würde, in deren Folge weitere relevante Akteure im Markt in Schwierigkeiten geraten würden.[69] Gegen die Systemrelevanz der Leerverkäufe im Fall Wirecard spricht, dass Wirecard ein einzelnes und verhältnismäßig kleines Unternehmen am Dax ist, das lediglich einen Anteil von 1,66% am Index ausmachte.[70] Zudem wuchs der Dax selbst in der Zeit, in der Wirecard so starke Verlust erlitt.[71]

Auf Grund der Stellungnahme der ESMA und einer späteren Pressemitteilung der BaFin[72] wird jedoch klar, dass die BaFin insbesondere aktiv wurde, weil sie ein marktmissbräuchliches Vorgehen gegen Wirecard für möglich hielt.[73] Nach einer Auffassung in der Literatur geht der Verdacht von einer Marktmanipulation sogar über die Anforderungen des Art. 20 Abs. 1 SSR hinaus.[74] Danach müsste also der Verdacht einer Marktmanipulation an sich – unabhängig von der Größe und Vernetzung des potentiellen Opfers – bereits Systemrelevanz aufweisen.[75] Dass der Verdacht auf ein marktmissbräuchliches Vorgehen gegen ein Dax-30-Unternehmen und damit einhergehende Kurseinbrüche das Anlegervertrauen schwächen könnten, liegt nahe.[76] Angesichts dessen, dass Wirecard bereits wiederholt Opfer von SSA wurde, ist auch nachvollziehbar, dass die BaFin ex ante von einer konkreten Möglichkeit der Marktmanipulation ausging.

Andererseits sollte auf den bloßen Verdacht von Marktmanipulation mit der Einleitung eines Verfahrens[77] sowie Maßnahmen nach § 6 Abs. 2 S. 2 und 3 WpHG und nicht mit einem Verbot von Leerverkäufen per se reagiert werden. Denn solange der Verdacht nicht bestätigt ist, könnte ein Verbot ebenso gut zur Folge haben, dass richtige Informationen nicht eingepreist werden.

### 2. Rechtsfolge des Art. 20 SSR: Ermessen

Nach Art. 20 Abs. 1 lit. b) SSR darf die BaFin ein Verbot zudem nur dann erlassen, wenn dieses erforderlich ist, um der Bedrohung, die durch die SSA ausgelöst wurde, zu begegnen und das Leerverkaufsverbot gemessen an dem damit verfolgten Zweck – hier also der Stabilisierung des Marktes und der Stärkung des Anlegervertrauens[78] – geeignet, erforderlich und angemessen ist.

#### a) Eignung eines kurzfristigen Verbots

Bereits an der Eignung zur Stabilisierung des Marktes bestehen jedoch erhebliche Zweifel, denn empirische Studien weisen einheitlich darauf hin, dass lang- und kurzfristige Leerverkaufsverbote keinen positiven Einfluss auf die Volatilität, die Liquidität und den Kurs des betreffenden Finanzinstruments ausüben.[79] Die Eignung der Maßnahme als Reaktion auf eine SSA und mangels eines nachweisbaren Nutzens ebenso deren Angemessenheit, sind somit fraglich. Es ist jedoch nicht Sache der Behörde, die Geeignetheit einer Eingriffsbefugnis anzuzweifeln, sondern es bedarf an dieser Stelle gesetzgeberischen Handelns.

#### b) Der Circuit-Breaker in Art. 23 SSR als gleich geeignetes milderes Mittel

Wird gleichwohl von der generellen Eignung eines Verbots ausgegangen, stellt sich die Anschlussfrage, ob dieses auch erforderlich ist. Fraglich ist, ob die Eingriffsbefugnis aus Art. 23 SSR (*Circuit Breaker*)[80] ein weniger eingriffsintensives, gleich geeignetes Mittel darstellt, um auf eine SSA zu reagieren.[81] Nach Art. 23 SSR sind Leerverkaufsbeschränkungen für einzelne Handelstage bei signifikantem Kursverfall eines Finanzinstruments möglich, um den Markt und den Kurs des Finanzinstruments zu stabilisieren.[82]

An der gleichen Eignung des Circuit Breakers kann aber bereits deshalb gezweifelt werden, weil die BaFin nach Art. 23 SSR nur Maßnahmen für einen Teil der Handelsplätze erlassen könnte, vgl. § 53 Abs. 1 S. 1 WpHG, § 15 Abs. 7 BörsG. Abgesehen davon kann auch dem Circuit Breaker kein empirischer Nutzen für das Funktionieren des Finanzmarkts nachgewiesen werden.[83]

### 3. Fazit

Bereits wegen fehlender Eignung zur Marktstabilisierung stellt ein Leerverkaufsverbot nach Art. 20 SSR keine taugliche Reaktion auf eine SSA dar. Zudem liegt die Eingriffsschwelle des Art. 20 SSR sehr hoch, denn dieser erfordert ein systemisches Ereignis. Auf Grund einer SSA sollte die BaFin also nur dann eingreifen, wenn eine systemische Bedrohung für das Marktvertrauen in Deutschland dadurch erzielt wird, dass ein systemrelevanter Akteur in Folge einer SSA drastische Kurseinbrüche verzeichnet, oder wenn ein offensichtlicher Fall des Marktmissbrauchs vorliegt, weil dadurch nachhaltig das Vertrauen der Anleger in den Preisbildungsmechanismus geschädigt werden könnte. Auch Art. 23 SSR stellt keine Alternative zu Art. 20 SSR dar, um auf eine SSA zu reagieren.

## D. Rechtsökonomische Würdigung des Rechtsschutzes

Welche Schlüsse lassen sich aus den bisherigen SSA auf deutsche Unternehmen, deren regulatorischer Erfassung und aufsichtsrechtlichen Konsequenzen also ziehen? Der europäische Gesetzgeber hat es zum Ziel der SSR und auch der

---

69 *Mülbert* (Fn. 68) S. 855, 858 f.; *Schlimbach* (Fn. 8), S. 196; *Klingenbrunn*, (Fn. 1), S. 214 f.

70 Abrufbar unter www.boerse.de, www.boerse.de/aktien/Wirecard-Aktie/DE0007472060 (letzter Abruf, 23.04.2020).

71 Handelsblatt v. 21.02.2019: Wirecard- Leerverkauf wäre keine Gefahr für den Finanzmarkt.

72 FAZ v. 26.02.2019: Erpressung im Fall Wirecard? Nr. 48, S. 22.

73 Opinion ESMA70-146-19, 18.02.2019.

74 *Mülbert/Sajnovits*, BKR 2019, 313, 320 (dortige Fn. 96).

75 *Schlimbach* (Fn. 8), S. 196; vgl. ebenfalls *Mülbert* (Fn. 68), S. 855, 859.

76 So auch *Mülbert/Sajnovits*, BKR 2019, 313, 321.

77 *Döhmel*, in: Assmann/Schneider/Mülbert (Fn. 20), § 6 WpHG Rn. 69.

78 Vgl. BaFin, (Fn. 66); Erwgr. 24 SSR.

79 Vgl. dazu D.II.2; ebenso: *Mülbert/Sajnovits*, BKR 2019, 313, 321.

80 **Krit.** zu Art. 23 SSR *Sieder*, ZBB 2019, 179; ausführlich *Klingenbrunn* (Fn. 1), S.247 f.

81 Die BaFin wies ausdrücklich darauf hin, dass Maßnahmen nach Art. 23 SSR nicht ebenso geeignet wären wie Maßnahmen nach Art. 20 SSR, BaFin, (Fn. 66).

82 Vgl. *Klingenbrunn* (Fn. 1), S. 248 f.

83 Vgl. *Sieder,* ZBB 2019, 179, 183; *Yue*, Effects of the Short Sale Circuit Breaker on the Stock Market, 2017, S. 24; ESMA's technical advice on possible Delegated Acts concerning the regulation on shortselling and certain aspects of credit default swaps ((EC) No 236/2012), Annex III.

MAR erklärt, zum Funktionieren des europäischen und der mitgliedschaftlichen Finanzsysteme beizutragen.[84] Damit öffnete er die Tür für eine rechtsökonomische Bewertung des Rechts, denn Zielsetzung des Rechts und ökonomische Grundmaximen entsprechen sich.[85]

## I. Würdigung des Transparenzregimes

Wie bereits erläutert zielen Meldepflichten und Veröffentlichungspflichten von NLP darauf ab, die Informationseffizienz des Finanzmarktes zu steigern.[86] Im Rahmen einer SSA ist insbesondere wichtig, dass die Marktteilnehmer über das Interesse des Leerverkäufers am Kursverlust Kenntnis erlangen.[87] Rechtsökonomisch ist dies potentiell sinnvoll, weil dadurch die Preiseffizienz erhöht wird und drastische Auswirkungen von SSA abgemildert werden könnten.

Wie der Fall Wirecard zeigt, ist der Nutzen der öffentlichen Informationen über NLP, die auf Grund der SSR gemeldet wurden, für die Anleger jedoch nicht besonders hoch. Im Zeitpunkt des Erlasses des Verbots lagen die öffentlichen NLP bei 2,06 %. Die tatsächliche Zahl muss deutlich höher gelegen haben, denn die BaFin verwies in der Begründung der Allgemeinverfügung auf besonders hohe NLP in Wirecard.[88] Außerdem kann die Transparenz von Leerverkäufen bewirken, dass weitere Leerverkäufe durch Herdenverhalten ausgelöst werden und damit sogar die Situation im Fall einer SSA verschärfen.[89] Hinsichtlich der Kontrollfunktion, die das Transparenzregime gewährleistet, ist zu ergänzen, dass dessen abschreckende Wirkung davon abhängt, wie effektiv marktmissbräuchliche SSA erfasst werden. Dazu sogleich.

## II. Würdigung der Eingriffsbefugnis aus Art. 20 Abs. 1 SSR

### 1. Aus abstrakt rechtsökonomischer Perspektive

In der wirtschafts- und rechtswissenschaftlichen Literatur herrscht weitestgehend Einigkeit darüber, dass permanente Verbote einen ungeeigneten Regulierungsmechanismus von Leerverkäufen darstellen, weil diese konsequent alle Vorzüge von Leerverkäufen unterbinden und durch die Unterdrückung von Ordern einen gewaltigen Eingriff in den Preisbildungsprozess darstellen.[90]

Flexiblere Reaktionsbefugnisse zuständiger Behörden stellen hingegen ein weniger eingriffsintensives Mittel dar, um den Nachteilen von Leerverkäufen in besonders risikoreichen Situationen zu begegnen und auf angemessene Weise den Risiken eines marktmanipulativen Vorgehens und einer Abwärtsspirale durch Herdenverhalten zu begegnen.[91] Doch hält auch ein befristetes Leerverkaufsverbot zu lange an, fließen negative Informationen langsamer (oder gar nicht) in die Preisbildung ein, die Preiseffizienz sinkt und Aktien könnten überbewertet werden,[92] wodurch Preisblasen entstehen.

### 2. Aus empirischer Perspektive

Von empirischer Seite aus zeigen diverse Studien,[93] dass kurzfristige Leerverkaufsverbote – ebenso wie langfristige Leerverkaufsverbote – negative Auswirkungen auf die Volatilität und Liquidität von Finanzmärkten haben und damit die Effizienz der Märkte reduziert haben, die von dem Verbot betroffen waren.[94] Zudem konnte kein positiver Einfluss auf die Häufigkeit von extremen Kursfällen festgestellt werden, die Einflüsse waren vielmehr sogar geringfügig negativ.[95] Diese Ergebnisse haben damit gezeigt, dass auch kurzfristige Verbote kein effizientes Mittel darstellen, um zur Finanzmarktstabilität beizutragen.[96]

### 3. Konkret aus dem Blickwinkel des Falles Wirecard

Im Nachlauf des Wirecard-Falles stellte sich heraus, dass die negative Berichterstattung im Rahmen der SSA nicht völlig substanzlos war.[97] Ein Kursverlust der Wirecard-Aktie war also, soweit Anleger auf diese Informationen reagierten, bis zu einem gewissen Maß auch gerechtfertigt und bewirkte einen Appell an das Management, die Buchhaltung Wirecards transparenter zu gestalten.

Dies wirft die Frage auf, ob die BaFin durch das Verbot auf eine nicht wünschenswerte Weise den Kurs der Aktie beeinflusst hat. Denn als Unterdrückung gewisser Order stellt ein Verbot von Leerverkäufen, wenn es nicht gerechtfertigt ist, genau das dar: einen direkten Eingriff in den Preisbildungsmechanismus.[98] Durch entsprechendes Eingreifen der Behörden kann der disziplinierende Einfluss, den Short Seller-Aktivisten ex ante wegen ihrer schnellen Umsetzung negativer Informationen durch Leerverkäufe haben,[99] abgeschwächt werden.

Rechtsschutz vor SSA kann zudem nur dann auf angemessene Weise gewährt werden, wenn nicht durch

---

84 Vgl. Erwgr. 2 SSR; Erwgr. 2 MAR.

85 *Kirchner/Koch*, AK 1989, 111, 115; *Möllers*, AcP 2008, 1, 6; *Harrer* (Fn. 45), S. 54; *Kalss* (Fn. 8) § 20 Rn. 37; s. zu den Zielen von Finanzmarktregulierung allgemein *Armour/Arwey/Davies/Enriques/Gordon/Mayer/Payne* (Fn. 15), S. 52 f.

86 Vgl. Erwgr. 7 SSR; s. *Payne*, EBOR 2012, 413, 437.

87 So wohl auch *Harrer* (Fn. 45), S. 47 f.

88 S. *Mülbert/Sajnovits*, BKR 2019, 313, 316; Börsen-Zeitung v. 6.3.2019: Lehren aus Wirecard, S. 8.

89 *Payne*, EBOR 2012, 413, 437; *Schlimbach* (Fn. 8), S. 213.

90 *Suttner/Kielholz,* ORDO, 2011, 101, 106; *Payne*, EBOR 2012, 413, 436; *Fleckner* (Fn. 18), S. 625; vgl. *Schlimbach* (Fn. 8), S. 58, 200 und viele weitere.

91 S. *Schlimbach* (Fn. 8), S. 58, 200.

92 *Suttner/Kielholz*, ORDO, 2011, 100, 105.

93 London Stock Exchange, Opinion FSA CP 09/1, Temporary short selling measures, 09.01.2009; *Helmes/Henker/Henker*, The effect of the ban on short selling on market efficiency and volatility, 2011, S. 37; *Schuppli/Bohl*, Die Betriebswirtschaft (DBW) 2011, 406, 408; *von Nitzsch/Kampfshoff*, Zeitschrift für Betriebswirtschaft (ZBW) 2010, 1159, 1164.

94 *Suttner/Kielholz*, ORDO, 2011, 101, 106; *Payne*, EBOR 2012, 413, 439.

95 *Suttner/Kielholz*, ORDO, 2011, 101, 106; *von Nitzsch/Kampfshoff*, ZBW 2010, 1159, 1161.

96 Zum Effizienzkriterium vgl. *Harrer* (Fn. 45), 54 f. *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip[4], 2015, S. 41.

97 Süddeutsche Zeitung v. 15.04.2019: Wirecard: Auf Anweisung des Vorstands.

98 *Fleckner* (Fn. 18), S. 625.

99 *Mülbert*, ZHR 2018, 105, 112.

ungerechtfertigte Maßnahmen der Behörde selbst das Marktvertrauen geschädigt wird.[100]

### III. Würdigung des Rechtsschutzes durch die MAR

#### 1. Aus abstrakt rechtsökonomischer Perspektive

Dass Leerverkäufe und SSA von der MAR umfasst werden, wenn sie marktmissbräuchlich sind, ist rechtsökonomisch ausschließlich wünschenswert, da einerseits Marktmanipulation eine Bedrohung für das Vertrauen der Marktteilnehmer darstellt und andererseits entsprechende Leerverkäufe keinen positiven Beitrag zum Preisbildungsprozess und der Preiseffizienz leisten.[101] Regulierungen, die einzig missbräuchliche Leerverkäufe verbieten, sind folglich aus rechtsökonomischer Perspektive nicht zu beanstanden und werden der Einschätzung der herrschenden Meinung gerecht, dass Leerverkäufe unter normalen Umständen positive Einflüsse auf Finanzmärkte ausüben.[102]

#### 2. Aus rechtstechnischer Perspektive

Ein großes Problem hinsichtlich der Erfassung von SSA durch Vorschriften der MAR stellt dar, dass die Subsumtion unter die Tatbestände der Marktmanipulation erhebliche Schwierigkeiten bereitet. An dieser Stelle besteht ein bereits vielfach in der Literatur bemängelter Normkonkretisierungsbedarf, der auf die europäische Rechtsharmonisierung zurückgeführt wird.[103] Auch im Rahmen der Schnittstelle zwischen Anforderungen aus der Marktmissbrauchsverordnung und der Presse- und Meinungsfreiheit seien viele Fragen offengeblieben.[104] Zusammen mit den bestehenden Beweisproblemen führe dies dazu, dass in Deutschland vor allem im internationalen Vergleich ein Durchsetzungsdefizit bezogen auf marktmissbräuchliche SSA vorliegt, was als Grund dafür angesehen wird, dass insbesondere ausländische Short Seller durch die bestehende Regulierung nicht abgeschreckt werden und deutsche Unternehmen deren Attacken weitestgehend ausgeliefert sind.[105]

## E. Fazit

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Regulierung von Leerverkäufen jeder Art, solchen im Rahmen von SSA eingeschlossen, aus rechtsökonomischer Perspektive enge Grenzen zu setzen sind, weil außerhalb des Marktmissbrauchs nur wenig Anlass besteht, Leerverkäufe zu regulieren oder deren Wirkungen zu beeinflussen, da diese selbst zu Spekulationszwecken positive Effekte auf Finanzmärkte bewirken.[106] Die bestehende Leerverkaufsregulierung löst folglich berechtigterweise kontinuierliche Kritik Rechts- und Wirtschaftsgelehrter aus.[107] Dass trotzdem von unzureichendem Rechtsschutz gegenüber SSA gesprochen wird, ist zurückzuführen auf die Auslegungs-, Durchsetzungs- und Beweisprobleme insbesondere hinsichtlich der strafrechtlichen Verfolgung von SSA über die MAR.[108]

Um über eine direkte Regulierung von Leerverkäufen den Schutz gegenüber SSA weiter auszubauen, müssten Leerverkäufe entweder deutlich transparenter gemacht oder vollumfänglich verboten werden. Dass dies aber keinesfalls sinnvoll sein kann, wurde bereits dargelegt. Obgleich vielfach von der Literatur befürwortet,[109] ist auch ein konsequentes Vorgehen der BaFin gegen eine SSA nach den Eingriffsbefugnissen der SSR deshalb nicht wünschenswert, da ein großes Risiko besteht, ungerechtfertigt in den Preisbildungsmechanismus einzugreifen und damit mehr Schaden als Nutzen zu bewirken.

Insgesamt ist ein Ausbau der aufsichtsrechtlichen Regulierung von Leerverkäufen somit kein sinnvoller Weg, um Marktteilnehmern einen größeren Schutz vor SSA zu gewähren. Im Gegenteil, bereits bestehende Regulierungen sind zu großen Teilen aus rechtsökonomischer Perspektive redundant.

Möglicherweise als Reaktion auf die festgefahrene Situation der aufsichtsrechtlichen Regulierung von Leerverkäufen versuchen aktuell Stimmen in der Literatur das *private Enforcement* als Regulierungsmechanismus[110] für SSA fruchtbar zu machen. Es bleibt abzuwarten, ob dadurch ein „Shift“ zum *private Enforcement* für die Regulierung von Leerverkäufen eingeläutet werden wird.

---

[100] Vgl. wohl *Klingenbrunn* (Fn. 1), S. 221.
[101] Vgl. unter B.; S. außerdem *Klöhn* (Fn. 9), S. 56.
[102] *Mülbert/Sajnovits*, BKR 2019, 313, 317.
[103] *Schmolke*, AG 2016, 434, 440; *Möllers*, NZG 2018, 649, 654.
[104] *Möllers*, NZG 2018, 649, 654.
[105] Vgl. *Möllers*, NZG 2018, 649, 654; ähnlich auch *Hasselbach/Rauch*, BB 2019, 194, 198.
[106] *Mittermeier*, ZBB 2010, 139, 140.
[107] Z. B. *Fleckner* (Fn. 18), S. 624; *Sieder*, ZBB 2019, 179, 188f., u.v.m.
[108] Vgl. *Möllers*, NZG 2018, 649, 654.
[109] *Möllers*, NZG 2018, 649, 653; *Mülbert*, ZHR 2018, 105, 112 f.; *Sieder*, ZBB 2019, 179, 186.
[110] Zum *private Enforcement* als Regulierungsmechanismus im Kapitalmarktrecht: *Poelzig*, ZGR 2015, 801; mit konkreten Vorschlägen *Wentz*, WM 2019, 196, 202 f. oder *Mülbert/Sajnovits*, BKR 2019, 313, 322 f.; vgl. insgesamt anschaulich *Schockenhoff/Culmann*, AG 2016, 517-529.

Julia Müller*

# Neutralitätspflichten des Vorstands in Übernahmesituationen

## A. Einführung

Spätestens seit der öffentlichkeitswirksamen Übernahme der Mannesmann AG durch die britische Vodafone AirTouch plc. im Jahr 2000 sind feindliche Übernahmen auch in Deutschland Gegenstand intensiver juristischer Diskussionen.[1] Im Gegensatz zu freundlichen Übernahmen erlangt der Bieter bei einer feindlichen Übernahme die Kontrollmehrheit in der Hauptversammlung gegen den Willen des Vorstands der Zielgesellschaft.[2] Um sich vor einer solchen Übernahme zu schützen, kann der Vorstand der Zielgesellschaft bestimmte Abwehrmaßnahmen mit dem Ziel ergreifen, den Vollzug der Übernahme zu verhindern. So kann er beispielsweise eine Kapitalerhöhung durchführen oder wesentliche Teile des Unternehmens im Zuge des Angebots verkaufen.[3] Im Fall der Mannesmann-Übernahme reagierte der Vorstand der Zielgesellschaft vorwiegend mit Roadshows und Medienkampagnen, um Aktionäre von der Angebotsannahme abzuraten.[4]

In Anbetracht der unterschiedlichen Interessenlagen von Vorstand und (verkaufswilligen) Anteilseignern stellt sich in solch einer Situation die Frage, ob der Vorstand bei der Durchführung von Abwehrmaßnahmen tatsächlich im Interesse der Gesellschaft handelt. Als Lösung des Interessenkonflikts des Vorstands kommen insbesondere Neutralitätspflichten in Frage. Diese sollen Vorstände daran hindern, Einfluss auf die Entscheidung der Aktionäre zu nehmen.

Im Folgenden wird zunächst näher auf die verschiedenen Interessenlagen und somit auf die Legitimationsbasis für Neutralitätspflichten eingegangen werden. Auch der Begriff der Neutralitätspflicht soll genauer erläutert werden. Bei der anschließenden Untersuchung der Rechtslage in Deutschland sollen insbesondere das übernahmerechtliche Verhinderungsverbot nach § 33 WpÜG sowie sein Verhältnis zur aktienrechtlich hergeleiteten Neutralitätspflicht beleuchtet werden. Nachdem eruiert wurde, ob sich der Gesetzgeber für die Etablierung von Neutralitätspflichten entschieden hat, soll diese gesetzgeberische Entscheidung anhand rechtsvergleichender sowie rechtsökonomischer Überlegungen bewertet werden.

## B. Grundlagen

### I. Legitimationsgrundlage für Neutralitätspflichten

Gemäß § 76 Abs. 1 AktG ist der Vorstand einer Aktiengesellschaft verpflichtet, die Gesellschaft unter eigener Verantwortung zu leiten. Angesichts dieses Grundsatzes stellt sich die Frage, warum der Vorstand in Übernahmesituationen in seinem Leitungsermessen[5] eingeschränkt werden soll.

Die Ursache für die Forderung nach Neutralitätspflichten liegt darin, dass das notorische Prinzipal-Agent-Problem in Übernahmesituationen in besonders zugespitzter Form auftritt,[6] da sich der Vorstand bei seiner Entscheidungsfindung in einem erheblichen Interessenkonflikt befindet.[7] So will der Bieter nach einer Übernahme in der Regel den Vorstand der Zielgesellschaft selbst stellen oder zumindest personell ergänzen. Vorstandsmitglieder müssen im Falle einer erfolgreichen Übernahme also fürchten, ihre Position zu verlieren und können daher ein starkes persönliches Interesse daran haben, die Übernahme zu verhindern.[8]

Für Aktionäre hingegen stellen Übernahmeangebote grundsätzlich eine Erweiterung ihrer Optionen dar, weil ihnen eine neue Desinvestitionsmöglichkeit geboten wird.[9] So können Anteilseigner bei der Annahme eines Übernahmeangebots insbesondere auch in den Genuss einer Kontrollprämie kommen.[10] Übernahmen können aber auch zu einer starken Änderung der Unternehmenspolitik oder sogar zur Zerschlagung der Gesellschaft führen.[11] Dies kann sich nachteilig für die Aktionäre auswirken, die das Angebot nicht annehmen wollen. Das Interesse der Aktionäre kann also je nach Anlageverhalten sowohl in einer erfolgreichen Übernahme als auch in der Verhinderung der Übernahme bestehen.[12] Der Regelungszweck von Neutralitätspflichten in Übernahmesituationen besteht darin, den Konflikt zwischen diesen entgegengesetzten Interessen zu lösen.[13] Der Vorstand soll daran gehindert werden, Abwehrmaßnahmen

---

* Die Autorin ist Studentin an der Bucerius Law School, Hamburg. Der Beitrag stellt eine stark verkürzte Fassung ihrer Examensseminararbeit dar.

1 Vgl. zum Verlauf des Übernahmekampfs *Kuntz*, in: Fleischer (Hrsg.), Gesellschaftsrechts-Geschichten, 2018, S. 588 ff.

2 Vgl. *Oechsler*, in: Münchener Kommentar zum AktG[4], 2019, § 71 AktG Rn. 126; *Michalski*, AG 1997, 152.

3 Ausführliche Auflistung verhinderungsgeeigneter Maßnahmen bei *Schlitt*, in: Münchener Kommentar zum AktG[4], 2017, § 33 WpÜG Rn. 83 ff.

4 Das LG Düsseldorf wies den Antrag einer Gruppe von Mannesmann Aktionären auf Erlass einer einstweiligen Verfügung gegen die Medienkampagne der Gesellschaft mit der Begründung ab, dass es sich dabei um eine gewöhnliche Geschäftsführungsmaßnahme handele, siehe LG Düsseldorf, AG 2000, 233 ff.

5 Zum Begriff *Koch*, in: Hüffer/Koch, Aktiengesetz, Kommentar[13], 2018, § 76 AktG Rn. 28.

6 Siehe allgemein zum Prinzipal-Agent-Problem *Richter/Furubotn*, Neue Institutionenökonomik (übersetzt von Monika Streissler), 2010, S. 225 ff.; zur Übertragbarkeit des Modells auf die Beziehung von Vorstand und Anteilseignern einer AG *Koch*, WM 2010, 1155 f.

7 Vgl. *Holtkamp*, Interessenkonflikte im Vorstand der Aktiengesellschaft, 2016, S. 270 f.

8 *Hens*, Vorstandspflichten bei feindlichen Übernahmeangeboten, 2003, S. 38; *Koch*, WM 2010, 1155 (1156).

9 *Kießwetter*, Die Entscheidung der Aktionäre über die Abwehr von Übernahmen, 2007, S. 22.

10 Zum Begriff der Kontrollprämie *Schlitt*, in: MüKoAktG (Fn. 3), § 35 WpÜG Rn. 8.

11 *Hens* (Fn. 8), S. 34 ff.

12 Eingehend zur Interessenbeurteilung nach Anlageverhalten *Dimke*, Neutralitätspflicht und Übernahmegesetz, 2007, S. 47 ff.

13 Vgl. *Steinmeyer* in: Steinmeyer, WpÜG, Kommentar[4], 2019 § 33 Rn. 2; *Koch*, WM 2010, 1155 (1156).

aufgrund eigener Interessen zu treffen.[14]

Aus rechtsökonomischer Sicht wird darüber hinaus der Erhalt der Funktionsfähigkeit des Marktes für Unternehmenskontrolle als Legitimationsbasis für Neutralitätspflichten genannt. Auf dieses rechtsökonomische Argument soll nach der Untersuchung der derzeitigen Rechtslage in Deutschland näher eingegangen werden.

### II. Begriff der Neutralitätspflicht

Herkömmlich umschrieb der Begriff der Neutralitätspflicht ein Verbot des Vorstands, Abwehrmaßnahmen in Übernahmesituationen zu ergreifen.[15] Ein solches Verbot führt aber nicht zwingend dazu, dass sich der Vorstand tatsächlich neutral verhalten muss. So lässt es dem Vorstand – je nach konkreter Ausgestaltung – durchaus Raum für Stellungnahmen und bestimmte Verteidigungshandlungen.[16] Auch heute wird in der Literatur der Terminus der Neutralitätspflicht (zum Teil bewusst)[17] verwendet, um Regelungen zu umschreiben, die dem Vorstand zwar Abwehrmaßnahmen verbieten, ihn jedoch nicht gänzlich zur Passivität verdammen.[18]

Der Begriff wird in weiten Teilen der Literatur kritisiert.[19] So deute der Wortlaut „Neutralitätspflicht" darauf hin, dass sich der Vorstand als Pflichtenträger gänzlich neutral gegenüber einem Angebot zu verhalten habe.[20] Die Bezeichnung eines Verbots der Übernahmeabwehr als Neutralitätspflicht führe zu Missverständnissen.[21] Um diese terminologische Unschärfe zu vermeiden, wird daher vermehrt der Begriff des Vereitelungs- oder Verhinderungsverbots verwendet.[22] Teilweise wird die Abgrenzung dadurch verdeutlicht, dass eine Regelung, die den Vorstand gänzlich zur Neutralität verpflichtet, als „strikte" Neutralitätspflicht bezeichnet wird.[23]

## C. Rechtslage in Deutschland

Die Frage, ob der Vorstand einem speziellen Gebot unterliegt, welches ihm die Abwehr von Übernahmeangeboten verbietet, war vor Inkrafttreten des Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetzes (WpÜG) im Jahre 2002 Gegenstand intensiv geführter Diskussionen.[24]

### I. Entwicklung einer aktienrechtlichen Neutralitätspflicht in der Literatur

Die überwiegende Meinung im Schrifttum ging schon vor Inkrafttreten des WpÜG davon aus, dass der Vorstand *de lege lata* einer aktienrechtlichen Neutralitätspflicht bzw. einem Verhinderungsverbot unterliegt.[25] Innerhalb dieser herrschenden Meinung war jedoch vieles unscharf oder umstritten.[26] Neben dem Streit um die korrekte Bezeichnung bestand weder Einigkeit über die dogmatische Herleitung noch über den exakten Regelungsgehalt einer solchen Pflicht.[27] Auch wurde stark diskutiert, inwieweit das grundsätzlich anerkannte strikte Verbot, Abwehrmaßnahmen gegen ein Übernahmeangebot vorzunehmen, Ausnahmen unterworfen ist.[28]

### II. § 33 WpÜG

Mit Inkrafttreten des WpÜG hat sich die Diskussion um die aktienrechtliche Neutralitätspflicht überwiegend auf die Frage verschoben, in welchem Verhältnis das aktienrechtliche Neutralitätsgebot zum Verhinderungsgebot nach § 33 WpÜG steht.[29] Bevor diese Frage untersucht wird, soll zunächst näher auf die übernahmerechtliche Norm eingegangen werden.

#### 1. Anwendungsbereich

§ 33 WpÜG gilt in erster Linie für Übernahmeangebote sowie für Pflichtangebote (vgl. § 39 WpÜG).[30] Da es sich um eine Regelung des WpÜG handelt, ist die Vorschrift nur auf Angebote für Wertpapiere, die zum Handel am organisierten Markt zugelassen sind, anwendbar (vgl. § 1 WpÜG).

Der zeitliche Anwendungsbereich des Verhinderungsverbots beginnt gemäß § 33 Abs. 1 S. 1 WpÜG mit Veröffentlichung der Entscheidung zur Abgabe eines Angebots. Die Norm knüpft damit an den Zeitpunkt an, zu dem der Bieter seine Entscheidung nach Maßgabe des § 10 Abs. 3 WpÜG veröffentlicht.[31] Das Verbot endet mit der Veröffentlichung des Ergebnisses nach § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 WpÜG.

---

14 *Hopt/Roth*, in: Großkommentar zum Aktiengesetz[5], 2014, § 93 Rn. 214; *Hopt*, ZHR 166 (2002), 383 (424).

15 Auch Neutralitätsgebot, vgl. *Hopt*, ZHR 166 (2002), 383 (424) Fn. 197; *Merkt*, ZHR 165 (2001), 224 (232); *Weiß*, Der angemessene Handlungsrahmen der Zielverwaltung in der Übernahmesituation, 2007, S. 85 Fn. 26.

16 So etwa § 33 WpÜG, siehe dazu unten unter C.II.

17 Etwa *Winter/Harbarth*, ZIP 2002, 1 Fn. 5.

18 Etwa *Grigoleit/Tomasic*, in: Grigoleit, Aktiengesetz, Kommentar, 2013, § 93 AktG Rn. 22; *Schockenhoff/Nußbaum*, AG 2019, 321 (323).

19 *Schlitt*, in: MüKoAktG (Fn. 3), § 33 WpÜG Rn. 42 Fn. 80; *Hopt/Roth*, in: Großkomm AktG (Fn. 14), § 93 AktG Rn. 213 Fn. 846; *Hirte*, in: Kölner Kommentar zum WpÜG[2], 2010, § 33 WpÜG Rn. 26; *Ekkenga*, in: Ehricke/Ekkenga/Oechsler, WpÜG, Kommentar, 2003, § 33 Rn. 3 Fn. 10; *Bayer*, ZGR 2002, 588 (603 f.).

20 Vgl. *Hirte*, in: Köln WpÜG (Fn. 19), § 33 WpÜG Rn. 26; *Grunewald*, AG 2001, 288 (289).

21 *Hopt/Roth*, in: Großkomm AktG (Fn. 14), § 93 AktG Rn. 213 Fn. 846; *Drygala*, ZIP 2001, 1861 (1863).

22 Etwa *Hopt/Roth*, in: Großkomm AktG (Fn. 14), § 93 AktG Rn. 213; anders noch *Hopt*, in: Großkomm AktG 4. Auflage 2008, § 93 AktG Rn. 122 („Neutralitätsgebot").

23 Vgl. *Schlitt*, in: MüKoAktG (Fn. 3), § 33 WpÜG Rn. 53; *Wolf*, ZIP 2008, 300 (300 ff.).

24 Dafür etwa *Hopt*, ZGR 1993, 534 (557 f.); *Krause*, AG 1996, 209 (214); mit Einschränkungen *Maier-Reimer*, ZHR 165 (2001), 258 (260 ff.); **a.A.** etwa *Wiese/Demisch*, DB 2001, 849 (851).

25 Etwa *Hopt*, ZHR 161 (1997), 368 (411); *Altmeppen*, ZIP 2001, 1073 (1075 ff.); *Merkt*, ZHR 156 (2001) 224 (234); *Hopt,* FS Lutter, 2000, 1361 (1375) Fn. 59.

26 Vgl. *Krause/Pötzsch/Stephan*, in: Assmann/Pötzsch/Schneider (Fn. 3), § 33 Rn. 46; *Röh*, in Frankfurter Kommentar zum WpÜG[3], 2008, § 33 Rn. 3.

27 *Krause/Pötzsch/Stephan*, in: Assmann/Pötzsch/Schneider (Fn. 3), § 33 Rn. 47.

28 Etwa *Hopt/Roth*, in: Großkomm AktG (Fn. 14), § 93 AktG Rn. 213 Fn. 846; *Brandi*, in: Angerer/Geibel/Süßmann, WpÜG, Kommentar[3], 2017 § 33 WpÜG Rn. 13 f.

29 *Schlitt*, MüKoAktG (Fn. 3), § 33 WpÜG Rn 50 ff.; *Brandi*, Angerer/Geibel/Süßmann (Fn. 28), § 33 Rn. 12 ff.

30 Darüber hinaus ist umstritten, ob die Norm auch auf Erwerbsangebote Anwendung findet, vgl. *Hirte*, Köln WpÜG (Fn. 19), § 33 Rn. 29 ff; *Steinmeyer*, in: Steinmeyer (Fn. 13), § 33 Rn. 11.

31 Strittig, siehe *Schlitt*, in: MüKoAktG (Fn. 3), § 33 WpÜG Rn. 70 ff.

## 2. Inhalt des Verhinderungsverbots nach § 33 Abs. 1 S. 1 WpÜG

§ 33 Abs. 1 S. 1 WpÜG verbietet dem Vorstand die Vornahme von Handlungen, durch die der Erfolg des Angebots verhindert werden könnte. Dabei kommt es darauf an, ob die Handlung zum Zeitpunkt ihrer Vornahme objektiv dazu geeignet ist, die Übernahme zu verhindern.[32] Es ist also weder von Belang, ob mit der Handlung eine Verhinderungsabsicht des Vorstands verbunden ist,[33] noch ob die Maßnahme im Fall ihrer Realisierung tatsächlich zur Vereitelung des Angebots führt.[34]

Welche konkreten Maßnahmen als verhinderungsgeeignet einzustufen sind, erwähnt die Norm nicht. Die Regierungsbegründung nennt als Beispiele verhinderungsgeeigneter Handlungen etwa den Erwerb eigener Aktien durch die Zielgesellschaft oder den Verkauf wesentlicher Bestandteile des Gesellschaftsvermögens („*crown jewels*").[35] Über die Beispiele der Regierungsbegründung hinaus sind jedenfalls solche Maßnahmen verhinderungsgeeignet, die es dem Vorstand ermöglichen, den Erfolg des Übernahmeangebots durch eigenständige Entscheidungen, also insbesondere ohne die Mitwirkung der Aktionäre,[36] zu verhindern.[37]

Ausdrücklich erlaubt ist gemäß § 27 WpÜG eine begründete sachliche Stellungnahme. Nutzt der Vorstand die Stellungnahme in erster Linie als Werbemaßnahme und überschreitet dabei die in § 27 WpÜG vorgeschriebenen Grenzen, ist fraglich, ob es sich dabei um eine verhinderungsgeeignete Maßnahme handelt.

## 3. Ausnahmen

§ 33 WpÜG wird aufgrund des prinzipiellen Verhinderungsverbots in Abs. 1 S. 1 oft schlagwortartig als Neutralitätspflicht des Vorstands bezeichnet. Das grundsätzliche Verbot in Abs. 1 S. 1 wird jedoch durch weitgehende Ausnahmeregelungen in Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 durchbrochen. Nach *Schlitt* gehen die Ausnahmeregelungen sogar so weit, dass § 33 WpÜG eine ausdrückliche Entscheidung des Gesetzgebers gegen die Etablierung einer Neutralitätspflicht darstellen soll.[38] Inwiefern diese Einschätzung zutrifft, soll anhand der Aufarbeitung der Ausnahmetrias des § 33 Abs. 1 S. 2 WpÜG untersucht werden.

§ 33 Abs. 1 S. 2 WpÜG nennt drei Ausnahmetatbestände vom grundsätzlichen Verhinderungsverbot des § 33 Abs. 1 S. 1 WpÜG. Diese entbinden den Vorstand allerdings nicht von den allgemeinen aktienrechtlichen Anforderungen an sein Handeln. Die Maßnahmen müssen daher stets im Unternehmensinteresse liegen.[39] Des Weiteren müssen die aktienrechtlichen Kompetenznormen eingehalten werden.[40]

Gemäß § 33 Abs. 1 S. 2, 1. Fall WpÜG sind solche Maßnahmen des Vorstands zulässig, die auch ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter einer Gesellschaft, die nicht von einem Übernahmeangebot betroffen ist, vorgenommen hätte. Diese Ausnahme soll verhindern, dass die Gesellschaft aufgrund des Verhinderungsverbots unangemessen eingeschränkt ist.[41] Der Vorstand soll in der Lage sein, die Tagesgeschäfte fortzuführen und bereits eingeschlagene Unternehmensstrategien weiterhin zu verfolgen.[42] Für die Beurteilung des Ermessens des Vorstands sind nach überwiegender, jedoch umstrittener Ansicht, die Grundsätze der *business judgement rule* (vgl. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG) anwendbar.[43] In der Praxis wird von außen schwer feststellbar sein, ob eine verhinderungsgeeignete Handlung tatsächlich nicht auf das Übernahmeangebot zurückzuführen ist.[44] Der Vorstand trägt daher die Beweislast dafür, dass die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme unternehmerischen Ermessens vorliegen (vgl. § 93 Abs. 2 S. 2 AktG).[45]

§ 33 Abs. 1 S. 2, 2. Fall WpÜG gestattet dem Vorstand, nach einem konkurrierenden Bieter („*White Knight*") zu suchen. Diese Maßnahme ist grundsätzlich mit dem Interesse der Aktionäre vereinbar und war daher schon vor Inkrafttreten des WpÜG als zulässige Handlung des Vorstands in Übernahmesituationen anerkannt.[46]

Nach § 33 Abs. 1 S. 2, 3. Fall WpÜG sind schließlich solche Handlungen vom Verhinderungsverbot ausgenommen, denen der Aufsichtsrat vorher zugestimmt hat. Diese Ausnahme gewährt dem Vorstand die Vornahme von Handlungen, die zwar von seiner allgemeinen aktienrechtlichen Geschäftsführungskompetenz gedeckt wären,[47] die er aber gerade aus Anlass des Übernahmeangebots vornehmen möchte.[48] Schon aus der Zustimmungskompetenz folgt, dass der Aufsichtsrat nicht an das Vereitelungsgebot des Abs. 1 S. 1 gebunden ist.[49] Er ist bei seiner Entscheidung über die Zustimmung allerdings an die organisationsrechtlichen Vorgaben des Aktienrechts und an das Gesellschaftsinteresse gebunden.[50] Dieser Ausnahmetatbestand ist rechtspolitisch

---

32 Begründung RegE, BT-Drs. 14/7034, S. 57; *Röh*, in: FK (Fn. 26), § 33 Rn. 42.

33 Begründung RegE, BT-Drs. 14/7034, S. 57; *Grunewald*, in: Baums/Thoma/Verse, Kommentar zum WpÜG, 2017, § 33 Rn. 24.

34 Begründung RegE, BT-Drs. 14/7034, S. 57; *Steinmeyer*, in: Steinmeyer (Fn. 13), § 33 Rn. 16.

35 Begründung RegE, BT-Drs. 14/7034, S. 58.

36 *Hens* (Fn. 8), S. 205.

37 Ausführliche Auflistung bei *Paschos*, in: Paschos/Fleischer, Handbuch Übernahmerecht nach dem WpÜG, 2017, § 24 Rn. 172 ff.

38 *Schlitt*, in: MüKoAktG (Fn. 3), § 33 WpÜG Rn. 50; vgl. auch *Ekkenga*, FS Kümpel, 2003, 95 (100).

39 *Grunewald*, in: Baums/Thoma/Verse (Fn. 33), § 33 Rn. 58.

40 *Grunewald*, in: Baums/Thoma/Verse (Fn. 33), § 33 Rn. 56.

41 Begründung RegE BT-Drs. 14/7034, S.58; *Schlitt*, in: MüKoAktG (Fn. 3), § 33 WpÜG Rn. 134.

42 *Brandi*, in: Angerer/Geibel/Süßmann (Fn. 28), § 33 Rn. 45.

43 Strittig, dafür etwa *Steinmeyer*, in: Steinmeyer (Fn. 13), § 33 Rn. 22; *Schlitt*, in: MüKoAktG (Fn. 3), § 33 WpÜG Rn. 150; *Hirte*, ZGR 2002, 623 (635 f.); **krit.** etwa *Fleischer*, FS Wiedemann, 2002, 842.

44 *Ekkenga*, in: Ehricke/Ekkenga/Oechsler (Fn. 19), § 33 Rn. 46; *Hens* (Fn. 8), S. 208.

45 *Hirte,* in: Köln WpÜG (Fn. 19), § 33 Rn. 69; *Hens* (Fn. 8), S. 208.

46 *Krause/Pötzsch/Stephan*, in: Assmann/Pötzsch/Schneider (Fn. 3), § 33 Rn. 163.

47 *Brandi*, in: Angerer/Geibel/Süßmann (Fn. 28), § 33 Rn. 52; *Schlitt*, in: MüKoAktG (Fn. 3), § 33 WpÜG Rn. 167.

48 OLG Stuttgart, AG 2019, 527 (532); *Röh*, in: FK (Fn. 26), § 33 Rn. 81.

49 *Ekkenga*, in: Ehricke/Ekkenga/Oechsler (Fn. 19), § 33 Rn. 52; allerdings anders, wenn der Aufsichtsrat selbst initiativ wird, siehe *Ekkenga*, in: Ehricke/Ekkenga/Oechsler (Fn. 19), § 33 Rn. 24.

50 *Habersack*, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Kommentar[9], 2019 Vorb. zu § 311 AktG Rn. 19.

äußerst umstritten.[51] So ermöglicht er dem Vorstand die Vornahme von Abwehrmaßnahmen, ohne die Hauptversammlung und damit den Großteil der Aktionäre, deren Entscheidungsfreiheit maßgeblich betroffen ist, jemals mit dem Vorgang zu befassen.[52] Darüber hinaus wird sogar über die Vereinbarkeit des Ausnahmetatbestands mit Art. 14 GG diskutiert.[53]

### 4. Auswirkung der umfangreichen Ausnahmeregelungen auf das grundsätzliche Verhinderungsverbot in § 33 Abs. 1 S. 1 WpÜG

Die genauere Betrachtung des § 33 WpÜG zeigt, dass das grundsätzlich strikt angelegte Verhinderungsverbot des Abs. 1 S. 1 durch seine Ausnahmeregelungen weitgehend eingeschränkt wird. So wird dem Vorstand nach Abs. 1 S. 2, 1. Fall der Ermessensspielraum der *business judgement rule* zugesichert und nach Abs. 1 S. 2, 3. Fall sogar die Möglichkeit eröffnet, gezielte Abwehrmaßnahmen ohne Absprache mit der Hauptversammlung durchzuführen. In der Konsequenz ist dem Vorstand also nur dann die gezielte Abwehr eines Übernahmeangebots untersagt, wenn der Aufsichtsrat seine Zustimmung verweigert.[54] Da Vorstand und Aufsichtsrat erfahrungsgemäß häufig „in einem Boot" sitzen,[55] wird ein solcher Fall in der Praxis eher selten vorkommen.[56] Folglich ist der eingangs erwähnten Ansicht zuzustimmen, die in Abs. 1 S. 2 eine Umkehrung des in § 33 Abs. 1 S. 1 WpÜG ursprünglich angelegten Regel-Ausnahme-Verhältnisses in sein Gegenteil sieht.[57]

## III. Verhältnis der aktienrechtlichen Neutralitätspflicht zu § 33 WpÜG

Es wurde bereits herausgearbeitet, dass sich der Gesetzgeber durch die Schaffung eines weiten Ausnahmekatalogs in § 33 WpÜG gegen die Etablierung einer strikten Neutralitätspflicht entschieden hat. Folglich stellt sich die Frage, inwiefern das in der Literatur entwickelte aktienrechtliche Vereitelungsverbot über das übernahmerechtliche Verhinderungsgebot hinaus besteht.

### 1. Grundproblem: Spannungsfeld zwischen Gesellschafts- und Übernahmerecht

Ein Grundproblem dieser Untersuchung rührt daher, dass es sich bei den Verhaltenspflichten des Vorstands in Übernahmesituationen um eine Regelungsproblematik im Spannungsfeld zwischen Gesellschafts- und Übernahmerecht handelt.[58] So regelt § 33 WpÜG die Verhaltenspflicht des Vorstands zwar grundsätzlich auf übernahmerechtlicher Ebene, das WpÜG schließt die Anwendung aktienrechtlicher Grundsätze aber auch nicht aus. Das Spannungsfeld wird auch anhand der zwiespältigen Beurteilung der Kommentarliteratur deutlich.[59] So weisen dieselben Kommentatoren auf der einen Seite auf den abschließenden Charakter des übernahmerechtlichen Verhinderungsverbots hin,[60] betonen aber auf der anderen Seite die gesellschaftsrechtliche Ermessensbindung des Vorstands bei Entscheidungen über Abwehrmaßnahmen.[61]

### 2. Außerhalb des Anwendungsbereichs des § 33 WpÜG

Weitgehend Einigkeit herrscht darüber, dass die aktienrechtliche Neutralitätspflicht zumindest außerhalb des Anwendungsbereichs des § 33 WpÜG fort gilt.[62] In sachlicher Hinsicht ist die aktienrechtliche Neutralitätspflicht also relevant für Übernahmeangebote, die nicht öffentlich i.S.d. § 2 Abs. 1 WpÜG sind sowie für den Erwerb von Aktien, die nicht zum Handel am organisierten Markt i.S.d. § 2 Abs. 7 WpÜG zugelassen sind.[63] In zeitlicher Hinsicht soll die aktienrechtliche Neutralitätspflicht außerhalb des in § 33 WpÜG genannten Zeitraums und somit insbesondere im Vorfeld von Übernahmesituationen (*Pre-Bid-Phase*) weitergelten.[64]

### 3. Innerhalb des Anwendungsbereichs des § 33 WpÜG

Die Frage, inwiefern die aktienrechtliche Neutralitätspflicht innerhalb des Anwendungsbereichs des § 33 WpÜG weiterhin besteht, scheint auf den ersten Blick nicht besonders umstritten zu sein.

