Bucerius Law Journal
Dezember 2020
Heft 2/2020
Seiten 71-168

Gesellschaftsrecht	Dr. Christian Bochmann, LL.M. (Cambridge)	Die Modernisierung des Personengesellschaftsrechts – Vom Mauracher Entwurf zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz –	71
Familienrecht	Stefanie Nitsche	Internationale Zuständigkeit und Anerkennung in Familiensachen nach dem Brexit	80
Klimaschutzrecht	Sebastian Schwarz	Der nationale Emissionshandel in den Sektoren Wärme und Verkehr nach dem Brennstoffemissionshandelsgesetz	89
Rechtssetzung	Nicolai Hartmann	Rechtssetzung im Europäischen Gesellschaftsrecht mit Modellgesetzen am Beispiel des European Model Company Act	96
Kartellrecht	Sophie Balling	Kronzeugen im Kartellrecht – Spannungsverhältnis der Kronzeugenprivilegierung	104
Kapitalmarktrecht	Anna Brombach	Die Regulierung von Intitial Coin Offerings	116
	Karolin Kreutzer	Konflikt zwischen Pressefreiheit und Insiderrecht	123
Arbeitsrecht	Katharina Bierbrauer	Die Zulässigkeit von starren Höchstbegrenzungsklauseln in Sozialplänen	131
	Max Hülsmann	Möglichkeiten der Lösung von arbeitsrechtlichen Aufhebungsverträgen	139
	David K. Takacs	Betriebsratsvergütung bei leistungsbezogener Vergütung	146
Internationales Privatrecht	Leonie Schwannecke	Zeit für einen autonomen Rechtskraftbegriff?	154
Grundlagen	Johann Seidel	Der Begriff des natürlichen Willens im Zusammenhang mit ärztlichen Zwangsmaßnahmen gegenüber Betreuten	162

in cooperation with
WHITE & CASE

BLJ

Redaktion der Ausgabe 2/2020

Fabian Afshar
Mesut Akbaba
Simon Bösken (Schatzmeister)
Paul Bülow
Annika Diemke (Ressortleiterin)
Philipp Eschenhagen
Fabian Hagemeister (Vorsitzender)
Sarah Heidner (Stellv. Vorsitzende)
Julia Heß
Fabian Hoell
Leonard Jaritz
Luca Kahrs
Philipp Kehl
Jonas Moghib
Julius Ohletz
Christoph Rathert (Ressortleiter)
Maximilian Roth
Cora Pfeiffer
Svenja Schwartz (Ressortleiterin)
Isabelle Stein
Philip Steinheuser
Maximilian Tränkner (Webmaster & IT)
Lars Walter
Ivo Wanwitz (Social Media)
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.

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, Simon Bösken (Schatzmeister), Paul Bülow, Annika Diemke (Ressortleiterin), Philipp Eschenhagen, Fabian Hagemeister (Vorsitzender), Sarah Heidner (Stellv. Vorsitzende), Julia Heß, Fabian Hoell, Leonard Jaritz, Luca Kahrs, Philipp Kehl, Jonas Moghib, Julius Ohletz, Christoph Rathert (Ressortleiter), Maximilian Roth, Cora Pfeiffer, Svenja Schwartz (Ressortleiterin), Isabelle Stein, Philip Steinheuser, Maximilian Tränkner (Webmaster & IT), Lars Walter, Ivo Wanwitz (Social Media), Niklas Wilde

Heft 02/2020
Seiten 71-168
15. Jahrgang
Dezember 2020

Dr. Christian Bochmann, LL.M. (Cambridge)*

Reform des Personengesellschaftsrechts

Vom Mauracher Entwurf zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz

A. Einführung

„*Welche Änderungen und Ergänzungen sind im Recht der BGB-Gesellschaft geboten?*“ – So lautete der Untertitel des Beitrags von *Karsten Schmidt* in den vom Bundesminister der Justiz Anfang der Achtzigerjahre herausgegebenen „*Gutachten und Vorschläge[n] zur Überarbeitung des Schuldrechts*“.[1] Es sollte jedoch nahezu vier Jahrzehnte dauern, ehe der Gesetzgeber sich jener Frage und den seinerzeit herausgearbeiteten Antworten mit einer Entschlossenheit angenommen hat,[2] die eine tatsächliche Reform des Personengesellschaftsrechts erwarten lässt. Impulse[3] dafür waren insbesondere die höchstrichterliche Grundsatzentscheidung „ARGE Weißes Ross“ aus dem Jahr 2001[4], eine – im Hinblick auf die zwischenzeitlichen Entwicklungen freilich stark variierte – Reprise der Überlegungen *Karsten Schmidts* aus dem Jahre 1983 genau 30 Jahre später unter dem Titel „*Neuregelung des Rechts der Personengesellschaften? – Vorüberlegungen für eine konsistente Reform*“[5] sowie die Befassung des 71. Deutschen Juristentags in Essen im Jahr 2016 mit der Frage: „*Empfiehlt sich eine grundlegende Reform des Personengesellschaftsrechts?*“[6]

An diese und viele weitere Vorarbeiten[7] konnte die Große Koalition anknüpfen, als sie sich in ihrem Koalitionsvertrag aus dem Jahr 2018 die Reform des Personengesellschaftsrechts und seine Anpassung an die Anforderungen des modernen Wirtschaftslebens auf die Fahnen geschrieben hat.[8]

Eine in eben jenem Koalitionsvertrag angelegte, vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz eingesetzte Expertenkommission hat hierzu im Frühjahr 2020 mit dem Mauracher Entwurf zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts („***ME MoPeG***“)[9] einen ausformulierten Gesetzesentwurf für eine umfassende Reform des Personengesellschaftsrechts[10] nebst Begründung[11] vorgelegt, die seither intensiv diskutiert wurde[12] und im Sommer 2020 Gegenstand eines ZGR-Sondersymposions[13] war.

In der Fachöffentlichkeit hat der Mauracher Entwurf breite Zustimmung erfahren,[14] weshalb es nicht überrascht, dass

---

* Rechtsanwalt und Partner der Sozietät Flick Gocke Schaumburg, geschäftsführender Direktor des Notarrechtlichen Zentrums Familienunternehmen der Bucerius Law School und Lehrbeauftragter an der Juristenfakultät der Universität Leipzig.

1 *Karsten Schmidt*, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. III, 1983, S. 413.

2 S. hierzu Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 19. Legislaturperiode, Zeilen 6162 ff.: „Wir werden das Personengesellschaftsrecht reformieren und an die Anforderungen eines modernen, vielfältigen Wirtschaftslebens anpassen; wir werden eine Expertenkommission einsetzen, die gesetzliche Vorschläge für eine grundlegende Reform erarbeitet.“ (abrufbar unter www.bundesregierung.de/resource/blob/975226/847984/5b8bc23590d4cb2892b31c987ad672b7/2018-03-14-koalitionsvertrag-data.pdf; zuletzt abgerufen am 26.11.2020).

3 Zur (Vor-)Geschichte des Mauracher Entwurfs *Schollmeyer*, ZGR-Sonderheft 23 (2020), 29 ff.

4 BGH v. 29.1.2001 – II ZR 331/00, BGHZ 146, 341; dazu statt vieler *Karsten Schmidt*, NJW 2001, 993 ff.; *ders.*, JuS 2001, 509; *Wedemann*, in: Fleischer/Thiessen (Hrsg.), Gesellschaftsrechts-Geschichten, 2018, S. 491 ff.

5 *Karsten Schmidt*, ZHR 177 (2013), 712 ff.

6 So der Titel des von *Schäfer* erstatteten Gutachtens in: Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentags, Bd. I, 2016, S. E1 ff.

7 Unter Ziffer 1 des Berichts über die Tätigkeit und den Gesetzentwurf der vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz eingesetzten Expertenkommission für die Modernisierung des Personengesellschaftsrechts („***Kommissionsbericht***“) – abrufbar unter www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/PM/Modernisierung_Personen gesellschaftsR.html (zuletzt abgerufen am 26.11.2020) – werden neben dem Beitrag *Karsten Schmidts*, ZHR 177 (2013), 712 ff., Beiträge von *H. P. Westermann*, NJW 2016, 2625 ff., sowie von *Röder*, AcP 215 (2015), 451 ff., hervorgehoben.

8 Vgl. Zeilen 6162 ff. des Koalitionsvertrags von CDU, CSU und SPD für die 19. Legislaturperiode (Fn. 2).

9 Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Mauracher Entwurf für ein Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, April 2020 (abrufbar unter www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/PM/Modernisierung_PersonengesellschaftsR.html; zuletzt abgerufen am 26.11.2020).

10 Wenngleich diese keine „Totalrevision“, sondern eine „Modernisierung im bestehenden System“ darstellt; vgl. Ziffer 3 (1. Sitzung) des Kommissionsberichts (Fn. 7); vgl. ferner *Fleischer*, ZGR-Sonderheft 23 (2020), 1, 5 ff.; *Schollmeyer*, ZGR-Sonderheft 23 (2020), 29, 32 f.

11 Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Mauracher Entwurf für ein Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, April 2020; abrufbar unter www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/PM/042020_Entwurf_Mopeg.pdf (zuletzt abgerufen am 26.11.2020).

12 S. hierzu etwa *Altmeppen*, NZG 2020, 822; *Bachmann*, NZG 2020, 612; *Bergmann*, DB 2020, 994; *Fleischer*, DB 2020, 1107; *Geibel*, ZRP 2020, 137; *Habersack*, ZGR 2020, 539; *Heckschen*, NZG 2020, 761; *M. Noack*, NZG 2020, 581; *Otte-Gräbener*, BB 2020, 1295; *Punte/Klemens/Sambulkski*, ZIP 2020, 1230; *Schäfer*, ZIP 2020, 1149; *Scholz*, NZG 2020, 1044; *Storz*, GWR 2020, 257; *Wertenbruch*, GmbHR 2020, R196.

13 Das im ZGR-Sonderheft 23 (2020) mit dem Titel „Modernisierung des Personengesellschaftsrechts – Der Mauracher Entwurf in der Fachdiskussion“ dokumentiert ist.

14 Der Entwurf wird in der bisherigen Diskussion überwiegend positiv re-

sich seine Regelungsvorschläge im Kern in dem am 18. November 2020 zur Stellungnahme an die Verbände zirkulierten Referentenentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz („***RefE MoPeG***")[15] wiederfinden.[16] Der Referentenentwurf ist im Vergleich zum Mauracher Entwurf von 39 Artikeln auf 150 Artikel und von 210 Seiten auf 351 Seiten angeschwollen und reflektiert auch Folgeanpassungen in (aus gesellschaftsrechtlicher Perspektive) randständigen Gesetzen wie dem Düngegesetz (Art. 105 RefE MoPeG) sowie dem Bundeswaldgesetz (Art. 120 RefE MoPeG). Nicht zuletzt hieran wird deutlich, dass es dem Gesetzgeber ernst mit dem Plan ist, das Vorhaben vor Ende der Legislaturperiode im nächsten Jahr ins Bundesgesetzblatt zu bringen.

Der nachfolgende Beitrag vermittelt einen Überblick über zentrale Aspekte des Referentenentwurfs und nimmt eine erste Bewertung insbesondere der Abweichungen vom Mauracher Entwurf vor.

B. Ziel der geplanten Reform

In einer Pressemitteilung des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz anlässlich der Vorlage des Mauracher Entwurfs wurde das damit verfolgte Anliegen wie folgt zusammengefasst:

„*Wesentliches Ziel der Reform ist es, den Systemwechsel im Gesetz kohärent nachzuvollziehen und dadurch die Diskrepanzen zwischen dem geschriebenen Recht und der von der Rechtsprechung und der Kautelarpraxis geprägten Rechtsanwendung und -gestaltung im Interesse der Rechtssicherheit zu beseitigen.*"[17]

Mit „Systemwechsel" ist die in der Literatur insbesondere durch *Flume*, *Ulmer* und *Karsten Schmidt* vorbereitete[18] Grundsatzentscheidung „ARGE Weißes Ross" aus dem Jahr 2001[19] zur Rechtsfähigkeit am Rechtsverkehr teilnehmender Gesellschaften bürgerlichen Rechts gemeint. Denn anders als der Bundesgerichtshof in „ARGE Weißes Ross" insinuierte,[20] entspricht die Rechtsfähigkeit der GbR gerade nicht der Vorstellung des historischen Gesetzgebers. Für diesen war die Gesellschaft bürgerlichen Rechts eine nicht rechtsfähige Gesamthandsgemeinschaft, wobei das „*Wesen der gesammten Hand*"[21] ausdrücklich offen blieb.[22] Zwischen dem geschriebenen Recht in den seit Inkrafttreten des BGB weitgehend unveränderten[23] §§ 705 ff. BGB und dem geltenden Recht bestehen infolgedessen erhebliche Diskrepanzen, die es dem unbefangenen Leser praktisch unmöglich machen, sich das Recht der GbR als Ausgangspunkt des gesamten Personengesellschaftsrechts zu erschließen.[24] Charakteristisch für den „Systemwechsel" ist etwa der Umstand, dass die Reform des Personengesellschaftsrechts Anfang der Achtzigerjahre noch als Element einer Schuldrechtsreform begriffen wurde, heute aber ganz selbstverständlich unter der Ägide des Referats, welches das Personengesellschaftsrecht verantwortet,[25] steht.

Unabhängig von jenem Auseinanderfallen von *lex scripta* und geltendem Recht hat der mit der Grundlagenentscheidung aus dem Jahr 2001 verbundene Fortschritt seinerseits Probleme aufgeworfen, die letztlich allesamt in einem notorischen Publizitätsdefizit der (rechtsfähigen) GbR wurzeln.[26] Anschaulich wird das an folgendem Leitsatz einer BGH-Entscheidung zur Eintragungsfähigkeit einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts in das Grundbuch: „*Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) kann unter der Bezeichnung in das Grundbuch eingetragen werden, die ihre Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag für sie vorgesehen haben*"[27]. Von einer solchen Eintragung gehen jedoch erhebliche Risiken für den Rechtsverkehr aus, da eine GbR als Rechtssubjekt nach geltendem Recht keiner Registerpublizität unterliegt und damit unklar bleibt, welche Gesellschafter hinter der Gesellschaft stehen und – damit zusammenhängend (vgl. §§ 714, 709 BGB) – wie diese im Rechtsverkehr vertreten wird, da es auch an einem Anknüpfungspunkt für die Anwendung von Rechtsscheinvorschriften fehlt.[28]

Die damit verbundenen Probleme waren keinesfalls eine böse Überraschung im Gefolge der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR, sondern waren frühzeitig bedacht worden und durch das Petitum *Karsten Schmidts* auf den Punkt gebracht, „*dass es keine Publizität des Objekts ohne Publizität des Subjekts geben sollte*"[29]. Subjektpublizität in diesem Sinne kann die Rechtsprechung aber ohne gesetzliche Grundlage nicht herstellen, und die punktuellen legislativen Reaktionen in dieser Richtung in Form von § 47 Abs. 2 GBO für das Grundbuch, § 162 Abs. 1 Satz 2 HGB für das Handelsregister sowie § 40 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 GmbHG für die

zipiert und nur im Detail kritisiert, s. etwa *Bachmann*, NZG 2020, 612, 619; *Heckschen*, NZG 2020, 761, 767; *M. Noack*, NZG 2020, 581, 584; *Punte/Klemens/Sambulkski*, ZIP 2020, 1230, 1234; *Scholz*, NZG 2020, 1044. (Punktuell) kritischer dagegen *Geibel*, ZRP 2020, 137, 138 ff.; *Habersack*, ZGR 2020, 539, 546 ff.; *Wilhelm*, NZG 2020, 1041 ff.

15 Abrufbar unter www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Personengesellschaftsrecht.pdf (zuletzt abgerufen am 26.11.2020).

16 Vgl. auch Begr. RefE MoPeG, S. 114.

17 Vom 20. April 2020; abrufbar unter www.bmjv.de/SharedDocs/Down loads/DE/News/PM/042020_Mopeg_Presseinfo.pdf (zuletzt abgerufen am 26.11.2020).

18 Zur Gedankengeschichte *Habersack*, ZGR 2020, 539, 544.

19 BGH v. 29.1.2001 – II ZR 331/00, BGHZ 146, 341; dazu statt vieler *Karsten Schmidt*, NJW 2001, 993 ff.; *ders.*, JuS 2001, 509; sowie *Wedemann,* in: Fleischer/Thiessen (Hrsg.), Gesellschaftsrechts-Geschichten, 2018, S. 491 ff.

20 BGH v. 29.1.2001 – II ZR 331/00, BGHZ 146, 341, juris-Rn. 12.

21 Protokolle, in: Mugdan II, 1899, S. 990.

22 S. Protokolle, in: Mugdan II, 1899, S. 990: „*Die Kom. war der Ansicht, daß eine Stellungnahme zu der wissenschaftlichen Streitfrage über das Wesen der gesammten Hand zu vermeiden sei*"; vgl. hierzu *Fleischer*, ZGR-Sonderheft 23 (2020), 1, 7 ff.

23 Zu den punktuellen Eingriffen seit 1994 *Schäfer*, in: Münch. Komm. BGB, 8. Aufl. 2020, Vor § 705 Rn. 31 ff.

24 Vgl. *Fleischer*, ZGR 2014, 107, 108; *ders.*, DB 2020, 1107; *Karsten Schmidt*, ZHR 213 (2013), 712, 713; *Schäfer*, in: Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentags (Fn. 6), S. E1.

25 Referat III A 1 unter der Leitung von Ministerialrat *Dr. Eberhard Schollmeyer*.

26 *Karsten Schmidt*, NJW 2001, 993, 1002; *Röder*, AcP 215 (2015), 450, 460 ff.; *Herrler*, ZGR-Sonderheft 23 (2020), 39, 41 ff.; *Wicke*, DNotZ 2017, 261, 263; *Otte-Gräbener*, BB 2020, 1295.

27 BGH v. 4.12.2008 – V ZB 74/08, BGHZ 179, 102.

28 *Karsten Schmidt*, NJW 2001, 993, 1002.

29 *Karsten Schmidt*, NJW 2001, 993, 1002; vgl. auch bereits *dens.*, BB 1983, 1697 (zur Beteiligung von GbRs an GmbHs), sowie *dens.*, NJW 1984, 2249, 2250 (zur Partei- und Grundbuchfähigkeit nichtrechtsfähiger Vereine).

GmbH-Gesellschafterliste haben nach einhelliger Ansicht nicht zu einem adäquaten Maß an Rechtssicherheit geführt.[30]

C. Generalüberholung des GbR-Rechts

Der Referentenentwurf sieht – wie zuvor schon der Mauracher Entwurf – eine komplette redaktionelle Neufassung der §§ 705 ff. BGB in insgesamt 56 Vorschriften – anstelle der gegenwärtig 36 Paragrafen – sowie eine Reihe inhaltlicher Neuerungen vor. Schwerpunkte[31] sind die Erhebung der rechtsfähigen Gesellschaft zum zentralen Regelungsgegenstand der §§ 705 ff. BGB (dazu unter C.I.), die Aufgabe des Gesamthandsprinzips (dazu unter C.II.) sowie Vorgaben zur Subjektpublizität rechtsfähiger Gesellschaften, die in qualifizierter Weise am Rechtsverkehr teilnehmen (dazu unter C.III.). Größere Abweichungen vom Mauracher Entwurf haben sich hinsichtlich der Vorschriften zu Beschlüssen in Gesellschaften bürgerlichen Rechts ergeben (dazu unter C.IV.); insbesondere sind die vom Mauracher Entwurf vorgesehenen Vorschriften zum Anfechtungsmodell im Zusammenhang mit der Austragung von Beschlussmängelstreitigkeiten in das Handelsgesetzbuch, angereichert um Vorgaben zu den Modalitäten der Beschlussfassung, gewandert (dazu unter D.II.).

I. Rechtsfähige Gesellschaft als neues Leitbild der §§ 705 ff. BGB-RefE

Der Referentenentwurf definiert die „*rechtsfähige Gesellschaft*“ in § 705 Abs. 2 Var. 1 BGB-RefE als Gesellschaft, die nach dem gemeinsamen Willen der Gesellschafter am Rechtsverkehr teilnehmen soll und deshalb Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen kann. Was genau hierfür erforderlich ist, lässt der Entwurf mit Rücksicht auf die Bedeutung des individuellen Parteiwillens der Beteiligten ausdrücklich offen und sieht zudem von der Einführung einer Vermutungsregelung[32] ab.[33]

Dem gegenübergestellt wird in § 705 Abs. 2 Var. 2 BGB-RefE die „*nicht rechtsfähige Gesellschaft*“, die – und auch insofern enthält der Referentenentwurf, anders als noch der Mauracher Entwurf[34], nunmehr eine ausdrückliche Umschreibung – den Gesellschaftern zur Ausgestaltung ihres Rechtsverhältnisses untereinander dient. Womöglich erschien den Verfassern des Referentenentwurfs die Behandlung der nicht rechtsfähigen Gesellschaft im Mauracher Entwurf mit Rücksicht auf ihre rechtstatsächliche Verbreitung[35] gar zu stiefmütterlich,[36] tauchte sie dort – noch als „*Innengesellschaft*“ bezeichnet – doch erst ganz zum Ende der Vorschriften zur Gesellschaft auf und wurde lediglich negativ zur rechtsfähigen Gesellschaft abgegrenzt (§ 740 Abs. 1 BGB-ME).

Auch wenn die nicht rechtsfähige Gesellschaft damit einen Platz in der Eingangsnorm zu den §§ 705 ff. BGB-RefE erhalten hat, lässt der Referentenentwurf doch keinen Zweifel an der Weiterverfolgung des vom Mauracher Entwurf angestoßenen Leitbildwandels: Die Vorschriften zur Gesellschaft werden in Umkehrung des *Status quo* konsequent an der auf gewisse Dauer angelegten, rechtsfähigen Gesellschaft ausgerichtet,[37] da bei eben dieser die gesetzlichen Regelungsnotwendigkeiten schlicht vordringlicher als bei den Innengesellschaften sind.[38] Zu Letzteren enthält der Referentenentwurf, wie schon der Mauracher Entwurf, lediglich vier (von 56) spezifische Vorschriften (§§ 740 ff. BGB-RefE), worin die Offenheit für praktische Gestaltungen – nach *Karsten Schmidt* handelt es sich bei der Innengesellschaft nicht um eine „*Rechtsform, sondern ein vielgestaltiges Angebot des Rechts an die Praxis*“[39] – zum Ausdruck kommt.

Der Übergang zum gesetzlichen Leitbild der rechtsfähigen Gesellschaft führt zu umfangreichen Folgeanpassungen in den §§ 705 ff. BGB. So wird etwa die gegenwärtig in Verkehrung des § 105 Abs. 3 HGB aus §§ 128 ff. HGB hergeleitete akzessorische Gesellschafterhaftung[40] in §§ 721 ff. BGB-RefE eigens – und nach Vorbild der akzessorischen Gesellschafterhaftung in den Personenhandelsgesellschaften – positiviert. Nennenswerte inhaltliche Änderungen im Vergleich zur gegenwärtigen Rechtslage sind damit allerdings ebenso wenig verbunden wie mit der Ausdifferenzierung der Regelungen zur Geschäftsführung (§ 715 BGB-RefE) einerseits und zur Vertretung (§ 720 BGB-RefE)[41] andererseits.

Anders stellen sich die Neuerungen bei den Vorschriften zum Gesellschafterwechsel und zur Auflösung von Gesellschaften dar.[42] Nach geltendem Recht führen Diskontinuitäten auf Ebene der Gesellschafter – das heißt Tod, Kündigung durch den Gesellschafter oder einen Privatgläubiger sowie die Gesellschafterinsolvenz[43] – vorbehaltlich anderslautender gesellschaftsvertraglicher Regelungen zur Auflösung der Gesellschaft und ist eine GbR jederzeit fristlos ordentlich kündbar; beides ist Ausfluss des schuldvertraglichen Charakters der nicht rechtsfähigen Gesellschaft.[44] Angesichts des mit der Rechtsfähigkeit der Gesellschaft verbundenen Grades ihrer Verselbstständigung von ihren Gesellschaftern erscheinen die gegenwärtigen Auflösungs- und Kündigungs-

[30] Vgl. zu § 40 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 i.V.m. § 16 Abs. 3 GmbH *Heidinger*, in: Münch. Komm. GmbHG, 3. Aufl. 2019, § 40 Rn. 44; zu § 162 Abs. 1 Satz 2 HGB *Oetker*, in: Oetker, HGB, 6. Aufl. 2019, § 162 Rn. 7; zu § 47 Abs. 2 GBO *Reetz*, in: BeckOK GBO, 40. Ed., Stand 01.10.2020, § 47 Rn. 83 ff.

[31] Zu den großen Linien insbesondere *Fleischer*, DB 2020, 1107 (und daran anknüpfend RefE MoPeG, S. 121 ff.); *ders.*, ZGR-Sonderheft 23 (2020), 1 ff.; *Schollmeyer*, ZGR-Sonderheft 23 (2020), 29 ff.; *Bachmann*, NZG 2020, 612, 613 ff.; *Bergmann*, DB 2020, 994 ff.; *M. Noack*, NZG 2020, 581 ff.; *Schäfer*, ZIP 2020, 1149 ff.

[32] Vgl. aber die österreichische Rechtslage in § 1176 Abs. 1 Satz 2 ABGB.

[33] Begr. RefE MoPeG, S. 140 f.; vgl. zuvor bereits Begr. ME MoPeG, S. 70.

[34] Eingehend zum Außengesellschaft und Innengesellschaft im Mauracher Entwurf *Armbrüster*, ZGR-Sonderheft 23 (2020), 143 ff.

[35] Vgl. *Karsten Schmidt*, ZHR 177 (2013), 712, 721.

[36] Vgl. den Änderungsvorschlag von *Armbrüster*, ZGR-Sonderheft 23 (2020), 143, 146 f.

[37] Einl. RefE MoPeG, S. 2, 121, 140; vgl. auch bereits Begr. ME MoPeG, S. 70, und dazu hierzu *Fleischer*, DB 2020, 1107, 1110 ff.; *Schäfer*, ZIP 2020, 1149, 1150 f.

[38] Vgl. *Karsten Schmidt*, ZHR 177 (2013), 712, 721.

[39] *Karsten Schmidt*, ZHR 177 (2013), 712, 721.; vgl. zum Mauracher Entwurf auch *Armbrüster*, ZGR-Sonderheft 23 (2020), 143, 158 ff.

[40] Vgl. BGH v. 24.2.2003 – II ZR 385/99, BGHZ 154, 88, und dazu *Karsten Schmidt*, JuS 2003, 708; BGH v. 7.4.2003 – II ZR 56/02, BGHZ 154, 370, und dazu *Karsten Schmidt*, JuS 2003, 815.

[41] Hierzu eingehend *Lieder*, ZGR-Sonderheft 23 (2020), 169 ff.

[42] Vgl. hierzu eingehend *Bochmann*, ZGR-Sonderheft 23 (2020), 221 ff.

[43] §§ 723 bis 725, 727, 728 Abs. 2 BGB.

[44] Vgl. Begr. RefE MoPeG, S. 122 f., und zuvor bereits *Fleischer*, DB 2020, 1107, 1111 f.; *M. Noack*, NZG 2020, 581, 584.

gründe jedoch nicht mehr sachgerecht. Das zeigt sich sowohl in der Rechtsprechung, die bereits nach geltendem Recht die von den §§ 723 bis 725, 727, 728 Abs. 2 BGB ausgehenden Fliehkräfte durch großzügige Annahme stillschweigender Abweichungen abmildert,[45] sowie in der Gestaltungspraxis, welche die gesetzlichen Auflösungsgründe in Gesellschaftsverträgen standardmäßig zu Ausscheidensgründen des betreffenden Gesellschafters umformt.

Dementsprechend ersetzt der Gesetzgeber die gegenwärtigen Auflösungsgründe durch Ausscheidenstatbestände (§ 723 Abs. 1 BGB-RefE) und macht die ordentliche Kündigung von der Einhaltung einer Kündigungsfrist abhängig (§ 725 Abs. 1 BGB-RefE),[46] womit der Verbandskontinuität der Vorrang vor der Personenkontinuität auf Gesellschafterebene eingeräumt wird.[47] Hervorhebung verdient in diesem Zusammenhang die schon vom Mauracher Entwurf unter Rückgriff auf einen Vorschlag *Karsten Schmidts* aus dem Jahr 1983[48] vorgesehene Streichung des § 723 Abs. 3 BGB im Hinblick auf Vereinbarungen, welche die ordentliche Kündigung beschränken.[49] Schutz vor übermäßigen Bindungen soll nach der Vorstellung der Entwürfe künftig (allein) über die bewegliche Schranke der Sittenwidrigkeitsprüfung nach § 138 BGB gewährleistet werden, wobei allerdings die Wertung des § 725 Abs. 6 BGB-RefE – und damit letztlich der Entfall des ausdrücklichen gesellschaftsrechtlichen Schutzes vor exzessiven Beschneidungen des ordentlichen Kündigungsrechts – zu berücksichtigen sei.[50] Die Gestaltungspraxis wird dies vermutlich als Legitimation weitaus längerfristiger gesellschaftsvertraglicher Bindungen, als sie heute anerkannt sind, interpretieren[51] – ob zu Recht oder nicht, werden die Gerichte entscheiden.

II. Aufgabe des Gesamthandsprinzips

Ausweislich des Referentenentwurfs soll, wie es der Mauracher Entwurf bereits vorgezeichnet hat,[52] mit der gesetzlichen Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR kein Platz mehr für das Gesamthandsprinzip sein.[53] Damit ist ausschließlich die Gesellschaft selbst – nicht (auch) die Gesellschafter in gesamthänderischer Verbundenheit (vgl. § 718 BGB) – Trägerin des Gesellschaftsvermögens.[54]

Obgleich diese Konsequenz auf den ersten Blick folgerichtig erscheint, wurde sie mit Blick auf den Mauracher Entwurf doch mit ganz unterschiedlicher Zielrichtung kritisiert,[55] wobei diese Kritik sich in erster Linie auf die dogmatischen Ableitungen aus § 705 Abs. 2, § 713 BGB-ME in der Entwurfsbegründung bezieht, nicht auf die vorgeschlagenen Neuregelungen selbst.

Mit Blick auf den Mauracher Entwurf wurden allerdings auch unmittelbar praxisrelevante Zweifel an der weiteren Anwendbarkeit zentraler steuerrechtlicher Vorschriften geäußert,[56] die an das Gesamthandsvermögen von Personengesellschaften anknüpfen.[57] Diese Bedenken räumt der Referentenentwurf ebenso wenig wie der Umstand aus, dass das Gesamthandsprinzip bereits mit Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts an Überzeugungskraft eingebüßt hat,[58] da die Aufhebung von § 718 BGB und die ausdrückliche Abkehr vom Gesamthandsprinzip in der Entwurfsbegründung unmissverständlich klarmachen, dass eine *Veränderung* des *Status quo* intendiert ist.[59]

Aufgrund der hohen praktischen Relevanz der Anknüpfung der steuerlichen Vorschriften an die Gesamthand empfiehlt sich eine Klarstellung im weiteren Gesetzgebungsverfahren, etwa durch eine schlichte „Gelenknorm", wonach die steuerliche Qualifikation von Personengesellschaften durch die gesellschaftsrechtliche Aufgabe des Gesamthandsprinzips unberührt bleibt, alternativ durch eine Umformulierung der in Rede stehenden steuerlichen Vorschriften.[60]

III. Subjektpublizität als Voraussetzung der qualifizierten Teilnahme am Rechtsverkehr

Eine der auch praktisch einschneidendsten Neuerungen[61] der §§ 705 ff. BGB-RefE besteht in der Einführung eines Gesellschaftsregisters nach Vorbild des Handelsregisters (vgl. § 707b BGB-RefE). Aus dem Gesellschaftsregister sollen die fundamentalen Identifikationsmerkmale der Gesellschaft – Name, Sitz und Anschrift –, die Zusammensetzung und Identität ihres Gesellschafterkreises sowie die Vertretungsbefugnisse hervorgehen (§ 707 Abs. 2 BGB-RefE), wobei dieser Inhalt gleich dem Handelsregister öffentlichen Glauben genießen soll (§ 707a Abs. 3 BGB-RefE).[62]

---

45 Zu konkludenten Kündigungsbeschränkungen etwa BGH v. 17.6.1953 – II ZR 205/52, BGHZ 10, 91, 97 f.; BGH v. 11.7.1968 – II ZR 179/66, BGHZ 50, 316, 321; OLG Naumburg v. 26.5.2015 – 12 U 1/15, NZG 2016, 346, 347; zu konkludenten Fortsetzungsvereinbarungen in der GbR etwa OLG Celle v. 20.8.2014 – 7 U 38/14, BeckRS 2014, 21702; OLG Hamm v. 9.2.2012 – I-4 U 132711, BeckRS 2012, 10094.

46 Zum Ganzen *Bochmann*, ZGR-Sonderheft 23 (2020), 221, 228 f.

47 Vgl. Begr. RefE MoPeG, S. 122 f., und zuvor bereits *Fleischer*, DB 2020, 1107, 1111 f.

48 *Karsten Schmidt*, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts (Fn. 1), S. 540.

49 Vgl. Begr. RefE MoPeG, S. 199 f.; zuvor bereits Begr. ME MoPeG, S. 122, und dazu *Bochmann*, ZGR-Sonderheft 23 (2020), 221, 236 ff.; vgl. auch die Diskussionsbeiträge bei *Leclerc*, ZGR-Sonderheft 23 (2020), 251 ff.

50 Begr. RefE MoPeG, S.198 ff.; vgl. zuvor bereits Begr. ME MoPeG, S. 121 f.

51 *Bochmann*, ZGR-Sonderheft 23 (2020), 221, 238 ff.

52 Begr. ME MoPeG, S. 70, 87 f.; dazu *Fleischer*, DB 2020, 1107, 1110 f.

53 Begr. RefE MoPeG, S. 118.

54 Begr. RefE MoPeG, S. 122; vgl. zuvor bereits Begr. ME MoPeG, S. 70, 87 f., und dazu *Bachmann*, NZG 2020, 612, 615 f., sowie *Fleischer*, DB 2020, 1107, 1110 f.; *ders.*, ZGR-Sonderheft 23 (2020), 1, 21 ff.; *Armbrüster*, ZGR-Sonderheft 23 (2020), 143, 151 f.; vgl. aber den gegenteiligen Beschluss I.6 des 71. Deutschen Juristentags, in: Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages, Bd. II/1, 2017, S. O102, im Anschluss an *Schäfer*, in: Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages (Fn. 6), S. E87; dagegen *Bachmann*, FS Karsten Schmidt II, Band I, 2019, S. 49, 52 ff.; vgl. auch bereits *Röder*, AcP 215 (2015), 450, 494 ff.

55 Vgl. *Altmeppen*, NZG 2020, 822, 822 f.; *Geibel*, ZRP 2020, 137, 138; *Habersack*, ZGR 2020, 539, 547 ff.; *Wilhelm*, NZG 2020, 1041 ff.

56 Vgl. *Heinze*, DStR 2020, 2107 ff.

57 §§ 5, 6 GrEStG, § 6 Abs. 5 Satz 3 Nr. 1 und Nr. 2 EStG, § 10 Abs. 1 Satz 4 ErbStG sowie § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO.

58 Vgl. *Bachmann*, in: FS Karsten Schmidt II, Band I, 2019, S. 49, 52 ff.; *Karsten Schmidt*, ZHR 180 (2016), 411, 416 f.

59 Vgl. *Heinze*, DStR 2020, 2107, 2110.

60 *Heinze*, DStR 2020, 2107, 2110.

61 Vgl. Begr. RefE BGB, S. 124 ff., 142 ff.; vgl. zuvor bereits Kommissionsbericht (Fn. 7) unter Ziffer 4.a.

62 Überblick bei *Herrler*, ZGR-Sonderheft 23 (2020), 39, 44 f.

1. Indirekter Zwang in die Subjektpublizität

§ 707 Abs. 1 BGB-RefE lautet: „*Die Gesellschafter können die Gesellschaft bei dem Gericht, in dessen Bezirk sie ihren Sitz hat, zur Eintragung in das Gesellschaftsregister anmelden.*“ Unter Hinweis auf die Kann-Formulierung hatten das BMJV[63], die Kommission[64] und die Entwurfsbegründung[65] mit Blick auf den Mauracher Entwurf noch die Freiwilligkeit der Eintragung betont – was allerdings nur die halbe Wahrheit war. Die Begründung zum Referentenentwurf verhehlt dies nicht, wenn es darin heißt, man setze „*im Interesse einer möglichst niedrigschwelligen Regulierung auf ein System der positiven Anreizwirkung mit teils faktischem Zwang zur Registrierung*“[66].

Zwar haben sowohl der Mauracher wie der Referentenentwurf denjenigen Vorschlägen eine Absage erteilt, wonach überhaupt nur registrierte Gesellschaften bürgerlichen Rechts die Rechtsfähigkeit erlangen und damit am Rechtsverkehr teilnehmen können sollten;[67] die Registrierung im Gesellschaftsregister ist dementsprechend kein notwendiges Element der rechtsfähigen Gesellschaft gemäß § 705 Abs. 2 Var. 1 BGB-RefE. Leitend war die Überlegung, dass ein konstitutives Eintragungserfordernis die Rechtsentwicklung gegenüber dem mit „ARGE Weißes Ross“ erreichten Zustand zurückwerfen würde und vor allem der Umgang mit den bereits existenten – nach Stand „ARGE Weißes Ross“ rechtsfähigen – Gesellschaften kaum praxisgerecht gelingen würde.[68]

Freiwilligkeit nach der Konzeption des Referentenentwurfs bedeutet jedoch nicht, dass es im freien Ermessen rechtsfähiger Gesellschaften stünde, ob sie ihre gesellschaftsrechtlichen Verhältnisse bei der Teilnahme am Rechtsverkehr publik machen oder nicht. Der Referentenentwurf macht vielmehr, wie zuvor bereits der Mauracher Entwurf, die Eintragung zur Voraussetzung der qualifizierten Teilnahme am Rechtsverkehr, wobei sich die Begründung und damit auch die Bestimmung der Reichweite des Voreintragungserfordernisses in den Entwürfen unterscheidet: Wurde die Etablierung von Vorschriften, die eine Voreintragung erfordern, im Mauracher Entwurf mit der „*intensive*[n] *Teilnahme am Rechtsverkehr*“[69] in typisierten Fällen begründet, lassen sich nach dem Referentenentwurf „*die Belastungen einer Registrierung nicht allein wegen eines praktischen, sondern nur wegen eines normativ begründeten und überwiegenden Interesses des Rechtsverkehrs an Subjektpublizität rechtfertigen*“[70].

Unter dieser Prämisse identifiziert der Referentenentwurf zwei Grundkategorien, in denen das Voreintragungserfordernis Geltung beanspruchen muss:[71] Das Gesetz knüpft an die Eintragung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts in einem Objektregister (i) die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs des im jeweiligen Register ausgewiesenen Objekts oder (ii) eine vergleichbare Legitimationswirkung hinsichtlich der Inhaberschaft an dem jeweiligen Objekt. Für den ersten Fall werden als Beispiele der Gutglaubenserwerb von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten (§§ 892 f. BGB) aufgrund der Eintragung einer GbR im Grundbuch (§ 47 Abs. 2 GBO) sowie von GmbH-Geschäftsanteilen (§ 16 Abs. 3 GmbHG) aufgrund der Eintragung einer GbR in der Gesellschafterliste (§ 40 Abs. 1 GmbHG) genannt, für den zweiten Fall die Legitimationswirkung der Eintragung in der Gesellschafterliste (§ 16 Abs. 1 Satz 1, § 40 Abs. 1 GmbHG) oder im Aktienregister (§ 67 Abs. 2 Satz 1 AktG). Das gegenwärtige System, in dem Objektpublizitätsträger wie das Grundbuch und die Gesellschafterliste Angaben zu den Gesellschaftern einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Inhaberin des jeweiligen registrierten Objekts verlangen,[72] wird damit sukzessive obsolet werden, da jedwede rechtsgeschäftliche Veränderung bei diesen Rechten künftig die Eintragung der betreffenden GbR im Gesellschaftsregister zur Voraussetzung hat.[73] Die geltende Objektpublizität wird durch Subjektpublizität ersetzt,[74] womit insbesondere § 899a BGB als Menetekel der gegenwärtigen Publizitätsdefizite der rechtsfähigen GbR entfällt.[75]

Im Ergebnis überzeugt dieser Ansatz. Es stellt sich jedoch die Frage, ob die Begründungsansätze „Gutglaubenserwerb“ und „vergleichbare Legitimationswirkung hinsichtlich der Rechtsinhaberschaft“ tatsächlich andere Fälle als die vom Referentenentwurf beispielhaft angeführten tragen. So soll nach dem Referentenentwurf etwa § 162 Abs. 1 Satz 2 HGB gestrichen werden,[76] der gegenwärtig bestimmt, dass im Falle einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Kommanditistin auch Angaben zu den Gesellschaftern der GbR im Handelsregisterblatt der Kommanditgesellschaft einzutragen sind. Künftig hingegen würde über § 161 Abs. 2, § 105 Abs. 2 HGB-RefE, § 707a Abs. 1 Satz 2 BGB-RefE zur Anwendung gelangen,[77] sodass die Beteiligung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Kommanditistin an einer KG die Voreintragung im Gesellschaftsregister erfordert. Das überzeugt im Ergebnis, kann aber nicht mit den Aspekten des Gutglaubenserwerbs oder vergleichbarer Wirkungen erklärt werden, da die Handelsregistereintragung weder einen gutgläubigen Erwerb der Kommanditbeteiligung ermöglicht noch eine besondere Legitimation gegenüber der Kommanditgesellschaft vermittelt.

---

63 Pressemitteilung vom 20. April 2020 (Fn. 17), S. 2.

64 Vgl. Kommissionsbericht (Fn. 7) unter Ziffer 4.a.aa); vgl. aber auch *Wertenbruch*, GmbHR 2020, R196.

65 Begr. ME MoPeG, S. 72 f.

66 Begr. RefE MoPeG, S. 124.

67 Begr. RefE MoPeG, S. 143 f.; vgl. auch *Herrler*, ZGR-Sonderheft 23 (2020), 39, 43 ff.; *Bergmann*, DB 2020, 994, 995 ff.; Registrierung als konstitutive Voraussetzung der Erlangung der Rechtsfähigkeit befürwortend *Röder*, AcP 215 (2015), 450, 466 ff.; *Wicke*, in: Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages (Fn. 54), S. O31, O41 f.; *ders.*, DNotZ 2017, 261, 263; *Heckschen*, NZG 2020, 761, 762 f.; vgl. auch *Fleischer/Pendl*, WM 2019, 2137, 2140 f.; *Weber*, in: Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentags, 2017, Bd. II/2, S. O124 f.; vgl. auch die diesbezüglichen Stellungnahmen in der Diskussion zum Referat von *Herrler*, abgedruckt im Diskussionsbericht von *Knaier*, ZGR-Sonderheft 23 (2020), 79 ff.

68 Begr. RefE MoPeG, S. 143; vgl. zuvor bereits Begr. ME MoPeG, S. 73.

69 Begr. ME MoPeG, S. 73.

70 Begr. RefE MoPeG, S. 124.

71 Begr. RefE MoPeG, S. 124.

72 Vgl. etwa § 21 EGBGB-RefE i.V.m. § 47 Abs. 2 GBO; vgl. ferner § 162 Abs. 1 Satz 2 HGB-RefE, § 40 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 GmbHG-RefE.

73 Vgl. etwa § 47 Abs. 2 GBO-E und Begr. ME MoPeG, S. 148 f.

74 Vgl. dazu Begr. ME MoPeG, S. 142; *M. Noack*, NZG 2020, 581, 582.

75 Art. 1 Nr. 4 RefE MoPeG; hierzu *M. Noack*, NZG 2020, 581, 582.

76 Art. 51 Nr. 5 lit. a) aa) RefE MoPeG.

77 Begr. RefE MoPeG, S. 294.

Da die fehlende Subjektpublizität der Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach geltendem Recht der Hauptgrund für den weitgehenden (vgl. aber § 191 Abs. 2 Nr. 1 UmwG) Ausschluss der GbR von Maßnahmen nach dem Umwandlungsgesetz ist,[78] soll sich die Umwandlungsfähigkeit der im Gesellschaftsregister eingetragenen Gesellschaft künftig konsequenterweise nicht mehr von der einer Personenhandelsgesellschaft unterscheiden, was durch einen minimalinvasiven Eingriff in das Umwandlungsgesetz in Gestalt von § 3 Abs. 1 Nr. 1 UmwG-RefE erreicht wird.[79]

Bei Lichte betrachtet wird es damit künftig nicht lediglich die beiden Kategorien der rechtsfähigen und der nicht rechtsfähigen Gesellschaft bürgerlichen Rechts (§ 705 Abs. 2 BGB-RefE) geben, sondern die erstgenannte Kategorie in die zwei Untergruppen der nicht eingetragenen und der eingetragenen Gesellschaften zerfallen, was am obligatorischen Namenszusatz „*eingetragene Gesellschaft bürgerlichen Rechts*“ oder „*eGbR*“ für die letztgenannte Kategorie augenfällig wird (§ 707a Abs. 2 Satz 1 BGB-RefE).[80]

Die Eintragung als Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Gesellschaftsregister ist hinsichtlich des damit erreichten Publizitätsniveaus eine Einbahnstraße. Insbesondere die Vorschriften zum sogenannten Statuswechsel in § 707c BGB-RefE betreffen lediglich den Wechsel von der eingetragenen GbR in eine Personenhandelsgesellschaft oder eine Partnerschaftsgesellschaft und umgekehrt, sehen also keine Möglichkeit vor, in den Status der nicht eingetragenen rechtsfähigen Gesellschaft zurückzukehren.[81] Die Löschung ist lediglich nach den „*allgemeinen Vorschriften*“ vorgesehen, also insbesondere im Falle der Vollbeendigung (§ 707a Abs. 4 BGB-RefE).[82] Konsequenterweise wird auch freiwillig im Handelsregister eingetragenen offenen Handelsgesellschaften die Möglichkeit abgeschnitten, auf eigenen Antrag eine Löschung zu erreichen, wie es gegenwärtig auf Grundlage von § 105 Abs. 2 Satz 2, § 2 Satz 3 HGB möglich ist. § 107 Abs. 2 Satz 2 HGB-RefE bestimmt vielmehr, dass die Fortsetzung als Gesellschaft bürgerlichen Rechts nur im Wege eines Statuswechsels zulässig ist, was nach § 707c BGB-RefE zwingend den Weg ins Gesellschaftsregister weist.

2. Nebeneffekt: Transparenzregisterpublizität

Ein Nebeneffekt der Eintragung von GbR im Gesellschaftsregister ist ihre Einbeziehung in das Regime der Transparenzregisterpublizität (§§ 18 ff. GwG). Da § 20 Abs. 1 Satz 1 GwG bestimmt, dass lediglich „*eingetragene Personengesellschaften*“ die Angaben zu ihren wirtschaftlich Berechtigten einzuholen und an das Transparenzregister zu übermitteln haben, unterliegt die GbR gegenwärtig keinerlei Transparenzregisterpublizität,[83] und zwar auch dann nicht, wenn etwa für eine GbR im Grundbuch ein Recht auf Grundlage von § 47 Abs. 2 GBO eingetragen ist.[84]

Für eingetragene Gesellschaften im Sinne von § 705 Abs. 2 Var. 2 BGB-RefE wird sich dies künftig ändern, was der Referentenentwurf adressiert[85] und worauf er mit der Erweiterung der Tatbestände der Mitteilungsfiktion um das Gesellschaftsregister in § 20 Abs. 2 Satz 1 und § 22 Abs. 1 Satz 1 GwG[86] zutreffend reagiert. Die Mitteilungsfiktion greift aber dann nicht ein, wenn die wirtschaftlich Berechtigten einer eingetragenen GbR und ihre im Gesellschaftsregister ausgewiesenen Gesellschafter auseinanderfallen, was etwa bei Grundbesitz-GbRs, an denen Treuhänder-Gesellschafter beteiligt sind, praktische Auswirkungen hat. Bleiben die wirtschaftlichen Beteiligungsverhältnisse – das heißt der Treugeber hinter dem im Grundbuch als Treuhänder-Gesellschafter eingetragenen Treuhänder – in solchen Fällen nach jetzigem Rechtsstand verborgen, werden sie künftig im Transparenzregister offenzulegen sein, wenn die für wirtschaftliche Berechtigungen im Sinne von § 19 Abs. 2 Satz 1, § 3 Abs. 2 GwG maßgebliche Schwelle von 25 Prozent überschritten wird.

Über diese Konsequenzen *de lege lata* hinaus wird die Transparenzregisterpublizität der eingetragenen Gesellschaft der Frage Nachdruck verleihen, weshalb ausgerechnet die wirtschaftlich Berechtigten nicht im Gesellschaftsregister eingetragener GbRs, die mitunter ebenfalls über erhebliches Vermögen verfügen – die Inhaberschaft etwa von Bankkonten oder Depots setzt nach der Konzeption der §§ 707 ff. BGB-RefE keine Voreintragung voraus[87] –, im Verborgenen bleiben können. Dass der Nutzen der gesamten Transparenzregisterpublizität fragwürdig erscheint,[88] wird in diesem Zusammenhang kaum als Argument akzeptiert werden. Gegen eine allgemeine Transparenzregisterpublizität aller rechtfähigen Gesellschaften sprechen jedoch Gründe, die auch gegen die (konstitutive) Registrierungspflicht aller rechtsfähigen Gesellschaften angeführt werden:[89] Die Vielgestaltigkeit und häufig auch Flüchtigkeit rechtsfähiger Gesellschaften erfordern eine klare positive Eingrenzung der Publizitätspflichten.

3. Weitere Folgewirkungen?

Die mit dem Gesellschaftsregister geschaffene Subjektpublizität ist im Sinne des Verkehrsschutzes dringend erforderlich und begrüßenswert, tangiert aber zugleich legitime Interessen insbesondere von Familienunternehmen an der

[78] Vgl. Begr. RefE MoPeG, S. 144, 309; vgl. aber § 191 Abs. 2 Nr. 1 UmwG.

[79] Begr. RefE MoPeG, S. 309; vgl. bereits zuvor Begr. ME MoPeG, S. 189 ff., und dazu *Bergmann*, DB 2020, 994, 997.

[80] Vgl. noch § 707a Abs. 3 BGB-ME, der das Recht – aber keine Pflicht – zur Führung eines entsprechenden Zusatzes vorsah, sowie Begr. RefE MoPeG, S. 148 f., zu den Gründen der nunmehr vorgesehenen Pflicht zur Kenntlichmachung der Eintragung.

[81] Begr. RefE MoPeG, S. 150.

[82] Begr. RefE MoPeG, S. 150; zuvor bereits Begr. ME MoPeG, S. 76 f.

[83] *Bochmann*, DB 2017, 1310, 1312 f.; *Habersack*, ZGR 2020, 539, 550; *Rieg*, BB 2017, 2310; *Schiffer/Schürmann*, BB 2017, 2626; *Seibert/Bochmann/Cziupka*, GmbHR 2017, 1128.

[84] *Bochmann*, DB 2017, 1310, 1312 f.; im Zusammenhang mit § 40 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 GmbHG: *Wachter*, GmbHR 2017, 1177, 1183.

[85] Begr. RefE MoPeG, S. 349 f.

[86] Art. 101 Nr. 4 lit. b) und Nr. 5 lit. a) bb) RefE MoPeG.

[87] Möglicherweise werden aber z.B. Banken zur Erfüllung ihrer geldwäscherechtlichen Sorgfaltspflichten die Voreintragung zur Voraussetzung für die Eröffnung von Bankkonten und Depots machen; vgl. in dieser Richtung Begr. RefE MoPeG, S. 124.

[88] Vgl. *Bochmann*, GmbHR 2019, 640, 641.

[89] Hierzu Begr. RefE MoPeG, S. 143.

Vermeidung von Publizität.[90] Hervorhebung verdient daher der Umstand, dass das Gesellschaftsregister die Möglichkeit unberührt lässt, durch Poolvereinbarungen, Stimmbindungsvereinbarungen, Konsortialbindungen etc. bei der GmbH und der Aktiengesellschaft die Feinjustierung der Governance von Familienunternehmen außerhalb der Satzung – und damit weitgehend ohne Publizität – vorzunehmen. Zwar handelt es sich bei derartigen Vereinbarungen regelmäßig um Gesellschaften bürgerlichen Rechts. Solange die Pool-/Konsortial-/Stimmbindungs-GbR jedoch nicht selbst Gesellschafter des Verbands, dessen Verhältnisse sie konkretisieren soll, wird – in der Diktion des § 705 Abs. 2 BGB-E also nicht „*nach dem gemeinsamen Willen der Gesellschafter am Rechtsverkehr teilnehmen soll*" –, handelt es sich um nicht rechtsfähige Gesellschaften, auf welche die Vorschriften zum Gesellschaftsregister zu Recht von vornherein keine Anwendung finden (vgl. § 740 Abs. 2 BGB-RefE).

IV. Beschlüsse

Anders als das gegenwärtige Recht (vgl. §§ 709 bis 711 BGB) unterscheidet der Referentenentwurf, wie zuvor bereits der Mauracher Entwurf,[91] klar zwischen Geschäftsführungsmaßnahmen (§§ 715 f. BGB-RefE) einerseits und Gesellschafterbeschlüssen (§ 714 BGB-RefE) andererseits[92] und verortet das personengesellschaftsrechtliche Einstimmigkeitsprinzip (vgl. § 709 Abs. 1 BGB, § 119 Abs. 1 HGB)[93] folgerichtig bei der Beschlussfassung (§ 714 BGB-RefE).

Der Mauracher Entwurf sah bei § 714 BGB-ME noch einen zweiten Satz vor, mit dem die Rechtsprechung zu allgemeinen Mehrheitsklauseln[94] zu einem Zweifelssatz, demzufolge eine allgemeine Stimmenmehrheitsklausel im Gesellschaftsvertrag im Zweifel auch für Beschlüsse gilt, die auf eine Änderung des Gesellschaftsvertrags gerichtet sind, verdichtet werden sollte, und zwar insbesondere um den Gesellschaftern die Bedeutung einer Mehrheitsklausel vor Augen zu führen und sie gegebenenfalls zu einer abweichenden Regelung anzuhalten.[95] Dies wurde mit dem Argument beanstandet, dass jene Appellfunktion des § 714 Satz 2 BGB-ME die Gründer einer GbR typischerweise nicht erreichen dürfte.[96] Der Referentenentwurf hat diese Kritik aufgegriffen und enthält keine Regelung nach Vorbild des § 714 Satz 2 BGB-ME, sodass es für die Bestimmung der Reichweite von Mehrheitsklauseln bei den geltenden Rechtsprechungsgrundsätzen[97] bleibt.

[90] Hierzu *Bochmann*, in: Röthel/Karsten Schmidt (Hrsg.), Grundfragen der Organisation von Familienunternehmen, 2021, S. 147 ff. (erscheint demnächst).

[91] Begr. ME MoPeG, S. 88 f.; hierzu eingehend *Lieder*, ZGR-Sonderheft 23 (2020), 169 ff.

[92] Begr. RefE MoPeG, S. 168 f.

[93] Dazu *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, S. 453; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht II, 2004, S. 300.

[94] BGH v. 13.10.2020 – II ZR 359/18, ZIP 2020, 2281; BGH v. 11.9.2018 – II ZR 307/16, NJW 2019, 157; BGH v. 15.1.2007 – II ZR 245/05, BGHZ 170, 283; BGH v. 21.10.2014 – II ZR 84/13, BGHZ 203, 77.

[95] Begr. ME MoPeG, S. 89; vgl. dazu *Bergmann*, DB 2020, 994, 997 f.; *Habersack*, ZGR 2020, 539, 559; *M. Noack*, NZG 2020, 581, 583.

[96] Vgl. *Schäfer*, ZIP 2020, 1149, 1152; *Heckschen*, NZG 2020, 761, 764; vgl. auch die Kritik bei *Geibel*, ZRP 2020, 137, 140.

[97] Vgl. Nachw. in Fn. 94.

D. Zentrale Änderungen im Recht der Personenhandelsgesellschaften

Die Veränderungen im Recht der Personenhandelsgesellschaften sind redaktionell deutlich moderater als bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, enthalten aber fundamentale Neuerungen.

I. Öffnung für freie Berufe

Die „*wohl spektakulärste und in der [Mauracher] Kommission umstrittenste Neuerung*"[98] im Recht der Personenhandelsgesellschaften, die der Referentenentwurf aus dem Mauracher Entwurf übernommen hat, ist die Öffnung der offenen Handelsgesellschaft und der Kommanditgesellschaft für die Ausübung freier Berufe (§ 107 Abs. 1 Satz 2 HGB-RefE). Nach geltendem Recht ist Freiberuflern insbesondere die im Vergleich zur GbR und zur Partnerschaftsgesellschaft mit Haftungsprivilegien verbundene Rechtsform der (GmbH & Co.) Kommanditgesellschaft verschlossen, da die Ausübung eines freien Berufs kein Gewerbe (§ 105 Abs. 2 Satz 1, § 1 HGB) darstellt.[99] Wenn gegenwärtig gleichwohl etwa Steuerberater und Wirtschaftsprüfer, die zweifelsohne einen freien Beruf ausüben (vgl. § 1 Abs. 2 Satz 2 PartGG), in Personenhandelsgesellschaften zusammengeschlossen sind, ist dies allein ihrer als gewerblich anerkannten Treuhandtätigkeit[100] geschuldet.[101] Diese Verrenkung soll aus gesellschaftsrechtlicher Perspektive künftig obsolet werden, indem § 107 Abs. 1 Satz 2 HGB-RefE die Errichtung einer oHG – in Verbindung mit § 161 Abs. 2 HGB-RefE einer Kommanditgesellschaft – zur gemeinsamen Ausübung freier Berufe gestattet, soweit das Berufsrecht dies zulässt.[102] Damit wird lediglich die gesellschaftsrechtliche Schranke des § 105 Abs. 2 HGB abgebaut, die Entscheidung über die Zulässigkeit im Übrigen aber an das Berufsrecht delegiert.[103]

II. Gesellschafterversammlung und Beschlussmängelrecht

Wie bei den Gesellschaften bürgerlichen Rechts unterscheidet der Referentenentwurf auch bei den Personenhandelsgesellschaften klarer als das geltende Recht zwischen Beschlussfassung (§§ 109 ff. HGB-RefE) und Geschäftsführung (§ 116 HGB-RefE). § 109 Abs. 3 HGB-RefE enthält als Parallelnorm zu § 714 BGB-RefE[104] das dispositive Einstimmigkeitserfordernis für Beschlussfassungen in der Personenhandelsgesellschaft.

[98] *Schäfer*, ZIP 2020, 1149, 1149; aus berufsrechtlicher Perspektive relativierend *Uwer*, ZGR-Sonderheft 23 (2020), 87, 91.

[99] Statt vieler *Hopt*, in: Baumbach/Hopt, HGB, 39. Aufl. 2020, § 1 Rn. 19.

[100] Vgl. § 49 Abs. 2 StBerG und § 27 Abs. 2 WPO.

[101] Vgl. BGH v. 18.7.2011 – AnwZ (Brfg) 18/10, NZG 2011, 1063, 1064.

[102] Begr. RefE MoPeG, S. 259 ff.; vgl. zuvor bereits Begr. ME MoPeG, S. 165 ff.; vgl. zum Ganzen eingehend *Uwer*, ZGR-Sonderheft 23 (2020), 87 ff.

[103] Begr. RefE MoPeG, S. 260 f.; *M. Noack*, NZG 2020, 581, 584; *Uwer*, ZGR-Sonderheft 23 (2020), 87, 90.

[104] Dazu bereits unter C.IV.

Der Referentenentwurf weicht in einem zentralen Aspekt – der Verortung des Anfechtungsmodells – vom Mauracher Entwurf ab und ergänzt ihn mit Vorschriften zum Beschlussverfahren um einen ganz neuen, und zwar unter Hinweis auf die wechselseitige Abhängigkeit beider Aspekte:

Eine fundamentale Neuerung des Mauracher Entwurfs gegenüber dem geltenden Recht bestand in der Übertragung des kapitalgesellschaftsrechtlichen Anfechtungsmodells (vgl. §§ 241 ff. AktG) mit der Unterscheidung zwischen nichtigen und lediglich anfechtbaren Beschlüssen, deren Mängel sich durch Zeitablauf erledigen können, auf die rechtsfähige Gesellschaft bürgerlichen Rechts (§§ 714a ff. BGB-ME) und damit mittelbar (vgl. §§ 105 Abs. 2, 161 Abs. 2 HGB-ME) auf die Personenhandelsgesellschaften.[105] Hierzu wurde kritisch angemerkt, dass das Anfechtungsmodell ohne einen gewissen Grad an Formalisierung des Beschlussverfahrens leerlaufe, da es bei (vermeintlichen) Beschlüssen, deren Zustandekommen und Ergebnis mangels Feststellung oder vergleichbaren verbindlichkeitsbegründenden Aktes ungewiss ist – nicht anders als bei der GmbH[106] –, doch bei der nicht fristgebundenen Feststellungsklage bleibt.[107]

Der Referentenentwurf hat diese berechtigten Einwände aufgegriffen und in § 109 HGB-RefE für Personenhandelsgesellschaften rudimentäre Vorgaben zur Beschlussfassung „*in Versammlungen*“ bzw. in der „*Gesellschafterversammlung*“ – bereits die Terminologie ist ein Novum im Personengesellschaftsrecht – formuliert. Überzeugend führt die Begründung zum Referentenentwurf aus, dass derartige Anforderungen bei Gesellschaften bürgerlichen Rechts überzogen wären,[108] und liegt insofern auf einer Linie mit dem Mauracher Entwurf, der aus eben diesem Grund von der Statuierung von Beschlussfassungsmodalitäten bei der GbR ausdrücklich abgesehen hatte.[109]

Das in der Diskussion zum Mauracher Entwurf geschärfte Bewusstsein dafür, dass das Anfechtungsmodell nur in Kombination mit Vorschriften zu Beschlussfassungsmodalitäten zweckmäßig ist, hat im Referentenentwurf konsequenterweise dazu geführt, dass das Anfechtungsmodell als dispositiver Standard für GbRs, bei denen gesetzliche Beschlussformalitäten gerade nicht angemessen erscheinen, aufgegeben wurde. Der Referentenentwurf bestimmt das Anfechtungsmodell vielmehr allein für Personenhandelsgesellschaften als dispositiven Standard (§§ 110 ff. HGB-RefE), wobei es diesen ebenso möglich ist, aus dem Anfechtungsmodell heraus zu optieren, wie Gesellschaften bürgerlichen Rechts – nicht anders als heute – hineinoptieren können.[110]

Die Verortung des Anfechtungsmodells überzeugt ebenso wie das Anliegen, das Verfahren der Beschlussherbeiführung in Personenhandelsgesellschaften in einem gewissen Maße zu formalisieren. In letzterem Punkt erscheint der Referentenentwurf mit der Beschränkung auf die Beschlussfassung „*in Versammlungen*“ jedoch zu starr. Zwar ist die Vorschrift dispositiver Natur (vgl. § 108 HGB-RefE), sodass es den Gesellschaftern jederzeit freisteht, von § 109 HGB-RefE abweichende Regelungen zur Art und Weise der Beschlussfassung insbesondere zu (präsenzlosen) Beschlussfassungen außerhalb von Versammlungen – zu treffen. Wie dies zu geschehen hat, bleibt aber unklar. Soll eine Abweichung von den in § 109 HGB-RefE angelegten Beschlussmodalitäten

(i) mit der für die jeweiligen Sachentscheidung erforderlichen Mehrheit,[111]

(ii) durch Gesellschaftsvertragsänderung, die aber ihrerseits an die Vorgaben des § 109 HGB-RefE und zudem an die dafür erforderlichen Mehrheiten gebunden ist, oder

(iii) mit Blick auf § 48 Abs. 2 GmbHG in seiner nicht durch § 2 COVMG[112] modifizierten Reinform gar nur einstimmig

möglich sein? Um das mit diesen Verfahrensfragen verbundene erhebliche Streitpotenzial zu vermeiden, empfehlen sich ergänzende Regelungen zur präsenzlosen Beschlussfassung sowie möglichst auch zu virtuellen Formen[113] der Gesellschafterversammlung.

E. Fazit

Schon der Mauracher Entwurf war bemerkenswert, ist es ihm doch gelungen, eine jahrzehntewährende Reformdiskussion zu einem im Kern über hundertjährigen und in weiten Teilen durch die Rechtsprechung überholten Normenbestand zu systematisieren und in Gesetzesform zu konzentrieren. Für den nun vorliegenden Referentenentwurf gilt das nicht minder, denn innerhalb kürzester Zeit wurde die intensive Diskussion zum Mauracher Entwurf nicht nur umfassend ausgewertet, sondern auch in konkrete – und überzeugende – Anpassungen und Ergänzungen des Gesetzesentwurfs überführt.

Das weitere Arbeitsprogramm und der sich aus dem nahenden Ende der Wahlperiode ergebende Zeitplan sind

[105] Begr. ME MoPeG, S. 90 ff.; eingehend hierzu *Drescher*, ZGR-Sonderheft 23 (2020), 116, 123 ff.

[106] BGH v. 11.2.2008 – II ZR 187/06, NZG 2008, 317, 318; *Bochmann/Cziupka*, in: GmbH-Handbuch, 168. Erg.-Lfg. 2019, Rn. I-1711; *Wertenbruch*, in: Münch. Komm. GmbHG, 3. Aufl. 2019, Anh. § 47 Rn. 227; *Wicke*, GmbHG, 4. Aufl. 2020, Anh. § 47 Rn. 12; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl. 2019, Anh. § 47 Rn. 19.

[107] *Drescher*, ZGR-Sonderheft 23 (2020), 116, 124; vgl. auch *Otte*, ZIP 2020, 1743, 1746 f.; vgl. bereits vor dem Mauracher Entwurf *Lieder*, NZG 2018, 1321, 1329; *Schäfer*, in: FS Karsten Schmidt II, Band II, 2019, S. 323, 329; vgl. zum in jedem Falle verbleibenden Anwendungsbereich der allgemeinen Feststellungsklage im Anfechtungsmodell Begr. RefE MoPeG, S. 128, sowie Begr. ME MoPeG, S. 91.

[108] Begr. RefE MoPeG, S. 127, 129.

[109] Begr. ME MoPeG, S. 89: „*Ein bestimmtes Beschlussverfahren ist wie überhaupt eine Regelung zum Zustandekommen eines Beschlusses im Kommissionsentwurf nicht vorgesehen.*“; vgl. hierzu *Drescher*, ZGR-Sonderheft 23 (2020), 115, 118; *Fleischer*, ZGR-Sonderheft 23 (2020), 1, 18.

[110] Vgl. Begr. RefE MoPeG, S. 123, 127.

[111] Mit § 109 Abs. 4 HGB-RefE lässt sich dies jedenfalls nicht begründen, da dieser nach seinem Wortlaut nur für die „*Gesellschafterversammlung*“ – also Präsenzbeschlussfassungen – gilt.

[112] Hierzu *Bochmann/Bron/Staake*, BB 2020, 1367, 1369 f.; *Reichert/Bochmann*, GmbHR 2020, R132 ff.; *dies.*, GmbHR 2020, R340 ff.; *Reichert/Knoche*, GmbHR w2020, 461 ff.; *Otte/Dietlein*, BB 2020, 1163 ff.; *Wicke*, NZG 2020, 501 ff.

[113] Entsprechendes Petitum zum Recht der GmbH-Gesellschafterversammlung bei *Reichert/Bochmann*, GmbHR 2020, R340, R342.

ambitioniert: Bis zum 16. Dezember 2020 hat das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz den Verbänden Gelegenheit zur Einreichung schriftlicher Stellungnahmen gegeben, die absehbar weiteren erheblichen Auswertungsaufwand nach sich ziehen werden, ehe im neuen Jahr mit einem Regierungsentwurf das parlamentarische Verfahren initiiert werden kann.

Wenngleich der Regierungsentwurf schon aufgrund dieses engen Zeitplans nicht mehr in dem Maße für inhaltliche Veränderungen offen sein wird, wie der Referentenentwurf es für Anmerkungen zum Mauracher Entwurf war, empfehlen sich doch in jedem Falle Klarstellungen hinsichtlich der steuerlichen Folgewirkungen der Aufgabe des Gesamthandsprinzips sowie Ergänzungen der Vorschriften zur Beschlussfassung in Personenhandelsgesellschaften (§ 109 HGB-RefE).

Stefanie Nitsche*

Internationale Zuständigkeit und Anerkennung in Familiensachen nach dem Brexit

A. Scheidung in doppelter Hinsicht – von der EU und innerhalb der EU

29.03.2017: Das Vereinigte Königreich[1] hat die Scheidung eingereicht. Von einer nicht einvernehmlichen Eheaufhebung und einem Rosenkrieg ist in den deutschen Medien die Rede. Parallel gilt es über eine Verpflichtung des Vereinigten Königreichs hinsichtlich Unterhaltszahlungen für das ungewollte Kind „Europäische Union" zu verhandeln.[2] „Brexit" ist gleichsam als Sinnbild für die Mutter aller Scheidungen deklariert.

Was sich abstrakt auf der internationalen Großleinwand zeigt, spiegelt sich auch auf kleiner Ebene in emotionaler Ausgestaltung wider. Scheidungen, Unterhaltsverantwortlichkeiten und Kindeswohlbelange im grenzüberschreitenden Rechtsverkehr sind Regelungsgegenstände, welchen die EU mit dem Erlass von entsprechenden Verordnungen zum Ziel der justiziellen Vorhersehbarkeit begegnen möchte. Die Sonderstellung des Vereinigten Königreichs besteht in der im Vertrag von Amsterdam[3] statuierten Opt-in-Möglichkeit, nach welcher die auf der Kompetenzvorschrift des heutigen Art. 81 AEUV erlassenen Sekundärrechtsakte im Vereinigten Königreich nur Anwendung finden, wenn sich dieses an der Annahme beteiligt.[4]

Verliert das Internationale Familienverfahrensrecht somit gleichermaßen an Effektivität sowie vereinheitlichtem Charakter, sodass eine Fragmentierung eintritt, welche unter dem Satz *Brexit will fuel rise in bitter custody battles like Madonna v Ritchie*[5] einer Londoner Tageszeitung provozierend gefasst wird? Oder kann möglicherweise auf eine aus völkerrechtlichen Vereinbarungen bestehende, subsidiär abschwächende „Hängematte" zurückgegriffen werden?

B. Rechtliche Konsequenzen der Scheidung von der EU

Kraft Aktivierung des Art. 50 II EUV finden die Verträge EUV und AEUV spätestens mit Ablauf der zweijährigen Verhandlungsfrist nach der Absichtserklärung Mays oder dem Inkrafttreten eines gestalteten Austrittsabkommens im Vereinigten Königreich keine Anwendung mehr (Art. 50 III EUV).

Die Verordnungen werden als gemäß Art. 288 II AEUV unmittelbar geltendes Recht mit dem Austritt des Vereinigten Königreichs *ipso iure* ihren Geltungsanspruch verlieren und diesen somit aus Sicht der verbleibenden Mitgliedstaaten in einen Drittstaat verwandeln.[6] Auch von der EU abgeschlossene völkerrechtliche Verträge, welche das Vereinigte Königreich indirekt infolge der Mitgliedschaft verpflichten, teilen dasselbe Schicksal.[7]

Bezüglich der Überbrückungsregelungen bis zum Stichtag der Trennung von der EU wurde die Geltung unionsrechtlicher Bestimmungen fixiert,[8] während sich die zukünftigen Beziehungen nach Ablauf der Übergangsphase Ende 2020 noch auf fruchtlosem Boden befinden.[9]

Mit dem Austrittsdurchführungsgesetz *European Union (Withdrawal) Bill*[10] möchte die britische Regierung die Folgen abschwächen und nach Aufhebung des European Communities Act 1972 die direkt anwendbaren Instrumente des Unionsrechts in nationales britisches Recht inkorporieren (sec. 3 (1)).[11] Dies würde jedoch nur dahingehend bedingt Erfolg zeigen, als in den jeweiligen Verordnungen zwischen dem Charakter eines Mitgliedstaates und Drittstaates unterschieden wird oder die im Anerkennungsrecht erforderliche Gegenseitigkeit ausbleibt, sodass britische Urteile in den Mitgliedstaaten einer Exequatur unterliegen würden, während europäische Entscheidungen im Vereinigten Königreich inzident anerkannt werden. Um dem entstehenden Vakuum zu begegnen, müsste ein gegenseitiges Anerkennungsabkommen zwischen dem Vereinigten

---

* Die Autorin ist wissenschaftliche Mitarbeiterin und Doktorandin im Internationalen Zivilverfahrensrecht an der Universität Passau. Die vorliegende Arbeit ist im Rahmen des Seminars *„Internationales Privatrecht und Zivilverfahrensrecht nach dem Brexit"* an der Universität Passau entstanden.

1 Die Betrachtung geht im Rahmen der gespaltenen Gesetzgebungskompetenz des Mehrrechtstaates *Vereinigtes Königreich* von der Rechtsordnung in England und Wales aus.

2 *Kafsack*, Der Brexit und der große Streit ums Geld.

3 Vertrag von Amsterdam zur Änderung des Vertrages über die Europäische Union, der Verträge zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften sowie einiger damit zusammenhängender Rechtsakte vom 2. Oktober 1997 (ABl. EG 1997 Nr. C 340, S. 1; BGBl. 1998 II, S. 387).

4 Protokoll über die Position des Vereinigten Königreichs und Irlands vom 2.10.1997 zum Vertrag von Amsterdam (Bl. EG 1997 Nr. C 340, S. 99), bzw. in der geltenden Fassung das Protokoll (Nr. 21) über die Position des Vereinigten Königreichs und Irlands hinsichtlich des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (ABl. EU 2016 Nr. C 202, S. 295).

5 *Kirk*, Brexit will fuel rise in bitter custody battles like Madonna v Ritchie.

6 *R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5, Rn. 70; *Dörr*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 50 EUV Rn. 41; *Masters/McRae*, Journal of International Arbitration 2016, 483, 485; *Basedow*, CELJ 2017, 101, 107; *Thiele*, EuR 2016, 281, 303; *Mansfield*, in: BREXIT, S. 1, 22; *Piris,* in: Britain Alone!, S. 111, 127; *Paulus*, in: Brexit und die juristischen Folgen, S. 101, 108.

7 z.B.: LugÜ 2007; HUntÜ 2007; EuGH, Gutachten 1/03 v. 07.02.2006, Slg. 2006, S. I-1145 *(Lugano)*; *Gordon/Pascoe*, Preparing for Brexit, S. 15; *Hess*, IPRax 2016, 409, 410; *Lieder/Bialluch*, NotBZ 2017, 165, 167.

8 *Europäische Kommission*, position paper EU27.

9 *Europäische Kommission*, Draft Agreement on the withdrawal of the United Kingom of Great Britain and Northern Ireland, Art. 121, 63 Nr. 1 lit. c, d; Vorstellungen der britischen Regierung: *Department for Exiting the European Union*, Framework for the UK-EU partnership.

10 European Union (Withdrawal) Bill 2017-19 (HC Bill 5), Royal Assent vom 26.06.2018.

11 *Department for Exiting the European Union*, Legislating for the United Kingdom's withdrawal, S. 13 ff.; *House of Lords, Select Committee on the Constitution*, The "Great Repeal Bill" and delegated powers, S. 9 ff.; *House of Commons, Exiting the European Union Committee*, The Government's negotiating objectives: the White Paper, S. 14 ff.; *Department for Exiting the European Union*, The United Kingdom's exit from and new partnership with the European Union, S. 10; *Kohler/Pintens*, FamRZ 2017, 1441.

Königreich und den Mitgliedstaaten geschlossen werden.[12]

C. Ehesachen

I. Verfahrenszuständigkeit

Geht das Herzstück – die Brüssel-IIa-VO[13] – verloren? Die Zuständigkeiten des Art. 3 Brüssel-IIa-VO, an welcher ausweislich des Erwägungsgrundes 30 das Vereinigte Königreich partizipiert, werden bei Anrufung eines deutschen Gerichts auch für Fälle der nunmehr drittstaatlichen Einordnung des Vereinigten Königreichs Anwendung finden.

> Ausgangsfall: *Der Deutsche M ist mit der Britin*[14] *F verheiratet, die beide ihren Lebensmittelpunkt im Vereinigten Königreich hatten. M lebt nun seit zwei Jahren in Deutschland und beantragt die Scheidung.*

Die frühere Rechtslage erlaubte dem Scheidungsantragenden eine Wahl der Gerichtsstände, sodass dieser eine sympathische Zuständigkeitsgestaltung in der Hand hatte, welches auch negative Stimmen nach einem *forum shopping* der Gerichtsstände des 2., 3. sowie 5. Spiegelstrich des Art. 3 I lit. a Brüssel-IIa-VO anzog. Die Formation ist in der Situation des Austritts nunmehr von Art. 3 I lit. a 5. Spiegelstrich Brüssel-IIa-VO erfasst. Ein Wahlrecht besteht hier nicht mehr, eine rechtsschutzlose Stellung eines Ehegatten braucht jedoch nicht befürchtet werden.

> Problemfall 1: *Der Brite M ist mit der Deutschen F im Vereinigten Königreich verheiratet. M kommt nach Deutschland und begehrt nach zwei Monaten die Scheidung.*

Wegen des zuletzt gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthaltes der Beteiligten in einem nunmehr Drittstaat, der sich unterscheidenden Staatsangehörigkeit und der noch nicht erfüllten Wartezeit, ergibt sich aus Art. 3 Brüssel-IIa-VO in der vorliegenden Fallkonstellation kein Gerichtsstand in einem Mitgliedstaat. F hat jedoch eine mitgliedstaatliche Staatsangehörigkeit, sodass sich die internationale Zuständigkeit gemäß Art. 6 lit. b Brüssel-IIa-VO nach autonomen deutschen Recht richtet. Deutsche Gerichte sind nach § 98 I Nr. 1 FamFG international zuständig. Die Folge der erheblichen Beschränkung autonomen Rechts durch die Brüssel-IIa-VO liegt darin, dass die Beklagte F hier trotz eines drittstaatlichen Berührungsfalls vor exorbitanten Gerichtsständen geschützt werden soll.[15]

> Problemfall 2: *Die Deutsche F heiratet den Briten M und beide leben im Vereinigten Königreich. F kehrt nach Deutschland zurück und begehrt nach drei Monaten die Scheidung.*

Nachdem F die Wartezeiten des Art. 3 I lit. a Spiegelstrich 5 und 6 Brüssel-IIa-VO nicht erfüllt, scheidet eine Zuständigkeit nach Art. 3 Brüssel-IIa-VO aus. In dieser Konstellation besteht aufgrund der Nichterfüllung des Art. 6 Brüssel-IIa-VO keine Sperrwirkung zugunsten eines Drittstaatsangehörigen mit gewöhnlichem Aufenthalt in einem Drittstaat. Das umstrittene Verhältnis der Vorschriften des Art. 6 und 7 Brüssel-IIa-VO ist im Lichte der Rechtsprechung des EuGH zu betrachten.[16] Einige sehen Art. 7 I Brüssel-IIa-VO nämlich als Regelung zu den komplementären Fällen des Art. 6 Brüssel-IIa-VO.[17] Andere betrachten Art. 7 I Brüssel-IIa-VO als Ausnahme, in denen Art. 6 Brüssel-IIa-VO zwar nach dem Wortlaut eingreift, aber keine Zuständigkeit in einem Mitgliedstaat besteht.[18] Art. 7 I Brüssel-IIa-VO ist nicht als Komplementär-, sondern Ergänzungsvorschrift zu Art. 6 Brüssel-IIa-VO einzuordnen. Ein Rückfall auf die autonomen Zuständigkeitsregelungen des Gerichtsstaates ergibt sich durch Art. 7 I Brüssel-IIa-VO folglich, wenn der Beklagte seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Vereinigten Königreich hat bzw. im Fall der gemeinsamen Antragstellung beide Ehegatten im Vereinigten Königreich ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, die Ehegatten nicht die mitgliedstaatliche deutsche Staatsangehörigkeit besitzen und der Kläger (Antragsteller) entweder überhaupt keinen oder keinen ausreichend langen gewöhnlichen Aufenthalt in einem Mitgliedstaat hat. § 98 I Nr. 1, 3, 4 FamFG stellen die relevanten autonomen deutschen Restzuständigkeiten dar, sodass hier § 98 I Nr. 1 FamFG einschlägig ist. Während sich also früher eine Zuständigkeit aus der Verordnung ergeben hat, gewährt für die problematischen Fälle das autonome Zuständigkeitsrecht einen Gerichtsstand. Zu einem Gefühl des fehlenden Verständnisses für die eigenen Bedürfnisse könnte jedoch die für Familien nun entfallende Möglichkeit, sich eine gerichtliche Zuständigkeit in einem vorzugswürdigen Mitgliedsstaat bei mehreren Gerichtsständen der Brüssel-IIa-VO durch Klageeinreichung zu sichern, führen. Auf den Schutzmechanismus des Art. 6 Brüssel-IIa-VO wird nicht verzichtet werden.

Fraglich ist, auf welche Rechtsquellen ein britisches Gericht seine Zuständigkeit nach dem Austritt stützen wird. Möglicherweise bestimmt sich diese nach dem Domicile and Matrimonial Proceedings Act (DMPA) 1973. Nach sec 5 (2) DMPA 1973 ergibt sich die internationale britische Zuständigkeit, wenn ein Ehegatte im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung im Vereinigten Königreich domiziliert oder seit einem Jahr seinen gewöhnlichen Aufenthalt dort besitzt. Diesem Gesetz steht jedoch sec 5 (2)(a) DMPA 1973 entgegen, weil die anwendbaren Vorschriften infolge des Opt-ins zugunsten der Brüssel-II-VO im Jahr 2001 mit maßgeblicher Verweisung auf die Brüssel-II-VO bzw Brüssel-IIa-VO geändert wurden.[19] Sowohl diese Vorschrift als auch die zulässige Restzuständigkeit in sec 5 (2)(b) DMPA 1973 werden zusammen mit der Brüssel-IIa-VO

---

[12] *Family Law Bar Association*, Brexit and Family Law, S. 6 ff.; *Dickinson*, Reading the Tea Leaves?; *Gordon/Pascoe*, Preparing for Brexit, S. 6, 11; *House of Lords, European Union Committee*, Brexit: justice for families, individuals and businesses?, S. 31; *Lamont*, Child and Family Law Quarterly 2017, 267, 277.

[13] Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 des Rates über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr 1347/2000 vom 27.11.2013 (ABl. EU 2003 Nr. L 338, S. 1).

[14] Mit "Briten" sind alle Einwohner des Vereinigten Königreichs gemeint, d.h. Großbritanniens und Nordirlands.

[15] EuGH Rs. 68/07, *Sundelind Lopez/Lopez Lizazo*, EUGHE 2007, I-10.403; *Dörner*, in: Hk-ZPO, Art. 6 EuEheVO Rn. 1; *Hüßtege*, in: Thomas/Putzo, Art. 6 EuEheVO Rn. 1; *Großerichter*, in: Althammer, Art. 6 Rn. 3; *Ancel/Muir Watt*, Rev. crit. dip. 2001, 349, 420 f.; *Frank*, in: Gebauer/Wiedmann, EuEheVO Rn. 34; *Hau*, FamRZ 2000, 1333, 1340; *Simotta*, in: FS Kaissis, S. 897, 902.

[16] EuGH Rs. C-68/07 *Sundelind Lopez/Lopez* IPRax 2008, 257.

[17] *Hau*, FamRZ 2000, 1333, 1340.

[18] *Hüßtege*, in: Thomas/Putzo, Art. 6 EuEheVO Rn. 2

[19] Statutory Instrument 2001 No. 310 (The European Communities (Matrimonial Jurisdiction and Judgments) Regulations 2001; *Sonnentag*, § 6 S. 114 f.

wegfallen. Da die Bestimmungen durch das Statutory Instrument eingeführt wurden, welches seinerseits auf dem European Communities Act 1972 beruht, werden diese mit dessen Aufhebung entfallen, sodass das gesetzlich nicht geregelte Common Law zur Anwendung gelangt.[20] Danach wird eine Zuständigkeit bejaht, wenn die Parteien im Vereinigten Königreich ihr Domizil[21] besitzen.[22] Unzureichend ist nun, dass Personen, welche im Vereinigten Königreich für Jahre ohne Begründung eines Domizils gelebt haben, ebenso wie Frauen, welche ein *domicile of dependence* vom Ehemann abgeleitet haben, welcher nun auswandert, keine Zuständigkeit bekommen.[23] Während eine Frau also unter dem Unionsrecht eine Zuständigkeit aus Art. 3 Brüssel-IIa-VO ableiten konnte, droht nun die Gefahr, dass sie in ihrem Heimatstaat keine Scheidung anstrengen kann.

II. Rechtshängigkeitsregelung

Problemfall: *Die Deutsche F und der Brite M leben verheiratet im Vereinigten Königreich. Nach der Trennung kehrt F nach Deutschland zurück und reicht bei einem deutschen Gericht Antrag auf ein Scheidungsverfahren ein. M hatte zu diesem Zeitpunkt bereits Scheidungsklage im Vereinigten Königreich eingereicht, welche der F nachweislich zugestellt wurde.*

Nachdem die lis-pendens-Regelung des Art. 19 I Brüssel-IIa-VO nur auf „Gerichte verschiedener Mitgliedstaaten" anwendbar ist, stellt sich im Fall der doppelten Rechtshängigkeit die Frage, auf welche Weise eine vorher begründete drittstaatliche Rechtshängigkeit mit einem nun anhängigen deutschen Verfahren interagiert. Aus dem Schweigen der Verordnung lässt sich gerade nicht ableiten, dass das früher eingeleitete drittstaatliche Verfahren bei der Zuständigkeitsprüfung nicht berücksichtigt werden kann und dadurch gleichermaßen Anreize zu einem *race to the courthouse* entstehen.[24] So ist die ausländische Rechtshängigkeit vielmehr analog § 261 III Nr. 1 ZPO, welcher nach § 113 I 2 FamFG auch für Ehesachen iSd § 121 FamFG gilt, zu beurteilen.[25] Dies ist mit der Vermeidung sich widersprechender Entscheidungen bei doppelter gerichtlicher Inanspruchnahme, der Vorbeugung des *forum shoppings* und ferner damit zu begründen, dass die ausländische Gerichtstätigkeit der innerstaatlichen weitgehend gleichzusetzen ist, nachdem gemäß § 328 ZPO bzw. § 107 FamFG auch abgeschlossenen ausländischen Entscheidungen die Anerkennung verliehen werden kann.[26]

Somit besteht zwar eine ähnliche Regelung, welche jedoch im Vergleich zum Unionsrecht mit zusätzlichen Voraussetzungen versehen ist. Die ausländische Rechtshängigkeit steht dem Verfahren im Inland hier nämlich nur entgegen, wenn das ausländische Urteil voraussichtlich anerkannt wird. Die europäische familienrechtliche Vorschrift verlangt für eine Bejahung des Prioritätsprinzips das Vorliegen von Parteiidentität,[27] während das autonome Recht zusätzlich die Identität des Streitgegenstandes verlangt. Im Gegensatz zur europarechtlichen Kernpunkttheorie und der dort nicht durchzuführenden Anerkennungsprognose wird dies dazu führen, dass das Ziel der Vermeidung von Parallelprozessen erschwert wird.

Auch der Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit bestimmt sich in Abweichung des Art. 16 I Brüssel-IIa-VO nach der jeweiligen *lex fori*.[28] Die damit einhergehende drohende Gefahr, dass die ausländische Rechtshängigkeit ein inländisches Scheidungsverfahren blockieren kann, obwohl der Scheidungsantrag des ausländischen Verfahrens später zugestellt wurde als derjenige des inländischen Verfahrens, kann sich jedoch aufgrund der im britischen Recht erforderlichen *claim form*[29] – der Zustellung an den Beklagten – nicht ergeben.[30]

Statt einer Rechtshängigkeitsregelung wird die Thematik der Beachtung einer deutschen Rechtshängigkeit auf ein britisches Verfahren dadurch gelöst, dass Gerichtsstaat nach einer Ermessensentscheidung jener Staat mit einer objektiv engen Verknüpfung ist, wie es in der Mehrzahl der Staaten unter Common Law üblich ist.[31] So wird auf die Methode des *forum non conveniens* zurückgegriffen, welche es erlaubt, flexible Zuständigkeiten anhand neutraler Anknüpfungspunkte zu schaffen, der in der EU durch den EuGH eine Absage erteilt wurde.[32] Die gesetzliche Verankerung im Domicile and Matrimonial Proceedings Act 1973 (DMPA) Anh 1 § 9 („balance of fairness") berechtigt nun, eine enge Verknüpfung des Gerichtsstandes mit der betroffenen Familie zu suchen, um eine sachgerechte Prozessführung zu ermöglichen.[33] Folglich unterwirft sich in beiden Staaten die Auswirkung der ausländischen Rechtshängigkeit der jeweiligen *lex fori*.[34] Es darf jedoch nicht übersehen werden, dass dies Rechtsunsicherheiten birgt, Verfahrensverzögerun-

[20] *Sonnentag*, § 8 S. 158; vgl. sec 16 (1)(a) Interpretation Act 1978, sodass die frühere Rechtslage vor dem Erlass des Statutory Instruments (DMPA 1973) nicht mehr auflebt.

[21] Begriff des *domicile* im britischen Recht: *Fawcett*, Private International Law, S. 162 ff.

[22] *Dicey/Morris/Collins*, Rule 82 18-002; *Le Mesurier v Le Mesurier* [1895] AC 517, 540, welche die Entscheidung des House of Lords in *Shaw v Gould* [1868] LR3HL 55 konkretisiert, die von einem "redlichen" gewöhnlichen Aufenthalt als maßgebliche Zuständigkeitsanknüpfung ausging.

[23] *Clarkson/Hill*, The Conflict of Laws, S. 408.

[24] Für diese Ansicht: *Schütze*, NJW 1963, 1486; *Schütze*, DIZPR, Rn. 395 ff.

[25] BGHZ 176, 365 Rn. 17; BGH FamRZ 1982, 917; NJW 1986, 2195; *Becker-Eberhard*, in: MüKoZPO, § 261 Rn. 73; *Roth*, in: Stein/Jonas, § 261 Rn. 53 ff.; *Dutta/Amos*, FamRZ 2014, 444; aA *Schütze*, DIZPR, Rn. 395 ff., welcher das Problem der Ebene der Anerkennung zuweist.

[26] *Schack*, IZVR, Rn. 840 ff.; *Reuß*, JURA 2009, 1, 4; *Roth*, in: Stein/Jonas, § 261 Rn. 53.

[27] *Geimer*, in: Geimer/Schütze, S. 982; *Junker*, § 20 EheEuGVVO Rn. 22 f., § 23 Rn. 15 f.; *Reuß*, JURA 2009, 1, 4; *Rauscher*, in: Rauscher, Art. 19 Brüssel IIa-VO Rn. 17 ff.

[28] BGH NJW-RR 1992, 642; OLG München FamRZ 2009, 2104, 2105; *Roth*, in: Stein/Jonas, § 261 Rn. 60; *Kaiser/Prager*, RIW 1983, 667, 669.

[29] *Nagel/Gottwald*, § 6 Rn. 250.; *Zillmer*, Die Rechtsordnung der Isle of Man, S. 208 f.; *Breuer*, S. 340.

[30] Dieses Problem behandeln: *Schack*, IZVR, Rn. 842 f.; *Krusche*, MDR 2000, 677, 679.

[31] Grundsatzentscheidung, welche keine familienrechtliche Entscheidung ist: *The Spiliada Maritime Corporation v Cansulex Ltd.* [1987] AC 460 (HL); *De Dampierre v De Dampierre* [1988] AC 92 (H.L.); *Beaumont*, ICLQ 1987, 116; *Fusco*, New Law Journal 2018, 11; *Geimer*, Rn. 1073 ff.; *Henrich*, in: Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, S. 35; *Nagel/Gottwald*, § 3 Rn. 554; *Bar Council Brexit Working Group*, The Brexit Papers, Brexit Paper 6: Family Law, S. 4 Rn. 8.

[32] EuGH, Rs. C-281/02, *Owusu*, Slg. 2005, I-1383, Rn. 37 ff. – Die Regelung des Art. 15 Brüssel-IIa-VO stellt hierzu eine Ausnahme dar.

