

DER JURIST

Studentische Fachzeitschrift
Dritte Ausgabe · Passau 2013

Diese Ausgabe erscheint mit freundlicher Unterstützung unseres Partners



Noerr LLP · www.noerr.com

Freunde und Förderer



Rechtsanwälte



Chefredaktion · Editors-in-Chief

Tobias Gafus

Ulrich Johannes Völker

Redaktion · Editorial Board

Marie-Christin Bareuther

David Rüll

Raphaela Beiser

Tim Sauerhammer

Rebecca Bruehl

Jens Scheller

Timm Brünjes

Max Schuldt

Tamara Campagna

Yue Siebel

Habibe Coban

Jan Sochurek

Roswitha Endrich

Philipp Streckenbach

Dimitri Gochman

Isabella Theisen

Simone Hamberger

Brian Thomas

Jonas Hartmann

Luzie Trittner

Rebecca Hentrich

Kajetan Arno Uhlig

Tim Hofmann

Isabelle Vießmann

Tomislav Kajic

Hannes Weigl

Vanessa Kraus

Katharina Wiesner

Christina-Maria Leeb

Verena Zwingel

Wissenschaftlicher Beirat · Advisory Board

Prof. Dr. Christoph Althammer

Prof. Dr. Frank Bayreuther

Prof. Dr. Werner Beulke

Prof. Dr. Jochen Bung

Prof. Dr. Hans-Georg Dederer

Prof. Dr. Gerrit Hornung, LL.M.

Prof. Dr. Urs Kramer

Prof. Dr. Tomas Kuhn

Prof. Dr. Dörte Poelzig, M.jur. (Oxon)

Prof. Dr. Holm Putzke, LL.M.

Prof. Dr. Rainer Wernsmann

Vorwort



Ulrich Johannes Völker



Tobias Gafus

Wer schreibt, der will gelesen werden. Und so manches, was geschrieben wird, verdient es auch gelesen zu werden – unabhängig vom Titel des Autors. So präsentieren wir mit Stolz die neue, die dritte Ausgabe des *Juristen*, gefüllt mit Fachaufsätzen, die ausschließlich aus studentischer Feder stammen. Mehr als viermal so viele Einsendungen wie noch vergangenes Jahr haben die Redaktion erreicht, was uns ganz besonders freut. Fünf dieser Einsendungen finden Sie in dieser Ausgabe, manch andere werden Sie in einer der kommenden lesen können.

Dass ein Gerichtsverfahren eine Schlacht ist, zeigt sich schon im Titel von *Ferdinand Gürtlers* Beitrag „Torpedoklagen im Lichte der neuen EuGVO“. Der Autor untersucht, wie es EU gelingen kann, diesem so martialisch betitelte Phänomen – einer Prozessverschleppungstaktik bei grenzüberschreitenden Rechtsstreitigkeiten – Einhalt zu gebieten.

Unternehmensanteile, zwei Käufer, die nichts voneinander wissen, und eine trügerische Gesellschafterliste – in seinem Artikel „Der gutgläubige Zwischenerwerb im Fall des § 16 GmbHG“ behandelt *Hans Kriegl* ein Rechtsproblem, dessen Komponenten sich lesen wie die Zutaten eines Wirtschaftskrimis, das aber ebenso von akademischem wie belletristischem Interesse ist – und darüber hinaus auch noch äußerst praxisrelevant.

Edward Snowden ist der berühmteste Vertreter eines exklusiven Zirkels, dessen Mitglieder je nach Standpunkt ganz besonders edle oder aber außergewöhnlich niederträchtige Menschen sind. Doch nicht nur, wer die NSA verpfeift, ist ein Whistleblower, sondern auch die Altenpflegerin, die auf Missstände in der Pflege hinweist. Welche rechtlichen Konsequenzen so jemanden erwarten, zeigt *Holger Jacobs* in seinem Artikel „Whistleblowing im Arbeitsrecht“.

Dürfen sich EFSF und ESM bei den Europäischen Zentralbanken refinanzieren? – Eine Frage, die am Stammtisch der Kneipe nebenan ebenso diskutiert wurde wie bei den Banketten der europäischen Staatslenker. Eine wissenschaftliche Antwort gibt *Theresa Kreft* in ihrem Aufsatz „Europarechtliche Fragen einer Zentralbankfinanzierung von EFSF und ESM“.