#### a) § 33 WpÜG als lex specialis

So findet sich in der Literatur die nahezu einhellige Meinung, dass § 33 WpÜG als *lex specialis* gegenüber der aktienrechtlichen Pflichtenstellung Vorrang zukommt.[65] Dem ist zuzustimmen. Es entspricht dem klaren Willen des Gesetzgebers, die Vorstandspflichten in Übernahmesituationen mit § 33 WpÜG festzulegen.[66] Die Annahme einer weitergehenden aktienrechtlichen Neutralitätspflicht neben § 33 WpÜG würde diesem gesetzgeberischen Willen widersprechen.

---

51 Vgl. *Schlitt*, in: MüKoAktG (Fn. 3), § 33 WpÜG Rn. 164; *Paschos* (Fn. 39), § 24 Rn. 127.

52 *Schlitt*, in: MüKoAktG (Fn. 3), § 33 WpÜG Rn. 40; *Winter/Habarth*, ZIP 2002, 1 (8).

53 Eingehend *Hens* (Fn. 8), S. 212 ff.

54 *Ekkenga* (Fn. 38), 95 (100).

55 *Ekkenga/Hofschroer*, DStR 2002, 724 (731); vgl. *Hopt* (Fn. 25), 1361 (1382).

56 *Ekkenga* (Fn. 38), 95 (100).

57 *Schlitt*, in: MüKoAktG (Fn. 3), § 33 WpÜG Rn. 40; vgl. *Hirte*, Köln WpÜG (Fn. 19), § 33 Rn. 79; *Grunewald*, in: Baums/Thoma/Verse (Fn. 33), § 33 Rn. 16.

58 *Kirchner*, AG 1999, 481 (482).

59 Vgl. dazu *Möslein*, Grenzen unternehmerischer Leitungsmacht im marktoffenen Verband, 2006, S. 559.

60 *Krause/Pötzsch/Stephan*, in: Assmann/Pötzsch/Schneider (Fn. 3), § 33 Rn. 50; *Habersack*, in: Emmerich/Habersack (Fn. 50), Vorb. zu § 311 AktG Rn. 15.

61 *Krause/Pötzsch/Stephan*, in: Assmann/Pötzsch/Schneider (Fn. 3), § 33 Rn. 309; *Habersack*, in: Emmerich/Habersack (Fn. 50), Vorb. zu § 311 AktG Rn. 17.

62 *Spindler*, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz[5], 2019, § 76 AktG Rn. 40; *Brandi*, in: Angerer/Geibel/Süßmann (Fn. 28), § 33 Rn. 14.

63 *Mertens/Cahn*, Kölner Kommentar zum Aktiengesetz[2], 1996 § 76 AktG Rn. 26; **a.A.** *Wolf/Wink*, in: Paschos/Fleischer(Fn. 39), § 20 Rn. 25.

64 *Spindler*, in: MüKoAktG (Fn. 62), § 76 AktG Rn. 40; ob die aktienrechtliche Neutralitätspflicht außerhalb der Übernahmesituation überhaupt besteht, ist aber wiederum umstritten, vgl. *Krause/Pötzsch/Stephan*, in: Assmann/Pötzsch/Schneider (Fn. 3), § 33 WpÜG Rn. 245.

65 *Schlitt*, in: MüKoAktG (Fn. 3), § 33 WpÜG Rn. 52; *Krause/Pötzsch/Stephan*, in: Assmann/Pötzsch/Schneider (Fn. 3), § 33 Rn. 50; *Habersack*, in: Emmerich/Habersack (Fn. 50),, Vorb. zu § 311 AktG Rn. 15; *Brandi*, in: Angerer/Geibel/Süßmann (Fn. 28), § 33 Rn. 14; *Steinmeyer* in: Steinmeyer (Fn. 13), § 33 Rn. 6.

66 *Steinmeyer* in: Steinmeyer (Fn. 13), § 33 Rn. 6; vgl. *Wolf*, ZIP 2008, 300 (301).

### b) Einfluss auf die Auslegung der Ausnahmetatbestände in § 33 WpÜG?

Eine detaillierte Auswertung der Literatur ergibt jedoch, dass die dort entwickelte aktienrechtliche Neutralitätspflicht dennoch teilweise Auswirkungen auf das übernahmerechtliche Verhinderungsverbot nach § 33 WpÜG haben kann. So wird von Teilen des Schrifttums eine restriktive Auslegung der in § 33 WpÜG normierten Ausnahmetatbestände vorgenommen, die sich auf die Annahme übernahmespezifischer Verhaltensanforderungen des Aktienrechts stützt.[67]

Als Beispiel für einen solchen Einfluss der aktienrechtlichen Neutralitätspflicht ist insbesondere die Auslegung des § 33 Abs. 1 S. 2, 3. Fall zu nennen. So vertritt ein beträchtlicher Teil der Literatur die Ansicht, dass dem Vorstand kein weiter Ermessensspielraum nach der *business judgement rule* zusteht, wenn er sich auf den Ausnahmetatbestand des Abs. 1 S. 2, 3. Fall berufen will.[68] Vielmehr müsse der Vorstand darlegen, dass ein qualifiziertes Unternehmensinteresse das Veräußerungsinteresse deutlich überwiegt.[69] Begründet wird die Versagung des weiten Ermessensspielraums damit, dass sich der Vorstand in einer Übernahmesituation in einem besonderen Interessenkonflikt befindet.[70] Das Fehlen eines solchen Interessenkonflikts stelle nach der ARAG-Entscheidung aber eine Grundvoraussetzung für die Annahme des weiten unternehmerischen Ermessens dar.[71]

Eine solche restriktive Auslegung des Ausnahmetatbestands ist jedoch abzulehnen. Zwar werden die aktienrechtlichen Grundsätze an und für sich nicht von den Vorschriften des WpÜG berührt.[72] Die oben dargestellte Begründung verkennt aber, dass das WpÜG gerade das übernahmespezifische Verhalten des Vorstands regeln soll und somit die übernahmespezifischen Handlungsmaximen aus dem Aktienrecht nicht vollständig Geltung im Anwendungsbereich des WpÜG behalten können.[73] Denn das würde bedeuten, dass es dem Vorstand auch im Rahmen des § 33 Abs. 1 S. 2, 3. Fall WpÜG grundsätzlich verboten wäre, Abwehrmaßnahmen gegen Übernahmeangebote vorzunehmen. Die Zustimmung des Aufsichtsrats würde dem Vorstand keine über das Aktienrecht hinausgehende Rechtfertigung für die Übernahmeabwehr bieten.[74] Vielmehr würden die bereits aktienrechtlich anerkannten Ausnahmen des Neutralitätsgebots unter die zusätzliche Voraussetzung der Zustimmung des Aufsichtsrats gestellt. Die Übertragung der übernahmespezifischen Verhaltenspflichten des Vorstands aus dem Aktienrecht würde also zu einer Verschärfung der bestehenden aktienrechtlichen Neutralitätspflicht führen.[75]

Diese einschränkende Auslegung widerspricht aber dem klaren Willen des Gesetzgebers. Denn der Zweck des § 33 WpÜG lag insbesondere nach Beschlussempfehlung des Finanzausschusses vielmehr darin, den deutschen Unternehmen zu ermöglichen, sich wie andere ausländische Unternehmen zur Wehr setzen zu können.[76]

Wie auch aus § 3 Abs. 3 WpÜG hervorgeht, muss der Vorstand bei der Berufung auf Abs. 1 S. 2, 3. Fall zwar im Interesse der Zielgesellschaft handeln, er darf also insbesondere nicht Vermögensgegenstände verschleudern oder Aktien unter Wert anbieten.[77] Darüber hinaus muss sein Ermessensspielraum jedoch nicht aufgrund der besonderen Konfliktlage modifiziert werden.[78] So hat sich der Gesetzgeber dazu entschieden, dem Interessenkonflikt des Vorstands allein dadurch Rechnung zu tragen, dass der Vorstand für die Vornahme von angebotsbedingten Verteidigungsmaßahmen der Zustimmung des Aufsichtsrats bedarf.[79] Die Reduktion des Handlungsermessens des Vorstands würde folglich die gesetzgeberische Entscheidung missachten und stellt letztlich den Versuch dar, übernahmespezifische Verhaltensanforderungen aus dem Aktienrecht herzuleiten.[80]

Die aktienrechtliche Neutralitätspflicht wird innerhalb des Anwendungsbereichs von § 33 WpÜG also vollständig vom übernahmerechtlichen Verhinderungsverbot überlagert und entfaltet auch keine Wirkung auf die Auslegung des § 33 WpÜG.

## D. Rechtsvergleichende Überlegungen

Die Untersuchung der Rechtslage in Deutschland hat ergeben, dass sich der Gesetzgeber mit Verabschiedung des WpÜG gegen die Etablierung einer Neutralitätspflicht und für die Schaffung einer grundsätzlichen Abwehrbereitschaft des Vorstands entschieden hat.[81] In einem weiteren Schritt soll dargelegt werden, warum ein darüber hinaus gehendes strengeres Vereitelungsverbot oder gar eine Neutralitätspflicht im engeren wörtlichen Sinne keine angemessene Lösung für die Regulierung von feindlichen Übernahmen in Deutschland darstellen würde.

### I. Rechtslage in Großbritannien und Delaware

Dazu werden beispielhaft die Rechtslagen in Großbritannien und dem US-Bundesstaat Delaware betrachtet. Dort gab es insbesondere seit den 80er Jahren eine weitaus höhere Anzahl an Übernahmekämpfen,[82] weswegen auch deutlich früher über die Vorstandspflichten in Übernahmesituationen

---

67 Vgl. *Weiß*, Der angemessene Handlungsrahmen der Zielverwaltung in der Übernahmesituation, 2007, S. 85.

68 *Hirte*, in: Köln WpÜG (Fn. 19), § 33 Rn. 83; *Schlitt*, in: MüKoAktG (Fn. 3), § 33 WpÜG Rn. 172; *Steinmeyer*, in: Steinmeyer (Fn. 13), § 33 Rn. 29; *Winter/Harbarth,* ZIP 2002, 1 (9 f.).

69 *Schlitt*, in: MüKoAktG (Fn. 3), § 33 WpÜG Rn. 173; *Winter/Harbarth,* ZIP 2002, 1 (10).

70 *Hirte*, in: Köln WpÜG (Fn. 19), § 33 Rn. 83; *Schlitt*, in: MüKoAktG (Fn. 3), § 33 WpÜG Rn. 172.

71 *Krause*, BB 2002, 1053 (1058); vgl. dazu auch BGHZ 135, 244 (253).

72 Vgl. *Fleischer*, NZG 2002, 545 (547); *Holtkamp* (Fn. 7), S. 291.

73 *Nussbaum*, Die Aktiengesellschaft als Zielgesellschaft eines Übernahmeangebots, 2003, S. 189.

74 *Nussbaum* (Fn. 73), S. 189.

75 *Nussbaum* (Fn. 73), S. 189.

76 Beschlussempfehlung FA, BT-Drs. 14/7477, S. 50; *Paschos* (Fn. 39), § 24 Rn. 127.

77 *Habersack*, in: Emmerich/Habersack (Fn. 50), Vorb. zu § 311 AktG Rn. 19.

78 So auch *Grunewald*, in: Baums/Thoma/Verse (Fn. 33), § 33 Rn. 70; *Tröger*, DZWIR 2002, 397 (403).

79 *Weiß* (Fn. 67), S. 102.

80 Vgl. *Weiß* (Fn. 67), S. 104.

81 *Ekkenga* (Fn. 38), 95 (110); vgl. *Schlitt*, in: MüKoAktG (Fn. 3), § 33 WpÜG Rn. 40.

82 Vgl. *Kuntz* (Fn. 1), S. 569.

diskutiert wurde.[83] Dies führte dazu, dass die deutsche Diskussion über Neutralitätspflichten bis heute von einem rechtsvergleichenden Blick in beide Rechtsordnungen geprägt wird.[84]

### 1. Rechtslage in Großbritannien

In Großbritannien reagierte man mit einem sehr strikten Verhinderungsverbot des Managements, welches im *City Code on Takeovers and Mergers* festgehalten ist.[85] Nach Rule 21.1 lit. a) darf das Leitorgan der Zielgesellschaft ohne Zustimmung der Hauptversammlung keine Handlungen vornehmen, die das Angebot gefährden oder den Anteilseignern die Entscheidung nehmen könnte. Dieser Grundsatz wird durch eine Auflistung konkret verbotener Maßnahmen erweitert.

### 2. Rechtslage in Delaware

Im US-amerikanischen Bundesstaat Delaware wurden hingegen keine gesonderten übernahmerechtlichen Pflichten des Leitorgans aufgestellt. Stattdessen reagierte der Delaware Supreme Court mit einer Modifizierung der *business judgement rule*.[86] Maßgebend waren dabei insbesondere die Unlocal- sowie die Revlon-Entscheidung. Solange die Übernahme noch abwendbar ist, darf das *board of directors* nach der Unlocal-Doktrin grundsätzlich Abwehrmaßnahmen vornehmen, sofern es die Verhältnismäßigkeit seiner Verteidigungshandlungen beweisen kann.[87] Strenger sind die Maßstäbe, wenn die Übernahme nach Auffassung des *board* unabwendbar geworden ist. Nach der Revlon-Entscheidung ist der Ermessensspielraum des Managements dann so eingeschränkt, dass das aus Sicht der Aktionäre bestmögliche Angebot ausgehandelt werden muss.[88]

## II. Großbritannien und Delaware als gegensätzliche Regelungskonzepte

Es scheint als stünden sich mit dem britischen Konzept und dem Modell von Delaware zwei gegensätzliche Regelungskonzeptionen gegenüber. Bei der Untersuchung der Frage, warum der britische City Code so viel strengere Anforderungen an die Pflichten des Vorstands stellt, wurde unter anderem mit den Akteuren, die hinter dem City Code stehen, argumentiert. Der City Code würde von institutionellen Investoren und Banken kontrolliert, welche am stärksten von der Vereinfachung feindlicher Übernahmen und der Liberalisierung des Marktes für Unternehmenskontrolle profitieren.[89] Diese Einordnung stimmt auch mit der Einschätzung überein, die in der britischen Regelung eine Bevorzugung des kurzfristigen Veräußerungsinteresses der Aktionäre gegenüber dem Unternehmensinteresse sieht.[90]

## III. Einordnung des WpÜG in die Regelungskonzepte

Das deutsche Verhinderungsverbot orientierte sich in seinen ersten Entwürfen stark am strengeren britischen Modell, wurde im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens jedoch stetig abgeschwächt.[91] In seiner derzeitigen Version scheint das deutsche Modell daher eher der Grundentscheidung Delawares gefolgt zu sein. So besteht in beiden Staaten eine prinzipielle Fortgeltung der verbandsrechtlichen Leitungsverantwortung, die in der Übernahmesituation modifiziert wird.[92]

Diese Entscheidung gegen die strikte Regulierung in Anlehnung an das britische Modell ist begrüßenswert. Der Finanzsektor spielt in Großbritannien eine wesentlich größere wirtschaftliche Rolle als in Deutschland.[93] In der Bundesrepublik hingegen kommt der Industrie nach wie vor ein äußerst bedeutender Faktor für die nationale Wertschöpfung zu. So ist der Anteil der Industrie an der nationalen Bruttowertschöpfung in Deutschland seit Jahren nahezu konstant und lag im Jahr 2017 bei 23,4 %.[94] Es ist daher fraglich, ob ein Code, der in einem Land entwickelt wurde, in dem die Finanzindustrie und die Interessen der Finanzakteure von zentraler Bedeutung sind, wirklich das angemessene Modell für einen Staat darstellt, der sich nach wie vor als Industriestandort versteht.[95]

# E. Rechtsökonomische Überlegungen

Aus rechtsökonomischer Sicht wird insbesondere der Erhalt der Funktionsfähigkeit des Marktes für Unternehmenskontrolle als Legitimationsbasis für Neutralitätspflichten genannt. Im Folgenden soll dieser Ansatz kurz dargestellt und erörtert werden, warum er angesichts des deutschen Übernahmemarkts keinen hinreichenden Grund für die Etablierung einer Neutralitätspflicht in Deutschland darstellt.

## I. Theorie des Markts für Unternehmenskontrolle

Die Theorie des Marktes für Unternehmenskontrolle[96] basiert auf der Grundannahme eines informationseffizienten Kapitalmarkts, dessen Kurse den Wert der Unternehmensressourcen treffend abbilden. Ein ineffizientes Management

---

83 Ausführlich zur historischen Entwicklung und Diskussion feindlicher Übernahmen in den USA und Großbritannien *Armour/Skeel*, Georgetown Law Journal, 95 (2007), 1727 (1751 ff.).

84 Vgl. etwa *Weiß* (Fn. 67); *Dimke* (Fn. 12); *Hens* (Fn. 8), *Kirchner*, BB 2000, 105 (105 ff.).

85 Der Code funktioniert auf Basis freiwilliger Selbstregulierung. Er hat aber flächendeckend Akzeptanz gefunden, vgl. *Forstinger*, Takeover Law in the EU and the USA, 2002, S. 118.

86 *Krause/Pötzsch/Stephan*, in: Assmann/Pötzsch/Schneider (Fn. 3), § 33 Rn. 328.

87 Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co., – 493 A.2d. 946 (Del. Supr. 1985).

88 Revlon Inc. v. Mac Andrews & Forbes Holdings Inc. – 506 A.2d. 173 (Del. Supr. 1985).

89 *Armour/Skeel*, Georgetown Law Journal, 95 (2007), 1727 ff.

90 Vgl. *Weiß* (Fn. 67), S. 209.

91 Eingehend zum Gesetzgebungsverfahren *Schlitt*, in: MüKoAktG (Fn. 3), § 33 WpÜG Rn. 23 ff.

92 Trotz der Ähnlichkeit kann die deutsche Regelung aber nicht mit dem Modell in Delaware gleichgesetzt werden. Zu den Unterschieden *Weiß* (Fn. 67), S. 183.

93 Vgl. Darstellung und Grafiken beim Wissenschaftlichen Dienst des deutschen Bundestages, Nr. WD 5 – 3000 - 054/16 (07.06.2016).

94 BMWi, Infografik 2017, www.bmwi.de/Redaktion/DE/Infografiken/Industrie/anteil-verarbeitendes-gewerbe-an-bruttowertschoepfung-in-eu-mitgliedstaaten.htm; in Großbritannien ist der Anteil der Industrie hingegen rückläufig und betrug 2017 nur noch 10,1 %.

95 *Windolf*, ZfP Sonderband 5, 2013, 301 (322), der allerdings davon ausgeht, dass sich Deutschland bereits an dem britischen Modell orientiert habe (306).

96 Grundlegend *Manne*, J. Pol. Econ., 73 (1965), 110 ff.

führe demnach zu einer niedrigen Bewertung am Kapitalmarkt. Durch den niedrigen Kurs sollen potenzielle Bieter zur Abgabe eines Übernahmeangebots bewegt werden, weil sie glauben, durch Auswechslung des Managements einen Mehrwert generieren zu können. Bereits die abstrakte Gefahr für das Leitorgan, das Amt durch eine erfolgreiche Übernahme zu verlieren, soll daher zu einer Disziplinierung des Managements im Aktionärsinteresse führen.

### II. Erhalt der Funktionsfähigkeit durch Neutralitätspflichten

Diese verbandsexterne Kontrolle des Vorstands durch den Kapitalmarkt würde aufgehoben werden, wenn es dem Vorstand erlaubt wäre, seine Position durch Vornahme von Verhinderungsmaßnahmen gegen Übernahmen zu sichern.[97] Nach der sehr umstrittenen *Managerial Entrenchment Hypothesis* dienen Abwehrmaßnahmen gegen ein Übernahmeangebot sogar allein dem Schutz einer unfähigen und damit zu Lasten der Anteilseigner agierenden Verwaltung.[98] Eine Neutralitätspflicht des Vorstands in Übernahmesituationen soll folglich sicherstellen, dass die Funktionsfähigkeit des Marktes für Unternehmenskontrolle nicht durch eigennützliches Verhalten des Vorstands gestört wird.

### III. Bestandsaufnahme: Markt für Unternehmenskontrolle in Deutschland

Bei der Bewertung dieser Erwägung muss der historische Hintergrund der Literatur, die sich auf diese Argumentation stützt, berücksichtigt werden. So wurde die rechtspolitische Diskussion um die Etablierung einer Neutralitätspflicht insbesondere angesichts des Gesetzgebungsverfahrens des WpÜG und somit in unmittelbarer zeitlicher Nähe zum spektakulären Mannesmann-Übernahmekampf geführt.[99]

Der öffentlichkeitswirksame Fall wurde vielfach als Aufbruch zu einer neuen Zeit des Turbokapitalismus empfunden.[100] In Anlehnung an die Vorbilder der Vereinigten Staaten und Großbritannien wurde eine deutlich höhere Zahl an feindlichen Übernahmen und eine Etablierung des Marktes für Unternehmenskontrolle in Deutschland erwartet.[101] *Ex-ante* scheint das Bedürfnis nach einem Schutz des aufkommenden Markts für Unternehmenskontrolle durch eine Neutralitätspflicht also durchaus gerechtfertigt.

Die Entwicklung der Praxis zeigt aber, dass diese Prognosen bisher weitgehend leerliefen. So stellen feindliche Übernahmen bis heute eine Rarität am deutschen Markt dar.[102] Grund dafür ist aber nicht in erster Linie die durch § 33 WpÜG eingeräumte Abwehrmöglichkeit, denn die in der Literatur befürchteten Kapitalmaßnahmen des Vorstands zur Abwehr von Übernahmen fanden in der Praxis kaum Anwendung.[103] So gab es bisher nur bei der Übernahme der Hochtief AG eine Sachverhaltsprüfung der BaFin im Hinblick auf die Vereinbarung des Vorstandsverhaltens mit § 33 WpÜG.[104]

Als Begründung für die im internationalen Vergleich wenigen Versuche feindlicher Übernahmen werden von Praktikern vielmehr institutionelle Hürden, die das Auswechseln des Vorstands in Deutschland erschweren, genannt.[105] Schon die Unternehmensmitbestimmung großer Gesellschaften, die dazu führt, dass der Bieter nach erfolgreicher Übernahme nur den Aufsichtsrat auf Aktionärsseite zügig auswechseln kann, weil er hinsichtlich der Arbeitnehmer kein Wahlrecht hat, soll die effiziente Durchführung einer feindlichen Übernahme erschweren.[106]

Solange die institutionellen Hürden des deutschen Aktienrechts die Etablierung eines Markts für Unternehmenskontrolle in Deutschland verhindern, stellt dieser rechtsökonomische Ansatz also keinen ausreichenden Grund dar, den Vorstand weiter in seinem unternehmerischen Ermessensspielraum einzuschränken.

## F. Fazit

Die Untersuchung der Rechtslage ergibt, dass den Vorstand nur außerhalb des Anwendungsbereichs des § 33 WpÜG ein grundsätzliches Verbot zur Verhinderung von Übernahmen trifft, das allerdings nicht gänzlich ausnahmslos besteht. Innerhalb des Anwendungsbereichs wird die Geschäftsführungsbefugnis des Vorstands in der Übernahmesituation nicht grundsätzlich eingeschränkt, sondern lediglich modifiziert.

Die gesetzgeberische Entscheidung gegen die Etablierung einer Neutralitätspflicht ist grundsätzlich zu begrüßen. So würde die starke Einschränkung des Handlungsspielraums des Vorstands in erster Linie dem kurzfristigen Veräußerungsinteresse von Aktionären und Bieter, hingegen nicht dem Gesellschaftsinteresse dienen. Auch die praktische Erfahrung hat gezeigt, dass der Handlungsspielraum des Vorstands nicht durch eine engere Neutralitätspflicht eingeschränkt werden muss. Denn die Maßnahmen, die Vorstände gegen die wenigen feindlichen Übernahmen in Deutschland ergriffen, hatten oft positive Auswirkungen für die Aktionäre. So gab es Fälle, in denen die negative Stellungnahme oder die Suche nach einem *White Knight* zu verbesserten Angebotskonditionen für die Anteilseigner führten.[107] Die Praxis zeigt also, dass Abwehrmaßnahmen des Vorstands sogar im Interesse verkaufswilliger Aktionäre sein können.

Als alternative Regelungsmöglichkeiten für den nach wie vor bestehenden Interessenkonflikt des Vorstands kommen andere bereits bekannte Lösungsansätze des Prinzipal-Agenten-Konflikts in Betracht. Zu denken wäre etwa an Management-Beteiligungsprogramme, durch die der Vorstand bei dem Verkauf von Aktien profitiert und seine Interessen somit an die der Aktionäre angeglichen werden.

---

[97] Vgl. *Dimke/Heiser*, NZG 2001, 241 (254 f.), **krit**. *Schneider*, AG 2002, 125 f.

[98] Darstellung und Kritik bei *Kopp*, Erwerb eigener Aktien, 1995, S. 86 ff.

[99] Vgl. *Riehmer/Schröder*, NZG 2000, 820 (820); *Schneider*, AG 2002, 125.

[100] Vgl. rückblickende Darstellung m.w.N. bei *Kuntz* (Fn. 1), S. 560.

[101] Vgl. *Becker*, ZHR 165 (2001), 280.

[102] Genaue Zahlen bei *Mager/Meyer-Fackler*, Global Finance J., Volume 34 (2017), 32 (38 f.).

[103] *Seibt*, in: Mülbert/Kiem/Wittig, 10 Jahre WpÜG, 2011, S. 155.

[104] BaFin Jahresbericht, 2010, S. 223; vgl. auch *Seibt*, in: Mülbert/Kiem/Wittig, S. 155.

[105] Vgl. *Wildberger/Grobecker*, Mergers and Acquisitions multijurisdictional guide 2013/14, S.1.

[106] *Kuntz* (Fn. 1), S. 603.

[107] Ausführliche Auflistung bei *Seibt* (Fn. 103), S. 156 ff.

Julian Werner*

# Hochfrequenzhandel de lege lata und möglicher Anpassungsbedarf de lege ferenda

## A. Einführung

Der Börsenhandel hat sich in den letzten Jahrzehnten gravierend verändert. Wo einst das Stimmengewirr durcheinanderrufender Händler[1] das Börsenparkett der Frankfurter Wertpapierbörse (FWB) erfüllte, ist nunmehr nur noch das leise Summen weniger Hochleistungsrechner zu vernehmen. Mit der digitalen Umstellung der Handelsplätze wurde auch der Hochfrequenzhandel (HFH) ermöglicht. Darunter versteht man den Handel mittels Algorithmen, die innerhalb von Sekunden Hunderttausende Transaktionen ausführen[2] und durch Geschwindigkeitsvorteile im Milli- und Mikrosekundenbereich Milliardengewinne erwirtschaften können. Die Fragmentierung der Märkte eröffnet Hochfrequenzhändlern attraktive Arbitragemöglichkeiten, die aus geringen Verzögerungen in der Übermittlung von Handelsdaten (Latenzen) resultieren.[3] Der HFH ist aus heutigen Finanzmärkten kaum noch hinwegzudenken.[4]

Gesteigerte Aufmerksamkeit erlangte der HFH erstmals durch den *Flash Crash*[5], als der DOWJONES binnen Minuten um 998,50 Punkte fiel[6] und sich ebenso schnell wieder erholte.[7] Auch wenn die Ursachen weiterhin unklar sind, wird angenommen, dass der HFH als solcher nicht ursächlich war, aber zur extremen Volatilität beitrug.[8] Augenscheinlich kommt es derzeit sogar täglich zu *Mini-Flash Crashs*[9], die jedoch kaum wahrnehmbar sind und nur Millisekunden andauern.[10]

Als Reaktion hat der deutsche Gesetzgeber im Jahr 2013 den HFH im Gesetz zur Vermeidung von Gefahren und Missbräuchen im Hochfrequenzhandel (HFHG)[11] erstmals umfassend geregelt und damit einer Regulierung auf europäischer Ebene vorgegriffen.[12] Dabei wurde sich allerdings am Entwurf zu MiFID II/MiFIR orientiert.[13]

## B. Hochfrequenzhandel – Funktionsweise und Strategien

### I. Definition des Hochfrequenzhandels

#### 1. Allgemeines Verständnis

Unter HFH versteht man den Handel mit Finanzinstrumenten unter Nutzung technischer Rahmenbedingungen, die es Händlern ermöglichen, Datenübertragung und -verarbeitung zu beschleunigen und somit generierte Zeitvorteile im Milli- und Mikrosekundenbereich gewinnbringend zu nutzen.[14] Dabei werden Entscheidungen autonom von Hochleistungscomputern getroffen.[15] HFH ist als Unterform des algorithmischen Handels zu verstehen.[16]

#### 2. Legaldefinition

##### a) Algorithmischer Handel

Wann ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen (WpDU) algorithmischen Handel betreibt, ist in § 80 Abs. 2 S. 1 WpHG legaldefiniert. „Auftragsparameter" i.S.d. Norm sind insbesondere die Entscheidung, ob der Auftrag eingeleitet wird, sowie Zeitpunkt, Preis oder Quantität.[17] Entgegen des Wortlauts soll ausreichen, dass einzelne Parameter automatisch bestimmt werden.[18] Auch eine manuell initiierte Order ist als algorithmische anzusehen, wenn diese im Zuge des Orderverlaufs von einem Algorithmus optimiert wurde.[19] Nach der gesetzlichen Definition sind *Automated-Order-Routing*-Systeme (AOR), bei denen der Algorithmus lediglich über den Handelsplatz entscheidet, zu dem die Order weitergeleitet wird,[20] explizit ausgenommen. Das *Smart Order Routing*, bei dem aus einer Order mehrere kleinere Orders generiert werden, sei allerdings vom algorithmischen Handel umfasst.[21] Der BaFin zufolge liegt eine Entscheidung des Systems nicht vor, wenn vor Einleitung, Erzeugung, Weiterleitung oder Ausführung von Aufträgen noch eine menschliche Intervention erforderlich ist.[22]

---

* Der Autor ist Studierender der Bucerius Law School. Der Beitrag stellt eine stark verkürzte Version seiner Examensseminararbeit dar.

1 Aus Gründen der Lesbarkeit wird im Folgenden die männliche Form verwendet. Sie bezieht sich auf Personen jedes Geschlechts.

2 *Kindermann/Coridaß*, ZBB/JBB 2014, 178, 179.

3 Die Fragmentierung der Finanzmärkte folgte aus dem Ende der Konzentration des Wertpapierhandels auf regulierte Märkte nach MiFID I, *Conac* in: Busch/Ferrarini (Hrsg.), Regulation of the EU Financial Markets: MiFID II and MiFIR, 2017, Rn. 17.07.

4 In den USA macht der HFH über die Hälfte, in Deutschland 25 bis 50 Prozent des Handelsvolumens aus; *Monsch*, Hochfrequenzhandel, 2018, S. 12; *Gresser*, Praxishandbuch Hochfrequenzhandel, Band 1, 2016, S. 6; *Deutsche Bundesbank*, Monatsbericht Oktober 2016, S. 38; die Daten variieren allerdings beträchtlich.

5 Vgl. *Coridaß/Dreyer* in: Temporale (Hrsg.), Europäische Finanzmarktregulierung, 2015, S. 56; *Söbbing*, ZIP 2019, 1602, 1604.

6 *Kobbach* in: Teuber/Schröer (Hrsg.), MiFID II/MiFIR: Umsetzung in der Bankpraxis, 2015, Rn. 1044.

7 Mit weiteren Beispielen *Söbbing*, InTeR 2019, 64, 66.

8 *Bongaerts/Van Achter*, High-Frequency Trading and Market Stability, 2016, S. 1.

9 Zur FWB vgl. *Jaskulla*, WM 2012, 1708.

10 *Gresser*, Praxishandbuch Hochfrequenzhandel, Band 2, 2018, S. 443.

11 BGBl. I 2013, S. 1162.

12 *Jaskulla*, BKR 2013, 221, 222; *Kobbach*, BKR 2013, 233, 234.

13 *Kindermann/Coridaß*, ZBB/JBB 2014, 178, 184.

14 Vgl. *Monsch* (Fn. 4), S. 9.

15 *Contratto*, GesKR 2014, 143.

16 *Conac* (Fn. 3), Rn. 17.05; *Kindermann/Coridaß*, ZBB/JBB 2014, 178, 181; *Kobbach*, BKR 2013, 233, 237.

17 *Schäfer* in Heidel (Hrsg.), Aktienrecht und Kapitalmarktrecht[4], 2014, § 33 Rn. 329.

18 *Fuchs* in: Fuchs (Hrsg.), Wertpapierhandelsgesetz (WpHG): Kommentar[2], 2016, § 33 Rn. 144c.

19 *Röhr* in: Teuber/Schröer, MiFID II/MiFIR – Umsetzung in der Bankpraxis, 2015, Rn. 1062; ESMA/2014/1569, S. 323.

20 *Lerch* in: Veil (Hrsg.), European Capital Markets Law[2], 2017, § 25 Rn. 45.

21 *Röhr* (Fn. 19), Rn. 1063; ESMA/2014/1569, S. 324; ErwGr. 22 del. VO (EU) 2017/565; **a.A.** *Kobbach,* BKR 2013, 233, 237; *Meyer/Paetzel/Will* in: Kölner Kommentar zum WpHG[2], 2014, § 33 Rn. 213b.

22 *BaFin*, FAQ zum Algorithmischen und Hochfrequenzhandel (Stand: 17.7.2019), Frage 4.

#### b) Hochfrequenzhandel

HFH ist in § 2 Abs. 8 Nr. 2 lit. d WpHG legaldefiniert, welcher auf § 2 Abs. 44 WpHG verweist. Dieser stellt klar, dass eine hochfrequente algorithmische Handelstechnik algorithmischer Handel i.S.d. § 80 Abs. 2 S. 1 WpHG ist, welcher durch weitere Merkmale gekennzeichnet ist.[23] § 2 Abs. 44 WpHG fordert insbesondere ein hohes untertägiges Mitteilungsaufkommen[24] sowie latenzminimierende Infrastrukturen[25]. Die Norm umfasst dabei ausdrücklich das Weiterleiten von Mitteilungen. Der scheinbare Widerspruch zu § 80 Abs. 2 S. 1 WpHG bezüglich des AOR löst sich dahin auf, dass auch beim Weiterleiten in diesem Sinne Entscheidungen über gewisse Parameter ohne menschliche Intervention getroffen werden müssen.[26]

Latenzminimierende Infrastrukturen sind gem. § 2 Abs. 44 Nr. 1 WpHG *Kollokation*, *Proximity Hosting* sowie ein direkter elektronischer Hochgeschwindigkeitszugang (*Direct Electronic Access*, DEA). Bei der *Kollokation* werden die Rechner der Hochfrequenzhändler direkt in den Rechenzentren der Handelscomputer platziert, um Übertragungswege zu minimieren.[27] Davon unterscheidet sich das *Proximity Hosting*, bei welchem die Rechner im Rechenzentrum eines Dritten, aber in unmittelbarer Nähe zum Rechenzentrum der Handelscomputer untergebracht werden.[28] *DEA* sind elektronische Hochgeschwindigkeitszugänge, die eine Übermittlung von Mitteilungen in Sekundenbruchteilen ermöglichen[29] und mittelbaren Handelsteilnehmern meist durch Institute angeboten werden.[30]

## II. Einzelne Strategien des Hochfrequenzhandels

Im Folgenden sollen einzelne Strategien dargestellt werden, um diese in Bezug auf ihr Marktmissbrauchspotential näher zu beleuchten.[31]

### 1. Arbitrage-Strategien

Bei Arbitrage-Strategien nutzen Intermediäre Preisdifferenzen u.a. an verschiedenen Handelsplätzen.[32] *Latenzarbitrage* setzt voraus, dass Finanzinstrumente oder verknüpfte Wertpapiere (Derivate, Futures, Optionen, etc.) an unterschiedlichen Märkten zu abweichenden Preisen gehandelt werden, wobei Hochfrequenzhändler reagieren können, bevor die Preise angepasst werden.[33] Die *statistische Arbitrage* stützt sich auf die leicht verzögerte Anpassung der Marktpreise von Wertpapieren, die mit anderen Wertpapieren statistisch korrelieren.[34]

Hochfrequenzhändler können zudem Möglichkeiten nutzen, die auf der langsameren Reaktion anderer Händler auf Marktereignisse beruhen, indem sie auf veraltete Informationen gestützte Aufträge erfüllen (*News*- oder *Event-Arbitrage*).[35] Nachrichtenagenturen stellen Hochfrequenzhändlern dabei Wirtschaftsnachrichten in maschinenlesbarer Form zur Verfügung.[36]

### 2. Elektronisches Front-Running

Unter *elektronischem Front-Running* wird das Phänomen verstanden, dass Hochfrequenzhändler ihren zeitlichen Vorsprung nutzen, indem sie sich als Intermediäre zwischen Orders anderer Handelsteilnehmer schalten.[37] Die Information über aufgegebene Orders anderer Handelsteilnehmer erhalten sie dabei etwa durch *Pinging*[38] oder durch *Latenzarbitrage*.[39] Noch bevor die Orders zur Ausführung gelangen kaufen Hochfrequenzhändler entsprechende Aktienpakete und veräußern diese sogleich zu einem geringfügig höheren Preis weiter.[40]

### 3. Layering, Spoofing und Quote Stuffing

Im Rahmen des *Spoofing* oder *Layering*[41] werden multiple Orders übermittelt, die umgehend wieder gelöscht werden. Damit werden tatsächlich nicht vorhandene Liquidität oder Kursbewegungen suggeriert, die andere Marktteilnehmer zu gewünschten Transaktionen veranlassen.[42] Beim *Quote Stuffing* hingegen wird der Markt mit einer Vielzahl von Orders überflutet, um einerseits Börsensysteme zu überlasten und Verzögerungen bei der Preisfindung auszunutzen[43] und andererseits Kontrahenten durch die Verarbeitung dieser Orders zu verlangsamen und damit einen Geschwindigkeitsvorteil zu erhalten.[44] Aufgrund der geringen Ausführungsquote werden diese Strategien unter dem Begriff *Spam-and-Cancel* zusammengefasst.[45]

---

23 Ungeklärt ist, ob es sich um eine Definition oder einen Typus handelt, ob also alle Merkmale vorliegen müssen. Die BaFin sieht in hierin einen konstitutiven Begriff, *BaFin* (Fn. 22), Frage 14; **a.A.** *Jaskulla*, BKR 2013, 221, 227-229; *Löper*, Die rechtlichen Rahmenbedingungen des Hochfrequenzhandels in Deutschland, 2015, S. 47-49.

24 Vgl. Art. 19 Abs. 1 del. VO (EU) 2017/565.

25 BaFin und ESMA fordern eine Anbindung durch eine 10 Gigabit/s-Leitung, *BaFin* (Fn. 22), Frage 13*; Coridaß/Dreyer* (Fn. 5), S. 72; *Röhr* (Fn. 19), Rn. 1055.

26 *Fuchs* in: Fuchs WpHG (Fn. 18), § 2 Rn. 92; vgl. auch Art. 18 del. VO (EU) 2017/565.

27 *Löper* (Fn. 23), S. 43; *Mattig*, WM 2014, 1940.

28 *Coridaß/Dreyer* (Fn. 5), S. 72.

29 *BaFin* (Fn. 22), Frage 13.

30 *Kobbach*, BKR 2013, 233; *Röhr* (Fn. 19), Rn. 1097.

31 Die Aufzählung ist nicht abschließend. In der Praxis kommt es zudem zu vielseitigen Kombinationen, vgl. *Gresser* (Fn. 4), S. 365.

32 *Söbbing*, InTeR 2019, 64, 65.

33 *Monsch* (Fn. 4), S. 71-72.; *Gresser* (Fn. 10), S. 63.

34 *Monsch* (Fn. 4), S. 73; *Söbbing*, InTeR 2019, 64, 65.

35 *Monsch* (Fn. 4), S. 71-72.

36 *Gresser* (Fn. 4), S. 372; Grundlage der Antizipation ist regelmäßig der Vergleich mit historischen Daten, *Zickert*, Regulierung des Hochfrequenzhandels in US- und EU-Aktienmärkten, 2016, S. 12.

37 *Bayram/Meier*, WM 2018, 1295, 1296.

38 Hierunter versteht man das wiederholte Einstellen kleinvolumiger Orders zu verschiedenen Preisen, wobei nicht ausgeführte Orders umgehend storniert werden. Durch die Reaktion der Marktgegenseite können verborgene großvolumige Orders institutioneller Investoren aufgespürt und Preislimits anderer Händler ermittelt werden, *Bayram/Meier*, WM 2018, 1295; *Monsch* (Fn. 4), S. 39- 40, 83.

39 *Monsch* (Fn. 4), S. 83.

40 *Kasiske*, WM 2014, 1933, 1937.

41 Die Begriffe werden regelmäßig synonym verwendet, *Layering* sei aber eine Unterform des *Spoofings*, *Monsch* (Fn. 4), S. 89.

42 *Kasiske*, WM 2014, 1933, 1935.

43 *Söbbing*, InTeR 2019, 64, 66.

44 *Monsch* (Fn. 4), S. 90.

45 *Kasiske*, WM 2014, 1933, 1935; *Schmolke* in: Klöhn (Hrsg.), Marktmissbrauchsverordnung: Verordnung (EU) Nr. 596/2014 über Marktmissbrauch, 2018, Vor Art. 12 Rn. 16.

### III. Vorteile und Risiken des Hochfrequenzhandels

Die Vorteile und Risiken des HFH sind in rechts- und wirtschaftswissenschaftlicher Literatur umstritten.[46] Während Befürworter positive Einflüsse auf Liquidität und Volatilität preisen, werden ihm an anderer Stelle jegliche positiven Effekte abgesprochen.[47]

Risiken wurden durch *Flash Crashs* verdeutlicht. Auch wenn der HFH selbst nicht der Auslöser war, reagieren Algorithmen wesentlich sensibler auf kurzfristige Unregelmäßigkeiten im Markt als langsamere Handelsteilnehmer. Durch aufeinander reagierende Algorithmen kann ein Kaskadeneffekt[48] ausgelöst werden, der in Krisensituationen die Volatilität verstärkt.[49] Dennoch scheint der HFH in normalen Marktsituationen die Volatilität zu verringern.[50] Anhand des *Flash Crashs* sei auch zu erkennen, dass Hochfrequenzhändler in volatilen Marktphasen dem Markt keine Liquidität zuführen, sondern sich zurückziehen.[51]

Hochfrequenzhändler schalten sich meist als Intermediäre zwischen Aufträge anderer Handelsteilnehmer und erwirtschaften geringe (Arbitrage-)Gewinne, die sich aufgrund der Masse zu hohen Gewinnen summieren können.[52] Dies könne andere Handelsteilnehmer auf lange Sicht veranlassen, Geschäfte an anderen Handelsplätzen zu tätigen.[53]

Zudem bestehe die Gefahr, dass durch das typischerweise hohe Orderaufkommen Handelssysteme überlastet werden.[54] Ferner bestünden Bedenken hinsichtlich Fairness und Chancengleichheit.[55] Insbesondere eröffne der HFH Missbrauchsmöglichkeiten,[56] die unbemerkt innerhalb von Millisekunden genutzt werden können.

Auf der anderen Seite biete der HFH zahlreiche Vorteile. Im Vordergrund steht ein positiver Einfluss auf die Liquidität,[57] da viele Hochfrequenzhändler als Liquiditätsspender fungieren.[58] Dies ermögliche eine exaktere Preisfeststellung und fördere die Markteffizienz.[59] Außerdem werde durch Arbitrage ein Gleichlauf der Preise an verschiedenen Handelsplätzen erreicht.[60] Durch Liquiditätsspender werde zudem der *Bid-Ask-Spread* verringert, was im Ergebnis zu geringeren Transaktionskosten führe.[61]

[46] Eine ausführliche wirtschaftswissenschaftliche Evaluation kann hier nicht vorgenommen werden. Die folgenden Ausführungen werden als Grundlage für die weitere Arbeit als wahr angenommen.

[47] Vgl. *Klöhn* in: Klöhn, MAR (Fn. 45), Art. 7 Rn. 300; *Scopino*, Conn. L. Rev. (2015), 607, 626.

[48] *Contratto*, GesKR 2014, 143, 150; *Söbbing*, InTeR 2019, 64.

[49] *Gresser* (Fn. 10), S. 149.

[50] *Köhler/Büscher* in: Schwintowski (Hrsg.), Bankrecht[5], 2018, Kap. 22 Rn. 500; differenzierend *Deutsche Bundesbank* (Fn. 4), S. 50.

[51] *Deutsche Bundesbank* (Fn. 4), S. 37; *Kindermann/Coridaß*, ZBB/JBB 2014, 178, 179; dies ist jedoch fragwürdig im Hinblick auf mögliche Profite in derartigen Situationen, *Monsch* (Fn. 4), S. 451.

[52] *Contratto*, GesKR 2014, 143, 146; *Zickert* (Fn. 36), S. 7.

[53] *Coridaß/Dreyer* (Fn. 5), S. 60; ErwGr. 62 MiFID II.

[54] *Kobbach* (Fn. 6), Rn. 1045; *Schäfer* in: Heidel, AktienR (Fn. 17), WpHG § 33 Rn. 326.

[55] *Kasiske*, WM 2014, 1933, 1934.

[56] *Lehmann*, KrimJ 2017, 120, 129; *Schultheiß*, WM 2013, 596, 596.

[57] *Löper* (Fn. 23), S. 134; **krit.** *Bongaerts/Van Achter* (Fn. 8), S. 29.

[58] *Bongaerts/Van Achter* (Fn. 8), S. 1.

[59] *Kasiske*, WM 2014, 1933; vgl. auch *Sester*, ZGR 2009, 310, 325 und 342.

[60] *Conac* (Fn. 3), Rn. 17.13; *Löper* (Fn. 23), S. 143.

[61] *Köhler/Büscher* in: BankR (Fn. 50), Kap. 22 Rn. 500; *Monsch* (Fn. 4), S. 62.

## C. Hochfrequenzhandel de lege lata nach MiFID II/MiFIR und MAR

Im Folgenden soll ein Überblick über das in der EU weitgehend harmonisierte Regelungssystem unter Einbezug deutschen Rechts erfolgen.

### I. Marktmissbrauch und Insiderhandel

#### 1. Marktmanipulation

Zum *Spoofing/Layering* und *Quote Stuffing* scheint die Rechtslage eindeutig. Nach Art. 12 Abs. 1 lit. c MAR gilt die Erteilung von Aufträgen als Marktmanipulation, wenn sie zumindest potentiell das Funktionieren des Handelssystems stört oder verzögert, Dritten die Ermittlung echter Orders erschwert oder ein irreführendes Signal bezüglich der An- oder Nachfrage setzt und eine Auswirkung nach Art. 12 Abs. 1 lit. a oder b hat. *Spoofing/Layering*, welches darauf abzielt, Liquidität vorzutäuschen[62] und/oder Kursbewegungen zu provozieren, fällt damit unter den Tatbestand.[63] Gleiches gilt für das *Quote Stuffing*, je nach Zielrichtung (s.o.) einerseits durch die Störung der Börsen-EDV und andererseits dadurch, dass anderen Händlern die Identifikation echter Orders erschwert wird.[64] *Spam-and-Cancel*-Strategien zielen darauf ab, ein künstliches Kursniveau herzustellen,[65] sodass sie zumindest potentiell auf die Preisbildung einwirken.[66] Damit handelt es sich hierbei um Marktmanipulationen.[67]

Fraglich ist die Erfüllung des Tatbestandes durch das *Pinging* (s.o.). Der europäische Gesetzgeber nennt explizit als solche betitelte „*Ping-Aufträge*" als Indikator für manipulatives Handeln (Anh. II Abschnitt 1 Nr. 1 lit. c del. VO (EU) 2016/522).[68] *Pinging* dient in erster Linie dazu, die tatsächliche Marktsituation zu erfassen, indem etwa verdeckte Großaufträge aufgespürt werden. Ziel ist nicht, falsche Signale an den Markt zu senden, sondern Signale aus dem Markt zu erhalten.[69] Es wird kein künstliches Kursniveau (Art. 2 Abs. 1 lit. a MAR) erzeugt. Außerdem sind die *Ping-Orders* in der Regel wegen ihres geringen Volumens für andere Handelsteilnehmer kaum wahrnehmbar und ungeeignet, erhebliche Kursveränderungen zu bewirken. Sie werden zudem gerade mit Ausführungsabsicht getätigt.[70] Damit ist die Aufnahme in die Liste der Indikatoren verfehlt, es handelt sich schon tatbestandlich nicht um eine Marktmanipulation.[71] Die Einordnung scheint darauf zu beruhen, dass *Pinging* regelmäßig im Vorfeld von *Spoofing/Layering* betrieben wird, um sicherzustellen, dass die großvolumigen

[62] Problematisch sei der Nachweis fehlender Handelsabsicht, *Teigelack*, BB 2012, 1361, 1365; diese könne aber durch ein gestörtes OTV indiziert werden, *Schultheiß*, WM 2013, 596, 602.