[33] S v S (Divorce: Staying Proceedings) (1997) 2 fLR 100; *Dicey/Morris/Collins*, Rule 103 (4); *Rieck*, Ausländisches Familienrecht, England und Wales, Rn. 76.

[34] *Mittal v Mittal* [2013] EWCA Civ 1255; in Einklang mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung in Frankreich und den Niederlanden: *Cass. civ.*,

gen sowie eine Kostensteigerung mit sich bringt. Während in Deutschland also weiterhin mit einer ausgefeilten Regel agiert wird, welche die Voraussetzungen für eine Beachtung britischer Rechtshängigkeit verschärft, ist das System der Briten auf Wandelbarkeit angelegt.[35]

Der Erlass von dem im Common Law bewährten Instrument der Anti-Suit Injunctions, welche im Interpretationsraum des EuGH beschränkt worden sind,[36] werden infolge der flexiblen Reaktion als Vorteil des Ausscheidens aus der EU genannt.[37] Ein britisches Gericht könnte das Verfahren im eigenen Staat mittels eines Prozessführungsverbotes (Anti-Suit Injunction) absichern. Ein Geltungsanspruch des Verbots der Fortführung von Parallelverfahren wird unter einer möglichen Anwendung des LugÜ diskutiert und wohl zu bejahen sein.[38] Gerichtsstände werden somit – in Abkehr der verfolgten Zuverlässigkeit und des Vertrauens – in Frage gestellt.

III. Urteilsanerkennung

Eckpfeiler der Brüssel-IIa-VO ist mit Art. 21 I Brüssel-IIa-VO die Zirkulation der gerichtlichen Entscheidungen (*ipso iure*-Anerkennung). Nachdem eine britische Entscheidung nunmehr nicht in einem „anderen Mitgliedstaat" ergangen ist, stellt sich aus Sicht von Deutschland die Frage nach der Rechtsquelle. Das Haager Übereinkommen über die Anerkennung von Ehescheidungen und Ehetrennungen vom 01.06.1970 wurde von Deutschland nicht gezeichnet und Art. IV (1) (c) des deutsch-britischen Übereinkommens von 14.07.1960 über die gegenseitige Anerkennung und Vollstreckung von gerichtlichen Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen[39] wurde durch die Brüssel-IIa-VO ersetzt (Art. 59 I Brüssel-IIa-VO),[40] welches in seinem Geltungsbereich jedoch auch nur Entscheidungen der „oberen" Gerichte (Art. II (1) und V (1)) umfasst, sodass nach Art. I (2) (a) und (b) aus deutscher Perspektive die Familiengerichte als Teil der Amtsgerichte und auf britischer Seite die magistrates und county Gerichte als erstinstanzliche Gerichte nicht umfasst sind.[41] Nachdem keine völkerrechtlichen Vereinbarungen existieren (§ 97 I 1 FamFG), wird ein deutsches Gericht seine autonomen Regelungen der §§ 107, 109 FamFG anwenden. In Ehesachen ergibt sich somit eine Erschwerung, als britische Entscheidungen gemäß § 107 I 1 FamFG ein Verwaltungsverfahren durchlaufen müssen, in welchem die Hindernisse des § 109 FamFG geprüft werden.[42]

Ein deutsches Scheidungsurteil würde im Vereinigten Königreich nach dem Family Law Act 1986 anerkannt werden.[43] Eine Anerkennung im Fall der Domizils der Ehegatten im Gerichtsstaat ist allgemein unbestritten,[44] während die großzügig konzipierte Anerkennung nach sec 46 (1) FLA 1986 weiter voraussetzt, dass bei Beginn des Verfahrens einer Scheidung einer der Ehegatten im Gerichtsstaat domiziliert war, seinen gewöhnlichen Aufenthalt dort hatte oder dessen Staatsangehörigkeit besaß. Ferner ist die Wirksamkeit der Entscheidung unter dem Recht des betreffenden Staates nach sec 46 (1) (a) FLA 1986 eine geschriebene Voraussetzung („effective"). Nachdem dies also gemäß des herangezogenen Sachrechts beurteilt wird, unterscheidet sich die deutsche Rechtspraxis dadurch, als das aus seiner Sicht anwendbare Recht zu beachten ist.[45] Die Versagung der Anerkennung hingegen ist ausschließlich in sec 51 (3) FLA 1986 geregelt, nämlich wenn ein Ehegatte von dem Verfahren nicht in Kenntnis gesetzt oder ihm keine Gelegenheit zur Mitwirkung im Verfahren gegeben worden ist oder die Anerkennung gegen den britischen ordre public verstoßen würde.

Während somit im Vereinigten Königreich bestimmte Voraussetzungen erfüllt sein müssen, fällt in Deutschland jedes drittstaatliche Urteil in den Anwendungsbereich. Bei den Anerkennungshindernissen zeichnet sich aber eine gemeinsame Linie ab, indem die Wahrung des ordre public und des rechtlichen Gehörs in beiden Anwendungsinstrumenten auftauchen. Auch im Inselstaat, welcher die Anerkennung ebenfalls von der spiegelbildlichen Prüfung der gerichtlichen Zuständigkeit abhängig macht (§ 109 I Nr. 1 FamFG und sec 46 fMA 1986), ist eine Abkehr von der bisherigen Inzidentanerkennung zu verzeichnen. Ferner erfasst das Vereinigte Königreich in einem weiträumigeren Feld Privatscheidungen als „Mehr" der Anerkennungsgegenstände, welche weder unter die Brüssel-IIa-VO[46] noch unter das autonome deutsche Recht[47] fallen.

IV. Rechtsvergleichende Schlussfolgerung

Die Parteien sind im Komplex der Scheidungsentscheidungen vor dem zumeist subjektiv charakterisierten, autonomen Recht nicht geschützt, als eine Lösungsmöglichkeit, welche die Rollen zusammenzubringen versucht, fehlt.

Die Zuständigkeitsregelungen sind aus kontinentaleuropäischer Sicht zwar klägerfreundlich konzipiert, sodass auch der Beginn eines Verfahrens gegen einen Drittstaatsangehörigen im Verbund der Mitgliedstaaten erlaubt bleibt. Das bisherige Wahlrecht bezüglich eines Gerichtsstandes im Hinblick auf vermögensrechtliche Folgen wird einhergehend mit einer individuellen Gestaltung des Scheidungsverbundes wegfallen. Dies ist im Zusammenhang mit dem anwendbaren Recht

Rev. crit. dip. 2011, 102; *Hoge Raad*, NIPR 2007, 132; *Saenger*, in: Hk-ZPO, § 261 Rn. 4.

35 Für die wertvollen Hinweise aus der grenzüberschreitenden Rechtspraxis des Internationalen Familienverfahrensrecht danke ich herzlich RA Maria Demirci, München.

36 EuGH, Rs. C-116/02, *Gasser*, Slg. 2003, I-14693; EuGH, Rs. C-159/02, *Turner*, Slg. 2004, I-3565, Rn. 24 ff.

37 *Davies/Kirsey*, Journal International Arbitration 2016, 501, 509 ff.

38 *Hess*, in: Europa als Rechts- und Lebensraum, S. 179, 188.

39 BGBl. 1961 II, S. 301.

40 *Sonnentag*, § 6 S. 118 f.

41 *Nagel/Gottwald*, § 15 Rn. 141; *Dutta*, FamRZ 2017, 1030, 1031; *Dutta,* Child and Family Law Quarterly 2017, 199, 203; *Schütze*, RIW 1980, 170.

42 OLG München FGPrax 2012, 66; eingehend hierzu: *Nagel/Gottwald*, § 13 Rn. 21 ff.; *Rauscher*, in: MüKoFamFG, § 107 Rn. 1 ff.; *Borth/Grandel*, in: Musielak/Borth, § 107 Rn. 1 ff.; *Gottwald*, in: FS Rüßmann, S. 771, 778.

43 *Sonnentag,* § 8 S. 159; *Henrich*, in: Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, S. 35; *Odersky*, in: Eherecht in Europa, Großbritannien: England und Wales, Rn. 49; *Hamilton/Perry*, Family Law in Europe, England und Wales, S. 117 f.

44 *Harvey v Farnie*, 1880, 5 PD 153; *Henrich*, in: Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, S. 34 f.

45 *Lippke*, S. 103.

46 *Gottwald*, in: MüKoFamFG, EWG VO 2201/2003 Art. 1 Rn. 4.

47 *Sieghörtner*, in: BeckOKFamFG, § 107 Rn. 3; *Kemper,* in: Hk-ZPO, § 107 Rn. 7.

interessant, als britische Gerichte bei gegebener Zuständigkeit ihrer nationalen Spruchkörper auch britisches Recht anwenden (*lex fori*).[48] Das britische Scheidungsrecht mit einem am Gleichbehandlungsgrundsatz orientierten Vermögensausgleich unter Billigkeitsgesichtspunkten gilt gerade für Frauen im Vergleich zum deutschen Zugewinnausgleich als besonders attraktiv, was zur Scheidungshauptstadt London führt. Diese günstige Formation wird den Beteiligten genommen.

Bei einem Scheidungsurteil vor dem maßgeblichen zukünftigen Stichtag stellt sich außerdem die Frage nach der Rechtsquelle für die Anerkennung. Vertrauensschutz und Rechtssicherheit gebieten es, eine Anknüpfung an den Zeitpunkt der Statuserlangung vorzunehmen, sodass nicht nur für am Stichtag anhängige Verfahren auf den Zeitpunkt des Art. 16 I Brüssel-IIa-VO abgestellt wird und weiterhin das anerkennungsfreundliche Unionsrecht Anwendung findet.[49]

Des Weiteren lässt sich infolge der dargelegten einseitigen Maßnahmen bezüglich der Rechtshängigkeitsregelung schließen, dass eine Abkehr vom gegenseitigen Vertrauen in das ausländische Rechtssystem erfolgt. Von einer Wertegemeinschaft, welche sich in den Grundstrukturen eines technisch europäisierten Verfahrensrechts niederlegt, kann keine Rede mehr sein. Der Wegfall einer ohne erschwerte Mühen zu verfolgenden Anerkennung stößt gerade in diesem verletzlichen Bereich auf ein Zurückweichen des Vereinigten Königreichs, sodass Errungenschaften eingebüßt werden. Die Auswirkungen im Vereinigten Königreich werden im Vergleich zu dem Bemühen eines zusätzlichen Verwaltungsverfahrens in Deutschland zwar weniger einschneidend für den Einzelnen ausfallen. Schnelligkeit sowie Effektivität gehen im grenzüberschreitenden Scheidungsrechtsverkehr verloren. Restriktiv ist jedoch auch zu beachten, dass ohne ein zusätzliches Verfahren das Risiko einer unterschiedlichen Bewertung des Bestehens einer Ehe als Anerkennungsvorfrage von Situation zu Situation besteht. Insbesondere im Hinblick auf die substantielle Bedeutung der Ehe kann dies Probleme mit sich bringen.[50]

D. Unterhaltssachen

I. Verfahrenszuständigkeit

Problemfall: *Die 19-jährige deutsche Staatsangehörige K studiert im Vereinigten Königreich, wo sie auch ihren Lebensmittelpunkt hat. Ihr Vater B hat die britische Staatsangehörigkeit, lebt im Vereinigten Königreich und verweigert die geforderten Unterhaltszahlungen.*

Der räumlich-persönliche Anwendungsbereich der EuUnthVO[51], an welcher sich nach Art. 1 II EuUnthVO auch das Vereinigte Königreich beteiligt,[52] ist weder vom gewöhnlichen Aufenthalt noch von der Staatsangehörigkeit der beteiligten Parteien abhängig, sodass die Verordnung in jedem anhängigen mitgliedstaatlichen Verfahren anwendbar ist und vorrangig kein Rückgriff auf innerstaatliche Zuständigkeitsvorschriften stattfindet (Totalvereinheitlichung des Erwägungsgrundes 15).[53]

Aus Art. 3 lit. a oder b EuUnthVO würden sich in der vorliegenden Konstellation unter der Situation der beiderseitigen mitgliedstaatlichen Zugehörigkeit einschlägige Gerichtsstände ergeben. Infolge der Drittstaateneigenschaft, in welcher Deutschland jedoch auch nach dem unionsrechtlichen Austritt weiterhin die EuUnthVO anwenden wird,[54] ergibt sich nunmehr weder eine Zuständigkeit aus dem Katalog des Art. 3 EuUnthVO noch aus Art. 6 EuUnthVO, sodass lediglich eine Notzuständigkeit nach Art. 7 S. 1 EuUnthVO in Betracht kommt, um dem geschlossenen Justizgewährungsanspruch (Art. 6 I EMRK) Rechnung zu tragen. Exorbitante Verfahrensdauern, staatliche Unruhen oder negative Kompetenzkonflikte werden als Gründe für Unzumutbarkeit bzw. Unmöglichkeit der Durchführung des Verfahrens in einem Drittstaat genannt.[55] Demnach ist trotz eines ausreichenden mitgliedstaatlichen Bezugs zum Forum nach Art. 7 S. 2 EuUnthVO aufgrund der Staatsangehörigkeit der K (Erwägungsgrund 16) nicht zu erwarten, dass das Vereinigte Königreich die hohe Hürde der Voraussetzungen der Unzumutbarkeit oder Unmöglichkeit zur Begründung eines Gerichtsstandes in Deutschland erfüllt. Während K vor dem Unionsaustritt im Mitgliedstaat des Vereinigten Königreichs Klage erheben konnte, wird sie nun keinen mitgliedstaatlichen Gerichtsstand mehr erhalten. In der Mehrzahl der Zusammensetzungen, nämlich bei einem Kläger- oder Beklagtenaufenthalt in einem Mitgliedstaat oder gemeinsamer Staatsangehörigkeit, wird sich jedoch aus deutscher Perspektive weiterhin ein mitgliedstaatlicher Gerichtsstand aus der EuUnthVO ableiten. Indem die Brüssel-IIa-VO über die Restzuständigkeiten Raum für autonomes Recht lässt, ist die Notzuständigkeit auch nach dem einzelstaatlichen Recht zu lösen. Nachdem die EuUnthVO abschließenden Charakter beansprucht, hat der Verordnungsgeber hier den negativen Kompetenzkonflikt geregelt.[56]

Im Folgenden wird ausgeführt, inwieweit staatsvertragliche Regelungen die Folgen des Wegfalls der Sekundärrechtsakte für die Betroffenen im Vereinigten Königreich abfedern können. Bei Anrufung eines Gerichtes im Vereinigten Königreich könnte Art. 5 II Luganer Übereinkommen in

[48] OLG Stuttgart IPRax 1987, 121 f.; *Horstmann*, S. 199; *Henrich*, in: Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, S. 31.

[49] Entsprechende Entscheidung bzgl. des Haager Ehescheidungs-Übereinkommen (1902): KG, Beschluss v. 4.9.1936 – 1a Wx 1120/36, JW 1936, 3074; *Hess*, IPRax 2016, 409, 416.

[50] *Junker*, § 27 Rn. 10.

[51] Verordnung (EG) Nr. 4/2009 vom 18.12.2008 über die Zuständigkeit, das anwendbare Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Zusammenarbeit in Unterhaltssachenpflichten (ABl. EU 2009 Nr. L 7, S.1), zuletzt geändert durch Art. 1 ÄndVO (EU) 1142/2011 vom 10.11.2011 (ABl. Nr. L 293, S. 24).

[52] Anders noch der offene Wortlaut des Erwägungsgrundes 47 der EuUnthVO; siehe aber Entscheidung der Kommission 2009/451/EG v. 08.06.2009 (ABl. EU 2009 Nr. L 149, S. 73).

[53] *Junker,* § 20 Rn. 4 f.; *Lipp*, in: MüKoFamFG, EWG_VO_4_2009 Art. 1 Rn. 69, 71; *Hau*, in: Prütting/Helms, § 110 Anh. 3 Rn. 9 f.

[54] Abweichende Meinung hierzu: *Rieck*, NZFam 2016, 878, 879, welcher von der Geltung der Vorschriften des Haager Übereinkommens vom 23.11.2007 ausgeht.

[55] *Andrae*, in: Rauscher, Art. 7 EG-UntVO Rn. 8 f.; *Doerner*, in: Hk-ZPO, Rn. 3; *Gruber*, IPRax 2010, 128, 134; *Erecińskі/Weitz*, in: FS Kaissis, S. 187, 194.

[56] *Andrae*, in: Rauscher, Art. 7 EG-UntVO Rn. 3 f.

seiner Fassung von 2007[57] lückenfüllenden Charakter entfalten, welcher jedoch nur Anwendung finden würde, wenn sich der Beklagte in einem gebundenen Staat gewöhnlich aufhält. Der Anwendung steht grundsätzlich entgegen, dass das LugÜ von der damaligen EG in ausschließlicher Außenkompetenz[58] – Art. 3 II AEUV –, nicht aber von den einzelnen Mitgliedstaaten ratifiziert wurde, sodass das Vereinigte Königreich in seiner Eigenschaft als nunmehr Nicht-Mitgliedstaat „kein durch dieses Übereinkommen gebundener Staat ist" und eine völkerrechtliche Verbindlichkeit durch den nach Art. 50 III EUV vorgesehenen Wegfall der Verträge, damit auch der Wirkung des Art. 216 II AEUV, entfällt.[59]

Die beiden Möglichkeiten der potentiellen Anwendung dieses Übereinkommens im Vereinigten Königreich weisen Probleme auf. Nachdem der Beitritt des Vereinigten Königreichs zur EG den gleichzeitigen Austritt aus der EFTA[60] zur Folge hatte, müsste es erst wieder Mitglied dieser sein, um ein Beitrittsverfahren nach Art. 70 I lit. a, 71 LugÜ durchlaufen zu können. Ein Mitspracherecht der EU in ihrer Außenkompetenz gemäß Art. 216 I, 3 II AEUV besteht insbesondere dann, wenn eine Zustimmung aller Vertragsstaaten gemäß Art. 70 I lit. c, 72 LugÜ – ohne EFTA-Beitritt – erforderlich ist. Offen bleibt zum jetzigen Zeitpunkt wohl, inwiefern sich die EU aus Taktik hierzu öffnen wird – bei radikaler Abkehr eines Staates vom vereinheitlichten System des gegenseitigen Vertrauens.[61] Ein Schritt zurück wird sich aber auch hier aufgrund des „Hinkens" der Regelungen des LugÜ im Vergleich zu den Verordnungen ergeben. Der EuGH würde kein Auslegungsmonopol mehr besitzen, die jeweiligen Gerichte folgen aber im Sinne einer einheitlichen Auslegung den Grundsätzen des EuGH.[62] Stellten diese Bindungen aber nicht gerade den Grund für eine gewünschte Trennung von der EU dar?

Eine Rückgriffsmöglichkeit bildet auch nicht das von dem Vereinigten Königreich gezeichnete Übereinkommen aus dem Jahr 1988[63]. Gemäß Art. 59 I lit. a WVRK iVm Art. 69 VI 1 LugÜ wurde dieses vollständig durch das Übereinkommen aus dem Jahr 2007 ersetzt. Dem Einwand der fehlenden Identität der Vertragsparteien, wurde das LugÜ 1988 von den einzelnen Mitgliedstaaten und das LugÜ 2007 von der EU für die Mitgliedstaaten gezeichnet, wird dadurch begegnet, dass der Stab der Staaten im Jahr 2007 auch alle Mitgliedstaaten des Jahres 1988 umfasst.[64] Die ausscheidende Renaissance des LugÜ 1988 kann weiter damit untermauert werden, dass – im Gegensatz zum Brüsseler Übereinkommen von 1968[65] – kein Anwendungsbereich verblieb.[66]

Mit Art. 68 I EuGVÜ, welcher gerade die Fortgeltung des EuGVÜ in bestimmten Gebieten statuiert, könnte Art. 5 Nr. 2 EuGVÜ im Verhältnis zu den 14 älteren Mitgliedstaaten sowie Vertragsstaaten des EuGVÜ, einschließlich Deutschland, wieder aufleben.[67] Obwohl das Übereinkommen nicht gekündigt worden ist, lässt doch gerade der Wortlaut des Art. 68 I EuGVVO („tritt an die Stelle") darauf schließen, dass diese Vorschriften das Ziel haben, die Regelungen des EuGVÜ umfassend ersetzen zu wollen.[68] Erwägungen, welche den Geist des Übereinkommens hervorheben, der sich als rechtsvereinheitlichender Akt verstand und ein Wiederaufleben für den Austritt eines Mitgliedsstaates nie vor Augen hatte,[69] unterstützen die Nichtanwendbarkeit des Klägergerichtsstandes des EuGVÜ. Auch die Geltung der Vorschriften kraft nationalen Rechts kann mit sec 1 (4) des Civil Jurisdiction and Judgements Act 1982, welcher zwar den Verordnungen Gesetzeskraft gewährt, aber speziell auf Art. 68 I EuGVVO verweist, abgelehnt werden.[70]

Im autonomen britischen Recht erfolgt die Unterscheidung bezüglich der internationalen Zuständigkeit schon bei der Frage, ob es sich um eine ausländische oder in einem britischen Verfahren erlassene Ehescheidung handelt. Aus der Vorschrift des sec 23 Matrimonial Causes Act (MCA) 1973 folgt die Zuständigkeit der britischen Gerichte für den Unterhaltszuspruch, wenn im Vereinigten Königreich die internationale Zuständigkeit bezüglich des Verfahrens der Ehescheidung besteht.[71] Außerdem sind die britischen Gerichte nach sec 27 (2) MCA 1973 zuständig, wenn entweder einer der Ehegatten im Vereinigten Königreich domiziliert hat oder der Kläger seit einem Jahr dort seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat oder der Beklagte dort seinen Aufenthalt hat. Das autonome britische Recht ist hinsichtlich des nachehelichen Unterhalts anwendbar, nachdem diesem in einem Statutory Instrument[72] lediglich mit einem bloßen Anwendungsvorrang der EuUnthVO begegnet wurde, welchem infolge des Wegbrechens des European Communities Act 1972 wieder die Ermächtigungsgrundlage entzogen wird.[73] Nach einer ausländischen Ehescheidung bestimmt sich die internationale Zuständigkeit zum Erlass von Un-

[57] Luganer Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Zivil- und Handelssachen vom 30.10.2007 (ABl. EU 2009 Nr. L 147, S. 5).

[58] EuGH, Gutachten 1/03 v. 07.02.2006, Slg. 2006, S. I-1145 *(Lugano)*.

[59] So auch: *Lehmann/Zetzsche*, JZ 2017, 62, 70; *Ungerer*, in: Brexit und die juristischen Folgen, S. 297, 302; *Rühl*, JZ 2017, 72, 78; *Dickinson*, Journal of Private International Law 2016, 195, 207.

[60] *European Free Trade Association*, Thirteen Annual Report 1972-1973, S. 10.

[61] *Hess*, IPRax 2016, 409, 415; *Rühl*, JZ 2017, 72, 78; *Ungerer*, in: Brexit und die juristischen Folgen, S. 297, 303.

[62] Protokoll Nr. 2 über die einheitliche Auslegung des Übereinkommens vom 16.09.1988 (BGBl 1994 II, S. 2697).

[63] Lugano-Übereinkommen vom 16.09.1988 über die gerichtliche Zuständigkeit und die gerichtliche Vollstreckung in Zivil- und Handelssachen (ABl. 1988 L 319, S. 9).

[64] *Rühl*, JZ 2017, 72, 78.

[65] Brüsseler EWG-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 27.09.1968 (ABl. EG 1972 Nr. L 299, S. 32); die neue konsolidierte Fassung des EuGVÜ ist abgedruckt in ABl. EG 1998 Nr. C 27, S. 1.

[66] *Dickinson*, Journal of Private International Law 2016, 195, 206 f.; *Masters/McRae,* Journal International Arbitration 2016, 483, 493; *Staudinger*, jurisPR-IWR 5/2016 Anm. 1; *Rühl*, JZ 2017, 72, 78; *Hess*, IPRax 2016, 409, 415.

[67] *Dickinson*, Journal of Private International Law 2016, 195, 204 f.; *Rothschild*, Jurisdiction and Brexit; *Boiché*, Brexit et European Family Law; *Lehmann/Zetzsche*, European Business Law Review 2016, S. 999, 1023; *Ungerer*, in: Brexit und die juristischen Folgen, S. 297, 300 f.

[68] *Sonnentag*, § 6 S. 81 f.; *Hess*, IPRax 2016, 409, 413; *Basedow*, ZEuP 2016, 567, 572; *Hill*, Brexit and private international law; *Rühl*, JZ 2017, 72, 77; *Staudinger*, jurisPR-IWR 5/2016 Anm. 1.

[69] *Rühl*, JZ 2017, 72, 77.

[70] *Rühl*, JZ 2017, 72, 77.

[71] *Dicey/Morris/Collins* Rule 99 18R-176; *Henrich*, in: Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, S. 54.

[72] Schedule 6 (3) und (4) Statutory Instrument 2011 No. 1484 (The Jurisdiction and Judgments (Maintenance) Regulations 2011).

[73] *Sonnentag*, § 6 S. 123, § 8 S. 160.

terhaltsentscheidungen aus sec 15 Matrimonial and Family Proceedings Act 1984. Weiter ergibt sich eine Zuständigkeit, wenn der Beklagte seinen Aufenthalt in einem der Vertragsstaaten des Haager Übereinkommens 1973 besitzt oder die Voraussetzungen des sec 3 Maintenance Orders Act 1972, d.h. gewöhnlicher Aufenthalt des Beklagten in einer reciprocating country, gegeben sind.[74] Nachdem bei gegebener Zuständigkeit in der Scheidungssache auch über den Unterhalt im Vereinigten Königreich entschieden werden kann, welches die hauptsächliche Zuständigkeitsanknüpfung darstellt, ergeben sich keine Unterschiede zur möglichen Annexanknüpfung der EuUnthVO. Deutschland fügt sich hingegen aufgrund der universellen Anwendbarkeit der Verordnung weiterhin in ein abgestimmtes System ein, welches sich durch die bevorzugten Klägergerichtsstände auszeichnet.

Es sind gerade die strikten Regelungen zur Lösung der Konfliktherde sowie vorhersehbare Mechanismen, welche die Vorzüge eines auf den Unionsbürger abgestimmten Rechtssystems darstellen.[75]

> Abwandlung: *K und B vereinbaren im Voraus, dass im Vereinigten Königreich die ausschließliche Zuständigkeit für entstehende Unterhaltspflichten liegen soll.*

Während die ausschließliche Gerichtsstandsvereinbarung eines Mitgliedstaates durch zwei Personen mit gewöhnlichem Aufenthalt in einem Drittstaat von der EuUnthVO erfasst ist, liegt die Problematik im oben stehenden Fall darin, dass Art. 4 I EuUnthVO unmittelbar nur Mitgliedstaaten erfasst.[76] Aufgrund der universellen Anwendbarkeit und der abschließenden Regelungstechnik der Vorschriften ist jedoch davon auszugehen, dass analog auch drittstaatliche Vereinbarungen erfasst werden sollen.[77] Folglich kann auch weiterhin die Derogation mitgliedstaatlicher Gerichte durch den Drittstaat Vereinigtes Königreich nach den Bestimmungen der EuUnthVO erfolgen. Ein außerdem zu berücksichtigender Punkt sind die in Art. 49 ff. EuUnthVO dargelegten Grundlagen für eine effektive Zusammenarbeit der zentralen Behörden im Rahmen von Unterhaltsentscheidungen. Der Antragstellerin K ist nach dem Ausscheiden des Vereinigten Königreichs in der Situation der Nichtermittelbarkeit des momentanen Aufenthaltsortes oder des Einkommens des Verpflichteten eine Stütze aus Art. 51 II lit. b, c EuUnthVO zu versagen, sodass sich in diesem Bereich mangels gleichwertiger Bestimmungen eine Regelungslücke bilden wird. Damit weiterhin ein durchgängiges Maß effektiver Standards der behördlichen Zusammenarbeit gewährleistet wird, müsste das Vereinigte Königreich das Haager Übereinkommen von 2007[78] (Kap. II und III) ratifizieren, welches lediglich von der EU gezeichnet wurde.

II. Urteilsanerkennung

Erfährt auch im Unterhaltsrecht die *ipso iure*-Anerkennung eine Einbuße? Das Haager Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung von Unterhaltsentscheidungen 1973[79] (HUAVÜ), welches durch keine Rechtsakte der EU ersetzt wurde (Art. 69 I, II EuUnthVO) und keine Zuständigkeits- oder Rechtshängigkeitsregelungen enthält, stellt im Fall der Drittstaateneigenschaft des Vereinigten Königreichs die Rechtsquelle für die Anerkennung von Unterhaltsentscheidungen dar (§ 97 I FamFG), sodass auch solche Unterhaltsurteile erfasst sind, welche nach autonomen britischen Recht aufgrund einer Abänderungsmöglichkeit, die nicht den Voraussetzungen des „final and conclusive"[80] entspricht, nicht anerkannt werden würden. Das Übereinkommen ist insoweit hinsichtlich der Voraussetzungen der Prüfung der internationalen Zuständigkeit des Erstgerichts (direkte Regelung der Anerkennungszuständigkeit) sowie den Anerkennungsversagungsvoraussetzungen rückschrittlich – im Gegensatz zur Gesetzmäßigkeit der Entscheidung, Art. 12 HUAVÜ –, als dies im Rechtsakt des europäischen Prozessrechtes nicht mehr überprüft wird. Diese Prüfung des Art. 4 I Nr. 1 HUAVÜ nach den Vorschriften des Art. 7, 8 HUAVÜ wäre jedoch auch bei Rückfall der Anerkennung auf das autonome deutsche Recht nach §§ 108, 109 FamFG erforderlich. Eine Entschärfung wird durch die dargelegten Erleichterungen des Art. 7, 8 HUAVÜ, wie der rügelosen Einlassung der entscheidenden Stelle oder einer Auffangzuständigkeit, erreicht.[81] Die Versagungsgründe, welche in Art. 5 HUAVÜ im Großteil den Gründen der europäischen Regelungen entsprechen, bilden die Voraussetzungen, welche in der EuUnthVO nur auf Antrag geprüft werden, nachdem nach Art. 23 ff. iVm Art. 16 III EuUnthVO eine Automatik der Anerkennung besteht. Das HUAVÜ ermöglicht selbst noch eine Alternative, als die Regelung des Verfahrens der Anerkennung und Vollstreckbarerklärung den Teilnehmerstaaten überlassen wird. In Deutschland werden Urteile gemäß des nationalen Verfahrensrechts (§§ 57 ff., 36 ff. AUG[82]) im gleichen Beschlussverfahren anerkannt wie Titel aus solchen Staaten, denen gegenüber ein Erfordernis der Exequatur besteht. Nachdem auch das potentiell zu unterzeichnende Haager Übereinkommen 2007 ein vereinfachtes Verfahren mit Prüfung der Rechtskraft der Entscheidung, der Zuständigkeit sowie der Anerkennungsversagungsgründe enthält, bildet sich in diesem Bereich der Anerkennung mit Sicherheit ein Rückschritt für die Rechtspraxis. Die Ratifizierung des Haager Übereinkommens 2007 würde den Mechanismus auf ein mit der Verordnung zumindest ähnliches Niveau bringen.

---

[74] *Henrich*, in: Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, S. 36.

[75] *House of Lords, European Union Committee*, Brexit: justice for families, individuals and businesses, S. 27, wo es heißt "they [regulations] bring much-needed clarity and certainty to the intricacies of cross-border family relations".

[76] So auch: *Bittmann*, in: Gebauer/Wiedmann, Rn. 41; *Hau*, in: Prütting/Helms, § 110 FamFG Anh. 3 Rn. 47; *Lipp*, in: MüKoFamFG, EWG_VO_4_2009 Art. 4 Rn. 6.

[77] *Andrae*, in: Rauscher, Art. 4 EG-UntVO Rn. 69 f., 69; *Andrae*, § 8 Rn. 65; *Hau*, in: Prütting/Helms, § 110 FamFG Anh. 3 Rn. 51 f.; *Hau*, in: Europäisches Unterhaltsrecht, S. 57, 68; die Derogation der Gerichte eines Mitgliedstaates ausschließen: *Rauscher*, FamFR 2013, 25, 27; *Bittmann*, in: Gebauer/Wiedmann, Rn. 41.

[78] Haager Übereinkommen über die internationale Geltendmachung der Unterhaltsansprüche von Kindern und anderen Familienangehörigen vom 23.11.2007 (ABl. EU 2011 L 192, S. 51 ff.).

[79] Haager Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung von Unterhaltsentscheidungen vom 02.10.1973 (BGBl. II, 1986, S. 828).

[80] *Henrich*, in: Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, S. 36; Möglichkeit der gerichtlichen Abänderung: *Harrop v Harrop*, 1920, 3 KB 386.

[81] *Dörner*, in: Eschenbruch/Schürmann/Menne, S. 1603; *Andrae*, § 8 Rn. 277 ff.

[82] Auslandsunterhaltgesetz vom 23. Mai 2011 (BGBl. I, S. 898), geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 20.02.2013 (BGBl. I, S. 273).

III. Rechtsvergleichende Schlussfolgerung

Aus kontinentaleuropäischer Sicht bestehen bei Betrachtung der Zuständigkeit in diesem Bereich keine gravierenden Veränderungen, während die Urteilsanerkennung hingegen wieder einen Einriss erfährt. Aufgrund der erschwerten Hürde der Anerkennung muss von einer Zirkulation Abschied genommen werden, welche ihren Vorteil gerade auch darin sieht, dass sich Elternteile nicht durch Wegzug der schnellen Geltendmachung der begründeten Verpflichtungen entziehen können. Eine für die einzelnen schutzbedürftigen Berechtigten, insbesondere für minderjährige Kinder hinsichtlich ihrer finanziellen Unterstützung, schwer zu akzeptierende Folge, welche ein Mehr an Aufwand für die einzelnen Individuen bedeutet.

E. Kindschaftssachen

I. Sonderregeln in der Situation der Rückgabe nach Kindesentführung

Als Mitglied der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht wird das Vereinigte Königreich für Kindesentführungen auf das Haager Übereinkommen 1980[83] zurückfallen.

> Problemfall: *Der Brite M und die Deutsche F leben mit ihrem gemeinsamen Kind im Vereinigten Königreich. F nimmt das Kind nun ohne Einverständnis des M mit nach Deutschland. Das deutsche Gericht weist eine Rückführung des Kindes ab.*

Nachdem die Ablehnung der Rückführungsanordnung auf die Rechtsgrundlage des Art. 13 HKÜ gestützt wird, besteht die Möglichkeit, eine negative Anordnung der Gerichte des Zufluchtsstaates mit den als Fremdkörper[84] deklarierten Vorschriften der Art. 11 VI-VIII iVm Art. 42 I Brüssel-IIa-VO zu überschreiben. Den Eltern wird in der vorliegenden Situation nach dem Wegfall des europäischen Sekundärrechtsaktes infolge der irreversiblen Ablehnung die Chance auf eine erneute Entscheidung genommen. Die Rechtfertigung der Vorschrift der Brüssel-IIa-VO liegt darin, dass die internationale Zuständigkeit zur Entscheidung über die elterliche Verantwortung beim Herkunftsstaat liegt, sodass diese Rechtsprechungsinstanz materiell eine mehr Prüfungspunkte erfassende Entscheidung darstellt.[85] Dem kann jedoch entgegnet werden, dass das Verfahren und die daraus resultierende Schwebephase für die Beteiligten deutlich verlängert wird, manifestiert die Brüssel-IIa-VO kein Zeitlimit für die nachfolgende Entscheidung.[86] Weiter verhärten sich die zwischenmenschlichen Konflikte der Elternteile, sodass das Herunterstufen zu dem Haager Übereinkommen keine bahnbrechenden Auswirkungen mit sich ziehen wird. Der Sonderweg im europäischen Sekundärrechtsakt stellt sich ambivalent dar, welche der Rückgabeversagung den Status der Vorläufigkeit verleiht.[87] Den Eltern wird hier also Klarheit gegeben, als das britische Gericht des Herkunftsstaates nicht mehr an den Überschreibungsmechanismus der EU-Verordnung gebunden ist. Eine weitere Normierung stellt Art. 11 IV Brüssel-IIa-VO dar, als die Rückgabeanordnung mit bindender Wirkung gefördert wird, wenn bestimmte Schutzvorkehrungen bezüglich des Kindes bestehen.

Außerdem wird die Vorschrift der während des Verfahrens über die *lex fori* zu vollziehende Anhörung des Kindes nach Art. 11 II Brüssel-IIa-VO wegfallen, welche Unklarheiten zwischen den einzelnen Mitgliedstaaten beseitigen sollte. Die Verordnung selbst übt jedoch Zurückhaltung, indem Art. 11 II Brüssel-IIa-VO eine Maßregel darstellt, welche in der Gestaltungsweise den Mitgliedstaaten überlassen wird.[88] So wird diese zu beachtende Verfahrensvorschrift für Deutschland schon aus Art. 12 des Übereinkommens der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes[89] abgeleitet,[90] welches auch für das autonome Anhörungsgebot der betroffenen Kinder im Vereinigten Königreich gilt, sodass ohne die Verordnung in diesem Bereich kein Rückschritt zu befürchten ist. Nicht abwenden lässt sich jedoch die Gefahr, dass Unstimmigkeiten sowie Einbußen während des Vollzugs im Verhältnis zwischen den EU-Mitgliedstaaten und dem Vereinigten Königreich erneut auftreten werden, sodass es wieder der Aspekt der ökonomischen Sachdienlichkeit ist, der leiden wird. Daran knüpft die Regelung des Art. 11 III Brüssel-IIa-VO an, welche mit ihrem Entfallen dazu führen wird, dass angestrebte Effizienz ohne ausdrücklich positive Niederlegung eine leere Hülle darstellt. Folglich werden die Auswirkungen in dem Bereich der Kindesrückgabe im Verhältnis zu den bereits oben erörterten Komplexen weniger rechtlich einschneidend ausfallen. Es wird insbesondere erneut an Effektivität eingebüßt, welche den Grundlagenmechanismus für eine angemessene Befriedigung des zurückbleibenden Elternteils darstellt.

II. Rechtsvergleichende Schlussfolgerung

Während das HKÜ weiterhin die maßgebliche Rechtsgrundlage bleibt, entfallen die europäischen Ergänzungsregelungen. Das Vereinigte Königreich wird sich gerade aus diesem Verbund des Vertrauens in die Qualität der Rechtspflege herauslösen, wenn es das Werkzeug der überschreibenden Entscheidung nicht mehr mitträgt. Unsicherheiten der Eltern lassen das Vertrauen dieser in die gewünschte Dringlichkeit des rechtlichen Systems erschüttern. Wesentliche Vorzüge in zeitlicher Hinsicht der ergänzenden Verordnung gehen für Familien verloren. Von einem „caught in legal turmoil"[91] kann jedoch für das entführte Kind nicht die Rede sein.

Insgesamt wird ein Rückschritt gerade dadurch verzeichnet, dass die Rolle des EuGH als auslegungsvereinheitlichende Instanz auf der Strecke bleibt.[92] Indem zwar ein Übereinkommen besteht, welches vor dem Rückfall auf von einseitigen Interessen geleitetes autonomes Recht bewahrt, kann die

---

[83] Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung vom 25.10.1980 (BGBl. 1990 II, S. 207).

[84] *Pirrung*, Internationales Familienrecht, S. 89, 94.

[85] *Schulz*, FamRZ 2003, 1351, 1353.

[86] *Beaumont*, Child and Family Law Quarterly 2017, 213, 215 ff.; *Beaumont*, Journal of Private International Law 2016, 211, 258.

[87] Erwägungsgrund 17 der Brüssel-IIa-VO.

[88] *Rauscher*, in: Rauscher, Art. 11 Brüssel-IIa-VO Rn. 11 f.; *Rieck*, NJW 2008, 182, 184.

[89] BGBl. 1992 II, S. 121, 122.

[90] *Kingston*, Family Law 2017, 1012, 1013; *Schulz*, FamRZ 2003, 1351, 1352.

[91] *Bennett*, Children Of Divorcing EU Parents Will Be Caught In Legal Turmoil.

[92] So z.B. Entscheidung des EuGH über die Auslegung des "gewöhnlichen Aufenthalts" nach Art. 3 Brüssel-IIa-VO: *Mercredi v Chaffe* [2011] EWCA Civ. 272.

Interpretation der Begriffe des Staatsvertrages nicht mehr durch eine Bindungsinstanz erfolgen. Dies führt zu einer Regression bezüglich Rechtssicherheit sowie Einheitlichkeit der Entscheidungen, sodass nicht von einer vollwertigen Lückenfüllung ausgegangen werden kann.

F. Große Scheidung, die keine richtige Scheidung ist?

Ist somit von einer Scheidung in doppelter Hinsicht die Rede oder besteht doch viel politisch angehauchter Wirbel um nichts?

Die klägerfreundliche Sicht der europäischen Rechtsakte wie z.B. auf dem Gebiet der EuUnthVO hat zur Folge, dass sich für die Frage der anwendbaren Rechtsquelle aus deutscher Perspektive gegen nunmehr als drittstaatlich qualifizierte britische Personen nichts ändern wird. Die Rückkehr des Vereinigten Königreichs zu autonomen Anwendungsmechanismen wird keine allzu große Traurigkeit verursachen, waren die Briten gegenüber Maßnahmen der Union schon immer eher skeptisch.

Zweck und erklärtes Ziel der europäischen Verfahrensvereinheitlichung, rechtssuchenden, gemischt-nationalen Ehepaaren im Binnenraum einen zugänglichen sowie vorhersehbaren Überblick über mögliche Gerichtsstände zu verschaffen, wird jedoch ebenso wie die Vorzüge des Prioritätsprinzips oder der *ipso iure*-Anerkennung verschwinden. Wo in einigen Bereichen wie dem Kindschaftsrecht multilaterale Vereinbarungen existieren, wirken sie als ein den entstehenden Lücken begegnender Stoßdämpfer. Problematisch ist, dass die jeweiligen Übereinkommen durch den Entwicklungsstand ihrer Entstehungszeit charakterisiert sind und somit durchaus von einer Einbuße an Rechtssicherheit in diesem hochsensiblen Geflecht gesprochen werden kann. Das harmonisierte System des Internationalen Familienverfahrensrechts wird nunmehr von dem Nebeneinander eines autonomen sowie multilateralen Gefüges, gleichsam einer „Flickenhängematte“, geprägt sein, welche die Rechtspraxis vor neue Hürden stellt. Bildlich gesprochen besteht eine Dehnung dieser Hängematte, welche sich im Vergleich zu den EU-Verordnungen als nicht so strapazierfähig und individuelle Rechtssicherheit versprühend darstellt. Kommt es zu Rissen, schweben Individuen in einem Raum, welcher zwar nicht von Rechtsverlusten, aber von bedeutenden Effektivitätsverlusten charakterisiert ist. Einschränkend ist anzumerken, dass in der Rechtspraxis auch jetzt Verwaltungshindernisse bestehen, sodass das Idealbild einer reibungslosen Rechtskommunikation eine Fiktion ist. Es kann zwar nicht von revolutionären Veränderungen gesprochen werden, eine justizielle Einbuße wird sich jedoch abzeichnen, wie auch im House of Lords erkannt wird, „to walk away from these regulations without putting alternatives in place would be seriously undermine the family law rights of UK citizens.“[93]

Die Realität vor Augen haben, bedeutet gleichzeitig, sich bewusst zu machen, dass das Internationale Familienrecht nicht die größte Priorität haben wird. Auswirkungen auf das einzelne Individuum in einer großen Maschinerie und ein geringer Stellenwert passen jedoch gehörig nicht zusammen.

[93] *House of Lords, European Union Committee*, Brexit: justice for families, individuals and businesses?, S. 30.

Sebastian Schwarz*

Der nationale Emissionshandel in den Sektoren Wärme und Verkehr nach dem Brennstoffemissionshandelsgesetz (BEHG)

A. Hintergrund und Fragestellung

Gemeinsam mit dem Bundesklimaschutzgesetz (KSG) verabschiedete der Bundestag im Winter des vergangenen Jahres das Brennstoffemissionshandelsgesetz (BEHG).[1] Durch dieses wird ein nationales Emissionshandelssystem (nEHS) in den Bereichen Verkehr und Wärme geschaffen. Die Meinungen zu dem Paket reichten von der Einschätzung als „entscheidende[m] Schritt auf dem Weg, Klimaschutz konsequent umzusetzen"[2] bis hin zur Bezeichnung des Emissionshandels als „Krücke"[3] und „Ablasshandel".[4] Gegenstand dieser Untersuchung ist die Frage, ob das BEHG in der Lage sein wird, effektiven und sozialverträglichen Klimaschutz nach finanzverfassungsrechtlichen und internationalen Vorgaben zu leisten.

B. Das Brennstoffemissionshandelsgesetz (BEHG)

I. Verortung im System des europäischen Klimaschutzes

1. Das europäische Sektorenmodell

Das BEHG gliedert sich in die „Drei-Säulen-Strategie"[5] der EU zur Senkung von Treibhausgasemissionen ein: Die erste Säule dieser Strategie umfasst den Elektrizitäts- und Energiesektor, die Industrie und Teile des Luftverkehrs. Diese Sektoren, die ca. 45 % der europaweiten Emissionen verursachen,[6] nehmen am europäischen Emissionshandel, dem *EU Emissions Trading System* (EU-ETS) teil, der 2003 durch die Emissionshandels-RL[7] geschaffen und in Deutschland durch das Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz (TEHG) umgesetzt wurde. Durch den EU-ETS sollen die Emissionen in den genannten Sektoren bis 2030 um 43 % gegenüber dem Jahr 2005 gesenkt werden.[8] Die zweite Säule bilden vor allem die Sektoren Haushalte und Verkehr. Im Rahmen dieser Säule schafft das BEHG ein nEHS für Emissionen aus der Verbrennung von Heiz- und Kraftstoffen. Die dritte Säule umfasst die Landnutzung, Landnutzungsänderung und Forstwirtschaft. Hier gilt die „no-debit"-Regel, es soll also ein Gleichgewicht zwischen Treibhausgasemissionen und Emissionsabbau geschaffen werden.[9]

2. Europarechtliche Vorgaben für das BEHG

Die beiden wichtigsten Sektoren der zweiten Säule sind der Verkehr und die Haushalte, in denen wiederum die Beheizung von Gebäuden den Großteil der Emissionen verursacht.[10] In diesen Bereichen bleibt die Auswahl der konkreten Maßnahmen den Mitgliedsstaaten überlassen,[11] das EU-Recht gibt mit der Lastenteilungs-VO[12] jedoch verbindliche nationale Reduktionsziele vor.[13] Hiernach muss Deutschland seine Emissionen in diesen Sektoren bis 2030 linear um 38 % gegenüber dem Jahr 2005 senken.[14] Entlang dieses linearen Minderungspfads setzt die Kommission jährlich gemäß Art. 4 III der Lastenteilungs-VO die zulässige Menge nationaler Emissionen fest. Art. 9 I statuiert die Pflicht zur strikten Einhaltung dieser Mengen. Überschüsse können nur begrenzt durch die in Art. 5 aufgeführten Möglichkeiten ausgeglichen werden, etwa durch *Banking* und *Borrowing*[15] oder den Ankauf von Emissionskontingenten anderer Staaten, der wiederum hohe Kosten mit sich bringt. Durch diese Möglichkeit des Handels von Emissionsmengen entsteht auch zwischen den Mitgliedsstaaten der EU ein System, das einem Zertifikatshandel gleicht.[16] Das BEHG muss sich vor allem daran messen lassen, ob es sicherstellt, dass die Vorgaben der Lastenteilungs-VO eingehalten werden. Ist dies nicht der Fall, sähe sich Deutschland im schlimmsten Fall einem Vertragsverletzungsverfahren der Kommission ausgesetzt.[17]

---

* Der Autor ist Student an der Bucerius Law School, Hamburg.

1 BGBl. I 2019, 2728.

2 *Jung (CDU/CSU-Fraktion)*, Plenarprotokoll 19/128, S. 16050.

3 *Sitta (FDP-Fraktion)*, Plenarprotokoll 19/128, S. 16042.

4 *Bleck (AfD-Fraktion)*, Plenarprotokoll 19/128, S. 16047.

5 *Kreuter-Kirchhof*, ZUR 2019, 396, 397.

6 Infosheet "The EU Emissions Trading System (EU ETS)", S. 1.

7 Richtlinie 2003/87/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.10.2003 über ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Gemeinschaft und zur Änderung der Richtlinie 96/61/EG des Rates, ABl. EU Nr. L 275, S. 32.

8 Erwägungsgrund (2) der Richtlinie (EU) 2018/410 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14.03.2018 zur Änderung der Richtlinie 2003/87/EG zwecks Unterstützung kosteneffizienter Emissionsreduktionen und zur Förderung von Investitionen mit geringem CO2-Ausstoß und des Beschlusses (EU) 2015/1814, ABl. EU Nr. L 76, S. 3.

9 Kommissionsbericht vom 07.11.2017, COM (2017) 646 final, S. 17.

10 Den anderen Sektor bilden die landwirtschaftlichen Abfälle.

11 Das Europarecht steht auch einem nationalen Emissionshandel nicht entgegen, s. Erwägungsgrund (23) der Emissionshandels-RL (Fn. 7); so auch *Rodi/Antoni/Borger/Kalis/Schäfer-Stradowsky/Seliger*, Verfassungsmäßigkeit des Entwurfs zum Brennstoffemissionshandelsgesetzes (BEHG-E), 2019, S. 10.

12 Verordnung (EU) 2018/842 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30.05.2018 zur Festlegung verbindlicher nationaler Jahresziele für die Reduzierung der Treibhausgasemissionen im Zeitraum 2021 bis 2030 als Beitrag zu Klimaschutzmaßnahmen zwecks Erfüllung der Verpflichtungen aus dem Übereinkommen von Paris sowie zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 525/2013, ABl. EU Nr. L 156, S. 26. Genauso geläufig ist die Bezeichnung als Klimaschutz-VO, s. etwa § 2 Nr. 4 KSG.

13 *Kreuter-Kirchhof*, ZUR 2019, 396, 398; Gesetzentwurf KSG, BT-Drs. 19/14337, S. 17.

14 Art. 4 I iVm Anhang I der Verordnung (EU) 2018/842 (Fn. 12).

15 S. hierzu *Edenhofer/Flachsland/Kalkuhl/Knopf/Pahle,* Optionen für eine CO_2-Preisreform, 2019, S. 42.

16 *Klinski et. al*., NVwZ 2020, 1, 2.

17 *Edenhofer et al*., CO_2-Preisreform (Fn. 15), S. 42; *Feld/Schmidt/Schnabel/Truger/Wieland*, Aufbruch zu einer neuen Klimapolitik, 2019, S. 13, 31 f.

Die Governance-VO[18] bildet den Kern des sogenannten Winterpakets „Saubere Energie für alle Europäer" aus dem Jahr 2018.[19] Bei der Governance-VO handelt es sich um einen *Umbrella*-Rechtsakt, der einen einheitlichen Rahmen für die Energie- und Klimaschutzpolitiken der EU schaffen soll.[20] Zentrale Pflicht der Mitgliedstaaten ist es, Integrierte nationale Energie- und Klimaschutzpläne zu erstellen und bei der Kommission einzureichen.[21] Diese beschreiben die nationalen Klimaschutzziele, Politiken und Maßnahmen, insbesondere in Hinblick auf den Ausbau der erneuerbaren Energien.[22] Alle zwei Jahre berichten die Mitgliedsstaaten bei der Kommission über die Durchführung der Klimaschutzpläne. Diese spricht unverbindliche Empfehlungen aus und schlägt bei EU-weit unzureichenden Fortschritten neue Unionsrechtsakte vor. Die Governance-VO etabliert somit in erster Linie ein Monitoringsystem, das die Mitgliedstaaten bei der Erreichung ihrer nationalen Ziele unterstützt.[23] Auf nationaler Ebene wurde mit § 10 KSG ein ähnliches Berichtssystem geschaffen, wobei der genaue Zusammenhang zwischen nationalen und europarechtlich geforderten Berichten noch unklar ist.[24]

Durch diese Instrumente stellt die EU sicher, dass sie die Minderungsziele und Berichtspflichten erfüllt, die sie sich bei ihrem Beitritt zum Pariser Abkommen gesetzt hat (Senkung der Treibhausgasemissionen um 40 % gegenüber 1990 bis 2030).[25] Das EU-Recht wirkt auf diese Weise wie ein „Katalysator der Rechtsverbindlichkeit"[26] für die Regeln des Pariser Abkommens in den Mitgliedsstaaten.

II. Die Funktionsweise des nEHS nach dem BEHG

1. Grundmodell

Bei dem durch das BEHG geschaffenen System handelt sich um einen Emissionshandel nach dem *cap and trade*-System. Durch eine absolute Mengenbegrenzung der Emissionen in Verbindung mit der Pflicht, Zertifikate für die Nutzung der Luft zu erwerben, soll ein Preis auf CO_2 geschaffen werden.[27] Umfasst sind nach § 2 I BEHG fossile Treibhausgasemissionen,[28] die durch die Verbrennung der in Anlage 1 zum BEHG genannten Brennstoffe verursacht werden, darunter etwa Benzin und Erdgas, Heizöle und Kohle.[29] Nach § 4 I, II BEHG legt die Bundesregierung pro Kalenderjahr die nicht zu überschreitende „jährliche Emissionsmenge" fest, die der Höchstanzahl an Zertifikaten entspricht (*cap*). Sie ist so zu wählen, dass gewährleistet ist, dass die Emissionszuweisungen der Kommission an Deutschland nach Art. 4 III der Lastenteilungs-VO nicht überschritten werden. Durch das BEHG kann also theoretisch sichergestellt werden, dass Deutschland seine europarechtlichen Emissionsziele punktgenau erreicht.[30]

Die festgelegte Menge an Zertifikaten wird nach §§ 10 I, 13 I BEHG durch das Umweltbundesamt als zuständige Behörde versteigert.[31] Die Zertifikate sind jedoch frei übertragbar, § 9 II BEHG, und können somit gehandelt werden (*trade*). Die „Verantwortlichen" (§ 3 Nr. 3 BEHG) im nEHS sind nicht die letztendlichen Emittenten, sondern die Unternehmen, die Heiz- und Kraftstoffe in den Verkehr bringen. Es handelt sich somit um einen *Upstream-ETS*. Rechtstechnisch wird dies dadurch bewerkstelligt, dass die Pflicht zum Erwerb der Zertifikate an das Entstehen der Energiesteuer anknüpft, § 2 II BEHG. Betroffen sind in Deutschland rund 4050 Unternehmen.[32]

Hier liegt ein Unterschied zum EU-ETS, bei dem nach dem Verursacherprinzip die direkten Emittenten, also die Betreiber von Kraftwerken und Industrieanlagen, Zertifikate erwerben müssen.[33] Laut dem Gesetzentwurf zum BEHG soll durch die Verzahnung mit dem Energiesteuergesetz der Verwaltungsaufwand durch den nEHS minimiert werden.[34] Praktisch wäre eine Einbeziehung aller Emittenten, also aller Autofahrer und Wohnraumnutzer, wohl auch mit erheblichen Aufwand verbunden,[35] ein *Upstream*-Ansatz vermeidet diese Probleme.

Die verantwortlichen Unternehmen haben die Pflicht, zuvor erworbene Zertifikate entsprechend der Menge an Emissionen an das Umweltbundesamt abzugeben, die ihnen aufgrund des Inverkehrbringens der Brennstoffe zuzurechnen ist, §§ 8 I, 7 I BEHG. Ob die Emissionen tatsächlich durch Nutzung der Brennstoffe angefallen sind, ist unerheblich.[36] Dies ist einerseits konsequent, andererseits aber wohl auch darauf zurückzuführen, dass eine Kontrolle praktisch unmöglich wäre. Durch den *Upstream*-Ansatz kann es zwar zu Doppelerfassungen von Emissionen durch das nEHS und den EU-ETS kommen. Das Problem wird jedoch dadurch entschärft, dass die durch den EU-ETS erfassten Emissionen

---

18 Verordnung (EU) 2018/1999 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.12.2018 über das Governance-System für die Energieunion und für den Klimaschutz, zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 663/2009 und (EG) Nr. 715/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates, der Richtlinien 94/22/EG, 98/70/EG, 2009/31/EG, 2009/73/EG, 2010/31/EU, 2012/27/EU und 2013/30/EU des Europäischen Parlaments und des Rates, der Richtlinien 2009/119/EG und (EU) 2015/652 des Rates und zur Aufhebung der Verordnung (EU) Nr. 525/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. EU Nr. L 328, S. 1.

19 S. dazu *Pause*, ZUR 2019, 387.

20 *Schlacke*/*Knodt*, ZUR 2019, 404 f.; *Pause*, ZUR 2019, 387, 389.

21 Art. 3 I der Verordnung (EU) 2018/1999 (Fn. 18).

22 *Kreuter-Kirchhof*, ZUR 2019, 396, 401 f.; *Schlacke*/*Knodt*, ZUR 2019, 404, 407.

23 *Schlacke*/*Knodt*, ZUR 2019, 404, 406; *Pause*, ZUR 2019, 387, 389.

24 *Franzius*, EnWZ 2019, 435, 436 f.; *Schlacke*/*Knodt*, ZUR 2019, 404, 409.

25 Submission by Latvia and the European Commission on behalf of the European Union and its member states, 2015, S. 1; *Pause*, ZUR 2019, 387, 389, *Kreuter-Kirchhof*, EuZW 2017, 829, 830 ff.

26 *Saurer*, NVwZ 2017, 1574, 1577.

27 Gesetzentwurf BEHG, BR-Drs. 533/19, S. 2.

28 Praktisch verursachen die umfassten Brennstoffe nur CO_2-Emissionen. Ca. 88 % der Treibhausgasemissionen in Deutschland sind CO_2-Emissionen, s. *Feld et al*. (Fn. 17), S. 9.

29 § 2 I iVm Anlage 1 BEHG iVm Anhang I der Verordnung (EWG) Nr. 2658/87 des Rates vom 23.07.1987 über die zolltarifliche und statistische Nomenklatur sowie den gemeinsamen Zolltarif, ABl. EG Nr. L 256, S. 1.

30 Gesetzentwurf BEHG, BR-Drs. 533/19, S. 38; *Edenhofer et al*., CO_2-Preisreform (Fn. 15), S. 42.

31 Innerhalb des Umweltbundesamtes ist die Deutsche Emissionshandelsstelle (DEHSt) zuständig, die auch schon den EU-ETS in Deutschland administriert. Dadurch soll auf die Vollzugerfahrung der DEHSt aufgebaut werden, s. Gesetzentwurf BEHG, BR-Drs. 533/19, S. 46 f.

32 *Zenke*/*Telschow*, EnWZ 2020, 157, *Matthes,* Ein Emissionshandelssystem für die nicht vom EU ETS erfassten Bereiche: Praktische Umsetzungsthemen und zeitliche Erfordernisse, 2019, S. 19 f.

33 *Kreuter-Kirchhof*, EuZW 2017, 412, 413, 418.

34 Gesetzentwurf BEHG, BR-Drs. 533/19, S. 37.

35 CO_2 Abgabe e.V., Grundlegende Varianten einer CO_2-Bepreisung im Vergleich, 2019, S. 18 f.

36 Gesetzentwurf BEHG, BR-Drs. 533/19, S. 33.

gemäß § 4 III BEHG nicht zur jährlichen Emissionsmenge gerechnet werden und die Verantwortlichen bei Lieferungen an EU-ETS-Anlagen hierfür keine Zertifikate abgeben müssen, § 7 V BEHG. Kommt ein Verantwortlicher seiner Abgabepflicht nicht nach, wird gemäß § 21 BEHG von Amts wegen eine Zahlungspflicht festgesetzt.

Insgesamt ist festzuhalten, dass das Grundsystem des BEHG relativ einfach ausgestaltet ist. Zwar entsteht bei Erstellung des Überwachungsplans ein gewisser Verwaltungsaufwand bei den betroffenen Unternehmen (s. dazu unten), jedoch wird dieser durch ein frühes Ansetzen in der Lieferkette noch möglichst gering gehalten. Durch das Anknüpfen der *cap* an die EU-Vorgaben kann außerdem theoretisch sichergestellt werden, dass Deutschland seine Emissionsziele punktgenau erreicht.

2. Modifikationen während der Einführungsphase

Dieses Grundmodell gilt jedoch erst ab 2027. Während der Einführungsphase von 2021-2025 werden die Zertifikate gemäß § 10 II BEHG zu Festpreisen abgegeben. Nach derzeitigem Stand liegt der Einstiegspreis im Jahr 2021 bei 10 € pro Zertifikat, das zum Ausstoß von einer Tonne CO_2 berechtigt, und steigt bis auf 35 € im Jahr 2025 an. Eine Anhebung der Preise ist jedoch bereits in Planung.[37] Im Jahr 2026 sollen die Zertifikate grundsätzlich versteigert werden, es gelten jedoch ein Mindest- und Höchstpreis von 35 € und 60 €. Die Festpreise, die Unsicherheiten bezüglich des CO_2-Preises vermeiden sollen, sind nach Ansicht des Gesetzgebers ein „zentrales Ausgestaltungsmerkmal" des BEHG.[38]

Hier liegt ein bedeutender Unterschied zum EU-ETS: In diesem wurden die Zertifikate anfangs größtenteils kostenlos zugeteilt, zudem gab es ein Überangebot an Zertifikaten. Die Folge war ein Preisverfall auf phasenweise unter 3 € pro Tonne CO_2 und eine geringe Wirkung des EU-ETS in Form von CO_2-Einsparungen.[39] Daher ist zu begrüßen, dass der Gesetzgeber einem solchen Preisverfall vorbeugte. Auch von Experten war die Einführung eines Preiskorridors zur Vermeidung starker Preisunsicherheiten empfohlen worden.[40] Andererseits wurde mit dem Festpreis auch die Garantie verbunden, unbegrenzt Zertifikate zu diesem auszugeben, auch über die jährliche Emissionsmenge nach § 4 I BEHG hinaus, vgl. § 10 I BEHG. Der Gesetzentwurf selbst stellt fest, dass die EU-Vorgaben so nicht immer eingehalten werden können,[41] daher verweist § 5 I BEHG für die Einführungsphase auf die Flexibilisierungsmöglichkeiten nach Art. 5 der Lastenteilungs-VO. Dieses System während der Einführungsphase mindert die Effektivität des Klimaschutzes erheblich und führt zu verfassungsrechtlichen Bedenken, vor allem finanzverfassungsrechtlicher Art.

[37] Art. 1 Nr. 2 des Referentenentwurfs eines Gesetzes zur Änderung des BEHG.
[38] Gesetzentwurf BEHG, BR-Drs. 533/19, S. 43.
[39] *Kreuter-Kirchhof*, EuZW 2017, 412, 414; *Hartmann*, NVwZ 2016, 189, 190.
[40] *Edenhofer et al.*, CO_2-Preisreform (Fn. 15), S. 48.
[41] Gesetzentwurf BEHG, BR-Drs. 533/19, S. 39.

III. Verfassungsmäßigkeit des BEHG

1. Finanzverfassungsrechtliche Zulässigkeit eines Emissionshandels

§ 10 I BEHG statuiert die Pflicht der Verantwortlichen, Emissionszertifikate vom Staat entgeltlich zu erwerben. Bei den hierbei anfallenden Zahlungen könnte es sich um Abgaben, also hoheitliche Geldtransfers von Privaten auf den Staat,[42] oder Fiskalgeschäfte handeln. Da die Versteigerung von Emissionszertifikaten kein Fiskalgeschäft ist,[43] bestimmt sich die Zulässigkeit der Erlöserzielung hieraus nach der Finanzverfassung des Grundgesetzes, egal, ob man die Erlöse als echte Abgaben betrachtet oder sie wegen ihrer Wirkung nur wie solche behandelt.[44]

Der Begriff der Abgaben umfasst Steuern und die nichtsteuerliche Abgaben, wobei die Staatsfinanzierung durch Steuern den vom Grundgesetz vorgesehenen Regelfall darstellt (Prinzip des Steuerstaates).[45] Für die nichtsteuerlichen Abgaben gibt das Grundgesetz zwar keinen abschließenden Katalog vor, trotzdem werden sie meist anhand ihrer typischen Merkmale kategorisiert.[46] Die wichtigsten nichtsteuerlichen Abgaben sind etwa Gebühren, Beiträge und Sonderabgaben. Im Gegensatz zu Steuern bedürfen nichtsteuerliche Abgaben aufgrund der Schutz- und Begrenzungsfunktion der Finanzverfassung einer besonderen sachlichen Rechtfertigung. Auch müssen sie der Belastungsgleichheit der Abgabenpflichtigen (Art. 3 I GG) Rechnung tragen und den Grundsatz der Vollständigkeit des Haushaltsplans beachten.[47] Bei der Einordnung einer Abgabe kommt es nicht auf ihre Bezeichnung, sondern vielmehr auf ihren materiellen Gehalt und die konkrete Ausgestaltung des Gesetzes an.[48]

Der Gesetzgeber geht davon aus, dass es sich bei den Erlösen aus dem nEHS um nichtsteuerliche Abgaben handelt.[49] Für den EU-ETS bestätigte das BVerfG diese Auffassung:[50] Da die Verantwortlichen im Gegenzug für ihre Zahlung Zertifikate erhielten, könne es sich bei deren Zahlungen nicht um Steuern handeln, die sich dadurch auszeichneten, dass sie voraussetzungslos, also ohne Gegenleistung des Staats erhoben würden.[51]

Dementsprechend haben BVerwG und BVerfG die Zulässigkeit der Erlöserzielung durch Zertifikatsversteigerungen an

[42] *Siekmann* in: Sachs, Grundgesetz[8], 2018, Vor Abschnitt X, Rn. 67, *Heintzen* in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz[6], 2012, Art. 105 GG, Rn. 10.
[43] Beim Fiskalgeschäft wird der Staat nicht in Erfüllung öffentlicher Aufgaben, sondern formell und materiell als Privatrechtssubjekt tätig, *Sodan* in: Sodan/Ziekow, Verwaltungsgerichtsordnung[5], 2018, § 40 VwGO, Rn. 355; beim Zertifikatsverkauf gibt es jedoch eine „faktische Zwangswirkung", s. *Frenz*, DVBl 2007, 1385.
[44] BVerfG, NVwZ 2018, 972, 974; BVerwG, NVwZ 2013, 587, 588; *Frenz*, DVBl 2007, 1385 f.
[45] So die hM, s. BVerfG, NVwZ 1996, 469, 470; *Pieroth* in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland[13], 2014, Art. 105 GG, Rn. 2.
[46] *Seiler* in: Maunz/Dürig, Grundgesetz[90], 2020, Art. 105 GG, Rn. 80; *Pieroth* in: Jarass/Pieroth (Fn. 45), Art. 105 GG, Rn. 25.
[47] BVerwG, NVwZ 2013, 587 f.; *Kube* in: Beck´scher Online-Kommentar GG[43], 2020, Art. 105 GG, Rn. 10 ff.
[48] BVerfG, NJW 2017, 2249, 2255 m.w.N.; *Siekmann* in: Sachs (Fn. 42), Vor Abschnitt X, Rn. 67.
[49] Gesetzentwurf BEHG, BR-Drs. 533/19, S. 44.
[50] BVerfG, NVwZ 2018, 972, 974.
[51] Zum Steuerbegriff BVerfG, NJW 2017, 2249, 2254; *Seiler* in: Maunz/Dürig (Fn. 46), Art. 95 GG, Rn. 36 f.

den Maßstäben einer nichtsteuerlichen Abgabe in Form einer Vorteilsabschöpfungsabgabe im Rahmen einer öffentlich-rechtlichen Nutzungsregelung geprüft und bestätigt.[52] Damit knüpfen die Gerichte an die „Wasserpfennig"-Entscheidung des BVerfG an: In dieser entschied das BVerfG, dass der Gedanke der Vorteilsabschöpfung eine besondere sachliche Legitimation für Abgaben darstelle. Eine Abgabe für die Nutzung einer natürlichen Ressource sei sachlich gerechtfertigt, wenn es sich um ein knappes Gutes der Allgemeinheit handele, das einer öffentlich-rechtlichen Nutzungsregelung unterliege. Dann stelle die Nutzung des Gutes einen Sondervorteil dar, der ganz oder teilweise abgeschöpft werden dürfe, um die Belastungsgleichheit mit denjenigen, die nicht in den Genuss des Sondervorteils kommen, wiederherzustellen.[53] Diese Rechtsprechung lässt sich laut BVerwG und BVerfG auf den EU-ETS übertragen: Nicht die Luft selbst, aber ihr Verschmutzungsgrad sei eine knappe natürliche Ressource. Diese unterliege durch den Emissionshandel einer öffentlich-rechtlichen Bewirtschaftungsordnung. Eine solche liege nicht nur bei einer Kontingentierung der Nutzung durch Ordnungsrecht vor, sondern auch, wenn die Nutzungsmöglichkeit an die Zahlung von Entgelten geknüpft werde. Als wichtige Voraussetzung wurde allerdings betont, dass die Anzahl an verfügbaren Zertifikaten insgesamt begrenzt sein müsse, da nur dann eine mengenmäßige Begrenzung des Gutes eintrete, wegen welcher die Nutzung einen Sondervorteil darstelle.[54]

Diese Rechtsprechung dürfte auch auf das Grundmodell des nEHS nach dem BEHG übertragbar sein, dessen grundsätzliche Funktionsweise der des EU-ETS entspricht.[55] Die Ressource der sauberen Luft wird verknappt und einer Bewirtschaftungsordnung unterzogen. Nicht ausreichend diskutiert ist bislang, ob der entsprechende Sondervorteil schon in der Berechtigung zum Verkauf von Brennstoffen gesehen werden kann, die dann später durch Dritte verbrannt werden, wodurch die Luft verschmutzt wird. Der Gesetzgeber spricht insoweit davon, dass diese Luftverschmutzung den Verantwortlichen „zuzurechnen" sei.[56]

2. Problematik beim BEHG

a) Zulässigkeit der Festentgelte als Vorteilsabschöpfungsabgaben

Problematisch ist beim BEHG jedoch die Einführungsphase, in der eine potentiell über die jährliche Emissionsmenge hinausgehende Anzahl an Zertifikaten verkauft wird. Denn nach dem BVerfG ist die entscheidende Voraussetzung für das Entstehen eines abschöpfbaren Sondervorteils das Vorliegen einer Knappheitssituation. Nur wenn ein Gut zunächst verknappt und dann öffentlich-rechtlich bewirtschaftet werde, entstehe einem Unternehmen ein Sondervorteil dadurch, dass der Staat die Nutzung erlaube.[57] Man kann jedoch daran zweifeln, ob in den Jahren 2021-2025 eine solche Knappheitssituation besteht: Denn nach § 10 I BEHG wird nicht nur die nach § 4 BEHG festgelegte jährliche Emissionsmenge veräußert, sondern auch „der zusätzliche Bedarf, der sich in der Einführungsphase […] ergeben kann". Das heißt, dass zwar auch in der Einführungsphase ein Budget festgelegt wird, dieses aber überschritten werden kann, wenn eine hohe Nachfrage nach Zertifikaten es gebietet. Eine solche Überschreitung der jährlichen Emissionsmenge ist zwar eigentlich nur in den engen Grenzen des § 5 BEHG, der Art. 5 der Lastenteilungs-VO umsetzt, möglich. Daher könnte man annehmen, dass die Mengenbegrenzung dort liege, wo sowohl die jährliche Emissionsmenge nach § 4 BEHG als auch die Flexibilisierungsmöglichkeiten nach § 5 BEHG ausgeschöpft werden. Die ausdrückliche Regelung einer solchen *cap* für die Jahre 2021-2025 fehlt im BEHG jedoch.[58] Auch die Gesetzgebungshistorie spricht gegen die Annahme einer Obergrenze in der Einführungsphase.[59] Ohne eine klare Limitierung der verfügbaren Zertifikate handelt es sich bei der reinen Luft aber nicht um ein knappes Gut. Die Unternehmen erlangen durch ihre Nutzung keinen Sondervorteil. Ohne einen solchen Sondervorteil ist jedoch auch die Vorteilsabschöpfung durch eine nichtsteuerliche Abgabe unzulässig.

Die gleiche Problematik ergibt sich für das Jahr 2026, wenn die Zertifikate erstmals versteigert werden. Es ist nicht ausdrücklich geregelt, was passiert, wenn der Höchstpreis von 60 € bei den Versteigerungen erreicht wird. Da das Jahr 2026 aber gemäß § 10 II BEHG noch zur Einführungsphase zählt, ist davon auszugehen, dass es sich um eine „harte Preisobergrenze"[60] handelt, bei deren Überschreitung zusätzliche Zertifikate ausgegeben würden. Damit stellt sich das gleiche Problem wie während der Jahre 2021-2025.

b) Sonstige Zulässigkeit der Festentgelte?

Denkbar wäre nun wegen ihrer steuergleichen Wirkung eine Umdeutung der Erlöse als eine Steuer auf CO_2. Dies kommt jedoch erstens wegen benannter Rechtsprechung des BVerfG nicht in Betracht, nach der die erworbenen Zertifikate eine Gegenleistung darstellen und die Entgelte damit nicht voraussetzungslos entrichtet werden müssen. Zweitens wäre eine Umdeutung wegen der Formenstrenge der Finanzverfassung wohl nicht zulässig.[61] Drittens wäre eine direkte CO_2-Steuer finanzverfassungsrechtlich auch nicht zulässig (dazu C.I.). Auch die Einordnung als Sonderabgabe ist mit der geplanten Mittelverwendung wohl nicht möglich.[62]

---

52 BVerfG, NVwZ 2018, 972, 974 f.; BVerwG, NVwZ 2013, 587, 588.

53 BVerfG, NVwZ 1996, 469, 471; *Jachmann-Michel/Vogel* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz[7], 2018, Art. 105 GG, Rn. 17.

54 BVerfG, NVwZ 2018, 972, 974 f.; BVerwG, NVwZ 2013, 587; 588.

55 *Müller/Kahl*, Zur verfassungsrechtlichen Einordnung des Brennstoffemissionshandelsgesetztes, 2019, S. 18; *Rodi et al.* (Fn. 11), S. 13.

56 Gesetzentwurf BEHG, BR-Drs. 533/19, S. 39 f., 42.

57 BVerfG, NVwZ 2018, 972, 975; *Müller/Kahl* (Fn. 55), S. 3 ff.

58 *Rodi et al.* (Fn. 11), S. 9.

59 *Müller/Kahl* (Fn. 55), S. 7 ff.

60 *Edenhofer et al.*, CO_2-Preisreform (Fn. 15), S. 72 f.

61 *Rodi et al.* (Fn. 11), S. 14; s. auch *Heun* in: Dreier, Grundgesetz[3], 2018, Art. 105 GG, Rn. 10, 18.

62 Sonderabgaben müssen „gruppennützig" verwendet werden, die Einnahmen aus dem nEHS müssten also wieder den Verantwortlichen zugutekommen, s. *Jachmann-Michel/Vogel* in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 53), Art. 105 GG, Rn. 19; *Müller/Kahl* (Fn. 55), S. 14 f.; für den Klimaschutz als gruppennützige Verwendung *Frenz*, DVBl 2007, 1385, 1390.

c) Zulässigkeit als Übergangsregelung?

Zuletzt wäre daran zu denken, die Einführungsphase als Übergangsregelung anzusehen.[63] Solche Übergangsregelungen können verfassungsrechtlich geboten sein, um die Eingriffe in Grundrechte abzumildern. Hiergegen spricht jedoch die sehr lange Einführungsphase von sechs Jahren, die wohl zu lang ist, um darin eine reine Übergangsvorschrift zu sehen,[64] gerade wenn man bedenkt, dass dem Gesetzgeber mit einem reinen Emissionshandel eine von Anfang an verfassungskonforme Lösung zur Verfügung gestanden hätte.

d) Zwischenergebnis

Es ist bislang unklar, ob das BEHG finanzverfassungsrechtlich zulässig ist. Die Rechtsprechung zum EU-ETS dürfte grundsätzlich, nicht jedoch während der Einführungsphase übertragbar sein. Allerdings steht es dem Gesetzgeber nach der Rechtsprechung des BVerfG wie erwähnt frei, in Ausübung seiner Kompetenzen nach Art. 70 ff. GG neue Abgabenarten zu schaffen.[65] Es besteht daher zumindest die Chance, dass die Festentgelte als Abgaben *sui generis* verfassungsmäßig sind.

IV. Ökonomische Wirkung und Eignung zum Klimaschutz

Sollte das BEHG in seiner jetzigen Form Bestand haben, ist zu fragen, ob es effektiven Klimaschutz zu leisten vermag. Teilweise wird kritisiert, das BEHG erreiche keine Minderungen bis 2025, sondern verspreche Klimaschutz ab 2026.[66] Andere sehen ein nEHS als völlig ungeeignet[67] oder zumindest nicht ausreichend[68] zur Erreichung der klimaschutzpolitischen Ziele insbesondere aus der Lastenteilungs-VO. Diese bildet insoweit den Maßstab für die Effektivität des nEHS. Ohne eine CO_2-Bepreisung würde Deutschland seine Ziele mit allergrößter Wahrscheinlichkeit verfehlen.[69] In der Vergangenheit war festzustellen, dass in den Bereichen Verkehr und Wärme, die für 18 % bzw. 14 % der nationalen Treibhausgasemissionen verantwortlich sind, kaum Minderungen erzielt werden konnten. Das liegt daran, dass die Kosten für die Vermeidung von Emissionen in diesen Sektoren höher als etwa bei der Energieerzeugung sind.[70]

Ob das BEHG dies zu ändern vermag, wird vom Verbraucherverhalten abhängen: Zwar handelt es sich bei dem nEHS um einen Upstream-ETS, bei dem die Inverkehrbringer von Brennstoffen dazu verpflichtet sind, Zertifikate zu erwerben, doch können sie die Kosten hierfür entlang der Lieferkette überwälzen. Schlussendlich werden die Auswirkungen bei den Heiz- und Benzinkosten für Verbraucher und Industriezweige zu spüren sein, die diese Kosten aus Wettbewerbsgründen nicht mehr auf ihre Käufer umlegen können.[71] Durch die Schaffung eines Preises auf CO_2 bleibt den Verbrauchern zwar die Freiheit, einen gewissen Lebensstil zu wählen, die verursachergerechten Preise schaffen aber einen Anreiz zu umweltfreundlicherem Verhalten.[72] Die gesamtwirtschaftlichen Wirkungen dürften bei den nun gewählten Preisen zu vernachlässigen sein, insbesondere droht kein signifikanter Rückgang des Wachstums des Bruttoinlandprodukts. Im Gegenteil könnten Investitionen in innovative Technologien gestärkt werden.[73]

Wenn das nEHS 2021 wie aktuell geplant[74] mit einem Zertifikatspreis von 25 € pro Tonne CO_2 anläuft, wird der Preis für Benzin voraussichtlich um ca. 7 Cent/Liter, für Diesel und Heizöl um ca. 7,9 Cent/Liter ansteigen. 2025, wenn der Preis für eine Tonne CO_2 55 € betragen wird, wird Benzin ca. 15,5 Cent/Liter mehr kosten als heute, Diesel und Heizöl etwa 17,3 Cent/Liter mehr.[75]

Fraglich ist, ob diese Preissteigerungen ausreichen, um bis 2030 die nötige Menge an Emissionen einzusparen: Klar ist, dass die jährliche Emissionsmenge ab 2027 den Vorgaben der Lastenteilungs-VO entsprechen wird. Damit deren Gesamtziel bis 2030 erreicht werden kann, müssen aber schon vor 2027 Einsparungen erfolgen. Ist dies nicht der Fall, werden im Jahr 2027 plötzlich erhebliche Einsparungen nötig sein, die einen signifikanten Preisanstieg verursachen würden.[76] Welche Emissionsmengen durch die Festpreise auf CO_2 eingespart werden, hängt insbesondere von der Preiselastizität ab, also die Veränderung der Nachfragemenge nach einem Gut, wenn eine Preisänderung bei diesem Gut um ein Prozent nach oben oder unten eintritt.[77] Ist neben der Verteuerung bestimmter Güter auch deren Preiselastizität bekannt, kann abgeschätzt werden, um wie viel die Nachfrage nach dem betreffenden Gut und damit die CO_2-Emissionen sinken werden.[78] Bei Annahme mittlerer Preiselastizität und einem wirtschaftlichen Standardszenario kam eine Expertise zu dem Ergebnis, dass die deutschen Minderungsziele bei einem Einstiegspreis von 50 €/tCO_2 mit einem jährlichen Anstieg um 10 % bis auf 130 €/tCO_2 im Jahr 2030 erreicht würden.[79] Eine andere Studie kommt unter Annahme etwas geringerer Preiselastizitäten zu dem Ergebnis, dass ein Einstiegspreis von 35 €/tCO_2 und eine lineare Steigerung bis auf 180 €/tCO_2 im Jahr 2030 nötig seien,[80] wieder andere Studien sahen Einstiegspreise von 30 € bis hin zu 125 € vor.[81]

Selbst die bereits erhöhten Preise liegen somit unter den

---

[63] S. etwa Antwort der BReg auf kleine Anfrage zum BEHG, BT-Drs. 19/16071, S. 3.
[64] *Müller/Kahl* (Fn. 55), S. 10; *Rodi et al.* (Fn. 11), S. 15 f.
[65] BVerfG, NVwZ 2005, 1171, 1172; **krit**. hierzu *Heun* in: Dreier (Fn. 61), Art. 105 GG, Rn. 24.
[66] *Franzius*, EnWZ 2019, 435, 440.
[67] CO_2 Abgabe e.V., Positionspapier zum nationalen Emissionshandel, 2019, S. 4.
[68] DIW, Für eine sozialverträgliche CO_2-Bepreisung, 2019, S. 33 f.
[69] *Feld et al.* (Fn. 17), S. 31 f.; *Edenhofer et al.*, CO_2-Preisreform (Fn. 15), S. 42.
[70] *Feld et al.* (Fn. 17), S. 33, 46, 69 f.
[71] Antwort der BReg auf kleine Anfrage zum BEHG, BT-Drs. 19/16071, S. 2; *Zenke/Telschow*, EnWZ 2020, 157, 160; CO_2 Abgabe e.V., Positionspapier nEHS (Fn. 67), S. 4.
[72] *Zerzawy/Fiedler*, Ein Preis für CO_2, 2019, S. 4.
[73] S. hierzu ausführlich *Feld et al.* (Fn. 17), S. 102 ff.
[74] Art. 1 Nr. 2 des Referentenentwurfs eines Gesetzes zur Änderung des BEHG.
[75] Vgl. die Zahlen bei *Edenhofer et al.*, CO_2-Preisreform (Fn. 15), S. 67; DIW (Fn. 68), S. 5.
[76] *Edenhofer et al.*, Bewertung des Klimapakets und nächste Schritte, 2019, S. 4 f.; CO_2 Abgabe e.V., Stellungnahme Brennstoffemissionshandelsgesetz BEHG, 2019, S. 1.
[77] Bundeszentrale für politische Bildung, Preiselastizität.
[78] *Edenhofer et al.*, CO_2-Preisreform (Fn. 15), S. 64; DIW (Fn. 68), S. 28 f.
[79] *Edenhofer et al.*, CO_2-Preisreform (Fn. 15), S. 74.
[80] DIW (Fn. 68) S. 1.
[81] Überblick bei *Zerzawy/Fiedler* (Fn. 72), S. 13.

Empfehlungen der Experten. Es ist daher zu befürchten, dass das BEHG seine Minderungsziele nicht erreichen wird.[82] Hoffnung macht nur der Umstand, dass der Klimaschutz in Deutschland derzeit eine prominente Rolle einnimmt.[83] Das BEHG greift diesen Trend auf und schafft einen glaubwürdigen CO_2-Preis. Dieser mag zwar zu niedrig sein, er sendet jedoch das eindeutige Signal, dass fossile Energieträger nicht zukunftsfähig sind.[84] Studien stellen fest, dass die Nachfrage langfristig deutlich elastischer reagiert als kurzfristig,[85] weil beispielsweise Autofahrer kurzfristig nur bedingt auf Fahrten verzichten können, bei der Anschaffung eines neuen Autos jedoch sehr wohl die künftigen Kraftstoffpreise bedenken. Insoweit könnten sich Synergieeffekte mit dem jüngst beschlossenen Konjunkturpaket der Bundesregierung ergeben, das eine zusätzliche Förderung von Elektroautos und höhere Kfz-Steuern auf emissionsintensive PKW vorsieht.[86] Auch fallen die Reaktionen auf eine Preiserhöhung stärker aus, wenn diese durch politische Maßnahmen bedingt ist.[87] Diese Faktoren könnten dazu führen, dass die Verbraucher wegen der geringen, aber doch merklichen Verteuerung klimaschädlicher Güter auf diese verzichten. Schlussendlich wird der Erfolg des nEHS wegen der Schwächen in der Ausgestaltung entscheidend von der Reaktion der Bevölkerung abhängen.

C. Mögliche Alternativen

Würde das BEHG tatsächlich für verfassungswidrig erklärt, stellte sich die Frage, wie ein CO_2-Preis verfassungs- und europarechtskonform ausgestaltet werden könnte. In Betracht kommen die Schaffung einer echten Steuer oder die Einbindung der Sektoren Wärme und Verkehr in den europäischen Emissionshandel.

I. CO_2-Steuer

Vor Verabschiedung des BEHG stand meist eine CO_2-Steuer im Mittelpunkt der Diskussion um die CO_2-Bepreisung. Das Einsparungspotential ist bei Emissionshandel und Steuer wohl äquivalent, der entscheidende Vorteil einer Steuer gegenüber einem Emissionshandel wurde vor allem in der einfacheren Implementierung und Administrierung gesehen.[88] Wegen der umfangreichen Überwachungs- und Berichtspflichten im nEHS wird der Erfüllungsaufwand für Unternehmen, also die Kosten zur Einhaltung der gesetzlichen Regelung, auf jährlich ca. 31 Mio. € geschätzt, außerdem entstehen der Verwaltung Kosten in Höhe von ca. 4,5 Mio. € pro Jahr.[89] Diese Kosten wären bei einer Reform der bestehenden Energiesteuern wohl niedriger ausgefallen. Einigkeit besteht in der Literatur jedoch dahingehend, dass eine direkte CO_2-Besteuerung, bei der die emittierte Menge an CO_2 Steuergegenstand wäre, finanzverfassungsrechtlich nicht zulässig wäre. Das liegt daran, dass dem Gesetzgeber nach der Rechtsprechung des BVerfG kein „Steuererfindungsrecht" zukommt[90] und eine CO_2-Steuer keiner der Steuerarten in den Art. 105, 106 GG entspricht, auch nicht der Verbrauchssteuer.[91] Möglich wäre es aber wohl, die CO_2-Emissionen zur Bemessungsgrundlage der Energiesteuer zu machen: Die Steuer würde dann weiterhin primär an den Verbrauch anknüpfen, die Steuersätze würden jedoch um einen CO_2-Zuschlag erhöht werden.[92]

II. Einbindung in den EU-ETS

Eine andere Option wäre die Einbindung der Sektoren Wärme und Verkehr in den EU-ETS nach Art. 24 der Emissionshandels-RL gewesen.[93] Diese Option wäre zwar langfristig die wünschenswerteste, da hierdurch ein einheitlicher CO_2-Preis entstände. Dieser würde dazu führen, dass Emissionen dort eingespart werden, wo es am günstigsten ist.[94] Kurzfristig wäre diese Option aber mit zu hohen politischen und rechtlichen Risiken verbunden, um als alleinige Strategie zur Einhaltung der Vorgaben aus der Lastenteilungs-VO verfolgt zu werden.[95]

D. Ausblick: Notwendige Verbesserungen des Emissionshandelssystems

I. Nachbesserungen des BEHG

Ohne Nachbesserungen des BEHG droht Deutschland seine nationalen, europäischen und internationalen Klimaschutzverpflichtungen im KSG, der Lastenteilungs-VO und dem Pariser Abkommen[96] zu verfehlen. Daher ist eine Nachbesserung dringend geboten. Theoretisch kämen dazu wie gezeigt auch eine CO_2-orientierte Reform der Energiesteuern und die Wiederabschaffung des nEHS in Betracht.

Ein entscheidender Punkt spricht jedoch für das Festhalten am Emissionshandel: Er ist, da er über eine *cap* die Menge an Emissionen statt „nur" den Preis steuert, besonders geeignet, wenn die Grenzschäden bei der Überschreitung einer gewissen Emissionsgrenze sehr hoch sind.[97] Diese Grenzschäden liegen vor allem in der Verletzung der europarechtlichen Verpflichtungen, die zu hohen Zahlungspflichten für Emissionsausgleichskontingente führen. Dazu kommt der politische Schaden, der zwar nicht genau quantifizierbar, aber jedenfalls erheblich ist. Durch die Etablierung einer festen *cap* bereits vor 2027 kann sichergestellt werden, dass die vorgeschriebenen Emissionsmengen eingehalten

---

82 *Edenhofer et al.*, Bewertung Klimapaket (Fn. 76), S. 4 ff.

83 65% der Deutschen machen sich wegen des Klimawandels „große Sorgen", s. ZDF-Politbarometer vom 29.11.2019.

84 *Franzius*, EnWZ 2019, 435, 440.

85 DIW (Fn. 55), S. 28.

86 Ergebnis Koalitionsausschuss vom 03.06.2020, „Corona-Folgen bekämpfen, Wohlstand sichern, Zukunftsfähigkeit stärken, Maßnahme Nr. 35, S. 7 f.

87 *Edenhofer et al.*, CO_2-Preisreform (Fn. 15), S. 63; DIW (Fn. 68), S. 28.

88 *Edenhofer et al.*, CO_2-Preisreform (Fn. 15), S. 59; *Matthes* (Fn. 32), S. 53.

89 Gesetzentwurf BEHG, BR-Drs. 533/19, S. 27 ff.

90 BVerfG, NJW 2017, 2249, 2251; *Kube* in: BeckOK-GG (Fn. 47), Art. 105 GG, Rn. 42.

91 *Leisner-Egensperger*, NJW 2019, 2218, 2221; *Klinski/Keimeyer*, NVwZ 2019, 1465, 1469.

92 *Leisner-Egensperger*, NJW 2019, 2218, 2221; *Klinski/Keimeyer*, NVwZ 2019, 1465, 1470; *Müller/Kahl* (Fn. 55), S. 18.

93 S. hierzu *Edenhofer et al.*, CO_2-Preisreform (Fn. 15), S. 49 ff.

94 *Feld et al.* (Fn. 17), S. 62 f.; CO_2 Abgabe e.V., Positionspapier nEHS (Fn. 67), S. 2 f.

95 *Matthes* (Fn. 32), S. 12; *Leisner-Egensperger*, NJW 2019, 2218, 2219.

96 Das Minderungsziel der EU (40 % Minderung gegenüber 1990 bis 2030) gilt auch für Deutschland, national ist in § 3 I KSG eine Minderung um 55 % gegenüber 1990 bis 2030 vorgesehen.

97 *Edenhofer et al.*, CO_2-Preisreform (Fn. 15), S. 24; CO_2 Abgabe e.V., Varianten CO_2-Bepreisung (Fn. 35), S. 8.

werden. Dies wäre bei einer CO_2-Steuer nicht der Fall. Der Emissionshandel sollte daher beibehalten und konsequenter umgesetzt werden.

Dazu sollte die Einführungsphase verkürzt werden und direkt mit einem Versteigerungssystem mit Preiskorridor starten, um die Zertifikatsversteigerung zu erproben. Während der Einführungsphase könnte zur Vermeidung unbilliger Härten mit einer „weichen *cap*" gearbeitet werden, bei Erreichung des Höchstpreises würden also in geringem Maße zusätzliche Zertifikate ausgegeben.[98] Dann sollte zügig, etwa nach zwei Jahren, zum Grundmodell des nEHS ohne Preiskorridor übergegangen werden. Dass es dabei zu hohen Preisen kommen kann, muss zur Einhaltung der *cap* hingenommen werden und ist mit entsprechenden Ausgleichsmodellen (s. D.II.) auch sozial vertretbar. Ein Mindestpreis dürfte zwar nicht nötig sein, könnte aber trotzdem dergestalt implementiert werden, dass Zertifikate bei Auktionen nur bei der Erreichung des Mindestpreises ausgegeben werden.[99] Einer solchen Nachschärfung des nEHS dürfte auch der Vertrauensschutz der betroffenen Unternehmen nicht entgegenstehen: § 8 KSG sieht die Möglichkeiten von Sofortmaßnahmen explizit vor, wenn die national festgelegten Emissionsmengen überschritten werden. Auch im Gesetzentwurf zum BEHG wird klargestellt, dass die Preispfade jederzeit gesetzlich geändert werden können.[100]

II. Verwendung des Ertragsaufkommens

Bei einem stark steigenden Preis auf CO_2 sollte darauf geachtet werden, dass die Verbraucher nicht übermäßig belastet werden und die Bepreisung nicht regressiv[101] wirkt. Dies wäre bei einer Erhöhung des CO_2-Preises ohne Ausgleich jedoch der Fall, da einkommensschwache Haushalte einen größeren Anteil ihres Einkommens für Kraft- und Heizstoffe aufwenden.[102] Eine Rückverteilung der Einnahmen aus dem nEHS sollte eine regressive Wirkung des CO_2-Preises verhindern, ohne seine Lenkungswirkung zu unterlaufen.