Das Internet sieht so mancher als Sargnagel des Urheberrechts. Denn wer heute den neuesten Blockbuster sehen, den aktuellsten Bestseller lesen oder die frischeste Musik hören will, der kann dafür bezahlen. Er kann aber auch drei Klicks tätigen und erhält all das – kostenlos. Wie gegen solche Urheberrechtsverstöße vorgegangen werden kann, untersucht *Sandra Schmitz* in ihrem Beitrag „Zur Durchsetzung von Urheberrechten im Internet: Ein Warnhinweismodell als Ausweg?“.

Fünf Artikel also, die teils grundlegende, teils spezielle Fragen abhandeln, die aber alle fünf von jungen Juristen geschrieben wurden, die es verdient haben, gelesen zu werden. Und die es auch wert sind, gesehen zu werden, weshalb wir in dieser Ausgabe erstmals die Autoren mit einem kleinen Foto vorstellen. Dass Sie diese Ausgabe in den Händen halten, ist der Verdienst der ganzen Redaktion – bei der wir uns für das schöne, spannende und lehrreiche vergangene Jahr bedanken. Ganz besonderer Dank gebührt aber David Rüll, unserem Vorgänger in der Chefredaktion, der als leitender Redakteur dieser Ausgabe jeden einzelnen Artikel von der Einsendung bis zur Publikationsreife begleitet hat.

Jenseits seines Inhalts sorgte der *Jurist* im vergangenen Jahr mit seinem in manchen Augen buchstäblich zu exklusiven Namen für Aufmerksamkeit: Ein Projekt, das „Der Jurist“ heißt, sei wohl von einem Geist beseelt, dem Geschlechtergerechtigkeit so fremd sein muss wie dem Teufel das Weihwasser.

Wer aber tatsächlich glaubt, die Verwendung des generischen Maskulinums lasse auf eine chauvinistische Attitüde schließen, den möchten wir beruhigen: Die Weltanschauung eines rund 30-köpfigen Vereins – der ganz nebenbei zu über der Hälfte aus Frauen besteht – lässt sich nicht an der Nichtexistenz eines Binnenmajuskels ablesen. Doch die Redaktion musste sich dieses Jahr noch ein weiteres Mal mit der Frage geschlechtergerechter Sprache beschäftigen: erstmals erreichten uns auch gegenderte Artikel. Die Diskussion, ob im *Juristen* gegendert wird, war hart und intensiv. Am Ende haben wir uns gegen Paternalismus und für Wahlfreiheit entschieden. So steht es nun jedem Autor frei, ob er das generische Maskulinum als inklusiv ansieht und so verwendet oder zusätzlich noch eine weibliche Form anfügt. Denn der *Jurist* ist eine neutrale Plattform für die Gedanken jener Menschen, die im Mittelpunkt unserer Arbeit stehen: unsere Autoren.

Vorhang auf!

Passau, im September 2013

Tobias Gafus & Ulrich Johannes Völker



Ferdinand Gürtler

Ferdinand Gürtler studiert Rechtswissenschaft an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg und arbeitet als wissenschaftliche Hilfskraft am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Zivilprozess- und Handelsrecht von Frau Prof. Dr. Caroline Meller-Hannich.

Bereits durch die Vorlesung Internationales Zivilprozessrecht mit der Thematik vertraut, ermunterte ihn unser Aufruf zum Verfassen eines Beitrages, sich tiefer mit dem Phänomen der Torpedoklagen auseinanderzusetzen.

Torpedoklagen im Lichte der neuen EuGVO

Am 12. Dezember 2012 verabschiedeten das Europäische Parlament und der Rat die Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen. Diese neue Verordnung löst mit Wirkung zum 10. Januar 2015 die bis dato gültige sog. Brüssel I-VO¹ ab. Ein Ziel der Reform, die Einschränkung sogenannter „Torpedoklagen“,² soll hier untersucht werden.

I. Phänomen „Torpedoklage“

Zur Annäherung an das zivilprozessuale Phänomen „Torpedoklage“ dient zunächst folgender Fall:

Die V-GmbH (V) aus Deutschland vertreibt Baumaschinen, die sie unter anderem in Frankreich zum Kauf anbietet. Der dort wohnhafte K, Geschäftsführer der K-S.à.r.l., ersteht von V drei dieser Maschinen zum Preis von 450.000 €. Beide vereinbaren wirksam die Zuständigkeit des LG Frankfurt für Streitigkeiten aus dem Vertrag. Als K nicht zahlt, schickt V ihm eine Zahlungsaufforderung, in der er auch gerichtliche Schritte androht, falls K weiterhin jede Zahlung verweigere. K erhebt daraufhin in Italien Klage, in der er die Feststellung beantragt, dass der Zahlungsanspruch der V nicht bestehe. V klagt eine Woche später am LG Frankfurt auf Erfüllung.