[63] *Eggers*, BKR 2019, 421, 424.

[64] *Kasiske*, WM 2014, 1933, 1935.

[65] *Buck-Heeb*, Kapitalmarktrecht[9], 2017, Rn. 576.

[66] Die Strategien zielen gerade darauf ab. Dass die Reaktion oft im kaum merklichen Bereich liegt, sei unerheblich, *Forst*, BKR 2009, 454, 455.

[67] Voraussetzung der Strafbarkeit ist jedoch ein Einwirkungserfolg gem. § 119 Abs. 1 WpHG; zum Vorsatz *Ventoruzzo/Mock* (Hrsg.), Market Abuse Regulation: Commentary and annotated guide, 2017, Rn. A.3.12.

[68] Vgl. ESMA/2014/1569, S. 396; *Conac* (Fn. 3), Rn. 17.54.

[69] *Schmolke* in Klöhn, MAR (Fn. 45), Art. 12 Rn. 93.

[70] Damit fällt das *Pinging* nicht unter den Indikator A. lit. f Anh. I MAR i.V.m. Abschnitt 1 Nr. 6 lit. a Anh. II del. VO (EU) 2016/522, wonach das Erteilen von Aufträgen ohne Handelsabsicht eine Marktmanipulation indiziert; vgl. auch *Coridaß/Dreyer* (Fn. 5), S. 73; *Bayram/Meier*, WM 2018, 1295, 1297.

[71] *Schmolke* in Klöhn, MAR (Fn. 45), Art. 12 Rn. 94.

Scheinorders nicht auf versteckte Großaufträge treffen.[72] Das *Pinging* ist dann lediglich eine neutrale Vorbereitungshandlung.[73] Hier ist eine Klarstellung wünschenswert, etwa durch Anerkennung als übliche Marktpraxis (Art. 13 MAR).

### 2. Insiderhandel

Beim *elektronischen Front-Running* zeigen sich Bedenken hinsichtlich des Insiderhandelsverbots (Art. 14 lit. a MAR).[74] Für die Qualifikation als Insiderhandel müsste die Information über Aufträge anderer Handelsteilnehmer, von der ein Hochfrequenzhändler etwa durch *Pinging* oder durch eine schnellere Übertragung von Daten zwischen verschiedenen Handelsplätzen Kenntnis hat, Insiderinformation (Art. 7 Abs. 1 MAR)[75] sein. Die Information über Aufträge eines Dritten im Rahmen der Order-Antizipation betrifft als handelsbezogene Information[76] indirekt den Emittenten.[77] Unklar ist, ob die Information öffentlich bekannt ist, d.h. ob sie dem breiten Anlegerpublikum zugänglich ist.[78] Eine Ausnahme ist anzunehmen, wenn die Information das Ergebnis einer Analyse öffentlich bekannter Daten ist.[79] Hochfrequenzhändler, die durch Auswertung gezielten *Pingings* handelsbezogene Daten synthetisieren, machen dies auf Grundlage öffentlich bekannter Informationen, die jeder erlangen könnte. Damit verstößt die Praxis auch nicht gegen das dem Insiderrecht zugrundeliegende Prinzip des gleichberechtigten Informationszugangs.[80] Der Vorteil beruht allein auf überlegenen Analysefähigkeiten.[81]

Hochfrequenzhändler erhalten Handelsdaten aufgrund latenzminimierender Infrastrukturen zudem regelmäßig Sekundenbruchteile vor anderen Handelsteilnehmern.[82] Da es bei der Öffentlichkeit jedoch nicht auf unterschiedliche Zeitpunkte des Zugangs ankommen kann, ist auf den Zeitpunkt des Absendens der Informationen durch Handelsplatzbetreiber abzustellen.[83] Auch die Tatsache, dass Hochfrequenzhändlern ein früherer Zugang zu Orderbüchern gegen Entgelt gewährt wird, schließt die Öffentlichkeit nicht aus, da Zugang zu Informationen nicht unentgeltlich erfolgen muss.[84] Damit verstößt das *elektronische Front-Running* schon mangels fehlender Öffentlichkeit nicht gegen das Verbot von Insidergeschäften.[85]

## II. Erlaubnispflicht und Aufsicht

Kernanliegen der Regelungen der MiFID II/MiFIR sowie schon des HFHG[86] war die vollumfängliche Unterwerfung des HFH unter die Aufsicht der Finanzaufsichtsbehörden.

### 1. Erlaubnispflicht und Folgepflichten nach dem KWG

Schon nach dem HFHG bestand eine Erlaubnispflicht nach § 32 Abs. 1 S. 1 KWG.[87] Finanzdienstleistung i.S.d. KWG ist auch der Eigenhandel in Form des HFH, ohne dass eine Dienstleistung für andere vorliegen muss (§ 1 Abs. 1a S. 2 Nr. 4 lit. d KWG).[88] Ein Finanzdienstleistungsinstitut, das algorithmischen Handel betreibt, hat dies zudem der Aufsicht des Handelsplatzes, an welchem es algorithmische Strategien verfolgt, anzuzeigen.[89]

Ausnahmen von der Erlaubnispflicht bestehen im Rahmen des *europäischen Passes*,[90] wenn ein Finanzdienstleistungsinstitut mit Sitz in einem EWR-Mitgliedsstaat bereits eine entsprechende Erlaubnis für den Handel für eigene Rechnung besitzt.[91] Etwaige Bereichsaufnahmen (vgl. § 2 KWG) wurden gestrichen.[92] Auch Einzelfallausnahmen (§ 2 Abs. 4 KWG) sind wegen hoher Anforderungen nicht zu erwarten.[93] Hochfrequenzhändler sind damit per se einer Erlaubnispflicht unterworfen.[94]

Folgen der Erlaubnispflicht sind etwa das Erfordernis einer physischen Präsenz in Deutschland nach § 33 Abs. 1 S. 1 Nr. 6 bzw. § 53 KWG[95] sowie eine Solvenzaufsicht.[96] Zudem bestehen die allgemeinen Anforderungen des KWG an Finanzdienstleistungsinstitute vollumfänglich auch für Hochfrequenzhändler.[97]

---

72 *Bayram/Meier*, WM 2018, 1295, 1297.

73 *Bayram/Meier*, WM 2018, 1295, 1297; *Mülbert* in: Assmann/Schneider/Mülbert (Hrsg.), Wertpapierhandelsrecht[7], 2019, MAR Art. 12 Rn. 87.

74 Der zeitliche Vorsprung sei mit dem Wissensvorteil eines Insiders vergleichbar, *Mattig*, WM 2014, 1940, 1941.

75 Zu den Voraussetzungen vgl. *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften[6], 2015, § 80 Rn. 6-19.

76 *Bayram/Meier*, WM 2018, 1295, 1298.

77 *Raiser/Veil* (Fn. 75), § 80 Rn. 17.

78 Das Konzept der Bereichsöffentlichkeit liegt dem Insiderrecht seit Geltung der MAR nicht mehr zugrunde, *Klöhn*, ZHR 2016, 707, 709; *Bayram/Meier*, WM 2018, 1295, 1298.

79 ErwGr. 28 MAR.

80 *Kasiske*, WM 2014, 1933, 1939; **a.A.** wohl *Bayram/Meier*, WM 2018, 1295, 1300.

81 *Klöhn* in: Klöhn, MAR (Fn. 45) Art. 7 Rn. 345; *Zickert* (Fn. 36), S. 78.

82 Vgl. auch *Gresser* (Fn. 10), S. 69-71.

83 Vgl. *Bayram/Meier*, WM 2018, 1295, 1299; eine andere Ansicht wäre in Hinblick darauf, dass der europäische Gesetzgeber den HFH ausdrücklich anerkennt, kaum vertretbar.

84 Dies folgt aus einem Umkehrschluss zu § 17 Abs. 3 BörsG, *Forst*, BKR 2009, 454, 455; **a.A.** wohl *Klöhn* in Klöhn, MAR (Fn. 45) Art. 7, Rn. 131, welcher nur eine Bereichsöffentlichkeit annimmt, wenn die Entgelte so hoch sind, dass sich dies nur professionelle Marktteilnehmer leisten können.

85 Zu den weiteren Voraussetzungen *Bayram/Meier*, WM 2018, 1295, 1301.

86 *Gomber/Nassauer*, ZBB/JBB 2014, 250, 257.

87 *Coridaß/Dreyer* (Fn. 5), S. 65; *Kindermann/Coridaß*, ZBB/JBB 2014, 178, 180.

88 Einbezogen sind explizit auch mittelbare Handelsteilnehmer, *Eckhold*, WM 2016, 2063, 2065; *Jaskulla*, BKR 2013, 221, 225.

89 *Röhr* (Fn. 19), Rn. 1060; *Söbbing*, ZIP 2019, 1602, 1606; eine Pflicht zur konkreten Anzeige des *HFH* besteht nicht.

90 *Braun* in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG, CRR-VO: Kommentar zu Kreditwesengesetz[5], 2016, KWG § 24a Rn. 1-3.

91 *Coridaß/Dreyer* (Fn. 5), S. 65; *Jaskulla*, BKR 2013, 221, 224; Kobbach, BKR 2013, 233, 236; vgl. auch *BaFin* (Fn. 22), Frage 6.

92 *Kobbach*, BKR 2013, 233, 235.

93 Aufgrund des eindeutigen gesetzgeberischen Willens seien etwa Ausnahmen für Unternehmen aus Drittstaaten ausgeschlossen, *Kobbach*, BKR 2013, 233, 236.

94 *Geier/Schmitt*, WM 2013, 915, 918.

95 *Kindermann/Coridaß*, ZBB/JBB 2014, 178, 180; eine Servereinrichtung (vgl. oben zur Kollokation) reicht hierfür wohl nicht aus, es komme regelmäßig auf den Sitz der Geschäftsleitung an, *Fischer/Müller* in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler (Fn. 90), KWG § 33 Rn. 23 und § 53 Rn. 14-20; **krit**. *Kobbach*, BKR 2013, 233, 236.

96 *Coridaß/Dreyer* (Fn. 5), S. 65

97 *Kobbach*, BKR 2013, 233, 236; *Schultheiß*, WM 2013, 596, 600; *Söbbing*, ZIP 2019, 1602, 1605; vgl. auch *Jaskulla*, BKR 2013, 221, 224 und 229; die Regelungen des KWG seien zum großen Teil für lediglich im Eigenhandel tätige Hochfrequenzhändler irrelevant und stellten einen unverhältnismäßigen Umsetzungsaufwand dar. Der Gesetzgeber habe sich aber bewusst für die strenge Regulierung entschieden; **krit.** *Conac* (Fn. 3), Rn. 17.45.

### 2. Aufsicht und Maßnahmen

Durch die Einordnung als WpDU in § 2 Abs. 8 S. 1 Nr. 2 lit. d, Abs. 44 WpHG sind die Vorschriften des WpHG vollumfänglich auf den HFH anwendbar, wobei die BaFin die Einhaltung marktbezogener Pflichten überwacht (§ 6 Abs. 1 S. 1 WpHG).[98] Auch hier wurden Ausnahmetatbestände angepasst.[99]

Die BaFin kann gem. § 6 Abs. 4 WpHG jederzeit Informationen über den algorithmischen Handel und verwendete Systeme anfordern, insbesondere eine Beschreibung algorithmischer Handelsstrategien.[100] Der Gesetzgeber hat sich gegen die Pflicht zur Offenlegung konkreter Algorithmen entschieden.[101] Verstöße gegen Verhaltensvorschriften können von der zuständigen Börsenaufsicht[102] etwa durch die Untersagung der Nutzung einer algorithmischen Handelsstrategie (§ 3 Abs. 5 Nr. 4 BörsG) geahndet werden.[103]

## III. Pflichten von WpDU

Durch das HFHG und MiFID II/MiFIR wurden Pflichten von WpDU geschaffen, die HFH betreiben.[104] Diese treten neben allgemeine Pflichten nach § 80 Abs. 1 WpHG.[105] Sie betreffen einerseits präventive Aspekte, andererseits handelsbezogene Pflichten und solche, die der höheren Transparenz dienen.

WpDU müssen algorithmisch generierte Aufträge besonders kennzeichnen.[106] Nach § 16 Abs. 2 Nr. 3 BörsG[107] sind in den Börsenordnungen entsprechende Bestimmungen vorzusehen.[108] Dadurch soll gewährleistet sein, dass Behörden die Strategien algorithmischer Händler effektiv rekonstruieren und evaluieren können, um eine wirksame Aufsicht und Maßnahmen gegen missbräuchliche Strategien zu gewährleisten.[109] Flankierend bestehen Dokumentationspflichten (§ 80 Abs. 3 S. 2 WpHG).[110]

Nach § 26a BörsG sind Handelsteilnehmer verpflichtet, ein angemessenes Verhältnis zwischen Auftragseingaben, -änderungen und -löschungen und den tatsächlich ausgeführten Transaktionen zu gewährleisten (Order-Transaktions-Verhältnis (OTV)).[111] Das OTV soll sicherstellen, dass Märkte nicht durch eine Vielzahl von Aufträgen ohne Ausführungswillen überlastet werden.[112] Details richten sich nach den Börsenordnungen. Das Volumenlimit ist unter anderem abhängig von der Funktion des Marktteilnehmers.[113]

Nicht zuletzt müssen Hochfrequenzhändler über Systeme und Risikokontrollen verfügen, die eine Belastbarkeit der Handelssysteme, die Vermeidung der Übermittlung fehlerhafter Aufträge[114] bzw. von Störungen des Marktes und die Vermeidung missbräuchlichen Verhaltens sicherstellen (§ 80 Abs. 2 S. 3 Nr. 1-3 WpHG).[115] Außerdem müssen Notfallvorkehrungen bestehen, wie etwa eine *Kill-Funktion*, mit welcher alle Orders storniert oder der Marktzugang notfalls unterbrochen werden kann.[116] Ferner müssen verwendete Systeme geprüft und ordnungsgemäß überwacht werden.[117] Regelmäßig sind Stresstests durchzuführen, um das ordnungsgemäße Funktionieren der Systeme auch in Krisensituationen zu gewährleisten.[118] Algorithmische Händler unterliegen zudem strengen Dokumentationspflichten, die auch Änderungen eines Algorithmus umfassen (§ 80 Abs. 3 WpHG).[119]

## IV. Handelsplatzbezogene Regelungen im Überblick

Handelsplatzbetreiber müssen Kollokationsdienstleistungen diskriminierungsfrei, fair und transparent anbieten (Art. 48 Abs. 8 MiFID II)[120] , wobei sowohl Zugang als auch Nutzung umfasst sind. [121] Zudem werden technische Anforderungen an Handelssysteme gestellt, z.B. Handelsobergrenzen und Konformitätstests für Algorithmen. Handelsbetreiber müssen auch bei erheblichen Preisschwankungen eine effektive Preisermittlung sicherstellen (§ 24 Abs. 2a BörsG), etwa durch kurzfristige Änderungen des Marktmodells[122] oder vorübergehende Handelsunterbrechungen.[123]

Darüber hinaus haben auch Betreiber von multilateralen und organisierten Handelssystemen nach § 72 Abs. 1 Nr. 7 WpHG (für Börsen: § 26a S. 4 BörsG) ein angemessenes OTV sicherzustellen. Eine übermäßige Nutzung der Handelssysteme durch Hochfrequenzhändler soll daneben § 17 Abs. 4 BörsG verhindern, wonach Handelsplatzbetreiber verpflichtet sind, für die exzessive Nutzung von Handelssystemen Gebühren und Entgelte zu verlangen.[124]

---

98 *Schultheiß*, WM 2013, 596, 600.

99 *Versteegen/Baum* in: KK-WpHG (Fn. 21), § 2a Rn. 5; vgl. auch ErwGr. 23 MiFID II.

100 *Röhr* (Fn. 19), Rn. 1055; vgl. für Börsenaufsichtsbehörden § 3 Abs. 4 S. 4 Nr. 5 BörsG, *Altenhain* in KK-WpHG (Fn. 21), § 4 Rn. 127.

101 *Röhr* (Fn. 19), Rn. 1065; dies ist angemessen, da die Algorithmen Grundlage des Geschäftsmodells sind und oftmals den Großteil des Unternehmenswertes ausmachen.

102 *Altenhain* in KK-WpHG (Fn. 21), § 4 Rn. 127.

103 *Von Lewinski*, InTeR 2018, 168, 173; dies betreffe vor allem solche Algorithmen, die fehlerhaft sind oder einen Missstand i.S.d. § 3 Abs. 5 S. 2 BörsG darstellen, *Schultheiß*, WM 2013, 596.

104 Vgl. ergänzend die del. VO (EU) 2017/589.

105 *Jaskulla*, BKR 2013, 221, 231.

106 Vgl. Art. 8 del. VO (EU) 2017/590.

107 Zur Frage, ob auch mittelbare Handelsteilnehmer hierzu verpflichtet sind, vgl. *Kindermann/Coridaß*, ZBB/JBB 2014, 178, 183.

108 Grund für die Regelung in Börsenordnungen ist, dass auch Handelsteilnehmer aus Drittstaaten erfasst werden, *Kobbach*, BKR 2013, 233, 238.

109 ErwGr. 67 MiFID II; *Schultheiß*, WM 2013, 596, 597.

110 Aufzeichnungen sind der BaFin auf Verlangen zur Verfügung zu stellen, vgl. Art. 17 Abs. 2 MiFID II.

111 Verstöße gegen § 26a BörsG können durch Ruhen oder Widerruf der Zulassung sowie durch Sanktionen gem. § 22 Abs. 2 BörsG geahndet werden, *Schultheiß*, WM 2013, 596, 599.

112 *Coridaß/Dreyer* (Fn. 5), S. 69; entsprechende Regelungen bestanden schon nach dem HFHG, *Kobbach*, BKR 2013, 233, 239.

113 Liquiditätsspender haben regelmäßig höhere Grundfreibeträge, *Söbbing*, InTeR 2019, 64, 69.

114 Dies erfordere eine automatische Vorhandelskontrolle, *Fuchs* in: Fuchs WpHG (Fn. 18), § 33 Rn. 144i.

115 *Coridaß/Dreyer* (Fn. 5), S. 66-67.

116 Art. 12 Abs. 1 del. VO (EU) 2017/589; *Conac* (Fn. 3), Rn. 17.24; *Röhr* (Fn. 19), Rn. 1080; *Schäfer* in Heidel, AktienR (Fn. 17), § 33 Rn. 334.

117 *Jaskulla*, BKR 2013, 221, 231; *Fuchs* in: Fuchs WpHG (Fn. 18), § 33 Rn. 144j.

118 *Conac* (Fn. 3), Rn. 17.24; *Fuchs* in: Fuchs WpHG (Fn. 18), § 33 Rn. 144l; *Kindermann/Coridaß*, ZBB/JBB 2014, 178, 182.

119 *Schäfer* in Heidel, AktienR (Fn. 17), § 33 Rn. 335; *Söbbing*, InTeR 2019, 64, 69.

120 *Gomber/Nassauer*, ZBB/JBB 2014, 250, 257; vgl. auch § 9 Abs. 1 BörsG, *Groß*, in Groß (Hrsg.), Kapitalmarktrecht: Kommentar[6], 2016, BörsG § 9, Rn. 4.

121 *Mattig*, WM 2014, 1940, 1944; in der Praxis wird dies durch gleiche Kabellängen erreicht, *Contratto*, GesKR 2014, 143, 148.

122 Vgl. *Schultheiß*, WM 2013, 596, 598.

123 *Jaskulla*, BKR 2013, 221, 231; *Kobbach*, BKR 2013, 233.

124 *Kobbach*, BKR 2013, 233, 239; bei der Bemessung der Entgelte kann sich etwa an den OTV orientiert werden, *Gomber/Nassauer*, ZBB/JBB 2014, 250, 257; *Jaskulla*, BKR 2013, 221, 232; *Kobbach*, BKR 2013, 233, 239.

Handelsplätze haben ferner angemessene, kleinstmögliche Preisänderungen (*Tick Sizes*) bei Finanzinstrumenten festzulegen (§ 26b BörsG). Der Gesetzgeber wollte damit immer kleineren *Tick Sizes* entgegenwirken, was die Aktivität des HFH verstärkte.[125]

## D. Evaluation der geltenden Rechtslage

### I. Maßstabsbildung: Regelungszwecke des Kapitalmarktrechts

Regelungszweck des Kapitalmarktrechts ist insbesondere der Funktionsschutz, welcher sich auf die institutionelle, operationelle und allokative Funktionsfähigkeit von Finanzmärkten bezieht.[126] Unter der institutionellen Funktionsfähigkeit werden Grundvoraussetzungen des Marktes verstanden,[127] wobei besonders Liquidität und ungehinderter Marktzugang hervorgehoben werden sollen. Im Fokus der operationellen Funktionsfähigkeit steht die Minimierung von Transaktionskosten.[128] Ferner sollen effiziente Kapitalmärkte gewährleisten, dass Kapital dorthin fließt, wo es den größten wirtschaftlichen Nutzen generiert (allokative Funktionsfähigkeit).[129] Voraussetzung hierfür ist die Informationseffizienz in dem Sinne, dass alle relevanten Informationen im Preis enthalten sind.[130]

Der Anlegerschutz soll im Folgenden nur als überindividueller Schutz verstanden werden, der Vertrauen in Integrität und Stabilität der Finanzmärkte sicherstellen soll.[131] Besondere Bedeutung erlangt der Ausgleich von Informationsgefällen durch Transparenz und Fairness[132], um Anleger am Markt zu halten.[133]

### II. Evaluation

Der Evaluation des geltenden Regulierungsrahmens sei vorangestellt, dass es an genauen Daten zur Entwicklung des HFH und den Auswirkungen der Regelungen mangelt.[134] Die folgenden Ausführungen stellen daher weitestgehend eine abstrakte Bewertung dar.

Zunächst hat der Gesetzgeber mit etwaigen Verpflichtungen für Liquiditätsspender, auch in Krisenzeiten kontinuierlich Liquidität zur Verfügung zu stellen (vgl. § 80 Abs. 4 WpHG) effektive Regelungen getroffen,[135] die der Stabilität der Finanzmärkte dienen. Zu erwarten ist ein positiver Effekt, da Hochfrequenzhändler einen Großteil der Liquiditätsspender darstellen.[136] Allerdings müssen ggf. komplementär Anreize für Liquiditätsspender geschaffen werden, da für diese nun höhere Risiken bestehen[137].

Zudem wurden Regelungen geschaffen, die hohen Mitteilungsaufkommen entgegenwirken und damit zu Stabilität und Integrität der Märkte beitragen.[138] In Verbindung mit entsprechenden Sanktionen führen sie zur effektiven Reduktion von ohne Ausführungsabsicht getätigten Aufträgen. Hohe OTV können manipulative Praktiken indizieren.[139] Es werde auch eine Lücke geschlossen, da unangemessene OTV sanktioniert werden können, während für Marktmanipulation Vorsatz erforderlich ist.[140] Positiv hervorzuheben ist die funktionsabhängige Berechnung des OTV.[141]

Fraglich erscheinen Regelungen zur *Tick Size*. Untersuchungen zeigten, dass Hochfrequenzhändler insbesondere bei Wertpapieren aktiv sind, deren *Spread* durch die *Tick Size* limitiert ist.[142] Damit ist zweifelhaft, ob die Regelungen der Eindämmung des HFH dienen.[143] Demgegenüber führen größere *Tick Sizes* zu geringeren Orderaufkommen,[144] sodass zumindest der Überforderung der Kapazitäten der Handelssysteme entgegengewirkt wird.[145] Dem Ziel, eine Überlastung der Handelssysteme entgegenzuwirken, entsprechen auch die Regelungen zu Entgelten für exzessive Nutzung von Handelssystemen.

Erhöhte Anforderungen an Risiko- und Vorsorgemaßnahmen sind als sinnvolle Reaktion darauf anzusehen, dass der HFH in seiner Funktionsweise von menschlicher Intervention gelöst ist.[146]

In Bezug auf die Marktintegrität hat sich gezeigt, dass die MAR bereits manipulative Strategien umfasst. Problematisch ist jedoch, dass es in der Praxis nur selten zu Sanktionen kommt.[147] Insiderhandel ist aber beim *elektronischen Front-Running* abzulehnen. Dieses Ergebnis ist angemessen, da nur überlegene Analysefähigkeiten genutzt werden.[148]

Es kann davon ausgegangen werden, dass befürchtete negative Folgen der Regulierung ausgeblieben sind.[149] International sind europäische Wertpapiermärkte zwar unattraktiver für Hochfrequenzhändler,[150] i.S.d. Marktintegrität scheint dies aber gerechtfertigt. Das zentrale Ziel der

---

[125] *Kobbach*, BKR 2013, 233, 239; *Schultheiß*, WM 2013, 596, 599.

[126] *Kümpel* (Hrsg.), Bank- und Kapitalmarktrecht[5], 2019, Rn. 29; *Sester*, ZGR 2009, 310, 334; vgl. auch *Lutter*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht[6], 2018, Rn. 14.12.

[127] *Poelzig*, Kapitalmarktrecht[1], 2018, Rn. 26; zur Liquidität *Sester*, ZGR 2009, 310, 332-333.

[128] *Kümpel* (Fn. 126), Rn. 50; *Poelzig* (Fn. 127), Rn. 27.

[129] *Kümpel* (Fn. 126), Rn. 57; *Sester*, ZGR 2009, 310, 322.

[130] *Poelzig* (Fn. 127), Rn. 25.

[131] *Buck-Heeb*, Kapitalmarktrecht[10], 2019, Rn. 12; Die Vorschriften dienen primär nicht dem Schutz einzelner Anleger. Möglich sei aber die Erleichterung der Ermittlung von Sekundäransprüchen durch die Kennzeichnungspflicht, *Von Lewinski*, InTeR 2018, 168, 170; vgl. *Contratto*, GesKR 2014, 143, 157.

[132] Vgl. *Caspari* in: Grundmann (Hrsg.), Anleger- und Funktionsschutz durch Kapitalmarktrecht, 2006, S. 9 und 16; Fairness ist aber kein Primärzweck des Kapitalmarktrechts, sondern Aspekt der Marktintegrität.

[133] *Caspari* (Fn. 132), S. 8-9.; fühlen sich Anleger unfair behandelt, werden sie ihre Geschäfte auf anderen Märkten tätigen, *Kümpel* (Fn. 126), Rn. 39.

[134] Der Bundesregierung lagen 2018 noch Daten aus dem Jahr 2013 und eine Studie aus dem Jahr 2016 vor. Ferner steht auch die Evaluation der Regelungen noch aus, vgl. BT-Drs. 19/4030, S. 2-3; vgl. auch *Lehmann*, KrimJ 2017, 120, 122; Anfragen bei der BaFin waren erfolglos.

[135] *Coridaß/Dreyer* (Fn. 5), S. 71.

[136] *Peterleitner* in: Renz/Hense/Marbeiter (Hrsg.), Wertpapier-Compliance in der Praxis[2], 2019, II. B. 5. Rn. 9.

[137] *Lerch* (Fn. 20), § 25 Rn. 65.

[138] *Monsch* (Fn. 4), S. 463.

[139] **a.A.** wohl *Monsch* (Fn. 4), S. 464, welcher jedoch nicht von einer Differenzierung bzgl. der konkreten OTV ausgeht.

[140] *Schultheiß*, WM 2013, 596, 599.

[141] Vgl. auch *Monsch* (Fn. 4), S. 465.

[142] *Monsch* (Fn. 4), S. 471.

[143] Die Auswirkungen hängen stark von der konkreten Ausgestaltung ab, *Coridaß/Dreyer* (Fn. 5), S. 70.

[144] *Monsch* (Fn. 4), S. 474.

[145] Kritisiert wird, *Tick Sizes* würden zu erhöhten Transaktionskosten führen, Gemeinsame Stellungnahme der Börsen, abrufbar unter www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Gesetzestexte/Gesetze_Gesetzesvorhaben/Abteilungen/Abteilung_VII/19_Legislaturperiode/Konsultationen-zur-EU-Finanzmarktrichtlinie.html (zuletzt: 24.4.2020), S. 2.

[146] *Contratto*, GesKR 2014, 143, 152 und 160.

[147] *Conac* (Fn. 3), Rn. 17.57.

[148] Geschwindigkeit war zudem schon immer Teil des Börsenhandels, vgl. *Lerch* (Fn. 20), § 25 Rn. 10, 27.

[149] So etwa die Abwanderung von Hochfrequenzhändlern und somit Liquidität in weniger regulierte Märkte, *Coridaß/Dreyer* (Fn. 5), S. 77, Jaskulla, BKR 2013, 221, 222.

[150] Vgl. *Lerch* (Fn. 20), § 25 Rn. 70; *Gomber/Nassauer*, ZBB/JBB 2014, 250,

Gewährleistung der Integrität und Förderung transparenter und effizienter Finanzmärkte[151] hat der Gesetzgeber im Grundsatz erreicht.

## E. Anpassungsvorschläge de lege ferenda[152]

### I. Anpassung der Erlaubnispflicht

Mit der Einstufung des HFH als Eigenhandel i.S.d. § 1 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 KWG wurden Hochfrequenzhändler, die bislang aufgrund der Ausnahmeregelung für Eigengeschäfte keiner Aufsicht unterstanden, der Aufsicht der BaFin unterstellt..[153] Händler, die schon vor der Gesetzesänderung eine Erlaubnis zum Eigenhandel nach dem KWG besaßen, mussten nicht erneut eine Erlaubnis beantragen. In der Konsequenz wurden bisher keine Erlaubnisanträge für den HFH gestellt.[154] Eine Aufsicht ist damit zwar schon gegeben, die Kenntnis der konkreten Akteure, die HFH betreiben, steht aber aus. Ebenso verhält es sich bei WpDU, die aufgrund des *europäischen Passes* keinen Erlaubnisantrag stellen mussten. Um dem Ziel des Gesetzgebers, speziell den HFH einer Aufsicht zu unterstellen, gerecht zu werden, sollte ein eigener Erlaubnistatbestand in Betracht gezogen werden.[155]

Vergleichbar verhält es sich mit der Anzeigepflicht (s.o.). Da HFHG und MiFID II gerade den HFH unter strengere Aufsicht stellen wollten, ist nicht ersichtlich, weshalb nur algorithmischer Handel angezeigt werden sollte. Stattdessen sollte explizit der HFH angezeigt werden müssen.

Durch entsprechende Änderungen kann das Ziel des Gesetzgebers, Kenntnis von allen den HFH betreibenden Akteuren zu haben, erreicht werden. Denn viele Regelungen sind explizit auf den HFH bezogen und laufen ansonsten in der Praxis leer.

### II. Eingrenzung handelsplatzbezogener Pflichten

An den meisten Handelsplätzen in Deutschland findet kein HFH statt.[156] Dennoch gelten Pflichten, die der Eindämmung von Risiken des HFH gewidmet sind, auch für Betreiber dieser Handelsplätze. Damit entstehe ein Umsetzungsaufwand, der in Anbetracht dort nicht bestehender Gefahren unverhältnismäßig sei. Dem ist zuzustimmen. Die Anforderungen der MiFID II sind äußerst umfassend und differenzieren meist nicht zwischen Handelsplätzen oder danach, ob im Einzelfall HFH möglich ist. Dies ist jedoch i.S.d. Verhältnismäßigkeit geboten.[157] Sinnvoll erscheint die Differenzierung danach, ob die Infrastrukturen und Preisbildungsmechanismen einer Börse den HFH überhaupt zulassen.[158]

### III. Vereinfachung der grenzüberschreitenden Verfolgung von Verstößen

Problematisch ist ferner die unzureichende Sanktionierung missbräuchlicher Strategien. Die Anzahl der verhängten Bußgelder ist sehr niedrig, was nahelege, dass derartige Taten kaum zu ahnden seien.[159] Die Regelungen laufen in der Praxis leer, was wegen fehlender Disziplinierungsfunktion der MiFID II – Regelungen ungenügend kompensiert wird.[160] Zudem stellen nahezu unüberschaubare Datenmengen die Finanzaufsicht vor Probleme.[161] Der HFH entziehe sich durch Geschwindigkeit der menschlichen Intervention.[162] Dem ist entgegenzuhalten, dass die Auswertung von Daten auch durch entsprechende Technologien erfolgen kann.[163]

Die primär nationale Sanktionierung[164] von Ordnungswidrigkeiten[165] ist in Anbetracht der vermehrt grenzüberschreitenden Konstellationen kontraintuitiv. Dies gilt insbesondere, da das Kapitalmarktrecht eines der am stärksten europäisierten Rechtsgebiete ist.[166] Mit der MAR bestehen verpflichtende und einheitliche Marktmissbrauchstatbestände,[167] sodass auch eine einheitliche Sanktionierung wünschenswert wäre.[168] Zwar schreibt das europäische Recht bereits weitreichende Kooperationspflichten vor[169] und nationale Aufsichtsbehörden kooperieren auf freiwilliger Basis.[170] Eine einheitliche Behörde für die Aufsicht bzw. Sanktionierung von Rechtsverstößen (ggf. nur in Einzelfällen)[171] würde jedoch eine Reduktion der Komplexität des Aufsichtsregimes bedeuten.[172] Standen vor MAR und MiFID II noch Bedenken gegenüber einer einheitlichen Aufsichtsbehörde aufgrund fehlender Harmonisierung, dürfte nun ein ausreichend harmonisierter Rechtsrahmen bestehen.[173] Eine

251.

[151] *Gomber/Nassauer*, ZBB/JBB 2014, 250, 251.

[152] Zugrunde gelegt ist die Entscheidung des Gesetzgerbers, den HFH grds. zuzulassen.

[153] *Baum* in KK-WpHG (Fn. 21), § 2 Rn. 156.

[154] BT-Drs. 19/4030, S. 2; vgl. auch *BaFin*, Jahresbericht 2016, S. 120.

[155] Viele Regelungen des KWG seien ohnehin für den HFH unpassend, *Jaskulla*, BKR 2013, 221, 224 und 229.

[156] Stellungnahme der Börse München (Fn. 145), S. 2.

[157] Vgl. *Krimphove/Rohwetter*, BKR 2018, 494, 498.

[158] Andere wollen anhand der Systemrelevanz differenzieren, was aber aufgrund der Konturenlosigkeit des Begriffs abzulehnen ist, vgl. Stellungnahme der Börse Berlin (Fn. 145), S. 3; vgl. auch *Contratto*, GesKR 2014, 143, 153.

[159] *Waßmer* in: Fuchs WpHG (Fn. 18), Vor §§ 38-40b Rn 66; Einer der bekanntesten Fälle ist die Sanktion gegen Virtu Financial Europe Ltd. wegen *Layering* im Jahr 2015, www.amf-france.org/en/news-publications/news-releases/enforcement-committee-news-releases/amf-enforcement-committee-sanctions-virtu-financial-europe-and-euronext-paris (zuletzt: 23.4.2020); vgl. auch *Conac* (Fn. 3), Rn. 17.57-17.60; weitere Sanktionen sind bekannt aus Großbritannien, vgl. etwa www.fca.org.uk/news/press-releases/fca-fines-us-based-oil-trader-us-903k-market-manipulation (zuletzt: 23.4.2020).

[160] *Sorgenfrei/Saliger* in Park, Kapitalmarktstrafrecht[5], 2019, §§ 38 Abs. 1, 4, 39 Abs. 2 Nr. 3, Abs. 3c, 3d Nr. 2 i.V.m. Art. 15, 12 MAR, Rn. 96; *Löper* (Fn. 23), S. 83.

[161] *Coridaß/Dreyer* (Fn. 5), S. 73.

[162] *Lehmann*, KrimJ 2017, 120, 124.

[163] *Zlatanov/Weiss*, RdF 2019, 290, 296.

[164] Das WpHG bestimmt die BaFin als zuständige Behörde i.S.d. § 36 Abs. 1 OWiG, daneben bestehen Sanktionsausschüsse der Börsen gem. § 22 BörsG, vgl. *Volz*, Die Zukunft der europäischen Finanzmarktaufsicht: Die Kapitalmarktaufsicht in Deutschland und Frankreich – Perspektiven für eine europäische Entwicklung?, 2013, S. 91; die ESMA überwacht lediglich die BaFin und nimmt auf europäischer Ebene Rechtssetzungskompetenzen wahr, *Walla*, Die Konzeption der Kapitalmarktaufsicht in Deutschland, 2012, S. 25; *Lutter* (Fn. 126), Rn. 14.90.

[165] Strafrecht fällt nicht in den Kompetenzbereich der EU, *Veil* in Veil, Europäisches Kapitalmarktrecht[2], 2014, § 12 Rn. 5; Die BaFin kooperiert aber mit der Staatsanwaltschaft, *Walla* (Fn. 164), S. 112.

[166] *Lutter* (Fn. 126), Rn. 14.3, 14.29.

[167] *Pötzsch*, WM 2015, 357, 358.

[168] *Veil* (Fn. 20), § 12 Rn. 28; *Walla* (Fn. 20), § 11 Rn. 122.

[169] *Ventoruzzo/Mock* (Fn. 67), Rn. A.5.25 und B.31.14.

[170] *Ladler*, Finanzmarkt und institutionelle Finanzaufsicht in der EU, 2014, S. 149; vgl. auch *Volz* (Fn. 164), S. 122.

[171] Vgl. etwa den Vorschlag bei *Volz* (Fn. 164), S. 217-218.

[172] *Hänle*, Die neue Europäische Finanzaufsicht, 2012, S. 187 und 189; vgl. auch *Hopt*, NZG 2009, 1401, 1402: „Aufsicht und Regulierung müssen den Märkten folgen [...] und diese sind heute europäisch und international".

[173] *Volz* (Fn. 164), S. 181-182.

einheitliche Aufsicht würde die Effektivität der Sanktionierung im grenzüberschreitend agierenden HFH erhöhen.[174]

## F. Ergebnis und Ausblick

Der HFH hat eine umfangreiche Regulierung erfahren, die auf präventive Maßnahmen setzt und Aufsichtsbefugnisse stärkt. Die Auswirkungen bleiben abzuwarten. Trotz der umfangreichen Regulierung hat sich gezeigt, dass wesentliche Anliegen nicht die gewünschten Auswirkungen erlangt haben. Insoweit besteht vereinzelt Anpassungsbedarf. Dies gilt nicht für missbräuchliche Strategien, die von den Vorschriften der MAR bereits gedeckt sind. Die Verfolgung von Verstößen muss aber in der Praxis durch ausreichende Kapazitäten der Behörden gedeckt sein. Die Harmonisierung des materiellen Rechts ist trotz einzelner Defizite grds. gelungen. Es bleibt abzuwarten, ob sich die Harmonisierung auch in Bezug auf die Finanzaufsicht auswirken wird.

[174] Das bisherige europäische System sei unbefriedigend und entspräche nicht der Realität der Märkte, *Hopt*, NZG 2009, 1401, 1402.

Chiara Gemoll*

# Widerklagemöglichkeiten des Beklagten bei kollektiven Streitigkeiten

## Rechtspolitische Erwägungen und Waffengleichheit

## A. Einleitung

Mit der Einführung der Musterfeststellungsklage verspricht die Bundesregierung eine „bessere Rechtsdurchsetzung für Verbraucher und ein effektives Verfahren."[1] Im Umkehrschluss scheinen Einschnitte in die Möglichkeit zur Gegenwehr der Beklagtenseite unvermeidbar. Nachfolgend wird nach einem terminologischen Überblick (B.) eine solche Verschiebung des Machtgefüges der Parteien unter Würdigung zivilprozessualer Grundsätze, insbesondere der zivilprozessualen Waffengleichheit, sowie in rechtspolitischer Hinsicht untersucht. Neben der Musterfeststellungsklage selbst wird auch das Modell in den Blick genommen, was durch die Musterfeststellungsklage an Bedeutung verlieren könnte – die Massenabtretung von Ansprüchen an prozessfinanzierende Inkassodienstleister. Im Fokus steht die Widerklage in ihrer Urform und in Ausprägung der isolierten Drittwiderklage als der Beklagtenseite zur Verfügung stehender „echter" prozessualer Gegenangriff (C.). Die Arbeit schließt mit einem Fazit, inwiefern vorhandene Rechtsschutzinstrumente in kollektiven Streitigkeiten dazu geeignet sind, den Interessen aller Parteien ausreichend Rechnung zu tragen (D.).

## B. Terminologie

### I. Geltendmachung kollektiver Schäden

Mit der Musterfeststellungsklage soll Verbrauchern, die durch unlautere Verhaltensweisen von Unternehmen eine Vielzahl gleichartiger Schäden erleiden, die Rechtsdurchsetzung erleichtert werden. Ziel ist es, das sogenannte „rationale Desinteresse", also den unverhältnismäßigen Aufwand gerichtlicher Geltendmachung bei vergleichsweise geringem Schaden, zu überwinden.[2] Im Rahmen des Musterfeststellungsprozesses, der durch eine qualifizierte Einrichtung i.S.d. § 606 I 2 ZPO geführt wird und zu dem sich die Verbraucher zwar anmelden, aber selbst nicht beteiligt sind, werden zunächst für die Teilnehmer bindende Feststellungen über Voraussetzungen von Ansprüchen und Rechtsverhältnissen gemacht (vgl. § 606 I 1 ZPO). Anschließend müssen die Verbraucher zur Anspruchsdurchsetzung selbst Leistungsklage erheben,[3] allerdings auf Grundlage der getroffenen Feststellungen.

Bereits vielfach praktiziert wird das Modell der massenweisen Abtretung von Ansprüchen einzelner Geschädigter an prozessfinanzierende Inkassodienstleister.[4] Nach erfolgter Abtretung i.S.d. § 398 BGB machen Inkassodienstleister Schäden der Einzelnen gesammelt geltend und behalten sich bei Erfolg einen Anteil als „Provision" zurück. Attraktiv für den Geschädigten ist im Vergleich zur Musterfeststellungsklage, dass dieser – so zumindest der dahinterstehende Gedanke – nicht gesondert in einem eigenen Verfahren aktiv werden muss.

### II. Grundsatz der Waffengleichheit

Massenverfahren, in denen ein Beklagter mit einer Vielzahl gleichgelagerter Schäden konfrontiert wird, werden von ungeschriebenen, der deutschen Prozessordnung immanenten Verfahrensgrundsätzen geprägt. Hier ist insbesondere dem Grundsatz der Waffengleichheit Beachtung zu schenken. Das Bundesverfassungsgericht zieht diesen aus dem Allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 I GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip.[5] Er soll „die verfassungsrechtlich gewährte Gleichwertigkeit der prozessualen Stellung der Parteien vor dem Richter und gleichmäßige Verteilung des Risikos am Verfahrensausgang" sichern.[6] In kollektiven Streitigkeiten, in denen ansonsten ein Ungleichgewicht aufgrund einer strukturell starken Beklagtenseite bestünde, werden die Verfahren modifiziert, um das Gleichgewicht wiederherzustellen. Ob dabei aber gleichzeitig die prozessualen Rechte der Beklagtenseite gewahrt werden und somit eine prozessuale Waffengleichheit im Rahmen von Massenabtretungen und Musterfeststellungsklagen auch tatsächlich hergestellt wird, wird nachfolgend erörtert.

## C. Widerklage und isolierte Drittwiderklage in Massenverfahren

### I. Die Widerklage als echter Gegenangriff

#### 1. Prozessrechtliche Einordnung

Als echten Gegenangriff des Beklagten kennt die deutsche ZPO die Widerklage.[7] Trotz mangelnder ausdrücklicher Regelung ihrer Existenz wird sie an zahlreichen Stellen der ZPO vorausgesetzt.[8] Der Beklagte erhält hierdurch die Möglichkeit, im gleichen Verfahren ein selbstständiges Klagebegehren durchzusetzen.

---

* Die Autorin ist Studentin der Bucerius Law School, Hamburg.

1 Zitat aus dem Artikel „Volkswagen hat betrogen und schuldet Schadensersatz" der Frankfurter Allgemeinen Zeitung vom 1. November 2018, abrufbar unter www.faz.net/aktuell/wirt-schaft/unternehmen/neues-gesetz-verbraucherschuetzer-reichen-klage-gegen-vw-ein-15868204.html, zuletzt abgerufen am 10. Mai 2020.

2 BT-Drs. 19/2439, S. 1.

3 *Stadler*, in: Musielak/Voit (Hrsg.), Kommentar zur ZPO[17], 2020, Vorb. vor §§ 606 ff. ZPO, Rn. 3.

4 Zur Rechtsnatur als echte abgeschwächte Abtretung nach § 398 BGB in Form der Inkassozession vgl. *Zivanic*, ZJS-online 2016, 687, 688.

5 BVerfGE 52, 131, 144; BVerfG NJW 1988, 2597; BVerfG NJW 2007, 1050, 1051.

6 BVerfGE 52, 131, 156; BVerfG NJW 1988, 2597.

7 BGH NJW 1981, 1217; *Touissant*, in: BeckOK-ZPO[36], 2020, § 33 ZPO Rn. 1; *Wagner*, JA 2014, 665.

8 Vgl. nur § 33 ZPO.

### 2. Voraussetzungen der Widerklage

Inhalt einer solchen Begehr ist zunächst ein anderer Streitgegenstand als jener der Klage.[9] Diesen muss der ursprüngliche Beklagte gerade gegenüber dem ursprünglichen Kläger geltend machen, es bedarf mithin Parteiidentität zur Ursprungsklage.[10] Sie kann jederzeit ab Rechtshängigkeit der Hauptklage bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung (vgl. §§ 256 II, 261 II ZPO) erhoben werden.[11] Einigkeit in Rechtsprechung und Literatur besteht auch dahingehend, dass derselbe Rechtsweg eröffnet sein muss und die Klagen derselben Prozessart unterliegen.[12]

Ob darüber hinaus die Voraussetzungen des § 33 ZPO, der den Gerichtsstand der Widerklage bestimmt, vorliegen müssen, wird von Lehre[13] und Rechtsprechung[14] unterschiedlich beurteilt. Als zentrale Voraussetzung des § 33 ZPO, um im selbigen Verfahren berücksichtigt zu werden, verlangt die Rechtsprechung zusätzlich einen rechtlichen Zusammenhangs zwischen Klage und Widerklage.[15] Nach ständiger Rechtsprechung führt jedoch die weite Auslegung des rechtlichen Zusammenhangs dazu, dass bereits ein sachdienlicher, vernünftiger Grund ausreicht, um über Klage und Widerklage im selben Prozess zu verhandeln.[16] So dürften Lehre und Rechtsprechung regelmäßig zum selben Ergebnis gelangen.

## II. Widerklage und isolierte Drittwiderklage als Angriffsmittel in Abtretungskonstellationen

Im Rahmen von Massenabtretungen kommt es für den Beklagten zunächst in Betracht, Widerklage gegen den Zessionar zu erheben. Ziel des Beklagten könnte sein, festzustellen, dass der Zessionar keine Ansprüche gegen den Beklagten innehat. Insoweit ist eine negative Feststellungsklage gem. § 256 I Var. 2 ZPO statthaft. Zu beachten ist hier stets, dass Klage und Widerklage nicht denselben Klagegenstand haben dürfen, die Widerklage also nicht bloß eine Negation der Klage sein darf (vgl. I.2.).