Positiv ist daher zu bewerten, dass die Erlöse aus dem Zertifikatsverkauf zur Senkung der EEG-Umlage verwendet werden sollen.[103] Der dadurch sinkende Strompreis entlastet vor allem einkommensschwächere Haushalte, wirkt also progressiv.[104] Gleichzeitig wird die Nachfrage nach Strom steigen, was einerseits die Sektorkopplung fördert,[105] andererseits aber auch wieder Emissionen verursacht.[106]

Gerade wenn der CO_2-Preis nach Abschluss der Einführungsphase wegen der festen *cap* stark steigen sollte, könnte dies als Ausgleich jedoch nicht ausreichen. Dann wäre zusätzlich über einen „Klimabonus" in Form einer einheitlichen Pro-Kopf-Rückerstattung nachzudenken, der etwa über die Krankenversicherung ausgezahlt werden könnte.[107] Ein solcher ordnet jedem Bürger einen Anteil am Gemeinschaftsgut Atmosphäre zu:[108] Wer wenig CO_2 emittiert, profitiert von dem Bonus, der dann die Mehrausgaben übersteigt. Wer viel CO_2 emittiert, muss mehr zahlen. Da höhere Einkommensschichten absolut sehr viel mehr CO_2 emittieren, wirkt ein solcher Bonus stark progressiv.[109] Die Lenkungswirkung des CO_2-Preises bleibt bei einer stetig absinkenden *cap* erhalten, da der Konsum emissionsreicher Güter trotz des zusätzlichen Einkommens wegen stark steigender Preise unattraktiv bleibt.

E. Fazit

In seiner derzeitigen Fassung stellt das BEHG nicht sicher, dass Deutschland die Klimaziele erreicht, denen es sich in Europa und im Abkommen von Paris verpflichtet hat. Dazu droht die Feststellung der Verfassungswidrigkeit der Einführungsphase wegen ihrer Unvereinbarkeit mit dem Finanzverfassungsrecht. Da das Grundmodell des nEHS aber durchaus gelungen ist und die Vorgaben der Lastenteilungs-VO punktgenau umsetzen könnte, sollte daran festgehalten werden. Nötig sind vor allem die schnellere Einführung einer *cap* und eine umfassendere Rückerstattung der Einnahmen, um einen möglicherweise schnell ansteigenden Preis für Heiz- und Brennstoffe abzufedern.

---

98 *Edenhofer et al.*, CO_2-Preisreform (Fn. 15), S. 72; *Matthes* (Fn. 32), S. 34 f.

99 S. hierzu *Matthes* (Fn. 32), S. 33 f.

100 Gesetzentwurf BEHG, BR-Dr. 533/19, S. 44.

101 CO_2-Abgaben sind regressiv, wenn die durchschnittliche relative Belastung mit steigenden Konsumausgaben fällt, s. *Ismer et al.*, ZUR 2019, 664, 665.

102 DIW (Fn. 68), S. 9 f.; *Ismer et al.*, ZUR 2019, 664, 667.

103 Die EEG-Umlage wird nach aktuellem Stand 2021 um 0,25 ct/kWh und ab dann entlang des CO_2-Preispfades gesenkt, s. Eckpunkte für das Klimaschutzprogramm 2030, S. 4. Im Entwurf zur Änderung des BEHG ist entsprechend eine stärkere Senkung vorgesehen, s. Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung des BEHG, S. 1 f.

104 *Feld et al.* (Fn. 17), S. 118 f.; DIW (Fn. 68), S. 12 f.; CO_2 Abgabe e.V., Stellungnahme BEHG (Fn. 76), S. 3.

105 *Feld et al.* (Fn. 17), S. 118.

106 DIW (Fn. 68), S. 31 f. geht davon aus, dass durch die Senkung des Strompreises insgesamt mehr Emissionen eingespart werden als ohne, **aA** *Ismer et al.*, ZUR 2019, 664, 667.

107 S. hierzu *Ismer et al.*, ZUR 2019, 664, 668 ff.

108 *Edenhofer et al.*, CO_2-Preisreform (Fn. 15), S. 79.

109 DIW (Fn. 68), S. 10; *Feld et al.* (Fn. 17), S. 115.

Nicolai Hartmann*

Rechtssetzung im Europäischen Gesellschaftsrecht mit Modellgesetzen am Beispiel des European Model Company Act

A. Der EMCA im Spannungsfeld europäischen Gesellschaftsrechts

Das Europäische Gesellschaftsrecht ist seit langem geprägt von fortlaufenden Reformbestrebungen. Geregelt wurden in zahlreichen Richtlinien Spezialmaterien wie das Übernahme- oder das Fusionsrecht, wobei Regelungssubjekt fast ausschließlich die Aktiengesellschaft war.[1] Das (Kapital-)Gesellschaftsrecht i.e.S., also Gründung, Organisations-[2] und Kapitalverfassung sowie Auflösung einer Gesellschaft, blieb bisher allerdings weitgehend unangetastet bzw. wurde nur punktuell geregelt[3] und variiert daher weiterhin zwischen den Mitgliedsstaaten.[4] Auf der anderen Seite besteht eingedenk der Tatsache, dass grenzüberschreitender Handel stetig an Bedeutung gewinnt und einander ähnliches Recht Transaktionen innerhalb der EU begünstigen würde, der Wunsch nach vergleichbarem Gesellschaftsrecht, das über das derzeitige flickenteppichhafte Regelungsregime hinausgeht.[5]

Begründen lässt sich die gleichwohl währende gesetzgeberische Untätigkeit vor allem damit, dass in den entscheidenden Fragen entweder kein politischer Konsens erzielt werden konnte oder diese Fragen, gewissermaßen als „heißes Eisen", gar von vornherein unberücksichtigt blieben.[6] Wurde dennoch eine Regelung getroffen, bediente man sich auf EU-Ebene bisher überwiegend der klassischen Rechtssetzungsinstrumente: verbindlicher Richtlinien und Verordnungen (Art. 288 AEUV), der Schaffung supranationaler Rechtsformen wie z.B. der Societas Europaea, unverbindlicher Empfehlungen (Art. 288, 292 AEUV) und Kodizes.[7] Neben den herkömmlichen Rechtssetzungsmaßnahmen auf EU-Ebene stehen vergleichbare auf nationaler Ebene, die ihrerseits allerdings wohl schwerlich oder allenfalls vereinzelt, etwa in verwandten Rechtsordnungen, zu einer Rechtsangleichung beitragen. Zur insoweit fortwährenden Rechtszersplitterung hinzu tritt die Rechtsprechung des EuGH, die es etwa durch die Entscheidungstrias zur Niederlassungsfreiheit (Art. 49, 54 AEUV) *Centros, Überseering, Inspire Art*[8] Gründern faktisch erlaubte, innereuropäisch jede beliebige mitgliedsstaatliche Gesellschaftsform zu wählen, und damit eine Welle der Modernisierung nationaler Gesellschaftsrechte losgetreten hat: Um eine Abwanderung heimischer Unternehmen in andere Staaten zu verhindern, versuchten die Mitgliedsstaaten daraufhin nämlich ihr nationales Gesellschaftsrecht besonders attraktiv zu reformieren, um sich von den anderen Staaten abzugrenzen. Dieser Abgrenzungsprozess trug zur Unterscheidbarkeit der nationalen Rechtsordnungen und damit ebenfalls zur Rechtszersplitterung bei.

Wie gezeigt waren die bisherigen Regelungen auf der Ebene des Europäischen Gesellschaftsrechts inhaltlich nicht zufriedenstellend. Es stellt sich daher die Frage, ob nicht vielleicht ein alternativer Regelungsansatz die auftretenden Probleme überzeugend bewältigen könnte. Dieser Herausforderung hat sich eine Gruppe von europäischen Professoren auf Initiative von Paul Krüger Andersen und Theodor Baums im Jahre 2007 angenommen und damit begonnen, ein Modellgesetz betreffend das Europäische Kapitalgesellschaftsrecht zu erarbeiten.[9] Das Projekt firmiert unter der Bezeichnung „European Model Company Act" („EMCA") und wurde im Jahre 2017 fertiggestellt und auf SSRN öffentlich zur Verfügung gestellt.[10] Der EMCA richtet sich an die Gesetzgeber vornehmlich, aber nicht ausschließlich europäischer Länder und regt diese dazu an, seine Regelungen ganz oder teilweise in nationales Recht umzusetzen bzw. jedenfalls als Anregung für künftige Gesetzgebungsvorhaben zu sehen.[11]

In diesem Beitrag soll untersucht werden, ob der EMCA in seiner Form als Modellgesetz eine echte Alternative zur herkömmlichen Rechtssetzung im europäischen Gesellschaftsrecht darstellen kann. Konzentriert betrachtet wird

---

* Der Autor ist Student an der Bucerius Law School, Hamburg. Der Beitrag stellt einen überarbeiteten und ergänzten Teil seiner Examensseminararbeit dar.

1 Vgl. *Kumpan/Pauschinger*, EuZW-Sonderausgabe 2017, 3.

2 In Teilbereichen wurde die Organisationsverfassung von Aktiengesellschaften auf EU-Ebene kürzlich durch die „ARUG II"-Richtlinie geregelt, Richtlinie (EU) 2017/828 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Mai 2017 zur Änderung der Richtlinie 2007/36/EG im Hinblick auf die Förderung der langfristigen Mitwirkung der Aktionäre, Abl. EU Nr. L 132, S. 1.

3 Etwa durch die PubRL oder die KapRL (beide nunmehr: Richtlinie (EU) 2017/1132 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2017 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts, Abl. EU Nr. L 169, S. 46), jüngst modifiziert durch die Richtlinie (EU) 2019/1151 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 im Hinblick auf den Einsatz digitaler Werkzeuge und Verfahren im Gesellschaftsrecht, Abl. EU Nr. L 186, S. 60.

4 *Meyer*, Kerngesellschaftsrecht, 2018, S. 27-31; *Teichmann*, KSzW 2014, 77; *J. Schmidt*, GmbHR 2016, R 369; *Hopt*, ZIP 1998, 96, 97; *Horn*, NJW 2004, 893, 894; *Grundmann*, Europäisches Gesellschaftsrecht[2], 2011, S. 11-12.

5 *J. Schmidt*, ZHR 181 (2017), 43, 44; *Hopt*, ZGR 1992, 265, 292; *Teichmann*, in: Gebauer/Teichmann (Hrsg.), Enzyklopädie Europarecht, Band 6, 2016, § 6 Rn. 15.

6 Vgl. zu nationalen Widerständen im europäischen Gesellschaftsrecht *Hopt*, EuZW 2013, 481.

7 *Kahnert*, Rechtssetzung im Europäischen Gesellschaftsrecht, 2012, S. 24-26. Alternativ wurde auch die Zertifizierung nationalen Gesellschaftsrechts durch ein „Gütesiegel" der EU-Kommission diskutiert, *Möslein*, ZHR 176 (2012), 470-512.

8 EuGH, Rs. C-212-97 (Centros), Slg. 1999, I-01459; EuGH, Rs. C-208/00 (Überseering), Slg. 2002, I-09919; EuGH, Rs. C-167/01 (Inspire Art), Slg. 2003, I-10155.

9 *Baums/Teichmann*, AG 2018, 562, 564; *J. Schmidt*, ZHR 181 (2017), 43, 44.

10 Der EMCA ist abrufbar unter: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2929348, zuletzt geöffnet am 13.09.2020. Alle zitierten sections, chapters, comments, general comments und die introduction sind solche des EMCA, andere werden entsprechend gekennzeichnet.

11 Introduction ss. 1, 3.1; *Baums/Andersen*, in: FS Wymeersch, 2009, S. 5, 11; *Baums/Teichmann*, AG 2018, 562, 564; *J. Schmidt*, ZHR 181 (2017), 43, 45.

dabei insbesondere der von der Gruppe regelungstechnisch gewählte Ansatz des Modellgesetzes. Der Inhalt des EMCA wird nur erläutert, wenn dies für die Regelungstechnik bedeutsam erscheint. Zunächst werden Konzeption, Zielsetzung und Aufbau des EMCA sowie die Arbeitsweise der Gruppe dargestellt (**B**), dann erfolgt eine kurze Auflistung abstrakter Kriterien für den Erfolg von Modellgesetzen (**C**), damit die für den EMCA gewählte Regulierungsstrategie schließlich in ihrer Gänze kritisch gewürdigt werden kann (**D**).

B. Konzeption, Zielsetzung und Aufbau des EMCA sowie Arbeitsweise der Gruppe

I. Konzeption und Zielsetzung des EMCA und dessen praktische Relevanz

Die Idee des EMCA-Entwurfes war geleitet von dem oben dargestellten Missstand,[12] orientierte sich aber auch am in den USA erprobten Model Business Corporation Act („MBCA")[13].[14] Mit dem EMCA sollte ein Modellgesetz geschaffen werden, das es einerseits erlaubt, den großen Vorteil harmonisierter Rechtsordnungen zu nutzen: geringere Transaktions- und Beratungskosten durch entstehende Synergieeffekte.[15] Das aber zugleich den gesetzgeberischen Prozess durch den Rückgriff auf ein informelles, leicht zu aktualisierendes Modellgesetz simplifiziert und flexibilisiert.[16] Zudem soll der EMCA den nationalen Regierungen dahingehend Spielraum lassen, dass lokale Besonderheiten bei der Umsetzung einzelner Regelungen Berücksichtigung finden können, da der Entwurf auch nur teilweise eingeführt werden kann.[17] Des Weiteren sollte auch Staaten, deren Justizministerien nicht über ausreichende Ressourcen für umfassende Rechtsreformen verfügen, ein Entwurf zur Orientierung an die Hand gegeben werden.[18]

Der Entwurf sollte losgelöst von politischen wie wirtschaftlichen Zwängen erarbeitet werden und möglichst alle europäischen Rechtsordnungen einbeziehen: Vertreten war daher eine variierende Anzahl von Professoren, veröffentlicht wurde der Entwurf von 28 Professoren[19] aus 22 EU-Mitgliedsstaaten, die losgelöst von politischen Institutionen und auch nicht auf Initiative „ihres" Nationalstaats, sondern vielmehr aus eigenem wissenschaftlichen Antrieb den EMCA erschufen.[20] Erwähnenswert ist, dass die Europäische Kommission, wiewohl nicht formeller Träger, das Vorhaben begrüßt, über Vertreter an Diskussionen teilgenommen hat und so mit der Gruppe in Austausch stand.[21] Trotz der Beteiligung der Kommission soll der EMCA eine Alternative zu herkömmlicher EU-Rechtssetzung darstellen.[22] Auch wenn dies im EMCA nicht ausdrücklich genannt ist, ging es den Professoren ebenfalls darum, den wissenschaftlichen Diskurs über europäische Rechtsver- und -angleichung innerhalb der Gruppe, aber auch in der allgemeinen Rechtswissenschaft anzuregen.[23] Der Entwurf ist mithin nicht ausschließlich an die zur Umsetzung fähigen Regierungen der EU-Staaten adressiert, sondern richtet sich an eine breite, interessierte Öffentlichkeit, die diesen kostenlos unter SSRN abrufen kann.[24]

Doch wie steht es um die *praktische Relevanz* des Entwurfs? Bereits angesprochen wurde die bisher nicht erfolgte, zu Teilen aber geforderte Rechtsangleichung des Kapitalgesellschaftsrechts.[25] Verstärkend hinzu tritt die Rechtsprechung des EuGH in den vergangenen Jahren: Dieser begründete nämlich in der EU über den Hebel der Niederlassungsfreiheit (Art. 49, 54 AEUV) mit seiner Entscheidungstrias zum Kollisionsrecht *Centros, Überseering, Inspire Art*[26] eine Welle der Modernisierung nationaler Gesellschaftsrechte und setzte damit einen Trend zur Unterscheidbarkeit zwischen nationalen Rechtsordnungen (s.o.).[27] Da er diese Rechtsprechung in jüngerer Zeit mit zwei Urteilen auch auf grenzüberschreitende Formwechsel[28] und mit einem auf die nachträgliche Rechtsformwahl[29] ausdehnte, bleibt diese rechtliche und politische Spannung weiterhin bestehen, die, soweit kein angeglichenes Recht besteht, Mitgliedsstaaten wohl zur Schaffung voneinander unterschiedlicher Regelungen tendieren lassen wird. Ob unter Einbeziehung dieser Rechtsprechung eine Rechtsangleichung zu favorisieren wäre, sei hier noch dahingestellt;[30] eine Rechtsangleichung stellt jedenfalls eine zu berücksichtigende Alternative dar und ist damit praktisch relevant. Die praktische Relevanz des Entwurfs wird verstärkt durch die zwar kürzlich gescheiterten, aber grundsätzlich aktuellen Pläne der EU-Kommission, ergänzend zur aktienrechtlichen Societas Europaea (SE) eine GmbH-ähnliche Einpersonengesellschaft, die Societas Unius Personae (SUP), zu etablieren.[31]

---

[12] S.o. **A**.

[13] S. **D.II**.

[14] Introduction s. 1; *Sánchez-Calero/Fuentes*, Anuario Español de Derecho Internacional Privado (AEDIPr) 2010, 745, 748. Aktuell gilt der MBCA (2016 Revision), dazu *L. Schmidt*, RIW 2016, 718.

[15] Dadurch soll auch das Investieren europaweit vereinfacht werden, um anderen Rechtsordnungen (USA, China) Paroli bieten zu können; *Krüger Andersen*, in: Bernitz/Ringe (Hrsg.), Company Law and Economic Protection, 2010, S. 304; vgl. *Meyer* (Fn. 4), S. 30.

[16] Introduction ss. 3.1, 3.2; *Kalss*, ECFR 2009, 324, 325-326; *Baums*, in: FS von Rosen, 2008, S. 525, 529-530.

[17] Introduction s. 1; *Baums* (Fn. 16), S. 525, 530; *J. Schmidt*, ZHR 181 (2017), 43, 45.

[18] Auch kann es für Beitrittskandidaten zur EU sinnvoll sein, ihr Recht an das der Mitgliedsstaaten anzupassen, *Baums/Teichmann*, AG 2018, 562, 564; **krit.** *Payne*, in: Bernitz/Ringe (Hrsg.), Company Law and Economic Protectionism, 2010, S. 331.

[19] Hinzu kamen 6 beratende, assoziierte Professoren, etwa aus den USA, introduction s. 2.

[20] Introduction s. 2; *Teichmann*, KSzW 2014, 77, 81; *Kahnert* (Fn. 7), S. 247; zu Kritik **D.I**.

[21] Introduction s. 2; *Meyer* (Fn. 4), S. 223.

[22] Introduction, s. 1; *Kalss*, ECFR 2009, 324, 325.

[23] *Baums/Teichmann*, AG 2018, 562, 565; *Krebs*, in: Jung/Krebs/Stiegler (Hrsg.), Gesellschaftsrecht in Europa, 2019, § 38 Rn. 15-16; andeutend introduction s. 6.2; vgl. *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften[6], 2015, S. 39; **krit.** *Meyer* (Fn. 4), S. 219.

[24] *Baums/Teichmann*, AG 2018, 562, 565.

[25] S.o. **A**.

[26] Fn. 8.

[27] *Teichmann*, KSzW 2014, 77, 78; *Witt*, ZGR 2009, 872, 872-873; *Braun/Eidenmüller/Engert/Hornuf,* ZHR 177 (2013), 131-148; *Kahnert* (Fn. 7), S. 207. Deutschland etwa führte die UG ein (§ 5a GmbHG).

[28] EuGH, Rs. C-378/10 (Vale), ECLI:EU:C:2012:440; EuGH, Rs. C-210/06 (Cartesio), Slg. 2008, I-09641; *Mansel/Thorn/Wagner*, IPRax 2013, 1, 2; *Heinze*, in: MüKoGmbHG[3], 2018, § 4a Rn. 24.

[29] EuGH, Rs. C-106/16 (Polbud), ECLI:EU:C:2017:804.

[30] Dazu **D**.

[31] COM (2014) 212 final; *Wicke*, ZIP 2014, 1414. Das Vorhaben, die sog. *Societas Privata Europaea* (SPE) zu etablieren, war zuvor gescheitert, *Hommelhoff/Teichmann*, GmbHR 2014, 177.

II. Aufbau des EMCA

Der EMCA erscheint mit 16 Kapiteln und 331 *sections* auf ca. 400 Seiten auf den ersten Blick recht lang. Zu berücksichtigen ist aber, dass er dem *Einheitsmodell* folgt und das gesamte Kapitalgesellschaftsrecht in einem Gesetz regelt und nicht zwischen AktG und GmbHG differenziert. Vor diesem Hintergrund ist der EMCA im Vergleich zum auch dem Einheitsmodell folgenden *UK Companies Act 2006* mit dessen 1300 *sections* auf ca. 700 Seiten, aber auch zum deutschen AktG und GmbHG mit gemeinsam ca. 500 Paragraphen sogar recht kurz.[32] Der EMCA beginnt mit einer *introduction*, innerhalb derer die Ziele und die Arbeitsweise der Gruppe erläutert werden. Es folgt der Hauptteil, der in 16 *chapter* aufgeteilt ist, die das gesamte Kapitalgesellschaftsrecht abdecken sollen. Jedes Kapitel wird mit *general comments* eingeleitet, die zunächst das maßgebliche europäische und nationale Recht darstellen (ss. 1, 2) und dann gesondert auf die Beweggründe der EMCA-Gruppe bezüglich des betreffenden Kapitels und etwaigen Abweichungen vom geltenden Recht eingehen (*considerations*, s. 3). An dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass sich die EMCA-Gruppe dazu entschieden hat, den gesamten Entwurf möglichst, aber nicht um jeden Preis, im Einklang mit dem geltenden *acquis communautaire* zu gestalten.[33] Auf die *general comments* folgen die einzelnen *sections*, die jeweils selbst wieder von *comments* begleitet sind, in denen etwa Anwendungsfälle der Norm dargestellt werden oder ein Vergleich zu ausgewählten nationalen Rechtsordnungen gezogen wird, was insgesamt die Umsetzung des EMCA in nationales Recht bzw. dessen Auslegung erleichtern soll.[34]

III. Arbeitsweise der Gruppe

Nach dem Aufbau des EMCA nun kurz zur Arbeitsweise bei dessen Erstellung: Die Professorengruppe teilte sich in Untergruppen auf, die jeweils einzelne Themengebiete erarbeiteten. Innerhalb der Gruppen wurde zunächst anhand von Länderberichten das Recht einzelner Staaten vorgestellt. Im Folgenden wurden die Rechte aller Mitgliedsstaaten miteinander verglichen und es wurde ein Konzept erarbeitet.[35] Dabei wurde nicht nur nationales und derzeit gültiges europäisches Recht einbezogen, sondern ein besonderes Augenmerk lag auch auf der Nutzung ökonomischer wie rechtlicher Grundlagentheorien.[36] Veröffentlicht wurde die finale Fassung des EMCA am 20.09.17 auf SSRN.[37] Geplant ist, dass das Modellgesetz je nach Bedarf aktualisiert wird, was bisher trotz zweier weiterer Konferenzen[38] nicht geschehen ist.

[32] Zum Absatz: vgl. *Krebs* (Fn. 23), § 38 Rn. 13-14; Begründung für die Kürze: introduction s. 3.2.

[33] Introduction s. 2; *Krüger Andersen* (Fn. 15), S. 324; **a.A.** *Baums/Teichmann*, AG 2018, 562, 565; zu Kritik **D.IV**.

[34] *Baums/Teichmann*, AG 2018, 562, 565; vgl. *Krebs* (Fn. 23), § 38 Rn. 13-14.

[35] Zum Absatz introduction, s. 3.3; *Baums/Teichmann*, AG 2018, 562, 565; *Meyer* (Fn. 4), S. 233-234.

[36] Explizit benannt sind die *principal/agent theory*, die Theorie über den *market for corporate control* sowie der *enlightened shareholder value*, introduction s. 3.4; *Krebs* (Fn. 23), § 38 Rn. 10.

[37] http://law.au.dk/en/research/projects/european-model-company-act-emca/news/, zuletzt geöffnet am 13.09.2020; falsche Datumsangabe: introduction, s. 6.2.

[38] http://law.au.dk/en/research/projects/european-model-company-act-emca/meetings/, zuletzt geöffnet am 13.09.2020; zur Aktualisierung: introduction, s. 6; *Krüger Andersen* (Fn. 15), S. 311.

C. Abstrakte Erfolgskriterien für Modellgesetze

Nachdem es unter **B.** im Einzelnen um die Erstellung des EMCA ging, soll nun der Grundstein für die unter **D.** stattfindende kritische Betrachtung des Regelungsansatzes Modellgesetz gelegt werden, indem abstrakte Erfolgskriterien für Modellgesetze eruiert werden. Modellgesetze haben im Vergleich zu herkömmlichen Gesetzen die Besonderheit, dass sie nicht direkt an den Normanwender, sondern vorgelagert an den eigentlichen Rechtssetzer adressiert sind, im Falle des EMCA an die Gesetzgeber der europäischen Mitgliedsstaaten, und versuchen, diese von ihrer Eignung zu überzeugen, um zur Umsetzung zu gelangen. Aus Sicht des nationalen Gesetzgebers stellen Modellgesetze, anders als etwa zwingende EU-Vorgaben, einen bloßen Vorschlag dar, der umgesetzt werden kann, aber nicht muss. Sie sind also flexibel handhabbar. Des Weiteren sind sie weder auf die Notwendigkeit politischer Kompromisse angewiesen noch auf mitunter starr formalisierte Gesetzgebungsverfahren und können sich deshalb allein auf die Findung des „besten" vereinheitlichten Rechts konzentrieren.[39] Jedenfalls theoretisch handelt es sich bei Modellgesetzen damit grundsätzlich um einen überzeugenden Ansatz, um auf einem Gebiet zu vereinheitlichtem Recht zu gelangen.[40]

Was macht aber vor diesem Hintergrund auch praktisch erfolgreiche Modellgesetze aus, die innerhalb der EU zu einer angestrebten Rechtsvereinheitlichung beitragen können? Abstrakt lassen sich dafür folgende Kriterien auflisten:

I. Praktisches Bedürfnis für und formale Anforderungen an Modellgesetze

1. Vorgelagert muss die Frage gestellt werden, ob überhaupt ein praktisches Bedürfnis für den zu regelnden Rechtskomplex existiert. Andernfalls wäre vermutlich nur eine geringe Akzeptanz vorprogrammiert.[41]

2. Die Qualität eines Modellgesetzes hängt maßgeblich davon ab, aus welchen Personen sich die es erarbeitende Gruppierung zusammensetzt. Wünschenswert ist in einem transnationalen Zusammenschluss wie der EU zwar einerseits eine möglichst große Vielfalt an repräsentierten Rechtsordnungen, auf der anderen Seite darf sich diese aber nicht zulasten der Diskussionskultur und der Findung gemeinsamen rechtlichen Potentials auswirken. Sinnvoll kann daher sein, jeden Mitgliedsstaat personell zu repräsentieren, dann aber kleine Arbeitsgruppen zu bilden.[42]

Eine möglichst große Vielfalt ist auch hinsichtlich des eingebrachten Sachverstands vonnöten: Die den amerikanischen MBCA erarbeitende Gruppierung beispielsweise setzt sich daher nicht nur aus Professoren, sondern zu einem großen Teil auch aus Praktikern zusammen, was sinnvoll sein kann, um das jeweilige Recht aus verschiedenen Perspektiven zu

[39] *Schürnbrand*, in: Möslein (Hrsg.), Regelsetzung im Privatrecht, 2019, S. 216, 221; zu Kritik der demokratischen Legitimität von Modellgesetzen s. aber **D.III**.

[40] Zu diesem abstrakten Vorteil der Modellgesetze *Schürnbrand* (Fn. 39), S. 216.

[41] *Schürnbrand* (Fn. 39), S. 224.

[42] Vgl. *Schürnbrand* (Fn. 39), S. 225; *Kahnert* (Fn. 7), S. 244-245.

beleuchten.[43] Da die EMCA-Gruppe explizit den Vergleich zum MBCA zieht, soll in diesem Kontext auch überprüft werden, inwieweit dieser Vergleich i.Ü. trägt.[44]

3. Um auf möglichst breite Akzeptanz stoßen zu können, ist entscheidend, dass die Integrität der Gruppe gewährleistet und das Erarbeitungsverfahren möglichst transparent gestaltet ist.[45] Beginnend mit der Finanzierung des Verfahrens betrifft dies auch die schon erwähnte Zusammensetzung der Gruppe sowie die Beteiligung der Öffentlichkeit im Allgemeinen. Als zweischneidiges Schwert kann sich hierbei entpuppen, staatliche Stellen wie etwa die EU-Kommission oder mitgliedsstaatliche Regierungen einzuschalten: Der eingebrachte Sachverstand und die naturgemäße Autorität dieser Institutionen kann sich sicher oftmals als hilfreich erweisen, die Verbindung zum politischen Alltag kann aber auch zu einer Lähmung des Prozesses oder zu einer Gefahr der Überrepräsentation nationaler Interessen führen.[46]

II. Materielle Anforderungen an Modellgesetze

1. Bevor näher auf die inhaltlichen Anforderungen für ein erfolgreiches Modellgesetz eingegangen werden kann, muss die Frage nach dessen grundsätzlicher demokratischer Legitimität gestellt werden. Zweifeln könnte man nämlich dann daran, wenn es als *privat* erstelltes Regelungskonstrukt bereits unmittelbar Rechtssubjekten gegenüber Wirkung entfalten würde. Wäre es insofern demokratischen Zweifeln ausgesetzt, kann es mangels öffentlicher Akzeptanz jedenfalls langfristig nur schwerlich Erfolge erzielen.[47]

2. Inhaltlich sicher die entscheidende Frage ist die Herangehensweise der Gruppe an den zu regelnden Rechtskomplex: Soll bestehendes Recht bloß zusammengefasst oder neues geschaffen werden? Soll es sich eher um eine Auflistung nationaler *best practices* handeln oder soll ein gänzlich neues Regelungskonzept erdacht werden? Wird an Bestehendes angeknüpft, kann dies aufgrund der Erprobtheit des Rechts dessen Akzeptanz erhöhen. Auf der anderen Seite kann aber unter Umständen auch nur neues Recht etwas schaffen, was überhaupt innovativ und übernahmewert erscheint. Was hierbei als erfolgsversprechender zu beurteilen ist, mag man im Vorhinein nur schwerlich beantworten: Da Modellgesetze ohnehin nur als Vorschlag für die Rechtssetzer gedacht sind, kann beides seinen Wert haben.[48]

3. Inhaltlich ebenfalls maßgeblich ist die Entscheidung hinsichtlich der Regelungstiefe des Gesetzes. Möglich ist, sich auf eine sehr allgemeine Regelung zu beschränken und die konkrete Ausformung den nationalen Gesetzgebern zu überlassen. Dies hat den Vorteil, dass ein Kompromiss viel eher möglich wäre und sich lokale Besonderheiten besser berücksichtigen ließen. Auf der anderen Seite trüben starke lokale Unterscheidungen den Mehrwert der Rechtsvereinheitlichung. Als Alternative ist daher auch möglich, recht detaillierte Regelungen zu entwerfen. Maßgebliches Kriterium für eine Entscheidung könnte sein, inwiefern zwischen den Nationen schon vergleichbares Recht oder zumindest eine ähnliche Rechtstradition existieren, die von vornherein Kompromisse erleichtern.[49]

III. Voraussetzungen für die Umsetzung von Modellgesetzen

1. Bereits konstatiert wurde zwar, dass Modellgesetze für Gesetzgeber grundsätzlich einen alternativen und flexiblen Regelungsansatz darstellen können.[50] Nichtsdestotrotz können auch Modellgesetze nur erfolgreich bestehen, wenn sie Gesetzgebern ein Mehr zu herkömmlichen Gesetzgebungsinstrumenten bieten können und die Umsetzung grundsätzlich realistisch erscheint. Relevant ist deshalb, welchen Umsetzungs- und Anpassungshürden sich Modellgesetze stellen müssen und wie sie sich zum ökonomischen Phänomen des Wettbewerbs der Rechtsordnungen verhalten.[51]

2. Zuletzt muss jedenfalls in einem sich schnell wandelnden Rechtsgebiet wie dem Gesellschaftsrecht eine stetige Aktualisierung gewährleistet sein.[52]

D. Kritische Betrachtung des EMCA als Modellgesetz[53]

Die dem Impuls der EMCA-Gruppe zur Rechtssetzung vorgelagerte Frage, ob für ein Modellgesetz eine praktische Relevanz besteht, wurde bereits grundsätzlich bejaht.[54] Des Weiteren wurde bereits beschrieben, wie sich die Art der Rechtssetzung und Herangehensweise der Gruppe gestaltete.[55] Nun soll anhand der aufgelisteten Erfolgskriterien[56] untersucht werden, ob sich der Ansatz der EMCA-Gruppe bewährt hat:

I. Die Gruppenzusammensetzung und das Arbeitsverfahren

An der Gruppenzusammensetzung lässt sich ihre Homogenität kritisieren: Anders als das amerikanische Vorbild MBCA besteht die EMCA-Gruppe nämlich ausschließlich aus Professoren; Praktiker sind nicht vertreten. Man könnte einwenden, und dies versucht auch die Gruppe selbst zu tun, dass Professoren in vielen europäischen Ländern üblicherweise auch als Rechtsanwälte tätig sind,[57] allerdings

---

43 *Schürnbrand* (Fn. 39), S. 217-218.
44 S. **D.I.**, **D.II**.
45 *Schürnbrand* (Fn. 39), S. 225; *Kahnert* (Fn. 7), S. 245-251.
46 S. **D.I**.; vgl. zur Einschaltung staatlicher Stellen *Schürnbrand* (Fn. 39), S. 216, 220, 225; *Kahnert* (Fn. 7), S. 254-256.
47 S. **D.III**.; *Kahnert* (Fn. 7), S. 231-232.
48 S. **D.IV**.; Vgl. zur Regelungstechnik *Schürnbrand* (Fn. 39), S. 225.
49 S. **D.V.**; Vgl. zur Regelungstiefe *Schürnbrand* (Fn. 39), S. 218, 221, 224.
50 S.o. **C**.
51 S. **D.VI.**, **D.VII.**; *Huber*, in: FS Everling, Band 1, 1995, S. 493, 505; *Kahnert* (Fn. 7), S. 263.
52 *Schürnbrand* (Fn. 39), S. 225. Dies ist trotz zweier weiterer Konferenzen bisher nicht geschehen (Fn. 38 und zugehöriger Text).
53 Die Kritik in der Literatur ist generell mit Vorsicht zu genießen, da der überwiegende Anteil der Veröffentlichenden der EMCA-Kommission entstammt, was diesen zwar nicht ihre grds. wissenschaftliche Objektivität absprechen mag, dennoch sollte man ihre naturgemäße Überzeugtheit vom Projekt berücksichtigen. Betroffene Prof.: *Baums*, *Teichmann*, *Krüger Andersen*.
54 S.o. **A.**, **B.I**.
55 S.o. **B**.
56 S.o. **C**.
57 Introduction ss. 2, 3.3; *Teichmann*, KSzW 2014, 77, 81; *Teichmann*, in: FS Baums, Band 2, 2017, S. 1227, 1245.

ist dies nicht mit „echten", jedes Land repräsentierenden Praktikern zu vergleichen.[58] Kritisieren kann man auch, dass nur Vertreter aus 22 der 28 EU-Staaten teilgenommen haben.[59] Dies schmälert nicht nur den rechtsvergleichenden Ideenzufluss, sondern auch die Akzeptanz des EMCA insbesondere in den nichtbeteiligten Staaten.[60] Daran knüpfen zwei weitere Probleme an: Zum einen besteht trotz proklamierter politischer Unabhängigkeit[61] immer die Gefahr, dass die entsendeten Vertreter eines Nationalstaats ihr Recht als Ausgangspunkt sehen, was Einfluss auf ihre Mitarbeit und ihr Abstimmungsverhalten haben kann. Zum anderen kann die Zusammensetzung der Unterarbeitsgruppe Einfluss auf die im endgültigen Entwurf repräsentierten Rechtsordnungen haben, was sich an den laut den (*general*) *comments* repräsentierten Rechtsordnungen zeigt.[62] Entgegenhalten kann man dem ersten Argument, dass gerade die mit dem nationalen Recht Vertrauten die reformbedürftigen Regelungen „ihres" Rechts kennen.[63] Allerdings ist Anspruch des EMCA gerade nicht, einzelne Regelungen nationalen Rechts zu reformieren, sondern idealiter europaweit einheitliche Regelungen zu schaffen. Insgesamt besteht bei Gruppenzusammensetzung und Arbeitsverfahren daher noch Reformbedarf.

Nun ist noch ein kritischer Blick auf die Integrität der Gruppe zu werfen, die Forschern aufgrund ihres wissenschaftlichen Antriebs zwar grundsätzlich in höherem Maße als Praktikern zu unterstellen ist, aber weiterhin ein maßgeblicher Parameter für die Akzeptanz des EMCA darstellt. Der EMCA proklamiert politische wie wirtschaftliche Unabhängigkeit.[64] Nichtsdestotrotz wird das Büro der Universität Aarhus, das den organisatorischen Rahmen für den EMCA bereitstellt, als staatliche Einrichtung mittelbar über den dänischen Staat finanziert. Zudem bleibt unklar, wie die jährlichen Treffen finanziert wurden, der Entwurf spricht nur von *academic funding*.[65] Diese Einwände erscheinen derzeit zwar noch nicht durchschlagend, um die Integrität in Frage zu stellen, verhindert werden muss aber, dass der EMCA, etwa durch eine unüberlegte Praktikerbeteiligung, Ziel lobbyistischer Einflussnahme wird.

II. Vorbild MBCA?

Die EMCA-Gruppe möchte an die Popularität des in zwei Dritteln der USA genutzten MBCA anknüpfen und sieht den eigenen Entwurf als vergleichbar an.[66] In formaler Hinsicht überzeugt dies nicht: Der MBCA wird auch von Praktikern entworfen, steht durch die Anknüpfung an die mitglieder- und finanzstarke *American Bar Association* auf organisatorisch sicheren Beinen und sorgt über das direkte Anschreiben interessierter Personen und Veröffentlichungen in der Zeitschrift *Business Lawyer* für eine stete Öffentlichkeitsbeteiligung.[67] Der EMCA hingegen wird ausschließlich von Professoren erarbeitet, die Finanzierung der Gruppe ist nicht sichergestellt und eine Öffentlichkeitsbeteiligung erfolgte nur über zwei Konferenzen und bedingt aufsehenerregende Zeitschriftenartikel.[68] Auch in inhaltlicher Hinsicht unterscheiden sich die Ausgangslagen: Zwar handelt es sich sowohl bei der EU als auch bei den USA im Grundsatz um föderale Systeme, allerdings blicken die europäischen Staaten auf überwiegend vollkommen unterschiedlich gewachsene Rechtstraditionen zurück, was die Rechtsvereinheitlichung massiv erschwert.[69] Der Vergleich mit dem MBCA überzeugt daher allenfalls in Ansätzen.

III. Die demokratische Legitimität und der Geltungsbegriff des EMCA

Bei der Einführung des DCGK über § 161 AktG wurde massiv darum gestritten, ob dieser dem verfassungsrechtlichen Demokratieprinzip und dem Gesetzesvorbehalt genügen würde (Art. 20 Abs. 2, 3 GG). Dies wurde von Autoren in der Literatur mit dem Argument verneint, dass dem *privat* erstellten Kodex durch die Verweisregel in § 161 AktG und das öffentlich-rechtlich geprägte Erstellungs- und Veröffentlichungsverfahren faktische Gesetzeskraft in einem Bereich zukomme, der so wesentlich sei, dass er vom Gesetzgeber selbst hätte geregelt werden müssen. Eine höchstrichterliche Entscheidung ist hierzu jedoch nicht ergangen und die Diskussion hat angesichts der rechtspolitisch überwiegend begrüßten Ergebnisse des Kodex' an Fahrt verloren.[70]

Interessant ist, ob der EMCA ähnlichen Zweifeln ausgesetzt ist. Er würde gegen Demokratieprinzip und Gesetzesvorbehalt verstoßen, wenn er als privates Konstrukt in rechtlich verbindlicher Weise Beziehungen von Grundrechtsberechtigten in wesentlichen Bereichen regeln würde und damit eine dem Gesetzgeber zustehende Entscheidung träfe.[71] Als (bisher) nicht in einem verfassungsrechtlich vorgegebenem Rechtssetzungsverfahren geschaffen, ist der EMCA ein privates Konstrukt.[72] Er müsste auch Grundrechtsberechtigten gegenüber derzeit rechtlich verbindlich, also *aktuell präskriptiv*[73] sein. Eine positivistische Ansicht, die als Recht

---

[58] Zum Absatz, z.T. **krit.**: *Kahnert* (Fn. 7), S. 244, 247; *Meyer* (Fn. 4), S. 221-222, 251-252; *Krebs* (Fn. 23), § 38 Rn. 4.

[59] Nicht vertreten: Kroatien, Lettland, Malta, Rumänien, Slowenien, Zypern, introduction s. 2.

[60] Vgl. *Kahnert* (Fn. 7), S. 244; *Meyer* (Fn. 4), S. 240; *Krebs* (Fn. 23), § 38 Rn. 3; *Teichmann* (Fn. 57), S. 1227, 1247.

[61] I.Ü. erscheint der Anspruch, ohne politische Zwänge zu sein, angesichts der erfolglosen, bisherigen Reformbemühungen illusorisch, *Meyer* (Fn. 4), S. 244-245; **a.A.** *Teichmann*, KSzW 2014, 77, 83.

[62] *Krebs* (Fn. 23), § 38 Rn. 4, 13, 61; vgl. comments s. 11.01 (DE); general comments ch. 13 s. 2 (DK).

[63] *Teichmann*, KSzW 2014, 77, 81; zweifelnd *Kahnert* (Fn. 7), S. 247-248.

[64] Introduction s. 2; *Krüger Andersen* (Fn. 15), S. 305; zu beidem *Kahnert* (Fn. 7), S. 247.

[65] Introduction s. 2; zu beidem: *Meyer* (Fn. 4), S. 222-224.

[66] Introduction ss. 1, 2, 6.1. Der MBCA gilt vollständig in 36 Staaten, *L. Schmidt*, RIW 2016, 718.

[67] *Teichmann* (Fn. 57), S. 1227, 1234; *Meyer* (Fn. 4), S. 254-256; vgl. *Gray/Arbor*, RabelsZ 50 (1986), 111, 121.

[68] *Meyer* (Fn. 4), S. 254-255; grds. **a.A.** *Teichmann* (Fn. 57), S. 1227, 1247; *Kahnert* (Fn. 7), S. 252.

[69] *Kötz*, in: FS Zweigert, 1981, S. 481, 496; *Reher*, Gesellschaftsrecht in gemeinsamen Märkten, 1997, S. 101-102; *Meyer* (Fn. 4), S. 237-239, der der Gruppe ein falsches Verständnis vom MBCA attestiert und insoweit eine fehlende rechtsvergleichende Untersuchung bemängelt.

[70] Zum Ganzen: *Koch*, in: Hüffer/Koch (Hrsg.), Kommentar zum AktG[14], 2020, § 161 Rn. 4 m.w.N; für Verfassungswidrigkeit *Mülbert/Wilhelm*, ZHR 176 (2012), 286, 312-314; *Hopt*, in: FS Hoffmann-Becking, 2013, S. 563, 569-572; *Hoffmann-Becking*, in: FS Hüffer, 2010, S. 337, 341-342.

[71] Zu diesem allg. Maßstab: *Mertens*, RabelsZ 56 (1992), 219, 239; *Kahnert* (Fn. 7), S. 231-232; **a.A.** *Köndgen*, AcP 206 (2006), 477, 522-523.

[72] Es als paralegales Recht bezeichnend *Mertens*, AG 1982, 29; *ders*., RabelsZ 56 (1992), 219, 224.

[73] Zur Terminologie: *Michaels*, RabelsZ 62 (1998), 580, 584; ähnlich *Ancel*, Revue critique de droit international privé (RCDIP) 1997, 879, 881.

nur in einem staatlichen Verfahren gesetzte Normen ansah und nach der der EMCA nicht rechtlich verbindlich wäre, ist überholt.[74] Gegen eine derzeitige rechtliche Verbindlichkeit scheint aber zu sprechen, dass der EMCA an die nationalen Gesetzgeber adressiert ist, also noch einer Inkorporierung in nationales Recht bedarf und damit nur als *potentiell präskriptiv* Rechtsunterworfenen gegenüber zu beschreiben wäre. Andererseits gehen die Autoren des EMCA davon aus, dass dieser auch schon vor seiner Inkorporierung unter Umständen nationale Gerichte beeinflussen, mithin auch Rechtsanwendern gegenüber bindend wirken könne.[75]

Um die rechtliche Bindung zu klären, ist nach dem Geltungsbegriff des EMCA zu fragen. Zu unterscheiden sind juristische, moralische und soziale Geltung.[76] Inhaltlich Richtiges gilt moralisch. Allgemein Anerkanntes gilt sozial. Was der Richter anzuwenden hat, gilt juristisch.[77] Juristisch Geltendes ist allgemein verbindlich.[78] Die Schwierigkeit besteht darin festzulegen, ab wann moralisch oder sozial Geltendes auch juristisch gilt. Die EMCA-Gruppe erhebt den Anspruch, dass der EMCA inhaltlich richtig ist, also moralisch gilt.[79] Dagegen, eine moralische Geltung als juristische Geltung ausreichen zu lassen, spricht aber, dass damit erhebliche Rechtsunsicherheit verknüpft wäre, da unklar ist, wer die inhaltliche Richtigkeit bestimmt und die Grenze zwischen gesellschaftlichen Sitten und rechtlich bindenden Normen zieht.[80] Aus moralischer Geltung kann also keine juristische begründet werden. Damit aus sozialer Geltung eine juristische Geltung werden kann, müsste der EMCA überhaupt erst sozial gelten, also allgemein anerkannt sein.[81] Zwar normiert dieser auch geltendes *acquis communautaire*, das man unter Umständen als allgemein anerkannt beschreiben könnte, allerdings ist Ziel des EMCA gerade, neue Regeln für uneinheitliche Rechtsordnungen zu finden, sodass man nicht sagen kann, dass er allgemein Anerkanntes normiert. Da mithin keine soziale Geltung besteht, kommt es auf die Frage, ob aus dieser eine juristische abgeleitet werden könnte, nicht mehr an.[82] Weil der EMCA aufgrund fehlender juristischer Geltung derzeit nicht rechtlich verbindlich ist, kann er weder Demokratieprinzip noch Gesetzesvorbehalt widersprechen. Dessen ungeachtet mag es sinnvoll erscheinen, die Öffentlichkeit demokratisch-repräsentativ stärker in die Erstellung einzubinden, um die Akzeptanz des EMCA zu erhöhen.[83]

[74] *Köndgen*, AcP 206 (2006), 477, 508-509; *Bachmann*, Private Ordnung. Grundlagen ziviler Regelsetzung, 2006, S. 181.

[75] Introduction ss. 3.1, 3.3. Ob die von den Machern angestrebte Bindungswirkung allerdings tatsächlich eintreten würde, erscheint indes zweifelhaft.

[76] Zur Terminologie, auch im Folgenden *Michaels*, RabelsZ 62 (1998), 580, 611; *Alexy*, Begriff und Geltung des Rechts, 2005, S. 139-142.

[77] Juristische Geltung lässt sich grds. über eine verfassungsgemäße Rechtssetzung oder eine Anerkennung erreichen, *Michaels*, RabelsZ 62 (1998), 580, 611; *Kahnert* (Fn. 7), S. 227; *Raiser*, Grundlagen der Rechtssoziologie[6], 2013, S. 237-238.

[78] *Kahnert* (Fn. 7), S. 226-227; *Michaels*, RabelsZ 62 (1998), 580, 611; zum Recht: *Dreier*, NJW 1986, 890.

[79] Grds. jedenfalls, introduction ss. 1, 3.1, 6.1; *Krüger Andersen* (Fn. 15), S. 304.

[80] *Michaels*, RabelsZ 62 (1998), 580, 617-620; *Kahnert* (Fn. 7), S. 229-230.

[81] Soziales gilt jur., wenn es jahrelang angewendet wurde, *Michaels*, RabelsZ 62 (1998), 580, 614.

[82] Dies verneint *Kahnert* (Fn. 7), S. 231, da sich der EMCA ausschließlich an Gesetzgeber richte.

[83] *Köndgen*, AcP 206 (2006), 477, 522; *Kahnert* (Fn. 7), S. 249-252; *Meyer* (Fn. 4), S. 252-254. Dazu schon **D.I**.

IV. Die Regelungstechnik des EMCA

Der EMCA möchte innovative Regelungen für die nationalen Gesetzgeber bereitstellen. Insoweit kann man kritisieren, dass er sich eher wie eine Zusammenfassung nationaler *best practices* und geltenden EU-Rechts liest.[84] Andererseits kann es hinsichtlich einer Umsetzung sinnvoll sein, auf bestehenden und jedenfalls teilweise akzeptierten Regelungen aufzubauen.[85] Als Zwischenfazit muss dennoch festgehalten werden, dass der EMCA nicht aus sich heraus innovativ ist, sondern Bestehendes nur innovativ zusammenführt. Der EMCA sollte zudem klarer festlegen, ob er sich ausschließlich an nationale oder nicht auch an den europäischen Gesetzgeber richtet, was beispielweise hinsichtlich der meisten grenzüberschreitenden Fragestellungen aufgrund des engeren Sachbezugs sinnvoller wäre (ch. 13 etwa).[86] Unklar ist auch, warum teilweise in *comments* oder selbst *sections* darauf hingewiesen wird, dass nationales Recht von den Regelungen abweichen könne, da dies bei einem Modellgesetz ohnehin der Fall ist.[87] Des Weiteren ist problematisch, dass sich der EMCA nur selten vom geltenden europäischen Recht löst und damit überwiegend Aspekte neureguliert, für die auf europäischer Ebene kein Konsens gefunden wurde, oder bei denen eine zentrale Regelung bisher nicht sinnvoll erschien, etwa bei der Corporate Governance. Warum sich diese bestehenden Probleme durch den EMCA auflösen sollten, ist zweifelhaft.[88]

V. Die Regelungstiefe des EMCA

Der EMCA erhebt den Anspruch, grundsätzlich von nationalen Gesetzgebern umgesetzt werden zu können, und versucht daher, alle Bereiche zu regeln, die er, einem funktionalen Ansatz folgend, als gesellschaftsrechtlich qualifiziert.[89] Das bedeutet, dass nicht nur grobe Rahmenbedingungen, sondern auch Detailvorschriften, etwa zu Pflichten der Geschäftsführung oder Hauptversammlung geregelt werden. Dabei ist problematisch, dass die nationalen Gesellschaftsrechte jeweils interessenpluralistisch ausgestaltet und historisch unterschiedlich gewachsen sind. Daraus wiederum folgt, dass die jeweiligen nationalen Regelungen auf ihre heimischen ökonomischen und kulturellen Gegebenheiten angepasst sind, was sich vor allem daran ablesen lässt, welche gesellschaftsrechtlichen Gruppen wie behandelt werden.[90] Diese Ausgangslage, die in den USA nicht besteht,[91] macht es fast unmöglich, detaillierte, aber für alle Staaten passende Regelungen zu finden.

[84] *J. Schmidt*, ZHR 181 (2017), 43, 45; **krit.** *Kahnert* (Fn. 7), S. 276; vgl. *Meyer* (Fn. 4), S. 230.

[85] *Röthel*, in: Schmidt-Kessel (Hrsg.) Schriften zum Gemeinschaftsprivatrecht, 2009, S. 295, zur ähnlichen Diskussion um die MBauO 2002 *Jäde*, NVwZ 2003, 668, 671.

[86] *Krebs* (Fn. 23), § 38 Rn. 69; *Kahnert* (Fn. 7), S. 267; zur EU-Gesetzgebung *J. Schmidt*, ZHR 181 (2017), 43, 86.

[87] Bsp.: ss. 4.01 (1), 8.02 (3), 8.10 (3, 6); comments s. 3.08; *Krebs* (Fn. 23), § 38 Rn. 54.

[88] Zu beidem: *Kahnert* (Fn. 7), S. 275-279; zur Corporate Governance: *Tiedje*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht[7], 2015, Art. 50 AEUV Rn. 100.

[89] Introduction ss. 1, 3.1; *Teichmann*, KSzW 2014, 77, 80; *Kahnert* (Fn. 7), S. 262.

[90] Zu beidem: *Payne* (Fn. 18), S. 332; *Meyer* (Fn. 4), S. 247-250; z.T. **a.A.** *Fleckner*, in: FS Hopt, Band 1, 2010, S. 659, 664-671.

[91] S.o. **D.II**.

Was wäre die Alternative? Die Alternative wäre, dass sich der EMCA darauf beschränkt, nur Grundsätzliches zu normieren, etwa die grundsätzliche Leitungsstruktur oder grundlegende Gründungsvorschriften. Gewonnen wäre damit allerdings nichts. Dies würde nämlich dazu führen, dass die nationalen Gesetzgeber bzw. Gerichte notwendigerweise dazu gezwungen wären, diese allgemeinen Vorschriften auf ihre Art weiter auszugestalten und zu konkretisieren. Mit anderen Worten: Echte Rechtsangleichung wäre damit nicht verbunden.[92] Hinzu kommt, dass es zwar sinnvoll sein kann, Transaktionskosten durch Rechtsangleichung zu reduzieren,[93] dieser ökonomische Bedarf ist allerdings derzeit nicht so drängend, dass er gerade die europäischen Staaten, die schon über gut entwickelte Gesellschaftsrechte verfügen, zu einem solch radikalen Schritt zwingen würde.[94] Hinsichtlich der Diskussion um die passende Regelungstiefe eines Modellgesetzes lässt sich damit Folgendes festhalten: Ein auf das Grundsätzliche beschränktes Modellgesetz brächte nur bedingten rechtsangleichenden Mehrwert; ein darüber hinausgehendes ist zum Scheitern verurteilt, da es auf europäischer Ebene derzeit kein dogmatisch-gefestigtes Fundament vorfindet, das ihm erlauben würde, die nationalstaatlichen Einzelinteressen konsequent zu vereinen.[95]

VI. Umsetzungs- und Anpassungshürden

Als Umsetzungshürde sticht die *Pfadabhängigkeit* ins Auge, die es systemimmanent Gesetzgebern erschwert, andersartiges Recht in ihr bestehendes Rechtssystem einzugliedern, wenn sie sich einmal für einen Regelungspfad entschieden und ihr Recht auf diesem aufgebaut haben. Insofern wird Maßstab für das Modellgesetz sein, ob der durch die Rechtsreform generierte ökonomische Nutzen den damit verbundenen Aufwand übersteigt.[96] Dies ist nur schwer zu prophezeien, Kriterien werden aber u.a. sein: die Anzahl der umsetzungswilligen Länder, wie gut entwickelt das nationale Gesellschaftsrecht schon ist, ob in die Rechtssprache des jeweiligen Landes angepasste EMCA-Fassungen erscheinen, inwieweit die EU zwischenzeitlich weiteres Gesellschaftsrecht angleicht etc.[97] Umgesetzt werden wird der EMCA allenfalls von kürzlich beigetretenen EU-Mitgliedsstaaten, die sich am Gesellschaftsrecht eines anderen EU-Lands orientiert und mithin noch keine eigenen Pfade angelegt haben, sondern nur auf schon bestehenden gewandelt sind.[98]

VII. Der Wettbewerb der Rechtsordnungen

Der EMCA verspricht, eine Antwort auf die Frage gefunden zu haben, ob Harmonisierung oder ein Wettbewerb der Gesetzgeber der Ökonomie des Binnenmarkts und den einzelnen Volkswirtschaften zuträglicher wäre:[99] Die Inkorporierung des EMCA als Modellgesetz soll Nationalstaaten von den Vorteilen einer Harmonisierung profitieren lassen. Auf der anderen Seite soll die Möglichkeit bestehen, lokale Besonderheiten zu berücksichtigen oder in Wettbewerb zu anderen Rechtsordnungen zu treten, indem die Nationalstaaten einzelne Teile des EMCA nicht übernehmen.[100] Damit soll ein stetiges Wahlrecht zwischen Harmonisierung und Wettbewerb bestehen und nicht bloß eine Dichotomie. Der Einwand gegen diesen Vorschlag liegt auf der Hand: Von einer Harmonisierung kann nur profitiert werden, wenn vollständig oder jedenfalls überwiegend harmonisiert wird, für nationale Ausnahmen ist dabei nur bedingt Spielraum.[101] Gänzlich überzeugt der Ansatz des EMCA daher nicht.

Etwas anderes ergibt sich aber, wenn man den EMCA als unterstützenden Teilnehmer im Wettbewerb der Rechtsordnungen sieht. Der EMCA ist als Modellgesetz nämlich an die staatlichen Rechtssetzer adressiert[102] und erlaubt diesen, von den ökonomischen und rechtssoziologischen Vorteilen privater Rechtssetzung zu profitieren: Kosteneinsparungen durch Flexibilisierung und informellere Erarbeitungsverfahren, schnellere Anpassungsfähigkeit des Gesetzes, Qualitätssteigerung durch von politischen Ideologien gelöste Rechtssetzung etc.[103] Er stellt damit eine Alternative zu klassischer Rechtssetzung dar und leistet einen Beitrag zum Wettbewerb der Gesetzgeber. Zudem kann der EMCA faktischen Wettbewerbsdruck ausüben, da Staaten ihr Recht am Maßstab des EMCA messen lassen müssen. Das gilt gerade, wenn der EMCA von einigen Staaten inkorporiert wird.[104] Zusammenfassend lässt sich sagen, dass der Ansatz des EMCA zwar kein Allheilmittel im Streit zwischen Harmonisierung und Wettbewerb ist, er durch seine freiwillig-flexible Struktur den Wettbewerb der Gesetzgeber allerdings positiv anzufachen vermag.

VIII. Fazit zur Umsetzung der Erfolgskriterien im EMCA

Hinsichtlich der Umsetzung der abstrakten Erfolgskriterien durch den EMCA lässt sich Folgendes festhalten: Bei einigen formalen Aspekten wie insbesondere der Gruppenzusammensetzung besteht zwar noch Reformbedarf, viel drängender ist aber das inhaltliche Problem, dass die europäischen Länder primär wegen einer fehlenden dogmatischen und rechtshistorischen Grundlage derzeit noch nicht weit genug scheinen, um ein so komplexes Werk zum Europäischen Kapitalgesellschaftsrecht wie den EMCA in toto umzusetzen. Die EMCA-Gruppe sollte daher ihren Regelungsansatz noch einmal überdenken: Strebt sie weiter

---

92 Zum ganzen Aspekt: *Payne* (Fn. 18), S. 332; *Kahnert* (Fn. 7), S. 271; vgl. *Meyer* (Fn. 4), S. 267-271.

93 S.o. **A**.

94 *Payne* (Fn. 18), S. 331; ökonomische Analyse des Gesetzeswettbewerbs bei *Hornuf*, Regulatory Competition in European Corporate and Capital Market Law, 2012, S. 7-15.

95 Vgl. *Payne* (Fn. 18), S. 332-333; *Kahnert* (Fn. 7), S. 272. Zur fehlenden Dogmatik: *Meyer* (Fn. 4), S. 247-250; eine systematisierende Darstellung bei *Grundmann* (Fn. 4), S. 1-5.

96 Zu beidem: *Meyer* (Fn. 4), S. 292-298, 338-339; *Roe*, 109 Harv. L. Rev. 641, 641-644 (1996); *Huber* (Fn. 51), S. 493, 505.

97 Etwa durch das bereits vom Parlament gebilligte *company law package Luy*, NJW 2019, 1905.

98 *Teichmann* (Fn. 57), S. 1227, 1243; **krit.** *Krebs* (Fn. 23), § 38 Rn. 83; *Payne* (Fn. 18), S. 331.

99 Zum Konflikt: *Merkt*, RabelsZ 1995, 545; *Reher* (Fn. 69), S. 132-135; *Dreher*, JZ 1999, 105-108.

100 Introduction s. 1; *Meyer* (Fn. 4), S. 230.

101 *Kahnert* (Fn. 7), S. 263.

102 Er steht daher nicht in einem echten Wettbewerb zu diesen, zur rechtl. Verbindlichkeit **D.III**.

103 *Kahnert* (Fn. 7), S. 240-243; *Mertens*, in: FS Bärmann, 1975, S. 651, 652; *Schwartze*, in: Eger/Schäfer (Hrsg.), Ökonomische Analyse der europäischen Zivilrechtsentwicklung, 2007, S. 155. Die Rechts*umsetzung* wird aber nicht frei von politischen Diskussionen sein, *Meyer* (Fn. 4), S. 244-245.

104 Zum Absatz: *Kahnert* (Fn. 7), S. 264; *Krüger Andersen* (Fn. 15), S. 304-305.

eine vollständige Umsetzung der Regeln an, ist zunächst die Schaffung einer gemeineuropäischen Dogmatik vonnöten, wobei es sich indes um einen langwierigen Prozess handeln wird. Alternativ könnte man aber auch überlegen, den EMCA eher vollständig in eine Auflistung nationaler *best practices* umzuändern, von der die Mitgliedsstaaten eher rechtsvergleichend und als Anregung für nationale Gesetzgebungsprojekte profitieren könnten. Vielleicht könnte dies die Findung des „besten" Rechts und damit eine Rechtsvereinheitlichung auf einem eher schleichenden Weg ermöglichen.

E. Gesamtfazit zum Projekt EMCA

Der EMCA ist mit dem Ziel angetreten, als Modellgesetz das gesamteuropäische Gesellschaftsrecht zu reformieren. Gestoßen ist er dabei auf Schwierigkeiten verschiedenster Art: keine vollends geglückte Gruppenzusammensetzung und Öffentlichkeitsbeteiligung, das Auslassen innovativer Konzepte, Umsetzungshürden, und sicher am bedeutendsten die Frage, was der EMCA den europäischen Staaten angesichts einer fehlenden Dogmatik und erheblicher Interessenunterschiede eigentlich zu bieten hat. Daher nun die Reflektion: Stellt der EMCA als Modellgesetz eine Alternative zur herkömmlichen Rechtssetzung dar oder war der ganze Prozess umsonst? Nein, war er nicht, denn Europa kann auf dreierlei Wege vom EMCA profitieren. Zunächst könnte er – sehr ambitioniert – den Grundstein für die Schaffung eines (Zivil-) und Unternehmensgesetzbuches[105] und damit einer europäischen Dogmatik legen. Dann könnte er – etwas weniger ambitioniert – dafür sorgen, dass sich die europäischen Gesetzgeber bei zukünftigen Reformen an den von ihm gemachten Vorschlägen orientieren, was langfristig ein Zusammenwachsen der Gesellschaftsrechte im Wege nationaler Konvergenz zur Folge haben könnte.[106] Voraussetzung dafür ist, dass der EMCA stetig aktualisiert wird und permanent inhaltlich überzeugt. Und schließlich leistet der EMCA – sehr realistisch – mit seinen inhaltlichen Vorschlägen einen lohnenden Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Diskussion in Europa.

[105] Zu einem Wirtschaftsgesetzbuch *Lehmann*, ZHR 2017, 9; **krit.** *Hopt*, ZGR 2013, 165, 186.

[106] *Baums* (Fn. 16), S. 525, 530. Allerdings muss sichergestellt werden, dass sich dabei die Erkenntnisquellen der Rechtsordnungen nicht verengen; zu beidem *Fleckner* (Fn. 90), S. 659, 674-676.

Sophie Balling*

Kronzeugen im Kartellrecht - Das Spannungsverhältnis zwischen intendierter Privilegierung und möglicher Inanspruchnahme als Haftungssubjekte

A. Einführung

Die Schaffung eines unverfälschten Wettbewerbs als übergeordnetes Ziel des Kartellrechts wird von den Marktteilnehmern selbst immer wieder bedroht.[1] Sogenannte Hardcore-Kartelle[2] begrenzen den Wettbewerb in erheblichem Maße und erzeugen negative wirtschaftliche Effekte.[3] Man geht davon aus, dass Hardcore-Kartelle europaweit jährlich einen Schaden in Höhe von 25 bis 69 Mrd. Euro verursachen.[4] Die konspirative Natur von Kartellen führt dazu, dass es den Wettbewerbsbehörden beinahe unmöglich ist, eine große Anzahl an Kartellen mit den ihnen zur Verfügung stehenden Ressourcen aufzudecken.[5] In der Vergangenheit hat sich gezeigt, dass sich die Aufdeckung von Kartellen durch die Schaffung von Kooperationsmöglichkeiten effektiver gestalten lässt: Neun von zehn Kartellen, gegen die seit dem Jahr 1969 die höchsten Bußgelder verhängt wurden, sind durch Kronzeugenanträge aufgedeckt worden.[6] Mittlerweile nehmen Kronzeugen[7] eine „Schlüsselrolle"[8] in der Verfolgung von Hardcore-Kartellen ein.

Damit Kartellanten mit den Wettbewerbsbehörden kooperieren, müssen indes Anreize geschaffen werden. In der behördlichen Kartellrechtsdurchsetzung geht die Kooperation eines Kartellanten mit einer Bußgeldreduktion einher.[9] Erst kürzlich berichtete die Financial Times davon, wie sich UBS durch die Teilnahme am europäischen Kronzeugenprogramm einer Geldbuße in Höhe von 285 Mio. Euro entziehen konnte.[10] *Whistleblowing* „lohnt" sich also – wären da nicht private Schadensersatzkläger.

Die behördliche Privilegierung bewahrt den Kronzeugen nicht vor einer Inanspruchnahme als Haftungssubjekt in privaten Schadensersatzklagen. Indem sich der Kronzeuge im behördlichen Kartellverfahren exponiert und Informationen offenlegt, präsentiert er sich gleichzeitig als Ziel privater Kläger – er wird zum *prime target* von Kartellschadensersatzklagen.[11] Es wird befürchtet, dass Kartellanten in der Angst, Opfer einer „Flutwelle"[12] von Schadensersatzklagen zu werden, von einem Kronzeugenantrag absehen.[13] Dies gilt umso mehr nach Stärkung der Rechte privater Schadensersatzkläger durch die Kartellschadensersatzrichtlinie (RL 2014/104/EU). Die behördliche Kartellrechtsdurchsetzung steht insofern in einem *Spannungsverhältnis* zur privaten Kartellrechtsdurchsetzung.[14]

Um den Anreiz, an Kronzeugenprogrammen teilzunehmen, zu erhalten und dieses Spannungsverhältnis aufzulösen, hat man in der Kartellschadensersatzrichtlinie sowie daraufhin in den nationalen Wettbewerbsordnungen (in Deutschland durch die 9. GWB-Novelle[15]) nun auch eine zivilrechtliche Privilegierung des Kronzeugen eingeführt. Doch sind die dortigen Privilegierungen in der Lage, den Kronzeugen vor der möglichen Inanspruchnahme als Haftungssubjekt ausreichend zu schützen? Zu wessen Lasten würden die Privilegierungen dann gehen? Bestehen alternative Lösungsansätze, um das Spannungsverhältnis zwischen privater und behördlicher Kartellrechtsdurchsetzung zu lösen?

In der vorliegenden Arbeit wird im ersten Teil auf das dichotome System der Kartellrechtsdurchsetzung unter Ausklammerung der Kronzeugenregelungen eingegangen (B). Dies erleichtert das Verständnis darüber, wie sich das Verhältnis der beiden Durchsetzungsregime verändert, wenn ein Kartellant mit einer Kartellbehörde kooperiert. Im zweiten Teil wird das soeben bereits beschriebene Spannungsverhältnis anhand der einschlägigen Regelungen untersucht (C). Zudem wird darauf eingegangen, ob die derzeitigen Regelungen das Spannungsverhältnis aufzulösen vermögen und der befürchteten Anreizminderung

---

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

1 Vgl. *Emmerich/Lange*, Kartellrecht, § 3 Rn. 1 f.; *Katt*, Die gesamtschuldnerische Haftung, S. 27.

2 Hardcore-Kartelle sind z.B. Preiskartelle und Marktaufteilungen, vgl. *Emmerich/Lange*, Kartellrecht, § 13 Rn. 12; *Bunte/Stancke*, Kartellrecht, § 4 S. 140.

3 *Medinger*, Emory Law Journal 2003, 1439 (1439); *Katt*, Die gesamtschuldnerische Haftung, S. 27; *OECD*, Hard Core Cartels, S. 5.

4 *Europäische Kommission*, Arbeitspapier zum Impact Assessment, S. 22, Rn. 65.

5 Vgl. *Europäische Kommission*, Mitteilung 06/C 298/17, ErwG 3; *Ferčič*, WiRO 2011, 110 (110).

6 *Europäische Kommission*, Cartel Statistics, S. 3; ebenfalls zu einem Anteil von 90% kommt *Wils*, World Competition 2016, 327 (336); laut einer Studie unter Auswertung der OECD-Statistiken von 23 Ländern haben Kronzeugenregelungen für die Wettbewerbsintensität positive Effekte, vgl. *Klein*, Cartel Destabilization and Leniency Programs, S. 13 ff.; kritisch allerdings: *Schwalbe/Höft*, FS Möschel, S. 597 (598); der Anstieg der Anzahl der aufgedeckten Kartelle könne auch darauf zurückzuführen sein, dass insgesamt die Kartellverstöße angestiegen sind. Dagegen spreche aber laut *Spagnolo* die empirische Evidenz, vgl. *Spagnolo*, Leniency and Whistleblowers in Antitrust, S. 258-304.

7 Kronzeugen sind Kartellteilnehmer, die durch ihre Kooperation dazu beitragen haben, ein Kartell aufzudecken, vgl. *BKartA*, Bonusregelung, Rn. 1; *Europäische Kommission*, Mitteilung 06/C 298/17, Rn. 1.

8 ErwG 38 Schadensersatzrichtlinie (im Folgenden SE-RL); *Schwenke*, NZKart 2015, 383 (384).

9 *BKartA*, Bonusregelung; *Europäische Kommission*, ABl. C 298/17.

10 *Toplensky/Morris/Szalay*, Forex Trading Probes - EU fines five banks €1bn over foreign exchange cartel, in: The Financial Times, 16.04.2019, zuletzt abgerufen am 04.08.2019 unter: https://www.ft.com/content/73163fa0-77c5-11e9-bbad-7c18c0ea0201.

11 *Milde*, Schutz des Kronzeugen, S. 24, 33; *Vollrath*, NZKart 2013, 434 (443); *Bien*, EuZW 2011, 889 (890); *Forrester/Berghe*, Leniency, S. 159 (159); ErwG 38 SE-RL.

12 *Klumpe/Thiede*, NZKart 2017, 332 (332).

13 Den Abschreckungseffekt anzweifelnd jedoch *Sir Peter Roth* in der viel beachteten Entscheidung High Court of Justice, Urt. v. 04.04.2012, [2012] EWHC 1717 (Ch), *National Grid Electricity Transmission Plc v ABB & Others*, Rn. 37.

14 *Bach*, FS Canenbley, S. 15 (15); *Drexl*, FS Canaris, S. 1339 (1346); *Heinemann*, FS Bieber, S. 681 (703); *Brinker*, NZKart 2013, 2 (9); *Fiedler/Huttenlauch*, NZKart 2013, 350 (350); *Krüger*, NZKart 2013, 483 (483); *Kersting*, JZ 2012, 42 (43); *Seitz*, EuZW 2011, 598 (599); *Dworschak/Maritzen*, WuW 2013, 829 (830); *Legner*, WRP 2014, 1163 (1166).

15 Neuntes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BGBl I 2017, S. 1416.

Abhilfe verschaffen können. Sodann werden alternative Lösungsansätze vorgestellt und unter Berücksichtigung der Stellungnahmen, die im Rahmen des Konsultationsprozesses im Vorfeld des Erlasses der Richtlinie[16] gemacht wurden, bewertet. Zuletzt wird ein eigener Lösungsansatz entwickelt (D).

B. Das dichotome System der Kartellrechtsdurchsetzung

Die Durchsetzung des europäischen Kartellrechts ruht auf zwei Säulen: der behördlichen und der privaten Kartellrechtsdurchsetzung.

I. Die behördliche Kartellrechtsdurchsetzung (*Public Enforcement*)

Die behördliche Kartellrechtsdurchsetzung[17], auch als *public enforcement* bezeichnet, dominierte für lange Zeit die Durchsetzung des Kartellrechts in Europa. Mit dem *public enforcement* soll zum einen der konkrete Kartellrechtsverstoß geahndet werden. Zum anderen soll nicht nur das betroffene Unternehmen, sondern grundsätzlich alle Marktteilnehmer vor künftigen Kartellrechtsverstößen abgeschreckt werden.[18] Von erheblicher praktischer Bedeutung der behördlichen Kartellrechtsdurchsetzung ist die Möglichkeit, im Falle der Feststellung eines Kartellverstoßes Geldbußen zu verhängen. Die Geldbußen können - auch bei einem fahrlässigen Verstoß - bis zu 10% des Jahresumsatzes des an dem Kartell beteiligten Unternehmens betragen und sind in den letzten Jahren kontinuierlich angestiegen.[19]

II. Die private Kartellrechtsdurchsetzung (*Private Enforcement*)

Neben dem *public enforcement* nahm die private Kartellrechtsdurchsetzung[20] in Europa - anders als im „Mutterland des Kartellrechts"[21], den Vereinigten Staaten, - über Jahrzehnte nur eine untergeordnete Rolle ein.[22]

Primär soll die private Kartellrechtsdurchsetzung erlittene Nachteile kompensieren.[23] Durch private Schadensersatzklagen[24] kann aber auch die Durchsetzungskraft der unionsrechtlichen Wettbewerbsregeln signifikant gesteigert werden.[25] Auf Grundlage dieser Erkenntnis entwickelte der EuGH im Jahr 2001 in dem für das *private enforcement* wegweisenden Urteil in Sachen *Courage* den Grundsatz, dass „jedermann" seinen Schaden infolge einer Verletzung des Kartellrechts ersetzt bekommen soll, um die volle Wirksamkeit des Art. 81 EGV (nun Art. 101 AEUV) zu gewährleisten.[26] Dennoch mangelte es lange an einheitlichen unionsrechtlichen Regelungen - eine Harmonisierung der mitgliedstaatlichen Vorschriften zum kartellrechtlichen Schadensersatz wurde als dringend notwendig erachtet.[27] Nach einem über neun Jahre andauernden Gesetzgebungsprozess, in dem sowohl ein Grünbuch[28] als auch ein Weißbuch „Schadensersatz wegen Verletzungen des EU-Wettbewerbsrechts"[29] veröffentlicht wurden, erließen der Rat und das Europäische Parlament schließlich im Jahr 2014 die Kartellschadensersatzrichtlinie.[30] In verspäteter[31] Umsetzung der Richtlinie verabschiedete der deutsche Gesetzgeber die 9. GWB-Novelle[32], durch welche nun unter anderem in § 33a GWB ein deliktsrechtlicher Schadensersatzanspruch des Kartellgeschädigten verbürgt ist.[33]

III. Das Verhältnis zwischen den beiden Säulen der Kartellrechtsdurchsetzung

Trotz der Konzeption eines dichotomen Durchsetzungssystems, in dem die behördliche und private Kartellrechtsdurchsetzung rechtlich unabhängig voneinander verlaufen[34], bestehen diverse Wechselwirkungen.[35] In der Praxis wer-

---

16 Siehe hierzu: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/white_paper_comments.html; https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/green_paper_comments.html.

17 Die Ausführungen zur behördlichen Kartellrechtsdurchsetzung beziehen sich in dieser Arbeit ausschließlich auf die hoheitliche Durchsetzung des Art. 101 AEUV.

18 *Bach*, FS Canenbley, S. 15 (16); *Canenbley/Steinvorth*, 50 Jahre FIW, S. 143 (144), zur abschreckenden Wirkung auch *Europäische Kommission*, 2006/C 210/02, Rn. 4.

19 Vgl. Art. 23 II VO 1/2003; *Bunte/Stancke*, Kartellrecht, S. 248; insbesondere ist die Höhe der Geldbuße nicht auf den verursachten Schaden, wie dies bei Schadensersatzansprüchen der Fall ist, begrenzt, vgl. *Milde*, Schutz des Kronzeugen, S. 48;ErwG 13 SE-RL.

20 Mit der Bezeichnung „private Kartellrechtsdurchsetzung" ist in dieser Arbeit die offensive Kartellrechtsdurchsetzung in Gestalt einer *follow on*-Schadensersatzklage des Kartellgeschädigten unter Ausklammerung der defensiven Durchsetzung sowie etwaiger Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche gemeint, dazu *Dawirs*, Der vorprozessuale Zugriff, S. 27 f.

21 *Brinker*, NZKart 2013, 2 (2); 90% der Kartellverfolgung erfolgt dort durch zivilrechtliche Klagen Privater, vgl. *Meeßen*, Schadensersatz, S. 4.

22 *Canenbley/Steinvorth*, 50 Jahre FIW, S. 143 (147); *Milde*, Schutz des Kronzeugen, S. 49; *Klumpe/Thiede*, NZKart 2019, 136 (136); *Drexl/et al.*, IEC 2008, 799 (799).

23 *Bach*, FS Canenbley, S. 15 (16).

24 Die Begriffe private Kartellrechtsdurchsetzung und *private enforcement* werden synonym verwendet. Der Begriff *private enforcement* meint die Verfolgung eines öffentlichen Interesses mithilfe von Mitteln des Privatrechts. Wer diesen Begriff verwendet, betont den Präventionszweck, vgl. *Hösch*, Innenausgleich, S. 52.

25 GA *Kokott,* Schlussantr. v. 30.01.2014, Rs. C-557/12, Kone, ECLI:EU:C:2014:45, Rn. 25; wer den Begriff *private enforcement* verwendet, betont den Präventionszweck dieser Art der Kartellrechtsdurchsetzung: Damit ist die Verfolgung eines öffentlichen Interesses mithilfe von Mitteln des Privatrechts gemeint..

26 EuGH, Rs. C-453/99 - Courage und Crehan, Slg. 2001, I-6297, Rn. 26; dies wurde in den folgenden Urteilen fortgeführt: EuGH, Rs. C-295/04 - C-298/04 - Manfredi, Slg. 2006, I-6619, Rn. 90; EuGH, Rs. C–360/09 - Pfleiderer, Slg. 2011, I-5161, Rn. 25; 29.

27 *Weitbrecht*, NJW 2017, 1574 (1574).

28 *Europäische Kommission,* Grünbuch.

29 *Europäische Kommission,* Weißbuch.

30 Zur Entwicklung: *Stockenhuber*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 101 AEUV, Rn. 254 (264a).

31 Die Umsetzungsfrist endete am 27.12.2016. Die Umsetzung in Deutschland erfolgte erst am 09.06.2017 durch die 9.GWB-Novelle. Diesbezüglich wurde deshalb ein Vertragsverletzungsverfahren, Art. 258 AEUV, gegen Deutschland eingeleitet. Das Verfahren wurde jedoch am 08.03.2018 eingestellt, vgl. https://ec.europa.eu/germany/news/20180308-verkehrsteuern-kommission-verschaerft-vertragsverletzungsverfahren-gegen-deutschland_de, zuletzt abgerufen am 23.08.2019.

32 Materiell-rechtliche Vorschriften in §§ 33-33h GWB und verfahrensrechtliche Vorschriften in §§ 89a-89e GWB.

33 Zuvor hatte man einen deliktsrechtlichen Schadensersatzanspruch auf die § 823 I bzw. II, 824, 826 gestützt; vgl. *Schaub*, in: Teplitzky/Bacher, S. 374 Rn. 1 (1); dies ist nun obsolet geworden, sofern § 33a GWB einschlägig ist, *Schmidt,* in: Immenga/Mestmäcker, Anhang 2 VO 1/2003, Rn. 14.

34 *K. Schmidt*, Aufgaben und Leistungsgrenzen der Gesetzgebung im Kartelldeliktsrecht, S. 115.

35 *Wiegandt*, Bindungswirkung, S. 82; *Alexander*, Schadensersatz, S. 424.

den Schadensersatzklagen häufig als *follow on*-Klagen, also infolge einer behördlichen Entscheidung, erhoben.[36] Insoweit ergänzt und fördert die behördliche die private Kartellrechtsdurchsetzung.[37] Die Bindungswirkung[38] von Entscheidungen der Kommission für den Zivilprozess ist ein wirksames Werkzeug für eine Verzahnung der beiden Durchsetzungssysteme.[39] Darüber hinaus ermöglichen Einsichtsrechte in die kartellbehördliche Verfahrensakte eine vereinfachte private Kartellrechtsdurchsetzung.[40] Privaten Schadensersatzklägern kommen zudem die weitreichenden Informations- und Ermittlungsbefugnisse der Kartellbehörde zugute.[41]

Gleichzeitig kann aber auch das *public enforcement* von privaten Schadensersatzklägern profitieren: Der private Schadensersatzkläger nimmt eine Rolle als *private attorney general*[42] ein: Indem der Kartellgeschädigte seine eigenen privaten Interessen verfolgt, fördert er zugleich das öffentliche Gemeinwohlinteresse.[43] Die Kartellgeschädigten sind als Kunden der Kartellbeteiligten mit den Gegebenheiten des Marktes vertraut und haben einen „entscheidenden Wissensvorsprung"[44] gegenüber den Kartellbehörden. Demgegenüber stehen sowohl der Kommission als auch den nationalen Wettbewerbsbehörden nicht genügend Ressourcen zur Verfügung, um in jedem einzelnen Fall wettbewerbswidrigen Verhaltens umfassend zu ermitteln.[45]

Ein zweispuriges Durchsetzungssystem weist also Vorteile auf, kann jedoch auch für besondere rechtliche Probleme sorgen. Im Falle eines unkoordinierten Nebeneinanders besteht die Gefahr eines vielfach beschworenen „Sanktions-Overkill"[46]. Wie die Existenz eines Kronzeugen das bisher stimmige Verhältnis der beiden Durchsetzungsspuren verändert, soll im Folgenden gezeigt werden.

C. Das Spannungsverhältnis

I. Die behördlichen Kronzeugenprogramme als intendierte Privilegierung

Nach dem Vorbild der US-amerikanischen *Leniency Programs*[47] entwickelte die EU-Kommission im Jahr 1996 ihr erstes Kronzeugenprogramm[48], welches 2002[49] und 2006[50] reformiert wurde. Die aktuelle Regelung sieht im Falle einer Kooperation eines Kartellanten einen Bußgelderlass sowie -reduktionen im behördlichen Sanktionsverfahren vor. Bei der Bemessung der Bußgelder kommt der Kommission nach Art. 23 III VO 1/2003 ein großer Ermessensspielraum zu. Für den Fall, dass ein Kartellant als erstes freiwillig mit der Kommission kooperiert, sieht die Mitteilung in Rn. 8 einen vollständigen Bußgelderlass vor.[51] Den zeitlich nachfolgenden Kronzeugen kann eine bis zu 50-prozentige Reduktion der Geldbuße zugestanden werden.[52] Zudem haben die nationalen Behörden Kronzeugenregelungen verabschiedet.[53] Darüber hinaus wurde Ende 2018 die ECN-Richtlinie[54] erlassen, um die mitgliedstaatlichen Kronzeugenregelungen zu harmonisieren und Rechtssicherheit für grenzüberschreitende Kartelle zu gewähren.[55]

II. Die Inanspruchnahme der Kronzeugen als Haftungssubjekt

Grundsätzlich kommt der Kronzeuge, genauso wie seine Mitkartellanten, als Haftungssubjekt für Schadensersatzklagen infrage. Im Ausgangspunkt ist für ihn keine Haftungsfreiheit vorgesehen.

1. Der Zielkonflikt

Ziel der Behörden ist es, die Kartellaufdeckung durch Kronzeugenprogramme effektiver zu gestalten und sogar die Kartellbildung zu verhindern.[56] Für die Kartellanten wird die Teilnahme an einem Kronzeugenprogramm indes weniger

---

36 *Milutinović*, Right to Damages, S. 16; *Mouterde/Otten*, ZEuP 2018, 481 (484); im Gegensatz dazu sind sogenannte *stand alone*-Schadensersatzklagen im Vorfeld eines behördlichen Kartellverfahrens eher selten und zudem sehr komplex, weil ein Nachweis über einen Kartellverstoß nur unter schweren Bedingungen erbracht werden kann, vgl. *Wiegandt*, Bindungswirkung, S. 106; *Thiede*, China-EU Law Journal, 2017, 233 (236); *Ezrachi*, EU Competition Law, S. 617.

37 *Kallfaß*, EuR 2018, 175 (176).

38 Vgl. Art 6 SE-RL, dies wird auch in Art. 16 I VO 1/2003 und ErwG 22 der VO 1/2003 deutlich: „In einem System paralleler Zuständigkeiten müssen im Interesse der Rechtssicherheit und der einheitlichen Anwendung der Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft einander widersprechende Entscheidungen vermieden werden".

39 Gem. 16 VO 1/2003 bzw. § 33b GWB ist das mit einem Schadensersatzanspruch betraute Gericht an die abschließende Entscheidung einer Wettbewerbsbehörde gebunden. Hierzu *Wiegandt*, Bindungswirkung kartellbehördlicher Entscheidungen, S. 82.

40 Hierzu *Wiegandt*, Bindungswirkung, S. 85.

41 *Alexander*, Schadensersatz, S. 306.

42 Bezeichnung des U.S.-Supreme Court, vgl. US Supreme Court, Zenith Radio Corp. v. Hazeltine Research, Inc. 395 U.S. 100 (1969), Rn. 130.

43 *Milutinović*, Right to Damages, S. 15; die Idee der Durchsetzung öffentlicher Interessen durch Private ist keinesfalls neu: Bereits in der Entscheidung *Van Gend en Loos* betonte der EuGH: „Die Wachsamkeit der an der Wahrung ihrer Rechte interessierten Einzelnen stellt eine wirksame Kontrolle dar, welche die durch die Kommission und die Mitgliedstaaten gemäß den Art. 169 und 170 ausgeübte Kontrolle ergänzt.", vgl. EuGH, Rs. 26/62 - Van Gend en Loos, Slg. 1963, 3, S. 26; *Hösch*, Innenausgleich, S. 52.

44 *Beschorner/Hüschelrath*, in: Möschel/Bien, S. 9 (11); *Schwalbe/Höft*, FS Möschel, S. 597 (621); *McAfee/Mialon/Mialon* zeigen in ihrer Studie, dass Unternehmen aufgrund ihrer Kenntnis über die Marktgegebenheiten eine bessere Kenntnis über Kartellverstöße haben als Kartellbehörden, vgl. *McAfee/Mialon/Mialon*, Journal of Public Economics 2008, 1863 (1863-1875).

45 *Europäische Kommission*, MEMO/05/489, S. 3.

46 *Bach*, FS Canenbley, S. 15 (17); *Steinle*, EuZW 2014, 481 (481).

47 *Department of Justice*, Corporate Leniency Policy; *dies.*, Individual Leniency Policy.

48 *Europäische Kommission*, Mitteilung über die Nichtfestsetzung oder die niedrige Festsetzung von Geldbußen in Kartellsachen, ABl. C 207/4 v. 18.07.1996; *Katt*, Die gesamtschuldnerische Haftung, S. 30; *Schwalbe/Höft*, FS Möschel, S. 597 (597).

49 *Europäische Kommission*, ABl. C 207/4.

50 *Europäische Kommission*, ABl. C 45/3.

51 *Europäische Kommission*, ABl. C 298/17.

52 *Europäische Kommission*, ABl. C 298/17, Rn. 23, 25, 26; Voraussetzung ist, dass die zusätzlichen Informationen einen Mehrwert gegenüber den bereits erhaltenen Beweismitteln darstellen; ferner muss der Kronzeuge ebenfalls während des gesamten weiteren Verlaufs des Verfahrens mit der Kommission kooperieren; zur Abstufung des Bußgelderlasses lies *Biermann*, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 23 VO 1/2003, Rn. 247.

53 In Deutschland: *BKartA*, Bonusregelung.

54 *Europäische Kommission*, ECN-Richtlinie.

55 Vgl. *Biermann*, in: Immenga/Mestmäcker Art. 23 VO 1/2003 Rn. 283; kritisch zum RL-Vorschlag *Brömmelmeyer*, NZKart 2017, 551 (551); *König*, NZKart 2017, 397 (401 f.), insbesondere wird befürchtet, dass die RL das Problem einer grenzübergreifenden Wirkung einer erstatteten Selbstanzeige nicht zu lösen vermag.

56 Zur verhaltenssteuernden Wirkung von Kronzeugenprogrammen: *Seitz*, GRUR-RR 2012, 137 (139); laut BKartA hindert dies bereits das Entstehen von neuen Kartellen, vgl. *BKartA*, Erfolgreiche Kartellverfolgung, Nutzung für Wirtschaft und Verbraucher, S. 9.

attraktiv, wenn sie sich durch ihre Offenbarung zugleich privaten Schadensersatzansprüchen aussetzen.[57] Das Handeln potenzieller Kronzeugen lässt sich anhand ökonomischer Erwägungen erklären.[58] Die Kartellanten nehmen bei der Entscheidung, ob sie an einem Kronzeugenprogramm teilnehmen, eine Kosten-Nutzen-Analyse vor.[59] Grundsätzlich gilt: Je höher die mögliche Haftung des Kartellanten, desto geringer ist der Anreiz, einen Kronzeugenantrag zu stellen.[60] Die Aussicht auf Schadensersatzzahlungen in unbekannter Höhe wirkt also abschreckend für potenzielle Kronzeugen.[61] Diese Wirkung wird auch als *chilling effect* bezeichnet.[62]

Mit der Begründung eines Schadensersatzanspruchs durch einen Kartellgeschädigten entsteht somit ein Zielkonflikt zwischen der Anreizwirkung von Kronzeugenprogrammen und der Kompensation gegenüber dem Kartellgeschädigten.[63] Das ursprünglich harmonische Verhältnis von *public* und *private enforcement* mit positiven Wechselwirkungen für beide Durchsetzungssysteme wandelt sich bei Hinzutreten eines Kronzeugen zu einem Spannungsverhältnis:[64] Die Stärkung der Rechte der Schadensersatzkläger führt zu einer Beschränkung der Attraktivität von Kronzeugenprogrammen, somit insgesamt zu einer Schwächung der Kartellrechtsdurchsetzung. Aber auch umgekehrt stellt die Privilegierung von Kronzeugen immer einen Eingriff in die verfassungsrechtlich und unionsrechtlich geschützten Rechte des Kartellgeschädigten dar.[65]

Der Zielkonflikt wird durch zwei Elemente verstärkt: die Rolle des Kronzeugen als sogenanntes *prime target* (2.) und die in den letzten Jahrzehnten verfolgte Stärkung der Rechte der privaten Schadensersatzkläger (3.).[66]

2. Die Rolle des Kronzeugen als *prime target*

Zwar besteht das Risiko, auf Schadensersatz in Anspruch genommen zu werden, grundsätzlich für alle Beteiligten des Kartells.[67] Kronzeugen sind indes aufgrund ihrer Kooperation mit den Kartellbehörden besonders exponiert. Sie räumen im behördlichen Kartellverfahren ihren eigenen Kartellrechtsverstoß nicht nur ein, sondern legen eine Vielzahl von Beweisen und Informationen offen und belasten sich somit in erheblichem Maße selbst.[68] Der Kronzeuge steht somit trotz und gerade aufgrund seiner vorherigen Kooperation schlechter als ein nicht kooperierender Kartellant.[69] Aufgrund ihrer exponierten Lage werden die Kronzeugen zu einer „bevorzugten Zielscheibe" von Schadensersatzklagen.[70] Doch welche Faktoren tragen zu dieser exponierten Lage des Kronzeugen bei? Schließlich haben die Kartellgeschädigten in den allermeisten Fällen bis zur vollständigen Offenlegung des Kartells keine Kenntnis von den Kartellbeteiligten sowie den konkreten Umständen des Kartells.[71]

Von zentraler Bedeutung ist, dass die behördliche Entscheidung, die gegenüber dem Kronzeugen ergeht, regelmäßig früher in Bestandskraft erwächst als die der Mitkartellanten.[72] Insofern spricht man auch vom sogenannten *first mover disadvantage*.[73] Dies hängt damit zusammen, dass die Feststellung des Kartellverstoßes gem. Art. 7 I VO 1/2003 von den Kronzeugen wegen der für ihn positiven Bußgeldminderung im Regelfall nicht angefochten wird, sodass die Bindungswirkung der Entscheidung gem. Art. 16 I 1 VO 1/2003 eintritt.[74] Die Mitkartellanten legen hingegen häufig Rechtsmittel gegen die Entscheidung der Kartellbehörde ein, weshalb die Bußgeldbescheide erst verspätet bestandskräftig werden.[75] Somit ist es für den Kartellgeschädigten, der seinen Schaden möglichst zügig und sicher ersetzt bekommen möchte, vorteilhaft, gegen den Kronzeugen vorzugehen.

