

Frankfurt Law Review

*Rechtswissenschaftliche Zeitschrift von Studierenden
der Goethe-Universität Frankfurt am Main*

- 1** *Troubled Waters - Reviewing Legal Pluralism at the Interface of Caste and the Access to Water in India*
Mrinalini Shinde
-
- 10** *Tarifverträge für Selbstständige und ihre Vereinbarkeit mit dem EU-Wettbewerbsrecht*
Caner Nefiz
-
- 19** *anti-suit injunctions und ihre Vereinbarkeit mit dem europäischen Zivilprozessrecht*
Valentin Kopelev
-
- 27** *Das neue Beschlussmängelrecht der Personengesellschaften nach dem MoPeG*
Vincent Kästle
-
- 33** *Privilegien und Grenzen der freien Presse im Rahmen der Finanzmarktberichterstattung*
Mark G. R. Baaske
-
- 39** *Über „Schloss Eller“ hinaus - Die Rolle der Hauptversammlung beim Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens in der aktienrechtlichen Organhaftung*
Johannes Kloth
-
- 47** *Straftaten im Zusammenhang mit Packstationen*
Antonia Walle

frankfurtlawreview.de

ISSN 2940-7109

1. Jahrgang

01/2023

Inhaltsverzeichnis

IV *Grußwort*

Dr. Miriam Hannes

#WorkInProgress

VI *Promotionen an der Goethe-Universität*

Giuliana Chiofalo

1 *Troubled Waters - Reviewing Legal Pluralism at the Interface of Caste and the Access to Water in India*

Mrinalini Shinde

10 *Tarifverträge für Selbstständige und ihre Vereinbarkeit mit dem EU-Wettbewerbsrecht*

Caner Nefiz

19 *anti-suit injunctions und ihre Vereinbarkeit mit dem europäischen Zivilprozessrecht*

Valentin Kopelev

27 *Das neue Beschlussmängelrecht der Personengesellschaften nach dem MoPeG*

Vincent Kästle

33 *Privilegien und Grenzen der freien Presse im Rahmen der Finanzmarktberichterstattung*

Mark G. R. Baaske

39 *Über „Schloss Eller“ hinaus - Die Rolle der Hauptversammlung beim Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens in der aktienrechtlichen Organhaftung*

Johannes Kloth

47 *Straftaten im Zusammenhang mit Packstationen*

Antonia Walle

Impressum

Frankfurt Law Review

Frankfurt am Main,
gegründet im Jahr 2022

Frankfurt Law Review
Goethe-Universität Frankfurt a.M.
c/o Prof. Dr. Marina Wellenhofer
Hauspostfach 29
60629 Frankfurt am Main
www.frankfurtlawreview.de
redaktion@frankfurtlawreview.de

Erscheinungsort

Frankfurt am Main

Erscheinungsweise

Die Frankfurt Law Review erscheint
halbjährlich online auf der Webseite
www.frankfurtlawreview.de.

ISSN

2940-7109

Umschlaggestaltung

Björn T. Bölkow

Schriftleitung

Stella Richter

Redaktion

Stella Richter
Maren Sielker
Phil M. Kievel
Marina von Borstel

Urheberrechte

Die Zeitschrift und alle in ihr enthaltenen
Beiträge und darin enthaltene Abbildungen sind
unter der Creative Commons Lizenz (CC BY 4.0)
lizenziiert. Erlaubt ist die Erstellung von digitalen
Kopien, Ausdrucken und Fotokopien für den
persönlichen sowie kommerziellen Gebrauch.

Einsendungen

Mit der Annahme zur Veröffentlichung durch die
Frankfurt Law Review überträgt die Autorin der
Frankfurt Law Review 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 Verarbeitung online oder
offline ohne zusätzliche Vergütung. Nach Ablauf
eines Jahres ab Veröffentlichung des Beitrags ist
die Autorin berechtigt, anderen Verlagen eine
einfache Abdruckgenehmigung zu erteilen.

Wissenschaftlicher Beirat

Prof. Dr. Marina Wellenhofer
Prof. Dr. Tobias Tröger
Assoc. Prof. Christina Hießl
Dr. Viktoria Kraetzig
Prof. Dr. Tobias Singelnstein
Dr. Sarah Zink
Prof. Dr. Andrea Kießling
Prof. Dr. Dr. Rainer Hofmann
Prof. Dr. Guido Pfeifer
Dr. Susanne Paas

Vorwort der Redaktion

Liebe Leserinnen,

es ist uns eine große Freude, nun die erste Ausgabe der studentischen Rechtszeitschrift Frankfurt Law Review zu präsentieren. Sie ist das Ergebnis eines monatelangen Prozesses – vom ersten Aufkeimen der Idee im Sommer 2022 über den Aufbau und die Etablierung der Redaktion bis zum heutigen Tage im März 2023 – der Veröffentlichung der ersten Ausgabe. Als Gruppe von vier engagierten Frankfurter Studierenden sind wir stolz darauf, unsere Universität und unseren Fachbereich um dieses Forum des juristischen Diskurses bereichern zu können.

Das Konzept der Law Review entstammt ursprünglich anglo-amerikanischen Law Schools und machte in den vergangenen Jahren auch an vielen deutschen juristischen Fakultäten Schule. An der Goethe-Universität fehlte eine solche studentische, moderne, rechtswissenschaftliche Fachzeitschrift bislang. Dabei produzieren gerade die Studierenden unserer Universität aufgrund des vielfältigen Seminar- und Forschungsbetriebs kontinuierlich eine Vielzahl aktueller, relevanter und hochqualitativer wissenschaftlicher Beiträge, die zumeist ungenutzt bleiben. Dem wollten wir Abhilfe schaffen und haben die Frankfurt Law Review gegründet.

Diese Zeitschrift ist das Ergebnis unserer Leidenschaft und unseres Engagements für die Rechtswissenschaft als einer Wissenschaft, die ihrer Aufgabe als Hüterin sozialen Friedens zwangsläufig nur diskursiv nachkommen kann. In diesem Sinne soll die Frankfurt Law Review einer Generation junger Juristinnen eine wissenschaftliche Stimme geben und ihr die Plattform und den Raum bieten, ihre Forschungsergebnisse, Ideen und Lösungsvorschläge kostenfrei, unbeschränkt und digital dem interessierten Fachpublikum zugänglich zu machen.

Denn es ist unsere Überzeugung, dass gerade in Zeiten großer gesellschaftlicher, politischer und technologischer Herausforderungen die Sichtbarkeit junger Stimmen in der Rechtswissenschaft essentiell für deren zukunftsgerichtete Weiterentwicklung ist. Es ist unser Wunsch und unser Anspruch, dass die Frankfurt Law Review dieser Rolle als juristische Plattform für Frankfurt und darüber hinaus gerecht wird.

Die Frankfurt Law Review wird halbjährlich online erscheinen. Alle Artikel werden unter einer Creative Commons-Lizenz veröffentlicht und sind für die juristische Forschung, Lehre und Praxis frei und uneingeschränkt verfügbar.

Willkommen sind Einsendungen aller Rechtswissenschaftlerinnen und aus allen Rechtsgebieten. Im Geiste ihrer Heimatuniversität liegt der Schwerpunkt der Frankfurt Law Review in den Bereichen *Grundlagen des Rechts* und *Law & Finance*.

In der ersten Ausgabe erwartet die Leserinnen ein bunter Strauß rechtlicher Fragestellungen. Neben neuesten Entwicklungen im Gesellschaftsrecht durch das MoPeG und vernachlässigten Fragen rund um die Entscheidung *Schloss Eller*, wird der Frage nach den Grenzen der Pressefreiheit in der Finanzmarktberichterstattung nachgegangen. Zudem wird das britische Prozessrechtsinstitut der *anti suit-injunction* behandelt, welches gerade durch den Brexit erneut für erhebliches Aufsehen sorgte. Außerdem werden offene Rechtsfragen rund um Tarifvertragsfreiheit für Selbstständige und Straftaten im Zusammenhang mit Packstationen beantwortet. Schließlich beleuchtet ein englischsprachiger Beitrag das Recht auf Wasser im Kontext des indischen Kastensystems. Zudem stellt Giuliana Chiofalo ihre erbrechtliche Dissertation vor. Wir danken allen Autorinnen für ihre tollen Aufsätze und ihr Vertrauen in uns.

Unser besonderer Dank gilt der Universitätsbibliothek J.C. Senckenberg, die die digitale Infrastruktur für die Veröffentlichung zur Verfügung stellt sowie unserem wissenschaftlichen Beirat, der uns von Anfang an unterstützte, an unser Projekt glaubte und uns mit Rat und Tat zur Seite stand. Zuletzt sei der Fachschaftenkonferenz der Goethe-Universität für ihre Bewilligung der Projektförderung gedankt.

Wir wünschen viel Freude mit der ersten von hoffentlich vielen Ausgaben!

Mit herzlichen Grüßen

Stella Richter, Maren Sielker, Marina von Borstel und Phil M. Kievel
die Gründerinnen der Frankfurt Law Review

Frankfurt am Main im März 2023



Grußwort



Liebe Leserinnen und Leser,

die erste Ausgabe der Frankfurt Law Review bietet Anlass für vielerlei Glückwünsche: Glückwünsche an die Autoren und Autorinnen, die - vielleicht zum ersten Mal - einen Beitrag in einer rechtswissenschaftlichen Zeitschrift veröffentlichen. Glückwünsche an die Mitglieder des Trägervereins und des Redaktionsteams, die das Projekt von der Idee bis zur Erstausgabe erfolgreich verwirklicht haben. Und die Goethe-Universität Frankfurt am Main ist zu beglückwünschen, dass unter ihrem Dach eine solch beeindruckende studentische Initiative entstanden ist.

Das rechtswissenschaftliche Schrifttum ist unverzichtbar für die immer weitere Durchdringung und Fortentwicklung des Rechts. Zur Wissenschaft gehört Meinungsvielfalt und die Perspektive der Studierenden darf dabei nicht fehlen. Ich freue mich daher, zukünftig interessante Beiträge des juristischen Nachwuchses in der Frankfurt Law Review zu finden. Als Richterin am Bundessozialgericht freue ich mich besonders, wenn die junge Generation dem Sozialrecht die ihm gebührende Aufmerksamkeit schenkt. Ich möchte daher besonders die Studierenden mit sozialrechtlichem Schwerpunkt an der Goethe-Universität und dem dort angesiedelten Institut für Europäische Gesundheitspolitik und Sozialrecht ermuntern, sich mit ihren Beiträgen an die Öffentlichkeit zu wagen.

Es kann und darf Freude bereiten, mit den eigenen Gedanken zum aktuellen juristischen Diskurs beizutragen. Wissenschaftliches Schreiben ist auch anspruchsvoll. Der Beitrag soll gut strukturiert sein, der Text klar und ansprechend formuliert und, ach ja, welches Ergebnis der eigenen Untersuchungen und Überlegungen soll überhaupt dargestellt werden? Die gute Nachricht: Wissenschaftliches Schreiben lässt sich lernen und einüben. Auch hierfür bietet die Frankfurt Law Review dem juristischen Nachwuchs eine zeitgemäße Plattform.

Ich wünsche der Frankfurt Law Review, dass sie dauerhaft gute Autoren und Autorinnen mit spannenden Beiträgen findet und sich einen festen Platz bei der interessierten Leserschaft erobert.

Rin BSG Dr. Miriam Hannes

Call for Papers

Möchtest auch Du Deinen Aufsatz in der Frankfurt Law Review veröffentlichen?

Die Redaktion der Frankfurt Law Review freut sich auf Deinen Beitragsvorschlag für die kommende Ausgabe 02/2023. Sende uns einfach Deinen Aufsatz und falls vorhanden ein Votum und wir melden uns bald bei Dir!

einsendung@frankfurtlawreview.de



Mach mit!

Wissenschaftlicher Beirat

Zivilrecht

Prof. Dr. Marina Wellenhofer

Prof. Dr. Tobias Tröger

Assoc. Prof. Christina Hießl

Dr. Viktoria Kraetzig

Strafrecht

Prof. Dr. Tobias Singelstein

Dr. Sarah Zink

Öffentliches Recht

Prof. Dr. Andrea Kießling

Prof. Dr. Dr. Rainer Hofmann

Grundlagen des Rechts

Prof. Dr. Guido Pfeifer

Dr. Susanne Paas

Danksagung

Wir danken Verena Schulz, Jonas C. Weber, Adriana Carolina Jinschek Jordano und Arthur H. Laux für ihre Unterstützung für diese erste Ausgabe und freuen uns auf die kommende Redaktionsarbeit mit ihnen. Wir danken zudem den Chefredaktionen des Bucerius Law Journals und Leipzig Law Journals für ihre Starthilfe bei der Gründung dieser Zeitschrift.

Promotionen an der Goethe-Universität

Giuliana Chiofalo

Die Autorin ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Zivil- und Zivilverfahrensrecht von Prof. Dr. Marina Wellenhofer.

Bereits vor Aufnahme meiner Tätigkeit als wissenschaftliche Mitarbeiterin bei Prof. Dr. Wellenhofer im Mai 2021, nicht zuletzt Anlass für meine Tätigkeit am Lehrstuhl selbst, galt mein besonderes fachliches Interesse dem Familien- und Erbrecht. Zwecks Verfolgung aktueller Fachdebatten nahm ich u. a. an dem Symposium „Familienformen im Wandel – Reformbedarf im Erbrecht?“ des Deutschen Juristinnenbundes teil. Die praktischen Bezüge der Vorträge gewährten mir dabei einen neuen Einblick in das Erbrecht. Insbesondere eine Aussage blieb mir dabei im Gedächtnis: Die überlebende Ehefrau, denn statistisch gesehen lebe diese länger, verliere im Falle des Vorversterbens des Eigentümer-Ehegatten regelmäßig die Wohnmöglichkeit am Familienheim, sollten die Ehegatten nicht vorgesorgt haben. Diese, wenngleich dispositive, Gesetzeslage gab mir Anlass zur weiteren Recherche.

Das aus der erbrechtlichen Praxis beschriebene Anliegen zugunsten des überlebenden Ehegatten wurde bereits in rechtswissenschaftlichen Debatten in den 1980er Jahren aufgegriffen. Infolgedessen wurden - zumindest punktuell - Ideen für eine entsprechende Schutzbestimmung entwickelt.¹ Im Zentrum der Untersuchung steht dabei das Interesse des überlebenden Ehegatten am Erhalt der im Eigentum eines oder beider Ehegatten stehenden Ehwohnung. Zentrale Kritikpunkte sind dabei u. a. die Wertungsfriktion zur Sonderrechtsnachfolge der §§ 563, 563a BGB, die das Wohnershaltungsinteresse des hausangehörigen, überlebenden Ehegatten hinsichtlich der angemieteten Ehwohnung schützen sowie die Möglichkeit einer Teilungsversteigerung über den ehelichen Wohnraum als Vorbereitung der Auseinandersetzung einer Erbengemeinschaft bei Miteigentum des überlebenden Ehegatten.

¹ Bspw. Däubler, ZRP 1975, 136 140; Bosch, FamRZ 1983, 227, 235; Beschlüsse des 25. Rechtspflegertages, RPfBl 1983, 52; Rauscher, Reformfragen des gesetzlichen Erb- und Pflichtteilsrechts, Band II, 1. Teilband, 1993, S. 93 ff.

Das Verstummen der Debatte bei gleichzeitig anhaltender Aktualität des Schutzanliegens gibt unter diesem Gesichtspunkt, um nur einen zu nennen, auch 50 Jahre nach Beginn der Diskussionen Anlass, alte Debatten im Spiegel der Zeit zu führen.

Wenngleich die Debatten am Ende des Promotionsvorhabens auf Papier geführt werden, ist der persönliche und fachliche Austausch mit Kolleg*innen ebenso Teil der Promotionserfahrung wie die Zeiten, die mit Recherchen allein am Schreibtisch verbracht werden. Orte des Austauschs zu schaffen sind dabei stets von Eigeninitiative und -verantwortung gekennzeichnet. Und dabei ist nicht nur ein inhaltlicher Austausch von zentraler Bedeutung, sondern ebenso ein Austausch hinsichtlich Literaturverwaltung, Zeitmanagement, Betreuer*innenverhältnis, Schreibblockaden, Projekte abseits der Promotion etc. Ebenso von Bedeutung ist, Durchhaltevermögen und Motivation zu bewahren; denn anders als Seminararbeiten oder wissenschaftliche Hausarbeiten, erstreckt sich ein Promotionsvorhaben regelmäßig auf einen Zeitraum von drei Jahren. Selbstständigkeit und Selbstbestimmtheit, Eigenschaften, die das Promovieren voraussetzt, können dabei Potenzial und Gefahr zugleich sein, worin – mitunter – die Herausforderung besteht, der sich zu stellen lohnt.

Troubled Waters

Reviewing Legal Pluralism at the Interface of Caste and the Access to Water in India

Shinde, Mrinalini*

ABSTRACT

This essay argues that access to water, and the right to water in India is subject to legal pluralism in India: the plurality of state law and the normative order of the caste system in India. While the Constitution of India prohibits discrimination against or exploitation of the Scheduled Castes, society is also subject to a parallel set of social rules set forth by caste hierarchies. The Dalit community has been historically subject to exploitation and limited access to resources, with the use of religious and social sanction, this essay focuses particularly on the right to water, which is an essential part of the constitutional right to the environment is subject to plural legal systems, of state law and caste-based normative orders. Ethnographic social science research, particularly in anthropology and sociology has produced extensive findings on how the caste system limits access to natural resources and particularly water, owing to ideas of purity and impurity associated with water use, and the status of water as a common public good. This essay explores how lawyers must consider legal pluralities when understanding access and management of natural resources. The essay analyses John Griffiths' idea of legal pluralism which describes a scenario in which not all law is administered by the State or its institutions, and there exists de facto law, beyond the boundaries of the State. This paper expands Griffiths' model of pluralism to explain how the right to water is subject to both caste order and state law and how the lived reality of Dalits when accessing water is subject to a constant pluralism.

Keywords legal pluralism, India, caste system, Constitution of India, Dalit community, exploitation, right to water, constitutional right to environment, environmental rights, natural resources

Introduction

*The Hindu inhabitants of the town saw the scene. They were taken by storm. They stood aghast witnessing this scene which they had never seen before. For the moment they seemed to be stunned and paralysed. The procession in form of fours marched past and went to the Chawdar tank, and the Untouchables for the first time drank the water. Soon the Hindus, realising what had happened, went into frenzy and committed all sorts of atrocities upon the Untouchables who had dared to pollute the water. . .*¹

This extract from Dr. B.R. Ambedkar, India's first Minister for Law and Justice, and the Chairman of its Constitution Drafting Committee refers to one of the most prolific instances of civil disobedience in India, the 'Mahad Satyagraha' in 1927, where members of the group of castes (formerly referred to as the 'Untouchables'), from the 'Dalit'² community physically claimed their right to access public drinking water. His description also illustrates the consequences that the protesters faced for this act of courage and sacrilege. The Mahad Satyagraha eventually led to a local judge declaring in 1931 that the Mahad tank was public property, and open for use by all members of the public.³

This was not the first time that members of the Dalit community had asserted their right to water in India. In 1914, Hiranman Dhondi Mochi who belonged to the Dalit caste of leather workers, was sued by temple authorities for drawing water from a temple lake on account of insulting their religion.⁴ Mochi was sentenced to prison by the Magistrate, but this decision was appealed and settled in Mochi's favour, with the appellate court "[making] a distinction between drawing water and

*Mrinalini Shinde is a Lecturer of International Environmental Law at the Environmental Law Center, University of Cologne, Faculty of Law. She is also a doctoral candidate at the University of Cologne and Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.



Attribution 4.0 International (CC BY 4.0)

How to cite: Shinde, M. (2023). Troubled Waters - Reviewing Legal Pluralism at the Interface of Caste and the Access to Water in India, FraLR 1(1), 1-9. DOI: 10.21248/gups.72197

¹B.R. Ambedkar, Dr. Babasaheb Ambedkar: Writings and Speeches, Vol. 5, 1st ed. (Dr. Ambedkar Foundation: New Delhi, 2014) 250.

²The caste group Ambedkar refers to in his writings is referred to in literature by several terms, especially the terms "Dalit" or "Scheduled Caste". The term Dalit originates from the Hindi and Marathi word for the depressed classes in India. The term entered official use in 1932 in the Poona Pact "Agreed to by Leaders of Caste-Hindus and of Dalits" (24 September 1932) a political agreement "between leaders acting on behalf of the Depressed Classes and of the rest of the community, regarding the representation of the Depressed Classes in the legislatures and certain other matters affecting their welfare." Gail Omvedt, an authority in Ambedkarite and anti-caste sociology explained in her blog that the term Dalit reflects the social reality of those formerly referred to as untouchables, reflecting their oppressed status. On the other hand, the term "Scheduled Caste" refers to the classification and recognition of the aforementioned castes within the Constitution of India, and promotes their social and economic interest, grants them protection from discrimination and exploitation including reserving their representation within elected office and government administration. Omvedt explains how the term Scheduled Caste (hereinafter referred to as "SC") is a "neutral" legal term, and does not convey the lived and social reality of Dalits. Therefore, in keeping with this taxonomy, this essay uses the term Dalit when referring to the community in the colloquial context but uses the term SC when referring to applicable

intentional disrespect to religion, observing that if the two acts conflated, all rivers would be inaccessible to most Indians.”⁵

India thus not only has a history of denying Dalits access to water, but also a legacy of collective action by the Dalit community in claiming their right to access, along with intervention by state law and institutions to offset caste-based hierarchies of access to water. However, over a century after Mochi’s case, there is continued perpetration and brutal killings of Dalits for accessing common drinking water resources⁶ or for accessing water rights such as access to fish stocks and river rights.⁷

Less than ten per cent of Dalits are able to afford safe drinking water, electricity and toilets, and survey data reveals that around forty-eight per cent of villages prevent Dalits from drinking water from public water sources.⁸ This essay aims to understand how environmental injustice plays out at the interface of the caste system and the right to water in India, and how our conception of legal pluralism while accommodating indigenous laws and norms can also result in the propagation of environmental injustice. Basing itself in the theories of legal pluralism, the essay focuses on the contrast between the law of the State, and the law governing religion and community-level caste-based diktats, rules and regime for consequences in the Indian context. When we study different legal orders within pluralism, we can observe that the same groups may be characterised differently and even contrastingly in these legal orders, as evidenced by Hindu law which classifies certain groups as untouchables and prohibits them from accessing places of worship, extracting water from wells that are also used by upper castes, despite the fact that State law characterizes all citizens as equals under the law.⁹

The Indian caste system according to Singh is based on two principles: hierarchy and difference, which originate from ideas of relative purity and pollution of different castes.¹⁰ The prominence of caste supremacy, hierarchies and discrimination in modern Indian society directly impacts the manner in which citizens access natural resources, particularly those which are associated with community rights. This is often in contradiction with the law of the State and the Constitution which expressly prohibits untouchability. For instance, political leaders belonging to the higher castes, at the village level, display a confluence of their State authority and caste-based authority to block lower caste groups from accessing common water sources.¹¹ Water in India has always been a space for multi-faceted conflicts; between sectors such as industry, and agriculture, between the urban and rural populations, and between upper and lower castes and their competing needs.¹² Access to water has historically been an avenue to build caste-based differentiation, through the religious values associated with water and particular caste groups.¹³ According to Jaiswal, the upper caste contempt of manual labour too forms the basis of the caste system, with the upper castes having the holy exemption from engaging in violent acts such as levelling land for cultivation, jobs which were then reserved for the lower castes as their salvation was irrelevant to the caste system.¹⁴

Consequences for breaking caste-hierarchies can include becoming an ‘outcaste’ (boycott from all social interactions and communication) or excommunication, which acts as a parallel system of enforcement for a parallel legal order.¹⁵ Upper-caste communities also attribute sacred functionalities to common water sources, especially to the river, creating further fault lines across water use for other castes lower in the hierarchy. ‘Sacred needs linked to water are further identified as ‘collective’ and ‘individual’ and are largely believed to be the prerogative of the upper castes,’ and the ‘use by a lower caste individual might cause pollution that could result in *supernatural punishment*’ (emphasis added).¹⁶

While there is significant anthropological and sociological research on how the caste system limits access to natural resources and particularly water, owing to ideas of purity and impurity associated with water use, and the status of water as a common public good; this essay explores how lawyers must take into cognizance these intersecting legal pluralities when understanding access and management of natural resources from the perspective of environmental law. The essay is founded in both theoretical approaches to this question, as well

legal provisions See: G. Omvedt, ‘Dalit or Scheduled Caste: A Terminological Choice’ (Seeking Begumpura, 08.07.2012) available at <https://seekingbegumpura.wordpress.com/2012/07/08/Dalit-or-scheduled-caste-a-terminological-choice/> (accessed 24.02.2023).

³T. Roy, ‘Water, Climate, and Economy in India from 1880 to the Present’ (2021) 4 *Journal of Interdisciplinary History* 565, 582.

⁴Ibid. at 581.

⁵Ibid.

⁶Abhijit Waghre, ‘Caste and access to water: The missing link’ (23.01.2023) *Indian Express* available at <https://indianexpress.com/article/opinion/columns/caste-and-access-to-water-the-missing-link-jal-jevan-mission-8396750/> (accessed 29.01.2023).

⁷M. Sharma, ‘Dalit Memories and Water Rights’ in Caste and Nature: Dalits and Indian Environmental Politics (Oxford University Press, 2017) 161, 182.

⁸S. Saikia, ‘Discrimination of Fundamental Rights: A Critical Review on the Present Caste Based Status of Dalits in India’ (2014) 2 *Journal of Social Welfare and Family Law* 41, 46. See also A. Kumar, ‘Access to Basic Amenities: Aspects of Caste, Ethnicity and Poverty in Rural and Urban India—1993 to 2008–2009’ (2014) 2 *Journal of Land and Rural Studies* 127, 146.

⁹R. Pradhan, ‘The Ain of 1854 and after: Legal Pluralism, Models of Society and Ethnicity in Nepal’ (12-14 September 2005) presented at *Negotiating Ethnicity in Nepal’s Past and Present*, in Kathmandu 1, 3.

¹⁰N. Singh, ‘Women’s Participation in Local Water Governance: Understanding Institutional Contradictions’ (2006) 10 *Gender, Technology and Development* 61, 67.

¹¹S. Vij and V. Narain, ‘Land, water & power: The demise of common property resources in periurban Gurgaon, India’ (2016) 50 *Land Use Policy* 59, 65-66.

¹²See ‘Preface’ in N. Shantha Mohan and S. Routray (eds.), *Sharing Blue Gold: Locating water conflicts in India* (National Institute of Advanced Studies: Bengaluru, 2015) v.

¹³Ibid. at 2.

¹⁴S. Jaiswal, ‘Caste, Gender and Ideology in the Making of India’ (2008) 36 *Social Scientist* 3, 17.

¹⁵K. Freitas, ‘The Indian Caste System as a Means of Contract Enforcement’ (2006), available at <https://www.semanticscholar.org/paper/The-Indian-Caste-System-as-a-Means-of-Contract-Freitas/a0552f8e1bab8d66250a47e176495ada0ed73db9> (last accessed on 24.02.2023).

¹⁶N. Singh, ‘Indigenous Water Management Systems: Interpreting Symbolic Dimensions in Common Property Resource Regimes’ (2006) 19 *Society & Natural Resources* 357, 366.

as evidence found by empirical researchers in the Indian context, along with a discussion on court decisions which have addressed questions of caste and access to water resources.

Background

Sally Merry, as a prominent scholar on legal pluralism, explains that in the early twentieth century there was an interest in scholarship on indigenous law in Africa and the Asia-Pacific region, mostly originating from anthropology, to understand how people ‘maintained social order without European law,’ which resulted in the documentation of customary social laws, and social sanctions; which existed in addition to the European laws foisted upon them.¹⁷ She says that ‘there is general agreement that pluralism does not describe a type of society but is a condition found to a greater or lesser extent in most societies, with continuous variation between those that are more and those less plural.’¹⁸ In the context of this characterisation of legal pluralism in previously colonized nations, it is essential to consider how ancient religious law in India interacted with European law, in order to create the status quo of legal pluralism that Dalits in India are subject to.

Traditionally, caste councils were the authorities responsible for resolving disputes, mediating conflicts and deciding on legal matters, matters concerning a legal system which also in essence recognised caste hierarchies. While caste councils have reduced in their powers with respect to adjudication and dispute resolution, they continue to persist and exercise their power over those ‘communities that show a high degree of internal cohesion and an equivalent degree of social control.’¹⁹ Julia Eckert explains that in India, the ‘persistence of legal pluralism in itself has been seen as a form of withdrawal from or resistance to the allegedly alien state law.’ Alternative judicial bodies such as caste councils were perceived as authentic and a way to subvert state law, without expressly rejecting it in the marketplace of laws.²⁰ It is important to take the power of these caste councils seriously despite the objectionable norms they enforce or procedures they follow, because these caste councils and tribunals also enjoy the tremendous advantage over state law, of operating ‘in ways that people understand and can generally anticipate.’²¹

‘Dharmashastra’ or Hindu religious law, was the dominant legal system of customary law in ancient India. Colonialism in India recognised customary and religious law according to their own agenda of administrative convenience and to satisfy the agenda of the colonizers. Thus, personal laws of the native populations was either included in State law, or allowed to remain unlegislated in State law, creating a form of juridical legal pluralism.²² Laws enacted by colonizers who vested control of territory and continued to annex territory as part of the colonial project, such as the Indian Forest Act, 1927 and the Land Acquisition Act, 1894 did not provide land rights to local tribal populations ‘and, in particular, assumed the tribal inhabitants of forests to be mere encroachers without any land rights.’²³ While the Land Acquisition Act provided cash compensation to those whose land was acquired, this did not extend to those whose customary legal systems

did not provide formal titles of ownership and land tenure, such as the tribal populations, while the capital and land-owning upper castes were paid compensation for their acquired lands.²⁴ We see how the caste system through both religious law, and indirectly through State law continues to uphold hierarchies within the right to natural resources, in this case the right to land itself, which is considered a bundle of rights including right to housing, right to life and of course, the right to access water. This serves to illustrate how the juridical legal pluralism that replaced the Dharmashastra continued to favour the upper castes over tribal communities, creating a sort of singularism, within the pluralism. This lack of tenure, and associated land rights is further worsened in conflict scenarios or in natural disasters.²⁵

Progressing from Merry’s explanation of legal pluralism in the context of colonization, I wish to turn to the core tenets of legal pluralism as described by John Griffiths, who undoubtedly is the preeminent scholar on the topic. Griffiths explains that ‘“Legal pluralism,” besides referring (...) to a sort of situation which is morally and even ontologically excluded by the ideology of legal centralism – a situation in which not all law is state law nor administered by a single set of state legal institutions, and in which law is therefore neither systematic nor uniform - can also refer, within the ideology of legal centralism, to a particular sub-type of the sort of phenomenon regarded as “law”’. According to Griffiths, this characterisation of pluralism presupposes that it is ‘justified,’ as a technique of governance on pragmatic grounds,’ under which parallel legal regimes can exist through State recognition of customary law.²⁶ Griffiths illustrates this with the example of the East India Company, which adhered to customary law in India when deciding matters concerning ‘inheritance, marriage, caste and other religious usages and institutions, the laws of the Koran with respect to the Mohamodans and those

¹⁷S. E. Merry, ‘Legal Pluralism’ (1988) 22 *Law & Society Review* 869.

¹⁸*Ibid.* at 879.

¹⁹J. Eckert, ‘From Subjects to Citizens: Legalism from below and the Homogenisation of the Legal Sphere’ (2006) 53 *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* 45, 47.

²⁰*Ibid.* at 65.

²¹B. Z. Tamanaha, ‘The rule of law and legal pluralism in development’ (2011) 3 *Hague Journal on the Rule of Law* 1, 6-7.

²²M. Voyce, ‘The Vinaya and the Dharmashastra: Monastic Law and Legal Pluralism in Ancient India’ (2007) 56 *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* 33, 34-35.

²³B. Rajagopal, ‘The Role of Law in Counter-hegemonic Globalization and Global Legal Pluralism: Lessons from the Narmada Valley Struggle in India’ (2005) 18 *Leiden Journal of International Law* 345, 359.

²⁴*Ibid.*

²⁵R. Meinzen-Dick and R. Pradhan, ‘Property rights and legal pluralism in post-conflict environments: Problem or opportunity for natural resource management?’ in C. Bruch, C. Muffett and S. S. Nichols eds., *Governance, natural resources, and post-conflict peacebuilding* 1st ed. (Routledge: London, 2016) 525, 539. See also M. Deva Prasad and S. Menon C, ‘Indian Forest Rights Legislation: Significance of Recognizing the Legal Pluralism for Indigenous Peoples Rights’ (2020) 41 *Statute Law Review* 78.

²⁶J. Griffiths, ‘What Is Legal Pluralism’ (1986) 24 *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* 1, 5.

of the Shaster with respect to the Gentoos'.²⁷ 'Shaster' and 'Gentoos' here is the archaic and anglicised spelling of the terms 'Shashtra' and 'Hindus.' This essay focuses on this particular characterisation by Griffiths, given that he uses the example of the East India Company, in discussing the legal pluralism between caste and State law, which is endemic to South Asia, and particularly India when establishing the rights to public resources, spaces, natural resources and particularly water. Griffiths produces a figure which accurately characterises the boundaries of State and other laws in such a pluralised legal landscape. Griffiths depicts these boundaries in a clear diagram which is reproduced below which explains how the boundaries of society and social control exceed the boundaries of the state legal system. This basic formulation is essential to the discussion in this essay, as I will later attempt to recreate this figure as it applies to the Indian context with respect to the right to water and the caste system.

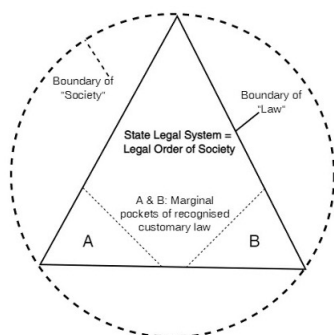


Figure 1. The Juristic Concept of Legal Pluralism
Source: Griffiths, n. 26 at 6; graphic recreated based on the original by Griffiths.

The World Bank Legal Review on Law, Equity, and Development has expanded the understanding of legal pluralism in India especially with regard to the normative power of non-state law. They say that the use of the term legal pluralism can often be used 'to give normative validity (or recognition) to non-state law as 'law' in the general public sphere, that is, to expand the validity of non-state legal orders within the realm of state-defined law.' However, they argue against such an approach, on the grounds that referring to local normative orders as law is not an immediate acceptance of their legal validity and the expansion of the term can in effect legitimise unequal distribution of resources along caste, class, and gender fronts. This is the explanation offered by the World Bank for why its concept of legal pluralism will remain limited when taking into account non-state law as law, because of a conscious decision to challenge dominant interests and local elites with whom it negotiates in its practice.²⁸ In my understanding this stance of the World Bank, as a leading international organisation, when placed in the Indian context reaffirms that state law, including law applicable to the State when entered into through international law, continues to protect elite interests. These elite interests are protected even when the system may not necessarily recognise the legitimacy of non-state law. When accompanied by state law which too reflects and protects elite interests, both State and non-state law demonstrate a singularity within pluralism.

Masaji Chiba explains that legal pluralism as a term does not possess a widely accepted definition, however, legal pluralists have often focused on a search for customary law or tribal law and how it works with state law in dual structures in non-Western jurisdictions.²⁹ He defies this characterisation and says that in many non-Western countries duality is not an accurate description when pluralism in these countries instead 'is structured as a unique conglomeration of those various systems of law, which the people concerned have chosen among many possibilities, mostly on their own initiative, but not uncommonly by the manifest or latent imposition of foreign countries'.³⁰

Another prominent scholar on legal pluralism, Natan Lerner, explains how legal pluralism often addresses three kinds of law: official law (state-made), unofficial law (by general consensus) and legal postulates (values and ideals in the fundamental social structure), which correlate to positive law, customary law and natural law, respectively. Lerner classifies the caste system under legal postulates, explaining how citizens may be forced to act against state-made official law in order to uphold religious beliefs.³¹

Casteism as Legal Pluralism

India was expected to conduct its decennial official population census in 2021, which appears to have been postponed to 2024-2025 with the government citing the Covid-19 pandemic as reason for the multiple delays.³² The latest data is from 2011, and therefore hardly reflects the current scenario. However, according to the 2011 data, India was then home to over 200 million persons belonging to the Scheduled Castes, comprising 16.63 per cent of the Indian population.³³ The 'Scheduled Castes' (hereinafter 'SC') are those castes formerly referred to as the Untouchables, which have been protected under the Indian Constitution.³⁴ Article 14 of the Constitution of India which recognises the fundamental right against 'discrimination on grounds of religion, race, caste, sex or place of birth,' allows the State to make 'special provision for the advancement of any socially and educationally backward classes of citizens or for the Scheduled Castes and the Scheduled Tribes' (hereinafter 'ST').³⁵ Article

²⁷Ibid. at 6, Griffiths quoting M. B. Hooker, *Legal pluralism: an introduction to colonial and neo-colonial laws* (Clarendon Press: Oxford, 1975).

²⁸*The World Bank Legal Review: Law, Equity, and Development* (The International Bank for Reconstruction and Development/The World Bank 2006) 64-66.

²⁹M. Chiba, 'Other Phases of Legal Pluralism in the Contemporary World' (1998) 11 *Ratio Juris* 228, 228-229.

³⁰Ibid. at 232.

³¹N. Lerner, 'Group Rights and Legal Pluralism' (2011) 25 *Emory International Law Review* 829, 841.

³²Census to be delayed again, deadline for freezing of boundaries extended to June 30' Indian Express (07.01.2023) available at <https://indianexpress.com/article/india/census-delayed-again-deadline-for-freezing-of-boundaries-extended-to-june-30-8364829/> (last accessed on 24.02.2023).

³³Ministry of Social Justice and Empowerment, *State/UT-wise SCs Population, 2011*, available at <https://www.census2011.co.in/scheduled-castes.php> (last accessed on 24.02.2023).

³⁴Constitution of India, art. 341.

³⁵Constitution of India, art. 14.

17 specifically abolished untouchability and states that 'its practice in any form is forbidden. The enforcement of any disability arising out of Untouchability shall be an offence punishable in accordance with law'.³⁶ Article 46, which is a directive principle of state policy (not enforceable, but aims to serve as guidance to the State and aids transformative interpretation of the Constitution), states that the 'State shall promote with special care the educational and economic interests of the weaker sections of the people, and, in particular, of the Scheduled Castes and the Scheduled Tribes, and shall protect them from social injustice and all forms of exploitation'.³⁷ States have the power to designate which castes are considered as Scheduled Castes and Tribes under the applicable Constitutional provisions, and the names and identities of these castes differ from state to state.

Further, the Scheduled Castes and Tribes (Prevention of Atrocities) Act, 1989 specifically lists the offences which are punishable in the context of SC and ST victims. The long title of the Act states that it is 'an Act to prevent the commission of offences of atrocities against the members of the SC and the ST communities, to provide for Special Courts for the trial of such offences and for the relief and rehabilitation of the victims of such offences and for matters connected therewith or incidental thereto'.³⁸

It is evident from States laws, that there is an acknowledgement of systematic oppression and violence against the SCs and STs in India, and their protection has been guaranteed by the Constitution, whose drafting committee was headed by Dr. Ambedkar himself; along with subsequent criminal sanctions for caste-based violence and discrimination. However, in India in its current reality, Dalits have not been guaranteed the equality and welfare promised by their Constitution. As Borooah and Iyer (both renowned economists) observed in their study of access to education in rural India, Dalits often live in 'segregated colonies on the fringes or outskirts of villages,' and 'Dalits are not allowed to use common burial grounds'.³⁹ To me, this seemingly simple observation; and the use of the terms 'segregated' and 'not allowed,' by non-lawyers when describing the material effects of the caste system in practice in modern India, is at the crux of the discussion on legal pluralism and the caste system in India. Essentially, Dalits in India find themselves at the crossroads of and subject to two parallel legal systems: one of state law, created by a democratic State that prohibits untouchability and aims to promote their upliftment; and the second of caste norms and social rules which de facto operate as a pseudo-legal or perhaps even quasi-legal system of social control, founded in the caste hierarchy, discrimination and untouchability.

Caste and Legal Pluralism: Access to Water

The Constitution of India does not explicitly recognise the right to water or the right to access water, and there has been no specific statutory enactment of the right either. However, Article 21 of the Constitution⁴⁰, guarantees the right to life, and the Judiciary, particularly the Supreme Courts and High courts in their original jurisdiction, have interpreted the right to life as including the right to access water. So indirectly, through judicial precedent the fundamental right to water in India has

been well-established. For instance, the Supreme Court in 1991 held that the 'right to live is a fundamental right under Article 21 of the Constitution and it includes the right of enjoyment of pollution-free water and air for full enjoyment of life. If anything endangers or impairs that quality of life in derogation of laws, a citizen has a right to have recourse to Article 32 of the Constitution for removing the pollution of water or air which may be detrimental to the quality of life'.⁴¹ Judgments become part of the binding law of the land, and therefore the right to water is actionable and enforceable in India and is reflected in High Court judgments as well.⁴² Article 21 must then be read together with Article 15(2)(b) of the Constitution which states that 'No citizen shall, on grounds only of religion, race, caste, sex, place of birth or any of them, be subject to any disability, liability, restriction or condition with regard to (...) the use of wells, tanks, bathing ghats, roads and places of public resort maintained wholly or partly out of State funds or dedicated to the use of the general public'.⁴³ This link between the right to water and the right to equality, not only establishes a fundamental right to water in India, but also equal access to common water sources free of discrimination on the basis of caste and religion.⁴⁴

The state legal system in India thus protects equal access to water, and protects against the discrimination along caste lines when accessing that water, within the fundamental rights of the Constitution, and has been consistently upheld by the highest courts of the country, leaving little doubt regarding the status of the right within state law.

The following section of the essay seeks to illustrate how in practice, caste laws of social control actively deny Dalits of this right, manifesting in the contrast of legal pluralities to which they are subject. The first section provides an overview of instances of caste-based discrimination in access to water, based on the empirical findings of researchers from several disciplines. The second section describes how within this discrimination, Dalit women especially are subjected to the impacts of such pluralism.

³⁶Constitution of India, art. 17.

³⁷Constitution of India, art. 46.

³⁸The Scheduled Castes and Scheduled Tribes (Prevention of Atrocities) Act 1989.

³⁹V. K. Borooah and S. Iyer, 'Vidya, Veda, and Varna: The Influence of Religion and Caste on Education in Rural India' (2005) *The Journal of Development Studies* 1, 19-20. See also, Kathleen O'Reilly and Richa Dhanju, 'Public taps and private connections: the production of caste distinction and common sense in a Rajasthan drinking water supply project' (2014) 39 *Transactions of the Institute of British Geographers* 373, 379.

⁴⁰Constitution of India, art. 21.

⁴¹Forum for Policy Dialogue on Water Conflicts in India, 'Right to Water in India: Privileging Water for Basic Needs' (2015), available at https://waterconflictforum.org/lib_docs/Right%20to%20Water,%20Privileging%20water%20for%20basic%20needs_Final.pdf (last accessed on 24.02.2023). See Subhash Kumar v. State of Bihar, [1991] AIR SC 420, 7.

⁴²See Hamid Khan v State of Madhya Pradesh, [1997] AIR MP 191; Vishala Kochi Kudivella Samarkshana Samithi v State of Kerala, [2006] (1) KLT 919.

⁴³Constitution of India, art. 15(2)(b).

⁴⁴P. Cullet, 'Right to water in India – plugging conceptual and practical gaps' (2012) 17 *The International Journal of Human Rights* 1, 71.

The third section uses the fisheries sector to illustrate how caste councils limit access to marine and other fishing waters in India, a further illustration of the caste system limiting access to state-rights within juridical pluralism.

Access to municipal water, irrigation and freshwater

In this section of the essay, I argue using findings and evidence from empirical research conducted in other disciplines such as economics, sociology and anthropology that the lived reality of Dalits in India reflects a prevalence of caste-based discrimination when accessing water, based on caste-based normative orders and postulates which acts contrary to all of the protections guaranteed by state law, including the Constitution.

For instance, in research conducted in the city of Bengaluru using fieldwork, Ranganathan and Balazs, confirmed how reforms in water regulations have excluded public deliberation and discussion, instead focusing on economic efficiency or equity, resulting in a lack of meaningful participation by ‘historically marginalized groups.’ While the phrase acts as a euphemism and sanitized phrase often used to describe members of the SC and ST communities, the phrasing disguises the present and their continued marginalisation in Indian society.⁴⁵

Srinivasan and Reddy conducted their fieldwork on the nexus between irrigation and human health in then Andhra Pradesh (now Telangana) state of India, and found that among 471 households surveyed, fifty-eight per cent were landless, over sixty per cent belonged to backward communities and twenty per cent belonged to the SCs. They found that the households which are exposed to irrigation from wastewater are exposed to environmental pollutants which result in severe health impacts, including higher levels of morbidity, especially female morbidity. More importantly, higher morbidity is observed downstream of the river than upstream, further cementing the conclusion that Dalits (who traditionally live downstream so as to not ‘pollute’ or desecrate the water of the upper castes), are exposed to environmental pollution, and the costs and burden of this pollution is borne by landless farmers with small landholdings, and by extension, Dalits.⁴⁶

Saket in his review of how caste impacts provision of public goods in India, found inter alia, that SC & ST students in India face discrimination when accessing to drinking water and sanitation.⁴⁷ Quantitative research by Bros and Couttenier in development economics on the provision of public goods in India showed that there was a “positive and significant relationship at the district-level between the number of homicides of SCs and STs as a proportion of their population and the probability that members of these groups meet higher caste at a public water source.”⁴⁸ The correlation indicates that Dalits face a real threat of homicide around public water sources, where untouchability is “violently enforced or serve as an excuse for caste-based violence.”⁴⁹

Along with access to drinking and domestic water use, there is demonstrable caste discrimination at play affecting irrigation in the agricultural sector. Saket’s

research also found that farms owned by upper caste farmers were found to generate greater yield than those owned by the SCs and STs, owing to the fact that households from the upper castes did not prefer trading water with lower castes, and between 3 and 13 per cent of income equality in farmers from the caste groups was owing to caste discrimination.⁵⁰ Around sixty per cent of irrigation in India is conducted through the use of groundwater, and there has been a creation and emergence of groundwater markets throughout India for agricultural and domestic use, aided by advances in technology for tube wells along with increased electricity supply. Greater water supply led to a greater share of water-intensive cash crops and organised institutions such as cooperative sugar factories etc., which largely excluded Dalits, and the ‘groundwater revolution redefined cropping patterns, labour practices, tenancy arrangements, and caste relations in most parts of India.’⁵¹ Groundwater markets often operate in extra-legal spaces, and payments for water can be in cash or kind, including output sharing and labour contracts. When the power dynamics in such spaces are unequal, as they obviously are within the caste system, these transactions are no longer free and fair but coercive and exploitative. Lack of regulation in the quantity of water extracted, and the privatisation of water extraction has allowed wealthy farmers to gain control over scarce groundwater resources, and poorer farmers tend to be forced into dependent relationships with wealthy tube well owners. The wealthy farmers are organised on the basis of self-serving caste-lines.⁵² In his empirical research in Gujarat, Farhat Naz observes that ‘upper-caste water lords use the social barriers of caste within a larger realm of sacredness and profanity to limit the possibility of the water exchange in the groundwater market.’⁵³ Caste status and the size of landholdings are directly proportional, and caste operates as the primary factor regulating the size of landholdings, ownership of tube wells, and influence over the government in the formation of state policies.⁵⁴

In Uttar Pradesh, empirical research found that while upper castes have several sources of drinking water, Dalits have to depend on a singular source of water such as one well or handpump that is also subject to frequent failure,

⁴⁵M. Ranganathan and C. Balazs, ‘Water marginalization at the urban fringe: environmental justice and urban political ecology across the North–South divide’ (2015) 36 *Urban Geography* 403, 414.

⁴⁶J. T. Srinivasan and V. Ratna Reddy, ‘Impact of irrigation water quality on human health: A case study in India’ (2009) 68 *Ecological Economics* 2800, 2804-2805.

⁴⁷R. P. Saket, ‘Caste and Provision of Public Goods in India’ (2018) 8 *International Journal of Humanities and Social Science* 160.

⁴⁸C. Bros, and M. Couttenier, ‘Untouchability, homicides and water access’ (2015) 43 *Journal of Comparative Economics* 549, 556.

⁴⁹Ibid. at 557.

⁵⁰Saket, n. 47 at 161.

⁵¹J. Ananda, L. Crase, and P. G. Pagan, ‘A Preliminary Assessment of Water Institutions in India: An Institutional Design Perspective’ (2006) 23 *Review of Policy Research* 927, 933.

⁵²F. Naz, ‘Water, Water Lords, and Caste: A Village Study from Gujarat, India’ (2015) 26 *Capitalism Nature Socialism* 89, 94-96.

⁵³Ibid. at 98.

⁵⁴Ibid. at 98. See also, A. Mukherji, ‘Political ecology of groundwater: the contrasting case of water-abundant West Bengal and water-scarce Gujarat, India’ (2006) *Hydrogeology Journal* 392, 397.

smaller windows of time for access, and being shared by far more people adding pressure on already limited resources.⁵⁵ Moreover, the installation of handpumps in the first place is not random or systematically planned; rather, the head of the village council has the power to install them and they do so for themselves, and other members of their castes. Bhatia recounts an incident involving Avinash Kushwaha, a Member of the Legislative Assembly of Uttar Pradesh who installed several hundred handpumps in villages only for members of the Kushwaha caste that he belonged to in the period between 2005 and 2010.⁵⁶ When locations of water sources are manipulated in such a manner, Dalit families have to resort to begging and subjecting themselves to humiliation in trying to negotiate access to water.⁵⁷ Often the manner in which people refer to each other's castes is by reference to whether their water can be drunk or not, but of course during periods of water scarcity and drought, the upper castes do not hesitate to drink water from the wells of Dalits, displaying the self-serving flexibility of norms that is characteristic of upper caste domination in the caste system.⁵⁸

Varun Sharma has conducted extensive fieldwork in Andhra Pradesh to study the confluence of caste and power in accessing water. He explains how caste-based land holdings in the catchment area of village water sources exhibited 'territorial segmentation' owing to the rigid caste system and reflect how different castes have variegated access to water, and its resources such as fish, timber, fuel wood, food for livestock and potable water for domestic use.⁵⁹ Sharma's fieldwork revealed an instance wherein a farmer belonging to a backward class (unclear if from an SC), shared oral history of how, during a period of prolonged drought, his ancestors a few generations ago were 'sacrificed atop the tank bund to placate the rain and village gods,' exhibiting the extent to which the caste system has the power to operate as a tremendous cultural and de facto legal force of social control.⁶⁰ In furtherance of the phenomenon of state law demonstrating caste hierarchies closely mirroring the caste system, Sharma's research revealed that when the state Irrigation Department established a local Water Users Association (WUA), official positions of the WUA were seized and occupied by the upper castes, using 'brute force and violence' in elections, which should have ideally been democratic and representative of the community. Thus, decisions regarding the access to irrigation water was determined by and to the advantage of the upper castes.⁶¹ Water transactions in India continue to be based with proximity to, or involving relationships based on caste with influential members of the caste being able to act as 'water brokers' on behalf of other villagers.⁶² In modern India, elected village councils usually act as an intermediary between citizens and the State, often serving as the go-between for access to welfare schemes. However, research by Dunning and Nilekani found that how public benefits are distributed at the village level through the village councils is also a function of caste including the selection of locations and employees. They found evidence that wells and water tanks built with funds under the Mahatma Gandhi National Rural Employment Guarantee Act were located near the private property of the President of the village council, who

in turn also had immense discretion regarding the choice of employees and beneficiaries from such funds.⁶³ Prominent scholar on South Asian law and society Prof. Marc Galanter has documented how lower court officials too when belonging to the upper castes have been 'almost uniformly unsympathetic to the claims of the lower castes - even where these claims were subsequently vindicated by the High Court.'⁶⁴

The gendered experience of a caste-based pluralism governing water

*'The poor health of people from the lower castes, their social exclusion and the steep social gradient are due to the unequal distribution of power, income, goods and services. Caste is inextricably linked to and is a proxy for socio-economic status in India.'*⁶⁵

'Gender intersects with other axes of social difference (such as class, race, caste, dis/ability, etc.) whereby water crises can exacerbate socially constructed differences and power relations.'⁶⁶ Within the limited access of water that Dalits are subject to under the practice of untouchability and caste-base discrimination, there is a further gendered division of access within the Dalit community. Due to a gendered division of household labour and livelihoods, women often bear the physical and social burden of water insecurity within households.