Weiterhin interessant ist für den Beklagten die Möglichkeit der Feststellung, dass dem Zedenten keine Ansprüche gegen diesen zustehen.[17] Denn selbst, wenn der Kläger als Zessionar vorgibt, die Ansprüche wirksam durch Abtretung vom Zedenten erlangt zu haben, hat der Beklagte keine Garantie dafür, dass der Zessionar nicht im Falle einer sich im Nachhinein als unwirksam herausstellenden Abtretung[18] dieselben Ansprüche erneut geltend macht.[19] Insofern wird der Beklagte gerade nicht durch die Bindungswirkung des § 325 I 1 ZPO geschützt, die nur für den Fall greift, dass der Kläger die Ansprüche während des Prozesses an einen Dritten abtritt.[20] Insbesondere beim Rückerwerb von Rechten nach den §§ 119 ff. BGB bietet § 325 I 1 ZPO aber keinen Schutz, da der ursprüngliche Rechtsinhaber lediglich in seine alte Rechtsstellung einrückt, keinesfalls aber Nachfolger i.S.d. § 325 I 1 ZPO wird.[21] Durch ein negatives Feststellungsurteil auch gegenüber dem Zedenten würde hingegen ein drohender Folgeprozess aufgrund rechtskräftigen Urteils ausgeschlossen sein.[22]

Im Rahmen von Massenabtretungen aber käme noch ein weiterer strategischer Vorteil hinzu. So hätte der Beklagte die Möglichkeit, den Zedenten in das Verfahren zu zwingen, das dieser durch die Abtretung umgehen wollte. Eine Überwindung seines rationalen Desinteresses schlüge insofern im Rahmen von Massenabtretungen fehl. Somit stellt sich zusätzlich die Frage, ob die Möglichkeit einer negativen Feststellungsklage gegen den Zedenten mit prozessrechtlichen Grundsätzen vereinbar ist.

### 1. Grundsätzliche Unzulässigkeit der isolierten Drittwiderklage

Als besondere Art der Feststellungsklage wird so unter Durchbrechung des Grundsatzes der Parteiidentität die Zulässigkeit der isolierten Drittwiderklage diskutiert. Sie gilt als Sonderfall der grundsätzlich zulässigen parteierweiternden Widerklage,[23] in der neben den ursprünglichen Kläger ein Dritter tritt.[24] Dritter ist jede Person, die nicht Kläger oder Beklagte ist.[25] Wäre eine solche Klage zulässig, könnte der Beklagte mithin bei Massenabtretungen alle Zedenten in das Verfahren zwingen.

Grundsätzlich wird die isolierte Drittwiderklage von der Rechtsprechung abgelehnt. Grund dafür sind prozessökonomische Erwägungen. So müsste die Frage, dass keine Ansprüche – die ursprünglich aus demselben Rechtsverhältnis stammen – bestehen, dann sowohl gegenüber dem Zessionar als auch dem Zedenten beschieden werden.[26] Weiterhin bestünde die Gefahr sich widersprechender gerichtlicher Entscheidungen.[27]

### 2. Ausnahmsweise Zulässigkeit der isolierten Drittwiderklage im Rahmen von Abtretungskonstellationen

#### a) Dogmatische Herleitung

Abweichend von diesem Grundsatz lässt die Rechtsprechung eine solche isolierte Drittwiderklage nun in

---

9 *Schultzky*, in: Zöller[33], 2020, § 33 ZPO Rn. 22; *Musielak/Voit*, Grundkurs ZPO[14], 2018, § 5 Rn. 595; vgl. schon § 261 III Nr. 1 ZPO.

10 *Roth*, in: Stein/Jonas (Hrsg.), Kommentar zur ZPO Band 1[23], 2014, § 33 ZPO Rn. 23 f.

11 *Heinrich*, in: Musielak/Voit (Fn. 3), § 33 ZPO Rn. 6.

12 BGHZ 149, 227; *Schultzky*, in: Zöller (Fn. 9), § 33 ZPO Rn. 23 m.w.N.

13 *Schultzky*, in: Zöller (Fn. 9), § 33 ZPO Rn. 1 m.w.N.

14 Für das Erfordernis BGHZ 40, 187; 147, 220, 224.

15 Gegen das Erfordernis *Roth*, in: Stein/Jonas (Fn. 10), § 33 ZPO Rn. 26 ff.; *Heinrich*, in: Musielak/Voit (Fn. 3), § 33 ZPO Rn. 2.

16 Vgl. nur BGH NJW 1975, 1228; s. auch *Heinrich*, in: Musielak/Voit (Fn. 3), § 33 ZPO Rn. 2: Ausreichend ist bereits, dass die Ansprüche aus einem einheitlichen Lebensverhältnis stammen.

17 Vgl. BGH NJW 2019, 1610; s. auch *Skusa*, NJW 2011, 2697.

18 Z.B. nach erfolgreicher Anfechtung i.S.d. §§ 119 ff. BGB.

19 *Skusa*, NJW 2011, 2697, 2799.

20 BGH NJW 2019, 1610, 1611; *Skusa*, NJW 2011, 2697, 2799.

21 BGH NJW 2019, 1610, 1611; *Gottwald*, in: MüKo-ZPO[5], 2016, § 325 ZPO Rn. 41; *Leipold*, in: Stein/Jonas (Hrsg.), Kommentar zur ZPO Band 4[23], 2018, § 325 ZPO Rn. 26.

22 *Skusa*, NJW 2011, 2697.

23 BGHZ 40, 185, 189; *Heinrich*, in: Musielak/Voit (Fn. 3), § 33 ZPO Rn. 21; *Roth*, in: Stein/Jonas (Fn. 10), § 33 ZPO Rn. 41; *Patzina*, in: MüKo-ZPO (Fn. 22), § 33 ZPO Rn. 29.

24 *Dräger*, MDR 2008, 1373; *Schultzky*, in: Zöller (Fn. 9), § 33 Rn. 26.

25 BGH NJW 1996, 1358; *Wagner*, JA 2014, 655, 657.

26 BGH NJW 2008, 2852, 2854.

27 BGH (Fn. 27), 2854.

Abtretungskonstellationen ausdrücklich zu.[28] 2008 hat der Bundesgerichtshof (BGH) zudem klargestellt, dass mittels dieser auch negative Feststellungsklagen auf Nichtbestehen von Ansprüchen des Zedenten geltend gemacht werden können.[29] Voraussetzung sei, dass die Widerklageforderung gegen den Zedenten gerichtet ist und die Inhalte von Widerklageforderung und Klageforderung „tatsächlich und rechtlich eng miteinander verknüpft sind,"[30] mithin eine qualifizierte Konnexität aufweisen.[31] Zudem dürften keine schutzwürdigen Interessen des Drittwiderbeklagten verletzt sein.[32]

Zur Begründung dreht der BGH seine Argumentation zur einstigen Unzulässigkeit um: Zusammengehörende Ansprüche seien einheitlich zu behandeln, weil ansonsten widersprüchliche Urteile drohten und es aus prozessökonomischer Hinsicht geboten sei, die Verfahren zusammenzuziehen.[33] Durch die analoge Anwendung des § 33 ZPO als Voraussetzung sei die Zweckmäßigkeit gewährleistet.[34]

Dogmatisch sauberer erscheint eine Herleitung der Zulässigkeit über das materielle Recht.[35] Zwar ist aus prozessualer Sicht grundsätzlich eine analoge Anwendbarkeit des § 33 ZPO auf Dritte unter dem Gesichtspunkt abzulehnen, dass der Dritte in seinem der Beklagtenseite innewohnenden Recht, an seinem Wohnsitz verklagt zu werden, geschützt werden muss.[36] Allerdings statuiert das materielle Recht im Rahmen von Abtretungen einen weitreichenden Schuldnerschutz.[37] Dazu gehört neben der Prozessaufrechnung, vgl. § 404 BGB, auch die Geltendmachung von Zurückbehaltungsrechten, vgl. § 406 BGB. Ein weitreichender Schuldnerschutz wäre aber prozessual gerade nicht gewährleistet, wenn dem Schuldner bzw. Beklagten insofern die Möglichkeit genommen würde, Widerklage gegen den ursprünglichen Gläubiger zu erheben.[38] Insofern schlössen Zedent und Zessionar einen Abtretungsvertrag, der auf prozessualer Ebene zulasten des Schuldners bzw. Beklagten wirkte.[39] Ein solcher Vertrag zulasten Dritter ist aber mit dem Grundsatz der Privatautonomie nicht vereinbar.[40]

Abzulehnen ist insbesondere der im Bereich von Massenabtretungen relevante Einwand, das Verfahren werde missbräuchlich verzögert. Soweit der Beklagte ausreichend Gründe darlegen kann, dass er klagebefugt ist, realisiert sich lediglich die der Widerklage innewohnende Gefahr, eine solche auch während des laufenden Prozesses zu erheben.[41]

[28] Grds. BGHZ 147, 220; zur Zulässigkeit der negativen Feststellungsklage BGH NJW 2008, 2852, 2854; zur analogen Anwendung des § 33 ZPO BGHZ 187, 112.
[29] BGH NJW 2008, 2852, 2854.
[30] BGH NJW 2007, 1753; *Roth*, in: Stein/Jonas (Fn. 10), § 33 ZPO Rn. 48.
[31] BGH NJW 2014, 1670; *Schultzky*, in: Zöller (Fn. 9), § 33 ZPO Rn. 26.
[32] BGH NJW 2007, 1753; *Roth*, in: Stein/Jonas (Fn. 10), § 33 ZPO Rn. 48.
[33] BGH NJW 2011, 460, 461.
[34] BGH NJW 2011, 460, 461.
[35] *Riehm*, JZ 2007, 1001, 1002.
[36] *Heinrich*, in: Musielak/Voit (Fn. 3), § 33 ZPO Rn. 23; *Roth*, in: Stein/Jonas (Fn. 10), § 33 ZPO Rn. 43; *Wagner*, JA 2014, 655, 658.
[37] *Roth/Kieninger*, in: MüKo-BGB Band 3[8], 2019, § 404 BGB Rn. 1; *Riehm*, JZ 2007, 1001, 1002.
[38] *Riehm*, JZ 2007, 1001, 1002.
[39] *Riehm* (Fn. 41), 1002.
[40] Vgl. zum Grundsatz der Privatautonomie i.R.v. Verträgen zulasten Dritter *Gottwald*, in: MüKo-BGB (Fn. 40), § 328 BGB Rn. 261.
[41] *Riehm*, JZ 2007, 1001, 1003.

### b) Zulässigkeitsvoraussetzungen der negativen Feststellungsklage – insbesondere: Das Feststellungsinteresse

Ist der Beklagte grundsätzlich ermächtigt, eine isolierte Drittwiderklage zu erheben, müssen weiterhin die Zulässigkeitsvoraussetzungen der negativen Feststellungsklage erfüllt sein. Insbesondere problematisch erscheint in dieser Hinsicht das gem. § 256 I ZPO nötige Feststellungsinteresse des Beklagten. Die Klage müsste ein gegenwärtiges (vgl. § 256 I ZPO: „alsbald") Rechtsverhältnis betreffen und für das infrage stehende Recht oder die Rechtslage müsste eine gegenwärtige Gefahr der Unsicherheit bestehen.[42]

#### aa) Anforderungen der Rechtsprechung: Sich-Berühmen des Anspruchs

Im Rahmen der negativen Feststellungsklage fordert die Rechtsprechung, dass „mit der richterlichen Feststellung die Führung eines neuerlichen Rechtsstreits über einen Anspruch ausgeschlossen wird, [...] dessen sich der Gegner jedenfalls außergerichtlich berühmt hat."[43] Insofern ist im Rahmen des berechtigten Interesses der Feststellung i.S.d. § 256 I ZPO notwendig, dass der Beklagte mit der Möglichkeit etwaiger Ansprüche durch den Zedenten konfrontiert wurde.[44] Hierbei soll unerheblich sein, dass sich der Zedent als Widerbeklagter nach erfolgter Abtretung nicht erneut der Ansprüche berühmt hat.[45] Zur genauen Handlung des „Sich-Berühmens" hingegen äußert sich die Rechtsprechung nicht, vielmehr wird bei erfolgter Abtretung ein solches schlicht unterstellt.[46] Ein Berühmen wird wohl dadurch konstruiert, dass der Zedent im Rahmen der Abtretung i.S.d. § 398 BGB automatisch erklärt, Inhaber der abgetretenen Rechte gewesen zu sein.[47] Wie jüngst bestätigt[48] ist mithin das Feststellungsinteresse des Drittwiderklägers in Abtretungskonstellationen bereits mit erfolgter Abtretung gegeben.

#### bb) Stellungnahme

Zunächst steht einem Berühmen nicht entgegen, dass der Schuldner in vielen Fällen erst durch die Erhebung der Klage von der Abtretung erfährt.[49] Eine Rechtsunsicherheit des Beklagten ist in gleichem Maße dann gegeben, wenn dieser erst durch Dritte, hier durch den Zessionar, von dem Berühmen des Zedenten erfährt.[50]

Sodann ist zu beachten, dass der Zedent durch die Abtretung gerade die Erklärung abgibt, ab diesem Zeitpunkt nicht mehr Inhaber etwaiger Ansprüche zu sein.[51] Insofern aber fehlt es gerade an dem Merkmal der Gegenwärtigkeit, da das

[42] BGHZ 69, 144, 147; *Foerste*, in: Musielak/Voit (Fn. 3), § 256 ZPO Rn. 10 m.w.N.; *Musielak/Voit* (Fn. 9), § 2 Rn. 132.
[43] BGH NJW 2008, 2852, 2855, s. auch BGH NJW-RR 1988, 749, 750; BGH NJW 2006, 2780, 2781.
[44] BGH NJW 2008, 2852, 2855; vgl. aufbereitend *Foerste*, MDR 2016, 1123, 1124.
[45] BGH NJW 2019, 1610, 1611; BGH NJW 2008, 2852, 2855.
[46] Vgl. BGH NJW 2019, 1610, 1611; BGH NJW 2008, 2852, 2855.
[47] So die Vermutung der Literatur: *Foerste*, MDR 2016, 1123, 1124; *Skusa*, NJW 2011, 2697, 2700.
[48] BGH NJW 2019, 1610.
[49] *Roth*, in: Stein/Jonas (Hrsg.), Kommentar zur ZPO Band 3[23], 2016, § 256 ZPO Rn. 47; *Foerste*, MDR 2016, 1123, 1124; *Skusa*, NJW 2011, 2697, 2700.
[50] BGH NJW 2008, 2832, 2855; *Roth*, in: Stein/Jonas (Fn. 52), § 256 ZPO Rn. 47; *Foerste*, MDR 2016, 1123, 1124; *Skusa*, NJW 2011, 2697, 2700.
[51] So *Foerste*, in: Musielak/Voit (Fn. 3), § 256 ZPO Rn. 10; *Greger*, in: Zöller (Fn. 9), § 256 ZPO Rn. 14a; *Foerste*, MDR 2016, 1123, 1124.

künftige Verhalten des Zedenten nach Parteiwillen für den Beklagten keine Gefahr mehr darstellt.[52] Bemerkenswert ist, dass der BGH in zwei jüngeren Entscheidungen zum Feststellungsinteresse des Schuldners im Rahmen der Zedentendrittwiderklage davon absieht, das Feststellungsinteresse zu definieren – mithin auch davon absieht, auf das Erfordernis einer gegenwärtigen Gefahr einzugehen.[53] Hingegen lässt sich keine Tendenz erkennen, dass der BGH eine Lockerung des Feststellungsinteresses anstrebt. Erst jüngst betonte er, dass er an seiner ständigen Rechtsprechung festhält und gerade eine „gegenwärtige Gefahr oder Unsicherheit" drohen muss, um ein solches zu begründen.[54] Dann ist es aber schwer vertretbar, bei lediglich abstraktem Risiko der Unwirksamkeit der Abtretung eine gegenwärtige Gefahr zu erkennen.

Etwas anderes könnte im Falle vom Massenabtretungen gelten. So ist spätestens seit der wenigermiete.de-Entscheidung des BGH die Rechtmäßigkeit der Tätigkeit von Prozessfinanzierern an eine komplexe Einzelfallabwägung gekoppelt.[55] Insbesondere eine Erfüllung des Tatbestandes des § 3 Rechtsdienstleistungsgesetz (RDG), der ein Verbotsgesetz i.S.d. § 134 BGB darstellt,[56] hätte nicht nur zur Folge, dass die Tätigkeit der in Rede stehenden Inkassodienstleister unrechtmäßig wäre, sondern vielmehr auch, dass die Abtretung nichtig wäre.[57] Ist aber aufgrund der Komplexität der Abwägung und der bisher geringen Kasuistik unsicher, ob eine solche Abtretung im konkreten Fall unwirksam ist, muss auch eine gegenwärtige Gefahr begründet sein.

Im Falle der Rechtmäßigkeit solcher Abtretungen wird in den weit überwiegenden Fällen die Abtretung auch ansonsten nicht mit Anfechtungsgründen behaftet sein. Im umgekehrten Fall führt die Nichtigkeit aber dazu, dass dem Inkassodienstleister als Zessionar keine Ansprüche zustehen, sondern vielmehr der Zedent solche erneut gerichtlich geltend machen muss. Insofern läge ein zusätzlicher Verstoß gegen den Grundsatz der Prozessökonomie vor, würde man die Klagebefugnis verneinen. Hier entstünde die Gefahr, dass der Zedent erneut gegen den Beklagten prozessieren müsste.[58]

### 3. Zwischenergebnis

Auch wenn der Weg, auf dem der BGH zur Zulässigkeit der Zedentendrittwiderklage kommt, bedenklich ist, muss für den Fall der Zedentendrittwiderklage bei Massenabtretungen eine Klagebefugnis gewährt werden. Die Möglichkeit der Erhebung einer Zedentendrittwiderklage durch den Beklagten muss zumindest bei der bestehenden Unsicherheit, ob die Tätigkeit des Prozessfinanzierers im konkreten Fall gegen das RDG verstößt und so die Nichtigkeit der Abtretung zur Folge hat, bestehen. Bis dahin kann der Beklagte mithin sowohl Widerklage gegen den Zessionar als auch isolierte Drittwiderklage gegen den Zedenten erheben.

Dass der Zedent dann durch sein rationales Desinteresse davon abgehalten werden könnte, seine Ansprüche abzutreten und unter Umständen gänzlich davon absehen könnte, seine Schäden geltend zu machen, ist zwar rechtspolitisch fragwürdig, bei bestehender Rechtslage unter Würdigung der prozessualen Rechte des Beklagten jedoch dogmatisch das richtige Ergebnis.

## III. Die Widerklage als Angriffsmittel in der neuen Musterfeststellungsklage?

### 1. Die Widerklage als einzig in Betracht kommendes Angriffsmittel

Das Ergebnis einer solchen Einbeziehung in das Verfahren könnte durch die Musterfeststellungsklage vermieden werden und insofern eine Erleichterung der Rechtsdurchsetzung bedeuten. Im Rahmen des Musterfeststellungsprozesses erhebt nicht der eigentliche Anspruchsinhaber, sondern vielmehr eine qualifizierte Einrichtung i.S.d. § 606 I 2 ZPO die Klage. Will der Beklagte zum Gegenangriff übergehen, stellt sich sodann die Frage, ob als Gegner die vermeintlichen Anspruchsinhaber infrage kommen, und – bei Verneinung dieser Frage – ob ein Angriff gegen die qualifizierte Einrichtung statthaft ist, um das prozessuale Gleichgewicht zu fördern. Zu beachten ist, dass die Musterfeststellungsklage nur die Anmeldung von Geschädigten mit Verbrauchereigenschaft zulässt, vgl. § 606 I 1 ZPO. Ein Schutz vor Einziehung gälte mithin von vornherein nur für Verbraucher.

#### a) Unzulässigkeit der isolierten Drittwiderklage gegen die Anspruchsinhaber

Nach § 606 I 1 ZPO kann Anspruchsgegner der Musterfeststellungsklage nur ein Unternehmer sein. Im Rahmen der isolierten Drittwiderklage wäre Beklagter aber ein Verbraucher.[59] Zudem dürften die schutzwürdigen Interessen des Drittwiderbeklagten regelmäßig verletzt sein.[60] Denn im Unterschied zu Massenabtretungskonstellationen bleibt der Drittwiderbeklagte Anspruchsinhaber, ist aber selbst daran gehindert, in das Verfahren einzugreifen (vgl. §§ 606 I 1 ZPO, 610 VI ZPO).[61] Die Möglichkeit der Drittwiderklage erscheint somit ausgeschlossen.

#### b) Insbesondere: Verwirklichung rechtspolitischer Interessen durch die Musterfeststellungsklage

Weiterhin gegen die Möglichkeit der isolierten Drittwiderklage spricht das rechtspolitische Interesse hinter der Schaffung der Musterfeststellungsklage.[62] Dort, wo Ver-

---

[52] So *Foerste*, MDR 2016, 1123, 1124; zum Merkmal der *Gegenwärtigkeit* s. auch *Roth*, in: Stein/Jonas, § 256 ZPO Rn. 57.

[53] Vgl. jeweils BGH NJW 2008, 2852 und BGH NJW 2019, 1610. Im Rahmen des Feststellungsinteresses wird lediglich generell auf die Voraussetzung des Berühmens eingegangen.

[54] So BGH NJW 2019, 1002, 1003 m.w.N.

[55] BGH NJW 2020, 208; siehe nun auch LG München I, NZKart 2020, 145, 146.

[56] BGHZ 192, 270; *Henssler*, in: Deckenbrock/Henssler (Hrsg.), Kommentar zum Rechtsdienstleistungsgesetz[4], 2015, Einleitung Rn. 81; *ders.*, NJW 2019, 545, 550; vgl. auch BT-Drs. 16/3655, S. 51.

[57] Diese zielt gerade auf die nicht erlaubte Rechtsdienstleistung, BGH NJW 2015, 397, 398; BGH NJW 2014, 847, 849 f.; *Henssler*, NJW 2019, 545, 550; vgl. auch BGH NJW 2020, 208, 209.

[58] Insoweit schützt § 325 I ZPO gerade nicht, siehe C.II.

[59] *Beckmann/Waßmuth*, WM 2019, 89, 93.

[60] Vgl. hierzu C.II.2.a); *Weinland*, Die neue Musterfeststellungsklage, 2019, Rn. 61.

[61] *Weinland* (Fn. 63), Rn. 61.

[62] *Balke/Liebscher/Steinbrück*, ZIP 2018, 1321, 1328; *Beckmann/Waßmuth*, WM 2019, 89, 93; *Weinland* (Fn. 63), Rn. 61.

braucher aufgrund ihres rationalen Desinteresses davon absehen würden, Schäden geltend zu machen, soll die Musterfeststellungsklage Abhilfe schaffen. In der gesetzlichen Regelung kommt dieses Ziel bereits mit § 610 VI ZPO zum Ausdruck, indem durch die §§ 64-73 ZPO eine Beteiligung der Verbraucher weitreichend ausgeschlossen wird.[63] Würde man aber eine isolierte Drittwiderklage erlauben und wäre diese im Einzelfall auch zulässig, stiegen die Ressourcen, welche der Verbraucher in das Verfahren aufwenden müsste. Hier könnte das rationale Desinteresse des Verbrauchers dazu führen, dass er bei Kenntnis der Möglichkeit einer Verfahrensbeteiligung von vornherein davon absehen würde, sich einem Musterverfahren anzuschließen. Eine Drittwiderklage würde mithin den durch den Gesetzgeber verfolgten Zweck, genau dieses rationale Desinteresse zu überwinden, ersticken und ist daher auch aus rechtspolitischer Sicht abzulehnen.

## 2. Bestehen der Zulässigkeitsvoraussetzungen der Widerklage im Einzelnen

Um aber dem Beklagten auch im Rahmen der Musterfeststellungsklage die Möglichkeit eines echten Gegenangriffs zu gewähren, bliebe ausschließlich die Widerklage gegen die qualifizierte Einrichtung i.S.d. § 606 I 2 ZPO auf Feststellung, dass die Ansprüche der dahinterstehenden Verbraucher nicht bestehen. Insofern müsste eine negative Musterfeststellungswiderklage gegen jene qualifizierte Einrichtungen statthaft sein; der Beklagte müsste also befugt sein, negative Feststellungsurteile gegenüber diesen dahingehend zu erwirken, dass behauptete Anspruchsvoraussetzungen der dahinterstehenden Verbraucher nicht gegeben sind.

### a) Parteiidentität, Konnexität und Streitgegenstand im Rahmen der Musterfeststellungswiderklage

Zunächst mangelt es nicht an der im Rahmen der Widerklage vorausgesetzten Parteiidentität.[64] Die Regelung der Musterfeststellungsklage stellt im Rahmen der Prozessführungsbefugnis eine Abweichung vom gesetzlichen Regelfall dar, indem diese von der materiellen Rechtsposition entkoppelt wird.[65] Wenn qualifizierte Einrichtungen aber für die positive Geltendmachung fremder Rechte nach § 606 I 2 ZPO prozessbefugt sind,[66] ist nicht ersichtlich, warum sie nicht auch zur Verteidigung dieser Rechte befugt sein sollten.[67] Nicht zuletzt ergibt sich dieser Gedanke aus § 608 ZPO, welcher den Verbrauchern das sogenannte Opt-In-Verfahren ermöglicht,[68] diese also nur durch selbständiges Tätigwerden der Bindungswirkung des Musterfeststellungsurteils unterliegen.[69] Parteiidentität ist mithin auch im Rahmen der Musterfeststellungsklage gegeben.

Wenn aber Parteiidentität gegeben ist, so ist auch die nach der Rechtsprechung[70] im Rahmen des § 33 ZPO erforderliche Konnexität gegeben.[71] Ein sachdienlicher, vernünftiger Grund liegt bereits darin, dass für denselben Lebenssachverhalt das (Nicht-)Bestehen von Anspruchsvoraussetzungen auf einer abstrakten Ebene festgestellt werden soll. Insofern schlägt auch der Einwand fehl, es würde über Anspruchsvoraussetzungen unterschiedlicher Rechtsverhältnisse festgestellt,[72] da der Musterkläger nach § 606 I ZPO gerade die Interessen der Verbraucher vertritt.[73] Auch ein anderer Streitgegenstand dürfte in der Praxis keine Probleme bereiten, darf er lediglich nicht eine Negation der Feststellungsziele der qualifizierten Einrichtung darstellen.[74]

### b) Generelle Zulässigkeit einer Widerklage

#### aa) Keine ausdrückliche Regelung durch den Gesetzgeber

Sind die sachlichen Voraussetzungen der Widerklage dem Grunde nach erfüllt, bleibt die Frage, ob eine Widerklage im Musterfeststellungsprozess überhaupt zulässig ist. Zunächst ist die Möglichkeit der Widerklage im Musterfeststellungsverfahren nach §§ 606 ff. ZPO nicht explizit geregelt. Problematisch ist auch, dass sich der Gesetzgeber zu der Möglichkeit einer Widerklage nicht äußert.[75] Dies ist bemerkenswert unter der Prämisse, dass sich vorher zahlreiche Stimmen, darunter die Bundesrechtsanwaltskammer[76] sowie externe Gutachter – auch vor dem Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz im Deutschen Bundestag[77] – für eine Regelung der Antragsbefugnis der Beklagtenseite eingesetzt hatten.[78] Der Gesetzgeber war sich mithin der Frage nach der Zulässigkeit einer Widerklage bewusst.

#### bb) Systematische und teleologische Erwägungen

Die Zulässigkeit der Widerklage könnte sich zunächst aus systematischen Erwägungen ergeben. Zwar verweist § 610 V ZPO auf die allgemeinen Regeln der ZPO, die Widerklage ist aber gerade nicht explizit in diesen geregelt.[79] Insofern unterscheidet sich das Musterfeststellungsverfahren zu jenem nach dem Kapitalanlegermusterverfahrensgesetz (KapMuG). Diese ermöglicht seit 2005 eine Interessenbündelung für Geschädigte im Rahmen von fehlerhaften öffentlichen Kapitalmarktinformationen und Angeboten nach dem Wertpapier- und Übernahmegesetz.[80] § 2 I KapMuG erlaubt explizit, dass ein Musterfeststellungsantrag

---

63 So *Beckmann/Waßmuth*, WM 2019, 89, 93; **abw.** über§ 611 III ZPO *Balke/Liebscher/Steinbrück*, ZIP 2018, 1321, 1328.

64 *Hettenbach*, WM 2019, 577, 579; **a.A.** *Weinland* (Fn. 63), Rn. 61; *Balke/Liebscher/Steinbrück*, ZIP 2108, 1321, 1328.

65 *Hettenbach*, WM 2019, 577, 579; *Merkt/Zimmermann*, VuR 2018, 363, 365.

66 Zur genauen dogmatischen Einordnung der Rolle der qualifizierten Einrichtung siehe *Stadler*, in: Musielak/Voit (Fn. 3), § 606 ZPO Rn. 5.

67 *Beckmann/Waßmuth*, WM 2019, 89, 93; *Hettenbach*, WM 2019, 577, 579; **abw.**, aber ohne Begründung *Balke/Liebscher/Steinbrück*, ZIP 2018, 1321, 1328; *Schmidt*, WM 2018, 1966, 1969.

68 *Hettenbach*, WM 2019, 577, 579.

69 *Hettenbach*, WM 2019, 577, 579; *Schneider*, BB 2018, 1986, 1993.

70 Vgl. C.I.2.

71 *Hettenbach*, WM 2019, 577, 580; **a.A.** *Weinland* (Fn. 63), Rn. 60.

72 **So aber** *Balke/Liebscher/Steinbrück*, ZIP 2018, 1321, 1328.

73 *Beckmann/Waßmuth*, WM 2019, 89, 93.

74 *Hettenbach*, WM 2019, 577, 579.

75 Vgl. dazuBT-Drs. 19/2439; s. auch *Schmidt*, WM 2018, 1966, 1969.

76 *Bundesrechtsanwaltskammer*, Stellungnahme 21/2018, S. 4.

77 *Lutz*, Stellungnahme für den Deutschen Bundestag vom 08. Juni 2018,S. 3, 9.

78 S. auch *Schmidt*, WM 2018, 166, 169 m.w.N.

79 *Hettenbach*, WM 2019, 577, 579.

80 *Gängel/Huth/Gansel*, in: Heidel (Hrsg.), Kommentar zum Aktien- und Kapitalmarktrecht[5], 2020, § 1 KapMuG Rn. 8 ff.; *Wolf/Lange*, in: Vorwerk/Wolf (Hrsg.), Kommentar zum Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz[2], 2020, Einleitung KapMuG Rn. 1; vgl. auch § 1 I KapMuG.

auch von der Beklagtenseite gestellt werden kann.[81]

Aus der Tatsache allein, dass die Möglichkeit der Widerklage nicht explizit durch die §§ 606 ff. ZPO geregelt wird, kann jedoch nicht gefolgert werden, dass diese im Rahmen des Musterfeststellungsprozesses nicht statthaft ist.[82] Insbesondere erscheint fraglich, inwieweit das Feststellungsziel des § 606 I 1 ZPO des „Nichtvorliegens von tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen für das [...] Nichtbestehen von Ansprüchen oder Rechtsverhältnissen" einen eigenen Anwendungsbereich erfährt, sofern nur die qualifizierte Einrichtung i.S.d. § 606 I 1 ZPO antragsbefugt ist.[83] So wird diese, als Interessenvertretung der anspruchsbehauptenden Seite, keine Anträge stellen, die auf Feststellung des Nichtvorliegens von Anspruchsvoraussetzungen gerichtet sind.[84]

Zwar könnte man argumentieren, dass es widersprüchlich wäre, dem Beklagten keine Möglichkeit einzuräumen, eine Musterfeststellungsklage selbst zu erheben, ihm aber die Möglichkeit der Widerklage einzuräumen.[85] Allerdings erscheint fragwürdig, inwiefern sich ein Verbraucher freiwillig einem Prozess anschließen würde, welcher im Ausgang darauf gerichtet ist, seine Rechte einzuschränken. Dass die Erhebung der Musterfeststellungsklage nicht durch den vermeintlichen Schädiger erhoben werden kann, lässt mithin nicht auf das Verbot einer Widerklage schließen.

Andererseits würde eine Widerklage nach § 613 I ZPO auch gegenüber Verbrauchern Bindungswirkung entfalten.[86] Dieser kann sich nach § 608 III ZPO nur bis zum Ablauf des ersten Tages der mündlichen Verhandlung vom Musterfeststellungsprozess abmelden.[87] So wird der Verbraucher geschützt, indem er sich am ersten Tag der mündlichen Verhandlung ein Bild seiner Erfolgsaussichten machen kann.[88] Andererseits wird verhindert, dass sich der Verbraucher bei einem für ihn ungünstigen Verfahrensausgang dem Verfahren rechtsmissbräuchlich zu einem späteren Zeitpunkt entzieht.[89] Der Schutz des Verbrauchers erführe aber eine beträchtliche Einschränkung, könnte eine Widerklage bis zum Ende der mündlichen Verhandlung erhoben werden. Ein Indiz gegen die Möglichkeit einer solchen Einschränkung findet sich in § 611 ZPO, der die Möglichkeit eines Vergleiches zwischen Beklagtem und qualifizierter Einrichtung mit Bindungswirkung für den Verbraucher regelt. Hier hat der Verbraucher nach § 611 IV 2 ZPO die Möglichkeit, sich von der Bindungswirkung innerhalb eines Monats nach Zustellung des Vergleichs zu lösen.[90]

Die Widerklage mit einem vermeintlichen Willen des Gesetzgebers abzulehnen, der durch § 611 IV 2 ZPO zum Ausdruck kommt, ist allerdings im Hinblick auf die Unterschiede des Zustandekommens zwischen Vergleich und Widerklage fragwürdig. Zwar wird sich aufgrund des ursprünglichen Klageziels auf Feststellung auch der Vergleich – entgegen des ersten Anscheins des § 611 II ZPO, welcher auf Leistungsbestimmungen abzuzielen scheint – in Feststellungen erschöpfen.[91] Im Vergleich bestimmen jedoch die Parteien den Feststellungsinhalt, mündlich oder nach § 278 IV ZPO im schriftlichen Verfahren.[92] Dieser Vorschlag muss gem. § 611 VI ZPO durch das Gericht lediglich auf Angemessenheit überprüft werden. Zwar wird dem Gericht hierdurch eine vergleichsweise eingehende Möglichkeit zur Missbrauchsüberprüfung eingeräumt.[93] Allerdings kann diese Befugnis nicht mit der Zuständigkeit des Gerichts gleichgestellt werden, im Rahmen der Widerklage über Bestehen oder Nichtbestehen der beantragten Voraussetzungen zu bescheiden. Insofern hat das Gericht uneingeschränkte Kompetenz über die Würdigung von Beweismitteln, während diese im Rahmen des Vergleichs weitgehend auf die Parteien übertragen wird.[94] Die Missbrauchsanfälligkeit im Rahmen der Widerklage ist mithin geringer als beim Vergleich und der Verbraucher ebenso nicht in gleichem Maße schutzwürdig. Zusätzlich bietet die Eröffnungsentscheidung des Gerichts über die Zulassung der Widerklage weiterführenden Schutz vor Missbrauch und Prozessverschleppung.[95]

#### cc) Rechtspolitische Erwägungen über Sinn und Zweck einer Widerklage für die Beklagtenseite im Musterfeststellungsprozess

Beleuchtet man das rechtspolitische Interesse an einer Widerklage, so lassen sich gute Gründe für die Möglichkeit einer solchen finden. So kommt in der Zivilprozessordnung durch § 485 II 2 ZPO das Verfahrensziel einer umfassenden Streiterledigung zum Ausdruck.[96] Im Rahmen des Musterfeststellungsverfahrens könnte der Beklagte gerade keinen eigenen Prozess führen, sondern müsste in den sich anschließenden Leistungsprozessen mit jedem einzelnen Verbraucher über Anspruchsvoraussetzungen streiten,[97] über die im Musterprozess mit Bindungswirkung für alle beteiligten Verbraucher rechtskräftig beschieden werden könnten.

Erneut dürfte die Gewährleistung zivilprozessualer Waffengleichheit eine tragende Rolle spielen. Durch Verwehrung der Widerklage wird der Beklagte in seiner Möglichkeit zur aktiven Gegenwehr gravierend beeinträchtigt. Über § 610 IV ZPO, der dem Gericht vorschreibt, auf sachdienliche Klageanträge hinzuwirken, könnte der Beklagte zwar

[81] *Gängel/Huth/Gansel*, in: Heidel (Fn. 83), § 2 KapMuG Rn. 7; *Schmidt*, WM 2018, 1966, 1969.
[82] *Weinland* (Fn. 63), Rn. 60; *Beckmann/Waßmuth*, WM 2019, 89, 93; *Waclawik*, NJW 2018, 2921, 2926; **a.A. wohl** *Hettenbach*, WM 2019, 577, 580.
[83] *Schmidt*, WM 2018, 1966, 1969; **a.A.** *Balke/Liebscher/Steinbrück*, ZIP 2018, 1321, 1328.
[84] *Balke/Liebscher/Steinbrück*, ZIP 2018, 1321, 1328; *Waclawik*, NJW 2018, 2921, 2926.
[85] So *Schmidt*, WM 2018, 1966, 1969.
[86] *Schmidt*, in: Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 613 ZPO Rn. 2; *Schmidt*, WM 2018, 1966, 1969.
[87] *Schmidt*, in Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 608 ZPO Rn. 8.
[88] BT-Drs. 19/2439, S. 24; siehe auch *Schmidt*, in Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 608 ZPO Rn. 8.
[89] *Röthemeyer*, in: Röthemeyer (Hrsg.), Kommentar zur Musterfeststellungsklage[1], 2019, § 608 ZPO Rn. 40.
[90] *Schmidt*, WM 2018, 1966, 1969.
[91] *Röthemeyer*, in: Kommentar zur Musterfeststellungsklage (Fn. 92), § 611 ZPO Rn. 20; *Schmidt*, in: Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 611 ZPO, Rn. 4.
[92] *Röthemeyer*, in: Kommentar zur Musterfeststellungsklage (Fn. 92), § 611 ZPO Rn. 24.
[93] *Röthemeyer*, in: Kommentar zur Musterfeststellungsklage (Fn. 92), § 611 ZPO Rn. 32; *Schmidt*, in: Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 611 ZPO Rn. 6.
[94] *Röthemeyer*, in: Kommentar zur Musterfeststellungsklage (Fn. 92), § 611 ZPO Rn. 32.
[95] *Lutz* (Fn. 80), S. 9.
[96] *Huber*, in: Musielak/Voit (Fn. 3), § 485 ZPO Rn. 2; *Beckmann/Waßmuth*, WM 2019, 89, 93.
[97] Vgl. *Röthemeyer*, VuR 2019, 87.

darauf hoffen, dass die qualifizierte Einrichtung negative Feststellungsanträge der Gegenseite in die Antragsstellung aufnimmt.[98] Ob diese freiwillig das Prozesskostenrisiko sowie den Verfahrensumfang steigern würde, erscheint fragwürdig.[99] Sollte dies nicht der Fall sein, würde aber erneut das Verfahrensziel der umfassenden Streitbeilegung fehlgehen. Die Erreichung dieses Zieles ist umso mehr im Interesse des Verbrauchers, als dass sich dieser nicht erst im Folgeprozess mit der Gegenwehr des Beklagten ausgesetzt sieht.

### 3. Zwischenergebnis

Bei Einräumung der Widerklagebefugnis bestehen aus Verbrauchersicht höchstens Bedenken hinsichtlich der auseinanderfallenden Zeitpunkte des spätestmöglichsten Austritts des Verbraucher nach § 608 III ZPO einerseits und der Widerklagemöglichkeit des Beklagten bis zum Ende der mündlichen Verhandlung andererseits. Sowohl unter verfahrensökonomischen Gesichtspunkten als auch hinsichtlich des Grundsatzes der Waffengleichheit erscheint ansonsten es widersprüchlich, dem Beklagten keine Widerklagebefugnis einzuräumen. Nur durch Gestattung der Widerklage im Musterfeststellungsprozess und einer entsprechenden Anpassung der Austrittsregelung würde die Musterfeststellungsklage die widerstreitenden Interessen der Parteien in einen angemessenen Ausgleich bringen. Denn nur dann würden sowohl die Möglichkeit zum eigenen Angriff des Beklagten, als auch die Überwindung des rationalen Desinteresses des Verbrauchers verwirklicht.

## D. Fazit

Es erscheint zumindest nicht ausgeschlossen, dass die Musterfeststellungsklage die durch die Bundesregierung propagierte Verbesserung der Rechtsdurchsetzung für Verbraucher und die Erhöhung der Verfahrenseffizienz erreichen kann.

Denn im Rahmen von Massenabtretungen kann zurzeit der Zedent in das Verfahren einbezogen werden kann. Nur so können die Beklagtenrechte angemessen gewahrt werden. Aus Geschädigtenperspektive wäre jedoch eine Einschränkung auf die Möglichkeit der Widerklage gegen den eigentlichen Kläger – den Inkassodienstleister – vorzugswürdig.

Im Rahmen der Musterfeststellungsklage ist zumindest eine solche Drittwiderklage gegen Verbraucher ausgeschlossen. Für Konfusion sorgt indes *de lege lata* die unklare Rechtslage ob der Möglichkeit der Widerklage. Denn zur Wahrung der zivilprozessualen Waffengleichheit wäre eine solche zwingend.

*De lege ferenda* sollte der Gesetzgeber daher insbesondere die Möglichkeit der Widerklage des Beklagten in Musterfeststellungsverfahren gesetzlich regeln, um auch rechtstatsächlich eine zivilprozessuale Waffengleichheit zu gewährleisten. Mit Blick auf den anschließenden Leistungsprozess könnte auch die Verfahrensökonomie steigen, könnte der Beklagte im Musterprozess bereits eigene Feststellungen vorbringen. Die Überwindung des rationalen Desinteresses der Verbraucher durch Einführung einer Musterfeststellungsklage rückt somit immerhin ein Stück näher.

---

[98] *Hettenbach*, WM 2019, 577, 578; *Schmidt*, WM 2018, 1966, 1969.

[99] Insofern argumentiert *Weinland* (Fn. 63), Rn. 60, dass qualifizierte Einrichtungen bei entsprechendem Risiko davon abgehalten werden könnten, überhaupt erst zu klagen. Allerdings sollte es nach Sinn und Zweck eines effizienteren Verfahrens für den Verbraucher gerade nicht auf steigende Prozessrisiken der qualifizierten Einrichtung ankommen.

Lion Fritsche*

# Amicus Curiae Interventions in Investment Arbitration – Legitimacy at whose Costs?

## A. Introduction

"Their meetings are secret. Their members are generally unknown. The decision they reach need not be fully disclosed."[1] This statement from March 2001 exemplifies the public´s opinion about investment arbitration at that time. It might be a coincidence that in January 2001, the tribunal in the case *Methanex v. United States* accepted an *amicus curiae* or "friend of the court" submission for the first time.[2] The tribunal argued that arbitration "could benefit from being perceived as more open or transparent, or conversely be harmed if seen as unduly secretive."[3] In the following years, *amici* interventions became a more and more common practice in investment arbitration.[4]

*Amici* are generally non-governmental organizations and other public or private institutions that consider the outcome of an investment arbitral proceeding to have a significant impact on the environment, human rights or the economy.[5] Thus, *amici* want to raise awareness of tribunals regarding these possible impacts by filing submissions in which they express their legal or factual knowledge concerning these matters.[6] In doing so, *amici* also enhance the legitimacy and transparency of an arbitral proceeding by giving the public an indirect voice in the arbitration.[7]

Despite the benefits for arbitration, such interventions come at a price. The tribunal in the *Methanex* case pointed out that "the acceptance of *amici* submissions might add significantly to the overall costs of the arbitration."[8] This process of participation and its consequences for the total costs of arbitration will be examined in the first part of the paper (**B.**). An increase of costs raises the question to whom the additional costs should be charged – to one or all parties or even the *amicus* itself? In an attempt to answer this question, it will be illustrated how tribunals ordinarily allocate costs in investment arbitration, without participation of an *amicus* (**C.**). The author will focus on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States (*hereinafter:* ICSID Convention) and its accompanying ICSID Rules for Procedure for Arbitration Proceedings (*hereinafter:* ICSID Arbitration Rules) as well as the UNCITRAL Arbitration Rules 2013 (*hereinafter:* UNCITRAL Rules).[9] The paper will then address the issue of cost allocation concerning the costs incurred by *amicus* participation (**D.**), before ending in a conclusion (**E.**).

## B. Procedure and Impact on Costs

As a reaction to the increased participation of *amici*,[10] ICSID amended its ICSID Arbitration Rules and UNCITRAL introduced its Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration (*hereinafter:* Transparency Rules). Rule 37(2) ICSID Arbitration Rules and Art. 4 Transparency Rules now explicitly govern the process of participation by *amici*.

Thereby, *amici* file an application in which they state their interest in the arbitration, their particular knowledge about a matter in the dispute they want to address, and their relationship to the parties. A tribunal then consults with the parties before deciding on the application. In this regard, it is important to stress that tribunals have to *consult* with the parties, but do not have to seek their unanimous approval. Although a tribunal would probably not decide against the expressed will of both parties,[11] a unanimous will is unlikely, as the *amicus* usually supports the position of only one of the parties.[12] If tribunals grant permission, an *amicus* usually files a written submission, on which the parties may respond.

A consequence of such intervention is that the duration and total costs of a proceeding increase.[13] Costs are generally divided into the arbitrator fees, their expenses, the charge of an arbitral institution and the costs for the legal representation of each party.[14] The logical reason for the increase is that the tribunal and the parties have to spent more time on a dispute following an *amicus* intervention. As the fees for the arbitrators and the legal representatives are usually calculated by an hourly rate in investment arbitration,[15] these measures will inevitably lead to an increase of the total costs of arbitration.

---

* The author is a student assistant at the chair of Professor Dr. Stephan Lorenz at the Ludwig-Maximilian-University in Munich.

1 *Depalma*, New York Times (2001), Section 3 page 1.

2 *Methanex v. USA*,Ad-hoc Arbitration (UNCITRAL), Amicus Submission, para. 47 et seq; *Nigel/Richard* in: *Blackaby/Richard/et al.*, The Backlash against Investment Arbitration (2010), p. 253, p. 259 et seq.

3 *Methanex v. USA* (fn. 2), para. 49.

4 *Cf. Bastin*, 30(1) Arbitration International (2014), p. 125, p. 142 et seq.

5 *Cf. Gómez*, 35(2) Fordham International Law Journal (2012), p. 510, p. 528.

6 *Bastin*, 1(2) Cambridge Journal of International and Comparative Law (2012), p. 208, p. 212.

7 *Cf. De Brabandere* in: *Ruiz-Fabri*, Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law (2019), p. 12 et seq.

8 *Methanex v. USA* (fn. 2), para. 50.

9 These Rules are most frequently used in investment arbitration; *UNCTAD* Series on International Investment Policies for Development (2005), p. 5.

10 *Cf. De Brabandere* in: *Ruiz-Fabri* (fn. 7), p. 5 et. seq.

11 According to Art. V 1(d) NYC, the enforcement of an award may be refused, if the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties.

12 *See infra, D.II.1, D.II.3.*

13 *Levine*, 29(1) Berkeley Journal of International Law (2011), p. 200, p. 219.

14 *Sicard-Mirabal/Derains*, Introduction to Investor-State Arbitration (2018), p. 232.

15 *Sachs* in: *Mistelis/Lew*, Pervasive Problems in International Arbitration (2006), p. 103, p. 105 et seqq.

## C. Cost Allocation in Investment Arbitration

As the ICSID Convention, the ICSID Arbitration Rules, the UNCITRAL Rules or the Transparency Rules do not contain any specific provision concerning the allocation of *amici* costs,[16] it must be considered how costs are allocated in an arbitral proceeding generally.

Art. 61(2) ICSID Convention, for example, stipulates that:

In the case of arbitration proceedings the tribunal shall […] decide how and by whom those expenses, the fees and the expenses of the members of the tribunal and the charges for the use of the facilities of the Centre shall be paid.

Conversely, Art. 42(1) UNCITRAL Rules provides that:

The costs of the arbitration shall in principle be borne by the unsuccessful party or parties. However, the arbitral tribunal may apportion each of such costs between the parties if it determines that apportionment is reasonable, taking into account the circumstances of the case.

Accordingly, the allocation of costs of arbitration is mainly subject to the tribunal´s discretion, so no unified jurisprudence concerning the appropriation of costs exists.[17] In the following, the author takes a more in-depth look at the approaches regarding the allocation of costs (**I.**). Then, how these approaches were implemented in recent decisions of ICSID and UNCITRAL tribunals is examined (**II.**).

### I. Approaches regarding Cost Allocation

Generally, there are two ways to allocate costs between parties.