---

57 *Beschorner/Hüschelrath*, Möschel/Bien, S. 9 (20); auch in Frankreich bestehen Bedenken einer Anreizminderung des *Programme de clémence*, *Krenzer*, Möschel/Bien, S. 25 (33); nach Ansicht des *Conseil de la concurrence* sollen die Privilegierung des Kronzeugen jedoch nicht so weit gehen, ihn von jeglicher Pflicht zur Schadenskompensation zu befreien, vgl. *Conseil de la concurrence*, Avis du 21 Septembre 2006.

58 Die ökonomischen Grundlagen der Kronzeugenregelungen sind auf einen Unterfall der Spieltheorie zurückzuführen: das *prisoners dilemma*, vgl. *Seitz*, GRUR-RR 2012, 137 (139) mit Verweis auf *Veljanowski*, Economic Principles of Law, S. 262.

59 *Schwalbe/Höft*, in: FS Möschel, 597 (623 f.); *ICN*, Interaction of Public and Private Enforcement in Cartel Cases, S. 45; *Canenbley/Steinvorth*, 50 Jahre FIW, 143 (152).

60 *Krüger*, Kartellregress, S. 298; *Bien*, EuZW 2011, 889 (889).

61 *Kahlenberg/Heim*, BB 2016, 1863 (1867); *Katt*, Die gesamtschuldnerische Haftung, S. 14; dies wird auch aus der ICN-Studie gefolgert, in der 23 Unternehmen befragt wurden, welchen Einfluss follow-on Klagen auf die Inanspruchnahme von Kronzeugen haben, vgl. *ICN*, Interaction of Public and Private Enforcement of Cartel Cases, S. 3, 41 ff.

62 *Milde*, Schutz des Kronzeugen, S. 31, GA *Mazák*, Schlussantr. v. 16.12.2010, Rs. C-360/09, Pfleiderer, Slg. I-5161, Rn. 38; *Schroll*, Einfluss interner und externer Faktoren, S. 139, 170.

63 *Beschorner/Hüschelrath*, in: Möschel/Bien, S. 20; *Bulst*, BLJ, 2008, 81 (88); *Krüger*, NZKart 2013, 483 (483); *Meeßen* nennt einige Beispiele aus der Praxis: Erwähnenswert ist der Fall Emerson Electriv Co and others v. Morgan Crucible Plc, CAT 30, vom 16.11.2007 sowie das Wachskartell, indem der Kronzeuge Shell mit Schadensersatzklagen überhäuft wurde, vgl. MLex v. 31.07.2009, Shell, ExxonMobil targeted in new Hausfeld damage claim, vgl. *Meeßen*, Schadensersatz, S. 552.

64 *Ulshöfer*, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, Rn. 667; *Alexander*, Schadensersatz, S. 419; *Meeßen*, Schadensersatz, S. 552; *Bach*, FS Canenbley, S. 15 (15); *Drexl*, FS Canaris, S. 1339 (1346); *Heinemann*, FS Bieber, S. 681 (701f.); *Kersting*, JZ 2012, 42 (43); *Krüger,* NZKart 2013, 483 (483); *Brinker*, NZKart 2013, 2 (9); *Fiedler/Huttenlauch*, NZKart 2013, 350 (350); *Keßler*, VuR 2015, 83 (84); *Wigand*, BLJ 2018, 24 (25); *Legner*, WRP 2014, 1163 (1166); *Seitz,* EuZW 2011, 598 (599).

65 *Schwalbe/Höft*, FS Möschel, S. 597 (632); *K. Schmidt*, FS Roth, 520 (527); *Koch*, JZ 2013, 390 (393); *Krüger*, WuW 2017, 229 (231); *Weitbrecht* beschreibt private Schadensersatzklagen als „unerwünschte Konkurrenzveranstaltung", vgl. *Weitbrecht*, NJW, 2017, 1574 (1574).

66 *Dworschak/Maritzen*, WuW 2013, 829 (840 f.).

67 *Krüger,* NZKart 2013, 483 (485) unter Hinweis auf BT-Drucks. 17/9852, S. 38.

68 *Bien*, EuZW 2011, 889 (890); *Ulshöfer*, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, Rn. 668; der Kronzeuge habe eine Art „Geständnis" abgelegt, welches das Klagerisiko für private Kläger stark reduziere, vgl. *Krüger*, Kartellregress, S. 298; **a.A.**: Dies sei empirisch nicht belegt, *Krüger*, NZKart 2013, 483 (485); *Gänswein*, NZKart 2016, 50 (54).

69 *Milde*, Schutz des Kronzeugen, S. 31; GA *Mazák*, Schlussantr. v. 16.12.2010, Rs. C-360/09, Pfleiderer, Slg. I-5161, Rn. 38, 44.

70 ErwG 38 SE-RL*; Meeßen*, Schadensersatz, S. 552; *Milde*, Schutz des Kronzeugen, S. 24, 33; *Bien*, EuZW 2011, 889 (890); *Vollrath*, NZKart 2013, 434 (443).

71 *Katt*, Die gesamtschuldnerische Haftung, S. 35.

72 *Krüger*, Kartellregress, S. 298; *Bulst*, BLJ 2008, 81 (88); *Vollrath*, NZKart 2013, 434 (443); *Böge*, in: Basedow, Private Enforcement, S. 217 (221); *Krüger*, NZKart 2013, 483 (485); ErwG 38 SE-RL.

73 *Böge*, in: Basedow, Private Enforcement of EC Competition Law, S. 217 ff.; *Milde*, Schutz des Kronzeugen S. 42; *Krüger*, Kartellregress, S. 298.

74 *Vollrath*, NZKart 434 (443); zur Bindungswirkung: *Wiegandt*, Bindungswirkung, S. 107 ff.; *Katt*, Die gesamtschuldnerische Haftung, S. 37 f.; *Grünberger*, in: Möschel/Bien, S. 137 ff.

75 *Schröter/van der Hout*, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer, Art. 101 AEUV Rn. 260; *Bulst*, BLJ 2008, 81 (88); *Vollrath*, NZKart 2013, 434 (443).

Die Bindungswirkung[76] selbst stellt einen weiteren Faktor für eine Besserstellung der Schadensersatzkläger dar, der das Spannungsverhältnis verschärft.[77] Grundsätzlich hängt der Erfolg einer Klage des Kartellgeschädigten maßgeblich davon ab, ob es ihm gelingt, den Kartellverstoß sowie die kausalen Schäden zu beweisen.[78] In der Praxis zählt der Schadensnachweis zu den größten Hürden, die ein Schadensersatzkläger nehmen muss.[79] Die Bindungswirkung erleichtert die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs für den Kartellgeschädigten erheblich, da nicht mehr die Gefahr besteht, dass die Zivilgerichte zu einer anderen rechtlichen Würdigung der Tatsachen gelangen als die Kartellbehörde.[80] Auch etwaige Offenlegungspflichten der Kronzeugen könnten die Kartellrechtsdurchsetzung unterminieren.[81]

3. Die Verstärkung des Abschreckungseffekts aufgrund der Stärkung des *private enforcement*

Die Stärkung der Rechte der Schadensersatzkläger, welche insbesondere mit dem Erlass der Kartellschadensersatzrichtlinie als Ziel verfolgt wurde, führt dazu, dass sich das Spannungsverhältnis noch weiter verstärkt, denn es gilt: Je einfacher die Durchsetzung privater Kartellschadensersatzansprüche, desto geringer die Attraktivität der Kronzeugenprogramme.[82] Die Zahl der Kartellschadensersatzprozesse hat in den letzten Jahren bereits zugenommen.[83] Aktuelle Fälle, wie beispielsweise die „Prozesswelle"[84] um das Lkw-Kartell, zeigen bereits, dass eine vielfach befürchtete Flutwelle von Schadensersatzklagen nicht unwahrscheinlich ist.[85]

4. Ein doppeltes Spannungsverhältnis?

Der Grundkonflikt zwischen *private* und *public enforcement* weitet sich zudem auf die einzelnen Durchsetzungsebenen aus. Es entwickeln sich mehrere Konfliktfelder:[86] Wenn kein Anreiz mehr für die Teilnahme an Kronzeugenprogrammen bestünde, würde das *public enforcement* erschwert. Ausgehend von der Wechselwirkung der privaten und behördlichen Kartellrechtsdurchsetzung führt dies wiederum zu einer erheblichen Schwächung des *private enforcement*.[87] Die Rede ist von einer „Hassliebe"[88] des Kartellgeschädigten zum Kronzeugen. Einerseits möchte er seine Rechte als privater Schadensersatzkläger stärken, andererseits will er die Attraktivität des Kronzeugenprogramms nicht gefährden, weil der Erfolg seiner Klagemöglichkeit davon abhängt. Aber auch andersherum wird, wie eingangs erläutert, mit dem *private enforcement* die abschreckende Wirkung gefördert.[89] Somit geht eine Schwächung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung wiederum zulasten der behördlichen Durchsetzung und umgekehrt. Man kann insoweit von einem doppelten Spannungsverhältnis sprechen.[90]

D. Lösung des Spannungsverhältnisses

Es wird deutlich, dass eine zivilrechtliche Privilegierung des Kronzeugen erforderlich ist, um das Spannungsverhältnis zu lösen. Fraglich ist nur, zu wessen Lasten die Privilegierung gehen soll. In der Literatur werden grundsätzlich Lösungen vertreten, die entweder zulasten des Geschädigten, der Mitschädiger oder des Haftungsprivilegierten gehen.[91] Der Richtliniengeber hat in der Schadensersatzrichtlinie, welche sodann im Rahmen der 9. GWB-Novelle ins deutsche Recht umgesetzt wurde,[92] den Schutz des Kronzeugen zum Hauptziel gemacht und diesbezüglich eine Entscheidung getroffen (dazu I.). In der wissenschaftlichen Diskussion werden teilweise andere Vorschläge zur Lösung des Spannungsverhältnisses vertreten (dazu II.).

---

76 Vgl. Art. 9 SE-RL, Art. 16 I VO 1/2003.

77 Vgl. *Monopolkommission*, Sondergutachten Nr. 41 Rn. 44; *Wiegandt*, Bindungswirkung, S. 171.

78 *Schröter/van der Hout*, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer, Art. 101 AEUV Rn. 233; *Katt*, Die gesamtschuldnerische Haftung, S. 38 f.; *Milde*, Schutz des Kronzeugen, S. 23.

79 *Logemann*, Schadensersatz, S. 79; *Katt*, Die gesamtschuldnerische Haftung, S. 39; *Milde*, Schutz des Kronzeugen, S. 23; *Vollrath*, NZKart 2013, 434 (443 f.).

80 *Grünberger*, in: Möschel/Bien, S. 135; *Katt*, Die gesamtschuldnerische Haftung, S. 39.

81 GA *Mazák*, Schlussanträge Rs. C-360/09, Pfleiderer, Slg. 2011, I-5161, Rn. 38; ErwG 26 SE-RL; *Schröter/van der Hout*, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer, Art. 101 AEUV Rn. 263; *Calisti/Haasbeek/Kubik*, NZKart 2014, 466 (469); *Fiedler/Huttenlauch*, NZKart 2013, 350 (353); *Seitz,* EuZW 2011, 598 (601).

82 *Bien*, EuZW 2011, 889 (889).

83 *Stapf/Wössner*, NZKart 2019, 96 (97); bezogen auf Deutschland: *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, S. 2, begründet wird dies mit der zunehmenden gewerblichen Durchsetzung von Schadensersatzklagen durch Unternehmen wie *Cartel Damages Claims*, dazu LG Düsseldorf, Urt. v. 17.12.2013, Az.: 37 O 200/09 (Kart), WuW/E DE-R 4087 sowie *Schwalbe/Höft*, FS Möschel, S. 597 (630); *Schweitzer*, NZKart 2014, 335 (335); durch die Vorarbeiten der Kommission zur SE-RL kam es in der Folgezeit in England, den Niederlanden und in Deutschland vermehrt zu Schadensersatzklagen wegen Kartellverstößen, vgl. *Weitbrecht*, NJW 2017, 1574 (1574).

84 *Weitbrecht*, NZKart 2019, 70 (70); mehr als 3200 Unternehmen fordern Schadensersatz von Beteiligten des LKW-Kartells, vgl. SPIEGELONLINE v. 14.12.2018, www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/lkw-kartell-mehr-als-3200-fuhrunternehen-fordern-schadensersatz-a-1185211.html, zuletzt abgerufen am 09.08.2018.

85 *Weitbrecht*, NZKart 2019, 70 (70); betrachtet man die gesamten volkswirtschaftlichen Schäden bleibt die Zahl der Schadensersatzklagen indes relativ gering. Dies liegt daran, dass Kartellverstöße häufig Streuschäden hervorrufen, die für den einzelnen Endabnehmer aufgrund ihrer geringen Höhe kaum von Bedeutung sind, den Verstoßenden aber in ihrer Summe unangemessen bevorteilen. Die geringe Schadenshöhe führt bei den Endabnehmern jedoch zu einem rationalen Desinteresse der Geltendmachung des Schadens. Anders als in den USA, wo sogenannte *class actions* möglich sind, wurde eine derartige Geltendmachung kollektiver Schadensersatzklagen nach heftiger Diskussion im Vorfeld der Schadensersatzrichtlinie in Europa bisher nicht ermöglicht, vgl. zum Problem der Streuschäden: *Schwalbe/Höft*, FS Möschel, S. 597 (627); *Schmidt*, NZKart 2016, 126 (128); *Weitbrecht*, NZKart 2019, 70 (70); vgl. Regierungsbegründung, BT-Drs. 19/2439, S. 15; *Meller-Hannich*, NJW-Beil. 2018, 29 (30); *Klumpe/Thiede*, NZKart 2017, 332 (332): „die *Schleusentore* des Schadensersatzrechts bleiben geschlossen".

86 *Wigand*, BLJ 2018, 24 (27).

87 So auch *OFT*, Stellungnahme zum Weißbuch, Rn. 7.1; *Monopolkommission*, 21. Gutachten 2016, Rn. 114.

88 *Dose*, VuR 2017, 297 (298).

89 Siehe oben unter B.II.

90 So ähnlich auch: *Milde*, Schutz des Kronzeugen, S. 33; *Dworschak/Maritzen*, WuW 2013, 829 (831); *Krüger*, NZKart 2013, 483 (483); *Dose*, VuR 2017, 297 (298); bezüglich der Situation in Deutschland: *BKartA*, Stellungnahme zum Regierungsentwurf, S. 24.

91 Siehe dazu Teil D.; im deutschen Recht wird ein derartiges Problem als *gestörte Gesamtschuld* bezeichnet, zu den dazu vorgeschlagenen Lösungen vgl. MüKoBGB/*Bydlinski,* § 426 BGB Rn. 8; *Grüneberg*, in: Palandt, BGB § 426 Rn. 18.

92 S.o. Fn. 15.

I. Lösung *de lege lata*: Die zivilrechtliche Privilegierung des Kronzeugen in der Kartellschadensersatzrichtlinie

Der Richtliniengeber versucht mit der Schadensersatzrichtlinie das ambivalente Verhältnis von Stärkung des *private enforcement* und Attraktivität von Kronzeugenprogrammen zu berücksichtigen.[93] Die Lösung orientiert sich an amerikanischem Recht, dem *Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act (ACPERA)* von 2004.[94] Im Ergebnis wurde ein Kompromiss gefunden, nach dem öffentliche und private Kartellrechtsdurchsetzung eine „gleichermaßen wichtige Rolle"[95] spielen und sich gegenseitig ergänzen sollen.[96] Während einerseits die Rechte der privaten Schadensersatzkläger gestärkt werden, indem nun unionsweit eine gesamtschuldnerische Außenhaftung angeordnet wurde, werden andererseits in Art. 11 IV-VI Schadensersatzrichtlinie (im Folgenden SE-RL) Ausnahmen von der gesamtschuldnerischen Haftung vorgeschrieben.[97]

1. Haftungsprivilegierung

Die haftungsrechtlichen Privilegierungen beziehen sich gemäß der Definition des Kronzeugen in Art. 2 Nr. 19 SE-RL nur auf Kronzeugen, die einen vollständigen Bußgelderlass erhalten haben.[98]

a) Im Außenverhältnis

Während im Grünbuch noch eine vollständige Ausnahme des Kronzeugen von der gesamtschuldnerischen Haftung diskutiert wurde,[99] hat der Richtliniengeber eine Differenzierung zwischen der Haftung gegenüber den Vertragspartnern des Kronzeugen und anderen Geschädigten vorgenommen.[100]

aa) Vertragspartner des Kronzeugen

Art. 11 IV 1 lit. a SE-RL sieht eine Haftung des Kronzeugen im Außenverhältnis beschränkt auf seine unmittelbaren und mittelbaren Abnehmer und Lieferanten[101] vor. Die Beweislast dafür, dass die bezogenen Waren und Dienstleistungen vom Kronzeugen stammen, liegt nach der Formulierung des Art. 11 IV beim Anspruchsteller.[102]

bb) Andere Geschädigte

Gegenüber anderen Geschädigten, also Vertragspartnern der Mitkartellanten oder Preisschirmgeschädigten,[103] haftet der Kronzeuge nur dann, wenn von den Mitkartellanten kein vollständiger Schadensersatz erlangt werden kann, vgl. Art. 11 IV 1 lit. b SE-RL. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn die Mitkartellanten zahlungsunfähig sind.[104] Die Mitgliedstaaten sollen nach Art. 11 IV 2 SE-RL gewährleisten, dass die Verjährungsfristen ausreichend sind, damit die Kartellgeschädigten entsprechende Klagen erheben können und die subsidiäre Haftung des Kronzeugen nach Art. 11 IV 1 lit. b SE-RL (Ausfallhaftung) nicht konterkariert wird.

b) Im Innenverhältnis

Eine Haftungsprivilegierung lediglich bezogen auf das Außenverhältnis ist für den Kronzeugen jedoch nur beschränkt wirksam, wenn er befürchten muss, im Rahmen des Kartellregresses von seinen Mitkartellanten für Schäden der Vertragspartner der Mitkartellanten sowie Preisschirmgeschädigten in Anspruch genommen zu werden. Eine Privilegierung im Innenverhältnis ist erforderlich, damit die Privilegierung im Außenverhältnis nicht ausgehöhlt wird und der Anreiz an der Teilnahme von Kronzeugenprogrammen erhalten bleibt.[105] Art. 11 V und VI SE-RL sehen daher eine Privilegierung des Kronzeugen auch im Innenverhältnis vor.

aa) Vertragspartner der Kartellanten

Im Ausgangspunkt bestimmt sich der Regress der Mitkartellanten gegen den Kronzeugen nach der allgemeinen Regel des Art. 11 V 1 SE-RL. Der Kronzeuge haftet also grundsätzlich entsprechend seines Verursachungsbeitrags.[106] Dieser Betrag ist indes nach Art. 11 V 2 SE-RL auf die Höhe desjenigen Schadens beschränkt, den der Kronzeuge seinen unmittelbaren und mittelbaren Abnehmern und Lieferanten verursacht hat.

---

93 ErwG 26 SE-RL; das erste Hauptziel des Richtlinienvorschlags bestand in der Optimierung der Interaktion zwischen behördlicher und privater Durchsetzung des EU-Wettbewerbsrechts, vgl. *Europäische Kommission*, Richtlinienvorschlag, S. 4.

94 118 Stat. 661; *Steinle*, EuZW, 481 (482).

95 ErwG 3 SE-RL.

96 ErwG 6 SE-RL; *Dose*, VuR 2017, 297 (298).

97 Vgl. ErwG 38 SE-RL; *Vollrath*, NZKart 2013, 434 (436); *Katt,* Die gesamtschuldnerische Haftung, S. 9; zu den Privilegierungen der kleinen und mittleren Unternehmen vgl. Art. 11 II-III SE-RL.

98 *Hösch*, Innenausgleich, S. 376; *Krüger,* NZKart 2013, 483 (486).

99 Siehe Option 30: *Europäische Kommission*, Grünbuch, S. 11.

100 Dieser Vorschlag wurde zum ersten Mal im Weißbuch diskutiert, vgl. *Europäische Kommission*, Weißbuch, S. 12.

101 Nach Art. 2 Nr. 23 SE-RL sind unmittelbare Abnehmer und Lieferanten solche, die Waren oder Dienstleistungen, die Gegenstand einer Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht waren, unmittelbar von einem Rechtsverletzer erworben haben; mit mittelbare Abnehmer/Lieferant ist nach Art. 2 Nr. 24 SE-RL jede natürliche/juristische Person gemeint, die Waren oder Dienstleistungen nicht unmittelbar von einem Rechtsverletzer, sondern von einem unmittelbaren Abnehmer oder einem nachfolgendem Abnehmer erworben hat, wobei die Waren oder Dienstleistungen entweder Gegenstand einer Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht waren, oder diese Waren oder Dienstleistungen enthalten oder aus diesen hervorgegangen sind.

102 Die Beweislast lag laut dem Weißbuch noch bei dem Kronzeugen, vgl. *Europäische Kommission*, Weißbuch, Nr. 2.9.

103 Preisschirmgeschädigte sind Kunden von Unternehmen, die eigentlich nicht am Kartell beteiligt sind, jedoch infolge der kartellbedingten Preiserhöhung ihre eigenen Preise anheben konnten, dazu: *Legner*, WRP 2014, 1163 (1166); EuGH, Rs. C-557/12 - *Kone*, ECLI:EU:C:2014:45; *Franck*, ECL 2015, 135 (135).

104 Krüger, NZKart 2013, 483 (484); in anderen Fällen wie beispielsweise der Verjährung str.; um einen Missbrauch zu vermeiden und die Privilegierung nicht zu konterkarieren, soll die Verjährung der Ansprüche gegenüber den Mitkartellanten im deutschen Recht nicht als Ausfallgrund ausreichen, vgl. *Kersting/Preuß*, WUW1211285, L1 (L9); *Mackenrodt*, in: Kersting/Podszun, Kap. 8 Rn. 51.

105 Entsprechend zu einer Privilegierung im deutschen Kartellrecht: *Ruster*, in: Stancke/Weidenbach/Lahme, Kap. L, Rn. 1253; *Lettl*, WM 2016, 1961 (1964).

106 Insoweit ist es den Mitgliedstaaten bzw. den mitgliedstaatlichen Gerichten überlassen, die Haftungsquote anhand geeigneter Kriterien (Marktanteil, Rolle im Kartell, Umsatz der Unternehmen mit kartellbefangenen Produkten u.a.) unter Berücksichtigung des Effektivitäts- und des Äquivalenzgrundsatzes zu bestimmen, vgl. ErwG 37 SE-RL; *Schweitzer*, NZKart 2014, 335 (344).

bb) Preisschirmgeschädigte

In Bezug auf Schadensersatzansprüche von Kartellgeschädigten, die weder unmittelbare/mittelbare Abnehmer noch Lieferanten der Kartellanten waren (Preisschirmgeschädigte[107]), richtet sich der vom Kronzeugen zu zahlende Ausgleichsbetrag gem. Art. 11 VI SE-RL nach seiner relativen Verantwortung für diesen Schaden. Während der Kronzeuge im Außenverhältnis privilegiert ist, weil er nur subsidiär für Preisschirmschäden haftet, ist im Innenverhältnis diesbezüglich keine Privilegierung vorgesehen.[108] Die zum Teil in der Literatur vertretene Ansicht,[109] es handele sich um eine weitere Privilegierung im Innenverhältnis, ist verfehlt. Art. 11 VI SE- RL ist als Ausnahme der Privilegierung in Art. 11 V II SE-RL zu verstehen.[110]

2. Bewertung

a) Maßstab

Eine Bewertung des Lösungsansatzes der Schadensersatzrichtlinie muss vor dem Hintergrund des europäischen Primärrechts erfolgen.[111] Insbesondere der Effektivitätsgrundsatz gebietet, dass das Recht eines Geschädigten auf vollständigen Ersatz seines Schadens nicht praktisch unmöglich gemacht oder übermäßig erschwert wird.[112] Ziel einer Lösung des Spannungsverhältnisses sollte deshalb eine maximale Kronzeugenprivilegierung bei minimaler Beeinträchtigung der Rechte der Kartellgeschädigten sein.[113] Dies bedeutet, dass die Haftungsprivilegierung des Kronzeugen nicht zulasten der Geschädigten, sondern zulasten der Mitkartellanten gehen muss, welche durch ihren Kartellrechtsverstoß weniger schutzwürdig sind.[114] Im Folgenden soll geprüft werden, ob und wieweit der Richtliniengeber diesem Anspruch gerecht geworden ist.

b) Analyse

Einen großen Kritikpunkt stellt das Zustandekommen einer vertraglichen Beziehung als Differenzierungsgrund für die Haftung des Kronzeugen dar. Grundsätzlich wurde eine derartige Begrenzung eingeführt, damit der Kronzeuge die von ihm zu leistenden Schadensersatzzahlungen besser abschätzen kann und er sich nicht unter dem „Damoklesschwert unkalkulierbarer Drittansprüche“[115] sieht. Dagegen ließe sich jedoch einwenden, dass der Kronzeuge allenfalls einen Überblick über seine direkten Vertragspartner hat, über seine indirekten Geschäftspartner, welchen er gegenüber nach der Regelung auch haften muss, jedoch in den meisten Fällen nicht.[116]

Ein Abstellen auf Vertragsbeziehungen ist zudem zivilrechtsdogmatisch höchst fragwürdig.[117] Eine derartige Privilegierung stellt ein Novum in den Mitgliedstaaten dar[118] und wird zu Recht als „Fremdkörper im Deliktsrecht“[119] angesehen. Anknüpfungspunkt für eine deliktsrechtliche Haftung ist nicht der Vertragsabschluss mit einem bestimmten Kartellbeteiligten, sondern die zugrundeliegende Kartellvereinbarung.[120] Bei welchem der Kartellanten der Abnehmer schließlich den kartellierten Preis entrichtet, ist letztlich Zufall und für die deliktsrechtliche Verantwortlichkeit des Kartellanten ohne Bedeutung.[121] Die Anknüpfung an vertragliche Beziehungen führt zu einer Benachteiligung derjenigen Geschädigten, die aufgrund der kartellrechtswidrigen Absprache gerade an einem für sie günstigen Vertragsschluss gehindert wurden. Wenn es dem Richtliniengeber wirklich auf den Schutz der Wahlfreiheit der Marktgegenseite ankäme, dann sollten im Außenverhältnis keine Differenzierungen vorgenommen werden.[122] Dass die Regelung einen rein pragmatischen Ursprung hat, zeigt sich auch darin, dass der vertragliche Ansatz bereits durch das Einbeziehen indirekter Vertragspartner wieder zugunsten einer deliktsrechtsähnlichen Betrachtung aufgegeben wird.[123]

Zudem wird die erhöhte Belastung der Mitkartellanten teilweise als unbillig empfunden.[124] Insbesondere bei einem hohen Verursachungsbeitrag des Kronzeugen (z.B. aufgrund des Marktanteils) könne die Haftungsregelung zu einer erheblichen Mehrbelastung der Mitkartellanten führen.[125] Angesichts des oben entwickelten Bewertungsmaßstabs ist eine Privilegierung zulasten der Mitkartellanten allerdings gerade zu begrüßen, weshalb dieses Argument hier nicht durchschlägt.

Auch die nach Art. 11 V 2 SE-RL konzipierte Ausfallhaftung ist kritisch zu betrachten. Zu Recht wird diese zum Teil als „lebensfremd“ und „impraktikabel“ beschrieben.[126] Nach

---

[107] Zum Begriff s.o. Fn. 103.

[108] *Krüger*, NZKart 2013, 483 (487); *Gänswein*, NZKart 2016, 50 (54); *Legner,* WRP 2014, 1163 (1166); *Gussone/Schreiber*, WuW 2013, 1040 (1054); *Stauber/Schaber*, NZKart 2014, 346 (351).

[109] *Rust*, NZKart 2015, 502 (509); *Müller-Graff*, ZHR 2015, 691 (702 f.).

[110] Eine Verortung der Regelung in einem Satz 3 des Art. 11 V SE-RL hätte womöglich mehr Klarheit gebracht, vgl. *Katt*, Die gesamtschuldnerische Haftung, S. 181; *Stauber/Schaber*, NZKart 2014, 346 (351).

[111] Es handelt sich um europäisches Sekundärrecht, vgl. Art. 288 III AEUV, welches unter dem Vorbehalt der Primärrechtmäßigkeit steht, vgl. *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, Art. 288, Rn. 8; im Falle eines Verstoßes gegen Primärrecht folgt jedoch nicht die Nichtigkeit der SE-RL *ipso iure*, sondern es bedarf eines nichtigerklärenden Aktes des EuGH, vgl. Art. 264 AEUV.

[112] Vgl. Fn. 124.

[113] So auch *Wigand*, BLJ 2018, 24 (27).

[114] Eine Ungleichbehandlung im Verhältnis zu anderen Kartellanten rechtfertigt sich mit dem Ermittlungsnotstand der Kartellbehörden und der vom Kronzeugen geleisteten Aufklärungshilfe, *Milde*, Schutz des Kronzeugen, S. 30 sowie *Hetzel*, Kronzeugenregelungen im Kartellrecht, S. 260 f.; *Katt*, Die gesamtschuldnerische Haftung, S. 245.

[115] Vgl. *Schröter/van der Hout*, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer, Rn. 261; *Europäische Kommission*, Weißbuch, S. 12; *Glöckner*, WRP 2007, 490 (500); nur wenn die Folgen für ein Unternehmen abschätzbar seien, wird es geneigt sein, freiwillig ein Kartell offen zu legen, *BDEW*, Stellungnahme zum Weißbuch, S. 8.

[116] *Krüger*, Kartellregress, S. 314; *Belgian Competition Authority*, Stellungnahme zum Weißbuch, S. 3.

[117] So auch *Meeßen*, Schadensersatz, S. 557; *Dose*, VuR 2017, 297 (301); *Krüger*, NZKart 2013, 483 (484).

[118] Mit Ausnahme von Ungarn und Malta, vgl. *Klumpe/*Thiede, NZKart 2017, 332 (335); *Meeßen*, Schadensersatz, S. 554.

[119] *Steinle*, EuZW 2014, 481 (482).

[120] *Meeßen*, Schadensersatz, S. 554; *Katt*, Die gesamtschuldnerische Haftung, S. 127*; Krüger*, Kartellregress, S. 315; *Milde*, Schutz des Kronzeugen, S. 251; dies erkennt auch der BGH, vgl. BGH, NJW 2012, 928, Tz. 80 – ORWI.

[121] Meeßen, Schadensersatz, S. 554.

[122] Vgl. der Fall Flüssiggas, BKartA v. 14.12.2007, B-11/20/05; Meeßen, Schadensersatz, S. 555; **a.A.**: *Katt*, Die gesamtschuldnerische Haftung, S. 127 f.; 246.

[123] *Kersting*, Weißbuch-Stellungnahme, S. 2; *ders.*, ZWeR 2008, 252 (265).

[124] *Krüger*, Kartellregress, S. 314; *Association of European Competition Law Judges*, Stellungnahme zum Weißbuch, Rn.18.

[125] *Krüger*, Kartellregress, S. 314.

[126] *Belgian Competition Authority*, Stellungnahme zum Weißbuch, S. 3: sie schaffe mehr Verwirrung als Klarheit.

der Gesetzesbegründung muss zumindest die Zwangsvollstreckung gegen jeden solventen Mitkartellanten angestrebt werden. Dies erhöht das Kostenrisiko der Kartellgeschädigten und geht zudem mit einer erheblichen Belastung der Gerichte einher.[127]

Die Privilegierung des Kronzeugen im Außenverhältnis verstößt jedoch nicht gegen den Effektivitätsgrundsatz.[128] Die subsidiäre Haftung des Kronzeugen führt zwar zu einer Erschwerung der Durchsetzung privater Schadensersatzklagen.[129] Andererseits droht im Falle, dass der Geschädigte nach ein paar „halbherzigen" Versuchen zur Zwangsvollstreckung gegen den Kronzeugen vorgehen könne, eine Verwässerung der Privilegierung des Kronzeugen.[130] Im entsprechenden Vorschlag im Grünbuch und Weißbuch war eine Ausfallhaftung des Kronzeugen noch nicht vorgesehen.[131] Ein kategorischer Ausschluss von bestimmten Personengruppen hätte ohne Zweifel einen Verstoß gegen den Effektivitätsgrundsatz dargestellt.[132] Aufgrund erheblicher Kritik,[133] insbesondere im Hinblick auf eine fehlende Vereinbarkeit der Regelung mit der *jedermann*-Rechtsprechung des EuGH,[134] hat man sodann eine Ausfallhaftung vorgesehen. Dem Geschädigten werden nun seine Schuldner nicht in jedem Fall entzogen, sondern nur, wenn gegen andere Kartellanten nicht vorgegangen werden kann. Eine übermäßige Erschwerung der Durchsetzung des privaten Schadensersatzanspruchs ist somit zu verneinen.[135]

c) Zwischenergebnis

Trotz Primärrechtskonformität sind Art. 11 IV und V SE-RL rechtspolitisch und rechtsdogmatisch zu kritisieren. Sie stehen nicht im Einklang mit einer Lösung des Spannungsverhältnisses, das auf die Rechte des privaten Schadensersatzklägers und der Kronzeugen gleichermaßen Rücksicht nimmt. Der Richtliniengeber hätte mehr *Courage*[136] zeigen müssen, um eine wirksame zivilrechtliche Kartellrechtsdurchsetzung zu erreichen.[137] Möglicherweise hätten die geschilderten Probleme vermieden werden können, wenn der Richtliniengeber auf eine Privilegierung des Kronzeugen im Außenverhältnis verzichtet und den Kronzeugen stattdessen nur im Innenverhältnis privilegiert hätte.[138]

Doch ob eine derartige Lösung das Spannungsverhältnis tatsächlich zu lösen vermag und *private* und *public enforcement* besser in Einklang bringt, soll im Folgenden in Auseinandersetzung mit den alternativen Lösungsvorschlägen aus der Literatur untersucht werden.

II. Lösungsvorschläge *de lege ferenda*

Bei der Darstellung der verschiedenen Lösungsansätze wird zwischen Lösungen, die ein einheitliches Durchsetzungssystem schaffen wollen (Integrationslösung) und solchen, die die Eigenständigkeit von *private* und *public enforcement* gewährleisten (Trennungslösungen), unterschieden. Vorschläge, die lediglich auf eine Änderung der Offenlegung von Kronzeugenerklärungen abzielen sowie die Einführung eines Strafschadensersatzes fordern, bleiben im Folgenden unberücksichtigt.[139]

1. Integrationslösung

Einige Autoren[140] plädieren für die Schaffung eines einheitlichen Durchsetzungssystems. Die private Kartellrechtsdurchsetzung soll so in die behördliche integriert werden, dass die Wettbewerbsbehörde nach der Feststellung eines Kartellverstoßes nicht nur das Bußgeld, sondern darüber hinaus einen angemessenen Betrag zur Kompensation des Schadens zugunsten der Kartellgeschädigten festsetzt. In der Bußgeldsumme soll also der Ausgleich der Geschädigten abgedeckt werden.[141]

2. Trennungslösungen

Die Mehrheit in der Literatur plädiert demgegenüber für eine grundsätzliche Eigenständigkeit von behördlicher und privater Kartellrechtsdurchsetzung. Hinsichtlich der Ausgestaltung der Privilegierung des Kronzeugen unterscheiden sich die Ansichten jedoch.

a) Keinerlei Haftungsprivilegien

Einige Vertreter in der Literatur lehnen eine Privilegierung des Kronzeugen sowohl im Außen- als auch Innenverhältnis

---

[127] *Schaber/Stauber,* NZKart 2017, 279 (284); *Krüger*, WuW 2017, 229 (231); Dieses Vorgehen würde sich über Jahre hinziehen, beachtet man die z.T. hohe Anzahl von Mitkartellanten, *Krüger,* NZKart 2013, 483 (487); auch in Bezug auf Deutschland: BT-Drucks. 18/10207, S. 60.

[128] *Fiedler,* BB 2013, 2179 (2185); *Katt*, Die gesamtschuldnerische Haftung, S. 128; *Roth*, ZHR 179, 668 (686); **a.A.**: *Makatsch/Mir*, EuZW 2015, 7 (10); *Keßler*, VuR 2015, 83 (90); *Kersting*, WuW 2014, 564 (567); *Dworschak/Maritzen*, WuW 2013, 829 (841); *Alexander*, Schadensersatz S. 727; *Bien*, EuZW 2011, 889 (890).

[129] *Monopolkommission*, 21. Gutachten 2016, Rn. 112.

[130] *Makatsch/Mir*, EuZW 2015, 7 (11).

[131] *Europäische Kommission*, Grünbuch, S. 11; *dies*., Weißbuch, S. 12.

[132] *Schwietert*, Der effet utile, S. 180; *Roth*, ZHR 179, 668 (686 f.).

[133] *Europäisches Parlament*, Entschließung zum Weißbuch, Ziff. 21; *K. Schmidt*, FS Roth, S. 521 (527); *Kersting/Preuß*, WUW1211285, L1 (L7); *Schreiber*, in: Bellis, Concurrence, S. 43, 62.

[134] S.o. Rn. 32.

[135] *Fiedler,* BB 2013, 2179 (2185); *Katt*, Die gesamtschuldnerische Haftung, S. 128; *Roth*, ZHR 179, 668 (686); **a.A.**: *Makatsch/Mir*, EuZW 2015, 7 (10); *Keßler*, VuR 2015, 83 (90); *Kersting*, WuW 2014, 564 (567); *Dworschak/Maritzen*, WuW 2013, 829 (841); *Alexander*, Schadensersatz S. 727; *Bien*, EuZW 2011, 889 (890).

[136] S.o. Fn. 26.

[137] Vgl. *Makatsch/Mir*, EuZW 2015, 7 (13).

[138] *Krüger*, Kartellregress, S. 306; *Kersting*, VersR 2017, 581 (590); *Alexander*, Schadensersatz, S. 422; *Dworschak/Maritzen*, WuW 2013, 829 (841); *Fiedler,* BB 2013, 2179 (2185); *Koch*, JZ 2013, 390 (393 f.); *Meeßen*, Schadensersatz, S. 560; *Krüger*, WuW 2012, 6 (13); *Makatsch/Mir*, EuZW 2015, 7 (11).

[139] An dieser Stelle sei auf folgende Darstellungen verwiesen: *Schwalbe/Höft*, in: FS Möschel, S. 597 (635); die Schadensersatzzahlung des Kronzeugen wäre nach dieser Lösung auf einen einfachen Schadensersatz beschränkt, während bei anderen Schädigern zusätzlich zum zivilrechtlichen Schadensersatz ein sanktionierender Strafschadensersatz hinzukäme (sog. *detrebling*); in der SE-RL wurde die Einführung von Mehrfachschadensersatz explizit abgelehnt, vgl. ErwG 13 SE-RL; während im Grünbuch noch ein Vorschlag einen doppelten Schadensersatz vorsah, siehe *EU-Kommission*, Grünbuch Option 16, S. 8; *Pheasant*, ECLR 2006, 365 (370).

[140] *Canenbley/Steinvorth*, 50 Jahre FIW, S. 143 (156 ff.); *Bach*, in: FS Canenbley, S. 15 (15 ff.); *Lever*, Opinion BDI, S. 13; *Kapp*, in: FS Möschel, 319; *Kloub,* ECL 2009, 515 (544 f.).

[141] *Canenbley/Steinvorth*, 50 Jahre FIW, 143 (157); *Bach*, in: FS Canenbley, S. 15 (15).

vollständig ab.[142] Begründet wird dies damit, dass das Interesse des Kartellgeschädigten auf Schadenskompensation nicht generell hinter dem Interesse der effektiven Kartellrechtsdurchsetzung zurückstehen müsse.[143] Die Möglichkeit der Umgehung der hohen Bußgelder im Verwaltungsverfahren biete ausreichend Anreiz für einen Kronzeugenantrag, eine weitere Privilegierung sei nicht nötig.[144] Andere gehen gar so weit und bezeichnen eine zivilrechtliche Privilegierung als *Vertrag zulasten Dritter* zwischen Behörde und Schädiger.[145]

b) Haftungsprivilegien im Außenverhältnis

Einige Autoren begrüßen eine Haftungsprivilegierung des Kronzeugen im Außenverhältnis. Die einzelnen Vorschläge unterscheiden sich jedoch hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung der Privilegierung.

aa) Vollständige Entlassung des Kronzeugen aus der gesamtschuldnerischen Haftung

Dieser Lösungsvorschlag sieht eine vollständige Entlassung aus der gesamtschuldnerischen Haftung vor. Der Verzicht auf jegliche Haftung wird damit begründet, dass der Kartellgeschädigte nichts „verlieren" könne, weil der Kartellverstoß erst durch den Kronzeugen aufgedeckt worden sei.[146]

bb) Bedingte Verminderung des Schadensersatzes, der gegen den Kronzeugen geltend gemacht werden kann

Ein weiterer Vorschlag sieht eine bedingte Verminderung des Schadensersatzes, der gegen den Kronzeugen geltend gemacht werden kann, vor (beispielsweise eine Reduktion in Höhe von 50% auf jede gegen ihn gerichtete Klage), während die Forderungen gegen die Mitkartellanten und deren gesamtschuldnerische Haftung unverändert bleiben.[147] Auch als sog. *positive reward*-Ansatz[148] bezeichnet, sieht diese Lösung vor, dass der Kronzeuge einen Rabatt als Gegenleistung für seine Hilfe bekommt, die den Kartellgeschädigten den Ersatz ihres Schadens ermöglicht. Nachdem der Geschädigte den Kronzeugen in Anspruch genommen hat, solle er den Restbetrag am Gesamtschadensersatz bei den Mitkartellanten einklagen können.[149] Die Haftung der Mitkartellanten erhöhe sich dann um den vom Kronzeugen noch zu leistenden Anteil.[150]

cc) Begrenzung der Außenhaftung dem Marktanteil entsprechend

Eine weitere Lösungsmöglichkeit stellt die Begrenzung der Außenhaftung nach dem Marktanteil des Kronzeugen dar.[151] Haftungsrechtlich führt dies nicht – wie vielfach angenommen – zum gleichen Ergebnis wie eine Haftung gegenüber den Vertragspartnern. Während der Kronzeuge hierbei anteilig in Bezug auf die kartellbefangenen Waren und Dienstleistungen haftet, bezieht sich eine Haftung gegenüber den Vertragspartnern nach herrschender Meinung auf den Gesamtschaden von den Vertragspartnern.[152] Insoweit ist durch eine Anknüpfung an den Marktanteil sogar eine weitergehende Privilegierung des Kronzeugen möglich.[153]

c) Haftungsprivilegien im Innenverhältnis

Nach einem Vorschlag aus der deutschen Literatur soll die Privilegierung des Kronzeugen im Rahmen der Bußgeldbemessung auf die zivilrechtliche Haftung im Innenverhältnis durchschlagen.[154] Dies soll unabhängig davon gelten, ob das Bußgeld dem Kronzeugen nur teilweise oder vollständig erlassen worden ist. Anders als bei Haftungsprivilegierungen im Außenverhältnis geht eine Privilegierung im Innenverhältnis jedoch nicht zulasten der Kartellgeschädigten, sondern zulasten der Mitschädiger. *Kersting*[155] regt eine Beschränkung der Haftung auf die Höhe der relativen Verantwortung an, während *Schroll*[156] den Haftungsanteil entsprechend der Bußgeldreduzierung berechnen will.

III. Würdigung und eigener Lösungsvorschlag

Die *Integrationslösung* hat den Vorteil, dass ein „Sanktions-Overkill"[157] vermieden werden kann, indem die Kartellbehörde sowohl den Ahndungs- als auch den Schadenskompensationsteil festsetzt. Zudem könnten durch die zentralisierte Feststellung des Schadens Synergien genutzt und somit Kosten gespart werden.[158]

An diesem Lösungsvorschlag ist jedoch zu kritisieren, dass die Ermittlung der Schadenshöhe der Kartellbehörde obliegt.[159] Schließlich können Kartellbehörden zum Zeitpunkt der Verhängung der Geldbuße die Anzahl der Geschädigten und das Ausmaß ihres Schadens häufig

---

[142] *Dreher*, FS Möschel, S. 149 (167); *Association of European Competition Law Judges*, Stellungnahme zum Weißbuch, Rn. 18; *BDI*, Stellungnahme zum Weißbuch, S. 20.

[143] *Dreher,* FS Möschel, 149 (165).

[144] *Studienvereinigung Uni Freiburg*, Stellungnahme Weißbuch, S. 12; *Association Française d'Étude de la Concurrence*, Stellungnahme zum Weißbuch, S. 13.

[145] *Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law*, Stellungnahme zum Weißbuch, S. 18.

[146] *Riley*, ECLR 2010, 191 (196); *Baker & McKenzie*, Stellungnahme zum Weißbuch, Rn. 8.1.

[147] Grünbuch-Option 29, vgl. *Europäische Kommission*, Grünbuch, S. 11 (Frage J); *CEPS/u.a.*, Impact Study, S. 493; *Kersting* schlägt eine Reduktion des Schadensersatzes entsprechend der Reduktion des Bußgelds vor, dies hätte den Vorteil, dass nicht nur der erste kooperierende Kronzeuge bevorteilt werden würde, vgl. *Kersting*, Weißbuch-Stellungnahme, S. 3 ff.

[148] *Krüger*, Kartellregress, S. 301; *Europäische Kommission*, Arbeitspapier Grünbuch, Rn. 235; *CEPS/u.a.*, Impact Study, S. 493.

[149] Vgl. *Europäische Kommission*, Arbeitspapier Weißbuch, Rn. 278; *Krüger*, Kartellregress, S. 302.

[150] *Krüger,* Kartellregress, S. 302; *CEPS/u.a.*, Impact Study, S. 506.

[151] Option 30 im Grünbuch, vgl. *Europäische Kommission*, Grünbuch, S. 11 (Fragse J); EU-Kommission, Arbeitspapier Weißbuch, Rn. 283; *Bundesrat*, Drucks. 248/08, Rn. 22; *Studienvereinigung Uni Freiburg*, Stellungnahme Weißbuch, S. 12; *Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law*, Stellungnahme zum Grünbuch, S. 24.

[152] *Krüger*, NZKart 2013, 483 (486); *ders*., Kartellregress, S. 320; *ders*., WuW 2017, 229 (231); *Kersting*, VersR 2017, 581 (590); *Ruster*, in Stancke/Weidenbach/Lahme, Kartellrechtliche Schadensersatzklagen, Kap. L Rn. 1255.

[153] Vgl. *Katt*, Die gesamtschuldnerische Haftung, S. 129.

[154] *Kersting*, ZWeR 2008, 252, 266 f.*;* ders., JZ 2012, 42 (45); *ders*., Stellungnahme zum Weißbuch der Kommission, S. 2.; *Schroll*, Einfluss interner und externer Faktoren, S. 170 f.; *Meeßen*, Schadensersatz, S. 558 ff.; *OFT*, Diskussionspapier, Rn. 7.18.

[155] *Kersting*, ZWeR 2008, 252, 266 f.; *ders*., JZ 2012, 42 (45); *ders*., Stellungnahme zum Weißbuch, S. 2.

[156] *Schroll*, Einfluss interner und externer Faktoren, S. 170 f.

[157] S.o. Fn. 46.

[158] Vgl. Canenbley/Steinvorth, 50 Jahre FIW, S. 143 (159); *Milde*, Schutz des Kronzeugen, S. 258.

[159] Dagegen ließe sich jedoch einwenden, dass Gerichte ebenfalls Probleme bei der Schadensberechnung haben, vgl. *Bach*, FS Canenbley, S. 15 (17).

noch nicht abschätzen.[160] Eine auf Schätzungen beruhende Schadensberechnung ist jedoch nicht mit dem Interesse der Geschädigten an einer vollständigen Liquidation ihres Schadens vereinbar.[161] Nach der Integrationslösung haften die Kartellanten zudem nur für ihren Anteil am Schaden, weshalb der Kartellgeschädigte gegen jeden einzelnen Kartellanten vorgehen muss.[162] Dies ist nicht nur mit einer effektiven Kartellrechtsdurchsetzung unvereinbar, sondern geht mit einem erhöhten Prozess- und Kostenrisiko der Geschädigten einher. Aufgrund der vielen Unstimmigkeiten, insbesondere die erhebliche Belastung der Kartellgeschädigten, ist diese Lösung abzulehnen.

Aus rechtspolitischer Sicht ist der Ansatz, der *keinerlei Privilegierungen des Kronzeugen* vorsieht, durchaus beachtenswert. Insbesondere ist fraglich, ob ein vollständiger Verzicht auf Sanktionen im Falle einer Kooperation wirklich gewollt sein sollte. Häufig hängt die Kronzeugenstellung lediglich vom Zufall ab, wie beispielsweise in Bezug auf den zeitlichen Eingang des Kronzeugenantrags.[163] Es ist allerdings nicht von der Hand zu weisen, dass das Risiko des Kronzeugen, Opfer von unkalkulierbaren Schadensersatzklagen zu werden, im Vergleich zu den Mitschädigern erhöht ist und deshalb eine zivilrechtliche Privilegierung erforderlich ist.[164] Die Vertreter dieses Ansatzes gehen von der Prämisse aus, der Abschreckungseffekt werde überschätzt, was jedoch empirisch widerlegt werden kann.[165] Deshalb ist diesem Lösungsansatz nicht zu folgen.

Ebenso ist die gegenteilige Extremposition abzulehnen, die eine *vollständige Ausnahme des Kronzeugen von jeglicher Haftung* vorsieht. Eine komplette Haftungsbefreiung führt zu einer nicht hinnehmbaren Ausgliederung des Kronzeugen aus dem gesamtschuldnerischen Haftungssystem zulasten der Kartellgeschädigten. Es wird von den Geschädigten ein „Sonderopfer"[166] verlangt, welches sonst bei anderen unerlaubten Handlungen nicht gefordert wird.[167]

Die Lösung, die eine *bedingte Verminderung* des Schadensersatzes im Außenverhältnis vorsieht, könnte ebenfalls positive Auswirkungen auf die effektive Kartellrechtsdurchsetzung haben. Ein nach diesem Ansatz gewährter Rabatt würde die Kluft zwischen der Situation des Kronzeugen und der Situation der nicht kooperierenden Unternehmen vergrößern und somit die Attraktivität der Kronzeugenprogramme sogar noch stärken können.[168] Allerdings ist negativ anzumerken, dass dieser Vorschlag das Spannungsverhältnis grundsätzlich zulasten der Geschädigten löst. Die Kartellgeschädigtem haben einen erhöhten Aufwand bei der Geltendmachung ihrer Ansprüche, ein eingeschränktes Wahlrecht bezüglich der Auswahl ihres Schuldners und tragen zudem das Ausfallrisiko der Mitkartellanten.[169] Dies ist mit dem primärrechtlichen Grundsatz auf vollständige Kompensation nicht vereinbar.[170] Zudem leuchtet nicht ein, warum der Kronzeuge 50% des Kartellgewinns einspart, wenn der Kartellgeschädigte den kartellierten Preis unmittelbar an diesen gezahlt hat.[171] Würde man deshalb eine Variable einführen, die das Ausmaß der Kooperation im Einzelfall berücksichtigt, würde dies die Rechtssicherheit allerdings erheblich beeinträchtigen.[172] Ein derartiger Lösungsansatz wird aufgrund der aufgezeigten Ungerechtigkeiten von vielen Seiten[173] zu Recht kritisiert und ist deshalb ebenfalls abzulehnen.

Der Lösungsvorschlag, der eine *Anknüpfung an den Marktanteil* vorsieht, würde dafür sorgen, dass der Kronzeuge nicht mehr das *prime target* von Schadensersatzklagen wäre. Geschädigte würden sich, um sich nicht mit dem internen Haftungsanteil des Kronzeugen beschäftigen zu müssen, eventuell zuerst an die Mitkartellanten wenden.[174] Der Marktanteil ist auch ein Indikator für die Höhe des unmittelbar durch den Kronzeugen verursachten Schadens, dementsprechend erscheint eine derartige Begrenzung auch gerechtfertigt. Jedoch spiegelt der Marktanteil des Kronzeugen dessen „Verdienst" um die Aufdeckung des Kartells in keinster Weise wider.[175] Diese Lösung wirkt sich zudem in erheblichem Maße zulasten der Geschädigten aus, sodass auch hier fraglich ist, ob der Vorschlag mit dem Primärrecht in Einklang steht.[176] De facto könnte der Geschädigte den Kronzeugen kaum verklagen, denn er würde mit der Substantiierung des Haftungsanteils des Kronzeugen belastet oder im Falle, dass der Kronzeuge hierfür die Beweislast trägt, mit einem großen Prozessrisiko und -kosten belastet werden.[177] Während bei der Lösung der bedingten Verminderung des Schadensersatzes die Kosten auf die Mitkartellanten abgewälzt werden, werden diese hier dem Geschädigten aufgebürdet.[178] Diese Lösung ist aufgrund der aufgezeigten Impraktibilität und der Haftungsprivilegierung, die erheblich zulasten der Kartellgeschädigten geht, ebenfalls abzulehnen.

Es wird deutlich, dass alle Lösungen, die eine Haftungsprivilegierung des Kronzeugen im Außenverhältnis vorsehen,

[160] *Canenbley/Steinvorth*, 50 Jahre FIW, S.143, (159 f.).
[161] *Milde*, Schutz des Kronzeugen, S. 258.
[162] Ebd.
[163] *Hösch*, Innenausgleich, S. 418.
[164] Siehe C.II.1.
[165] *Dreher*, in: FS Möschel, 149, 166; *Milde*, Schutz des Kronzeugen, S. 255; siehe C.II.1.
[166] *Glöckner*, WRP 2007, 490 (499).
[167] So ähnlich auch *Makatsch/Bäuerle*, WuW 2016, 341 (345); *Europäisches Parlament*, Entschließung Weißbuch, Rn. 21; *Europäischer Wirtschafts- und Sozialausschuss*, Stellungnahme Weißbuch, Rn. 4.7.1.
[168] Vgl. so ähnlich *Europäische Kommission*, Arbeitspapier Weißbuch, Rn. 276.
[169] *Europäische Kommission*, Arbeitspapier Weißbuch, Rn. 275, 278; *CEPS/u.a.,* Impact Study, S. 501.
[170] So auch *Krüger*, Kartellregress, S. 306; OFT 844, Rn. 3.14; *Europäische Kommission*, Arbeitspapier Weißbuch, Rn. 278; *Böge*, in: Basedow, Private Enforcement, 217 (223).
[171] *Meeßen*, Schadensersatz, S. 557; *CEPS/u.a.*, Impact Study, S. 509; **a.A.**: *Krüger,* Kartellregress, S. 305, insbesondere aus deutscher Sicht sehe das BGB eine Regelung der beschränkten Gesamtschuld in der Weise, dass sich das Haftungsprivileg zulasten der Mitschuldner auswirkt z.B. in §§ 1359, 1664 I BGB vor, vgl. *Grüneberg*, in: Palandt, § 426 Rn. 22; BGH, NJW 1988, 2667 (2669).
[172] *CEPS/u.a.*, Impact Study, S. 505; laut Krüger soll die Höhe des zivilrechtlichen Rabatts gesetzlich ex ante in möglichst bestimmbarer Weise definiert sein, *Krüger*, Kartellregress, S. 307.
[173] *Europäische Kommission*, Arbeitspapier Weißbuch, Rn. 277; insbesondere lege die Regelung den Mitkartellanten ein besonderes „Vermögensopfer" auf, welches als unbillig empfunden wird, vgl. im deutschen Recht: *Wendehorst*, Jura 2004, 505 (512).
[174] *Krüger*, Kartellregress, S. 309; *CEPS/u.a.*, Impact Study, S. 520 f.; *Drexl/et al.*, IEC 2006, 700 (723).
[175] *Kersting*, Weißbuch-Stellungnahme, S. 2.
[176] *Europäische Kommission*, Arbeitspapier Weißbuch, Rn. 283; *AFT 844,* Rn. 3.15.
[177] *Krüger*, Kartellregress, S. 311; *Thiede*, China-EU Law Journal, 2017, 233 (250).
[178] *Krüger*, Kartellregress, S. 311 f.

letztendlich die Geschädigten benachteiligen: sei es in der Form der Entziehung eines Schuldners, der Begrenzung der Wahlfreiheit bezüglich des Schuldners, das Aufbürden eines Prozessmarathons oder die Kürzung eines Schadensersatzanspruchs.[179] Grundsätzlich beschränken diese Lösungen allesamt das *jedermann*-Recht auf Ersatz des durch einen Wettbewerbsverstoß entstandenen Schadens.[180]

In Bezug auf den anfangs formulierten Bewertungsmaßstab, der eine Lösung im Einklang mit dem Primärrecht vorsieht, ist eine Lösung, die eine Haftungsprivilegierung des Kronzeugen allein im Innenverhältnis vorsieht, somit vorzugswürdig. Bei einer reinen Privilegierung im Innenverhältnis würde im Sinne der primärrechtlichen Vorgaben nicht in die Rechtssphäre der Kartellgeschädigten eingegriffen werden. Schließlich würde eine derartige Privilegierung nicht zulasten des Geschädigten gehen, dieser könnte den gesamten Schaden auch vom Kronzeugen ersetzt bekommen.[181] Eine Haftungsprivilegierung im Innenverhältnis würde lediglich zulasten der Mitkartellanten gehen.[182] Doch könnte eine Haftungsprivilegierung allein im Innenverhältnis das Spannungsverhältnis wirklich auflösen? Eine alleinige Privilegierung im Innenverhältnis könnte die Attraktivität des Kronzeugenprogramms beeinträchtigen. Im Wissen, dass der Kronzeuge das Insolvenzrisiko der Mitkartellanten trägt, könnte ein Kartellant vor einer Kooperation mit der Kartellbehörde abgeschreckt werden.[183] Eine Lösung, die eine reine Privilegierung des Kronzeugen im Innenverhältnis vorsieht, wäre zwar im Hinblick auf die primärrechtlichen Vorgaben vorzugswürdig, kann jedoch den Zielkonflikt nicht auflösen.

Die Kartellschadensersatzrichtlinie vermag das Spannungsverhältnis nicht zu lösen. Auch die in der Literatur diskutierten Lösungsansätze können den Zielkonflikt nur begrenzt auflösen. Bislang mangelt es an einer Lösung, die das Interesse an der Privilegierung des Kronzeugen und das Interesse an einer vollständigen Schadenskompensation der Kartellgeschädigten in Ausgleich bringt. Deshalb wird nun eine eigene Lösung entwickelt.

Grundsätzlich drängt sich bei der Analyse der Lösungsansätze die Frage auf, warum sich die beiden Durchsetzungssysteme nicht so kombinieren lassen, dass das anfangs beschriebene stimmige Verhältnis zwischen *private* und *public enforcement* wiederhergestellt wird. Eine vollständige Integration des privaten Modells in die behördliche Kartellrechtsdurchsetzung ist zwar aufgrund der oben aufgeworfenen Probleme abzulehnen. Jedoch ergibt sich eine weitere Möglichkeit, die nicht nur den Zielkonflikt lösen, sondern dafür sorgen könnte, dass sich die beiden Modelle wieder fördern und ergänzen: die Schaffung eines Modells, das eine reine Innenprivilegierung des Kronzeugen vorsieht - allerdings mit einer Modifikation der Insolvenzrisikotragung - und zudem ein Anreizsystem für außergerichtliche Einigungen zwischen Kronzeuge und Kartellgeschädigtem schafft.

Nach diesem Modell soll der Kronzeuge im Außenverhältnis gegenüber den Kartellgeschädigten gesamtschuldnerisch haften. Somit wird dafür Sorge getragen, dass diese Lösung sich nicht nachteilig für den Geschädigten auswirkt und somit mit den primärrechtlichen Vorgaben im Einklang steht. Zusätzlich soll die außergerichtliche Streitbeilegung zwischen Kronzeugen und Geschädigten gefördert werden, indem die Kartellbehörde im Falle eines Vergleichs einen Teil des auferlegten Bußgeldes reduziert. Nach Art. 18 III SE-RL kann die Kartellbehörde bei der Festsetzung des Bußgelds eine Schadensersatzzahlung, die infolge eines Vergleichs gezahlt wurde, als mildernden Umstand berücksichtigen. Eine derartige Lösung, die auf die Förderung von Vergleichen abzielt, hätte nicht nur im Hinblick auf Prozessrisiken und -kosten positive Auswirkungen für die Kartellgeschädigten, sondern auf die gesamte Kartellrechtsdurchsetzung, indem Kosten eingespart, Verfahren beschleunigt und die Gerichte entlastet werden könnten. Auch die Problematik um den Zugang zu Beweismitteln könnte durch eine Lösung basierend auf Vergleichsanreizen gelöst werden.

Im Innenverhältnis soll die Haftung des Kronzeugen auf den von ihm verursachten Schaden beschränkt werden. Damit er jedoch nicht mit dem Insolvenzrisiko der Mitkartellanten belastet wird, sollen bei Zahlungsunfähigkeit eines Mitkartellanten die restlichen Kartellanten für den Anteil des Ausfallenden an der Summe aufkommen. Die Regressforderung des Kronzeugen erhöht sich somit bei jedem einzelnen Mitkartellanten anteilig um den Regressbetrag des ausgefallenden Mitkartellanten. Eine entsprechende Änderung des Art. 11 V SE-RL könnte somit lauten:

„Die Mitgliedstaaten gewährleisten, dass ein Rechtsverletzer von anderen Rechtsverletzern einen Ausgleichsbetrag verlangen kann, dessen Höhe anhand ihrer relativen Verantwortung für den durch die Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht verursachten Schaden bestimmt wird. Im Falle, dass ein Rechtsverletzer, dem im Rahmen eines Kronzeugenprogramms der Erlass der Geldbuße zuerkannt wurde, von einem Unternehmen, das an derselben Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht beteiligt war, keinen vollständigen Ausgleich erlangen kann, erhöht sich seine Forderung bei jedem anderen Unternehmen anteilig um den Ausgleichsbetrag des ausfallenden Unternehmens.“

Für den seltenen Fall, dass alle Mitkartellanten zahlungsunfähig werden beziehungsweise, dass nur ein Mitkartellant existiert, der sodann zahlungsunfähig wird, müsste jedoch der Kronzeuge aufkommen. Dadurch, dass dieser Fall jedoch sehr unwahrscheinlich ist, würde sich dies angesichts der dem Kronzeugen im behördlichen Verfahren gewährten Privilegierungen nicht negativ auf die Attraktivität der Kronzeugenprogramme auswirken. Diese Lösung hätte den Vorteil, dass der Vorschlag beinahe vollständig zulasten der Mitschädiger geht und somit eine Lösung im Sinne des oben entwickelten Maßstabs gefunden wurde. Zudem würde ein derartiges Modell sogar anreizfördernd wirken, indem die Mitkartellanten zusätzlich benachteiligt werden.

[179] So ähnlich auch *Milde*, Schutz des Kronzeugen, S. 250.
[180] *Milde*, Schutz des Kronzeugen, S. 250.
[181] CEPS/u.a., Impact Study, S. 504; *Hösch*, Innenausgleich, S. 416.
[182] *Meeßen*, Schadensersatz, S. 561; *Klumpe/Thiede*, NZKart 2017, 332 (335).
[183] *CEPS/u.a.*, Impact Study, S. 504 f.; *Krüger*, Kartellregress, S. 306; *Cauffman*, Competition Law Review 2011, 181 (215); **a.A.**: *Milde*, Schutz des Kronzeugen, S. 288 f.; *Meeßen*, Schadensersatz, S. 562.

E. Fazit

Die Kartellrechtsdurchsetzung in Europa basiert auf einem dichotomen System: der behördlichen und privaten Kartellrechtsdurchsetzung. Sobald ein Kartellant mit einer Kartellbehörde kooperiert und einen Kronzeugenantrag stellt, wandelt sich das zuvor stimmige Verhältnis zwischen behördlicher und privater Kartellrechtsdurchsetzung mit positiven Wechselwirkungen zu einem Spannungsverhältnis. Die Kartellschadensersatzrichtlinie vermag dieses Spannungsverhältnis jedoch nicht aufzulösen. Auch die in der Literatur diskutierten Vorschläge bringen das Interesse an der Privilegierung des Kronzeugen einerseits und das Interesse an einer vollständigen Schadenskompensation der Kartellgeschädigten andererseits nicht in Einklang. Ein weiterer Lösungsansatz wird in dieser Arbeit vorgeschlagen. In der Kartellschadensersatzrichtlinie ist eine Überprüfungsklausel (Art. 20 SE-RL) aufgenommen worden, wonach die Umsetzung und Wirksamkeit der Richtlinie Ende 2020 noch einmal diskutiert wird. Möglicherweise ergibt sich die Möglichkeit, die in dieser Arbeit aufgeworfene Kritik zu adressieren und die hier vorgestellte Lösung in die anstehende Reformdiskussion einzubringen. Somit könnte im Sinne des Allgemeinwohls für ein wirkungsvolles kohärentes Durchsetzungssystem des europäischen Kartellrechts gesorgt werden.

Anna Brombach*

Die Regulierung von Intitial Coin Offerings

Mit einem Emissionsvolumen von knapp 17 Milliarden US-Dollar und 650 *Initial Coin Offerings* (*ICOs*) im Jahr 2018 prosperiert der Markt für *ICOs*.[1] *ICOs* bieten eine innovative, blockchainbasierte Alternative zur klassischen Unternehmensfinanzierung und stellen Aufsichtsbehörden und Gesetzgeber weltweit vor neue Regulierungsaufgaben.

Bei einem *ICO* werden neu geschaffene Token von Unternehmen im Austausch gegen Kryptowährungen emittiert, es handelt sich um eine Form öffentlich zugänglicher Projekt- und Unternehmensfinanzierung.[2] Das Konzept erinnert an *Initial Public Offerings*, jedoch erwerben Investoren beim *ICO* keine börsengehandelten Unternehmensanteile, sondern Token als digitale Abbildungen bestehender rechtlicher Ansprüche mittels *Distributed Ledger Technology*.[3] Sind Token trotzdem als Wertpapiere zu qualifizieren und unterfallen kapitalmarktrechtlichen Vorschriften? Folgende Arbeit widmet sich neben dem Ablauf und Risikofaktoren von *ICOs*, den regulatorischen Aktivitäten von ESMA und BaFin, der kapitalmarktrechtlichen Einordnung von Token, insbesondere der Frage, ob Token den Eigenschaften des unionsrechtlichen Wertpapierbegriffs entsprechen, welcher das Einfallstor für die Anwendbarkeit diverser kapitalmarktrechtlicher Vorschriften bildet.

A. Infokasten: Technisches Hintergrundwissen

***Distributed Ledger Technology*:** *Initial Coin Offerings* basieren auf der *Distributed Ledger Technology*, einem Konzept, bei dem Daten in einem Netzwerk aus zahlreichen miteinander verbundenen Computern auf einer dezentralen Datenbank gespeichert werden.[4] Eine Form der *DLT* sind *Blockchains* – auf diesen werden *ICOs* abgewickelt.[5]

Blockchains: *Blockchains* ermöglichen dezentrale und fälschungssichere Transaktionen durch die kontinuierlich erweiterbare Verkettung von Datenblöcken mittels eines kryptographischen Verfahrens. Dabei enthält jeder Block Daten der aktuellen Transaktionen (*Hash-Baum*) und einen Streuwert (*Hash*) des vorangegangenen Blocks – wird ein neuer Block geschaffen, überprüfen die Computer im Netzwerk (*Nodes*) dessen Richtigkeit (*Peer-to-Peer Netzwerk*).[6] Hat eine im Vorhinein definierte Anzahl *Nodes* die Richtigkeit des Blocks bestätigt (*Consensus*), wird der Block unwiderruflich in die *Blockchain* angehängt.[7]

***Smart Contracts*:** Auf einer *Blockchain* werden *Smart Contracts* für das jeweilige *ICO* aufgelegt und unveränderbar gespeichert. *Smart Contracts* enthalten Softwareprogramme zur automatischen Koordinierung von Rechtsbeziehungen und dienen als Basis für den Leistungsaustausch bei *ICOs*.[8]

***Token*:** Die Basis von *ICOs* bilden Token – Datenpakete, die Netzwerkteilnehmern einer *Blockchain* zugeordnet werden und als Recheneinheiten fungieren.[9] Mit welchen Funktionen und Rechten ein Token ausgestattet ist, legt der Emittent vor Emission im Programmiercode des *Smart Contracts* fest.[10] Dabei sind die Gestaltungsmöglichkeiten nahezu grenzenlos – einen „Standard-Token" gibt es nicht. Dennoch hat sich anhand wiederkehrender Muster eine Unterscheidung in drei Haupttypen von Token herausgebildet.[11]

***Currency Token*:** *Currency Token* dienen plattformübergreifend als Zahlungsmittel, um Waren und Dienstleistungen, die nicht von tokenemittierenden Unternehmen angeboten werden, zu erwerben.[12] Sie begründen keine Ansprüche gegen den Emittenten.[13] *ICOs* von *Currency Token* haben das Ziel neue Kryptowährungen zu schaffen.[14]

***Investment Token*:** *Investment Token* verkörpern in erster Linie Rechte auf zukünftige Gewinne an den *ICOs* zugrundeliegenden Unternehmen, vereinzelt auch unternehmensbezogene Rechte wie Stimmrechte.[15] Investoren von *Investment Token* erhoffen sich, ähnlich wie Aktionäre, Wertsteigerungen.[16]

---

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

1 Siehe https://www.coindesk.com/ico-tracker, (17.8.19); Im Vergleich: Das Emissionsvolumen weltweit lag 2018 bei 216 Mrd. US-Dollar und 1506 durchgeführten *IPOs*, siehe Statistik: Anzahl der weltweiten Börsengänge in den Jahren von 2012 bis 2018 und Statistik: Emissionsvolumen der weltweiten Börsengänge von 2012 bis 2018 (in Milliarden US-Dollar), Erhebung durch *Thomson/Reuter* (2019).

2 *Borkert*, ITRB 2018 39, 41; *Hahn/Wons,* Initial Coin Offering (ICO), Unternehmensfinanzierung auf Basis der Blockchain-Technologie, 2018, S. 1 f.

3 *Borkert*, ITRB 2018, 91, 94; *Vogel/Müller/Luthiger/Ljubici*, AG 2017, R333; *Hahn/Wons* (Fn. 2), S. 6; *Hacker/Thomale,* ECFR 2018, 645, 671.

4 *Hahn/Wilkens,* ZBB 2019, 10, 12; *Borkert*, ITRB 2018, 39, 41; *Van Aubel*, Unternehmensfinanzierung am Kapitalmarkt, 4. Auflage, 2018, Rn. 20.7.

5 Zurückgehend auf das *Bitcoin White Paper* von Satoshi Nakamato. *Van Aubel* (Fn. 4), Rn. 20.5; *Spindler*, in Möslein/Omlor, FinTech-Handbuch: Digitalisierung, Recht, Finanzen, 2019, § 13 Rn. 3.

6 *Breidenbach/Glatz*, Rechtshandbuch Legal Tech, 2018,4.1 Rn. 12 ff, 17; *Kaulartz*, CR 2016, 474, 475 f.; *Van Aubel* (Fn. 4), Rn. 20.5. Siehe ausführlich *Antonopoulos*, Mastering Bitcoin, Programming the Open Blockchain, 2. Auflage, 2017, S. 171 ff., 195 ff.

7 *Breidenbach/Glatz* (Fn. 6), 4.1 Rn. 19 ff., 25 ff.; *Van Aubel* (Fn. 4), Rn. 20.7, 20.8; *Borkert*, ITRB 2018, 39, 41; *Sattler,* BB 2018, 2243, 2245; *Kaulartz*, CR 2016, 474, 476. Siehe ausführlich: *Antonopoulos* (Fn. 6), S. 213 ff.

8 Zurückgehend auf den Computerwissenschaftler Nick Szabo. *Breidenbach/Glatz* (Fn. 6), 4.1, Rn. 45 ff.; *Spindler*, in Möslein/Omlor (Fn. 5), § 13 Rn. 3; Hahn/*Wons* (Fn. 2), S. 240; *Veil*, ZHR 2019, 346, 351; *Van Aubel* (Fn. 4), Rn. 20.16 ff.

9 *Keding*, WM 2018, 64, 66; *Richter/Augel*, FR 2017, 937, 939 f.; *Borkert*, ITRB 2018, 91, 92.

10 *Van Aubel* (Fn. 4), Rn. 20.23; *Borkert*, ITBR 2018, 91, 92.

11 *Hacker/Thomale*, ECFR 2018, 645, 652; *Klöhn/Parhofer/Resas,* ZBB 2018, 89, 92; *Van Aubel* (Fn. 4), Rn. 20.26; *Spindler*, in Möslein/Omlor (Fn. 5), § 13 Rn. 4 ff. Leicht abweichend *Rohr/Wright*, Hastings Law Journal (HLJ) 2/2019, 463, 470 ff.

12 *Hacker/Thomale*, ECFR 2018, 645, 652; *Zickgraf,* AG 2018, 293, 296; *Klöhn/Parhofer/Resas,* ZBB 2018, 89, 92.

13 *Van Aubel* (Fn. 4), Rn. 20.119; *Behme/Zickgraf*, ZfPW 2019, 66, 70.

14 *Hacker/Thomale*, ECFR 2018, 645, 652; *Spindler*, in Möslein/Omlor (Fn. 5), § 13 Rn. 9.

15 *Veil*, ZHR 2019, 346, 349; *Spindler*, WM 2018, 2109, 2110; *Hacker/Thomale*, ECFR 2018, 645, 653; *Klöhn/Parhofer/Resas,* ZBB 2018, 89, 92; *Zickgraf,* AG 2018, 293, 295.

16 *Zickgraf,* AG 2018, 293, 295; *Van Aubel* (Fn. 4), Rn. 20.27.

***Utility Token*:** Mit *Utility Token* erwerben Investoren Zugang zu vom *ICO*-Unternehmen entwickelten Plattformen.[17] Sie verkörpern das Recht auf bestimmte Leistungen und Teilhabe an Netzwerken, üblicherweise in Form der Nutzung von Produkten oder Inanspruchnahme von Dienstleistungen.[18]

Mischformen: Häufig erfüllt ein Token mehr als eine Funktion der drei Haupttypen.[19] Dabei ist für die kapitalmarktrechtliche Bewertung insbesondere eine Unterscheidung „reiner" *Utility* oder *Currency Token* und der Hybridform aus *Utility* oder *Currency Token* mit *Investment Token* elementar: Sind Erstere auf dem Sekundärmarkt handelbar, können sie im Anschluss an das *ICO* häufig gewinnbringend weiterveräußert werden.[20] Die Token enthalten neben der Nutzungsfunktion oder Funktion als Zahlungsmittel eine Investmentkomponente, was sie als „Hybrid Token" auszeichnet.

B. Ablauf von *ICOs* und Risikofaktoren

Der Ablauf eines *Initial Coin Offerings* lässt sich grob in die Entwicklungsphase, Verkaufsphase und Post-*ICO*-Phase unterteilen.

Das eigentliche *ICO* findet in der Verkaufsphase statt. Investoren weltweit erhalten die Möglichkeit, Token zu einem vom Emittenten bestimmten Ausgabepreis über Internetportale direkt vom Unternehmen zu erwerben.[21] Der Investor überträgt eine festgelegte Summe, aus seiner *Wallet* auf die *Blockchain*.[22] Dies löst den Programmiercode des *Smart Contracts* aus (*Trigger*), sodass die Token, entsprechend einem vorab festgelegten Umtauschkurs, direkt an die *Wallet* des Investors ausgezahlt werden.[23]

Durch die Verwendung automatisierter *Smart Contracts* und den Verzicht auf Intermediäre können so Transaktionskosten gesenkt werden.[24] Im Gegensatz zu *VCs* ermöglichen *ICOs* einem nahezu unbegrenzten Anlegerkreis die Beteiligung an Start-up-Unternehmen zu Kleinstbeträgen.[25] Jedoch wird der Vorteil reduzierter Transaktionskosten durch Disintermediation, durch die fehlende Korrektur und professionelle Bewertung des Projekts überschattet.[26] *ICOs* sind nach einem *Take-it-or-leave-it-Verfahren* strukturiert, anders als bei einem *IPO* findet kein *Bookbuilding-Verfahren* statt.[27] *Initial Coin Offerings* sind zudem Ziel und Opfer von Betrugsfällen.[28] Auch bergen Programmierungsfehler und Lücken in *Smart Contracts*[29] Gefahren für Hackerangriffe mit Totalverlusten oder der Zurücksetzung der *Blockchain*s.

C. Regulatorische Aktivität von ESMA und BaFin

Auf gesamteuropäischer Ebene existieren bislang weder spezielle *ICO*-Regulierungen noch aufsichtsrechtliche Vorgaben für einen einheitlichen Umgang. Die europäische Aufsichtsbehörde ESMA warnt ein einem Hinweisschreiben *ICO*-Investoren vor hohen Verlustrisiken.[30] In einem weiteren Hinweisschreiben hält sie *ICO*-Emittenten dazu an bestehende Verpflichtungen europäischer und nationaler Regulierungen zu beachten.[31]

Im Einklang mit der ESMA positioniert sich die deutsche Aufsichtsbehörde BaFin. In einem Verbraucherschutzschreiben warnte die BaFin ebenfalls vor *ICO*-spezifischen Risiken.[32] Sie veröffentlichte ein Hinweisschreiben zur Einordnung von Token als Finanzinstrumente und machte deutlich, dass die regulatorische Einordnung von *ICOs* vom Einzelfall abhängig sei.[33].

D. Kapitalmarktrechtliche Einordnung von *ICOs*

Mangels klarer Positionierung der ESMA und BaFin hinsichtlich der Anwendbarkeit kapitalmarktrechtlicher Vorschriften auf Tokenemissionen besteht Rechtsunsicherheit bei deutschen Investoren und Emittenten. Für *Initial Coin Offerings* entscheidend ist die Frage, inwieweit Token dem unionsrechtlichen Wertpapierbegriff unterfallen und folglich *ICOs* Prospektpflichten nach der EU-Prospektverordnung.[34] Die kapitalmarktrechtliche Prospektpflicht in Deutschland unterliegt seit dem 21. Juli 2019 vollumfänglich dem Regelungsregime der EU-Prospektverordnung; ergänzend findet nach § 1 WpPG das Wertpapierprospektgesetz Anwendung.

---

17 *Hacker/Thomale*, ECFR 2018, 645, 652; *Van Aubel* (Fn. 4), Rn. 20.29; *Zickgraf,* AG 2018, 293, 296.

18 *Spindler*, WM 2018, 2109, 2110; *Hacker/Thomale*, ECFR 2018, 645, 652; *Zickgraf*, AG 2018, 293, 296; *Veil*, ZHR 2019, 346, 349. Siehe „Application Token" bei *Rohr/Wright*, HLJ 2019,463, 474.

19 *Veil*, ZHR 2019, 346, 349; *Hacker/Thomale*, ECFR 2018, 645, 649, 653; *Spindler*, WM 2018, 2109, 2110; *Spindler*, in Möslein/Omlor (Fn. 5), § 13 Rn. 11.

20 *Zickgraf*, AG 2018, 293, 296; *Hacker/Thomale*, ECFR 2018, 645, 653; *Barsan*, S. 54 ff.

21 Für den Kauf über Onlineplattformen braucht es lediglich Internetzugang, keiner Börse, keiner Intermediäre. *Rohr/Wright*, HLJ 2019,463, 478 f.; *Glatz*, DGRI 2016, Rn. 23 ff.; *Behme/Zickgraf*, ZfPW 2019, 66, 68.

22 *Wallet* als digitale Brieftasche/Schlüsselbund. *Van Aubel* (Fn. 4), Rn. 20.12 f.; *Kaulartz,* CR 2016, 474 f.; Hahn/*Wons* (Fn. 2), S. 244. Ausführlich *Antonopoulos* (Fn. 6), S. 55 ff., 93 ff.

23 *Hahn/Wons* (Fn. 2), S. 2, 18; *Van Aubel* (Fn. 4), Rn. 20.17 ff., 20.56; *Behme/Zickgraf*, ZfPW 2019, 66, 68; *Hacker/Thomale*, ECFR 2018, 645, 650 f.; *Heckelmann*, NJW 2018, 504 ff. m.w.N.

24 *Klöhn/Parhofer/Resas*, ZBB 2018, 89, 94, 96; *Chatard/Mann*, NZG 2019, 567; *Koch*, ZBB 2018, 359, 367; *Veil*, ZHR 2019, 346, 353; *Iffland/Läser*, GesKR 2018, 415, 416; *Dell'Erba*, in Möslein/Omlor (Fn. 5), § 21 Rn. 14. Ausführlich dazu *Catalini/Gans*, S. 8 ff.

25 *Van Aubel* (Fn. 4), Rn. 20.64; *Klöhn/Parhofer/Resas*, ZBB 2018, 89, 94; *Koch*, ZBB 2018, 359, 367; *Peroz,* AG 2018, R71.

26 *Van Aubel* (Fn. 4), Rn. 20.68; *Koch*, ZBB 2018, 359, 367.

27 *Klöhn/Parhofer/Resas*, ZBB 2018, 89, 95; *Chatard/Mann*, NZG 2019, 567, 568; *Spindler*, WM 2018, 2109, 2110; *Veil*, ZHR 2019, 346, 354; *Behme/Zickgraf*, ZfPW 2019, 66, 71.

28 Betrügerische Absichten in ca. 78 % der *ICOs*, SMSG Advice to ESMA: Own Initiative Report on Initial Coin Offerings and Crypto-Assets, ESMA22-106-1338, 19.10.18, S. 7.

29 34.200 von 970.898 und damit etwa 3% der getesteten *Smart Contracts* der Studie „Finding The Greedy, Prodigal, and Suicidal Contracts at Scale", von *Nikolić et al.*, 2018, wiesen Sicherheitslücken auf.*Spindler*, WM 2018, 2109, 2110.

30 ESMA Statement: ESMA alerts investors to the high risks of Initial Coin Offerings (ICOs), 13.11.17.

31 ESMA Statement: ESMA alerts firms involved in Initial Coin Offerings (ICOs) to the need to meet relevant regultory requirements, 13.11.17.

32 BaFin, Initial Coin Offerings: Hohe Risiken für Verbraucher, 15.11.2017.

33 BaFin, Initial Coin Offerings: Hinweisschreiben zur Einordnung als Finanzinstrumente, GZ: WA 11-QB 4100-2017/0010, 20.2.18.

34 Verordnung EU 2017/1129 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2017 über den Prospekt, der beim öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder bei deren Zulassung zum Handel an einem geregelten Markt zu veröffentlichen ist und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/71/EG, ABI. L 168 vom 30.6.17, S. 12. Abgekürzt als ProspektVO.

Dreh- und Angelpunkt für die Eröffnung des Anwendungsbereichs ist der Wertpapierbegriff i.S.d. Art. 2 lit. a ProspektVO. Dieser richtet sich im direkten Verweis nach der Definition der übertragbaren Wertpapiere aus Art. 4 I Nr. 44 MiFID II.[35]

I. Formelle Anforderungen des Wertpapierbegriffs

„Übertragbare Wertpapiere" nach Art. 4 I Nr. 44 MiFID II sind „die Kategorien von Wertpapieren, die auf dem Kapitalmarkt gehandelt werden können, mit Ausnahme von Zahlungsinstrumenten, [...]." In lit. a-c folgt eine beispielhafte Aufzählung von Wertpapierkategorien. Daraus lassen sich drei formelle Anforderungen für die Einordnung als Wertpapier ableiten: Übertragbarkeit, Standardisierung und Handelbarkeit.

1. Übertragbarkeit

Die Übertragbarkeit ist nicht gegeben, wenn bei der freien Veräußerbarkeit der Instrumente rechtliche oder tatsächliche Hindernisse für den Rechtsinhaber bestehen.[36] In rechtlicher Hinsicht unterliegen Token keinen Formerfordernissen oder Beschränkungen. Grundsätzlich können diese auf einer liquiden Kryptobörse auf dem Sekundärmarkt gehandelt werden, sodass lediglich ausnahmsweise bestehende technische Verfügungsbeschränkungen ein tatsächliches Hindernis darstellen können.[37]

2. Standardisierung

Aus dem Wortlaut „Kategorien von Wertpapieren" lässt sich mittelbar das Erfordernis der Standardisierung für den Wertpapierbegriff nach Art. 4 I Nr. 44 MiFID II ableiten.[38] Standardisierung liegt vor, wenn die Wertpapiere im Rechtsverkehr nach Art und Zahl der Stücke bestimmbar sind, also nicht nach individuellen Wünschen einzelner Anleger ausgestaltbar.[39] Dabei ist Diskussionsgegenstand deutscher Literatur, ob emittentenübergreifende Einheitlichkeit in Bezug auf die gesamte Anlageklasse eines Wertpapiers[40] oder lediglich emittentenbezogene Standardisierung[41] erforderlich ist. Vor dem Hintergrund der facettenreichen Ausgestaltungspraxis von Token in Abhängigkeit des zu finanzierenden Projekts lassen sich diese bislang nicht emittentenübergreifend standardisieren.[42]

Der Zweck des Standardisierungserfordernisses ist es, effizienten Handel zu geringen Transaktionskosten zu ermöglichen.[43] Dieser wird durch Bestimmung des Tokens auf Emittentenebene gewahrt: Zwar ist ein Token für ein individuelles Projekt geschaffen, die mit dem Token verbundenen Rechte gelten jedoch gleichermaßen für alle Investoren.[44] Zusätzlich lässt sich ein Token auf Emittentenebene nach Art und Zahl der Stücke bestimmen.[45] Auch dem Zweck der ProspektVO, durch Prospektpflichten Informationsasymmetrien auszugleichen, wird erst recht Rechnung getragen, wenn die Standardisierung bereits auf Emittentenebene angenommen wird.[46] Im Ergebnis ist von einer emittentenbezogenen Standardisierung der Instrumente nach Art. 4 I Nr. 44 MiFID II auszugehen, welchen Anforderungen Token mithin genügen.

3. Handelbarkeit

Das Erfordernis der Handelbarkeit von Wertpapieren ergibt sich unmittelbar aus dem Wortlaut des Art. 4 I Nr. 44 MiFID II, der fordert, dass die Wertpapiere auf „dem Kapitalmarkt gehandelt werden können." Nach der weiten Definition der europäischen Kommission ist der Begriff „Kapitalmarkt" breit angelegt und umfasst jegliches Zusammentreffen von Kaufs- und Verkaufsinteressen an Wertpapieren.[47] Kryptobörsen erfüllen dieses Kriterium zweifelsohne: Sie ermöglichen öffentlich zugänglich, für eine Vielzahl von Teilnehmern, das Zusammentreffen von Tokenangebot und -nachfrage und somit einfachen Handel.[48]

Umstritten ist, ob Wertpapiere gutgläubig erworben werden können müssen, um handelbar zu sein.[49] Wäre dies der Fall, würden Token nicht den Anfordernissen der Handelbarkeit gerecht, denn Token können mangels Sacheigenschaft i.S.d. § 90 BGB nicht gutgläubig gem. § 932 ff. BGB erworben werden.[50]

Dafür wird vorgebracht, dass für die Funktionsfähigkeit des Marktes ein Vertrauen der Marktteilnehmer auf einen

---

[35] Richtlinie 2014/65/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 über Märkte für Finanzinstrumente sowie zur Änderung der Richtlinien 2002/92/EG und 2011/61/EU, im Folgenden MiFID II.

[36] *Zickgraf*, AG 2018, 293, 299; *Veil*, ZHR 2019, 346, 355; *Van Aubel* (Fn. 4), Rn. 20.91.

[37] *Zickgraf,* AG 2018, 293, 299; *Veil,* ZHR 2019, 346, 355 f.; *Van Aubel* (Fn. 4), Rn. 20.93; *Borkert,* ITBR 2018, 91, 94; *Hacker/Thomale*, ECFR 2018, 645, 664: Siehe zum technischen Verfügungsverbot das *ICO* von EOS, bei dem Rechte am Token lediglich dem, über den *Public Key* individualisierbaren, ursprünglichen Erwerber zustehen.

[38] *Veil*, ZHR 2019, 346, 356; *Zickgraf,* AG 2018, 293, 299; *Van Aubel* (Fn. 4), Rn. 20.96.

[39] *Roth*, in Kölner Kommentar zum WpHG, 2. Auflage, 2014, § 2 WpHG Rn. 24 f.; *Assmann*, in: Assmann/Schneider, Wertpapierhandelsrecht, 7. Auflage, 2019, § 2 WpHG Rn. 11; *Kumpan*, in: Schwark/Zimmer, Kapitalmarktrechts-Kommentar, 4. Auflage 2010, § 2 WpHG Rn. 7; *Ritz/Zeising*, in: Just/Voß Wertpapierprospektgesetz (WpPG) und EU-Prospektverordnung, 2009, § 2 WpPG Rn. 35; *Heidelbach*, in: Schwark/Zimmer (Fn. 39), § 2 WpPG Rn. 8.

[40] So *Sester*, ZBB 2008, 369, 375, 378 f.; *Ritz/Zeising*, in Just/Voß (Fn. 39), § 2 WpPG Rn. 40; *Voß*, BKR 2007, 45, 50 ff., 53.

[41] So *Roth*, in: KölnKomm-WpHG (Fn. 39), § 2 Rn. 25; *Fuchs*, in: Fuchs Wertpapierhandelsgesetz (WpHG), 2. Auflage, 2016, § 2 Rn. 14; *Assmann*, in: Assmann/Schneider (Fn. 39), § 2 WpHG Rn. 11; *Veil*, ZHR 2019, 346, 356; *Hacker/Thomale*, ECFR 2018, 645, 667 f.; *Van Aubel* (Fn. 4), Rn. 20.97 f.; *Zickgraf*, AG 2018, 293, 300.

[42] *Zickgraf*, AG 2018, 293, 300; *Hacker/Thomale*, ECFR 2018, 645, 667; *Van Aubel* (Fn. 4), Rn. 20.97.

[43] *Zickgraf*, AG 2018, 293, 300; *Hacker/Thomale*, ECFR 2018, 645, 667 f.; *Veil*, ZHR 2019, 346, 356; *Roth*, in: KölnKomm-WpHG (Fn. 39), § 2 WpHG Rn. 24.

[44] *Veil*, ZHR 2019, 346, 356.

[45] *Zickgraf*, AG 2018, 293, 300; *Hacker/Thomale*, ECFR 2018, 645, 667 f.

[46] *Hacker/Thomale*, ECFR 2018, 645, 667 ff.; *Van Aubel* (Fn. 4), Rn. 20.101; *Zickgraf*, AG 2018, 293, 300.

[47] Siehe Europäische Kommission Fragen und Antworten zu MiFID I., S. 1.

[48] Vgl. *Roth*, in: KölnKomm-WpHG (Fn. 39), § 2 WpHG Rn. 28; ähnlich *Zickgraf*, AG 2018, 293, 301; *Veil,* ZHR 2019, 346, 357; *Hahn/Wilkens*, ZBB 2019, 10, 17.

[49] Ablehnend *Zickgraf*, AG 2018, 293, 302; *Veil,* ZHR 2019, 346, 357; *Hacker/Thomale*, ECFR 2018, 645, 665 f.; *Van Aubel* (Fn. 4), Rn. 20.95; *Hahn/Wilkens*, ZBB 2019, 10, 16; *Assmann*, in: Assmann/Schneider (Fn. 39), § 2 WpHG Rn. 21. **a.A**: *Kumpan*, in: Schwark/Zimmer (Fn. 39), § 2 WpHG Rn. 9; *Fuchs,* in: Fuchs WpHG (Fn. 41), § 2 Rn. 18; *Bialluch-von Allwörden/Allwörden*, WM 2018, 2118, 2120.