Gopika Solanki who has worked extensively on the role of religious laws, legal pluralism and women's rights in India, illustrates this intersection of the axes of social difference from the early history of the city of Mumbai (then Bombay) in India. She describes how the colonial state codified in its records that workers who worked in 'polluting' jobs were 'untouchables' and were not permitted to stay within the city limits because of

⁵⁵S. Bhatia, 'Caste, Class and the Power of Water: The Socio-Political Ecology of Drinking Water in Rural India' (2020) 20 *Geography and You* 67, 70.

⁵⁶Ibid. at 71.

⁵⁷T. Birkenholtz, 'Full-cost recovery': producing differentiated water collection practices and responses to centralized water networks in Jaipur, India' (2010) 42 *Environment and Planning* 2238, 2246.

⁵⁸L. Mehta, 'Whose scarcity? Whose property? The case of water in western India' (2007) 24 *Land Use Policy* 654, 658.

⁵⁹V. Sharma, 'Water, caste and power in drought-prone Andhra Pradesh' in N. Shantha Mohan and S. Routray (eds.), *Sharing Blue Gold: Locating water conflicts in India* (National Institute of Advanced Studies: Bengaluru, 2015) 14.

⁶⁰Ibid. at 20-21.

⁶¹Ibid. at 24-25.

⁶²D. Mosse, 'The Symbolic Making of a Common Property Resource: History, Ecology and Locality in a Tank-irrigated Landscape in South India' (1997) 28 *Development and Change* 467, 479.

⁶³T. Dunning and J. Nilekani, 'Ethnic Quotas and Political Mobilization: Caste, Parties, and Distribution in Indian Village Councils' (2013) 107 *American Political Science Review* 35, 38.

⁶⁴M. Galanter, 'Law and Caste in Modern India' (1963) 3 *Asian Survey* 544, 548-549.

⁶⁵V. Vijayanath et al., 'Caste and Health in Indian Scenario' (2010) 10 *Journal of Punjab Academy of Forensic Medicine & Toxicology* 42, 43.

⁶⁶F. Sultana and A. Loftus, 'The right to water: prospects and possibilities' in F. Sultana and A. Loftus (eds.) *The Right To Water: Politics, Governance and Social Struggles* (Earthscan: London, 2012) 9.

that status until the beginning of the 20th century. In Mumbai, private buildings were mostly owned by the upper castes who did not rent them to the Dalits, who were forced to reside in thatched huts in the city outskirts. In her research she found that for most members of the community she interviewed, there was a prevalence of memories around ‘the struggles of their forefathers to construct huts on garbage dumps without access to water.’⁶⁷ Castes whose job it had been determined to clean human wastes, were themselves denied access to toilets and sanitation, which had a disproportionate impact on the health, safety and freedom of women belonging to those castes.⁶⁸

Sabharwal and Sonalkar found that Dalit women faced lower mortality compared to upper-caste women (an average difference of 14.6 years), and conditions linked with mortality, such as poor sanitation and water supply, impacted Dalit women more than upper-caste women.⁶⁹ In several villages, there is a custom of allowing Dalit women to fetch water from taps only after upper caste women have finished taking their share of the water, or there are marks indicating positions for each caste around common wells, often accompanied by verbal humiliation to force Dalit women to keep their distance from upper caste women, and not ‘pollute’ them.⁷⁰

Another aspect within gendered caste-discrimination in water access is existing mythology among the upper castes that their discriminatory rights are a result of divine intervention. In Deepa Joshi’s empirical research in Uttarakhand, a state housing the Himalayan foothills, upper caste women ‘reported water-abundance and claimed that it was due to the Water Goddess (*Jal Devi*), revered in a temple located at the foot of the village’ while Dalit women in the same village reported that they suffered from tremendous water scarcity. Water scarcity for them includes being able to have water to bathe and being unable to wash clothes and utensils adequately. They had to spend nights filling containers from a small trickle of a spring. They express anguish that while the upper castes conveniently refer to the lower caste as being unclean or dirty, exclusion from water access made those insults a self-fulfilling prophecy as the community’s sanitation and hygiene suffers.⁷¹

Further, if Dalit women are caught stealing water from upper caste sources, there are harsh penal costs imposed, which prevents them from defying the wishes of the upper caste women.⁷² While the ability to extract water has expanded significantly in independent India, Dalit women remain at the lowest rung of access to water, owing to the gendered manner in which the right to water, and women’s role within society in accessing that water is situated within the caste system.

Access to marine waters and fish stocks

A third aspect of the limits of the right to water I wish to examine in this essay relates to the distribution of fishing rights and access to marine waters and fishing stocks in India, where caste unities play out publicly, often overriding state law and institutions meant to manage or regulate fishing. Martin Bavinck and colleagues have conducted extensive research on the legal pluralism

which exists within state law and institutions, and non-state law and institutions with respect to regulating and controlling fisheries in India, relying on empirical data and fieldwork. They found that along the western coast in Gujarat, especially in matters related to adjudicating of fishing-related disputes in smaller fishing harbours, they are resolved by caste courts, and in bigger harbours, the ‘samaj’ or caste council/courts addressed fishing disputes through ‘subsidiary caste-based boat owners’ associations.’ They also found that the State Fisheries Department, which was responsible for the growth of the fisheries sector, is unable to maintain its role as the steward of resources. Instead, the caste council forms a ‘parallel, if not formally recognized, legal authority to the state along the coast. Their writ is particularly powerful with regard to the *social aspects of fisher’s lives*, but they also are important in resolving intra-caste and, occasionally, *inter-caste fishing disputes*.’ (emphasis added)⁷³

In their study along the eastern coast, Bavinck and colleagues found that fishing hamlets were governed by caste councils, which regulate and control local affairs.⁷⁴ In disputes relating to fishing rights at the level of caste councils, it was found that the state department for fisheries tended to uphold caste council decisions, rather than state law, because they respected council decisions owing to their apparent and enduring authority within the fishing community, given that their goal was mainly to maintain law and order and not investigate the roots of conflict. The research found that while it was evident that the subject matter of state law and that of the fisheries caste councils was the same, the two systems existed separately and almost independently of each other. ‘State law ends where fishermen law begins, and where fishermen law is effective, the state sees little reason to become involved.’⁷⁵ Divya Karnad in her research on the other hand offers an interesting insight into the interface between state and non-state fisheries rules, explaining that there has been recent innovation in how caste customs persist within state legal practice as well, with evidence of caste based and non-caste based trawl boat owners associations in Tamil Nadu working closely with the state in order to formulate fishing rules

⁶⁷G. Solanki, ‘Adjudication in Religious Family Laws: Cultural Accommodation, Legal Pluralism, and Women’s Rights in India’ (PhD Thesis submitted to McGill University 2007) 137.

⁶⁸Ibid. at 136-137.

⁶⁹N. Sadana Sabharwal and W. Sonalkar, ‘Dalit Women in India: At the Crossroads of Gender, Class, and Caste’ (2015) 8 *Global Justice: Theory Practice Rhetoric* 44, 63.

⁷⁰Ibid. at 65-66. See also R. Deliege, ‘Replication and Consensus: Untouchability, Caste and Ideology in India’ (1992) 27 *Man* 155, 169.

⁷¹D. Joshi, ‘Women, water, caste and gender: the rhetoric of reform in India’s Drinking Water Sector’ in V. Narain ed. *Globalization of Water Governance in South Asia* (Routledge: London, 2013) 35, 39.

⁷²Ibid. at 40.

⁷³M. Bavinck et al., ‘From Indifference to Mutual Support – A Comparative Analysis of Legal Pluralism in the Governing of South Asian Fisheries’ (2013) 25 *European Journal of Development Research* 621, 625-626.

⁷⁴M. Bavinck, ‘A Matter of Maintaining Peace - State Accommodation to Subordinate Legal Systems: The Case of Fisheries along the Coromandel Coast of Tamil Nadu, India’ (1998) 40 *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* 151, 153.

⁷⁵Ibid. at 165.

which would restrict new entrants and further expansion of the fishing rights and continue to cement caste-based access to marine and fishing resources.⁷⁶ The example of the fisheries sector thus provides a similar illustration to that of forest and land rights in the previous part of the essay, where we can observe a clear diversion between state and non-state law with respect to the rights of access; and then further illustration of how interests also get consolidated within state law.

Conclusion

This essay aimed to explore how the right to water in India is limited by the legal pluralism of state law and caste customs and norms. Griffiths describes legal pluralism as ‘a situation in which not all law is state law nor administered by a single set of state legal institutions, and in which law is therefore neither systematic nor uniform.’⁷⁷ This is supported by his diagram, which, when modified to reflect the reality of the caste system and the right to water in India, would appear something akin to the following:

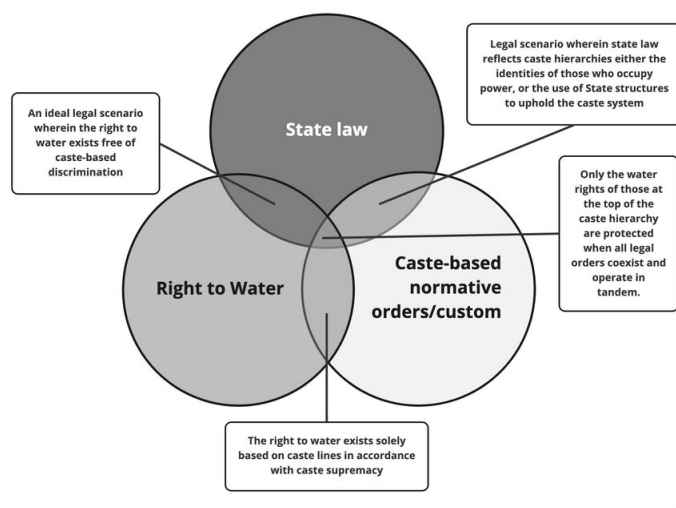


Figure 2. Modifying Griffiths: Legal Pluralism; Caste and the Right to Water in India

Through this essay, I have provided evidence of how the caste system through its religious normative order exercises social control and limits access of Dalits to water, despite State law recognising the inalienable right to water, and criminalizing caste-based discrimination in access to water. In spite of evolved jurisprudence and constitutional protection of the right to water, economic development and lack of resources are often cited as reasons for India lagging behind in ensuring the right to water for all its citizens. We see that in the absence of a positive statutory right, citizens have to depend on the judiciary to interpret the Constitution and step into a quasi-legislative role, and usually as a negative right, to prevent violations of the right. Although the State assumes proprietary rights over water resources, including under the public trust doctrine, the commodification of water and the possible privatisation of water through permits and sales, affects marginalized communities including Dalits.⁷⁸ When understanding legal pluralism in the Indian context, citizens have

multiple legal systems applying to them based on different contexts. The State then is not the only relevant legal institution but shares space with village and caste councils, and these can operate in contradiction to each other. Just as forum shopping has been amply discussed in the context of international trade law or arbitration law, citizens too can engage in forum shopping between caste, state law and institutions, depending on where their interests are served better, which in the case of caste is more often non-state-made law. But as we have seen throughout this essay, state law also can indirectly end up upholding caste hierarchies.⁷⁹

⁷⁶D. Karnad, ‘Navigating customary law and state fishing legislation to create effective fisheries governance in India’ (2017) 86 *Marine Policy* 241, 241-242.

⁷⁷Griffiths, n. 26 at 5.

⁷⁸V. Narain, ‘Water as a Fundamental Right: A Perspective from India’ (2010) 34 *Vermont Law Review* 917, 922-923.

⁷⁹R. S. Meinzen-Dick and R. Pradhan, ‘Legal Pluralism and Dynamic Property Rights’ (2002) *Consultative Group for International Agricultural Research (CGIAR) Systemwide Program on Collective Action and Property Rights (CAPRI) Working Paper-22* 1, 4-5 available at <https://ebrary.ifpri.org/utils/getfile/collection/p15738coll2/id/127262/filename/127473.pdf> (last accessed on 24.02.2023).

Tarifverträge für Selbstständige und ihre Vereinbarkeit mit dem EU-Wettbewerbsrecht

Nefiz, Caner*

ZUSAMMENFASSUNG

Im Rahmen des Tarifvertragsrechts spielen Selbstständige eine nur untergeordnete Rolle – so schien es zumindest in der Vergangenheit die Regel gewesen zu sein. Während das Tarifvertragsgesetz in seiner ursprünglichen Fassung von 1918 (TVVO) nur Arbeitnehmer im Blick hatte, wurde der persönliche Anwendungsbereich mit Einführung des § 12a TVG auf arbeitnehmerähnliche Personen ausgedehnt, wobei der restriktiv ausgelegte Anwendungsbereich und die Auswirkungen in der Praxis zeigten, dass hierdurch keine umfassende Erweiterung des Tarifvertragsrechts auf Selbstständige erreicht werden würde. Nunmehr steht das Arbeitsrecht, auch in Hinblick auf Überschneidungen mit dem Kartellrecht, vor der Herausforderung, sich auf sich ändernde Arbeitsformen und neue wirtschaftliche Gegebenheiten anzupassen, um in Zukunft auch andere Personengruppen von seinem Schutze zu erfassen. Dass es sich hierbei nicht um eine rein nationale Angelegenheit handelt, zeigt der Wandel des politischen und rechtlichen Diskurses auf Unionsebene.

Keywords Arbeitsrecht, Tarifvertragsrecht, Wettbewerbsrecht, Europäisches Wettbewerbsrecht, Soloselbstständige, Koalitionsfreiheit, Kartellrecht

A. Einleitung

Neue Formen der Selbstständigkeit, die oftmals von einem besonderen Abhängigkeitsverhältnis zwischen Selbstständigen und ihren Auftraggebern geprägt sind und prekäre Arbeitsbedingungen zur Folge haben können, gebieten es, das Tarifvertragsrecht an die sich ändernden Umstände anzupassen. Auswirkungen der Digitalisierung, die nicht zuletzt durch die Corona-Pandemie verstärkt wurden, der Einfluss von internationalen Akteuren wie Uber, Deliveroo und Co., ein Blick auf den Aufstieg der Online-Plattformwirtschaft sowie die Tendenz zur Untervergabe und zum Outsourcing unterstreichen die Relevanz der hier bearbeiteten Materie.¹ In diesem Sinne stellt sich die Frage, ob das nationale Arbeitsrecht in Bezug auf Kollektivrechte von Selbstständigen noch zeitgemäß ist, punktueller Änderungen bedarf oder gar einer umfassenden Reform unterworfen werden müsste.

Realitätsfremd scheint die Annahme zu sein, dass ein Selbstständiger in jedem Fall als „Einzelkämpfer“ seine Interessen in selbstbestimmter Weise auf dem Arbeitsmarkt durchsetzen kann, ohne einem ruinösen Preiswettbewerb ausgesetzt zu sein oder den Verlust von existenzsichernden Aufträgen zu befürchten. Es erscheint in diesem Sinne äußerst problematisch, die Schutzbedürftigkeit von Selbstständigen weiterhin an der fehlenden Arbeitnehmereigenschaft respektive der Arbeitnehmerähnlichkeit, wie sie derzeit verstanden wird, festzumachen.

Daher soll zunächst erörtert werden, wie nach der nationalen Rechtsordnung in Deutschland mit (Solo-) Selbstständigen im Arbeitsrecht und im Wettbewerbsrecht umgegangen wird und welche Möglichkeiten nach der aktuellen Rechtslage für Selbstständige bestehen, ihre Interessen im Kollektiv durchzusetzen. Es geht um die Frage, inwieweit Selbstständige in den Schutzbereich der grundgesetzlich garantierten Koalitionsfreiheit fallen und welchen Gruppen von Selbstständigen nach deutschem

Recht Kollektivrechte zukommen. Neben der verfassungsrechtlichen Einordnung spielen auch die kartellrechtliche Einordnung sowie die bisherigen Bemühungen von Selbstständigen im Rahmen der Selbstorganisation und die Funktion der Gewerkschaften eine zentrale Rolle bei dieser Beurteilung.

Die Frage nach der Einbeziehung von Selbstständigen in das Tarifvertragsrecht betrifft sowohl das Arbeitsrecht als auch das Wettbewerbsrecht auf nationaler und unionsrechtlicher Ebene. Die Europäische Kommission intendiert, Regelungen des EU-Wettbewerbsrechts im Hinblick auf sich ändernde Verhältnisse auszulegen. Zu diesem Zwecke genehmigte die Europäische Kommission den Inhalt der „Leitlinien zur Anwendung des EU-Wettbewerbsrechts auf Tarifverträge über die Arbeitsbedingungen von Solo-Selbstständigen“, auf die im Anschluss an die Erörterung der derzeitigen unionsrechtlichen Rechtslage eingegangen werden soll.²

Das Vorhaben der Europäischen Kommission könnte eine Möglichkeit sein, das Verhältnis von Arbeitsrecht und Wettbewerbsrecht auf europarechtlicher Ebene neu zu definieren, die tarifvertraglichen Rechte von Selbstständigen zu erhellen und einen Rahmen für die nationalen Gesetzgeber und Kartellbehörden vorzugeben. Eine Gelegenheit, die bestehenden Rechtsunsicherheiten für die beteiligten Akteure auf nationaler und europarechtlicher Ebene zu beseitigen. Letztlich soll kritisch gewürdigt werden,

*Der Autor ist Rechtsreferendar am Landgericht Frankfurt am Main und ehemaliger Student der Goethe-Universität, Frankfurt.



Attribution 4.0 International (CC BY 4.0)

Zitieren als: Nefiz, C. (2023). Tarifverträge für Selbstständige und ihre Vereinbarkeit mit dem EU-Wettbewerbsrecht, *FraLR* 1(1), 10-18. DOI: 10.21248/gups.72203

¹Amtsblatt der Europäischen Union – 2022/C 123/3; Von Steinau-Steinrück/Jöris, DB 2020, 2353.

²Amtsblatt der Europäischen Union – 2022/C 123/01.

inwieweit dieser Vorstoß der Europäischen Kommission der (kollektiv-)arbeitsrechtlichen und kartellrechtlichen Situation von Selbstständigen gerecht wird, oder doch die Chance vertan wird, das Momentum der derzeitigen Diskussion für eine weitreichende Reform zu nutzen.³

B. Tarifvertragsfreiheit für Selbstständige nach nationalem Recht

I. Arbeitnehmereigenschaft von Selbstständigen

Nach der Legaldefinition des § 611a Abs. 1 S. 1 BGB werden Arbeitnehmer, im Rahmen eines Arbeitsvertrags, im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet. Nach diesen Kriterien handelt es sich bei Selbstständigen qua Definition nicht um Arbeitnehmer im Sinne des § 611a BGB.

Von besonderer Relevanz für die folgende Diskussion über die Tarifvertragsfreiheit von Selbstständigen ist die Frage, woran genau die Einordnung von Selbstständigen als Arbeitnehmer scheitert.⁴ Insbesondere das ausschlaggebende Kriterium der persönlichen Abhängigkeit soll hier zur Abgrenzung der Selbstständigkeit von der abhängigen Beschäftigung beleuchtet werden.⁵ In diesem Sinne stellt § 84 Abs. 1 S. 2 HGB klar, dass selbstständig ist, wer im Wesentlichen frei von arbeitgeberseitigen Weisungen seine Tätigkeit und Arbeitszeit bestimmen kann und damit keine Weisungsgebundenheit im Sinne des § 611a Abs. 1 S. 3 BGB aufweist.⁶ Folglich fehlt es jenen Selbstständigen an einer persönlichen Abhängigkeit von einem Arbeitgeber, soweit diese, je nach Einzelfall, beispielsweise ihre Arbeits- und Urlaubszeit sowie den Arbeitsumfang dem Grunde nach frei gestalten können.⁷ Der Rechtsordnung lässt sich demnach das Verständnis entnehmen, dass Selbstständige regelmäßig persönlich und wirtschaftlich unabhängig sind und ihre Existenz mit eigenen Mitteln sichern können.⁸ Insoweit sind Selbstständige an keinen Arbeitgeber gebunden, können ihre Auftraggeber selbst auswählen und die Auftragsmodalitäten bestimmen.⁹

Dennoch sind Konstellationen möglich, in denen trotz Fehlens der persönlichen Abhängigkeit eine gewisse Schutzbedürftigkeit auch für Selbstständige bestehen kann. Dies zeigt ein Blick auf den an späterer Stelle noch zu erörternden § 12a TVG, der eine gewisse wirtschaftliche Abhängigkeit und soziale Schutzbedürftigkeit für die Einordnung als arbeitnehmerähnliche Person voraussetzt.¹⁰ § 12a TVG enthält die gesetzgeberische Entscheidung, den Schutz des Arbeitsrechts auch auf Personen außerhalb des § 611a BGB zu erstrecken, soweit ein vergleichbares Abhängigkeitsverhältnis besteht.¹¹ Schließlich lässt sich bereits an dieser Stelle feststellen, dass Selbstständigen auf arbeitsrechtlicher Ebene nicht per se aufgrund der Klassifizierung als Nicht-Arbeitnehmer der Schutzbedarf abgesprochen werden kann, sondern andere Kriterien als die des § 611a BGB für die Beurteilung der Schutzbedürftigkeit, zumindest mit Blick auf die Einbeziehung in die Koalitionsfreiheit, relevant sein können.

II. Teilnahme am Koalitionsgrundrecht

Bei der rechtlichen Würdigung der Teilnahme von Selbstständigen am Prozess der Kollektivierung zur Steuerung ihrer Arbeitsbedingungen, beziehungsweise ihrer Leistungsbedingungen, geht es primär um die Frage, ob Selbstständige vom Schutz des Art. 9 Abs. 3 GG erfasst sind.¹² Die Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG garantiert jedermann das Recht, zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden. Von dem persönlichen Schutzbereich des Koalitionsgrundrechts sind aus historischer Sicht nur Arbeitnehmer erfasst.

Entwicklungsgeschichtlich ist die Koalitionsfreiheit als solche auf die Zeit der Industrialisierung im Laufe des 19. Jahrhunderts und der Entstehung von Zusammenschlüssen von Arbeitnehmern zurückzuführen.¹³ In diesem Sinne erscheint trotz des weiten Wortlauts des Art. 9 Abs. 3 GG, der dem Grunde nach „jedermann“ erfasst, aus historischer Sicht bereits fraglich, ob arbeitnehmerähnliche Personen im Sinne des § 12a TVG vom Schutzbereich des Grundrechts erfasst sind.¹⁴ Die Frage nach der Erfassung von Selbstständigen drängt sich daher erst recht nicht auf, wenn bereits die Erfassung von arbeitnehmerähnlichen Personen ungewiss ist.

Die Frage nach einer Kollektivierung zur Interessendurchsetzung mag aufgrund des besonderen Abhängigkeitsverhältnisses und der geschwächten Verhandlungsposition auf Arbeitnehmerseite in der Vergangenheit nur bei dem traditionellen Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber von besonderer Relevanz gewesen sein. Die Beschränkung der Diskussion auf jene Verhältnisse ließe jedoch den festzustellenden Wandel des Arbeitsmarktes in Bezug auf selbstständige Tätigkeiten unberücksichtigt. Im Hinblick auf Verhandlungsdisproportionalitäten ist die Situation von vielen Selbstständigen mit Konstellationen eines Arbeitsverhältnisses vergleichbar. So kann nach einem modernen Verständnis des Art. 9 Abs. 3 GG davon ausgegangen werden, dass es sich bei der Koalitionsfreiheit um eine grundrechtliche Gewährleistung handelt, die sich an Veränderungen des Arbeitsmarktes anpassen kann und insoweit, wofür auch der weite Wortlaut spricht, offen für einen etwaigen sozioökonomischen Wandel ist.¹⁵

³Rainone/Countouris, ETUI Policy Brief 2021.11, S. 2.

⁴Rummel in Waas/Hießl (2021), Collective Bargaining for Self-Employed Workers in Europe – Approaches to Reconcile Competition Law and Labour Rights, S. 125.

⁵Mansel in Jauernig BGB, § 611a Rn. 3.

⁶Rummel in Waas/Hießl, S. 126.

⁷BAG v. 27.06.2001, NJW 2002, 2125 (2126); Mansel in Jauernig BGB, § 611a Rn. 3.

⁸Rummel in Waas/Hießl, S. 127.

⁹Rummel in Waas/Hießl, S. 127.

¹⁰Löwisch/Rieble TVG, § 12a Rn. 29.

¹¹Franzen in ErfK Arbeitsrecht TVG, § 12a Rn. 1.

¹²Bayreuther, SR Sonderausgabe Juli 2019, S. 7; Waltermann, RdA 2019, 94 (100).

¹³Höfling in Sachs GG, Art. 9 Rn. 1; Mohr, EuZA 2018, 436 (447).

¹⁴Bayreuther (2018), Sicherung der Leistungsbedingungen von (Solo-)Selbstständigen, Crowdworkern und anderen Plattformbeschäftigten, S. 68.

¹⁵Höfling in Sachs GG, Art. 9 Rn. 54; Waltermann, RdA 2019, 94 (100).

In diesem Sinne hat das Bundesarbeitsgericht bereits in Bezug auf arbeitnehmerähnliche Personen, die unter § 12a TVG fallen, entschieden, dass diese vom Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG erfasst sind.¹⁶ Das BAG stellt klar, dass die Koalitionsfreiheit bereits aufgrund ihres Verfassungsstatus auch auf arbeitnehmerähnliche Personen Anwendung finden müsse und nicht erst einer Erweiterung durch das TVG bedürfe.¹⁷ Folglich kann sich die Frage, ob auch Solo-Selbstständige vom persönlichen Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG erfasst sind, nicht mit der Feststellung begnügen, dass jene Selbstständige, die nicht die Voraussetzungen des § 12a TVG erfüllen, nicht den Schutz der Koalitionsfreiheit genießen.¹⁸ Vielmehr ist es sinnvoll, nach Sinn und Zweck des Art. 9 Abs. 3 GG die Erfassung von Solo-Selbstständigen an anderen Kriterien, wie zum Beispiel der individuellen Schutzbedürftigkeit des Selbstständigen, zu bemessen.¹⁹ Ein mit einem Arbeitnehmer oder einer arbeitnehmerähnlichen Person vergleichbarer Schutzbedarf kann insbesondere dann bestehen, wenn dem Selbstständigen zwar keine gänzliche wirtschaftliche Abhängigkeit von einem Auftraggeber zugesprochen werden kann, dieser dennoch aufgrund einer asymmetrischen Beziehung zu seinen Verhandlungspartnern in eine schwache Verhandlungsposition gedrängt würde, könnte er seine Interessen nicht im Sinne der Koalitionsfreiheit vertreten.²⁰

Ferner entspricht eine solche Herangehensweise dem Diskurs über die Einbeziehung von Selbstständigen in das Sozialrecht.²¹ Demnach erscheint es inkonsequent, nicht auch die Frage nach der Möglichkeit für Selbstständige, ihre Interessen als Kollektiv durchzusetzen, zu stellen. Es ist auch nicht sinnvoll, die Einbeziehung von Solo-Selbstständigen in das Tarifvertragsrecht als Alternativlösung zur Absicherung im Rahmen des Sozialversicherungsrechts zu verstehen; vielmehr ist hierin die Chance zur Etablierung eines Gesamtkonstrukts zur Festigung der Interessen von Selbstständigen zu sehen.²²

Letztlich handelt es sich bei der Koalitionsfreiheit auch nach dem Bundesverfassungsgericht um ein entwicklungsoffenes Grundrecht, bei dessen Auslegung nicht gänzlich auf das traditionelle Verständnis zurückgegriffen werden muss.²³ Die Konzeption des Art. 9 Abs. 3 GG als Freiheitsrecht, das die Freiheit zum Zusammenschluss zu Vereinigungen zwecks Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen gewährleistet, gebiete, das Interesse der Teilnehmer des Arbeits- und Wirtschaftslebens an die jeweiligen Gegebenheiten und Neuerungen anzupassen.²⁴ Nur dadurch kann garantiert werden, dass eine interessengerechte Vertretung auch außerhalb des traditionellen Arbeitsverhältnisses durch Kollektivierung möglich ist. Mithin legt es der Sinn und Zweck des Art. 9 Abs. 3 GG nahe, die Koalitionsfreiheit nicht im Sinne des dem § 611a BGB zugrundeliegenden Arbeitnehmerbegriffs zu beschränken, sondern auf Beschäftigungsverhältnisse zu erstrecken, bei denen es zur Wahrung interessengerechter Arbeits- beziehungsweise Auftragsverhältnisse unerlässlich ist, dem jeweiligen Vertragspartner durch Bildung eines kollektiven Gegengewichts entgegenzutreten.²⁵

Dennoch bleibt es dem Gesetzgeber vorbehalten, die Tragweite des Art. 9 Abs. 3 GG an Veränderungen anzupassen

oder sie in gebotenem Maße zum Schutze anderer Rechtsgüter entsprechend zu beschränken.²⁶ In diesem Sinne eröffnet § 12a TVG auch für arbeitnehmerähnliche Personen die Möglichkeit, Tarifverträge zu schließen. Ähnliche Regelungen stellen § 17 HAG und § 36 UrhG dar.²⁷

Bereits der Wortlaut des § 12a TVG lässt jedoch erkennen, dass nur ein Teil der Selbstständigen erfasst sind. Die wirtschaftliche Abhängigkeit sowie die einem Arbeitnehmer vergleichbare soziale Schutzbedürftigkeit resultiert nach § 12a Abs. 1 Nr. 1 TVG aus einer überwiegenden persönlichen Tätigkeit für eine Person oder dem Bezug von mehr als 50 % des Entgelts von einem Auftraggeber. Damit fallen jene Selbstständige, die regelmäßig für mehrere Auftraggeber tätig werden, nicht in den Anwendungsbereich des § 12a TVG.²⁸ § 12a TVG setzt damit eine so enge Bindung an einen Auftraggeber voraus, dass dem Selbstständigen ohne die Aufträge dieses Auftraggebers der Verlust seiner Existenzgrundlage drohen würde.²⁹

In diesem Kontext fallen beispielsweise im Bereich der Plattformarbeit tätige Selbstständige in der Regel nicht unter § 12a TVG, sodass es ihnen nicht möglich ist, ihre Auftragsbedingungen tarifvertraglich und damit auf Augenhöhe mit den Auftraggebern zu bestimmen, es sei denn, sie können ein Abhängigkeitsverhältnis im Sinne des § 12a TVG nachweisen. Dies wird ihnen bei Tätigkeit für verschiedene Auftraggeber, ohne dass es sich bei den Aufträgen, die auf einen dieser verschiedenen Auftraggeber zurückzuführen sind, um die Existenzgrundlage des Selbstständigen handelt, in der Regel jedoch nicht gelingen.³⁰ Insoweit wird unter Berücksichtigung der Plattformarbeiter und neuerer Formen von Digitalarbeit deutlich, dass die jetzige Fassung des § 12a TVG noch immer Schutzlücken im Bereich der Selbstständigkeit aufweist.³¹ Selbst bei Nichtbeachtung der Frage nach der Einordnung als arbeitnehmerähnliche Person erscheint zudem noch immer der Gedanke an die Möglichkeit, als Selbstständiger seine Arbeitsbedingungen durch Beitritt in einen tariffähigen Verein im Sinne des § 2 Abs. 1 TVG

¹⁶BAG 15.02.2005 – 9 AZR 51/04 unter I.2.b.aa.

¹⁷BAG 15.02.2005 – 9 AZR 51/04; Anders etwa: Löwisch/Rieble TVG, § 12a Rn. 4.

¹⁸Waltermann, RdA 2019, 94 (100).

¹⁹Bayreuther, SR Sonderausgabe Juli 2019, S. 7; Löwisch/Rieble TVG, § 12a Rn. 2.

²⁰Bayreuther, SR Sonderausgabe Juli 2019, S. 7.

²¹Bayreuther, SR Sonderausgabe Juli 2019, S. 7; Waltermann, RdA 2019, 94 (97).

²²Asshoff, NZA 2021, 1526.

²³BVerfG NJW 1979, 699 (708).

²⁴BVerfG NJW 1979, 699 (708); Scholz in Maunz/Dürig GG, Art. 9 Rn. 180.

²⁵Löwisch/Rieble TVG, § 12a Rn. 2.

²⁶BVerfG NJW 1979, 699 (709); Löwisch/Rieble TVG, § 2 Rn. 9.

²⁷Seifert (2022), Kollektivverträge für wirtschaftlich abhängige Selbstständige und unionsrechtliches Kartellverbot, S. 30 ff.

²⁸Bayreuther, SR Sonderausgabe Juli 2019, S. 4, 5; Von Steinau-Steinrück/Jöris, DB 2020, 2353 (2355); Waltermann, RdA 2019, 94 (100).

²⁹BAG 2.10.1990 – 4 AZR 106/90, NZA 1991, 239; Bayreuther, S. 25.

³⁰Bayreuther, S. 26.

³¹Bayreuther, S. 26.

durch Tarifverträge zu gestalten, der Tarifpraxis fremd zu sein.³²

Letztlich ist auch für die Klärung des Verhältnisses von Tarifvertragsrecht und Kartellrecht auf nationaler Ebene relevant, ob Selbstständige in den Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG einbezogen sind. Tarifverträge beschränken den Wettbewerb auf dem Arbeitsmarkt insoweit, als sie im Rahmen ihrer Geltung Arbeitsbedingungen festsetzen und so einen freien Markt nicht zulassen.³³ Durch den Einbezug der Selbstständigen in den Schutzbereich des Koalitionsgrundrechts könnte eine Privilegierung von Kollektivmaßnahmen erreicht werden; kartellrechtliche Regelungen wären im Lichte des Grundrechts auszulegen.³⁴

III. Selbstorganisation und Arbeitskampf

Neben der rechtlichen Einbeziehung von Selbstständigen in das Tarifvertragsrecht sind auch praktische Hürden zu überwinden, um Selbstständigen die kollektive Organisation und möglicherweise die Durchführung von Arbeitskampfmaßnahmen zu ermöglichen. Gewerkschaften wie Ver.di und die IG Metall haben Selbstständigen seit einigen Jahren die Möglichkeit einer Mitgliedschaft eröffnet und ihr Angebot zum Beispiel in Bezug auf Crowdworker seit jeher erweitert.³⁵ Mangels fehlender rechtlicher Grundlage kamen bisher keine Tarifverträge für Selbstständige zustande, sodass sich die Frage nach alternativen Maßnahmen zur Interessensdurchsetzung stellte. Initiativen wie „Fair Crowd Work“ versuchen daher, neben der reinen Informationsvermittlung den Austausch von Crowd-, App- und Plattformarbeitern zu fördern.³⁶ Hierneben bieten die Gewerkschaften beispielsweise Crowdworkern an, Plattformen zu bewerten und so ihre Erfahrungen mit anderen Crowdworkern zu teilen.³⁷ Bisher fällt es den Gewerkschaften jedoch schwer, Selbstständige als Mitglieder zu gewinnen und diese zu organisieren.³⁸

C. Unionsrechtliche Einordnung

I. Kartellrechtliche Einordnung

Eine rein nationale Anstrengung kann das Problem der Einbeziehung von Selbstständigen in das Tarifvertragsrechtssystem in Europa nicht nachhaltig lösen. In dem rechtlichen Kontext der Einbeziehung von Solo-Selbstständigen in das Tarifrecht kommt es auf Fragen des Europäischen Kartellrechts an.³⁹

Nach dem weiten Verständnis des EuGH, nach dem im Rahmen des Wettbewerbsrechts „der Begriff des Unternehmens jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit“ umfasst, gelten auch Selbstständige, die Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anbieten, als Unternehmer im Sinne des Europäischen Kartellrechts.⁴⁰

Das Aufeinandertreffen von Tarifvertragsrecht und Kartellrecht rückte durch die Ausführungen des Europäischen Gerichtshofs in einer Reihe von Entscheidungen, erstmals in der Rechtssache Albany, in den Vordergrund.⁴¹ Der Europäische Gerichtshof stellte in diesem Zusammenhang fest, dass Tarifverträgen notwendigerweise eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung zukommt.⁴² Zur Erreichung von sozialpolitischen Zielen, die unter anderem in

den Art. 151 ff. AEUV kodifiziert sind, sowie zum Schutze der Tarifautonomie im Sinne der Art. 28 GRCh, Art. 11 EMRK, könnte es im Einzelfall dennoch erforderlich sein, die kartellrechtlichen Regeln hinter die kollektivrechtlichen Interessen zu stellen und die Tarifverhandlungen zwischen den Sozialpartnern vom Anwendungsbereich des Art. 101 AEUV auszunehmen.⁴³

Im Jahr 2014 wies der Europäische Gerichtshof ergänzend hierzu in der Rechtssache FNV Kunsten darauf hin, dass diese Ausnahme von den jeweiligen kartellrechtlichen Verboten nur für Tarifverhandlungen gilt, die Arbeitnehmer erfassen, sodass Kollektivabreden von Selbstständigen bzw. für Selbstständige weiterhin den Beschränkungen des Art. 101 Abs. 1 AEUV unterliegen.⁴⁴

Eine Erweiterung dieser Ausnahme sieht der EuGH lediglich für sogenannte Scheinselbstständige vor, die das Gericht als „Leistungserbringer, die sich in einer vergleichbaren Situation wie die Arbeitnehmer befinden“, beschreibt.⁴⁵ Fraglich ist hierbei aus deutscher Sicht, insbesondere in Anbetracht der dem Unionsrecht fremden Differenzierung zwischen Arbeitnehmern und arbeitnehmerähnlichen Personen im Sinne des § 12a TVG, welche Personengruppen der EuGH auf Unionsebene erfassen wollte.⁴⁶

In diesem Sinne könnten die Ausführungen des EuGH dahingehend interpretiert werden, dass der Gerichtshof jene Fälle inkludieren wollte, bei denen ein Auseinanderfallen des Arbeitnehmerbegriffs auf nationaler und dem Arbeitnehmerbegriff auf europarechtlicher Ebene zu verzeichnen ist.⁴⁷ Im Sinne einer Vereinheitlichung des

³²Gärtner (2020), Koalitionsfreiheit und Crowdwork - Zur Kollektivierung der Beschäftigteninteressen soloselbstständiger Crowdworker, S. 123.

³³Klapperich, NZKart 2020, 125 (125); Preis/Greiner (2020), Arbeitsrecht - Kollektivarbeitsrecht 5. Aufl., Rn. 231.

³⁴Bayreuther, S. 92; Das Verhältnis von Arbeitsrecht und Kartellrecht wird hier auf unionsrechtlicher Ebene behandelt.

³⁵Bayreuther, S. 66; Satzung IG Metall, https://www.igmetall.de/download/20191231_IGM.Satzung_2020_web_4bc0a0e0054f65e751cf12b6d4b17c76d0a01873.pdf (zuletzt abgerufen am 07.01.2023), S. 11; Ver.di, Flyer, https://selbststaendige.verdi.de/+ +file+ +5645fe05aa698e0765000448/download/verdi_selbststaendige.pdf (zuletzt abgerufen am 07.01.2023).

³⁶<http://faircrowd.work/de/> (zuletzt abgerufen am 07.01.2023).

³⁷IG Metall: <https://www.wette.de/faircrowdwork/> (zuletzt abgerufen am 07.01.2023); Ver.di: <https://www.ich-bin-mehr-wert.de> (zuletzt abgerufen am 07.01.2023).

³⁸Fulton (2018), Trade unions protecting self-employed workers – why self-employed workers need better rights? What unions are doing? Which priorities for the future?, S. 11.

³⁹Kocher, ZEuP 2021, 606 (630 ff.).

⁴⁰EuGH v. 23.04.1991 – C-41/90 NZA 1991, 447; EuGH v. 18.06.1998 – C-35/96 (Kommission/Italien) EuZW 1999, 93.

⁴¹EuGH v. 21.9.1999 – C-67/97 (Albany).

⁴²EuGH v. 21.9.1999 – C-67/97 Rn. 59 (Albany).

⁴³EuGH v. 21.9.1999 – C-67/97 Rn. 59 (Albany); Asshoff, NZA 2021, 1526 (1531); Mohr, EuZA 436 (451 f.).

⁴⁴EuGH v. 4.12.2014 – C-413/13 – NZA 2015, 55 (56) (FNV Kunsten).

⁴⁵EuGH v. 4.12.2014 – C-413/13 – NZA 2015, 55 (57) (FNV Kunsten).

⁴⁶Bayreuther, SR Sonderausgabe Juli 2019, S. 8; Rummel in Waas/Hießl, S. 137.

⁴⁷Rieble (2016), Ordnungsfragen des Tarifvertragsrechts, S. 80.

Kartellrechts sind Scheinselbstständige damit jene Personen, die aus europarechtlicher Sicht unter den Arbeitnehmerbegriff subsumiert werden können, auch wenn sie nach der nationalen Rechtsordnung als Selbstständige angesehen werden könnten.⁴⁸ Folglich führte der EuGH nach diesem Verständnis mit den Scheinselbstständigen gerade keine neue Kategorie von Selbstständigen ein, sondern wurde zur Klarstellung sowie zur Vermeidung von unterschiedlichen Ergebnissen auf nationaler und unionsrechtlicher Ebene tätig.

Andererseits lässt sich anführen, dass nach diesem Verständnis der FNV Kunsten Entscheidung in Anbetracht der vorangegangenen Albany-Rechtsprechung kein eigener Regelungsgehalt zuzusprechen wäre.⁴⁹ Insoweit läge es aus deutscher Sicht nicht fern, auch Tarifverhandlungen von arbeitnehmerähnlichen Personen, etwa im Sinne des § 12a TVG, aus dem Anwendungsbereich der Wettbewerbsverbote herauszunehmen.⁵⁰

Hervorzuheben ist, dass der EuGH allmählich Abstand zu nehmen scheint von der kategorischen Differenzierung zwischen Arbeitnehmern und Selbstständigen und Konstellationen anerkennt, bei denen die rechtliche Würdigung einer Einzelfallabwägung bedarf. Im Rahmen des auf dem Arbeitsmarkt zunehmenden Geflechts von verschiedenen Arbeitsformen kann insoweit, beispielsweise bei Feststellbarkeit eines Abhängigkeitsverhältnisses, die Annahme der Arbeitnehmereigenschaft naheliegen.⁵¹ Umgekehrt kann im Einzelfall die Unabhängigkeit in den Vordergrund rücken und schließlich die Unternehmereigenschaft im Sinne des Wettbewerbsrechts festgestellt werden.⁵²

Die Grenzen zwischen Kartellrecht und Arbeitsrecht konnten durch die bisherige Rechtsprechung nicht abschließend geklärt werden, sodass die verbleibende Rechtsunsicherheit in Hinblick auf den Einfluss des Kartellrechts und der Durchbrechung des binären Systems von Arbeitnehmern und Selbstständigen noch immer Raum für unterschiedliche Vorgehensweisen der nationalen Behörden innerhalb der Europäischen Union lässt. Diesen Herausforderungen, die mit der Zunahme von modernen Arbeitsformen in den Mittelpunkt des politischen und rechtlichen Diskurses gerückt sind, muss sich die Europäische Union nun stellen.

Wegweisend könnten hierbei als Rechtsquellen zur Gewährleistung der Vereinigungsfreiheit die von den EU-Mitgliedsstaaten ratifizierten ILO-Übereinkommen Nr. 87 und Nr. 98 herangezogen werden, die den Schutz der Vereinigungsfreiheit vor Eingriffen des Staates und durch Arbeitgeber regeln.⁵³ Die für die unverbindlichen Auslegungsempfehlungen der Konventionen zuständigen Spruchkörper, das Committee on Freedom of Association (CFA) und das Committee on the Application of Conventions and Recommendations (CEACR) haben zur Einbeziehung von Selbstständigen bereits Stellung genommen.⁵⁴ Die ILO-Konventionen seien insoweit auszulegen, dass die Arbeitgeber- oder Arbeitnehmereigenschaft kein Vorliegen eines Abhängigkeitsverhältnisses im klassischen Sinne voraussetze. Vielmehr erfasse der Anwendungsbereich der Konventionen auch Selbstständige.⁵⁵

Dieser Linie folgte auch der EU-Sozialrechtsausschuss im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens gegen eine Maßnahme der irischen Kartellbehörde, die bestimmten

Gruppen von wirtschaftlich abhängigen Selbstständigen den Abschluss von Kollektivvereinbarungen untersagte.⁵⁶ Der zuständige Ausschuss stellte fest, dass Art. 6 Abs. 2 der Europäischen Sozialcharta, der nach seinem Wortlaut ebenfalls nur Arbeitnehmer erfasst, grundsätzlich auch auf wirtschaftlich abhängige Selbstständige anwendbar sei.⁵⁷

Folgerichtig müsste zur Vereinheitlichung und zur Beseitigung von Rechtsunsicherheiten auf Unionsebene klargestellt werden, dass auch die kartellrechtlichen Vorschriften in diesem Sinne auszulegen sind. Nur so kann eine einheitliche Auslegung im Lichte des Verständnisses der ILO-Übereinkommen Nr. 87 und Nr. 98 und des Art. 6 der EU-Sozialcharta erreicht werden.

Wieso gerade im kartellrechtlichen Kontext auf Unionsebene von einer hiervon abweichenden Auslegung Gebrauch gemacht wird, erscheint im Hinblick auf eine völkerrechtskonforme und einheitliche europarechtliche Auslegung äußerst problematisch.

II. Lösungsansätze

Es drängt sich in diesem Zusammenhang die Frage nach der Zeitgemäßheit des Umstandes auf, dass sich kollektive Rechte an einem normativ festgesetzten, kategorischen System orientieren, wie dies auf europäischer Ebene, aber auch in den meisten nationalen Rechtsordnungen der Fall ist.⁵⁸ Dieses kategorische System, das bei der Einstufung einer Person als Arbeitnehmer, Selbstständiger oder, beispielhaft aus deutscher Perspektive, arbeitnehmerähnlicher Person, einer im Wesentlichen binären Struktur folgt, birgt die Gefahr einer künstlichen Differenzierung, die nicht mehr in der Lage ist, die in der modernen Arbeitswelt vorkommenden Arbeitsverhältnisse abzudecken und entsprechende Schutzmechanismen zu etablieren. So besteht die hier wiederholt angesprochene Gefahr, dass das Rechtssystem nicht in der Lage ist, Personengruppen zu erfassen, die nicht so einfach einer dieser Kategorien zuzuordnen sind.

Eine Möglichkeit ist es, unter der grundsätzlichen Beibehaltung dieser kategorischen Aufspaltung und damit insbesondere der Differenzierung zwischen Arbeitnehmern und Selbstständigen Untergruppen von Selbstständigen festzulegen, denen Kollektivrechte zugebilligt werden

⁴⁸Rieble, S. 80.

⁴⁹Bayreuther, SR Sonderausgabe Juli 2019, S. 8.

⁵⁰Bayreuther, SR Sonderausgabe Juli 2019, S. 8.

⁵¹Lianos in Waas/Hießl, S. 301.

⁵²Lianos in Waas/Hießl, S. 301.

⁵³Gernigon/Odero/Guido, ILO, International labour standards – a global approach, S. 18 f.

⁵⁴CFA, Compilation of decisions of the CFA, 6. Ed. (2018), Artt. 387 – 389; ILO, Application of International Labour Standards 2020, Report of the CEACR, S. 76.

⁵⁵CFA, Compilation of decisions of the CFA, 6. Ed. (2018), Artt. 387 – 389; ILO, Application of International Labour Standards 2020, Report of the CEACR, S. 76.

⁵⁶ICTU v. Ireland, Complaint No. 123/2016.

⁵⁷ICTU v. Ireland, Complaint No. 123/2016, Decision on the merits, Rn. 34 ff.

⁵⁸Rainone/Countouris, S. 2.

könnten. So könnten Ausnahmenvorschriften für diese Personengruppen implementiert werden, welche beispielsweise den Anwendungsbereich von Wettbewerbsverboten auf nationaler oder europäischer Ebene in Hinblick auf diese Gruppen von Selbstständigen modifizieren. Insoweit könnte an dem von der Rechtsprechung gefundenen Terminus der Scheinselbstständigkeit festgehalten und dieser auf weitere schutzbedürftige Gruppen von Selbstständigen erweitert werden, beziehungsweise die Voraussetzungen für die Annahme einer von der Rechtsprechung des EuGH bereits anerkannten Scheinselbstständigkeit entsprechend modifiziert werden.⁵⁹

Eine Alternativmöglichkeit wäre, die bestehenden Kategorien, insbesondere den Arbeitnehmerbegriff, auf europarechtlicher Ebene gänzlich neu zu denken. Möglich wäre es, für das Arbeitsrecht und das Kartellrecht voneinander unabhängige Definitionen einzuführen, um so den Besonderheiten des jeweiligen Regelungsgebiets gerecht zu werden. So könnte auf der einen Seite an der für das Arbeitsrecht bestehenden Arbeitnehmerdefinition festgehalten werden, während auf der anderen Seite flexiblere Lösungen für das Kartellrecht gefunden werden könnten, die sich an die Gegebenheiten des Marktes anpassen, ohne die für das Kartellrecht notwendige Differenzierung zwischen Arbeitnehmern und Unternehmen zu hinterfragen.⁶⁰

Überdies könnten, anstatt an den genannten normativen Kriterien, die eine Person zu einem Arbeitnehmer oder Selbstständigen machen, festzuhalten, Umstände und Voraussetzungen definiert werden, bei deren Vorliegen davon auszugehen ist, dass eine Partei sich gegenüber der anderen Partei in einer schwachen Verhandlungsposition befindet und damit schutzbedürftig ist.⁶¹ So könnte verhindert werden, dass die dominante Verhandlungspartei die Arbeitskosten nach unten treibt und der Auftragnehmer keine marktgerechte Vergütung erhält.⁶² Unabhängig von der Einstufung als Arbeitnehmer oder Selbstständiger könnten so jene Fälle erfasst werden, bei denen sich das Ungleichgewicht der Verhandlungspartner zuungunsten der Auftragnehmer negativ auf die Arbeitsbedingungen auswirkt.⁶³ Ein beispielhaft und nicht abschließend zu nennender Umstand, der, geprägt von der Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache FNV Kunsten, hierfür relevant sein sollte, wäre die Erbringung von vornehmlich persönlicher Arbeit und Dienstleistungen durch den Selbstständigen.⁶⁴ Nicht erstrebenswert wäre es hingegen, sich bei der Lösungsfindung aufgrund des aktuellen Diskurses nur auf die digitalen Plattformarbeiter zu beschränken; vielmehr sind auch Situationen außerhalb dieser Form der Beschäftigung zu evaluieren, bei denen eine wirtschaftliche Abhängigkeit und Schutzbedürftigkeit der Selbstständigen bestehen kann.