First, according to the so-called "American Rule," each party should bear its own legal cost, whereas the costs for the arbitration itself are equally shared between the parties.[18] This approach is mainly implemented in the United States and relies on the premise that the costs of arbitration are incurred while "doing business" and thus should be borne by the respective parties as part of their regular business.[19]

Second, the so-called "English Rule" principally requires the unsuccessful party to bear its legal costs and also the legal costs of the other party and the costs of the arbitration in full.[20] For investment arbitration, the case *Thunderbird v. Mexican States* is occasionally considered as a turning point towards the English Rule, as the tribunal criticized the American Rule insofar that it "failed to grasp the rationale of this view."[21] It instead proposed to subject the unsuccessful party in full to the levying of costs of the arbitration.

### II. Recent Practice in Investment Arbitration

The approaches concerning cost allocation have been established, so how these approaches were implemented in recent arbitral awards will now be examined. In this regard, the author evaluated a total of 64 awards, 47 awards given under the ICSID Convention respectively the ICSID Arbitration Rules and 17 awards rendered under the UNCITRAL Rules, in a period from 2017 to September 2019.[22] Awards in which tribunals shifted at least some part of the costs to the unsuccessful party, were classified as an application of the English Rule.[23] Awards in which parties had to bear their legal fees respectively and the costs of the arbitration equally were classified as an application of the American Rule.

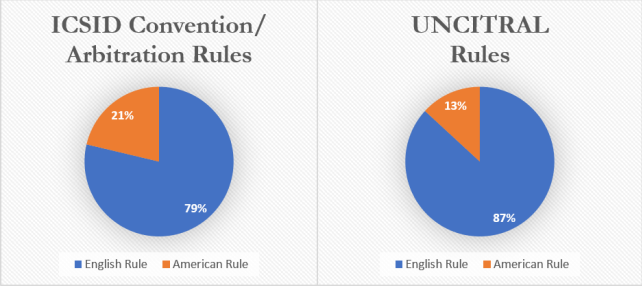


Abbildung 1: Evaluation of the recent practice

Following this evaluation, the author could observe that tribunals in principle apply the English Rule in investment arbitration.[24] However, if a party is not entirely successful in jurisdiction or the merits of the case, tribunals exercise their discretion granted under Art. 61(2) ICSID Convention and Art. 42(1) UNCITRAL Rules and allocate the costs in a manner they consider equitable.[25] In using this discretion, tribunals consider the relative outcome of the proceedings, the conduct of both parties during the arbitration and other relevant circumstances.[26] For instance, in the case *Cube v. Spain* the tribunal found that if a "claim is only partly successful, it is inappropriate that the claimant should decide on the full costs of bringing the claim."[27] Thus, it ordered the respondent to bear half of the claimant´s costs, while the costs of the arbitration itself were shared equally.[28]

In conclusion, this evaluation shows that tribunals in principle apply the English Rule but eventually adjust it when

[16] *Cf. Euler*, 34(2) ASA Bulletin (2016), p. 355, p. 369.
[17] With further evidence: *Bondar*, 32 Arbitration International (2016), p. 45, p. 48.
[18] *Schill*, 7 Journal of World Investment & Trade (2006), p. 653, p. 654 et seq.
[19] *Hodgson/Evans* in: *Baltag*, ICSID Convention after 50 Years: Unsettled Issues (2016), p. 458.
[20] *Klein*, Das Investitionsschutzrecht als völkerrechtliches Individualschutzsystem im Mehrebenensystem (2018), p. 280.
[21] *Thunderbird v. Mexican State,* Ad-hoc Arbitration (UNCITRAL), Award, para. 214.
[22] A full list of all the awards observed can be accessed under https://de.scribd.com/document/455947008/Amicus-Curiae-in-Investment-Arbitration-Legitimacy-at-Whose-Costs-Evaluation-of-Arbitral-Awards?secret_password=hsglzm9odVK1qg2GkPKy.
[23] This includes seven awards, where tribunals only allocated the costs of the arbitration to the unsuccessful party while both parties had to bear their respective legal costs.
[24] *I.e. Teinver v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/09/1, para. 258; *9REN v. Spain*, ICISD Case No. ARB/15/15, para. 449; *Fenosa v. Egypt*, ICSID Case No. ARB/14/4, para. 13.12.
[25] This is also considered as the „Relative-Success-Approach," *Hodgson/Evans* in: *Baltag* (fn. 19), p. 459.
[26] *Cf. Bondar*, 32 Arbitration International(2016), p. 45, p. 52.
[27] *Cube v. Spain*, ICSID Case No. ARB/15/20, para. 43; *cf. Antaris v. Czech Republic*, PCA Case No. 2014-01, para. 454 et seq.
[28] *Cube v. Spain* (fn. 27), para. 46; *cf. Silver Ltd. v. Bolivia*, PCA Case No. 2013-15, para. 931 et seq.

considering the relative success of both parties.

## D. Cost Allocation following *Amicus Curiae* Interventions in Investment Arbitration

Following the different approaches regarding cost allocation, the question is now by whom the costs incurred by *amicus* participation are to be borne. In this regard, there are two conceivable approaches. First, tribunals could separate the costs incurred by such intervention from the remaining costs of arbitration and impose the former *entirely* towards the *amicus* itself (**I.**). Second, tribunals could consider the costs incurred by *amicus* participation *jointly* with all the other costs of arbitration. Consequently, they could apply the American Rule or the English Rule concerning the entire costs of arbitration and allocate them accordingly between the arbitrating parties (**II.**).

### I. Imposition of Costs towards the *Amicus*

To subject the *amicus* itself to the costs incurred by his participation could be justified as the "if and when" of an intervention resides within his decisional power. However, a prerequisite for such an imposition is that *amici* costs can be separated from the remaining costs of the arbitration at all (**1.**). Even if the *amici* costs can practically be separated, there exists no legal basis for such an imposition within the UNCITRAL Rules or the ICSID Convention (**2.**). Further, a cost undertaking declaration would strongly contradict the role of an *amicus* in investment arbitration (**3.**).

#### 1. Separation of Costs in an Arbitral Proceeding

Costs in investment arbitration are generally calculated on an hourly basis,[29] which makes it difficult to precisely quantify the costs of an *amicus* intervention alone. Nevertheless, a separation of these costs from the remaining costs does not appear to be excluded from the outset. In particular, the parties' submissions on costs often contain a very detailed statement of the costs incurred in the proceedings.[30] Further, in the case *Masdar vs. Spain*, also the tribunal considered whether to separate the *amici* costs from the remaining costs but later decided "to assimilate those costs into the costs of the arbitration […]."[31]

In this respect, it seems worth mentioning that in the context of the reform of the ICSID Arbitration Rules, consideration was given to include the undertaking of the procedural costs attributable to the *amicus* intervention as a criterion for the admission of such interventions.[32] However, such a criterion would necessarily have amounted to a separation between the costs attributable to the *amicus* intervention and the remaining costs of the arbitration. This shows that even the drafters of the ICSID Arbitration Rules found such a separation feasible.

Thus, a distinction between costs could practically be implemented.

#### 2. Imposition of Costs towards the *Amicus* in the UNCITRAL Rules and the ICSID Convention

In order to impose the *amici* costs to the latter, it would have to fall under the scope of the respective provisions within the UNCITRAL Rules or the ICSID Convention.

According to Art. 42(1) UNCITRAL Rules a tribunal is only allowed to allocate the costs "between the *parties* [emphasis added]." Likewise, Art. 61(2) ICSID Convention also requires a tribunal to render a cost decision concerning the *parties* of that arbitration.[33] Thus, to impose costs to the *amicus*, the latter would have to be a party in the sense of these provisions. This is, however, not the case. Art. 1(1) UNCITRAL Rules stipulates that if parties "have agreed that disputes between them […] shall be referred to arbitration under the [UNCITRAL Rules], then such disputes shall be settled in accordance with these Rules […]." This exemplifies that the term "party" or "parties" within the UNCITRAL Rules is a changeable term, whose definition depends on who is the Claimant and who is the Respondent in the relative *dispute*.[34] The same holds true for the ICSID Convention, as arbitral proceedings can only be initiated by a "Contracting State or any national of a Contracting State" through sending a request "concerning the issues in *dispute* [emphasis added]".[35] Therefore, the term "party" or "parties" can only be defined in accordance with the underlying dispute.[36] However, this dependency also means that the term "party" or "parties" can generally be defined as "disputing party" or "disputing parties."

Thus, in order to fall under these cost-allocation-provisions, an *amicus* would have to be a disputing party. However, Rule 37(2) ICSID Arbitration Rules and Art. 4(1) Transparency Rules consider an *amicus* merely as a non-disputing party, not a party to the dispute. This distinction is appropriate, as granting a party-status in the sense of the UNCITRAL Rules or the ICSID Convention would confer the same rights and obligations on the *amicus* that are held by the disputing parties. This would, however, circumvent the disputing parties' arbitration agreement, which is limited to the parties consenting to it.[37]

To overcome the wording of Art. 42(1) UNCITRAL Rules and Art. 61(2) ICSID Convention, one could have recourse

[29] *Cf. See supra, B.*

[30] I.e. the Submission on Costs from the Government of Canada contained a very detailed list on how many hours counsels spent on a certain matter in the arbitration (amongst other things also a submission by a non-disputing party), *Windstream v. Government of Canada*, PCA Case No. 2013-22, p. 18 et seq.

[31] *Masdar vs. Spain*, Award, ICSID Case No. ARB/14/1, para. 695.

[32] Proposals for the Amendments of the ICSID Rules – Working Group, Vol. 3 (2018), p. 885 et seq. - However, this proposal has been dropped in the current Working Paper - probably at the instigation of some states, according to which such assumption of costs would have been contrary to the practice under international law according to which the *amicus* only has to bear its own costs.

[33] *Cf.* Rule 28 ICSID Arbitration Rules.

[34] *Cf.* Art. 3(1) UNCITRAL Rules.

[35] *Cf.* Art. 36(1)(2) ICSID Convention; Art. 2(2) Arbitration (Additional Facility) Rules.

[36] I.e. any objection regarding the jurisdiction of the ICSID Center can only be raised by "a party to the dispute", Art. 41 (2) ICSID Convention.

[37] *Cf. Methanex v. USA* (fn. 2), para. 29.

to the general provisions of Art. 17(1) UNCITRAL Rules and Art. 44 ICSID Convention. According to Art. 17(1) UNCITRAL Rules the tribunal "may conduct the arbitration in such manner it considers appropriate […]." Comparably, Art. 44 ICSID Convention confers on the tribunal discretion to decide issues, but not within the ICISD Convention or the ICSID Arbitration Rules themselves.[38] However, having recourse to these general rules would not only circumvent the explicit provisions on cost allocation in these rules but also reiterate that these provisions only apply to the arbitration to which only the disputing parties have agreed to.

Conclusively, the imposition of costs towards the *amicus* cannot be based on the provisions within the UNCITRAL Rules or the ICSID Convention as the *amicus* is merely a non-disputing party.

### 3. Legal Basis for an Imposition of Costs towards the *Amicus* based on a cost undertaking declaration

Alternatively, an *amicus* could obligate itself to bear the costs incurred by its participation by providing a cost undertaking declaration. This declaration could then serve as a legal basis for imposing costs towards the *amicus*. However, it cannot be assumed that an *amicus* would voluntarily issue such an undertaking as it also does not gain any rights or financial compensation in return.[39]

Rather, the cost undertaking declaration would have to be conditional to file an *amici* submission in a proceeding. Such a condition for participation has exceptionally[40] been set out by the tribunal in the case *Eiser vs. Spain*, in which the European Commission wanted to intervene as an *amicus*.[41] This form of "Buy-in-participation" would, however, immensely conflict with the *amici's* role in investment arbitration. The European Commission itself pointed out that the tribunal in *Eiser vs. Spain* "has seriously departed from a fundamental rule of procedure by requiring the contested undertaking on costs […]."[42] This is mainly for two reasons. First, it would "constitute a barrier to entry for non-disputing parties to participate in arbitration proceedings […]."[43] Given the role of an *amicus* to support the finding of a tribunal, establishing such a barrier would be completely counterproductive.[44] Second, an *amicus* does not only represent its interest in a proceeding, but mainly the interest of the public.[45] By taking part in an arbitration, it also increases the legitimacy of the proceedings, as the public could indirectly have an impact on the tribunal´s award.[46] Therefore, it would be contradictory if *amici* had to pay for an intervention that increases the legitimacy of the proceedings in the first place.[47]

Thus, since a cost undertaking declaration can only be made at the expense of the benefits of an *amicus* intervention, this should not be considered as a solution to the cost-allocation-problem.

## II. Cost Allocation between the Parties

As the *amicus* at least should not be obligated to pay for its incurred costs, tribunals would have to allocate these between the parties. At this point, one could consider this paper to be concluded as the "*amici* costs" could be allocated between the parties together with the remaining costs of arbitration by applying either the American Rule or the English Rule. However, the author will demonstrate that neither a strict application of the American Rule (**1.**) nor the English Rule (**2.**) concerning the entire costs may provide for equitable results. To achieve such equitable results, the *amici* costs will once again need to be separated from the remaining costs of arbitration and allocated independently based on distinct constellations (**3.**).

### 1. Strict Application of the American Rule

When applying the American Rule, there are two reasons that call for a distinction between the *amici* costs and the remaining costs of arbitration.

First, the increased costs of an *amicus* intervention are not directly influenceable by the parties and are as such incalculable. Before filing a claim against a state, an investor must consider the chances of success and the potential risks, including the total costs of arbitration.[48] As the fees of arbitrators and legal representatives in investment arbitration are generally calculated on an hourly rate,[49] the amount of the total costs is challenging to assess at all, but these costs are at least expectable by the parties. Contrarily, the costs incurred by *amicus* participation are neither calculable nor expectable.[50] Because of this incalculability, the costs incurred by *amicus* participation are different from the remaining costs of arbitration and should, thus, be allocated separately. In this regard, one has to bear in mind that the intervention of an *amicus* or even *amici* can decisively increase the costs of arbitration.[51] Particularly, if one considers that the submission of an *amicus* is usually more advantageous to the position of one party, the other party would have to spend more money in order to fight the *amicus* intervention.[52] Such a considerable increase in incalculable costs could deter an investor from filing a claim against the state if he would have to bear half of the *amici* costs under the American Rule,

[38] *Schreuer/Malintoppi*, The ICSID Convention: A Commentary 2nd(2010), Art. 44 para. 53 et seq.
[39] *Cf. Maxwell*, 3(2) Asian International Arbitration Journal (2007), p. 176, p. 181.
[40] *Eiser v. Spain* (Amicus Curiae Submission), ICSID Case No. ARB/13/36, para. 48 et seqq.
[41] The condition has been set out in the Procedural Order No. 7, which is not published. However, the Tribunal cites the relevant part of Procedural Order No. 7 in its final award, *Eiser vs. Spain* (Award), ICSID Case No. ARB/13/36, para. 65.
[42] *Eiser v. Spain* (fn. 41), para. 16.
[43] *Eiser v. Spain* (fn. 41), para. 51*; cf. Report of Working Group II* on the work of its fifty-seventh session (2012), para. 129.
[44] *Eiser v. Spain* (fn. 41), para. 18.
[45] *Nigel/Richard* in: *Blackaby/Richard/et al.* (fn. 2), p. 269.
[46] *Cf. Eiser v. Spain* (fn. 41), para. 72.
[47] *Cf. Ruthemeyer*, Der Amicus Curiae Brief im Internationalen Investitionsrecht (2014), p. 296; *cf. Büstgens*, Transparenz und Öffentlichkeit gemischter Schiedsverfahren (2017), p. 283 et seq.
[48] *Cf. Reisman/Crawford/et al.*, Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary (2014), para. 167.
[49] *See supra, B.*
[50] *Cf. Friedland* in: *Mistelis/Lew* (fn. 15), p. 328.
[51] *Ibid.*
[52] I.e. *Afonso* states that the European Commission could not be really independent from the Member-States, 2019(34) Spain Arbitration Review, p. 113, p. 122 et seq.

irrespective of the outcome of its claim and its reliance on the *amicus*.[53]

Second, the recent practice of *amici* interventions exemplifies that they support the state far more often than claims of investors.[54] For example, in the case *Merril v. Canada,* the *amici* explicitly submitted, "that the Investor´s claim against the Government of Canada be dismissed."[55] This is expected because *amici* usually represent the same public interests as the state. Therefore, the strict application of the American Rule would in most cases require the investor to bear costs of an *amicus* participation, which is knowingly not in his favor.

In light of this, a *strict* application of the American Rule would not always ensure equitable results, which requires the distinction of *amici* costs from the remaining costs of arbitration.

## 2. Strict Application of the English Rule

Alternatively, tribunals could strictly apply the English Rule when allocating the entire costs of arbitration. However, there are three reasons why also the application of the English Rule could lead to inequitable results, necessitating a distinction of the *amici* costs from the remaining costs of arbitration.

First, *amicus* participation can be fruitful for the entire dispute, or for at least one party,[56] but it does not necessarily have to be. In general, it is difficult to establish whether the submission of an *amicus* had any influence on the decision of a tribunal.[57] One of the very few exceptions to this observation is the case *Biwater v. Tanzania*, in which the tribunal explicitly found the *amicus* submission to be "useful."[58] However, there might be cases in which the claim of an investor or the defense of a state is already *evidently* without merit. The additional support of an *amicus* would – from the perspective of the prevailing party – not even be necessary for a favorable final decision and would only increase the costs of arbitration. In this case, it is questionable whether the unsuccessful party, which bears the remaining costs of arbitration under the English Rule, should, in addition, be strained by the non-essential costs of the *amicus* participation.

Second, shifting the entire costs to the unsuccessful party, could incentivize either party to collaborate with *amici* to improve their standing in arbitration at the cost of the counterparty.[59] This collaboration could lead not only to an inadmissible reimbursement of the *amicus*,[60] but also entirely contradict the role of the *amicus* to enhance the legitimacy of an arbitral proceeding.[61]

Third, both parties before arbitration mutually benefited from the investments based on the underlying investment treaty.[62] An investor would, however, only make investments in another country, if these investments are sufficiently protected by the investment treaty and, most importantly by the state's *erga omnes* offer to arbitrate.[63] Thus, the arbitration clause as such is one of the most decisive prerequisites for both parties to consequentially profit from an investment. Insofar, both parties depend on the legal existence and the public acceptance of such a clause to some extent. As the intervention of an *amicus* enhances the transparency and the legitimacy of an arbitral proceeding,[64] it is arguable to allocate the costs incurred by such participation equally between the mutually benefiting parties under the American Rule.[65] Contrarily, the strict application of the English Rule would shift the price for this benefit exclusively to the unsuccessful party.

Hence, the mere application of the English Rule concerning the entire costs could not always ensure equitable results either, necessitating a distinction between the *amici* costs and the remaining costs of arbitration.

## 3. Distinct Constellations instead of General Application

Considering that neither the American Rule nor the English Rule can consistently allocate the costs following an *amicus* participation equitably, it seems appropriate to examine the allocation of these costs separately through varying constellations.

In doing so, the author proposes that tribunals must establish a balance between the incalculable costs incurred by an *amicus* intervention, the states' sovereignty over its national law, the support of the *amicus* for one of the parties and the subsequent increase of legitimacy regarding the arbitral proceeding from which both parties mutually benefit.

For this purpose, it is helpful to distinguish between the following constellations concerning the intervention of an *amicus* and the outcome of an arbitral proceeding. Thereby, "support" means that an *amicus* substantially agrees with the position of one of the parties.

Investor prevails while *amicus* supports the state **(a)**
State prevails while *amicus* supports the investor **(b)**
Investor prevails while *amicus* supports the investor **(c)**
State prevails while *amicus* supports the state **(d)**

Such a clear assignment to a party is of course not always possible.[66] In most cases, however, it can be derived from the

[53] *Cf. Schill* (fn. 18), p. 674; *Cf. Riesenberg*, 60 Duke Law Journal (2011), p. 977, p. 1009 et seq.
[54] *Bastin* (fn. 4), p. 135.
[55] *Merril v. Canada* (Amicus Submission), ICSID Case No. UNCT/07/1, para. 59.
[56] *See supra, D.II.1.*
[57] *Brabandere* in: *Ruiz-Fabri* (fn. 7), p. 12.
[58] *Biwater v. Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, para. 359.
[59] *Cf. Segger*, Der Amicus Curiae im Internationalen Wirtschaftsrecht (2017), p. 471.
[60] I.e. *Koua Poirrez v. France* (ECHR), Application No. 40892/98, para. 68 et seq.
[61] *See supra, A.*
[62] *Büstgens* (fn. 48), p. 300.
[63] *McLachlan* in: *Van den Berg*, 50 Years of the New York Convention: ICCA International Arbitration Conference(2009), p. 95, p. 97; *Sicard-Mirabal/Derains* (fn. 14), p. 42.
[64] *See supra, A.*
[65] *Cf. Büstgens* (fn. 48), p. 300.
[66] The United States occasionally interpret their free trade agreements without supporting either of the parties, *Railroad Dev. v. Guatemala* (*Amicus*

*amicus* submission which of the parties the latter supports.[67]

Subsequently, the author exemplifies two possible exceptions to these constellations **(e)**. This will be followed by an explanation on how these constellations comply with the application of the American Rule or the English Rule concerning the entire costs of arbitration **(f)**. In this regard, it is essential to mention that the author does not want to generally privilege either the investor or the state. Instead, the author tries to propose an equitable solution following the demand on a tribunal to not "unduly burden or unfairly prejudice either party" under Rule 37(2) ICSID Arbitration Rules and Art. 4(5) Transparency Rules.

#### (a) Investor prevails while *amicus* supports the state

In this constellation, the application of the English Rule would be equitable.

First, the slight imbalance in favor of the state could be diminished. This is because in most cases the state allegedly violated the investment treaty by exercising its sovereignty over the national law. Thus, it is the state that established the incentive for an investor to claim its rights under the investment treaty and thereby created the possibility for an *amicus* to participate in such arbitral proceeding. The investor, who trusted in the legality of its long-term investment, has to take the risk of claiming damages under the investment treaty. Because of this risk, the investor should be relieved from the incalculable costs in case his claim is successful.

Second, there is no possibility for a collaboration between the investor and the *amicus*, which would necessitate a deviation from the English Rule. In such a case of collaboration, an investor could convince an *amicus* or even *amici* to file submissions to support his or her claim and thereby persuade the tribunal of its merit. In return, the investor could offer to redeem the *amicus* from its costs.[68] However, in this constellation the *amicus* explicitly supports the position of the state, which extinguishes the possibility of collaboration.

Therefore, the English Rule would ensure an equitable result in this constellation.

#### (b) State prevails while *amicus* supports the investor

In cases where the state prevails and the *amicus* supports the investor, the strict application of the English Rule would likewise lead to an equitable result because there is no such tendency in favor of the state that needs to be balanced by a tribunal. Rather, the investor is the unsuccessful party to an arbitral proceeding, although his claim was *additionally* supported by an *amicus* submission. Despite this supportive intervention, the tribunal still found the claim to have no merit in the end. Thus, the groundlessness of the investor´s claim becomes even more apparent. In such instance, the investor is not worthy of being protected by a different allocation of the *amici* costs. To the contrary, it would be equitable to shift these increased costs to the investor in full, who first established the possibility for *amicus* participation in an arbitral proceeding by filing its meritless claim. Therefore, tribunals should apply the English Rule in this constellation.

#### (c) Investor prevails while *amicus* supports the investor

The allocation of costs is more intricate in cases where the investor prevails over the state while also being supported by an *amicus* intervention. On the one hand, tribunals could once more apply the English Rule, as the investor is still unilaterally exposed to the sovereignty of the state.[69] Further, it is also possible to understand the increased costs as part of the damages an investor claims following a violation of the investment treaty by the state.[70]

On the other hand, applying the English Rule in this constellation could indeed lead to a collaboration between the investor and the *amicus*.[71] However, an indirect redemption of the *amicus* would not only violate the principle of good faith but also be incompatible with the fact that *amici* are not entitled to claim reimbursement form the parties.[72] To prevent such collaboration from the outset, tribunals could exercise the American Rule by splitting these costs equally between the parties.

In light of this divergence, the author proposes the following distinction. According to Rule 37(2) ICISD Arbitration Rules and Art. 4(1) Transparency Rules tribunals must consult with the parties over an *amicus* application: If an investor rejects such application, as he considers its claim to have merit anyway, the tribunal should apply the English Rule under the arguments mentioned above and allocate the costs incurred by *amicus* intervention to the unsuccessful state. However, if an investor consents to an *amicus* application, tribunals should apply the American Rule, as there is at least a possibility of collaboration with the *amicus*. This solution grants a confident investor the option to forego the support of an *amicus* in order to avoid the costs associated herewith but also ensures that the investor cannot persuade the *amicus* to intervene at the exclusive cost of the unsuccessful state.

#### (d) State prevails while *amicus* supports the state

In case the state prevails over the investor while also being supported by an *amicus* submission, one could argue that the support of the *amicus* would put the state in an even more favorable position, which would justify an application of the American Rule. The reason being that the investor generally has a right to pursue any possible violations of the investment treaty by bringing a claim to arbitration, despite being ultimately unsuccessful. In case of such a claim, a tribunal might decide a proceeding in favor of the

Submission), ICSID Case No. ARB/07/23, p. 1.

[67] I.e.: *Merril v. Canada* (*Amicus* Submission), ICSID Case No. UNCT/07/1, para. 59; *Pac Rim v. El Salvador* (*Amicus* Submission), ICSID Case No. ARB/09/12, p. 2; *Lilly v. Canada* (*Amicus* Submission), ICSID Case No. UNCT/14/2, p. 1; *Bear Creek v. Peru* (*Amicus* Submission), ICSID Case No. ARB/14/21, p. 17.

[68] *Cf. Segger* (fn. 60), p. 471.

[69] *See supra, D.II.3.(a).*

[70] *Rowe*, 31 Duke Law Journal (1982), p. 651, p. 657; *Wena v. Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4, para. 130.

[71] *See supra, D.II.2.*

[72] *See supra, D.II.2.*

state, because an *amicus* submission made it aware of the severe impacts the investments have on the public good of that country. For example, in the case *Lilly v. Canada*, one *amicus* argued that the alleged violation of the state would at least be justified by the "future economic prosperity across Canada's business sectors."[73] If a tribunal, being aware of this public interest, now decides against the investor,[74] it would be equitable to share at a minimum the *amici* costs that originally raised this issue of public interest.

Furthermore, both parties profited from the investments before arbitration. Thus, it seems generally legitimate to allocate the costs for representation of the public interest regarding this profit equally between the parties.[75] Moreover, there is the same possibility of a collaboration between the state and the *amicus*, which could incentivize the latter to file a submission in favor of the state and thereby profit.[76] Insofar, one could argue the application of the American Rule to be equitable.

To the contrary, one could argue that a state should not pay for the unfoundedness of an investor´s claim if an *amicus* considers the alleged violation of the investment treaty by the state to be in the public interest. The reason being that the interest of the public would outweigh the investor´s monetary interest justifying the shift of the *amici* costs to the investor by applying the English Rule.

In light of this, the author proposes once again a distinction based on the consultation according to Rule 37(2) ICISD Arbitration Rules and Art. 4(1) Transparency Rules: If the state rejects the application of an *amicus*, as it considers its defense to be successful anyway, tribunals should apply the English Rule concerning the *amici* costs. However, if the state consents to such an application, tribunals should apply the American Rule by considering its mutual benefit for both parties and the slight imbalance at the expenses of the investor.

### (e) Possible exceptions to the preceding constellations

Despite these established equilibriums, the author points out two situations as examples, in which tribunals might legitimately deviate from these constellations.

First, there could be cases in which an *amicus* tries to abuse the proceedings by filing multiple submissions without any merit.[77] In such case, tribunals should apply the American Rule, as neither party profited from such *amicus* intervention.

Second, tribunals should deviate in cases with a financially strong investor – for example ranked in the Fortune´s Global 500 – who claims damages from a developing country.[78] First, the argument of incalculable costs incurred by *amicus* intervention and the investors' risk in pursuing its rights under the investment treaty is no longer valid,[79] as the investor can resort to much higher financial resources than the state. Second, a state could still exercise its sovereignty by changing its national law at the expenses of the investor. However, before making such change it would have to be weighed against any financial aid this state receives from the investor.

Thus, tribunals might, especially in constellations **(a)** and **(c)**, deviate from applying the English Rule in favor of the investor and allocate the *amici* costs under the American Rule.

### (f) Constellations in the context of the remaining costs of arbitration

In conclusion, the author comes to the following results concerning the allocation of *amici* costs exclusively.

| | *Amicus* supports investor | *Amicus* supports state |
|---|---|---|
| Investor prevails | ➢ Investor accepts application => **American Rule**<br>➢ Investor rejects application => **English Rule** | **English Rule** |
| State prevails | **English Rule** | ➢ State accepts application => **American Rule**<br>➢ State rejects application => **English Rule** |

Constellation (a) Constellation (b) Constellation (c) Constellation (d)

Abbildung 2: Summary of the four constellations

These proposals are in line with either the application of the American Rule or the English Rule regarding the remaining costs of arbitration. On the one hand, if a tribunal wants to apply the American Rule in general, constellations **(a)** and **(b)** would deviate from such an approach. However, this deviation could be justified if one compares the *amicus* to a witness of the unsuccessful party. The costs incurred by the participation of that witness/*amicus* are, in principle, to be borne by that party, as part of their legal costs.[80] By making each party bear its costs for legal representation under the American Rule, the unsuccessful party could still pay for the *amici* costs in full. Only where either the investor or the state rejects the application by an *amicus*, tribunals would have to exercise their discretion as described in constellations **(c)** and **(d)**.

On the other hand, if a tribunal wants to apply the English Rule concerning the remaining costs of arbitration, constellations **(c)** and **(d)** could deviate from such an approach if

[73] *Lilly v. Canada* (fn. 69), p. 13.
[74] In *Lilly v. Canada* (Award), the tribunal dismissed the investor´s claims in its entirety, ICISD Case No. UNCT/14/2, para. 480.
[75] *See supra, D.II.2.*
[76] *See supra, D.II.2., D.II.3.(c).*
[77] *Cf. Lamb/Harrison/et al.*, V(2) Indian Journal of Arbitration Law (2016), p. 72, p. 88.
[78] According to a study conducted in 2007, 20 percent of all investors were companies ranked in the Fortune´s Global 500, *Anderson/Grusky*, Challenging Corporate Investor Rule (2007), p. 5.
[79] *See supra, D.II.3.(a)*
[80] *Cf. Lew/Mistelis/et al.*, Comparative International Commercial Arbitration (2003), p. 573; *cf. Waincymer*, Procedure and Evidence in International Arbitration (2012), p. 976.

the prevailing party consents to the *amici* intervention. This deviation is legitimate, as tribunals often apply the English Rule in principle while making adjustments to that apportionment based on the relative success of both parties.[81] By exercising this discretion, tribunals could award half of the costs incurred by *amicus* participation to the successful party, which would have to be borne by the latter under the American Rule.

These deviations, however, also make clear that the costs incurred by *amicus* participation have to be calculated separately from the remaining costs of arbitration to establish an equilibrium between the benefits of *amici* interventions and the disadvantages for the parties resulting thereof.

## E. Conclusion

It follows from these constellations alone that the allocation of costs incurred by *amicus* participation is complicated. In order to get a grip on this cost-allocation-problem, tribunals should distinguish the *amici* costs from the remaining costs of arbitration, as only such a distinction can ensure equitable results. When allocating these costs, tribunals should determine the conflicting interests between the investor and the state, and balance them in a manner following the constellations mentioned above.

In general, a profound way to diminish the cost burden for the parties would be the restriction of the number of pages and matters to be addressed by an *amicus*.[82] In any case, parties should encourage the participation of *amici* as they increase the legitimacy of an arbitral proceeding, from which both parties mutually benefit. Considering the downfall of investment arbitration in the EU following the "*Achmea* decision" of the ECJ,[83] such increased legitimacy could secure the future of the investment arbitration mechanism.[84] Thus, *amici* should not only be considered as a "friend of the court" but also as a "friend of the parties."

---

[81] *See supra, C.II.*

[82] *Dimsey* in: *Euler/Gehring/et al.*, Transparency in International Investment Arbitration, A Guide to the UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration (2015), p. 191.

[83] *Fritsche*, Nr. 1 StudZR-WissON (2019), p. 63, p. 65 et. seq.

[84] *Cf. Butler*, 66 Netherlands International Law Review (2019), p. 143, p. 176.

Philomena Hindermann*

# Die Einbeziehung Dritter in das Verfahren vor staatlichen Gerichten und Schiedsgerichten

## A. Einleitung

Mit dem Ausbau globaler Handelsbeziehungen und komplexer Vertragsstrukturen wie Verträgen mit verschiedenen konzernverbundenen Akteuren nehmen das Konfliktpotenzial und die Bedeutung von Mehrparteienverfahren vor staatlichen und Schiedsgerichten zu. Im Jahr 2018 waren mit steigender Tendenz an 33 Prozent aller neu eingeleiteten ICC-Verfahren mehr als zwei Parteien beteiligt.[1] Die Einbeziehung Dritter wirft jedoch die grundlegende Frage nach der parteilichen und gerichtlichen Kompetenz zur Verfahrensgestaltung auf.

Ziel dieses Beitrags ist die Untersuchung des Spannungsfelds zwischen Parteiautonomie und gerichtlicher Hoheitsgewalt bei der Einbeziehung Dritter als zusätzliche Partei im deutschen staatlichen Gerichtsverfahren und Schiedsverfahren. Besonderer Fokus wird dabei auf Konzernkonstellationen[2] gelegt, in denen ein Dritter in enger wirtschaftlicher Beziehung zu einer der Prozessparteien steht. Dem Verfahren vor den deutschen staatlichen Zivilgerichten wird das deutsche Schiedsverfahrensrecht nach der ZPO gegenübergestellt. Aufgrund der praktischen Bedeutung[3] und möglichen Wegweiserfunktion werden zudem Regelungen in anderen Rechtsordnungen und institutionellen Schiedsordnungen betrachtet.

### I. Gang der Untersuchung

Die Untersuchung beginnt mit der Darstellung der Möglichkeiten zur Einbeziehung eines Dritten als Partei im Zivil- und Schiedsverfahren (**B.**). Dabei werden zunächst die Einbeziehung im Zivil- (**I.**) und anschließend im Schiedsverfahren (**II.**) erörtert und schließlich die Verfahrensarten verglichen (**III.**). Sodann wird anhand der im Vergleich gewonnenen Erkenntnisse untersucht, inwiefern zur Schaffung von Rechtssicherheit und einer einheitlichen Rechtsanwendung im Schiedsverfahrensrecht Möglichkeiten der Angleichung an das Zivilverfahrensrecht existieren (**C.**). Abschließend erfolgt ein Ausblick (**D.**).

### II. Begriffsbestimmung: „Einbeziehung Dritter als Partei"

Der Terminus des „Dritten" wird in den Verfahrensvorschriften der staatlichen Gerichte und Schiedsgerichte nicht einheitlich interpretiert. Im Rahmen dieses Beitrags ist ein Dritter jede natürliche oder juristische Person, die im Zeitpunkt der Einbeziehung in ein laufendes Verfahren nicht bereits Kläger oder Beklagter ist. Eine Einbeziehung Dritter liegt nach der Definition folglich nicht vor, wenn von Prozessbeginn an auf Kläger- oder Beklagtenseite mehrere Parteien stehen, eine einfache Widerklage gegen den Kläger erhoben wird oder wenn laufende Verfahren verbunden werden. In diesen Konstellationen sind alle Beteiligten von Beginn an gleichberechtigt am Verfahren beteiligt. Die drittspezifischen Probleme treten in der Regel nicht auf.

Der Begriff der Einbeziehung wird weit verstanden. Er umfasst nicht nur solche Konstellationen, in denen der Dritte von den Prozessparteien in den Prozess hineingezogen wird, sondern auch den umgekehrten Fall, in dem ein Dritter sich aus eigener Initiative als Partei am Verfahren beteiligen will. Neben der Einbeziehung eines Dritten als Partei mit eigenen Ansprüchen kann der Dritte auch nur an die Entscheidungswirkungen gebunden sein, ohne Prozesspartei zu werden.[4] Diese Art der Interventionswirkung ist im Schiedsverfahren bislang jedoch weitgehend unbekannt,[5] und bildet somit nicht den Schwerpunkt dieses Beitrags.

## B. Einbeziehung eines Dritten als Partei in ein laufendes Verfahren

Werden Dritte als Partei in ein laufendes Verfahren einbezogen, indem eigene Ansprüche gegen sie geltend gemacht werden oder sie selbst eigene Ansprüche erheben, ergeben sich Probleme hinsichtlich der Zustimmung der Beteiligten und der Bindung an bereits vorgenommene Prozesshandlungen.

### I. Verfahren vor dem staatlichen Gericht

Die deutsche ZPO kennt zur Einbeziehung Dritter als Partei in ein laufendes Verfahren den Parteibeitritt nach §§ 59, 60, 263 ZPO sowie die Drittwiderklage, die an die Zuständigkeitsregelung des § 33 ZPO geknüpft wird.[6]

Der Parteibeitritt ermöglicht es einem Dritten, einem Verfahren beizutreten und sich als neue Partei zu beteiligen.[7] Möglich ist sowohl die Klageerhebung eines Dritten gegen den Beklagten im laufenden Verfahren (Klägerbeitritt), als auch die Klageerhebung des Klägers gegen einen weiteren Beklagten (Beklagtenbeitritt).[8] Die Initiative erfolgt also stets auf der Klägerseite. Der Beitritt führt zur Streitgenossenschaft gemäß §§ 59, 60 ZPO auf Kläger- oder Beklagtenseite.[9]

---

* Die Autorin ist Studentin an der Bucerius Law School, Hamburg.

1 ICC 2018 Statistics, S. 8.

2 Als Konzerne sind in diesem Beitrag Unternehmen bezeichnet, die nach deutschem Recht gemäß §§ 291 ff. AktG durch einen Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag verbunden sind.

3 Siehe z.B. *Schütze*, Schiedsgericht und Schiedsverfahren[6], 2018, Rn. 61.

4 Siehe die Streitverkündung und Nebenintervention nach §§ 66 ff. ZPO.

5 Eine Regelung findet sich aber in Art. 4(2) Swiss Rules.

6 *Patzina*, in: Münchener Kommentar zur ZPO[5], Band 1, 2016, § 33 Rn. 7; *Toussaint*, in: Beck'scher Online-Kommentar ZPO[32], 2019, § 33 Rn. 1.

7 *Roth*, in: Stein/Jonas (Begr.), Kommentar zur ZPO[23], Band 3, 2018, § 263 Rn. 40; *Schellhammer*, Zivilprozess[15], 2016, Rn. 1686.

8 *Roth*, in: Stein/Jonas (Fn. 7), § 263 Rn. 70.

9 *Greger*, in: Zöller (Hrsg.), Zivilprozessordnung[32], 2018, § 263 Rn. 21.

Die Drittwiderklage hingegen ist prozessuales Mittel des Beklagten zur Einbeziehung eines Dritten. Die streitgenössische Drittwiderklage, die vom Beklagten gegen den Kläger und einen Dritten erhoben wird, ist grundsätzlich zulässig.[10] Erhebt der Beklagte dagegen eine isolierte Drittwiderklage ausschließlich gegen einen Dritten, wird der Grundsatz der Parteiidentität durchbrochen, wonach nur der Kläger des Hauptprozesses Widerbeklagter sein kann.[11] Durch die einfache Widerklage soll der Beklagte ein Gegenangriffsmittel gegen den Kläger erhalten.[12] Dieser Gedanke findet bei der Widerklage gegen einen unbeteiligten Dritten keine Anwendung.[13] Die isolierte Drittwiderklage ist daher grundsätzlich unzulässig.[14]

### 1. Bei Zustimmung des neuen Beklagten

Der Parteibeitritt soll nach Ansicht der Rechtsprechung wie eine Klageänderung nach § 263 ZPO behandelt werden.[15] Demzufolge wird für den Klägerbeitritt zusätzlich zu den Voraussetzungen der §§ 59, 60 ZPO verlangt, dass der Beklagte entsprechend § 263 ZPO einwilligt oder das Gericht den Beitritt als sachdienlich erachtet.[16] Dasselbe gilt entsprechend beim Beklagtenbeitritt für die Einwilligung des neuen Beklagten.[17] Damit ist ein Parteibeitritt immer problemlos möglich, wenn der neue Beklagte mit der Einbeziehung in den Prozess einverstanden ist. Dies ist jedoch in der Praxis nur selten anzunehmen.

### 2. Ohne Zustimmung des neuen Beklagten

Hat der neue Beklagte seine Einwilligung nicht gegeben oder kommt es auf eine solche wie im Fall der ohnehin grundsätzlich unzulässigen Drittwiderklage nicht an, kann die Einbeziehung des Dritten mitunter trotzdem zulässig sein.

#### a) Sachdienlichkeit des Parteibeitritts

Der Parteibeitritt ist ohne Einwilligung des Beklagten nach § 263 ZPO nur bei Sachdienlichkeit möglich. Der neue Anspruch muss dafür in derart engem Zusammenhang mit dem bisher verhandelten Anspruch stehen, dass zumindest Teile des laufenden Prozesses verwertbar sind.[18] Die Sachdienlichkeit wird zum Beispiel bejaht, wenn die Streitgenossen konzernrechtlich verbunden sind und sich Ansprüche aus demselben Vertrag ergeben.[19] Sie dient dem Schutz des Beklagten, auf dessen neues Prozessrechtsverhältnis die bereits erzielten Prozessergebnisse zur Förderung der Prozessökonomie erstreckt werden können.[20]

#### b) Besondere Fallgruppen der isolierten Drittwiderklage

Ausnahmsweise soll auch die isolierte Drittwiderklage aus Gründen der Prozessökonomie zugelassen werden, um eine Vervielfältigung und Zersplitterung des Prozesses zu vermeiden.[21] Voraussetzung ist eine tatsächlich und rechtlich enge Verknüpfung des Inhalts von Klage und Widerklage.[22] Zudem dürfen keine schutzwürdigen Interessen des Drittwiderbeklagten entgegenstehen.[23] Diese Voraussetzungen sind insbesondere in Abtretungskonstellationen erfüllt, in denen der vom Zessionar verklagte Schuldner Widerklage gegen den Zedenten erhebt.[24]

#### c) Besondere Konzernkonstellationen

Die Einbeziehung von Unternehmen, die mit einer der Verfahrensparteien konzernverbunden sind, wird durch die ZPO nicht privilegiert. Konzernunternehmen werden aufgrund ihrer rechtlichen Selbstständigkeit als voneinander unabhängige Dritte behandelt.[25] Soll eine Konzernmutter durch Drittwiderklage in die Streitigkeit ihrer Konzerntochter einbezogen werden, sind hieran dieselben Voraussetzungen zu stellen wie an die Einbeziehung jedes anderen Dritten. Diese werden jedoch gerade im Falle einer Drittwiderklage regelmäßig nicht erfüllt sein, wenn dem Streit nicht eine Konzernabtretung[26] zugrunde liegt.

### 3. Zwischenergebnis

Das staatliche Gericht kann sich kraft seiner Gerichtshoheit über den Parteiwillen hinwegsetzen und die Einbeziehung Dritter als Partei unter Berufung auf die Prozessökonomie und prozessuale Waffengleichheit gestatten. Die Dispositionsmaxime der Parteien tritt hinter der gerichtlichen Anordnungsgewalt zurück.

## II. Schiedsverfahren

Das Schiedsgericht wird erst durch die Schiedsvereinbarung der Parteien legitimiert. Die Ausgestaltung des Verfahrens unterliegt nach § 1042 Abs. 3 ZPO grundsätzlich der vollkommenen Autonomie der Parteien.[27] Einem späteren Beitritt zusätzlicher Parteien müssen daher alle von der Vereinbarung betroffenen Parteien zustimmen. Aufgrund des Grundsatzes der Parteiautonomie und dem Vorrang der parteilichen Vereinbarung[28] dürfen staatliche Gerichte die Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen nach Art. V(1)(d) NYC ablehnen, wenn die Ausgestaltung des Schiedsverfahrens nicht der Parteivereinbarung entspricht.[29]

---

[10] *Heinrich*, in: Musielak/Voit (Hrsg.), Zivilprozessordnung[16], 2019, § 33 Rn. 21a; *Patzina*, in: MüKo (Fn. 6), § 33 Rn. 27.
[11] Vgl. *Heinrich*, in: Musielak/Voit (Fn. 10), § 33 Rn. 20; *Roth*, in: Stein/Jonas (Fn. 7), § 33 Rn. 23 f.
[12] *Schultzky*, in: Zöller (Fn. 9), § 33 Rn. 2; *Hau*, ZZP 2004, 31, 34.
[13] BGH NJW 1971, 466.
[14] BGH NJW 1971, 466; *Roth*, in: Stein/Jonas (Fn. 7), § 33 Rn. 47.
[15] BGH NJW 1962, 347; BGH NJW 1988, 128; **a.A.** z.B. *Greger*, in: Zöller (Fn. 9), § 263 Rn. 21.
[16] BGHZ 17, 340, 342; BGH NJW 1962, 347.
[17] *Roth*, in: Stein/Jonas (Fn. 7), § 263 Rn. 71.
[18] *Becker-Eberhard*, in: MüKo (Fn. 6), § 263 Rn. 33.
[19] Vgl. *Vollkommer/Vollkommer*, WRP 2000, 1062, 1065.
[20] BGH NJW-RR 1987, 58; BGHZ 131, 76, 79 f.; *Roth*, in: Stein/Jonas (Fn. 7), § 263 Rn. 70.
[21] BGHZ 40, 185, 188; BGHZ 147, 220, 222.
[22] BGHZ 91, 132, 134 f.; *Schröder*, AcP 1964, 517, 530.
[23] BGHZ 40, 185, 190; BGH NJW 2007, 1753.
[24] BGHZ 147, 220, 222 f.; BGHZ 187, 112, 115; *Schultzky*, in: Zöller (Fn. 9), § 33 Rn. 26.
[25] *Kessler*, in: Saenger/Inhester (Hrsg.) GmbHG Handkommentar[3], Anh. zu § 13 Rn. 46.
[26] *Skusa*, NJW 2011, 2697.
[27] *Schütze* (Fn. 3), Rn. 45.
[28] *Born*, International Commercial Arbitration Vol. II[2], 2014, S. 2130.
[29] *UNCITRAL Secretariat*, UNCITRAL Guide New York Convention, 2016, S. 191; *Gaillard/Savage*,Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration, 1999, S. 454; *Pika*, ZZP 2018, 225, 235.

Es besteht somit ein Anerkennungs- und Vollstreckungshindernis.[30]

## 1. Bei Abschluss einer multilateralen Schiedsvereinbarung

Das Schiedsgericht kann den Beitritt eines Dritten unproblematisch zulassen, wenn zwischen den Parteien des laufenden Verfahrens und dem Dritten eine multilaterale Schiedsvereinbarung besteht, die den Beitritt von Parteien ausdrücklich gestattet.[31]

Darüber hinaus können die Parteien den Beitritt des Dritten auch vereinbaren, indem sie im Schiedsvertrag auf eine Verfahrensordnung Bezug nehmen, die diesbezüglich Regelungen trifft.[32] Nationale Regelungen über den Beitritt Dritter als Partei sind der Ausnahmefall und fordern stets eine multilaterale Schiedsvereinbarung.[33] Nach umfassenden Reformen enthalten institutionelle Schiedsordnungen neuerdings Regelungen über den Beitritt einer zusätzlichen Partei zum Verfahren. Sie gestatten die Einbeziehung Dritter häufig nur, wenn alle Beteiligten Partei der Schiedsvereinbarung sind und die Einbeziehung auf Initiative der bisherigen Parteien des Verfahrens erfolgt.[34] Damit soll die Parteiautonomie bei der Verfahrensgestaltung gewahrt und sichergestellt werden, dass der Verzicht auf den verfassungsrechtlich garantierten Justizgewähranspruch[35] freiwillig erfolgt. Nicht vorgesehen ist jedoch der freiwillige Beitritt Dritter. Ein Klägerbeitritt kann in der Regel also nur erfolgen, wenn alle Beteiligten explizit zustimmen.

## 2. Ohne Abschluss einer multilateralen Schiedsvereinbarung

Besteht keine multilaterale Schiedsvereinbarung zwischen allen Parteien, fragt sich, ob der Dritte auf andere Weise an die Schiedsvereinbarung gebunden werden kann.[36] Eine Erstreckung der Wirkungen des Schiedsvertrags auf nichtunterzeichnende Dritte wird in Deutschland wegen des Verbots von Verträgen zulasten Dritter grundsätzlich abgelehnt.[37] Ein besonderes Interesse an der Einbeziehung Dritter kann sich aber zum Beispiel in Fällen ergeben, in denen mehrere Unternehmen eines Konzerns an der Aushandlung eines Schiedsvertrags beteiligt sind, letztlich aber nur ein Unternehmen unterzeichnet.[38] Die Voraussetzungen der Einbeziehung unterscheiden sich je nach Rechtsordnung. Die Lösung hängt daher erheblich vom Statut der Schiedsvereinbarung ab,[39] dessen kollisionsrechtliche Anknüpfung gemäß der *Doctrine of Separability* unabhängig vom Statut des Hauptvertrags erfolgt.[40] Im Folgenden werden besonders praxisrelevante Konzepte dargestellt, aufgrund derer Dritte an eine Schiedsvereinbarung gebunden sein können.