[50] *Zickgraf*, AG 2018, 293, 301; *Van Aubel* (Fn. 4), Rn. 20.40 ff, 20.95; ähnlich auch *Hacker/Thomale*, ECFR 2018, 645, 665.

rechtssicheren und einredefreien Erwerb essentiell sei.[51] Dies lässt sich jedoch durch die schlichte Tatsache widerlegen, dass sich Sekundärmärkte gebildet haben, auf denen ein liquider Handel mit Token betrieben wird.[52] Das Risiko von Verfügungen eines Nichtberechtigten ist vor dem Hintergrund der öffentlich einsehbaren Inhaberschaft von Token im Rahmen der *Blockchain*-Technologie weitgehend minimiert.[53] Die *Blockchain*-Technologie kommt zudem dem Schutzgedanken des gutgläubigen Erwerbs äquivalent nach: Aufgrund des technischen Prozesses sind Erwerbsvorgänge auf *Blockchains* nur vereinzelt rückgängig zu machen, dies gleicht der Situation des fehlenden Herausgabeanspruchs des ursprünglichen Eigentümers nach gutgläubigem Erwerb.[54] Im Ergebnis sind Token mithin handelbar i.S.d. Art. 4 I Nr. 44 MiFID II.[55]

II. Materielle Anforderungen des Wertpapierbegriffs

In materieller Hinsicht bestimmt sich die Qualifizierung eines Instruments als Wertpapier i.S.d. Art. 4 I Nr. 44 MiFID II nach einem prinzipienbasierten Ansatz: Entscheidend ist eine funktionale Vergleichbarkeit der ausgegeben Instrumente mit den als Regelbeispielen aufgeführten Wertpapierkategorien.[56] Im Folgenden werden die jeweiligen Charakteristika der drei Haupttypen und die der Hybrid Token aus *Investment* und *Utility Token* und *Investment* und *Currency Token* mit denen der Wertpapierkategorien aus Art. 4 I Nr. 44 lit. a-c MiFID II verglichen.

1. *Investment Token*

Typischerweise erwerben Investoren von *Investment Token* diese in Aussicht auf künftige Kapitalzuflüsse. Gewinnerwartungen haben auch „Anleger in Aktien" i.S.d. Art. 4 I Nr. 44 lit. a MiFID II. Diese Wertpapierkategorie zeichnen sich durch eine Eigenkapitalbeteiligung an einem Rechtsträger und der Vermittlung von Mitgliedschaftsrechten aus.[57] Mit dem Kauf von *Investment Token* erwirbt der Investor jedoch keine Anteile an dem *ICO* zugrundeliegenden Unternehmen, folglich keine Aktien oder Kapitalgesellschaftsanteile.[58] Für eine funktionale Vergleichbarkeit mit den Rechtsformunabhängigen „Aktien [...] gleichzustellende[n] Wertpapiere[n] [...]" i.S.d. Art. 4 I Nr. 44 lit. a MiFID II müssen die Instrumente, Mitgliedschaftsrechte am Rechtsträger vermitteln.[59] *Investment Token* vermitteln Vermögensrechte in Form von Zahlungsansprüchen auf zukünftige Gewinne des *ICO*-Unternehmens.[60] Vermitteln sie jedoch, wie üblicherweise, zusätzlich keine Verwaltungsrechte besteht vielmehr eine funktionale Vergleichbarkeit mit der Wertpapierkategorie aus Art. 4 I Nr. 44 lit. b MiFID II: Schuldverschreibungen umfassen nach überwiegender Ansicht auch Genussscheine, welche Ansprüche schuldrechtlicher Art vermitteln, die typischerweise Gesellschaftern zustehen.[61]

Insgesamt sind vor dem Hintergrund des Schutzgedankens der EU-Prospektverordnung *Investment Token* jedenfalls unter den prospektrechtlichen Wertpapierbegriff des Art. 4 I Nr. 44 lit. a oder lit. b MiFID II zu fassen: Die Wertsteigerung der Investition in *Investment Token* richtet sich nach den Anstrengungen der Emittenten, sodass daraus resultierende unternehmensbezogene Informationsasymmetrien durch Veröffentlichungspflichten der ProspektVO minimiert werden würden.[62]

2. *Utility Token*

Entscheidendes Charakteristikum von *Utility Token* ist, dass sie ihren Inhabern einen Anspruch gegen den Emittenten auf Nutzung von Produkten und Dienstleistungen, auf einer vom Emittenten geschaffenen Plattform, verschaffen – mit ihnen gehen keine Vermögensrechte i.S.d. Art. 4 I Nr. 44 lit. a MiFID II am *ICO*-Unternehmen einher.[63] Zentral ist der Konsumeffekt, sodass mithin keine funktionale Vergleichbarkeit mit den mit Zahlungsansprüchen verbundenen Regelbeispielen i.S.d. Art. 4 I Nr. 44 lit. b MiFID II vorliegt.[64] Zwar unterliegen auch Investoren von *Utility Token* Informationsdefiziten, diese beschränken sich jedoch auf die Funktionsweise der mit den Token verbundenen Plattformen und stehen in keinem kapitalmarktrechtlichen Zusammenhang.[65] Informationsasymmetrien bei Emissionen von *Utility Token* würden durch einen Wertpapierprospekt mit den Inhalten der Art. 6 ff. ProspektVO keine Abhilfe geschaf-

---

[51] *Kumpan*, in: Schwark/Zimmer (Fn. 39), § 2 WpHG Rn. 9; *Roth*, in: KölnKomm-WpHG (Fn. 39), § 2 WpHG Rn. 33.

[52] *Zickgraf*, AG 2018, 293, 301; *Hacker/Thomale*, ECFR 2018, 645, 665.

[53] Keine Notwendigkeit der Verbriefung der Token/Wertpapiere in einer Urkunde, BaFin Hinweisschreiben vom 20.2.18 (Fn. 33), S. 2; *Roth*, in: KölnKomm-WpHG (Fn. 39), § 2 WpHG Rn. 33, 37. Einzige Möglichkeit: Nichtberechtigte veranlassen Übertragungen indem sie sich Zugang zum *Private Key* verschaffen. *Hacker/Thomale*, ECFR 2018, 645, 666; *Zickgraf*, AG 2018, 293, 301; *Spindler*, in Möslein/Omlor (Fn. 5), § 13 Rn. 15; *Veil,* ZHR 2019, 346, 357; *Spindler*, WM 2018, 2109, 2112; *Kaulartz/Matzke*, NJW 2018, 3278, 3282 f. **a.A.**: *Bialluch-von Allwörden/Allwörden*, WM 2018, 2118, 2120 f.

[54] *Zickgraf*, AG 2018, 293, 301; *Hacker/Thomale*, ECFR 2018, 645, 666; *Borkert*, ITRB 2018, 91, 94; *Van Aubel* (Fn. 4), Rn. 20.95; *Rohr/Wright*, HLJ 2019,463, 479.

[55] *Hacker/Thomale*, ECFR 2018, 645, 666; *Klöhn/Parhofer/Resas*, ZBB 2018, 89, 93, 100; *Veil*, ZHR 2019, 346, 357; *Van Aubel* (Fn. 4), Rn. 20.95; eingeschränkt *Zickgraf*, AG 2018, 293, 302.

[56] Siehe Erwägungsgrund 8 MiFID II; *Veil,* ZHR 2019, 346, 357, 359; *Zickgraf*, AG 2018, 293, 302; *Hacker/Thomale*, ECFR 2018, 645, 670; *Van Aubel* (Fn. 4), Rn. 20.103.

[57] *Veil*, ZHR 2019, 346, 358; *Klöhn/Parhofer/Resas*, ZBB 2018, 89, 101.

[58] *Hacker/Thomale,* ECFR 2018, 645, 671; *Zickgraf*, AG 2018, 293, 303; *Van Aubel* (Fn. 4), Rn. 20.104; *Hahn/Wons* (Fn. 2), S. 6.

[59] *Roth*, in: KölnKomm-WpHG (Fn. 39), § 2 WpHG Rn. 49; *Assmann*, in: Assmann/Schneider (Fn. 39), § 2 WpHG Rn. 19; *Kumpan*, in: Schwark/Zimmer (Fn. 39), § 2 WpHG Rn. 16; *Fuchs,* in: Fuchs WpHG (Fn. 41), § 2 Rn. 20; *Veil*, ZHR 2019, 346, 361; *Zickgraf*, AG 2018, 293, 303; *Hahn/Wilkens*, ZBB 2019, 10, 20; *Hacker/Thomale*, ECFR 2018, 645, 671; *Van Aubel* (Fn. 4), Rn. 20.104 f.; *Voß,* BKR 2007, 45, 53 f.

[60] *Veil*, ZHR 2019, 346, 360; *Rohr/Wright*, HLJ 2019,463, 492.

[61] *Assmann*, in: Assmann/Schneider (Fn. 39), § 2 WpHG Rn. 25, 28; *Roth*, in: KölnKomm-WpHG (Fn. 39), § 2 WpHG Rn. 59; *Fuchs,* in: Fuchs WpHG (Fn. 41), § 2 Rn. 28; *Kumpan*, in: Schwark/Zimmer (Fn. 39), § 2 WpHG Rn. 23; Verkörperung schuldrechtlicher Ansprüche sind ausreichend für einer Vergleichbarkeit, BaFin Hinweisschreiben vom 20.2.18 (Fn. 33), S. 2; *Veil*, ZHR 2019, 346, 361; *Zickgraf*, AG 2018, 293, 303; *Hahn/Wilkens*, ZBB 2019, 10, 20; *Hacker/Thomale*, ECFR 2018, 645, 671; *Van Aubel* (Fn. 4), Rn. 20.104 f.; *Voß,* BKR 2007, 45, 53 f.

[62] *Zickgraf*, AG 2018, 293, 303; *Rohr/Wright*, HLJ 2019,463, 490; *Hacker/Thomale*, ECFR 2018, 645, 673; *Veil*, ZHR 2019, 346, 360; *Klöhn/Parhofer/Resas*, ZBB 2018, 89, 102; *Borkert*, ITRB 2018, 91, 94.

[63] *Veil*, ZHR 2019, 346, 363; *Hacker/Thomale*, ECFR 2018, 645, 673 f.; *Zickgraf*, AG 2018, 293, 303; *Rohr/Wright*, HLJ 2019,463, 492 f.

[64] *Zickgraf*, AG 2018, 293, 304; *Hacker/Thomale*, ECFR 2018, 645, 674 f.

[65] *Veil*, ZHR 2019, 346, 364; *Zickgraf*, AG 2018, 293, 304; *Hacker/Thomale*, ECFR 2018, 645, 675.

fen, der Regelungszweck der Prospektpflicht verfehlt.[66] Es liegt keine funktionale Vergleichbarkeit von reinen *Utility Token* mit den Eigen- und Fremdkapitalinstrumenten aus Art. 4 I Nr. 44 lit. a-c MiFID II vor.[67]

3. *Utility Token* mit Investmentkomponente

Unterschiedlich vorgenommen wird die Bewertung der Vergleichbarkeit mit den Wertpapierkategorien i.S.d. Art. 4 I Nr. 44 lit. a-c MiFID II von *Utility Token*, die neben ihrer Nutzungsfunktion eine Investmentkomponente verkörpern. Erwerben Investoren mit den *Utility Token* Gewinnansprüche, sind sie parallel zu *Investment Token* als Wertpapiere einzuordnen. Liegt die Investmentkomponente jedoch lediglich durch die Handelbarkeit der Token auf dem Sekundärmarkt vor, divergieren die Meinungen hinsichtlich ihrer funktionalen Vergleichbarkeit mit den Regelbeispielen.

Vermehrt werden multiple Kriterien im Einzelfall beleuchtet, zum Teil die Einordnung unter einer Gesamtschau dieser vorgenommen.[68] Für die funktionale Vergleichbarkeit sei entscheidend, ob die Investmentkomponente der Nutzungsfunktion überwiegt, der Erwerb des Token mithin finanzielle Rendite verspricht – lediglich dann seien die Investoren über die finanziellen Risiken aufzuklären und der Schutzgedanke der Prospektpflicht einschlägig.[69]

Für eine überwiegende Investmentkomponente, in Ermangelung bestehender Vermögensrechte, sei ein Faktor ein hohes Wertsteigerungspotential der Token.[70] Besteht eine exklusive Nutzungsmöglichkeit der Produkte nur für Tokeninhaber und ist die Stückzahl des Token begrenzt, sei von einem solchen auszugehen.[71] Parallel zum amerikanischen Wertpapierbegriff überwiege die Investmentkomponente ferner, wenn der Tokenerwerber dem *ICO*-Unternehmen Kapital zur Verfügung gestellt hat, um durch die Anstrengungen der Emittenten Gewinne zu erzielen.[72]

Jedoch indiziert das Vorliegen von Wertsteigerungsmöglichkeiten durch die Handelbarkeit auf dem Sekundärmarkt, ohne Verkörperung jeglicher Vermögensrechte, generell keine funktionale Vergleichbarkeit mit den Regelbeispielen des Art. 4 I Nr. 44 MiFID II. Anders als in den USA genügt für den europäischen Wertpapierbegriff nicht bereits der kleinste Bruchteil einer Investmentkomponente, um die Token insgesamt unter den unionsrechtlichen Wertpapierbegriff einzuordnen.[73]

Grundsätzlich ist für den Wertpapierbegriff zudem nicht ausschlaggebend, ob der Investor die Token mit Gewinnabsichten erwirbt.[74] Die Abgrenzung nach subjektiven Absichten der Investoren schafft Rechtsunsicherheit und ist nicht im Wortlaut des Art. 4 I Nr. 44 MiFID II verankert.[75] Diese untergräbt faktisch das Erfordernis der funktionalen Vergleichbarkeit mit den Regelbeispielen des Art. 4 I Nr. 44 lit. a-c MiFID II – die Anwendbarkeit der Prospektpflicht bestimmt sich mithin nach Kriterien des Anleger- und Marktschutzes.[76] Kapitalmarktspezifische Informationsasymmetrien sind in der Regel bei *Utility Token* mit Investmentkomponente produktbezogenen Informationsasymmetrien unterlegen, sodass keine funktionale Vergleichbarkeit mit den Wertpapierkategorien i.S.d. Art. 4 I Nr. 44 MiFID II besteht.[77]

Nur ausnahmsweise ist ein *Utility Token* ohne Vermögensrechte als Wertpapier i.S.d. Art. 4 I Nr. 44 MiFID II zu qualifizieren: Dazu muss die Wertsteigerungskomponente insoweit deutlich überwiegen, als dass der spekulative Aspekt als Grundstruktur mit dem Token und *ICO*-Unternehmen verwurzelt ist. Nur wenn die Nutzungskomponente faktisch vollkommen ins Hintertreffen gerät, ist von einer funktionalen Vergleichbarkeit auszugehen, da Prospektveröffentlichungspflichten die auf rein finanziellen Aspekten basierenden Informationsasymmetrien ausgleichen würden.[78] Dabei können vorgestellte objektive Kriterien als Indizien dienen; vielmehr gilt es jedoch nach eingängiger Analyse der individuellen Tokenstruktur eine Abwägung im Einzelfall vorzunehmen.

4. *Currency Token*

Die funktionale Vergleichbarkeit von *Currency Token* mit den Regelbeispielen des Art. 4 I Nr. 44 lit. a-c MiFID II ist zweifelhaft, denn aus der unionsrechtlichen Wertpapierdefinition werden Zahlungsinstrumente ausdrücklich ausgenommen. Diese umfasst ein enges Begriffsverständnis i.S. von „Bargeld, Schecks und andere liquide Mittel, die üblicherweise als Zahlungsinstrument verwendet werden."[79] Es stellt sich die Frage, ob *Currency Token* mit diesen vergleichbar sind. Obgleich *Currency Token* Unterschiede zu herkömmlichen Zahlungsinstrumenten aufweisen, beispielsweise durch die Nichtregistrierung als gesetzliches Zahlungsmittel,[80] ist dies anzunehmen: Vor dem Hintergrund der Funktion von *Currency Token* als plattformübergreifendes Zahlungsmittel ist vom Vorliegen des Befreiungstatbestands auszugehen. Der EuGH hat Bitcoins im Rahmen der Mehrwertsteuerrichtlinie[81] als „unmittelbare

---

66 *Zickgraf*, AG 2018, 293, 304; *Hacker/Thomale*, ECFR 2018, 645, 675.

67 *Veil*, ZHR 2019, 346, 363 f.; *Weitnauer,* BKR 2018, 231, 233.

68 *Zickgraf*, AG 2018, 293, 304 f.; *Van Aubel* (Fn. 4), Rn. 20.113; *Klöhn/Parhofer/Resas*, ZBB 2018, 89, 102; objektive Kriterien teilw. bei *Rohr/Wright*, HLJ 2019,463, 490 ff.; *Hacker/Thomale*, ECFR 2018, 645,681 ff.

69 *Klöhn/Parhofer/Resas*, ZBB 2018, 89, 102; *Zickgraf*, AG 2018, 293, 304: „Unternehmensfinanzierungsfunktion".

70 *Hacker/Thomale*, ECFR 2018, 645, 681; *Zickgraf*, AG 2018, 293, 305.

71 *Zickgraf*, AG 2018, 293, 305 f.; *Van Aubel* (Fn. 4), Rn. 20.110, 20.114; ähnlich im US-Recht, siehe *Rohr/Wright*, HLJ 2019,463, 516 ff.

72 „[...] with a reasonable expectations of profits, derived from the entrepreneurial or managerial efforts of others.", *SEC vs. W.J. Howey Co*., 328 U.S. 293, 301 (1946).

73 *Hacker/Thomale*, ECFR 2018, 645, 681 ff. Siehe zur Einordnung in den USA: *Rohr/Wright*, HLJ 2019,463, 491 ff.; SEC: Report of Investigation Pursuant to Section 21(a) of the Securities Exchange Act of 1934: The DAO, Release No. 81207, 25.7.17; SEC: In the Matter of Munchee Inc., Securities Act of 1933, Release No. 10445, 11.12.17.

74 So in den USA in Anlehnung an den Howey Test, *SEC vs. W.J. Howey Co.* (Fn. 72), siehe *Rohr/Wright*, HLJ 2019,463, 494.

75 *Veil*, ZHR 2019, 346, 363.

76 *Zickgraf*, AG 2018, 293, 306.

77 *Zickgraf*, AG 2018, 293, 306; *Van Aubel* (Fn. 4), Rn. 110; *Hacker/Thomale*, ECFR 2018, 645, 683; *Veil*, ZHR 2019, 346, 363; *Hahn/Wilkens*, ZBB 2019, 10, 21.

78 *Hacker/Thomale*, ECFR 2018, 645, 684.

79 *Assmann*, in: Assmann/Schneider, (Fn. 39), § 2 WpHG Rn. 16; *Roth*, in: KölnKomm-WpHG (Fn. 39), § 2 WpHG Rn. 41; *Kumpan*, in: Schwark/Zimmer (Fn. 39), § 2 WpHG Rn. 12; BT-Drucks 16/4028, S. 54.

80 *Hacker/Thomale*, ECFR 2018, 645, 677.

81 Richtlinie 2006/112/EG des Rates vom 28.11.2006 über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem EU ABl. 2006 L 347.

und vertragliche Zahlungsmittel" eingeordnet.[82] Selbige hat die BaFin als Rechnungseinheiten i.S.d. § 1 XI 1 Nr. 7 Alt. 2 KWG qualifiziert und somit primär bankenrechtlichen Regularien unterworfen.[83] *Currency Token* sind mithin in ihrer Reinform Zahlungsinstrumente und vom Wertpapierbegriff des Art. 4 I Nr. 44 MiFID II ausgenommen.[84]

5. *Currency Token* mit Investmentkomponente

Ähnliche Überlegungen wie bei der Mischform aus *Utility* und *Investment Token* gelten für *Currency Token*, denen neben der Verwendung als Zahlungsmittel der Zweck der Gewinnerzielung zukommt. Verkörpern diese Vermögensrechte, sind sie als Wertpapiere i.S.d. Art. 4 I Nr. 44 MiFID II einzuordnen.[85] Liegt ihre Investmentkomponente lediglich darin, dass sie als Anlage erworben und gewinnbringend auf dem Sekundärmarkt veräußert werden können, herrscht erneut Uneinigkeit.[86]

Die Abgrenzung nach vorgestellten objektiven Kriterien sind auf *Currency Token* mit Investmentkomponente mitunter nicht übertragbar, da ein exklusiver Plattformzugang und eine limitierte Anzahl zu erwerbender Token nicht für die Etablierung eines bestimmten Tokens als Zahlungsmittel förderlich ist, mithin keine Nutzungsfunktion einer Plattform besteht, die sich bei der Emission noch im Aufbau befinden könnte.[87] Bei *Currency Token* besteht per se ein geringerer Bezug zu den Emittenten, da sie den Investoren gegenüber diesen keinerlei Ansprüche gewähren.[88] Hinzukommt, dass ihre Wertigkeit weniger von Anstrengungen Dritter, sondern primär von der Marktentwicklung abhängt.[89] Im Vordergrund stehen Währungsrisiken, sodass mithin keine unternehmensbezogenen Informationsasymmetrien bestehen.[90] Bei Vorliegen einer Investmentkomponente ohne Verkörperung von Vermögensrechten stehen *Currency Token* in der Regel klassischen Zahlungsinstrumenten näher als Wertpapieren i.S.d. Art. 4 I Nr. 4 MiFID II, sind mit Letzteren mithin nicht vergleichbar.[91]

Konsequent ist, dass auch diese Token lediglich ausnahmsweise, wenn der spekulative Aspekt insoweit überwiegt, als dass die Zahlungsfunktion faktisch nicht mehr besteht, als Wertpapiere i.S.d. Art. 4 I Nr. 44 MiFID II zu qualifizieren sind.[92]

III. Prospektpflicht nach dem Vermögensanlagegesetz

Werden Token nicht als Wertpapiere i.S.d. Art. 4 I Nr. 44 MiFID II qualifiziert, kommt eine Prospektpflicht nach §§ 6 ff. VermAnlG in Betracht, denn der Vermögensanlagenbegriff nach § 1 II VermAnlG ist dem unionsrechtliche Wertpapierbegriff subsidiär. Scheitert die Einordnung als Wertpapiere an den formellen Voraussetzungen, weil eine Übertragbarkeit technisch ausgeschlossen ist, können die Token unter ein Regelbeispiel nach § 1 II Nr. 1-7 VermAnlG fallen und mithin als Vermögensanlagen einzuordnen sein.[93] Mangelt es für die Einstufung als Wertpapiere jedoch an der funktionalen Vergleichbarkeit mit einem der Regelbeispiele i.S.d. Art. 4 I Nr. 44 lit. a-c MiFID II, sind diese auch keine Vermögensanlagen i.S.d. § 1 II VermAnlG, denn für die Einordnung als Vermögensanlage bedarf es einer Investmentkomponente.[94] Vor dem Hintergrund, dass das VermAnlG und die ProspektVO der gleichen Zwecksetzung zugrunde liegen,[95] darf die im Wertpapierkontext unterlegene Investmentkomponente obgleich nicht für die Eröffnung des VermAnlG ausreichen, diese mithin nicht als Vermögensanlagen einzuordnen sein. Der Anwendungsbereich i.S.d. § 1 II VermAnlG ist nur bei Token mit einer überwiegenden Investmentkomponente, die ausnahmsweise nicht übertragbar sind, eröffnet.

E. Fazit und Ausblick

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass *Investment Token* stets als Wertpapiere i.S.d. Art. 4 I Nr. 44 MiFID II zu qualifizieren sind. Reine Utility und *Currency Token* hingegen nicht. Mischformen fallen bei Verkörperung von Vermögensrechten unter den unionsrechtlichen Wertpapierbegriff. Fehlen diese ist lediglich in Ausnahmefällen, wenn der Spekulationsaspekt die den Haupttypen klassifizierende Funktion faktisch untergräbt, von einer hinreichend funktionalen Vergleichbarkeit mit den Regelbeispielen des Art. 4 I Nr. 44 lit. a-c MiFID II auszugehen. Eine sichere Umgehung der Prospektpflicht nach Art. 3 ProspektVO besteht nur, wenn Token als nicht übertragbar ausgestaltet werden und somit jegliches Gewinnpotential ausgeschlossen ist.[96] Die Qualifizierung als Vermögensanlage ist nur subsidiär und mithin selten der Fall. Weitere kapitalmarktrechtliche Vorschriften, die mitunter denselben Wertpapierbegriff

---

[82] EuGH, Rs. C-265/14, ECLI:EU:C:2015:718 – *Skatteverket vs. Hedqvist*, 2015, Rn. 42, 55.

[83] BaFin Hinweise zu Finanzinstrumenten nach § 1 Abs. 11 Sätze 1 bis 3 KWG vom 20.12.11; BaFin Virtuelle Währungen/Virtual Currency (VC), 28.4.16; BaFin Hinweisschreiben vom 20.2.18 (Fn. 33). *Spindler*, WM 2018, 2109, 2114; *Weitnauer*, BKR 2019, 231, 233; *Danwerth/Hilder*, BKR 2019, 53, 62 f. **a.A.**: KG Berlin, welches die Ansicht der BaFin zur Einordnung von *Currency Token* als Rechnungseinheiten i.S.d. § 1 XI 1 Nr. 7 Alt. 2 KWG verworfen hat, KG Berlin, ZIP 2018, 2015.

[84] *Hacker/Thomale*, ECFR 2018, 645, 680; *Spindler*, WM 2018, 2109, 2114; *Chatard/Mann*, NZG 2019, 567, 572; *Zickgraf*, AG 2018, 293, 306 f.; *Weitnauer,* BKR 2018, 231, 233; *Borkert*, ITRB 2018, 91, 94.

[85] *Van Aubel* (Fn. 4), Rn. 20.121; *Hacker/Thomale*, ECFR 2018, 645, 685 f.

[86] Wenn auch weniger als bei *Utility Token* mit Investmentkomponente. Ablehnend *Zickgraf*, AG 2018, 293, 307; *Hacker/Thomale*, ECFR 2018, 645, 685 f.; **a.A.**: *Van Aubel* (Fn. 4), Rn. 20.121 f.

[87] Hier auch so *Zickgraf*, AG 2018, 293, 307; **a.A.**: *Van Aubel* (Fn. 4), Rn. 20.122.

[88] *Zickgraf*, AG 2018, 293, 307.

[89] *Zickgraf*, AG 2018, 293, 307. Jedoch auch von den Anstrengen der Entwickler, *Hacker/Thomale*, ECFR 2018, 645, 680.

[90] *Spindler*, WM 2018, 2109, 2114; *Hacker/Thomale*, ECFR 2018, 645, 679 f.; *Spindler*, in Möslein/Omlor (Fn. 5), § 13 Rn. 21; *Zickgraf*, AG 2018, 293, 307.

[91] Es kommt nicht auf die Befreiung durch die Einstufung als „Zahlungsinstrument" i.S.d. Art. 4 I Nr. 44 MiFID II an. i.Erg. so auch *Hacker/Thomale*, ECFR 2018, 645, 685 f. **a.A.**: *Zickgraf,* AG 2018, 293, 307.

[92] Insbesondere bei hoher Volatilität ähneln die Token sodann mehr spekulativen Anlagegeschäften als Währungen. *Hacker/Thomale*, ECFR 2018, 645, 680.

[93] Vermögensanlagen sind nicht handelbar. Einordnung der Token insb. unter § 1 II Nr. 1-5, 7 VermAnlG, BaFin Hinweisschreiben vom 20.2.18 (Fn. 33), S. 3; *Spindler*, WM 2018, 2109, 2114; *Van Aubel* (Fn. 4), Rn. 20. 136 f.; *Hahn/Wilkens*, ZBB 2019, 10, 25; *Weitnauer*, BKR 2018, 231, 235; *Bialluch-von Allwörden/von Allwörden*, WM 2018, 2118, 2122; *Klöhn/Parhofer/Resas*, ZBB 2018, 90, 103.

[94] *Van Aubel* (Fn. 4), Rn. 20.138; *Klöhn/Parhofer/Resas*, ZBB 2018, 89, 103; *Danwerth/Hilder*, BKR 2019, 53, 64 f.

[95] *Klöhn/Parhofer/Resas*, ZBB 2018, 89, 103.

[96] *Van Aubel* (Fn. 4), Rn. 20.115.

führen, sind im weiteren Verkehr mit Token nach erstmaliger Emission im Rahmen eines *ICOs* potentiell anwendbar.[97]

Dieses Ergebnis ist auch berechtigt, denn aufgrund bestehender klassischer Kapitalmarktrisiken bei *ICOs* ist nicht ersichtlich, warum Tokenemittenten rechtspolitisch generell von einer Prospektveröffentlichungspflicht befreit werden sollen. Jedoch ist der Status quo von Rechtsunsicherheiten geprägt, welcher die Wachstumsprognosen des *ICO*-Markts insgesamt hemmt und die Wahl und Etablierung von Deutschland als Emissionsstandort hindert. Dementsprechend wünschenswert ist eine klare Positionierung der ESMA und BaFin. Abhilfe würde bereits die Möglichkeit einer individuellen wertpapierrechtlichen Einordnung durch die BaFin in Bezug auf den konkret zu emittierenden Token im Vorfeld eines *ICOs* schaffen.[98]

Hinzukommt, dass selbst unter der Prämisse einer klaren aufsichtsrechtlichen Einordnung von *ICOs* unter bestehende kapitalmarktrechtliche Regelwerke diese nicht sachgerecht auf Tokenemissionen ausgestaltet sind.[99] *De lege ferenda* ist die Entwicklung spezieller Regime für die Emission von Token durch den europäischen Gesetzgeber erstrebenswert.[100]

Essentiell ist, dass Tokenemittenten zeitnah ein klarer Weg geboten wird, *ICOs* im Einklang mit bestehenden kapitalmarktrechtlichen Vorschriften durchzuführen. Es gilt, zumindest auf gesamteuropäischer Ebene einheitlich, insgesamt einen Ausgleich zu finden zwischen Regulierungen, welche Anleger und Markt gleichermaßen schützen, jedoch auch innovative und technologisch basierte Finanzierungsformen wie *Initial Coin Offerings* forcieren.

---

[97] Insbesondere Einschlägigkeit MiFID II, MAR, WpHG, KAGB, OGAW-RL, AIFM-RL, KWG, ZAG.

[98] *Chatard/Mann*, NZG 2019, 567, 573 f.; *Veil*, ZHR 2019, 346, 375. *Hacker/Thomale*, ECFR 2018, 645, 692 ff.

[99] *Klöhn/Parhofer/Resas*, ZBB 2018, 89, 104 f.; *Veil*, ZHR 2019, 346, 366; *Hacker/Thomale*.

[100] Beispielsweise durch die Schaffung eines ProspektVO-Anhangs für Tokenemissionen. *Hahn/Wilkens*, ZBB 2019, 10, 25 f.; *Klöhn/Parhofer/Resas*, ZBB 2018, 89, 104 f.; *Spindler*, WM 2018, 2109, 2117; *Chatard/Mann*, NZG 2019, 567, 574; *Veil*, ZHR 2019, 346, 366; *Hacker/Thomale*, ECFR 2018, 645, 691 ff.

Karolin Kreutzer*

Konflikt zwischen Pressefreiheit und Insiderrecht

A. Einführung

Der Kapitalmarkt steht längst im öffentlichen Interesse und damit auch im Fokus der Medien.[1] Der Finanz- und Wirtschaftsjournalismus gewinnt an Publikum, was v.a. daran liegen mag, dass sich vermehrt auch private Anleger auf dem Kapitalmarkt ausprobieren.[2] Dabei sind die Systeme und Entwicklungen auf den Finanzmärkten hochkomplex und gerade für private Anleger schwer nachzuvollziehen. Dem daraus entstehenden Bedürfnis der leicht verständlichen und zusammengefassten Information als Grundlage für die eigene Urteilsbildung kommt die Presse nach. Bei den hierfür nötigen Recherchen kann es vorkommen, dass Wirtschaftsjournalisten mit sog. Insiderinformationen in Kontakt geraten.[3]

Zwischen dem die Information berührenden Insiderrecht und der den Journalisten und Journalismus schützenden Pressefreiheit kann dabei ein Spannungsverhältnis entstehen. Rechtlich hat sich dies in Art. 21 der Marktmissbrauchsverordnung (MAR) niedergeschlagen, der intendiert das Marktmissbrauchsrecht mit der Pressefreiheit in Einklang zu bringen. Trotz der hohen Relevanz der Norm sind ihre Tiefen bisher wenig ausgetestet und folglich ihre tatsächliche Auswirkung in der Literatur höchst umstritten.[4]

Der Beitrag möchte den Konflikt daher näher beleuchten. Zunächst wird der Zielkonflikt dargestellt (B.), worauf eine Vorstellung der aktuellen rechtlichen Lösung in Art. 21 MAR folgt (C.). Die Norm wird in ihren Auswirkungen untersucht, wobei sich diese Arbeit auf das Offenlegungsverbot des Art. 10 Abs. 1 MAR fokussiert (D.). Im Anschluss wird die Wirkung des Art. 21 MAR in Hinblick auf Art. 10 Abs. 1 MAR bewertet und es werden alternative Lösungswege präsentiert (E.). Die Ergebnisse werden in einem Fazit zusammengefasst (F.).

B. Zielkonflikt zwischen Pressefreiheit und Insiderrecht

I. Ziel des Insiderrechts

„Die wertvollste Ware, die ich kenne, ist die Information" sagt Bösewicht Gordon Gekko in dem Film „Wall Street". Dies trifft v.a. auf den Kapitalmarkt zu. Wer von Informationen weiß, die präzise, kursrelevant und nicht öffentlich bekannt sind, kennt eine Insiderinformation i.S.d. Art. 7 MAR und könnte aus diesem Wissensvorsprung im Regelfall Geld machen.[5] Allerdings verbietet das Insiderrecht die Offenlegung und Ausnutzung von Insiderinformationen in Art. 14 MAR. Tragender Gedanke des Verbots ist, dass eine informationelle Ungleichheit auf dem Kapitalmarkt zu ungerechtfertigten Vorteilen der Insider führen würde und Anleger das Vertrauen in die Integrität des Kapitalmarkts verlieren könnten.[6] Ziel des Insiderrechts ist es derartige Entwicklungen zu verhindern und so zur Transparenz und Integrität der Kapitalmärkte beizutragen.[7] Dabei ist die angestrebte informationelle Chancengleichheit oft nicht mit Geheimhaltung zu erreichen, weil es meist schon einen kleineren Kreis von Insidern gibt. Es muss daher oft die Flucht nach vorne angetreten werden und die Information öffentlich bekannt gemacht werden.[8] Dies spiegelt sich auch in der sog. Ad-hoc-Publizität des Art. 17 Abs. 1 MAR wieder, der von Emittenten die unverzügliche Bekanntgabe von sie unmittelbar betreffenden Insiderinformation an die Öffentlichkeit fordert.

II. Ziel der Pressefreiheit

Legislative, Exekutive, Judikative und - die Medien.[9] Der weit verbreitete Begriff der Medien als vierte Gewalt macht deutlich, wie wichtig sie in einer Welt sind, die immer mehr um Informationen kreist. Die Medien sollen Informationen aufgreifen, verarbeiten, sie kritisieren, diskutieren und so zur Meinungsbildung der Bürger beitragen sowie Partizipation im gesellschaftlichen Diskurs ermöglichen. Hierbei spielt insbesondere die Presse eine wichtige Rolle, womit europarechtlich im Kern periodisch erscheinende Druckschriften gemeint sind.[10] So wurde die Presse vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte zum öffentlichen Wachhund erkoren.[11] Damit die Presse die an sie gerichteten Erwartungen als glaubwürdige Informationsquelle und Faktor für die Meinungsbildung erfüllen kann, wird sie sowohl auf europäischer als auch nationaler Ebene durch das Grundrecht der Pressefreiheit geschützt.[12] Der Schutz ist auf beiden Ebenen dualistisch ausgestaltet und umfasst individuell die Freiheit aller Presseangehörigen, sowie überindividuell-objektiv die Gewährleistung der Meinungs- und Medienvielfalt.[13] Letztliches Ziel der Pressefreiheit

---

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

1 Zum öffentlichen Interesse an Insiderinformationen s. *Flaig*, Wirtschaftsjournalismus und Markt – Notwendigkeit und Ansätze einer Regulierung, 2009, S. 19f.; *Klöhn*, in: Kölner Kommentar zum WpHG[2], 2014, WpHG § 14 Rn. 460.

2 *Schröder*, NJW 2009, 465, 467; *Spindler*, NZG 2004, 1138.

3 *Kumpan/Schmidt*, in: Schwark/Zimmer (Hrsg.), Kapitalmarktrechtskommentar[5], 2020, MAR Art. 21 Rn. 1.

4 Zur Unklarheit der Konsequenzen des Art. 21 MAR: *Buck-Heeb*, in: Assmann/Schütze/Buck-Heeb (Hrsg.), Handbuch des Kapitalanlagerechts[5], 2020, § 8 Rn. 282; *Meyer*, in: Meyer/Veil/Rönnau (Hrsg.), Handbuch zum Marktmissbrauchsrecht, 2018, § 8 Rn. 54.

5 Statt vieler *Klöhn*, in: Klöhn (Hrsg.), Marktmissbrauchsverordnung, 2018, MAR Art. 7 Rn. 129.

6 Erwägungsgrund 23 MAR; zur informationellen Chancengleichheit als oberstes Prinzip des Insiderrechts s. *Sturm*, ZBB 2010, 20, 28.

7 Art. 1 MAR sowie Erwägungsgrund 2 und 24 MAR; *Klöhn*, in: Klöhn (Fn. 5), MAR Art. 1 Rn. 6.

8 *Schröder*, in: Schröder/Sethe (Hrsg.), Kapitalmarktrecht und Pressefreiheit, 2011, 75, 81; *Sturm*, ZBB 2010, 20, 29.

9 Zum Begriff der Medien als vierte Gewalt: *Rudolph*, Erhalt von Vielfalt im Pressewesen, 2008, S. 2.

10 *Cornils*, in: BeckOK Informations- und Medienrecht[29], 2020, EMRK Art. 10 Rn. 23.

11 EMGR NJW 2004, 2647 Rn. 63.

12 Zur Pressefreiheit als Teilausprägung der europäischen Medienfreiheit: *Knecht*, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo (Hrsg.), EU-Kommentar[4], 2019, GrCh Art. 11 Rn. 8.

13 *Bernsdorff*, in: Meyer/Hölscheidt (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union[5], 2019, GrCh Art. 11 Rn. 19.

ist es, den Rahmen für eine freie, unabhängige und vielfältige Berichterstattung zu schaffen, die ihrerseits für die Meinungsbildung und Informierung der Bürger, sowie eine freiheitliche Demokratie von konstituierender Bedeutung ist.[14]

III. Zielkonflikt

Fraglich ist nun, inwieweit ein Zielkonflikt zwischen den aufgezeigten Zielen des Insiderrechts und der Pressefreiheit besteht. Auf den ersten Blick konvergieren die Interessen dahingehend, dass beide die Publikation von Informationen anstreben. Bei genauerem Hinsehen entstehen jedoch gerade bei der Veröffentlichung von Insiderinformation durch die Presse große Spannungen.

Denn wie der Gesetzgeber mit dem Offenlegungsverbot des Art. 10 Abs. 1 MAR und dem Ad-hoc-Verfahren des Art. 17 MAR zeigt, sollen Insiderinformationen Dritten nicht bekannt gemacht werden, ohne dass die breite Kapitalmarktöffentlichkeit zeitgleich die Möglichkeit zur Wahrnehmung hat.[15] Diese Anforderung soll eine schleichende Verbreitung von Insiderinformationen verhindern und die informationelle Chancengleichheit aller Anleger wahren. Das Offenlegungsverbot kann aber mit der alltäglichen journalistischen Arbeit konfligieren, in der Insiderinformationen vor der Veröffentlichung an einzelne Presseangehörige gegeben und kollegial bearbeitet werden. Selbst die Veröffentlichung kann problematisch sein, wenn sie in regionalen Medien erfolgt und somit deutschlandweit nicht alle Anleger gleichzeitig von der Insiderinformation erfahren können.

C. Aktuelle Lösung des Zielkonflikts in Art. 21 MAR

Frage dieses Beitrags ist, ob Art. 21 MAR die aufgezeigten Konflikte zwischen dem Insiderrecht und der Pressefreiheit lösen kann. Art. 21 MAR ist Teil der 2016 in Kraft getretenen Marktmissbrauchsverordnung. Sie ersetzt die Marktmissbrauchsrichtlinie von 2003[16] und ist dieser in der Konzeption sehr ähnlich.[17]

I. Anwendungsbereich des Art. 21 MAR

Art. 21 MAR findet Anwendung, wenn für journalistische Zwecke oder andere Ausdrucksformen in den Medien Informationen offengelegt werden.[18] Offenlegung ist i.S.d. Art. 10 MAR zu verstehen und bedeutet Dritten die Kenntnisnahme zu ermöglichen, ohne dass die Information dabei gem. Art. 7 Abs. 1 MAR öffentlich bekannt wird.[19] Die Voraussetzung der Offenlegung für journalistische Zwecke richtet sich in ihrer Bedeutung nach Art. 11 GrCh,[20] der seinerseits an Art. 10 EMRK angelehnt ist.[21] Sachlich sind alle pressespezifischen Tätigkeiten von Beschaffung bis Verbreitung von Informationen,[22] persönlich alle an der Herstellung und Verbreitung periodischer Presseerzeugnisse Beteiligten erfasst.[23] Aus dem Anwendungsbereich der Norm werden gem. Art. 21 lit. a und lit. b MAR Offenlegungen zu eigennützigen und manipulativen Zwecken ausgenommen.[24]

II. Rechtsfolgen des Art. 21 MAR

Rechtsfolge des Art. 21 MAR ist, dass bei Beurteilung der Offenlegung nach Art. 10 MAR die Pressefreiheit sowie die journalistischen Berufs- und Standesregeln berücksichtigt werden müssen.

1. Berücksichtigung der Pressefreiheit

Die Auslegung und Anwendung von europäischen Sekundärrechtsakten wie der MAR muss stets in Einklang mit dem europäischen Primärrecht und somit auch der Grundrechtecharta stehen.[25] Wenn Art. 21 MAR die Berücksichtigung der Pressefreiheit fordert, hat dies insofern nur klarstellenden Charakter.[26]

a) Inhalt und mögliche Beschränkungen der Pressefreiheit

Die zu berücksichtigende europäische Pressefreiheit ist in Art. 11 GrCh niedergelegt und schützt, wie beschrieben, die Freiheit der pressebezogenen Tätigkeiten aller Presseangehörigen von Beschaffung bis zur Verbreitung der Information.[27] Überindividuell ist durch Art. 11 Abs. 2 GrCh die Pluralität der Presse als Grundlage der Meinungsvielfalt geschützt.[28] Einen Eingriff in diesen Schutzbereich stellen alle das geschützte Verhalten erschwerenden Regelungen dar.[29] Dabei dürfen Eingriffe gem. Art. 52 Abs. 3 GrCh i. V. m. Art. 10 Abs. 2 EMRK nur erfolgen, wenn sie gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sind. Zusätzlich sind Einschränkungen der Pressefreiheit eng

---

[14] *Rudolph* (Fn. 9), S. 2; *Spindler*, NZG 2004, 1138, 1140.

[15] *Meyer*, in: Meyer/Veil/Rönnau (Fn. 4), § 8 Rn. 55.

[16] Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Januar 2003 über Insider-Geschäfte und Marktmanipulation (Marktmissbrauch).

[17] *Kumpan*, in: Baumbach/Hopt (Hrsg.), Handelsgesetzbuch[39], 2020, Vorbemerkung MAR Rn. 1; zur inhaltlichen Nähe des Mitteilungsverbots in § 14 Abs. 1 Nr. 2 WpHG a.F. zu Art. 10 MAR: *Kumpan/Schmidt*, in: Schwark/Zimmer (Fn. 3), MAR Art. 10 Rn. 2; aufgrund der Ähnlichkeit wird in dieser Arbeit auch die das frühere Recht kommentierende Literatur herangezogen.

[18] Sie findet auch Anwendung bei der Verbreitung von Informationen und Empfehlungen i.S.v. Art. 12 Abs. 1 lit. c MAR und Art. 20 MAR. Der Beitrag konzentriert sich auf das Verhältnis von Art. 21 MAR zu Art. 10 MAR, da das Spannungsverhältnis zwischen Insiderrecht und Pressefreiheit hier besonders evident wird.

[19] *Koller*, in: Assmann/Schneider/Mülbert (Hrsg.), Wertpapierhandelsrecht[7], 2019, MAR Art. 21 Rn. 4; *Klöhn/Büttner*, WM 2016, 2241, 2242.

[20] *Koller*, in: Assmann/Schneider/Mülbert (Fn. 19), MAR Art. 21 Rn. 2; *Klöhn/Büttner*, WM 2016, 2241, 2243.

[21] *Feise*, Medienfreiheit und Medienvielfalt gemäß Art. 11 Abs. 2 der Europäischen Grundrechtecharta, 2006, S. 50; *Augsberg*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Nomos Kommentar, Europäisches Unionsrecht[7], 2015, EU-GrCharta Art. 11 Rn. 1f.

[22] *Jarass*, in: Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union[3], 2016, EMRK Art. 10 Rn. 18.

[23] *Koller*, in: Assmann/Schneider/Mülbert (Fn. 19), MAR Art. 21 Rn. 5.

[24] Zur gleichlautenden Benennung der Zwecke: *Klöhn/Büttner*, WM 2016, 2241, 2245.

[25] *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union[69], 2020, AEUV Art. 288 Rn. 226.

[26] *Kumpan/Schmidt*, in: Schwark/Zimmer (Fn. 3), MAR Art 21 Rn. 3.

[27] Siehe hierzu unter C.I.

[28] *Feise* (Fn. 21), S. 100f.; *Augsberg*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Fn. 21), GrCh Art. 11 Rn. 8.

[29] *Feise* (Fn. 21), S. 144-147; *Augsberg*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Fn. 21), GrCh Art. 11 Rn. 8.

auszulegen und müssen im rechten Verhältnis zu dem verfolgten Zweck stehen.[30]

b) Abwägung

Sofern insiderrechtliche Regelungen pressespezifische Tätigkeiten erschweren und somit in den Schutzbereich eingreifen, müssen sie daher in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sein. Die Pressefreiheit in Art. 11 GrCh macht keine konkreten Angaben zur Notwendigkeit insiderrechtlicher Beschränkungen. Daher ist die Rechtmäßigkeit durch eine Abwägung zwischen den drohenden Verlusten für die Pressefreiheit und für die Kapitalmarktintegrität zu ermitteln.[31]

Je nachdem welche Seite überwiegt, findet das Offenlegungsverbot des Art. 10 Abs. 1 MAR auf pressefreiheitlich geschützte Tätigkeiten Anwendung. Bei Überwiegen der Schäden für die Pressefreiheit kann Art. 10 Abs. 1 MAR nicht oder nur in grundrechtskonformer Modifizierung zum Einsatz kommen.[32] Tatbestandlicher Aufhänger der Abwägung ist die Unrechtmäßigkeit der Offenlegung.[33]

2. Berücksichtigung der journalistischen Berufs- und Standesregeln

a) Allgemeines

Weiterhin sollen journalistische Berufs- und Standesregeln berücksichtigt werden. Art. 21 MAR eröffnet so die Möglichkeit der Einbeziehung nationalen Rechts.[34] Der Begriff der journalistischen Berufs- und Standesregeln ist nicht definiert. Erfasst sind Vorschriften, die Verhaltenspflichten von Journalisten definieren und konkretisieren. Dabei kann es sich um staatliche Normen, aber auch um Regelungen ohne Gesetzesrang,[35] wie etwa selbst gesetzte Verhaltenskodizes handeln.[36]

b) Landespressegesetze

In Deutschland unterliegt das Presserecht gem. Art. 70 Abs. 1 GG der Landeskompetenz, sodass es auf die Pressegesetze der Bundesländer ankommt. Den Pressegesetzen ist gemein, dass sie eine Wahrheits- und Sorgfaltspflicht festlegen.[37] Informationen sind danach vor ihrer Verbreitung auf Richtigkeit, Inhalt und Herkunft zu überprüfen. Auch wird eine strafrechtliche Sonderhaftung der verantwortlichen Redakteure für den Fall begründet, dass mittels eines Druckwerks Straftaten begangen werden.[38]

c) Der Pressekodex des deutschen Presserats

Als heranzuziehender, selbstgesetzter Verhaltenskodex gilt v.a. der Pressekodex des Deutschen Presserats, der ethische Standards für den Journalismus festlegt.[39] Auch hier stehen Wahrheits- und Sorgfaltspflichten an erster Stelle. Relevant für das Insiderrecht ist Ziffer 5.1, die eine Veröffentlichung als geheim bezeichneter Vorgänge erlaubt, wenn das Informationsbedürfnis der Öffentlichkeit das Geheimhaltungsinteresse überwiegt. Die in Ziffer 7.4 beschriebenen Regeln des Pressekodex zur Wirtschafts- und Finanzmarktberichterstattung sind in den journalistischen Verhaltensgrundsätzen und Empfehlungen des deutschen Presserats zur Wirtschafts- und Finanzmarktberichterstattung konkretisiert.[40]

D. Anwendung des Art. 21 MAR auf das Offenlegungsverbot des Art. 10 Abs. 1 MAR

Ob Art. 21 MAR mit seinen Rechtsfolgen wie intendiert das Spannungsverhältnis zwischen dem Insiderrecht und der Pressefreiheit lösen kann, wird nun beispielhaft am Offenlegungsverbot aus Art. 10 Abs. 1 MAR erörtert.

I. Verbot der unrechtmäßigen Offenlegung nach Art. 10 Abs. 1 MAR

Zunächst wird hierzu Art. 10 Abs. 1 MAR vorgestellt.

1. Ziel der Regelung

Ziel des Art. 10 Abs. 1 MAR ist es, den Kreis der Personen, die Kenntnis von einer Insiderinformation haben, so klein wie möglich zu halten. Denn mit wachsender Verbreitung der Insiderinformation wächst auch das ihr inhärente Risiko verbotener Insidergeschäfte.[41]

2. Tatbestand

Tatbestandlich muss eine unrechtmäßige Offenlegung vorliegen.

a) Offenlegung

Offenlegung bedeutet die Ermöglichung der Kenntnisnahme einer Insiderinformation durch einen anderen, ohne dass die Insiderinformation öffentlich bekannt i.S.d. Art. 7 Abs. 1 MAR wird.[42] Eine Veröffentlichung von Insiderinformationen, welche dieselben öffentlich bekannt macht, ist daher tatbestandlich nicht vom Offenlegungsverbot umfasst.[43] Denn in dem Moment, in dem alle Marktteilnehmer auf die Information zugreifen können, wird die Chancengleichheit hergestellt und die Information verliert ihren Status als Insiderinformation.

---

30 EuGH EuR 2001, 542 Rn. 40; *Klöhn*, in: Klöhn (Fn. 5), MAR Art. 21 Rn. 46.

31 Zu den Abwägungsfaktoren s. *Klöhn*, in: Kölner Komm WpHG (Fn. 1), WpHG § 14 Rn. 459f.; *Kumpan/Schmidt*, in: Schwark/Zimmer (Fn. 3), MAR Art. 21 Rn. 22-25.

32 *Klöhn/Büttner*, WM 2016, 2241, 2247; *Kumpan/Schmidt*, in: Schwark/Zimmer (Fn. 3), MAR Art. 21 Rn. 22.

33 *Kumpan/Schmidt*, in: Schwark/Zimmer (Fn. 3), MAR Art. 21 Rn. 30.

34 *Rönnau/Wegner*, in: Meyer/Veil/Rönnau (Fn. 4), § 28 Rn. 49.

35 Insofern kommt zu einer sog. „Erhärtung weichen Rechts", s. *Klöhn/Büttner*, WM 2016, 2241, 2242.

36 *Klöhn*, in: Klöhn (Fn. 5), MAR Art. 21 Rn. 50.

37 Meist in § 6 LPG geregelt, s. z.B. § 6 Hamburgisches Pressegesetz; *Klöhn/Büttner*, WM 2016, 2241, 2246.

38 Siehe hierzu bspw. § 19 Hamburgisches Pressegesetz.

39 *Klöhn/Büttner*, WM 2016, 2241, 2246; abrufbar unter: https://www.presserat.de/pressekodex.html.

40 Abrufbar unter: https://www.presserat.de/downloads.html, Finanzberichterstattung.

41 EuGH EuZW 2006, 25 Rn. 36; *Kumpan*, in: Baumbach/Hopt (Fn. 17), MAR Art. 10 Rn. 1.

42 *Koller*, in: Assmann/Schneider/Mülbert (Fn. 19), MAR Art. 21 Rn. 4; *Kumpan/Grütze*, in: Schwark/Zimmer (Fn. 3), MAR Art. 10 Rn. 11.

43 *Klöhn*, in: Klöhn (Fn. 5), MAR Art. 10 Rn. 20; *Klöhn*, in: Kölner Komm WpHG (Fn. 1), WpHG § 14 Rn. 454.

Entscheidende Grenze zwischen verbotener Offenlegung und Veröffentlichung ist somit die Herstellung der öffentlichen Bekanntheit einer Information. Gerade diese ist aber in der MAR nicht definiert und schwer zu fassen. Um dem Telos der informationellen Chancengleichheit gerecht zu werden, sollte aber ein möglichst breites Publikum erreicht werden.[44] In der Literatur wird daher größtenteils die Zugänglichmachung zum sog. breiten Anlegerpublikum gefordert,[45] das als Gesamtheit aller nach Informationen suchender Anleger am Kapitalmarkt definiert wird.[46] Dabei reicht für die Veröffentlichung die Möglichkeit zur Kenntnisnahme aus - auf eine tatsächliche Kenntnisnahme kommt es nicht an.[47] Auch die Möglichkeit zur Kenntnisnahme sollte aber i.S.d. Chancengleichheit für alle Anleger zeitgleich entstehen.[48]

b) Unrechtmäßigkeit

Die Offenlegung muss zudem unrechtmäßig erfolgen.[49] Ausnahmsweise ist sie das gem. Art. 10 Abs. 1 MAR nicht, wenn sie im Zuge der normalen Ausübung einer Beschäftigung oder eines Berufs oder der normalen Erfüllung von Aufgaben erfolgt. Was sich hinter diesen „normalen" Tätigkeiten verbirgt, ist in der MAR nicht geregelt. Dahinter steht wohl eine Abwägung zwischen dem Offenlegungsinteresse und dem Informationseindämmungsinteresse des Marktes.[50] Diese erfolgt durch eine Verhältnismäßigkeitsprüfung in vier Schritten: die Offenlegung muss einen legitimen Zweck verfolgen und zum Erreichen dieses Zwecks geeignet, erforderlich und angemessen sein.[51] Kontur wird der Erforderlichkeit[52] durch eine Entscheidung des EuGH gegeben, der zur wortgleichen Vorgängerregelung des Art. 3 lit. a Marktmissbrauchsrichtlinie von 2003 entschied, dass ein enger Zusammenhang zwischen der Weitergabe und der Ausübung des Berufs bestehen muss und die Weitergabe für die Ausübung des Berufs unerlässlich sein muss.[53] Die Dogmatik der Grøngaard-und-Bang-Entscheidung wird auf Art. 10 Abs. 1 MAR entsprechend angewendet.[54] Die Offenlegung ist somit ausnahmsweise rechtmäßig nach Art. 10 Abs. 1 MAR, wenn sie in engem Bezug zum Beruf erfolgt und für die Ausübung desselben unerlässlich und verhältnismäßig ist.

[44] *Kumpan/Misterek*, in: Schwark/Zimmer (Fn. 3), MAR Art. 7 Rn. 100.

[45] *Buck-Heeb*, in: Assmann/Schütze/Buck-Heeb (Fn. 4), § 8 Rn. 91; *Klöhn,* ZHR 2016, 707, 719; *Kumpan,* DB 2016, 2039, 2042; *Hopt/Kumpan*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski (Hrsg.), Bankrechts-Handbuch[5], 2017, § 107 Rn. 52; **a.A.** *Trüg*, in: Leitner/Rosenau (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2017, WpHG § 38 Rn. 129.

[46] *Klöhn*, in: Klöhn (Fn. 5), MAR Art. 7 Rn. 126 und 132.

[47] *Trüg*, in: Leitner/Rosenau (Fn. 45), WpHG § 38 Rn. 129.

[48] *Kumpan/Misterek*, in: Schwark/Zimmer (Fn. 3), MAR Art. 7 Rn. 102.

[49] Zur Unrechtmäßigkeit als Tatbestandsmerkmal: *Hopt/Kumpan*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski (Fn. 45), § 107 Rn. 104.

[50] *Klöhn*, in: Klöhn (Fn. 5), MAR Art. 10 Rn. 43; *Kumpan/Grütze*, in: Schwark/Zimmer (Fn. 3), MAR Art. 10 Rn. 27.

[51] *Klöhn*, in: Klöhn (Fn. 5), MAR Art. 10 Rn. 44; *Kumpan/Grütze*, in: Schwark/Zimmer (Fn. 3), MAR Art. 10 Rn. 28.

[52] Zur Einordnung in den Prüfungsschritt der Erforderlichkeit: *Tissen*, NZG 2015, 1254, 1255f.

[53] EuGH EuZW 2006, 25, Rn. 34, 48; der damalige Begriff der Weitergabe entspricht der heutigen Offenlegung, s. *Kumpan/Grütze*, in: Schwark/Zimmer (Fn. 3), MAR Art. 10 Rn. 11.

[54] *Buck-Heeb*, in: Assmann/Schütze/Buck-Heeb (Fn. 4), § 8 Rn. 244; *Poelzig*, NZG 2016, 528, 534.

II. Redaktionsinterne Offenlegung

Fraglich ist nun, ob der Tatbestand des Art. 10 Abs. 1 MAR bei redaktionsinternen Weitergaben von Insiderinformationen erfüllt ist.

1. Überblick

In der alltäglichen Recherche- und Redaktionsarbeit gilt vor der Veröffentlichung von Presseerzeugnissen aus Gründen der Qualitätssicherung meist das Vier-Augen-Prinzip.[55] Dabei kann es etwa bei der Besprechung mit dem Chefredakteur zu einer redaktionsinternen Offenlegung von Insiderinformationen i.S.d. Art. 10 Abs. 1 MAR kommen.[56] Gleichzeitig findet diese Offenlegung für journalistische Zwecke statt und unterfällt somit Art. 21 MAR. Bei der Bewertung der Unrechtmäßigkeit der Offenlegung sind somit die Pressefreiheit sowie die journalistischen Berufs- und Standesregeln zu berücksichtigen.[57]

2. Zu den verschiedenen Arten redaktionsinterner Offenlegungen

Es ist zwischen den verschiedenen Arten redaktionsinterner Offenlegungen zu differenzieren.[58] Mit Blick auf die strafrechtliche Haftung der verantwortlichen Redakteure für den Inhalt der Presseerzeugnisse sollte zumindest die Offenlegung an den Chefredakteur zu den verhältnismäßigen Offenlegungen zählen.[59] Auch bei der Besprechung mit Justiziaren und außenstehenden Anwälten ist die Offenlegung unerlässlich, wenn sie für eine umfassende Beratung notwendig ist.[60]

Schwieriger zu bewerten ist die Rechtmäßigkeit der Offenlegung gegenüber Fachkollegen. Man könnte sie als nicht erforderlich einstufen, wenn man annimmt, dass alle Besprechungen im Rahmen der Offenlegung gegenüber dem Chefredakteur stattfinden können.[61] Eine solche Annahme würde aber die elementare Bedeutung der ungehinderten Kommunikation innerhalb einer Redaktion verkennen.[62] So könnten etwa zusammenarbeitende Journalisten ihre Informationen nicht miteinander teilen und bewerten, was auch den Mut zur selbstbewussten Recherche beeinträchtigen dürfte.[63] Auch die als Berufs- und Standesregel zu berücksichtigende Empfehlung des Deutschen Presserats setzt insofern voraus, dass Insiderinformationen denjenigen Journalisten zugänglich sein müssen, die sie journalistisch bearbeiten. Darüber hinaus sollte aber auch nach Ansicht

[55] *Germann*, in: Schröder/Sethe (Hrsg.), Kapitalmarktrecht und Pressefreiheit, 2011, 42, 60.

[56] *Kumpan/Grütze*, in: Schwark/Zimmer (Fn. 3), MAR Art. 10 Rn. 91.

[57] Zur Unrechtmäßigkeit als Aufhänger für die Einbeziehung des Art. 21 MAR s. Fn. 33.

[58] Unter Hinweis auf das Redaktionsgeheimnis für die Rechtmäßigkeit aller redaktionsinternen Offenlegungen s. *Kumpan/Grütze*, in: Schwark/Zimmer (Fn. 3), MAR Art. 10 Rn. 91.

[59] *Schröder*, NJW 2009, 465, 467f.; *Sturm*, ZBB 2010, 20, 31.

[60] *Schröder* (Fn. 8), 75, 86; *Sturm*, ZBB 2010, 20, 31.

[61] So *Sturm*, ZBB 2010, 20, 31f.

[62] Zur elementaren Bedeutung ungehinderter Kommunikation: *Germann* (Fn. 55), 42, 62; zur Zulässigkeit der Offenlegung an Fachkollegen: *Schröder*, NJW 2009, 465, 468.

[63] Zur Entmutigung aufgrund der Unsicherheit strafrechtlicher Konsequenzen redaktionsinterner Offenlegungen:. *Schröder* (Fn. 8), 75, 85.

des Presserats keine Offenlegung erfolgen.[64] Danach würde etwa eine Offenlegung im Rahmen einer Redaktionskonferenz mit Kollegen sachfremder Gebiete als unrechtmäßige Offenlegung gelten.[65] Dieser Konzeption ist zu folgen, da sie die Pressefreiheit i.S.d. Art. 21 MAR dort durchsetzt, wo es für eine qualitativ hochwertige Presse unbedingt notwendig ist und gleichzeitig das Offenlegungsverbot i.S.d. Unerlässlichkeit direkt an die Grenze dieser Notwendigkeit setzt.

3. Ergebnis

Zusammenfassend ist die redaktionsinterne Offenlegung als rechtmäßig i.S.d. Art. 10 Abs. 1 MAR einzustufen, wenn sie für eine funktionierende und qualitätssichernde Zusammenarbeit innerhalb der Redaktion unbedingt notwendig ist. Dies trifft auf Offenlegungen gegenüber den Chefredakteuren, Justiziaren und Anwälten sowie den die Information journalistisch bearbeitenden Kollegen zu. Über diesen engen Kreis der aus pressefreiheitlicher Sicht unerlässlichen Offenlegungen hinaus muss der redaktionsinterne Informationsfluss aber hinter dem Offenlegungsverbot des Art. 10 Abs. 1 MAR zurücktreten. So werden die pressefreiheitlichen und insiderrechtlichen Ziele in den schonendsten Ausgleich gebracht.

III. Offenlegung durch die Medien

Nach der redaktionsinternen Bearbeitung von Insiderinformationen werden diese in den jeweiligen Presseerzeugnissen publiziert. Auch hier können Art. 10 Abs. 1 MAR und Art. 21 MAR gleichzeitig berührt sein. Hierbei ist zwischen überregionalen, verbreiteten Presseerzeugnissen (1.) und regionalen Presseerzeugnissen sowie Fachzeitschriften (2.) zu differenzieren.

1. Überregionale und verbreitete Presseerzeugnisse

Wenn eine Insiderinformation durch überregionale, verbreitete Presseerzeugnisse veröffentlicht wird, erhält dadurch das breite Anlegerpublikum zeitgleich die Möglichkeit der Kenntnisnahme. Nach obiger Definition[66] wird die Insiderinformation somit öffentlich bekannt i.S.d. Art. 7 Abs. 1 MAR.

a) Ansichten in der Literatur

Während einige Stimmen in der Literatur deshalb tatbestandlich schon keine Offenlegung i.S.d. Art. 10 Abs. 1 MAR vorliegen sehen,[67] tendieren andere zur Annahme einer rechtmäßigen Offenlegung.[68] Dies wird zu Recht damit begründet, dass bei gleichzeitiger Ermöglichung der Kenntnisnahme durch das breite Anlegerpublikum das Ziel der informationellen Chancengleichheit gewahrt ist.[69] Beide Ansichten lehnen somit die Verwirklichung des Art. 10 Abs. 1 MAR ab. Trotzdem ist festzuhalten, dass die erste Ansicht stringenter ist. In der verwirklichten Herstellung der breiten Kapitalmarktöffentlichkeit liegt definitionsgemäß schon keine Offenlegung, sondern eine Veröffentlichung.

Die Gegenansicht sieht den Tatbestand einer unrechtmäßigen Offenlegung erfüllt. Die öffentliche Bekanntmachung von Insiderinformationen sei nur über den Weg der Ad-hoc-Mitteilung gem. Art. 17 MAR möglich[70] und zulässig.[71] Nur so lasse sich die informationelle Chancengleichheit wahren.[72] Auch könnte eine Veröffentlichung durch Journalisten das Recht des Emittenten auf vorübergehende Geheimhaltung der Insiderinformation aus Art. 17 Abs. 4 MAR verletzen.[73]

b) Stellungnahme

Der Gegenansicht ist nicht zu folgen. Zunächst bleibt unklar, weshalb eine Veröffentlichung über ein Medium, dass dem breiten Anlegerpublikum zeitgleich die Möglichkeit der Kenntnisnahme einräumt, gegen die informationelle Chancengleichheit verstoßen sollte. Vielmehr ist eine Veröffentlichung auch aus Sicht des Kapitalmarkts wünschenswert, um eine länger anhaltende Informationsungleichheit zu verhindern.[74] Dies gilt in den hier diskutierten Fällen umso mehr, da die Insiderinformation schon in externe journalistische Kreise geraten ist und somit die Vertraulichkeit der Insiderinformation nicht mehr gewährleistet ist.[75] Gem. Art. 17 Abs. 4 lit. c MAR muss aber gerade diese Geheimhaltung der betreffenden Insiderinformation gesichert sein, damit der Emittent überhaupt ein Recht auf vorübergehende Geheimhaltung haben kann. Eine Veröffentlichung durch die Presse kann somit gar nicht mit dem Recht des Emittenten auf Geheimhaltung aus Art. 17 Abs. 4 MAR kollidieren.[76]

Weiterhin berücksichtigt die Gegenansicht die Presse nicht, die bei ihrem Verständnis Insiderinformationen überhaupt nicht veröffentlichen könnte.[77] Denn das ihrer Ansicht nach einzig zulässige Veröffentlichungsverfahren nach Art. 17 MAR steht nur Emittenten offen.[78] Ein derartiges Veröffentlichungsverbot von im öffentlichen Interesse

---

[64] Siehe in „Journalistische Verhaltensgrundsätze und Empfehlungen des Deutschen Presserats zur Wirtschafts- und Finanzmarktberichterstattung" unter III 1 lit. b, S. 12; abrufbar unter: s. Fn. 40.

[65] So auch *Schröder*, NJW 2009, 465, 468; *Sturm*, ZBB 2010, 20, 31.

[66] Siehe D.I.2.a).

[67] *Klöhn*, in: Klöhn (Fn. 5), MAR Art. 10 Rn. 210; *Klöhn*, in: Kölner Komm WpHG (Fn. 1), WpHG § 14 Rn. 454; *Kumpan/Grütze*, in: Schwark/Zimmer (Fn. 3), MAR Art. 10 Rn. 92; wohl auch *Hopt/Kumpan*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski (Fn. 45), § 107 Rn. 109.

[68] *Bergmann/Löffler*, in: Schröder/Sethe (Hrsg.), Kapitalmarktrecht und Pressefreiheit, 2011, 95; *Klintworth*, Investigativer Journalismus im Spannungsfeld zwischen Pressefreiheit und Strafrecht, 2014, S. 210; *Meyer*, in: Meyer/Veil/Rönnau (Fn. 4), § 8 Rn. 55.

[69] *Cloppenburg/Kruse*, WM 2007, 1109, 1114.

[70] *Büche*, Die Pflicht zur Ad-hoc-Publizität als Baustein eines integeren Finanzmarkts, 2005, S. 190; *Sethe*, ZBB 2006, 243, 252f.; **a.A.** *Schneider*, NZG 2005, 702, 703-705; *Hopt/Kumpan*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski (Fn. 45), § 107 Rn. 53.

[71] *Büche* (Fn. 70), S. 190; *Assmann*, in: Assmann/Schneider (Hrsg.), Wertpapierhandelsgesetz[6], 2012, WpHG § 14 Rn. 102; sehr streng: *Hilgendorf*, in: Park (Hrsg.), Kapitalmarktstrafrecht[3], 2013, Teil 3 Kap. 3 D. WpHG § 14 Rn. 178; *Sethe*, ZBB 2006, 243, 253.

[72] *Assmann*, in: Assmann/Schneider (Fn. 71), WpHG § 14 Rn. 102; *Sethe*, ZBB 2006, 243, 252.

[73] *Hilgendorf*, in: Park (Fn. 71), Teil 3 Kapitel 3 D. WpHG § 14 Rn. 178; sogar Schadensersatz nach § 823 Abs. 1 BGB fordernd: *Assmann*, in:Assmann/Schneider (Fn. 71), WpHG § 14 Rn. 102 (dortige Fn. 2).

[74] *Bergmann/Löffler* (Fn. 68), 95, 97; *Klintworth* (Fn. 68), S. 210.

[75] *Klintworth* (Fn. 68), S. 210; *Sturm*, ZBB 2010, 20, 29.

[76] *Schröder*, NJW 2009, 465, 467; *Sturm*, ZBB 2010, 20, 28.

[77] *Cloppenburg/Kruse*, WM 2007, 1109, 1114; *Klöhn*, in: Kölner Komm WpHG (Fn. 1), WpHG § 14 Rn. 455.

[78] *Kumpan*, in: Baumbach/Hopt (Fn. 17), MAR Art. 17 Rn. 2.

stehenden Insiderinformationen würde stark in die Pressefreiheit eingreifen und ultimativ die Entwertung traditioneller Recherche im Umgang mit börsennotierten Unternehmen bedeuten.[79] Dabei ist der Eingriff schon nicht erforderlich, um das insiderrechtliche Ziel der informationellen Chancengleichheit zu erreichen.[80]

c) Zwischenergebnis

Eine Veröffentlichung von Insiderinformationen durch Presseerzeugnisse, welche die Insiderinformation dem breiten Anlegerpublikum zugänglich machen, stellt keine Offenlegung dar und verstößt somit nicht gegen Art. 10 Abs. 1 MAR. Sie ist sowohl aus pressefreiheitlicher als auch insiderrechtlicher Sicht wünschenswert.

2. Regionale Presseerzeugnisse und Fachzeitschriften

a) Qualifizierung als Offenlegung

Heikler wird es bei der erstmaligen Publikation von Insiderinformationen in regionalen Presseerzeugnissen und börsenfernen Fachzeitschriften.[81] Denn mit der Publikation in einem solchem Medium wird die Möglichkeit zur Kenntnisnahme durch das breite Anlegerpublikum nicht eröffnet.[82] Die Insiderinformation wird nicht direkt öffentlich bekannt i.S.d. Art. 7 Abs. 1 MAR. Anders als bei überregionalen Presseerzeugnissen liegt somit keine Veröffentlichung, sondern eine Offenlegung nach Art. 10 Abs. 1 MAR vor.[83]

Derartige Offenlegungen sind problematisch, da sie dem insiderrechtlichen Ziel der informationellen Chancengleichheit zuwiderlaufen, indem sie Anleger im jeweiligen Verbreitungsgebiet des Presseerzeugnisses privilegieren.[84] Andererseits finden auch Publikationen in regionalen Presseerzeugnissen zu journalistischen Zwecken statt und sind somit gleichermaßen durch Art. 21 MAR geschützt.[85]

b) Konsequenzen in der Literatur

„Verbote, Insiderinformationen zu verwenden, dürfen grundsätzlich nicht die journalistische Freiheit einschränken. Insiderinformationen dürfen [...] insbesondere in der Presse veröffentlicht werden."[86]

Diese vorbehaltslose Ausführung des Deutschen Presserats überrascht angesichts der sehr kontroversen Diskussion der Literatur über die Rechtmäßigkeit der Veröffentlichung von Insiderinformationen in Regionalmedien. Im Wesentlichen ist hierbei zwischen drei verschiedenen Ansichten zu unterscheiden.

aa) Generelle Unrechtmäßigkeit der Publikation

Die erste, schon erläuterte Ansicht, findet Publikationen abseits des Ad-hoc-Verfahrens nach Art. 17 MAR unzulässig. Folglich würden auch Veröffentlichungen in der regionalen Presse unrechtmäßige Offenlegungen gem. Art. 10 Abs. 1 MAR darstellen.[87]

bb) Rechtmäßigkeit bei gleichzeitiger Herstellung der Kapitalmarktöffentlichkeit

Dieses unbedingte Veröffentlichungsverbot wird von Vertretern der zweiten Ansicht zu Recht als nicht erforderliche Einschränkung der Pressefreiheit regionaler Medien gesehen.[88] Auch sie werten eine Offenlegung durch Lokalmedien ohne Herstellung der Kapitalmarktöffentlichkeit als unrechtmäßig, ziehen aber andere Konsequenzen. So sei dem insiderrechtlichen Ziel der informationellen Chancengleichheit schon gedient, wenn die Offenlegung regionaler Medien unter die Bedingung der gleichzeitigen Herstellung der Kapitalmarktöffentlichkeit gestellt wird.[89] Eine Offenlegung ist daher je nach Autor rechtmäßig, wenn zeitgleich zur Veröffentlichung eine Ad-hoc-Mitteilung des Emittenten oder eine Berichterstattung in einem die Kapitalmarktöffentlichkeit herstellenden Publikationsorgan ergeht.[90] Bei Einhaltung dieser Bedingung könnte die regionale Presse Insiderinformationen weiterhin veröffentlichen.[91] Gleichzeitig müsse durch diesen Kompromiss das kapitalmarktrechtliche Interesse der Informationsgleichheit nicht restlos zurücktreten.[92]

cc) Generelle Rechtmäßigkeit der Publikation

Die dritte Ansicht kommt zu dem Schluss, dass Offenlegungen der Regionalmedien auch ohne gleichzeitige Herstellung der Kapitalmarktöffentlichkeit meist rechtmäßig sind.[93] Die Pressefreiheit der lokalen Medien sei schon durch die Bedingung der gleichzeitigen Herstellung der Öffentlichkeit zu stark belastet. Denn durch die hierfür verlangte gleichzeitige Veröffentlichung in einem überregionalen Medium wären exklusive Veröffentlichungen von Insiderinformationen in regionalen Medien nicht möglich. Gerade diese stoßen aber auf großes öffentliches Interesse und schaffen berufliche Anerkennung.[94] Letztendlich würde es zu einer Monopolisierung bestimmter Berichterstattungen zugunsten großer Verlage und Medien kommen. Diese Benachteiligung regionaler Medien sei nicht mit Art. 11 GrCh vereinbar, der im Kernbereich nicht nur Veröffentlichungen, sondern auch die Wahl

---

79 *Schröder*, NJW 2009, 465, 466f.; *Sturm*, ZBB 2010, 20, 30.

80 *Cloppenburg/Kruse*, WM 2007, 1109, 1114; *Germann* (Fn. 55), 42, 58.

81 Zur Vereinfachung werden im Folgenden nur die Regionalmedien genannt.

82 *Meyer*, in: Meyer/Veil/Rönnau (Fn. 4), § 8 Rn. 56; *Sturm*, ZBB 2010, 20, 30.

83 Statt aller *Bergmann/Löffler* (Fn. 68), 95, 98; *Klöhn*, in: Klöhn (Fn. 5), MAR Art. 10 Rn. 212.

84 *Assmann*, in: Assmann/Schneider (Fn. 71), WpHG § 14 Rn. 102; *Mennicke*, in: Fuchs (Hrsg.), Wertpapierhandelsgesetz[2], 2016, WpHG § 14 Rn. 271.

85 *Klöhn*, in: Kölner Komm WpHG (Fn. 1), WpHG § 14 Rn. 456.

86 Siehe „Journalistische Verhaltensgrundsätze und Empfehlungen des Deutschen Presserats zur Wirtschafts- und Finanzmarktberichterstattung" unter I., S. 4, abrufbar unter: s. Fn. 40.

87 *Assmann*, in: Assmann/Schneider (Fn. 71), § 14 Rn. 102; *Hilgendorf*, in: Park (Fn. 71), Teil 3 Kapitel 3 D. WpHG § 14 Rn. 178; *Sethe*, ZBB 2006, 243, 252f.

88 *Germann* (Fn. 55), 42, 57f.; *Klintworth* (Fn. 68), S. 210.

89 Die Herstellung der Kapitalmarktöffentlichkeit fordernd: *Kumpan*, in: Baumbach/Hopt (Fn. 17), MAR Art. 10 Rn. 3; *Bergmann/Löffler* (Fn. 68), 95, 104; *Mennicke*, in: Fuchs (Fn. 84), WpHG § 14 Rn. 271; *Flaig* (Fn. 1), S. 170; *Germann* (Fn. 55), 42, 57; *Meyer*, in: Meyer/Veil/Rönnau (Fn. 4), § 8 Rn. 57.

90 Vorschlag der Ad-hoc-Mitteilung: *Bergmann/Löffler* (Fn. 68), 95, 104-109; Vorschlag gleichzeitiger Veröffentlichung in einem größeren Medium: *Sturm*, ZBB 2010, 20, 31.

91 *Flaig* (Fn. 1), S. 170.

92 *Germann* (Fn. 55), 42, 59; *Meyer*, in: Meyer/Veil/Rönnau (Fn. 4), § 8 Rn. 57.

93 *Cloppenburg/Kruse*, WM 2007, 1109, 1114f.; *Eichele*, WM 1997, 501, 509; *Klintworth* (Fn. 68), S. 210; *Klöhn/Büttner*, WM 2016, 2241, 2248; *Klöhn*, in: Klöhn (Fn. 5), MAR Art. 10 Rn. 216; *Schröder* (Fn. 8), 75, 80.

94 Zur Problematik der exklusiven Berichterstattung: *Schröder* (Fn. 8), 75, 82; zum öffentlichen Interesse an Insiderinformationen s. Fn. 1.

der Veröffentlichungsform schützt.[95] Auf der anderen Seite der Abwägung steht das kapitalmarktrechtliche Ziel der Informationsgleichheit. Dieses Interesse würde jedoch gar nicht bzw. nur sehr gering beeinträchtigt werden. Denn wenn die Information schon an externe Journalisten geraten ist, sei auch aus insiderrechtlicher Sicht eine nur regionale Veröffentlichung der Information wünschenswerter als eine sonst zu befürchtende schleichende Verbreitung.[96] Dies müsse umso mehr zutreffen, da auch regional veröffentlichte Informationen aufgrund der heutzutage raschen Multiplikation von Nachrichten schnell auch der breiten Kapitalmarktöffentlichkeit bekannt sein dürften.[97]

c) Stellungnahme

Tatsächlich liegt bei der Veröffentlichung von Insiderinformationen in Regionalmedien, anders als bei überregionalen, definitionsgemäß eine Offenlegung i.S.d. Art. 10 Abs. 1 MAR vor. Darüber, ob ein Verstoß gegen die Norm vorliegt, entscheidet somit das Tatbestandsmerkmal der Unrechtmäßigkeit.[98]

aa) Legitimer Zweck, Geeignetheit und Erforderlichkeit der Offenlegung

Mit der Veröffentlichung von (Insider-)Informationen übt die Presse ihre Rolle als öffentlicher Wachhund aus, informiert die Bürger und trägt zur Meinungsbildung bei. Gerade dieser verfolgte Zweck ist durch die Pressefreiheit grundrechtlich gesichert und somit legitim. Die Veröffentlichung ist zur Informierung und Meinungsbildung der Bürger auch geeignet. Erforderlich wäre sie nach der Grøngaard-und-Bang-Entscheidung dann, wenn sie im engen Bezug zum Beruf erfolgt und unerlässlich ist. Die Offenlegung von Insiderinformationen steht grundsätzlich in engem Bezug zur journalistischen Tätigkeit. Unerlässlich wäre sie, wenn die Ausübung des Berufs ohne die Offenlegung undenkbar erschiene.[99] Hieran könnte man zweifeln, da die Presse auch abseits von Insiderinformationen vieles veröffentlichen kann. Allerdings stehen der Kapitalmarkt und damit auch ihn betreffende Insiderinformationen immer mehr im öffentlichen Interesse. Der fundamentale journalistische Berufszweck der Verbreitung von Informationen wäre somit in einem Bereich abgeschnitten, in dem ein hohes Interesse besteht. Die Offenlegung von Insiderinformationen ist somit regelmäßig unerlässlich für den Journalistenberuf.

bb) Angemessenheit der Offenlegung

Entscheidend ist damit die Angemessenheit, in der eine Abwägung zwischen dem Offenlegungsinteresse der Presse und dem Interesse des Kapitalmarkts auf informationelle Chancengleichheit erfolgt.

Die erste Ansicht, die ein unbedingtes Veröffentlichungsverbot fordert, ist abzulehnen, da sie einseitig kapitalmarktrechtliche Ziele beachtet und diese nicht mit pressefreiheitlichen Faktoren abwägt. Auf den ersten Blick scheint die zweite Ansicht eine solche Abwägung stattfinden zu lassen. Allerdings knüpft sie die Rechtmäßigkeit daran, dass die Kapitalmarktöffentlichkeit hergestellt wird und fordert somit implizit, dass nach der hier vertretenen Definition schon keine Offenlegung vorliegt. Das Tatbestandsmerkmal der Unrechtmäßigkeit, über das die Presse gem. Art. 21 MAR privilegiert werden soll, indem bestimmte Offenlegungen rechtmäßig sein können, geht somit in dem Merkmal der Offenlegung auf und es findet keine Abwägung statt. Beachtlich ist zudem, dass die Bedingung der Herstellung der Kapitalmarktöffentlichkeit regionale Medien gegenüber überregionalen einseitig belastet und somit stark benachteiligt. Sie führt dazu, dass wenn etwa der Spiegel und die Braunschweiger Zeitung Insiderinformationen publizieren, dieses exakt gleiche Verhalten für den Spiegel zulässig ist, während es für die Braunschweiger Zeitung sogar eine Straftat darstellen kann. Eine solche zweistufige Gewährleistung der Pressefreiheit ist bedenklich, will die Pressefreiheit in ihrem Kern alle Veröffentlichungswege gleichermaßen schützen und so die in Art. 11 Abs. 2 GrCh betonte Pressevielfalt erhalten. Sie dürfte zudem in Hinblick auf das allgemeine Gleichheitsgebot aus Art. 20 GrCh problematisch sein. Auch die zweite Ansicht ist somit abzulehnen.

Fraglich ist, ob der dritten Ansicht zu folgen ist, die zu dem Ergebnis kommt, dass die Offenlegung meist rechtmäßig ist. Hier ist eine Abwägung vorzunehmen.[100] Wie beschrieben besteht an Insiderinformationen ein großes öffentliches Interesse, obwohl dies freilich mit Aktualität, Relevanz und Verlässlichkeit der Information variieren kann. Damit einher geht auch eine hohe Bedeutung der Offenlegung für Regionalmedien. Ein Offenlegungsverbot würde daher meist einen schweren Verlust für die ihrerseits gewichtige Pressefreiheit und -vielfalt bedeuten. Auf der anderen Seite steht der drohende Verlust für die Kapitalmarktintegrität. Eine Offenlegung in Regionalmedien privilegiert die Anleger im jeweiligen Verbreitungskreis des Presseerzeugnisses und läuft somit dem Ziel der Chancengleichheit zuwider. Die Beeinträchtigung wiegt allerdings nicht allzu schwer. Wenn externe Journalisten die Information kennen, besteht eine Informationsungleichheit, die aus insiderrechtlicher Perspektive schnellstmöglich beseitigt werden sollte. Genau hierzu führt eine Offenlegung in regionalen Medien, die oft mit einer raschen Verbreitung in modernen Kommunikationsmitteln verbunden ist. Nicht wünschenswert ist lediglich die zwischenzeitliche regionale Privilegierung der Anleger. Regelmäßig wird die hohe Beeinträchtigung der Pressefreiheit diese kurzweilige Beeinträchtigung insiderrechtlicher Interessen aber überwiegen und die Offenlegung rechtmäßig i.S.d. Art. 10 Abs. 1 MAR sein. Der dritten Ansicht ist zu folgen.

---

[95] *Klöhn/Büttner*, WM 2016, 2241, 2248; *Klöhn*, in: Kölner Komm WpHG (Fn. 1), WpHG § 14 Rn. 458.

[96] *Klintworth* (Fn. 68), S. 210; *Klöhn*, in: Klöhn (Fn. 5), MAR Art. 10 Rn. 216; *Schröder*, NJW 2009, 465, 466.

[97] *Klöhn*, in: Kölner Komm WpHG (Fn. 1), WpHG § 14 Rn. 460; *Sturm*, ZBB 2010, 20, 31.

[98] Zum Prüfungsmaßstab s. D.I.2.b).

[99] Zur Definition der Unerlässlichkeit: *Kumpan/Grütze*, in: Schwark/Zimmer (Fn. 3), MAR Art. 10 Rn. 36.

[100] Zu den Abwägungsfaktoren s. Fn. 31.

3. Ergebnis

Die Veröffentlichung in überregionalen Medien ist keine Offenlegung und fällt somit nicht unter das Verbot in Art. 10 Abs. 1 MAR. Um aus der Pressefreiheit keine Zwei-Stufen-Freiheit zu machen und die Pressevielfalt nicht zu gefährden, sollte auch regionalen Medien ohne Einschränkungen eine Veröffentlichung möglich sein. Die Einschränkung der insiderrechtlichen Ziele wiegt nicht so schwer, wie der ansonsten entstehende Verlust für die Pressefreiheit.

E. Bewertung des Art. 21 MAR und Verbesserungsvorschläge

I. Bewertung des Art. 21 MAR

Art. 21 MAR ist eine relativ neue Regelung, zu der es noch keine einschlägige Rechtsprechung gibt. Daher ist jeweils eine breite Spanne von Ergebnissen vertretbar, wie auch die Kontroverse in der Literatur veranschaulicht. Vorteilhaft hieran ist, dass jeweils eine Auslegung möglich ist, welche die pressefreiheitlichen und die insiderrechtlichen Ziele in den schonendsten Ausgleich bringt.

Andererseits schaffen gerade die weiten Auslegungsmöglichkeiten große Rechtsunsicherheit. Dies gilt besonders, da Art. 21 MAR schon keine genauen Anordnungen bzgl. der Auflösung des Zielkonflikts trifft, sondern lediglich eine Abwägung fordert, die mangels (gefestigter) Rechtsprechung noch keine Kontur erfahren hat. Ob gegen das Verbot aus Art. 10 Abs. 1 MAR verstoßen wird hängt somit vom Normverständnis des jeweiligen Fachgerichts ab. Eine derartige Unvorhersehbarkeit der Entscheidung dürfte zu Unsicherheiten der Journalisten in der alltäglichen Wirtschaftsberichterstattung und somit zu weniger mutigen Berichterstattungen bis hin zu Selbstzensuren führen.[101]

II. Verbesserungsvorschläge

Um bestehende Unsicherheiten zu beseitigen, sollte Art. 21 MAR genauere Maßstäbe bilden. Ein möglicher Lösungsansatz wäre etwa Offenlegungen zum Zweck der Veröffentlichung sowie Veröffentlichungen durch die Presse gänzlich aus dem Tatbestand des Art. 10 Abs. 1 MAR auszunehmen. Eine solche Ausnahme würde Rechtssicherheit schaffen und wäre mit Blick auf die relativ geringe Beeinträchtigung insiderrechtlicher Ziele vertretbar.[102] Um auch das Ziel der informationellen Chancengleichheit vollständig zu gewährleisten, wäre zudem ein dem Art. 17 MAR vergleichbares Veröffentlichungssystem für die Presse denkbar.[103] Möglich wäre die Schaffung einer Plattform, auf der alle Journalisten zeitgleich zur Veröffentlichung die jeweiligen Insiderinformationen bzw. den Artikel einstellen. Diese an die zweite Ansicht angelehnte Lösung würde den Anlegern in übersichtlicher Weise die zeitgleiche Chance zur Wahrnehmung der Information geben. Gleichzeitig würden alle Journalisten verpflichtet. Die Benachteiligung regionaler Medien und damit die Gefährdung der Pressevielfalt würden entfallen.

[101] Zur Rechtsunsicherheit der Regelung und verfassungsrechtlichen Bedenken: *Klintworth* (Fn. 68), S. 210f.
[102] Diese Lösung vertretend: *Klintworth* (Fn. 68), S. 211.
[103] Zu dieser Idee: *Germann* (Fn. 55), 42, 60.

F. Fazit

Die Ziele der Pressefreiheit und des Insiderrechts treffen aufgrund der steigenden Bedeutung des Kapitalmarkts für die Öffentlichkeit immer häufiger aufeinander. Konflikte gibt es dort, wo das Insiderrecht den Presseangehörigen Vorgaben macht und so den von der Pressefreiheit geschützten freien Informationsfluss berührt. Der Zielkonflikt wird in Art. 21 MAR gelöst, der vorgibt, dass die Pressefreiheit und journalistische Berufs- und Standesregeln bei der Offenlegung von Insiderinformation berücksichtigt werden müssen. Dies führt auf eine Abwägung zwischen der Pressefreiheit und der Kapitalmarktintegrität hinaus.

Die Auswirkungen des Art. 21 MAR auf das Offenlegungsverbot des Art. 10 Abs. 1 MAR werden sehr kontrovers diskutiert. Weitestgehende Einigkeit besteht bei redaktionsinternen Offenlegungen, die nur gegenüber fachfremden Kollegen als unrechtmäßig angesehen werden sollten. Bei der Offenlegung durch die Presse besteht hingegen Rechtsunsicherheit. Vertreten werden unbedingte Veröffentlichungsverbote, die Bedingung der Herstellung der Kapitalmarktöffentlichkeit und die generelle Zulässigkeit. Mit Blick auf die konstitutionelle Bedeutung der freien Presse sowie der Pressevielfalt und der relativ geringen Beeinträchtigung insiderrechtlicher Belange ist eine generelle Zulässigkeit zu fordern. Die Diskussionen zeigen, dass Art. 21 MAR genaue Maßstäbe fehlen, die sicher durch das Spannungsfeld zwischen Pressefreiheit und Insiderrecht navigieren. Dabei könnten die Ziele größtenteils nebeneinander gewährleistet werden. Zu denken wäre an die ausdrückliche Ausnahme aus dem Anwendungsbereich des Art. 10 Abs. 1 MAR oder eine dem Art. 17 MAR vergleichbare Vorschrift für Journalisten. Diese Änderungen würden dem investigativen Wirtschaftsjournalismus klare Antworten geben.

Katharina Bierbrauer*

Die Zulässigkeit von starren Höchstbegrenzungsklauseln in Sozialplänen

A. Einführung

Arbeitgeber haben im Zuge einer Betriebsänderung mit dem Betriebsrat einen Sozialplan gemäß §§ 112, 112a BetrVG zu vereinbaren. Sozialpläne sollen für Arbeitnehmer die Folgen von Betriebsänderungen i.S.d. § 111 BetrVG finanziell abfedern.[1]

Oft enthalten Sozialpläne Abfindungsregelungen, deren Höhe sich anhand festgelegter Kriterien wie etwa Betriebszugehörigkeit, Arbeitsentgelt und Lebensalter bemisst. Um die Abfindungen „gerecht" zwischen alten und jungen Arbeitnehmern zu verteilen, enthalten Sozialpläne teilweise starre Höchstbegrenzungsklauseln. Sie begrenzen Abfindungen auf eine feststehende Höchstsumme.[2]

Durch die Orientierung der Höchstbegrenzung an der Betriebszugehörigkeit sind vor allem ältere Arbeitnehmer von der Begrenzung betroffen. Das folgt bereits daraus, dass das Arbeitsleben älterer Arbeitnehmer typischerweise länger andauert als bei jüngeren Arbeitnehmern und sie dadurch regelmäßig mehr Betriebsjahre vorweisen können.[3]

Jüngere Arbeitnehmer haben nach einem Verlust des Arbeitsplatzes durch die Betriebsänderung bessere Chancen, einen neuen Arbeitsplatz zu finden als ältere Arbeitnehmer[4] und können diesen Verlust typischerweise bald mit dem Einkommen eines neuen Arbeitsplatzes ausgleichen. Rentennahe Arbeitnehmer sind ebenso durch den baldigen Erhalt ihrer Rente wirtschaftlich abgesichert. Übrig bleiben die rentenfernen Arbeitnehmer, also die „jüngeren Älteren", die meist keinen neuen Arbeitsplatz finden und die noch viele Jahre bis zum Bezug ihrer Rente finanziell überbrücken müssen.[5]

Da typischerweise auch sie von der Kappung der Abfindung betroffen sind, kann die Abfindung sie regelmäßig finanziell nicht bis zum Rentenbezug absichern.[6] Vor dem Hintergrund der Altersdiskriminierung ist die starre Höchstbegrenzungsklausel deshalb problematisch.