All dies zeigt jedoch, dass auf europarechtlicher Ebene unterschiedliche Möglichkeiten bestehen, die Grenzen zwischen dem Arbeitsrecht und dem Wettbewerbsrecht neu zu definieren und so zum Schutz von Selbstständigen beizutragen, ohne die wettbewerbsschützenden Vorschriften gänzlich auszuhöhlen.

III. Leitlinien der Kommission

Eine weitere Möglichkeit, die Grenzen zwischen dem Tarifvertragsrecht und dem Wettbewerbsrecht auf europäischer Ebene zu bestimmen, sieht die Europäische Kommission in ihren am Ende des Jahres 2021 zur Diskussion veröffentlichten und Anfang 2022 genehmigten Leitlinien zur Anwendung des EU-Wettbewerbsrechts auf Tarifverträge über die Arbeitsbedingungen von Solo-Selbstständigen.⁶⁵ Hiermit versucht die Kommission, eine Antwort auf die aufgezeigten Veränderungen in der Arbeitswelt zu finden und die Probleme zu lösen, die sich mit der bisherigen Umsetzung der Rechtsprechung des EuGH, insbesondere durch die nationalen Kartellbehörden, ergeben.⁶⁶ In den Leitlinien bekennt sich die Kommission zum in Art. 3 Abs. 3 EUV verankerten Ziel, eine wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft zu etablieren und im Sinne des Art. 152 AEUV den sozialen Dialog zu fördern sowie das in Art. 28 GrCH garantierte Recht auf Kollektivverhandlungen und Kollektivmaßnahmen zu stärken.⁶⁷ Ziel der Leitlinien sei es außerdem, die sozialen Grundsätze der Erreichung von besseren Arbeitsbedingungen und einer angemessenen Absicherung innerhalb der Europäischen Union zu fördern.⁶⁸ Diese Ziele versucht die Kommission im Hinblick auf ihre eingeschränkte Kompetenz zur Regelung des Koalitionsrechts im Sinne des Art. 153 Abs. 5 AEUV auf mittelbarem Wege durch die Änderung der Auslegung des Wettbewerbsrechts, insbesondere des Art. 101 AEUV, zu erreichen.

Mit den dargestellten Leitlinien unternimmt die Europäische Kommission einen Versuch, die Situation von Solo-Selbstständigen in Hinblick auf ihre Arbeitsbedingungen zu verbessern, indem sie verschiedene Gruppen von Selbstständigen als aus dem kartellrechtlichen Beschränkungsrahmen exkludiert betrachtet beziehungsweise Durchsetzungsprioritäten der Kommission festlegt. Die Leitlinien legen in ihrem dritten Abschnitt Gruppen von Selbstständigen fest, die nicht unter Art. 101 AEUV fallen sollen; hierunter beispielsweise wirtschaftlich abhängige Solo-Selbstständige.⁶⁹ Im vierten Abschnitt werden sodann die Durchsetzungsprioritäten der Kommission festgelegt und aufgezeigt, in welchen Fällen die Kommission ausnahmsweise nicht gegen Tarifverträge von Selbstständigen vorgehen wird.⁷⁰

Es bleibt dennoch zu analysieren, ob dieser Vorstoß tatsächlich in der Lage ist, die gesetzten Ziele zu erreichen oder ob hierin eine versäumte Gelegenheit zu sehen ist, die tarifvertragsrechtliche Lage von Selbstständigen von Grund aus zu überdenken. Seit der Veröffentlichung und

⁵⁹EuGH v. 4.12. 2014 – C-413/13 – NZA 2015, 55 (57) (FNV Kunsten); Lianos in Waas/Hießl, S. 313.

⁶⁰Lianos in Waas/Hießl, S. 315.

⁶¹Rainone/Countouris, S. 5.

⁶²Rainone/Countouris, S. 5.

⁶³Rainone/Countouris, S. 5.

⁶⁴Lianos in Waas/Hießl, S. 319; Rainone/Countouris, S. 5.

⁶⁵Amtsblatt der Europäischen Union – 2022/C 123/1.

⁶⁶Rainone/Countouris, S. 2.

⁶⁷Amtsblatt der Europäischen Union – 2022/C 123/2.

⁶⁸Amtsblatt der Europäischen Union – 2022/C 123/2.

⁶⁹Amtsblatt der Europäischen Union – 2022/C 123/6.

⁷⁰Amtsblatt der Europäischen Union – 2022/C 123/9.

insbesondere im Konsultationsverfahren der Leitlinien haben sich zahlreiche Gewerkschaften und andere Verbände sowie von den Leitlinien betroffene Unionsbürger zu den Leitlinien geäußert und Lob sowie Kritik in entsprechenden Stellungnahmen kundgetan. Insgesamt lässt sich die Tendenz erkennen, dass der Vorstoß der Europäischen Kommission dem Grunde nach als ein Schritt in die richtige Richtung wahrgenommen wird.⁷¹

1. Anwendungsbereich Bei Heranziehung der vorläufigen Folgenabschätzung der Europäischen Kommission zu den geplanten Änderungen lässt sich feststellen, dass sich die Kommission erfreulicherweise nicht dafür entschieden hat, die Leitlinien lediglich auf Plattformarbeiter zu beschränken.⁷² Eine solche Differenzierung wäre dem Narrativ der FNV Kunsten Entscheidung, bei der es gerade nicht um Plattformarbeiter ging, nicht gerecht geworden und hätte nur bedingt zur Lösung des aufgezeigten Problems beigetragen, das nicht nur Plattformarbeiter betrifft.⁷³ Letztendlich hat sich die Europäische Kommission auch dagegen entschieden, ausnahmslos alle Solo-Selbstständigen zu erfassen.⁷⁴ Damit legt die Kommission mit den Leitlinien als Ergebnis des Konsultationsverfahrens eine Kompromisslösung vor, die bestimmte Personengruppen von Solo-Selbstständigen erfasst, andere wiederum weiterhin unberücksichtigt lässt. Hiernach werden die Leitlinien, was nicht überrascht, je nach eigener Klientel von den Gewerkschaften und anderen Organisationen, die ihre Stellungnahme abgegeben haben, hauptsächlich hinsichtlich ihrer Reichweite bemängelt.

In diesem Sinne wird von verschiedenen Organisationen unter anderem auch gefordert, eine ausnahmslose Erstreckung der Leitlinien auf alle Selbstständigen zu erreichen. Hierbei bleibt zu erörtern, inwiefern die von den Leitlinien getroffene Begriffsdefinition für die erfassten Solo-Selbstständigen, das von der EU-Kommission zu lösende Problem tatsächlich bereinigt. Von den Leitlinien werden Selbstständige erfasst, die „in erster Linie auf die eigene Arbeitskraft angewiesen sind“.⁷⁵ Zunächst wird vorgeschlagen, die Formulierung „in erster Linie“ durch „überwiegend“ zu ersetzen.⁷⁶ Eine entsprechende Änderung der Begriffsdefinition könne aufgrund der geringeren Schwelle zu einer Inklusion weiterer schutzbedürftiger Solo-Selbstständiger führen.⁷⁷ Ferner sei die Formulierung „in erster Linie“ mit einer gewissen Unbestimmtheit behaftet und führe zu Rechtsunsicherheiten bei der Rechtsanwendung in Hinblick auf Selbstständige an der Grenze dieser von der Kommission gewählten Definition.⁷⁸

Die Europäische Kommission führt, wie bereits dargestellt, präzise aus, welche Personen unter die Leitlinien fallen, sodass die Kritik der Gewerkschaften in puncto Rechtsunsicherheit und Unbestimmtheit hier nur bedingt geteilt wird. Nebstdem kann kritisiert werden, dass weiterhin Konstellationen denkbar sind, bei denen Selbstständige, die einen vergleichbaren Schutzbedarf aufweisen wie die erfassten Personen, gerade nicht von den Leitlinien erfasst sein könnten. Dennoch gelingt es durch diese Einschränkung, jene Selbstständige auszunehmen, bei denen die Erbringung der Leistung nicht auf eigener Arbeitskraft beruht. Im Übrigen wird der besonderen Situation von Solo-Selbstständigen in Abgrenzung zu Selbstständigen mit mindestens einem Beschäftigten

Rechnung getragen, die nach einer im Auftrag des Europäischen Parlaments durchgeführten Studie nicht mit denselben prekären Arbeitsbedingungen konfrontiert sind wie jene Selbstständige ohne eigene Beschäftigte.⁷⁹

Problematisch erscheint weiterhin, dass die Leitlinien von einem statischen Markt ausgehen.⁸⁰ So wird nicht explizit geregelt, wie Situationen zu behandeln sind, bei denen einst Solo-Selbstständige ohne Beschäftigte sich dazu entschließen, Arbeitnehmer zu beschäftigen. Es entspricht nicht dem Sinn und Zweck der Leitlinien, wenn diese zum einen die Situation von Solo-Selbstständigen verbessern wollen, aber zum anderen das Verständnis vermitteln, ihrem Wachstum im Wege zu stehen. Es ist beispielsweise nicht geregelt, ob Tarifverträge, die ein Solo-Selbstständiger als solcher schließt, beim Ausstieg aus der Solo-Selbstständigkeit, ohne dass dieser Ausstieg zwangsläufig etwas an der Schutzbedürftigkeit des Selbstständigen ändert, unter den entsprechenden Voraussetzungen fortwirken würden. Dieser Problematik kommt ferner besondere Relevanz zu in Konstellationen, bei denen der Solo-Selbstständige zum Beispiel nur saisonal oder auftragsbedingt Personal beschäftigt und damit lediglich außerhalb dieser Zeit als Solo-Selbstständiger angesehen werden könnte.

Weiterhin wird angeführt, dass auch die Definition der wirtschaftlichen Abhängigkeit zu eng gefasst sei.⁸¹ Nach der Europäischen Kommission ist eine wirtschaftliche Abhängigkeit anzunehmen, sobald der Selbstständige ausschließlich oder überwiegend für einen Auftraggeber tätig wird, wobei letztere Konstellation bei einer Erwirtschaftung von mindestens 50 % des jährlichen Arbeitseinkommens von einer Gegenpartei als gegeben anzusehen sei.⁸² Es handelt sich hierbei um eine vom deutschen Gesetzgeber in Hinblick auf § 12a Abs. 1 Nr. 1 lit. b 1. Hs. TVG geteilte (politische) Entscheidung der Europäischen Kommission auf Unionsebene. Auch der von der deutschen Rechtsordnung bekannte § 12a Abs. 1

⁷¹CESI, Consultation Contribution, <https://www.cesi.org/wp-content/uploads/2022/02/2022-C1.pdf> (zuletzt abgerufen am 07.01.2023), S. 1; DGB, Stellungnahme, <https://www.dgb.de/downloadcenter/+co++f35b07a4-93e2-11ec-bcf2-001a4a160123> (zuletzt abgerufen am 07.01.2023), S. 1; Ver.di, Stellungnahme, https://selbststaendige.verdi.de/+file++62164feb93a2d9f9074aad7e/download/220224_verdi-Stellungnahme_EU-Wettbewerbsrechts.Solo-Selbststaendige.pdf (zuletzt abgerufen am 07.01.2023), S. 1.

⁷²Europäische Kommission, Ref. Ares (2021)102652 - 06/01/2021, S. 3.

⁷³Countouris/De Stefano/Lianos, CLES Research Paper Series 2/2021, S. 22.

⁷⁴Europäische Kommission, Ref. Ares (2021)102652 - 06/01/2021, S. 3.

⁷⁵Amtsblatt der Europäischen Union – 2022/C 123/6.

⁷⁶DGB, Stellungnahme, S. 4; Ver.di, Stellungnahme, S. 2.

⁷⁷DGB, Stellungnahme, S. 4; Ver.di, Stellungnahme, S. 2.

⁷⁸DGB, Stellungnahme, S. 4; Ver.di, Stellungnahme, S. 2.

⁷⁹CESI, Consultation Contribution S. 1; Directorate General for internal policies, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/587285/IPOL.STU\(2016\)587285_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/587285/IPOL.STU(2016)587285_EN.pdf) (zuletzt abgerufen am 07.01.2023), S. 169.

⁸⁰SMEunited, Position Paper, <https://www.smeunited.eu/admin/storage/smeunited/20220221-pp-guidelines-final.pdf> (abgerufen am 07.01.2023), S. 3.

⁸¹Ver.di, Stellungnahme, S. 3.

⁸²Amtsblatt der Europäischen Union – 2022/C 123/7.

Nr. 1 lit. b 1. Hs. TVG setzt an diesem Schwellenwert von 50 % an und definiert unter anderem so die Grenze zwischen Selbstständigen und arbeitnehmerähnlichen Personen. Anders als § 12a Abs. 3 TVG differenzieren die Leitlinien der Europäischen Kommission nicht nach der Art der erbrachten Leistung. Nach § 12a Abs. 3 TVG ist die Grenze beispielsweise bei künstlerischen, schriftstellerischen oder journalistischen Leistungen auf einen Drittel des Entgelts herabzusetzen.

Es ist notwendig, zumal rein tatsächlich nicht für alle Solo-Selbstständigen behauptet werden kann, sie seien per se wirtschaftlich abhängig, zur Vermeidung von Rechtsunsicherheiten auf klare Indizien für die Annahme einer wirtschaftlichen Abhängigkeit abzustellen. Die von der Europäischen Kommission aufgestellte Grenze trägt damit zu einer einfacheren Handhabung des Begriffs der wirtschaftlichen Abhängigkeit bei. Es genügt jedoch nicht, sich bei der Feststellung der Schutzbedürftigkeit eines Solo-Selbstständigen lediglich an der Auftragsabhängigkeit zu orientieren.

Insoweit besteht in bestimmten Branchen die Möglichkeit, dass sich die Schutzbedürftigkeit der Solo-Selbstständigen aus einer schwachen Verhandlungsposition ergeben kann. Ein solches Ungleichgewicht ist insbesondere dann anzunehmen, wenn dem Solo-Selbstständigen eine Gegenpartei gegenübersteht, die über eine beherrschende Stellung am Markt verfügt. In diesem Sinne legt die Europäische Kommission fest, nicht gegen Tarifverträge, die von Solo-Selbstständigen mit Gegenparteien geschlossen werden, die über eine gewisse Wirtschaftskraft verfügen, vorgehen zu wollen.⁸³

Es ist zu begrüßen, dass die Europäische Kommission trotz Vorgabe von Schwellenwerten eine gewisse Flexibilität in puncto Beurteilung der wirtschaftlichen Abhängigkeit von Solo-Selbstständigen aufzeigt und neben den genannten Kategorien auch in anderen Konstellationen das Absehen von einem Einschreiten infolge einer bestehenden Verhandlungsasymmetrie zuungunsten des Solo-Selbstständigen für möglich hält. Es ist jedoch abzuwarten, ob auch die Rechtspraxis von einer flexiblen Handhabung geprägt sein wird und inwieweit diese Handhabung nicht doch zu Unsicherheiten bei der Auslegung der von den Leitlinien genannten Kategorien führen könnte.

Im Gegensatz dazu wird argumentiert, dass die Europäische Kommission ihre Zuständigkeit insbesondere in Hinblick auf die unterschiedlichen nationalen Systeme im Arbeitsrecht überschritten habe.⁸⁴ Es sei Aufgabe der nationalen Gesetzgeber, bei Bedarf Sicherungsmechanismen für Solo-Selbstständige in Bezug auf ihre Tarifvertragsfreiheit zu implementieren.⁸⁵ Das Wettbewerbsrecht könne nicht zur Regelung des Koalitionsrechts, das nach Art. 153 Abs. 5 AEUV nicht in den Kompetenzbereich der EU fällt, instrumentalisiert werden.⁸⁶

Im Übrigen wird aufgeführt, dass Kollektivverhandlungen dazu dienen, das Ungleichgewicht zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern zu kompensieren, nicht jedoch zwischen Unternehmen und Solo-Selbstständigen, die im Rahmen des Wettbewerbsrechts ebenfalls als solche anzusehen seien.⁸⁷ Der Leitlinienkatalog der Kommission trage zu Verunsicherungen bei, sowie dazu, dass die

Grenzen zwischen Arbeitsverhältnissen und Unternehmerschaft verschwimmen.⁸⁸ So argumentiert der VGSD in seiner Stellungnahme, dass die überwiegende Zahl der (Solo-)Selbstständigen bereits angemessene Honorare erhielten, die nicht aufgrund von tarifvertraglich niedriger angesetzten Honoraren reduziert werden dürften.⁸⁹ Letztlich führe es in der Praxis zu Verunsicherungen, wenn weder die Selbstständigen noch deren Auftraggeber aufgrund von unbestimmten Leitlinien ihren Status sicher einordnen könnten.⁹⁰

Dem lässt sich entgegenhalten, dass die Leitlinien ausreichend bestimmte Kriterien in Bezug auf ihren Anwendungsbereich festlegen, die, unter Umständen auch durch Ausführungen der Gerichte, in der Praxis an weiterer Klarheit gewinnen werden. Dies ergibt sich ferner aus der Klarstellung der Kommission in den Leitlinien, dass Tarifverträge von Selbstständigen, die nicht unter die Leitlinien fallen, nicht per se mit Art. 101 AEUV unvereinbar sind, sondern eine Einzelfallprüfung erfolgen muss, um etwaige Zweifel auszuschließen.⁹¹

Anknüpfend hieran kann kritisiert werden, dass die Leitlinien keine klaren Erkenntnisse zur Frage danach, was genau in den Tarifverträgen verhandelt werden kann, sowie welche Verhandlungsmaßnahmen während den Tarifverhandlungen ergriffen werden können, liefern. Hierbei handelt es sich jedoch um wesentliche Probleme, deren Nichtbeantwortung durch die Leitlinien zu Unsicherheiten für die verhandelnden Parteien führen kann.⁹²

2. Zulässigkeit von Arbeitskampfmaßnahmen In Zusammenhang mit den Leitlinien der Kommission lässt sich des Weiteren das Problem der Zulässigkeit von Arbeitskampfmaßnahmen nennen, welches ebenfalls Erwähnung in den Leitlinien gefunden hat. Zwar legen die Leitlinien eine restriktive Auslegung des Anwendungsbereichs der Wettbewerbsverbote nahe und stehen somit möglichen Tarifvereinbarungen nicht unmittelbar im Wege, sie beantworten aber die Frage nach der Vereinbarkeit von Kampfmaßnahmen mit dem Kartellrecht nicht. Kampfmaßnahmen können zur Wahrung des Gegenmachtprinzips erforderlich, gar unerlässlich sein, um wirtschaftlichen Druck auf die Gegenpartei auszuüben und so dem Ziel einer tariflichen Gestaltung der Auftragsbedingungen näher zu kommen.⁹³

Dass das Handeln von Selbstständigen als Kollektiv de facto auch als spontane Aktionen mit Arbeitskampfcharakter möglich ist, haben bereits mehrere Kollektivmaßnahmen,

⁸³ Amtsblatt der Europäischen Union – 2022/C 123/9.

⁸⁴ BDA, Stellungnahme, <https://arbeitsgeber.de/wp-content/uploads/2022/02/bda-arbeitgeber-stellungnahme-eu-wettbewerbsrecht-tarifvertraege-solo-selbststaendige-2022.02.pdf> (zuletzt abgerufen am 07.01.2023), S. 3.

⁸⁵ BDA, Stellungnahme, S. 3.

⁸⁶ BDA, Stellungnahme, S. 1; DGB, Stellungnahme, S. 1.

⁸⁷ SMEunited, Position Paper, S. 2.

⁸⁸ SMEunited, Position Paper, S. 2.

⁸⁹ VGSD, Stellungnahme, <https://www.vgsd.de/wp-content/uploads/2021/02/090166e5d928f9c9.pdf> (zuletzt abgerufen am 07.01.2023), S. 1.

⁹⁰ VGSD, Stellungnahme, S. 1.

⁹¹ Amtsblatt der Europäischen Union – 2022/C 123/4.

⁹² SMEunited, Position Paper, S. 3.

⁹³ Seifert, S. 127.

insbesondere Boykottaufrufe, gezeigt.⁹⁴ So musste sich beispielsweise in Deutschland das Bundeskartellamt im Jahr 2008 mit einem Boykottaufruf des Bundesverbandes Deutscher Milchviehhalter beschäftigen, wobei die die Molkereien boykottierenden Milchbauern auf diesem Wege höhere Preise für die Abnahme ihrer Milch erzielen wollten.⁹⁵ Das Bundeskartellamt stufte diesen Boykott als unzulässig ein und sah hierin einen Verstoß gegen § 21 Abs. 1 GWB, wobei dieser als Parallele zu Art. 101 Abs. 1 AEUV im Hinblick auf das aufgestellte Boykottverbot herangezogen werden könnte und sich damit erneut die Frage nach der zukünftigen kartellrechtlichen Handhabung solcher Boykotte auf nationaler und unionsrechtlicher Ebene stellt, die die Leitlinien nicht beantworten.⁹⁶

D. Fazit

Die vorangegangenen Ausführungen haben gezeigt, dass im Hinblick auf Selbstständige und ihr Tarifvertragsrecht in Deutschland sowie in der Europäischen Union Handlungsbedarf besteht. Es ist in diesem Sinne erfreulicherweise festzustellen, dass sich einige Mitgliedstaaten und auch die Europäische Kommission dessen bewusst sind und entsprechende Schritte eingeleitet haben, um einen gewissen Schutz für (Solo-)Selbstständige zu implementieren. Die Probleme, die sich mit der rechtlichen Einordnung von Selbstständigen in das bestehende arbeitsrechtliche System ergeben, unterstreichen die Notwendigkeit, sich an die Gegebenheiten des sich wandelnden Arbeitsmarktes anzupassen. Dennoch hat die Gegenüberstellung des Arbeitsrechts mit dem Kartellrecht auf nationaler und europarechtlicher Ebene gezeigt, wie schwer es ist, die Grenze zwischen diesen beiden Rechtsgebieten zu ziehen, ohne die jeweils geltenden Prinzipien in diesen zu erschüttern. Aus arbeitsrechtlicher Sicht, die hier als besonders ausschlaggebend und schwerwiegend erachtet wird, ist es notwendig, den fundamentalen Grundbausteinen, insbesondere der Koalitionsfreiheit, gerecht zu werden.

Dennoch muss zugestanden werden, dass der Zugang zum Tarifvertragsrecht für ausnahmslos alle Selbstständigen ebenfalls keine zufriedenstellende Lösung des Problems darstellen würde. Zum einen würde so der kartellrechtliche Rahmen nicht ausreichend gewürdigt werden, zum anderen könnten die Besonderheiten, die sich in den verschiedenen nationalen Rechtsordnungen in der EU im Zusammenhang mit dem Arbeitnehmerbegriff und der besonderen Schutzwürdigkeit dieser Gruppe ergeben, unterlaufen werden. So müssen im Sinne der Rechtssicherheit klare Kriterien festgelegt werden, bei deren Vorliegen bestimmte Gruppen von Selbstständigen aus den kartellrechtlichen Beschränkungen auszunehmen sind, um so zu garantieren, dass möglicherweise zustande kommende Tarifverträge nicht durch die Kartellbehörden verworfen werden.

Nichtsdestotrotz zeigen die erlangten Erkenntnisse, dass es „den“ richtigen Weg für die Erreichung eines angemessenen Schutzniveaus für Selbstständige nicht gibt. Gewiss ist, dass die bisherige Rechtspraxis für die Beteiligten zu ungewiss ist. Insoweit muss garantiert werden, dass bei der Frage der Kollektivierung von Selbstständigen keine Rechtsunsicherheiten verbleiben. Letztlich muss auch klar bestimmt werden, inwieweit

Kampfmaßnahmen ergriffen werden können, um so Druck auf die Gegenspieler aufbauen zu können. Hier spielen die Gewerkschaften eine wichtige Rolle und auch in Hinblick auf diese müssen Unsicherheiten aus dem Weg geräumt werden, damit sie zur Mobilisierung von Selbstständigen beitragen können und für diese als Repräsentanten im Rahmen von Tarifverhandlungen agieren können.

Der Ansatz der Europäischen Kommission sowie vieler nationaler Rechtsordnungen, hierbei an die (wirtschaftliche) Abhängigkeit des Selbstständigen anzuknüpfen, kann, wie bereits ausgeführt, dem Grunde nach überzeugen. Die Zugrundelegung dieses Kriteriums birgt jedoch die Gefahr einer restriktiven Auslegung zulasten vieler schutzbedürftiger Selbstständiger. Eine zu extensive Handhabung würde, insbesondere im Hinblick auf die im Kartellrecht wichtige Differenzierung zwischen Arbeitnehmern und sonstigen Beschäftigten, der besonderen Schutzbedürftigkeit von Arbeitnehmern ebenfalls nicht gerecht werden. Die Europäische Union muss klarstellen, in welchen Situationen die kartellrechtlich legitimierten Interessen eines fairen Wettbewerbs in der Europäischen Union hinter den Interessen der Selbstständigen zurücktreten können, um so auch einen rechtssicheren Weg für die nationalen Gesetzgeber vorzugeben, ohne dass das Arbeitsrecht im Ergebnis weiterhin Gefahr läuft, mit dem europarechtlichen Kartellrecht zu kollidieren.

Es ist richtig, dass die Debatte über die Einbeziehung von Selbstständigen nicht nur auf nationaler Ebene, sondern auf Unionsebene geführt wird, um ein einheitliches Schutzsystem in der Europäischen Union zu erreichen. Ferner bleibt abzuwarten, welche konkreten Auswirkungen die Leitlinien der Europäischen Kommission in der Praxis haben werden und inwieweit diese dazu beitragen werden, Mindeststandards für (Solo-)Selbstständige zu erreichen.

⁹⁴Bayreuther, SR Sonderausgabe Juli 2019, S. 6.

⁹⁵Bayreuther, SR Sonderausgabe Juli 2019, S. 6; Seifert, S. 128.

⁹⁶BKartA, Beschluss vom 12.11.2008, B 2-100/08, BeckRS 2009, 8554.

anti-suit injunctions und ihre Vereinbarkeit mit dem europäischen Zivilprozessrecht

Kopelev, Valentin*

ZUSAMMENFASSUNG

Die vorliegende Arbeit untersucht die Zulässigkeit von sog. *anti-suit injunctions* im Anwendungsbereich der EuGVVO. Dabei wird anhand der Antworten des Europäischen Gerichtshofs auf Vorlageersuchen zu den Rechtssachen *Turner v. Grovit* und *West Tankers v. Allianz/Generali* herausgearbeitet, dass der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens der Mitgliedstaaten in die Funktions- und Leistungsfähigkeit der Rechtssysteme und Rechtspflegeorgane zu einer Inkompatibilität von *anti-suit injunctions* mit der EuGVVO führt. In einem weiteren Schritt folgt ein kursorischer Überblick über die aktuellen Entwicklungen im deutschen Prozessrecht rund um die sog. *anti-anti-suit injunction*. Abschließend wird die Frage nach der Aktualität des Rechtsmittels näher beleuchtet und unter besonderer Berücksichtigung des Brexits bestätigt.

Keywords anti-suit injunctions, EuGVVO, Zivilprozessrecht, Brexit, Europäisches Zivilprozessrecht

A. Einleitung

Die Eigenart des englischen Rechtsinstruments der grenzüberschreitenden Prozessführungsverbote (sog. *anti-suit injunctions*) kann komprimiert wie folgt dargestellt werden:

“[I]n these proceedings parties to a dispute have chosen to litigate in order to determine where they shall litigate.”¹

In einem solchen Streitverfahren geht es mithin nicht um die Herbeiführung einer materiellen Entscheidung in der Sache selbst, sondern lediglich um die Beantwortung der prozessualen „Vorfrage“, welcher gerichtliche oder schiedsgerichtliche Spruchkörper für das Verfahren zuständig ist.² Konkret bezweckt die Partei, welche den Antrag auf Anordnung einer *anti-suit injunction* stellt, die Herbeiführung einer Unterlassungsverfügung, die der Gegenseite die Einleitung bzw. Fortführung eines ausländischen Verfahrens verbietet.³ Als nationales Pendant hierzu findet sich im englischen Recht das *stay of proceedings* wieder, welches als funktionales Vehikel dazu dient, um in England angestrebte, vermeintlich unstatthafte, Klagen zu unterbinden.⁴ Mit beiden Rechtsmitteln soll sichergestellt werden, dass der Rechtsstreit vor dem am besten geeigneten Spruchkörper ausgetragen wird.⁵ Dementsprechend ergehen *anti-suit injunctions* in aller Regel aufgrund eines Verstoßes gegen eine ausschließliche Gerichtsstands- oder Schiedsvereinbarung oder wenn die beklagte Partei rechtsmissbräuchlich ein paralleles Verfahren eingeleitet hat.⁶

Obwohl das Rechtsmittel der *anti-suit injunction* in *Common Law*-Staaten auf eine jahrhundertelange Tradition⁷ zurückblicken lässt, sind inhaltlich entsprechende, in *Civil Law*-Systemen ergangene Verfügungen eine Rarität. Dabei könnte ein solches Rechtsinstrument gerade im Zusammenhang mit der Schiedsgerichtsbarkeit – neben der Schiedseinrede – durchaus als effektives Mittel angesehen werden, um die Durchsetzung von Schiedsvereinbarungen sicherzustellen und die Schiedsfreundlichkeit der entsprechenden Jurisdiktion zu fördern. Ebenso stünde ein wirksames Instrument zur Verfügung, um sog. Torpedoklagen⁸ entgegenzuwirken. Diese Form der Klageerhebung charakterisiert sich dadurch, dass

sie in Form einer negativen Feststellungsklage vor den Gerichten bestimmter Mitgliedstaaten der Verordnung Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und Rates vom 12.12.2012 (‘EuGVVO’)⁹ erhoben wird, um Leistungsklagen in anderen Mitgliedstaaten auf Grundlage von Art. 29 Abs. 1 EuGVVO zu blockieren.¹⁰ Torpedoklagen sind im Rechtsverkehr innerhalb der Union immer noch üblich und bringen die Gefahr mit sich über Jahre Ressourcen zu binden und enorme Rechtsverteidigungskosten zu verursachen.¹¹ Gleichwohl wäre beim Erlass einer solchen „unionalen“¹² *anti-suit injunction* zu

*Der Autor ist Student an der Goethe-Universität Frankfurt am Main und studentischer Mitarbeiter an der Seniorprofessur für Zivilrecht, Zivilprozessrecht und Rechtsvergleichung von Prof. Dr. Joachim Zekoll, LL.M. (Berkeley).



Attribution 4.0 International (CC BY 4.0)

Zitieren als: Kopelev, V. (2023). *anti-suit injunctions und ihre Vereinbarkeit mit dem europäischen Zivilprozessrecht*, *FraLR* 1(1), 19-26. DOI: 10.21248/gups.72204

¹*Spiliada Maritime Corp v. Cansulex Ltd* [1987] AC 460 (HL) 464.

²Probst (2012), *Anti-suit injunctions - gerichtliche Zuständigkeitskontrolle im europäischen Zivilverfahrensrecht durch Prozessführungsverbote*, S. 30.

³Lüttringhaus/Fentiman in *Encyclopedia of Private International Law* (2017), Band 1, 79; Lehmann, NJW 2009, 1645.

⁴*Turner v. Grovit* [2002] 1 WLR 107 (HL) 118; Probst, S. 30 f.

⁵Probst, S. 30 f.

⁶Lüttringhaus/Fentiman, 79; Schmidt, RIW 2006, 492 (493).

⁷Ursprünge im 15. JH., Naumann (2008), *Englische anti-suit injunctions zur Durchsetzung von Schiedsvereinbarungen*, S. 9; Bermann, *Colum J Transnat'l L* 1990, 589 (593); Holdsworth (1923), *A history of English law*, S. 459.

⁸Zur Torpedoproblematik: Jandoli, IIC 2000, 783; Pitz, GRUR Int. 2001, 32.

⁹Zur Vereinfachung keine Unterscheidung zwischen Brüssel-I/Brüssel-Ia/EuGVÜ.

¹⁰Pitz, GRUR Int. 2001, 32; Leitzen, GRUR Int. 2004, 1010 (1011 f.).

¹¹Bälz, *SchiedsVZ* 2021, 204 (205); Resch, NZG 2020, 241 (242).

¹²Wenn die *anti-suit injunction* in einem EuGVVO-Staat erlassen wird und auf die Durchführung eines in einem anderen EuGVVO-Staat abgehaltenen Verfahrens referenziert.

berücksichtigen, dass diese mit geltendem Unionsrecht – genauer gesagt, mit europäischem Zivilprozessrecht – vereinbar sein muss. Mit letzterer Fragestellung beschäftigt sich die vorliegende Arbeit im Schwerpunkt. In diesem Zusammenhang soll auch die Frage beantwortet werden, ob *anti-suit injunctions* im Lichte einer multilateralen Rechtsordnung noch als zeitgemäß oder vielmehr als antiquiertes Rechtsmittel angesehen werden müssen.

B. Begriffsbestimmung

Bei *anti-suit injunctions* handelt es sich um gerichtliche Unterlassungsverfügungen, die vor englischen Gerichten mit dem Ziel beantragt werden, Verfahren in anderen Staaten zu unterbinden.¹³ Vermehrt wird eingewendet, dass die Begrifflichkeit zu eng gewählt worden sei und daher vorzugsweise auf den Begriff *restraining orders* zurückgegriffen werden solle.¹⁴ Hierfür spricht zwar, dass *injunctions* in unterschiedlichen Varianten vorkommen, weshalb etwa *injunctions*, die auf Unterlassung der Einleitung oder Fortführung eines Schiedsverfahrens gerichtet sind, nicht dem Wortlaut der *anti-suit injunction* unterfallen.¹⁵ Angesichts der weit verbreiteten Verwendung des Begriffs ist eine Umbenennung indes nicht geboten, insbesondere weil damit das Risiko einherginge, Verwirrung zu stiften.¹⁶ Das Bemühen um sprachliche Genauigkeit muss daher der seit Jahrhunderten etablierten Begrifflichkeit weichen. Dem Terminus der *anti-suit injunction* ist insofern ein weites Begriffsverständnis zugrunde zu legen.

C. Völkerrechtskonformität oder „juristischer Imperialismus“?

Es stellt sich die Frage, ob ein solches Rechtsmittel überhaupt in Einklang mit geltendem Völkerrecht steht. So wird vertreten, dass *anti-suit injunctions* eine unmittelbare Einmischung in die Unabhängigkeit der Rechtsprechungsbefugnis einer anderen Justizhoheit begründen, sodass dadurch ein Verstoß gegen das, im allgemeinen Völkerrecht verwurzelte, Interventionsverbot gegeben ist.¹⁷ Da *anti-suit injunctions* aber nicht gegen ein ausländisches Gericht, sondern gegen die im Ausland klagende Partei *in personam* gerichtet sind, wird durch den Erlass einer solchen keine Hoheitsgewalt im Ausland ausgeübt.¹⁸ Eine unmittelbare Wirkung entfaltet sich nur im Verhältnis zu der Auslandsklägerin.¹⁹ Hingegen bleibt zu beachten, dass die Missachtung einer ergangenen *anti-suit injunction* als *contempt of court* angesehen wird und daher mit empfindlichen Strafen, wie Bußgeld oder Zwangshaft, belangt werden kann.²⁰ Anhand dieser Strafandrohung soll die Auslandsklägerin dazu verleitet werden, ihr Verfahren im Ausland zu beenden bzw. auf die Einleitung eines solchen zu verzichten. Insofern wirkt der Erlass einer *anti-suit injunction* durchaus, wenn auch nur mit mittelbarer Wirkung, auf ein ausländisches Verfahren ein.²¹ Hieraus folgt die Frage, ob ein mittelbarer Eingriff in eine ausländische Justizhoheit einen Verstoß gegen allgemeines Völkerrecht begründen kann. Ungeachtet dessen ist im englischen Recht bereits verankert, dass *anti-suit injunctions* ausschließlich dann ergehen dürfen, wenn diese der – völkerrechtlich unverbindlichen – *Comitas*-Lehre entsprechen.²² Danach darf von der Möglichkeit

zum Erlass von *anti-suit injunctions* nur mit Zurückhaltung und fairer Berücksichtigung ausländischer Justizgewährungsinteressen Gebrauch gemacht werden.²³ Wenn jedoch *anti-suit injunctions* entsprechend der *Comitas* erlassen werden dürfen, dann setzt dies zwingend voraus, dass ein völkerrechtliches Verbot des Einsatzes dieses Rechtsmittels nicht existiert.²⁴ Wahrlich lässt sich eine innerstaatliche Rechtsprechung kaum auf das entsprechende Staatsgebiet beschränken. Diese Tatsache hat hingegen nicht dazu beitragen können, dass bestimmte Handlungssätze in Hinblick auf die Rechtmäßigkeit von mittelbaren Eingriffen eine Kodifikation im Allgemeinen Völkerrecht oder eine Anerkennung im Völkergewohnheitsrecht erlangt haben.²⁵ Letztendlich können, in Ermangelung eines entsprechenden Verbots und infolge der strengen *in personam*-Wirkung in Bezug auf die Auslandsklägerin, Bedenken hinsichtlich der Völkerrechtskonformität nicht bestätigt werden.

D. Vereinbarkeit mit europäischem Zivilprozessrecht

„*Can Anti-Suit Injunctions Survive European Community Law?*“²⁶ lautete die Frage, um die es einen langen Streit mit zwei durch den Ärmelkanal getrennten Lagern gab. Während die kontinentaleuropäische Auffassung eine Zulässigkeit von *anti-suit injunctions* im Anwendungsbereich der EuGVVO ablehnte, vertrat die englische Ansicht – noch zu Zeiten der Zugehörigkeit des Vereinigten Königreichs zur Europäischen Union – die gegenteilige Meinung.²⁷ Diese ursprünglich äußerst strittige Frage wurde vom Europäischen Gerichtshofs in einer Reihe von Grundsatzentscheidungen abschließend beantwortet.

I. *Turner v. Grovit*

Der EuGH wurde vom *House of Lords* in der Rechtssache *Turner v. Grovit* (*Turner*) um eine Vorabentscheidung

¹³Bermann, Colum J Transnat'l L 1990, 589; Dowers, CJICL 2013, 960.

¹⁴*Turner v. Grovit* [2002] 1 WLR 107 (HL) 116 ff.

¹⁵Joseph (2010), Jurisdiction and Arbitration Agreements and their Enforcement, 2. Aufl., Rn. 12.04; Probst, S. 47.

¹⁶Joseph, Rn. 12.04; Probst, S. 47.

¹⁷Jarabo Colomer, SA zu C-159/02; OLG Düsseldorf BeckRS 1996, 940 Rn. 28.

¹⁸*SNI Aérospatiale v. Lee Kui Jak* [1987] AC 871 (PC) 892; Rauscher, IPRax 2004, 405 (407); Skene, UBC L Rev 1996, 1 (3 f.); Pfeiffer, LMK 2009, 276971.

¹⁹*SNI Aérospatiale v. Lee Kui Jak* [1987] AC 871 (PC) 892; Naumann, S. 1.

²⁰Mankowski in Kommentar: Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht (2021), Band 1, 5. Aufl., Vorb. Art. 4 Rn. 45; Lüttringhaus/Fentiman, 79.

²¹Naumann, S. 2, 11; Seelmann-Eggebert/Clifford, SchiedsVZ 2009, 139 (140).

²²Dutta/Heinze, ZEuP 2005, 428 (445); Schmidt, RIW 2006, 492 (496).

²³R.W.R., Virginia L Rev 1985, 1039 (1064); Schlosser, RIW 2006, 486 (490).

²⁴Schlosser, RIW 2006, 486 (490 f.).

²⁵Schmidt, RIW 2006, 492 (496); Schlosser, RIW 2006, 486 (490).

²⁶Ambrose, ICLQ 2002, 401 (401 ff.).

²⁷Rauscher, IPRax 2004, 405 (405 f.); Schroeder, EuZW 2004, 468 (471 ff.).

nach Art. 267 AEUV ersucht. Die zugrundeliegende Frage war, ob die Anordnung einer *anti-suit injunction*, durch die eine Partei davon abgehalten werden soll, ein Verfahren in einem anderen EuGVVO-Staat einzuleiten oder fortzuführen, mit der EuGVVO vereinbar ist, wenn der Antragsgegner in schikanöser Absicht handelt, um ein Verfahren vor englischen Gerichten zu vereiteln oder zu behindern.²⁸

1. *Sachverhalt* Im März 1998 erhob Turner, ein im Vereinigten Königreich lebender britischer Kläger, in London Klage gegen seinen ehemaligen Arbeitgeber Harada Ltd. wegen ungerechtfertigter und widerrechtlicher Entlassung.²⁹ Zeitgleich erhob Changepoint S.A., ein mit Harada Ltd. verschwistertes Unternehmen, für das Turner in Spanien tätig war, Klage in Madrid wegen Schadensersatzansprüchen.³⁰ Die Zustellung dieser Klage in London verweigerte Turner und beantragte daraufhin den Erlass einer *anti-suit injunction*, mit welcher Changepoint S.A. die Fortführung des Verfahrens in Spanien verboten werden sollte.³¹ Dem Antrag Turners wurde in einem mehrinstanzlichen Verfahren durch den *Court of Appeal* stattgegeben.³² Obwohl Changepoint S.A. der *anti-suit injunction* durch Rücknahme der Klage vor dem spanischen Gericht nachkam, legte sie gegen die Entscheidung Rechtsmittel beim *House of Lords* mit der Begründung ein, dass eine *anti-suit injunction* nicht mit der Vorgänger-Verordnung der EuGVVO vereinbar sei.³³ Im Rahmen des Rechtsmittelverfahrens erkannte das *House of Lords* das Problem hinsichtlich der Zulässigkeit von *anti-suit injunctions* im Anwendungsbereich der EuGVVO und legte sodann dem EuGH die entsprechende Frage vor.

2. *Antwort des EuGH* In seiner Antwort auf das Vorlageersuchen stellte der EuGH klar, dass die Anordnung von *anti-suit injunctions* nicht mit dem System der EuGVVO vereinbar ist.³⁴ In der Urteilsbegründung wird dabei der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens der Mitgliedstaaten in die Funktions- und Leistungsfähigkeit der Rechtssysteme und Rechtspflegeorgane ins Zentrum gestellt.³⁵ Der Erlass einer *anti-suit injunction* bewirke eine Beeinträchtigung der Zuständigkeit des ausländischen Gerichts für die Entscheidung des Rechtsstreits, die auch nicht dadurch zu rechtfertigen sei, dass sie nur mittelbar erfolge.³⁶ „Denn wenn das beanstandete Verhalten des Beklagten darin besteht, dass er die Zuständigkeit des Gerichts eines anderen Mitgliedstaats geltend macht, (...) [beinhalte] die Würdigung der Treuwidrigkeit dieses Verhaltens eine Beurteilung der Angemessenheit der Erhebung einer Klage vor diesem Gericht.“³⁷ Die Durchführung einer solchen Beurteilung verstoße jedoch gegen den Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens.³⁸ Auch lässt der EuGH dem Argument, dass anhand von *anti-suit injunctions* die Gefahr einander widersprechender Entscheidungen und unnötiger Verfahrenshäufungen vermieden werden können, keine Früchte tragen. Einerseits würden durch den Erlass von *anti-suit injunctions* die in der EuGVVO vorgesehenen Mechanismen bei Rechtshängigkeit und Konnexität ihrer praktischen Wirksamkeit entzogen, andererseits werde dadurch die Gefahr von *anti-anti-suit injunctions* konsolidiert, ohne dass zugleich sichergestellt werden könne, dass das mit der Sache befasste Gericht trotz der *anti-suit injunction* keine Entscheidung trifft.³⁹

3. *Rechtliche Bewertung des Turner-Urteils des EuGH* Das EuGH-Urteil zu Turner hat zwar eine lang ersehnte und klare Antwort auf die Frage der Vereinbarkeit von *anti-suit injunctions* mit der EuGVVO geben können – die besonders aufgrund der Hervorhebung des Vertrauensgrundsatzes begrüßenswert ist. Allerdings hinterlässt der EuGH auch viele offene Fragen.⁴⁰

a) *Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens (mutual trust)* Das zentrale Element des *mutual trust*-Grundsatzes liegt in der Anerkennung der Fähigkeit anderer Rechtsordnungen, in selbstständiger und gleichwertiger Weise die ordnungsgemäße Auslegung und Anwendung der für alle Mitgliedstaaten einheitlich geltenden Zuständigkeitsregeln der EuGVVO durch die Gerichte aller Mitgliedstaaten durchzuführen.⁴¹ Aus dieser Konzeption ist ein grundsätzliches Überprüfungsverbot der Zuständigkeit eines mitgliedstaatlichen Gerichts zu folgern – mit Ausnahme der Korrekturmöglichkeiten nach Art. 34, 35 EuGVVO.⁴² Denn das zeitlich später angerufene Gericht wäre in keiner besseren Lage, um über die Zuständigkeitsfrage zu urteilen, als das zeitlich vorher angerufene, da die Zuständigkeit sich aus der Verordnung ergibt, welche alle mitgliedstaatlichen Gerichte mit gleicher Sachkenntnis auslegen und anwenden können.⁴³ Die Zulässigkeit von *anti-suit injunctions* würde bedeuten, dass mitgliedstaatlichen Gerichten die Möglichkeit einer eigenständigen Entscheidungsfindung über ihre Zuständigkeit genommen wird, was die Geschäftsgrundlage der EuGVVO gänzlich in Frage stellen würde.⁴⁴ Selbst wenn man die *mutual trust*-Konzeption außen vor ließe, wäre unter Heranziehung einer rechtsvergleichenden Betrachtung zu berücksichtigen, dass es zu einer einseitigen Bevorzugung von Verfahren vor englischen Gerichten führen würde, wenn nur diese das Recht gehabt hätten, im Anwendungsbereich der EuGVVO *anti-suit injunctions* zu erlassen.⁴⁵ Dies hängt mit der Tatsache zusammen, dass *anti-suit injunctions* in Europa nur dem englischen Verfahrensrecht bekannt sind.⁴⁶ Gleichwohl zeigt die Praxis, dass einige Bedenken über die tatsächliche Gleichwertigkeit

²⁸EuGH, Rs. C-159/02, Rn. 19 – Turner; *Turner v. Grovit* [2002] 1 WLR 107 (HL) 116.

²⁹EuGH, Rs. C-159/02, Rn. 7 – Turner.

³⁰EuGH, Rs. C-159/02, Rn. 4, 9, 10 – Turner.

³¹EuGH, Rs. C-159/02, Rn. 9, 11 – Turner.

³²EuGH, Rs. C-159/02, Rn. 11 f. – Turner.

³³EuGH, Rs. C-159/02, Rn. 13 f. – Turner.

³⁴EuGH, Rs. C-159/02, Rn. 31 – Turner.

³⁵EuGH, Rs. C-159/02, Rn. 24 f. – Turner.

³⁶EuGH, Rs. C-159/02, Rn. 27 f. – Turner.

³⁷EuGH, Rs. C-159/02, Rn. 28 – Turner.

³⁸EuGH, Rs. C-159/02, Rn. 28 – Turner.

³⁹EuGH, Rs. C-159/02, Rn. 28 – Turner.

⁴⁰Kruger, ICLQ 2004, 1030 (1034); Dohmann/Briggs, FS Schlosser, 2005, 161 (167).

⁴¹Probst, S. 223; EuGH, Rs. C-116/02, Rn. 72, 48 – Gasser.

⁴²Krause, RIW 2004, 533 (539); Clavel, Rev Arb 2001, 669 (682).

⁴³EuGH, Rs. C-116/02, Rn. 48 – Gasser; EuGH, Rs. C-351/89, Rn. 23.

⁴⁴Jayme/Kohler, IPRax 1994, 405 (412); dLv Wijngaarden, IPRax 2003, 153 (156).

⁴⁵Jarabo Colomer, SA zu C-159/02, Rn. 33; Krause, RIW 2004, 533 (539).

⁴⁶de Lind van Wijngaarden, IPRax 2003, 153 (155 f.); Dutta/Heinze, ZEuP 2005, 428 (455).

im Hinblick auf die Funktionsfähigkeit mitgliedstaatlicher Gerichte nicht ganz unberechtigt sind. So bringt die eingangs dargestellte Torpedo-Problematik zum Vorschein, dass die Verfahrensdauer in Gerichten unterschiedlicher Mitgliedstaaten stark fluktuieren kann. Zwar ist das Ausnutzen der Torpedo-Problematik weder mit Sinn und Zweck der Zuständigkeitsvorschriften der EuGVVO, noch mit Aspekten der Prozessökonomie und Rechtssicherheit vereinbar.⁴⁷ Jedoch können *anti-suit injunctions* durch das *Turner*-Urteil auch nicht mehr als Mittel herangezogen werden, um jene rechtsmissbräuchliche Ausnutzung der Rechtshängigkeitssperre des Art. 29 Abs. 1 EuGVVO zu verhindern.⁴⁸

b) *Unbeantwortete Fragestellungen* Die Vorlagefrage in *Turner* umfasste inhaltlich nur die Vereinbarkeit von *anti-suit injunctions* zum Zwecke der Vermeidung verfahrensmisbräuchlicher Prozesse. Daher blieb es vom EuGH unbeantwortet, ob *anti-suit injunctions* im Anwendungsbereich der EuGVVO auch dann unzulässig sind, wenn damit die Sicherung einer ausschließlichen Gerichtsstandsvereinbarung bezweckt wird. In Anbetracht der großen Bedeutung, die dem Grundsatz der Äquivalenz mitgliedstaatlicher Gerichte durch den EuGH beigemessen wird, erscheint die eine Zulässigkeit ablehnende Auffassung vorzugswürdig. Denn das englische Gericht muss auch bei Prorogationsvereinbarungen deren Wirksamkeit und damit die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts überprüfen.⁴⁹ Ferner fehlt es an Ausführungen zu der Frage, ob die Anordnung einer *anti-suit injunction* auch dann unzulässig ist, wenn diese der Unterbindung von Gerichtsverfahren dient, die eine Partei unter Verletzung einer Schiedsabrede eingeleitet hat. Dabei ist in erster Linie fraglich, ob der Anwendungsbereich der EuGVVO eröffnet ist, da die Schiedsgerichtsbarkeit hiervon gem. Art. 1 Abs. 2 lit. d EuGVVO ausdrücklich ausgeschlossen ist. Die Antwort auf diese Fragestellungen brachte der EuGH selbst in seinem späteren Urteil zu *West Tankers v. Allianz/Generali*.