### a) Mehrere bilaterale Schiedsvereinbarungen

In einem netzartigen Vertragsverbund zwischen mehreren Parteien kann es vorkommen, dass zwischen den jeweiligen Parteien bilaterale Schiedsvereinbarungen getroffen werden, die im Hinblick auf Faktoren wie Schiedsort, institutionelle Verfahrenswahl und materielles Recht im Wesentlichen kompatibel sind.[41] Im schweizerischen Recht wird ein Beitritt zu einem anderen Verfahren bei Vorliegen mehrerer übereinstimmender Schiedsvereinbarungen nach Art. 376 Abs. 1 lit. a SchwZPO ausdrücklich erlaubt. Gibt es keine explizite gesetzliche Regelung, wird vertreten, eine implizite Zustimmung zur Einbeziehung der Parteien der Parallelvereinbarungen anzunehmen, wobei es auf die Umstände des Einzelfalls ankommt.[42] Ein bloßer wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen den Verträgen, sei er auch noch so eng, ist nicht ausreichend.[43] Am Wirtschaftsleben beteiligte Personen haben jedoch in aller Regel ein Interesse an der effizienten Prozessführung und der Verhinderung sich widersprechender Entscheidungen, die gegebenenfalls die Regressnahme verhindern.[44] Daher kann die Inhaltsgleichheit von Schiedsvereinbarungen zumindest als Indiz für den Willen der Parteien dienen, andere Parteien aus dem Vertragsverbund als Partei in das Verfahren einbeziehen zu können.[45]

### b) Bindung nach Figuren des deutschen Zivilrechts

In Betracht kommt eine Bindung an die Schiedsvereinbarung nach im deutschen Zivilrecht bekannten Figuren. Liegt der Schiedsvereinbarung ein Vertrag zugunsten Dritter gemäß § 328 BGB zugrunde, so ist nach allgemeiner Ansicht auch der Drittbegünstigte im Deckungsverhältnis an die Schiedsvereinbarung gebunden.[46] Ebenso ist auch ein Zessionar an die vom Zedenten geschlossene Schiedsvereinbarung gebunden.[47] Keine Bindung soll hingegen durch die Übernahme einer Bürgschaft oder Garantie entstehen, da der Dritte die fremde Schuld nicht übernimmt, sondern nur für ihre Erfüllung haftet.[48]

---

30 *Hanotiau*, Complex Arbitrations, 2005, Rn. 492.

31 Vgl. *Born* (Fn. 28), S. 2585; *Choi*, Arbitration International (Arb. Int.) 2019, 29, 33; *Platte*, Arb. Int. 2002, 67, 69.

32 *Lew/Mistelis/Kröll*, Comparative International Commercial Arbitration, 2003, Rn. 16-42.

33 Siehe z.B. Art. 376 SchwZPO.

34 So z.B. Art. 7(1) ICC Rules und Art. 19 DIS-SchO.

35 Vgl. *Münch*, in Münchener Kommentar zur ZPO[5], Band 3, 2017, § 1029 Rn. 4.

36 *Born* (Fn. 28), S. 2597.

37 *Mansel*, in: FS Maier-Reimer, 2010, S. 411.

38 Vgl. *Lew/Mistelis/Kröll* (Fn. 32), Rn. 7-51; *Meier*, Einbezug Dritter vor internationalen Schiedsgerichten, 2007, S. 10.

39 *Born*, International Commercial Arbitration Vol. I[2], 2014, S. 1415; *Sandrock*, in: *Böckstiegel/K. Berger/Bredow (Hrsg.)*, Die Beteiligung Dritter am Schiedsverfahren, 2005, S. 96; *Choi*, Arb. Int. 2019, 29, 35.

40 *Lew/Mistelis/Kröll* (Fn. 32), Rn. 6-9, 6-23; *Jürschik*, Die Ausdehnung der Schiedsvereinbarung auf konzernzugehörige Unternehmen, 2011, S. 9.

41 Vgl. *Born* (Fn. 28), S. 2583; *Meier* (Fn. 38), S. 57.

42 *Westland Helicopters v. Arab Organisation for Industrialisation*, ICC-Schiedsgericht, XI Yearbook Commercial Arbitration (Y.B. Com. Arb.) 1986, 127, 132; vgl. *Hanotiau* (Fn. 30), Rn. 300.

43 *Abu Dhabi Gas Liquefaction v Eastern Bechtel et al.* (1982) 2 Lloyd's LR 425, 427 (CA); *Nicklisch*, in: FS Glossner, 1994, S. 225; *Platte*, Arb. Int. 2002, 67, 72.

44 *Born* (Fn. 28), S. 2584, dortige Fn. 97.

45 ICC Award 5989, XV Y.B. Com. Arb. 1990, 74, 78. In Bezug auf die Verbindung von Verfahren: *Karaha Bodas v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara, et al.,* U.S. Court of Appeal, ASA Bulletin (ASA Bull.) 2005, 360, 371; *Born* (Fn. 39), S. 1374; vgl. *Platte*, Arb. Int. 2002, 67, 72.

46 *Münch*, in: MüKo (Fn. 35), § 1029 Rn. 54; *Schütze* (Fn. 3), Rn. 256.

47 BGHZ 68, 356, 359; *Müller/Keilmann*, SchiedsVZ 2007, 113, 115.

48 *Schlosser*, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit[2], 1989, Rn. 425; *Schütze* (Fn. 3), Rn. 252.

Eine weitere Möglichkeit ist die wirksame Vertretung des Dritten bei Vertragsabschluss. Die Vertretung wird nicht an das Schiedsvereinbarungsstatut, sondern das allgemeine Vollmachtstatut[49] nach Art. 8 EGBGB angeknüpft. Ob die Vertretungsmacht zum Abschluss des Hauptgeschäfts auch auf die Schiedsvereinbarung erstreckt wird, ist grundsätzlich Auslegungssache. Jedenfalls bei Geschäften, die üblicherweise die Vereinbarung einer Schiedsklausel beinhalten, ist die Erstreckung anzunehmen.[50] Eine Rechtsscheinvollmacht ist möglich,[51] wenn der Vertreter in vergleichbaren Situationen in der Vergangenheit bereits Schiedsvereinbarungen für den Vertretenen abgeschlossen hat und der Gegenüber deshalb auf die Vertretungsmacht vertraute.[52] Nicht ausreichend für einen Rechtsscheintatbestand ist die bloße Zugehörigkeit zur selben Konzerngruppe, es sind aber geringere Anforderungen zu stellen.[53]

### c) Besondere Bindung in Konzernkonstellationen

Eine besondere Bindung an die Schiedsvereinbarung kommt bei Konzernunternehmen in Betracht. Diese sind zwar rechtlich eigenständige Gesellschaften, durch einen Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag aber wirtschaftlich nahezu vollständig verknüpft.

#### aa) Group of Companies Doctrine

Nach der *Group of Companies Doctrine* soll eine Konzernmutter unter bestimmten Voraussetzungen an eine vom Tochterunternehmen unterzeichnete Schiedsvereinbarung gebunden sein. Unabhängig von ihrer rechtlichen Selbstständigkeit bilden konzernverbundene Unternehmen eine wirtschaftliche Einheit. Spielt die Konzernmutter eine aktive Rolle bei der Vertragsverhandlung und -durchführung, kann nach der Doktrin eine stillschweigende Vereinbarung aller Parteien zur Bindung der Konzernmutter an die Schiedsvereinbarung angenommen werden.[54]

In der französischen Rechtsprechung und Lehre ist die Doktrin vielfach auf Zustimmung gestoßen.[55] In anderen Jurisdiktionen erfährt die *Group of Companies Doctrine* jedoch überwiegend Ablehnung. Insbesondere kann die bloße Mitwirkung an der Vertragsverhandlung und -durchführung noch keinen hinreichenden Rechtsbindungswillen zum Abschluss der Schiedsvereinbarung begründen. Mithin verstößt die Doktrin gegen die Autonomie der Schiedsvereinbarung.[56] Zudem führt das Abstellen auf die konkludente Vereinbarung in der Praxis zu Abgrenzungsschwierigkeiten, die die Kriterien für die Bindung an eine Schiedsvereinbarung verschwimmen lassen.[57] Im angloamerikanischen Raum wird die Doktrin mit besonderer Vehemenz abgelehnt. So befand ein englisches Gericht: „The [group of companies] doctrine […] forms no part of English law".[58] In der deutschen Literatur wird die Anwendbarkeit der Doktrin überwiegend unter Verweis auf die allgemeinen Grundsätze zur Auslegung von Willenserklärungen verneint,[59] die Anerkennung ausländischer Schiedssprüche, die die Doktrin anwenden, verstößt jedoch nach der Rechtsprechung des BGH nicht gegen den deutschen *ordre public*.[60]

#### bb) Piercing the Corporate Veil

Unter gewissen Voraussetzungen wird die Durchbrechung des Grundsatzes der Selbstständigkeit von Konzernunternehmen nach der Theorie des *Piercing the Corporate Veil* gefordert. Demnach soll eine Konzernmutter an die von ihrer Konzerntochter abgeschlossene Schiedsvereinbarung gebunden sein, wenn ihr faktischer Einfluss auf das Tochterunternehmen derart stark ist, dass es rechtsmissbräuchlich wäre, beide Unternehmen als separate Rechtspersonen zu behandeln.[61] Der Unterschied der Theorie zur *Group of Companies Doctrine* besteht darin, dass der Durchgriff auf Erwägungen von Gerechtigkeit und Fairness beruht und anstelle der Intention der Parteien lediglich faktische Verhältnisse betrachtet.[62] Auf Grundlage der Rechtsfigur des gesellschaftsrechtlichen Durchgriffs[63] wird ein Ausgleich zugunsten der Partei des Schiedsvertrags geschaffen, die durch den „Schleier" der selbstständigen juristischen Personen rechtsmissbräuchlich benachteiligt würde.[64] Internationale Schiedsgerichte und Gerichte im angloamerikanischen Raum sind der Theorie grundsätzlich aufgeschlossen und wenden sie an, betonen aber auch gleichzeitig ihren Ausnahmecharakter.[65] Die deutsche Literatur ist vorsichtiger. Selbst wenn die Durchgriffshaftung der Konzernmutter für Verbindlichkeiten der Konzerntochter aus dem Hauptvertrag bejaht wird, soll daraus wegen der Freiwilligkeit der Schiedsvereinbarung noch keine Drittbindung an die Schiedsvereinbarung abgeleitet werden können.[66]

#### cc) Bewertung im Lichte allgemeiner Rechtsgrundsätze

Hinsichtlich der Frage, ob die Bindung Dritter an die Schiedsvereinbarung in Konzernkonstellationen mithilfe der *Group of Companies Doctrine* oder der Theorie des *Piercing*

---

[49] *Mansel* (Fn. 37), S. 411; *Schlosser*, in: Stein/Jonas (Begr.) Kommentar zur ZPO[23], Band 10, 2014, Anh. zu § 1061 Rn. 79; *Redfern/Hunter*, Redfern and Hunter on International Arbitration[6], 2015, Rn. 2.56.

[50] Als Auslegungshilfe dienen insbesondere die Interessenslage und die im Geschäftsbereich typischen Verhaltensweisen; vgl. *Mansel* (Fn. 37), S. 412 f.; *Redfern/Hunter* (Fn. 49), Rn. 2.55; *Jürschik* (Fn. 40), S. 209.

[51] Vgl. *Born* (Fn. 39), S. 1424 ff.; *Brekoulakis*, Third Parties in International Commercial Arbitration, 2010, Rn. 2.108.

[52] *Mansel* (Fn. 37), S. 416; *Jürschik* (Fn. 40), S. 214.

[53] *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht, 1971, S. 178 f.; *Fleischer*, ZHR 1999, 461, 473.

[54] *Dow Chemical Company et al. v. Isover Saint Gobain*, ICC-Schiedsgericht, IX Y.B. Com. Arb. 1984, 131, 136.

[55] Siehe z.B. *Gaillard/Savage* (Fn. 29), S. 282 f.; *Derains/Schaf*, Revue de droit des affaires internationales 1985, 231, 235.

[56] *Pika*, ZZP 2018, 225, 232; *Brekoulakis* (Fn. 51), Rn. 5.09; *Mansel* (Fn. 37), S. 411.

[57] *Schlosser*, in: Stein/Jonas (Fn. 49), § 1029 Rn. 84; *Schütze* (Fn. 3), Rn. 255.

[58] *Peterson Farms v C&M Farming* (2004) 1 Lloyd's LR 603, 612 (QB).

[59] Siehe z.B. *Sandrock*, Int. Lawyer 1994, 941 ff.; *Schlosser* (Fn. 48), Rn. 426.

[60] BGH SchiedsVZ 2014, 151, 153 f.; vgl. auch *Kröll*, NJW 2015, 833, 835.

[61] *Thomson CSF v. American Arbitration Association*, U.S. Court of Appeal, 64 F.3d 773, 778 (2d Cir. 1994); *Sandrock* (Fn. 39), S. 103.

[62] *Born* (Fn. 39), S. 1433, 1450; *Ferrario*, Journal of International Arbitration (J. Int'l. Arb.) 2009, 647, 670.

[63] *Schlosser*, in: Stein/Jonas (Fn. 49), § 1029 Rn. 79; *Müller/Keilmann*, SchiedsVZ 2007, 113, 116.

[64] *Sandrock* (Fn. 39), S. 104; *Redfern/Hunter* (Fn. 49), Rn. 2.51.

[65] Vgl. *Bridas S.A.P.I.C. v. Government of Turkmenistan*, U.S. Court of Appeal, 447 F.3d 411, 416 (5th Cir. 2006); ICC Award 7626, XXII Y.B. Com. Arb. 1997, 132, 141.

[66] *Müller/Keilmann*, SchiedsVZ 2007, 113, 117; *Pika*, ZZP 2018, 225, 232; *Schlosser* (Fn. 48), Rn. 426; **a.A.** *Gross*, SchiedsVZ 2006, 194, 196.

*the Corporate Veil* gelöst werden kann, bleibt anzumerken, dass die Theorien lediglich besondere Ausprägungen allgemeiner Rechtsgrundsätze sind. Der Parteiwille über die Bindung an einen Vertrag kann sich in den spezifischen Umständen der Vertragsverhandlung und -durchführung offenbaren. Hierunter können auch besondere Konzernkonstellationen fallen. Dies spricht dafür, in der *Group of Companies Doctrine* eine Bekräftigung der allgemeinen Grundsätze über den Abschluss von Rechtsgeschäften zu sehen. Abhängig von den konkreten Umständen des Einzelfalls kann in Konzernkonstellationen konkludent eine Schiedsvereinbarung getroffen worden sein.[67] Die Theorie des *Piercing the Corporate Veil* knüpft dagegen an das Verbot rechtsmissbräuchlichen Verhaltens an, das im deutschen Recht zum Beispiel in § 242 BGB Ausdruck findet.[68] Mithin können die Theorien auch im deutschen Recht insoweit Anwendung finden, als sie Fallgruppen bilden, die den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen als Indiz dienen.

#### d) Form der Schiedsvereinbarung

Soll ein Nichtunterzeichner an eine Schiedsvereinbarung gebunden sein, stellt sich häufig die Frage nach der Formwirksamkeit der Vereinbarung.[69] Gemäß Art. V(1)(a) i.V.m. II(1) und (2) NYC ist nur ein schriftlicher, von allen Parteien unterschriebener Schiedsvertrag anerkennungsfähig. In Konzernkonstellationen und anderen Fällen, in denen die Schiedsvereinbarung konkludent geschlossen wurde, liegt hingegen selten die Unterschrift aller Vertragsparteien vor. Das nationale Schiedsverfahrensrecht ist hinsichtlich des Schriftformerfordernisses allerdings meist großzügiger.[70] So eröffnet das deutsche Recht in § 1031 Abs. 2 ZPO einen weiteren Anwendungsbereich, nach dem die widerspruchslose Hinnahme der Schiedsvereinbarung zur Zustimmung ausreichen kann.[71] Die konkludente Annahme eines Angebots, das eine Schiedsvereinbarung enthält, soll dem Formerfordernis wegen der Warnfunktion der Schriftform aber noch nicht genügen.[72] Jedoch ist die Heilung des Formmangels nach § 1031 Abs. 6 ZPO möglich. In den Rechtsordnungen, in denen die *Group of Companies Doctrine* und die Theorie des *Piercing the Corporate Veil* großen Anklang gefunden haben, wird bei Anwendung der Theorien vom Formerfordernis gänzlich abgesehen. Sind die Theorien anwendbar, führt die fehlende Unterschrift nicht zur Unwirksamkeit der Schiedsvereinbarung.[73] Eine solche Abweichung von Art. II(1) und (2) NYC schadet grundsätzlich nicht. Auf Grundlage der Meistbegünstigungsklausel aus Art. VII(1) NYC ist jedenfalls in Deutschland nach Rechtsprechung des BGH auch ein Schiedsspruch vollstreckbar, der zwar von Art. II NYC abweicht, aber den Formvorschriften des § 1031 ZPO genügt.[74]

### 3. Mitwirkung bei der Bestellung des Schiedsgerichts

Ein generelles Problem in Mehrparteienschiedsverfahren stellt die Bestellung des Schiedsgerichts dar.[75] Stehen auf einer Seite mehrere Parteien, wird die gleichberechtigte Mitwirkung der Parteien an der Bildung des Schiedsgerichts erschwert.[76] Auf die Gleichbehandlung der Parteien bei der Bestellung des Schiedsgerichts kann erst nach Entstehen der Streitigkeit, also nicht schon bei früherem Abschluss der Schiedsvereinbarung verzichtet werden.[77]

Besonders problematisch ist der Beitritt eines Dritten in ein laufendes Verfahren, in dem das Schiedsgericht bereits bestellt ist. Die auf derselben Seite stehenden Parteien sollten zunächst die Möglichkeit haben, sich innerhalb einer vorgegebenen Frist gemeinsam auf einen Schiedsrichter zu einigen. Scheitert dies, wird das gesamte Schiedsgericht von der Schiedsinstitution oder dem staatlichen Gericht bestellt.[78] Dieses Vorgehen ermöglicht nicht nur die Gleichbehandlung aller Parteien, sondern steht auch im Einklang mit dem überwiegenden nationalen[79] und institutionellen[80] Schiedsrecht. Wird eine parteiautonome Abweichung vom Grundsatz der Gleichbehandlung bei der Bestellung der Schiedsrichter zugelassen, müssen im deutschen Recht die Grenzen des § 1034 Abs. 2 ZPO eingehalten werden, um effektiven Rechtsschutz und ein faires Verfahren zu gewährleisten.[81] Hat eine Partei mehr Einfluss auf die Besetzung des Schiedsgerichts und besteht so die Gefahr einer parteiischen Entscheidung, kann die benachteiligte Partei nach der Norm die Besetzung des Schiedsgerichts durch ein Gericht beantragen.[82]

### 4. Zwischenergebnis

Durch die Regelung der Einbeziehung Dritter als Partei in zahlreichen Verfahrensordnungen bleibt die Drittbeteiligung nicht nur ein theoretisches Konstrukt, der Vorrang der Parteiautonomie wird jedoch zugleich gewahrt. Das Schiedsgericht hat keine über den Parteiwillen hinausgehenden Befugnisse zur Gestaltung des Verfahrens.

---

67 Ähnlich *Redfern/Hunter* (Fn. 49), Rn. 2.46; *Ferrario*, J. Int'l. Arb. 2009, 647, 651; *Hanotiau*, Arb. Int. 2011, S. 539, 546.

68 *Grüneberg*, in: Palandt (Begr.), Kommentar BGB, 2019, § 242 Rn. 40.

69 Vgl. *Hanotiau* (Fn. 30), Rn. 111; *Schlosser*, in: Stein/Jonas (Fn. 49), § 1029 Rn. 84; *Born* (Fn. 39), S. 1489 ff.

70 BGHZ 187, 126, 129 f.; *Münch*, in: MüKo (Fn. 35), § 1031 Rn. 3a.

71 *Schlosser*, in: Stein/Jonas (Fn. 49), § 1031 Rn. 10; *Wolf/Eslami*, in: BeckOK (Fn. 6), § 1031 Rn. 13.

72 *Schlosser*, in: Stein/Jonas (Fn. 49), § 1031 Rn. 11.

73 *Formostar v. Henry Florentius*, District Court, Nevada, 2:11-cv-01166-GMN-CWH, S. 5; *Société Kis France v. Société Générale*, Cour d'Appel, Revue de l'Arbitrage (Rev. Arb.) 1992, 90, 94; Schweizerisches Bundesgericht, ASA Bull. 2004, 344, 349; *UNCITRAL Secretariat* (Fn. 29), S. 54.

74 BGHZ 187, 126, 131 f.; ebenso bereits *Kröll*, ZZP 2004, 453, 478.

75 Nachfolgend wird von einem Schiedsgericht mit drei Schiedsrichtern ausgegangen.

76 *Born* (Fn. 28), S. 2607.

77 *BKMI Industrieanlagen & Siemens v. Dutco Construction*, Cour de Cassation, ASA Bull. 1992, 295, 297.

78 *Delvolvé*, Arb. Int. 1993, 197, 201.

79 Vgl. § 1034 Abs. 2 S. 1 ZPO; Art. 1028 Abs. 1 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

80 Viele Schiedsordnungen erlauben den Parteibeitritt entweder nur vor Konstituierung des Schiedsgerichts (SchO der ICC, LCIA und DIS) oder lassen eine erneute Bestellung des Schiedsgerichts unter Mitwirkung des Beigetretenen zu (SIAC Rules und Wiener Regeln).

81 *Kröll*, Siemens – Dutco Revisited?, Kluwer Arbitration Blog, 15.10.2010, https://bit.ly/2Tu6RTX; die Bedeutung des § 1034 Abs. 2 BGB verkennend OLG Frankfurt, 26 SchH 5/10.

82 Vgl. *Wolf/Eslami*, in: BeckOK (Fn. 6), § 1034 Rn. 7 f.

### III. Vergleich

Sowohl im Verfahren vor den deutschen staatlichen Gerichten als auch im Schiedsverfahren besteht die Möglichkeit, Dritte als Partei einzubeziehen.

Die Einbeziehung des Dritten wird sowohl im Verfahren vor dem staatlichen Gericht als auch im Schiedsverfahren zunächst an die Zustimmung der Beteiligten geknüpft. Jedoch bestehen Unterschiede im Schutzzweck. Das Zustimmungserfordernis im staatlichen Zivilprozess soll alle Beteiligten vor einer Benachteiligung schützen, die sie durch die gemeinsame Verfahrensdurchführung erleiden könnten. Wer nicht belastet wird, hat daher keine Mitspracherechte. Das Gericht kann sich über eine fehlende Zustimmung hinwegsetzen, wenn es die Einbeziehung aus Gründen der Prozessökonomie für sinnvoll erachtet. Im Schiedsverfahren schützt das Zustimmungserfordernis hingegen vor der schiedsrichterlichen Verfahrensgestaltung an sich, wenn diese nicht dem Willen der Parteien entspricht. Das Schiedsgericht kann sich nicht über eine fehlende Einwilligung hinwegsetzen. Es kann lediglich unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls überprüfen, ob der Dritte durch eine ausdrückliche oder konkludente Willenserklärung an die Schiedsvereinbarung gebunden ist.

Besonders deutlich zeigen sich die Gemeinsamkeiten und Unterschiede bei der Widerklage des Beklagten gegen einen Dritten. Im staatlichen Verfahren ist hier ein enger Anwendungsbereich eröffnet, wenn das Gericht die Drittwiderklage zur Herstellung des prozessualen Gleichgewichts für zweckmäßig erachtet.[83] Im Schiedsverfahren wird hingegen das Vorliegen einer Schiedsvereinbarung zwischen allen Beteiligten gefordert, die die Einbeziehung eines Dritten als Partei ausdrücklich erlaubt. Das Schiedsgericht stellt also selbst keine Zweckmäßigkeits- oder Gerechtigkeitserwägungen an. Die Entscheidung, ob und unter welchen Umständen die Einbeziehung möglich ist, unterliegt allein den Parteien.

Für die Klägerseite gestalten sich die Einbeziehungsmöglichkeiten im Zivilprozess einfacher. Kläger- und Beklagtenbeitritt müssen jeweils lediglich sachdienlich sein, sofern sie gegen den Willen des Beklagten erfolgen. Die Dispositionsmaxime tritt dabei hinter den Drittinteressen aus Erwägungen der Prozessökonomie und Verfahrensöffentlichkeit zurück. Anders als der Zivilprozess ist das Schiedsverfahren jedoch nicht öffentlich. Aufgrund der Vertraulichkeit des Verfahrens[84] erlauben viele Schiedsordnungen den Beitritt auf Initiative des Dritten nicht. Der Zugang für Dritte zum Schiedsverfahren ist folglich deutlich schwerer als zum staatlichen Verfahren.

In Konzernkonstellationen ist dies anders. Das Konzernunternehmen ist nicht irgendein Dritter, sondern mit Kläger oder Beklagtem eng durch die Konzernstruktur verbunden. Wegen seiner rechtlichen Selbstständigkeit wird es aber vor dem staatlichen Gericht wie jeder andere Dritte behandelt, der den allgemeinen Regelungen zur Einbeziehung unterliegt. Im Schiedsverfahren gibt es mehr Spielraum. Die Schiedsvereinbarung kann unter Umständen auch die Konzernmutter an eine von ihrer Konzerntochter geschlossene Schiedsvereinbarung binden. Die Einbeziehung von mit den Prozessparteien konzernverbundenen Unternehmen ist daher gegenüber der Einbeziehung vollkommen fremder Dritter privilegiert.

Unterschiede bestehen auch bei der Bindung des Dritten an bereits vorgenommene Prozesshandlungen. Im Zivilverfahren sollen bereits erzielte Prozessergebnisse grundsätzlich auch im Verhältnis zu dem Dritten verwertbar sein. Im Schiedsverfahren gilt dies nicht: Der einbezogene Dritte ist zum Beispiel nicht an die bereits erfolgte Bestellung des Schiedsgerichts gebunden, soweit er nicht ausdrücklich etwas anderes erklärt.

Zusammenfassend gibt es im staatlichen Verfahren und Schiedsverfahren vergleichbare Instrumente zur Einbeziehung von Dritten als Partei. Die Unterschiede bei der Einbeziehung Dritter sind auf die unterschiedliche Legitimation der Gerichtshoheit zurückzuführen. Die staatlichen Gerichte können sich aufgrund der ihnen verliehenen staatlichen Machtbefugnis über den Willen der Parteien hinwegsetzen, wenn sie dies zur Wahrung des rechtlichen Gehörs oder der Verfahrenseffizienz für erforderlich halten. Dagegen sind die Schiedsgerichte, mit Ausnahme von zwingenden Regeln des anwendbaren Verfahrensrechts, nur der Parteivereinbarung und dem erkennbaren Parteiwillen unterworfen. Nichtsdestotrotz besteht in beiden Verfahrensarten das Bedürfnis effizienter Prozesse und einheitlicher Rechtsprechung. Zu diesem Zweck kann darüber nachgedacht werden, das Schiedsverfahrens an das Verfahren vor den staatlichen Gerichten durch die Schaffung von Regelungen zur Einbeziehung Dritter anzugleichen.

## C. Angleichungsmöglichkeiten de lege ferenda

Zunächst wird geprüft, ob überhaupt ein Bedarf besteht, die Möglichkeiten der Dritteinbeziehung im Schiedsverfahren an die des staatlichen Verfahrens anzugleichen. Anschließend werden mögliche Reformen vorgestellt und bewertet.

### I. Bedarf einer Angleichung

Ziel der privaten Schiedsgerichtsbarkeit ist es, eine Alternative zu den staatlichen Verfahren zu bieten. Es liegt also auf der Hand, dass der Schiedsprozess sich vom staatlichen Verfahren absetzen möchte, indem er weitgehend auf zwingende Regelungen verzichtet und die konkrete Verfahrensgestaltung den Parteien und ihren Interessen überlässt. Die Parteien wählen das Schiedsverfahren mit nur einer Entscheidungsinstanz und frei gewählten sachkundigen Schiedsrichtern aber häufig gerade deshalb, um in internationale Handelsstreitigkeiten effizient zu Lösungen zu gelangen und zeitnah Rechtssicherheit zu erhalten. Um dies gewährleisten zu können, muss das Schiedsrecht Lösungsansätze für Streitigkeiten bieten, die aus komplexen Vertragsverhältnissen mit mehreren Parteien resultieren.

[83] Siehe auch *Thöne*, JR 2017, 53, 57.

[84] Vgl. *Geimer*, in: *Böckstiegel/K. Berger/Bredow (Hrsg.)*, Die Beteiligung Dritter am Schiedsverfahren, 2005, S. 78 f.

### II. Beispiele für Reformmöglichkeiten

Durch die Überarbeitung der Regelwerke zahlreicher Schiedsinstitutionen wurden bereits Möglichkeiten zur Einbeziehung eines Dritten als Partei geschaffen. Sowohl im staatlichen Verfahren als auch im Schiedsverfahren stellt die Einbeziehung von mit einer der Parteien verbundenen Konzernunternehmen jedoch ein Problem dar, weil das Konzernunternehmen als formell Dritter trotz seiner engen Beziehung zu dem Verfahren grundsätzlich keiner Privilegierung unterliegt. Die *Group of Companies Doctrine* und die Theorie des *Piercing the Corporate Veil* bieten im Schiedsverfahren einen Ansatz, konzernverbundene Unternehmen an die Schiedsvereinbarung zu binden, indem sie als Fallgruppen für eine Bindung nach der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre dienen. Eine abstrakte gesetzliche Verankerung dieser Fallgruppen oder Reformen der Schiedsordnungen wären jedoch nicht zielführend, weil eine Kodifikation den besonderen Umständen jedes Einzelfalls nie gerecht werden könnte. Hier kommt es entscheidend auf die Praxis der Schiedstribunale und die nationalen Gerichte an, die Grenzen der Bindung zu definieren.

In Betracht kommt jedoch, die Formanforderungen im deutschen Schiedsverfahrensrecht zu senken. Gerade in Konzernkonstellationen besteht das Bedürfnis, Schiedsvereinbarungen auch durch konkludente Willenserklärungen zustande kommen zu lassen. Dann muss auch die Möglichkeit bestehen, das Formerfordernis zu überwinden. Es ist zwar richtig, dass die Formvorschrift Ausprägung des verfassungsrechtlichen Justizgewähranspruchs ist. Niemand soll ohne seinen Willen oder sein Wissen an die Schiedsvereinbarung gebunden sein.[85] Im Falle einer konkludenten Einigung wurde die Vereinbarung aber mit dem Willen aller Beteiligten geschlossen. Es liegt lediglich nicht auf allen Seiten eine ausdrückliche, zu Papier gebrachte Zustimmung vor. Daher müsste § 1031 ZPO so angepasst werden, dass die Formanforderung auch bei konkludenter Zustimmung zur Schiedsvereinbarung erfüllt ist.

Wenngleich eine positive Abweichung nationaler Formvorschriften von der New York Convention nicht schadet, sollte auch eine Anpassung der Formvorschriften in Art. II NYC diskutiert werden.[86] Bei seiner Unterzeichnung 1958 stand das Übereinkommen noch für die Erleichterung der internationalen Vollstreckung von Schiedssprüchen. Mittlerweile entwickeln sich die Bestimmungen über die Form von Schiedsvereinbarungen vor dem Hintergrund der Liberalisierung des nationalen Rechts immer mehr zum Anerkennungshindernis.[87] Eine Modernisierung unter Berücksichtigung der allgemeinen Tendenz zu geringeren nationalen Formanforderungen muss dabei auch die steigende Relevanz von Schiedsvereinbarungen mit mehr als zwei Parteien im Blick behalten. Sofern dies von den Vertragsstaaten gewollt ist, kommen erleichterte Formvorschriften beim konkludenten Abschluss von Schiedsvereinbarungen oder eine Unterscheidung der Anforderungsstrenge nach verschiedenen Verkehrskreisen[88] in Betracht.

### III. Bewertung

Im Zivilverfahren wird die Dispositionsmaxime und Prozessherrschaft der Parteien häufig aus Gründen der Prozessökonomie und Rechtssicherheit zurückgestellt. Im Schiedsverfahren bedarf es letztlich einer Positionierung, inwiefern die Parteiautonomie zur Förderung anderer Prozesszwecke eingeschränkt werden darf.

Die Regelungen der institutionellen Schiedsordnungen und das UNCITRAL-Modellgesetz werden von den Parteien zwar freiwillig gewählt. Die Entscheidung für eine Schiedsordnung erfolgt aber aus einer Vielzahl von Gründen. Dazu gehören neben den Verfahrensbestimmungen in der Schiedsordnung zum Beispiel auch die Berechnung der Schiedsrichterhonorare und die Durchführung des Verfahrens unter dem Schirm einer renommierten Schiedsinstitution. Den Regelungen zur Einbeziehung Dritter wird nicht immer Beachtung geschenkt. Sie sollten daher so ausgestaltet sein, dass sie die Parteiautonomie nicht vollkommen aushebeln. Dies entspricht auch dem Charakter des Schiedsverfahrens. Wünschen die Parteien nur ein anderes vollumfänglich geregeltes Verfahrensrecht als das eigene, können sie in der Regel auch eine Gerichtsstandsvereinbarung treffen.

Eine Angleichung der Einbeziehungsmöglichkeiten im nationalen Schiedsverfahrensrecht an das Verfahren vor den staatlichen Gerichten ist noch vorsichtiger anzugehen. Das anwendbare Verfahrensrecht wird von den Parteien nicht direkt, sondern nur mittelbar, häufig über die Bestimmung des Schiedsorts, gewählt. Darüber hinaus kommt es insbesondere in *Ad hoc*-Verfahren zur Anwendung, in denen die Parteien in der Schiedsvereinbarung nicht Bezug auf eine Schiedsordnung genommen haben. Der Charakter des *Ad hoc*-Verfahrens bietet den Parteien allerdings gerade die Möglichkeit, das Verfahren vollkommen frei zu gestalten. Daher sollen sie nicht einer Verfahrensordnung unterliegen, die für jede denkbare Verfahrenssituation eine Regelung trifft. Das nationale Schiedsverfahrensrecht ist gerade keine klassische vollumfängliche Prozessordnung mit dispositiven Regeln, sondern versucht, durch ein schlankes Regelwerk nur den äußersten Rahmen des Schiedsverfahrens abzustecken und alles Übrige den Parteien zu überlassen.

Insgesamt muss daher sichergestellt werden, dass die Einbeziehung Dritter in das Schiedsverfahren weiterhin Sache der Parteien bleibt und nicht von Gesetzgebern und Schiedsinstitutionen so stark reguliert wird, dass der parteiautonome Charakter des Schiedsverfahrens in Gefahr gerät. Die Einbeziehung Dritter könnte jedoch durch die Überarbeitung von Formvorschriften für solche Fälle wesentlich erleichtert werden, in denen die Parteien die Einbeziehung gerade wünschen.

## D. Ausblick

Wie in der französischen Literatur angemerkt wurde, kann die Schiedsgerichtsbarkeit nur dann auch in Zukunft erfolgreich

[85] Vgl. *Habegger*, ASA Bull. 2004, 398, 405; *Sandrock*, SchiedsVZ 2005, 1, 4.

[86] Vgl. *Kröll*, SchiedsVZ 2009, 40, 47; *Münch*, in: MüKo (Fn. 35), § 1031 Rn. 3a.

[87] BGHZ 187, 126, 129 f.

[88] *Münch*, in: MüKo (Fn. 35), § 1031 Rn. 3a.

sein, wenn die Herrschaft des Schiedsgerichts nicht über den ausdrücklichen Parteiwillen hinausgeht.[89] Die Ausübung der Gerichtsgewalt durch das Schiedsgericht muss also stets vom Konsens der Parteien erfasst sein. Hierin liegt der entscheidende Unterschied zum staatlichen Verfahren, in dem das Gericht kraft seiner Hoheitsgewalt über die Einbeziehung des Dritten auch gegen den Willen der Beteiligten entscheiden kann. Eine Angleichung des Schiedsverfahrensrecht an die Regelungen des Zivilprozesses kann aber insoweit erfolgen, als die Einbeziehung Dritter aus Erwägungen der Rechtssicherheit und Verfahrenseffizienz vereinfacht wird. Soweit ein Konsens der Beteiligten besteht, sollte die Umsetzung der Parteivereinbarung bei der Einbeziehung Dritter in das Verfahren nicht durch zusätzliche Hürden erschwert werden.

[89] *Rubellin-Devichi*, Rev. Arb. 1988, 515.

Claudius Pietzcker*

# Die Anwendbarkeit des BetrVG auf im Flugbetrieb beschäftigte Arbeitnehmer: Neuregelung des § 117 BetrVG nachbesserungsbedürftig

## A. Einstieg

### I. Problemstellung

Über den Wolken muss die Freiheit grenzenlos und das Betriebsverfassungsgesetz außer Kraft sein – so war es zumindest bis zum 1.5.2019 ganz herrschende Meinung.[1] An diesem Tag trat eine Gesetzesänderung des § 117 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) in Kraft, wonach nunmehr auch bestimmte im Flugbetrieb beschäftigte Arbeitnehmer[2] dem Betriebsverfassungsgesetz unterfallen. Doch rund ein Jahr nach der Gesetzesänderung ist noch immer nicht klar, auf *wen genau* und vor allem *wie* das BetrVG nun anzuwenden ist. Das folgt insbesondere daraus, dass das *Betrieb*sverfassungsgesetz überwiegend an den *Betrieb* anknüpft, der sich bei fliegendem Personal oftmals nicht eindeutig bestimmen lässt. In der vorliegenden Arbeit wird untersucht, inwieweit der Gesetzgeber die arbeitsrechtliche Freiheit über den Wolken tatsächlich eingeschränkt hat und was noch geschehen muss, damit das BetrVG über den Wolken zuverlässig für alle gilt.

### II. Lösungssuche

Im Mittelpunkt der Untersuchung steht die neue Rechtslage. Zu Beginn wird der Blick auf die rechtlichen Grundlagen einschließlich der relevanten Begrifflichkeiten gerichtet (B), bevor die heutige Regelung des § 117 BetrVG vorgestellt wird (C). In Abschnitt D wird der zentrale Problempunkt der Neuregelung erörtert: Es wird versucht, den maßgeblichen Betriebsbegriff für im Flugbetrieb beschäftigte Arbeitnehmer nach § 117 BetrVG herauszuarbeiten. Dabei wird festzustellen sein, dass die gegenwärtig vorhandenen Mittel nicht immer ausreichen, um das fliegende Personal zweifelsfrei einem bestimmten betriebsverfassungsrechtlichen Betrieb zuzuordnen.

Auf der Grundlage dieser Erkenntnisse werden sodann die Konsequenzen der Unklarheiten untersucht und bewertet (E). Dabei wird stets die Situation *de lege lata* mit dem gesetzgeberischen Willen abgeglichen. Die Bewertung wird zeigen, dass der Zweck der Gesetzesänderung nur bedingt erreicht wurde, und zwar nicht *wegen* der Gesetzesänderung, sondern ihr zum Trotz.

Schließlich wird *de lege ferenda* ein Vorschlag zur Nachjustierung unterbreitet (F): Der Verfasser sieht den deutschen Gesetzgeber in der Pflicht, die bestehende Rechtsunsicherheit zu beseitigen.

## B. Rechtliche Grundlagen

### I. Anwendungsbereich des Betriebsverfassungsgesetzes

Das Betriebsverfassungsgesetz konstituiert die grundlegende Ordnung für die Mitbestimmung von Arbeitnehmern im Betrieb.[3] Es gilt grundsätzlich für alle in der Bundesrepublik Deutschland ansässigen Betriebe;[4] für Betriebe im Ausland gilt es nicht. Die Betriebsverfassung fußt in der gleichberechtigten Teilhabe von Arbeitnehmern an den sie berührenden Betriebsabläufen.[5] Dazu stellt das BetrVG Mitbestimmungs- und Beteiligungsrechte für Arbeitnehmervertretungen im Betrieb sicher, denn eine kollektive Interessenvertretung ist am besten geeignet, die gleichberechtigte Teilhabe zu gewährleisten.[6] Der Betriebsrat ist das zentrale Organ der betrieblichen Mitbestimmung.[7]

Angesichts der hohen Bedeutung des BetrVG für Arbeitnehmer sollte stets kritisch hinterfragt werden, wenn einer Berufsgruppe die Mitbestimmungsrechte des BetrVG versagt werden. Lange Zeit waren Piloten und Flugbegleiter aus dem Anwendungsbereich des BetrVG ausgenommen.[8] Als „im Flugbetrieb beschäftigte Arbeitnehmer von Luftfahrtunternehmen“[9] konnten sie bis zum 1.5.2019 keinen Betriebsrat

---

* Der Autor ist Student im Jahrgang 2016 an der Bucerius Law School, Hamburg.

1 S. nur BAGE 36, 291-303 Rn. 64; *Fitting*, in: Handkommentar BetrVG[29], 2018, § 117 Rn. 1 m.w.N.; *Darányi*, Die Bordbetriebsverfassung nach § 117 Abs. 2 S. 1 BetrVG unter Berücksichtigung europa- und verfassungsrechtlicher Vorgaben, 2013, S. 45 f. nimmt sogar eine „allgemeine[-] Meinung“ an.

2 Wo in diesem Beitrag das generische Maskulinum verwendet wird, sind stets Personen jeden Geschlechts gemeint.

3 Vgl. *Wiese*, in: Gemeinschaftskommentar BetrVG, Bd. I[11], 2018, Einl. Rn. 101; *Rose*, in: Luchterhand Kommentare, BetrVG[10], 2018, Einl. Rn. 1; *Besgen*, in: Beck'scher Online-Kommentar, BeckOK Arbeitsrecht[52], 2019, BetrVG § 1 Rn. 1; *Löwisch/Kaiser*, in: Löwisch/Kaiser, Betriebsverfassungsgesetz[6], 2010, Einl. Rn. 1.

4 *Franzen*, in: GK-BetrVG (Fn. 3), § 1 Rn. 1.

5 *Rose*, in: LK-BetrVG (Fn. 3), Einl. Rn. 2; *Wiese*, in: GK-BetrVG (Fn. 3), Einl. Rn. 80 ff.

6 Vgl. *Koch*, in: Beck'sche Kurzkommentare, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht[19], 2019, § 1 Rn. 1; *Wiese*, in: GK-BetrVG (Fn. 3), Einl. Rn. 74; *Rose*, in: LK-BetrVG (Fn. 3), Einl. Rn. 2; *Dietz*, in: Beck'sche Kommentare zum Arbeitsrecht, Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, 1953, Einf. S. 35 ff. und Vorb. 1 Rn. 1.

7 Vgl. *Kloppenburg*, in: Düwell (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz – Handkommentar[5], 2018, § 1 Rn. 3 und Rn. 142.

8 Vgl. BAGE 36, 291-303 Rn. 64 (BetrVG „gilt…nicht“); *Lunk*, in: Nomos-Kommentar, Gesamtes Arbeitsrecht, Bd. I[1], 2016, BetrVG § 117 Rn. 1 („aus dem Regelungsbereich…ausgenommen“); **krit.** zu dieser Formulierung *Forst*, in: Richardi (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, Kommentar[16], 2018, § 117 Rn. 6, der sich gegen die Terminologie des „Ausschlusses“ des BetrVG für im Flugbetrieb beschäftigte Arbeitnehmer wendet: Gerade durch die Sonderregelung in § 117 BetrVG fielen auch sie in den Anwendungsbereich des Gesetzes. Da sich die Sonderregelung jedoch darin erschöpft, im Flugbetrieb beschäftigte Arbeitnehmer auf tarifvertragliche Regelungen zu verweisen und im Übrigen die Anwendung der Normen des BetrVG zu sperren, geht diese formalistische Kritik ins Leere; **a.A.** überdies nur *Fitting*, in: BetrVG (Fn. 1), § 117 Rn. 6 ff., die den Ausschluss des BetrVG nur dann annehmen, wenn ein Tarifvertrag Personalvertretung geschlossen ist.

9 So der Wortlaut des § 117 Abs. 2 S. 1 BetrVG i.d.F. v. 19.1.1972 sowie des neuen § 117 Abs. 1 S. 2 BetrVG.

nach dem BetrVG wählen;[10] ihnen stand nach § 117 Abs. 2 S. 1 BetrVG lediglich zu, durch Tarifvertrag eine Personalvertretung einzurichten.[11] Nun[12] gilt das BetrVG gem. § 117 Abs. 1 S. 2 BetrVG auch für sog. fliegendes Personal.[13] Die Möglichkeit, eine tarifvertragliche Personalvertretung nach § 117 Abs. 2 BetrVG einzurichten, besteht nach wie vor.

### II. Begrifflichkeiten

§ 117 Abs. 1 S. 2 BetrVG knüpft an „im Flugbetrieb beschäftigte Arbeitnehmer von Luftfahrtunternehmen" an. Gemeint ist das fliegende Personal. Im Einzelnen:

#### 1. „Luftfahrtunternehmen"

Ein Luftfahrtunternehmen i.S.d. § 117 BetrVG ist ein Unternehmen, dessen Zweck dergestalt auf die Beförderung von Sachen oder Personen durch Luftfahrzeuge gerichtet ist, dass die arbeitstechnische Organisation des Flugbetriebs die Ausnahme aus dem Anwendungsbereich des BetrVG rechtfertigt.[14] Die Rechtfertigung der Ausnahmeregelung ergibt sich insbesondere aus der fehlenden Ortsgebundenheit des fliegenden Personals: Der ständig wechselnde Aufenthalt sowie häufig längere Abwesenheiten von der Heimatbasis machen die Organisation und die Beteiligung in der Interessenvertretung des Landbetriebs besonders schwierig (sog. zweckorientierte Auslegung des § 117 BetrVG als Ausnahmetatbestand[15]).[16]

#### 2. „im Flugbetrieb beschäftigt"

Der Flugbetrieb eines Luftfahrtunternehmens ist derjenige Teil des Unternehmens, „dessen arbeitstechnischer Zweck unmittelbar darauf gerichtet ist, die Beförderung von Personen oder Gütern durch Luftfahrzeuge tatsächlich auszuführen".[17] Im Flugbetrieb beschäftig sind entsprechend diejenigen Arbeitnehmer, die „unmittelbar diese Beförderungstätigkeit ausführen".[18] Dabei kommt es auf das maßgebliche „Gepräge"[19] der Tätigkeit an, nicht auf den zeitlichen Schwerpunkt der vertraglich geschuldeten Leistung[20] oder die Berufsbezeichnung[21] des Arbeitnehmers. Eindeutig unter diese Definition fallen heutzutage Piloten und Flugbegleiter.

## C. Neuregelung des § 117 BetrVG

### I. Regelungsinhalt

Die Ausnahme des fliegenden Personals aus dem BetrVG geht zurück auf § 88 Abs. 3 BetrVG i.d.F. v. 14.11.1952, wonach das Gesetz auf sämtliche Betriebe der Luftfahrt nicht anzuwenden war.[22] Ab 1972 galt diese Ausnahme nicht mehr für das Bodenpersonal (§ 117 Abs. 1 BetrVG a.F.), sondern nur noch für im Flugbetrieb beschäftigte Arbeitnehmer.[23] Für fliegendes Personal bestand somit eine nahezu einzigartige Sonderstellung, die seit jeher umstritten war.[24] Manch einer empfand sie zuletzt gar als „offensichtlich gegebene Fehlentwicklung im Bereich des kollektiven Arbeitsrechts der Luftfahrt".[25]

#### 1. Anwendung des BetrVG bei fehlendem TV-PV

Durch das Qualifizierungschancengesetz[26] wurde § 117 BetrVG mit Wirkung vom 1.5.2019 geändert. Nach Absatz 1 Satz 1, der die Anwendung des BetrVG für das Bodenpersonal von Luftfahrtunternehmen vorschreibt, wurde ein Satz 2 angefügt. Danach wird das BetrVG auf im Flugbetrieb beschäftigte Arbeitnehmer immer dann angewendet, wenn keine Personalvertretung durch Tarifvertrag errichtet ist. Zur zuvor schon bestehenden Option, einen Tarifvertrag Personalvertretung (TV-PV) abzuschließen, wurde gewissermaßen als „Rückfallebene"[27] die Anwendbarkeit des BetrVG für die Fälle beschlossen, in denen kein TV-PV besteht.