Die ständige Rechtsprechung des BAG sieht in Höchstbegrenzungsklauseln schon keine Benachteiligung wegen des Alters.[7] Deshalb hat das BAG bisher noch nie geprüft, ob eine Benachteiligung wegen des Alters durch AGG-Vorschriften gerechtfertigt sein könnte. Auch in der Literatur wird die Zulässigkeit starrer Höchstbegrenzungsklauseln häufig hingenommen und nicht weiter hinterfragt.

B. Starre Höchstbegrenzungsklauseln

I. Funktion und Abgrenzung zu unterschiedlich ausgestalteten Höchstbegrenzungsklauseln

Bei der Ausgestaltung des Sozialplans haben die Betriebsparteien einen erheblichen Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum, inwieweit sie die Nachteile einer Betriebsänderung ausgleichen oder mildern wollen.[8] Dieser Spielraum schließt nach der ständigen Rechtsprechung des BAG typisierende Gestaltungen ein.[9] Häufig vereinbaren die Betriebspartner daher Höchstbegrenzungsklauseln. Sie begrenzen die anhand von Betriebszugehörigkeit[10], Alter und Monatseinkommen zu berechnenden Abfindungen wegen des Arbeitsplatzverlustes auf eine feststehende Maximalsumme.[11]

Als starre Höchstbegrenzungsklauseln werden hier solche Klauseln bezeichnet, die die Abfindung der vom Sozialplan betroffenen Arbeitnehmer kappen. Die maximal zu erreichende Abfindung steht somit fest und es besteht kein Spielraum für Anpassungen. Die Kappungen gelten dabei unterschiedslos für alle Arbeitnehmer.[12] Dabei kann beispielsweise die Anzahl der in der Berechnung einzubeziehenden Monatsentgelte begrenzt[13] oder eine absolute Höchstsumme festgesetzt werden.[14] Zweck von starren Höchstbegrenzungsklauseln ist es, Verteilungsgerechtigkeit herzustellen. Sie sollen verhindern, dass sehr hohe Abfindungen einiger weniger Arbeitnehmer mit langen Betriebszugehörigkeiten zu Lasten der übrigen Arbeitnehmer gehen.[15] Das zur Verfügung stehende Sozialplanvolumen

---

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

1 *Schmidt*, in: Küttner Personalbuch, Arbeitsrecht, Lohnsteuerrecht, Sozialversicherungsrecht[26], 2019, Sozialplan Rn. 1; *Temming*, RdA 2008, 205, 207.

2 *Jacobs/Malorny*, NZA 2018, 557; *Annuß*, in: Richardi (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, Kommentar[16], 2018, § 112 BetrVG Rn. 115; *Temming*, RdA 2008, 205, 213.

3 BAG, NZA 2009, 1107, 1108; *Jacobs/Malorny*, NZA 2018, 557, 559; *Wölfel*, in: Die Sozialplanabfindung – Differenzierungskriterien und Ausgestaltungen[1], 2012, S. 192; *Temming*, in: Altersdiskriminierung im Arbeitsleben[1], 2008, S. 121; *Temming,* RdA 2008, 205, 213; *Lingemann/Gotham*, NZA 2007, 663, 664.

4 BAG, NZA 2002, 451, 452; *Berg*, in: Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath (Hrsg.), Nomos Kommentar, Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht mit kollektivrechtlichen Bezügen, Handkommentar[2], 2019, § 10 AGG Rn. 32 f.; *Lingemann/Gotham*, NZA 2007, 663, 664.

5 Vgl. *Jacobs/Malorny*, NZA 2018, 557, 558.

6 Vgl. *Jacobs/Malorny*, NZA 2018, 557, 561.

7 BAG, NZA 2009, 1107, 1108; BAG, NZA 2008, 848; BAG, NZA 2000, 732, 733; BAG, NZA 1996, 1113, 1114 f.; BAG, NZA 1989, 28, 30 f.

8 BAG, NZA 2008, 719, 721; BAG, NZA 2008, 232, 234; BAG, NZA 2007, 756, 758; *Hess*, in: Hess/Worzalla/Glock/Nicolai/Rose/Huke (Hrsg.), BetrVG, Kommentar[10], 2018, § 112 BetrVG Rn. 623.

9 Vgl. BAG, NZA 2008, 719, 722; BAG, NZA 2007, 756, 758.

10 Zum Begriff der Betriebszugehörigkeit siehe *Wölfel* (Fn. 3), S. 73 f.

11 *Göpfert*: „AGG-Keule für Höchstbegrenzungsklauseln in Sozialplänen wegen Altersdiskriminierung?", unter „Rahmenbedingungen", https://www.arbeitsrecht-weltweit.de/2018/12/11/agg-keule-fuer-hoechstbegrenzungsklauseln-in-sozialplaenen-wegen-altersdiskriminierung/, abgerufen am: 03.08.2020.

12 Vgl. *Temming*, RdA 2008, 205, 213.

13 Siehe Beispiel einer starren Höchstbegrenzung auf 24 Bruttomonatsentgelte: *Jacobs/Malorny*, NZA 2018, 557, 558.

14 *Däubler*, in: Däubler/Kittner/Klebe/Wedde (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung und EBR-Gesetz[16], 2018, §§ 112, 112a BetrVG Rn. 160.

15 *Däubler*, in: DKKW (Fn. 14), §§ 112, 112a BetrVG Rn. 102; *Wölfel* (Fn. 3), S. 189; *Temming* (Fn. 3), S. 588.

soll gerecht auf die Betroffenen aufgeteilt werden.[16]

Von der unterschiedslos geltenden, starren Höchstbegrenzungsklausel ist die unterschiedlich ausgestaltete Höchstbegrenzungsklausel zu unterscheiden. Die Klausel wirkt unterschiedlich, da sie keine konkrete Höchstbegrenzung festlegt, sondern die Abfindungshöhe anhand des hypothetischen Resteinkommens des Arbeitnehmers beschränkt.[17]

II. Beispielsfall eines Sozialplans mit starrer Höchstbegrenzungsklausel

Zur Veranschaulichung wird beispielhaft ein fiktiver Sozialplan untersucht, der folgende Abfindungsregelungen enthält:

1. *Der Gesamtbetrag aller Abfindungen darf 3.109.200 € nicht übersteigen.*
2. *Die individuelle Abfindung berechnet sich wie folgt: Monatlicher Bruttoverdienst × Betriebszugehörigkeit × 1,5.*
3. *Die Auszahlungssumme ist auf 80.000 € pro Arbeitnehmer begrenzt.*[18]

Anhand dieser Abfindungen werden nun die Abfindungen zweier fiktiver Arbeitnehmer betrachtet, deren Arbeitsverhältnisse durch betriebsbedingte Kündigungen am 30.11.2020 endeten und deren Bruttomonatsentgelt zuletzt durchschnittlich 4.000 € betrug:

Der erste Arbeitnehmer ist im Februar 1965 geboren (55 Jahre alt). Er ist seit dem 01.05.1988 (32 Jahre) im Betrieb beschäftigt. Ohne die Höchstbegrenzungsklausel hätte die Abfindung dieses Arbeitnehmers 192.000 € brutto betragen. Durch die Höchstbegrenzungsklausel erhält der Arbeitnehmer 80.000 € brutto. Der zweite Arbeitnehmer ist im März 1990 geboren (30 Jahre alt). Er ist seit dem 01.05.2013 (7 Jahre) im Betrieb beschäftigt. Die Abfindung dieses Arbeitnehmers beträgt 42.000 € brutto.

C. Rechtmäßigkeit starrer Höchstbegrenzungsklauseln

Sozialpläne unterliegen, wie auch andere Betriebsvereinbarungen, der gerichtlichen Rechtmäßigkeitskontrolle.[19] Arbeitgeber und Betriebsrat dürfen im Sozialplan nur solche Regelungen treffen, die mit Grundrechten und anderen Verfassungsprinzipien, mit zwingenden Gesetzesnormen sowie anderem zwingenden Recht vereinbar sind.[20] Im Folgenden wird daher untersucht, ob Höchstbegrenzungsklauseln nach dem AGG zulässig sind.

I. Verstoß gegen § 7 AGG

Die Anwendung starrer Höchstbegrenzungsklauseln könnte gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 I AGG verstoßen. Sozialpläne dürfen keine diskriminierenden Regelungen hinsichtlich eines der verpönten Merkmale des § 1 AGG enthalten.[21] In Betracht kommt eine Benachteiligung wegen des Alters.

1. Mittelbare Benachteiligung, § 3 II AGG

Da die Höchstbegrenzungsklausel nicht direkt an das in § 1 AGG genannte Merkmal „Alter“ anknüpft (§ 3 I AGG), scheidet eine unmittelbare Benachteiligung aus.[22]

Fraglich ist allein, ob starre Höchstbegrenzungsklauseln ältere Personen aufgrund ihres Alters mittelbar i.S.v. § 3 II AGG benachteiligen und ob eine etwaige Benachteiligung gerechtfertigt sein könnte.

Eine mittelbare Benachteiligung liegt vor, wenn die unterschiedliche Behandlung nicht an eines der Merkmale aus § 1 AGG anknüpft, sondern an scheinbar neutrale Kriterien, die tatsächlich mehrheitlich auf bestimmte Merkmalsträger i.S.d. § 1 AGG zutreffen. Da die starre Höchstbegrenzungsklausel nicht an eines der Merkmale aus § 1 AGG anknüpft, sondern am scheinbar neutralen Kriterium der Betriebszugehörigkeit, könnte es sich um eine mittelbare Benachteiligung Älterer handeln, wenn dadurch mehrheitlich ältere Arbeitnehmer betroffen sind. Die Dauer der Betriebszugehörigkeit korreliert typischerweise mit dem Lebensalter.[23] Umstritten ist, ob darin auch eine Benachteiligung wegen des Alters zu sehen ist.

Die ständige Rechtsprechung[24] und ein Großteil der Literatur[25] sieht in der Verwendung von starren Höchstbegrenzungsklauseln bereits keine Benachteiligung älterer Arbeitnehmer. Nach anderer Ansicht handelt es sich dagegen um eine Benachteiligung.

a) Keine Benachteiligung Älterer

Die Betriebsparteien knüpfen bei der Berechnung der Abfindung an die Dauer der Betriebszugehörigkeit an und berücksichtigen somit, dass die Chance, einen neuen Arbeitsplatz zu finden, mit zunehmendem Alter sinkt. Nach

---

16 Vgl. BAG, NZA 2009, 1107, 1108; *Jacobs/Malorny*, NZA 2018, 557, 559; *Göpfert*, AGG-Keule, unter „Rahmenbedingungen“; *Wölfel* (Fn. 3), S. 194; *Temming*, RdA 2008, 205, 213.

17 Vgl. *Lingscheid*, Antidiskriminierung im Arbeitsrecht, S. 250; *Leuchten*, NZA 2002, 1254, 1260.

18 Das Beispiel ist angelehnt an: BAG, NZA 2009, 849, 850.

19 BAG, NZA 2015, 365, 366; *Jacobs/Malorny*, NZA 2018, 557, 558.

20 Vgl. BAG, NZA 2009, 849, 851 f.; BAG, NZA 2005, 997, 998; BAG, NZA 2000, 1287, 1289; *Fitting*, in Fitting (Begr.), Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, Handkomentar[29], 2018, §§ 112, 112a BetrVG Rn. 144; *Oetker*, in: GK-BetrVG, Betriebsverfassungsgesetz, Gemeinschafts-kommentar[11], Band 2, 2018, §§ 112, 112a BetrVG Rn. 138; *Bürgel*, in: Berechnungs- und Haftungsdurchgriff im Konzern bei erzwungenem Sozialplan[1], 2015, S. 36; *Temming*, RdA 2008, 205, 208.

21 *Däubler*, in: DKKW (Fn. 14), § 112, 112a BetrVG Rn. 96.

22 *Göpfert*, AGG-Keule, unter „Benachteiligung wegen des Alters (§ 3 AGG)?“; *Jacobs/Malorny*, NZA 2018, 557, 558.

23 BAG, NZA 2009, 1107, 1108; *Jacobs/Malorny*, NZA 2018, 557, 559; *Wölfel* (Fn. 3), S. 192; *Temming* (Fn. 3), S. 121; *Temming,* RdA 2008, 205, 213; *Lingemann/Gotham*, NZA 2007, 663, 664.

24 BAG, NZA 2009, 1107, 1108; BAG, NZA 2008, 848; BAG, NZA 2000, 732, 733; BAG, NZA 1996, 1113, 1114 f.; BAG, NZA 1989, 28, 30 f.

25 *Fitting*, in: Fitting (Fn. 20), §§ 112, 112a Rn. 156; *Steffan,* in: Nomos Kommentar, Betriebsverfassungsgesetz, BetrVG, WahlO, EBRG, SEBG, Handkommentar[5], 2018, §§ 112, 112a BetrVG Rn. 37; *Bissels/Lützeler*, BB 2010, 1661, 1664; *Kleinebrink*, FA 2010, 66, 69; *Löwisch/Kaiser*, in: Löwisch/Kaiser (Hrsg.), BB Kommentar, Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz[6], 2010, § 112 BetrVG Rn. 35; *Krieger/Arnold*, NZA 2008, 1153, 1154; *Thüsing*, in: Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz[2], 2013, Rn. 447.

dieser Berechnung sind Arbeitnehmer, die eine geringere Betriebszugehörigkeit aufweisen, also typischerweise Jüngere, schlechter gestellt, da ihre Abfindungen geringer ausfallen als die der Älteren.[26] Höchstbegrenzungsklauseln sollen den Vorteil der Älteren lediglich begrenzen. Nach dieser Ansicht bewirken starre Höchstbegrenzungsklauseln keine Ungleichbehandlung der Arbeitnehmer, sondern eine Gleichbehandlung trotz unterschiedlichen Alters.[27]

b) Benachteiligung Älterer

Zwar stimmt es, dass durch die Berücksichtigung der Betriebszugehörigkeit meistens jüngere Arbeitnehmer aufgrund geringerer Abfindungen schlechter gestellt sind als ältere Arbeitnehmer.[28] Die oben genannte Ansicht überzeugt jedoch nicht. Sie verkennt, dass eine solche Ungleichbehandlung nach § 10 S. 3 Nr. 6 Var. 1 AGG gerechtfertigt ist.[29] Der Gesetzgeber hält es für gerechtfertigt, ältere Beschäftigte durch höhere Abfindungen wirtschaftlich stärker abzusichern, wenn sie ihren bisherigen Arbeitsplatz verlieren. Darin liegt ein „rechtmäßiges, im Allgemeininteresse stehendes sozialpolitisches Ziel."[30] Die Abfindungsregelung ohne Kappungsgrenze ist somit bereits zulässig[31] und es bestehen keine Benachteiligungen, die durch Klauseln begrenzt werden müssten.[32] Es ist paradox, sich zunächst für eine Gewichtung der jeweiligen Kriterien bei der Gestaltung einer Formel zu entscheiden, um diese dann wieder zu beschneiden. Die Parteien setzen die Kriterien in Relation zueinander, welche wiederum verzerrt wird, wenn im Nachhinein einige Abfindungen gekappt werden.[33]

Auch das oben genannte Beispiel, das nur für eine Vielzahl ähnlicher Fälle steht, zeigt: Je länger ein Beschäftigter dem Betrieb angehört, desto geringer berücksichtigt die Berechnung der Abfindung seine Betriebszugehörigkeit.[34] Beide Arbeitnehmer haben im Alter von 23 Jahren angefangen im Betrieb zu arbeiten. Der ältere Arbeitnehmer war über 4-mal so lange im Betrieb beschäftigt wie der Jüngere. Trotzdem erhält er nicht einmal das Doppelte an Abfindung wie der jüngere Arbeitnehmer. Insbesondere findet seine lange Betriebszugehörigkeit und somit mittelbar sein Alter eine geringere Berücksichtigung als bei dem 30-Jährigen unterhalb der Kappungsgrenze.[35]

Aber auch andere Kriterien werden durch die starre Höchstbegrenzungsklausel proportional weniger berücksichtigt.[36] Hat der Arbeitnehmer Kinder, verringert sich die Berücksichtigung seines Alters gegenüber einem gleichaltrigen und ansonsten identischen, aber kinderlosen Arbeitnehmer weiter.[37]

Gegen die Ansicht der Rechtsprechung muss auch eingewandt werden, dass Höchstbegrenzungsklauseln keinesfalls nur die angeblichen Vorteile der älteren Arbeitnehmer begrenzen. Starre Obergrenzen kappen vielmehr Abfindungen Älterer pauschal.[38]

Dass der Gesetzgeber für Fälle der §§ 9, 10 KSchG und § 113 I BetrVG Höchstbegrenzungen vorsieht, spricht nicht gegen dieses Ergebnis. Der Auffassung, dass die Konstellationen der §§ 9, 10 KSchG und § 113 I BetrVG mit einem Sozialplan vergleichbar seien,[39] ist nicht zuzustimmen. Erstens haben Sozialpläne eine zukunftsorientierte Ausgleichs- und Überbrückungsfunktion[40] und gerade keine vergangenheitsorientierte Entschädigungsfunktion.[41] Im Gegensatz dazu zeichnen sich die §§ 9, 10 KSchG und § 113 I BetrVG durch eine stark überwiegende Entschädigungsausrichtung und einen Sanktionscharakter aus.[42] Zweitens erlauben §§ 9, 10 KSchG und § 113 I BetrVG keine Gestaltungsspielräume, da das Gericht hier die Abfindungen anhand stark vereinfachter Kriterien festzusetzen hat. Ein Gericht kann nicht so differenziert bei der Bemessung einer Abfindungshöhe vorgehen wie Betriebsparteien bei einem Sozialplanabschluss.[43]

Somit ist festzuhalten, dass starre Höchstbegrenzungsklauseln, die an die Betriebszugehörigkeit anknüpfen, Personen aufgrund ihres Alters mittelbar i.S.d. § 3 II AGG benachteiligen.

2. Rechtfertigung nach § 3 II Hs. 2 AGG

Allerdings könnte die mittelbare Benachteiligung tatbestandsimmanent gerechtfertigt sein. Gemäß § 3 II Hs. 2 AGG ist das der Fall, wenn die Höchstbegrenzungsklausel einem rechtmäßigen Ziel dient und zur Erreichung des Ziels erforderlich und angemessen ist.[44]

a) Rechtmäßiges Ziel

Nach der Rechtsprechung des BAG ist ein Ziel dann rechtmäßig, wenn es nicht seinerseits diskriminierend und im

---

[26] *Jacobs/Malorny*, NZA 2018, 557, 559.

[27] BAG, NZA 2009, 1107, 1108; BAG, NZA 2008, 848; *Fitting*, in: Fitting (Fn. 20), §§ 112, 112a BetrVG Rn. 156; *Günther,* in: Bauer/Krieger (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, Kommentar[4], 2015, § 10 AGG Rn. 54; *Willemsen,* RdA 2013, 166, 170 f.; *Mohr*, RdA 2010, 44, 52; *Krieger/Arnold*, NZA 2008, 1153, 1154.

[28] *Jacobs/Malorny*, NZA 2018, 557, 559.

[29] So auch BAG, NZA 2009, 849, 852.

[30] BAG, NZA 2009, 849, 854.

[31] BAG, NZA 2009, 849.

[32] *Jacobs/Malorny*, NZA 2018, 557, 559.

[33] *Temming* (Fn. 3), S. 583.

[34] Vgl. *Jacobs/Malorny*, NZA 2018, 557, 559.

[35] Siehe oben B.II. auf S. 3 f.

[36] *Wölfel* (Fn. 3), S. 193.

[37] *Wölfel* (Fn. 3), S. 193; in der Praxis wird zum Teil versucht, die Verzerrung zu vermeiden, indem Unterhaltspflichten, Schwerbehinderung u.ä. aus der Höchstbegrenzung ausgeklammert werden, vgl. BAG, NZA 2009, 1107, 1108.

[38] *Wölfel* (Fn. 3), S. 193.

[39] Vgl. BAG, NZA 1989, 28, 30; BAG, DB 1971, 1531; *Temming*, RdA 2008, 205, 209.

[40] BAG, NZA 2005, 997, 998; BAG, NZA 2005, 302; *Schmidt,* in:Küttner Personalbuch, Arbeitsrecht, Lohnsteuerrecht, Sozialversicherungsrecht[26], 2019, Sozialplan Rn. 6; *Krieger/Arnold*, NZA 2008, 1153, 1156; *Scholz*, BB 2006, 1498; s. Überblick hierzu *Fitting*, in Fitting (Fn. 20), §§ 112, 112a BetrVG Rn. 122; *Bürgel*, (Fn. 20), S. 38.

[41] **a.A.** BAG, NJW 1979, 774; *Preis*, NZA 2008, 922, 925; *Temming*, RdA 2008, 205, 209-211; *Heinze*, NJW 1980, 145, 147.

[42] *Bürgel*, (Fn. 20), S. 37 f.; *Krieger/Arnold*, NZA 2008, 1153, 1156; *Löwisch*, in: FS Müller, 1981, S. 301, 306.

[43] *Wölfel* (Fn. 3), S. 195.

[44] Vgl. BAG, NZA 2016, 897; *Thüsing,* in Münchner Kommentar zum BGB[3], Band 3, 2019, § 3 AGG Rn. 39; *Jacobs/Malorny*, NZA 2018, 557, 559; *Thüsing*, in: Arbeitsrecht Kommentar[5], 2012, § 611 BGB Rn. 202; *Däubler*, ZfA 2006, 479, 486.

Übrigen legal ist.[45] Ziel von Höchstbegrenzungsklauseln ist, das vorhandene Abfindungsvolumen so zu verteilen, dass der Sozialplan seine Ausgleichs- und Überbrückungsfunktion gegenüber allen Arbeitnehmern erfüllt. Das Ziel der Verteilungsgerechtigkeit ist rechtmäßig.[46]

b) Geeignetheit

Starre Höchstbegrenzungsklauseln müssen geeignet sein, Verteilungsgerechtigkeit herzustellen. Das ist der Fall, wenn das Sozialplanvolumen gerecht unter allen Arbeitnehmern aufgeteilt wird und dabei Nachteile, die durch die Betriebsänderung entstehen, abgemildert werden,[47] so dass der Sozialplan seine Ausgleichs- und Überbrückungsfunktion erfüllt.[48]

Zum einen sind starre Höchstbegrenzungsklauseln schon nicht geeignet, Verteilungsgerechtigkeit herzustellen, da sie das Gewichtsverhältnis der Kriterien von Arbeitnehmern, die die Kappungsgrenze erreichen, zu Arbeitnehmern unterhalb dieser Grenze verzerren. Dadurch wird eine vom Grundsatz her gerechte Verteilungssystematik, die sich an einer Gleichwertigkeit der Kriterien orientiert, zerstört.[49]

Zum anderen sind starre Höchstbegrenzungsklauseln nicht geeignet, Verteilungsgerechtigkeit zu schaffen, da sie der Ausgleichs- und Überbrückungsfunktion des Sozialplans nicht gerecht werden. Typischerweise können ältere Arbeitnehmer durch die Kappung der Abfindung den Zeitraum nicht überbrücken, den sie bis zum Erhalt ihrer Rente überstehen müssen.[50] Diejenigen Arbeitnehmer, die nach dem Verlust ihres Arbeitsplatzes schon bald ein Ersatzeinkommen erhalten, etwa in Form eines neuen Arbeitsplatzes oder einer Rente, erleiden geringere Nachteile durch die Betriebsänderung. Bei diesen Arbeitnehmern wird die Überbrückungsfunktion gewahrt. Bei Arbeitnehmern, die nicht in angemessener Zeit auf solche Ersatzeinkommen zugreifen können, entsteht eine Versorgungslücke. Eine Höchstbegrenzungsklausel, die lediglich die Abfindung jener Arbeitnehmer kappt, die bald durch ein Ersatzeinkommen abgesichert sind, wäre geeignet, Verteilungsgerechtigkeit herzustellen.[51] Jedoch differenziert eine starre Höchstbegrenzungsklausel nicht danach, welche Arbeitnehmer durch ein Ersatzeinkommen wirtschaftlich abgesichert sind. Starre Höchstbegrenzungsklauseln behandeln alle Arbeitnehmer unterschiedslos[52] und verteilen das Finanzvolumen des Sozialplans somit nicht gerecht.[53]

Dagegen wird teilweise eingewandt, dass diese Argumentation auf der Entschädigungstheorie beruhe.[54] Bei Sozialplänen sei aber nicht die Entschädigungstheorie, sondern die Überbrückungstheorie auch europarechtlich das für Aspekte altersbezogener Diskriminierung maßgebliche Erklärungsmodell.[55] Es gehe nicht um eine Vollkompensation von Betriebszugehörigkeiten, sondern um einen zeitlich begrenzten Ausgleich und die substanzielle Milderung künftiger Nachteile. Die Betriebsparteien haben dabei einen erheblichen Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum.[56]

Dieser Ansicht ist nur insoweit zuzustimmen, als Sozialpläne eine zukunftsorientierte Ausgleichs- und Überbrückungsfunktion haben.[57] Damit diese Funktion gewahrt ist, müssen Sozialpläne betroffenen Arbeitnehmern die Aufrechterhaltung ihres bisherigen sozialen Standes ermöglichen.[58] Die Unterstützung bei der Aufrechterhaltung des bisherigen sozialen Standes auch für die Zukunft hat jedoch keinen vergangenheitsbezogenen Charakter und somit gerade keine Entschädigungsfunktion. Die Gegenansicht ist somit abzulehnen.

Starre Höchstbegrenzungsklauseln sind somit schon nicht geeignet, Verteilungsgerechtigkeit zu schaffen. Darüber hinaus könnten sie auch nicht erforderlich oder angemessen sein.

c) Erforderlichkeit

Eine starre Höchstbegrenzungsklausel ist jedenfalls nicht erforderlich, wenn es ein milderes Mittel gibt, das anders als die starre Höchstbegrenzungsklausel auch geeignet ist, Verteilungsgerechtigkeit herzustellen.[59] Nachfolgend werden denkbare andere Mittel dargestellt und beurteilt.

aa) Flexible Obergrenze des hypothetischen Gehaltes

Ein milderes und geeignetes Mittel könnte eine flexible Obergrenze des hypothetischen Gehaltes sein.[60] Sie differenziert zwischen den Arbeitnehmern, da sie keine konkrete Höchstbegrenzung festlegt, sondern die mögliche Abfindungshöhe auf das hypothetische Resteinkommen des Arbeitnehmers beschränkt.[61] Dabei wird oft auf den Zeitpunkt des Erreichens des frühestmöglichen Renteneintrittalters abgestellt. Das ist allerdings nur möglich, wenn dies mit einer entsprechenden Befristungsabrede einhergeht. Das Erreichen des Rentenalters führt nämlich nicht automatisch zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses, was § 41

---

45 BAG, NZA 2016, 897, 900; BAG, NZA 2010, 625, 626; *Thüsing*, in: MüKoBGB (Fn. 44), § 3 AGG Rn. 40.

46 Vgl. BAG, NZA 2009, 1107, 1108; *Jacobs/Malorny*, NZA 2018, 557, 559; *Göpfert*, AGG-Keule, unter „Rahmenbedingungen"*; Wölfel* (Fn. 3), S. 194; *Temming*, RdA 2008, 205, 213.

47 Vgl. BAG, NZA 2009, 1107, 1108.

48 Vgl. Argumentation der Bundesregierung in: EuGH, NZA 2012, 1435, 1438 – Odar.

49 *Wölfel* (Fn. 3), S. 194.

50 Vgl. *Jacobs/Malorny*, NZA 2018, 557, 561.

51 *Jacobs/Malorny*, NZA 2018, 557, 561; auf die anderweitige wirtschaftliche Absicherung stellen auch ab: EuGH, NZA 2012, 1435, 1438 – Odar; BVerfG, NZA 2015, 1248, 1249; vgl. auch LAG Hessen, BeckRS 2011, 71469 Rn. 61.

52 *Jacobs/Malorny*, NZA 2018, 557 561; aus diesem Grund befand das LAG Hessen eine unterschiedslos wirkende Begrenzung als abstrakt unverhältnismäßig, LAG Hessen, BeckRS 2011, 71469.

53 *Jacobs/Malorny*, NZA 2018, 557, 561.

54 *Göpfert*, AGG Keule, unter „Geeignetheit".

55 Vgl. EuGH, NZA 2012, 1435, 1438 – Odar.

56 BAG, NZA 2009, 849 851; *Göpfert*, AGG Keule, unter „Geeignetheit".

57 Siehe Fn. 40.

58 *Wölfel* (Fn. 3), S. 130.

59 *Schleusener*, in: Schleusener/Suckow/Voigt (Hrsg.), Arbeitsrechtliche Kurzkommentare, Kommentar zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz[4], 2013, § 3 Rn. 91.

60 Auch der „Deutsche Corporate Governance Kodex" (DCGK) beinhaltet die ausdrückliche Empfehlung einer Begrenzung von Abfindungen auf das hypothetische Resteinkommen, vgl. Regierungskommission, Deutscher Corporate Governance Kodex, unter: 4.2.3., https://www.dcgk.de/ /files/dcgk/usercontent/de/download/kodex/170424_Kodex.pdf, abgerufen am: 03.08.2020.

61 Vgl. *Lingscheid* (Fn. 17), S. 250; *Leuchten*, NZA 2002, 1254, 1260.

SGB VI klarstellt.[62]

Die flexible Höchstbegrenzungsklausel soll verhindern, dass ein Arbeitnehmer durch den Verlust seines Arbeitsplatzes mehr erhält, als er erhalten hätte, wenn er seinen Arbeitsplatz nicht durch die Betriebsänderung verloren hätte.[63] Die Kompensation endet, wenn die wirtschaftlichen Nachteile durch die Betriebsänderung vollständig ausgeglichen sind.[64] Dadurch werden solche Klauseln auch ihrer Ausgleichs- und Überbrückungsfunktion gerecht.[65]

bb) Begrenzung auf solche mit Ersatzeinkommen

Eine andere Regelung begrenzt nur Abfindungen solcher Arbeitnehmer, die durch ein Ersatzeinkommen, wie beispielsweise durch Bezug von Rente oder einen neuen Arbeitsplatz, wirtschaftlich abgesichert sind.[66] Rentenklauseln vermindern beispielsweise Abfindungen für rentennahe Arbeitnehmer nur in so weit, dass die Überbrückung bis zum Renteneintritt gewährleistet wird.[67] Maßgeblicher Gedanke hinter dieser Gestaltung ist, dass derjenige, der bald ein Ersatzeinkommen erhält, einen geringeren Überbrückungsbedarf hat.[68]

cc) Proporzfaktor-Anpassung

Die Abfindung könnte auch über einen Proporzfaktor exakt angepasst werden. Dabei wird lediglich die vorhandene Sozialplanvolumengesamtsumme durch die Summe der errechneten Abfindungen dividiert. Es ergibt sich ein Proporzfaktor, der die individuellen Abfindungen an das Gesamtvolumen anpassen kann, ohne die Gewichtung der einzelnen Differenzierungskriterien dabei zu verzerren:[69]

$$Proporzfaktor\ P = \frac{Gesamtsumme}{\sum_{i=1\ldots n} Abfindung_i}$$

dd) Bewertung der Regelungen

Diese Regelungen ermöglichen allen Arbeitnehmern die Überbrückung ihrer wirtschaftlichen Nachteile, ohne dass sie die Abfindungen Einzelner pauschal kappen und sie dadurch gegenüber anderen Arbeitnehmern benachteiligen. Sie sind somit gegenüber der starren Höchstbegrenzungsklausel mildere aber gleich geeignete Mittel.

Man könnte an den Regelungen kritisieren, dass sie nicht geeignet sind, Verteilungsgerechtigkeit herzustellen, da sie zu kompliziert und deshalb nicht praktikabel seien. Teilweise wird auch angeführt, dass sie sich zu stark an der Entschädigungstheorie orientieren.[70]

Möglich ist, dass solche Regelungen die Gestaltungspraxis von Sozialplänen aufwändiger machen. Die Betriebsparteien können dadurch nicht mehr einfach durch pauschale Kappungen die Abfindungen begrenzen, sondern müssen zwischen den einzelnen Arbeitnehmern unterscheiden. Dieser zusätzliche Schritt kann aber nicht dazu führen, die Regelungen nicht mehr als geeignet anzusehen.

Vielmehr spricht sich auch der Gesetzgeber für eine eingehendere Untersuchung der Umstände einzelner Arbeitnehmer aus, um Verteilungsgerechtigkeit herzustellen. Nach der Gesetzesbegründung zur Einführung von § 112 V Nr. 1 BetrVG sollen bürokratische Ermittlungen die Abwicklung des Sozialplans zwar nicht unnötig verzögern. Nach dem Gesetzgeber schuldet die Einigungsstelle jedoch auch das Bemühen, festzustellen, welche Nachteile im Einzelfall den Arbeitnehmern oder einzelnen Gruppen von Arbeitnehmern tatsächlich oder wahrscheinlich entstehen.[71] Das BAG betonte zudem, dass die Einigungsstelle den Ausgleich der durch die Betriebsänderung entstehenden Nachteile möglichst konkret zu ermitteln hat.[72] Durch diese Regelungen können die Nachteile zumindest konkreter ermittelt werden als durch die starre Höchstbegrenzungsklausel.

Zudem orientieren sich die Regelungen gerade nicht an der Entschädigungstheorie. Sie sollen künftige Nachteile, die betroffenen Arbeitnehmern durch die Sozialplanänderung entstehen, gerecht und individuell abmildern. Ziel der Regelungen ist es, dass Arbeitnehmer ihren sozialen Status auch noch nach Verlust ihres Arbeitsplatzes erhalten können. Das ist gerade der Kern der zukunftsorientierten Abmilderungs- und Überbrückungsfunktion.[73]

Es ist festzuhalten, dass Regelungen denkbar sind, die allen Arbeitnehmern eine Überbrückung ihrer wirtschaftlichen Nachteile ermöglichen, ohne dass sie einzelne Gruppen überproportional bevorzugen oder benachteiligen. Sie sind gegenüber unterschiedslos geltenden Höchstbegrenzungsklauseln mildere Mittel und sind geeignet, Verteilungsgerechtigkeit herzustellen. Starre und unterschiedslos geltende Höchstbegrenzungsklauseln sind demnach für die Verteilungsgerechtigkeit nicht erforderlich.

d) Angemessenheit

Starre Höchstbegrenzungsklauseln könnten zudem unangemessen sein. Bei der Angemessenheitsprüfung ist abzuwägen, ob die Verwendung eines benachteiligend wirkenden Kriteriums in Anbetracht des Ausmaßes der benachteiligenden Wirkung einerseits und der Relevanz des zu erreichenden Ziels andererseits gebilligt werden kann.[74] Je intensiver die Arbeitnehmer von der gekappten

---

62 *Wölfel* (Fn. 3), S. 185; *Temming*, RdA 205, 215.
63 *Wölfel* (Fn. 3), S. 185.
64 Ausführlich dazu *Temming*, RdA 2008, 205, 215 f.; *Wölfel* (Fn. 3), 185-189.
65 *Jacobs/Malorny*, NZA 2018, 557 560.
66 *Jacobs/Malorny*, NZA 2018, 557, 560; auf die anderweitige wirtschaftliche Absicherung stellen auch ab: EuGH, NZA 2012, 1435, 1438 – Odar; BVerfG, NZA 2015, 1248, 1249; vgl. auch LAG Hessen, BeckRS 2011, 71469 Rn. 61; der vorgezogene Renteneintritt durch eine Behinderung ist jedoch kein zulässiger Bezugspunkt für eine Kürzungsformel im Sozialplan, vgl. EuGH, NZA 2012, 1435, 1439 f. – Odar; BAG, NZA 2016, 501, 503 f.
67 Zur Zulässigkeit von Rentenklauseln: EuGH, NZA 2012, 1435, 1439 f. – Odar; BAG, NZA 2015, 365; *Joussen*, RdA 2015, 305, 310; *Willemsen*, RdA 2013, 166, 170.
68 Vgl. Ausführungen hierzu: *Krieger/Arnold*, NZA 2008, 1153 ff.; *Wölfel* (Fn. 3), S. 197-225.
69 Ausführlich *Wölfel* (Fn. 3), 181-183, *Temming*, RdA 2008, 205, 213 f.
70 *Göpfert*, AGG-Keule, unter „Erforderlichkeit und Angemessenheit".
71 BT-Drucks. 10/2102, 27.
72 Vgl. hierzu Ausführungen *Weber/Burmester*, BB 1995, 2269, 2271-2273.
73 Vgl. *Wölfel* (Fn. 3), S. 130.
74 *Schiek,* in: Schiek (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, ein Kommentar aus europäischer Perspektive[1], 2007, § 3 AGG Rn. 53.

Abfindung betroffen sind, desto gewichtiger muss die Schutzbedürftigkeit der übrigen Arbeitnehmer sein, die nicht von der gekappten Abfindung betroffen sind.[75]

aa) Schutzwürdigkeit der Älteren

Das oben genannte Beispiel zeigt, dass typischerweise die Abfindungen älterer Arbeitnehmer durch Höchstbegrenzungsklauseln gekappt werden. Der Arbeitnehmer aus dem Beispiel erhält nur 80.000 €, wobei er ohne Begrenzung seiner Abfindung 192.000 € erhalten hätte.[76] Seine Chancen auf dem Arbeitsmarkt stehen schlecht[77] und er muss bis zum Regelrenteneintritt noch 14 Jahre überbrücken.[78] Wenn er keinen neuen Arbeitsplatz findet, kann seine Abfindung das ausbleibende Einkommen bei Weiterführung seines bisherigen Lebensstandards nicht einmal zwei Jahre überbrücken. Selbst bei Bezug von Arbeitslosengeld I reicht sein Einkommen lange nicht aus, um seinen bisherigen Lebensstandard bis zum Regelrenteneintritt aufrecht zu erhalten.[79] Zudem ist zu bedenken, dass durch fehlende oder geringere Beitragszahlungen die Rente signifikant geringer ausfallen kann als ohne Verlust der Arbeitsstelle.[80] Wenn er Frührente in Anspruch nimmt, muss er mit hohen Abschlägen rechnen.[81] Das konkrete Beispiel steht für die Auswirkungen starrer Höchstbegrenzungsklauseln für ältere Arbeitnehmer allgemein und lässt sich auf eine Vielzahl ähnlicher Fälle übertragen. Ältere Arbeitnehmer sind typischerweise stark von der starren Höchstbegrenzungsklausel betroffen und somit schutzwürdig.

bb) Schutzwürdigkeit der Jüngeren

Jüngere Arbeitnehmer befinden sich oft noch im Aufbau ihrer familiären und wirtschaftlichen Existenz. Somit stehen auch sie bei Verlust ihres Arbeitsplatzes vor wirtschaftlichen Problemen.[82] Zudem besteht keine Garantie, dass jüngere Arbeitnehmer überhaupt einen neuen Arbeitsplatz finden. Je nach regionaler Arbeitsmarktlage und angesichts Zeiten des Fachkräftemangels[83] kann es auch vorkommen, dass ein erfahrener, langjährig in einem Lehrberuf beschäftigter Mitarbeiter größere Chancen auf dem Arbeitsmarkt hat als ein 26-jähriger Arbeitnehmer mit Hochschulabschluss und zwei-jähriger Berufserfahrung.[84] Auch ist zu bedenken, dass in den Zeiten der Fort- und Weiterbildungsgesellschaft gerade eine gute Ausbildung und Qualifikation zentrale Kriterien bei der Einstellung neuer Arbeitnehmer sind. Ein junger Arbeitnehmer ohne Qualifikation kann genauso schlechte Chancen auf dem Arbeitsmarkt haben, wie ein älterer Arbeitnehmer ohne Qualifikation.[85] Falls der jüngere Arbeitnehmer einen neuen Arbeitsplatz erhalten hat, bedeutet das nicht, dass er dadurch genauso gut gestellt ist wie in seinem bisherigen Arbeitsverhältnis. So kann die Bezahlung im neuen Unternehmen geringer ausfallen, etwa wenn dessen Wirtschaftslage schlechter ist.[86] Außerdem sind sie durch die Probezeit und einer kürzeren gesetzlichen Kündigungsfrist einem geringeren Kündigungsschutz ausgesetzt als bei ihrem vorherigen Arbeitsverhältnis.[87] Somit sind auch jüngere Arbeitnehmer schutzwürdig.

cc) Abwägung

Trotz allem haben jüngere Arbeitnehmer erheblich bessere Chancen, eine passende Anschlussbeschäftigung zu finden als ältere Arbeitnehmer.[88] Eine Studie der Konrad-Adenauer-Stiftung aus dem Jahr 2015[89] ergab, dass die Wahrscheinlichkeit, dass 55- bis 59-Jährige einen neuen Arbeitsplatz antreten, nur halb so hoch ist wie bei der Gesamtheit der Arbeitslosen. Die Chancen mit Anfang 30 einen neuen Arbeitsplatz zu finden, sind für gewöhnlich auch nicht schlechter als mit Anfang 20.[90] Jüngere Arbeitnehmer können bald mit einem neuen Arbeitsverhältnis und einem Ersatzeinkommen rechnen.[91] Im Gegensatz zu einem über 50-Jährigen, kann eine Abfindung von zwei Jahresentgelten einem jüngeren Arbeitnehmer eher helfen, die Nachteile auszugleichen oder abzumildern, die durch den Verlust seines Arbeitsplatzes entstehen.[92] Dem Argument, dass es für Jüngere ohne Qualifikation genau so schwierig sei, wie für Ältere ohne Qualifikation einen Arbeitsplatz zu finden, muss entgegnet werden, dass umgekehrt jüngere, gut qualifizierte Arbeitnehmer eher einen neuen Arbeitsplatz finden als Ältere mit derselben Qualifikation. Eine Studie des Instituts der deutschen Wirtschaft Köln (IW) zeigt, dass rund 42.700 Stellen deutschlandweit besetzt werden könnten, wenn Arbeitslose und junge Leute mobiler wären und das Bundesland wechseln würden.[93] Der Fachkräftemangel in Deutschland zeigt, dass Arbeitsplätze zur Verfügung stehen, es allerdings an ausreichender Qualifikation mangelt. Jüngere sind oftmals noch flexibler und können noch leichter Umschulungen oder Fortbildungen durchlaufen als Ältere. Mit einer längeren Betriebszugehörigkeit geht eine Verengung der Qualifikation der Arbeitnehmer auf die spezi-

---

75 Vgl. *Jacobs/Malorny*, NZA 2018, 557, 560.

76 Siehe oben B.II. auf S. 3 f.

77 BAG, NZA 2002, 451, 452; *Berg*, in DHSW (Fn. 4), § 10 AGG Rn. 32 f.; *Lingemann/Gotham*, NZA 2007, 663, 664.

78 Die Regelaltersgrenze von 67 Jahren gilt für alle nach 1963 geborenen Versicherten, §§ 35 S. 2, 235 SGB VI.

79 Vgl. *Jacobs/Malorny*, NZA 2018, 557, 560.

80 *Jacobs/Malorny,* NZA 2018, 557, 560.

81 Vgl. LAG Hessen, BeckRS 2011, 71469 Rn. 52; *Jacobs/Malorny*, NZA 2018, 557, 560 f.

82 BAG, NZA 2000, 732, 733; *Krieger/Arnold*, NZA 2008, 1153, 1154.

83 Von Fachkräftemängel wird in der Arbeitsmarktforschung dann gesprochen, wenn es im Verhältnis zur Arbeitsnachfrage zu wenige passend qualifizierte Arbeitskräfte und zu wenige den Anforderungen entsprechend qualifizierbare Arbeitskräfte gibt, vgl. Bundesagentur für Arbeit: „Fachkräfteengpassanalyse“, 5, https://statistik.arbeitsagentur.de/StatischerContent/Arbeitsmarktberichte/Fachkraeftebedarf-Stellen/Fachkraefte/BA-FK-Engpassanalyse.pdf, abgerufen am: 03.08.2020.

84 *Göpfert*, AGG-Keule, unter „Erforderlichkeit und Angemessenheit“.

85 Vgl. *Göpfert*, AGG-Keule, unter „Erforderlichkeit und Angemessenheit“.

86 *Jacobs/Malorny*, NZA 2018, 557, 561; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht[1], Band 2, 2008, S. 1142.

87 *Gamillscheg* (Fn. 86), S. 1142; vgl. auch BAG, NZA 2013, 921, 923.

88 Vgl. BAG, NZA 2002, 451, 452; *Berg*, in: DHSW (Fn. 4), § 10 AGG Rn. 32 f.; *Lingemann/Gotham*, NZA 2007, 663, 664.

89 Konrad Adenauer Stiftung, „Nicht im Job und nicht in Rente – Gründe für die Arbeitslosigkeit Älterer“, 5, https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=a170746d-8b84-d341-8ae6-e8bbdf4c7575&groupId=252038, abgerufen am: 03.08.2020.

90 Vgl. *Berg*, in: DHSW (Fn. 4), § 10 AGG Rn. 32 f.; *Lingemann/Gotham*, NZA 2007, 663, 664.

91 Vgl. *Jacobs/Malorny*, NZA 2018, 557, 560.

92 *Jacobs/Malorny*, NZA 2018, 557, 561.

93 Institut der deutschen Wirtschaft Köln, „Studie 2/2017, Fachkräfteengpässe in Unternehmen, Regionale Fachkräftesituation und Mobilität“, 27, https://www.iwkoeln.de/fileadmin/publikationen/2017/328843/IW-Gutachten_Regionale_Fachkraeftesituation_und_Mobilitaet.pdf, abgerufen am: 03.08.2020.

fischen Anforderungen und Gepflogenheiten am bisherigen Arbeitsplatz einher. Dazu kommt eine subjektiv und objektiv geringere Mobilität aufgrund zwischenzeitlich getroffener wirtschaftlicher und persönlicher Lebensentscheidungen mit Langzeitwirkung. Diese Umstände wirken sich nachteilig auf die Vermittelbarkeit einer neuen Arbeitsstelle und einer oft erforderlichen beruflichen Umorientierung aus.[94] Somit sind ältere Arbeitnehmer schutzbedürftiger als jüngere.

Festzuhalten ist, dass Arbeitnehmer mit gekappter Abfindung regelmäßig stark betroffen sind, während Arbeitnehmer, die nicht von der Höchstbegrenzung betroffen sind, weniger schutzbedürftig sind. Starre Höchstbegrenzungsklauseln sind mithin keine angemessenen Mittel, um Sozialplanleistungen gerecht zu verteilen.

3. Rechtfertigung nach § 10 S. 3 Nr. 6 AGG

Die Benachteiligung könnte nach § 10 AGG gerechtfertigt sein. Der Wortlaut des § 10 S. 3 Nr. 6 AGG erfasst auch Abfindungsregelungen, die an die Betriebszugehörigkeit anknüpfen und somit bloß mittelbar an das Alter. Somit ist § 10 AGG auch für mittelbare Benachteiligungen anwendbar.[95] Eine unterschiedliche Behandlung ist nach § 10 S. 1 AGG zulässig, wenn sie objektiv und angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist.[96]

Das Regelbeispiel § 10 S. 3 Nr. 6 AGG bestimmt, dass Differenzierungen von Leistungen in Sozialplänen zulässig sind, wenn die Parteien eine nach Alter oder Betriebszugehörigkeit gestaffelte Abfindungsregelung geschaffen haben, in der die wesentlich vom Alter abhängenden Chancen auf dem Arbeitsmarkt durch eine verhältnismäßig starke Betonung des Lebensalters erkennbar berücksichtigt worden sind (Var. 1) und[97] dass Beschäftigte von Sozialplanleistungen ausgeschlossen werden können, die wirtschaftlich abgesichert sind, weil sie, gegebenenfalls nach Bezug von Arbeitslosengeld, rentenberechtigt sind (Var. 2).

Die erste Variante von § 10 S. 3 Nr. 6 AGG scheidet aus, da schon vom Wortlaut her eine starre Höchstbegrenzungsklausel keine gestaffelte Abfindungsregelung ist. Die Abfindungen werden zwar zunächst anhand der Dauer der Betriebszugehörigkeit und anderer Kriterien berechnet, wobei die Abfindungen auch mit längerer Betriebszugehörigkeit steigen. Maßgeblicher Unterschied zu gestaffelten Abfindungen ist jedoch, dass die starre Höchstbegrenzungsklausel ab einer gewissen Dauer der Betriebszugehörigkeit die Abfindung kappt und sie nicht mehr berücksichtigt. Somit kann bei starren Höchstbegrenzungsklauseln schon nicht mehr von „Staffelungen" i.S.d. § 10 S. 3 Nr. 6 AGG gesprochen werden.[98]

Auch die zweite Variante von § 10 S. 3 Nr. 6 AGG ist nicht einschlägig. Starre Höchstbegrenzungsklauseln schließen die Sozialplanleistungen nicht aus. Eine Kappung der Abfindung muss aber erst recht (argumentum a maiore ad minus) nach § 10 S. 3 Nr. 6 Var. 2 AGG gerechtfertigt sein, wenn die Abfindung hoch genug ist, um die Zeit zwischen Arbeitslosengeld I und Bezug der Altersrente zu überbrücken.[99] Das wäre der Fall, wenn die betroffenen Arbeitnehmer für diesen Zeitraum eine Abfindung erhielten, die der Höhe des Verdienstausfalls entspricht. Der Arbeitnehmer wäre dann so gestellt, als wäre sein Arbeitsverhältnis bis zum Zeitpunkt des Bezuges von Arbeitslosengeld I weitergeführt worden, von dem er unmittelbar in die Altersrente hätte übergehen können.[100] Starre Höchstbegrenzungsklauseln begrenzen Abfindungen jedoch unabhängig von der Absicherung durch Arbeitslosengeld oder Rente. Vielmehr greifen sie bei Überschreitung der Obergrenze unterschiedslos auch bei Arbeitnehmern ohne wirtschaftliche Absicherung.[101]

Die mittelbare Benachteiligung wegen des Alters ist demnach nicht durch § 10 S. 3 Nr. 6 AGG gerechtfertigt.[102] Da auch kein anderes legitimes Ziel ersichtlich ist, scheidet eine Rechtfertigung auch nach den allgemeinen Kriterien des § 10 S. 1 AGG aus.[103]

II. Verstoß gegen § 75 I Hs. 2 BetrVG

Eine Diskriminierung nach dem AGG ist auch als Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot des § 75 I Hs. 2 BetrVG einzuordnen. Starre Höchstbegrenzungsklauseln verstoßen somit ebenfalls gegen das Benachteiligungsverbot wegen des Alters i.S.d. § 75 I Hs. 2 BetrVG.[104]

Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz, der von § 75 I BetrVG geprägt ist, verlangt, dass nicht willkürlich, sondern nur in sachgerechter und vernünftiger Weise unter Beachtung der vom Arbeitsrecht anerkannten Wertungen differenziert werden darf.[105] Der Arbeitgeber muss demnach einzelne Arbeitnehmer oder Arbeitnehmergruppen, die sich in einer vergleichbaren Lage befinden, bei der Anwendung einer selbst gesetzten Regel gleich behandeln.[106] Ein Arbeitgeberverhalten verstößt auch immer dann gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, wenn es gegen ein Diskriminierungsverbot verstößt,[107] was oben bereits festgestellt

---

94 Vgl. *Berg*, in: DHSW (Fn. 4), § 10 AGG Rn. 33.

95 Jacobs/Malorny, NZA 2018, 557, 561.

96 Allgemein zur Anwendbarkeit der speziellen Rechtfertigungsgründe bei mittelbaren Benachteiligungen siehe *Fuchs*, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck (Hrsg.), BeckOK BGB[50], 2019, § 10 AGG Rn. 9.

97 Die Alternativität ist hier nicht sinnvoll, so dass man statt „oder" auch „und" lesen sollte, *Temming*, RdA 2008, 205, 207.

98 *Wölfel* kommt zum gleichen Ergebnis, ohne dabei die Betriebszugehörigkeit i.S.d. § 10 S. 3 Nr. 6 Var. 1 AGG zu thematisieren: Eine starre Obergrenze benachteilige nur mittelbar wegen des Alters, diese seien nicht vom Wortlaut des § 10 S. 3 Nr. 6 Var. 1 AGG umfasst, *Wölfel* (Fn. 3), S. 196.

99 *Jacobs/Malorny*, NZA 2018, 557, 561.

100 Vgl. BAG, NZA 2010, 774, 775; *Jacobs/Malorny*, NZA 2018, 557, 561.

101 *Jacobs/Malorny*, NZA 2018, 557, 561; *Wölfel* (Fn. 3), S. 196.

102 Folglich kann dahinstehen, ob die Regelung überhaupt europarechtskonform ist. Für eine Europarechtskonformität: BAG, NZA 2011, 985, 986; BAG, NZA 2009, 849 852; *Thüsing*, in MüKoBGB (Fn. 44), § 10 AGG Rn. 33; *Lingemann/Gotham*, NZA 2007, 663, 664; für eine Europarechtswidrigkeit: *Schmidt*, ZESAR 2011, 164, 169.

103 *Jacobs/Malorny*, NZA 2018, 557, 561; **a.A.** *Göpfert*, AGG-Keule, unter „Geeignetheit".

104 Jacobs/Malorny, NZA 2018, 557, 563; **a.A.** *Hunold*, NZA-RR 2005, 57, 61.

105 Vgl. BAG 11.09.1974, NJW 1975, 751; *Berg*, in: DKKW (Fn. 14), § 75 BetrVG Rn. 106; *Jacobs/Kreutz*, in: Wiese et al. (Hrsg.), GK BetrVG, Betriebsverfassungsgesetz, Gemeinschaftskommentar[11], § 75 BetrVG Rn. 38.

106 BAG, NZA 2009, 196; *Berg*, in: DKKW (Fn. 14), § 75 BetrVG Rn. 106.

107 Vgl. BAG, NZA 2008, 99, 101; *Jacobs/Kreutz*, in: GK BetrVG (Fn. 105), § 75 BetrVG Rn. 39.

wurde. Die Betriebsparteien verstoßen durch die Verwendung von Höchstbegrenzungsklauseln also ebenso gegen ihre Überwachungspflicht, alle Personen, die im Betrieb tätig sind nach den Grundsätzen des Rechts, also auch im Sinne des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes zu behandeln.[108]

III. Zwischenergebnis

Die Anwendung starrer Höchstbegrenzungsklauseln verstößt gegen § 7 I AGG, das Benachteiligungsverbot des § 75 I Hs. 2 BetrVG sowie den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz.

D. Rechtsfolge bei Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot wegen des Alters

Der Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot wegen des Alters führt i.V.m. § 134 BGB zur Nichtigkeit von starren Höchstbegrenzungsklauseln.[109] Die Wirksamkeit des restlichen Sozialplans richtet sich nach den Regeln für teilnichtige Betriebsvereinbarungen (vgl. § 112 S. 3 BetrVG). Sind einzelne Teile des Sozialplans unwirksam, bleibt die Gültigkeit des restlichen Sozialplans unberührt, soweit er für sich allein betrachtet noch eine sinnvolle Regelung ergibt.[110] Typischerweise besteht auch ohne Höchstbegrenzungsklausel mit der Abfindungsregel ein sinnvolles Berechnungssystem, so dass der restliche Sozialplan wirksam bleibt.[111]

Die durch die Höchstbegrenzungsklausel benachteiligten Arbeitnehmer haben einen Anspruch auf Gleichbehandlung mit der besser gestellten Gruppe, also auf eine Anpassung der Abfindung „nach oben".[112]

E. Fazit und Ausblick

Festzustellen ist, dass starre Höchstbegrenzungsklauseln in Sozialplänen nicht zulässig sind. Sie begrenzen die Abfindungen von typischerweise älteren Arbeitnehmern. Sie unterlaufen dadurch sowohl ihre eigene Funktion, Verteilungsgerechtigkeit herzustellen als auch die Ausgleichs- und Überbrückungsfunktion von Sozialplänen.

Starre Höchstbegrenzungsklauseln benachteiligen ältere Arbeitnehmer mittelbar wegen des Alters i.S.v. § 3 II AGG. Die Benachteiligung ist weder durch § 3 II Hs. 2 AGG noch durch § 10 S. 3 Nr. 6 AGG gerechtfertigt.

Wenn ein Sozialplan eine starre Höchstbegrenzungklausel enthält, ist diese unwirksam, während der restliche Sozialplan davon nicht berührt wird. Die durch die Höchstbegrenzungsklausel benachteiligten Arbeitnehmer haben einen Anspruch auf Gleichbehandlung mit der besser gestellten Gruppe.

Diese Ergebnisse zeigen: Es besteht Handlungsbedarf. Betriebsparteien müssen von der hiesigen Gestaltungspraxis Abstand nehmen, was nur erfolgen kann, wenn die Rechtsprechung ausdrücklich die Unzulässigkeit von starren Höchstbegrenzungsklauseln feststellt. Durch ihre pauschale Argumentation, es bestehe schon keine Benachteiligung, weil starre Höchstbegrenzungsklauseln die angeblichen Vorteile Älterer bloß ausgleichen, schneidet sich das Gericht eine detailliertere Betrachtung der Problematik ab. Vor allem stellt es sich nicht die wichtige Frage, ob mildere Mittel existieren, die geeignet sind, Verteilungsgerechtigkeit herzustellen. Anstelle der diskriminierenden Höchstbegrenzungsklausel müssten andere Regelungen in Sozialplänen verwendet werden. Es bleibt abzuwarten, ob die Rechtsprechung zu einem Umdenken bewegt werden kann und von ihrer bisherigen Linie abweichen wird.

---

[108] Jacobs/Malorny NZA 2018, 557, 563.

[109] Vgl. *Temming*, RdA 2008, 205, 216.

[110] *Richardi-Richardi*, § 77 BetrVG Rn. 49; *Temming*, RdA 2008, 205, 216.

[111] Vgl. *Hohenstatt/Willemsen*, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Hrsg.), Arbeitsrecht Kommentar[5], 2012, § 112 BetrVG Rn. 57; *Wölfel*, (Fn. 3), S. 303; *Preis/Bender,* in: Wlotzke/Preis/Kreft (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz, Kommentar[4], 2009, §§ 112, 112a BetrVG Rn. 56; *Temming*, RdA 2008, 205, 216.

[112] *Däubler*, in: DKKW (Fn. 14), §§ 112, 112a BetrVG Rn. 112; *Fitting*, in: Fitting (Fn. 20), §§ 112, 112a BetrVG Rn. 173; *Jacobs/Malorny*, 557, 562; *Hohenstatt/Willemsen*, in HWK (Fn. 111), § 112 BetrVG Rn. 57; *Wölfel* (Fn. 3), S. 304; *Preis/Bender,* in: Wlotzke/Preis/Kreft (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz, Kommentar[4], 2009, §§ 112, 112a BetrVG Rn. 56. Unter Umständen erhöht sich dadurch nachträglich das Volumen des Sozialplans erheblich; vgl. BAG, NZA 2004, 559, 561; *Jacobs/Malorny*, NZA 2018, 558, 563; *Hohenstatt/Willemsen*, in: HWK (Fn. 111), § 112 BetrVG Rn. 57. Das BAG weist deshalb auf einen Wegfall der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB hin; BAG, NZA 2004, 559, 561; **überzeugende a.A.** *Jacobs/Malorny*, NZA 2018, 558, 562 f.

Max Hülsmann*

Möglichkeiten der Lösung von arbeitsrechtlichen Aufhebungsverträgen

A. Einleitung und Gang der Untersuchung

Mehr als 30 % der Mitarbeiter, die 2008 entlassen wurden, haben gegen ihre Entlassung geklagt.[1] Für den Arbeitgeber kann ein Kündigungsschutzprozess ein hohes Risiko bedeuten, nicht zuletzt, weil er bei einem klagestattgebenden Urteil gemäß § 615 S. 1 BGB Annahmeverzugslohn zahlen muss. Vor allem bei einem Rechtsstreit über mehrere Instanzen ist das ein erhebliches finanzielles Risiko.[2] Eine einfache Möglichkeit für den Arbeitgeber, dieses Risiko zu vermeiden, liegt darin, mit dem Arbeitnehmer einen Aufhebungsvertrag abzuschließen. Dieser kann das Arbeitsverhältnis einvernehmlich mit sofortiger Wirkung auflösen.[3] Kündigungsfristen sind nicht zu beachten, ebenso wenig hindert Sonderkündigungsschutz wie § 17 I 1 MuSchG den Abschluss, und auch der Betriebsrat muss nicht nach § 102 BetrVG angehört werden.

Es ist daher nicht verwunderlich, dass der arbeitsrechtliche Aufhebungsvertrag in der Praxis sehr beliebt ist. Durch eine entsprechend bemessene Abfindung lässt sich die Zustimmung des Arbeitnehmers oft „erkaufen". Diesem wird regelmäßig nicht bewusst sein, welch nachteilige Folgen der Abschluss des Vertrags für ihn haben kann. Beispielsweise ruht der Anspruch auf Arbeitslosengeld nach § 159 SGB III für die Dauer einer Sperrzeit, und Versorgungsanwartschaften in der betrieblichen Altersvorsorge können verloren gehen.

Zur Verdeutlichung soll ein Fall dienen, wie ihn Anfang des Jahres das BAG (in abgewandelter Form)[4] zu entscheiden hatte:

Arbeitnehmerin A ist wiederholt arbeitsunfähig erkrankt. Eine krankheitsbedingte Kündigung wäre mit hoher Wahrscheinlichkeit sozial gerechtfertigt. Ihr Arbeitgeber B möchte aber keinen Kündigungsschutzprozess führen. Stattdessen sucht er A zuhause an ihrem Bett auf. Er legt ihr einen vorgefertigten Aufhebungsvertrag vor. Dabei gibt er zu bedenken, dass es ein „einmaliges Angebot" sei. Falls sie nicht zustimme, könne er auch eine Kündigung aussprechen. A bittet um Bedenkzeit, die B jedoch nicht gewährt. Daraufhin unterschreibt A den Vertrag, und das Arbeitsverhältnis endet mit sofortiger Wirkung. Die A erfährt erst im Nachhinein, dass sie zunächst keinen Anspruch auf Arbeitslosengeld hat.

Daraus, dass dem Arbeitnehmer weder eine Bedenkzeit noch ein Rücktritts- oder Widerrufsrecht eingeräumt wird, folgt nach allgemeiner Ansicht nicht die Unwirksamkeit des Aufhebungsvertrags.[5] Dennoch ist der Arbeitnehmer in einer Situation wie der eben skizzierten schutzbedürftig, allein schon wegen der „Überrumpelung" durch den Arbeitgeber am frühen Morgen. Dazu kam im konkreten Fall noch die Krankheit. Ob und wie der Arbeitnehmer sich deshalb vom Aufhebungsvertrag lösen kann, soll im Folgenden untersucht werden. „Lösung" im Sinne dieser Arbeit umfasst die Beseitigung des Aufhebungsvertrags (und/oder seiner Wirkung) durch Ausübung eines Gestaltungsrechts. Es wird kurz auf die Anfechtung (B), ausführlicher auf das Bestehen eines Widerrufsrechts (C) und insbesondere auf die Lösung durch Schadensersatz einzugehen sein (D). Auf die Behandlung von Rücktrittsmöglichkeiten wird wegen fehlender Besonderheiten und Relevanz verzichtet.[6]

Dass der Vertrag darüber hinaus von Gesetzes wegen nichtig sein kann (etwa nach §§ 307 ff. BGB[7]), soll hier deshalb ebenso wenig behandelt werden wie die Frage, ob der Aufhebungsvertrag als Verfügungsgeschäft ein kausales Verpflichtungsgeschäft erfordert.[8]

B. Lösung durch Anfechtung

Wie jede Willenserklärung können auch die Willenserklärungen, die den Aufhebungsvertrag begründet haben, angefochten werden.[9] Im Zusammenhang mit arbeitsrechtlichen Aufhebungsverträgen kann eine Anfechtung aufgrund von Irrtum (§ 119 BGB), Täuschung (§ 123 I Var. 1 BGB) oder Drohung (§ 123 I Var. 2 BGB) erfolgen. Anfechtungen nach § 119 BGB und § 123 I Var. 1 BGB sind nur sehr selten denkbar.[10] Eine Anfechtung wegen widerrechtlicher Drohung kommt dagegen sehr häufig in Betracht. Als drohendes Übel genügt jeder Nachteil;[11] dazu zählt die angekündigte Entlassung des Arbeitnehmers,[12] und der

---

* Der Autor ist Student an der Bucerius Law School, Hamburg. Der Beitrag stellt eine stark verkürzte Fassung seiner Examensseminararbeit dar.

1 IW Köln, Anteil der Mitarbeiter, die gegen ihre Entlassung geklagt haben nach Betriebsgröße, 11.02.2009 (https://statista.com/statistik/daten/studie/3833, zuletzt aufgerufen am 05.11.2020).

2 *Lingemann/Steinhauser,* NJW 2014, 2165.

3 *Müller-Glöge*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht[19], 2019, § 620 BGB Rn. 10.

4 BAG NZA 2019, 688 ff.

5 BAGE 74, 281, 288-290; *Bauer/Krieger/Arnold*, Arbeitsrechtliche Aufhebungsverträge[9], 2014, A. Rn. 89; *Sutschet*, in: Beck-online.GROSSKOMMENTAR: BGB, 2019, § 620 Rn. 470; *Schleusener*, NZA 2002, 949; *Preis*, in: Stahlhacke/Preis/Vossen, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis[11], 2015, § 3 Rn. 35; *Glahe*, Die Rückabwicklung arbeitsrechtlicher Aufhebungsverträge, Diss. 2017, S. 106 f. mwN (dortige Fn. 215).

6 Allg. *Rolfs*, in: Ascheid/Preis/Schmidt (Hrsg.), Kündigungsrecht[5], 2017, 2. Teil, Aufhebungsvertrag Rn. 104 f. mwN; Fälle des § 313 III bei *Ehrich*, in: Weber/Ehrich/Burmester/Fröhlich, Handbuch der arbeitsrechtlichen Aufhebungsverträge[5], 2009, Teil 3 Rn. 97 f.

7 Ausführlich *Giesing*, Inhaltskontrolle und Abschlusskontrolle arbeitsrechtlicher Aufhebungsverträge, Diss. 2008.

8 S. dazu *Glahe* (Fn. 5), S. 33-63.

9 *Link*, in: Schaub (Begr.), Arbeitsrechts-Handbuch[17], 2017, § 122 Rn. 25; *Oetker*, in: Staudinger (Begr.), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 2016, Vorbem. zu §§ 620 ff. Rn. 59.

10 S. ausführlich *Franz*, Der Abschluss eines Aufhebungsvertrags, Diss. 2005, S. 447-451, S. 499-503.

11 *Ellenberger*, in: Palandt (Begr.), BGB[78], 2019, § 123 Rn. 15.

12 *Galperin*, DB 1961, 238.

Arbeitgeber wird regelmäßig eine Kündigung in Aussicht stellen, falls dem Aufhebungsvertrag nicht zugestimmt wird. Entsprechend finden sich zur Thematik zahlreiche Urteile[13] und Diskussionsbeiträge[14], auf die an dieser Stelle verwiesen wird.

Es bleibt zu sagen, dass im Fall der A eine Anfechtung wegen widerrechtlicher Drohung ausscheidet, weil eine krankheitsbedingte Kündigung wahrscheinlich gerechtfertigt wäre. Ein „verständiger Arbeitgeber" durfte deshalb eine Kündigung ernsthaft in Betracht ziehen und aufgrund dessen verneinen BAG[15] und hL[16] die Widerrechtlichkeit der Drohung.[17]

C. Lösung durch Widerruf

Eine weitere Möglichkeit, sich vom Aufhebungsvertrag zu lösen, liegt im Widerruf.

I. Vertragliches Widerrufsrecht

Unproblematisch ist das möglich, wenn ein Widerruf vertraglich vereinbart wurde. Das kann durch den Aufhebungsvertrag selbst, Arbeitsvertrag oder Tarifvertrag geregelt sein.[18]

II. Gesetzliches Widerrufsrecht nach Verbraucherrecht

Problematisch ist hingegen, ob auch ein gesetzliches Widerrufsrecht besteht. Ein solches könnte sich aus §§ 355, 312 I, 312g I Var. 1, 312b I 1 Nr. 1 BGB ergeben. § 312g I Var. 1 BGB räumt ein Widerrufsrecht nach § 355 I BGB ein, wenn es sich um einen außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Vertrag nach § 312b I 1 BGB handelt. Das kann auch ein arbeitsrechtlicher Aufhebungsvertrag sein.

1. Keine Anwendbarkeit nach § 312 I BGB

Damit § 312b BGB anwendbar ist, müsste der Aufhebungsvertrag gemäß § 312 I BGB ein entgeltlicher Verbrauchervertrag sein.

„Entgeltliche Leistung" meint, dass eine Leistung des Unternehmers gegen Entgelt erfolgt.[19] Üblicherweise leistet der Arbeitgeber im Zuge des Aufhebungsvertrags eine Abfindung an den Arbeitnehmer oder entschädigt ihn anderweitig. Dann ist eine Leistung zu bejahen.[20] Fraglich ist, ob diese gegen ein „Entgelt" erfolgt. § 312 I BGB geht auf Art. 3 der Richtlinie 2011/83/EU[21] zurück,[22] der dieses Merkmal nicht ausdrücklich vorsieht. Die Entgeltlichkeit im Rahmen von § 312 I BGB wird deshalb richtlinienkonform sehr weit ausgelegt und es genügt jede Leistung des Verbrauchers im Zusammenhang mit dem Vertrag, die für den Unternehmer von Wert ist.[23]

Die Richtlinie ist jedoch gemäß ihres Art. 2 Nr. 1[24] nicht auf Aufhebungsverträge anwendbar. Es ist deshalb gar nicht erforderlich, den Wortlaut des § 312 I BGB im Zusammenhang mit arbeitsrechtlichen Aufhebungsverträgen weit auszulegen[25] und es bleibt bei der allgemeinen Auslegung. Damit die Abfindung des Arbeitgebers eine entgeltliche Leistung ist, reicht es deshalb nicht aus, dass der Arbeitnehmer auf zukünftige Leistungen verzichtet.[26]

Die §§ 312 ff. BGB sind auf den Aufhebungsvertrag mit Abfindung folglich nicht anwendbar. Zahlt der Arbeitgeber keine Abfindung, liegt schon gar keine Leistung vor und der Anwendungsbereich ist ebenfalls nicht eröffnet.[27] Schon deshalb besteht kein Widerrufsrecht nach § 312b I 1 Nr. 1 BGB. Ob der Aufhebungsvertrag auch ein Verbrauchervertrag ist, kann deshalb offenbleiben.

2. Keine Anwendbarkeit nach § 312b I 1 BGB

Doch auch wenn man zu dem Ergebnis käme, dass zumindest der Aufhebungsvertrag mit Abfindung einen entgeltlichen Verbrauchervertrag darstellt, unter § 312 I BGB fiele und der Anwendungsbereich der §§ 312 ff. BGB eröffnet wäre, scheitert ein Widerrufsrecht aus § 312b I 1 Nr. 1 BGB zwar nicht schon am Wortlaut, wohl aber an Systematik und Entstehungsgeschichte der Vorschrift.

a) Grundsätzliche Anwendbarkeit nach dem Wortlaut

Nach § 312b I 1 Nr. 1 BGB liegt ein außerhalb von Geschäftsräumen geschlossener Vertrag vor, wenn ein Vertrag zwischen Verbraucher und Unternehmer (bei gleichzeitiger körperlicher Anwesenheit) an einem anderen Ort als dem Geschäftsraum des Unternehmers geschlossen wird. Nach § 312b II 1 BGB sind Geschäftsräume unbewegliche oder bewegliche Räume, in denen der Unternehmer seine Tätigkeit dauerhaft oder für gewöhnlich ausübt. Dem Wortsinn nach gehört der Arbeitsplatz des Arbeitnehmers zu den

---

13 Zuletzt BAG NZA 2016, 1409, 1415.

14 Ausführlich *Franz* (Fn. 10), S. 451-499; *Benecke*, RdA 2004, 147 ff. jew. mwN.

15 Seit BAGE 32, 194 ff.; übertragen auf Drohung mit ord. Kündigung durch BAG NZA 1992, 1023, 1024; zuletzt BAG NZA 2016, 1409, 1415.

16 *Müller-Glöge*, in: ErfK (Fn. 3), § 620 Rn. 11a; *Ehrich*, in: Weber/Ehrich/Burmester/Fröhlich (Fn. 6), Teil 3 Rn. 28 mwN; siehe auch die Übersicht bei *Franz* (Fn. 10), S. 468 f. (dortige Fn. 140).

17 S. zur Kritik daran exemplarisch *Franz*, (Fn. 10), S. 467-476 mwN.

18 *Rolfs*, in: APS (Fn. 6.), 2. Teil, Aufhebungsvertrag Rn. 84; *Löwisch/Riebe*, Tarifvertragsgesetz[4], 2017, § 1 Rn. 387.

19 *Bauer/Arnold/Zeh*, NZA 2016, 449, 450; s. auch BT-Drs. 17/12637, S. 45.

20 *Bauer/Arnold/Zeh*, NZA 2016, 449, 450.

21 Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. EU Nr. L 304, S. 73 f.

22 *Martens*, in: BeckOK BGB[50], 2019, § 312 vor Rn. 1.

23 *Wendehorst*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch[8], 2019, § 312 Rn. 37; *Martens*, in: BeckOK BGB (Fn. 22), § 312 Rn. 11; *Grüneberg*, in: Palandt (Fn. 11), § 312 Rn. 3; *Stadler*, in: Jauernig[17], 2018, § 312 Rn. 5; *Ring*, in: NK-BGB[3], 2016, § 312 Rn. 5; **a.A.** *von Loewenich*, WM 2016, 2011, 2013 f.

24 Richtlinie 2011/83/EU (Fn. 21), S. 72.

25 *Bauer/Arnold/Zeh*, NZA 2016, 449, 451; *Fischinger/Werthmüller*, NZA 2016, 193, 197, nur für unentgeltlichen Aufhebungsvertrag; *Linck*, in: Schaub (Fn. 9), § 122 Rn. 7, mit Hinweis auf die Gesetzesbegründung.

26 *Bauer/Arnold/Zeh*, NZA 2016, 449, 451.

27 *Fischinger/Werthmüller*, NZA 2016, 193, 197; *Bauer/Arnold/Zeh*, NZA 2016, 449, 451.

Geschäftsräumen des Arbeitsnehmers.[28] Folglich käme ein Widerrufsrecht nur in Betracht, wenn der Aufhebungsvertrag außerhalb des Arbeitsplatzes geschlossen würde.[29] Diese Betrachtung greift jedoch zu kurz.[30]

Sowohl nach dem 21. Erwägungsgrund der RL 2011/83/EU als auch nach der Gesetzesbegründung soll es sich bei Arbeitsplätzen nicht um Geschäftsräume handeln.[31] Der Gesetzgeber nennt den Arbeitsplatz sogar ausdrücklich als Beispiel für einen Ort außerhalb von Geschäftsräumen des Unternehmers.[32] Der Wortlaut allein spricht deshalb noch nicht gegen ein Widerrufsrecht nach § 312b I 1 BGB für Aufhebungsverträge.

b) Systematische und historische Einwände

Der Gesetzgeber hat in den §§ 312b II, III, IV, 312g II BGB zwar ein detailliertes System an Bereichsausnahmen geschaffen, ohne arbeitsrechtliche Verträge zu erwähnen. Daraus folgt jedoch nicht, dass er sie ausdrücklich in den Anwendungsbereich einbeziehen wollte.[33] Denn der Gesetzgeber ging davon aus, dass im Rahmen von § 312 I BGB nur dann von einem Verbrauchervertrag auszugehen ist, „wenn sich der Unternehmer (§ 14) zur Lieferung einer Ware oder Erbringung einer Dienstleistung und der Verbraucher (§ 13) zu Zahlung eines Entgelts verpflichtet.“[34] Das ergebe sich schon aus Art. 2 Nr. 5, 6 der RL 2011/83/EU,[35] die Kaufvertrag und Dienstleistungsvertrag definieren. Der Gesetzgeber wollte folglich nur Absatzverträge und keine arbeitsrechtlichen Verträge erfassen.[36]

Dafür spricht auch, dass der Unternehmer nach § 312d I BGB gemäß der Angaben in Art. 246a § 1 EGBGB über ein bestehendes Widerrufsrecht informieren muss, die dort normierten Informationspflichten sich aber nicht für arbeitsrechtliche Aufhebungsverträge eignen.[37] Beispielsweise müsste der Arbeitgeber nach Art. 246a § 1 I 1 Nr. 2 EGBGB seinen Namen und seine Anschrift nennen, obwohl er dazu schon aus § 2 I 2 Nr. 1 NachwG verpflichtet ist.[38] Auch die Rechtsfolgen des Widerrufs sind nicht auf arbeitsrechtliche Aufhebungsverträge zugeschnitten. § 357 BGB bezieht sich auf die Rückabwicklung von Absatzverträgen und Verträgen über Dienstleistungen, Wasser, Gas oder Strom.[39]

Schließlich spricht auch die Stellung des § 312b BGB im „Untertitel 2. Grundsätze bei Verbraucherverträgen und besondere Vertriebsformen“ gegen eine intendierte Anwendbarkeit auf Aufhebungsverträge. Der Aufhebungsvertrag ist keine besondere Vertriebsform und der Gesetzgeber ging ausweislich der Gesetzesbegründung nicht davon aus, dass der Aufhebungsvertrag im Rahmen der §§ 312 ff. BGB ein Verbrauchervertrag ist.[40]

§§ 312 ff. BGB sollen den Verbraucher in Situationen mit Überraschungsmoment oder psychischem Druck schützen.[41] Am Arbeitsplatz wird der Arbeitnehmer mit arbeitsrechtlichen Verträgen wie dem Aufhebungsvertrag rechnen müssen, sodass es an einem Überraschungsmoment regelmäßig fehlt.[42] Eine Situation psychischen Drucks ist am Arbeitsplatz indes denkbar.[43] Das kann aber nicht dazu führen, das Widerrufsrecht gegen den klaren Willen des Gesetzgebers zu bejahen. Deshalb scheidet auch eine analoge Anwendung aus.[44]

III. Ergebnis

Sofern ein Widerrufsrecht nicht vertraglich festgelegt wurde, besteht keine Möglichkeit, sich durch Widerruf von einem Aufhebungsvertrag zu lösen. Gesetzlich kann ein Widerrufsrecht nicht aus §§ 355, 312 I, 312g I Var. 1, 312b I 1 Nr. 1 BGB abgeleitet werden. Selbst wenn man den eindeutigen Wortlaut des § 312 I BGB außer Acht lässt, widersprechen Systematik und gesetzgeberischer Wille einer Anwendung auf arbeitsrechtliche Aufhebungsverträge.

Auch der A ist es deshalb nicht möglich, sich durch Widerruf vom Aufhebungsvertrag zu lösen.

D. Lösung durch Schadensersatz (Naturalrestitution)

Alle bisher besprochenen Möglichkeiten der Lösung des Aufhebungsvertrags kamen für die A nicht in Betracht. Eine letzte Möglichkeit könnte in einem Schadensersatzanspruch aus §§ (311 II,) 241 II, 280 I, 249 I BGB liegen. Das zugrunde liegende Schuldverhältnis ist wahlweise das noch bestehende Arbeitsverhältnis oder das vorvertragliche Schuldverhältnis im Rahmen der Anbahnung des Aufhebungsvertrags.[45] Für den Schadensersatzanspruch ist das unerheblich, weil sich dessen Voraussetzungen in beiden Fällen aus § 280 I BGB ergeben.[46]

Wenn der A der Nachweis gelänge, dass der Abschluss des Aufhebungsvertrags ein ersatzpflichtiger Schaden ist, wäre

---

28 *Schwab/Hromek*, JZ 2015, 271, 273; *Rolfs*, in: APS (Fn. 6), 2. Teil, Aufhebungsvertrag Rn. 85 f.; *Bauer/Arnold/Zeh*, NZA 2016, 449, 452; *Glahe* (Fn. 5), S. 131.

29 *Fischinger*, in: Kiel/Lunk/Oetker (Hrsg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht[4], 2018, § 9 Rn. 12; *Sutschet*, in: BeckOGK BGB (Fn. 5), § 620 Rn. 431.

30 *Linck*, in: Schaub (Fn. 9), § 122 Rn. 7.

31 BT-Drs. 17/12637, S. 49.

32 BT-Drs. 17/12637, S. 50.

33 *Glahe* (Fn. 5), S. 131 f.; so aber *Fischinger/Werthmüller*, NZA 2016, 193, 195 und *Schulze/Kittel/Pfeffer*, ArbRAktuell 2017, 105, 107.

34 BT-Drs. 17/12637, S. 45.

35 Ebd.

36 *Richardi/Fischinger*, in: Staudinger (Begr.), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 2016, § 611 Rn. 130; *Glahe* (Fn. 5), S. 133.

37 *Bauer/Arnold/Zeh*, NZA 2016, 449, 451; *Richardi/Fischinger*, in: Staudinger (Fn. 36), § 611 Rn. 130.

38 BAG NZA 2019, 688, 690.

39 Ebd.

40 BT-Drs. 17/12637, S. 45.

41 BT-Drs. 17/12637, S. 49 unter Hinweis auf Erwägungsgründe 21, 37 RL 2011/83/EU; *Maume*, in: BeckOK BGB (Fn. 22), § 312b Rn. 4; *Wendehorst*, in: MüKo BGB (Fn. 23), § 312b Rn. 2.

42 *Kamanabrou*, NZA 2016, 919, 920; *Busch*, in: BeckOGK BGB (Fn. 5), § 312b Rn. 11; *Rolfs*, in: APS (Fn. 6), 2. Teil, Aufhebungsvertrag Rn. 85 mwN zur ähnlichen Argumentation vor Umsetzung der RL.

43 *Glahe* (Fn. 5), S. 130.

44 *Oetker,* in: Staudinger (Fn. 9), Vorbem. zu §§ 620 ff. Rn. 62.

45 *Giesing* (Fn. 7), S. 214 f. mwN; *Glahe* (Fn. 5), S. 139.

46 *Lorenz*, in: BeckOK BGB (Fn. 22), § 280 Rn. 3 f.; vgl. *Burkardt*, Der arbeitsrechtliche Aufhebungsvertrag, Diss. 2003, S. 111.

dieser gemäß § 249 I BGB vorrangig durch Naturalrestitution zu ersetzen. Das könnte durch eine Aufhebung des Vertrages geschehen. Grundsätzlich ist das möglich.[47] Indem der Schadensersatz geltend gemacht wird, könnte sich die A dann vom Aufhebungsvertrag lösen. Zunächst müssten jedoch die Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs erfüllt sein.

I. Pflichtverletzung

Als Pflichtverletzung des Arbeitgebers kommen die Verletzung einer bestehenden Aufklärungspflicht und/oder des Gebots fairen Verhandelns in Betracht.

1. Verstoß gegen Aufklärungspflichten

Eine Aufklärungspflicht des Arbeitgebers ist sehr selten.[48] Mögliche Verstöße sollen hier deshalb nicht näher vertieft werden. Selbst wenn ein solcher vorliegt, scheitert ein etwaiger Schadensersatzanspruch in der Regel am Schutzzweck der Aufklärungspflicht, da diese selten vor dem Abschluss des Aufhebungsvertrags selbst schützen soll.[49]

2. Verstoß gegen das Gebot fairen Verhandelns

Zum Schutz der Entscheidungsfreiheit des Arbeitnehmers erkennt das BAG das sogenannte „Gebot fairen Verhandelns“ an.[50] Es hat in früheren Entscheidungen wiederholt betont, dass einer „Überrumpelung“ des Arbeitnehmers beim Vertragsschluss darüber begegnet werden könne.[51] Es geht auf *Lorenz* und das amerikanische Rechtsinstitut der *undue influence* zurück.[52]

a) Herleitung

Ein Verstoß gegen das Gebot fairen Verhandelns liegt vor, „wenn die Entscheidungsfreiheit des Vertragspartners in zu missbilligender Weise beeinflusst wird“.[53] Gegenstand des Gebots ist keine konkrete Pflicht des Arbeitgebers; es soll vielmehr „ein Mindestmaß an Fairness“ im Rahmen der Vertragsverhandlungen gewährleisten.[54] Die Rechtsfigur ergänzt die Regelung zur Anfechtbarkeit wegen Täuschung oder Drohung gemäß § 123 BGB.[55]

Es handelt sich um eine Nebenpflicht nach § 241 II BGB, denn § 241 II BGB verpflichtet auch zur Rücksichtnahme von „Interessen“ und schützt im Rahmen derer die Entscheidungsfreiheit.[56] Das Gebot fairen Verhandelns fügt sich gut in bereits anerkannte Pflichten nach § 241 II BGB wie Loyalität[57] oder die Bewahrung vor Selbstschädigung[58] ein.[59]

Konkrete Voraussetzungen für einen Verstoß gibt es nicht, Rechtsprechung und Lehre haben aber Fallgruppen gebildet.[60] Das BAG nennt als mögliche Fälle die Schaffung oder Ausnutzung einer psychischen Drucksituation von Gewicht, die Ausnutzung einer objektiv erkennbaren körperlichen oder psychischen Schwäche des Arbeitnehmers, unzureichender Sprachkenntnisse oder eines Überraschungsmoments.[61] Weitere Anhaltspunkte können ein starkes Beharren auf dem Vertragsschluss, die besondere Betonung möglicher Folgen der Verzögerung oder Verhandlungen zu ungewöhnlichen Zeiten oder an einem ungewöhnlichen Ort sein.[62] Ein Verstoß liegt nicht bereits vor, wenn dem Arbeitnehmer weder eine Bedenkzeit noch ein Rücktritts- oder Widerrufsrecht eingeräumt wird oder der Aufhebungsvertrag nicht angekündigt wird.[63]

b) Kritik

Die Notwendigkeit des Rechtsinstituts wird von Teilen der Literatur bestritten. Soweit der Arbeitnehmer vor „Überrumpelung“ geschützt werden solle, sei dieser Schutz durch das Schriftformerfordernis nach § 623 BGB ausreichend gewährleistet.[64] Dass darüber hinaus in Drucksituationen nur ein Widerrufsrecht nach §§ 312 ff. BGB in Frage kommt, das aber auf Aufhebungsverträge nicht anwendbar ist (s.o.), sei als gesetzgeberische Entscheidung zu respektieren.[65] Zudem seien §§ 123, 138 BGB als Grenze für „unfaires“ Verhandeln ausreichend.[66]

Das ist nicht überzeugend. Erstens kommt dem Schriftformerfordernis nach § 623 BGB vor allem eine Beweis- und Warnfunktion zu.[67] Zwar ist dessen Zweck darüber hinaus auch der Schutz vor einem unüberlegten Abschluss des Aufhebungsvertrags.[68] Wenn der Arbeitgeber den vorformulierten Vertrag aber – wie im Regelfall – inklusive eigener Unterschrift zur sofortigen Unterzeichnung vorlegt und darüber hinaus den Arbeitnehmer durch die Begleitumstände unter Druck setzt, schützt das Schriftformerfordernis nicht vor der Zwangslage des Arbeitnehmers.[69] Zweitens ist das

---

47 *Kaiser*, in: Staudinger (Begr.), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 2017, § 249 Rn. 195; *Ekkenga/Kuntz*, in: Soergel (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch[13], 2014, Vor § 249 Rn. 65 f.; BGH NJW 1962, 1196 ff.; BGH NJW 2007, 1809 ff.

48 *Thies*, Schutz des Arbeitnehmers bei Abschluss arbeitsrechtlicher Aufhebungsverträge, Diss. 2007, S. 42 f.; *Burkardt* (Fn. 46), S. 90-93, jew. mwN.

49 *Glahe* (Fn. 5), S. 147-149; *Rolfs*, in: APS (Fn. 6), 2. Teil, Aufhebungsvertrag Rn. 12.

50 *Däubler*, in: Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath (Hrsg.), Arbeitsrecht[4], 2017, § 611a BGB Rn. 629; *Reinecke*, in: FS Düwell, 2011, S. 410, jew. mwN.

51 BAGE 109, 22, 36; BAG NJOZ 2004, 4096, 4100 aE; BAG Urt. v. 03.06.2004 – 2 AZR 427/03, Rn. 51; BAGE 114, 97, 108.

52 *Lorenz*, JZ 1997, 277, 281 f.

53 BAG NZA 2019, 688, 691.

54 *Reinecke*, (Fn. 50), S. 410.

55 Ebd.

56 So ausdrücklich BT-Drs. 14/6040, 163; *Giesing* (Fn. 6), S. 213 f.; BAG NZA 2019, 688, 691.

57 *Bachmann*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch[8], 2019, § 241 Rn. 101-106.

58 *Bachmann*, in MüKo BGB (Fn. 57), § 241 Rn. 108.

59 *Bachmann/Ponßen*, NJW 2019, 1966, 1970.

60 Ausführlich *Giesing* (Fn. 7), S. 215-230.

61 BAG NZA 2019, 688, 691 f.

62 *Thüsing*, RdA 2005, 257, 269; *Lorenz*, JZ 1997, 277, 282.

63 BAG NZA 2019, 688, 691 f.

64 *Rieble/Klumpp*, ZIP 2002, 2153, 2160; *Tschöpe/Pirscher*, RdA 2004, 358, 366; *Holler*, NJW 2019, 2206, 2208.

65 *Holler*, NJW 2019, 2206, 2208 f.

66 *Kienast/Schmiedl*, DB 2003, 1440, 1442; *Holler*, NJW 2019, 2206, 2208 f.

67 *Oetker*, in: Staudinger (Fn. 9), § 623 Rn. 6 f.; *Gotthardt*, in: BeckOK Arbeitsrecht[52], 2019, § 623 Rn. 53.

68 *Fischermeier*, in: AR[9], 2019, § 623 Rn. 1.

69 *Giesing* (Fn. 7), S. 209 f.

verbraucherrechtliche Widerrufsrecht auf Aufhebungsverträge nicht anwendbar, weil in erster Linie Absatzverträge erfasst werden sollen (s.o.). Der Gesetzgeber hat sich eben nicht gegen die Anwendbarkeit entschieden, weil der Schutz des Arbeitnehmers anderweitig gewährleistet ist, sondern weil er nur Absatzverträge erfassen wollte. Drittens ist der Anwendungsbereich des § 123 BGB sehr eng[70] und erfasst nicht die Willensbeeinflussung aufgrund kumulativer Umstände. Das Gebot fairen Verhandelns ist insoweit flexibler. Viertens dient § 138 I BGB nur der Inhaltskontrolle.[71] Die Umstände bei Zustandekommen des Rechtsgeschäfts können zwar einbezogen werden, aber die Sittenwidrigkeit muss immer an den Inhalt des Rechtsgeschäfts anknüpfen: „Sittenwidrig sein muss immer das Rechtsgeschäft selbst."[72] Daran fehlt es beim Aufhebungsvertrag aber gerade: Weder eine fehlende Abfindung,[73] noch der Ausschluss weiterer Ansprüche,[74] noch eine fehlende Bedenkzeit[75] können Anhaltspunkt für eine Sittenwidrigkeit sein.

Mithin ist das Gebot fairen Verhandelns erforderlich, um Umstände vor Abschluss des Aufhebungsvertrags, die auf die Entscheidungsfreiheit des Arbeitnehmers einwirken, ausreichend berücksichtigen zu können. Es ist kein Nachteil, dass der Vertragsinhalt für die Beurteilung der „Fairness" ausgeblendet wird,[76] sondern gerade der Vorteil gegenüber dem strengen Maßstab der Sittenwidrigkeit. Der Anwendungsbereich von § 138 I BGB ist in den typischen Fällen des Verstoßes gegen das Gebot fairen Verhandelns nämlich nicht eröffnet.