II. *West Tankers v. Allianz/Generali*

Ähnlich deutlich wie bereits bei *Turner* stellte der EuGH im Vorabentscheidungsverfahren zu der Rechtssache *West Tankers v. Allianz/Generali* (*West Tankers*) fest, dass *anti-suit injunctions* auch dann mit der EuGVVO unvereinbar sind, wenn diese zum Zwecke der Durchsetzung einer Schiedsvereinbarung angeordnet werden.⁵⁰

1. *Sachverhalt* Die Ölraffineriegesellschaft Erg SpA hatte das Schiff *Front Comor* von *West Tankers Inc* gechartert, welches mit einer Erg SpA gehörenden Mole kollidierte und dort Schäden verursachte.⁵¹ Der Chartervertrag unterlag englischem Recht und enthielt eine Schiedsklausel, die ein Schiedsverfahren in London vorsah.⁵² Die Versicherungsgeber von Erg SpA, *Allianz SpA* und *Generali SpA*, ersetzen ihr die angefallenen Schäden und erhoben sodann in Italien Klage gegen *West Tankers Inc*, um die von ihnen an Erg SpA gezahlten Beträge zurückzuerlangen.⁵³ Dabei machten sie geltend, im Wege der Legalzession in die Rechte von Erg SpA eingetreten zu sein.⁵⁴ Dagegen erhob *West Tankers Inc* im italienischen Verfahren die Schiedseinrede und beantragte zugleich vor dem *High Court* in London den Erlass einer *anti-suit injunction*, mit der *Allianz*

SpA und *Generali SpA* untersagt werden sollte, das italienische Verfahren fortzuführen.⁵⁵ Auf die Anordnung einer entsprechenden *injunction* legten *Allianz SpA* und *Generali SpA* Rechtsmittel zum *House of Lords* ein.⁵⁶ Im Laufe des Rechtsmittelprozesses wurde erkannt, dass die zentrale Frage des Verfahrens darin bestand, ob es mit der EuGVVO vereinbar ist, „dass ein Gericht eines Mitgliedstaats eine Entscheidung erlässt, wonach eine Person es zu unterlassen hat, ein Verfahren in einem anderen Mitgliedstaat einzuleiten oder fortzuführen, weil ein solches Verfahren gegen eine Schiedsvereinbarung verstößt (...).“⁵⁷ Sodann wurde diese dem EuGH zum Vorabentscheid vorgelegt.⁵⁸

2. *Antwort des EuGH* Der EuGH stellte in seiner Entscheidung klar, dass wenn ein Verfahren nach seinem Streitgegenstand in den Anwendungsbereich der EuGVVO fällt, dann unterliege auch eine Vorfrage, die die Anwendbarkeit und Gültigkeit einer Schiedsvereinbarung betrifft, deren Anwendungsbereich.⁵⁹ Demnach könne ein Gericht die Gültigkeit einer Schiedsvereinbarung, auf die sich die beklagte Partei beruft, inzident prüfen, um die internationale Unzuständigkeit dieses Gerichts geltend zu machen.⁶⁰ Darüber hinaus müsse auch in *West Tankers* das in *Turner* manifestierte Prinzip des gegenseitigen Vertrauens in mitgliedstaatliche Rechtssysteme sowie ihre Rechtspflegeorgane entsprechend zum Tragen kommen.⁶¹ Unter Zugrundelegung dessen stellte der EuGH fest, dass eine *anti-suit injunction*, wie hier vom *High Court* angeordnet, in unzulässiger Weise in die Entscheidungshoheit eines mitgliedstaatlichen Gerichts eingreift, da letzterem die Möglichkeit genommen wird, eigenständig über die Reichweite der Bereichsausnahme der Schiedsgerichtsbarkeit zu befinden.⁶² Weiterhin würde es einen Verstoß gegen den unionalen Grundsatz der praktischen Wirksamkeit (sog. *effet utile*) begründen, sobald die Anwendung des nationalen Zivilprozessrechts die praktische Wirksamkeit der Zuständigkeitsregeln des EuGVVO-Regimes beeinträchtigen würde.⁶³ Zugleich würde die Gewährung von *anti-suit injunctions* eine Einschränkung des klägerischen Anspruchs auf gerichtlichen Rechtsschutz begründen, da die Klägerin nicht gezwungen werden könne, zunächst ein Schiedsgericht zu bestellen, um bei diesem eine Entscheidung über dessen Unzuständigkeit zu beantragen.⁶⁴ Daraus folgte der EuGH, dass eine *anti-suit*

⁴⁷ von Meibom/Pitz, GRUR Int. 1998, 765 (770).

⁴⁸ Krause, RIW 2004, 533 (539).

⁴⁹ Hierzu ausführlich: Maack (1999), Englische antisuit injunctions im europäischen Zivilrechtsverkehr, S. 177 ff.; Krause, RIW 2004, 533 (539).

⁵⁰ EuGH, Rs. C-185/07, Rn. 34 – *West Tankers*.

⁵¹ EuGH, Rs. C-185/07, Rn. 9 – *West Tankers*.

⁵² EuGH, Rs. C-185/07, Rn. 9 – *West Tankers*.

⁵³ EuGH, Rs. C-185/07, Rn. 11 – *West Tankers*.

⁵⁴ EuGH, Rs. C-185/07, Rn. 11 – *West Tankers*.

⁵⁵ EuGH, Rs. C-185/07, Rn. 12 – *West Tankers*.

⁵⁶ EuGH, Rs. C-185/07, Rn. 13 – *West Tankers*.

⁵⁷ *The Front Comor* [2007] I.L.Pr. 20, 305, 307.

⁵⁸ EuGH, Rs. C-185/07, Rn. 18 – *West Tankers*.

⁵⁹ EuGH, Rs. C-185/07, Rn. 26 – *West Tankers*.

⁶⁰ EuGH, Rs. C-185/07, Rn. 26 – *West Tankers*.

⁶¹ EuGH, Rs. C-185/07, Rn. 30 f. – *West Tankers*.

⁶² EuGH, Rs. C-185/07, Rn. 28 f. – *West Tankers*.

⁶³ EuGH, Rs. C-185/07, Rn. 24 – *West Tankers*.

⁶⁴ EuGH, Rs. C-185/07, Rn. 31 – *West Tankers*.

injunction, die auf die Unterbindung eines Verfahrens gerichtet ist, das gegen eine wirksame Schiedsvereinbarung verstößt, nicht mit der EuGVVO in Einklang steht⁶⁵

3. *Rechtliche Bewertung des West Tankers-Urteils des EuGH* Angesichts der in *Turner* entwickelten Rechtsprechung erscheint das Urteil zu *West Tankers* in Hinblick auf den Vertrauensgrundsatz *prima facie* eine konsequente Entwicklung zu sein. Bei genauer Betrachtung wird indes erkennbar, dass die Grundsätze von *Turner* nicht ohne Weiteres auf *West Tankers* übertragbar sind. Dennoch ist dem Urteil – trotz damit einhergehender Folgeprobleme – zuzustimmen, vor allem weil die Auslegung der Ausnahmeregelung des Art. 1 Abs. 2 lit. d EuGVVO überzeugt und das *effet utile*-Prinzip korrekt herangezogen und angewandt wird.

a) *Ausnahmetatbestand des Art. 1 Abs. 2 lit. d EuGVVO* Lord Hoffmann sprach sich im Rahmen des *House of Lords*-Verfahrens, unter Hervorhebung der Pflicht staatlicher Gerichte zur Förderung der Schiedsgerichtsbarkeitspraxis, wozu die Unterstützung der Durchsetzung von Schiedsklauseln gehört, noch für eine Bejahung der Zulässigkeit von *anti-suit injunctions* im Geltungsbereich der EuGVVO aus.⁶⁶ In seinem Plädoyer nahm er Bezug auf den Ausnahmetatbestand des Art. 1 Abs. 2 lit. d EuGVVO, wonach die Schiedsgerichtsbarkeit vom Anwendungsbereich der Verordnung ausgenommen wird.⁶⁷ Die dazu vertretene Ansicht Lord Hoffmanns korrespondierte mit der vom EuGH in der Rechtssache *Marc Rich* erfolgten Auslegung des genannten Ausnahmetatbestands. Nach dieser ist die Schiedsgerichtsbarkeit als „Gesamtbereich“, einschließlich der bei staatlichen Gerichten eingeleiteten Verfahren, die die Schiedsgerichtsbarkeit in der Sache beinhalten, ausgeschlossen. Denn die Schiedsgerichtsbarkeit als solche sei bereits in internationalen Abkommen, wie dem New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche aus 1958 (NYÜ), geregelt.⁶⁸ Von dieser weiten Auslegung nahm der EuGH in der Sache *Van Uden* wieder Abstand, indem er bestimmte, dass nur solche Maßnahmen von der Verordnung ausgenommen sind, die sich auf die Durchführung eines Schiedsverfahrens richten.⁶⁹ Hingegen würden Maßnahmen, welche zwar der Unterstützung eines solchen Verfahrens dienen, aber die Schiedsgerichtsbarkeit als solche nicht selbst zum Gegenstand haben, der Ausnahmeregelung nicht unterfallen.⁷⁰ In *West Tankers* konstituierte der EuGH eine noch engere Auslegungspraxis. Obwohl die vom *High Court* angeordnete *anti-suit injunction* zweifellos ein Schiedsverfahren zum Gegenstand hatte, ging der EuGH im italienischen Verfahren von einem abweichenden Streitgegenstand aus. Denn der vor dem italienischen Gericht geltend gemachte Anspruch richtete sich auf Schadensersatz, welcher – in Ermangelung einer einschlägigen Ausnahmeregel – in den Anwendungsbereich der EuGVVO fällt. Demnach wird die Frage nach der Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung oder nach der Zuständigkeit des staatlichen Gerichts nicht der Ausnahmeregelung zugeordnet, weil der Streitgegenstand im Übrigen von der EuGVVO erfasst ist.⁷¹ Eine solche Auslegungspraxis ist begrüßenswert, da die Schiedsvereinbarung nur ein Verteidigungsmittel der beklagten Partei außerhalb des eigentlichen Streitgegenstandes darstellt,

weshalb der Wirksamkeitsprüfung der Schiedsvereinbarung keine selbstständige zuständigkeitsrechtliche Bedeutung zuzumessen ist.⁷²

b) *Grundsatz der praktischen Wirksamkeit von Unionsrecht* Dem Grundsatz des *effet utile* zufolge ist derjenigen Auslegung von unionsrechtlichen Vorschriften Vorrang zu gewähren, die die Verwirklichung der Vertragsziele sowie die Funktionsfähigkeit der Gemeinschaft im Sinne einer praktischen Wirksamkeit sicherstellen kann.⁷³ Demnach ist nationales Recht insoweit eingeschränkt anzuwenden, sodass dies nicht die praktische Wirksamkeit des europäischen Rechts beeinträchtigt.⁷⁴ Der Erlass einer *anti-suit injunction* durch ein englisches Gericht hätte zwar das italienische Gericht nicht daran gehindert, über seine nach der EuGVVO zu bestimmende Zuständigkeit selbst zu urteilen. Durch die der Klägerin auferlegte Strafanordnung des *contempt of court* und die damit verbundene Verleitung zur Klagerücknahme, hätte eine solche *injunction* hingegen auf die Möglichkeit des italienischen Gerichts, über seine Zuständigkeit zu befinden, faktisch eingewirkt.⁷⁵ Eine solche faktische Beeinträchtigung genügt bereits, um einen *effet utile* Verstoß festzustellen⁷⁶, was der EuGH zutreffend auch getan hat.

c) *Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens* Trotz des bisherigen Zuspruchs erscheint es zweifelhaft, dass die in *Turner* dargelegten Grundsätze zum gegenseitigen Vertrauen, das die Mitgliedstaaten den jeweiligen Rechtspflegeorganen untereinander entgegenbringen, ohne Weiteres auf den *West Tankers*-Sachverhalt übertragen werden können. In *Turner* bezog sich dieser Grundsatz auf die Fähigkeit des mitgliedstaatlichen Gerichts, die gemeinsamen Vorschriften des europäischen Zuständigkeitsrechts sachkundig anzuwenden.⁷⁷ In *West Tankers* war jedoch nicht die Frage nach der Zuständigkeit von zentraler Bedeutung, sondern die nach der Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung, welche nicht nach den Vorschriften der EuGVVO zu beantworten ist.⁷⁸ Eine vollständige Übertragung der in *Turner* dargelegten Erwägungen zum Grundsatz gegenseitigen Vertrauens überzeugt daher nicht. Dennoch findet der Grundsatz auch in *West Tankers* gleichfalls Bedeutung, nur knüpft dieser weniger an die Vereinheitlichung der

⁶⁵EuGH, Rs. C-185/07, Rn. 32 – *West Tankers*.

⁶⁶The Front Comor [2007] I.L.Pr. 20, 305, 311.

⁶⁷The Front Comor [2007] I.L.Pr. 20, 305, 309.

⁶⁸EuGH, Rs. C-190/89, Rn. 18 – *Marc Rich*; Stadler in Musielak/Voit Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz (2021), 18. Aufl., Art. 1 EuGVVO Rn. 9.

⁶⁹EuGH, Rs. C-391/95, Rn. 32 – *Van Uden*.

⁷⁰EuGH, Rs. C-391/95, Rn. 33 – *Van Uden*.

⁷¹Stadler in Musielak/Voit, Art. 1 EuGVVO Rn. 9.

⁷²Steinbrück, ZEuP 2010, 168 (175); Antomo in BeckOK ZPO (2022), 47. Aufl., Art. 1 EuGVVO Rn. 106.

⁷³Mayer in Das Recht der Europäischen Union (2021), Band 1, 74. Aufl., Art. 19, Rn. 57 f.; Mosiek (2003), *Effet utile* und Rechtsgemeinschaft, S. 6 ff.

⁷⁴EuGH, Rs. 365/88, Rn. 20 ff. – *Hagen*; Steinbrück, ZEuP 2010, 168 (174).

⁷⁵Pfeiffer, LMK 2009, 276971; Kindler, FS Geimer, 2017, 321 (324).

⁷⁶Pfeiffer, LMK 2009, 276971.

⁷⁷EuGH, Rs. 159/02, Rn. 25 – *Turner*; Steinbrück, ZEuP 2010, 168 (177).

⁷⁸Steinbrück, ZEuP 2010, 168 (177); Dutta/Heinze, RIW 2007, 411 (418).

Zuständigkeitsregeln, sondern vielmehr an die Regeln zur Anerkennung und Vollstreckung an.⁷⁹ Schließlich gebietet die Konzeption der EuGVVO von den staatlichen Gerichten nicht nur gegenseitiges Vertrauen in die Anwendung des europäischen Zuständigkeitsrechts, sondern in die gesamte Rechtsanwendung der mitgliedstaatlichen Gerichte im Rahmen der der EuGVVO unterliegenden Verfahren.⁸⁰

d) *Problematik der Parallelverfahren* Durch *West Tankers* bewirkte der EuGH eine Verlagerung der Entscheidungsbefugnis hinsichtlich der Frage, ob eine Streitigkeit einer verbindlichen Schiedsvereinbarung unterfällt, zugunsten des nach der EuGVVO zuständigen Gerichts.⁸¹ Dieser Umstand birgt die Gefahr der Verfahrensverschleppung, da es einer Partei in dieser Konstellation offen steht auf Torpedoklagen zurückzugreifen. Um dieses Gefahrenpotential zu hemmen, sah zwar der *Heidelberg Report* die Einfügung einer Neuregelung in die EuGVVO vor, die eine möglichst schnelle Entscheidung über die Wirksamkeit der Schiedsklausel durch die Gerichte am Schiedsort erlaubt hätte.⁸² Dieser vorgeschlagene Regelungsmechanismus hat allerdings keine Kodifikation im Zuge der 2015 durchgeführten EuGVVO Reform erlangt. Lediglich der im Reformprozess überarbeitete Art. 29 Abs. 1 EuGVVO sieht fortan die Ausnahme des Art. 31 Abs. 2 EuGVVO vor, wonach das angerufene Gericht den Prozess zugunsten des in der Gerichtsstandsvereinbarung bezeichneten Gerichts auszusetzen hat. Dies gilt aber nur für Gerichtsstandsvereinbarungen und nicht für Schiedsvereinbarungen, sodass Torpedoblockaden nur teilweise – in der *West Tankers*-Konstellation sogar gar nicht – durchbrochen werden können.⁸³ Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass eine Verfahrenseinleitung vor einem staatlichen Gericht, in Ermangelung eines *lis pendens*-Mechanismus, die Fortführung eines Schiedsverfahrens in der gleichen Sache nicht verhindert.⁸⁴ Gemäß Art. III NYÜ ist der aus dem Schiedsverfahren ergehende Schiedsspruch in allen Vertragsstaaten unter der Voraussetzung anzuerkennen und zu vollstrecken, dass eine wirksame Schiedsvereinbarung gegeben ist. Wenn jedoch das staatliche Verfahren zu einer früheren Entscheidung als das Schiedsgericht gelangt, so ist nach der EuGVVO ebenfalls anzuerkennen und zu vollstrecken, und zwar unabhängig von der Existenz einer wirksamen Schiedsvereinbarung.⁸⁵ Somit besteht ein großes Kollisionspotential zwischen EuGVVO und NYÜ.⁸⁶ Beide Probleme können wohl nicht ohne eine Überarbeitung der Verordnung gelöst werden, die das Verhältnis von EuGVVO und Schiedsgerichtsbarkeit strukturiert neu regelt.⁸⁷

4. *Alternativen im Geltungsbereich der EuGVVO* Da *anti-suit injunctions* spätestens durch *West Tankers* als Instrument zur Verhinderung rechtsmissbräuchlicher Umgehungsversuche von Gerichtsstands- oder Schiedsvereinbarungen im Geltungsbereich der EuGVVO weggefallen sind, liegt die Frage nach Ersatzlösungen nahe. Als Alternative wird etwa die Gewährung von materiell-rechtlichen Schadensersatzansprüchen diskutiert.⁸⁸ In diesem Kontext können bereits in die Schiedsklausel entsprechende Schadenspauschalierungen oder Vertragsstrafversprechen inkludiert werden.⁸⁹ Gleichwohl ist höchst fraglich, ob eine solche Praxis mit der EuGVVO vereinbar wäre. Wenn der auf Unterlassung einer ausländischen Klage gerichtete Primäranspruch schon nicht in Form einer *anti-suit injunction* durchsetzbar ist, dann muss dies erst recht für

den Sekundäranspruch auf Schadensersatz wegen Verletzung einer Gerichtsstands- oder Schiedsvereinbarung gelten.⁹⁰ Darüber hinaus werden als weitere Möglichkeit sog. Durchführungsanordnungen (*order compelling arbitration*) vorgeschlagen, durch welche die schiedsverfahrenstreue Partei zu einer aktiven Beteiligung an dem Verfahren gezwungen wird.⁹¹ In den meisten Rechtskreisen wird die Einklagbarkeit der Rechtspflicht, sich im Falle einer wirksamen Schiedsvereinbarung am Verfahren zu beteiligen, allerdings verneint.⁹² Selbst bei einer Einklagbarkeit würde eine solche Anordnung das staatliche Verfahren nicht verhindern, sondern lediglich Druck auf die ausländische Klägerin ausüben, die dadurch ebenfalls zu einer parallelen Prozessführung gezwungen wäre.⁹³ Da die Streitbeilegung im günstigsten Falle nur indirekt gefördert wird und ein solcher Mechanismus neues Konfliktpotenzial nach sich zieht, ist dieser Vorschlag für beide Parteien suboptimal.⁹⁴ Weiterhin stellt sich die Frage nach der EuGVVO-Kompatibilität von *anti-suit injunctions*, die durch ein Schiedsgericht angeordnet werden. Mit dieser hat sich der EuGH in *Gazprom OAO v. Republik Litauen* auseinandergesetzt und dabei festgestellt, dass Schiedsgerichte entsprechende *injunctions* ungehindert anordnen können.⁹⁵ Denn die Ausführungen des EuGH haben in *Turner* und *West Tankers* allein die Befugnisse und Pflichten der Gerichte, nicht aber die der Schiedsgerichte, betroffen.⁹⁶ Ungewissheit herrscht jedoch bei der Frage nach der Vollstreckbarkeit solcher Schiedssprüche, die von einigen Stimmen in der Literatur als unwahrscheinlich angesehen wird.⁹⁷

⁷⁹Steinbrück, ZEuP 2010, 168 (178); Dutta/Heinze, RIW 2007, 411 (418).

⁸⁰Steinbrück, ZEuP 2010, 168 (178).

⁸¹Lehmann, NJW 2009, 1645 (1647); Gottwald in MüKo ZPO (2022), 6. Aufl., Art. 1 EuGVVO, Rn. 33.

⁸²Hess/Pfeiffer/Schlosser (2008), The Heidelberg Report on the Application of Regulation Brussels I in 25 Member States (Study JLS/C4/2005/03), Rn. 122 ff.; Steinbrück/Illmer, SchiedsVZ 2009, 188 (190).

⁸³Alio, NJW 2014, 2395 (2400); Herberger, ZJS 2015, 327 (329).

⁸⁴Steinbrück, CJQ 2007, 358 (364); Sander/Breßler, ZZZ 2009, 157 (174 f.).

⁸⁵Lehmann, NJW 2009, 1645 (1647); OLG Hamburg, IPRax 1995, 391 (393).

⁸⁶Ambrose, Arb. Int. 2003, 3 (19); Antomo in BeckOK ZPO, Art. 1 EuGVVO Rn. 110.

⁸⁷Balthasar/Richers, RIW 2009, 351 (356 f.); Stadler/Klöpfer, ZEuP 2015, 732 (757 f.); Dowers, CJICL 2013, 960 (972 f.); vgl. hierzu auch: Domej, RZ 2014, 508 (532, 540 ff.).

⁸⁸Merrett, ICLQ 2006, 315 (326 f.); Pfeiffer, FS Lindacher, 2017, 77 (77).

⁸⁹Illmer, IPRax 2009, 312 (316); Mankowski, IPRax 2009, 23 (32 ff.).

⁹⁰Illmer, IPRax 2009, 312 (316); Mankowski, IPRax 2009, 23 (30).

⁹¹Martinek, FS Ishikawa, 2001, 269 (273); Schlosser (1989), Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, 2. Aufl., Rn. 397.

⁹²Steinbrück, ZEuP 2010, 168 (180); Steinbrück, SchiedsVZ 2010, 177 (180 f.).

⁹³Steinbrück, ZEuP 2010, 168 (181).

⁹⁴Steinbrück, ZEuP 2010, 168 (181).

⁹⁵EuGH, Rs. C-536/13, Rn. 44 – *Gazprom*.

⁹⁶EuGH, Rs. C-536/13, Rn. 36 f. – *Gazprom*; Kessler/Hope, Arb. Int. 2008, 331 (333 f.).

⁹⁷Stadler/Klöpfer, ZEuP 2017, 890 (900 f.); Wais, EuZW 2015, 509 (512).

III. Zwischenergebnis

Eine *anti-suit injunction* eines mitgliedschaftlichen Gerichts ist im Geltungsbereich der EuGVVO unzulässig. Gleiches gilt, wenn eine Partei die Anordnung einer *anti-suit injunction* zur Durchsetzung einer wirksamen Schiedsvereinbarung bezweckt.

E. Prozessführungsverbote im deutschen Recht

Anders als in England sowie anderen *Common Law*-Rechtskreisen sind Rechtsinstrumente, die mit *anti-suit injunctions* vergleichbar sind, im deutschen Prozessrecht wahrlich eine Rarität und fanden ihre Anwendung beinahe ausnahmslos im Kontext des vom Reichsgericht entschiedenen Falles zum „lettischen Scheidungsparadies“.⁹⁸ Die beiden Hauptgründe für diese Seltenheit liegen in dem unabdingbaren, gesetzlich klar umschriebenen Zuständigkeitsrecht der ZPO und in dem Mangel einer Kompetenzregelung zugunsten nationaler Gerichte, die ihnen eine Ermessensentscheidung nach Billigkeit gewährt.⁹⁹ Dennoch hat das LG München in einer kürzlich ergangenen Entscheidung, die vom OLG München bestätigt wurde, zum ersten Mal im deutschen Rechtskreis eine *anti-anti-suit injunction* angeordnet. In dem zugrundeliegenden Sachverhalt beantragte die Continental AG eine *anti-suit injunction* in den USA, um Nokia an der Weiterführung ihrer Patentverletzungsprozesse vor deutschen Gerichten zu hindern.¹⁰⁰ Die vom LG München angeordnete *anti-anti-suit injunction* richtete sich damit gegen die Unterlassung der Fortführung des US-amerikanischen Prozesses und wurde materiell auf den quasinegatorischen Unterlassungsanspruch des § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB analog iVm § 823 Abs. 1 Var. 6 BGB gestützt.¹⁰¹ Zur Begründung wurde angeführt, dass die Beantragung einer *anti-suit injunction* in den USA einen drohenden Eingriff in das eigentumsähnliche Recht an den verfahrensgegenständlichen Patenten darstelle, das als „sonstiges Recht“ iSd § 823 Abs. 1 Var. 6 BGB zu qualifizieren sei.¹⁰² Im Zuge der durchgeführten Interessenabwägung wurde festgestellt, dass das eigentumsähnliche Recht am Patent gegenüber dem Grundrecht der Auslandsklägerin auf allgemeine Handlungsfreiheit überwiegt, da sich der Erlass einer *anti-anti-suit injunction* als einziges zur Verfügung stehendes Abwehrmittel gegenüber einer *anti-suit injunction* darstellt.¹⁰³ Auch das LG Düsseldorf ordnete in einem ähnlich gelagerten Fall eine *anti-anti-suit injunction* an.¹⁰⁴ Damit deutet sich – jedenfalls außerhalb des Geltungsbereichs der EuGVVO¹⁰⁵ – ein Aufwärtstrend zugunsten des Erlasses von *anti-anti-suit injunctions* durch deutsche Gerichte in Hinblick auf den Schutz von, nicht nur Patentrechten, sondern jeglichen absoluten Rechten.¹⁰⁶ Damit verschärft sich jedoch auch die Gefahr eines fortdauernden Wettstreits deutscher und anglo-amerikanischer Gerichte um das jeweils frühere Prozessführungsverbot heraus.¹⁰⁷ Denn letztlich könnte ein US-Gericht auf die oben geschilderte Anordnung der *anti-anti-suit injunction* mit einer weiteren „*anti-anti-anti-suit injunction*“ reagieren und stets so weiter. Ob sich dieser Trend insoweit durchschlagen kann, dass deutsche Gerichte fortan vermehrt zum Erlass von „gewöhnlichen“ *anti-suit injunctions* greifen werden, ist angesichts der eingangs genannten Gründe allerdings unwahrscheinlich.

F. Entwicklung der *anti-suit injunction* nach dem Brexit

Seit dem 01.01.2021 wird das Vereinigte Königreich aus unionaler Sicht im internationalen Zivilverfahrensrecht als Drittstaat behandelt.¹⁰⁸ Hintergrund hiervon ist, dass das in letzter Minute zwischen der Europäischen Union und dem Vereinigten Königreich beschlossene Handels- und Kooperationsabkommen Regelungen zu diesem Sachbereich gänzlich außen vorgelassen hat. Hinzu kommt, dass die im Austrittsabkommen von 2019 getroffenen Übergangsvorschriften diesen Umbruch nur in zeitlicher und sachlicher Hinsicht abgemildert haben¹⁰⁹, weshalb der Ausspruch eines „*mini-hard Brexit*“¹¹⁰ zutreffend ist. Konkret bedeutet dies, dass die EuGVVO grundsätzlich keine Anwendung mehr findet, wenn die Beklagte im Vereinigten Königreich ansässig ist, Art. 6 Abs. 1 EuGVVO.¹¹¹ Insofern liegt der Schluss auf der Hand, dass das Rechtsinstrument der *anti-suit injunction* im Zuge des Brexits wahrlich eine „Renaissance“ erfahren wird.¹¹² Schließlich entfällt die Wirkungskraft der dargestellten Entscheidungen des EuGH, in denen *anti-suit injunctions* ihre EuGVVO-Kompatibilität abgesprochen wurde. Diese Entwicklung könnte jedoch durch einen Beitritt des Vereinigten Königreichs zu einem multilateralen Abkommen konterkariert werden, welches, ähnlich der EuGVVO, über eine auf gegenseitigem Vertrauen basierende Grundsystematik innehat. Im September 2020 ratifizierte das Vereinigte Königreich etwa das Haager Gerichtsstandsübereinkommen, welches seit dem 01.01.2021 als partielle Auffangregelung für den Wegfall der EuGVVO dient.¹¹³ Dieses auf qualifiziertem gegenseitigem Interesse beruhende Abkommen steht dem Erlass von *anti-suit injunctions* allerdings dann nicht entgegen, wenn diese den Zweck des Abkommens fördern, also wenn diese zur Aufrechterhaltung von Gerichtsstandsvereinbarungen beitragen.¹¹⁴ Ferner strebt das Vereinigte Königreich den

⁹⁸RG RGZ 157, 136; Probst, S. 202; de Lousanoff, ZZP 1992, 111 (113 f.).

⁹⁹Lenenbach, Loy LA Int. & Comp LJ 1998, 257 (276); Schack, RZ 1994, 41 (48, 55).

¹⁰⁰OLG München, GRUR RS 2019, 33196 Rn. 1 f.

¹⁰¹OLG München, GRUR RS 2019, 33196 Rn. 5, 55.

¹⁰²OLG München, GRUR RS 2019, 33196 Rn. 55.

¹⁰³OLG München, GRUR RS 2019, 33196 Rn. 69.

¹⁰⁴<https://www.eisenfuhr.com/de/news/21-07-2021/eisenfuhr-speiser-erstreitet-anti-anti-suit-injunction-vor-dem-lg-duesseldorf> (zuletzt aufgerufen am 30. Januar 2023).

¹⁰⁵Grundsatz gegenseitigen Vertrauens beachtlich, Grunwald, GRUR Prax 2020, 47.

¹⁰⁶<https://www.luther-lawfirm.com/newsroom/blog/detail/deutschlands-erste-anti-anti-suit-injunction> (zuletzt aufgerufen am 30. Januar 2023).

¹⁰⁷Ehlgén, GRUR 2020, 379 (384 Rn. 6).

¹⁰⁸Ndolo/Niu, GCLR 2017, 53 (59); Wagner, IPRax 2021, 2 (2).

¹⁰⁹Steinbrück/Lieberknecht, EuZW 2021, 517 (517).

¹¹⁰Mankowski, EuZW-Sonderausgabe 2020, 3 (3).

¹¹¹Gleiches gilt für das EuGVÜ, das die Vorgängerregelung zur EuGVVO darstellt, vgl. Steinbrück/Lieberknecht, EuZW 2021, 517 (518).

¹¹²Erste Anordnungen mit Bezug auf Verfahren in EuGVVO-Staaten, z.B. *Pescatore v. Valentino* [2021] EWHC 1953, Unterlassung einer Prozessführung in Italien.

¹¹³Wagner, IPRax 2021, 2 (11).

¹¹⁴Ahmed/Beaumont, JPrIL 2017, 386 (394 ff.).

Beitritt zum Luganer-Übereinkommen an und hat bereits einen entsprechenden Antrag im Frühjahr 2020 eingelegt.¹¹⁵ Dieses Regelwerk reflektiert den rechtlichen Stand der EuGVVO vor ihrer Reformierung im Jahre 2015.¹¹⁶ Gleichwohl wären damit die vom EuGH in der *Turner* und *West Tankers*-Rechtssache aufgestellten Grundsätze zu berücksichtigen, da das Luganer-Übereinkommen ebenfalls der Auslegung durch den EuGH unterliegt und die Auslegung beider Regelwerke gleichmäßig erfolgt.¹¹⁷ Allerdings gab die EU-Kommission im Mai 2021 bekannt, dass sie den Beitritt des Vereinigte Königreichs zum Luganer-Übereinkommen ablehnt.¹¹⁸ Dementsprechend spricht nach den gegenwärtig geltenden Staatsverträgen vieles für ein Wiederaufleben von *anti-suit injunctions*. Ob diese Entwicklung hingegen nur kurzlebig sein wird, hängt maßgeblich von der Frage ab, ob das Vereinigte Königreich einem auf gegenseitigem Vertrauen beruhenden Abkommen beitritt und ob es sich damit sogar möglicherweise erneut der Auslegungskompetenz des EuGH unterwirft.

G. Fazit

Wahrlich bilden *anti-suit injunctions* die Speerspitze des Konflikts in Hinblick auf die jeweiligen Eigenheiten der *Civil Law*- und *Common Law*-Systeme. Während in *Civil Law*-Staaten ein hohes Maß an Rechtssicherheit und gegenseitigem Vertrauen zwischen den Gerichten der Mitgliedstaaten gewährleistet wird, wird den Gerichten in *Common Law*-Gerichtsbarkeiten eine größere Flexibilität im Interesse einer Einzelfallgerechtigkeit eingeräumt – was sich zweifellos als Vorteil erweist, um missbräuchliche Prozesstaktiken zu verhindern. Die Rechtsprechung des EuGH hat im europäischen Zivilprozessrecht den *Civil Law*-Eigenheiten, durch eine strikte Anwendung des der EuGVVO innewohnenden Prinzips des gegenseitigen Vertrauens, Vorzug gewährt und damit „unionalen“ *anti-suit injunctions* ihren Nährboden genommen. Auf diesem Wege geht ein wirksamer Prozessmechanismus verloren, um im Anwendungsbereich der EuGVVO Torpedoklagen und Parallelprozesse zu vermeiden oder ausschließliche Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen durchzusetzen. Nichtsdestotrotz ist es ein Fehlschluss, *anti-suit injunctions* als alternativloses Allheilmittel dieser Umstände zu kennzeichnen. Letztlich ist es, im Lichte des in *Turner* und *West Tankers* hervorgehobenen Grundsatzes gegenseitigen Vertrauens, der konsequentere Weg, an den besagten, offenkundigen Schwächen der EuGVVO direkt anzuknüpfen und eine weitergehende Reformierung der Verordnung, insbesondere in Hinblick auf das Verhältnis der Verordnung zur Schiedsgerichtsbarkeit, durchzuführen. Auf diesem Wege kann eine effiziente transnationale Prozessführung im Anwendungsbereich der EuGVVO sichergestellt werden, ohne von den Grundsätzen der EuGH-Rechtsprechung abkehren zu müssen. Der Bedarf einer Anordnungspraxis von *anti-suit injunctions*, um missbräuchliche Prozessführungen zu unterminieren, würde damit entfallen. Zum aktuellen Zeitpunkt muss die Frage nach der tatsächlichen Antiquiertheit von *anti-suit injunctions* allerdings verneint werden. Infolge des Brexits steht es englischen Gerichten wieder zu, *anti-suit injunctions* im europäischen Rechtsraum zu erlassen. Bereits vor dem Brexit wurden *anti-suit injunctions* von

englischen Gerichten in Verfahren, die keine Berührungspunkte mit der EuGVVO hatten, angeordnet – *Turner* und *West Tankers* haben das Rechtsmittel insofern nicht vollständig ausgehebelt. Sogar deutsche Gerichte greifen inzwischen auf ein ähnliches Rechtsmittel zurück, wenn sie im Zusammenhang mit dem Schutz absoluter Rechte auf eine ausländische *anti-suit injunction* reagieren. Ob dieser Aufwärtstrend anhalten wird, hängt letztlich von der rechtspolitischen Entscheidung ab, ob das Vereinigte Königreich die Gestaltung des internationalen Zivilprozessrechts weiterhin auf unilateraler oder (erneut) auf multilateraler Rechtsgrundlage vornehmen wird.

¹¹⁵Wagner, NJW 2020, 1864; Wagner, IPRax 2021, 2 (7 f.).

¹¹⁶Ndolo/Niu, GCLR 2017, 53 (60 f.); Rühl, NJW 2020, 443 (445).

¹¹⁷Markus (2020), Internationales Zivilprozessrecht, Rn. 1355; EuGH BeckRS 2017, 135796 Rn. 47; Markus, GPR 2019, 60 (62).

¹¹⁸EU-Kommission, Mitteilung vom 4. Mai 2021, COM (2021) 222 final.

Das neue Beschlussmängelrecht der Personengesellschaften nach dem MoPeG

Kästle, Vincent*

ZUSAMMENFASSUNG

Der Gesetzgeber hat sich im Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetz (MoPeG) dazu entschieden, für Personenhandelsgesellschaften ein Beschlussmängelrecht nach dem Vorbild des AktG einzuführen (sog. Anfechtungsmodell). Bei den übrigen Personengesellschaften, insbesondere bei der GbR, bleibt es hingegen bei den allgemeinen rechtsgeschäftlichen Regeln (sog. Feststellungsmodell). Der Beitrag stellt die Neuregelung vor und beurteilt die Vor- und Nachteile der beiden Modelle. Das Ergebnis der Untersuchung ist, dass die Einführung des Anfechtungsmodells für Personenhandelsgesellschaften zu loben und gut gelungen ist, beim Feststellungsmodell allerdings noch Verbesserungspotenzial besteht.

Keywords MoPeG, Personengesellschaften, Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetz, Beschlussmängelrecht, Gesellschaftsrecht

A. Einleitung

„Jahrhundertreform“ oder bloße „Kodifizierung von Richterrecht“ – kaum eine gesetzgeberische Reform ist in den letzten Jahren auf derart geteiltes Echo gestoßen wie die Modernisierung des Personengesellschaftsrechts. Besonderer Streitpunkt ist seit dem „Mauracher Entwurf“ die neue Kodifizierung des Beschlussmängelrechts. Der folgende Aufsatz zeichnet die grundsätzlichen dogmatischen Weichenstellungen der Neuregelung in diesem Gebiet nach und unterzieht diese einer kritischen Würdigung.

B. Neues Beschlussmängelrecht für Personenhandelsgesellschaften

Das neue Beschlussmängelrecht für Personenhandelsgesellschaften findet sich im zweiten Titel des ersten Abschnitts des zweiten Buchs des HGB. Die Regeln über Gesellschafterbeschlüsse befinden sich nunmehr in den §§ 109 ff. HGB nF. § 109 HGB nF enthält Regeln über die Beschlussfassung der Gesellschafter, welche sich vormals teilweise in § 119 HGB aF befanden. Insbesondere wird das gesetzliche Einstimmigkeitsprinzip hinsichtlich der Art und Weise der Beschlussfassung in Versammlungen näher konkretisiert. Die Regeln über die Rechtsfolgen von Beschlussmängeln finden sich in den §§ 110 ff. HGB nF.

I. Unterscheidung zwischen nichtigen und anfechtbaren Beschlüssen

Die §§ 110 ff. HGB nF orientieren sich ausweislich der Gesetzesmaterialien am aktienrechtlichen Beschlussmängelrecht,¹ kopieren dieses aber nicht. Wichtigste Neuregelung ist die im Aktienrecht bekannte Unterscheidung zwischen nichtigen und anfechtbaren Beschlüssen. An der Regelungssystematik von Anfechtbarkeit und Nichtigkeit zeigt sich allerdings der erste gewichtige Unterschied zu den §§ 241 ff. AktG. Während § 241 AktG durch die Formulierung „Ein Beschluß [...] nur dann nichtig, wenn er [...]“² ein klares Regel-Ausnahme-Verhältnis statuiert, zeigt § 110 HGB nF auf den ersten Blick keine derart eindeutige Systematik. Der § 110 Abs. 2 HGB nF

enthält zwei Fälle, in denen Beschlussnichtigkeit vorliegt, wobei die Aufzählung nicht abschließend ist. § 110 Abs. 2 Nr. 2 HGB nF besagt, dass ein Beschluss nichtig ist, wenn er durch ein Urteil rechtskräftig für nichtig erklärt worden ist. Dies ist weder Erkenntnisgewinn noch Besonderheit, sondern logische Folge der Zweiteilung in Anfechtbarkeit und Nichtigkeit. Der entscheidende gesetzlich geregelte Fall von Beschlussnichtigkeit findet sich deshalb in § 110 Abs. 2 Nr. 1 HGB nF, wonach ein Beschluss dann nichtig ist, wenn er „durch seinen Inhalt Rechtsvorschriften verletzt, auf deren Einhaltung die Gesellschafter nicht verzichten können“. Anders als im Aktienrecht wird also die Nichtigkeit nicht in einem detaillierten Katalog von Nichtigkeitsgründen geregelt, sondern der Gesetzgeber hat sich zur Verwendung einer Art Generalklausel entschieden.³ Inhaltlich wird die Generalklausel zum Herzstück des Beschlussmängelrechts werden, denn es wird durch Auslegung zu bestimmen sein, ob der in Frage stehende Beschlussmangel aus dem Verstoß gegen eine Rechtsnorm herrührt, auf deren Einhaltung die Gesellschafter nicht verzichten können.

*Der Autor studierte von 2016 bis 2022 Jura an der Goethe-Universität Frankfurt am Main mit Spezialisierung auf Law and Finance. Aktuell dissertiert er ebenda rechtsvergleichend im Schadensrecht und studiert Musikwissenschaften und Philosophie.



Attribution 4.0 International (CC BY 4.0)

Zitieren als: Kästle, V. (2023). Das neue Beschlussmängelrecht der Personengesellschaften nach dem MoPeG, FraLR 1(1), 27-32. DOI: 10.21248/gups.72206

¹Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz. Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetz – MoPeG), 19.11.2020, https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Personengesellschaftsrecht.pdf;jsessionid=FB4EB9F1965D8D11692E046D94C56E9B.2.cid324?__blob=publicationFile&v=1 (zuletzt abgerufen am 24.02.2023), S. 264.

²Hervorhebung des Verfassers.

³Dabei ist selbstverständlich anzuerkennen, dass es sich bei § 241 Nr. 3 und Nr. 4 AktG auch um generalklauselartige Tatbestände handelt.

Obschon die Neuregelung ihrem Wortlaut nach die Nichtigkeit damit nicht abschließend regelt, ergibt sich aus dem Inhalt von § 110 Abs. 2 Nr. 1 HGB nF eine nahezu abschließende Zweiteilung: Wenn es sich, verallgemeinernd gesprochen, um einen „groben“ Beschlussmangel handelt, ist der Beschluss *ex tunc* nichtig. Im Umkehrschluss handelt es sich ansonsten um einen nur „leichten“ Beschlussmangel, der vorläufig wirksam bleibt, bis er nach erfolgter Anfechtungsklage für nichtig erklärt wurde. Die Unterschiede zum Aktienrecht sind also bei genauerer Betrachtung nicht so groß, wie sie auf den ersten Blick scheinen, denn der detaillierte Nichtigkeits-Katalog des § 241 AktG lässt sich ebenfalls als Legaldefinition von „groben“ Beschlussmängeln verstehen.⁴

1. Rechtsvorschriften, auf deren Einhaltung die Gesellschafter nicht verzichten können Die Regelung mithilfe der Generalklausel wurde bewusst so weit gewählt, um der Rechtswissenschaft die nötige Flexibilität zu gewähren.⁵ Unter einer „Rechtsvorschrift“ ist, in Übereinstimmung mit den Gesetzesmaterialien, jede Rechtsnorm und der Gesellschaftsvertrag selbst zu verstehen.⁶ Die Frage ist jeweils, inwieweit die Vorschrift, gegen die verstoßen wurde, unverzichtbar ist. § 110 Abs. 2 Nr. 1 HGB nF ist dabei so zu verstehen, dass grundsätzlich das *zwingende Recht* das Abgrenzungskriterium zwischen der Anfechtbarkeit und der Nichtigkeit bildet.⁷ Im Bereich von dispositivem Recht können die Gesellschafter über die Rechtsvorschriften verfügen, sodass auch die Fehlerfolge zu ihrer Disposition steht. Ein Verstoß gegen Regelungen des Gesellschaftsvertrages wird also im Regelfall zur Anfechtbarkeit des Beschlusses führen, insofern die Gesellschafter nicht die Nichtigkeitsfolge selbst vereinbart haben. Dabei stellt sich insbesondere bei Formverstößen das Problem, ob tatsächlich jeder Verfahrensverstoß zur Anfechtbarkeit führen soll. Im Aktienrecht ist der Streitstand unter den Schlagworten „Erfordernis potentieller Kausalität“ des Verstoßes versus „Relevanztheorie“ bekannt.⁸ Wie sich zeigt, lassen sich viele dogmatische Überlegungen zum Aktienrecht auf das Beschlussmängelrecht der Personenhandelsgesellschaften übertragen.

Umgekehrt soll ein Verstoß gegen zwingendes Recht stets zur Nichtigkeit des Beschlusses führen. Die Unterscheidung zwischen zwingendem und dispositivem Recht wird der Rechtsprechung und der Literatur überlassen, die bereits eine umfangreiche Kasuistik hierzu entwickelt haben.⁹ Erfasst werden insbesondere sog. materielle Beschlussmängel, die ihrem Inhalt nach gegen zwingendes Recht verstoßen. Zwingende und damit unverzichtbare Vorschriften sind außerdem die sog. „absolut unentziehbaren Rechte“¹⁰ eines Gesellschafters, welche zB in § 118 HGB geregelt sind.¹¹ Ein typisches Beispiel für ein unentziehbares Recht ist das Klagerecht des Gesellschafters gegen rechtswidrige Gesellschafterbeschlüsse.¹² Ein Beschluss, der das Klagerecht einschränkt, ist folglich wegen eines Verstoßes gegen zwingendes Recht *ex tunc* nichtig. Auch Beschlüsse, die unter Verletzung bspw. des Stimmrechts eines Gesellschafters gefasst wurden, sind nichtig.¹³

2. Unwirksamkeit als dritte Kategorie Neben den Hauptkategorien der Anfechtbarkeit und der Nichtigkeit wird in den Gesetzesmaterialien noch die „Unwirksamkeit“

von Beschlüssen als dritte Kategorie eingeführt.¹⁴ Diese Kategorie soll dann zum Tragen kommen, wenn ein Verstoß gegen relativ unentziehbare Rechte wie zB Sonderrechte eines Gesellschafters vorliegt.¹⁵ Die Rechtsfolgen der Unwirksamkeit sind gesetzlich nicht geregelt.¹⁶ Eine Orientierung kann jedoch das Aktienrecht bieten.¹⁷ Wenn dort ein zunächst relativ unwirksamer Beschluss nach Verweigerung der Zustimmung des Gesellschafters endgültig unwirksam wird, werden die Rechtsfolgen der Nichtigkeit angewandt, sofern sich nicht aus den Besonderheiten der *ex tunc* Wirkung der Nichtigkeit etwas anderes ergibt.¹⁸

3. Kritische Einordnung Da die hauptsächliche Frage, ob dispositives oder zwingendes Recht vorliegt, eine des Einzelfalls ist, kann § 110 Abs. 2 Nr. 1 HGB nF einerseits weiter, aber andererseits auch enger als die §§ 241 ff. AktG zu verstehen sein. Weiter ist § 110 Abs. 2 Nr. 1 HGB nF, weil *jeder* Verstoß gegen zwingendes Recht zur Nichtigkeit führt. Ebenfalls weiter ist § 110 Abs. 2 Nr. 1 HGB nF auch im Bereich von dispositivem Recht, wo die Nichtigkeitsfolge von den Gesellschaftern *selbst* festgelegt sein muss. § 110 Abs. 2 Nr. 1 HGB nF ist dagegen besonders in Konstellationen enger, in denen eine Heilung gem. § 242 AktG möglich erscheint. Die Neuregelungen des MoPeG sowie der Referenten- und Regierungsentwurf sehen keine Möglichkeit der Heilung vor. Dem liegt gewiss die gesetzgeberische Konzeption zugrunde, ein Verstoß gegen zwingendes Recht stelle stets einen besonders schweren Verstoß dar, der keiner Heilung zugänglich sein sollte. Ob dies mit zwingender Absolutheit stets der Fall ist, muss sich in Zukunft erst noch zeigen.

a) Einführung des Anfechtungsmodells Zunächst stellt sich indes die Frage, ob die Einführung der Zweiteilung (auch „Anfechtungsmodell“) für Personenhandelsgesellschaften überhaupt sinnvoll ist. Hierbei muss grundsätzlich konstatiert werden, dass das Anfechtungsmodell im Vergleich zum Feststellungsmodell mehr Flexibilität und Differenzierung erlaubt. Der entscheidende Unterschied zwischen den beiden Modellen ist, dass das Anfechtungsmodell hinsichtlich des *Schweregrads* des jeweiligen Beschlussmangels unterscheiden kann. Ob dies geboten ist, ist damit selbstredend noch nicht beantwortet. Eine größere Differenzierung ist nicht *per se* normativ geboten. Mit

⁴Dies kritisch hinterfragend Fehrenbach, WM 2020, 2049 (2050 f.).

⁵RefE, S. 266 f.

⁶RefE, S. 265.

⁷RefE, S. 127.

⁸Schäfer in MüKo AktG, § 243 Rn. 27 ff.

⁹RefE, S. 128; beispielhaft Koch, ZHR 2018, 378 (403 ff.); Schäfers, FS Schmidt 2019, 323 (329 ff.); siehe auch Fehrenbach, WM 2020, 2049 (2050 f.).

¹⁰RGZ 167, 65 (73 f.).

¹¹Nummehr nur noch geregelt in § 717 BGB nF iVm § 105 Abs. 2 HGB nF.

¹²RefE, S. 128.

¹³Vgl. für die GmbH Weller/Reichert in MüKo GmbHG, § 14 Rn. 88.

¹⁴RefE, S. 128.

¹⁵BGH NJW 1995, 194; RGZ 170, 358 (368).

¹⁶Tröger/Happ, NZG 2021, 133 (135).

¹⁷Siehe §§ 217 Abs. 2 S. 4, 234 Abs. 3 oder 235 Abs. 2 S. 1 AktG.

¹⁸Vgl. zur ähnlichen Überlegung im Aktienrecht Schäfer in MüKo AktG, § 249 Rn. 34 f. m.w.N.

differenzierteren Regeln geht nämlich eine höhere Regelungsdichte und -komplexität und in der Regel ein höherer Aufwand einher.