#### 2. Nachwirkung gem. § 4 Abs. 5 TVG für TV-PVs

Ferner wurde § 117 Abs. 2 BetrVG um Satz 3 ergänzt, wonach TV-PVs der Nachwirkung nach § 4 Abs. 5 TVG unterliegen. Durch den Zusatz wird sichergestellt, dass ein TV-PV bei Beendigung – etwa durch Ablauf oder Kündigung – fortgilt und nicht plötzlich das BetrVG in seiner Gesamtheit angewendet wird.[28] Insoweit wurde durch die Gesetzesänderung der Streit um die Frage, ob Tarifverträge gem. § 117 Abs. 2 BetrVG der Nachwirkung nach § 4 Abs. 5

---

10 Vgl. *Vogt*, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 3, Kollektives Arbeitsrecht I[4], 2019, § 309 Rn. 42; *Bayreuther*, NZA 2010, 262, 263; *Seier*, DB 2019, 429, 430 f.

11 LAG Berlin-Brandenburg, BeckRS 2009, 74383, Ziff. 2.4.2.1.2.2.1; *Mauer*, in: BeckOK-ArbR (Fn. 3), BetrVG § 117 Rn. 3; *Hess*, in: LK-BetrVG (Fn. 3), § 117 Rn. 17.

12 Geändert durch Art. 4e des Gesetzes zur Stärkung der Chancen für Qualifizierung und für mehr Schutz in der Arbeitslosenversicherung (Qualifizierungschancengesetz) v. 18.12.2018, BGBl. I 2018 Nr. 58, S. 2651 ff.

13 Der Begriff beschreibt die Besatzungsmitglieder von Flugzeugen, vgl. BT-Drucks. VI/1786 S. 58, und wird synonym zu „im Flugbetrieb beschäftigte Arbeitnehmer von Luftfahrtunternehmen" gem. § 117 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 1 BetrVG sowie dem Thema dieses Beitrags verwendet, s. auch BAGE 36, 291-303, Ls. 1; *Däubler*, in: Däubler/Kittner/Klebe/Wedde (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz, Kommentar für die Praxis mit Wahlordnung und EBR-Gesetz[16], 2018, BetrVG § 117 Rn. 1 ff.; *Fitting*, in: BetrVG (Fn. 1), § 117 Rn. 4; *Bender*, in: Wlotzke/Preis/Kreft, Betriebsverfassungsgesetz – Kommentar[4], 2008, § 117 Rn. 7; *Forst*, in: Richardi (Fn. 8), § 117 Rn. 1; *Vielmeier*, NZA 2018, 1530 ff.; *Seier*, DB 2019, 429 ff.; *Müller/Becker*, BB 2019, 884 ff.

14 BAG, NZA 2008, 1309, 1312 Rn. 38; BAGE 97, 52; eingehend *Franzen*, in: GK-BetrVG (Fn. 3), § 117 Rn. 3 f.; in der Sache zustimmend auch *Forst*, in: Richardi (Fn. 8), § 117 Rn. 6 f.; vgl. *Kloppenburg*, in: Düwell (Fn. 7), § 117 Rn. 10; *Tiedemann*, ArbRB 2019, 157, 159.

15 Wie vor Fn. 14.

16 Vgl. BAGE 97, 52; BT-Drucks. VI/1786, S. 58; *Franzen*, in: GK-BetrVG (Fn. 3), § 117 Rn. 4; *Däubler*, in: D/K/K/W (Fn. 13), BetrVG § 117 Rn. 3.

17 BAG, AP BetrVG 1972 § 117 Nr. 5; vgl. *Franzen*, in: GK-BetrVG (Fn. 3), § 117 Rn. 8; *Bender*, in: Wlotzke/Preis/Kreft (Fn. 13), § 117 Rn. 7.

18 BAG, AP BetrVG 1972 § 117 Nr. 5.

19 BAG, AP BetrVG 1972 § 117 Nr. 5.

20 S. die Vorinstanz, LAG Hessen v. 16.10.1984 – 4 TaBV 98/84, zit. nach BAG, AP BetrVG 1972 § 117 Nr. 5; vgl. auch BAGE 36, 291-303.

21 Vgl. LAG Hamm, BeckRS 2012, 66296; *Vogt*, in: MHdB-ArbR (Fn. 10), § 309 Rn. 40.

22 *Franzen*, in: GK-BetrVG (Fn. 3), § 117 Rn. 1; *Roßmann*, TranspR 2003, 57, 58.

23 Zur Begründung vgl. BT-Drucks. VI/1786, S. 58.

24 *Darányi*, Bordbetriebsverfassung (Fn. 1), S. 13, 98 ff. und 109 ff.

25 *Fischer*, jurisPR-ArbR 49/2018, Anm. 5.

26 Vgl. oben Fn. 12.

27 *Vielmeier*, NZA 2018, 1530, 1532

28 BT-Drucks. 19/6146, S. 31.

TVG unterliegen,[29] beigelegt. Die frühere Unsicherheit ist nun ausgeräumt.

Die über den Verweis in § 117 Abs. 2 S. 3 BetrVG angeordnete Nachwirkung von TV-PVs gibt der Praxis Sicherheit: Weder Arbeitgeber noch Arbeitnehmer haben zu befürchten, dass die sorgfältig ausgearbeitete, „maßgeschneiderte"[30] Betriebsverfassung etwa bei Vertragsablauf ohne Übergangsfrist durch das starre BetrVG abgelöst wird. Gleichzeitig droht den Arbeitnehmern bei Beendigung des TV-PV keine Zeit ohne Personalvertretung. Die Anordnung der Nachwirkung ist für alle Beteiligten von Vorteil und entsprechend wenig streitbehaftet. Der Fokus der weiteren Untersuchung liegt deshalb auf der Neuregelung von Absatz 1 des § 117 BetrVG, da dessen praktische Konsequenzen weitaus gewichtiger sind.

## II. Gesetzgeberisches Anliegen

### 1. Anwendung des BetrVG als „Auffanglösung"

In der Gesetzesbegründung selbst sind keine Hinweise auf den intendierten Normzweck des neuen § 117 BetrVG zu finden; es wird dort lediglich der neue Regelungsgehalt zusammengefasst.[31] Das mag zum Teil daran liegen, dass die Anpassung der Norm nicht von Anfang an vorgesehen war sondern erst durch einen Änderungsantrag in den Bundestag eingebracht wurde.[32] Aus einem anderen Änderungsantrag der Fraktion DIE LINKE geht derweil hervor, dass die Gesetzesänderung diejenigen Arbeitnehmer unter den Schutz des BetrVG stellen soll, die keinem TV-PV unterliegen.[33] Grund sei insbesondere, dass mehrere Luftfahrtunternehmen sich weigerten, eine tarifvertragliche Personalvertretung einzurichten.[34] Dieses erklärte Ziel deckt sich mit dem Gesetzesantrag mehrerer Länder[35] im Bundesrat, wonach vorrangig eine „Auffanglösung" für den Fall bereitstehen soll, dass keine Einigung über einen TV-PV zustande kommt.[36]

Man hat sich also bewusst gegen die Forderungen, den § 117 BetrVG ersatzlos zu streichen und somit die Bereichsausnahme[37] für fliegendes Personal vollständig abzuschaffen,[38] entschieden. Vielmehr sollten die bestehenden TV-PVs bewahrt werden.[39]

### 2. „Lex Ryanair"

Etwas konkreter formulierte die Frankfurter Allgemeine Zeitung das Ziel, das Bundesarbeitsminister Hubertus Heil mit dem medialen Anstoß[40] des Gesetzesvorhabens verfolgte: eine *lex Ryanair*.[41] Adressat der Änderung des § 117 BetrVG sollten nicht „etablierte" Fluggesellschaften[42] wie Lufthansa, Eurowings, Condor und LTU sein; diese haben bereits seit vielen Jahren ein tarifvertragliches Personalvertretungswesen.[43] Vielmehr ging es darum, Arbeitnehmer von ausländischen Fluggesellschaften mit bisweilen prekären Arbeitsbedingungen besserzustellen. Auch sie sollten betriebliche Mitbestimmungsrechte haben – mit oder ohne tarifvertragliche Personalvertretung. Heil kündigte das Gesetzesvorhaben gemeinsam mit dem damaligen Spitzenkandidaten der SPD für die hessische Landtagswahl, Thorsten Schäfer-Gümbel, medienwirksam nach einem Gespräch mit Ryanair-Mitarbeitern an deren Standort am Frankfurter Flughafen an.[44] Daraus wird deutlich, von welch politischer Brisanz die Gesetzesänderung war.[45]

### 3. Zwischenfazit

Indem er die Anwendung des BetrVG als dem TV-PV gegenüber subsidiäre Auffanglösung konzipierte, bekräftigte der Gesetzgeber erneut die flugspezifischen Besonderheiten, denen die Parteien durch einen TV-PV gerecht werden können. Sobald eine tarifvertragliche Personalvertretung besteht, ist die Anwendung des BetrVG gesperrt.[46] Soweit sich Arbeitgeber jedoch einem TV-PV verweigern, soll die betriebliche Mitbestimmung nun über die Anwendung des BetrVG erfolgen. Die Neuregelung des § 117 BetrVG muss sich an ihrem Erfolg beim Erreichen dieses Zwecks messen lassen. Ist es gelungen, für sämtliches fliegende Personal betriebliche Mitbestimmungsrechte zu gewährleisten?

---

[29] Der Streit war vorwiegend akademischer Natur, vgl. *Ludwig*, BB 2019, 180, 183; eingehend und die Nachwirkung betriebsverfassungsrechtlicher Normen verneinend *Jacobs/Krois*, ZTR 2011, 643 ff. m.w.N.; *Fitting*, in: BetrVG (Fn. 1), § 117 Rn. 9; ferner schon *Behrens/Hohenstatt*, DB 1991, 1877 f.; eingehend bejahend *Weber/Gräf*, RdA 2012, 95 ff. m.w.N.; *Forst*, in: Richardi (Fn. 8), § 117 Rn. 20 m.w.N.; *Vogt*, in: MHdB-ArbR (Fn. 10), § 309 Rn. 50; ferner *Berg/Platow/Schoof/Unterhinninghofen*, in: Tarifvertragsgesetz und Arbeitskampfrecht, Kompaktkommentar[3], 2019, TVG § 2 Rn. 303; *Däubler*, in: D/K/K/W (Fn. 13), BetrVG § 117 Rn. 20 und dortige Fn. 78.

[30] *Hohenstatt/Dzida*, DB 2001, 2498.

[31] BT-Drucks. 19/6146, S. 30 f.

[32] BT-Drucks. 19/6146, S. 3.

[33] BT-Drucks. 19/6208, S. 1 f.

[34] Vgl. BT-Drucks. 19/6208, S. 1 f.

[35] Berlin, Brandenburg, Bremen und Thüringen.

[36] BR-Drucks. 576/18, S. 1

[37] *Darányi* (Fn. 1), S. 97.

[38] Vgl. BT-Drucks. 19/5055, Antrag der Fraktion DIE LINKE: Streikrecht bei Ryanair durchsetzen – Mitbestimmungsrechte bei Luftfahrtunternehmen stärken; BT-Ausschussdrucks. zu 19(11)218, Ergänzende Schriftliche Stellungnahme des Deutschen Gewerkschaftsbunds (DGB) v. 23.11.2018, S. 2; **dagegen** zuvor *Vereinigung Cockpit*, Vereinigung Cockpit fordert überfällige Anpassung der betrieblichen Mitbestimmung für Flugzeugbesatzungen, Pressemitteilung v. 19.10.2018, https://www.vcockpit.de/presse/pressemitteilungen/detailansicht/news/vereinigung-cockpit-fordert-ueberfaellige-anpassung-der-betrieblichen-mitbestimmung-fuer-flugzeugbes.html, abgerufen am 17.4.2020; krit. ferner *Vielmeier*, NZA 1018, 1530, 1532.

[39] BT-Drucks. 19/6146, S. 31.

[40] Vgl. *Remmert*, in: FAZ, 22.10.2018, Heil plant Lex Ryanair, https://www.faz.net/aktuell/rhein-main/bundesarbeitsminister-will-ryanair-in-die-pflicht-nehmen-15847360.html, abgerufen am 17.4.2020; *Obertreis*, in: Der Tagesspiegel, 19.10.2018, Arbeitsbedingungen bei Ryanair – „Wie im 19. Jahrhundert", https://www.tagesspiegel.de/wirtschaft/arbeitsbedingungen-bei-ryanair-wie-im-19-jahrhundert/23209602.html, abgerufen am 17.4.2020.

[41] *Remmert* (Fn. 40); vgl. auch BT-Drucks. 19/6134, S. 4; ferner ArbG Berlin, BeckRS 2019, 2593, Rn. 37, 39; *Vielmeier*, NZA 2018, 1530, 1532.

[42] *Bayreuther*, NZA 2010, 262, 263.

[43] Vgl. *Lunk*, in: NK-GesArbR (Fn. 8), BetrVG § 117 Rn. 1 m.w.N.; detaillierter Vergleich vieler deutscher TV-PVs zum Stand 2012 bei *Darányi* (Fn. 1), S. 22 ff.

[44] *Remmert* (Fn. 40).

[45] Vgl. *Baur*, DB 2019, 1630.

[46] *Jacobs/Frieling*, in: Gräfl/Lunk/Oetker/Trebinger (Hrsg.), 100 Jahre Betriebsverfassungsrecht, 2020, S. 243, 255; *Müller/Becker*, BB 2019, 884, 886; *Tiedemann*, ArbR 2019, 157, 159; *Ludwig*, BB 2019, 180, 181.

## D. Anwendungsproblem Betriebsbegriff – Versuch einer Näherung

Voraussetzung für die Anwendbarkeit des BetrVG nach § 117 BetrVG ist, dass ein betriebsratsfähiger Betrieb vorliegt. Der Betriebsbegriff ist insofern der wichtigste Anknüpfungspunkt im Betriebsverfassungsrecht.[47] Nach ihm bemisst sich u.a., von wem und für welche Einheit ein Betriebsrat gewählt wird, vgl. §§ 7, 1 BetrVG. Mithin ist im Rahmen des § 117 Abs. 1 S. 2 BetrVG für Arbeitnehmer des Flugbetriebs von höchster Bedeutung, wie ihr Betrieb zu definieren ist. Erst wenn klar ist, wie der Betrieb i.S.d. BetrVG bei fliegendem Personal bestimmt wird, können die Folgen der Gesetzesänderung untersucht und bewertet werden.

### I. Gesetzliche Ausgangslage

Der Betrieb des fliegenden Personals in diesem betriebsverfassungsrechtlichen Sinne ist im BetrVG noch immer[48] nicht definiert.[49] Eine gesonderte Definition des Betriebsbegriffs bei Luftfahrtunternehmen besteht lediglich in § 24 Abs. 2 KSchG. Demnach gilt die Gesamtheit der Luftfahrzeuge eines Luftverkehrsbetriebs als Betrieb i.S.d. KSchG. Allerdings gilt das ausweislich des Wortlauts nur für das Kündigungsschutzrecht.[50] Auch ist die Funktion des individualarbeitsrechtlichen KSchG – vor sozial ungerechtfertigten Kündigungen zu schützen – nicht vergleichbar mit derjenigen des BetrVG, das die betriebliche Mitbestimmung regelt, weshalb eine Analogie abzulehnen ist.[51] Da eine vergleichbare Definition im Betriebsverfassungsrecht fehlt, ist auf die allgemeinen Kriterien zurückzugreifen, die Rechtsprechung und Literatur zum Betriebsbegriff entwickelt haben.[52]

### II. Kriterien von Rechtsprechung und Literatur

Nach diesen Kriterien ist ein Betrieb diejenige organisatorische Einheit, innerhalb derer der Unternehmer mit den von ihm beschäftigten Arbeitnehmern bestimmte arbeitstechnische Zwecke fortgesetzt verfolg. Dafür werden die in der Betriebsstätte vorhandenen materiellen und immateriellen Betriebsmittel zusammengefasst, geordnet und gezielt eingesetzt und die menschliche Arbeitskraft wird von einem einheitlichen Leitungsapparat gesteuert.[53]

Bei einem Luftfahrtunternehmen könnte man auf die Idee kommen, das einzelne Flugzeug als eigenständigen Betrieb zu verstehen. Das wäre indes verfehlt, schließlich wechselt die Besatzung eines Flugzeugs ständig und die Personaleinsatzplanung erfolgt i.d.R. zentral für alle Flugzeuge des Unternehmens oder eines Standorts des Unternehmens.[54] Die Entscheidungsgewalt des Flugkapitäns als Kommandant[55] erstreckt sich nicht auf die wesentlichen Funktionen eines Arbeitgebers in personellen und sozialen Angelegenheiten;[56] sie führt nicht zu einem einheitlichen Leitungsapparat. Das einzelne Flugzeug kann daher nicht der Anknüpfungspunkt des Betriebs im betriebsverfassungsrechtlichen Sinne sein.

### III. Mögliche Betriebsstrukturen bei Luftfahrtunternehmen

Maßgeblich für die Bestimmung des betriebsratsfähigen Betriebs i.S.d. § 1 BetrVG nach den Kriterien der Literatur und Rechtsprechung ist stets die unternehmerische Organisation.[57] Insoweit ist in jedem Einzelfall insbesondere § 4 Abs. 1 S. 1 BetrVG zu berücksichtigen und zu prüfen, ob ein (Flug-)Betriebsteil als selbstständiger Betrieb gilt.

Grundsätzlich gibt es fünf denkbare Modelle. Auf der Suche nach der „wahrscheinlichsten" Betriebskonstellation für fliegendes Personal werden nun die Kernmerkmale und -voraussetzungen dieser Modelle skizziert. Es wird geprüft, wie die Kriterien von Rechtsprechung und Literatur zum Betriebsbegriff auf die denkbaren Organisationsmodelle von Luftfahrtunternehmen passen.

#### 1. Gemeinsame Betriebe aller Arbeitnehmer getrennt nach Basen

Es wäre denkbar, den Land- und Flugbetrieb eines Luftfahrtunternehmens zusammenzufassen und für alle Arbeitnehmer an einer Basis einen Betrieb anzunehmen. Allerdings ist schon zweifelhaft, ob das mit der Systematik des § 117 Abs. 1 BetrVG vereinbar ist: Danach gilt das Gesetz schließlich für den Landbetrieb uneingeschränkt, für den Luftbetrieb hingegen nur unter der Voraussetzung, dass kein TV-PV besteht. Es ist fragwürdig, diese Arbeitnehmergruppen, die § 117 Abs. 1 BetrVG streng voneinander trennt, demselben betriebsverfassungsrechtlichen Betrieb zuzuordnen. Kommt man im Einzelfall dennoch – insbesondere wegen eines zentralen Leitungsapparats – zu dem Schluss, Flug- und Landbetrieb bilden einen einheitlichen betriebsratsfähigen Betrieb, ist unklar, was bei der Einleitung der Betriebsratswahl mit dem ggf. schon bestehenden Landbetriebsrat passiert.[58]

#### 2. Ein Betrieb des fliegenden Personals („Gesamtflugbetrieb")

Es könnte für den gesamten Flugbetrieb eines Luftfahrtunternehmens – also sämtliches fliegende Personal – ein

---

[47] Vgl. schon *Hueck/Nipperdey*, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Erster Band von Alfred Hueck[7], 1963, S. 91 f. („vor allem aber baut die gesamte Betriebsverfassung auf den Betrieben auf, und das heute so wesentliche Mitbestimmungsrecht der Arbeitnehmer entfaltet sich zwar nicht ausschließlich, aber doch überwiegend im Betriebe", S. 92); *Franzen*, in: GK-BetrVG (Fn. 3), § 1 Rn. 26.

[48] Schon 1998 wurde erwogen aber unterlassen, den Begriff zu legaldefinieren, s. BT-Drucks. 14/5741, S. 26.

[49] Vgl. *Ludwig*, BB 2019, 180, 181.

[50] *Pfeiffer*, in: Nomos-Kommentar, Kündigungsschutzrecht, Handkommentar[5], 2015, § 24 Rn. 8; *Moll*, in: Ascheid/Preis/Schmidt, Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen[5], 2017, KSchG § 24 Rn. 7; *Vielmeier*, NZA 2018, 1530, 1533; vgl. *Müller/Becker*, BB 2019, 884, 885; *Ludwig*, BB 2019, 180, 181; **aA** nur *DGB* (Fn. 38), S. 4.

[51] Vgl. *Jacobs/Frieling* (Fn. 46), S. 253 f.

[52] Vgl. *Müller/Becker*, BB 2019, 884, 885; *Ludwig*, BB 2019, 180, 181.

[53] Ständige Rechtsprechung, s. nur BAG, BeckRS 2010, 67710 Rn. 22; vgl. schon *Hueck/Nipperdey* (Fn. 47), S. 93.

[54] Vgl. *Jacobs/Frieling* (Fn. 46), S. 253; *Ludwig*, BB 2019, 180, 181; *Vielmeier*, NZA 2018, 1530, 1533.

[55] Vgl. Federal Aviation Regulations, Code of Federal Regulations 14 CFR § 91.3.

[56] Vgl. BAG, BeckRS 2012, 70578.

[57] Vgl. *Tiedemann*, ArbRB 2019, 157, 158; *Ludwig*, BB 180, 181.

[58] Vgl. auch *Müller/Becker*, BB 2019, 884, 885.

einheitlicher Gesamtflugbetrieb angenommen werden.[59] Auf diese Weise liefe der Betriebsbegriff i.S.d. § 1 Abs. 1 BetrVG für fliegendes Personal parallel zum Betriebsbegriff nach § 24 Abs. 2 KSchG. Dafür wäre insbesondere erforderlich, dass die Arbeitnehmer der verschiedenen Heimatbasen von einem zentralen Leitungsapparat gesteuert werden.[60] Ein gewisses Maß an Personalaustausch und Zusammenarbeit zwischen den Basen ist ebenfalls zu fordern.[61]

Die fehlende räumliche Nähe zwischen Mitarbeitern verschiedener Basen ist dabei nicht grundsätzlich ein Indikator gegen einen einheitlichen Betrieb.[62] Schwierig wird jedoch die Bestimmung der räumlichen Staatszugehörigkeit des Gesamtflugbetriebs, wenn ein Luftfahrtunternehmen Basen im In- und Ausland betreibt. Da das BetrVG nach dem Territorialitätsprinzip nur in Deutschland gilt,[63] ist es von höchster Relevanz, ob ein (Gesamtflug-)Betrieb im In- oder im Ausland belegen ist.

## 3. Betriebe des fliegenden Personals getrennt nach Basen

Eine weitere denkbare Konstellation sind Betriebe, in denen jeweils alle im Flugbetrieb *einer Heimatbasis* beschäftigten Arbeitnehmer zusammengefasst werden. Das kommt in Betracht, wenn die arbeitstechnische Organisation – insbesondere Einstellungen und Einsatzplanung – für jede Basis separat erfolgt. Eine solche Betriebsstruktur hat den Vorteil, dass die standortabhängigen Besonderheiten – etwa grundlegend verschiedene Arbeitszeiten aufgrund verschiedener Nachtflugverbote an verschiedenen Flughäfen – besser berücksichtigt werden können. Andererseits kann es durch die getrennten Betriebsräte zu unterschiedlichen Arbeitsbedingungen von Personal an den verschiedenen Basen kommen, auch ohne dass es hierfür sachliche Gründe gibt. Gegen solche nach Basen getrennte Betriebe wiederum spricht es, wenn fliegende Arbeitnehmer von verschiedenen Basen aus eingesetzt werden.[64]

## 4. Betriebe des fliegenden Personals getrennt nach Cockpit/Kabine

Theoretisch denkbar wäre auch, sämtliche Piloten als in einem Betrieb vereinigt zu sehen und sämtliche Flugbegleiter in einem anderen Betrieb. Eine solche Konstellation entspräche dem heutigen Regelfall von tarifvertraglichen Personalvertretungen;[65] diese sind meist getrennt für Piloten und Flugbegleiter aber jeweils für alle Arbeitnehmer dieser Berufsgruppen im Unternehmen eingerichtet.[66]

In aller Regel sind Piloten und Flugbegleiter indes nicht in streng voneinander getrennten Organisationseinheiten eingegliedert.[67] Eine *räumlich* weite Trennung (vgl. § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BetrVG) kommt jedenfalls nicht in Betracht: Piloten und Flugbegleiter arbeiten auf engstem Raum zusammen. Und selbst wenn man – was schwierig ist – die arbeitstechnische Organisation (Einstellung, Kündigung, Umlaufplanung etc.) streng voneinander trennte, ließe sich noch immer nicht leugnen, dass beide Berufsgruppen durch ihre Arbeit den gleichen Zweck verfolgen (sichere Beförderung der Passagiere von A nach B mittels Flugzeugs). Somit ist auch der *Aufgabenbereich* (vgl. § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BetrVG) sehr ähnlich. Im Landbetrieb einer Fluggesellschaft hingegen arbeiten sowohl Check-In-Agents als auch Flugzeugmechaniker sowie Gepäckermittler, deren Arbeitsumfelder sich bisweilen deutlich stärker voneinander unterscheiden als die von Cockpit- und Kabinenbesatzung. Es ist nicht klar, weshalb die letztgenannten verschiedenen Berufsgruppen in einem (Land-)Betrieb zusammenarbeiten, Cockpit und Kabine hingegen zwei getrennte Betriebe sein sollen.

## 5. Getrennte Betriebe (Cockpit/Kabine) an jeder Basis

Schließlich bliebe noch die Konstellation, in der Piloten und Flugbegleiter an jeder Basis je ihren eigenen Betrieb haben. Die arbeitstechnischen Hindernisse und praktischen Probleme von getrennten Betrieben und Betriebsräten für die verschiedenen Berufsgruppen wurden bereits aufgezeigt. In der Praxis wird es kaum realisierbar oder gar ökonomisch sinnvoll sein, eigene Organisationsstrukturen für jede Berufsgruppe an jedem Standort zu haben. Es ist daher eher ein gedankliches Modell ohne praktische Relevanz.

## 6. Fazit: Betrieb unbestimmbar

Welche betriebliche Konstellation im konkreten Fall vorliegt ist jeweils im Einzelfall anhand der betriebsverfassungsrechtlichen Kriterien zu ermitteln. Die Gegenüberstellung der theoretisch denkbaren Modelle hat derweil gezeigt, dass keines dieser Modelle perfekt auf die faktischen Gegebenheiten im Flugbetrieb passt. Eine Betriebsbestimmung anhand der Kriterien von Rechtsprechung und Literatur ist kaum eindeutig möglich.[68] Zu unscharf sind die Kriterien wie der einheitliche Leitungsapparat, zu komplex ist die Organisation eines Luftfahrtunternehmens. Arbeitgeber können zwar –

---

[59] S. *Vielmeier*, NZA 2018, 1530, 1532 f.

[60] *Schrader*, NZA 2019, 951, 952 resümiert, dass nach der Rechtsprechung „primär" auf eine „einheitliche Leitungsmacht" abzustellen ist.

[61] Vgl. *Löwisch/Rieble*, in: Löwisch/Rieble, Tarifvertragsgesetz, Kommentar[4], 2017, § 4a Rn. 87.

[62] Vgl. BAGE 40, 163; *Koch*, in: EK-ArbR (Fn. 6), BetrVG § 1 Rn. 11; *Kloppenburg*, in: NK-GesArbR (Fn. 8), BetrVG § 1 Rn. 7.

[63] *Franzen*, in: GK-BetrVG (Fn. 3), § 1 Rn. 1; *Thorn*, in: Palandt (Begr.), Beck'sche Kurzkommentare, Bürgerliches Gesetzbuch[79], 2020, Rom-I Art. 8 Rn. 5.

[64] Die Lufthansa etwa betreibt zumindest einige ihrer Flugzeuge mit gemischtem Personal sowohl aus Frankfurt als auch aus München, ohne Autor, in: Airliners.de, 24.7.2018, Lufthansa setzt bei München-A380 weiter auf „Misch-Crews", http://www.airliners.de/lufthansa-muenchen-a380-misch-crews/46031, abgerufen am 17.4.2020.

[65] Vgl. *Vielmeier*, NZA 2018, 1530, 1533.

[66] Ausnahmen bestehen bei Easyjet, wo ein TV-PV nur für die Basis Berlin-Schönefeld besteht, vgl. LAG Berlin-Brandenburg, BeckRS 2015, 72029, sowie neuerdings bei Sun Express, wo ein gemeinschaftlicher TV-PV für Piloten und Flugbegleiter abgeschlossen wurde, vgl. *Unabhängige Flugbegleiter Organisation (UFO) e.V.*, Betriebliche Mitbestimmung endlich auch bei Sunexpress: UFO und VC unterschreiben Tarifvertrag Personalvertretung, Pressemitteilung v. 23.5.2019, https://www.ufo-online.aero/de/presse/item/1175-betriebliche-mitbestimmung-endlich-auch-bei-sunexpress-ufo-und-vc-unterschreiben-tarifvertrag-personalvertretung.html, abgerufen am 17.4.2020.

[67] Vgl. *Ludwig*, BB 2019, 180, 181, der bezweifelt, dass eine solche Trennung „überhaupt möglich" ist.

[68] Ähnlich auch *Ludwig*, BB 2019, 180, 181 ff.; *Tiedemann*, ArbRB 2019, 157, 158 f.

in Grenzen – auf eine bestimmte Betriebsstruktur hinwirken, etwa indem sie ihr Personalwesen zentral oder dezentral organisieren. Endgültige Sicherheit werden sie dabei bis zur gerichtlichen Klärung im Einzelfall jedoch nicht haben können. Die Gerichte sind dabei auf sich allein gestellt, denn die vorhandenen Kriterien reichen nicht aus, um die Strukturen des Flugbetriebs adäquat zu erfassen.

### IV. Bewertung: Große, vermeidbare Unsicherheit

Einmal mehr ist deutlich geworden, weshalb die Anwendbarkeit des BetrVG auf fliegendes Personal seit jeher einer Sonderregelung unterliegt: Der Flugbetrieb passt nicht zum allgemeinen Betriebsbegriff, auf den es für die Anwendbarkeit des BetrVG ankommt.

Der Gesetzgeber hat im Zuge der Gesetzesänderung die Gelegenheit gehabt, für die Zwecke des § 117 BetrVG den „Betrieb" des fliegenden Personals zu definieren. Diese Möglichkeit hat er nicht genutzt, sodass noch immer große Unklarheit herrscht. Nach früherer Rechtslage war diese Unklarheit nur von geringer Bedeutung, weil im Flugbetrieb beschäftigte Arbeitnehmer ohnehin nicht dem BetrVG unterfielen. Mit der Gesetzesänderung hat die Unklarheit massiv an Bedeutung gewonnen, sodass die Betroffenen in Rechtsunsicherheit leben. Arbeitgeber und Arbeitnehmer eines Luftfahrtunternehmens ohne TV-PV wissen nicht, was ihr Betrieb i.S.d. BetrVG ist.

## E. Folgen des unklaren Betriebsbegriffs

Die Auswirkungen dieser Rechtsunsicherheit sind genauer zu betrachten.

### I. Gegenstand der Betriebsratswahl unbestimmbar

Die naheliegendste Folge des unbestimmten Betriebsbegriffs ist die Unsicherheit über den Gegenstand einer Betriebsratswahl.[69] In welcher Einheit wird gewählt (nach Basen, nach Berufsgruppen etc.)?[70] Wer ist wahlberechtigt (§ 7 BetrVG) und wer wählbar (§ 8 BetrVG)? Wie groß wird der Betriebsrat, welche Zählgröße ist für diese Bestimmung nach § 9 BetrVG zugrunde zu legen? All das ist ungewiss, wenn – wie jetzt – nicht klar ist, welcher Arbeitnehmer zu welchem Betrieb gehört und welcher Betriebsteil als eigenständiger Betrieb zu zählen ist. Über diese Fragen hinaus stellen sich derweil seit der Änderung des § 117 BetrVG noch weitere Probleme, die auf der Unklarheit des Betriebes im Flugbetrieb beruhen.

### II. Bestellung des Wahlvorstands schwierig

Ohne eindeutige Bestimmbarkeit des Betriebs kann auch kein Wahlvorstand für die Betriebsratswahl eingesetzt werden. Nach § 18 Abs. 1 S. 1 BetrVG hat der Wahlvorstand die Betriebsratswahl einzuleiten, sie durchzuführen und das Ergebnis festzustellen. Die Bestellung des Wahlvorstands erfolgt gem. §§ 16 f. BetrVG. Dafür kommt es darauf an, ob der Betrieb, für den ein Betriebsrat gewählt werden soll, schon einen Betriebsrat hat. Wenn ein Betriebsrat existiert, bestimmt dieser den Wahlvorstand gem. § 16 BetrVG. Besteht dagegen kein Betriebsrat, ist der Wahlvorstand vom Gesamt- oder Konzernbetriebsrat zu bestimmen (§ 17 Abs. 1 S. 1 BetrVG) oder in der Betriebsversammlung zu wählen (§ 17 Abs. 2 S. 1 BetrVG).

Wie gesehen ist nicht ausgeschlossen, dass der Betrieb des fliegenden Personals auch die Arbeitnehmer des Landbetriebs umfasst. Wenn das nicht der Fall ist, sondern ausschließlich fliegendes Personal einem Betrieb zugeordnet wird, besteht bei Einleitung der Betriebsratswahl noch kein („Land-")Betriebsrat. Der Wahlvorstand ist dann konfliktlos nach § 17 BetrVG zu bestellen.

Wird dem gleichen Betrieb jedoch auch Bodenpersonal zugeordnet, ist es möglich, dass dieses Personal bereits einen Betriebsrat gewählt hat. Dann ist nicht eindeutig, wie der Wahlvorstand zu bestellen ist. Nach einer Ansicht wäre er gem. § 16 BetrVG von dem schon bestehenden Landbetriebsrat zu bestellen.[71] Nach anderer Ansicht wäre ein auf diese Weise vom bestehenden Betriebsrat nach § 16 BetrVG bestellter Wahlvorstand hingegen unzuständig weil er das fliegende Personal nicht repräsentiert. Demnach müsste ein neuer Wahlvorstand gem. § 17 Abs. 1 bzw. Abs 2 BetrVG bestellt bzw. gewählt werden, da nur ein so bestellter Wahlvorstand vom gesamten Betrieb legitimiert wäre.[72]

Es zeigt sich: Schon für die Bestellung des Wahlvorstands ist eine eindeutige Betriebszuordnung nötig, die nach aktueller Rechtslage nicht gewährleistet ist.

### III. Ausübung von Beteiligungsrechten problembehaftet

Ist erstmal ein Betriebsrat gewählt, hat er Beteiligungsrechte – u.a. nach §§ 87, 91, 94, 97 f., 109, 111 f. BetrVG. Exemplarisch für ein Problem bei der *Anwendung* des BetrVG auf im Flugbetrieb beschäftigte Arbeitnehmer – in Abgrenzung zu Fragen der *Anwendbarkeit*, die im Übrigen im Vordergrund stehen – wird das Beteiligungsrecht des Betriebsrats bei Betriebsänderungen gem. § 111 S. 1 BetrVG betrachtet.

§ 111 S. 1 BetrVG bestimmt, dass der Arbeitgeber in bestimmten Fällen den Betriebsrat über geplante Betriebsänderungen zu informieren und diese mit ihm zu beraten hat. § 111 S. 3 BetrVG definiert eine solche Betriebsänderung mittels des Betriebsbegriffs:[73] So sind etwa die Einschränkung und Stilllegung eines Betriebs oder wesentlicher Betriebsteile (§ 111 S. 3 Nr. 1 BetrVG) sowie die Verlegung selbiger (§ 111 S. 3 Nr. 2 BetrVG) mitbestimmungspflichtig. Ohne definitive Trennung der verschiedenen Betriebe eines Unternehmens lässt sich kaum beurteilen, wann – und in

[69] Vgl. hierzu auch *Müller/Becker*, BB 2019, 884, 885; *Ludwig*, BB 2019, 180, 182.

[70] Vgl. *Schrader*, NZA 2019, 951, 952.

[71] Vgl. LAG Niedersachsen, BeckRS 9998, 79486; *Kreutz*, in: GK-BetrVG (Fn. 3), § 17 Rn. 9; *Thüsing*, in: Richardi (Fn. 8), § 17 Rn. 7 *Müller/Becker*, BB 2019, 884, 885.

[72] Vgl. LAG Bremen, AP Nr. 3 zu § 17 BetrVG 1972; *Grambow*, BB 2017, 1978, 1980.

[73] Vgl. auch *Schrader*, NZA 2019, 951 f.

welcher Einheit – eine Betriebsänderung vorliegt.[74]

Zugegeben: Das Problem mag eher dogmatischer Natur sein, denn regelmäßig wird man die Einheit, die den Betriebsrat gewählt hat, als diejenige betriebsverfassungsrechtliche Einheit verstehen, die für die Betriebsänderung i.S.d. § 111 BetrVG maßgeblich ist. Dennoch ist es ein weiteres Beispiel für die zahlreichen Probleme, die sich durch die Änderung des § 117 BetrVG ergeben.[75]

### IV. Bewertung: Schwerwiegende Anwendungsprobleme

Die Analyse hat gezeigt: Bei der Anwendung des Betriebsverfassungsgesetzes auf fliegendes Personal stehen Arbeitnehmer wie Arbeitgeber vor großen Problemen. Der Ursprung fast aller dieser Probleme ist der unklare Betriebsbegriff.

Dass die Betriebe eines Luftfahrtunternehmens nicht zweifelsfrei zu bestimmen sind, hat gravierende Konsequenzen: Der Gegenstand einer möglichen Betriebsratswahl ist ungewiss, relevante Schwellenwerte können nicht bestimmt werden und bisweilen ist unbekannt, wie der Wahlvorstand zu bestellen ist. All dies erschwert die Anwendung des BetrVG auf fliegendes Personal, das keinem TV-PV unterliegt – dem Gesetzeszweck wird so nicht geholfen. Betrachtet man die Anwendbarkeit des BetrVG darüber hinaus im internationalen Kontext, stellen sich noch weitergehende Probleme. So kann unklar sein, ob überhaupt ein Betrieb in Deutschland besteht. Dabei ist das BetrVG von vornherein unanwendbar, wenn das nicht der Fall ist.

### V. Exkurs: Normzweckerreichung trotz unpassenden Gesetzes?

Es hat sich herausgestellt, dass die Neuregelung keine passgenauen Lösungen bereitstellt. Doch abseits dieser rechtlichen Betrachtung lässt sich beobachten, dass die Gesetzesänderung in Einzelfällen gleichwohl Wirkung zeigt.[76] So hat etwa Sun Express – ein Joint Venture der Turkish Airlines und der Lufthansa Group – kurz nach der Gesetzesänderung mit den Gewerkschaften der Piloten und Flugbegleiter einen gemeinsamen TV-PV abgeschlossen.[77] Zuvor hatte sich die Fluggesellschaft – mit Erfolg – gerichtlich gegen die Wahl eines Betriebsrats gewehrt.[78]

Nachdem Sun Express sich nur wenige Monate vorher einem Betriebsrat verschlossen hatte, muss davon ausgegangen werden, dass die Gesetzesänderung das Unternehmen zum Umdenken bewogen hat. Man wollte wohl die kompromisslose Anwendung des starren BetrVG auf das fliegende Personal vermeiden und stattdessen lieber eine „maßgeschneiderte Betriebsvereinbarung“[79] , die den Besonderheiten des Flugbetriebs gerecht wird. Auf diese Weise ist die Ungewissheit bei der Anwendung des BetrVG vermieden und ein auf die Bedürfnisse abgestimmtes Personalvertretungswesen ermöglicht. Man könnte die Gesetzesänderung vor diesem Hintergrund also trotz ihres Defizits als effektiv erachten. Doch es kann nicht Sinn des Gesetzes sein, die Betroffenen auf der Flucht vor der Rechtsunsicherheit in einen privatrechtlichen Tarifvertrag zu treiben. Vielmehr muss das Gesetz selbst die Lösung bieten.

## F. Lösungsvorschlag: Basisbezogene Legaldefinition

Der Zustand *de lege lata* stellt den Rechtsanwender vor große Unsicherheit und Probleme. Gleichwohl hat die Untersuchung gezeigt, dass sich die Missstände darauf zurückführen lassen, dass mit dem aktuellen Betriebsbegriff die Betriebe des fliegenden Personals nicht eindeutig bestimmt werden können. Somit ist der Ansatzpunkt für eine mögliche Korrektur identifiziert: Es ist eine neue Definition gefragt, die die Besonderheiten des Flugbetriebs berücksichtig.

In Betracht kommt eine *basisbezogene* Legaldefinition: Es wird die organisatorische Einheit an der Heimatbasis eines Arbeitnehmers als dessen Betrieb definiert.

Als *Heimatbasis* wiederum könnte formell der vom Arbeitgeber als solche benannte Ort gem. § 20 ArbZG i.V.m § 5 Abs. 1 2. DV LuftBO[80] verstanden werden. Dabei wäre der Arbeitnehmer jedoch der willkürlichen Heimatbasiszuweisung des Arbeitgebers ausgesetzt. Zweckmäßiger ist eine Anlehnung an Art. 8 Abs. 2 S. 1 Var. 2 Rom-I-VO. Danach wäre materiell der Flughafen, von dem aus der Arbeitnehmer in Erfüllung des Arbeitsvertrags gewöhnlich seine Arbeit verrichtet, die Heimatbasis. Eine solche Anknüpfung an das materiell-tatsächliche Kriterium der gewöhnlichen Arbeitsverrichtung hat sich im internationalen Privatrecht bereits bewährt[81] und ist auch im Kollektivarbeitsrecht vorzugswürdig.

Entsprechend könnte eine Legaldefinition wie folgt lauten:

§ 117 Abs. 3 BetrVG nF: *[1]Als Betrieb im Sinne dieses Gesetzes gilt für im Flugbetrieb beschäftigte Arbeitnehmer von Luftfahrtunternehmen jeweils deren Heimatbasis. [2]Heimatbasis nach Satz 1 ist die organisatorische Einheit des Luftfahrtunternehmens an dem Ort, von dem aus der Arbeitnehmer in Erfüllung seines Arbeitsvertrags gewöhnlich seine Arbeit verrichtet.*

---

[74] „[K]omplizierte Fragen“ im Umgang mit § 111 BetrVG seit der Neuregelung des § 117 BetrVG sieht auch *Ludwig*, BB 2019, 180, 182.

[75] Weitere Probleme in der Anwendung des BetrVG werden angerissen von *Becker/Müller*, BB 2019, 884, 885 ff; ferner *Ludwig*, BB 2019, 180, 182 f.

[76] Vgl. auch *Tiedemann*, ArbRB 2019, 157, 159.

[77] *UFO* (Fn. 66).

[78] LAG Hessen, BeckRS 2018, 27170.

[79] *Hohenstatt/Dzida*, DB 2001, 2498.

[80] Nach § 20 Arbeitszeitgesetz (ArbZG) i.V.m. § 5 Abs. 1 der Zweiten Durchführungsverordnung zur Betriebsordnung für Luftfahrtgerät (2. DV LuftBO) bzw. nach Art. 1 i.V.m. Ziff. 3.1 des Anhangs III Abschn. Q OPS 1.1090 der Verordnung (EG) Nr. 859/2008 v. 20.8.2008 der Kommission zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 3922/91 des Rates in Bezug auf gemeinsame technische Vorschriften und Verwaltungsverfahren für den gewerblichen Luftverkehr mit Flächenflugzeugen, ABl. EU L 254, S. 1, 223, hat der Luftfahrtunternehmer gegenüber jedem Besatzungsmitglied einen Ort als Heimatbasis zu benennen.

[81] Vgl. *Staudinger*, in: Ferrari et al., Internationales Vertragsrecht, Kommentar[3], 2018, Rom-I-VO Art. 8 Rn. 20; ferner *Knöfel*, RdA 2006, 269, 274; für die Anknüpfung an die Heimatbasis bei der Frage des anwendbaren Rechts schon *Gamillscheg*, ZfA 1983, 303, 334; ebenso *Däubler*, RIW 1987, 249, 251.

## G. Fazit und Ausblick

Die Intention des Gesetzgebers hinter der Neuregelung ist zu begrüßen: Im Flugbetrieb beschäftigte Arbeitnehmer sollen Mitbestimmungsrechte haben – sei es durch Tarifvertrag, sei es durch Betriebsverfassungsrecht. Durch die Änderung des § 117 BetrVG sollte die frühere Rechtefreiheit des fliegenden Personals ohne TV-PV beendet werden.

In der gesetzgeberischen Eile hat man jedoch nicht bedacht, dass für die Anwendung des BetrVG der Betrieb des fliegenden Personals eindeutig bestimmbar sein muss. Mit dem bisherigen Betriebsbegriff der Rechtsprechung und Literatur ist das nicht möglich. In der Folge herrscht die Rechtsunsicherheit: Wer wählt den Betriebsrat und in welcher Einheit wird er gewählt, wer bestellt den Wahlvorstand, und wann ist eine unternehmerische Maßnahme mitbestimmungspflichtig?

Im Ergebnis hat die Gesetzesänderung nur in Einzelfällen dazu geführt, dass Arbeitnehmer nun eine Personalvertretung haben – und nur deshalb, weil die Probleme bei der Anwendung des BetrVG umgangen werden sollten. In anderen Fällen haben Piloten und Flugbegleiter bis heute weder Personalvertretung noch Betriebsrat, weil umstritten ist, wo nach dem heutigen Betriebsbegriff die Betriebe belegen sind. Bis zur gerichtlichen Klärung oder gesetzgeberischen Nachbesserung herrscht über den Wolken betriebsverfassungsrechtliche Unsicherheit.

Der Gesetzgeber hätte diese Probleme sehen und vermeiden müssen. Eine mögliche Lösung wäre, für im Flugbetrieb beschäftigte Arbeitnehmer einen neuen, heimatbasisbezogenen Betriebsbegriff einzuführen. Danach wäre der Betrieb die *organisatorische Einheit des Luftfahrtunternehmens an dem Ort, von dem aus der Arbeitnehmer in Erfüllung seines Arbeitsvertrags gewöhnlich seine Arbeit verrichtet.* Durch diese – an das internationale Privatrecht angelehnte – Anknüpfung an die Heimatbasis könnte die rechtssichere und effektive Anwendung des BetrVG gem. § 117 BetrVG auf im Flugbetrieb beschäftigte Arbeitnehmer gewährleistet werden.

Weiterführende Untersuchungen zur Frage, ob zur Betriebsbestimmung auch in anderen Branchen an den Ort der gewöhnlichen Arbeitsverrichtung angeknüpft werden könnte und sollte, werden angeregt.

Charlotte von Fallois*

# Das Verfahren gegen Laurent Gbagbo und Charles Blé Goudé vor dem Internationalen Strafgerichtshof

## A. Einleitung

Über 4,500 schriftliche Beweisstücke, 82 vernommene Zeugen und 231 Anhörungstage[1] – all das ist am 15.01.2019 mit dem Freispruch von Laurent Gbagbo und Charles Blé Goudé innerhalb von wenigen Minuten Geschichte.

Gbagbo, der ehemalige Präsident der Elfenbeinküste, und sein Minister für Jugend, Blé Goudé, waren vor dem IStGH wegen Verbrechen gegen die Menschlichkeit angeklagt worden, die sie im auf die Präsidentschaftswahlen 2010 folgenden Bürgerkrieg verübt haben sollen.

Gbagbo ist der erste ehemalige Staatspräsident, der sich vor dem IStGH verantworten musste.[2] Dass er und Blé Goudé von Verfahrenskammer I des IStGH freigesprochen wurden, kam nach Auffassung der Presse „überraschend".[3] Ob dieser Freispruch tatsächlich so „überraschend" war oder ob er sich im Gegenteil bereits im Laufe des Verfahrens andeutete, soll in dieser Arbeit untersucht werden.

Dass der IStGH zu einem Freispruch kommen musste, lag insbesondere an zwei umstrittenen prozessualen Entscheidungen hinsichtlich dem gewählten Beweismodell und dem Umgang mit der „*No Case to Answer Motion*" („*NCA Motion*"), die im Fokus der Analyse stehen sollen.