¹ VO (EG) Nr. 44/2001 oder EuGVO.

² *Europäische Kommission*, Grünbuch vom 21.04.2009, KOM(2009) 175, S. 7; Verordnungsvorschlag EuGVOneu, KOM(2009) 175, S. 4; Überblick über die damaligen Reformvorschläge bei Hess, IPRax 2011, 125.

1. Prinzip der „Torpedoklage“

Nach Art. 27 Abs. 1 der VO (EG) Nr. 44/2001 (nachfolgend: „EuGVO“) setzt das später angerufene Gericht ein Verfahren von Amts wegen aus, wenn bei Gerichten verschiedener Mitgliedsstaaten wegen *desselben Anspruchs* zwischen *denselben Parteien* mehrere Klagen anhängig gemacht werden. Erklärt sich das zuerst angerufene Gericht für unzuständig, nimmt das zweite Gericht das Verfahren wieder auf. Hier gilt im Verhältnis der beiden Klagen zueinander also das Prioritätsprinzip.³ Dies führte in der Vergangenheit verschiedentlich zu sog. „Torpedoklagen“.⁴ Als „Torpedoklage“ wird im Anwendungsbereich der EuGVO eine negative Feststellungsklage vor einer i. d. R. unzuständigen Gerichtsbarkeit bezeichnet, die einer Leistungsklage des Beklagten vorausgeht und diese somit wegen anderweitiger Rechtshängigkeit sperrt („torpediert“).⁵ Voraussetzung für die Aussetzung des zweiten Verfahrens wegen anderweitiger Rechtshängigkeit ist nach der zitierten Vorschrift also die Parteien- und Anspruchsidentität, mit anderen Worten: ein identischer Streitgegenstand beider Klagen, von dessen Begriffsweite der Torpedokläger profitiert. Die beteiligten Parteien müssen dazu nicht notwendigerweise in derselben Rolle (Kläger/Beklagter) auftreten.⁶ Der EuGH hat auf Vorlage des Corte Suprema di Cassazione in Rom bereits 1987 geurteilt, die Identität könne nicht auf die Parteien beschränkt werden.⁷ Vielmehr komme es darauf an, ob die Klagen im Kernpunkt dasselbe Ziel verfolgen, bspw. die Prüfung, ob

³ Wagner in: Stein/Jonas [Hrsg.], Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 10 (22. Auflage 2011), Art. 27 EuGVO Rn. 29.

⁴ Z.B. EuGH, Urteil vom 09.12.2003 C – 116/02 (Gasser), Slg. 2003, I 14693.

⁵ *Fentiman* in: Magnus/Mankowski [Hrsg.], The Brussels I-Regulation (2. Auflage 2012), Intro Arts. 27-30 Rn. 17; *Geimer* in: Geimer/Schütze, Europäisches Zivilverfahrensrecht (3. Auflage 2010), Art. 27 EuGVO Rn. 35; *Leible* in: Rauscher, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht (2011), Art. 27 EuGVO Rn. 10c; *McGuire*, ZfRV 2005, 83, 87; *Sander/Breßler*, ZfP 122 (2009), 157, 162; *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht (5. Auflage 2010), § 16 Rn. 851; *Schlosser* in: Hess/Pfeiffer/Schlosser, The Heidelberg Report on the Application of Regulation Brussels I (2008), Rn. 657; *Schmehl*, Parallelverfahren und Justizgewährung (2011), S. 208.

⁶ EuGH, Urteil vom 06.12.1994 C – 406/92 (Tatry / J. Maciej Rataj), Slg. 1994, I 5439; *Junker*, Internationales Zivilprozessrecht (2012), § 23 Rn. 12; *Weller* in: Hess/Pfeiffer/Schlosser (Fn. 5), Rn. 354.

⁷ EuGH, Urteil vom 08.12.1987 C – 144/86 (Gubisch Maschinenfabrik / J. Palumbo), Slg. 1987, 4861-4876.

ein Anspruch besteht.⁸ Liegen diese Voraussetzungen vor, vermag es also die bei einem höchstwahrscheinlich unzuständigen Gericht anhängige negative Feststellungsklage des mutmaßlichen Schuldners, eine spiegelbildliche Leistungsklage des mutmaßlichen Gläubigers zu blockieren.