Mit Blick auf die Bedürfnisse der Praxis ist festzustellen, dass insbesondere im kaufmännischen Verkehr sich das Feststellungsmodell als ungenügend erwiesen hat.¹⁹ Das Feststellungsmodell geht von der Grundannahme aus, dass in ihrer Beschlussfassung die Gesellschafter an einem Strang ziehen.²⁰ Streitigkeiten über die Beschlussfassung kommen idealtypisch nicht oder nur begrenzt vor. Bei Zugrundelegung dieser Annahme ist kein ausdifferenziertes Beschlussmängelrecht erforderlich. Bei der gebotenen generalisierenden Betrachtung jedoch hat sich das sog. Mehrheitsprinzip iSd § 119 Abs. 2 HGB aF im Wirtschaftsverkehr durchgesetzt.²¹ Entscheidungen werden von wechselnden Mehrheiten getroffen, weshalb die Kautelarpraxis dazu übergegangen ist, die Folgen von Beschlussmängeln selbst differenziert in den Gesellschaftsverträgen zu regeln.²² Insofern ist davon zu sprechen, dass sich das *gesetzliche Leitbild* der Personenhandelsgesellschaften geändert hat.²³

Bestimmend für das Beschlussmängelrecht ist der ständige Ausgleich zwischen den dominierenden Mehrheitsinteressen und den überstimmten Minderheitsinteressen. Während der Minderheit ausreichende Überprüfungsmöglichkeiten eingeräumt werden müssen (Legalitätskontrolle), müssen andererseits die von der Mehrheit bestätigten Beschlüsse rechtssicher vollzogen werden können. Das Anfechtungsmodell ist hierbei die an sich tragfähige Lösung, dieses Verhältnis auszubalancieren. Die Orientierung des Beschlussmängelrechts der Personenhandelsgesellschaften am aktienrechtlichen Anfechtungsmodell ist somit zu begrüßen.

b) Ausgestaltung des Anfechtungsmodells Die Frage der konkreten Ausgestaltung ist von der Frage der Einführung des Anfechtungsmodells zu trennen. Während sich § 110 Abs. 2 Nr. 1 HGB nF auf eine ausfüllungsbedürftige Generalklausel beschränkt, scheinen die §§ 241 ff. AktG historisch bedingt einen höheren gesetzgeberischen Differenzierungsgrad aufzuweisen, der die spezifischen Interessen gesetzlich genauer ausbalanciert. Die verwendeten Regelungskataloge der § 241 AktG und § 243 AktG erscheinen präziser und durchdachter als das neue Beschlussmängelrecht der Personenhandelsgesellschaften.²⁴ So wird in § 241 Nr. 3 AktG speziell auf die Gläubiger- bzw. öffentlichen Interessen Bezug genommen. Hierin scheint die Abwägung zwischen Legalitätskontrolle und Funktionsfähigkeit der Gesellschaft offensichtlicher und konziser zum Ausdruck zu kommen als bei dem Abgrenzungskriterium der „Unverzichtbarkeit“ des § 110 Abs. 2 Nr. 1 HGB nF. Die höhere Regelungsdichte des Aktienrechts lässt sich allerdings auf dreierlei Weise erklären: Erstens geht das Aktienrecht von der Aktiengesellschaft als Publikumsgesellschaft aus. Als solche unterliegt die Aktiengesellschaft vielfältigeren und präziseren Regeln als die Personengesellschaften. Bei Publikumsgesellschaften kennt sich die Vielzahl der Gesellschafter nicht persönlich untereinander, sodass die Entscheidungsprozesse gesetzlich bereits strenger organisiert bzw. institutionalisiert sein müssen.²⁵ Hierdurch erklärt sich, dass auf der Rechtsfolgenseite von Beschlussmängeln die Regelungen dementsprechend detailliert sind. Zweitens

beruht das aktienrechtliche Beschlussmängelrecht nicht auf einer einmaligen Kodifikation, welcher ein durchweg stringentes Regelungskonzept zugrunde liegt.²⁶ Die §§ 241 ff. AktG sind vielmehr Ausfluss eines historischen Prozesses der ständigen Ausbalancierung der Mehrheits- und Minderheitsinteressen.²⁷ Aus diesem Grund kann es nicht als Kritikpunkt angesehen werden, dass die §§ 110 ff. HGB nF nicht noch stärker Anleihen am Aktienrecht nehmen bzw. sich an dessen genauen Regelungskatalogen orientieren. Im aktienrechtlichen Beschlussmängelrecht wird, im Gegenteil, selbst erheblicher Reformbedarf gesehen,²⁸ sodass eine vollständige Übertragung auf das Beschlussmängelrecht der Personenhandelsgesellschaften als regelungstechnischer Rückschritt einzustufen wäre. Drittens wird die Verwendung der gestaltungsoffenen Generalklausel des § 110 Abs. 2 Nr. 1 HGB nF von den Gesetzesmaterialien als bewusst gewählter Weg bezeichnet.²⁹ Die Rechtsprechung soll über die Flexibilität verfügen, das bisher im Personengesellschaftsrecht unbekanntes Konzept des Anfechtungsmodells sachgerecht anzuwenden und bedarfsgerecht dogmatisch weiterzuentwickeln. Da zum aktienrechtlichen Anfechtungsmodell bereits eine Fülle von Rechtsprechung und Literatur vorhanden ist, stellt dies keine gesetzgeberische Unklarheit dar. Nicht zu kritisieren ist dies, weil die dogmatische Grundüberlegung, dass die Fehlerfolge dort dispositiv sein soll, wo dispositives Recht vorliegt, klar vorgezeichnet und selbst schlüssig ist.³⁰

Schließlich muss auch festgehalten werden, dass die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht unbillige Folgen der Anwendung der Nichtigkeit im Bereich von zwingendem Recht vermeiden kann.³¹ Die konkrete Berufung auf die Nichtigkeit kann wegen der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht ausgeschlossen sein, wenn dies unverhältnismäßige Folgen für die Gesellschaft hat. Dies ist für alle Gesellschaftsformen anerkannt.³²

II. Geltendmachung von Beschlussmängeln

Die Geltendmachung von Beschlussmängeln ist hauptsächlich in den §§ 111-115 HGB nF geregelt und knüpft an die vorher getroffene Unterscheidung zwischen nichtigen und anfechtbaren Beschlüssen an.

¹⁹Ob dies für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) gleichermaßen gilt, wird im Folgenden noch zu klären sein.

²⁰Enzinger in MüKo HGB, § 119 Rn. 61.

²¹Freitag in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn HGB, § 119 Rn. 66.

²²Goette/Goette, DStR 2016, 74 (75 ff.); Heckschen/Bachmann, NZG 2015, 531 (531 ff.).

²³Vgl. hierzu die umfangreiche Rspr. zu Bestimmtheitsgrundsatz und Kernbereichslehre, zB RGZ 91, 166; BGHZ 8, 35, BGH NJW 1967, 2157; 1995, 194.

²⁴Zur bezweckten Rechtssicherheit, welcher der Präzision dient, siehe Hüffer/Koch AktG, § 241 Rn. 1.

²⁵Kubis in MüKo AktG, § 118 Rn. 7.

²⁶Überblickartige Geschichte bei Heckschen in BeckHdBNotar, § 23 Rn. 4 ff.

²⁷Drescher in BeckOGK AktG, § 241 Rn. 55.

²⁸Schäfer in MüKo AktG, § 241 Rn. 4a f. m.w.N.

²⁹RefE, S. 267.

³⁰So auch Tröger/Happ, NZG 2021, 133 (140).

³¹RefE, S. 266.

³²Heidel in Nomos Kommentar BGB, § 705 Rn. 192-203.

1. *Anfechtungsklage* § 110 Abs. 1 HGB nF konstituiert die Anfechtungsklage, mithilfe derer die Nichtigkeit eines anfechtbaren Beschlusses gem. § 110 Abs. 2 Nr. 1 HGB nF erstritten werden kann. Die Regelungen finden sich in den §§ 111-113 HGB nF. Anders als die Feststellungsklage nach bisherigem Recht ist sie gem. § 113 Abs. 2 HGB nF gegen die Gesellschaft *selbst* zu richten, was § 246 Abs. 2 S. 1 AktG und einer konsequenten Weiterführung der eigenen Rechtsfähigkeit der Gesellschaft entspricht. Auch in § 113 HGB nF geregelt ist in Abs. 6 die sog. *erga omnes* Wirkung, welche § 248 Abs. 1 S. 1 AktG entspricht. Die Anfechtungsbefugnis, welche dem Ausschluss von Popularklagen dient, wird in § 111 Abs. 1 HGB nF bestimmt. Demnach sind alle Gesellschafter grundsätzlich anfechtungsbefugt.

Ein gewichtiger Unterschied zum Aktienrecht besteht in der Klagefrist. Während sie bei der AG gem. § 246 Abs. 1 AktG *einen* Monat nach Beschlussfassung beträgt, legt § 112 Abs. 1 HGB nF diese zwingend auf *drei* Monate ab Bekanntgabe des Beschlusses an den anfechtungsbefugten Gesellschafter fest, § 112 Abs. 2 HGB nF. Hintergrund dieser Regelung ist, dass es sich bei Personenhandelsgesellschaften idR nicht um Publikumsgesellschaften handelt, bei denen die Beschlussfassung öffentlich wirksam und zu einem gewissen Grad institutionalisiert ist, vgl. §§ 118 ff. AktG. Ein weiterer wichtiger Unterschied ist die Anwendung der zivilrechtlichen Regeln über die Hemmung von Fristen iSd §§ 203, 209 BGB, welche § 112 Abs. 3 HGB nF explizit für anwendbar erklärt. Für die Zeit, in der Verhandlungen zwischen dem Gesellschafter und der Gesellschaft über den Gegenstand des Beschlusses oder die ihm zugrundeliegenden Umstände geführt werden, wird der Ablauf der Klagefrist gehemmt. Dies ist eine im Vergleich zum AktG neue Regelung und verlagert die Balance des Beschlussmängelrechts ein deutliches Stück zugunsten der Rechtmäßigkeitskontrolle. Die Regelung bezweckt, Härten abzumildern, die durch das Konzept der Bestandskraft entstehen, wenn keine Anfechtungsklage vor Fristablauf eingelegt wurde.³³ In die gleiche Richtung zielt auch der Fristbeginn mit Bekanntgabe gem. § 112 Abs. 2 HGB nF. Auch wenn § 112 HGB nF nicht als temporäre Regelung gedacht ist, wird der Charakter einer Übergangsvorschrift deutlich. Die Umstellung von einer stets fristunabhängigen Geltendmachung einer Nichtigkeit zu einer häufig gegebenen fristgebundenen Anfechtungssituation soll erleichtert werden.³⁴ Im Sinne eines schonenden Übergangs ist dies zu begrüßen.

Kein gewichtiger Unterschied zum aktienrechtlichen Beschlussmängelrecht, aber gleichwohl ein für die Praxis wichtiger Punkt, ist letztens die Beschlussfeststellung, wenn unklar ist, ob ein Beschluss und mit welchem dieser Inhalt zustande gekommen ist.³⁵ Im Aktienrecht existiert mit § 130 Abs. 2 AktG eine Vorschrift, nach der die Beschlussfeststellung für die Wirksamkeit des Beschlusses iSd § 241 Nr. 2 AktG erforderlich ist.³⁶ Eine vergleichbare Vorschrift besteht im Bereich der Personenhandelsgesellschaften nicht. Das MoPeG hat es versäumt, dieses Problem zu regeln und ermöglicht mit § 115 HGB nF ausweislich der Überschrift lediglich die Möglichkeit der „Verbindung von Anfechtungs- und Feststellungsklage“, um etwaige Unklarheiten über die Beschlussfassung zu klären. Die dogmatische Unschärfe der Norm nimmt der Gesetzgeber wohl bewusst in Kauf,

um es der Rechtsprechung zu ermöglichen, passende Lösungen zu entwickeln.³⁷ Der Referentenentwurf spricht hierbei von einer „prozessualen Sonderregelung“ die es wohl der Rechtsprechung und Literatur ermöglicht soll, einzelfallgerechte Lösungen zu entwickeln.

2. *Feststellungsklage* Während die Anfechtungsklage auf die Nichtigkeitsklärung eines Beschlusses gerichtet ist, bleibt die Feststellungsklage weiterhin anwendbar zur Feststellung eines *ex tunc* nichtigen Beschlusses. Während bisher allein § 256 Abs. 1 ZPO Rechtsgrundlage einer solchen war, bildet nach dem MoPeG § 114 HGB nF *lex specialis* hierzu. Die auf Feststellung der Nichtigkeit getroffene Klage heißt gem. § 110 Abs. 2 a.E. HGB nF Nichtigkeitsklage. Es muss, wie im Aktienrecht iSd § 249 AktG, davon ausgegangen werden, dass aufgrund des Charakters als *lex specialis* die zusätzliche Erhebung einer Feststellungsklage iSd § 256 Abs. 1 ZPO nicht zulässig ist.³⁸ Die Nichtigkeitsklage selbst weist hingegen keine Erschwerungen, sondern Erleichterungen im Vergleich zur Anfechtungsklage auf.

Der § 114 HGB nF erklärt die §§ 111 und 113 HGB nF, also die Regeln der Anfechtungsklage mit Ausnahme der Anfechtungsfrist, für entsprechend anwendbar. Dass mehrere Nichtigkeits- und Anfechtungsprozesse zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung zu verbinden sind, entspricht teilweise § 249 Abs. 2 AktG, wonach mehrere Nichtigkeitsprozesse zwangsläufig, mehrere Nichtigkeits- und Anfechtungsprozesse aber nur fakultativ zu verbinden sind. Die Regelung erscheint sinnvoll. Entscheidend ist beim Verweis von § 114 HGB nF auf §§ 111 u. 113 HGB nF, dass das Fristerfordernis der Anfechtungsklage ausgespart ist. Damit unterliegt die Nichtigkeitsklage geringeren Hürden als die Anfechtungsklage. Die Anfechtungsbefugnis in § 111 HGB nF korreliert dabei mit dem Erfordernis des Bestehens eines Feststellungsinteresses bei einer Feststellungsklage. Ein solches ergibt sich, wie im Aktienrecht, bereits aus der Mitgliedschaft bzw. Gesellschafterstellung.³⁹ Auch die weiteren Modalitäten der Klage aus § 114 iVm § 113 HGB nF sind den Erfordernissen des Anfechtungsmodells angepasst. Wie die Anfechtungsklage ist die Nichtigkeitsklage gegen die Gesellschaft selbst zu richten, vgl. § 249 Abs. 1 S. 1 AktG. Das rechtskräftige Urteil hat dann gem. § 114 iVm § 113 Abs. 6 HGB nF *erga omnes* Wirkung.

Schließlich ist auch die in § 110 Abs. 2 a.E. HGB nF getroffene Feststellung wichtig, dass die Nichtigkeit eines Beschlusses auch auf anderer Weise als durch Klage geltend gemacht werden kann. Hier werden die bisher allgemein geltenden Grundsätze über die Nichtigkeit von Rechtsgeschäften bestätigt. Die Geltendmachung der Nichtigkeit als Prozesseinrede ist damit weiterhin möglich.⁴⁰

³³RefE, S. 128.

³⁴RefE, S. 128.

³⁵Drescher in Henssler/Strohn AktG, § 243 Rn. 17.

³⁶BGHZ 76, 154.

³⁷RefE, S. 128.

³⁸Vgl. im Aktienrecht OLG Hamburg ZIP 1995, 1513 (1514 f.); OLG Koblenz NZG 2006, 270 (270 f.).

³⁹BGHZ 43, 261 (265); OLG Düsseldorf AG 1968, 19 (22); OLG Hamburg AG 1971, 403.

⁴⁰RefE, S. 267.

3. *Kritische Einordnung* Die Regeln über die Geltendmachung von Beschlussmängeln weisen keine großen Besonderheiten auf, sondern sind die konsequente Fortführung des Anfechtungsmodells und der Rechtsfähigkeit der Personenhandelsgesellschaften. Hervorzuheben sind die im Vergleich zum Aktienrecht großzügigeren Regelungen der Anfechtungsfrist, die zugleich der schonenden Einführung des neuen Modells Rechnung tragen. Insofern sind die Regeln als positiv zu werten.

C. Beschlussmängelrecht der Gesellschaft bürgerlichen Rechts

Da die §§ 110 ff. HGB nF für Personenhandelsgesellschaften gelten, ist das Beschlussmängelrecht anderer Personengesellschaften, insbesondere das der GbR separat zu untersuchen.⁴¹ Die Regeln der GbR finden sich weiterhin in den §§ 705 ff. BGB. Dort war noch nach dem „Mauracher Entwurf“ vom April 2020 in den §§ 714a - 714e BGB-E ein eigenes Beschlussmängelrecht vorgesehen, welches inhaltlich den §§ 110 ff. HGB nF entsprach. Es sollte bewusst ein Gleichlauf mit den Personenhandelsgesellschaften geschaffen werden.⁴² Bereits im Referentenentwurf wurde von diesem geplanten Beschlussmängelrecht Abstand genommen und die §§ 714a - 714e BGB-E ersatzlos gestrichen.

I. Darstellung des Konflikts

Die nicht erfolgte Einführung des Anfechtungsmodells für die GbR sorgte für erheblichen Sprengstoff in der Literatur. Kernfrage war, ob eine Vereinheitlichung des Beschlussmängelrechts sinnvoll ist. Der „Mauracher Entwurf“ geht davon aus, dass infolge der gem. § 714 BGB-E explizit erlaubten uneingeschränkten Zulässigkeit von Mehrheitsklauseln „vermehrt mit Beschlussmängelstreitigkeiten zu rechnen“⁴³ ist. Dem Entwurf liegt implizit die Vorstellung zu Grunde, dass sich das Leitbild der GbR ebenso wie das der Personenhandelsgesellschaften im Laufe der Zeit gewandelt hat. Das Einstimmigkeitsprinzip würde rechtspraktisch eher die Ausnahme als die Regel bilden. Vorherrschend sei vielmehr eine Mehrheits-/Minderheits-Interessenlage. Als Beispiel führt der „Mauracher Entwurf“ die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) an.⁴⁴ Hier konnte sich das Anfechtungsmodell etablieren, obwohl es sich ebenfalls nicht um eine Publikumsgesellschaft wie zB eine Aktiengesellschaft handelt.⁴⁵ Für die Einführung des Anfechtungsmodells sei weniger die „typologische Struktur“⁴⁶ einer Gesellschaft entscheidend als vielmehr ihr Charakter als „rechtliche Verselbständigung des Verbandes gegenüber seinen Mitgliedern, das Unterworfensein der Mitglieder unter eine Mehrheitsentscheidung und das Vorhandensein eines geeigneten Beklagten“.⁴⁷ Gerade diese Merkmale sah der „Mauracher Entwurf“ nicht nur im Bereich der Personenhandelsgesellschaften, sondern auch bei Gesellschaften bürgerlichen Rechts als gegeben.

Für das Konzept des „Mauracher Entwurfs“ spricht also in erster Linie die logische Konsequenz: einerseits die Konsequenz im Hinblick auf die gesetzliche Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR, andererseits die Konsequenz

im Hinblick auf den Gleichlauf mit den Personenhandelsgesellschaften. Bei letzteren ist, wie oben beschrieben, ein Wandel des gesetzlichen Leitbilds nur schwer zu leugnen, welcher mit einem erhöhten Bedürfnis für Rechtssicherheit einhergeht. Dies kann das Anfechtungsmodell gewährleisten, sodass bei Zugrundelegung des neuen Leitbilds dies auch bei der GbR für die Einführung des Anfechtungsmodells spricht.

Schließlich ließe sich anführen, dass gem. § 708 BGB-E Abweichungen vom Anfechtungsmodell stets per Vereinbarung möglich sind. Dieser Punkt lässt sich auch in sein Gegenteil verkehren. Natürlich ließe sich argumentieren, dass es ebenso nach bisheriger Rechtslage stets möglich war, das Anfechtungsmodell als GbR gesellschaftsvertraglich zu verankern. Dies führt zu der Frage, was der gesetzliche Standard und was der Ausnahmefall sein sollte. Hierbei ist zu untersuchen, inwieweit der geltend gemachte Wandel des gesetzlichen Leitbilds bei der GbR tatsächlich eingetreten ist. Der Referentenentwurf erkennt in der prägnanten Überschrift „ff. [v]on der archaischen Hauserbengemeinschaft zur professionellen Erwerbsgemeinschaft“⁴⁸ einen Leitbildwandel an. Das Maß der Verselbstständigung der GbR gegenüber ihren Mitgliedern wird allerdings im Vergleich zu oHG und KG als nicht ausreichend angesehen, um eine sachgerechte Anwendung des Anfechtungsmodells zu gewährleisten.⁴⁹ Das Anfechtungsmodell erfordere nämlich gewisse „Mindestanforderungen an die Formalisierung des Beschlussverfahrens“⁵⁰, welche bei kaufmännischen Personengesellschaften eher als bei nichtkaufmännischen zu erwarten seien. Die nichtkaufmännischen Personengesellschaften seien zumeist weniger institutionalisiert, sodass die Voraussetzungen der Einführung des Anfechtungsmodells idR nicht vorliegen würden. Dort, wo es auf Seite der Beschlussfassung noch keine hinreichend institutionalisierten Abläufe gibt, könne umgekehrt auf der Rechtsfolgenseite kein Modell eingeführt werden, welches selbst dezidiert Prozesse der Überprüfung von Beschlussmängeln vorgibt.

II. Kritische Einordnung

Die Frage ist dementsprechend, ob diese Differenzierung des Beschlussmängelrechts zwischen kaufmännischen und nichtkaufmännischen Personengesellschaften geboten ist. Hierbei muss iSd Privatautonomie von den

⁴¹Gem. § 1 Abs. 4 PartGG finden die Regeln über die GbR auf die Partnerschaft Anwendung. Hier bestehen nach dem MoPeG keine Änderungen hinsichtlich des Beschlussmängelrechts.

⁴²Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Mauracher Entwurf für ein Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, April 2020,

https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/PM/042020_Entwurf_Mopeg.pdf?__blob=publicationFile&v=3

(zuletzt abgerufen am 24.02.2023), S. 90 ff.; zustimmend Lieder, ZRP 2021, 34 (37).

⁴³MaurachE, S. 90.

⁴⁴MaurachE, S. 90.

⁴⁵Wertenbruch in MüKo GmbHG, Anh. § 47 Rn. 1 ff.

⁴⁶MaurachE, S. 90.

⁴⁷MaurachE, S. 91.

⁴⁸RefE, S. 123.

⁴⁹RefE, S. 127.

⁵⁰RefE, S. 127.

eigentlichen Akteuren, also den Gesellschaftern, ausgegangen werden. Eine Regelung muss sich grundsätzlich ihren Bedürfnissen anpassen. Richtig ist dabei, dass bei der Gesetzgebung auf eine sog. generalisierende Betrachtung abgestellt wird.⁵¹ Ausschlaggebend darf weder eine Betrachtung vergangener Einzelfälle, noch eine vage vermutete Vorstellung eines Regelfalls sein. Der Referentenentwurf zielt daher zurecht auf die Abdeckung der „rechtsstatsächlichen Variationsbreite“⁵² der Gesellschaften ab. Vor diesem Hintergrund muss festgestellt werden, dass in Bezug auf den „typischen Gesellschafter“ tatsächlich gewichtige Unterschiede zwischen kaufmännischen und nichtkaufmännischen Personengesellschaften bestehen.

Bei kaufmännischen Gesellschaften partizipieren die Gesellschafter bewusst am Wirtschaftsverkehr in kaufmännischer Weise. Das bedeutet, dass sie sich bewusst den Regeln des HGB unterwerfen und ihnen folglich die Tragweite ihrer Handlungen klar vor Augen ist. Der typische Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts existiert dagegen nicht. Die GbR ist der Grundtyp einer Personengesellschaft und umfasst eine unübersehbare Spanne an Anwendungsgebieten. Den kaufmännischen Personengesellschaften noch am ehesten verwandt sind Gesellschaften zwischen Kleingewerbetreibenden, vgl. § 105 Abs. 2 HGB, oder Gesellschaften, die bloße Vermögensverwaltung betreiben.⁵³ Andererseits gibt es Gesellschaften bürgerlichen Rechts wie zB sog. Arbeitsgemeinschaften oder auch Vorgründungsgesellschaften, welche nur auf einen vorübergehenden Zweck gerichtet sind. Schließlich gibt es Ehegattengesellschaften bzw. Gesellschaften von nichtehelichen Lebenspartnern oder sog. Gelegenheitsgesellschaften des täglichen Lebens wie zB Fahrgemeinschaften, Tippgemeinschaften oder gemeinsame Ferienreisen, in welchen ein wirtschaftlicher Bezug nur in Ansätzen zum Vorschein kommt. Gemein hat diese beispielhafte Aufzählung, dass in aller Regel keine *expliziten* vertraglichen Vereinbarungen zwischen den Gesellschaftern getroffen wurden.⁵⁴

Bei lebensnaher Betrachtung liegt es fern, dass die Gesellschafter tatsächlich einen organisierten und institutionalisierten Prozess der Beschlussfassung vereinbart haben.⁵⁵ Gerade bei den weit verbreiteten Gelegenheitsgesellschaften wird es „im Gegenteil“ sogar den Gesellschaftern nicht genau bewusst sein, dass sie eine Personengesellschaft gegründet haben. Die zwar zumeist zutreffende Annahme des Rechtsbindungswillens basiert in Wirklichkeit oft auf einer Fiktion. Die Beteiligten machen sich meist bei Erreichung des Gesellschaftszwecks keine Gedanken über die rechtliche Ausgestaltung. Erst, wenn es zum Konfliktfall kommt, greifen sie auf das Recht zurück. In der Tat ist damit die Feststellung des Referentenentwurfs zutreffend, dass eine hinreichend formalisierte Beschlussfassung auf Seite der Willensbildung nur bei einer Minderheit der in der Praxis vorkommenden Formen der GbR gegeben ist.⁵⁶ Gleichzeitig zieht das Anfechtungsmodell die bedeutsame Folge der Befristung der Anfechtungsklage nach sich. Das Anfechtungsmodell verlangt seinem Wesen nach einer erhöhten Aufmerksamkeit der Gesellschafter, etwaige Fehler in der Beschlussfassung zu identifizieren und geltend zu machen. Bei Versäumung der knapp bemessenen Monats- bzw. Drei-Monats-Frist werden fehlerhafte (aber nicht nichtige) Beschlüsse unanfechtbar. Hierin liegt eine

besondere Verschärfung der allgemeinen zivilrechtlichen Regeln.⁵⁷

Vor diesem Hintergrund erscheint es als angemessen, dass sich der Gesetzgeber schließlich gegen die Einführung des Anfechtungsmodells als *gesetzlichen Standard* für die GbR entschieden hat.

III. Kompromissvorschlag

Als Alternative zur gänzlichen Nicht-Kodifizierung eines Beschlussmängelrechts für die GbR könnte zwischen verschiedenen *Arten* von Gesellschaften differenziert werden. Mit dem neugeschaffenen Typus der *eingetragenen* GbR („eGbR“) gem. §§ 707-707d BGB nF bietet das MoPeG selbst einen möglichen Anknüpfungspunkt für eine Differenzierung.⁵⁸ Wenn sich die Gesellschafter zur Eintragung ihrer Gesellschaft entscheiden, kommt darin der Wille zum Ausdruck, sich gleichzeitig gewissen „professionellen Regeln“ wie zB solchen des HGB zu unterwerfen, vgl. § 707b BGB nF.⁵⁹ In diesem Fall könnte das Anfechtungsmodell eingeführt werden und dementsprechend die Beachtung von strengen Fristen zur Geltendmachung von Beschlussmängeln erwartet werden.

Alternativ käme noch eine Entschärfung des Feststellungsmodells durch die Einführung von Höchstfristen für die Geltendmachung der Nichtigkeit in Betracht.⁶⁰ In Orientierung an § 195 BGB könnte die Rückwirkung der strengen Nichtigkeitsfolge zeitlichen Grenzen unterworfen sein.

D. Fazit

Das MoPeG wählt insgesamt einen gangbaren Weg bei der Regelung des Beschlussmängelrechts der Personengesellschaften. Das Beschlussmängelrecht der *Personenhandels*gesellschaften ist gut gelungen und zu begrüßen. Die Einführung des Anfechtungsmodells trägt der – bei typisierender Betrachtung – gesteigerten Professionalisierung von oHG/KG Rechnung. Bei der GbR dagegen erscheint weder die Übernahme des identischen Beschlussmängelrechts der oHG/KG, noch die Nicht-Kodifizierung eines eigenen Beschlussmängelrechts als angemessen. Ein Mittelweg zwischen den strengen Rechtsfolgen des Feststellungsmodells und den Anforderungen des Anfechtungsmodells an die Institutionalisierung der Beschlussfassung erscheint erstrebenswert. Hier besteht nach den entwickelten Vorschlägen noch Reformbedarf.

⁵¹BVerfGE 30, 292 (316); BVerfGE 68, 193 (219).

⁵²RefE, S. 264.

⁵³Vgl. Heidel in Nomos Kommentar BGB, § 705 Rn. 79 ff.

⁵⁴Zur konkludenten Gesellschaftsgründung siehe OLG Saarbrücken NJW 1985, 811.

⁵⁵Vgl. Schall, ZIP 2020, 1443 (1444).

⁵⁶Vgl. Habersack, ZGR 2020, 539 (560 f.); Heckschen, NZG 2020, 761 (764).

⁵⁷Gegen die Gleichsetzung mit den Personenhandelsgesellschaften siehe auch Fehrenbach, WM 2020, 2049 (2052); Schall, ZIP 2020, 1443 (1444); Schäfer, ZIP 2020, 1149 (1153).

⁵⁸Claußen/Pieronczyk, NZG 2021, 620 (620 ff.).

⁵⁹RefE, S. 144 f.

⁶⁰Vgl. § 4 KSchG im Arbeitsrecht.

Privilegien und Grenzen der freien Presse im Rahmen der Finanzmarktberichterstattung

Baaske, Mark G. R.*

ZUSAMMENFASSUNG

Journalisten leisten eine unabdingbare Informations- und Kontrollfunktion für die internationalen Kapitalmärkte. Dabei stehen ihre journalistischen Beiträge in einem Spannungsfeld zwischen Presse- und Meinungsfreiheit auf der einen sowie kapitalmarktrechtlichen Verhaltensvorschriften auf der anderen Seite. Dieser Beitrag versucht sich an der Auflösung dieser Konfliktlage. Dabei wird insbesondere die Übertragung anerkannter Grundsätze des Presserechts auf die Finanzmarktberichterstattung diskutiert. Den Journalisten kommt dabei im Ergebnis eine weitreichende Privilegierung zu, die allerdings insbesondere dort Einschränkungen erfährt, wo irreführende oder unrichtige Informationen verbreitet werden.

Keywords Finanzmarktberichterstattung, Pressefreiheit, Presserecht, Kapitalmarktcommunication, Unternehmensberichterstattung, Finanzkommunikation

A. Einleitung

Journalisten nehmen nicht nur in der politischen Auseinandersetzung eine zentrale Rolle ein, sondern sind auch in der Wirtschaftswelt nicht mehr wegzudenken. Jüngst im Wirecard-Fall erwiesen sich Journalisten dort als wirksames Kontrollorgan, wo Wirtschaftsprüfer und Aufsichtsbehörden versagt haben.¹ Mit einem entsprechenden Einfluss gehen indes auch zwangsläufig Gefahren für die Marktintegrität einher. Mit diesem Beitrag sollen zentrale Probleme der Finanzmarktberichterstattung im Lichte des Marktmissbrauchsrechts dargestellt werden, wobei insbesondere auch auf die Unterschiede zwischen der Berichterstattung in den klassischen Medien bzw. auf sozialen Medien eingegangen wird. Dieser Beitrag beschränkt sich dabei auf die Untersuchung des Verbots der Offenlegung von Insiderinformationen gem. Art. 14 lit. c) i. V. m. Art. 10 der Market Abuse Regulation² (MAR) (B.) sowie des Verbots der Marktmanipulation gem. Art. 15 i. V. m. Art. 12 MAR (C.) als kapitalmarktrechtliche Schranken journalistischer Arbeit. Diese sollen im Folgenden erörtert werden. Im Anschluss folgt ein Fazit (D.).

B. Das Verbot der Offenlegung

Im Rahmen journalistischer Tätigkeiten ist das Problem des Verbots der Offenlegung von Insiderinformationen insbesondere dann von Bedeutung, wenn Journalisten nicht-öffentliche Informationen durch Recherchen oder die Inanspruchnahme von - ggf. unternehmensinternen - Quellen in Erfahrung bringen. Zur Erläuterung dieses Problems soll zunächst die Verzahnung des Kapitalmarktrechts mit der Presse- und Meinungsfreiheit in Bezug auf klassische (I.) und im Anschluss in Bezug auf soziale Medien (II.) erläutert werden.

I. Offenlegung über die klassischen Medien

Die Veröffentlichung einer Insiderinformation³ über die Presse setzt zunächst eine Offenlegung voraus. Gem. Art. 10 Abs. 1 MAR muss dafür einer anderen Person die Kenntnisnahme ermöglicht werden.⁴ Grundsätzlich ist unerheblich, ob die Rezipienten wissen, dass es sich um

eine Insiderinformation handelt.⁵ Wird durch die Veröffentlichung eine breite Kapitalmarktöffentlichkeit angesprochen, so verliert die Information ihren Insidercharakter im Sinne des Art. 7 Abs. 1 lit. a) MAR.⁶ Damit läge dann bereits keine tatbestandliche Offenlegung vor. Eine breite Kapitalmarktöffentlichkeit meint, die allgemeine Anlegeröffentlichkeit, die über den Kreis professioneller Marktteilnehmer hinausgeht und sämtliche Anleger des Kapitalmarktes umfasst.⁷ Dieses breite Anlegerpublikum wird bei Berichterstattung in bundesweiten Zeitungen mit

*Der Autor ist Student der Rechtswissenschaft an der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main sowie Studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht und Bankrecht (Prof. Dr. Katja Langenbacher).



Attribution 4.0 International (CC BY 4.0)

Zitieren als: Baaske, M. (2023). Privilegien und Grenzen der freien Presse im Rahmen der Finanzmarktberichterstattung, *FraLR* 1(1), 33-38. DOI: 10.21248/gups.72199

¹Vgl. allgemein zur Causa Wirecard: Langenbacher, *EuZW* 2020, 681; Steiger, *CCZ* 2021, 12; Thurow, *BC* 2020, 200.

²Die Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über Marktmissbrauch (Marktmissbrauchsverordnung) dient der Bekämpfung von marktschädigendem Verhalten. Mit ihrem Inkrafttreten wurde das Marktmissbrauchsrecht in der EU weitgehend vollharmonisiert.

³Legaldefinition in Art. 7 MAR, zum Begriff vgl. Hilgendorf/Kusche in *Park KapMarktStrafR*, Art. 7 MAR Rn. 17 ff.; Langenbacher (2022), *Aktien- und Kapitalmarktrecht*, 5. Aufl., § 15 Rn. 15 ff.

⁴Klöhn, in *Klöhn MAR*, Art. 10 Rn. 24; Poelzig in *EBJS HGB*, Art. 8-14 MAR Rn. 45 f.

⁵Kumpan in *Hopt HGB*, Art. 10 MAR Rn. 4; Poelzig in *EBJS HGB* Art. 8-14 MAR Rn. 48.

⁶Hopt/Kumpan in *Ellenberger/Bunte BankR-Hdb*, § 86 Rn. 53; Poelzig in *EBJS HGB* Art. 8-14 MAR Rn. 45.

⁷Klöhn in *Klöhn MAR*, Art. 7 Rn. 126; Kumpan/Misterek in *Schwark/Zimmer KMRK*, Art. 7 MAR Rn. 102; Poelzig in *EBJS HGB* Art. 7 MAR Rn. 17; Poelzig (2021), *Kapitalmarktrecht*, 2. Aufl., § 14 Rn. 381.

hoher Auflage erreicht.⁸ Auch bei weniger auflagenstarken, aber auf Finanznachrichten spezialisierten Zeitungen werden die relevanten Marktteilnehmer erreicht.⁹ Anders sieht es dagegen bei regionalen bzw. lokalen Medien aus. Hier wird eine entsprechende Öffentlichkeit regelmäßig nicht erreicht, sodass eine tatbestandliche Offenlegung vorliegt.¹⁰ Das gilt selbst dann, wenn das Regional- bzw. Lokalmedium theoretisch auch andernorts bezogen werden kann, zB durch Veröffentlichung auf einer Website, da ein breites Anlegerpublikum regelmäßig keinen Anlass hat, dieses Medium zu rezipieren.¹¹ Ebenfalls vom Tatbestand der Offenlegung umfasst ist eine Weitergabe der Insiderinformation innerhalb der Redaktion,¹² da hier denkbare Weise keine breite Öffentlichkeit erreicht wird.

Bejaht man eine Offenlegung tatbestandlich, so ist diese grundsätzlich gem. Art. 10 Abs. 1 MAR unrechtmäßig. Eine Ausnahme besteht, wenn die Offenlegung im Zuge der normalen Ausübung einer Beschäftigung oder eines Berufes erfolgt. Nach der *Grøngaard und Bang*-Entscheidung des EuGH ist diese Ausnahme vom Verbot eng auszulegen und nur dann einschlägig, wenn die Weitergabe der Information unerlässlich für die Ausübung der Tätigkeit ist und sofern der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gewahrt wird.¹³ Dabei modifiziert das Kriterium der Unerlässlichkeit der Offenlegung die Erforderlichkeitsprüfung und ist in diese einzubetten.¹⁴ Diese nach dem alten Recht ergangene Entscheidung bleibt auch mit Inkrafttreten der MAR aufgrund des nahezu identischen Wortlautes von Art. 10 MAR und Art. 3 lit. a) der Insiderrichtlinie¹⁵ weiter anwendbar.¹⁶ Im Folgenden soll die Unrechtmäßigkeit der Offenlegung für die oben aufgeworfenen Fallgruppen eruiert werden.

1. Veröffentlichung in einem Regional- bzw. Lokalmedium
Bei einer Veröffentlichung von Insiderinformationen in einem Regional- bzw. Lokalmedium kann als legitimes Ziel einer Offenlegung problemlos die Verbreitung von Informationen angenommen werden. Dabei entspricht die Veröffentlichung den Anforderungen an die Geeignetheit.

Erfolgt die Veröffentlichung durch einen Journalisten, so ist diese auch unerlässlich, um das Ziel der Informationsverbreitung erreichen zu können. Dem Journalisten wird es darauf ankommen, gerade in einer Zeitung seiner Wahl zu veröffentlichen, was ihm im Rahmen seiner journalistischen Freiheit auch zugestanden werden muss¹⁷. Regelmäßig wird er sogar vertraglich zur Publikation in einem bestimmten Medium verpflichtet sein. Die gesteigerten Anforderungen an die Erforderlichkeit, welche durch die *Grøngaard & Bang*-Entscheidung des EuGH statuiert werden, stellen folglich keine Hürden dar.

Im Rahmen der Angemessenheitsprüfung gilt es eine ausgewogene Abwägung zwischen Informationseindämmungsinteresse und Offenlegungsinteresse vorzunehmen.¹⁸ Bedeutung erlangt insoweit der Art. 21 MAR, der Journalisten bei der Weitergabe oder Verbreitung von Informationen in den Medien privilegiert, sofern diese oder eine nahestehende Person keinen Vorteil oder Gewinn aus der Offenlegung ziehen oder mit Irreführungsabsicht handeln. Ist Art. 21 MAR nicht aus vorgenannten Gründen

ausgeschlossen, so sind zugunsten des Journalisten insbesondere die Meinungs- und Pressefreiheit gem. Art. 10 EMRK bzw. Art. 11 GRCh zu berücksichtigen.¹⁹ Durch eine Veröffentlichung in einem Regional- bzw. Lokalmedium wird, wie oben bereits dargestellt, keine ausreichende Kapitalmarktöffentlichkeit erzeugt. Insbesondere besteht die Gefahr, dass einzelne Marktteilnehmer Kenntnis von einer Insiderinformation bekommen und darauf gestützt einen Handel abschließen. Je auflagenschwächer und je geographisch beschränkter eine Zeitung ist, desto größer ist diese Gefahr.

Allerdings muss beachtet werden, dass die Insiderinformation bereits an das Medium gelangt ist und damit den Machtbereich des Unternehmens verlassen hat. Damit besteht ein sog. *Leak*, bei welchem nicht ausgeschlossen werden kann, dass noch weitere Personen Kenntnis von der Information haben. Dies wiederum steigert abstrakt die Gefahr, dass ein auf diese Information gestützter Handel durchgeführt wird.²⁰ Aus diesem Grund kann eine Offenlegung durch ein Regional- bzw. Lokalmedium, trotz tatbestandlicher Offenlegung, durchaus der Integrität des Marktes dienen. Sollte die Insiderinformation veröffentlicht werden, so wird diese auch von anderen Medien oder im Internet rezipiert werden,²¹ sodass zumindest nach einer gewissen Zeit die notwendige Öffentlichkeit erreicht wird.

In jedem Fall darf das Gewicht der Pressefreiheit, als für die freiheitlich-demokratische Grundordnung konstitutives Grundrecht,²² nicht unterschätzt werden. Von der

⁸Krause in Meyer/Veil/Rönnau MarktmissbrauchsR-Hdb, 1. Aufl. 2018, § 6 Rn. 89; Kumpan/Misterek in Schwark/Zimmer KMRK, Art. 7 MAR Rn. 113; Poelzig, § 14 Rn. 381.

⁹Klöhn in Klöhn MAR, Art. 7 Rn. 135; Kumpan/Misterek in Schwark/Zimmer KMRK, Art. 7 MAR Rn. 113.

¹⁰Hopt/Kumpan in Ellenberger/Bunte BankR-Hdb, § 86 Rn. 53; Kumpan/Misterek in Schwark/Zimmer KMRK, Art. 7 MAR Rn. 113.

¹¹Klöhn in Klöhn MAR, Art. 7 Rn. 135; Kumpan/Misterek in Schwark/Zimmer KMRK, Art. 7 MAR Rn. 113.

¹²Klöhn in Klöhn MAR, Art. 10 Rn. 207; Kumpan/Grütze in Schwark/Zimmer KMRK, Art. 10 MAR Rn. 91.

¹³EuGH v. 22.11.2005 – Rs. C-384/02 ECLI: EU:C:2005:708 – *Grøngaard und Bang*, Rn. 34.

¹⁴Kumpan/Grütze in Schwark/Zimmer KMRK, Art. 10 MAR Rn. 36.

¹⁵Richtlinie 89/592/EWG des Rates vom 13. November 1989 zur Koordinierung der Vorschriften betreffend Insider-Geschäfte.

¹⁶Klöhn in Klöhn MAR, Art. 10 Rn. 72; Kumpan/Grütze in Schwark/Zimmer KMRK, Art. 10 MAR Rn. 24; Schäfer in Marsch-Barner/Schäfer Hdb börsennotierte AG, Rn. 14.48; Assmann in Assmann/Schneider/Mülbert WpHG, Art. 10 MAR Rn. 21; aA Zetzsche, NZG 2015, 817 (819 f.).

¹⁷Die Art und Weise der Veröffentlichung ist durch Art. 10 EMRK geschützt, vgl. Grabenwarter/Pabel (2021), Europäische Menschenrechtskonvention, 7. Aufl., § 23 Rn. 7.

¹⁸Kumpan/Grütze in Schwark/Zimmer KMRK, Art. 10 MAR Rn. 41; Klöhn in Klöhn MAR, Art. 10 Rn. 81.

¹⁹Kumpan/Schmidt in Schwark/Zimmer KMRK, Art. 21 MAR Rn. 1; Langenbucher, § 16 Rn. 21.

²⁰So bereits zum alten Recht: Schröder, NJW 2009, 465 (467).

²¹Klöhn in Klöhn MAR, Art. 10 Rn. 216; Schröder, NJW 2009, 465 (467); Sturm, ZBB 2010, 20 (31).

²²EGMR (GK) v. 20.05.1999 – Nr. 21980/93 ECLI:CE:ECHR:1999:0520JUD002198093 – *Bladet Tromsø u. Stensaas*, Rn. 59; BVerfGE 10, 118 (121); 107, 299 (329); 117, 244 (258); *Menschling in Karpenstein/Mayer EMRK*, Art. 10 Rn. 13; *Schulze-Fieltz in Dreier GG*, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 43 f.

Pressefreiheit umfasst sind sämtliche Aspekte der Presse-tätigkeit, insbesondere die Veröffentlichung von Berichten.²³ Ein grundsätzliches Verbot der Veröffentlichung würde einen schwerwiegenden und kaum zu rechtfertigenden Eingriff in die Pressefreiheit darstellen. Eine parallele Wertung ergibt sich hinsichtlich der Meinungsfreiheit.²⁴

Neben der Meinungs- und Pressefreiheit gem. Art. 10 EMRK bzw. Art. 11 GRCh, die über Art. 21 MAR zu berücksichtigen sind, ist für die Abwägung jeder Nutzengewinn des Offenlegenden für die Bestimmung des Offenlegungsinteresses heranzuziehen.²⁵ Nähme man einen Vorrang der Kapitalmarktintegrität an, so dürfte ein Regional- oder Lokalmedium, das bspw. einen brisanten Unternehmensskandal aufdeckt, diesen nicht veröffentlichen und somit nicht von den Früchten seiner Arbeit profitieren.²⁶ Bei auflagenstarken Zeitungen, die bundesweit gelesen werden, wäre eine Veröffentlichung dagegen zulässig, da bereits keine tatbestandliche Offenlegung vorliegt.²⁷ Die Annahme der Unrechtmäßigkeit der Offenlegung durch Regional- bzw. Lokalmedien hätte eine Privilegierung großer Medienhäuser zur Folge.²⁸ Dies führt zu einer Beeinträchtigung des freien Wettbewerbs, zulasten der kleineren Verlage.²⁹ Auch kann für die Rezipienten eines Regional- bzw. Lokalmediums ein gesteigertes Interesse an der Berichterstattung bestehen, insbesondere, wenn es sich um ein lokal ansässiges Unternehmen handelt.³⁰ Vor diesem Hintergrund ist es nicht zu rechtfertigen, eine Veröffentlichung nur in bundesweiten Medien zu erlauben. Im Ergebnis ist dem Interesse an der Veröffentlichung der Vorrang einzuräumen. Damit wäre eine Veröffentlichung durch Regional- oder Lokalmedien angemessen und im Ergebnis rechtmäßig.

2. *Offenlegung innerhalb der Redaktion* Bei der Offenlegung innerhalb einer Redaktion ist die Ermöglichung der Zusammenarbeit und der professionelle Austausch als legitimes Ziel anzusehen, welches durch die Offenlegung in geeigneter Weise erreicht wird. Anders kann es im Rahmen der Erforderlichkeit, insbesondere hinsichtlich der Unerlässlichkeit, aussehen. In der Literatur wird das Kriterium der Unerlässlichkeit bei Weitergabe in der Redaktion als gewahrt angesehen.³¹ Dies wird vor allem darauf gestützt, dass die Offenlegung in Ausübung einer beruflichen Tätigkeit erfolgt.³² Auch wird angeführt, dass der Verbleib der Information innerhalb der Redaktion durch das Redaktionsgeheimnis geschützt ist.³³ Dem ist grundsätzlich zuzustimmen, wenn auch nicht in dieser Pauschalität. Ob die Weitergabe innerhalb der Redaktion zwingend für die konkrete Tätigkeit ist, muss im Einzelfall entschieden werden. Im Rahmen der journalistischen Arbeit wird eine Rücksprache mit dem Chefredakteur, der das Gesamtkonzept der Zeitung zu verantworten hat, regelmäßig unerlässlich und damit zulässig sein.³⁴ Ebenfalls muss es zulässig sein, Kritik und Expertise von Kollegen aus der Fachredaktion einzuholen.³⁵ Bei Mitarbeitern, die nicht an dem Artikel mitwirken und auch fachlich nicht zu dem Artikel beitragen können, scheint es dagegen wenig einleuchtend, weshalb die Offenlegung der Informationen ihnen gegenüber zulässig sein soll.³⁶ Sinn und Zweck von Art. 10 MAR ist es gerade, den Kreis der Insider möglichst gering zu halten.³⁷ Auch der Verweis auf das Redaktionsgeheimnis mag insofern nicht überzeugen. Durch eine Offenlegung der Insiderinformation

wächst das Risiko, dass eine darauf gestützte Transaktion ausgeführt wird. Dass den Journalisten mit dem Redaktionsgeheimnis Abwehrmaßnahmen gegenüber dem Staat zukommen,³⁸ ändert nichts an dem Zuwachs des Risikos durch die Offenlegung. Aus diesen Gründen sprechen die besseren Gründe dafür, die Offenlegung innerhalb der Redaktion nur auf *Need-to-know*-Basis zu ermöglichen. Die Bejahung der Erforderlichkeit hängt insofern vom Einzelfall ab. Liegt Erforderlichkeit vor, wird man im Rahmen der Angemessenheit erneut, mit den oben angeführten Gründen,³⁹ der Pressefreiheit den Vorzug geben müssen, sodass eine Offenlegung zulässig wäre.

3. *Zwischenergebnis* Im Zuge einer Veröffentlichung von Insiderinformationen durch die klassischen Medien ist regelmäßig unter Berücksichtigung der Pressefreiheit von einer rechtmäßigen Offenlegung auszugehen.

II. Offenlegung über soziale Medien

Durch die Veröffentlichung über soziale Medien wird die Insiderinformation weitergegeben. Eine damit einhergehende Erreichung einer breiten Kapitalmarktöffentlichkeit – und somit den Verlust der Insiderqualität im Sinne des Art. 7 Abs. 1 lit. a) MAR – lehnt die herrschende Auffassung ab.⁴⁰ Dies wird vornehmlich darauf gestützt, dass registrierte Nutzer exklusiv bzw. zumindest früher

²³Mensching in Karpenstein/Mayer EMRK, Art. 10 Rn. 15; der Schutzbereich des Art. 10 EMRK ist dabei identisch zu Art. 5 GG, vgl. insofern auch BVerfGE 10, 118 (121); Grabenwarter in Dürig/Herzog/Scholz GG, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 271 f.; Schemmer in BeckOK GG, Art. 5 Rn. 44.

²⁴Schröder, NJW 2009, 465 (466 f.); vgl. allgemein Klöhn in Klöhn MAR, Art. 21 Rn. 42 ff.; Kumpan/Schmidt in Schwark/Zimmer KMRK, Art. 21 MAR Rn. 22 ff.

²⁵Klöhn in Klöhn MAR, Art. 10 Rn. 83 ff.; Kumpan/Grütze in Schwark/Zimmer KMRK, Art. 10 MAR Rn. 42.

²⁶Cloppenburg/Kruse, WM 2007, 1109 (1114 f.); Schröder, NJW 2009, 465 (467).

²⁷Siehe oben, B.I.

²⁸Eine derartige Privilegierung würde zudem zu einer Monopolisierung der Finanzmarktberichterstattung führen, was ebenfalls der Pressefreiheit widerstrebt, vgl. BVerfGE 97, 228 (258); Schröder, NJW 2009, 465 (467).

²⁹Ähnlich auch Schröder, NJW 2009, 465 (467).

³⁰Cloppenburg/Kruse, WM 2007 1109 (1114).

³¹Kumpan/Grütze in Schwark/Zimmer KMRK, Art. 10 MAR Rn. 91.

³²Kumpan/Grütze in Schwark/Zimmer KMRK, Art. 10 MAR Rn. 91.

³³Kumpan/Grütze in Schwark/Zimmer KMRK, Art. 10 MAR Rn. 91.

³⁴Schröder, NJW 2009, 465 (467).

³⁵Schröder, NJW 2009, 465 (468).

³⁶So i. E. auch Schröder, NJW 2009, 465 (468).

³⁷Klöhn in Klöhn MAR, Art. 10 Rn. 13; Meyer in Meyer/Veil/Rönnau MarktmissbrauchsR-Hdb, 1. Aufl. 2018, § 8 Rn. 1.

³⁸Zur Reichweite des Redaktionsgeheimnisses siehe BVerfGE 20, 162 (216 ff.).

³⁹Siehe oben B.I.1.

⁴⁰Klöhn in Klöhn MAR, Art. 7 Rn. 138; Kumpan/Grütze in Schwark/Zimmer KMRK, Art. 10 MAR Rn. 94; Meyer in Meyer/Veil/Rönnau MarktmissbrauchsR-Hdb, 1. Aufl. 2018, § 8 Rn. 58; Mayer-Uellner, NZG 2013, 1052 (1055); Poelzig, § 14 Rn. 382; so auch die europäische Aufsichtsbehörde vgl. ESMA, Final Report, Draft technical standards on the Market Abuse Regulation, 28. September 2015, Rn. 188, abrufbar unter https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/2015/11/2015-esma-1455-_-final_report_mar_ts.pdf (zuletzt aufgerufen am 13.01.2023); aA Pananis in MüKo StGB, § 119 WpHG Rn. 184 Fn. 621; Kuntz, ZHR 183 (2019), 190 (220 f.).

informiert werden als nicht registrierte Nutzer.⁴¹ Hier ist aber zu beachten, dass sich ähnliche Konstellationen auch bei klassischen Medien ergeben können. Auch Beiträge in den klassischen Medien stehen unter Umständen nur Personen offen, welche die entsprechende Zeitung abonniert haben.⁴² Zudem mag ein Leser, der eine Zeitung abonniert hat, über die korrespondierende App früher benachrichtigt werden als ein Leser, der die Zeitung rein physisch bezieht. Ist man bereit, kleine Abstriche bei der gleichzeitigen Verbreitung der Information als in der Praxis zwingend zu akzeptieren, kann auch eine Veröffentlichung über soziale Medien unter diesem Gesichtspunkt nicht per se ausgeschlossen werden.