So liegt es auch in dem Fall der A: Mangels inhaltlichem Anhaltspunkt kommt die Nichtigkeit des Aufhebungsvertrags nach § 138 I BGB nicht in Betracht.[77] Auch liegt weder eine widerrechtliche Drohung nach § 123 I Var. 2 BGB noch ein Widerrufsrecht nach §§ 355, 312 I, 312g I Var. 1, 312b I 1 Nr. 1 BGB vor. Dass A dennoch schutzwürdig ist, weil B ihren kranken Zustand ausgenutzt hat und sie unangekündigt zuhause aufgesucht hat, drängt sich auf. Eine „Aushöhlung der Zivilrechtsdogmatik und der Vertragsfreiheit" ist nicht zu erwarten, wenn ein Verstoß gegen das Gebot auf Einzelfälle mit mehreren belastenden Umständen beschränkt bleibt.[78] Ein solches Verständnis entspräche auch dem Vorbild der *undue influence,* die ein Zusammenspiel mehrerer Elemente erfordert.[79] Das BAG hat bis jetzt noch nie einen Verstoß bejaht.[80]

Es ist entsprechend nicht zu befürchten, dass sich Arbeitnehmer nun regelmäßig und erfolgreich auf einen Verstoß berufen werden können. In der Entscheidung, die dem Fall der A zugrunde liegt, sah das BAG lediglich „Anhaltspunkte im [strittigen] Sachverhalt",[81] die für einen Verstoß sprächen. Wenn sich herausstellen sollte, dass die Arbeitnehmerin wegen ihrer Erkrankung erkennbar geschwächt war, der Arbeitgeber das ausgenutzt und sie durch das unangekündigte Erscheinen überrumpelt hat, sei das Gebot fairen Verhandelns verletzt.[82]

c) Zwischenergebnis

Es spricht im Ergebnis nichts dagegen, das Gebot fairen Verhandelns als Nebenpflicht des Arbeitgebers nach § 241 II BGB anzuerkennen. Bei einem Verstoß kann er sich nach §§ (311 II,) 241 II, 280 I, 249 I BGB schadensersatzpflichtig machen.

II. Weitere Voraussetzungen

Soweit dem Arbeitgeber eine der angesprochenen Pflichtverletzungen zur Last fällt, müsste er diese auch zu vertreten haben: Fahrlässigkeit genügt gemäß § 276 I 1 BGB und wird nach § 280 I 2 BGB vermutet.[83] Weiter ist erforderlich, dass dem Arbeitnehmer aufgrund des Verstoßes ein kausaler Schaden entstanden ist. Es genügt dezidierter Vortrag; sodann ist es Aufgabe des Arbeitgebers nachzuweisen, dass der Schaden auch bei gesetzmäßiger Aufklärung/Verhandlung eingetreten wäre, um die Kausalität zu verneinen.[84]

III. Aufhebungsvertrag als ersatzfähiger Schaden

Damit eine Lösung vom Vertrag als Schadensersatz in Betracht kommt, müsste der Schaden im Abschluss des Aufhebungsvertrags liegen. Grundsätzlich ist anerkannt, dass ein ungünstiger Vertrag einen Schaden darstellen kann und im Wege der Naturalrestitution verlangt werden kann, dass er rückgängig gemacht wird.[85] Der Arbeitnehmer müsste nachweisen, dass er bei fairer Verhandlung keinen Vertrag geschlossen hätte.[86]

Anders als etwaige Aufklärungspflichten soll das Gebot fairen Verhandelns gerade vor dem Abschluss des Aufhebungsvertrags schützen[87] und dieser ist somit grundsätzlich als ersatzpflichtiger Schaden erfasst.[88] Gelingt dem Arbeitnehmer der Beweis der Kausalität von Verstoß und Abschluss des Aufhebungsvertrags, folgt aus § 249 I BGB ein Anspruch auf Wiedereinstellung:

Nach § 249 I BGB ist der Zustand ohne das schädigende Ereignis wiederherzustellen. Das schädigende Ereignis war

---

70 *Giesing* (Fn. 7), S. 210.
71 *Sack/Fischinger*, in: Staudinger (Begr.), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 2017, § 138 Rn. 10 f.
72 *Sack/Fischinger*, in: Staudinger (Fn. 71), Rn. 15.
73 *Weber/Ehrich*, NZA 1997, 414, 419; *Ehrich*, in: Weber/Ehrich/Burmester/Fröhlich (Fn. 6), Teil 3 Rn. 5.
74 *Schmidt*, AP BGB § 620 Aufhebungsvertrag Nr. 50, III. 1.
75 *Preis*, in: Stahlhacke/Preis/Vossen (Fn. 5), § 3 Rn. 35 mwN.
76 So *Fischinger*, NZA 2019, 729, 731.
77 Vgl. zum zugrundeliegenden Fall *Schmidt*, AP BGB § 620 Aufhebungsvertrag Nr. 50, III. 1.; BAG NZA 2019, 688 ff. und LAG Nds. NZA-RR 2018, 361 ff. gehen auf § 138 I BGB gar nicht erst ein.
78 *Fischinger*, NZA 2019, 729, 732.
79 *Lorenz*, JZ 1997, 277, 282.
80 BAGE 109, 22, 36; BAG NJOZ 2004 4096, 4101 aE.; BAGE 114, 97, 108.
81 BAG NZA 2019, 688, 691.
82 Ebd; im Übrigen Zurückverweisung.
83 *Benicke/Hellwig*, in: Soergel (Fn. 47), § 280 Rn. 142.
84 *Grüneberg*, in: Palandt (Fn. 11), § 280 Rn. 39; *Benicke/Hellwig*, in: Soergel (Fn. 47), § 280 Rn. 257; *Giesing* (Fn. 7), S. 230 f.
85 *Kaiser*, in: Staudinger (Fn. 47), § 249 Rn. 195; *Ekkenga/Kuntz*, in: Soergel (Fn. 47), Vor § 249 Rn. 65 f.; BGH NJW 1962, 1196 ff.; BGH NJW 2007, 1809 ff.
86 *Burkardt* (Fn. 46), S. 113.
87 *Lorenz*, JZ 1997, 277, 282; *Reinecke* (Fn. 50), S. 410, 411; BAG NZA 2019, 688, 692 f. Rn. 42.
88 Vgl. allg. *Oetker*, in: MüKo BGB (Fn. 57), § 249 Rn. 123 mwN.

die Verletzung des Gebots fairen Verhandelns.[89] Ohne dieses Ereignis hätte der Arbeitnehmer den Aufhebungsvertrag nicht abgeschlossen. Er ist also so zu stellen, als sei der Vertrag nie geschlossen worden.[90] Der „Zustand", der wiederhergestellt werden soll, ist das wirksame Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitnehmer und -geber.[91] Das kann durch einen Anspruch auf Wiedereinstellung des Arbeitnehmers geschehen – ohne dass der Aufhebungsvertrag für nichtig erklärt werden muss.[92]

Das BAG geht zunächst richtig davon aus, dass dem Arbeitnehmer ein Schadensersatzanspruch zustehe. Der Schadensersatzanspruch bewirke aber keinen Anspruch auf Wiedereinstellung, „vielmehr führt der Schadensersatzanspruch […] unmittelbar zu einem Entfall der Rechtswirkungen des Aufhebungsvertrags […]."[93] Es leuchte nicht ein, „weshalb die Naturalrestitution erst durch Abgabe einer […] Willenserklärung erreicht werden sollte", weil der entgegenstehende Wille des Arbeitgebers „gebrochen" werde.[94] Zudem sei die Vertragsaufhebung als Schadensersatz jedenfalls bei arbeitsrechtlichen Aufhebungsverträgen „letztlich wirkungsgleich mit einer Anfechtung."[95]

Diese Ausführungen überzeugen nicht ansatzweise. Sie widersprechen § 249 I BGB. Die Norm besagt eindeutig nicht, dass aus dem Schadensersatzanspruch *automatisch* etwas folgt, sondern dass der Schuldner verpflichtet ist, den Zustand herzustellen, der ohne das schädigende Ereignis bestehen würde.[96] Die vom Urteil des BAG in Rn. 39 zitierte BT-Drs. spricht nur davon, dass „der Geschädigte […] die Lösung vom Vertrag als Naturalrestitution verlangen kann"[97] und nicht, dass sie unmittelbar eintritt.[98] Der vergleichende Kommentarverweis in Rn. 37 des Urteils geht ebenfalls fehl. Die zitierte Randnummer besagt, dass „der betroffene Arbeitnehmer […] nach § 249 Satz 1 BGB verlangen [kann], dass [der Aufhebungsvertrag] rückgängig gemacht wird."[99] Das widerspricht aber der Aussage des BAG.

Auch die weiteren vom BAG zitierten Urteile und Kommentare stützen seine Aussagen nicht.[100] Zur Unterstützung der These, Vertragsaufhebung als Schadensersatz und Anfechtung seien wirkungsgleich, zitiert es ein Urteil des BGH.[101] Jenes stellt aber lediglich fest, dass beide *wirtschaftlich* zum gleichen Ergebnis führen.[102] Daraus kann nicht folgen, dass beide Wege *rechtlich* gleich zu behandeln sind.[103] Die Anfechtung wirkt *ex tunc*, die Verpflichtung zum Schadensersatz *ex nunc*: § 249 I BGB verlangt, den Geschädigten „so zu stellen wie er stünde" und besagt nicht, dass der Geschädigte „so gestellt ist".[104]

Das Urteil des BAG widerspricht insoweit der einhelligen Auffassung von zivilrechtlicher Literatur und Rechtsprechung sowie Wortlaut und Systematik des Gesetzes.[105] Ihm ist nicht zu folgen.

IV. Ergebnis

Ein Schadensersatzanspruch gerichtet auf Wiedereinstellung wegen Verletzung einer Aufklärungspflicht des Arbeitgebers ist in der Praxis nahezu ausgeschlossen, da eine Aufklärungspflicht nur ausnahmsweise besteht, ihr Schutzzweck in der Regel nicht den Vertragsschluss umfasst und ein Verstoß selten ursächlich für den Abschluss des Vertrags ist.

So liegt es auch im Fall der A: Sie kann höchstens Schadensersatz in Höhe des entgangenen Arbeitslosengeldes verlangen, nicht jedoch die Lösung vom Vertrag.

Einfacher ist dagegen, einen Schadensersatzanspruch aus §§ (310 II,) 240 II, 280 I, 249 I BGB bei einem Verstoß gegen das Gebot fairen Verhandelns geltend zu machen. Das Gebot besteht grundsätzlich und der Vertragsschluss ist ausdrücklich vom Schutzzweck umfasst. Inhalt des Schadensersatzanspruchs ist nach § 249 I BGB ein Anspruch auf Wiedereinstellung.

Macht der Arbeitnehmer diesen geltend, kann er sich so vom Aufhebungsvertrag – bzw. von dessen Wirkungen – lösen.

E. Fazit

Die Ausführungen haben gezeigt, dass grundsätzlich mehrere Möglichkeiten der Lösung arbeitsrechtlicher Aufhebungsverträge bestehen. Nur ein gesetzliches Widerrufsrecht ist von vornherein ausgeschlossen. Von den übrigen Möglichkeiten bleibt in der Praxis aber nur ein kleiner Teil anwendbar: Der Aufhebungsvertrag kann zwar grundsätzlich angefochten werden oder der Arbeitnehmer kann zurücktreten. Diese Möglichkeiten ergeben sich aber ganz allgemein aus dem BGB und sind auf aufhebungsvertragliche Konstellationen nur in Einzelfällen anwendbar. Der auf Naturalrestitution gerichtete Schadensersatzanspruch in Folge einer Aufklärungspflichtverletzung des Arbeitgebers ist dagegen eine spezielle Möglichkeit, sich vom Aufhebungsvertrag zu lösen. Indes sind an diesen Anspruch so hohe Anforderungen zu stellen, dass auch diese Möglichkeit praktisch nicht relevant ist.

Von Bedeutung ist die Möglichkeit der Lösung vor allem in den Fällen, in denen der Arbeitnehmer den Aufhebungsvertrag nur aufgrund einer Willensbeeinflussung durch den Arbeitgeber angenommen hat. Davor schützt in erster Linie die Möglichkeit, die Vertragsannahme wegen widerrechtlicher Drohung anzufechten. Wenn die Willensbeeinflussung aber nicht durch eine einzelne Drohung, sondern aufgrund kumulativ wirkender Umstände erfolgt ist, läuft auch diese

[89] Vgl. *Glahe* (Fn. 5), S. 150.
[90] Vgl. *Sutschet,* in: BeckOGK BGB (Fn. 5), § 620 Rn. 390.
[91] Vgl. *Burkardt* (Fn. 46), S. 118.
[92] Vgl. *Glahe* (Fn. 5), S. 150; vgl. *Burkardt* (Fn. 46), S. 118.
[93] BAG NZA 2019, 688, 692.
[94] Ebd.
[95] Ebd.
[96] *Fischinger*, NZA 2019, 729, 733; *Grüneberg*, in: Palandt (Fn. 11), § 249 Rn. 2.
[97] BT-Drs. 14/6040, S. 162.
[98] *Fischinger*, NZA 2019, 729, 733.
[99] *Däubler*, in: Däubler/Bonin/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht[4], 2014, Einl. Rn. 155a.
[100] *Fischinger*, NZA 2019, 729, 733.
[101] BAG NZA 2019, 688, 692.
[102] BGH NJW 1997, 254, Rn. 3; *Fischinger*, NZA 2019, 729, 733; *Schmidt*, AP BGB § 620 Aufhebungsvertrag Nr. 50, III. 2.
[103] *Fischinger*, NZA 2019, 729, 733.
[104] *Holler*, NJW 2019, 2206, 2210.
[105] Ebenso *Fischinger*, NZA 2019, 729, 733 mwN; *Holler*, NJW 2019, 2206, 2210; *Schmidt*, AP BGB § 620 Aufhebungsvertrag Nr. 50, III. 2.

Möglichkeit leer.

So ist die Situation auch im Fall der A. Die einzige Möglichkeit, ihr *de lege lata* eine Lösung vom Aufhebungsvertrag zu ermöglichen, liegt in einem Verstoß gegen das Gebot fairen Verhandelns und dem daraus folgenden Schadenersatzanspruch, gerichtet auf Naturalrestitution. Diese Herleitung mag etwas konstruiert wirken. Sie ist aber die einzige Möglichkeit, dem Arbeitnehmer in schützenswerten Einzelfällen, die nicht von § 123 I Var. 2 BGB erfasst sind, die Lösung vom Aufhebungsvertrag zu ermöglichen.

Solange der Gesetzgeber nicht – wie wiederholt vorgeschlagen[106] – ein spezifisches Widerrufsrecht für arbeitsvertragliche Aufhebungsverträge schafft, wird sie auch die einzige bleiben.

[106] Beispielsweise von *Henssler/Preis*, NZA-Beil. 2007, Heft 21, 6, 29, § 134 III, IV.

David K. Takacs*

Betriebsratsvergütung bei leistungsbezogener Vergütung

A. Einleitung

300 Euro im Januar, 64.509 Euro im Februar. Kontinuität ist kein prägendes Merkmal leistungsbezogener Vergütung. Besonders Arbeitnehmer im Vertrieb sind es gewohnt, dass ihr Entgelt teilweise exorbitanten Schwankungen unterliegt. Während solche Vergütungsmodelle für leistungsstarke Arbeitnehmer regelmäßig viele Vorteile bieten, können sie für Arbeitgeber schwierig, mitunter sogar gefährlich werden. Wird nämlich ein solcher Arbeitnehmer in den Betriebsrat gewählt und freigestellt, muss ihm das Entgelt gezahlt werden, welches er ohne Betriebsratstätigkeit verdient hätte. Diese hypothetische Betrachtung bereitet dem Arbeitgeber bei schwankenden leistungsbezogenen Vergütungsformen regelmäßig Kopfzerbrechen. Schließlich gibt es keine gesetzgeberische Regelung zur konkreten Berechnung und auch die Rechtsprechung hält sich bisher bedeckt. Werden jedoch Fehler gemacht, sodass es zu einer Begünstigung oder Benachteiligung des Arbeitnehmers aufgrund der Betriebsratstätigkeit kommt, drohen dem Arbeitgeber sogar strafrechtliche Konsequenzen. Damit eine rechtskonforme Berechnung gelingt, sollen nachfolgend die Vorschläge zur Berechnung der Betriebsratsvergütung bei leistungsbezogener Arbeit dargestellt und diskutiert werden.

Im Zentrum der Bearbeitung stehen die unterschiedlichen Berechnungsmethoden bei einzelnen leistungsbezogenen Vergütungsformen. Ausgehend von den Grundlagen der Betriebsratsvergütung werden schwerpunktmäßig der Akkord und die Provision diskutiert. Als abschließende Problematik wird die nachträgliche Einführung einer leistungsbezogenen Vergütung skizziert. Auf eine ausführliche Darstellung der Diskussion um die Zielvereinbarungen wird aufgrund des Bestehens einer in der Literatur begrüßten Rechtsprechung verzichtet.[1]

B. Grundlagen der Betriebsratsvergütung

I. Betriebsratsamt als Ehrenamt

Ausgangspunkt für die Vergütung der Betriebsräte ist § 37 Abs. 1 BetrVG. Danach führen Mitglieder des Betriebsrats ihr Amt unentgeltlich als Ehrenamt aus. Sie sollen also durch die Übernahme der Tätigkeit weder Vorteile noch Nachteile erlangen.[2] Hiermit wird die unabhängige und unparteiische Ausführung des Amtes gesichert und eine Entfremdung der Betriebsräte von der Stammbelegschaft verhindert.[3] Das Betriebsratsamt ist also *de lege lata* kein Hauptberuf, weshalb auch einem Diätenmodell,[4] nach welchem Betriebsräte für ihre Tätigkeit gesondert vergütet würden, durch den Gesetzgeber mit der Regelung in § 37 Abs. 1 BetrVG eine klare Absage erteilt wird.[5] Dieser Grundsatz der Unentgeltlichkeit wird als tragende Säule der Betriebsratsvergütung von der Rechtsprechung strikt angewendet.[6]

II. Entgeltausfallprinzip als Bemessungsgrundlage der Vergütung

Selbstverständlich führt das Ehrenamtsprinzip nicht dazu, dass Betriebsräte während ihrer Tätigkeit überhaupt nicht vergütet werden. Nach § 37 Abs. 2 BetrVG sind Betriebsräte „ohne Minderung des Arbeitsentgelts“ von ihrer Tätigkeit zu befreien. Das Entgelt der Betriebsräte ermittelt sich also anhand des arbeitsvertraglich geschuldeten Entgelts, welches ihnen trotz Nichterbringung der geschuldeten Leistung zusteht, sog. Entgeltausfallprinzip.[7] Nach diesem Prinzip wird auf die hypothetische Vergütung des Betriebsrats im relevanten Zeitraum abgestellt, die so berechnet werden muss, dass sie dem Entgeltsausfallprinzip am besten gerecht wird.[8] Es handelt sich insbesondere um kein Referenzprinzip, nach welchem das Entgelt retrospektiv berechnet würde.[9]

III. Leistungsbezogene Vergütung als gesetzlich ungeregelter Sonderfall

Ausweislich der Gesetzesmaterialien zum BetrVG von 1952 ist das Entgeltausfallprinzip des § 37 Abs. 2 BetrVG von seiner historisch gesetzgeberischen Intention auf ein Arbeitsverhältnis zugeschnitten, welches ausschließlich auf der Vergütung eingesetzter Zeit durch den Arbeitnehmer basiert.[10] Dieses Verständnis des Gesetzgebers hat sich auch mit den BetrVG Reformen 1972 und 2001 nicht verändert. So wurde mit der Reform 1972 nur eine terminologische Klarstellung bezweckt[11] und der relevante zweite Absatz 2001 überhaupt nicht verändert.[12] Das gesetzgeberische Verständnis aus 1952 liegt dem heutigen Gesetz demzufolge

---

* Der Autor ist Student an der Bucerius Law School, Hamburg. Der Beitrag stellt eine verkürzte Fassung seiner Seminararbeit dar.

1 LAG Berlin, NZA 1997, 224; BAG, NZA 2015, 1328; *Roos*, AiB 1997, 228, 229; *Gaul*, BB 1998, 101; *Mayer*, AiB 1999, 633, 635; *Fitting*, Betriebsverfassungsgesetz[30], 2020, § 37 BetrVG Rn. 64; *Wedde*, in: Däubler/Klebe/Wedde, Betriebsverfassungsgesetz[17] (DKW), 2020, § 37 Rn. 51.

2 *Koch*, in: Erfurter Kommentar[20] (ErfK), 2020, § 37 BetrVG Rn. 1; *Reichold*, in: Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar[8] (HWK), 2018, § 37 BetrVG Rn. 1.

3 *Winkler*, Das Ehrenamt des Betriebsrats[1], 2019, S. 41; *Jacobs*, NZA 2019, 1606.

4 Näher: *Fischer*, NZA 2007, 484, 485.

5 *Glock*, in: Hess/Worzalla/Glock *et al*., Betriebsverfassungsrecht[10] (HWGNRH), 2018, § 37 Rn. 15 ff.

6 BAG, NZA 1994, 278, 281.

7 Allgemeine Ansicht: BAG, NZA 2018, 538, 541; *Denzer*, Das Betriebsratsamt als Ehrenamt und seine entgeltrechtlichen Folgen[1], 2020, S. 23-48; *Joussen*, RdA 2018, 193; *Wolmerath*, in: Düwell, Betriebsverfassungsgesetz[5], 2018, § 37 BetrVG Rn. 13.

8 *Thüsing*, in: Richardi, Betriebsverfassungsgesetz[16], 2018, § 37 BetrVG Rn. 34.

9 Dazu im BUrlG: BT-Drs. IV/785 S. 4; zur Abgrenzung: *Denzer* (Fn. 7), S. 25 f.

10 BT-Drs. I/3585 S. 7; Überblick über die historische Entwicklung der Vergütungsvorschriften in *Schlamp*, Die Vergütung von Betriebsräten[1], 2018, S. 6-8.

11 BT-Drs. VI/2729 S. 23.

12 BT-Drs. 14/5741 S. 40 f.; unverändert übernommen vom Ausschuss für Arbeit und Soziales BT-Drs. 14/6352 S. 14.

immer noch unverändert zugrunde.[13]

Dieses Verständnis ist ohne Weiteres praktikabel, solange man ein Arbeitsverhältnis hat, welches anhand der Komponenten Zeit und Stundenlohn vergütet wird. Die Regelung erfasst jedoch nicht Fälle, in denen Arbeitnehmer teilweise oder vollständig leistungsbezogene Entgelte erhalten. Aus der Systematik des Gesetzes, insbesondere dem Zusammenspiel der §§ 37, 78 S. 2, 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG wird jedoch deutlich, dass der Gesetzgeber eine Begünstigung oder Benachteiligung von Arbeitnehmern aufgrund ihrer Tätigkeit als Betriebsrat ausschließen wollte. Hinsichtlich leistungsbezogener Vergütung ist eine solche Regelung bisher jedoch nicht gelungen.[14] Leistungsbezogen meint hierbei nicht die Vergütung des Betriebsratsamts selbst, sondern die Bezahlung im zugrundeliegenden Arbeitsverhältnis, also beispielsweise die Zahlung von Akkordlohn, Provisionen und Boni.[15]

C. Berechnung bei einzelnen Formen leistungsbezogener Arbeit

Bei diesen Vergütungsformen ist ein Zusammenhang zwischen Arbeitszeit und Arbeitserfolg nicht immer klar feststellbar. Nichtsdestotrotz sollen Arbeitnehmer durch § 37 Abs. 2 BetrVG geschützt werden. Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat bisher keine Berechnungsgrundlage vorgelegt. Die einzige Vorgabe ist, dass zur Berechnung der hypothetischen Vergütung die Methode zu wählen ist, „die dem Lohnausfallprinzip am besten gerecht wird."[16] Dabei sind die „Besonderheiten des jeweiligen Vergütungsbestandteils zu beachten."[17] Daher bestehen in der Literatur unterschiedliche Ansätze zur möglichen Berechnung. Diese Ansätze werden im Folgenden für die jeweilige Vergütungsform dargestellt und diskutiert.

I. Akkord

1. Grundlagen

Die bekannteste Form der leistungsbezogenen Vergütung ist der Akkordlohn.[18] Bezugspunkt der Vergütung nach Akkordlohn ist die geleistete Arbeitsmenge, wobei nach Stück- und Zeitakkord differenziert werden muss. Wird nur auf die produzierte Anzahl von Werkstücken abgestellt, liegt ein Stückakkord vor.[19] Dagegen wird beim Zeitakkord im Ausgangspunkt eine Vorgabezeit pro Stückzahl vorgegeben. Diese wird dann mit einem Geldfaktor pro Stück und der produzierten Menge multipliziert, sodass sich der Akkordlohn ergibt.[20] Sowohl bei dem Zeitakkord als auch dem Stückakkord hat der Arbeitnehmer einen wesentlichen Einfluss auf sein Entgelt anhand seiner Arbeitsgeschwindigkeit. Zwischen Gehaltshöhe und aufgewendeter Arbeitszeit besteht daher jedenfalls ein Zusammenhang.[21]

Ferner kann zwischen Einzel- und Gruppenakkord unterschieden werden. Beim Ersteren ergibt sich der Akkordlohn anhand des Ergebnisses des einzelnen Arbeitnehmers, bei Letzterem wird das Leistungsergebnis der Arbeitsgruppe unter ihren Mitgliedern aufgeteilt.[22]

2. Akkordlohnfortzahlung bei Betriebsratstätigkeit

Auch beim Akkord muss nach dem Entgeltausfallprinzip eine hypothetische Berechnung des Entgelts erfolgen. Diese kann deshalb Schwierigkeiten bereiten, weil nicht nur die zeitliche Komponente eine Rolle spielt, sondern auch die individuelle Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers, welche gegebenenfalls Schwankungen unterliegt.[23] Es werden unterschiedliche Ansätze zur Berechnung des Entgeltausfalls beim Akkordlohn vertreten.

Die überwiegende Auffassung in der Literatur stellt auf eine vergangenheitsorientierte Betrachtung ab und streitet sich vor allem über den richtigen Bezugszeitraum.[24] Es wird dabei teilweise vertreten, auf den letzten Akkordlohn abzustellen,[25] oder wie von der vorwiegenden Auffassung auf die bisherige durchschnittliche Arbeitsleistung.[26] Auch wird vereinzelt nur auf vergleichbare Arbeitnehmer abgestellt.[27] Das Bundesarbeitsgericht hat jedenfalls für die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall entschieden, dass beim Gruppenakkord auf die Gruppe selbst abzustellen ist.[28] Ansonsten scheint die Rechtsprechung sich im Zweifel einen weiten Beurteilungsspielraum vorbehalten zu wollen und nimmt bei schwankenden Bezügen eine Schätzung nach § 287 Abs. 2 ZPO vor.[29]

3. Stellungnahme

Eine solche Schätzung nach § 287 Abs. 2 ZPO erscheint beim Akkordlohn als nicht notwendig, da die Bezüge nicht besonders stark schwanken und der Rechtssicherheit der Vergütung mit präziseren Berechnungen abgeholfen werden kann. Das Abstellen auf den Gruppenakkord erscheint dagegen in den meisten Fällen als zweckgerecht.

Ein pauschales Abstellen auf das letzte Akkordentgelt[30] führt zu einem unbilligen statischen Akkordentgelt, welches die individuellen Schwankungen der menschlichen Leistung[31] vollkommen außer Acht lässt. Diese Individualität der leistungsbezogenen Vergütung wird auch missachtet,

---

13 *Jacobs*/*Frieling*, NZA 2015, 513, 514.
14 Ebd.
15 *Schlamp* (Fn. 10), S. 153; *Jacobs*/*Frieling*, ZfA 2015, 241, 257.
16 BAG, NZA 2018, 528, 531.
17 BAG, NZA 2015, 1328, 1329.
18 *Preis*, in: ErfK (Fn. 2), § 611a Rn. 391.
19 *Straube*/*Rasche*, in: Tschöpe, Arbeitsrecht Handbuch[11], 2019, 2. A. II. Rn. 402.
20 *Preis*, in: ErfK (Fn. 2), § 611a Rn. 392.
21 *Jacobs*/*Frieling*, NZA 2015, 513, 515.
22 *Preis*, in: ErfK (Fn. 2), § 611a Rn. 391.
23 *Jacobs*/*Frieling*, NZA 2015, 513, 515; *Thüsing*, in: Richardi (Fn. 8), § 37 BetrVG Rn. 34.
24 *Wedde*, in: DKW (Fn. 1), § 37 Rn. 52; *Koch*, in: ErfK (Fn. 2), § 37 BetrVG Rn. 6; *Glock*, in: HWGNRH (Fn. 5), § 37 Rn. 57; *Denzer* (Fn. 7), S. 177-179.
25 *Thüsing*, in: Richardi (Fn. 8), § 37 Rn. 34.
26 *Fitting* (Fn. 1), § 37 BetrVG Rn. 65; *Lipp*, Honorierung und Tätigkeitsschutz von Betriebsratsmitgliedern[1], 2008, S. 113; *Gaul*, BB 1998, 101; *Weber*, in: Wiese/Kreutz/Oetker *et al*., Betriebsverfassungsgesetz[11] (GK-BetrVG), 2018, § 37 BetrVG Rn. 72.
27 *Jacobs*/*Frieling*, NZA 2015, 513.
28 BAG, AP EntgeltFG § 4 Nr. 64.
29 BAG, NZA 2015, 1328, 1329.
30 *Thüsing*, in: Richardi (Fn. 8), § 37 Rn. 34.
31 *Jacobs*/*Frieling*, NZA 2015, 513, 515; *Denzer* (Fn. 7), S. 177; *Reinhard*, in: ErfK (Fn. 2), § 4 EFZG Rn. 14.

wenn man beim Einzelakkord ausschließlich zu einem Fremdvergleich wechseln würde. Die herrschende Auffassung im Schrifttum geht daher zurecht davon aus, dass der Akkordlohn im Grundsatz von einer vergangenheitsorientierten Betrachtung getragen sein muss. Der Rückgriff ist erforderlich, um natürlichen menschlichen Leistungsschwankungen zu begegnen.[32] Allerdings darf man nicht bei diesem gebildeten Durchschnitt verharren, sondern muss diesen dynamisch weiterentwickeln, damit auch der zukunftsorientierte Charakter des Entgeltausfallprinzips zur Geltung kommt. Im Einzelnen bietet sich die folgende Berechnungsmethode für Akkordlöhne an:

Ausgehend von der Prämisse, dass für die Lohnfortzahlung eine Berechnungsmethode zu wählen ist, die dem Lohnausfallprinzip am besten gerecht wird,[33] muss auf einer ersten Stufe nach dem Grad der Freistellung differenziert werden. Anschließend ist eine Unterscheidung zwischen Einzel- und Gruppenakkord notwendig.

Ist der Betriebsrat nur teilweise von der Arbeit freigestellt, erbringt er weiterhin arbeitsvertragliche Tätigkeiten, die nach Akkordlohn vergütet werden. Dementsprechend kann man hinsichtlich seiner individuellen Arbeitsleistung und seinem Effizienzgrad konkrete Feststellungen treffen. Diese sind für eine möglichst zutreffende Prognose der Vergütung ohne Betriebsratstätigkeit für die freigestellte Zeit zu skalieren. Die leistungsabhängige Komponente der erbrachten Arbeitsleistung wird also auch für die freigestellte Zeit herangezogen. Somit werden die individuellen Leistungsschwankungen bestmöglich erfasst und dem Maßstab des BAG wird Genüge getan.

Bei vollständig freigestellten Betriebsräten im Einzelakkord ist eine solche Betrachtung indes nicht möglich. Hier ist es nötig, eine hypothetische Entgeltentwicklung aus der aktuellen und vergangenen Arbeitsleistung des Arbeitnehmers zu errechnen.[34] Als relevanten Zeitraum kann man die unmittelbar vor der Betriebsratstätigkeit liegende Zeitspanne erachten, in der der Arbeitnehmer bereits eine gewisse Konstanz aufweist.[35] Den Vorwurf, man wende sich hiermit dem Referenzprinzip zu,[36] wird man nicht endgültig ausräumen können. Allerdings ist jeder hypothetischen Prognose immanent, dass sie einer fundierten Grundlage bedarf. Ohne Grundlage würde man geradezu raten, wie sich das Entgelt des Arbeitnehmers entwickelt. Stelle man dagegen nur auf die Entgelte anderer Arbeitnehmer ab,[37] würde man vor allem die individuelle Leistungskomponente des Akkordlohns außer Acht lassen.[38]

Ausgehend von diesen Bedenken muss man jedoch - nur für die zukünftige Entgeltentwicklung - vergleichbare Arbeitnehmer berücksichtigen. Die bisherige durchschnittliche individuelle Leistung dient somit nur als Referenzwert. Verändert sich ab Aufnahme der Betriebsratstätigkeit die Leistungsfähigkeit einer heranzuziehenden vergleichbaren Gruppe von Arbeitnehmern, muss man deren durchschnittliche Leistungsveränderung auf das Entgelt des Betriebsrats übertragen. Für die Bestimmung der vergleichbaren Arbeitnehmer gelten die Grundsätze des § 37 Abs. 4 BetrVG. Damit wird sowohl einer statischen Gehaltsentwicklung als auch einer willkürlichen Weiterzeichnung begegnet. Auch beruht die Entgeltentwicklung dann auf einem Referenzwert, welcher der individuellen Leistung des Arbeitnehmers entspricht.

Liegt jedoch anstatt eines Einzelakkords ein Gruppenakkord vor, erscheint es vorzugswürdig, dem Betriebsrat weiterhin das Entgelt zu zahlen, als wäre er Teil der betrachteten Arbeitsgruppe.[39] In den meisten Fällen wird das die Entgeltentwicklung am zutreffendsten modellieren. Ist das aufgrund der Gruppengröße nicht praktikabel oder fällt aufgrund der Abwesenheit des Betriebsrats die Leistung der Gruppe merklich ab, ist das Entgelt anhand der dargestellten Berechnungsmethode zum Einzelakkord zu ermitteln.

II. Provisionen

1. Grundlagen

Bei Provisionen handelt es sich in der Regel um eine Vergütung, die sich prozentual am vermittelten (Vermittlungsprovision) oder abgeschlossenen (Abschlussprovision) Geschäft orientiert. Bemessungsgrundlage des Entgelts ist also nicht die erbrachte Arbeitsleistung, sondern der Arbeitserfolg.[40] Ähnlich wie beim Gruppenakkord kann dabei auch das Ergebnis einer Verkäufergemeinschaft als Grundlage herangezogen werden.[41] Entscheidender Unterschied zum bisher behandelten Akkordlohn ist, dass sich Provisionen nicht mehr ohne Weiteres auf eine Arbeitszeit zurückführen lassen können. Daher bereitet die Berechnung der Vergütung während der Betriebsratstätigkeit wesentlich mehr Probleme.[42]

Aufgrund der reinen Leistungsvergütung und der fehlenden Arbeitszeitkomponente hat sich die Provision als Entgeltbestandteil von der dem § 37 Abs. 2 BetrVG zugrunde liegenden Konzeption weit entfernt und scheint vom Gesetzgeber nicht berücksichtigt worden zu sein. Das ist angesichts der gesetzlichen Normierung dieser Vergütungsart im Handelsvertreterrecht des HGB (§§ 65, 84 ff. HGB) und der Tatsache, dass Provisionen bereits seit dem Mittelalter bekannte Vergütungsbestandteile sind, erstaunlich.[43]

Daher werden auch für Provisionen verschiedene Ansätze vertreten, eine der gesetzlichen Normierung gerecht werdende Berechnung vorzunehmen.

---

32 *Reinhard*, in: ErfK (Fn. 2), § 4 EFZG Rn. 14.
33 BAG, NZA 2018, 528, 531; BAG, NZA 2015, 1328, 1329.
34 Auch *Lipp* (Fn. 26), S. 113; *Denzer* (Fn. 7), S. 177; *Koch*, in: ErfK (Fn. 2), BetrVG § 37 Rn. 6.
35 So auch *Denzer* (Fn. 7), S. 178.
36 *Jacobs*/*Frieling*, NZA 2015, 513, 516.
37 So tendenziell *Jacobs*/*Frieling*, NZA 2015, 513, 515.
38 Auch *Thüsing*, in: Richardi (Fn. 8), § 37 Rn. 34.
39 Ebenso *Reinhard*, in: ErfK (Fn. 2), § 4 EFZG Rn. 15.
40 *Straube*/*Rasche*, in: Tschöpe (Fn. 19), 2. A. II. Rn. 415.
41 BAG, NZA 1999, 306.
42 *Jacobs*/*Frieling*, NZA 2015, 513, 515.
43 *Schirmer*, Wörterbuch der deutschen Kaufmannssprache auf geschichtlichen Grundlagen, Neudruck 1991, S. 151.

2. Übertragung der Rechtsprechung zur Entgeltfortzahlung

Im Gegensatz zum Verbot der Entgeltminderung des § 37 Abs. 2 BetrVG hat der Gesetzgeber bei der Konzeption des Entgeltfortzahlungsgesetzes leistungsbezogene Vergütungen bereits berücksichtigt. Auch der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall (§ 4 EFZG) liegt ebenso wie § 37 Abs. 2 BetrVG das Entgeltfortzahlungsprinzip zugrunde.[44] Dieses erfährt jedoch in § 4 Abs. 1a EFZG eine Modifikation in der Hinsicht, dass nach Satz 1 nur die regelmäßige Arbeitszeit exklusive Überstunden betrachtet wird.[45] Auch für leistungsbezogene Vergütungsbestandteile trifft § 4 Abs. 1a S. 2 EFZG eine Regelung. Demnach ist bei der Entgeltfortzahlung der für den Arbeitnehmer in der „maßgebenden regelmäßigen Arbeitszeit erzielbare Durchschnittsverdienst" zugrunde zu legen. Die Literatur sieht hiervon auch Provisionen umfasst.[46] Letztendlich liegt in dieser Vergangenheitsbetrachtung ein partieller Wechsel zum Referenzprinzip,[47] den der Gesetzgeber aber als notwendige Modifikation des Entgeltausfallprinzips erachtet, damit eine Entgeltfortzahlung sachgerecht berechnet werden kann.

Die hierzu ergangene Rechtsprechung zur Berechnung des Entgelts nach Entgeltfortzahlungsgesetz möchten Teile der Literatur für die Berechnung des geschuldeten Entgelts nach § 37 Abs. 2 BetrVG übernehmen.[48]

a) Rechtsprechung zu § 4 EFZG

Das BAG hat Provisionsansprüche nach der Vorgängerregelung des EFZG mehrfach für berechenbar erachtet. Dabei geht das BAG davon aus, dass eine Ursächlichkeit zwischen dem Arbeitsausfall und der konkret nicht erbrachten Arbeitszeit nicht nachweisbar ist, insbesondere, wenn sich die Provisionseinkünfte auf wenige Geschäfte im Jahr verteilen.[49] Nichtsdestotrotz nimmt das BAG an, dass eine Berechnung möglich ist, indem „auf die Länge gesehen" jedem Vertragsabschluss eine bestimmte Arbeitszeit zugeteilt wird. Daher sei auch davon auszugehen, dass Fehltage zu einer Kürzung der Provision führen.[50]

Dabei stellt das BAG nicht auf einen konkreten Entfall der Provision am entfallenen Arbeitstag ab, sondern auf die entgangene Arbeitszeit, welche durchschnittlich in einem Bezug zu erwirtschafteten Provisionen steht. Daher betrachtet das BAG die durchschnittlichen Provisionseinkünfte der Vergangenheit. Mittels Schätzung nach § 287 Abs. 2 ZPO wird damit eine Durchschnittsvergütung im Referenzzeitraum berechnet. Der Referenzzeitraum für die Bildung des Durchschnitts hängt dabei maßgeblich von der Häufigkeit der Vertragsabschlüsse ab.[51]

Bei einem Versicherungsmakler, der nach einer Schweizer Statistik 82 Kundenbesuche bis zu einem Abschluss braucht, erachtete das BAG zwölf Monate als hinreichenden Referenzzeitraum.[52] Ebenso zog das BAG zwölf Monate bei einem Automobilverkäufer heran, der etwa sechs Kundengespräche täglich führt und im Schnitt alle zwölf Gespräche einen Abschluss verzeichnet.[53] Im Falle eines Verkäufers von EDV-Systemen, dessen Provisionsbeträge zwischen DM 300 und DM 64.509 schwanken und der nur zwei bis drei größere Abschlüsse pro Jahr abschließt, benannte das BAG keinen konkreten Bezugszeitraum, sondern verwies auf die Schätzung nach § 287 Abs. 2 ZPO.[54]

Damit legt das BAG einen zweistufigen Berechnungsweg zugrunde. Zuerst wird anhand einer Schätzung nach § 287 Abs. 2 ZPO ein ausreichender Referenzzeitraum und die in diesem Zeitraum durchschnittlich verdiente Provisionssumme bestimmt. Anschließend ist auf zweiter Stufe die in diesem Referenzzeitraum erbrachte durchschnittliche Arbeitszeit zu ermitteln.[55] Das BAG verlangt hierbei zwingend eine Vergangenheitsbetrachtung, welche über einen längeren Zeitraum als drei Monate, im Ergebnis eher zwölf Monate, andauern soll, damit „unbillige Zufallsergebnisse" vermieden werden.[56] Letztlich fingiert das BAG damit eine Kausalität zwischen Arbeitszeit und Provisionsansprüchen nach dem errechneten Verhältnis.[57]

Auch in den Instanzgerichten hat sich eine Durchschnittsbetrachtung von zwölf Monaten für die Entgeltfortzahlung etabliert.[58]

b) Schwierigkeit der Übertragung dieser Grundsätze

Wesentlicher Unterschied zwischen dem Entgeltfortzahlungsgesetz und § 37 Abs. 2 BetrVG ist deren Schutzfunktion. Die Entgeltfortzahlung an Feiertagen dient der Kompensation des Arbeitsentgeltausfalls wegen der Nichterbringung der Arbeitsleistung an einem Feiertag.[59] Die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall dient sowohl der Sicherung des Lebensunterhalts des Arbeitnehmers als auch der Entlastung der Krankenkassen.[60] Dagegen muss § 37 Abs. 2 BetrVG einem strengen Schutz des Entgelts nach oben und unten gerecht werden. Neben das Entgeltausfallprinzip tritt also noch die Regelung des § 78 S. 2 BetrVG. Wesentliches Ziel der Norm ist es, finanzielle Vor- und Nachteile durch die Übernahme des Betriebsratsamts zu vermeiden.[61]

---

44 *Jacobs*/*Frieling*, NZA 2015, 513, 514; *Schliemann*/*Vogelsang*, in: HWK (Fn. 2), § 4 EFZG Rn. 3.

45 *Schliemann*/*Vogelsang*, in: HWK (Fn. 2), § 4 EFZG Rn. 3.

46 *Reinhard*, in: ErfK (Fn. 2), § 4 EFZG Rn. 13; *Schliemann*/*Vogelsang*, in: HWK (Fn. 2), § 4 EFZG Rn. 28; *Schmitt*/*Küfner-Schmitt*, in: Küfner-Schmitt/Schmitt, Entgeltfortzahlungsgesetz[8], 2018, § 4 EFZG Rn. 106 f.

47 *Jacobs*/*Frieling*, NZA 2015, 513, 515; **a.A.** *Reinhard*, in: ErfK (Fn. 2), § 4 EFZG Rn. 14; *Müller-Glöge*, in: Münchener Kommentar zum BGB[8] (MüKoBGB), 2020, § 4 EFZG Rn. 21.

48 *Lipp* (Fn. 26), S. 114 f.; mit Verweis aufs Urlaubs- und Krankheitsrecht *Glock*, in: HWGNRH (Fn. 5), § 37 Rn. 57; **a.A.** *Denzer* (Fn. 7), S. 182.

49 BAG, NZA 1986, 290, 291; BAG, AP FeiertagslohnzahlungsG § 1 Nr. 27.

50 BAG, NZA 1986, 290, 291.

51 Ebd.

52 BAG, AP FeiertagslohnzahlungsG § 1 Nr. 27.

53 BAG, AP FeiertagslohnzahlungsG Berlin § 1 Nr. 9.

54 BAG, NZA 1986, 290, 291; Zu den vorgenannten Fällen: *Jacobs*/*Frieling*, NZA 2015, 513, 515.

55 *Jacobs*/*Frieling*, NZA 2015, 513, 515.

56 BAGE 100, 25, 33.

57 Vgl. *Jacobs*/*Frieling*, NZA 2015, 513, 515.

58 Jüngst LAG Köln, 8.11.2018, Az.: 6 Sa 256/18.

59 *Sievers*, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Nomos Kommentar. Gesamtes Arbeitsrecht[1], 2016, § 2 EFZG Rn. 2.

60 BAGE 100, 130, 140; *Reinhard*, in: ErfK (Fn. 2), § 3 EFZG Rn. 1.

61 So bereits unter B.I; BAG, NZA 2018, 528, 532; *Jacobs*/*Frieling*, NZA 2015, 513, 516.

Auch handelt es sich bei der Entgeltfortzahlung nach dem EFZG jeweils um einen kurzen Ausfallzeitraum. Bei Feiertagen geht es um einen oder wenige Tage, bei Krankheitsausfall um maximal sechs Wochen.[62] Dieser vergleichsweise kurze Zeitraum rechtfertigt eine Bezugnahme auf den erzielbaren Durchschnittsverdienst.[63] Die ordentliche Amtszeit des Betriebsrats beträgt dagegen vier Jahre, § 21 S. 1 BetrVG, wobei nicht ausgeschlossen ist, dass Betriebsratsmitglieder durch mehrfache Wiederwahl ihr Betriebsratsamt bis zum Renteneintritt bekleiden.[64] Schreibt man nun die Provisionen eines Durchschnittsjahres über die gesamte Amtszeit eines Betriebsrats fort, hat man sich von der Berechnung der hypothetisch erzielten Provision entfernt. Man verkennt jegliche konjunkturelle oder persönliche Schwankung der Provisionshöhe und wendet sich damit dem Referenzprinzip zu.[65]

Ein Verstoß gegen das Begünstigungsprinzip lässt sich beispielhaft darstellen. Wird ein Vertriebsmitarbeiter der Handysparte der Siemens AG im Jahre 2000 in den Betriebsrat gewählt, berechnete sich seine Provision über seine gesamte Betriebsratsamtszeit aus den letzten zwölf sehr guten Geschäftsmonaten der Jahre 99/00. Unbeachtet bliebe jedoch, dass schon bereits vor Ablauf seiner ersten Amtszeit der Marktanteil seines Unternehmens drastisch eingebrochen ist und die Provisionen seiner Kollegen ebenfalls gefallen sind. Er wäre aufgrund seiner Betriebsratstätigkeit finanziell deutlich bevorzugt. Bei umgekehrter Marktlage läge dagegen eine Benachteiligung vor. Daher ist eine Übertragung der Berechnungsmethode zum EFZG mit der strengen Anwendung des Entgeltausfallprinzips unvereinbar.

3. Berechnung anhand individueller Leistungen in der Vergangenheit

Auch der von der überwiegenden Auffassung präferierte Ansatz,[66] auf die vergangene individuelle Leistung des Arbeitnehmers abzustellen, führt zu Unvereinbarkeiten mit dem Begünstigungs- und Benachteiligungsverbot. Schlussendlich handelt es sich dabei um dieselbe Berechnungsmethode wie nach dem EFZG. Daher liegt auch in dieser Berechnung eine Abkehr vom Entgeltausfallprinzip und eine Hinwendung zum Referenzprinzip.[67]

4. Übertragung der Grundsätze zum Urlaubsentgelt

Auch die von Teilen der Literatur[68] vertretene Berechnung in Anlehnung an das Urlaubsrecht überzeugt nicht. Das Bundesurlaubsgesetz gewährt jedem Arbeitnehmer einen Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub, § 1 BUrlG. Die Berechnung der Abgeltung des Urlaubs erfolgt ausweislich des § 11 BUrlG nach dem durchschnittlichen Arbeitsverdienst der letzten 13 Wochen. Urlaubsrecht liegt also das Referenzprinzip zugrunde,[69] sodass eine Übertragung ausscheidet.

5. Schätzungsrecht nach § 287 Abs. 2 ZPO analog

Wie bereits dargestellt, nutzen die Arbeitsgerichte ihr Recht zur Schätzung regelmäßig.[70] Insbesondere bei Schwierigkeiten in der Feststellung der Kausalität zwischen Arbeitszeit und Vergütungshöhe liegt darin ein passabler Weg, im Einzelfall zu billigen Ergebnissen zu gelangen. Als Indiz bei der Schätzung gilt auch die Leistung in der Vergangenheit.[71] Teils wird erwogen, den Arbeitsgerichten einen sehr großzügigen Beurteilungsspielraum bei einer entsprechenden Schätzung zuzubilligen.[72]

In erster Linie muss jedoch eine Berechnungsmethode gefunden werden, anhand derer die Betriebsparteien bereits selbstständig eine vor allem rechtssichere Berechnung vornehmen können. Verweist man auf ein Schätzungsrecht des Gerichts, besteht, bis über den Einzelfall geurteilt wurde, Rechtsunsicherheit.

6. Berechnung anhand der Durchschnittsleistung vergleichbarer Arbeitnehmer

Als letzte verbleibende Möglichkeit der Berechnung wird vertreten, nur auf die Vergütung vergleichbarer Arbeitnehmer abzustellen.[73] Damit zieht man den Gedanken aus § 37 Abs. 4 BetrVG heran, der für die berufliche Entwicklung konzipiert wurde. Hintergrund der Regelung ist, dass man bei langjähriger, vollständiger Freistellung Nachteile für den Betriebsrat nur abwenden kann, wenn man die Entgeltentwicklung einer vergleichbaren Arbeitnehmergruppe auf ihn überträgt, ihm also einen Anspruch auf Erhöhung des Entgelts einräumt.[74]

Die Schwierigkeiten der hypothetischen Karriereentwicklung sind mit den rechtlichen Unsicherheiten bei der hypothetischen Provisionsentwicklung vergleichbar. Eine Berechnung nach vergleichbaren Arbeitnehmern würde sich somit an einer im Betriebsverfassungsrecht vorgesehenen Methode orientieren. Vor allem wäre man aber nicht dem Vorwurf ausgesetzt, sich dem Referenzprinzip zuzuwenden.[75] Die konkrete Berechnungsmethode nach § 37 Abs. 4 BetrVG soll im Folgenden dargestellt werden.

a) Vergleichbare Entwicklung nach § 37 Abs. 4 BetrVG

Nach § 37 Abs. 4 BetrVG darf das Entgelt des Betriebsrats nicht niedriger bemessen werden als das Entgelt vergleichbarer Arbeitnehmer mit betriebsüblicher beruflicher Entwick-

[62] Sofern keine günstigere Regelung durch Tarifvertrag erfolgt *Reinhard*, in: ErfK (Fn. 2), § 3 EFZG Rn. 34.
[63] *Denzer* (Fn. 7), S. 180 f.
[64] Ebd.
[65] Ebd.
[66] *Fitting* (Fn. 1), § 37 BetrVG Rn. 65; *Koch*, in: ErfK (Fn. 2), § 37 BetrVG Rn. 6; *Blattner*, NZA 2018, 129, 130; wohl auch *Reichhold*, in: HWK (Fn. 2), § 37 BetrVG Rn. 15; mit Betonung der Schätzung nach § 287 Abs. 2 ZPO *Thüsing*, in: Richardi (Fn. 8), § 37 BetrVG Rn. 34; in der Tendenz auch *Rieble*, NZA 2008, 276.
[67] *Jacobs*/*Frieling*, NZA 2015, 513, 516.
[68] *Glock*, in: HWGNRH (Fn. 5), § 37 Rn. 57.
[69] *Schinz*, in: HWK (Fn. 2), § 11 BUrlG Rn. 3 f.; *Ehlers*, Krank im Urlaub[1], 2016, S. 76; *Gallner*, in: ErfK (Fn. 2), § 11 BUrlG Rn. 2a mit Verweis auf ein gemischtes System.
[70] LAG Köln, 8.11.2018, Az.: 6 Sa 256/18; BAG, NZA 1986, 471, 472.
[71] Vgl. BAG, NZA 2015, 1328, 1330.
[72] *Thüsing*, in: Richardi (Fn. 8), § 37 Rn. 34.
[73] *Jacobs*/*Frieling*, NZA 2015, 513, 517.
[74] BAG, NZA 2019, 253, 257.
[75] *Jacobs*/*Frieling*, NZA 2015, 513, 517.

lung. Vergleichbar im Sinne des § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG sind Arbeitnehmer, die im Zeitpunkt der Amtsübernahme ähnliche, im Wesentlichen gleich qualifizierte Tätigkeiten ausgeführt haben wie der Amtsträger und dafür in gleicher Weise wie dieser fachlich und persönlich qualifiziert waren.[76] Eine berufliche Entwicklung ist üblich, wenn die vergleichbaren Arbeitnehmer bei Berücksichtigung der normalen betrieblichen und personellen Entwicklung diese genommen haben.[77] Üblichkeiten entstehen durch gleichförmiges Verhalten und aufgestellte Regeln des Arbeitgebers, anhand derer Gegebenheiten und Gesetzmäßigkeiten zu einem typischen Geschehensablauf führen, sodass zumindest in der überwiegenden Anzahl der Fälle mit einer jeweiligen Entwicklung zu rechnen ist.[78]

Gibt es keine vergleichbaren Arbeitnehmer im Betrieb, ist nach überwiegender Auffassung auf den „am ehesten vergleichbaren Arbeitnehmer" abzustellen.[79] Andere stellen auf einen abstrakt-hypothetisch vergleichbaren Arbeitnehmer ab,[80] ziehen hilfsweise sogar eine Parallele zur durchschnittlichen Entwicklung aller Angestellten, die ungeachtet ihrer Qualifikation eine ähnliche Tätigkeit ausüben.[81]

Die Zulässigkeit eines betriebsfremden Vergleichs ist umstritten und bisher nicht höchstrichterlich entschieden.[82] Relevanz entfaltet die Frage, wenn vergleichbare Arbeitnehmer im Betrieb fehlen. Dem Wortlaut der Regelung, welcher auf die Betriebsüblichkeit abstellt, wird ein betriebsfremder Vergleich nicht gerecht. Zweifelsohne führt jedoch ein unternehmensweiter Vergleich im Einzelfall zu sachgerechteren Ergebnissen als die Heranziehung eines „am ehesten vergleichbaren Arbeitnehmers" oder eines abstrakt-hypothetischen Arbeitnehmers. Bei beiden Figuren handelt es sich letztendlich um Fiktionen, sodass ein Vergleich mit einem tatsächlich vergleichbaren Arbeitnehmer aus demselben Unternehmen vorzugswürdig ist, bevor man auf sie zurückgreift.

b) Berechnung der Provision nach § 37 Abs. 4 BetrVG

Die Berechnung muss das Entgeltausfallprinzip beachten und finanzielle Vor- und Nachteile des Betriebsratsamts verhindern. *Jacobs*/*Frieling* schlagen folgende Berechnung vor:[83]

Mit Aufnahme der Betriebsratstätigkeit werden die Provisionen des vergleichbaren Arbeitnehmers als Kontrollwert herangezogen. Sinken nun die Provisionen des Betriebsratsmitglieds unter den Kontrollwert, ist ein Ausgleich für die niedrigere Zahl der Provisionsabschlüsse zu gewähren. Diese werden fingiert. Sinken die Provisionsabschlüsse nicht, etwa weil der Betriebsrat in seiner verbleibenden Arbeitszeit effizienter arbeitet, bleibt auch das Entgelt unverändert. Vorgeschlagen wird auch eine Differenzierung nach dem Grad der Freistellung, damit keine Besserstellung erfolgt. Demzufolge soll sich diese vergleichende Betrachtung nur auf den Teil der Arbeitszeit erstrecken, welche auf die Betriebsratstätigkeit entfällt. Entsprechend erfolgt erst bei einer vollständigen Freistellung eine Koppelung an das Entgelt des vergleichbaren Arbeitnehmers zu 100 %. Fehlt ein vergleichbarer Arbeitnehmer, soll an den durchschnittlichen Wert der Abschlüsse aller Arbeitnehmer vergleichbarer Tätigkeit angeknüpft werden, ohne Rücksicht auf persönliche und fachliche Qualifikation. Werden nur wenige provisionspflichtige Geschäfte abgeschlossen, soll halbjährlich eine Anpassung erfolgen, sodass keine Begünstigung oder Benachteiligung durch schwankende provisionspflichtige Abschlüsse vorliegt.

c) Bewertung der Berechnung nach § 37 Abs. 4 BetrVG

Der Ansatz, eine Berechnung über vergleichbare Arbeitnehmer vorzunehmen, hat genauso wie andere Berechnungsmethoden seine Stärken und Schwächen. Einerseits bewegt sich diese Lösung auf bekanntem Terrain. Man zieht eine gesetzgeberische Vorgabe zur Betriebsratsvergütung heran und ist somit nicht auf Berechnungsmethoden zu anderen Sachgebieten angewiesen. Auch kann sich dieser Ansatz dem Vorwurf einer Abkehr vom Entgeltausfallprinzip am besten erwehren.

Allerdings kann jedenfalls bei vollständiger Freistellung des Betriebsrats keinesfalls mehr von einer leistungsbezogenen Vergütung die Rede sein, bei der es auf die individuellen Leistungen des Arbeitnehmers ankommt. Vielmehr wird die Vergütung von der Leistung des Arbeitnehmers entkoppelt und von der Leistungsfähigkeit anderer Arbeitnehmer abhängig gemacht. Hiermit stößt dieser Ansatz insbesondere dann an seine Grenzen, wenn es keine vergleichbaren Arbeitnehmer gibt. Denn weder die Betrachtung eines am ehesten vergleichbaren Arbeitnehmers noch die eines abstrakt-hypothetischen Arbeitnehmers sind interessengerecht.

Der erstgenannte Fall geht bereits seinem Inhalt nach davon aus, dass man keinen vergleichbaren Arbeitnehmer abbildet.[84] Er setzt den Betriebsrat einer unbilligen Entgeltentwicklung aus, die von der arbeitsvertraglich vereinbarten leistungsbezogenen Vergütung entkoppelt ist, und überzeugt daher nicht. Aber auch das Abstellen auf einen abstrakt-hypothetischen Arbeitnehmer ist eine willkürliche Vergleichsfigur. „Abstrakt-hypothetisch" in Kombination mit einer der Objektivierung dienenden Vergleichsgruppe ist eine reine Leerformel, die nur einer Ausfüllung durch die Fantasie des jeweiligen Anwenders bedarf. Sie ist nebulös und daher ungeeignet, den strengen Anforderungen des Entgeltausfallprinzips gerecht zu werden. Daher führt auch eine Berechnung nach § 37 Abs. 4 BetrVG nicht zu sachgerechten Ergebnissen.

---

[76] BAG, NZA 2020, 594, 596; BAG, NZA 2018, 1012, 1014; BAG, NZA 1993, 909, 910.

[77] BAG, NZA 2020, 594, 596; BAG, NZA 2017, 935, 937.

[78] BAG, NZA 2020, 594, 596.

[79] LAG München, 27.10.2016, Az.: 3 Sa 318/16, Rn. 38; *Fitting* (Fn. 1), § 37 BetrVG Rn. 118; *Reichhold*, in: HWK (Fn. 2), § 37 BetrVG Rn. 25; nun auch *Weber*, in: GK-BetrVG (Fn. 26) § 37 BetrVG Rn. 132.

[80] *Glock*, in: HWGNRH (Fn. 5), § 37 BetrVG Rn. 112; *Happe*, Die persönliche Rechtsstellung von Betriebsräten[1], 2017, S. 48.

[81] *Jacobs*/*Frieling*, NZA 2015, 513, 518.

[82] **Unzulässig**: LAG Düsseldorf, 27.4.2018, Az.: 10 Sa 717/17; LAG Rheinland-Pfalz, 28.10.2013, Az.: 5 Sa 218/13; *Glock*, in: HWGNRH (Fn. 5), § 37 BetrVG Rn. 112; **Zulässig**: *Jacobs*/*Frieling*, ZfA 2015, 241, 249; *Jacobs*, NZA 2019, 1606, 1609; *Bachner*/*Engesser Means*, NZA 2020, 422, 426.

[83] *Jacobs*/*Frieling*, NZA 2015, 513, 518.

[84] *Jacobs*/*Frieling*, NZA 2015, 513, 518.

7. Daher: Konkretisierende Regelungsabrede

Somit stellt die Berechnung der hypothetischen Entwicklung der Provisionszahlungen die Betriebsparteien vor eine kaum lösbare Frage. Die zuerst dargestellten Lösungsansätze führen zu einer Abkehr vom Entgeltfortzahlungsprinzip und zu einer Berechnung nach dem Referenzprinzip. Insbesondere bei langjähriger Freistellung führen sie unweigerlich zu Abweichungen von dem tatsächlich zu erwartenden Provisionsentgelt und sind daher nicht mit den Anforderungen an § 37 Abs. 2 BetrVG vereinbar.[85]

Die auf den ersten Blick naheliegende Anwendung des § 37 Abs. 4 BetrVG erweist sich jedoch als problematisch, sobald eine vollständige Freistellung erfolgt oder keine geeigneten Vergleichsarbeitnehmer vorhanden sind.

Es bedarf einer Lösung, welche die privatautonome Entscheidung der Arbeitsvertragsparteien schützt, eine Vergütung an den individuellen Leistungen des Arbeitnehmers auszurichten. Die Arbeitsgerichtsbarkeit billigt über ein Recht zur Schätzung nach § 287 Abs. 2 ZPO bereits einen gewissen Entscheidungs- und Beurteilungsspielraum zu.[86]

Innerhalb dieses Spielraums muss es auch den Betriebsparteien gestattet sein, Näheres zur genauen Berechnung der Betriebsratsvergütung bei Provisionsentgelten zu regeln. Das BAG gestattet konkretisierende Regelungsabreden zwischen den Betriebsparteien.[87] Es wird betont, dass die §§ 37 Abs. 2, Abs. 4, 78 S. 2 BetrVG zwingendes Recht sind.[88] Nichtsdestotrotz können Abreden innerhalb der Vorgaben der Normen getroffen werden. Die Betriebsparteien können sich beispielsweise über das Verfahren zur Festlegung vergleichbarer Arbeitnehmer einigen.[89] Es ist davon auszugehen, dass im Sinne der Rechtssicherheit auch eine Regelungsabrede zum Verfahren zur Berechnung des Provisionsentgelts zulässig wäre. Dafür spricht nicht zuletzt auch, dass dem Betriebsrat unter Umständen diesbezüglich sogar ein zwingendes Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG zukommt.[90]

Eine solche Regelungsabrede muss sich innerhalb der gesetzlichen Regelungen bewegen und zu einer nachvollziehbaren und transparenten Berechnung führen. Ziel muss es sein, eine möglichst realistische Prognose über die zu erwartende Entgeltentwicklung zu treffen. Hierfür können die Betriebsparteien bewertungsoffene Sachverhalte konkretisieren.[91] Das gelingt unter Berücksichtigung der vergangenen Arbeitsleistung des Betriebsratsmitglieds, der Entwicklung des Geschäftsgebietes und der beruflichen Entwicklung vergleichbarer Arbeitnehmer. Es wird also keine Abrede über das Entgelt des Betriebsrats getroffen, sondern eine Berechnungsmethode etabliert.[92]

Rechtsgrundlage für die Vergütung bleibt weiterhin der Arbeitsvertrag in Verbindung mit § 37 Abs. 2 BetrVG. Die Regelungsabrede nimmt den Betriebsparteien jedoch nicht verifizierbare Feststellungen ab. Auch dient sie in einem Prozess jedenfalls als fundierte Grundlage für die Sachverhaltsaufklärung und dürfte einen Arbeitgeber steuerrechtlich und vor allem strafrechtlich entlasten,[93] wenn die Regelungen plausibel sind und mit den Grundsätzen des Entgeltausfallprinzips vereinbar erscheinen.[94]

III. Nachträgliche Einführung leistungsbezogener Vergütung

Regelmäßig kommt es vor, dass Betriebsräte ihr Amt über Jahrzehnte teilweise bis zum Renteneintritt bekleiden. Es ist somit durchaus vorstellbar, dass während der Amtszeit des Betriebsrats eine leistungsbezogene Vergütungskomponente eingeführt wird.[95]

In einem solchen Fall wird es regelmäßig an der für eine hypothetische Betrachtung des Entgelts erforderlichen Grundlage fehlen. Sind Leistungen des Betriebsrats vor seiner Freistellung oder während seiner Teilfreistellung dokumentiert, können diese als Ausgangspunkt einer Betrachtung herangezogen werden.[96]

Fehlen solche Informationen, ist eine individuelle Betrachtung unmöglich. Daher ist im Rahmen des § 37 Abs. 2 BetrVG der Grundsatz des § 37 Abs. 4 BetrVG heranzuziehen und auf den Durchschnitt vergleichbarer Arbeitnehmer abzustellen. Hierbei handelt es sich um einen angemessenen Bemessungsfaktor, da die Vergütungssysteme regelmäßig auf der durchschnittlich erreichbaren Leistung aufbauen.[97]

D. Fazit

Mangels einer gesetzgeberischen Berechnungsmethode bleibt es den Betriebsparteien und den Gerichten überlassen, eine dem Entgeltausfallprinzip gerecht werdende Berechnungsmethode zu erarbeiten, die auch hinsichtlich des Begünstigungs- und Benachteiligungsverbots des § 78 S. 2 BetrVG standhält. Aufgrund der vorzunehmenden hypothetischen Betrachtung und der diesen Vergütungsformen immanenten Schwankungen ist eine perfekte Berechnung unmöglich. Allenfalls kann anhand einer Berücksichtigung verschiedener Faktoren eine dem jeweiligen Entgeltbestandteil gerecht werdende, plausible Schätzung erfolgen, die einer Fortführung der Arbeitstätigkeit des Betriebsratsmitglieds bestmöglich nahekommt.

Rechtssicherheit wird es nicht geben, solange höchstrichterliche Rechtsprechung aussteht und eine gesetzgeberische Klarstellung unterbleibt. Es verbleibt damit nur der Ansatz, eine möglichst plausible Berechnung zu entwickeln und die-

[85] Vgl. *Denzer* (Fn. 7), S. 181 f.
[86] Bereits unter C.II.5; LAG Köln, 8.11.2018, Az.: 6 Sa 256/18; BAG, NZA 1986, 471, 472.
[87] BAG, NZA 2017, 935, 937.
[88] BAGE 77, 195, 201; BAG, NZA 2017, 935, 937.
[89] BAG, NZA 2017, 935, 937.
[90] *Bayreuther*, NZA 2019, 430, 431; *Kania/Schulte-Wissermann*, NZA 2019, 78.
[91] *Bayreuther*, NZA 2019, 430, 431; BAG, NZA 2017, 935, 937.
[92] Vergleichbarer Vorschlag: *Bayreuther*, NZA 2019, 430, 432; zustimmend *Müller*, ArbRAktuell 2019, 575, 576.
[93] Zur strafrechtlichen Relevanz der Betriebsratsvergütung: *Strauß*, NZA 2018, 1372; *Benkert*, NJW-Spezial 2018, 50; *Bayreuther*, NZA 2014, 235.
[94] *Bayreuther*, NZA 2019, 430, 432.
[95] Zur Einführung *Mengel*, Erfolgs- und leistungsorientierte Vergütung[5], 2008, Rn. 94.
[96] *Natzel*, NZA 2000, 77, 79; *Denzer* (Fn. 7), S. 189; **a.A.** *Schlamp* (Fn. 10), S. 170.
[97] *Lipp* (Fn. 26), S. 117; *Schlamp* (Fn. 10), S. 172; *Denzer* (Fn. 7), S. 190.

se als konkretisierende Regelungsabrede festzuhalten. Legt man dabei die vergangene Leistung des Betriebsratsmitglieds zugrunde und berücksichtigt die Leistung vergleichbarer Arbeitnehmer sowie die Umstände des Einzelfalls, ist die daraus erwachsende Berechnung plausibel genug, um sich dem hypothetischen Entgelt zu nähern. Letztendlich scheint die Rechtsprechung ebenso eine Einzelfallbetrachtung vorzunehmen, sodass eine nachvollziehbare und realitätsnahe Berechnungsvereinbarung nicht nur strafrechtliche und steuerrechtliche Vorwürfe zurückweist, sondern auch einer gerichtlichen Überprüfung standhalten sollte.

Leonie Schwannecke*

Zeit für einen autonomen Rechtskraftbegriff?

A. Einleitung

Die materielle Rechtskraft (*res judicata*) von Urteilen und Schiedssprüchen[1] ist ein allgemeiner und international anerkannter Rechtsgrundsatz.[2] Sie legt die konkreten Rechtsfolgen eines Rechtsstreits final und zwischen den Parteien verbindlich fest.[3] Was materiell rechtskräftig ist, kann in einem Folgeprozess zwischen den Parteien nicht neu verhandelt werden;[4] eine erneute Klage über einen rechtskräftigen Inhalt ist als unzulässig abzuweisen.[5]

Aufgrund der internationalen Bedeutung der materiellen Rechtskraft als Instrument zur Herstellung und Wahrung von Rechtsfrieden und Rechtssicherheit[6] ist es wenig überraschend, dass sie als die „bedeutendste anzuerkennende Urteilswirkung" ausländischer Urteile gilt.[7] Doch gerade im Hinblick auf die objektiven Grenzen der Rechtskraft bestehen im internationalen Vergleich erhebliche Unterschiede (B.I., C.I.). Deshalb ist zwingend zu klären, nach welcher Rechtsordnung die Reichweite der materiellen Rechtskraft bei der Anerkennung eines ausländischen Urteils oder Schiedsspruchs zu bestimmen ist. Traditionell werden hierfür verschiedene kollisionsrechtliche Lösungen vertreten (B.II.3., C.II.1.). Im Rahmen der Anerkennung mitgliedstaatlicher Urteile innerhalb der europäischen Union nach der EuGVVO und von Schiedssprüchen zwischen Vertragsstaaten des UNÜ könnte jedoch eine autonome Bestimmung der materiellen Rechtskraft für Klarheit sorgen (B.II.2., 4.; C.II.2.). Als Ausgangspunkt dienen im Folgenden die Rechtskraftbegriffe der Rechtsordnungen Deutschlands, Englands und Frankreichs als Staaten, die an die EuGVVO gebunden und zugleich Vertragsstaaten des UNÜ sind.[8]

B. Materielle Rechtskraft als Gegenstand der Anerkennung mitgliedstaatlicher Urteile

I. Objektive Grenzen der materiellen Rechtskraft im nationalen Recht

Die objektiven Grenzen der materiellen Rechtskraft legen die unverrückbar feststehenden Elemente des Urteils fest.[9] Je enger die Grenzen gezogen werden, desto geringer ist die Gefahr der Perpetuierung von Fehlurteilen;[10] je weiter sie reichen, desto schneller tritt Rechtssicherheit ein[11]. Unterschiedlich beurteilt wird vor allem, ob Vorfragen und Tatsachenfeststellungen in Rechtskraft erwachsen.

1. Deutschland

Laut § 322 I ZPO sind Urteile der materiellen Rechtskraft nur insoweit fähig, als über den durch die Klage oder durch die Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist. Gemeint ist der prozessuale Anspruch i.S.d Streitgegenstandes (§ 253 II Nr 2 ZPO),[12] welcher sich aus der beantragten Rechtsfolge (Klageziel) und dem vorgetragenen Lebenssachverhalt (Klagegrund) zusammensetzt (zweigliedriger Streitgegenstandsbegriff).[13] Mit der Entscheidung über die Rechtsfolgen aus dem vorgetragenen Lebenssachverhalt wird zugleich rechtskräftig über alle anderen (objektiv bestehenden)[14] Anspruchsgrundlagen, die aus gerade diesem Lebenssachverhalt entstehen, entschieden.[15]

Die in Rechtskraft erwachsende Entscheidung umfasst nach hM derweil nur den Subsumtionsschluss des Urteils,[16] nicht aber seine einzelnen Glieder wie Urteilsgründe, Tatsachenfeststellungen oder die Beurteilung rechtlicher Vorfragen und präjudizieller Rechtsverhältnisse.[17] So folgt aus der erfolgreichen Klage auf Herausgabe nach § 985 BGB etwa keine rechtskräftige Feststellung des Eigentums.[18] Eine Ausnahme zu diesen engen Grundsätzen sieht § 322 II ZPO für die Aufrechnung durch den Beklagten vor sowie § 256 ZPO, der den Parteien ermöglicht, mittels Zwischenfeststellungsklage das Bestehen oder Nichtbestehen eines präjudiziellen Rechtsverhältnisses rechtskräftig feststellen zu lassen.[19]

---

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

1 *De Ly/Sheppard*, Arb. Int. 2009, 35, 37; *Münch*, in:Münchener Kommentar zur ZPO, Band 3[5], 2017, § 1055 Rn. 1; *Prütting*, in: Prütting/Gehrlein (Hrsg.), ZPO, Kommentar[11], 2019, § 1055 Rn. 4. Näheres unter C.

2 *De Ly/Sheppard*, Arb. Int. 2009, 35, 55; *Born*, International Commercial Arbitration[2], 2018, S. 3739 f., jew. m.w.N.

3 *Andrews*, Principles of Civil Procedure, 1994, Rn. 17-001; *Althammer*, in: Stein/Jonas (Begr.), Kommentar zur ZPO[23], Band 4, 2018, § 322 Rn. 34.

4 *Andrews* (Fn. 3), Rn. 17-002; *De Ly/Sheppard*, Arb. Int. 2009, 35, 36; *Althammer*, in: Stein/Jonas (Fn. 3), § 322 Rn. 40.

5 So die hM, *De Ly/Sheppard*, Arb. Int. 2009, 35, 36; *Musielak*, in: Musielak/Voit (Hrsg.), ZPO, Kommentar[17], 2020, § 322 Rn. 5; *Althammer*, in: Stein/Jonas (Fn. 3), § 322 Rn. 36; *Andrews* (Fn. 3), Rn. 17-002.

6 *Voit*, in:Musielak/Voit (Fn. 5), § 1055 Rn. 5; *Saenger*, in; Saenger (Hrsg.), Kommentar zur ZPO[8], 2019, § 322 Rn. 49. Vgl. auch *Andrews* (Fn. 3), Rn. 17-015.

7 *Kropholler/von Hein*, Europäisches Zivilprozessrecht[9], 2011, vor Art. 33 EuGVO Rn. 11; *Leible*, in: Rauscher (Hrsg.), Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, Band 1: Brüssel Ia-VO[4], 2015, Art. 36 Rn. 5.

8 Zum Zeitpunkt der Verfassung und Veröffentlichung des Beitrags galt die EuGVVO noch für das Vereinigte Königreich, vgl. Art. 67, 126, Abkommen über den Austritt des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland aus der Europäischen Union und der Europäischen Atomgemeinschaft,*2019/C 384 I/01*.

9 *Peiffer*, Grenzüberschreitende Titelgeltung in der Europäischen Union, 2012, Rn. 171.

10 *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht[18], 2018, § 155 Rn. 13.

11 Vgl. *Peiffer* (Fn. 8), Rn. 290.

12 *Gottwald*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, Band 1[6], 2020, § 322 Rn. 111.

13 *Peiffer* (Fn. 8), Rn. 182, 184.

14 *Peiffer* (Fn. 8), Rn. 545.

15 *Gottwald*, in: MüKoZPO (Fn. 11), § 322 Rn. 112; *Peiffer* (Fn. 8), Rn. 185.

16 *Gottwald*, in: MüKoZPO (Fn. 11), § 322 Rn. 92; *Rosenberg/Schwab*, (Fn. 9), § 154 Rn. 9; *Althammer*, in: Stein/Jonas (Fn. 3), § 322 Rn. 71.

17 BGH, NJW 2003, 3058, 3059; *Gottwald*, in: MüKoZPO (Fn. 11), § 322 Rn. 97, 100; *Peiffer* (Fn. 8), Rn. 176.

18 *Gottwald*, in: MüKoZPO (Fn. 11), § 322 Rn. 103; *Rosenberg/Schwab*, (Fn. 9), § 154 Rn. 15; *Althammer*, in: Stein/Jonas (Fn. 3), § 322 Rn. 82.

19 BGH, NJW 2003, 3058, 3059; *Althammer/Tolani*, ZZPInt 2014, 227, 230 *Gottwald*, in: MüKoZPO (Fn. 11), § 322 Rn. 58.

2. England

Die englische *res judicata* Doktrin ist deutlich weitergehend und findet ihre Ausprägungen vor allem im *cause of action estoppel* und *issue estoppel*.[20]

Der *cause of action estoppel* bewirkt, dass die Mindesttatsachen, die der Kläger geltend machen und beweisen muss, um den begehrten Rechtsschutz zu erlangen,[21] nicht erneut geltend gemacht werden können.[22] Eine *cause of action* setzt sich aus mehreren *issues* zusammen, die wiederum für mehrere *causes of action* Voraussetzung sein können.[23] Der *issue estoppel* verhindert, dass *issues*, die für das Urteil im Erstprozess von tragender Bedeutung (*essential and necessary*) waren, in Folgeprozessen abweichend beurteilt werden,[24] es sei denn dies erweist sich als unbillig.[25] Neben präjudiziellen Rechtsverhältnissen und Vorfragen[26] können so auch Tatsachenfeststellungen[27] der *res judicata* unterfallen.[28] Nach der Regel aus *Henderson v. Henderson*[29] werden zudem solche Aspekte erfasst, die im Erstprozess lediglich aufgrund von Nachlässigkeit der Parteien nicht abgeurteilt wurden.[30]

3. Frankreich

Die Reichweite der materiellen Rechtskraft im französischen Recht ist zwischen dem deutschen und dem englischen Recht einzuordnen. Nach dem Wortlaut des Art. 480 Nouveau Code de Procédure Civile (CPC) erwächst nur der Subsumtionsschluss (*dispositif*) in Rechtskraft (*autorité de la chose jugée*).[31] Praktisch vertritt die französische Rechtsprechung jedoch ein deutlich weitergehendes Verständnis, nachdem auch die in den Urteilsgründen enthaltenen *motifs décisoires*, *motifs décisifs* und *décisions implicites* rechtskräftig werden können.[32] Das Fehlen der *motifs décisoires* im *dispositif* stellt einen formellen Fehler dar, der sich nicht auf den Umfang der Rechtskraft auswirken soll.[33] Über die *motifs décisifs* als notwendige Stütze des Urteils[34] sowie die *décisions implicites* – stillschweigende Festlegungen, die das logische Fundament des Rechtsfolgenausspruchs bilden –[35] nehmen derweil auch Vorfragen an der Rechtskraft teil.[36] Tatsachen werden nie rechtskräftig.[37]

4. Zwischenergebnis

Das deutsche Verständnis der materiellen Rechtskraft ist durch die grundsätzliche Begrenzung auf den Urteilstenor und den Parteivortrag am engsten. Tatbestand und Urteilsgründe können zwar zur Auslegung des Tenors herangezogen werden,[38] doch Vorfragen können lediglich mittels Zwischenfeststellungsklage rechtskräftig werden. Sowohl im englischen als auch im französischen Recht werden diese hingegen häufig von der *res judicata* erfasst; das englische Recht dehnt sie zudem auf Tatsachen aus.

II. Materielle Rechtskraft im Rahmen der Anerkennung mitgliedstaatlicher Urteile nach der EuGVVO

Innerhalb der EU erfolgt die Anerkennung mitgliedstaatlicher Urteile regelmäßig *ipso iure* nach den Art. 36 ff. EuGVVO, welche bilaterale Verträge (Art. 69 EuGVVO) sowie nationale Regelungen verdrängen.[39] Jedoch definiert die EuGVVO den Begriff der Anerkennung nicht.[40] Selbst Art. 36 EuGVVO als zentraler Norm lässt sich nicht entnehmen, in welchem Umfang der Anerkennungsstaat die materielle Rechtskraft des ausländischen Urteils anzuerkennen hat und wie Konflikte zwischen den objektiven Grenzen der materiellen Rechtskraft im nationalen Recht des Urteils- und des Anerkennungsstaat zu lösen sind. Traditionell werden drei kollisionsrechtliche Ansätze vertreten: die Wirkungserstreckungs-, die Gleichstellungs- und die Kumulationstheorie (2). Seit dem Urteil des EuGH (3) in der Rechtssache *Gothaer Allgemeine Versicherung*[41] (1) wird zudem eine autonome Auslegung der materiellen Rechtskraft diskutiert (4).

1. Sachverhalt: *Gothaer Allgemeine Versicherung u.a./Samskip GmbH*[42]

Die Kläger hatten ursprünglich in Belgien Klage auf Schadensersatz gegen die Samskip GmbH erhoben. Die belgischen Gerichte erklärten sich für unzuständig und beriefen sich in den Urteilsgründen auf eine wirksame Gerichtsstandsvereinbarung zugunsten isländischer Gerichte. Im Anschluss versuchten die Kläger vor dem Landgericht Bremen erneut auf Schadensersatz zu klagen. Das Bremer Landgericht legte dem EuGH im Wege der Vorabentscheidung (Art. 267 AEUV) u.a. als Frage vor, in welchem Umfang das belgische Urteil die deutschen Gerichte im Rahmen der Anerkennung nach Art. 36 EuGVVO bindet, insbesondere, ob die Feststellung der Wirksamkeit der Gerichtsstandsvereinbarung in den Urteilsgründen als rechtskräftig anzuerkennen sei.

---

20 Vgl. *Thoday v Thoday*, [1964] P. 181, 197; *Andrews* (Fn. 3), Rn. 17-002.
21 *Letang v Cooper* [1965] 1 Q.B. 232, 243; *Republic of India v. India Steamship Co. Ltd.* [1993] A.C. 410, 419.
22 *Republic of India v. India Steamship Co. Ltd.* [1993] A.C. 410, 417; *Thoday v. Thoday* [1964] P. 181, 197; *R. Stürner*, in: FS Schütze, 1999, S. 913, 921.
23 *Thoday v. Thoday* [1964] P. 181, 198.
24 *Arnold v. National Westminster Bank Plc. (No. 1)* [1991] 2 A.C. 93, 97; *Peiffer* (Fn. 8), Rn. 194.
25 *Andrews* (Fn. 3), Rn. 17-003, 17-005 m.w.N.; *R. Stürner* (Fn. 21), S. 913, 922.
26 2 A.C. 93: bindende Feststellung der Auslegung einer Vertragsklausel.
27 Z.B. *Ord v. Ord* [1923] 2 K.B. 432: Rechtskräftige Feststellung der Tatsache eines Ehebruchs in einem bestimmten Fall.
28 Vgl. *Peiffer* (Fn. 8), Rn. 194, dortige Fn. 92, 93 m.w.N.
29 [1843] 3 Hare 100; 67. E.R.
30 *Kessedjian*, ERA Forum 2010, 263, 264.
31 Art. 455 CPC: Il énonce la decision sous forme de dispositif.
32 *Peiffer* (Fn. 8), Rn. 208; *R. Stürner* (Fn. 21), S. 913, 926 ff.
33 *Peiffer* (Fn. 9), Rn. 212 m.w.N in dortiger Fn. 147, 148.
34 *Peiffer* (Fn. 8), Rn. 211 m.w.N. in dortiger Fn. 140.
35 *Peiffer* (Fn. 8), Rn. 210 f., 214; *R. Stürner* (Fn. 21), S. 913, 927.
36 *Peiffer* (Fn. 8), Rn. 214 m.w.N. in dortiger Fn. 151.
37 *Spellenberg*, in: FS Henckel, 1995, S. 841, 861.
38 BGH, NJW 1961, 917; NJW-RR 1999, 1006; *Gruber*, in: Beck'scher Online Kommentar ZPO[37], § 322 Rn. 22.1; *Gottwald*, in: MüKoZPO (Fn. 11), § 322 Rn. 87; *Althammer*, in: Stein/Jonas (Fn. 3), § 322 Rn. 171, 174 ff.
39 *Dörner*, in: Saenger (Fn. 6), § 328 Rn. 2; *Geimer*, in: Zöller (Begr.), ZPO, Kommentar[33], 2020, § 328 Rn. 11; *Roth*, in: Stein/Jonas (Begr.), Kommentar zur ZPO, Band 5[23], 2015, § 328 Rn. 5.
40 *Kropholler/vHein* (Fn. 7), vor Art. 33 EuGVO Rn. 1, 9; *Leible*, in: Rauscher (Fn. 7), Art. 36 Rn. 3.
41 EuGH, Rs. C-456/11 – *Gothaer Allgemeine Versicherung AG u.a./Samskip GmbH,* ECLI:EU:C:2012:719.
42 EuGH, *Gothaer Allgemeine Versicherung* (Fn. 39), Rn. 15-17.

2. Lösung über die kollisionsrechtlichen Theorien

a) Wirkungserstreckungstheorie

Nach der Wirkungserstreckungstheorie kommen dem Urteil im Anerkennungsstaat die gleichen Wirkungen zu wie im Urteilsstaat,[43] selbst wenn sie weiter reichen als die objektiven Grenzen der materiellen Rechtskraft im Recht des Anerkennungsstaats.[44]

Nach belgischem Recht erfasst die materielle Rechtskraft die Vorfrage der Wirksamkeit der Gerichtsstandsvereinbarung.[45] Würde das Urteil nach der Wirkungserstreckungstheorie anerkannt, so müsste folglich selbst ein deutsches Gericht die Wirksamkeit der Gerichtsstandsvereinbarung zugunsten isländischer Gericht berücksichtigen, trotz des gegenüber § 322 ZPO weiterreichenden Umfangs.

b) Wirkungsgleichstellungstheorie

Bei der Anerkennung nach der Wirkungsgleichstellungstheorie entfaltet das ausländische Urteil die gleichen Wirkungen, wie eine Entscheidung im Anerkennungsstaat.[46] Würde das belgische Urteil in Deutschland anerkannt, nähme die in den Gründen beurteilte Vorfrage nach der Wirksamkeit der Gerichtsstandsvereinbarung nicht an der materiellen Rechtskraft teil und könnte vom deutschen Gericht neu beurteilt werden. Englische und französische Gerichte kämen derweil auch bei einer Gleichstellung zu dem Ergebnis, dass die Gerichtsstandsvereinbarung der *res judicata* als *issue* bzw. der *autorité de chose jugée* als *motif décisif* unterfällt.

c) Kumulationstheorie

Für die Kumulationstheorie ist zunächst nach der Wirkungserstreckungstheorie das Recht des Urteilsstaats entscheidend. Die Urteilswirkungen können jedoch nicht weiter gehen als nach Recht des Anerkennungsstaats möglich.[47] Die Gleichstellungstheorie stellt quasi eine „Obergrenze" für die anzuerkennende Reichweite der materiellen Rechtskraft dar. Deutsche Gerichte würden erneut zu dem Ergebnis kommen, dass nicht rechtskräftig über die Gerichtsstandsvereinbarung entschieden wurde, während im englischen und französischen Recht jene Entscheidung als materiell rechtskräftig anerkannt würde.

3. Lösung des EuGH: Ein autonomer Rechtskraftbegriff

Der EuGH wandte in seiner Entscheidung keine der traditionellen kollisionsrechtlichen Theorien an. Stattdessen sei Art. 36 EuGVVO so auszulegen, dass das anerkennende Gericht, unabhängig vom Recht des Urteils- und des Anerkennungsstaats, nicht nur hinsichtlich der im Tenor enthaltenen Unzuständigkeit des Urteilsgerichts gebunden ist, sondern auch hinsichtlich der Feststellung in Bezug auf die Wirksamkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung, die in den tragenden Gründen der Entscheidung enthalten ist.[48]

4. Bewertung des autonomen Ansatzes in *Gothaer Allgemeine Versicherung*

Lediglich die Wirkungserstreckungstheorie führte in allen Rechtsordnungen zu dem Ergebnis des EuGH.[49] Tatsächlich hat sich der EuGH in der Sache *Hoffmann/Krieg*[50] selbst für jene Theorie ausgesprochen, da Ziel der Verordnung eine möglichst weitgehende Urteilsfreizügigkeit sei.[51] Wieso der EuGH nun von der Wirkungserstreckungslehre zugunsten einer autonomen Bestimmung der Rechtskraft abgewichen ist, erläutert er nicht näher.[52] Man könnte das Urteil als eine Fortsetzung der Rechtsprechung des EuGH zur Rechtshängigkeit und der Gefahr unvereinbarer Urteile begreifen, in der er bereits zuvor einen autonomen, Vorfragen umfassenden Rechtskraftbegriff vertrat.[53] Mithin ist unklar, ob der EuGH in *Gothaer Allgemeine Versicherung* ein Rechtskraftkonzept entwickeln wollte, das nicht nur Zuständigkeitsfragen wie in dem konkreten Fall erfasst, sondern auch auf Sachentscheidungen Anwendung findet.[54] Losgelöst von der tatsächlichen Reichweite des Urteils stellt sich aber die Frage, ob ein autonomer Rechtskraftbegriff, nach dem die materielle Rechtskraft „nicht nur den Tenor der fraglichen gerichtlichen Entscheidung, sondern auch deren Gründe, die den Tenor tragen und von ihm daher nicht zu trennen sind"[55] umfasst, gegenüber einem kollisionsrechtlichen Ansatz vorzugswürdig ist.

Ein autonomer Ansatz scheint *prima facie* viele Probleme zu lösen: der Theorienstreit würde obsolet, es müssten, anders als bei der Wirkungserstreckungstheorie, nicht mehr die objektiven Rechtskraftgrenzen des Urteilsstaats ermittelt werden[56] und die Anwendung der Verordnung würde erleichtert.[57] Zudem kann eine Bindung an Vorfragen wie in *Gothaer Allgemeine Versicherung* helfen zu vermeiden, dass sich kein Gericht für zuständig erklärt (negativer Kompetenzkonflikt).[58] Allerdings würde der EuGH dann über einen Vorfragen umfassenden autonomen Rechtskraftbegriff eine bindende, grenzüberschreitende Verweisung einführen, die die EuGVVO gerade nicht kennt.[59]

Dennoch erfordert nach der Begründung des EuGH der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens eine autonome

---

43 *Kropholler/vHein* (Fn. 7), vor Art. 33 EuGVO Rn. 9; *Leible*, in: Rauscher (Fn. 7), Art. 36 Rn. 3; *Stadler*, in:Musielak/Voit (Fn. 5), EuGVVO nF Art. 36 Rn. 2.

44 *Leible*, in: Rauscher (Fn. 7), Art. 36 Rn. 5.

45 *Roth*, IPRax 2014, 136, 137.

46 *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht[7], 2017, § 17 Rn. 883; *Leible*, in: Rauscher (Fn. 7), Art. 36 Rn. 3.

47 *Leible*, in: Rauscher (Fn. 7), Art. 36 Rn. 3; *Schack* (Fn. 44), § 17 Rn. 886; *Roth*, IPRax 2014, 136, 138.

48 EuGH, *Gothaer Allgemeine Versicherung* (Fn. 39), Rn. 41 f., 2. Leitsatz.

49 Roth, IPRax 2014, 136, 137 f.

50 EuGH, Rs. 145/86, *Hoffmann/Krieg*, Slg. 1988, 645.

51 EuGH, *Hoffmann/Krieg* (Fn. 48); EG 6 EuGVVO; *Jenard*, Bericht zu dem Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssache, 1968, S. 42.

52 „Rechtskraftbegriff des Unionsrechts", EuGH, *Gothaer Allgemeine Versicherung* (Fn. 39), Rn. 40; *Schack*, in: FS Geimer, 2017, S. 611, 614.

53 *Koops*, IPRax 2018, 11, 13-15, m.w.N.

54 *Althammer/Tolani*, ZZPInt 2014, 227, 245.

55 EuGH, *Gothaer Allgemeine Versicherung* (Fn. 39), Rn. 40.

56 *Bach*, EuZW 2013, 56.

57 *Mansel/Thorn/Wagner*, IPRax 2013, 1, 19.

58 *Hau*, LMK 2013, 341512; *Koops*, IPRax 2018, 11, 16 f.

59 *Althammer/Tolani*, ZZP Int 19 (2014), 227, 245; *Roth*, IPRax 2014, 136, 139; *Schack* (Fn. 44), Rn. 455; *ders.* (Fn. 50), S. 611, 613. Anders zB Art. 15 EuEheVO.

Bestimmung der Reichweite der materiellen Rechtskraft.[60] Ohne eine Bindung an die den Tenor tragenden Vorfragen könnte das anerkennende Gericht diese neu beurteilen, was im Ergebnis einer Nachprüfung der Entscheidung über die Zuständigkeit oder in der Sache entspräche. Dies liefe dem zuständigkeitsrechtlichen Nachprüfungsverbot des Art. 45 III EuGVVO bzw. dem Verbot der *révision au fond* aus Art. 52 EuGVVO zuwider.[61] Dieser Rückschluss des EuGH ist jedoch zirkulär, denn widersprüchlich kann nur sein, was rechtskräftig ist.[62] Wenn die objektiven Grenzen der materiellen Rechtskraft aber bestimmen, ob es zu einer Widersprüchlichkeit kommt, kann aus dem Verbot der Widersprüchlichkeit kein Rückschluss auf diese Grenzen gezogen werden.