## B. Von der Bestätigung der Anklagevorwürfe zum Freispruch

Vorverfahrenskammer I bestätigte am 12.06.2014 bzw. 11.12.2014 mit Mehrheitsbeschluss unter abweichendem Sondervotum von Richterin Van den Wyngaert die Anklage gegen Gbagbo und Blé Goudé wegen Verbrechen gegen die Menschlichkeit in vier Anklagepunkten.[4]

Nachdem die Verfahrenskammer am 29.01.2016 mehrheitlich ein Beweiswürdigungssystem adaptierte,[5] reichte am 23.07.2018 die Verteidigung von Blé Goudé eine „*NCA Motion*" ein.[6]

Am 15.01.2019 gab die Kammer dem Antrag auf „*No Case to Answer*" statt und sprach beide Angeklagte mit einer 2/3-Mehrheit von allen Anklagepunkten frei.[7] Nach Ansicht der Kammer hatte die Anklage den ihr obliegenden Nachweis von der Schuld der Angeklagten gemäß Art. 66 Abs. 2 IStGH-Statut nicht erbracht.[8]

Auf die abweichenden Sondervoten von Richterin Herrera Carbuccia[9] hin begründete die Mehrheit am 16.07.2019 schriftlich, warum sie einen Freispruch für angemessen hielt:[10] Hauptgrund schien die Qualität der vorgebachten Beweise gewesen zu sein; diese seien „*of doubtful authenticity*" und/oder „*anonymous hearsay*".[11] Daneben wurde auch der Beweisvortrag kritisiert, allen Schriftsätzen der Anklagebehörde fehle es an „*structure, organisation and clarity*."[12]

## C. Analyse

Dass das Verfahren trotz der dünnen Beweislage weitergeführt wurde und es schließlich zu einem Freispruch kam, liegt insbesondere an den Entscheidungen der Richterbank in Bezug auf zwei für den Verfahrensverlauf relevante Fragen: erstens dem gewählte Beweismodell und zweitens dem richtige Prüfungsmaßstab für die Beurteilung der „*NCA Motion*".

Im folgenden Abschnitt soll unter Analyse der abweichenden Meinungen untersucht werden, ob sich die Mehrheit jeweils vertretbar für den von ihr gewählten Maßstab entschieden hat.

### I. Beweisaufnahme

Die Entscheidung der Verfahrenskammer für ein Modell zur Beweisaufnahme war der erste wichtige Verfahrensschritt,

---

* Die Autorin ist Studentin an der Bucerius Law School, Hamburg.

1 Case Information Sheet, S. 3, https://www.icc-cpi.int/cdi/gbagbo-goude; *Batros*, ICC Acquittal of Gbagbo: What Next for Crimes against Humanity? https://www.justsecurity.org/62295/icc-acquittal-gbagbo-crimes-humanity/ (19.08.2019).

2 *Lyons*, International Legal Materials 51 (2012), 225, 226; *Labuda*, The ICC´s "Evidence Problem", https://voelkerrechtsblog.org/the-iccs-evidence-problem/ (16.08.2019).

3 *LTO*, Überraschender Freispruch für Ex-Präsident Gbagbo, https://www.lto.de/recht/ nachrichten/n/istgh-freispruch-ex-praesident-elfenbeinkueste-verbrechen-gegen-menschlichkeit/; *Zeit Online*, Überraschender Freispruch für Ex-Präsident Gbagbo, https://www.zeit.de/news/2019-01/15/den-haag-ueberraschender-freispruch-fuer-ex-praesident-gbagbo-190115-99-572214 (Aufruf: 16.08.2019).

4 *Prosecutor v. Gbagbo*, Decision on the Confirmation of Charges against Laurent Gbagbo, 12.06.2014, ICC-02/11-01/11-656-Red, para. 26; *Prosecutor v. Blé Goudé*, Decision on the Confirmation of Charges against Charles Blé Goudé, 11.12.2014, ICC-02/11-02/11-186, para. 20.

5 *Prosecutor v. Gbagbo/Blé Goudé*, Decision on the Submission and Admission of Evidence, 29.01.2016, ICC-02/11-01/15-405 ("Decision on the Submission of Evidence"), Dissenting Opinion of Judge Henderson, ICC-02/11-01/15-405-Anx ("Dissenting Opinion Henderson").

6 *Prosecutor v. Gbagbo/Blé Goudé*, Blé Goudé Defence No Case to Answer Motion, 23.07.2018, ICC-02/11-01/15-1198-Corr-Red.

7 *Prosecutor v. Gbagbo/Blé Goudé,* Delivery of Decision, 15.01.2019, ICC-02/11-01/15-T-232 ("Acquittal"), Annex Dissenting Opinion to the Chamber's Oral Decision of 15 January 2019, ICC-02/11-01/15-1234 ("Dissenting Opinion Oral Decision").

8 Acquittal (Fn. 7), S. 3.

9 Dissenting Opinion Oral Decision (Fn. 7), para. 48.

10 *Prosecutor v. Gbagbo/Blé Goudé,* Reasons for Oral Decision, 16.07.2019, ICC-02/11-01/15-1263; Reasons of Judge Geoffrey Henderson, ICC-02/11-01/15-1263-AnxB-Red ("Reasons Henderson"); Opinion of Judge Cuno Tarfusser, ICC-02/11-01/15-1263-AnxA (Öpinion Tarfusser"); Dissenting Opinion Judge Herrera Carbuccia, ICC-02/11-01/15-1263-AnxC-Red ("Dissenting Opinion Herrera Carbuccia").

11 Reasons Henderson (Fn. 10), para. 4.

12 Opinion Tarfusser (Fn. 10), para. 40.

der den Ausgang des Prozesses bestimmte.[13]

Die Verfahrenskammer ist nach Art. 64 Abs. 9 lit. a IStGH-Statut befugt, über die Zulässigkeit bzw. Erheblichkeit von Beweismitteln zu entscheiden. Die Berufungskammer stellte dazu klar, dass das Statut die Wahl des Beweismodells in die Hand der Verfahrenskammer gebe:[14] Sie könne entweder über die Erheblichkeit („*relevance*") und Zulässigkeit („*admissibility*") entscheiden, sobald die Beweise dem Gericht vorgelegt werden. Alternativ könne die Kammer diese Gesichtspunkte auch gemeinsam am Verfahrensende berücksichtigen.[15] Für eine bessere Übersichtlichkeit wird hier die erste Variante Beweisausschlussmodell genannt werden, die zweite Beweiswürdigungsmodell.[16]

## 1. Streit um das Beweismodell

Die Mehrheit adaptierte das Beweiswürdigungsmodell.[17] Richter Henderson hielt dies vor dem Hintergrund der Rechte des Angeklagten und dem Prinzip des fairen Verfahrens (Art. 69 Abs. 4 Hs. 2 IStGH-Statut) für ermessensfehlerhaft und sprach sich für das Beweisausschlussmodell aus.[18]

## 2. Hintergrund

Dass für die Beweisaufnahme überhaupt die Wahlmöglichkeit zwischen zwei verschiedenen Beweismodellen besteht, liegt daran, dass den Beweismodellen zwei Strafverfahrenssysteme zugrunde liegen: auf der einen Seite das als echter Parteienprozess organisierte adversatorische Strafverfahrenssystem und auf der anderen Seite das inquisitorische Strafverfahrensmodell.[19]

### a) Ausprägungen der Strafverfahrenssysteme

Das inquisitorische System kennzeichnet, dass die Leitung der Hauptverhandlung, die Vernehmung des Angeklagten und die Beweisaufnahme grundsätzlich Aufgabe des Richters und nicht der Verteidigung oder der Staatsanwaltschaft ist.[20]

Im adversatorischen Strafverfahren dagegen liegt die Aufklärung des Sachverhalts in den Händen der Parteien.[21]

Während also im inquisitorischen Modell der Richter versucht, mit Hilfe möglichst umfangreicher Informationen die „materielle Wahrheit"[22] zu erforschen, entsteht die „formelle Wahrheit"[23] im adversatorischen Verfahrenssystem in strukturierten Verfahrensabläufen aus der Dialektik der entgegengesetzten Ansichten der Parteien.[24]

### b) Bedeutung für die Beweismodelle

Aus diesen divergierenden Vorgehensweisen zur Wahrheitsfindung ergeben sich auch unterschiedliche Anforderungen an das im jeweiligen Verfahrenssystem vertretene Beweismodell:[25]

Das Beweisausschlussmodell ist eng mit dem adversatorischen System des Pre-Evaluierens von Beweisen durch die Parteien verbunden.[26] Denn da die Parteien ansonsten unkontrolliert falsche Informationen einbringen könnten, müssen die Beweismittel von Anfang an einer strengen Qualitätskontrolle unterworfen werden.[27]

Das Beweiswürdigungsmodell hat sich dagegen im inquisitorischen Verfahren entwickelt.[28] Da hierbei angenommen wird, dass die Qualität der Beweismittel bereits durch die Beweiserhebung nach dem Amtsermittlungsgrundsatz sichergestellt werde,[29] kennt das inquisitorische System kein gesondertes Zulässigkeitsverfahren.[30]

## 3. Bewertung

Welches Modell besser für die Beweiswürdigung vor dem IStGH geeignet ist, hängt von zwei Dingen ab: Erstens muss analysiert werden, in welches Strafverfahrenssystem das IStGH-Statut einzuordnen sind. Zweitens müssen bei der Wahl des Beweismodells die Rechte der Angeklagten berücksichtigt werden.

### a) Strafverfahrenssystem im IStGH-Statut

In Bezug auf das dem IStGH-Statut zugrundeliegende Beweissystem folgt die Mehrheit einer eher kontinentaleuropäischen, dem Inquisitionsmodell verbundenen Lesart,[31]

---

13 *Guariglia*, Journal of International Criminal Justice 16 (2018), 315, 318.

14 Übersicht bei *Piragoff*, in: Lee (Hrsg.), The International Criminal Court, Elements of Crime and Rules of Procedure and Evidence, 2001, S. 351.

15 *Prosecutor v. Bemba*, Judgment on the Appeals of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo, 03.05.2011, ICC-01/05-01/08-1386, para. 37 ("*Bemba* Appeals Judgement"); vgl. *Piragoff/Clarke*, in: Triffterer/Ambos (Hrsg.), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court³, 2016, Art. 69 Rn. 37.

16 In Anlehnung an *Guariglia* (Fn. 13), 316.

17 Decision on the Submission of Evidence (Fn. 5), paras. 12, 17; *Prosecutor v. Gbagbo/Blé Goudé*, Decision concerning the Prosecutor's Submission of Documentary Evidence, 09.12.2016, ICC-02/11-01/15-773 ("Decision Prosecutor´s Submission"); Dissenting Opinion of Judge Henderson, ICC-02/11-01/15-773-AnxI ("Dissenting Opinion on Prosecutor´s Submission").

18 Dissenting Opinion Henderson (Fn. 5), paras. 1, 27.

19 *Eser*, in: Schroeder/Kudtratov (Hrsg.), Die strafprozessuale Hauptverhandlung zwischen inquisitorischem und adversatorischem Modell, 2014, S. 10, 11; *Harding*, in: Eser/Rabenstein (Hrsg.), Strafjustiz im Spannungsfeld von Effizienz und Fairness, 2004, S. 11.

20 *Wilhelmi*, Die Verfahrensordnung des Internationalen Strafgerichtshofs, 2004., S. 22; *Lagacé*, Les Spécificités du Processus Judiciaire à la Cour Pénale Internationale, 2015, S. 80.

21 *Orie*, in: Cassese/Gaeta (Hrsg.), The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary, Vol. II, 2002, S. 1443; *Fletcher,* in: *Cassese* (Hrsg.), The Oxford Companion to International Criminal Justice, 2009, S. 110.

22 *Stamp*, Die Wahrheit im Strafverfahren., 1998, S. 16; *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO[10], 2017, I Rn. 2.

23 *Trüg*, ZStW 120 (2008), 331, 346; zum Begriff *Weßlau*, ZIS 9 (2014), 558, 559 f.

24 *Orie* (Fn. 21), S. 1443; *Harding* (Fn. 19), S. 11.

25 Vgl. *Damaška*, University of Pennsylvania Law Review 123 (1975), 1083, 1088.

26 Vgl. *Orie* (Fn. 21), S. 1451; *Swoboda*, Verfahrens- und Beweisstrategien vor den UN-ad hoc Tribunalen, 2011, S. 160.

27 *Guariglia* (Fn. 13), 333; *Cassese*, Cassese´s International Criminal Law [3], 2013, S. 334; *Buisman*, in: Khan/Buisman/Gosnell (Hrsg.), Principles of Evidence in International Criminal Justice, 2010, S. 29.

28 *Guariglia* (Fn. 13), 333.

29 *Buisman* (Fn. 27), S. 29; *Swoboda* (Fn. 26), S. 116.

30 Vgl. *Ambos*, Internationales Strafrecht[5], 2018, § 8 Fn. 296 zu Admissibility in Rn. 42; *Guariglia* (Fn. 13), 333.

31 Vgl. Decision on the Submission of Evidence (Fn. 5), para. 16.

während Henderson auf das anglo-amerikanisch geprägte, adversatorische Verständnis des Beweisrechts abstellt.[32]

Das IStGH-Statut muss jedoch als Rechtssystem *sui generis* verstanden werden, das sowohl Züge des adversatorischen als auch des inquisitorischen Verfahrens aufweist.[33]

Denn einerseits orientiert sich das IStGH-Statut an der adversatorischen Struktur der *ad hoc* Tribunale und sieht statt einer Amtsaufklärungspflicht ein duales Monopol von Anklage und Verteidigung bei der Beweissammlung und -präsentation vor.[34]

Anderseits ist das Verfahren inquisitorisch geprägt: Denn nach Art. 54 lit a IStGH-Statut ist die Anklagebehörde zur unparteilichen Ermittlung verpflichtet.[35] Die Richter sind gemäß Art. 64 Abs. 6 lit. b, d und Art. 69 Abs. 3 S. 2 IStGH-Statut dazu befugt, die Beibringung sämtlicher Beweismittel zu verlangen, die sie in Bezug auf die Wahrheitsfindung für erforderlich halten.[36]

Diese Vermischung beider Systeme findet sich auch in den Regeln zur Zulässigkeit von Beweisen in Art. 69 Abs. 4 IStGH-Statut wieder: Obwohl darin die technischen Regeln des Beweisausschlussmodells zugunsten der größeren Flexibilität des Beweiswürdigungsmodells vermieden werden, kann das Gericht vorab über die Zulässigkeit bzw. den Beweisausschluss entscheiden.[37] Damit lässt die Norm alternativ die Adaption des Beweiswürdigungs- wie auch des Beweisausschlussmodells zu.[38]

Vor dem Hintergrund des gemischt adversatorisch-inquisatorischen Verfahrens im IStGH-Statut ist eine Entscheidung für ein Beweismodell deswegen immer ein Kompromiss, der in Bezug auf die Rechte der Angeklagten von Fall zu Fall auf seine Vertretbarkeit hin überprüft werden muss.[39]

### b) Analyse der Argumentation

#### aa) Argumente gegen das Beweiswürdigungsmodell

Wie von Henderson betont, könnte die Entscheidung der Mehrheit vor dem Hintergrund der Verfahrensgrundsätze aus Art. 64 Abs. 2 IStGH-Statut ermessensfehlerhaft gewesen sein.[40]

Zum einen spreche das Recht auf ein zügiges Verfahren gegen das Beweiswürdigungsmodell, denn ohne gesonderte Zulässigkeitsprüfung würden die Akten mit Beweisen von zweifelhafter Erheblichkeit überflutet.[41] Dadurch würde das Verfahren unnötig verlangsamt werden.[42] In einem Prozess derartigen Ausmaßes wie im Fall *Gbagbo/Blé Goudé* liege es in Hendersons Auffassung in der Pflicht der Verfahrenskammer, dies zu verhindern; ihr Auswahlermessen bezüglich des Beweismodells sei deswegen eingeschränkt.[43]

Zum anderen habe die Verfahrenskammer bei der Wahl ihres Beweiswürdigungsmodells nicht ausreichend berücksichtigt, nur dass dies zu Lasten des Recht der Angeklagten auf ein faires Verfahren aus Art. 67 IStGH-Statut gehe: Denn da die Angeklagten nicht sicher wissen könnten, welche Beweismittel schließlich von der Kammer für ihre finale Beweiswürdigung und das Urteil genutzt werden, sei es schwierig, eine effektive Verteidigungsstrategie vorzubereiten.[44]

#### bb) Argumente für das Beweiswürdigungsmodell

Auf die Kritik Hendersons entgegnete die Mehrheit, dass die Verfahrenskammer die Fairness des Verfahrens und die Rechte des Angeklagten auch unter dem gewählten Modell aufrecht erhalten würde: Denn die Kammer könne schon vor der endgültigen Beweiswürdigung auf Antrag der Parteien oder nach freiem Ermessen über die Zulässigkeit eines bestimmten Beweisstücks entscheiden. Für die Kammer überwog jedoch das Bedürfnis, die Beweise umfassend bewerten zu können, was erst am Ende des Verfahrens im Rahmen einer Gesamtwürdigung vollständig möglich sei.[45]

Für die Adaption des Beweiswürdigungsmodells spreche schließlich auch, dass dadurch effektiver mit der enormen Menge an Beweismitteln umgegangen werden könne, weil nicht separat über die Zulässigkeit jedes einzelnen Beweisstücks entschieden werden müsse.[46] Diese Argumentation überzeugt; so bestätigte auch die Berufungskammer, dass die Verfahrenskammer ihr Recht auf freie Wahl des Beweismodells nicht unverhältnismäßig zulasten ihrer Pflicht aus Art. 64 Abs. 2 IStGH-Statut zur Sicherstellung eines fairen und zügigen Verfahrens ausgeübt habe.[47]

---

32 Vgl. Dissenting Opinion Henderson (Fn. 5), para. 7; Dissenting Opinion on Prosecutor´s Submission (Fn. 17), paras. 2, 7 f.

33 *Calvo-Goller*, The Trial Proceedings of the International Criminal Court ICTY and ICTR Precedents, 2005, S. 147 ff.; *Ambos*, in: Eser/Rabenstein (Fn. 19), S. 141.

34 Vgl. *Kirsch*, International Criminal Law Review 6 (2006), 275, 278; *Calvo-Goller* (Fn. 33), S. 145.

35 *Esser*, Europäisches und Internationales Strafrecht[2], 2018, § 21 Rn. 43; *Wei,* Die Rolle des Anklägers eines internationalen Strafgerichtshofs, 2007*,* S. 35 f.

36 *Terrier,* in: Cassese/Gaeta (Fn. 21), S. 1277, 1295 f.; explizit Ermessen betonend *Kirsch* (Fn. 34), 279; *Lagodny*, ZStW 113 (2001), 800, 810 f.

37 *Piragoff/Clarke* (Fn. 15), Art. 69 Rn. 37; *Schabas,* The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute, 2010, Art. 69 IV, S. 843; *Klamberg*, in ders. (Hrsg.), Commentary on the Law of the International Court of Justice, 2017, Art. 69 Rn. 575.

38 Vgl. *Bemba* Appeals Judgement (Fn. 15), para. 37.

39 Vgl. *Guariglia* (Fn. 13), 338 f.

40 Dissenting Opinion Henderson (Fn. 5), paras. 1, 6, 9-11, Dissenting Opinion on Prosecutor´s Submission (Fn. 17), para. 16; in diese Richtung auch *Piragoff* (Fn. 14), S. 351.

41 Dissenting Opinion on Prosecutor´s Submission (Fn. 17), para. 15.

42 Vgl. Dissenting Opinion Henderson (Fn. 5), paras. 21 f.

43 Vgl. Dissenting Opinion Henderson on Prosecutor´s Submission (Fn. 22), para. 15.

44 Dissenting Opinion Henderson (Fn. 5), paras. 9-11; Dissenting Opinion Henderson on Prosecutor´s Submission (Fn. 22), para. 9; *Guariglia* (Fn. 13), 318.

45 Decision on the Submission of Evidence (Fn. 5), para 13; Decision Prosecutor´s Submission (Fn. 17), para. 35.

46 Decision on the Submission of Evidence (Fn. 5), para. 14; *Caianiello*, Journal of International Criminal Justice 9 (2011), 385, 403; *Bemba* Admissibility Decision (Fn. 25), para. 11; *Gaynor et al*, Journal of International Criminal Justice 14 (2016), 689, 697.

47 *Prosecutor v. Gbagbo/Blé Goudé*, Judgement on the Appeals of Mr Laurent Gbagbo and Mr Charles Blé Goudé, 24.07.2017, ICC-02/11-01/15-995, para 65.

### 4. Zwischenfazit

Die Entscheidung der Mehrheit für das Beweiswürdigungsmodell war damit *ex ante* nicht ermessensfehlerhaft. Zwar ist Henderson zuzustimmen, dass eine unmittelbare Entscheidung über die Unzulässigkeit von einigen Beweismitteln Zeit und insbesondere die im Folgenden darzustellende Diskussion über die „*No Case to Answer Motion*" erspart hätte.[48] Dass sich dies *ex post* herausstellte, zeigt zwar die Schwäche des Beweiswürdigungsmodells, vermag aber nichts daran ändern, dass sich die Mehrheit vertretbar für dieses Modell entschieden hat.[49]

## II. *„NCA Motion"*

Die „ *NCA Motion*" ist ein prozessuales Filterinstrument, das aus dem Common Law stammt und im inquisitorisch ausgerichteten Civil Law unbekannt ist.[50] Denn der „ *NCA Motion*" liegt eine in „*prosecution case*" und „*defence case*" geteilte adversatorische Verfahrensstruktur zugrunde, wobei die „*NCA Motion"* entscheidend für den Übergang von der einen in die andere Phase ist: Wenn der Beweisvortrag der Anklagebehörde bereits so schwach ist, dass eine Verurteilung aussichtslos erscheint, soll der Angeklagte direkt freigesprochen werden, statt ihn dazu zu zwingen, selbst durch Gegenbeweise die ohnehin ungenügend substantiierten Vorwürfe der Anklagebehörde zu entkräftigen.[51] Damit fließt diese Motion in erster Linie aus der Unschuldsvermutung und dem Recht des Angeklagten auf ein schnelles und faires Verfahren aus Art. 66 Abs. 1 und 67 Abs. 1 lit. c. IStGH-Statut.[52] Da eine erfolgreiche „*NCA Motion*" üblicherweise in einem direkten Freispruch resultiert, dient sie außerdem auch der Prozessökonomie.[53]

Anders als in den Verfahrensregeln des ICTY und ICTR[54] findet sich die „*NCA Motion*" nicht explizit in den Regelwerken des IStGH.[55] Zwar ist seit der Klarstellung durch die Berufungskammer in *Ntaganda* deutlich, dass es im Ermessen der Verfahrenskammer liege, über eine „*NCA Motion*" auf Grundlage ihrer Befähigung aus Art. 64 Abs. 6 lit. f IStGH-Statut und Regel 134 Abs. 3 VBO zu entscheiden.[56] Vor dem Hintergrund, dass die für das adversatorische Verfahren konzipierten Maßstäbe für die „*NCA Motion*" nicht unbesehen auf das Hybridsystem des IStGH übertragen werden können,[57] war aber zwischen den Richtern umstritten, welcher Prüfungsmaßstab für die Beurteilung der „*NCA Motion*" anzuwenden sei.

### 1. Streit um den Prüfungsmaßstab für die *„NCA Motion"*

Die Mehrheit der Richter favorisierte einen hohen Prüfungsmaßstab: (…) *the Prosecutor has failed to satisfy the burden of proof to the requisite standard as foreseen in Article 66 of the Rome Statute*."[58] Das Gericht müsse damit von der Schuld des Angeklagten so überzeugt sein, dass kein vernünftiger Zweifel bestehe („*beyond reasonable doubt*").[59]

Dieser Maßstab wurde von Richterin Herrera Carbuccia in ihrem abweichenden Sondervotum abgelehnt:

„(…) *I consider that the applicable standard is that of "whether there is evidence on which a reasonable Trial Chamber could convict". (...)The Chamber must analyse the evidence bearing in mind the nature and purpose of this "halfway stage", which will* ***not conclude with a determination of the truth or a decision based on a 'beyond reasonable doubt" standard***."[60]

Herrera Carbuccia folgert also, dass man an dieser Stelle das Verfahren nicht aufgrund mangelnder Beweise hätte abbrechen müssen.[61] Auch hier hat der Meinungsstreit eine direkte Auswirkung auf den Verfahrensausgang.

### 2. Hintergrund

Um zu verstehen, was der richtige Prüfungsmaßstab für die Beurteilung „*NCA Motion*" ist, müssen zunächst die Maßstäbe aufgezeigt werden, die im Internationalen Strafrecht diesbezüglich bereits entwickelt wurden.

#### a) ICTY: "*Beyond reasonable doubt*"

Zu Anfang legte das ICTY einen *„prima facie case"*-Maßstab an und lehnte die Motion somit ab, sofern nur glaubhaft gemacht werden konnte, dass eine Verurteilung in Zukunft möglich erschien, selbst wenn das Gericht zum Zeitpunkt der Motion noch nicht „*beyond reasonable doubt*" verurteilen könnte.[62]

Im *Jelisić*-Fall wich die Verfahrenskammer davon ab und bestätigte, dass der Prüfungsmaßstab die Existenz von „*evidence (if accepted) upon which a reasonable tribunal of fact couldbe satisfied beyond reasonable doubt of the guilt of the*

---

48 Dissenting Opinion Henderson on Prosecutor´s Submission (Fn. 22), para. 9.

49 Vgl. Dissenting Opinion Herrera Carbuccia (Fn. 10), para 40.

50 *Niv*, Journal of International Criminal Justice 14 (2016), 1121 f; *Zomer,* L´Acquittement pour Insuffisance des Moyens à Charge dans le Contexte de la Justice Pénale Internationale, https://www.unilim.fr/iirco/2018/02/19/lacquittement-insuffisance-moyens-a-charge-contexte-de-justice-penale-internationale/ (19.08.2019)., Rn. I A ff.; *Nemitz,* in: Kirsch (Hrsg.), Internationale Strafgerichtshöfe, 2005, S. 53, 71.

51 Reasons Henderson (Fn. 10), para. 14; *Prosecutor v. Milošević*, Decision on Motion for Judgement of Acquittal, 16.06.2004, IT-02-54-T, para. 11; *Prosecutor v. Strugar*, Decision on Defence Motion Requesting Judgement of Acquittal Pursuant to Rule 986/5, 21.06.2004, IT-01-42-T, para. 13 ("*Strugar* Decision"); *Ambos* (Fn. 30), § 8 Rn 51.

52 Vgl. *Prosecutor v. Ruto/Sang*, Decision No. 5 on the Conduct of Trial Proceedings, 03.06.2014, ICC-01/09-01/11-1334 ("Ruto Principles), 1122; zum Common Law *Martin*, Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science 51 (1960), 161, 167 f.

53 Vgl. Reasons Henderson (Fn. 10), paras. 13, 16; *Ruto* Principles (Fn. 52), para. 22; *Niv* (Fn. 50), 1135.

54 Regel 98 *bis* ICTY/ICTR VBO.

55 *Tochilovsky*, Jurisprudence of the ICC and the European Court of Human Rights, 2007, S. 536.

56 *Prosecutor v. Ntaganda*, Judgement on the Appeal of Mr Bosco Ntaganda, 05.09.2017, ICC-01/04-02/06-2026.

57 Ausführlich dazu *Zomer* (Fn. 50).

58 Acquittal (Fn. 7), S. 4 Rn. 14-16.

59 Vgl. Reasons Henderson (Fn. 10), para 14 f.

60 Dissenting Opinion Oral Decision (Fn. 7), paras. 40-41.

61 Dissenting Opinion Oral Decision (Fn. 7), paras. 48, 50.

62 *Prosecutor v. Blaškić*, Decision on the Defence Motion to Dismiss, 03.09.1998, IT-95-14; *Prosecutor v. Kordić/Čerkez*, Decision on Motions for Acquittal, 06.04.2000, IT-95-14/2, para. 26 ("*Kordić/Čerkez* Trial Decision").

*accused on the particular charge in question*"[63] voraussetze. Der zu erbringende Nachweis sei allerdings nicht, ob ein Tribunal aufgrund der Beweise „*beyond reasonable doubt*" verurteilen würde, sondern ob es das grundsätzlich könnte.[64]

#### b) IStGH: *„Prima facie"*

In der *Ruto-und-Sang*-Entscheidung stellte der IStGH eine zweiteilige Prüfung auf („*Ruto*-Test"):

„*The test to be applied for a 'no case to answer' determination is whether or not, on the basis of a* ***prima facie*** *assessment of the evidence, there is a case, in the sense of whether there is sufficient evidence introduced on which, if accepted, a reasonable Trial Chamber* ***could*** *convict the accused*."[65]

Damit gilt (1) ein Anscheinsbeweis für die Beurteilung derjenigen Beweismittel, auf deren Grundlage (2) geprüft wird, ob hypothetisch eine Verfahrenskammer verurteilen könnte: „*This approach has been usefully formulated as a requirement, at this intermediary stage, to take the prosecution evidence* ***'at its highest'*** *and to* ***'assume that the prosecution's evidence was entitled to credence unless incapable of belief'*** *on any reasonable view*.[66] "

Damit folgt der *Ruto*-Test grundsätzlich der Rechtsprechung der *ad hoc* Tribunale[67] bis auf eine entscheidende Ausnahme: Während in *Jelisić* betont wird, dass es bereits im „*No Case to Answer*"-Stadium auf die Möglichkeit einer Verurteilung „*beyond reasonable doubt*" gehe,[68] wird im *Ruto*-Test darauf hingewiesen, dass dies nicht der Fall sei: „*The exercise contemplated is thus not one which assesses the evidence to the standard for conviction at the final stage [beyond reasonable doubt] of the trial*."[69] Stattdessen gehe es lediglich darum, ob ein „*prima facie case*" dargelegt wurde, ob also der Beweisvortrag der Anklage irgendwelche ernsthaften Fragen bezüglich der Schuld des Angeklagten aufgeworfen hat, die die Verteidigung beantworten sollte.[70] Um dies zu beurteilen, müsse der „*civil standard of proof*", also „*preponderance of proof of guilt on the balance of probabilities*" gelten.[71]

Diese Unterscheidung muss berücksichtigt werden, wenn im Folgenden die in *Gbagbo/Blé Goudé* vertretene Meinung der Mehrheit bezüglich des „*NCA*"-Prüfungsmaßstabs und die Kritik von Herrera Carbuccia analysiert wird.

### 3. Bewertung

Herrera Carbuccia forderte, dem Test aus *Ruto* folgend, dass die „*NCA Motion*" abzulehnen sei, wenn die Anklage einen „*prima facie case*" glaubhaft gemacht hat und auf dieser Basis irgendeine vernünftige Verfahrenskammer jemals zu einem Schuldspruch kommen könnte.[72] Sie selbst war der Auffassung, dass die Beweise – ihre Richtigkeit unterstellt – ausreichen würden, um zu verurteilen.[73] Deswegen befürwortete Herrera Carbuccia eine Abweisung der „*NCA Motion*".

Die Mehrheit hingegen folgte dem „*beyond reasonable doubt*"-Maßstab wie in *Jelisić* und gab der „*NCA-Motion*" deswegen statt:[74] Denn die beigebrachten Beweise seien so schwach, dass schon unter Anwendung des „*civil standards of proof*" nichts für die Schuld der Angeklagten sprechen würde, aber jedenfalls keine vernünftige Verfahrenskammer jemals „*beyond reasonable doubt*" von der Schuld der Angeklagten überzeugt sein könnte.[75]

Der Ansatz der Mehrheit wurde von Herrera Carbuccia aus mehreren Gründen kritisiert:

Sie mahnte erstens an, dass die Kammer außer Acht ließe, dass die „*NCA Motion*" bloß eine Zwischenstufe im Verfahren einnehme, und somit lediglich relevant sei, ob die Anklage einen „*prima facie case*" glaubhaft machen könne.[76]

Zweitens kritisierte sie, dass die Mehrheit den für die „*NCA Motion*" anzuwendenden Standard mit dem höheren Urteilsmaßstab „*beyond reasonable doubt*" verwechselt habe und dies den Rechten der Angeklagten und dem Zweck der Motion widersprechen würde.[77]

#### a) Keine *„prima facie"*-Beurteilung der Beweise

Während Herrera Carbuccia forderte, dass die Beurteilung der „*NCA Motion*" genau wie in *Ruto* „*expeditious and superficial (prima facie)*" sein sollte,[78] lehnte dies die Mehrheit ab, weil sich diese Vermutung für die Beweiskraft der Beweismittel nicht auf den *Gbagbo*-Fall übertragen lasse.[79]

Denn in *Gbagbo* habe sich die Kammer für das Beweiswürdigungsmodell entschieden und damit keinerlei Beweise aufgrund mangelnder Erheblichkeit oder Beweiskraft ausgeschlossen: „*This sits uncomfortably with the traditional Adversarial/Common Law no case to answer test, which instructs Chambers to consider the Prosecutor's evidence*

---

63 *Prosecutor v. Jelisić*, Judgement, 05.07.2001, IT-95-10-A, paras. 36, 37 ("*Jelisić* Appeals Judgement"); verweist auf *Prosecutor v. Kunarac*, Decision on Motion for Acquittal, 03.07.2000, IT-23-1-T, para. 3 ("*Kunarac* Decision"); *Prosecutor v. Delalić, Judgement, 20.02.2001, IT-96-21-A, para. 434 ("Delalić Appeals Judgement").*

64 Vgl. *Nemitz* (Fn. 50), S. 53, 71; *Niv* (Fn. 50), 1124.

65 *Ruto* Principles (Fn. 52), para. 23.

66 *Ruto* Principles (Fn. 52), para. 24, verweist auf *Jelisić* Appeals Judgement (Fn. 63), para. 55.

67 Explizit darauf berufend *Ruto* Principles (Fn. 52), para. 24.

68 *Jelisić* Appeals Judgement (Fn. 63), para. 35 f.

69 *Ruto* Principles (Fn. 52), para. 23.

70 Vgl. *Prosecutor v. Ruto/Sang*, Separate Further Opinion of Judge Eboe-Osuji, ICC-01/09-01/11-1334-Anx ("Opinion Eboe-Osuji"), para. 6.

71 Opinion Eboe-Osuji (Fn. 70), para. 4.

72 Dissenting Opinion Oral Decision (Fn. 7), para. 41, verweist auf *Prosecutor v. Ruto/Sang*, Decision on Defence Applications for Judgments of Acquittal, 05.04.2016, ICC-01/09-01/11-2027-Red-Corr ("*Ruto* Decision, Reasons of Judge Eboe-Osuji"); Dissenting Opinion of Judge Herrera Carbuccia, ICC-01/09-01/11-2027-AnxI, para. 3.

73 Vgl. Dissenting Opinion Oral Decision (Fn. 7), para. 38; Dissenting Opinion Herrera Carbuccia (Fn. 10), para. 5.

74 Acquittal (Fn. 7), S. 4 Rn. 14-16.

75 Damit wendet die Mehrheit den Maßstab aus *Jelisić* Appeals Judgement (Fn. 63), para. 56 an; vgl. auch *Swoboda* (Fn. 26), S. 341.

76 Dissenting Opinion Oral Decision (Fn. 7), para. 41; Dissenting Opinion Herrera Carbuccia (Fn. 10), para. 5.

77 Dissenting Opinion Oral Decision (Fn. 7), paras. 40, 41, 50.

78 Dissenting Opinion Oral Decision (Fn. 7), para. 41.

79 Opinion Tarfusser (Fn. 10), para. 67.

*at its highest*."[80] Da sich also die Kammer für das im inquisitorischen Verfahren verankerte Beweiswürdigungssystem entschieden habe, könne die Kammer nicht gleichzeitig „*prima facie*" eine tatsächliche Vermutung für die Beweiskraft der Beweismittel aufstellen. Denn diese Vorbeurteilung sei mit der adversatorischen Praxis des Beweisausschlussmodells untrennbar verbunden.

Dass diese Entscheidung überzeugt, zeigt sich an folgender Überlegung: Selbst wenn die Kammer „*prima facie*" die Richtigkeit der Beweise unterstellt hätte, wäre die Entscheidung des Gerichts über die „*NCA Motion*" die selbe geblieben: „*Simply put, there is no evidence in respect of which the Majority's determination as to the need for a defence case would have changed depending on the standard applied. Otherwise stated, it is not that the Prosecutor's evidence would only support the Prosecution's case if it were taken 'at its highest', (...) it is, rather, that the Prosecutor's evidence, whether taken individually or as whole, does not support any of the charges levelled against the accused*."[81]

Die von Herrera Carbuccia präferierte adversatorische „*prima facie*" Herangehensweise war damit mit dem gewählten Beweiswürdigungsmodell unvereinbar und überflüssig, da die Mehrheit der Richter bereits zu diesem Zeitpunkt vollkommen davon überzeugt war, dass selbst unter Anwendung eines „*prima facie*"-Standards eine Verurteilung unmöglich sei.

### b) Anwendung *„beyond reasonable doubt"*-Maßstab

Herrera Carbuccia kritisierte auch, dass die Mehrheit für die Beurteilung der „*NCA Motion* statt der relativ grobmaschigen Schlüssigkeitsprüfung „*could convict*"" bereits den der abschließenden Urteilsberatung vorbehaltenen Prüfungsmaßstab aus Art. 66 IStGH-Statut, also den Nachweis der Schuld der Angeklagten „*beyond reasonable doubt*", angewandt habe.[82] Dadurch würden erstens die Rechte der Angeklagten und zweitens die Funktion der „*NCA Motion*" im Prozessverlauf missachtet werden.

#### aa) Missachtung der Rechte der Angeklagten

Falls die „*NCA Motion*" unter Anwendung des „*beyond reasonable doubt*"-Maßstabs abgelehnt wird, ist dies tatsächlich nachteilig für die Rechte der Angeklagten:[83] Denn dadurch würde der Freispruch am Ende des Verfahrens zwar nicht unmöglich, aber davon abhängig werden, dass die Angeklagten entgegen der Unschuldsvermutung Beweise für ihre Unschuld erbringen, um den von der Kammer als grundsätzlich ausreichend erachteten Beweisvortrag der Anklage zu entkräftigen.[84] Dagegen muss jedoch zweierlei eingewandt werden:

Tritt das gegenteilige Szenario ein und dem Antrag auf „*No Case to Answer*" wird unter Anwendung des „*beyond reasonable doubt*"-Maßstabs stattgegeben, dient dies im Gegenteil dem besten Interesse der Angeklagten und erspart ihnen unnötige Sorgen und Kosten.[85]

Vor allem aber muss bedacht werden, dass sich der Prüfungsmaßstab aus guten Gründen nur an der von der Verteidigung zu erfüllenden Beweislast orientiert, „*as the defence case which would follow will not harden the prosecutors case; indeed, quite the contrary will be the case*."[86] Aus diesem Grund führt die Anwendung des „*beyond reasonable doubt*"-Maßstabs nicht dazu, dass den Angeklagten ihr Recht auf effektive Verteidigung genommen wird – im Gegenteil, wenn bereits der „*best case*" der Anklage nicht für eine Verurteilung ausreicht, verlangt die Unschuldsvermutung sogar die Anwendung eines solchen strengen Maßstabs: Andernfalls wird das Verfahren nur in der Hoffnung weitergeführt, dass der Angeklagte im Rahmen seines Vortrags die einzigen Beweismittel liefert, auf deren Grundlage er verurteilt werden könnte.[87]

#### bb) Funktion der *„NCA Motion"*

In Bezug auf Herrera Carbuccias zweiten Kritikpunkt soll analysiert werden, ob der von der Mehrheit angewandte Maßstab tatsächlich dem Zweck der „*NCA Motion*" widerspricht.

Herrera Carbuccia betonte, dass durch die „*NCA Motion*" das Verfahren nicht frühzeitig abgebrochen werden solle, nur weil die Beweislage schwach sei.[88] Stattdessen handele es sich dabei nur um einen Zwischenschritt („*halfway-stage*"), bei der es nicht um Schuld „*beyond reasonable doubt*" gehe, sondern nur darum, ob das Verfahren weitergeführt werden solle oder ob bereits jetzt absehbar ist, dass keine vernünftige Verfahrenskammer auf Basis der beigebrachten Beweise verurteilen könnte.[89]

Herrera Carbuccia kritisierte, dass die Mehrheit diesen im adversatorischen Verfahrensablauf verankerten Unterschied vergessen habe und somit zu früh den Maßstab für die Entscheidung über die „*NCA Motion*" angewandt habe, der der abschließende Urteilsberatung vorbehalten sei:[90]

Dagegen muss Folgendes eingewandt werden: Der Verweis auf Art. 66 IStGH-Statut bezieht sich nicht in erster Linie auf den Urteilsmaßstab aus Art. 66 Abs. 3 IStGH-Statut, sondern stellt einen Verweis auf Abs. 2 dar, wonach die Beweislast bei der Anklage liegt, und zwar auch die Beweislast dafür, dass ein „*case*" durch die Verteidigung erforderlich wird:[91]

---

80 Reasons Henderson (Fn. 10), para. 4.

81 Opinion Tarfusser (Fn. 10), para. 68; vgl. auch zum Freispruch nach Regel 98 *bis Strugar* Decision (Fn. 51), para. 18; *Tochilovsky* (Fn. 55), S. 540 Var. 2.

82 Acquittal (Fn. 7), S. 4 Rn. 14-16.; vgl. Swoboda (Fn. 26), S. 340.

83 Vgl. *Ruto* Decision, Reasons of Judge Eboe-Osuji (Fn. 72), para. 72.

84 Vgl. *Kordić/Čerkez* Trial Decision (Fn. 62), para. 27; *Zomer* (Fn. 50), Rn. 2.2.

85 Vgl. *Safferling*, International Criminal Procedure, 2012, S. 450.

86 *Safferling* (Fn. 85), S. 449.

87 Vgl. Reasons Henderson (Fn. 10), para. 14; *Elberling*, in: Klamberg (Fn. 37), Art. 66 Rn. 541 f;. *Zappalà*, in: *Cassese/Gaeta* (Fn. 21), S. 1342.

88 Dissenting Opinion Herrera Carbuccia (Fn. 10), para. 5; *Strugar* Decision (Fn. 51), para. 20.

89 Dissenting Opinion Oral Decision (Fn. 7), para. 41; vgl. auch Opinion Eboe-Osuji (Fn. 70), para. 10; für Regel 98 *bis Tochilovsky* (Fn. 55), S. 539.

90 Dissenting Opinion Oral Decision (Fn. 7), para. 41.

91 Vgl. Reasons Henderson (Fn. 10), para. 15, explizit Verweis nur auf Art. 66 II.

„*It should be noted, in this regard, that the dissenting judge is mistaken in stating that the majority has acquitted Mr Gbagbo and Mr Blé Goudé by applying the beyond a reasonable doubt standard. The majority limited itself to assessing the evidence submitted and whether the Prosecutor has met the onus of proof to the extent necessary for warranting the Defence to respond.*"[92]

Die Mehrheit forderte für die Entkräftigung einer „*NCA Motion*" damit die Erfüllung derselben Beweislast, die für eine Verurteilung notwendig wäre. Dies überzeugt, da der bis zur „*No Case to Answer*"-Entscheidung vorgetragene „*case*" der Anklagebehörde derselbe ist, auf dem auch eine Verurteilung beruhen müsste.[93]

Damit prüfte die Mehrheit die Schuld der Angeklagten nicht bereits auf der „*halfway stage*" der „*NCA Motion*" unter Anwendung des „*beyond reasonable doubt*"-Standards *per se*,[94] sondern nutzte den Prüfungsmaßstab des Art. 66 IStGH-Statut nur, um herauszufinden ob das Gericht überhaupt jemals verurteilen könnte.[95] Beim Merkmal „*beyond reasonable doubt*" handelt es sich also lediglich um „*a gloss on the meaning of 'could convict'.*"[96]

### 4. Zwischenfazit

Herrea Carbuccias Kritik kann insgesamt nicht gefolgt werden:

Zwar ging die Mehrheit anders als Herrera Carbuccia nicht „*prima facie*" von einer tatsächlichen Vermutung zugunsten der Beweise der Anklage aus. Dies war, wie aufgezeigt, auch sinnvoll, machte aber für die Entscheidung der Mehrheit bezüglich der „*NCA Motion*" keinen Unterschied, da die Beweise nach Auffassung der Mehrheit sogar „*taken at its highest*" so ungenügend waren, dass keine einzige vernünftige Verfahrenskammer auf dieser Grundlage jemals die Angeklagten schuldig sprechen könnte.[97]

Mit dem Verweis auf Art. 66 IStGH-Statut wandte die Mehrheit auch nicht direkt den Urteilsmaßstab an, sondern konkretisiert nur den für die „*NCA Motion*" geltenden „*could convict*"-Maßstab im Sinne der *Jelisić*-Rechtsprechung, um deutlich zu machen, dass die Anklagebehörde den ihr obliegenden Nachweis schon nicht ausreichend erbracht hatte, um einen „*case*" durch die Verteidigung zu erfordern, und schon gar nicht, um eine Verurteilung „*beyond reasonable doubt*" zu ermöglichen.[98]

Insgesamt hat sich die Mehrheit damit im Rahmen ihres Ermessens unter Berücksichtigung der Rechte der Angeklagten und der Funktion der „*NCA Motion*" vertretbar für den von ihr angewandten Prüfungsmaßstab entschieden.

## D. Fazit

Der vermeintlich überraschende Freispruch zeichnete sich also tatsächlich schon lange im Prozessverlauf ab. Sucht man Gründe für den Freispruch, sind diese – wie dargestellt – nicht in den durchaus vertretbaren Entscheidungen der Richter zu den Verfahrensabläufen zu finden, sondern müssen in der Überzeugungskraft der Beweise selbst und in ihrer Präsentation durch die Anklagebehörde gesucht werden. Nicht nur Völkerstrafrechtler sehen deshalb das Scheitern des Prozesses auf Seiten der Anklagebehörde verankert,[99] sondern auch Richter Tarfusser wird in der Begründung des Freispruchs sehr deutlich: „*I feel it is my duty to add here that I found (...) the overall performance of the Office of the Prosecutor far from satisfactory*."[100]

Neben der Enttäuschung über die Arbeit der Anklagebehörde bleibt damit vor allem die Kritik an der Funktionsfähigkeit des IStGH als arbeitsfähigem Weltgericht.[101]

Dennoch ist es abschließend wichtig, sich mit den Worten von Richard Goldstone ins Gedächtnis zu rufen, dass der Freispruch von Gbagbo und Blé Goudé nicht nur als Niederlage der internationalen Strafjustiz begriffen werden darf, sondern in gewisser Weise auch ein Sieg der unabhängigen Justiz ist: „*The fairness of any criminal justice system must be judged by acquittals and not by convictions*."[102]

---

[92] *Prosecutor v. Gbagbo/Blé Goudé*, Transcript Detention Decision, 16.01.2019, ICC-02/11-01/15-T-234-ENG ET WT, S. 4 Rn. 11-16, („Detention Decision").

[93] Vgl. *Safferling* (Fn. 85), S. 449.

[94] Sich als zutreffend herausstellend *Bradford*, No Case to Answer? Show Me the (Standard of) Proof!, http://opiniojuris.org/2019/01/20/no-case-to-answer-show-me-the-standard-of-proof/ (Stand: 19.08.2019).

[95] Explizit *Jelisić* Appeals Judgement (Fn. 63), para. 35, „*could convict*" enthalte notwendigerweise das Konzept von „*guilt beyond reasonable doubt*".

[96] *Prosecutor v. Sikirica*, Judgement on Motions for Acquittal, 03.09.2001, IT-95-8-T, paras. 10; verweist auf *Kunarac* Decision (Fn. 63), para. 3.

[97] Vgl. dazu *Delalić Appeals Judgement* (Fn. 63), para. 434.

[98] Vgl. Detention Decision (Fn. 92), S. 4, Rn. 11-16.

[99] Ellis, The Latest Crisis of the ICC: The Acquittal of Laurent Gbagbo, http://opiniojuris.org/2019/03/28/the-latest-crisis-of-the-icc-the-acquittal-of-laurent-gbagbo/, *Peniguet/Cruvellier*, Acquittal of Gbagbo and Blé Goudé: a hammering for the Prosecutor's office, https://www.justiceinfo.net/en/tribunals/icc/40006-acquittal-of-gbagbo-and-ble-goude-a-hammering-for-the-prosecutor-s-office.html (Aufruf: 14.08.2019).

[100] Opinion Tarfusser (Fn. 10), para. 89.

[101] *Ellis* (Fn. 99); *Safferling*, Der Internationale Strafgerichtshof schwächt sich selbst, https://www.fau.de/2019/01/news/ nachgefragt/der-internationale-strafgerichtshof-schwaecht-sich-selbst/ (Aufruf: 15.08.2019).

[102] *Goldstone*, Acquittals by the International Criminal Court, https://www.ejiltalk.org/acquittals-by-the-international-criminal-court/ (Aufruf: 15.08.2019).