Ein weiteres Argument, welches gegen die Möglichkeit einer kapitalmarktöffentlichen Verbreitung über soziale Medien angeführt wird, ist, dass es keinen hinreichenden Anreiz für das breite Anlegerpublikum gibt, die Beiträge in sozialen Medien kontinuierlich abzurufen.⁴³ Dem kann nicht vollumfänglich zugestimmt werden. Insbesondere, wenn das Anlegerpublikum informiert wurde, dass über ein bestimmtes soziales Netzwerk regelmäßig entsprechende Informationen verbreitet werden, wäre der erforderliche Anreiz geschaffen.⁴⁴ Dies wird man aber nur bei der Veröffentlichung durch das betroffene Unternehmen selbst annehmen können,⁴⁵ nicht dagegen bei Journalisten. Letztere sind nicht in der Lage eine regelmäßige Veröffentlichung sicherzustellen, veröffentlichen sie doch allenfalls sporadisch ihre erlangten Informationen. Somit ist ein Erreichen der Kapitalmarktöffentlichkeit bei einer Veröffentlichung in den sozialen Medien, entgegen der herrschenden Meinung, zwar nicht generell ausgeschlossen. Bei journalistischen Beiträgen auf den sozialen Medien ist indes von einer tatbestandlichen Offenlegung auszugehen.

Liegt eine tatbestandliche Offenlegung vor, so ergibt sich auch hier wieder die Frage, inwiefern diese rechtmäßig ist. Es kommt gem. Art. 10 Abs. 1 MAR erneut darauf an, ob eine Offenlegung unerlässlich für die Ausübung einer Tätigkeit bzw. eines Berufes ist. Oft wird auf Kanälen in sozialen Netzwerken von großen Verlagshäusern und Fernsehsendern nur auf einen Artikel bzw. Beitrag auf der eigenen Website verwiesen, sodass die Offenlegung bereits durch diesen erfolgt ist und im Zweifelsfall bereits dadurch die Kapitalmarktöffentlichkeit hergestellt wurde. Eine Mitteilung, die auf soziale Medien beschränkt ist, wird dagegen selten der Fall sein. Da die Art der Veröffentlichung aber ebenfalls von der Pressefreiheit gedeckt ist,⁴⁶ muss es Journalisten offenstehen, auch exklusiv über soziale Medien zu veröffentlichen, sodass die Erforderlichkeit gegeben ist. Im Rahmen der Angemessenheit ist schließlich, wie bei einer Offenlegung durch die klassischen Medien, grundsätzlich der Pressefreiheit der Vorrang einzuräumen.

C. Das Verbot der Marktmanipulation

Im Rahmen journalistischer Tätigkeiten ist ebenfalls das Verbot der Marktmanipulation gem. Art. 15 MAR i. V. m. Art. 12 MAR relevant. Sofern falsche Informationen über die Medien verbreitet werden, ist insbesondere Art. 12 Abs. 1 lit. c) MAR einschlägig. Im Folgenden soll die Auswirkung einer etwaigen Marktmanipulation

durch die klassischen Medien (I.) sowie über soziale Medien (II.) diskutiert werden.

I. Marktmanipulation über die klassischen Medien

Zunächst muss geklärt werden, inwiefern über die klassischen Medien gegen das Verbot der Marktmanipulation verstoßen werden kann. Hierzu werden der objektive und subjektive Tatbestand der Marktmanipulation erörtert und sodann das Journalistenprivileg thematisiert.

1. *Objektiver Tatbestand* Art. 12 Abs. 1 lit. c) MAR verlangt im objektiven Tatbestand die Verbreitung einer Information mit Manipulationspotenzial. Aufgrund der weiten Auslegung des Begriffs der Information,⁴⁷ ist deren Vorliegen regelmäßig anzunehmen. Weiterhin müsste die Information die Eignung zur Markttäuschung bzw. Kursmanipulation besitzen. Dies soll vorliegend unterstellt werden, auch wenn es hier natürlich auf den Einzelfall ankommt. Nähere Beachtung verdient dagegen das Kriterium der Verbreitung. Für das Vorliegen einer Verbreitung ist erforderlich, dass eine gewisse Breitenwirkung erzielt wird, also eine größere Personenanzahl die Möglichkeit zur Einsichtnahme hat.⁴⁸ Eine feste Grenze an zu erreichenden Personen ist der MAR nicht zu entnehmen, vielmehr hängt es vom jeweiligen Einzelfall ab, ob eine Verbreitung i. S. d. Art. 12 Abs. 1 lit. c) MAR vorliegt. Dabei ist insbesondere auf die Liquidität des Marktes für das betroffene Handelsinstrument und dessen Beobachtung durch Analysten abzustellen.⁴⁹ Entscheidend ist, ob die Veröffentlichung genügt, um das Risiko der Beeinflussung des Marktpreises zu begründen.⁵⁰

Dies ist bei der Veröffentlichung in größeren, überregionalen Medien unproblematisch der Fall.⁵¹ Selbiges gilt für

⁴¹Böse/Jansen in Schwark/Zimmer KMRK, § 119 WpHG Rn. 40; Diversy/Köpfer in Graf/Jäger/Wittig Wirtschafts- und SteuerstrafR, § 38 WpHG Rn. 136; Kumpan/Grütze in Schwark/Zimmer KMRK, Art. 10 MAR Rn. 94.

⁴²Kuntz, ZHR 183 (2019), 190 (216 ff.).

⁴³Kumpan/Misterek in Schwark/Zimmer KMRK, Art. 7 MAR Rn. 114 f.; vgl. auch Krause in Meyer/Veil/Rönnau MarktmissbrauchsR-Hdb, 1. Aufl. 2018, § 6 Rn. 91.

⁴⁴Unter diesen Voraussetzungen wird eine Verbreitung von Insiderinformationen über soziale Medien im US-amerikanischen Recht akzeptiert, vgl. SEC Release No. 69279, abrufbar unter: <https://www.sec.gov/litigation/investreport/34-69279.pdf> (zuletzt aufgerufen am 13.01.2023).

⁴⁵Ob darin zugleich eine den Voraussetzungen des Art. 17 Abs. 1 UAbs. 2 MAR genügende Ad-hoc-Mitteilung liegt, ist eine gesonderte Frage, vgl. Kuntz, ZHR 183 (2019), 190 (221 f.); für einen Gleichlauf von Art. 7 Abs. 1 lit. a) und 17 Abs. 1 UAbs. 2 MAR freilich mit gegenteiligem Ergebnis von der hier vertretenen Auffassung aber Klöhn, ZHR 180 (2016), 707, (714 ff., 728).

⁴⁶Cornils in BeckOK InfoMedienR, Art. 10 EMRK Rn. 26; Schulze-Fielitz, in Dreier GG, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 95.

⁴⁷Vgl. Poelzig in EBS HGB, Art. 12 MAR Rn. 34; Zimmer/Bator in Schwark/Zimmer KMRK, Art. 12 MAR Rn. 85.

⁴⁸Schmolke in Klöhn MAR, Art. 12 Rn. 247; Zimmer/Bator in Schwark/Zimmer KMRK, Art. 12 MAR Rn. 86; für Verbreitung uU bereits bei Erreichung einer Person s. Teigelack in Meyer/Veil/Rönnau MarktmissbrauchsR-Hdb, 1. Aufl. 2018, § 13 Rn. 25.

⁴⁹Schmolke in Klöhn MAR, Art. 12 Rn. 248; Zimmer/Bator in Schwark/Zimmer KMRK, Art. 12 MAR Rn. 86.

⁵⁰Schmolke in Klöhn MAR, Art. 12 Rn. 248.

⁵¹Kumpan/Schmidt in Schwark/Zimmer KMRK, Art. 21 MAR Rn. 15; Klöhn/Büttner, WM 2016, 2241 (2243).

Veröffentlichungen in Börsen- oder Finanzmedien.⁵² Eine Veröffentlichung in einem Regional- oder Lokalmedium wird dagegen regelmäßig nicht genügen, um eine tatbestandliche Verbreitung zu begründen.⁵³

2. *Subjektiver Tatbestand* Am problematischsten ist schließlich das subjektive Element. Art. 12 Abs. 1 lit. c) MAR verlangt Wissen oder Wissenmüssen in Bezug auf die Unrichtigkeit oder das Potenzial zur Irreführung der Informationen. Der Tatbestand des Wissens in Form von positiver Kenntnis ist unproblematisch gegeben, wenn ein Journalist wissentlich falsche Informationen über die Medien verbreitet. Wann ein Wissenmüssen seitens eines Journalisten angenommen werden kann, hat bisher keine große Beachtung innerhalb der Praxis und der Literatur gefunden. Im Folgenden soll versucht werden, einen Lösungsansatz zu entwickeln.

Bei dem Tatbestand des Wissenmüssen ist auf den Haftungsmaßstab der Fahrlässigkeit abzustellen.⁵⁴ Grundsätzlich kommt es im Rahmen von Art. 12 MAR darauf an, was eine normale und verständige Person in der konkreten Situation hätte wissen müssen.⁵⁵ Da die konkrete Situation maßgeblich ist, spricht viel dafür, für die Bestimmung des Sorgfaltsmaßstabes berufliche Sonderpflichten heranzuziehen und festzustellen, wie ein durchschnittlicher Journalist gehandelt hätte. Dieser müsste aufgrund von Fahrlässigkeit in Unkenntnis geblieben sein, wobei Fahrlässigkeit einen Verstoß gegen Sorgfaltspflichten verlangt⁵⁶. Als Quellen der Sorgfaltspflichten kommen insbesondere gesetzlich normierte Vorschriften⁵⁷ sowie anerkannte Regeln eines Berufsstandes in Betracht⁵⁸. Im Hinblick auf Rechtsvorschriften unterliegen die Journalisten den Landespressegetzen, hinsichtlich der anerkannten Berufs- und Standesvorschriften ist insbesondere der Pressekodex⁵⁹ des Deutschen Presserats zu nennen. Letzterem haben sich nach Angaben des Deutschen Presserats die Mehrzahl der deutschen Verlage verpflichtet.⁶⁰ Ziff. 1 des Pressekodex normiert die Wahrheitspflicht als oberstes Gebot der Presse, während Ziff. 2 des Pressekodex als Ausfluss des Wahrheitsgebots die Sorgfaltspflicht statuiert. Letztere schreibt insbesondere vor, sorgfältig und gründlich zu recherchieren und Informationen auf ihren Wahrheitsgehalt hin zu überprüfen. Ähnliche Anforderungen stellen auch die Landespressegesetze.⁶¹

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, wie umfangreich die Recherche des Journalisten sein muss. Bei potentiell ehrverletzenden oder rufschädigenden Äußerungen von Journalisten ist anerkannt, die Sorgfaltspflicht des Journalisten anhand einer Güterabwägung zwischen der Pressefreiheit und den Rechten betroffener Dritter zu bestimmen,⁶² wobei insbesondere das öffentliche Interesse an einer Information zugunsten der Pressefreiheit streitet.⁶³ Darauf aufbauend lässt sich die erforderliche Sorgfalt im Rahmen von Finanzmarktberichterstattung anhand einer Güterabwägung von Pressefreiheit und Marktintegrität bestimmen. Bei sehr kurserheblichen Meldungen ist damit eine erhöhte Sorgfaltspflicht zu fordern.

Gerade brisante und aktuelle Nachrichten müssen allerdings im Sinne einer funktionierenden und informativen Presse zügig veröffentlicht werden dürfen. Folglich darf es keine starren Anforderungen an den zu betreibenden Rechercheaufwand geben.⁶⁴ Vielmehr wird man von

dem Journalisten denjenigen Rechercheaufwand verlangen können, welcher gemessen an den Umständen zumutbar ist.⁶⁵ Muss der Artikel sehr kurzfristig veröffentlicht werden, wird sich die Recherchepflicht auf einen oberflächlichen „Fact-Check“ beschränken dürfen. Bei groß angelegten, investigativen Artikeln, die über mehrere Wochen oder Monate vorbereitet werden, darf entsprechend eine tiefergehende Überprüfung erwartet werden. Von einer erhöhten Prüfungspflicht ist ebenfalls auszugehen, wenn dem Journalisten offensichtliche Widersprüche oder Ungereimtheiten auffallen oder seine Informationen auf einer unsicheren Quelle beruhen.⁶⁶ Hier ist im Sinne der

⁵²Kumpan/Schmidt in Schwark/Zimmer KMRK, Art. 21 MAR Rn. 15; Klöhn/Büttner, WM 2016, 2241 (2243).

⁵³Kumpan/Schmidt in Schwark/Zimmer KMRK, Art. 21 MAR Rn. 15; Klöhn/Büttner, WM 2016, 2241 (2243); zum alten Recht bereits Cloppenburg/Kruse, WM 2007, 1109 (1113).

⁵⁴Zimmer/Bator in Schwark/Zimmer KMRK, Art. 12 MAR Rn. 94; Schmolke in Klöhn MAR, Art. 12 Rn. 269; Schmolke, AG 2016, 434 (443); für ein Abstellen auf Leichtfertigkeit dagegen Buck-Heeb (2022), Kapitalmarktrecht, 12. Aufl., § 7 Rn. 691.

⁵⁵Schmolke in Klöhn MAR, Art. 12 Rn. 270.

⁵⁶BGHSt 3, 203 (203 f.); BGH NJW 2000, 2754 (2758); Kudlich in BeckOK StGB, § 15 Rn. 35; Sternberg-Lieben/Schuster in Schönke/Schröder StGB, § 15 Rn. 121.

⁵⁷BGHSt 4, 182 (185); 49, 1 (5); Fischer StGB, 69. Aufl. 2022, § 15 Rn. 26; Kudlich in BeckOK StGB, § 15 Rn. 39 f.

⁵⁸Kudlich in BeckOK StGB, § 15 Rn. 41; Heger in Lackner/Kühl/Heger StGB, § 15 Rn. 39; Sternberg-Lieben/Schuster in Schönke/Schröder StGB, § 15 Rn. 135.

⁵⁹<https://www.presserat.de/pressekodex.html> (zuletzt aufgerufen am 13.01.2023), insofern sind auch die vom Deutschen Presserat erlassenen Konkretisierungen im Rahmen von Finanzmarktberichterstattung zu beachten.

⁶⁰<https://www.presserat.de/pressekodex.html> (zuletzt aufgerufen am 13.01.2023).

⁶¹Vgl. § 3 Abs. 2 BayPrG; § 6 BbgPG; § 3 Abs. 2 BlnPrG; § 6 Hamburgisches PresseG; § 6 LPresseG BW; § 6 LPresseG NRW; § 5 LPresseG SH; § 5 LPrG M-V; § 6 NPresseG; § 6 PresseG Bremen; § 5 PresseG Sachsen-Anhalt; § 5 SächsPresseG; § 6 Abs. 2 Saarländisches MedienG; § 5 Thüringer PresseG.

⁶²EGMR v. 14.02.2008 – Nr. 36207/03 ECLI:CE:ECHR:2008:0214JUD003620703 – Rumyana Ivanova, Rn. 64; EGMR v. 26.07.2011 – Nr. 41262/05 ECLI:CE:ECHR:2011:0726JUD004126205 – Ringier Axel Springer Slovakia, Rn. 97 ff.; BGH GRUR 1969, 147 (149); Soehring/Hoene in Soehring/Hoene Presserecht, Rn. 2.18 ff.; Steffen in Löffler PresseR, § 6 LPG Rn. 163; Weberling in Ricker/Weberling Presserecht-Hdb, § 39 Rn. 7.

⁶³EGMR v. 12.06.2007 – Nr. 32558/03 ECLI:CE:ECHR:2007:0612JUD003255803 – Flux (Nr. 3), Rn. 24; EGMR v. 12.05.2008 – Nr. 17294/04 ECLI:CE:ECHR:2008:0212JUD001729404 – Flux (Nr. 4), Rn. 33; EGMR v. 01.10.2008 – Nr. 17343/04 ECLI:CE:ECHR:2008:0701JUD001734304 – Flux (Nr. 5), Rn. 22.

⁶⁴EGMR v. 02.10.2012 – Nr. 5126/05 ECLI:CE:ECHR:2012:1002JUD000512605 – Yordanova u. Toshev, Rn. 49; BGH NJW 1977, 1288 (1289); Weberling in Ricker/Weberling Presserecht-Hdb, § 39 Rn. 7; vgl. auch BVerfG NJW 1980, 2072 (2073).

⁶⁵EGMR v. 19.10.2017 – Nr. 35030/13 ECLI:CE:ECHR:2017:1019JUD003503013 – Droemer Knauer, Rn. 45; BVerfG NJW 2004, 589; Steffen in Löffler PresseR, § 6 LPG Rn. 160, 162 ff.; Soehring/Hoene in Soehring/Hoene Presserecht, Rn. 2.16.

⁶⁶EGMR (GK) v. 17.12.2004 – Nr. 49017/99 ECLI:CE:ECHR:2004:1217JUD004901799 – Pedersen u. Baadsgaard, Rn. 78; EGMR v. 07.05.2002 – Nr. 46311/99 ECLI:CE:ECHR:2002:0507JUD004631199 – McVicar, Rn. 84.

Wahrheitspflicht zu erwarten, dass Zweifel ausgeräumt werden, bevor eine Veröffentlichung stattfindet.

Verstößt ein Journalist gegen die vorgenannten Sorgfaltsanforderungen, so ist dem Journalisten Fahrlässigkeit und damit Wissenmüssen vorzuwerfen. Etwas anderes ergibt sich nur, wenn auch die Einhaltung der Sorgfaltspflichten, nach den Grundsätzen des rechtmäßigen Alternativverhaltens,⁶⁷ nicht dazu führt, dass das Manipulationspotenzial einer Information hätte erkannt werden können.

3. *Das Journalistenprivileg des Art. 21 MAR* Anders als bei Art. 10 MAR, wonach das Journalistenprivileg dogmatisch in die Verhältnismäßigkeitsprüfung eingebettet werden kann, gibt es keinen entsprechenden Anknüpfungspunkt für die Marktmanipulation. Vielmehr ist die, in Art. 21 MAR, verankerte Privilegierung im Anschluss an die Tatbestandsmerkmale des Art. 12 Abs. 1 lit. c) MAR zu prüfen.⁶⁸ Vorsätzliches Handeln schließt die Privilegierung des Art. 21 lit. b) MAR von vornherein aus, sodass ein Verstoß gegen Art. 15 i. V. m. Art. 12 Abs. 1 lit. c) zu bejahen ist.⁶⁹ Auch wenn der Journalist oder eine nahestehende Person Gewinne oder Vorteile aus der Veröffentlichung zieht, scheidet eine Privilegierung gem. Art. 21 lit. a) MAR aus. Im Übrigen muss gem. Art. 21 MAR zwischen dem Interesse des Journalisten an der Veröffentlichung auf der einen Seite und dem Interesse an der Erhaltung der Kapitalmarktintegrität auf der anderen Seite abgewogen werden.⁷⁰ Anders als bei der Offenlegung von Insiderinformationen geht es im Rahmen des Art. 12 Abs. 1 lit. c) MAR nicht lediglich um die Veröffentlichung von Informationen, was insofern den Kernbereich journalistischer Arbeit darstellt, sondern um die Verbreitung von falschen oder irreführenden Informationen. Hier ist regelmäßig dem Interesse an der Kapitalmarktintegrität der Vorrang einzuräumen. Dafür spricht bereits, dass bei der Abwägung gem. Art. 21 MAR nicht nur die Pressefreiheit, sondern auch die journalistischen Berufs- und Standesregeln, einschließlich der Sorgfaltspflicht, Berücksichtigung finden. Missachtet der Journalist diese Vorgaben und entsteht dadurch eine erhebliche Beeinträchtigung des Kapitalmarktes, so muss ihm der Schutz des Journalistenprivilegs versagt werden. Ein Verstoß gegen Art. 15 i. V. m. Art. 12 Abs. 1 lit. c) MAR läge somit vor.

II. Marktmanipulation über soziale Medien

Die Verbreitung von falschen oder irreführenden Informationen über soziale Medien ist ebenso von Art. 12 Abs. 1 lit. c) MAR erfasst wie eine Verbreitung in den klassischen Medien. Eine Verbreitung kann nur angenommen werden, sofern der Verbreitende über genügend Reichweite auf den jeweiligen Plattformen verfügt.⁷¹ Im Übrigen können die obigen Ausführungen zur Marktmanipulation durch die klassischen Medien übertragen werden.

D. Fazit

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Presse- und Meinungsfreiheit im Rahmen der Offenlegung eine weitgehende Privilegierung der Journalisten mit sich bringt und Veröffentlichungen von Insiderinformationen regelmäßig erlaubt. Dabei ist eine Veröffentlichung über die

sozialen Medien gleichsam geschützt wie eine Veröffentlichung über die klassischen Medienformate. Das Interesse an der Marktintegrität muss insoweit zurücktreten. Die Untersuchungen zur Marktmanipulation zeigen allerdings, dass die Ausübung einer journalistischen Tätigkeit nicht per se vor einem Verstoß gegen das Marktmissbrauchsrecht schützt. Gerade wenn es nicht mehr um das bloße Veröffentlichen von Informationen geht, sondern irreführende und manipulative Inhalte im Spiel sind, müssen Journalisten gründlich recherchieren und Informationen prüfen, um die an sie gestellten Sorgfaltsanforderungen zu erfüllen.

⁶⁷Vgl. allgemein BGHSt 11, 1 (7); BGHSt 30, 228 (230); Heger in Lackner/Kühl/Heger StGB, § 15 Rn. 41.

⁶⁸Klöhn in Klöhn MAR, Art. 21 Rn. 41; Kumpan/Schmidt in Schwark/Zimmer KMRK, Art. 21 MAR Rn. 30; Klöhn/Büttner, WM 2016, 2241 (2246).

⁶⁹Klöhn in Klöhn MAR, Art. 21 Rn. 34 f.; Kumpan/Schmidt in Schwark/Zimmer KMRK, Art. 21 MAR Rn. 20.

⁷⁰Klöhn in Klöhn MAR, Art. 21 Rn. 42; Kumpan/Schmidt in Schwark/Zimmer KMRK, Art. 21 MAR Rn. 22.

⁷¹Klöhn/Büttner, WM 2016, 2241 (2243).

Über „Schloss Eller“ hinaus

Die Rolle der Hauptversammlung beim Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens in der aktienrechtlichen Organhaftung

Kloth, Johannes*

ZUSAMMENFASSUNG

Der Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens ist eine Maxime des allgemeinen Schadensrechts. Beruft sich der Schädiger im Rahmen eines Schadensersatzanspruches auf eben diesen Einwand, so macht er geltend, dass der Schaden auch bei rechtmäßigem Verhalten hätte verursacht werden können. Sodann wäre nämlich eine Haftung mangels haftungsausfüllender Zurechnung trotz haftungsbegründeten kausalen Verhaltens ausgeschlossen. Auch in der Organhaftung finden diese schadensrechtlichen Grundsätze Anwendung. Der Aufsatz geht vor diesem Hintergrund der Frage nach, ob der Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens auch dann greift, wenn der Vorstand die Zustimmungspflicht des Aufsichtsrats nach § 111 Abs. 4 S. 2 AktG verletzt und sich später darauf beruft, die Hauptversammlung hätte (hypothetisch) anstelle des Aufsichtsrats einer Geschäftsführungsmaßnahme zugestimmt.

Keywords Aktiengesetz, Schadensersatz, Hauptversammlung, Gesellschaftsrecht, Organhaftung, Zustimmungspflicht, Aufsichtsrat

A. Status Quo – Eine Bestandsaufnahme

Die Organhaftung ist seit vielen Jahren Gegenstand der rechtswissenschaftlichen Diskussion und eine Rechtsmaterie, die, geprägt durch höchstrichterliche Rechtsprechung und Gesetzgebungsinitiativen, in jüngerer Zeit verstärkt Änderungen unterliegt.¹ Die BGH-Entscheidung „Schloss Eller“ aus dem Jahr 2018 zum Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens bietet in diesem Kontext Anlass, die grundlegenden dogmatischen Zusammenhänge der aktienrechtlichen Organhaftung erneut näher zu beleuchten. In der Literatur ist diese Entscheidung bereits auf eine lebendige, teils kritische Diskussion gestoßen.² Insbesondere wurde untersucht, ob eine Verletzung des Zustimmungsvorbehalts des Aufsichtsrats nach § 111 Abs. 4 S. 2 AktG dem Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens zugänglich ist, wenn sich der Vorstand im Rahmen eines Organhaftungsanspruches nach § 93 Abs. 2 AktG später darauf beruft, dass der Aufsichtsrat – wäre er beteiligt worden – der Geschäftsführungsmaßnahme zugestimmt hätte. Denn sofern derselbe Schaden auch dann eingetreten wäre, wenn sich der Vorstand rechtmäßig verhalten hätte, d.h. der Aufsichtsrat beteiligt worden wäre, fehlt es gerade an dem haftungsausfüllenden Kausalitätszusammenhang.³ Eine Schadenskompensation wäre dann vom Schutzzweck der Schadensersatznorm nicht erfasst und folglich ausgeschlossen.⁴

I. Die Rolle des Aufsichtsrats bei Geschäftsführungsmaßnahmen

Um diese Überlegung verständlich zu machen, lohnt ein Blick auf die Rolle des Aufsichtsrats bei Geschäftsführungsmaßnahmen und den Zweck des Zustimmungsvorbehalts nach § 111 Abs. 4 S. 2 AktG. Der

*Der Autor studierte bis zu seinem 1. Staatsexamen Ende 2022 Rechtswissenschaft an Goethe-Universität Frankfurt am Main. Der Aufsatz ist die gekürzte Fassung einer wissenschaftlichen Hausarbeit aus dem Schwerpunktbereich 2 - Law and Finance aus dem Sommersemester 2022.



Attribution 4.0 International (CC BY 4.0)

Zitieren als: Kloth, J. (2023). Über „Schloss Eller“ hinaus - Die Rolle der Hauptversammlung beim Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens in der aktienrechtlichen Organhaftung, *FraLR* 1(1), 39-46. DOI: 10.21248/gups.72208

¹Zur Entwicklung siehe Paefgen, AG 2014, 554 (554f.); als wesentlicher Meilenstein für die neuere Entwicklung der Organhaftung wird die ARAG-Garmenbeck-Entscheidung des BGH (BGH, Urteil v. 21.4.1997 – II ZR 175/95, BGHZ 135, 244 = BGH NJW 1997, 1926) gesehen sowie die gesetzgeberische Tätigkeit mit dem UMAG im Jahr 2005. Auch die Verhandlungen des DJT 2014 belegen die kontrovers geführte Diskussion.

²Insbesondere zur Frage, ob der Einwand auch bei der Missachtung einer Kompetenz-, Organisations- oder Verfahrensregel greift, Altmeppen, FS K. Schmidt, S. 36ff.; Grunewald, FS Hopt, S. 332; Habersack, FS Vetter, S. 185; Wicke, FS Vetter, S. 917; Fleischer, DStR 2009, 1204 (1208f.); Grobecker/Wagner, ZIP 2019, 694 (696); Wilsing/von der Linden, NZG 2018, 1416 (1417); Schilha/Theusing, AG 2019, 26 (27); Scholz, AG 2020, 453 (460f.); Kleindiek, FS Krieger, S. 506; Krieger, FS Seibert, S. 516ff.; Paefgen, WM 2022, 253 (262).

³Ob es sich beim Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens um einen Anwendungsfall der hypothetischen Kausalität handelt (so Oetker in MüKo BGB, § 249 Rn. 217) oder um eine selbstständige Fallgruppe (BGH NJW 1986, 576 (579); BGH NJW 2012, 2022 (2023)) ist umstritten, jedoch ohne große praktische Bedeutung, vgl. Höpfner in Staudinger BGB, § 249 Rn. 103; Flume in BeckOK BGB, § 249 Rn. 327.

⁴So bereits schon BGH NJW 1986, 576 (579), der sich dieser schutzzweckorientierten Betrachtungsweise angeschlossen hat.

BGH sieht in dem Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrats die Gewährleistung eines ausnahmsweise bestehenden unternehmerischen Handlungsspielraums.⁵ Während die Geschäftsführung grundsätzlich in den Händen des Vorstands liegt, kommt dem Aufsichtsrat eine Überwachungsfunktion über die Vorstandstätigkeit zu,⁶ Maßnahmen der Geschäftsführung obliegen ihm gemäß § 111 Abs. 4 S. 1 AktG grundsätzlich nicht. § 111 Abs. 4 S. 2 AktG schafft davon abweichend für besonders festgelegte Geschäfte Zustimmungsvorbehalte und ermöglicht so die Mitwirkung des Aufsichtsrats an Geschäftsführungsaufgaben,⁷ wobei die endgültige Entscheidung grundsätzlich dem Vorstand überlassen bleibt. Diese Mitwirkungskompetenz dient dabei auch der Beratung des Vorstands, einschließlich einer Diskussion über die entscheidungserheblichen Fragestellungen sowie den Austausch von Argumenten bei wichtigen unternehmerischen Entscheidungen, um im Unternehmensinteresse bestmögliche Entscheidungen treffen zu können.⁸

II. Die Geschehnisse um „Schloss Eller“

Eine Immobilienentwicklungsgesellschaft (im Folgenden „die Klägerin“) erwog, einen Gebäudekomplex von der Stadt Düsseldorf zu erwerben, diesen zu sanieren und anschließend die Räumlichkeiten als Veranstaltungsort und Wohnraum zu vermieten. Zu diesem Gebäudekomplex gehörte auch das Schloss Eller, welches später dem BGH-Fall den charakteristischen Namen verlieh. Die Satzung der Klägerin sah vor, dass Geschäfte ab einer Summe von 200.000 Euro der Zustimmung des Aufsichtsrats bedürfen. Entsprechend dieser satzungsrechtlichen Bestimmung stimmte der Aufsichtsrat einer Beschlussvorlage des Vorstands mit Gesamtinvestitionskosten von 3.936.614 Euro für die Sanierung des Gebäudekomplexes in einer Aufsichtsratssitzung zu.⁹ Im Zuge der weiteren Projektplanung wurden jedoch die zu erwartenden Sanierungskosten, nach einer Überprüfung durch einen Denkmalpfleger, auf 6.400.000 Euro geschätzt. Diese Kostensteigerung besprach der Vorstand mit dem Oberbürgermeister der Stadt Düsseldorf, der zugleich Aufsichtsratsvorsitzender der Klägerin war. Ob der Oberbürgermeister in der Funktion des Aufsichtsratsvorsitzenden dem Projekt trotz der gestiegenen Kosten zustimmte, konnte nicht sicher nachgewiesen werden.¹⁰ Jedenfalls sah der Vorstand von einer erneuten Beschlussvorlage wegen den nunmehr weit höheren Sanierungskosten an den Aufsichtsrat ab und schloss ungeachtet dessen im Namen der Gesellschaft einen Erbbaurechtsvertrag auf die Dauer von 50 Jahren mit der Stadt Düsseldorf. Anschließend wurde das Schloss saniert. Weitere Bestandteile des Gebäudekomplexes, wie der Wirtschaftshof, blieben unsaniert, sodass eine Vermarktung der Gebäude nicht gelang.¹¹ Die Klägerin verlangte nun vom Vorstand Schadensersatz in Höhe von 2.913.287 Euro¹² und beantragte, die Ersatzpflicht für weitere Schäden festzustellen, die im Zusammenhang mit dem Erbbaurechtsvertrag, betreffend den Gebäudekomplex, und der Beschränkung der Sanierung auf das Schloss Eller entstanden sind.¹³

III. Die gerichtlichen Entscheidungen im Überblick

Der Entlastungsmöglichkeit durch den Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens bei einer Verletzung des

Zustimmungsvorbehalts nach § 111 Abs. 4 S. 2 AktG erteilte das LG Düsseldorf¹⁴ eine Absage. Der Schadensersatzanspruch nach § 93 Abs. 2 AktG ergebe sich aufgrund des Verstoßes gegen die Sorgfaltspflicht eines ordentlichen Geschäftsmanns, da der Vorstand einen Beschluss des Aufsichtsrats in der konkreten Fallsituation nicht herbeigeführt habe.¹⁵ Insbesondere sei unerheblich, „[...] ob der Aufsichtsrat der Maßnahme bei rechtzeitiger Information zugestimmt hätte, denn bei der Verletzung von Zustimmungspflichten kann sich der Vorstand nicht darauf berufen, dass das Gremium zugestimmt hätte.“¹⁶

Die gegen dieses Urteil gerichtete Berufung wies das OLG Düsseldorf zurück.¹⁷ Auch hier wurde dem Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens eine Absage erteilt, da dieser nicht greife, „[...] wenn es um die Verletzung von Organisations-, Kompetenz oder Verfahrensregeln geht, weil ansonsten deren Schutzzweck weitgehend leer laufen würde.“¹⁸ Zudem führt das OLG Düsseldorf aus, dass der Vorstand jedenfalls keinen hinreichenden Entlastungsbeweis geführt habe, d.h. nicht sicher nachgewiesen hat, dass die Aufsichtsratsmitglieder zur Zustimmung verpflichtet gewesen waren.

Der BGH hob mit Urteil vom 10.7.2018 das Urteil des OLG Düsseldorf aufgrund von Rechtsmängeln auf. Ausgangspunkt der rechtlichen Würdigung war zunächst die mit der instanzgerichtlichen Rechtsprechung übereinstimmende Auffassung, dass der Vorstand gegen die ihm obliegende Pflicht gemäß § 93 Abs. 1 S. 1 AktG verstoße, wenn er entgegen § 111 Abs. 4 S. 2 AktG keinen Abstimmungsbeschluss des Aufsichtsrats einholt.¹⁹ Insbesondere sei eine *vorherige* Zustimmung erforderlich gewesen, eine *nachträgliche* Genehmigungsmöglichkeit des Aufsichtsrats bestünde mit Blick auf den Schutzzweck der Norm grundsätzlich nicht. Denn die Zustimmungsvorbehalte auf der Grundlage von § 111 Abs. 4 S. 2 AktG stellen ein System

⁵BGH, Urteil v. 10.7.2018 – II ZR 24/17, Rn. 49.

⁶Dazu gehört insbesondere die Ausübung der Personalhoheit über die Zusammensetzung des Vorstands, d.h. Bestellung und Abberufung, § 84 AktG sowie Informationsrechte nach § 111 Abs. 2 AktG, vgl. Götz, ZGR 1990, 633.

⁷Drygala in Schmidt/Lutter AktG, § 111 Rn. 49; Israel in Heidelberger Kommentar AktG, § 111 Rn. 21; Breuer/Fraune in NomosKommentar AktG, § 111 Rn. 28.

⁸Krieger, FS Seibert, S. 515, 517; Paefgen, AG 2022, 253 (261); die präventive Kontrolle wird daher vorrangig durch Diskussionen und Beratungen zwischen Vorstand und Aufsichtsrat gewährleistet, vgl. BGH, Urteil v. 25.3.1991 – II ZR 188/89 = BGH NJW 1991, 1830 (1831); Koch in Hüffer (Begr.) AktG, § 111 Rn. 28; siehe dazu auch die allgemeine Empfehlung D6 des DCGK.

⁹BGH, Urteil v. 10.7.2018 – II ZR 24/17, Rn. 1.

¹⁰BGH, Urteil v. 10.7.2018 – II ZR 24/17, Rn. 2, 21, 24; LG Düsseldorf, Urteil v. 1.4.2016 – 39 O 20/14, Rn. 10; Paefgen, WM 2022, 253.

¹¹BGH, Urteil v. 10.7.2018 – II ZR 24/17, Rn. 2, 3.

¹²Zur konkreten Berechnung der Schadenshöhe, LG Düsseldorf, Urteil v. 1.4.2016 – 39 O 20/14, Rn. 20.

¹³BGH, Urteil v. 10.7.2018 – II ZR 24/17, Rn. 4.

¹⁴LG Düsseldorf, Urteil v. 1.4.2016 – 39 O 20/14.

¹⁵LG Düsseldorf, Urteil v. 1.4.2016 – 39 O 20/14, Rn. 50, 53.

¹⁶LG Düsseldorf, Urteil v. 1.4.2016 – 39 O 20/14, Rn. 56.

¹⁷OLG Düsseldorf, Urteil v. 15.12.2016 – 6 U 97/16, Rn. 20ff.

¹⁸OLG Düsseldorf, Urteil v. 15.12.2016 – 6 U 97/16, Rn. 25.

¹⁹BGH, Urteil v. 10.7.2018 – II ZR 24/17, Rn. 14; zum Erfordernis einer erneuten Zustimmung im Falle wesentlicher Änderungen Schnorbus/Ganzer, BB 2020, 251 m.w.N.

der vorbeugenden Kontrolle des Aufsichtsrats dar, das auf eine Unterbindung von gegebenenfalls nicht mehr rückgängig zu machenden Geschäften abzielt.²⁰ Ob in Eilfällen ausnahmsweise eine nachträgliche Genehmigung durch den Aufsichtsrat in Betracht kommt, ließ der BGH bewusst offen, da jedenfalls kein Eilfall bestand.²¹ Ebenso erteilte der BGH dem Vorbringen des Vorstands eine Absage, dass der Aufsichtsratsvorsitzende in Zuge eines informellen Gespräches mit seiner Einwilligung in die Geschäftsführungsmaßnahme die Zustimmung des Aufsichtsrats erklärt habe. Die Zustimmung gemäß § 111 Abs. 4 S. 2 AktG erfordere eine Willensbildung in Gestalt eines Beschlusses des Plenums nach § 108 Abs. 1 AktG oder eines Ausschusses nach § 107 Abs. 3 AktG.²²

Sodann prüft der BGH, ob der Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens mit dem Vorbringen des Vorstands, der Aufsichtsrat hätte der Geschäftsführungsmaßnahme zugestimmt, vereinbar ist. Der BGH hält den Einwand für zulässig, soweit ein sicherer Beweis für das hypothetische Organhandeln erbracht werden kann. Denn „[w]eist der Vorstand nach, dass der Aufsichtsrat bei Beachtung des § 111 Abs. 4 S. 2 AktG in die betreffende Maßnahme mehrheitlich eingewilligt hätte, kann ihm bei wertender Betrachtung grundsätzlich der in Folge des Kompetenzverstößes eingetretene Schaden billigerweise nicht zugerechnet werden.“²³

B. Die Rolle der Hauptversammlung beim Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens

Ein Teil der Literatur stimmt dem BGH grundsätzlich zu, dass die hypothetische Zustimmung des Aufsichtsrats einredeweise im Rahmen des rechtmäßigen Alternativverhaltens geltend gemacht werden kann,²⁴ wenn auch die umfangreiche Darlegungs- und Beweislast für den Vorstand zum Nachweis des hypothetischen Organhandelns in der Praxis Schwierigkeiten bereiten dürfte.

Eine Folgefrage ist nun, ob sich der Vorstand auch darauf berufen kann, die Hauptversammlung hätte durch einen nach § 119 Abs. 2 AktG hypothetisch gefassten Beschluss den missachteten Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrats überwunden.²⁵

I. Überlegungen und Wertungen des BGH

Der BGH hat sich mit der Frage, ob die hypothetische Zustimmung der Hauptversammlung im Rahmen des rechtmäßigen Alternativverhaltens berücksichtigt werden kann, nicht explizit auseinandergesetzt. Gleichwohl strengt er grundsätzliche Wertungen zur Rolle der Hauptversammlung bei der Geltendmachung eines Organhaftungsanspruchs an.²⁶ Ausgangspunkt der rechtlichen Überlegung ist, dass ein förmlicher und gesetzmäßiger Beschluss der Hauptversammlung die Ersatzpflicht des Vorstands nach § 93 Abs. 4 S. 1 AktG ausschließt, wenn die Geschäftsführungsmaßnahme des Vorstands auf diesem Beschluss beruht.²⁷ Ist der Vorstand nach § 83 Abs. 2 AktG zur Ausführung eines solchen Hauptversammlungsbeschlusses verpflichtet,²⁸ kann an die Erfüllung der Verpflichtung schwerlich eine Ersatzpflicht gegenüber der Gesellschaft anknüpfen.²⁹ Sofern – wie im Fall „Schloss Eller“ – kein förmlicher Beschluss vorliegt,

stellt sich jedoch die Frage, ob die (formlose) Einwilligung des Alleinaktionärs dazu führen kann, dass die Geltendmachung des Anspruches durch die Gesellschaft rechtsmissbräuchlich wird.³⁰ Nach zutreffender Ansicht³¹ des BGH würde die Zulassung dieses Einwandes zu einer Umgehung von § 93 Abs. 4 S. 1 AktG führen, da mangels förmlichen Hauptversammlungsbeschlusses keine Handlungsverpflichtung des Vorstands zu erkennen ist (§ 83 Abs. 2 AktG) und sich daher die Konfliktsituation, der § 93 Abs. 4 S. 1 AktG gerade entgegentreten möchte, nicht stellt.³² Auch wenn es von diesem Grundsatz Ausnahmen geben mag, so lag nach Ansicht des BGH im Fall „Schloss Eller“ eine solche Ausnahme jedenfalls nicht vor.³³

Ausgehend von dieser rechtlichen Wertung, stellt sich die Frage, welche Rückschlüsse sich daraus für das rechtmäßige Alternativverhalten ergeben. Wollte man in der hypothetischen Beschlussfassung der Hauptversammlung eine Vergleichbarkeit zur formlosen Billigung des Alleinaktionärs erkennen, so legen die Ausführungen des BGH nahe, dass dem Vorstand der Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens verwehrt ist.³⁴ Andererseits könnte man der Ansicht sein, dass die formlose Billigung des Hauptaktionärs mit der Zustimmung des Aufsichtsratsvorsitzenden und die hypothetische Beschlussfassung der Hauptversammlung mit der hypothetischen Zustimmung

²⁰BGH, Urteil v. 10.7.2018 – II ZR 24/17, Rn. 17; Koch in Hüffer (Begr.) AktG, § 111 Rn. 69; Habersack in MüKo AktG, § 111 Rn. 140; Tomasic in Grigoleit AktG, § 111, Rn. 79; Groß-Bölting/Rabe in Hölters/Weber AktG, § 111 Rn. 95; aA Schnorbus/Ganzer, BB, 2020, 251 (256) mit dem Argument, dass eine nachträgliche Genehmigung sowohl für den Vorstand als auch für den Aufsichtsrat sinnvoll sei.

²¹BGH, Urteil v. 10.7.2018 – II ZR 24/17, Rn. 18f.; wohl für eine solche Ausnahme Götz, ZGR 1990, 633 (643f.); Groß-Bölting/Rabe in Hölters/Weber AktG, § 111 Rn. 95; restriktiv Koch in Hüffer (Begr.) AktG, § 111 Rn. 70; dagegen Habersack in MüKo AktG, § 111 Rn. 141.

²²BGH, Urteil v. 10.7.2018 – II ZR 24/17, Rn. 22.

²³BGH, Urteil v. 10.7.2018 – II ZR 24/17, Rn. 45.

²⁴Altmeppen, FS K. Schmidt, S. 36ff.; Grunewald, FS Hopt, S. 332; Habersack, FS Vetter, S. 185; Wicke, FS Vetter, S. 917; Fleischer, DStR 2009, 1204 (1208f.); Grobecker/Wagner, ZIP 2019, 694 (696); Wilsing/von der Linden, NZG 2018, 1416 (1417); Schilha/Theusing, AG 2019, 26 (27); Scholz, AG 2020, 453 (460f.).

²⁵Mit dieser Frage beschäftigen sich auch Habersack, FS Vetter, S. 186ff.; Wicke, FS Vetter, S. 914; Krieger, FS Seibert, S. 521ff.; Grunewald, FS Hopt, S. 328; Scholz, AG 2020, 453 (459f.); Paefgen, WM 2022, 253 (263).

²⁶BGH, Urteil v. 10.7.2018 – II ZR 24/17, Rn. 23ff.

²⁷BGH, Urteil v. 10.7.2018 – II ZR 24/17, Rn. 26; Schmidt in NomosKommentar AktG, § 93 Rn. 126.

²⁸Sailer-Coceani in Schmidt/Lutter AktG, § 93 Rn. 59; Seibt in Schmidt/Lutter AktG, § 83 Rn. 11; Spindler in MüKo AktG, § 83 Rn. 17.

²⁹BGH, Urteil v. 10.7.2018 – II ZR 24/17, Rn. 29; siehe auch Koch in Hüffer (Begr.) AktG, § 93 Rn. 153; Habersack, FS Vetter, S. 186.

³⁰Zum Streitstand BGH, Urteil v. 10.7.2018 – II ZR 24/17, Rn. 27ff. m.w.N.

³¹Statt vieler Schäfer, FS Vetter, S. 652.

³²BGH, Urteil v. 10.7.2018 – II ZR 24/17, Rn. 29f.

³³BGH, Urteil v. 10.7.2018 – II ZR 24/17, Rn. 31ff.

³⁴Dies vermutet auch Habersack, FS Vetter, S. 186, denn auch in diesem Fall besteht die von § 93 Abs. 4 S. 1 AktG erfasste Konfliktsituation nicht, da eine hypothetische Beschlussfassung nicht zu einer Handlungsverpflichtung des Vorstands führen kann.

des Aufsichtsrats vergleichbar ist.³⁵ Damit stellt sich die Frage, ob man die förmliche Beschlussfassung der Hauptversammlung mit dem mutmaßlichen bzw. hypothetischen Beschlussinhalt substituieren könnte.

II. Schutzzweckorientierte Betrachtungsweise

Es wurde bereits gezeigt, dass bestimmte Geschäftsführungsmaßnahmen gemäß § 111 Abs. 4 S. 2 AktG unter dem Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrats stehen. Nach herrschender Meinung ist allerdings auch möglich, *anstelle* der Zustimmung des Aufsichtsrats, einen Zustimmungsbeschluss der Hauptversammlung herbeizuführen.³⁶ Denn nach § 119 Abs. 2 AktG kann die Hauptversammlung auf Verlangen des Vorstands über Geschäftsführungsfragen entscheiden.³⁷ Trifft die Hauptversammlung eine solche Sachentscheidung, so hat der Vorstand den Beschluss nach herrschender Meinung gemäß § 83 Abs. 2 AktG verpflichtend umzusetzen, die (zusätzliche) Zustimmung des Aufsichtsrats ist dann entbehrlich.³⁸ Aus dieser gesetzlichen Wertung folgt nun der folgende, für das rechtmäßige Alternativverhalten entscheidende Gedanke: Sofern der Vorstand den Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrats nach § 111 Abs. 4 S. 2 AktG missachtet, kann er sich möglicherweise darauf berufen, er hätte die Hauptversammlung nach § 119 Abs. 2 AktG über die Geschäftsführungsmaßnahme entscheiden lassen und die Hauptversammlung hätte der Beschlussvorlage zugestimmt. Einen hypothetischen Zustimmungsbeschluss vorausgesetzt, würde dann wegen § 93 Abs. 4 S. 1 AktG möglicherweise eine Schadensersatzpflicht gegenüber der Gesellschaft nicht bestehen.

1. *Verhältnis von § 111 Abs. 4 S. 2, 3 AktG zu § 119 Abs. 2 AktG* Der Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens der Hauptversammlung setzt, wie gezeigt, voraus, dass der Vorstand den Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrats durch einen Hauptversammlungsbeschluss ersetzen kann. Mit der herrschenden Meinung wird man dem zustimmen können,³⁹ jedoch ist dieser Schluss unter Beachtung des § 111 Abs. 4 S. 3 AktG keinesfalls zwingend. Nach dem Wortlaut ist die Vorlage an die Hauptversammlung möglich, wenn der Aufsichtsrat seine Zustimmung verweigert hat. Das setzt aber gerade voraus, dass der Aufsichtsrat beteiligt wurde. Zudem kann es insbesondere bei Publikumsgesellschaften für die Aktionäre von Bedeutung sein, wie sich der Aufsichtsrat zu einer konkreten Maßnahme positioniert hat.⁴⁰ Auch dies würde dafür sprechen, dass die Hauptversammlung sich erst nach der Beteiligung des Aufsichtsrats mit dem Beschluss befassen darf. Dagegen kann die herrschende Gegenansicht für sich beanspruchen, dass § 119 Abs. 2 AktG nicht zwischen Geschäftsführungsmaßnahmen mit und ohne Zustimmungsvorbehalt differenziert, d.h. es können jegliche Fragen der Geschäftsführung Gegenstand der Hauptversammlung sein. Ebenfalls für dieses Verständnis spricht, dass die Hauptversammlung eine ablehnende Entscheidung des Aufsichtsrats überspielen kann. Dann scheint es konsequent, einen Aufsichtsratsbeschluss nicht als zwingende Voraussetzung anzusehen,⁴¹ zumal im Falle einer verweigten Zustimmung durch die Hauptversammlung die Mitwirkungspflicht des Aufsichtsrats wieder auflebt. Aktionäre müssen am Ende die wirtschaftlichen Konsequenzen der Geschäftsführungsmaßnahme tragen, daher scheint es folgerichtig, dem Vorstand die

Möglichkeit zu geben, anstelle des Aufsichtsrats direkt die Hauptversammlung zu fragen.⁴² Der herrschenden Ansicht ist damit zu folgen.

2. *Verhältnis von § 83 Abs. 2 AktG zu § 93 Abs. 4 S. 1 AktG* Die potenzielle Haftungsfreistellung des Vorstands durch das rechtmäßige Alternativverhalten folgt aus § 93 Abs. 4 S. 1 AktG. Wollte man die *ratio* der Norm einzig darin sehen, dass der Vorstand wegen § 83 Abs. 2 AktG verpflichtet ist, Hauptversammlungsbeschlüsse nach § 119 Abs. 2 AktG umzusetzen,⁴³ lässt sich fragen, ob dieser Zweck auch bei einem hypothetischen Hauptversammlungsbeschluss erreicht wird.⁴⁴ Dies wäre nur dann der Fall, wenn die aus einem hypothetischen Hauptversammlungsbeschluss resultierende hypothetische Handlungsverpflichtung eine hinreichende Bindungswirkung für den Vorstand schafft, um die bereits thematisierte Konfliktsituation zu schaffen. Das wird man verneinen müssen, denn dem Vorstand steht es tatsächlich zu jeder Zeit frei, die Geschäftsführungsmaßnahme zu unterlassen oder abzuändern. Der hypothetische Hauptversammlungsbeschluss kann in der Realität gerade nicht zu einer Handlungsverpflichtung führen. Dem Problem könnte man einerseits begegnen, indem der Vorstand den Beweis dafür erbringen muss, er hätte gerade aufgrund des hypothetischen Hauptversammlungsbeschlusses die Handlung vorgenommen.⁴⁵ Andererseits könnte man versucht sein darzulegen, dass die Haftungsfreistellung gemäß § 93 Abs. 4 S. 1 AktG nicht notwendigerweise eine Konsequenz der Handlungsverpflichtung ist.

Der BGH schloss sich im Urteil „Schloss Eller“ der Sichtweise an, dass § 93 Abs. 4 S. 1 AktG gerade die Konsequenz des § 83 Abs. 2 AktG ist, d.h. beide Normen

³⁵So Habersack, FS Vetter, S. 187; zustimmend auch Krieger, FS Seibert, S. 522.

³⁶Spindler in Schmidt/Lutter AktG, § 119 Rn. 19; Kubis in MüKo AktG, § 119 Rn. 24; Krieger, FS Seibert, S. 522 m.w.N.