Ein zentrales Problem, das sich durch einen autonomen und somit von der Rechtsordnung des Urteilsstaats losgelösten Rechtskraftbegriff stellt, betrifft derweil den Rechtsschutz der Parteien.[63] Dies zeigt sich besonders deutlich, wenn das Rechtskraftverständnis des Urteilsstaats eng ist und keine Vorfragen umfasst. Hätte ein deutsches Gericht das erste Urteil in *Gothaer Allgemeine Versicherung* erlassen, im Entscheidungstenor die eigene Zuständigkeit verneint, und in den Gründen die Gerichtsstandsvereinbarung für wirksam erklärt, so würde nach § 322 I ZPO nur die Unzuständigkeit deutscher Gerichte rechtskräftig. Die Gründe, und somit auch die Beurteilung der Vorfrage, ob die Gerichtsstandsvereinbarung wirksam ist, wären nicht umfasst.[64]

Ein autonomer Rechtskraftbegriff im Anwendungsbereich der EuGVVO würde die Grenzen der materiellen Rechtskraft in der grenzüberschreitenden Anerkennung ausdehnen. Dies führte zu dem paradoxen Ergebnis, dass dem deutschen Urteil bei der Anerkennung im Ausland weitergehende Wirkungen zukämen als im Inland: Nur bei der Anerkennung würde die materielle Rechtskraft neben dem Tenor auch die tragenden Urteilsgründe, einschließlich Vorfragen, erfassen. Die Rechtskraftwirkungen würden davon abhängen, ob das Urteil innerhalb oder außerhalb des Urteilsstaats geltend gemacht wird.[65] Wie die Art. 38 lit. a, 45 III und Art 52 EuGVVO zeigen, können die Parteien derweil nur im Urteilsstaat Rechtsschutz erlangen. Werden die Grenzen der Rechtskraft im Rahmen der Anerkennung über einen autonomen Rechtskraftbegriff verändert, fallen folglich Rechtskraft und Rechtsschutz auseinander.

Das Verfahren im Urteilsstaat sowie die Rechtsschutzmöglichkeiten sind auf die Reichweite der materiellen Rechtskraft abgestimmt.[66] In Deutschland erfordert die Berufung (§ 511 ZPO) und die Revision (§ 542 ZPO), dass die ein Urteil anfechtende Partei *beschwert* ist.[67] Eine Beschwer kann nur eintreten, soweit die materielle Rechtskraft reicht: Eine nicht mittels Feststellungsklage (§ 256 II ZPO) rechtskräftig gewordene Vorfrage beschwert keine der Parteien, denn sie kann in einem Folgeprozess in Deutschland neu behandelt werden. Auch im englischen Recht wirkt der *issue estoppel* nur, wenn die betroffen Partei die Möglichkeit hatte, gegen die Beurteilung des *issues* im Wege des *appeals* vorzugehen.[68] Bestand diese Möglichkeit nicht, etwa weil die später durch die Vorfrage belastete Partei den Erstprozess im Ergebnis gewonnen hat und somit kein Rechtsmittel einlegen konnte, die *issues* also nicht *essential and necessary* waren, können sie in einem Folgeprozess in England neu verhandelt werden.[69]

Kommt es jedoch zu einem Folgeprozess in einem anderen Mitgliedstaat, führte der autonome Rechtskraftbegriff dazu, dass das anerkennende Gericht des Zweitprozesses die Vorfrage, die im Urteilsstaat neu beurteilt werden dürfte, nicht neu entscheiden darf. Die Parteien sind plötzlich an Beurteilungen aus dem Erstprozess gebunden, ohne die Möglichkeit, gegen diese Rechtsschutz zu erlangen.[70]

Eine solche Spaltung von Rechtskraft und Rechtsschutz widerspricht der EuGVVO. Art. 45 I lit. b EuGVVO statuiert als Anerkennungsversagungsgrund die Verletzung rechtlichen Gehörs durch die Gerichte des Urteilsstaats, es sei denn, gegen diese Verletzung hätte im Urteilsstaat durch Einlegung eines Rechtsmittels Rechtsschutz erlangt werden können (2. Hs.).[71] Art. 54 I EuGVVO sieht für die Vollstreckung[72] die Möglichkeit der Anpassung von Maßnahmen vor, die dem Vollstreckungsstaat unbekannt sind; eine Grenze stellen auch hier ausweislich UAbs. 2 die Wirkungen im Urteilsstaats dar – also solche, gegen die die Parteien Rechtsschutz erlangen konnten.[73] Abs. 2 garantiert den betroffenen Parteien gerichtlichen Rechtsschutz gegen jene Anpassung.[74] Die EuGVVO soll nicht dazu führen, dass von der Anerkennung und Vollstreckung betroffene Parteien Wirkungen ausgesetzt werden, gegen die sie sich nicht verteidigen konnten.

Zwingende Voraussetzung für einen autonomen Rechtskraftbegriff, der nicht den Rechtsschutz der Parteien torpediert und der EuGVVO widerspricht, wäre *de lege ferenda* ein vollumfängliches europäisches Zivilprozessrecht, das neben den objektiven Grenzen der Rechtskraft auch entsprechende Rechtsschutzmöglichkeiten festlegt.[75] Traditionell ist das Prozessrecht aber ein Bereich, in dem die EU die Souveränität der Mitgliedstaaten nicht einschränken wollte[76] und möglicherweise mangels entsprechender Kompetenz auch

[60] EuGH, *Gothaer Allgemeine Versicherung* (Fn. 39), Rn. 35, 38 f.
[61] EuGH, *Gothaer Allgemeine Versicherung* (Fn. 39), Rn. 38.
[62] *Koops*, IPRax 2018, 11, 17.
[63] *Koops*, IPRax 2018, 11, 19 f.
[64] Vgl. *Roth*, IPRax 2014, 136, 138, der zur Veranschaulichung unterstellt, im belgischen Recht findet sich eine Regelung wie § 322 ZPO.
[65] *Schack* (Fn. 50), S. 611, 615; *Althammer/Tolani* ZZP Int. 2014, 227, 243; *Roth*, IPRax 2014, 136, 138.
[66] *Müller*, ZZP 1966, 199, 204.
[67] *Kessal-Wulf*, in: BeckOK-ZPO (Fn. 36), § 511 Rn, 12, § 542 Rn. 9.
[68] *McIlkenny v Chief Constable of West Midlands Police Force and another* [1980] 2 All ER 227; *Tebutt v. Haynes and another* [1981] 2 All ER 238, 242; *Peiffer* (Fn. 8), Rn. 204.
[69] *Penn-Texas Corporation v. Murat Anstalt and others (No. 2)* [1964] 2 Q.B. 647, 660, *per Lord Denning, M.R.*: "One of the tests in seeing whether a matter was necessary to the decision or only incidental to it, is to ask: Could the party have appealed from it?"; *Handley*, Spencer, Bower and Handley: Res Judicata[5], 2019, Rn. 8.25; *Spellenberg* (Fn. 35), S. 841, 848.
[70] *Koops*, IPRax 2018, 11, 20.
[71] *Leible*, in: Rauscher (Fn. 7), Art. 45 Rn. 33, 57.
[72] *Leible*, in: Rauscher (Fn. 7), Art. 54 Rn. 3.
[73] *Koops*, IPRax 2018, 11, 20.
[74] *Leible*, in: Rauscher (Fn. 7), Art. 54, Rn. 10.
[75] *Koops*, IPRax 2018, 11, 21.
[76] EuGH, Rs. C-126/97 – *Eco Swiss*, Slg. 1999, I-03055, Rn. 46 f.; Rs. C-234/04 – *Kapferer*, Slg. 2006, I-02585, Rn. 21; *Koops*, IPRax 2018, 11, 17.

gar nicht könnte.[77] Ein autonomer Rechtskraftbegriff würde den Rechtsschutz der Parteien mithin in unangemessener Weise einschränken[78] und ist somit abzulehnen.

5. Bewertung der kollisionsrechtlichen Ansätze

Eine kollisionsrechtliche Lösung muss folglich einen Gleichlauf von Rechtskraft und Rechtsschutz gewährleisten. Die Gleichstellungstheorie scheidet von vornherein aus, da sie das Recht des Urteilsstaats und die dort gegebenen Rechtsschutzmöglichkeiten vollständig ignoriert. Auch die Kumulationstheorie kann zu einer Spaltung von Rechtskraft und Rechtsschutz führen. Würde nach ihr ein englisches Urteil in Deutschland anerkannt, so entfiele der *issue estoppel* – die eigentlich gebundene, unterlegene Partei könnte die im Erstprozess siegreiche Partei in Deutschland zu denselben *issues* verklagen. Der siegreichen Partei würde dadurch mehr genommen als zum Rechtsschutz der unterlegenen Partei erforderlich.[79]

Lediglich die Wirkungserstreckungstheorie berücksichtigt das Recht des Urteilsstaats vollumfänglich. Zwar wird gegen sie angeführt, sie verlange durch die Anerkennung unbekannter Rechtskraftwirkungen mehr, als dem Anerkennungsstaat zumutbar;[80] ferner muss das Anerkennungsgericht aufwändig ermitteln, wie weit die Rechtskraft im Erlassstaat reicht.[81] Allerdings ermöglicht nur die Wirkungserstreckungstheorie einen Gleichlauf zwischen Rechtskraft und Rechtsschutz und schützt die Parteien somit vor überraschenden[82] und nicht durch Rechtsmittel abwendbaren Urteilswirkungen.

III. Lösungsvorschlag und Ergebnis

Je weiter eine Rechtsordnung die objektiven Grenzen der materiellen Rechtskraft zieht, desto größer sind auch die gegebenen Rechtsschutzmöglichkeiten. Ein autonomer und von der Rechtsordnung des Urteilsstaats losgelöster Rechtskraftbegriff würde mangels einheitlichen europäischen Prozessrechts zu einer unbilligen Spaltung von Rechtskraft und Rechtsschutz führen. Um dies zu vermeiden, ist im Rahmen der Anerkennung von Urteilen nach Art. 36 EuGVVO der Wirkungserstreckungstheorie zu folgen,[83] die eine Grenze in dem eng auszulegenden *ordre public*-Einwand der *lex fori* findet.[84] Für Vorfragen dürfte dieser in der Regel jedoch nicht eingreifen: Selbst das deutsche Recht kennt deren Rechtskraft, wie es die Möglichkeit der Zwischenfeststellungsklage zeigt.

[77] *Schack* (Fn. 50), S. 611, 617.
[78] *Müller*, ZZP 1966, 199, 204.
[79] *Peiffer* (Fn. 8), Rn. 148.
[80] *Spiecker gen. Döhmann*, Die Anerkennung von Rechtskraftwirkungen ausländischer Urteile, 2002, S. 74; Darstellung bei *Peiffer* (Fn. 8), Rn. 92.
[81] *Althammer/Tolani*, ZZP Int. 2014, 227, 246; *Bach*, EuZW 2013, 56, 58; *Peiffer* (Fn. 8), Rn. 91.
[82] *Peiffer* (Fn. 8), Rn. 79.
[83] *Koops*, IPRax 2018, 11, 21.
[84] *M. Stürner*, in: FS Schütze, 2014, S. 579, 582. Vgl. auch Art. 45 I lit. a EuGVVO, welcher einen Verstoß gegen den *ordre public* des Anerkennungsstaats als Anerkennungsversagungsgrund einordnet.

C. Materielle Rechtskraft als Anerkennungsgegenstand von Schiedssprüchen

Ein Schiedsspruch ist kein Hoheitsakt,[85] sondern eine Entscheidung, die aufgrund einer Parteivereinbarung zustande gekommen und als solche *prima facie* für keinen Staat verbindlich ist.[86] Dennoch ist mittlerweile anerkannt, dass einem Schiedsspruch sowohl im nationalen als auch im internationalen[87] Kontext *res judicata*-Wirkung zukommen kann.[88] Voraussetzung ist stets, dass der Schiedsspruch final ist.[89] Bei der Anerkennung ausländischer Schiedssprüche ist die *res judicata*-Wirkung von überragender Bedeutung, denn nur so kann abgesichert werden, dass die internationale Schiedsgerichtsbarkeit nicht bedeutungslos wird.[90] Doch es stellen sich ähnliche Fragen wie bei Urteilen, denn die Ausgestaltung der objektiven Grenzen der materiellen Rechtskraft von Schiedssprüchen im nationalen Recht ist erneut unterschiedlich (I.). Im Gegensatz zur EuGVVO könnte aber im Anwendungsbereich des UNÜ statt eines kollisionsrechtlichen (II.1.) ein autonomer (II.2.) Rechtskraftbegriff sinnvoll sein.

I. Objektive Grenzen der materiellen Rechtskraft von Schiedssprüchen im nationalen Recht

1. Deutschland

Ein Schiedsspruch mit Schiedsort Deutschland wird *ipso iure* über § 1055 ZPO anerkannt,[91] welcher ihm zum Zweck der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit partiell urteilsgleiche Wirkungen zuschreibt.[92] Insbesondere findet § 322 ZPO Anwendung. Die objektiven Grenzen der Rechtskraft von Schiedssprüchen werden parallel zu denen von Urteilen gezogen, sodass der zweigliedrige Streitgegenstandsbegriff gilt[93] und die Rechtskraft grundsätzlich nur den Tenor des Schiedsspruchs, nicht aber in den Gründen behandelte Vorfragen umfasst.[94] Doch ein Schiedsspruch muss nicht zwingend einen Tenor enthalten, sodass die Reichweite der materiellen Rechtskraft von Schiedssprüchen zum Teil nur mittels Auslegung bestimmt werden kann.[95]

Unterschiede zur materiellen Rechtskraft von Urteilen ergeben sich insbesondere aus der Natur des Schiedsspruchs

[85] *Prütting*, in: Prütting/Gehrlein (Fn. 1), § 1055 Rn. 1.
[86] *Solomon*, Die Verbindlichkeit von Schiedssprüchen in der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, 2007, S. 326.
[87] *De Ly/Sheppard*, Arb. Int. 2009, 35, 37.
[88] *Prütting*, in: Prütting/Gehrlein (Fn. 1), § 1055 Rn. 4; *Münch*, in: MüKoZPO (Fn. 1), § 1055 Rn. 1.
[89] *De Ly/Sheppard*, Arb. Int. 2009, 67, 71; *Börner*, in:Kronke et al (Hrsg.), Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 2010, Art. III S. 116. Vgl. auch *Münch*, in: MüKoZPO (Fn. 1), § 1055 Rn. 5.
[90] *Scherer*, in: Wolff (Hrsg.), New York Convention, Commentary^2, 2019, Art. III Rn. 9.
[91] *Kröll*, in: Böckstiegel et al (Hrsg.) Arbitration in Germany^2, 2015, § 1060 Rn. 5.
[92] *Münch*, in: MüKoZPO (Fn. 1), § 1055 Rn. 1; *Prütting*, in: Prütting/Gehrlein (Fn. 1), § 1055 Rn. 1.
[93] BGH, NJW-RR 2019, 762 Rn. 18; NJW-RR 2009, 790 Rn. 17; *Münch*, in: MüKoZPO (Fn. 1), § 1055 Rn. 20.
[94] *Buchwitz*, Schiedsverfahrensrecht, 2019, S. 212 f.; *Prütting*, in: Prütting/Gehrlein (Fn. 1), § 1055 Rn. 6; in diesem Sinne wohl auch *Schlosser*, in: Stein/Jonas (Begr.), Kommentar zur ZPO, Band 10^{23}, 2014, § 1055 Rn. 16.
[95] *Von Schlabrendorff/Sessler*, in: Böckstiegel (Fn. 89), § 1055 Rn. 17.

als auf einer Parteivereinbarung beruhend. Die materielle Rechtskraft eines Urteils liegt neben dem Parteiinteresse auch im öffentlichen Interesse an der Vermeidung widersprüchlicher Hoheitsakte und übermäßiger Inanspruchnahme der Gerichte. Dieses wird bei einem Schiedsspruch gerade nicht tangiert.[96] Somit kann die materielle Rechtskraft nachträglich durch Parteivereinbarung modifiziert oder aufgehoben werden, mit der Folge, dass ein Schiedsgericht oder staatliches Gericht erneut mit demselben Streitgegenstand befasst werden kann.[97]

2. England

Im englischen Recht kann ein finaler Schiedsspruch wie ein Gerichtsurteil zu einem *cause of action* oder *issue estoppel* führen.[98] Die obigen Ausführungen[99] gelten entsprechend.[100] Umstritten ist jedoch, ob auch die Regel aus *Henderson v. Henderson* Anwendung findet.[101]

3. Frankreich

Im französischen Recht ordnet Art. 1484 CPC an, dass finalen Schiedssprüchen mit Schiedsort Frankreich ab Erlass *autorité de la chose jugée* zukommen soll. Erneut kann auf die obigen Ausführungen[102] verwiesen werden.[103]

4. Zwischenergebnis

Die objektiven Grenzen der materiellen Rechtskraft von Schiedssprüchen in den betrachteten Rechtsordnungen entsprechen denen von Urteilen. Die Abweichungen, die sich aus der unterschiedlichen Natur von Schiedsspruch und Urteil ergeben, sind eher gering und betreffen insbesondere die Möglichkeit, die materielle Rechtskraft des Schiedsspruchs zu modifizieren oder aufzuheben.

II. Materielle Rechtskraft im Rahmen der Anerkennung ausländischer Schiedssprüche nach dem UNÜ

Mit 164 Vertragsstaaten[104] richtet sich die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche regelmäßig nach dem UNÜ, dessen Art. III eine umfassende Anerkennungspflicht für ausländische Schiedssprüche statuiert.[105] Bei Vorliegen der Voraussetzungen erfolgt die Anerkennung inzident[106] im Rahmen der Vollstreckbarerklärung[107] oder in nachfolgenden (schieds-)gerichtlichen Verfahren.[108] Ähnlich wie die EuGVVO schweigt das Abkommen jedoch über die Reichweite der Anerkennung.[109] Zwar verweist Art. III UNÜ auf die *lex fori*[110] des Anerkennungsstaats. Hieraus lassen sich aber keine zwingenden Rückschlüsse zu der Frage ziehen, nach welchem Recht sich der Umfang der nach ghM anzuerkennenden[111] *res judicata*-Wirkung richten soll.

1. Kollisionsrechtliche Bestimmung nach nationalem Recht

Auch für die Anerkennung ausländischer Schiedssprüche werden die Wirkungserstreckungs-, Wirkungsgleichstellungs- und Kumulationstheorie vertreten.[112] Aus der Natur von Schiedssprüchen als privatautonome Gestaltungen[113] wird teilweise geschlussfolgert, dass eine Anerkennung nur im Wege der Gleichstellung erfolgen kann: Mangels staatlichen Hoheitsakt kommen dem Schiedsspruch initial keine anerkennungsfähigen Wirkungen wie *res judicata* zu.[114] Diese treten erst durch die Anerkennung ein, welche den Schiedsspruch in einen Hoheitsakt überführt und somit eine „Wirkungsverschaffung sei.[115] Folglich bestimmen sich die Grenzen der materiellen Rechtskraft nach der *lex fori* des Anerkennungsstaats.

Überwiegend wird dennoch die Wirkungserstreckungstheorie vertreten, begrenzt nur durch eine *ordre public* Kontrolle[116] der *lex fori* des Anerkennungsstaats. Maßgeblich ist danach das Recht des Schiedsorts, was zu einem größeren internationaler Entscheidungseinklang beitragen[117] und die Anerkennungsfreundlichkeit des UNÜ unterstützen soll.[118] Diesen Zielen würde neben der Gleichstellungs- auch die Kumulationstheorie zuwiderlaufen.

2. Autonome Bestimmung im Anwendungsbereich des UNÜ

Doch auch gegen die Wirkungserstreckungstheorie spricht der internationale Charakter des UNÜ und das Ziel der Vereinheitlichung von Schiedsverfahren.[119] Die Bindung zwischen Schiedsort und Recht des Schiedsorts ist nicht so eng wie die zwischen Urteilsstaat und Recht des Urteilsstaats;[120] stattdessen finden Schiedsverfahren im internationalen Rechtsverkehr häufig nach institutionellen

---

96 BGH, NJW 1958, 950; *Wilske/Markert*, in: BeckOK-ZPO (Fn. 36), § 1055 Rn. 4. **A.A.** *Schwab/Walter,* Schiedsgerichtsbarkeit[7], 2005, Kap. 21 Rn. 7.

97 BGH, NJW-RR 2019, 762 Rn. 5; *Münch*, in: MüKoZPO (Fn. 1), § 1055 Rn. 28; *Schlosser*, in: Stein/Jonas (Fn. 92), § 1055 Rn. 8.

98 *Fidelitas Shipping Co. Ltd. V. V/O Exportchleb* [1966] 1 Q.B. 630, 643, *per Diplock LJ*: „Issue estoppel applies to arbitration as it does to litigation"; *Andrews*, Andrews on Civil Processes[2], 2019, Chpt. 16 Overview (1).

99 B.I.2.

100 Vgl. *Andrews* (Fn. 96), Rn. 42.01 mit Verweis auf die Ausführungen zur *res judicata* von Urteilen englischer Gerichte; *M. Stürner* (Fn. 82), S. 579, 585 ff.

101 Dafür: *Nomihold Securities Inc v Mobile Telesystems Finance S.A.*, [2012] Bus. L.R. 1289, 1303 f.; *Andrews* (Fn. 96), Rn. 42.06. **A.A**. *De Ly/Sheppard*, Arb. Int. 2009, 35, 46.

102 B.I.3.

103 Vgl. *Born* (Fn. 2), S. 3764 f.; *Hascher*, DIP 2004, 17.

104 https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2, Stand: 19.06.2020.

105 *Geimer*, in: Zöller (Fn. 37) Anh. § 1061 Art. III Rn. 2.

106 *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht[8], 2020, Rn. 3879.

107 *Münch*, in: MüKoZPO (Fn. 1), § 1055 Rn. 16a, § 1061 Rn. 3.

108 Für eine Auflistung verschiedener Konstellationen siehe *De Ly/Sheppard*, Arb. Int. 2009, 35, 37-39.

109 *Born* (Fn. 2), S. 3740 f.; *Scherer*, in: Wolff (Fn. 88), Art. III Rn. 9.

110 Vgl. *Börner* (Fn. 87), Art. III S. 119 f. mit Hinweis auf die Vertragsverhandlungen in dortiger Fn. 12, 13.

111 *Born* (Fn. 2), S. 3739; *Gaillard*, in: Gaillard/Berman (Hrsg.), The UNCITRAL Secretariat Guide on the New York Convention, Art. III No. 12.

112 *Hovaguimian*, J. Int. Arbitr., 79, 86.

113 *Schack* (Fn. 44), Rn. 1442; *M. Stürner* (Fn. 82), S. 579, 590.

114 Vgl. *Solomon* (Fn. 84), S. 327 f.

115 *M. Stürner* (Fn. 82), S. 579, 590. Vgl. auch *Peiffer* (Fn. 8), Rn. 74.

116 *M. Stürner* (Fn. 82), S. 579, 582.

117 *Schlosser*, in: Stein/Jonas (Fn. 92), § 1055 Rn. 35; Anh. § 1061 Rn. 123.

118 *M. Stürner* (Fn. 82), S. 579, 591.

119 *Born* (Fn. 2), S. 3770.

120 *Born* (Fn. 2), S. 3768 f.

Regeln und vermehrt vereinheitlichtem Recht statt.[121] Basis ist stets eine Schiedsvereinbarung, regelmäßig mit dem Ziel, den Streit auf internationaler Ebene in einem einzigen Verfahren zu erledigen.[122] Das UNÜ zielt mithin darauf ab, möglichst unabhängig von nationalen Regimen zu agieren.[123] Ein autonomer Rechtskraftbegriff würde dieses Ziel unterstützen und zur weiteren Harmonisierung des internationalen Schiedsverfahrensrechts beitragen sowie durch die Loslösung von einer nationalen Rechtsordnung die Wirkungen des Schiedsspruchs vorhersehbarer machen.[124]

a) Ausgestaltung eines autonomen Rechtskraftbegriffs im UNÜ

Versteht man die *res judicata*-Wirkung von Schiedssprüchen als internationales Konzept,[125] ist darauf aufbauend die Reichweite ihrer objektiven Grenzen zu bestimmen. Als Orientierung können die von der ILA entwickelten *recommendations*[126] für Schiedsrichter, die in Folgeverfahren mit Fragen der Rechtskraft vorheriger Schiedssprüche konfrontiert werden,[127] dienen.

Schiedsgerichte der ICC haben zum Teil bereits ein autonomes Rechtskraftkonzept übernommen, nachdem neben dem Tenor des Schiedsspruchs auch dessen notwendige Gründe (*ratio decidendi*) der *res judicata* unterfallen sollen.[128] Dies sollte für einen autonomen Rechtskraftbegriff unter dem UNÜ übernommen werden.[129] Aufgrund des regelmäßigen Interesses der Parteien, durch das Schiedsverfahren den Streit international einmalig und endgültig zu erledigen, ist es zudem angebracht, solche Aspekte der Rechtskraft zu unterstellen, die im Schiedsverfahren aufgrund der Nähe zum Streitgegenstand hätten behandelt werden können[130] und deren Behandlung in einem weiteren Verfahren rechtsmissbräuchlich wäre.[131] Als äußere Grenze sollte erneut der *ordre public* des Anerkennungsstaats gelten.[132]

b) Eine Spaltung von Rechtskraft und Rechtsschutz?

Fraglich ist derweil, ob parallel zur Anerkennung von Urteilen nach der EuGVVO eine unbillige Spaltung von Rechtskraft und Rechtsschutz auch gegen einen autonomen Rechtskraftbegriff unter dem UNÜ spricht. Dafür müsste zunächst ein unterschiedlich weitreichender und, auf Basis der Wirkungserstreckungslehre, auf die materielle Rechtskraft des Schiedsorts abgestimmter Rechtsschutz gegen Schiedssprüche bestehen.

Grundsätzlich sieht das Schiedsverfahren keinen Instanzenzug vor.[133] Der englische Arbitration Act 1966 ermöglicht den Parteien eines Schiedsverfahrens mit Schiedsort England dennoch unter engen Voraussetzungen den Appeal;[134] auch der französische CPC sieht Rechtsschutzmöglichkeiten vor.[135] Dies legt nahe, die Argumentation gegen einen autonomen Rechtskraftbegriff im Anwendungsbereich der EuGVVO zu übertragen. Allerdings wird jener Rechtsschutz vor den staatlichen englischen und französischen Gerichten nur unter engen Voraussetzungen gewährt, die nicht annähernd einen Gleichlauf zu den weiten Rechtskraftbegriffen der jeweiligen Rechtsordnungen darstellen. Im deutschen Recht besteht die einzige staatliche Rechtsschutzmöglichkeit mithin in der Aufhebung des Schiedsspruchs (§ 1059 ZPO). Auch hier fehlt ein Gleichlauf zu der Begrenzung der materiellen Rechtskraft auf den Urteilstenor; insbesondere stellen Fehler bei der Rechts- oder Tatsachenfindung[136] in der Regel keinen Aufhebungsgrund dar.

Ferner findet sich im UNÜ keine Vorschrift, die mit Art. 52 EuGVVO vergleichbar wäre. Auch Art. V Abs. 1 lit.b UNÜ, der die Verletzung rechtlichen Gehörs als Anerkennungsversagungsgrund statuiert, weicht von Art. 45 I lit. b EuGVVO ab, da er keinen Hinweis auf die Möglichkeit von Rechtsbehelfen am Schiedsort enthält. Stattdessen stellt das UNÜ in den Gründen zur Versagung der Anerkennung und Vollstreckung in Art. V I lit. a-d auf die Schiedsabrede der Parteien ab, sodass deren Ziel, den Streit international abschließend zu erledigen, auch ausschlaggebend sein sollte für die Reichweite der *res judicata*. Die dort aufgelisteten Gründe entsprechen fast genau den Aufhebungsgründen des § 1059 ZPO.[137] Zum englischen und französischen Recht ergeben sich etwas größere Abweichungen, da der staatliche Rechtsschutz nicht auf die Aufhebung des Schiedsspruchs beschränkt und zum Teil sogar bei Verstößen gegen die *res judicata*-Wirkung von Schiedssprüchen vorgesehen ist.[138] Mangels Gleichlauf zwischen Rechtskraft des Schiedsspruchs und Rechtsschutz im nationalen Recht des Schiedsorts, sind diese Abweichungen aber zugunsten eines autonomen Rechtskraftbegriffs hinzunehmen. Mithin führte dieser im Anwendungsbereich der UNÜ nicht zu einer unbilligen Spaltung von Rechtskraft und Rechtsschutz.

III. Ergebnis

Obgleich Schiedssprüche primär das Ergebnis einer parteiautonomen Vereinbarung sind, kommt ihnen eine anerkennungsfähige *res judicata*-Wirkung zu. Um den internationalen Charakter der Anerkennung von Schiedssprüchen unter dem UNÜ zu wahren, ist statt einer kollisionsrechtlichen eine autonome Bestimmung der Grenzen der materiellen Rechtskraft bei der Anerkennung nach dem UNÜ vorzugswürdig. Neben dem Urteilstenor sind dabei auch Urteilsgründe einschließlich Vorfragen sowie zur

[121] *De Ly/Sheppard*, Arb. Int. 2009, 35, 39.
[122] Vgl. *Born* (Fn. 2), S. 3769.
[123] *Brekoulakis*, Third Parties in International Commercial Arbitration, 2010, Rn. 11.31.
[124] *Brekoulakis* (Fn. 121), Rn. 11.40 f.
[125] *Born* (Fn.2), S. 3776; *Brekoulakis* (Fn. 121), Rn. 11.41.
[126] ILA Recommendations on *Lis Pendens* and *Res Judicata* and Arbitration.
[127] *De Ly/Sheppard*, Arb. Int. 2009, 35, 39.
[128] Final Award in ICC Case No. 3267, XII Y.B. Comm. Arb. 87, 89 (1987).
[129] *De Ly/Sheppard*, Arb. Int. 2009, 83, 85, Rec. No. 4;
[130] *De Ly/Sheppard*, Arb. Int. 2009, 83, 85, Rec. No. 5.
[131] *De Ly/Sheppard*, Arb. Int. 2009, 67, 79 f.
[132] Siehe auch Art. V Abs. 2 lit. b UNÜ: Verstoß gegen den *ordre public* als Anerkennungsversagungsgrund.
[133] Zum deutschen Recht *Münch*, in: MüKoZPO (Fn. 1), § 1055 Rn. 3; *Schlosser*, in: Stein/Jonas (Fn. 92), § 1055 Rn. 1.
[134] Vgl. Section 67-69 Arbitration Act 1966.
[135] Vgl. CPC, Livre IV, Titre Ier, Chapitre VI; *Hascher*, DIP 2004, 17, 28 ff. m.w.N.
[136] Vgl. zur Berufung und Revision § 513 ZPO und § 551 ZPO.
[137] *Kröll/Kraft,* in: Böckstiegel (Fn. 89), § 1059 Rn. 4.
[138] *Hascher*, DIP 2004, 17, 28 ff. m.w.N. zum französischen Recht.

Vermeidung von Rechtsmissbrauch nicht vorgetragene Aspekte zu erfassen. Eine Grenze stellt der *ordre public* des Anerkennungsstaats dar. Dies entspricht auch dem System des UNÜ, das großen Wert auf die Schiedsvereinbarung der Parteien legt und auf das Ziel, den Rechtsstreit international einheitlich und durch das Schiedsverfahren abschließend zu regeln.

D. Abschließender Vergleich und Ausblicke

Ein autonomer Rechtskraftbegriff bei der Anerkennung ausländischer Schiedssprüche und Urteile könnte viele Probleme, die durch die unterschiedliche Reichweite der materiellen Rechtskraft im nationalen Recht entstehen, vermeiden. Im Anwendungsbereich der EuGVVO scheitert er jedoch an einem fehlenden und auf ihn zugeschnittenen Rechtsschutz auf europäischer Ebene. Nur ein umfassendes, europäisches Zivilverfahrensrecht könnte einen entsprechenden Ausgleich erreichen. Dies würde jedoch einen erheblichen und unerwünschten Eingriff in die Souveränität der Mitgliedstaaten darstellen. Statt einen unpräzisen und rechtsschutzverkürzenden autonomen Rechtskraftbegriff voranzutreiben, wäre es deshalb wünschenswert, wenn der EuGH zu seiner vorherigen Anwendung der Wirkungserstreckungstheorie zurückkehrte und diese weiter ausbaute und präzisierte. So kann zwar keine absolute Rechtsvereinheitlichung geschaffen werden, aber immerhin eine Garantie, dass einem Urteil stets dieselben Wirkungen zukommen und die Parteien eines Rechtsstreits nicht rechtsschutzlos gestellt werden.

Im Anwendungsbereich des UNÜ ist ein autonomer Rechtskraftbegriff hingegen sinnvoll, denn es besteht *de lege lata* kein auf nationale Rechtskraftbegriffe abgestimmter Rechtsschutz gegen Schiedssprüche. Mangels Letztentscheidungsinstanz zu Auslegungsfragen des UNÜ ist die praktische Umsetzung eines solchen jedoch schwierig und maßgeblich abhängig von der Bereitschaft von Schiedsgerichten und Gerichten, international einheitliche Standards zu formulieren und einzuhalten.[139] Förderlich wäre hierfür jedenfalls die Einarbeitung eines autonomen Rechtskraftbegriffs in Schiedsordnungen wie der ICC oder DIS, wodurch zugleich auch der grundlegenden Bedeutung der Parteiautonomie im Schiedsverfahren Rechnung getragen würde und die Möglichkeit der Parteien, Rechtskraftwirkungen auszuschließen oder zu modifizieren, unberührt bliebe.[140]

[139] *Born et al.*, in: Kaplan/Moser (Hrsg.), Jurisdiction, Admissibility and Choice of Law in International Arbitration, S. 1, 17.
[140] Vgl. *Born* (Fn. 2), S. 3770.

Johann Seidel*

Der Begriff des natürlichen Willens im Zusammenhang mit ärztlichen Zwangsmaßnahmen gegenüber Betreuten

A. Einleitung[1]

2013 wurde der Begriff des natürlichen Willens im Zusammenhang mit ärztlichen Zwangsmaßnahmen gegenüber Betreuten in § 1906 III 1 a.F.[2] aufgenommen. Seit 2017 findet er sich stattdessen in § 1906a I 1.[3] Die Einführung des Begriffs des natürlichen Willens zum Anlass nehmend konstatierte *Beckmann*, dass „sich der ‚natürliche Wille' […] in Ansehung sachlicher Kriterien als ein höchst […] überflüssiges Rechtskonstrukt [erweist]"[4].[5] Die Aufnahme des natürlichen Willens in den Gesetzestext und die diesbezügliche Kritik bieten Anlass zu einer vertieften Auseinandersetzung mit dem natürlichen Willen. Daher werden folgend Definition und Funktion des natürlichen Willens dargestellt (B. I.; C. I.), ihre Entwicklungen untersucht (B. II.; C. II.) und eine der Definition zugrunde liegende Willensvorstellung sowie eine der Funktion zugrunde liegende Autonomievorstellung erarbeitet (B. III.; C. III.).[6] Abschließend werden die Ergebnisse in einem Fazit zusammengeführt (D.).

Die Untersuchung der Entwicklungen der Definition und Funktion des natürlichen Willens rechtfertigt sich dadurch, dass die Entwicklungen nicht nur Entscheidungen für, sondern auch gegen etwas widerspiegeln. Ebendarum ermöglicht die Untersuchung ein tiefgehendes Verständnis dessen, was Definition und Funktion des natürlichen Willens nicht sind, und darüber ein besseres Verständnis dessen, was sie sind.[7] Aus der Erarbeitung einer der Definition bzw. Funktion zugrunde liegenden Willens- bzw. Autonomievorstellung soll keine Vorstellung resultieren, die die Definition bzw. Funktion bedingt hat, sondern eine Vorstellung, die die Definition bzw. Funktion bedingt haben könnte. Vorstellung und Definition bzw. Funktion unterscheiden sich dabei nur bez. des Abstraktionsgrades. Der höhere Abstraktionsgrad der Vorstellungen soll ein tiefgehendes Verständnis des natürlichen Willens ermöglichen.[8] Das Ziel der Auseinandersetzung mit dem natürlichen Willen ist, dessen begriffliche Durchdringung zu fördern.[9]

B. Definition und Willensvorstellung

I. Definition

Der natürliche Wille wird als nicht von Einsichts- und/oder[10] Steuerungsfähigkeit getragen definiert.[11] Einsichtsfähigkeit ist die Fähigkeit, „Art, Bedeutung und Tragweite […] der Maßnahme"[12] erfassen zu können.[13] Steuerungsfähigkeit

---

* Der Autor ist Student an der Bucerius Law School, Hamburg.

1 §§ ohne Bezeichnung sind solche des BGB. Männliche Wortformen umfassen folgend alle Geschlechter.

2 § 1906 III 1 a.F.: „Widerspricht eine ärztliche Maßnahme nach Absatz 1 Nummer 2 dem natürlichen Willen des Betreuten (ärztliche Zwangsmaßnahme), so kann der Betreuer in sie nur einwilligen, wenn […]".

3 Der Begriff des natürlichen Willens findet sich seit 2017 zudem in § 1906a IV.

4 *Beckmann*, JuristenZeitung (JZ) 2013, 604, 608.

5 *Beckmann* differenziert zwischen Begriff und Rechtskonstrukt des natürlichen Willens. Dabei versteht er den Begriff als vom Rechtskonstrukt zu differenzierende Bezeichnung des Rechtskonstrukts; vgl. *Beckmann*, JZ 2013, 604, 606. Folgend wird nicht an dieser Differenzierung festgehalten: Der Begriff des natürlichen Willens und der synonym verwendete natürliche Wille erfassen die Bezeichnung des Rechtskonstrukts und das Rechtskonstrukt. Der Begriff des natürlichen Willens meint folgend nur den Begriff, der im Zusammenhang mit dem ärztliche Zwangsmaßnahmen gegenüber Betreuten regelnden Recht, den §§ 1904, 1905, 1906a, genutzt wird. Die verwandten Problematiken der ärztlichen Zwangsmaßnahme gegenüber Minderjährigen; vgl. *Hoffmann*, Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 2016, 242; und der Widerruflichkeit einer Patientenverfügung; vgl. *Coeppicus*, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2011, 2085, 2089–2090; *Jox/Ach/Schöne-Seifert*, Deutsches Ärzteblatt (DÄbl) 2014, 394; *Lindner/Huber*, NJW 2017, 6; *Steenbreker*, NJW 2012, 3207, 3209–3211; werden ausgeklammert. Der Begriff des natürlichen Willens wird als normativer Begriff, der von etwaigen naturwissenschaftlichen Willensvorstellungen unabhängig ist, verstanden; ähnlich *Hillenkamp*, JZ 2015, 391; *Lindemann*, Recht und Neurowissenschaften, in: Krüper (Hrsg.), Grundlagen des Rechts[3], 2017, § 13 Rn. 21; *Lipp*, Freiheit und Fürsorge: Der Mensch als Rechtsperson[1], 2000, S. 44. Natur- und rechtswissenschaftliche Begriffe können weder identisch sein noch sich widersprechen; *Kelsen*, Reine Rechtslehre, Studienausgabe der 2. Auflage 1960[1], 2017, S. 190; *Radbruch*, Rechtsphilosophie, Studienausgabe[2], 2003, S. 13–16. Bez. einer Darstellung naturwissenschaftlicher Willensvorstellungen vgl. *Effer-Uhe/Mohnert*, Psychologie für Juristen[1], 2019, § 15 Rn. 505–510; *Koch*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (ARSP) 2006, 223, 226–233; *Mankowski*, Archiv für die civilistische Praxis (AcP) 2011, 153, 161–173. Bez. einer Verknüpfung natur- und rechtswissenschaftlicher Willensvorstellungen vgl. *Cording/Roth*, NJW 2015, 26; *Mankowski*, AcP 2011, 153; *Reinelt*, NJW 2004, 2792; *Schiemann*, NJW 2004, 2056; *W. Seidel*, Neue Juristische Online-Zeitschrift (NJOZ) 2009, 2106. Die Frage, ob ein Begriff, der kein natürliches Zurechnungsphänomen kennt und damit konzeptionell offen ist, das Wort „natürlich" beinhalten sollte, wird ausgeklammert; vgl. *Bumke*, Autonomie im Recht, in: Bumke/Röthel (Hrsg.), Autonomie im Recht[1], 2017, S. 17 bez. konzeptioneller Offenheit.

6 Die Definition beschreibt das, was der natürliche Wille ist. Die Funktion beschreibt die Einbettung des natürlichen Willens in die §§ 1904, 1905, 1906a in (allein) entscheidungserheblicher Form; s. Fn. 81 bez. des Begriffs der Entscheidungserheblichkeit. Definition und Funktion lassen sich nicht strikt voneinander trennen. Z.B. wird ein Begriff i.d.R. definiert, wenn die ihm zugedachte Funktion entwickelt wird. Mithin entstehen Definition und Funktion i.d.R. nebeneinander und sich gegenseitig bedingend; s. C. II.

7 Vgl. *Röthel*, Forschungsgespräch über Autonomie im Recht – Ausgangsbedingungen, Typizitäten, Lehren, in: Bumke/Röthel (Hrsg.), Autonomie im Recht[1], 2017, S. 60 bez. des Erklärwertes einer Rückschau; vgl. *Seelmann/Demko*, Rechtsphilosophie[6], 2014, § 1 Rn. 1, die wegen ähnlicher Erwägungen die Beantwortung der Frage, was Recht ist, mit Kritik des Rechts und Alternativen zum Recht beginnen.

8 Vgl. *Bumke* (Fn. 5), S. 21 bez. der Abstraktion als verständnisförderndem Moment.

9 Vgl. *Kischel*, Rechtsvergleichung[1], 2015, § 6 Rn. 58–64 bez. der Vorteile begrifflicher Durchdringung des Rechts.

10 Vgl. Fn. 15.

11 *Brilla*, in: Gsell et al. (Hrsg.), Beck'scher Online-Großkommentar, BGB, Stand: 15.7.2020, § 1904 Rn. 26, § 1906a Rn. 17; BT-Drs. 15/2494, S. 28; *Dodegge*, NJW 2013, 1265, 1266; *Götz*, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ) 2017, 413, 414; *Neuner*, AcP 2018, 1, 15.

12 BT-Drs. 11/4528, S. 71.

13 *Kurze*, in: Burandt/Rojahn (Hrsg.), Beck'scher Kurz-Kommentar, Erbrecht[3], 2019, § 1901b Rn. 13; *Schneider*, in: Säcker et al. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. X[8], 2020, § 1896 Rn. 30; vgl. *Schweitzer*, FamRZ 1996, 1317, 1320, der **kritisiert**, die Definition suggeriere, dass ein allgemeines Wertesystem statt eines subjektiven

ist die Fähigkeit, den Willen nach der erlangten Einsicht bestimmen zu können.[14] Eine einsichts- und/oder[15] steuerungs*un*fähige Person ist einwilligungs*un*fähig.[16]

II. Entwicklung des Einwilligungserfordernisses und der Definition

Es ist verständnisfördernd, die Entwicklung des Einwilligungserfordernisses im Zusammenhang mit ärztlichen Maßnahmen (B. II. 1.) vor der Entwicklung der Definition des natürlichen Willens (B. II. 2.) zu behandeln.

1. Entwicklung des Einwilligungserfordernisses

1894 löste sich das RG im Strafrecht von der Berufsrechtstheorie.[17] Es urteilte, dass eine ärztliche Maßnahme nur dann rechtmäßig ist, wenn der Patient eingewilligt hat.[18] Damit wurde die ärztliche Maßnahme als tatbestandliche Körperverletzung eingestuft.[19] 1907 übertrug das RG diesen Ansatz auf das Zivilrecht[20], woran es auch während des Nationalsozialismus‘ festhielt[21]. In der Folgezeit wurde das Einwilligungserfordernis durch den BGH gestärkt. Zunächst dadurch, dass er urteilte, dass sich „niemand […] zum Richter in der Frage aufwerfen [darf], unter welchen Umständen ein anderer vernünftigerweise bereit sein sollte, seine körperliche Unversehrtheit zu opfern, um dadurch wieder gesund zu werden“[22]. Und anschließend dadurch, dass er urteilte, dass das Einwilligungserfordernis nicht entfällt, wenn der Patient selbst mangels „Willensfähigkeit“[23] nicht einwilligen kann.[24] In diesen Fällen sei die Einwilligung „von demjenigen zu erteilen, der an Stelle des Kranken nach entspr. Belehrung zu entscheiden hat, ob der Eingriff durchgeführt werden soll“[25]. Die Genese des Einwilligungserfordernisses durch die Rechtsprechung eröffnete die Diskussion darum, unter welchen Umständen eine Person einwilligungsfähig ist.[26]

Der „Rechtswille des Kranken“[27], auf dem die Einwilligung beruhen musste, wurde zunächst mit dem Willen des Geschäftsfähigen gleichgesetzt. Einwilligungs- und Geschäftsfähigkeit waren identisch.[28] 1953 begann im Strafrecht die Emanzipation der Einwilligungs- von der Geschäftsfähigkeit.[29] Nachfolgend wurde die strafrechtliche Entwicklung unter Verweis auf die Notwendigkeit der Einheit der Rechtsordnung durch das OLG München auf das Zivilrecht übertragen.[30] Dem schloss sich 1958 der BGH an.[31] Demgemäß wurde die Einwilligungsfähigkeit auch im Zivilrecht von der Geschäftsfähigkeit emanzipiert und als selbstständige Kategorie anerkannt.[32] Hierbei ist es bis heute geblieben.[33]

Zunächst wurde die Einwilligungsfähigkeit dergestalt definiert, dass sie „eine zutreffende Vorstellung von der Tragweite […] [der] Erklärung“[34] voraussetzt, was gegeben ist, wenn der Patient „das Wesen, die Bedeutung und die Tragweite des ärztlichen Eingriffs in seinen Grundzügen erkannt [hat]“[35]. Dieses kognitive Element der Einwilligungsfähigkeit wurde Einsichtsfähigkeit genannt.[36] 1961 wurde der Einsichtsfähigkeit ein voluntatives Element zur Seite gestellt, das als „die Fähigkeit, das Handeln nach […] [der] Einsicht zu bestimmen“[37] definiert wurde.[38] Dieses Element wurde zunächst als Entschließungsfähigkeit bezeichnet.[39] 1989 wurde es vom Gesetzgeber in Steuerungsfähigkeit umbenannt.[40] Kurz darauf schloss sich die Rechtsprechung der Umbenennung der Entschließungs- in

---

Wertesystems maßgeblich sei; vgl. *Brilla*, in: BeckOGKBGB (Fn. 11), § 1904 Rn. 43; *Sturm*, Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht[1], 2016, S. 16 bez. dessen, dass ein subjektives Wertesystem maßgeblich ist.

14 BT-Drs. 11/4528, S. 71; *Dodegge*, NJW 2009, 2727, 2729; *Marschner*, in: Jürgens (Hrsg.), Betreuungsrecht Kommentar[6], 2019, § 1906 Rn. 22; *Schneider*, in: MüKoBGB (Fn. 13), § 1896 Rn. 31.

15 Die und/oder-Formulierung ist unpräzise. Sie wird dennoch der Übersichtlichkeit halber genutzt. Richtigerweise sind nur die einsichts- und steuerungs*un*fähige und die einsichtsfähige, aber steuerungs*un*fähige Person eiwilligungs*un*fähig. Die ebenfalls von der Formulierung erfasste einsichts*un*fähige, aber steuerungsfähige Person gibt es nicht.

16 *Dodegge*, NJW 2006, 1627, 1628; *Götz*, FamRZ 2017, 413, 414; *Kurze*, in: Burandt/Rojahn (Fn. 13), § 1901b Rn. 13; *Marschner*, in: Jürgens (Fn. 14), § 1904 Rn. 10; *Schmidt-Recla*, in: Gsell et al. (Hrsg.), Beck’scher Online-Großkommentar, BGB, Stand: 1.7.2020, § 1896 Rn. 133 (dortige Fn. 521); *Spickhoff*, FamRZ 2017, 1633, 1636. Im Zusammenhang mit der Einwilligung kommt der Aufklärung großes Gewicht zu. Die diesbezüglichen Problematiken werden ausgeklammert; vgl. *Bumke* (Fn. 5), S. 26; *Röthel*, AcP 2011, 196, 218 bez. dessen, dass Aufklärungspflichten in die äußere Autonomie eingreifen, aber die innere Autonomie stärken; s. C. III. bez. der Begriffe der inneren und äußeren Autonomie.

17 Vgl. RGSt 25, 375, 377–389; vgl. *Brilla*, in: BeckOGKBGB (Fn. 11), § 1906a Rn. 3.1; *Ohly*, „Volenti non fit iniuria“ – Die Einwilligung im Privatrecht[1], 2002, S. 238–239 bez. der Berufsrechtstheorie.

18 Vgl. RGSt 25, 375, 377–389.

19 *Joecks (Hardtung)*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB, Bd. IV[3], 2017, § 223 Rn. 46; *Ohly* (Fn. 17), S. 39; *Paeffgen/Zabel*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, StGB, Bd. II[5], 2017, § 228 Rn. 56; *Sturm* (Fn. 13), S. 174; vgl. *Joecks (Hardtung)*, in: MüKoStGB (Fn. 19), § 223 Rn. 45–55 bez. der Ansichten zu dieser bis dato im strafrechtlichen Schrifttum **str.** Rechtsprechung.

20 Vgl. RG, Juristische Wochenschrift (JW) 1907, 505; bestätigt durch RGZ 88, 433, 436; vgl. *Ohly* (Fn. 17), S. 39, 238–239 bez. dieser Rechtsprechung.

21 Vgl. RGZ 151, 349; 163, 129; 168, 206; vgl. *Ohly*, (Fn. 17), S. 239 bez. dieser Rechtsprechung.

22 BGH, NJW 1958, 267, 268; ähnlich BGH, NJW 1956, 1106, 1107.

23 BGH, NJW 1959, 811 (2), 812. Willensfähigkeit meint die damalige Einwilligungsfähigkeit. Auf NJW 1959, 811 beginnen zwei Urteile. Das Urteil vom 5.12.1958 wird als BGH, NJW 1959, 811 (1), das vom 9.12.1958 als BGH, NJW 1959, 811 (2) zitiert.

24 Vgl. ebd., 812.

25 Ebd., 812.

26 Ähnlich *Brilla*, in: BeckOGKBGB (Fn. 11), § 1906a Rn. 3.1.

27 RGZ 88, 433, 436.

28 *Ohly* (Fn. 17), S. 35–38.

29 Vgl. BGH, NJW 1953, 912.

30 Vgl. OLG München, NJW 1958, 633, 643.

31 Vgl. BGH, NJW 1959, 811 (1), 811.

32 *Ohly* (Fn. 17), S. 42.

33 Vgl. *Bienwald*, Familie Partnerschaft Recht (FPR) 2012, 4, 5; *Brilla*, in: BeckOGKBGB (Fn. 11), § 1904 Rn. 28; *Dodegge*, NJW 2006, 1627, 1628; *Ernst/Heitmann*, in: Kaiser et al. (Hrsg.), Nomos Kommentar, BGB, Bd. IV[3], 2014, § 1904 Rn. 5; *Kern*, NJW 1994, 753, 755; *Marschner*, in: Jürgens (Fn. 14), § 1904 Rn. 10, die zwischen Einwilligungs- und Geschäftsfähigkeit differenzieren; **abw.** BayObLGZ 1990, 46, 49; *Schneider*, in: MüKoBGB (Fn. 13), § 1904 Rn. 16, die Einwilligungs- und partielle Geschäftsfähigkeit gleichsetzen, wobei das BayObLG seit BayObLG, Beck-Rechtsprechung (BeckRS) 1994, 7750 ebenfalls zwischen Einwilligungs- und Geschäftsfähigkeit differenziert.

34 BGH, NJW 1953, 912.

35 BGH, NJW 1956, 1106.

36 Vgl. OLG München, NJW 1958, 633, 634.

37 BGH, Verwaltungsrechtsprechung (VerwRspr) 1962, 70, 72.

38 Vgl. *Neuner*, AcP 2018, 1, 24; *Schweitzer*, FamRZ 1996, 1317, 1320 bez. der Bezeichnung der Einsichtsfähigkeit als kognitivem und der der Steuerungsfähigkeit als voluntativem Element.

39 Vgl. BGH, NJW 1964, 1177, 1178.

40 Vgl. BT-Drs. 11/4528, S. 71.

Steuerungsfähigkeit an.[41] Sohin wird die Einwilligungsfähigkeit bereits seit 1961 durch das kognitive Element der Einsichtsfähigkeit und das voluntative Element der Steuerungsfähigkeit definiert.[42]

Die Einwilligungsfähigkeit unterscheidet sich von der Geschäftsfähigkeit, indem sie einer i.R.d. § 104 Nr. 2 abgelehnten partiell-relativen[43] Geschäftsfähigkeit entspricht.[44] Eine Person kann z.B. bez. einer ärztlichen Maßnahme einwilligungsfähig sein und bez. einer anderen nicht.[45] Ein Abstellen auf die Geschäftsfähigkeit ließe demgegenüber nur zu, dass die Person für alle ärztlichen Maßnahmen oder für keine ärztliche Maßnahme geschäftsfähig ist.

2. Entwicklung der Definition

1960 schrieb das BVerfG im Zusammenhang mit der Unterbringung psychisch Kranker von dem „tatsächliche[n], natürliche[n] Wille[n]"[46] des Kranken. Da 1956 der Wille des Einwilligungsfähigen in Abgrenzung zum rechtsgeschäftlichen Willen des Geschäftsfähigen als tatsächlicher Wille beschrieben wurde[47], liegt es nahe, den „tatsächliche[n], natürliche[n] Wille[n]"[48] mit dem Willen des Einwilligungsfähigen gleichzusetzen[49]. Hierfür spricht überdies, dass das BVerfG wie zuvor das OLG München zwischen dem „natürlichen […] Willen des Gewaltunterworfenen"[50] und dem „‚rechtlich erhebliche[n]' Wille[n] des Gewalthabers"[51] differenzierte. 1961 bezeichnete der BGH die der Einwilligungsfähigkeit zugrunde liegende Einsichtsfähigkeit als natürliche Einsichtsfähigkeit.[52] Da das BVerfG den Willen des Einwilligungsfähigen als natürlichen Willen bezeichnete, ist nachvollziehbar, dass der BGH die der Einwilligungsfähigkeit zugrunde liegende Einsichtsfähigkeit als natürliche Einsichtsfähigkeit bezeichnete.[53]

1981 begann ein elementarer Wandel der Definition des natürlichen Willens. Das BVerfG stellte, abermals im Zusammenhang mit der Unterbringung psychisch Kranker, fest, dass „auch dem psychisch Kranken in gewissen Grenzen die ‚Freiheit zur Krankheit' belassen bleibt"[54]. Der psychisch Kranke wurde in diesem Zusammenhang als einwilligungs*un*fähig charakterisiert.[55] Damit wurde dem eine ärztliche Maßnahme ablehnenden Willen des Einwilligungs*un*fähigen erstmals Relevanz beigemessen. 1989 erhielt dieser Wille vom Gesetzgeber mit den Worten, „unter Wille [sic] ist hier der ‚natürliche' Wille zu verstehen, auch wenn dieser Wille nicht von Einsichts- und Steuerungsfähigkeit getragen wird"[56], einen Namen. Der natürliche Wille wandelte sich somit vom Willen des Einwilligungsfähigen zum Willen des Einwilligungs*un*fähigen.[57] Die Rechtsprechung schloss sich der vom Gesetzgeber vorgegebenen neuen Definition des natürlichen Willens an.[58] Die Definition des natürlichen Willens als Wille des Einwilligungs*un*fähigen und damit Einsichts- und/oder Steuerungs*un*fähigen ist bis heute unverändert.[59] Der vormals als natürlicher Wille bezeichnete Wille des Einwilligungsfähigen wird heute freier Wille genannt.[60]

III. Der Definition zugrunde liegende Willensvorstellung

Die Erarbeitung der der Definition des natürlichen Willens zugrunde liegenden Willensvorstellung geht von der Willensvorstellung *Frankfurts*[61] (B. III. 1.) aus.[62] Anschließend

---

41 Vgl. LG Berlin, BeckRS 1992, 00081.

42 Zusätzlich wurde ein drittes Element, die Urteilskraft, eingeführt; vgl. BGH, NJW 1953, 912; BGH, VerwRspr 1962, 70, 72; BGH, NJW 1964, 1177, 1178. Teilweise wird sie weiterhin als Element der Einwilligungsfähigkeit gesehen; vgl. *Brilla*, in: BeckOGKBGB (Fn. 11), § 1904 Rn. 37; *Wagner*, in: Säcker et al. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. V[8], 2020, § 630d Rn. 21. Folgend umfasst die Einsichtsfähigkeit die Urteilskraft; vgl. *Beetz*, in: Deinert/Welti (Hrsg.), Stichwortkommentar, Behindertenrecht[2], 2018, Geschäftsfähigkeit Rn. 2; BT-Drs. 11/4528, S. 71; *Lugani*, NJW 2020, 1330; *Marschner*, in: Jürgens (Fn. 14), § 1904 Rn. 10; *Schmidt-Recla*, in: BeckOGKBGB (Fn. 16), § 1896 Rn. 133 (dortige Fn. 521); *Schneider*, in: MüKoBGB (Fn. 13), § 1906a Rn. 19; *Spickhoff*, FamRZ 2017, 1633, 1636; *Wagner*, in: MüKoBGB (Fn. 42), § 630d Rn. 21 bez. der heutigen Definitionen der Einwilligungs-, Einsichts- und Steuerungsfähigkeit.

43 Vgl. *Beetz*, in: Deinert/Welti (Fn. 42), Geschäftsfähigkeit Rn. 12; *Fuchs*, in: Creifelds (Begr.)/Weber (Hrsg.), Creifelds, Rechtswörterbuch[24], 2020, Geschäftsfähigkeit; *Mansel*, in: Jauernig (Begr.)/Stürner (Hrsg.), Kommentar, BGB[17], 2018, § 104 Rn. 7; *Spickhoff*, in: Säcker et al. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. I[8], 2018, § 104 Rn. 19, 23 bez. der Definitionen der partiellen und relativen Geschäftsfähigkeit.

44 Vgl. *Spickhoff*, in: MüKoBGB (Fn. 43), § 104 Rn. 20, 23 bez. dessen, dass partielle Geschäftsfähigkeit anerkannt ist und dass relative Geschäftsfähigkeit mehrheitlich abgelehnt wird; vgl. BT-Drs. 11/4528, S. 71; *Ernst/Heitmann*, in: Kaiser et al. (Fn. 33), § 1904 Rn. 5; *Klüsener/Rausch*, NJW 1993, 617, 619; *Kurze*, in: Burandt/Rojahn (Fn. 13), § 1901b Rn. 14; *Neuner*, AcP 2018, 1, 28; *Spickhoff*, in: MüKoBGB (Fn. 43), § 104 Rn. 25, 27 bez. dessen, dass die Einwilligungsfähigkeit einer partiell-relativen Geschäftsfähigkeit entspricht; **abw.** BayObLGZ 1990, 46, 49; *Schneider*, in: MüKoBGB (Fn. 13), § 1904 Rn. 16, s. Fn. 33; vgl. *Neuner*, AcP 2018, 1, 27, der den Begriff der temporären Geschäftsfähigkeit einführt. Er ist entbehrlich, da partiell-relative Geschäftsfähigkeit ob ihres Einzelfallbezugs stets temporären Charakter hat.

45 *Beckmann*, JZ 2013, 604, 607–608; *Gründel*, NJW 2002, 2987, 2988; *Kurze*, in: Burandt/Rojahn (Fn. 13), § 1901b Rn. 14; *Neuner*, AcP 2018, 1, 28; *Prütting/Prütting*, Medizin- und Gesundheitsrecht[1], 2018, § 22 Rn. 12.

46 BVerfGE 10, 302, 309.

47 Vgl. OLG München, NJW 1958, 633.

48 BVerfGE 10, 302, 309.

49 Ähnlich *Beckmann*, JZ 2013, 604, 605; **abw.** BVerfGE 133, 112, Rn. 51.

50 BVerfGE 10, 302, 309–310.

51 Ebd., 309–310.

52 Vgl. BGH, VerwRspr 1962, 70, 72; bestätigt durch BGH, NJW 1964, 1177, 1178.

53 Ähnlich *Beckmann*, JZ 2013, 604, 605.

54 BVerfGE 58, 208, 226; bestätigt durch BVerfG, NJW 1998, 1774, 1775. BVerfGE 58, 208, 226 ist mit BGH, NJW 1958, 267, 268 und BGH, NJW 1956, 1106, 1107 verwandt. Der BGH entwickelte die „Freiheit zur Krankheit" für Einwilligungsfähige, das BVerfG die für Einwilligungs*un*fähige.

55 Vgl. BVerfGE 58, 208, 225.

56 BT-Drs. 11/4528, S. 143; genauso ebd., S. 147.

57 *Beckmann*, JZ 2013, 604, 605.

58 Vgl. statt vieler BVerfGE 128, 282, 301; **abw.** zuvor BayObLGZ 1996, 34, 35.

59 Vgl. *Brilla*, in BeckOGKBGB (Fn. 11), § 1904 Rn. 26, § 1906a Rn. 17; BT-Drs. 15/2494, S. 28; *Dodegge*, NJW 2013, 1265, 1266; *Götz*, FamRZ 2017, 413, 414; *Neuner*, AcP 2018, 1, 15 bez. der heutigen Definition des natürlichen Willens; s. B. I.

60 BGH, NJW 2017, 890, Rn. 19; *Brilla*, in: BeckOGKBGB (Fn. 11), § 1904 Rn. 29; BT-Drs. 15/2494, S. 28; *Neuner*, AcP 2018, 1, 28; *Schmidt-Recla*, in: BeckOGKBGB (Fn. 16), § 1896 Rn. 133; *Schneider*, in: MüKoBGB (Fn. 13), § 1896 Rn. 30. Der Begriff des freien Willens steht in § 1896 Ia.

61 Gemeint ist die Vorstellung, die *Frankfurt* in „Freedom of the Will and the Concept of a Person"; *ders.*, The Journal of Philosophy (TJoP) 1971, 5; erarbeitete. Das mit der Vorstellung zusammenhängende Verantwortungskonzept, das *ders.* in „Alternate Possibilities and Moral Responsibility"; *ders.*, TJoP 1969, 829; erarbeitete, wird ausgeklammert; vgl. *Stump*, TJoP 1988, 395, 397 bez. des Konzepts.

62 Ähnlich *Neuner*, AcP 2018, 1, 14; *Seelmann/Demko* (Fn. 7), § 2 Rn. 78–79, die *Frankfurts* Vorstellung mit dem gesamten BGB

wird *Frankfurts* Willensvorstellung mit der Definition des natürlichen und der des freien Willens[63] zusammengeführt, wodurch eine den Definitionen zugrunde liegende Willensvorstellung erarbeitet wird (B. III. 2.).

1. *Frankfurts* Willensvorstellung

Frankfurt unterscheidet zwischen Wünschen erster und zweiter Ordnung.[64] Wünsche erster Ordnung sind ein ursprüngliches Wollen.[65] Sie gliedern sich in Wünsche, die handlungseffektiv werden, und Wünsche, die nicht handlungseffektiv werden, wobei erstgenannte Wünsche der Wille der handelnden Person[66] sind.[67] Wünsche zweiter Ordnung beziehen sich auf Wünsche erster Ordnung, indem sie das Wollen eines Wunsches erster Ordnung sind.[68] Ist der gewollte Wunsch erster Ordnung tatsächlich gegeben, handelt es sich um eine Volition zweiter Ordnung.[69] Die Person will, dass ein tatsächlich gegebener Wunsch erster Ordnung handlungseffektiv wird.[70] Ist der gewollte Wunsch erster Ordnung nicht tatsächlich gegeben, handelt es sich zwar um einen Wunsch zweiter Ordnung, aber nicht um eine Volition zweiter Ordnung.[71] Die Person will, dass ein nicht tatsächlich gegebener Wunsch erster Ordnung tatsächlich gegebener Wunsch erster Ordnung wird.[72]

Sohin liegt jeder Handlung einer Person ein handlungseffektiv gewordener Wunsch erster Ordnung, mithin ein Wille, zugrunde. Der Wille kann entweder – mangels Volition zweiter Ordnung – unreflektiert und damit weder gewollt noch ungewollt handlungseffektiv werden[73] oder – wegen der Volition zweiter Ordnung – reflektiert und damit gewollt oder ungewollt handlungseffektiv werden[74]. Hat eine Person Volitionen zweiter Ordnung, muss zwischen Fällen, in denen die Volition zweiter Ordnung beeinflussen kann, welcher Wunsch erster Ordnung handlungseffektiv wird, und Fällen, in denen die Volition zweiter Ordnung nicht beeinflussen kann, welcher Wunsch erster Ordnung handlungseffektiv wird, differenziert werden.[75] Letztgenannte Fälle umfassen gewolltes und ungewolltes Wollen.[76] Gewolltes Wollen setzt mithin nicht voraus, dass die Volition zweiter Ordnung dominant ist. Eine dominante Volition zweiter Ordnung führt jedoch stets zu gewolltem Wollen. Ein handlungseffektiver Wunsch erster Ordnung, der von einer dominanten Volition zweiter Ordnung gewollt ist, ist der freie Wille nach *Frankfurt*.[77]

2. Zusammenführung der Willensvorstellung *Frankfurts* und der Definition

Wird *Frankfurts* Willensvorstellung mit der Definition des natürlichen und der des freien Willens zusammengeführt, offenbaren sich aufschlussreiche Parallelen.

Der Zustand, Volitionen zweiter Ordnung zu haben, ähnelt dem der Einsichtsfähigkeit. Der Zustand, dominante Volitionen zweiter Ordnung zu haben, ähnelt dem der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit. Die Parallelen werden dadurch bestätigt, dass Steuerungs- nicht ohne Einsichtsfähigkeit gegeben sein kann, während dominante Volitionen zweiter Ordnung nicht gegeben sein können, wenn gar keine Volitionen zweiter Ordnung bestehen.

Ein handlungseffektiver Wunsch erster Ordnung, der durch eine dominante Volition zweiter Ordnung gewollt ist, mithin der freie Wille nach *Frankfurt*, ähnelt dem Willen des Einsichts- und Steuerungsfähigen, mithin dem freien Willen nach der Diktion des Rechts.

Ein handlungseffektiver Wunsch erster Ordnung, der durch eine nicht dominante Volition zweiter Ordnung gewollt ist, und ein handlungseffektiver Wunsch erster Ordnung, der mangels Volition zweiter Ordnung weder gewollt noch ungewollt ist, ähneln dem natürlichen Willen nach der Diktion des Rechts. Der natürliche Wille ähnelt damit dem unreflektierten oder dem reflektierten, aber ungewollten Wunsch erster Ordnung.

Natürlicher und freier Wille sind folglich kein Gegensatzpaar. Vielmehr lässt sich der natürliche Wille als Minus zum freien Willen beschreiben. Deshalb geht der natürliche Wille im freien auf, solange der freie gebildet werden kann. Den Definitionen des natürlichen und freien Willens liegt damit eine der Willensvorstellung *Frankfurts* ähnliche gestufte Willensvorstellung zugrunde.

C. Funktion und Autonomievorstellung

I. Funktion

Um sich der Funktion des natürlichen Willens annähern zu können, ist es hilfreich, zwischen zwei Konstellationen zu unterscheiden. Die erste Konstellation ist die, dass der Betreute einwilligungsfähig ist. In diesem Fall ist nur er für die Einwilligung in die ärztliche Maßnahme zuständig.[78]

bzw. Recht in Verbindung bringen.

63 Natürlicher und freier Wille lassen sich nicht isoliert voneinander behandeln. Es bedarf einer Willensvorstellung, die beide sinnvoll zueinander in Beziehung setzt.

64 *Frankfurt*, TJoP 1971, 5, 6–7.

65 Ebd., 7.

66 Person ist nicht i.S.v. *Frankfurt* zu verstehen, nach dem eine Person jede Kreatur ist, die Volitionen zweiter Ordnung hat; ebd., 10. Person meint folgend Mensch.

67 Ebd., 8.

68 Ebd., 8–9. Die Frage, ob Wünsche zweiter Ordnung zu einer Entscheidung für einen Wunsch erster Ordnung führen oder ob es stets eines Wunsches höherer Ordnung bedarf, um den untergeordneten Wunsch zu wollen, wird ausgeklammert; vgl. ebd., 16–17; *Neuner*, AcP 2018, 1, 13 (dortige Fn. 59) bez. dieser Frage.

69 *Frankfurt*, TJoP 1971, 5, 10. Volitionen zweiter Ordnung sind Wünsche zweiter Ordnung. Wünsche zweiter Ordnung sind nicht immer Volitionen zweiter Ordnung.

70 Ebd., 10.

71 Ebd., 10.

72 Ebd., 10.

73 Ebd., 11.

74 Ebd., 14.

75 Ebd., 15. Folgend wird diesbezüglich von (nicht) dominanten Volitionen zweiter Ordnung geschrieben.

76 Ebd., 15.

77 Ebd., 15.

78 *Holzhauer*, NJW 1992, 2325, 2329; *Klüsener/Rausch*, NJW 1993, 617, 619; *Müller-Engels*, in: Hau/Poseck (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, BGB, Stand: 1.5.2020, § 1904 Rn. 8; OLG Hamm, NJW-Entscheidungsdienst Familien- und Erbrecht (NJWE-FER) 1997, 178, 179; *Schneider*, in: MüKoBGB (Fn. 13), § 1904 Rn. 10; *Spickhoff*, in: Spickhoff (Hrsg.), Beck'scher Kurz-Kommentar, Medizinrecht[3], 2018, § 1904 Rn. 4.

Die zweite Konstellation ist die, dass der Betreute einwilligungs*un*fähig ist.[79] In diesem Fall ist zu differenzieren.

Richtet sich der natürliche Wille des Betreuten nicht gegen die ärztliche Maßnahme, hängt die Zulässigkeit der Maßnahme von der Einwilligung des Betreuers und ggf. zusätzlich von der Genehmigung des Betreuungsgerichts ab, § 1904.[80] Der einer ärztlichen Maßnahme zustimmende natürliche Wille ist demzufolge für die Zulässigkeit ärztlicher Maßnahmen nicht entscheidungserheblich[81]. Er hat keine Funktion.[82]

Richtet sich der natürliche Wille des Betreuten gegen die ärztliche Maßnahme, handelt es sich um eine ärztliche Zwangsmaßnahme, § 1906a I 1. Daher greifen die §§ 1905, 1906a. § 1906a erfasst sämtliche ärztliche Maßnahmen ausschließlich der in § 1905 geregelten Sterilisation. Nach § 1906a sind ärztliche Zwangsmaßnahmen nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig.[83] § 1906a bewirkt, dass der einer ärztlichen Maßnahme entgegenstehende natürliche Wille für die Zulässigkeit ärztlicher Maßnahmen entscheidungserheblich ist. § 1905 I, der vorschreibt, dass eine „Sterilisation des Betreuten, in die dieser nicht einwilligen kann", nur zulässig ist, wenn sie u.a. „dem Willen des Betreuten nicht widerspricht", betrifft ebenfalls den natürlichen Willen.[84] Schließlich ist der Wille des Einwilligungs*un*fähigen per definitionem dessen natürlicher Wille. Anders als § 1906a sieht § 1905 keine Möglichkeit vor, die ärztliche Maßnahme gegen den natürlichen Willen des Betreuten durchzuführen. Mithin bewirkt § 1905 I 1, dass der einer Sterilisation entgegenstehende natürliche Wille für die Zulässigkeit der Sterilisation allein entscheidungserheblich ist.[85]

Demzufolge hat nur der einer ärztlichen Maßnahme entgegenstehende und nicht der einer Maßnahme zustimmende natürliche Wille eine Funktion.

II. Entwicklung der Funktion

Der BVerfG-Beschluss[86], der für den Wandel der Definition des natürlichen Willens vom Willen des Einwilligungsfähigen zu dem des Einwilligungs*un*fähigen ausschlaggebend war[87], bildet den Ausgangspunkt für die Entwicklung der Funktion des natürlichen Willens[88]. 1981 beschloss das BVerfG, dass „die Fürsorge der staatlichen Gemeinschaft […] die Befugnis ein[schließt], den psychisch Kranken, der […] [einsichts- und/oder steuerungs*un*fähig ist], zwangsweise in einer geschlossenen Anstalt unterzubringen, wenn sich dies als unumgänglich erweist, um eine drohende gewichtige gesundheitliche Schädigung von dem Kranken abzuwenden. Daß [sic] dies nicht ausnahmslos gilt, weil […] auch dem psychisch Kranken in gewissen Grenzen die ‚Freiheit zur Krankheit' belassen bleibt, drängt sich auf"[89]. Der Beschluss erkennt erstens die Relevanz des natürlichen Willens an[90] und liefert zweitens einen Maßstab dafür, wann eine Maßnahme, gegen die sich der natürliche Wille richtet, durchgeführt werden darf. Es bedarf eines steten Austarierens zwischen dem möglichst umfassenden Schutz der körperlichen Unversehrtheit des Betreuten auf der einen und dem möglichst umfassenden Schutz seiner Selbstbestimmung auf der anderen Seite.[91] Ebendiese Abwägung prägte die weitere Entwicklung der Funktion des natürlichen Willens.[92]

1. Entwicklung der Funktion i.R.d. § 1905

Der der Sterilisation entgegenstehende Wille wurde bereits 1989 als allein entscheidungserheblich bez. der Zulässigkeit der Sterilisation angesehen. Diese Entscheidung wurde damit begründet, dass „in Deutschland […] – mehr als anderswo – gute Gründe für ein völliges Verbot der Sterilisation Betreuter denkbar [sind, da] die Erfahrungen mit den Zwangssterilisationen des Dritten Reiches […] eine deutliche Mahnung [sind]"[93]. Da ärztliche Zwangsmaßnahmen ausschließlich der Sterilisation wegen der Fürsorgepflicht des Staates für die körperliche Unversehrtheit des Betreuten nicht verboten werden sollten[94], bedurfte es der separaten Regelung der Sterilisation.

---

79 Vgl. *Schweitzer*, FamRZ 1996, 1317, 1320, der neben den Fällen, dass sich der Wille des Betreuten (nicht) gegen die ärztliche Maßnahme richtet, den Fall erfasst, dass der Wille des Betreuten indifferent ist; vgl. *Müller-Engels*, in: BeckOKBGB (Fn. 78), § 1904 Rn. 12 bez. des praktischen Umgangs mit solchen Fällen. Folgend wird der Fall, dass der Wille des Betreuten indifferent ist, als Unterfall des Falls, dass sich der Wille des Betreuten nicht gegen die ärztliche Maßnahme richtet, behandelt.

80 *Kahlert*, in: Bergmann/Pauge/Steinmeyer (Hrsg.), Nomos Kommentar, Gesamtes Medizinrecht[3], 2018, § 1904 Rn. 1–9; *Kemper*, in: Schulz/Hauß (Hrsg.), Nomos Kommentar, Familienrecht[3], 2018, § 1904 Rn. 6–11.

81 Dass etwas (nicht) entscheidungserheblich ist, bedeutet folgend, dass es für die Entscheidung (nicht) relevant ist. Dass etwas allein entscheidungserheblich ist, bedeutet folgend, dass es das einzige relevante Moment für die Entscheidung ist.

82 § 1904 III i.V.m. § 1901a II 1, der dem Willen des Betreuten großes Gewicht beimisst, kann nicht (auch) den natürlichen Willen meinen; *Brilla*, in: BeckOGKBGB (Fn. 11), § 1904 Rn. 87. Wäre dem so, wäre der natürliche Wille allein entscheidungserheblich dafür, ob eine (Nicht-)Einwilligung durch den Betreuer genehmigt wird und damit dafür, ob der Betreuer (nicht) einwilligt. Die Kategorie der Einwilligungsfähigkeit wäre ad absurdum geführt. Freilich ist der Betreuer unabhängig davon stets an den den natürlichen Willen erfassenden § 1901 III 1 gebunden; BT-Drs. 11/4528, S. 133–134.

83 Vgl. *Schneider*, in: MüKoBGB (Fn. 13), § 1906a Rn. 18–26 bez. der Voraussetzungen des § 1906a.

84 *Dodegge*, NJW 2013, 1265, 1266; *Kemper*, in: Schulz/Hauß (Fn. 78), § 1905 Rn. 5; *Müller-Engels*, in: BeckOKBGB (Fn. 78), § 1905 Rn. 5; *Schneider*, in: MüKoBGB (Fn. 13), § 1905 Rn. 7; *Ulsenheimer*, in: Laufs (Begr.)/Kern/Rehborn (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts[5], 2019, § 127 Rn. 21.

85 *Brilla*, in: BeckOGKBGB (Fn. 11), § 1905 Rn. 12–13; *Kemper*, in: Schulze (Hrsg.), Nomos Kommentar, BGB[10], 2019, § 1905 Rn. 4; *Müller-Engels*, in: BeckOKBGB (Fn. 78), § 1905 Rn. 5; *Schneider*, in: MüKoBGB (Fn. 13), § 1905 Rn. 19.

86 BVerfGE 58, 208.

87 S. B. II. 2.

88 S. Fn. 6 bez. dessen, dass Definition und Funktion i.d.R. nebeneinander und sich gegenseitig bedingend entstehen; vgl. *Schweitzer*, FamRZ 1996, 1317, 1319 bez. der Relevanz des Beschlusses für die Entwicklung der Funktion des natürlichen Willens.

89 BVerfGE 58, 208, 225–226; bestätigt durch BVerfG, NJW 1998, 1774, 1775.

90 S. B. II. 2.

91 Gemeint ist ein Schutz der Selbstbestimmung auf dem Gebiet der äußeren Autonomie; s. C. III. bez. des Begriffs der äußeren Autonomie. Die Frage, ob das Selbstbestimmungsrecht bez. des eigenen Körpers neben dem Recht auf körperliche Unversehrtheit steht oder ob es Teil davon ist, wird ausgeklammert; vgl. BVerfGE 128, 282, 300; *Murswiek/Rixen*, in: Sachs (Hrsg.), GG, Kommentar[8], 2018, Art. 2 Rn. 148 bez. letztgenannter Ansicht; vgl. *Röthel*, AcP 2019, 420, 433–444 bez. der diesbezüglichen Diskussion.

92 *Mazur/Kießling*, Medizinrecht (MedR) 2019, 792, 796; *Schweitzer*, FamRZ 1996, 1317, 1318.

93 BT-Drs. 11/4528, S. 73.

94 Ebd., S. 141.

2. Entwicklung der Funktion i.R.d. § 1906a

Der Umstand, dass der Gesetzgeber 1989 keine explizite Regelung für ärztliche Zwangsmaßnahmen ausschließlich der Sterilisation schuf, führte zu zahlreichen Unklarheiten.[95] 2000 beschloss der BGH, dass eine ambulante[96] ärztliche Zwangsmaßnahme gegenüber dem Betreuten nicht zulässig ist, da es an einer dies ermöglichenden Norm fehlt.[97] Daher schlug der Bundesrat vor, eine Rechtsgrundlage für die ambulante Zwangsmaßnahme zu schaffen.[98] Das Vorhaben scheiterte aber am Widerstand der Bundesregierung.[99] 2006 beschloss der BGH, dass eine ärztliche Zwangsmaßnahme i.R.d. freiheitsentziehenden Unterbringung des Betreuten nach § 1906 I Nr. 2 zulässig ist.[100] Fünf Jahre später beschloss das BVerfG im Zusammenhang mit im Maßregelvollzug Untergebrachten, dass „die wesentlichen Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer Zwangsbehandlung […] klarer und bestimmter gesetzlicher Regelungen [bedürfen], […] [was] auch für die Anforderungen an das Verfahren [gilt]"[101]. 2012 übertrug der BGH diese Rechtsprechung auf das Betreuungsrecht und beschloss unter Aufgabe seiner vorherigen Rechtsprechung[102], dass ärztliche Zwangsmaßnahmen gegenüber Betreuten mangels klarer gesetzlicher Regelung i.R.d. freiheitsentziehenden Unterbringung unzulässig sind.[103] Damit waren ärztliche Zwangsmaßnahmen unter allen Umständen unzulässig.[104] Hierauf reagierte der Gesetzgeber mit der Einführung des § 1906 III, IIIa a.F., der die ärztliche Zwangsmaßnahme gegenüber dem Betreuten i.R.d. freiheitsentziehenden Unterbringung unter bestimmten Voraussetzungen erlaubte.[105] 2016 beanstandete das BVerfG, dass § 1906 III a.F. die ärztliche Zwangsmaßnahme gegenüber dem nicht freiheitsentziehend Untergebrachten nicht regelt.[106] Vor dem Hintergrund der stets vorzunehmenden Abwägung zwischen dem Schutz der körperlichen Unversehrtheit des Betreuten und dem Schutz seiner Selbstbestimmung sei es unverhältnismäßig, Betreuten, die nicht freiheitsentziehend untergebracht werden können, den Schutz ihrer körperlichen Unversehrtheit zu versagen.[107] Hierauf reagierte der Gesetzgeber 2017 mit der Einführung des § 1906a[108], der die ärztliche Zwangsmaßnahme von der freiheitsentziehenden Unterbringung loslöste. Damit ist die Zulässigkeit der stationären Zwangsmaßnahme gesetzlich geregelt. Die ambulante Zwangsmaßnahme ist weiterhin unzulässig.[109]

III. Der Funktion zugrunde liegende Autonomievorstellung

Die Funktion des natürlichen Willens lässt sich besser verstehen, wenn man sie mit einem in innere und äußere Autonomie geteilten Autonomiebegriff in Verbindung bringt.[110] Innere Autonomie beschreibt den Zustand, in dem eine Person rechtsgestaltend tätig sein kann.[111] Äußere Autonomie bezieht sich auf das Verhältnis der Person zu ihrer Umwelt.[112]

Die Funktion des natürlichen Willens liegt auf dem Gebiet der äußeren Autonomie.[113] Dies zeigt insbesondere folgender Umstand: Lehnt der Einwilligungs*un*fähige die Sterilisation oder eine nicht unter § 1906a I 1 Nr. 1 fallende ärztliche Maßnahme ab, hat sie zu unterbleiben. Sie ist aber nicht ohne Weiteres durchzuführen, wenn es der Einwilligungs*un*fähige verlangt. Dem ablehnenden natürlichen Willen kommt mithin ein großes Gewicht zu, wohingegen dem zustimmenden natürlichen Willen kein Gewicht beigemessen wird. Diese Beobachtung lässt sich mit der Verortung der Funktion des natürlichen Willens auf dem Gebiet der äußeren Autonomie erklären.[114] Verortete man sie

[95] *Spickhoff*, FamRZ 2017, 1633 schreibt von einem „Trauerspiel in mehreren Akten".

[96] Es wird zwischen ambulanten und stationären ärztlichen Zwangsmaßnahmen unterschieden. Stationäre Zwangsmaßnahmen gliedern sich in solche gegenüber dem geschlossen (freiheitsentziehende Unterbringung) und dem nicht geschlossen (nicht freiheitsentziehende Unterbringung) Untergebrachten.

[97] Vgl. BGH, NJW 2001, 888, 890.

[98] Vgl. BT-Drs. 15/2494, S. 7, 30.

[99] Ebd., S. 47; *Müller-Engels*, in: BeckOKBGB (Fn. 78), § 1904 Rn. 14.

[100] Vgl. BGH, NJW 2006, 1277; **abw.** noch OLG Bremen, NJW-Rechtsprechungsreport Zivilrecht (NJW-RR) 2006, 75, 76–77; OLG Celle, BeckRS 2005, 11459, Rn. 7 (nicht rechtskräftig); OLG Jena, Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGPrax) 2006, 43. Durch diesen BGH-Beschluss manifestierte sich die sich bereits zuvor abzeichnende Verquickung von Zwangsmaßnahme und freiheitsentziehender Unterbringung. Es ist fraglich, ob diese Verquickung vom Gesetzgeber beabsichtigt war; vgl. BT-Drs. 11/4528, S. 141, wo die Zwangsmaßnahme im Kontext des § 1904 BGB-E behandelt wird; vgl. *Brilla*, in: BeckOGKBGB (Fn. 11), § 1906a Rn. 3.2, der BT-Drs. 11/4528, S. 141 mit § 1906 BGB-E und damit der freiheitsentziehenden Unterbringung in Verbindung bringt; vgl. *Schweitzer*, FamRZ 1996, 1317, 1319, der in § 1904 keine taugliche Norm für die Beantwortung der Frage nach der Zulässigkeit von Zwangsmaßnahmen sieht, da sie nur „die obere Eingriffsgrenze in bezug [sic] auf den gesundheitlichen Schutz markiert, nicht aber die untere Eingriffsschwelle bestimmt, ab der ein Eingriff in die Autonomie der Betroffenen zulässig erscheint".

[101] BVerfGE 128, 282; bestätigt durch BVerfGE 129, 269; 133, 112; BVerfG, BeckRS 2014, 20265.

[102] BGH, NJW 2001, 888; BGH, NJW 2006, 1277.

[103] Vgl. BGH, NJW 2012, 2967.

[104] *Schneider*, in: MüKoBGB (Fn. 13), § 1906a Rn. 4.

[105] BT-Drs. 17/11513, S. 6–7. Die Voraussetzungen des § 1906 III a.F. entsprachen weitestgehend denen des heutigen § 1906a I 1.

[106] Vgl. BVerfGE 142, 313, 313–314.

[107] Ebd., Rn. 79–80.

[108] Vgl. BT-Drs. 18/11240, S. 12–14.

[109] Ebd., S. 15; **krit.** *Spickhoff*, FamRZ 2017, 1633, 1639, der die fehlende Möglichkeit der ambulanten Zwangsmaßnahme für verfassungswidrig hält; ebenfalls **krit.** *Lipp*, JZ 2001, 825, 828–829. In BVerfGE 142, 313, Rn. 100 ließ das BVerfG explizit offen, ob die aus der mangelnden Regelung resultierende Unzulässigkeit der ambulanten Zwangsmaßnahme verfassungswidrig ist. In BVerfG, BeckRS 2018, 6916 wies das BVerfG eine diesbezügliche Vorlage des AG Hersbruck als unzulässig ab.

[110] Vgl. *Bumke* (Fn. 5), S. 9; *Scherhorn*, Freiheit im Mitsein, in: Ingensiep/Eusterschulte (Hrsg.), FS Meyer-Abich[1], 2002, S. 35–36; *Seelmann/Demko* (Fn. 7), § 2 Rn. 79, die den Autonomiebegriff in innere (prozedurale) und äußere (relationale) Autonomie aufgliedern; vgl. *Ohly* (Fn. 17), S. 105–106; *Röthel*, AcP 2011, 196, 218, die implizit zwischen den beiden Autonomiedimensionen differenzieren. Weitere Autonomiedimensionen, wie die lebensweltliche, werden ausgeklammert; vgl. *Bumke* (Fn. 5), S. 10 bez. der lebensweltlichen Autonomie.

[111] Ebd., S. 9; *Scherhorn* (Fn. 110), S. 35–36; ähnlich *Seelmann/Demko* (Fn. 7), § 2 Rn. 78–79, die von einem prozeduralen Autonomieelement schreiben.

[112] *Bumke* (Fn. 5), S. 9; *Scherhorn* (Fn. 110), S. 35–36; ähnlich *Seelmann/Demko* (Fn. 7), § 2 Rn. 78–79, die von einem relationalen Autonomieelement schreiben.

[113] Vgl. *Bumke* (Fn. 5), S. 9–10, 31.

[114] § 630e V, der suggeriert, dem natürlichen Willen komme auf dem Gebiet der inneren Autonomie eine Funktion zu, ist missverständlich; vgl. *Spickhoff*, in: Spickhoff (Fn. 76), § 630d Rn. 13; *Wagner*, in: MüKoBGB (Fn. 42), § 630e Rn. 60–61; *Walter*, in: Gsell et al. (Hrsg.), Beck'scher Online-Großkommentar, BGB, Stand: 15.3.2020, § 630d Rn. 24–25 bez. des Regelungsgehalts des § 630e V. § 630e V scheint ein Missverständnis des Gesetzgebers bez. der Rechtsprechung des BVerfG zu sein. Die Passage des BVerfG-Beschlusses, auf die sich der Gesetzgeber bezog, hat den Schutz äußerer Autonomie zum Gegenstand; vgl. BVerfGE 128, 282, 309–310; BT-Drs. 17/11710, S. 29. Ähnlich unglücklich ist die Formulierung der §§ 1905, 1906a, die die Frage, ob der Betreuer einwilligen darf,

stattdessen auf dem Gebiet der inneren Autonomie, könnte nur schwerlich erklärt werden, weshalb dem ablehnenden, aber nicht dem zustimmenden natürlichen Willen Gewicht beigemessen wird.

Die Einwilligungsfähigkeit liegt auf dem Gebiet der inneren Autonomie. Wer einwilligungsfähig ist, kann rechtsgestaltend tätig werden. Der Einwilligungsfähige ist damit innerlich autonom. Dem einwilligungs*un*fähigen Betreuten fehlt es mithin an innerer Autonomie. Durch den für ihn einwilligenden Betreuer wird der Betreute an den Zustand innerer Autonomie nächstmöglich herangeführt.[115] Der Betreuer substituiert die dem Betreuten fehlende Einsichts- und/oder Steuerungsfähigkeit unter Zugrundelegung der subjektiven Wertvorstellung des Betreuten.[116] Zudem stärkt das von den §§ 1904, 1905, 1906a vorgegebene Verfahren die substituierte innere Autonomie des Betreuten.

Der Funktion des natürlichen Willens liegt mithin eine Autonomievorstellung zugrunde, die sie auf dem Gebiet der äußeren Autonomie verortet. Obwohl der natürliche Wille als Minus zum freien Willen eine Facette der inneren Autonomie ist, bleibt er auf dem Gebiet der inneren Autonomie funktionslos. Die Funktion des natürlichen Willens entsteht dadurch, dass die äußere Autonomie in bestimmten Fällen gegenüber der substituierten inneren Autonomie als vorrangig angesehen wird.[117] So ist zu erklären, weshalb nicht jedem ablehnenden natürlichen Willen Gewicht beigemessen wird.[118]

D. Fazit

Die Auseinandersetzung mit dem natürlichen Willen hat ergeben, dass seine Funktion von der zugrunde liegenden Autonomievorstellung, der mit der inneren Autonomie verknüpften Willensvorstellung und der Gestaltung des Verhältnisses von äußerer und substituierter innerer Autonomie zueinander abhängt.[119]

Diese Ergebnisse vermögen die Diskussion um den natürlichen Willen zu ordnen. Indem abgeglichen werden kann, ob den sich aufeinander beziehenden Diskussionsbeiträgen die gleichen Vorstellungen zugrunde liegen, können Missverständnisse vermieden werden.

Überdies lädt die begonnene begriffliche Durchdringung des natürlichen Willens dazu ein, die ihm zugrunde liegenden Vorstellungen zu evaluieren und die dem natürlichen Willen in anderen Rechtsgebieten zugrunde liegenden Vorstellungen zu erarbeiten, um anschließend die Vorstellungen synchronisieren und das Recht systematisieren zu können.

---

mit dem natürlichen Willen des Betreuten verknüpft. 2006 differenzierte der BGH noch klar zwischen beiden Autonomiedimensionen; vgl. BGH, NJW 2006, 1277, Rn. 20.

[115] Ähnlich *Lipp* (Fn. 5), S. 51.

[116] Ähnlich ebd., S. 49–54.

[117] Wann die äußere Autonomie gegenüber der substituierten inneren Autonomie als vorrangig angesehen wird, ist Wertungsfrage.

[118] Die Besonderheit betreuter Einwilligungs*un*fähiger liegt darin, dass ihre beiden Autonomiedimensionen in inhaltlichen Widerspruch zueinander treten können. Der für die innere Autonomie (substituierter freier Wille) und der für die äußere Autonomie (natürlicher Wille) maßgebliche Wille können sich widersprechen.

[119] Kritik des natürlichen Willens muss sich somit entweder mit der Existenz der äußeren Autonomie oder bei Anerkennung dieser mit dem partiellen Vorrang der äußeren vor der substituierten inneren Autonomie befassen.