³⁷Spindler in Schmidt/Lutter AktG, § 119 Rn. 14; Koch in Hüffer (Begr.) AktG, § 119 Rn. 11; Kubis in MüKo AktG, § 119 Rn. 18.

³⁸Bungert in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts. Aktiengesellschaft, Band 4, 5. Auflage 2020 (MünchHdB), § 35 Rn. 20 m.w.N.; aA. Dietz-Vellmer, NZG 2014, 721 (725).

³⁹Spindler in Schmidt/Lutter AktG, § 119 Rn. 19; Kubis in MüKo AktG, § 119 Rn. 24; Krieger, FS Seibert, S. 522 m.w.N.

⁴⁰Dietz-Vellmer, NZG 2014, 721 (724f.).

⁴¹Kubis in MüKo AktG, § 119 Rn. 24; Spindler in Schmidt/Lutter AktG, § 119 Rn. 19; Krieger, FS Seibert, S. 522.

⁴²Habersack, FS Vetter, S. 190.

⁴³Jedenfalls nach hM findet die Rechtswirkung des § 83 Abs. 2 AktG auch für Beschlüsse nach § 119 Abs. 2 AktG Anwendung, dem schließt sich auch der BGH, Urteil v. 10.7.2018 – II ZR 24/17, Rn. 36 an; siehe dazu insb. Diskussion bei Dietz-Vellmer, NZG 2014, 721 (725); v. Falkenhausen, NZG 2016, 601 (602).

⁴⁴Eine solche Frage wirft auch Habersack, FS Vetter, S. 188 auf.

⁴⁵Analoge Wertung zum Alternativverhalten des Aufsichtsrats: In diesem Fall muss der Vorstand den Nachweis erbringen, dass er trotz Beteiligung des Aufsichtsrats von seinem Vorhaben nicht abgerückt wäre, da der Vorstand nicht an die Entscheidung des Aufsichtsrats gebunden und auch weiterhin zu einer selbstständigen und sorgfältigen Prüfung verpflichtet ist (Koch in Hüffer (Begr.) AktG, § 111 Rn. 71). Denn in den Fällen, in denen das hypothetische Alternativverhalten den Lauf der Dinge in der Realität verändern vermag, muss der Vorstand den Beweis erbringen, dass das Telos der Norm erreicht wird.

in einem engen Zusammenhang stehen,⁴⁶ sodass der Schluss naheliegt, dass eine Haftungsfreistellung durch einen hypothetischen Hauptversammlungsbeschluss nicht erreicht werden kann. Die hier zutreffende Wertung zum Verhältnis von § 83 Abs. 2 AktG und § 93 Abs. 4 S. 1 AktG ist daher der archimedische Punkt bei der Frage, ob man einen hypothetischen Hauptversammlungsbeschluss als rechtmäßiges Alternativverhalten zulassen möchte.

Ein erster Ansatz könnte sich aus der Konsequenz der Argumentation des BGH im Fall „Schloss Eller“ selbst ergeben. Der BGH beschäftigte sich mit der Frage, „ob die Einwilligung des Alleinaktionärs dazu führen kann, dass die Geltendmachung der Ersatzpflicht durch die Gesellschaft rechtsmissbräuchlich wird.“⁴⁷ Der Organhaftungsanspruch wäre zwar nicht wegen § 93 Abs. 4 S. 1 AktG, sondern aufgrund § 242 BGB ausgeschlossen. Der BGH verneinte dies zwar grundsätzlich, stellte jedoch auch fest, dass „es [...] Ausnahmefälle geben [mag], in denen sich der Vorstand gegenüber der ihn auf Schadensersatz in Anspruch nehmende Aktiengesellschaft erfolgreich wegen des Verhaltens des Alleinaktionärs mit dem Einwand widersprüchlichen Verhaltens verteidigen kann.“⁴⁸ Voraussetzung dafür ist jedoch die Schaffung eines hinreichenden Vertrauenstatbestands.⁴⁹ Nach Ansicht des BGH ist die formlose Einwilligung des Alleinaktionärs kein hinreichender Vertrauenstatbestand.⁵⁰ Jedoch könnte man auf die Idee kommen, einen hypothetischen Hauptversammlungsbeschluss als einen solchen Vertrauenstatbestand zu verstehen. Mit dieser Wertung käme es nämlich nicht auf die Frage an, ob § 93 Abs. 4 S. 1 AktG nur solche Fälle erfasst, bei denen eine tatsächlich Handlungspflicht des Vorstands wegen § 83 Abs. 2 AktG bestand. Der hypothetische Hauptversammlungsbeschluss würde gerade auch ohne Handlungsverpflichtung und abseits des § 93 Abs. 4 S. 1 AktG zu einer Haftungsfreistellung führen. Diese Wertung vermag jedoch nur zu überzeugen, wenn von einem Hauptversammlungsbeschluss ausschließlich aufgrund *förmlicher* Gründe abgesehen wird, bzw. wegen Vermeidung von Bürokratieaufwand oder zeitlicher Verkürzung.⁵¹ Denn der Trugschluss dieser Wertung läge andernfalls im ursprünglichen Problem, das es gerade zu lösen galt. Ein nur hypothetischer Hauptversammlungsbeschluss vermag gerade nicht einen realen Vertrauenstatbestand für den Vorstand schaffen, genauso wenig wie ein hypothetischer Hauptversammlungsbeschluss dem Vorstand eine reale Handlungspflicht auferlegen kann. Um so deutlicher wird das Problem, wenn man mit einer Ansicht in der Literatur in § 93 Abs. 4 S. 1 AktG eine gesetzliche Ausprägung des Einwands der unzulässigen Rechtsausübung nach § 242 BGB erkennen möchte.⁵² Sowohl die Handlungsverpflichtung als auch der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung setzen jeweils zwingend ein reales Element voraus, andernfalls fehlt es an der erforderlichen Bindungswirkung. Die Zulässigkeit des Einwands des rechtmäßigen Alternativverhaltens lässt sich auf diesem Weg daher wohl nicht begründen.

Ein weiterer möglicher Ansatz könnte die Unterscheidung sein, bei welchem Organ das Initiativrecht für eine Maßnahme liegt.⁵³ Diese Überlegung speist sich aus der klaren Kompetenzzuordnung innerhalb einer Aktiengesellschaft. Die Rechte der Hauptversammlung ergeben sich grundsätzlich aus dem nicht abschließenden Kompetenzkatalog des § 119 Abs. 1 AktG.⁵⁴ Der Vorstand ist dagegen nach

§§ 76 Abs. 1, 77 Abs. 1 S. 1 AktG das Geschäftsführungs- und damit Exekutivorgan der Gesellschaft. Fällt nun eine Maßnahme in die Kompetenz der Hauptversammlung, so bedarf es zwingend des Vorstands (daher auch die Verpflichtung zur Ausführung der Hauptversammlungsbeschlüsse nach § 83 Abs. 2 AktG)⁵⁵, um den Beschluss praktisch umzusetzen, da die Hauptversammlung dazu selbst nicht in der Lage ist.⁵⁶ Der Vorstand ist in diesem Fall nur ausführendes Organ, wobei die Hauptversammlung aus Wertungsgesichtspunkten hinter dieser Ausführungsmaßnahme steht. An dieser Stelle leuchtet es daher ein, den Grund für die Haftungsfreistellung gegenüber der Gesellschaft in der Verpflichtung des Vorstands zu sehen. Eine andere Wertung ergibt sich jedoch, wenn es um Geschäftsführungsfragen geht, die der Vorstand der Hauptversammlung nach § 119 Abs. 2 AktG vorlegt, denn diese fallen originär in die Kompetenz des Vorstands. Der Vorstand ist in diesem Fall nicht nur ausführendes Organ, sondern steht auch inhaltlich, durch die konkrete Beschlussvorlage an die Hauptversammlung, unter Wertungsgesichtspunkten hinter der anschließenden Ausführungsmaßnahme. Mit der Vorlage an die Hauptversammlung bezweckt der Vorstand daher nicht originär, sich selbst zur Ausführung des Hauptversammlungsbeschlusses zu verpflichten, sondern vielmehr, das Haftungsprivileg nach § 93 Abs. 4 S. 1 AktG für sich beanspruchen zu können.⁵⁷ Die Ausführungspflicht ist in diesem Fall nur eine Nebenfolge, der es jedoch aufgrund der Kompetenzzuweisung eigentlich nicht bedürfte,

⁴⁶BGH, Urteil v. 10.7.2018 – II ZR 24/17, Rn. 29; so auch Koch in Hüffer (Begr.) AktG, § 93 Rn. 72; Sailer-Coceani in Schmidt/Lutter AktG, § 93 Rn. 59; Schmidt in NomosKommentar AktG, § 93 Rn. 126; Bürgers in HeidelbergerKommentar AktG, § 93 Rn. 32; Wolff/Jansen, NZG 2013, 1165 (1166); krit. Dietz-Vellmer, NZG 2014, 721 (725); v. Falkenhausen, NZG 2016, 601 (602).

⁴⁷BGH, Urteil v. 10.7.2018 – II ZR 24/17, Rn. 27.

⁴⁸BGH, Urteil v. 10.7.2018 – II ZR 24/17, Rn. 31.

⁴⁹BGH, Urteil v. 10.7.2018 – II ZR 24/17, Rn. 32; so schon BGH, Urteil v. 4.2.2015 – VIII ZR 154/14 = NJW 2015, 1087 (1089).

⁵⁰BGH, Urteil v. 10.7.2018 – II ZR 24/17, Rn. 33.

⁵¹Unter Berücksichtigung von Grigoleit/Tomasic in Grigoleit AktG, § 93 Rn. 132 ist davon auszugehen, dass der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung in diesen beiden Fällen greifen könnte – jedoch betrifft diese Argumentation den Gesichtspunkt des widersprüchlichen Verhaltens nach § 242 BGB. Die Konstruktion über das rechtmäßige Alternativverhalten wäre dann obsolet.

⁵²Canaris, ZGR 1978, 207 (209); Fleischer, BB 2005, 2025 (2027); Fleischer in Handbuch des Vorstandsrechts, 2006 (HdbVorstr) § 11 Rn. 83; Bürger in HeidelbergerKommentar AktG, § 93 Rn. 32.

⁵³Den Gedanken führt auch Habersack, FS Vetter, S. 189 aus.

⁵⁴Ergänzt werden diese Kompetenzen durch die richterlich entwickelten ungeschriebenen Hauptversammlungskompetenzen nach der Holzmüller/Gelatine-Rechtsprechung des BGH (BGH, Urteil v. 25.2.1982 – II ZR 174/80; BGH, Urteil v. 26.4.2004 – II ZR 154/02; BGH, Urteil v. 26.4.2004 – II ZR 155/02); weitere Zuständigkeiten aufgeführt in Seibt in Schmidt/Lutter AktG, § 83 Rn. 4.

⁵⁵Die Verpflichtung des Vorstands zur Ausführung der Hauptversammlungsbeschlüsse gemäß § 83 Abs. 2 AktG hat aufgrund Kompetenzzuweisung nur eine Klarstellungsfunktion und würde andernfalls bereits aus den §§ 76 Abs. 1, 77 Abs. 1 S. 1 AktG folgen, vgl. Seibt in Schmidt/Lutter AktG, § 83 Rn. 2; Grigoleit in Grigoleit AktG, § 83 Rn. 2.

⁵⁶Dietz-Vellmer, NZG 2014, 721 (725).

⁵⁷Habersack, FS Vetter, S. 189; v. Falkenhausen, NZG 2016, 601 (602); Spindler in Schmidt/Lutter AktG, § 119 Rn. 17, hält das Streben nach Haftungsfreistellung durch den Beschluss als einziges Motiv des Vorstands für zulässig.

zumal der Vorstand ohnehin die Geschäftsführungsmaßnahmen umsetzen möchte. Aus dieser Überlegung sollte deutlich werden, dass die Handlungsverpflichtung nach § 83 Abs. 2 AktG nicht zwingend der Grund für die Haftungsfreistellung nach § 93 Abs. 4 S. 1 AktG sein muss. Dies mag zwar für Beschlüsse gelten, für welche die Hauptversammlung die originäre Kompetenz hat, nicht jedoch für Geschäftsführungsmaßnahmen, über die die Hauptversammlung nach § 119 Abs. 2 AktG entscheidet.⁵⁸ Bezogen auf einen hypothetischen Hauptversammlungsbeschluss könnte dies bedeuten, dass das Haftungsprivileg des § 93 Abs. 4 S. 1 AktG für den Vorstand erreichbar ist, obwohl keine reale Handlungspflicht bestand. Der Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens wäre dann also denkbar.⁵⁹ Sieht man das Problem der Handlungspflicht dagegen als Beweisfrage, so ergibt sich an dieser Stelle nichts anderes.

3. *Wertung des § 93 Abs. 4 S. 3 AktG* Aus § 93 Abs. 4 S. 3 AktG folgt, dass die Gesellschaft erst drei Jahre nach Entstehen des Anspruchs auf Ersatzansprüche verzichten kann, wenn die Hauptversammlung zustimmt. Sinn und Zweck der Regelung ist, dass der Verzicht auf einer hinreichend informierten Grundlage geschehen soll und das Ausmaß des Schadens für die Hauptversammlung vollständig ersichtlich ist.⁶⁰ Berufet sich der Vorstand im Rahmen des rechtmäßigen Alternativverhaltens nachträglich darauf, die Hauptversammlung hätte dem Geschäftsvorhaben hypothetisch zugestimmt, so könnte diese gesetzgeberische Wertung konterkariert werden. Anwendung findet § 93 Abs. 4 S. 3 AktG jedoch erst mit der Entstehung des Anspruchs.⁶¹ Berufet sich der Vorstand dagegen auf den Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens führt dies dazu, dass der Anspruch erst gar nicht zur Entstehung gelangt. Daher ist vorsichtig davon auszugehen, dass die Regelung des § 93 Abs. 4 S. 3 AktG nicht zwingend im Konflikt mit dem Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens steht und der Schutzzweck daher wohl nicht unterlaufen wird.⁶²

4. *Weitere Überlegungen und offene Fragen* Letztlich erzeugt der hypothetische Hauptversammlungsbeschluss eine hypothetische – keine reale – Handlungspflicht, d.h. wenn die Hauptversammlung zugestimmt hätte, dann wäre der Vorstand hypothetisch nach § 83 Abs. 2 AktG zur Ausführung der Maßnahme verpflichtet. Hier liegt gerade ein wesentlicher Unterschied zur hypothetischen Zustimmung des Aufsichtsrats. Der Vorstand ist an die Entscheidung des Aufsichtsrats nicht gebunden, sodass es ihm trotz Zustimmung des Aufsichtsrats möglich wäre, die Geschäftsführungsmaßnahme zu unterlassen.⁶³ Das Problem, dass nach Zustimmung der Hauptversammlung der Vorstand von seiner ursprünglichen Auffassung abweichen könnte und damit möglicherweise die Schadensposition nicht oder in einem anderen Ausmaß entsteht, stellt sich im Gegensatz zur hypothetischen Zustimmung des Aufsichtsrats deswegen nicht. Dies stellt für den Vorstand – möchte er sich auf das rechtmäßige Alternativverhalten mit Beschlussfassung der Hauptversammlung berufen – mit Blick auf den Schutzzweck der Norm einen Vorteil dar, da ein Beweis dahingehend nicht erbracht werden muss, dass er auch nach hypothetischer Beteiligung des Organs an seinem Geschäftsvorhaben festgehalten hätte.⁶⁴

Fraglich ist weiterhin, ob durch den Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens zwingende Verfahrensvorschriften über die Beschlussfassung der Hauptversammlung umgangen werden, was die Unzulässigkeit indizieren würde.⁶⁵ Das würde unter Berücksichtigung der Argumentation des BGH voraussetzen, dass die Verfahrensvorschriften über die Beschlussfassung der Hauptversammlung im Unterschied zu den Verfahrensvorschriften über die Beschlussfassung des Aufsichtsrats (hier sieht der BGH in dem Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens nämlich keinen Konflikt mit den Verfahrensvorschriften)⁶⁶ als zwingend angesehen werden. Ob hierfür ein rechtfertigender Grund vorliegt, kann bezweifelt werden⁶⁷ – dazu bedürfte es jedoch einer weitergehenden Betrachtung zu den konkreten Verfahrensvorgaben, die hier jedoch den Umfang des Aufsatzes übersteigen würde. Ebenso künftigen Betrachtungen vorbehalten soll an dieser Stelle die Frage sein, ob mit Blick auf den Schutz der Minderheitsaktionäre bei der hypothetischen Zustimmung der Hauptversammlung ein qualifizierter Mehrheitsbeschluss akzeptiert werden kann, oder ob sämtliche Aktionäre zustimmen müssten.⁶⁸

⁵⁸In die Richtung argumentiert auch v. Falkenhausen, NZG 2016, 601 (602).

⁵⁹So im Ergebnis auch Habersack, FS Vetter, S. 189.

⁶⁰Grigoleit/Tomasic in Grigoleit AktG, § 93 Rn. 135; Sailer-Coceani in Schmidt/Lutter AktG, § 93 Rn. 65; Schmidt in NomosKommentar AktG, § 93 Rn. 35.

⁶¹In diesem Zeitpunkt beginnt die Frist zulaufen, vgl. Schmidt in NomosKommentar AktG, § 93 Rn. 35.

⁶²So auch Krieger, FS Seibert, S. 523.

⁶³Koch in Hüffer (Begr.) AktG, § 111 Rn. 71.

⁶⁴Diese Beweisführungsverpflichtung iRd hypothetischen Aufsichtsratsbeschlusses wird jedoch vom BGH in seiner Entscheidung nicht thematisiert. Dies vermag nicht überzeugen. Denn es ist ein qualitativer Unterschied zwischen dem hypothetischen Zustimmungsvotum des Aufsichtsrats und dem gesetzlich vorgesehenen Entscheidungsprozess zu erkennen (zu einem ähnlichen Schluss kommt Kleindieck, FS Krieger, S. 503; § 111 Abs. 4 S. 2 AktG soll nicht (nur) den Zustimmungserfolg gewährleisten, sondern ein Verhalten von Vorstand und Aufsichtsrat herbeiführen). Denkbar wäre damit ein, wenn auch unwahrscheinliches, folgendes Szenario, dass zwar der Aufsichtsrat hypothetisch seine Einwilligung erteilt, jedoch der Vorstand aufgrund der Beratung mit dem Aufsichtsrat von seiner ursprünglichen Auffassung abweichen und das verlustreiche Geschäft unterlassen würde. Dies wäre deshalb denkbar, da der Vorstand gerade nicht an die Entscheidung des Aufsichtsrats gebunden und auch weiterhin zu einer selbstständigen und sorgfältigen Prüfung verpflichtet ist. In diesem Fall wäre durch das rechtmäßige Alternativverhalten die Schadensposition nicht oder aber zumindest in einem anderen Ausmaß denkbar. Diese Schutzzweckerwägung zeigt also, dass allein der hypothetische Zustimmungsbeschluss des Aufsichtsrats (im Gegensatz zur Hauptversammlung) kein sicherer Nachweis dafür sein kann, dass der Schaden nicht entstanden wäre.

⁶⁵Dies nimmt der BGH jedenfalls in Bezug auf die formlose Willensäußerung von Aktionären an, BGH, Urteil v. 10.7.2018 – II ZR 24/17, Rn. 30.

⁶⁶Kritisch hierzu Krieger, FS Seibert, S. 518.

⁶⁷So auch Holle/Mörsdorf, NJW 2018, 3555 (3557).

⁶⁸Grundsätzlich bedarf es nach § 111 Abs. 4 S. 4 AktG für den Zustimmungsbeschluss der Hauptversammlung eine qualifizierte Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen. Richtet sich die Beschlussfassung der Hauptversammlung nicht nach § 111 Abs. 4 S. 3 AktG, sondern nach § 119 Abs. 2 AktG (für den Fall, dass keine vorherige Ablehnung des Aufsichtsrats stattgefunden hat), ist dieses Quorum analog anzuwenden, vgl. Spindler in Schmidt/Lutter AktG, § 119 Rn. 23; Kubis in MüKo AktG, § 119 Rn. 26.

III. Darlegungs- und Beweislastregelung

Erkennt man den Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens auch für Hauptversammlungsbeschlüsse an, so stellt sich die Frage nach der Beweiserbringung zur Rekonstruktion des hypothetischen Abstimmverhaltens. Gefolgt wird hier der Auffassung, dass im Rahmen des rechtmäßigen Alternativverhaltens ein empirischer Prüfungsansatz anzulegen ist.⁶⁹ Eine normative Bestimmung im Rahmen des judiziellen Ansatzes wäre bei Hauptversammlungsbeschlüssen auch kaum möglich, da ein Aktionär mit den Worten des BGH „grundsätzlich schalten und walten kann, wie es ihm beliebt“⁷⁰ und daher bei seiner Stimmrechtsausübung bis zur Grenze der mitgliedschaftlichen Treupflicht nicht an Sorgfaltspflichten gebunden ist.⁷¹

1. *Beweis 1: Die Beteiligung der Hauptversammlung* Zunächst muss der Vorstand den Nachweis erbringen, dass er überhaupt die Maßnahme der Hauptversammlung vorgelegt hätte.⁷² Denn die Beteiligung der Hauptversammlung ist im Gegensatz zur Beteiligung des Aufsichtsrats bei Zustimmungsvorbehalten gerade keine Pflicht und daher eine Ausnahme vom gesetzlichen Normalfall. Das bedeutet, dass die Entscheidung über das „ob“ der Hauptversammlungs-beteiligung allein beim Vorstand liegt, weswegen ihn für diese Entscheidung auch die Beweispflicht trifft. Voraussetzung dafür ist nach der Rechtsprechung des BGH, „dass derselbe Erfolg effektiv herbeigeführt worden wäre; die bloße Möglichkeit ihn rechtmäßig herbeiführen zu können, reicht nicht aus.“⁷³ Somit müsste der Vorstand darlegen, dass er einen Hauptversammlungsbeschluss tatsächlich herbeigeführt hat. Dass er den Beschluss hätte herbeiführen können, ist nicht ausreichend, da die bloße Möglichkeit der Hauptversammlungsbefragung dem Vorstand nicht das Recht gibt, den Aufsichtsrat zu übergehen.⁷⁴ Angesichts dieser Beweiserbringungspflicht stellt sich die Frage, wie der Vorstand einen solchen Beweis erbringen könnte. Zu dem Zeitpunkt, in dem sich der Vorstand entschlossen hat, die Geschäftsführungsmaßnahme ohne Zustimmung des Aufsichtsrats oder der Hauptversammlung durchzuführen, hatte der Vorstand gerade keinen Beschluss der Hauptversammlung herbeigeführt – dann kann er es auch nicht beweisen.⁷⁵

Hält man an dieser postulierten Beweiserbringungspflicht fest, wird der Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens wohl an dieser Stelle scheitern.⁷⁶ Grunewald hält diese Argumentation, die insbesondere für die Ausübung von Gestaltungsrechten entwickelt wurde, jedoch für künstlich.⁷⁷

Auf den ersten Blick scheint die Ausübung von Gestaltungsrechten und die Entscheidung des Vorstands, der Hauptversammlung die Beschlussvorlage vorzulegen, tatsächlich vergleichbar, denn in beiden Fällen liegt die Entscheidung über das „ob“ der Ausübung bei dem Rechtsinhaber bzw. dem Vorstand. Ein Unterschied könnte jedoch darin gesehen werden, dass bei der Frage, ob ein Hauptversammlungsbeschluss herbeigeführt werden soll, eine abstrakte Handlungspflicht besteht. Diese Handlungspflicht umfasst zwar die Beteiligung des Aufsichtsrats nach § 111 Abs. 4 S. 2 AktG, jedoch wird hierdurch ein genereller Handlungsdruck für den Vorstand erzeugt, durch welchen sich der Handlungsspielraum für den Vorstand verengt – entweder die Geschäftsführungsmaßnahme darf

nicht weiterverfolgt werden oder sie ist dem Aufsichtsrat bzw. der Hauptversammlung zur Abstimmung vorzulegen. Ein solch verengter Handlungsspielraum ist dagegen bei der Ausübung von Gestaltungsrechten nicht zu erkennen, ein Handlungsdruck besteht hier im Normalfall nicht. Ob sich aus so einer wertenden Betrachtung ergeben kann, dass man die Anrufung der Hauptversammlung (wie die Beteiligung des Aufsichtsrats) als Alternativverhalten „einfach“ hinzudenken kann,⁷⁸ scheint jedoch weiterhin höchst zweifelhaft. Soweit dem Handlungsdruck ein hohes Gewicht beizumessen ist, dürfte dem Vorstand der Beweis zumindest leichter fallen, wenn er auch weiterhin nur sehr schwer zu erbringen sein mag. Wie letztlich der konkrete Beweis tatsächlich erbracht werden kann, darüber lässt sich nur mutmaßen.

Möglich, wenn auch nicht zwingend ausreichend, dürfte sein, wenn der Vorstand auf eine Handhabungspraxis verweisen kann, aus der hervorgeht, dass zustimmungspflichtige Geschäfte bereits in der Vergangenheit nach § 119 Abs. 2 AktG der Hauptversammlung vorgelegt wurden und die Aufsichtsratsbeteiligung damit umgangen wurde. Eine, wie vom BGH geforderte, *sichere* Beweiserbringung wird sich jedoch auf diesem Weg kaum erreichen lassen, denn die Entscheidungen sind einzelfallabhängig und setzen stets eine Ermessensabwägung des Vorstands voraus. Selbst eine bestehende Entscheidungspraxis kann keine bindende Wirkung für die Zukunft bzw. rückwirkend für die Vergangenheit haben.⁷⁹

Denkbar wäre auch eine Konstellation, in welchem von der Beschlussfassung nur aus formalen Gründen abgesehen wurde, wobei hier die Frage aufgeworfen werden muss, ob es den Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens dann überhaupt bedürfte, oder ob bereits die Inanspruchnahme des Vorstands wegen widersprüchlichen Verhaltens nach § 242 BGB ausgeschlossen wäre.

⁶⁹Dafür auch BGH, Urteil v. 10.7.2018 – II ZR 24/17, Rn. 45ff; zustimmend Wilsing/von der Linden, NZG 2018, 1416 (1417), so geht der BGH von einer mehrheitlichen Einwilligung aus, die nur dann Sinn ergibt, wenn die realen Verhältnisse in den Blick genommen werden und keine idealtypische Betrachtung (judizieller Prüfungsansatz) erfolgt; aA OLG Oldenburg, v. 22.6.2006 – 1 U 34/03, BeckRS 2006, 11930; Böttcher, NZG 2007, 481 (485); Koch, FS Köndgen, 344.

⁷⁰BGH, Urteil v. 10.7.2018 – II ZR 24/17, Rn. 35.

⁷¹Krieger, FS Seibert, S. 523; Habersack, FS Vetter, S. 191.

⁷²Krieger, FS Seibert, S. 522; Kleindieck, FS Krieger, S. 507; Grunewald, FS Hopt, S. 329; Scholz, AG 2020, 453 (459); Paefgen, WM 2022, 253 (263).

⁷³In Bezug auf die Ausübung von Gestaltungsrechten, BGH, Urteil v. 9.3.2012 – V ZR 156/11 = NJW 2012, 2022 (2023).

⁷⁴So Argumentiert der BGH, wenn als Alternativverhalten Gestaltungsrechte angeführt werden, vgl. BGH, Urteil v. 9.3.2012 – V ZR 156/11 = NJW 2012, 2022 (2023).

⁷⁵Dieses Beweisproblem wird auch bei Krieger, FS Seibert, S. 522; Holle/Mörsdorf, NJW 2018, 3555 (3557) und Scholz, AG 2020, 453 (460) thematisiert und für den Vorstand als praktisch nicht darlegungsfähig verstanden.

⁷⁶Krieger, FS Seibert, S. 523 hält Ausnahmefälle für möglich, ohne näher darauf einzugehen, wie sich diese situativ darstellen.

⁷⁷Grunewald, FS Hopt, S. 329.

⁷⁸Dafür plädiert Grunewald, FS Hopt, S. 329.

⁷⁹So jedenfalls Goette, ZGR 2019, 324 (334) in Bezug auf die Rekonstruktion des Abstimmverhaltens des Aufsichtsrats.

2. Beweis 2: Das Abstimmverhalten der Hauptversammlung
Zudem muss der Vorstand darlegen, dass die Hauptversammlung seiner Beschlussvorlage zugestimmt hätte. Im Unterschied zum Aufsichtsrat können sich hier zwei wesentliche Unterschiede ergeben.

Zum einen ist das Ermessen eines Aktionärs größer, als es bei Aufsichtsratsmitgliedern ist, die in ihrer Entscheidung wegen §§ 116 S. 1, 93 Abs. 1 S. 2 AktG an die *Business-Judgment-Rule* gebunden sind. Dies hat zur Folge, dass Aktionäre, im Gegensatz zu Aufsichtsratsmitgliedern, ihre Entscheidung weder sorgfältig begründen und dokumentieren noch Gemeinwohlbelange der Gesellschaft oder die Entscheidung auf Basis angemessener Informationen und sorgfältiger Abwägung treffen müssen.⁸⁰ Daraus folgt nun für die Beweiserbringung, dass das hypothetische Abstimmverhalten der Aktionäre im Rahmen einer nachträglichen Befragung leichter rekonstruierbar scheint,⁸¹ wenn auch das Problem der *Hindsight Bias* Schwierigkeiten bereiten dürfte. Hierbei handelt es sich um ein Phänomen der psychologischen Entscheidungsforschung.⁸² Denn die nachträgliche Befragung birgt die Gefahr, dass der Aktionär in Kenntnis des eingetretenen Schadens zum Ausdruck bringen könnte, er hätte keinesfalls der betreffenden Beschlussvorlage zugestimmt, obwohl eine solche ablehnende Haltung aus der gebotenen ex ante-Perspektive nicht ohne Weiteres garantiert war.⁸³ Menschen neigen nämlich in Kenntnis der nachträglich eintretenden Umstände dazu, die Wahrscheinlichkeit zu überschätzen, mit der sie die Ergebnisse vorausgesagt hätten. Das Problem der *Hindsight Bias* macht deutlich, dass sich die damalige konkrete Entscheidungssituation mit dem nun vorhandenen Kenntnisstand des Aktionärs nicht mehr authentisch simulieren lässt. Die spätere Aussage bezüglich einer hypothetischen Zustimmungsverweigerung vermag daher möglicherweise mehr Schutzbehauptung als realistisches Abbild der Vergangenheit sein.⁸⁴

Zum anderen kann es zur Beweiserbringung jedoch ausreichen – und dies stellt im Vergleich zum Aufsichtsrat, vorausgesetzt der Beweis gelingt, einen Vorteil dar, dass nur das Abstimmverhalten eines Aktionärs bewiesen werden muss, wenn es sich um einen Alleinaktionär, oder – sofern man mehrheitlich gefasste Hauptversammlungsbeschlüsse mit dem Quorum von § 111 Abs. 4 S. 4 AktG analog genügen lassen möchte – es sich um einen Aktionär mit qualifizierter Stimmrechtsmehrheit handelt.⁸⁵

IV. Resümee

Der Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens bei Hauptversammlungsbeschlüssen nach § 119 Abs. 2 AktG ist denkbar, wenn auch die Beweisführung, entgegen der Ansicht von *Grunewald*,⁸⁶ wohl eine größere Hürde darstellt als beim Alternativverhalten des Aufsichtsrats. Denn gerade der Nachweis, dass überhaupt die Hauptversammlung hypothetisch gefragt worden wäre, scheint kaum erbringbar. Es ist daher nachvollziehbar, wenn auch aus wissenschaftlicher Sicht misslich, dass der BGH im Fall „Schloss Eller“ zum rechtmäßigen Alternativverhalten in Bezug auf die Beteiligung der Hauptversammlung keine Stellung bezogen hat.⁸⁷ Insgesamt bleiben jedoch bei der hypothetischen Zustimmung der Hauptversammlung einzelne Fragen offen. Diese betreffen schwerpunktmäßig

die Bedeutung der Mehrheits- und Verfahrensvorschriften und die konkreten Möglichkeiten der Beweiserbringung.

C. Fazit

Mit dem Fall „Schloss Eller“ hat der BGH das Problem des rechtmäßigen Alternativverhaltens ins Scheinwerferlicht der rechtswissenschaftlichen Diskussion gerückt. Zurecht ist das Echo aus Wissenschaft und Praxis groß. Die Rolle der Hauptversammlung ist in diesem Kontext jedoch noch nicht hinreichend betrachtet worden. Sieht man, wie angedeutet wurde, die Haftungsfreistellung gemäß § 93 Abs. 4 S. 1 AktG nicht zwingenderweise als Konsequenz der Handlungspflicht nach § 83 Abs. 2 AktG, ist jedenfalls das Problem, dass ein hypothetischer Hauptversammlungsbeschluss keine tatsächliche Bindungswirkung für den Vorstand schaffen kann, lösbar. Ob sich die Rechtsprechung auf diesen Argumentationsweg einlassen würde, scheint jedoch sehr fraglich, weil auch die Konsequenzen für die Beweiserbringung kaum absehbar sind. Wohl auch deswegen wird die Rolle der Hauptversammlung beim Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens eher ein akademisches Problem bleiben.

⁸⁰BGH, Urteil v. 10.7.2018 – II ZR 24/17, Rn. 54; dazu auch Krieger, FS Seibert, S. 523; Habersack, FS Vetter, S. 191.

⁸¹Grunewald, FS Hopt, S. 329f.; Habersack, FS Vetter, S. 191; Etwas anderes kann sich freilich dann ergeben, wenn es sich, wie im Fall „Schloss Eller“, bei dem Aktionär um eine kommunale Gebietskörperschaft handelt. Dann dürfte der grundsätzlich weite Ermessensspielraum des Aktionärs aufgrund kommunalverfassungsrechtlicher Vorgaben deutlich reduziert sein. Unter solchen Voraussetzungen dürfte der Beweis, der Aktionär (im Fall „Schloss Eller“ die Stadt Düsseldorf) hätte der Maßnahme hypothetisch zugestimmt, auch aufgrund der drohenden politischen Konsequenzen nur schwer zu erbringen sein.

⁸²Fleischer, FS Wiedemann, S. 832; Arkes/Saville/Wortmann/Harkness, *Hindsight Bias among Physicians Weighing the Likelihood of Diagnoses*, in: *Journal of Applied Psychology*, 1981 (S. 253f.) <https://psycnet.apa.org/doiLanding?doi=10.1037%2F0021-9010.66.2.252> (zuletzt abgerufen am 01.03.2023).

⁸³In Bezug auf die Befragung eines Aufsichtsratsmitglieds, Paefgen, WM 2022, 253 (260).

⁸⁴In Bezug auf die Befragung des Aufsichtsrats, Schaub/Schaub, ZIP 2013, 656 (658); Weißenhaupt, ZIP 2019, 202 (211).

⁸⁵Habersack, FS Vetter, S. 191; Krieger, FS Seibert, S. 523.

⁸⁶Grunewald, FS Hopt, S. 329f.

⁸⁷Scholz, AG 2020, 453 (460); auch Holle/Mörsdorf, NJW 2018, 3555 (3557).

Strafrecht

Straftaten im Zusammenhang mit Packstationen

Walle, Antonia*

ZUSAMMENFASSUNG

Der Aufsatz gibt einen Überblick über die vielfältigen Missbrauchsformen von DHL-Packstationen und analysiert damit verbundene Strafbarkeiten. Täter verschaffen sich rechtswidrig Zugang zu Packstationskonten von DHL-Kunden, um in fremdem Namen Pakete zu bestellen oder von Kunden bestellte Pakete abzuholen. Die strafrechtliche Beurteilung dieses Täterverhaltens im Hinblick auf Vermögens- und Eigentumsdelikte sowie speziellere Tatbestände wie die Falschverdächtigung bildet den Schwerpunkt der folgenden Ausführungen.

Keywords Straftaten, Packstationen, Vermögensdelikte, Eigentumsdelikte, Phishing

A. Einführung

„Es gibt für Kriminelle derzeit keine bessere Alternative als Packstationen“ – so Benjamin Krause, stellvertretender Leiter einer Sondereinheit der Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main, 2017 gegenüber dem Spiegel.¹ Die Aussage bezog sich auf Abhol- und Abgabestellen für Paketsendungen, die rund um die Uhr zugänglich sind und ihren zunehmenden Missbrauch zur Begehung von Straftaten. Täter, die für verbotene Geschäfte Packstationen der DHL² nutzen, erschweren ihre Nachverfolgung durch die Ermittlungsbehörden enorm. Kriminelle nutzen dies aus, indem sie Packstationen als Umschlagsort für Drogen, Waffen oder sonstige illegale Ware oder als Abhol- und Übergabestelle im Rahmen von Straftaten im Onlinehandel nutzen. Seit der Aussage Krauses hat sich an diesen kriminellen Risiken nichts geändert. Ihre Relevanz steigt mit Blick auf aktuelle Verhaltensmuster der Deutschen: Eine Umfrage aus Oktober 2021 zeigt, dass etwa jeder fünfte Deutsche während der letzten zwölf Monate mindestens einmal eine Packstation genutzt hat.³ Die Corona-Pandemie und der Anstieg des Online-Geschäfts beschleunigten diese Entwicklung noch zusätzlich. DHL baut im Rahmen ihres Digitalisierungsprogramms das Packstationsnetz rasant aus: von 6.500 im Jahr 2020 auf etwa 15.000 im Jahr 2023.⁴ Mit ihrer steigenden Nutzung geht ein zunehmendes Missbrauchsrisiko einher. Diese Arbeit analysiert, welche Straftaten im Zusammenhang mit Erscheinungsformen des Packstationsmissbrauchs verwirklicht werden.

I. Funktionsweise der Packstation

Aktuell betreibt DHL bundesweit über 9000 Packstationen.⁵ Für das Versenden von Paketen über eine Packstation benötigt der Absender eine DHL-Versandmarke, die er online erwerben kann.⁶ Sie beinhaltet einen Paketcode, der am Lesegerät der Packstation eingescannt wird, damit sich ein leeres Fach öffnet. Nach dem Einlegen des Pakets bestätigt der Kunde die Einlagerung am Bildschirm der Station und erhält per E-Mail einen Einlieferungsbeleg.⁷

Für den Empfang von Paketen in einer Packstation benötigt man ein DHL-Kundenkonto und die DHL-App. Hierfür registriert man sich für den Packstationservice und aktiviert sein Smartphone für die Abholung.

Daraufhin überprüft DHL den Kunden im Fotoident-Verfahren.⁸ Parallel erhält dieser per Brief eine TAN, mit der er sein Kundenkonto freischalten kann.⁹

Um ein Paket zu empfangen, gibt der Kunde die Nummer einer Packstation als Lieferadresse an. Über die Ankunft des Pakets wird er per E-Mail und durch Push-Benachrichtigung der DHL-App unterrichtet. Für das Öffnen der Packstation benötigt der DHL-Kunde allein einen Abholcode, der ihm über die DHL-App zur Verfügung gestellt wird.¹⁰

II. Missbrauchspotential von Packstationen

Im Zusammenhang mit Packstationen ist eine Vielzahl von Straftaten denkbar. In erheblichem Umfang werden sie von Tätern genutzt, um illegale Waren zu verschicken

*Die Autorin ist Studentin an der Bucerius Law School, Hamburg. Der vorliegende Aufsatz ist ihre gekürzte Bachelorarbeit, die im Rahmen des Schwerpunktbereichs Wirtschaftsstrafrecht entstanden ist.



Attribution 4.0 International (CC BY 4.0)

Zitieren als: Walle, A. (2023). Straftaten im Zusammenhang mit Packstationen, FraLR 1(1), 47-55. DOI: 10.21248/gubps.72209

¹Baumgärtner/Knobbe/Röbel: Wie Kriminelle über DHL und Co. ihr Geschäft organisieren, Spiegel.de, <https://t1p.de/dyjj> (zuletzt aufgerufen am 24.02.23).

²Mittlerweile betreiben neben DHL auch Hermes und Amazon Packstationen, siehe <https://t1p.de/1zlg> (zuletzt aufgerufen am 24.02.23) und <https://t1p.de/415h> (zuletzt aufgerufen am 24.02.23).

³Statista: Etwa jeder fünfte Deutsche nutzt Packstationen, <https://t1p.de/18h8h> (zuletzt aufgerufen am 24.02.2023).

⁴Siehe DHL-Pressemitteilung: <https://t1p.de/iz6t> (zuletzt aufgerufen am 24.02.23).

⁵Siehe offizielle Angabe der DHL, <https://t1p.de/izm1z> (zuletzt aufgerufen am 24.02.23).

⁶DHL Online Frankierung, <https://t1p.de/a2hi> (zuletzt aufgerufen am 24.02.23).

⁷Zum Versenden mit der Packstation, siehe <https://t1p.de/3hwvz> (zuletzt aufgerufen am 24.02.23).

⁸Hier identifiziert sich der Kunde mit seinem Personalausweis per Video-Call.

⁹Zur Registrierung, siehe <https://t1p.de/pfbvf> (zuletzt aufgerufen am 24.02.23).

¹⁰Zum Empfang mit der Packstation, <https://t1p.de/8i6c5> (zuletzt aufgerufen am 24.02.23).

und zu empfangen.¹¹ Packstationen entwickeln sich zunehmend zu einem Umschlagsort für Hehlerei.¹² Ebenso ist denkbar, dass Stationsfächer aufgebrochen und Pakete entwendet werden. Möglich ist auch, dass DHL-Mitarbeiter beim Leeren von Stationen Pakete an sich nehmen. Überdies erlangen Packstationen im Zusammenhang mit Internetkriminalität Bedeutung.¹³

Vorliegend geht es um Fallgestaltungen, bei denen der Täter einerseits die spezifische Funktionsweise der Packstation ausnutzt und andererseits sich gerade daraus Besonderheiten für die rechtliche Bewertung ergeben.

Konkret handelt es sich um Sachverhalte, bei denen der Täter Packstationen zum unbefugten Empfang von Waren nutzt. Zum einen geht es um die Abholung von Waren, die sich ein anderer DHL-Kunde in eine Packstation bestellt hat. Zum anderen wird der Fall untersucht, in dem der Täter sich unter Nutzung eines fremden DHL-Kontos Waren an eine Packstation liefern lässt. Mag das Täterverhalten je nach Einzelfall abweichen, ist das Vorgehen im Kern ähnlich: Der Täter verschafft sich Zugangsdaten zu einem fremden DHL-Konto. Meist geschieht dies mithilfe einer sog. Phishing-Mail. Hierfür versendet der Täter eine vermeintlich von DHL stammende E-Mail. Der Empfänger wird im Rahmen einer angeblichen Sicherheitsüberprüfung aufgefordert, einem Link auf eine vom Täter eingerichtete, angebliche DHL-Webseite zu folgen und dort die Zugangsdaten zu seinem Kundenkonto einzugeben. So kann der Täter die Daten abfangen. Dem Kunden wird oftmals eine Kontosperrung in Aussicht gestellt, sofern er seine Daten nicht eingibt. Hat der Täter die Zugangsdaten, meldet er sich in dem fremden Konto an und ändert die E-Mail-Adresse und Mobilnummer, sodass künftig er die Abholbenachrichtigung für Pakete erhält.¹⁴ Fortan nutzt er das fremde DHL-Konto, um Waren auf Rechnung des Kontoinhabers zu bestellen und an die Packstation liefern zu lassen.¹⁵ Damit kann er auch an Pakete, die sich der Kontoinhaber selbst vor Übernahme des Kontos bestellt hat, gelangen. Die Rückverfolgung des Täters ist kaum möglich.

In beiden Fallgestaltungen nutzen Täter gerade die besondere Funktionsweise der Packstation, um ihre Ziele zu erreichen.

B. Zugang zum DHL-Konto und Bestellung im Internet

I. Erlangung fremder Daten durch Phishing

Derjenige, der sich mittels einer Phishing-Mail Zugangsdaten zu einem fremden DHL-Konto erschleicht, könnte sich wegen Betrugs gem. § 263 Abs. 1 StGB strafbar machen.

1. Täuschung und Irrtum Der Absender der Phishing-Mail spiegelt ihrem Empfänger vor, die E-Mail und Webseite, auf die der Kunde zur Eingabe seiner Daten weitergeleitet wird, stamme von DHL und sei Teil einer Sicherheitsüberprüfung. Damit täuscht er den Empfänger über die Tatsachen der Absenderidentität und der Notwendigkeit der Dateneingabe und erregt einen entsprechenden Irrtum.¹⁶

2. Vermögensverfügung Die durch Täuschung und Irrtum ausgelöste Preisgabe der Zugangsdaten müsste eine Vermögensverfügung gem. § 263 Abs. 1 StGB darstellen. Unter einer Vermögensverfügung versteht man jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen, das unmittelbar und zurechenbar eine Vermögensminderung herbeiführt.¹⁷ Betrachtet man das wirtschaftliche Vermögen des Getäuschten vor und nach Preisgabe der Daten, so ergibt sich kein unmittelbarer Vermögensverlust. Die Daten stellen keinen körperlichen Gegenstand dar, sodass der Getäuschte insbesondere nicht Eigentum oder Besitz verliert. Die Daten haben keinen fassbaren wirtschaftlichen Wert. Allerdings eröffnen sie eine Zugriffsmöglichkeit auf Pakete, die sich der Kunde an die Packstation bestellt hat. Es ist denkbar, dass dadurch die Gefahr eines Vermögensabflusses so konkret ist, dass ein Gefährdungsschaden bei dem DHL-Kontoinhaber eintritt und die Preisgabe der Daten somit eine Vermögensminderung bewirkt.¹⁸ Bei dieser Betrachtung stellt sie eine Vermögensverfügung dar.

a) Anforderungen an den Gefährdungsschaden Die Rechtsfigur des Gefährdungsschadens ist allgemein anerkannt.¹⁹ Ein solcher Schaden ist anzunehmen, wenn ein Vermögensbestandteil derart konkret gefährdet ist, dass bei wirtschaftlicher Betrachtung das gegenwärtige Vermögen bereits gemindert erscheint.²⁰ Aus dieser, ihrem Wortlaut nach weiten, Definition geht nicht hervor, wann das Vermögen hinreichend konkret gefährdet ist. Nach einer Grundsatzentscheidung des BVerfG ist die Annahme eines Gefährdungsschadens restriktiv zu handhaben, um dem Bestimmtheitsgrundsatz aus Art. 103 II GG Rechnung zu

¹¹Dazu zählen Waffen, illegale Arzneimittel, kinderpornographisches Material oder Betäubungsmittel, siehe den Sachverhalt in BGH, Ur. v. 15.12.2015 – 1 StR 236/15; LG Duisburg, Ur. v. 5.4.2017 – 33 KLS-111 Js 32/16-8/16; Baumgärtner/Knobbe/Röbel: Wie Kriminelle über DHL und Co. Ihr Geschäft organisieren, Spiegel.de, <https://t1p.de/dyjj> (zuletzt aufgerufen am 24.02.23); Bachmann/Arslan, NZWiSt 2019, 241 (242).

¹²Goebel/Berke, Wie Kriminelle die Packstation missbrauchen, WirtschaftsWoche.de, <https://t1p.de/eq13> (zuletzt aufgerufen am 24.02.23).

¹³So zum Beispiel in LG Paderborn, Ur. v. 17.6.2014 – 01 KLS-42 Js 525/13-1/14.

¹⁴Zu diesem Vorgehen Brand, NStZ 2013, (7) 7 f.

¹⁵Siehe entsprechende Berichte: <https://t1p.de/6ccj1> (zuletzt aufgerufen am 24.02.23); <https://t1p.de/qlhp6> (zuletzt aufgerufen am 24.02.23); <https://t1p.de/bv5uw> (zuletzt aufgerufen am 24.02.23).

¹⁶So zum Betrug im Rahmen des Phishings: Graf, NStZ 2007, 129 (130). Etwaige Leichtgläubigkeit des Opfers, das laienhaft gestalteten Phishing-Mails vertraut, findet im Betrugstatbestand keine Berücksichtigung, dazu BGH NJW 2003, 1198; Majer/Buchmann, NJW 2014, 3342 (3343); Rönnau/Becker, JuS 2014, 504 (506).

¹⁷BGHSt 14, 170 (171); Perron in Schönke/Schröder StGB, § 263 Rn. 55.

¹⁸Ein Gefährdungsschaden im Rahmen eines Dreiecksbetrugs bei dem Versandhändler, bei dem der zahlungsunwillige Täter Ware bestellt, kommt nicht in Betracht. Hierfür fehlt es eindeutig an dem erforderlichen Näheverhältnis zwischen dem getäuschten DHL-Kunden und dem Onlinehändler, siehe BGH NStZ 2008, 339; ausführlich Kindhäuser/Hilgendorf in Nomos Lehr- und Praxiskommentar StGB, § 263 Rn. 143 ff.

¹⁹Becker (2019), Gefährdungsschaden und betriebswirtschaftliche Vermögensbewertung, S. 95 f.; Achenbach/Ransiek/Rönnau (2019), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl., 5. Teil 1. Kap. Rn. 114 f.

²⁰BGHSt 34, 394 (395); Eisele/Bechtel, JuS 2018, 97 (100).

tragen.²¹ Insbesondere bedarf es einer nachvollziehbaren Darlegung und Ermittlung des Schadens, diffuse Verlustrisiken reichen nicht aus.²² Der erwartete Schaden muss der Höhe nach zu beziffern sein.²³ Aus diesen Vorgaben ergeben sich allerdings noch keine konkreten materiellen Anforderungen an einen Gefährdungsschaden. In Rechtsprechung und Literatur werden unterschiedliche Ansätze zur Abgrenzung von noch nicht schadensbegründenden Verlustrisiken vertreten.

Im Schrifttum werden vornehmlich zwei Kriterien in Ansatz gebracht. Teilweise wird auf die täter- oder opferorientierte Beherrschbarkeit, überwiegend indes auf die Unmittelbarkeit des Schadenseintritts abgestellt. Nach dem Herrschaftsgedanken wird ein Gefährdungsschaden teils verneint, sofern dem Täter verletzungshindernde Momente noch verfügbar sind,²⁴ oder wenn das Opfer den endgültigen Vermögensverlust noch verhindern kann.²⁵ Im Fall des DHL-Phishings kann der Täter nach Erhalt der Zugangsdaten noch Abstand von der Schadensrealisierung nehmen, indem er die Packstation nicht nutzt. Der Schadenseintritt bedarf also noch wesentlich weiterer Schritte des Täters und es läge noch kein Gefährdungsschaden vor. Der Getäuschte, der noch immer Zugriff auf die Sendungsverfolgung seines Pakets hat, könnte selbst schneller als der Täter sein Paket aus der Packstation entnehmen. Zudem ist es möglich, dass der Getäuschte Datenänderungen des Täters in seinem Konto bemerkt und dieses sperren lässt. So könnte er ebenfalls den Schadenseintritt verhindern. Somit liegt nach dem Kriterium der Beherrschbarkeit kein Gefährdungsschaden vor.

Nach dem Kriterium der Unmittelbarkeit liegt ein Gefährdungsschaden vor, wenn die Vermögensgefahr unmittelbar, das heißt ohne weiteres deliktisches Täterverhalten,²⁶ in den substantiellen Vermögensverlust übergehen kann.²⁷ Um an ein Paket zu gelangen, das sich der rechtmäßige Kontoinhaber bestellt hat, muss der Täter die Packstation öffnen und das Paket herausnehmen. Darin liegt – wie sich zeigen wird – ein Diebstahl und damit ein deliktischer Zwischenschritt, sodass der Schaden nicht unmittelbar eintritt.²⁸ Demnach ermöglicht das Opfer durch Preisgabe der Daten lediglich die Möglichkeit der späteren Wegnahme, eine unmittelbare Gefährdung tritt damit nicht ein.

Die Rechtsprechung definiert den Gefährdungsschaden vornehmlich durch den Konkretisierungsgrad der Gefahr bzw. der Wahrscheinlichkeit ihrer Realisierung.²⁹ Ein Gefährdungsschaden liege dann vor, wenn ernstlich mit dem Eintritt eines endgültigen Schadens zu rechnen sei.³⁰ Der Beurteilung liegt eine wertende Einzelfallbetrachtung zugrunde.³¹ Der Täter, der die DHL-Zugangsdaten erhält, erlangt die Möglichkeit, Pakete des Kontoinhabers aus der Packstation zu entnehmen. Der Schadenseintritt hängt davon ab, ob der Kontoinhaber sich überhaupt ein Paket bestellt hat, denn Packstationen sind nicht ständig befüllt. Bei dieser abstrakten Sicht ist das Wahrscheinlichkeitskriterium nur schwer greifbar. Vornehmlich erfolgt die Annahme eines Gefährdungsschadens in der Rechtsprechung in Fallgruppen.³² Die Rechtsprechung hat sich bislang nicht mit dem Phishing von DHL-Kontozugangsdaten befasst. Denkbar ist aber, dass Rückschlüsse aus anderen Fallgestaltungen gezogen werden können.

aa) Vergleich mit Bankkontozugangsdaten Die Rechtsprechung hat bereits über die Vermögensverfügung und den Schaden in Bezug auf eine erschlichene EC-Karte und PIN entschieden. Die täuschungsbedingte Aushändigung einer EC-Karte und der dazugehörigen PIN begründet nach dem BGH einen Gefährdungsschaden.³³ Der Täter erlange die jederzeitige Zugriffsmöglichkeit auf den Auszahlungsanspruch gegen die Bank und somit auf das Kontoguthaben.³⁴

bb) Übertragbarkeit auf DHL-Kontozugangsdaten Es ist fragwürdig, ob sich diese Betrachtung auf DHL-Zugangsdaten übertragen lässt. In beiden Fällen geht es um Konten, die eine Zugriffsmöglichkeit auf Vermögenswerte eröffnen. Ein Unterschied liegt aber in der Natur dieser Konten. Auf einem Bankkonto ist typischerweise Geldvermögen verfügbar, auf das der Täter mit Erlangung der Kontodaten Zugriff erhält. Auf einem DHL-Konto liegt kein Vermögen. Grundsätzlich eröffnet aber der Abholcode aus dem DHL-Konto – ähnlich wie der PIN bei der EC-Karte – die Möglichkeit, auf einen Vermögenswert des Getäuschten zuzugreifen. Der Täter kann hiermit ein vom rechtmäßigen Kontoinhaber bestelltes Paket aus der Packstation entnehmen. Diese Möglichkeit bietet sich jedoch nur, wenn der DHL-Kunde ein Paket bestellt hat. Hier verbietet sich eine typisierte Betrachtung. Online-Bestellungen sind zwar sehr verbreitet, zum Zeitpunkt der Dateneingabe durch den DHL-Kunden befindet sich aber nicht typischerweise ein Paket in Lieferung oder liegt gar zur Abholung bereit. Der Phishing-Täter hat somit keinen gesicherten Zugang zu Vermögenswerten. Sofern ein Paket des Kunden an die Packstation geliefert wird, ist Folgendes zu beachten: Der Kunde kann sich, sofern der Täter die Zugangsdaten nicht geändert hat, noch immer in das DHL-Konto einloggen und damit Zugriff auf die Sendungsverfolgung in der App behalten. Zwar erhält er

²¹BVerfGE 126, 170 (228 f.) zur Untreue. Diese Grundsätze wurden wenig später für den Betrug bestätigt, BVerfGE 130, 1 (47).

²²Ebd.; Eisele/Bechtel, JuS 2018, 97 (101).

²³Ebd.

²⁴M.w.N. Saliger in Matt/Renzikowski StGB, § 263 Rn. 228.

²⁵Auf die Opferperspektive abstellend: Lenckner, JZ 1971, 320 (322); Meyer, MDR 1971, 718 (720); Amelung, NJW 1975, 624 (625); Otto, FS Lackner, 1987, 715 ff. (725). Als ein Kriterium von mehreren auch bei Gaede in Anwaltkommentar StGB, § 263 Rn. 124.

²⁶Saliger in Matt/Renzikowski StGB, § 263 Rn. 229.

²⁷Ebd.

²⁸Siehe C. I.

²⁹M.w.N. Achenbach/Ransiek/Rönnau (2019), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl., 5. Teil 1. Kap. Rn. 116. In jüngeren Urteilen haben sich der erste und dritte BGH-Strafsenat vom Gefährdungsschaden vermehrt distanziert und einen endgültigen Schadenseintritt angenommen, siehe BGHSt 53, 199 (201 f.); BGHSt 54, 69 (122 f.); Saliger in Matt/Renzikowski StGB, § 263 Rn. 224. Richtigerweise herrschend ist aber die Annahme eines Gefährdungsschadens, Saliger in Matt/Renzikowski StGB, Rn. 225 f.

³⁰M.w.N. Achenbach/Ransiek/Rönnau (2019), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl., 5. Teil 1. Kap. Rn. 116; Becker (2019), Gefährdungsschaden und betriebswirtschaftliche Vermögensbewertung, S. 124 f.

³¹Hefendehl in MüKo StGB, § 263 Rn. 872.

³²BVerfGK 15, 193 (202).

³³BGHSt 33, 244 (246); BGH NSTz 1993, 283; Piel, NSTz 2016, 151 (152). Kritisch hierzu Jäger, JA 2016, 151 (153).

³⁴So der BGH zum Gefährdungsschaden bei § 253: BGH NSTz-RR 2004, 333 (334).

bei Ankunft des Pakets, aufgrund der Änderungen des Täters im Konto, keine Benachrichtigung mehr. Allerdings liegt es nahe, dass derjenige, der ein Paket erwartet, regelmäßig dessen Sendungsstatus prüft. Erfährt er so zufällig den Ankunftszeitpunkt, ist es möglich, dass der Kunde selbst schneller als der Täter ist und das Paket an sich nimmt. Im Unterschied dazu hat der Bankkunde, der seine EC-Karte weggegeben hat, jedenfalls außerhalb der Öffnungszeiten der Bank keine Möglichkeit mehr, selbst auf sein Bankguthaben zuzugreifen. Im Fall des DHL-Phishings ist die Gefahr der Schadensrealisierung daher nicht mit der Konstellation des EC-Karten-Betrugs vergleichbar. Sie ist erkennbar weniger konkret. Der Vergleich zeigt daher umgekehrt, dass die Rechtsprechung in der vorliegenden Fallgestaltung wohl keinen Gefährdungsschaden annehmen würde.

Aufgrund der Ungewissheit über ein etwaiges Paket in der Station ist zudem eine Bezifferung des Schadens im Zeitpunkt der Datenpreisgabe nicht möglich. Die irrumsbedingte Eingabe der DHL-Zugangsdaten bewirkt keinen Gefährdungsschaden.

b) *Verfügungsbewusstsein* Überdies erscheint ein Verfügungsbewusstsein des Täuschungsofers zweifelhaft. Selbst wenn man annimmt, dass die mit der Eingabe der Daten verbundene Zugriffsmöglichkeit auf ein bereits in die Packstation bestelltes Paket einen Gefährdungsschaden begründet, müsste das Täuschungsoffer Verfügungsbewusstsein aufweisen, da es sich um einen Sachbetrug handeln würde. Dem Kunden müsste also bewusst sein, dass er mit Eingabe der Daten den Zugriff auf ein Paket in der Packstation freigibt.³⁵ An einem solchen Bewusstsein dürfte es indes fehlen.

Mithin ist in der Preisgabe der Daten keine Vermögensverfügung zu erblicken.³⁶ Demzufolge scheidet eine Strafbarkeit wegen Betruges aus.

II. Computerbetrug

Indem der Täter im Internet Produkte unter fremdem Namen und fremder Rechnungsadresse an eine Packstation bestellt, könnte er einen Computerbetrug gem. § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB verwirklichen. Aufgrund digitalisierter Bestellprozesse werden eingehende Bestellungen häufig nicht mehr von Menschen, sondern automatisch durch ein digitales System bearbeitet.³⁷ Aufgrund dieser Tatsache kommt regelmäßig Computerbetrug und nicht Betrug in Betracht.

1. *Beeinflussung eines Datenverarbeitungsvorgangs durch die unbefugte Verwendung von Daten* Zunächst müsste die Bestellung der Ware unter falschem Namen eine unbefugte Verwendung von Daten darstellen. Daten sind alle codierten und damit auf Basis von Zeichen oder kontinuierlichen Funktionen in einer für Datenverarbeitungsanlagen erkennbaren Form dargestellten Informationen.³⁸ Die persönlichen Informationen zum Besteller sind für sich noch keine Daten.³⁹ Mit ihrer Eingabe ergeben sich die Bestellinformationen, aus denen das System eine Bestellnummer generiert. Damit entstehen Daten, die maschinell weiterverarbeitet werden und für das Computersystem lesbar sind. Zu diesem Zeitpunkt sind die Informationen codiert und werden durch Verarbeitung des Programms verwendet.⁴⁰

Aufgrund der unbestimmten Tatbestandsfassung herrscht Einigkeit über eine restriktive Auslegung des Merkmals „unbefugt“, um dem Bestimmtheitsgrundsatz aus Art. 103 II GG Rechnung zu tragen.⁴¹ Der Gesetzgeber strebe eine möglichst weitgehende Struktur- und Wertgleichheit des § 263a Abs. 1 StGB zu § 263 Abs. 1 StGB an.⁴² Aufgrund dieser Anlehnung an den Betrugstatbestand ist das Merkmal „unbefugt“ im Einklang mit der Rechtsprechung betrugsspezifisch auszulegen. Danach ist eine Datenverwendung unbefugt, wenn sie täuschungsäquivalent ist, mithin gegenüber einem Menschen als Täuschung zu werten wäre.⁴³

Zum Teil wird vertreten, die fiktive Person solle dabei nur Tatsachen prüfen, die auch der Computer prüft.⁴⁴ Nach seinem Telos soll § 263a Abs. 1 StGB Verhaltensweisen erfassen, die einer konkludenten Täuschung gleichstehen. Dies betrifft gerade Tatsachen, die von einem menschlichen Empfänger nicht ausdrücklich abgeprüft werden, sondern vielmehr gemäß einer Gesamtbetrachtung verstanden werden.⁴⁵ Um den Anwendungsbereich des § 263a Abs. 1 StGB nicht entgegen dem intendierten Zweck – der Vermeidung von Strafbarkeitslücken des Betrugs bei „Täuschung“ von Computersystemen⁴⁶ – einzuschränken, verlangt die betrugsspezifische Betrachtung richtigerweise, dass der Kontrollmaßstab der fiktiven Person nicht auf den Prüfungsumfang des Computerprogramms beschränkt ist.⁴⁷

Gäbe der Täter die Bestelldaten gegenüber einem Menschen an, erklärte er damit konkludent, er sei Inhaber der Daten, somit Vertragspartner und beabsichtige, die bestellte Ware unter diesem Namen zu bezahlen. Dies wäre eine Täuschung i.S.v. § 263 Abs. 1 StGB und eine unbefugte Datenverwendung.⁴⁸

³⁵Als Abgrenzungskriterium zum Diebstahl muss der Getäuschte um den vermögensrelevanten Charakter seiner Handlung wissen, BGHSt 41, 198 (201 f.); Fischer StGB, 69. Aufl., § 263 Rn. 74.

³⁶Ebenso im Ergebnis zum Bankdaten-Phishing: Popp, NJW 2004, 3517 (3518).

³⁷Davon geht augenscheinlich auch das AG Kassel aus, das im Fall einer Internetbestellung unter falschem Namen wegen § 263a verurteilte, siehe AG Kassel, Urt. v. 28.5.2015 – 243 DS-2850 Js 26209/14, BeckRS 2015, 11901 Rn. 33.

³⁸Heger in Lackner/Kühl, 29. Aufl., § 263a Rn. 3. Dies entspricht dem engsten Verständnis des Begriffs: Teils wird vertreten, Daten seien nicht nur codierte, sondern auch codierbare Informationen, Kindhäuser in Kindhäuser/Neumann/Paeffgen StGB, § 263a Rn. 11.

³⁹Altenhain in Matt/Renzikowski StGB, § 263a Rn. 3.

⁴⁰Hefendehl/Noll in MüKo StGB, § 263a Rn. 24.

⁴¹Berghaus, JuS 1990, 981; Heger in Lackner/Kühl, 29. Aufl., § 263a Rn. 12; Kunze (2014), Das Merkmal „unbefugt“ in den Strafnormen des Besonderen Teils des StGB, S. 170 f.

⁴²BT-Drs. 10/5058, S. 30; Kunze (2014), Das Merkmal „unbefugt“ in den Strafnormen des Besonderen Teils des StGB, S. 174 f.

⁴³BGHSt 47, 160 (163); Heger in Lackner/Kühl, 29. Aufl., § 263a Rn. 13. Ausführlicher zu dem Streit um die Auslegung des Merkmals „unbefugt“, siehe Waßmer in Nomos Kommentar zum Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 1. Aufl., § 263a StGB Rn. 34 ff.; Kindhäuser in Kindhäuser/Neumann/Paeffgen StGB, § 263a Rn. 24.

⁴⁴BGHSt 47, 160 (163).

⁴⁵Hefendehl/Noll in MüKo StGB, § 263a Rn. 82.

⁴⁶BT-Drs. 10/5058, S. 29.

⁴⁷Hefendehl/Noll in MüKo StGB, § 263a Rn. 82; Kritisch: Goeckenjan, JA 2006, 758 (763).

⁴⁸Mit Aufgabe der Bestellung beeinflusst der Täter auch das Ergebnis eines Datenverarbeitungsvorgangs. Durch die Bestellung wird nicht

2. *Vermögensschaden* Ein Vermögensschaden liegt vor, wenn die durch den Datenverarbeitungsvorgang erlittene Einbuße nicht unmittelbar durch ein wirtschaftliches Äquivalent ausgeglichen wurde.⁴⁹

Die Bestellung des Täters führt unmittelbar zur Versendung der Ware an die Packstation. Zweifelhaft ist hier, worin die Einbuße durch das Ergebnis des Datenverarbeitungsvorgangs besteht. Ein unmittelbarer Vermögensverlust tritt nicht ein. Weil sich Onlinehändler im Regelfall in ihren AGBs das Eigentum an dem Produkt bis zur vollständigen Kaufpreiszahlung gem. § 449 Abs. 1 BGB vorbehalten,⁵⁰ wird die Eigentumsposition nicht beeinträchtigt. Der Verkäufer gibt mit Übergabe der Ware an DHL zwar seinen unmittelbaren Besitz auf. Allerdings hat er selbst DHL mit dem Transport beauftragt, sodass die DHL-Geschäftsführung⁵¹ im Wege eines Besitzmittlungsverhältnisses den unmittelbaren Besitz für den Verkäufer ausübt. Dieser ist noch mittelbarer Besitzer nach § 868 BGB.⁵² Ein endgültiger Schaden tritt auch insoweit noch nicht ein.

Allerdings könnte mit dem Versand an die Packstation ein Gefährdungsschaden eintreten. Es könnte sich um einen Eingehungsschaden handeln, wenn mit der Bestellung oder dem Versand der Ware ein Vertrag mit dem Täter zustande kommt.⁵³ Dann wäre der Zahlungsanspruch des Verkäufers wertlos und aus dem Vergleich von Anspruch und Verpflichtung ergäbe sich ein Negativsaldo zuungunsten des Verkäufers.⁵⁴ Allerdings gibt der Täter bei der Bestellung die persönlichen Daten eines anderen an. Deshalb ist klärungsbedürftig, ob ein Vertrag mit dem Täter als tatsächlichem Vertragspartner (Namenstäuschung)⁵⁵ oder dem Namensträger (Identitätstäuschung)⁵⁶ zustande kommt. Ein Vertrag mit dem Namensträger entsteht, wenn das Auftreten des Handelnden auf eine bestimmte Person hinweist und die andere Partei der Ansicht sein durfte, der Vertrag komme mit dieser Person zustande. Hier sind die §§ 164 ff. BGB analog heranzuziehen, obwohl ein Vertretungswille des Handelnden fehlt.⁵⁷ Handelt dieser ohne Vertretungsmacht, so wird der Namenssträger nicht verpflichtet und das Geschäft hängt von dessen Genehmigung ab.⁵⁸ Der Täter erweckt beim Verkäufer den Anschein, der DHL-Kunde sei Vertragspartner. Er handelt ohne Vertretungsmacht und eine Genehmigung liegt nicht vor, sodass ein schwebend unwirksames Geschäft mit dem DHL-Kontoinhaber zustande kommt. Der Versandhändler erleidet hieraus keinen Eingehungsschaden.⁵⁹

Ein Schaden könnte daraus resultieren, dass die Lieferung an den Täter erfolgt und das Vermögen des Onlinehändlers dadurch gleich einem Schaden gefährdet ist. Wenn nämlich der Täter das Paket aus der Packstation nimmt, verliert der Händler seinen mittelbaren Besitz und kann trotz Eigentumsvorbehalts seine Ansprüche nicht mehr durchsetzen. In diesem Moment entsteht ihm ein Schaden. Allerdings ist dafür noch die Abholung an der Packstation notwendig. Hierin liegt im Regelfall – wie sich zeigen wird – ein Computerbetrug und somit ein deliktischer Zwischenschritt.⁶⁰ Der Schaden realisiert sich somit nicht unmittelbar und durch den Versand tritt kein Gefährdungsschaden ein. Stellt man auf die Beherrschbarkeit des Geschehens durch Täter oder Opfer ab, ergibt sich ebenfalls kein Schaden.⁶¹ Der Täter

kann von der Abholung des Pakets absehen und der Onlinehändler könnte sein Paket noch zurückrufen.⁶² Ein anderes Ergebnis ließe sich erreichen, wenn man für die Annahme eines solchen Schadens im Einklang mit der Rechtsprechung auf die bloße Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts abstellt. Mit Versand der Ware steht, sofern der Onlinehändler die Sendung nicht zurückruft, der Erlangung des Pakets durch den Täter nichts mehr im Wege, sodass sich hier ein Gefährdungsschaden annehmen ließe. Dies ist jedoch abzulehnen, weil das sehr weit gefasste Wahrscheinlichkeitskriterium keine hinreichende Einschränkung bietet. Es birgt die Gefahr, Versuchsunrecht als Erfolgsunrecht zu bestrafen.⁶³ Überzeugender ist es, auf die Unmittelbarkeit des Schadenseintritts abzustellen,⁶⁴ wonach es vorliegend an einem Vermögensschaden fehlt. Eine Strafbarkeit wegen Computerbetrugs scheidet aus.

III. *Falsche Verdächtigung*

Durch die Bestellung in fremden Namen ist eine Strafbarkeit des Täters wegen falscher Verdächtigung gem. § 164 Abs. 1 StGB denkbar.

1. *Verdächtigung einer rechtswidrigen Tat* Der Täter müsste durch die Bestellung einen anderen einer rechtswidrigen Tat verdächtigen. Verdächtigen ist jedes Verhalten, durch welches gegen eine bestimmte andere Person ein Verdacht hervorgerufen oder verstärkt wird.⁶⁵ Mit Blick auf den Wortlaut erscheint eine Verdächtigung insofern zweifelhaft, als dass der Täter keine belastende Aussage gegenüber einer zuständigen Behörde trifft. Da aber eine scheinbar objektive Beweislage eine noch größere Gefahr für den Verdächtigten darstellen kann als eine subjektive

in einen laufenden Vorgang eingegriffen, sondern dieser erst in Gang gesetzt. Weil die Ingangsetzung eines Datenverarbeitungsvorgangs eine besonders erhebliche Art der Einflussnahme ist, sieht die hM sie zu Recht auch als Beeinflussung i.S.v. § 263a StGB an, BGHSt 38, 120 (121); Berghaus, JuS 1990, 981; Kindhäuser in Kindhäuser/Neumann/Paeffgen StGB, § 263a Rn. 32.

⁴⁹BGH NStZ 2012, 629.

⁵⁰Dies ist am Beispiel von Amazon <https://t1p.de/js5b3> (zuletzt aufgerufen am 24.02.23); Apple <https://t1p.de/2nrc2> (zuletzt aufgerufen am 24.02.23) und Media Markt <https://t1p.de/5pkfr> (zuletzt aufgerufen am 24.02.23) zu sehen.

⁵¹Zum Organbesitz Schäfer in MüKo BGB, 8. Aufl., § 854 Rn. 36.

⁵²Berger in Jauernig, § 868 Rn. 6 zum ähnlichen Verhältnis i.S.v. § 868 BGB.

⁵³Krell, NZWiSt 2013, 370 (371).

⁵⁴Hefendehl in MüKo StGB, § 263 Rn. 806.

⁵⁵Schubert in MüKo BGB, § 164 Rn. 151.

⁵⁶Zur Identitätstäuschung Schubert in MüKo BGB, Rn. 155 ff.

⁵⁷BGHZ 45, 193 (195 f.); Spindler in Recht der elektronischen Medien, § 164 Rn. 5.

⁵⁸BGHZ 189, 346 (351).

⁵⁹Einen Gefährdungsschaden bei unwirksamen Verträgen ablehnend: Krell, ZIS 2019, 62 (64).

⁶⁰Siehe C. III.

⁶¹Zu den Kriterien der Unmittelbarkeit und Beherrschbarkeit, siehe B. I. 1. a).

⁶²Ein solcher Rückruf ist mit dem DHL-Service Paketstopp möglich, <https://t1p.de/2vcs8> (zuletzt aufgerufen am 24.02.23).

⁶³Zieschang in Nomos Kommentar zum Kapitalmarktstrafrecht, § 263 Rn. 64.

⁶⁴Ebenso Saliger in Matt/Renzikowski StGB, § 263 Rn. 229.

⁶⁵BGHSt 60, 198 (202); Kühl in Lackner/Kühl, 29. Aufl., § 164 Rn. 4.

Äußerung, sollen nach dem Zweck des § 164 Abs. 1 StGB auch diese erfasst werden.⁶⁶ Der Täter verdächtigt den DHL-Kunden somit einer rechtswidrigen Tat, indem er den Anschein erweckt, der Kontoinhaber habe bei der Bestellung über seinen Zahlungswillen getäuscht und einen Betrug begangen.⁶⁷ Dies gilt freilich nur dann, wenn die Bestellung von einem Menschen bearbeitet wurde.⁶⁸

Der objektive Tatbestand ist erfüllt, wenn der Versandhändler aufgrund der geschaffenen Verdachtslage Strafanzeige erstattet.⁶⁹

2. *Absicht der Herbeiführung behördlichen Vorgehens* Neben Vorsatz und der Verdächtigung wider besseres Wissen setzt § 164 Abs. 1 StGB auf subjektiver Tatbestandsseite die Absicht voraus, ein behördliches Verfahren oder eine behördliche Maßnahme gegen den Verdächtigten herbeizuführen.

In aller Regel kommt es dem Täter, der ein fremdes DHL-Konto verwendet, zum Zeitpunkt der Bestellung darauf an, keinen Verdacht auf sich selbst zu lenken. Sein Ziel wird es nicht sein, eine Strafanzeige gegen den rechtmäßigen DHL-Kontoinhaber und Rechnungsempfänger herbeizuführen. Im Gegenteil – wird keine Strafanzeige erstattet, ist die Wahrscheinlichkeit höher, dass der Täter noch weitere Bestellungen mit dem DHL-Konto tätigen kann. Insofern handelt er nicht mit *dolus directus* 1. Grades. Im Rahmen des § 164 Abs. 1 StGB ist umstritten, ob auch *dolus directus* 2. Grades, mithin sicheres Wissen,⁷⁰ für die Annahme der Absicht ausreicht.

a) *Anforderungen an die Absicht* Die Rechtsprechung und die überwiegende Meinung in der Literatur gehen davon aus, dass für die Absicht im Rahmen des § 164 Abs. 1 StGB sicheres Wissen ausreicht.⁷¹ Der § 164 Abs. 1 solle gerade die praktisch häufigen Fälle erfassen, in denen der Täter einen anderen verdächtigt, vornehmlich um den Verdacht von sich abzulenken.⁷²

Einige Stimmen in der Literatur vertreten hingegen die Auffassung, dass das Absichtsmerkmal in § 164 Abs. 1 StGB Absicht im technischen Sinne, mithin *dolus directus* 1. Grades bezüglich der Herbeiführung des behördlichen Vorgehens voraussetzt.⁷³ Das Merkmal sei Ausdruck einer überschießenden Innentendenz und bringe ein objektiv fehlendes Erfolgselement zum Ausdruck. Insofern werde die Strafbarkeit vorverlagert und es gebe keinen methodischen Grund, diese Erfolgskupierung durch geringere Anforderungen an die Absicht auszuweiten.⁷⁴

Auf den ersten Blick erscheint die engere Auffassung mit ihrer Kritik an einer Ausweitung der Strafbarkeit plausibel. Der Gesetzgeber hat bewusst den zu § 164 StGB subsidiären § 145d StGB als Auffangtatbestand geschaffen, der auch Fälle erfasst, die im Rahmen von § 164 Abs. 1 StGB an der erforderlichen Absicht scheitern.⁷⁵ Dies spricht gegen den Einwand, dass eine Beschränkung der Absicht zu Schutzlücken führe. Nach dem natürlichen Wortsinn bedeutet Absicht so viel wie Bestreben, sodass der Wortlaut auf zielgerichtetes Handeln und somit auf *dolus directus* 1. Grades hindeutet.

Im Ergebnis überzeugt das Wortlautargument jedoch nicht. Der Absichtsbegriff taucht in vielen Tatbeständen auf und wird für den jeweiligen Tatbestand konkret ausgelegt.⁷⁶ Die historische Entwicklung des § 164 Abs. 1 StGB

spricht dafür, sicheres Wissen um die Verfahrensherbeiführung ausreichen zu lassen. In ihrer früheren Fassung bedrohte die Norm mit Strafe, wer durch eine Anzeige einen anderen wider besseres Wissen einer strafbaren Handlung beschuldigte. Die Anzeige musste freiwillig erfolgen, was verneint wurde, wenn der Täter nur handelte, um den Verdacht von sich abzulenken. Eine Absicht war nicht erforderlich, *dolus eventualis* reichte aus. Im Jahr 1933 wurde der äußere Tatbestand erweitert, indem die Anzeige keine Freiwilligkeit mehr voraussetzte. Gleichzeitig wurde das Merkmal der Absicht eingefügt, um den bisher ausreichenden Eventualvorsatz auszunehmen.⁷⁷ Dies sollte nicht dazu führen, dass künftig nur der Täter bestraft wird, der die Tat gerade begeht, um ein Verfahren gegen den anderen herbeizuführen.⁷⁸ Der § 164 Abs. 1 StGB schützt die Rechtspflege und den Einzelnen gegen unbegründete Maßnahmen.⁷⁹ Es leuchtet nicht ein, warum das Schutzgut durch denjenigen, dem es zwar darum geht, ein behördliches Verfahren herbeizuführen, der sich dessen aber nicht sicher ist, stärker angegriffen wird als durch den, der die Einleitung eines Verfahrens als sichere Folge seines Handelns voraussieht.⁸⁰ Das Telos der Norm spricht somit ebenfalls für eine weite Auslegung des Absichtsbegriffs, der *dolus directus* 2. Grades einschließt.

b) *Anwendung auf die Fallgestaltung* Der Täter müsste die Herbeiführung eines behördlichen Verfahrens oder einer Maßnahme als sichere Folge seines Handelns vorausgesehen haben. Da der Täter meist Produkte zu einem nicht unerheblichen Preis bestellen wird, erscheint eine Strafanzeige des Onlinehändlers zumindest wahrscheinlich. Zweifelhaft ist, ob deshalb von sicherem Wissen um ein Verfahren seitens des Täters ausgegangen werden kann. Dies hängt freilich von der Tätervorstellung im Einzelfall ab.

⁶⁶Ebd. Dafür spricht auch ein Vergleich mit dem Wortlaut von § 164 Abs. 2 StGB, siehe Bosch/Schittenhelm in Schönke/Schröder StGB, § 164 Rn. 8.

⁶⁷Rengier (2022), Strafrecht Besonderer Teil II, 23. Aufl., § 50 Rn. 7; Kühl in Lackner/Kühl, 29. Aufl., § 164 Rn. 4; Brand, NSZ 2013, 7 (10); aA Vormbaum in Kindhäuser/Neumann/Paeffgen StGB, § 164 Rn. 20 f., der die Einbeziehung einer Beweismittelfiktion als Überschreitung der Wortlautgrenze und damit als Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG ansieht.

⁶⁸War der Bestellvorgang hingegen vollständig digitalisiert, entsteht kein Verdacht einer Straftat, weil der Kontoinhaber seine eigenen Daten nicht unbefugt i.S.v. § 263a StGB verwenden kann, siehe BGHSt 47, 160 (162).

⁶⁹Zopfs in MüKo StGB, § 164 Rn. 21.

⁷⁰Puppe in Kindhäuser/Neumann/Paeffgen StGB, § 15 Rn. 111.

⁷¹BGHSt 18, 204 (206); BayObLGSt 1985, 71 (74); OLG Düsseldorf NSZ-RR 1996, 198; Gehrig (1986), Der Absichtsbegriff in den Straftatbeständen des Besonderen Teils des StGB, S. 102 f.; Kühl in Lackner/Kühl, 29. Aufl., § 164 Rn. 9.

⁷²BGHSt 13, 219 (222).

⁷³So Langer, GA 1987, 289 (302 ff.); Vormbaum in Kindhäuser/Neumann/Paeffgen StGB, § 164 Rn. 62 ff.

⁷⁴Vormbaum in Kindhäuser/Neumann/Paeffgen StGB, § 164 Rn. 64.

⁷⁵OLG Stuttgart NJW 2018, 1110 (1111).

⁷⁶BGHSt 4, 107 (109); BGHSt 9, 142 (144); BGHSt 13, 219 (221); Lenckner, NJW 1967, 1890 (1891).

⁷⁷BGHSt 13, 219 (221 f.).

⁷⁸Ebd.

⁷⁹Kühl in Lackner/Kühl, 29. Aufl., § 164 Rn. 1.

⁸⁰Zopfs in MüKo StGB, § 164 Rn. 43.

Der Täter weiß in der Regel, dass sein Handeln zunächst dem Rechnungsempfänger zugerechnet wird. Er wird ein behördliches Verfahren gegen diesen für möglich halten. Es ist aber bereits anzuzweifeln, ob der Täter sich im Zeitpunkt der Bestellung (Koinzidenzprinzip)⁸¹ Gedanken über behördliche Konsequenzen für den Rechnungsempfänger und eine hierfür erforderliche Strafanzeige macht. Im Regelfall geht es ihm nur um die eigene Verdeckung und er wird sich zu diesem Zeitpunkt nicht über die Wahrscheinlichkeit einer Strafanzeige bewusst sein. Auch muss in Betracht gezogen werden, dass der Täter unter Umständen damit rechnet, dass der Rechnungsempfänger aufgrund seiner Unschuld gerade einem Verfahren entgeht. Sicheres Wissen um die Herbeiführung eines behördlichen Vorgehens kann jedenfalls nicht angenommen werden. Vielmehr beschränkt sich sein Vorsatz diesbezüglich auf Eventualvorsatz.

Brand begründet sicheres Wissen des Täters, indem er eine Wahrscheinlichkeitsformel zugrunde legt. Ist die Einleitung eines behördlichen Verfahrens wahrscheinlicher als dessen Ausbleiben, so sei sicheres Wissen anzunehmen.⁸² Dies überzeugt aus verschiedenen Gründen nicht. Ein solcher Maßstab stellt auf eine rein objektive Betrachtung ab, die zur Begründung subjektiver Merkmale nicht taugt. Die Annahme *Brands* unterstellt dem Täter zwei Dinge: Zum einen geht sie davon aus, dass der Täter sich im Zeitpunkt der Bestellung Gedanken über die Wahrscheinlichkeit eines Verfahrens macht. Zum anderen unterstellt sie, dass er die Wahrscheinlichkeit eines behördlichen Verfahrens überhaupt abwägt und sich über dessen überwiegend wahrscheinlichen Eintritt im Klaren ist. Selbst wenn dies der Fall sein sollte, begründet eine überwiegende Wahrscheinlichkeit kein sicheres Wissen. Ein solcher Wahrscheinlichkeitsmaßstab erinnert an die nicht überzeugende Wahrscheinlichkeitstheorie zum *dolus eventualis*.⁸³ *Brands* Annahme verwischt die Grenzen zwischen direktem Vorsatz und Eventualvorsatz. Aus diesem Grund handelt der Täter hier in der Regel ohne Absicht i.S.v. § 164 Abs. 1 StGB. Eine Strafbarkeit wegen falscher Verdächtigung scheidet aus.

IV. Vortäuschen einer Straftat

Unter den genannten Bedingungen täuscht der Täter durch die Bestellung über den Beteiligten an einer rechtswidrigen Tat und macht sich gem. § 145d Abs. 2 Nr. 1 StGB strafbar.⁸⁴

C. Abholung an der Packstation

I. Diebstahl wegen Abholung eines vom rechtmäßigen Kontoinhaber bestellten Pakets

In Bezug auf die Öffnung der Packstation und die Entnahme eines vom rechtmäßigen DHL-Kontoinhaber bestellten Pakets kommt eine Strafbarkeit wegen Diebstahls in einem besonders schweren Fall nach §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 Nr. 2 StGB in Betracht.

Das bestellte Produkt ist ein taugliches Tatobjekt, wenn es zumindest nicht im Alleineigentum des Täters steht.⁸⁵ Das Paket steht ursprünglich im Eigentum des Versandhändlers. Die Übereignung einer beweglichen Sache vom

Verfügungsberechtigten erfolgt gem. § 929 S. 1 BGB mit Einigung und Übergabe. Ob die Ablage des Pakets in der Packstation die Übergabe fingiert, sodass das Eigentum auf den DHL-Kunden übergegangen ist, kann offenbleiben. Die Ware befindet sich im Eigentum entweder des Verkäufers oder des Käufers und ist für den Täter jedenfalls fremd.

Die Entnahme aus der Packstation begründet eine Wegnahme i.S.v. § 242 Abs. 1 StGB, wenn sie den Bruch fremden Gewahrsams und die Begründung neuen, nicht notwendig eigenen Gewahrsams durch den Täter,⁸⁶ darstellt.

1. *Gewahrsam am Paket in der Packstation* Gewahrsam ist die von einem Herrschaftswillen getragene tatsächliche Sachherrschaft. Die Beurteilung bemisst sich nach den Einzelfallumständen und Anschauungen des täglichen Lebens.⁸⁷

a) *Gewahrsam der DHL-Mitarbeiter* Es kommt ein Gewahrsam der für die Packstation zuständigen DHL-Mitarbeiter in Betracht. Diese üben über die von DHL aufgestellten Packstationen die tatsächliche Sachherrschaft aus. Sie sorgen dafür, dass die Packstationsfächer befüllt und wieder geleert werden und haben somit Zugang zu der Packstation. Insbesondere geben sie ihre Sachherrschaft mit Ablage des Pakets nicht auf, vielmehr haben sie ein Interesse, ihren Gewahrsam anschließend weiterhin auszuüben. Das zeigt die Tatsache, dass sie das Paket, sofern es nicht abgeholt wird, nach sieben Tagen als Rücksendung wieder an den Versandhändler befördern müssen.⁸⁸ Zwar werden die DHL-Mitarbeiter nicht den Inhalt eines jeden Packstationsfaches kennen, allerdings steht dies der Annahme eines Herrschaftswillens insofern nicht entgegen, als dass die Packstation einen generellen Gewahrsamsbereich darstellt.⁸⁹ Während sich das Paket in der Packstation befindet, ist demzufolge ein auf dieses bezogener Sachherrschaftswille anzunehmen. Es ist daher von einem Gewahrsam der DHL-Mitarbeiter auszugehen.

b) *Gewahrsam des DHL-Kontoinhabers* In Betracht kommt auch ein Mitgewahrsam des rechtmäßigen Kontoinhabers. Dieser kann auf ein von ihm bestelltes Paket – sofern der Täter die Kontozugangsdaten nicht ändert

⁸¹Joecks/Kulhanek in MüKo StGB, § 16 Rn. 15.

⁸²Brand, NStZ 2013, 7 (11).

⁸³Sternberg-Lieben/Schuster in Schönke/Schröder StGB, § 15 Rn. 76.

⁸⁴Zu § 145d Abs. 2 Nr. 1 StGB ausführlich Kühl in Lackner/Kühl, 29. Aufl., § 145d Rn. 7 ff. Die Eingabe falscher Bestelldaten erfüllt zudem den Tatbestand der Fälschung beweisheblicher Daten gem. § 269 Abs. 1 StGB, siehe in einem ähnlichen Fall AG Kassel, Urt. v. 28.5.2015 – 243 DS-2850 Js 26209/14, BeckRS 2015, 11901 Rn. 38.

⁸⁵BGH NStZ 2019, 726 f.; Wittig in BeckOK StGB, 52. Ed., § 242 Rn. 6. Die Eigentumslage beurteilt sich zivilrechtsakzessorisch, siehe BGHSt 6, 377 (378); Eisele, JuS 2018, 300 (301); Fehling/Faust/Rönnau, JuS 2006, 18 (23); aA Otto, JZ 1993, 559, der eine wirtschaftliche Betrachtungsweise der Fremdheit vertritt.

⁸⁶Schmitz in MüKo StGB, § 242 Rn. 49.

⁸⁷So der „faktisch-soziale“ Gewahrsamsbegriff, der von der Rechtsprechung und weiten Teilen der Lehre vertreten wird, BGH NStZ 2019, 726 (727); BGH NStZ 2020, 483; Kühl in Lackner/Kühl, 29. Aufl., § 242 Rn. 8a f. Zu den einzelnen Ausprägungen des Gewahrsamsbegriffs Rönnau, JuS 2009, 1088 ff.

⁸⁸DHL, <https://t1p.de/luku> (zuletzt aufgerufen am 24.02.23).

⁸⁹Kühl in Lackner/Kühl, 29. Aufl., § 242 Rn. 11.

– noch immer zugreifen. Zweifelhaft ist, ob die bloße Zugriffsmöglichkeit ausreicht, um Gewahrsam zu begründen.

Das Packstationsfach ist vergleichbar mit einem Schließfach und der Abholcode fungiert als Schlüssel. In Bezug auf Schließfächer kann die sozial anerkannte Zugriffsmöglichkeit des Schlüsselinhabers und dessen genereller Wille, Gewahrsam an dem Inhalt seines Schließfaches zu begründen, für seinen Gewahrsam ausreichen.⁹⁰ Die konkrete Beurteilung der Gewahrsamslage erfolgt stets im Einzelfall.⁹¹

Die Übernahme des DHL-Kontos durch den Täter könnte die Zugriffsmöglichkeit des rechtmäßigen Kontoinhabers faktisch überlagern und den Täter zum „Schlüsselinhaber“ der Packstation machen. Der Kontoinhaber erhält nach Änderung seiner Mobilnummer und E-Mail-Adresse zwar keine Abholbenachrichtigung mehr. Allerdings ist bei lebensnaher Betrachtung davon auszugehen, dass derjenige, der ein Paket erwartet, regelmäßig auch dessen Sendungsverfolgung überprüft. Meist enthält man eine Versandbestätigung des Verkäufers selbst, nicht bloß von DHL. In dieser E-Mail lässt sich fast immer ein Link zur Sendungsverfolgung aufrufen. Anders als der Täter wird der DHL-Kontoinhaber zwar nicht zeitlich unmittelbar, aber zumindest mit einem Verzug über die Ankunft seiner Sendung Bescheid wissen. Insofern besteht seine Zugriffsmöglichkeit auf das Paket trotz Datenveränderung durch den Täter fort. Es ist davon auszugehen, dass er auch den generellen Willen hat, Gewahrsam an dem Paket zu begründen, welches er sich bestellt hat. Dieser generelle Gewahrsamswille genügt für die Annahme des Gewahrsams.⁹²

c) Gewahrsam des Täters Auch der Täter hat aufgrund seiner Zugriffsmöglichkeit und dem generellen Willen, auf das Paket in der Packstation einzuwirken und Gewahrsam daran zu begründen, Mitgewahrsam an diesem.

Im Ergebnis besteht ein Mitgewahrsam der zuständigen DHL-Mitarbeiter, des rechtmäßigen DHL-Kontoinhabers und des Täters.

2. Gewahrsamsbruch Der Täter, der mit einem fremden Abholcode ein Paket entnimmt, müsste den daran bestehenden Gewahrsam brechen. Ein Gewahrsamsbruch ist der Gewahrsamswechsel ohne Willen des bisherigen Gewahrsamsinhabers.⁹³ Über das Merkmal des Gewahrsamsbruchs findet die Abgrenzung zu einem denkbaren Computerbetrug statt. So wie Betrug und Diebstahl, stehen auch Computerbetrug und Diebstahl in einem Exklusivitätsverhältnis.⁹⁴ Liegt ein Gewahrsamsbruch vor, kommt nur ein Diebstahl in Betracht. Erfolgt der Gewahrsamswechsel dagegen mit dem Einverständnis des Gewahrsamsinhabers, könnte der Täter einen Datenverarbeitungsvorgang i.S.v. § 263a Abs. 1 StGB beeinflusst haben, der unmittelbar eine vermögensrelevante Disposition des Computers und dadurch einen Schaden verursacht.⁹⁵

DHL-Mitarbeiter werden grundsätzlich mit einer Entnahme des Pakets aus der Packstation einverstanden sein, sofern diese ordnungsgemäß unter Verwendung des Abholcodes erfolgt. Nach allgemeiner Auffassung kann das Einverständnis von äußerlich erkennbaren Umständen wie der ordnungsgemäßen Systembedienung abhängig sein.⁹⁶ Der Täter öffnet die Packstation ordnungsgemäß,

sodass der Gewahrsam der DHL-Mitarbeiter nicht gebrochen wird.

In Betracht kommt ein Gewahrsamsbruch in Bezug auf den Kontoinhaber. Dieser ist nicht damit einverstanden, dass der Täter seinen Packstationszugang nutzt und das Paket an sich nimmt. Für ihn stellt die Paketentnahme einen Gewahrsamsbruch dar. Die Öffnung des Paketfaches ermöglicht die Wegnahme und mündet nicht unmittelbar in einen einverständlichen Gewahrsamswechsel. Sie stellt somit keine vermögensrelevante Disposition i.S.v. § 263a Abs. 1 StGB dar. Der Täter begründet neuen Gewahrsam, indem er das Paket an sich nimmt.⁹⁷

3. Regelbeispiel Das Regelbeispiel nach § 243 Abs. 1 Nr. 2 StGB setzt voraus, dass der Täter eine Sache stiehlt, die durch ein Behältnis oder eine andere Schutzvorrichtung gegen Wegnahme besonders gesichert ist. Eine besondere Sicherung kann, aufgrund der Ausgestaltung des § 243 StGB als Strafzumessungsregel, die erschwerend für den Täter wirken kann, nur angenommen werden, wenn der zur Öffnung bestimmte Schlüssel für den Täter nicht unmittelbar zugänglich ist.⁹⁸ Hier hat der Täter unbeschränkten Zugriff auf den Abholcode für das Packstationsfach, sodass bereits deshalb kein besonders schwerer Fall vorliegt.

Der Täter macht sich demnach nur wegen Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB strafbar.

II. Diebstahl wegen Abholung eines vom Täter bestellten Pakets

Eine Strafbarkeit wegen Diebstahls nach § 242 Abs. 1 StGB durch Abholung eines vom Täter bestellten Pakets scheitert an der erforderlichen Wegnahme. Der Kontoinhaber, der nichts von einem Paket in „seiner“ Packstation weiß, hat schon mangels Gewahrsamswillens keinen Gewahrsam an einem Paket, das sich der Täter bestellt hat. Daher ist nur Gewahrsam der DHL-Mitarbeiter und des Täters anzunehmen. DHL ist mit dem Gewahrsamswechsel einverstanden, sodass der Täter sich mangels Gewahrsamsbruchs nicht wegen Diebstahls strafbar macht.

III. Computerbetrug wegen Abholung eines vom Täter bestellten Pakets

Die Öffnung des Packstationsfaches mit dem Abholcode und die Entnahme des vom Täter bestellten Pakets könnte aber eine Strafbarkeit wegen Computerbetrugs gem. § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB begründen.

⁹⁰Duttge in Nomos Handkommentar Gesamtes Strafrecht, § 242 Rn. 20 f.; Bosch in Schönke/Schröder StGB, § 242 Rn. 34.

⁹¹BGH NStZ 2019, 726 (727).

⁹²Kindhäuser in Kindhäuser/Neumann/Paeffgen StGB, § 242 Rn. 35.

⁹³Bosch in Schönke/Schröder StGB, § 242 Rn. 35.

⁹⁴Hefendehl/Noll in MüKo StGB, § 263a Rn. 163; Jäger, JA 2014, 155.

⁹⁵OLG Hamm NStZ 2014, 275 (276); Fischer StGB, 69. Aufl., § 263a Rn. 3.

⁹⁶BGH NStZ 2019, 726 (727).

⁹⁷Bosch in Schönke/Schröder StGB, § 242 Rn. 37.

⁹⁸Bosch in Schönke/Schröder StGB, § 243 Rn. 22.

Der Abholcode in Form eines QR-Codes⁹⁹ enthält codierte Informationen und somit Daten.¹⁰⁰

Die Verwendung dieser Daten ist nach der hier vertretenen betrugsnahen Auslegung unbefugt, wenn sie gegenüber einem Menschen als Täuschung zu werten wäre. Zeigte der Täter den Abholcode gegenüber einem Menschen vor, täuschte er damit unter Umständen konkludent über seine Abholberechtigung. Der Abholcode ist der „Schlüssel“ zu dem entsprechenden Packstationsfach, dessen Inhalt allein dem Inhaber des zugehörigen DHL-Kontos zugänglich sein soll. Nur mit diesem Konto, dessen Zugangsdaten wiederum nur der Inhaber kennt, lässt sich auf den Abholcode zugreifen. Der Code ist eindeutig dem Kontoinhaber zugeordnet. Ein Vorzeigen des Abholcodes gegenüber einem Menschen enthielte den konkludenten Erklärungswert, der Vorzeigende sei der Berechtigte und wäre als Täuschung zu werten. Das Einscannen des Abholcodes erfolgt somit unbefugt.

Um eine betrugsnahe Auslegung zu gewährleisten und der Vermögensverfügung im Betrug zu entsprechen, muss der Datenverarbeitungsvorgang vermögenserheblich sein.¹⁰¹ Sein Ergebnis muss unmittelbar, ohne weitere deliktische Zwischenschritte,¹⁰² einen Vermögensschaden herbeiführen.¹⁰³ Durch den Datenverarbeitungsvorgang öffnet sich das Packstationsfach und DHL ist gleichzeitig mit dem Gewahrsamswechsel einverstanden. In der Gewahrsamsaufgabe liegt eine unmittelbare Vermögensdisposition.¹⁰⁴

Ein Widerspruch zu dem eben untersuchten Fall besteht nicht, da es vorliegend an einem Mitgewahrsam des Kontoinhabers und damit an einem Gewahrsamsbruch fehlt. Das Ergebnis des Datenverarbeitungsvorgangs führt unmittelbar zu einem einverständlichen Gewahrsamswechsel und somit einer Vermögensdisposition.

Der Vermögensschaden ist im Wege einer Saldierung der Vermögenslage vor und nach dem Datenverarbeitungsvorgang festzustellen.¹⁰⁵ Durch die Öffnung der Packstation verliert DHL zwar den unmittelbaren Besitz, hat allerdings wirtschaftlich keine Einbuße. Der Onlinehändler verliert seinen mittelbaren Besitz¹⁰⁶ und erleidet eine Eigentumsbeeinträchtigung, beides ohne Kompensation.

Die Öffnung der Packstation begründet hier eine Strafbarkeit nach § 263a Abs. 1 StGB.

IV. Unterschlagung wegen Abholung eines vom Täter bestellten Pakets

Mit Entnahme des Pakets aus der Packstation kommt eine Unterschlagung gem. § 246 Abs. 1 StGB in Betracht. Problematisch ist hier allein die Frage, ob der Täter sich das Paket erneut zueignen kann, nachdem er bereits im Rahmen des vorangegangenen Computerbetrugs die Sachherrschaft erlangt hat. Im Ergebnis ist eine solche Zweitueignung bereits tatbestandlich zu verneinen,¹⁰⁷ sodass eine Unterschlagung nicht vorliegt.

D. Fazit und Ausblick

Der Missbrauch von Packstationen im Zusammenhang mit Internetkriminalität ist aktuell und vielfältig. Bei der Beurteilung der Strafbarkeit ist zu differenzieren:

Derjenige, der Pakete unter falschem Namen bestellt und über ein fremdes DHL-Kundenkonto an der Packstation empfängt, macht sich wegen Vortäuschens einer Straftat nach § 145d Abs. 2 Nr. 1 StGB strafbar. Holt er das Paket an der Packstation ab, verwicklicht er einen Computerbetrug gem. § 263a Abs. 1 StGB.

Verschafft sich der Täter Zugang zu einem fremden DHL-Konto, um ein vom Kontoinhaber bestelltes Paket aus der Packstation zu entnehmen, macht er sich wegen Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB strafbar.

Rechtliche Besonderheiten bestehen im Zuge der Gewahrsamsverwägungen und des Vermögensschadens. Auch die Absicht im Rahmen der falschen Verdächtigung nach § 164 Abs. 1 StGB bedarf im Einzelfall genauer Betrachtung.

Soweit ersichtlich, gibt es zu den untersuchten Fällen bisher keine verfügbare Rechtsprechung. Dies mag auch an der schwierigen Rückverfolgung der Täter liegen. Aufgrund des rasanten Ausbaus des Packstationsnetzes in Kombination mit immer neuen Missbrauchsformen ist zu erwarten, dass sich dies alsbald ändert. Es bleibt abzuwarten, wie sich die Rechtsprechung hierzu positionieren und die sie begleitende Literatur entwickeln wird.

⁹⁹Siehe DHL, <https://t1p.de/Otctn> (zuletzt aufgerufen am 24.02.23).

¹⁰⁰Hefendehl/Noll in MüKo StGB, § 263a Rn. 23; Heger in Lackner/Kühl, 29. Aufl., § 263a Rn. 3.

¹⁰¹BT-Drs. 10/318, S. 19.

¹⁰²Heger in Lackner/Kühl, 29. Aufl., § 263a Rn. 17.

¹⁰³BT-Drs. 10/318, S. 19; OLG Hamm NStZ 2014, 275 (276).

¹⁰⁴Fischer StGB, 69. Aufl., § 263a Rn. 3.

¹⁰⁵Hefendehl/Noll in MüKo StGB, § 263a Rn. 179.

¹⁰⁶Der Täter hat keinen Fremdbesitzwillen, siehe Berger in Jauernig, § 868 Rn. 9.

¹⁰⁷Zur Frage der Mehrfachueignung Schmidt in Matt/Renzikowski StGB, § 246 Rn. 6.



frankfurt_law_review



fralawreview



Frankfurt Law Review

Frankfurt Law Review

01/2023