Woraus ergibt sich aber nun dessen Benachteiligung? Schließliche würde er ja, wenn er seinen Anspruch beweisen kann, auch vor dem vom Torpedokläger gewählten Gericht Recht bekommen. Freilich müsste er sich dann auf das Verfahren vor diesem Gericht rügelos einlassen. Art. 24 EuGVO [Art. 26 EuGVOneu] bestimmt für diesen Fall der Einlassung, dass das an sich unzuständige Gericht dann zuständig wird. Ist das Verfahren für die Entscheidung reif, ergeht ein Feststellungsurteil, das im besten Falle das Bestehen des Anspruchs judiziert. Allerdings sind Feststellungsurteile nicht vollstreckbar, so dass der Gläubiger anschließend selbst noch auf Leistung Klagen müsste, sofern der Schuldner weiterhin nicht zahlt.⁹ Eine rügelose Einlassung führte in diesem Zusammenhang also wahrscheinlich zu einem nicht vollstreckbaren Titel und kostete Zeit und Geld. Aber auch im Falle der Zuständigkeitsrüge beschleunigt sich das Verfahren nicht unbedingt. Weil manche Gerichte für die Prüfung ihrer Zuständigkeit viel Zeit benötigen,¹⁰ gewinnt nämlich der Kläger einen entscheidenden prozesstaktischen Vorteil. Die Entscheidung des entsprechenden Rechtsstreits wird hinausgezögert, unter Umständen sogar ganz oder teilweise verhindert, wenn der Beklagte als mutmaßlicher Anspruchsinhaber zwischenzeitlich aufgibt oder dessen Anspruchsgegner, der Erstkläger, in die Insolvenz fällt. Darüber hinaus befindet er sich im Hinblick auf Vergleichsverhandlungen vor dem gewählten Forum in einer besseren Ausgangslage.¹¹

⁸ EuGH, Urteil vom 08.12.1987 C – 144/86 (Gubisch Maschinenfabrik ./ Palumbo), Slg. 1987, 4861, Entscheidungsgrund 16; EuGH, Urteil vom 06.12.1994 C – 406/92 (Tatry ./ Maciej Rataj), Slg. 1994, I 5439 = NJW 1995, 1883, Ls. 3.

⁹ Musielak, Grundkurs ZPO (11. Auflage 2012), Rn. 65.

¹⁰ In Italien dauerte im Jahre 2008 ein Zivilverfahren vor dem LG oder OLG durchschnittlich 30 Monate, Kindler, Einführung in das italienische Recht (2. Auflage 2008), S. 83 Fn. 5 m.w.N.; im selben Jahr benötigten die Landgerichte in Deutschland durchschnittlich 8,1 Monate zur Beendigung einer zivilrechtlichen Streitigkeit, Statistisches Bundesamt, Fachserie 10 Reihe 2.1 – 2008, S. 50.

¹¹ Försterling in: Geimer/Schütze [Hrsg.], Internationaler Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen (44. EGL 2013), Band I, Art. 27 EuGVO Rn. 39.

Im Beispielsfall verhält es sich ebenso: Beide Klagen sind darauf gerichtet, das Bestehen oder Nichtbestehen des Kaufvertrages beurteilen zu lassen. Demnach verfolgen sie im Kern dasselbe Ziel. V und K sind zudem Parteien in beiden Verfahren. Folglich sind hier die Voraussetzungen nach Art. 27 Abs 1 EuGVO für das LG Frankfurt erfüllt. Als später angerufener Spruchkörper muss es das Verfahren nach Art. 27 Abs 1 EuGVO solange aussetzen, bis sich das italienische Gericht bspw. aufgrund der wirksamen Gerichtsstandsvereinbarung für unzuständig erklärt hat.

2. Problematik

Für V ergibt sich dadurch ein ernstlicher Zwiespalt. Schickt sie K eine Zahlungserinnerung, besteht das Risiko einer negativen Feststellungsklage, wenn K zahlungsunwillig ist. Erhebt V sogleich Leistungsklage, läuft sie Gefahr, die Prozesskosten tragen zu müssen, falls K den Anspruch sofort anerkennt,

§§ 307 S. 1, 93 ZPO.

» *Die Entscheidung des entsprechenden Rechtsstreits wird unter Umständen sogar ganz verhindert, wenn der Erstkläger in die Insolvenz fällt.* «

Zwar hat V mit K wirksam die Zuständigkeit des LG Frankfurt vereinbart, doch ist K dadurch nicht gehindert, ein an sich unzuständi-

ges Gericht anzurufen.¹² Auch in diesem Falle gilt die Regelung des Art. 27 EuGVO, wonach zuerst die Unzuständigkeit des von K angerufenen italienischen Gerichts feststehen muss, bevor das vereinbarte Gericht das Verfahren fortsetzt.

¹² Vgl. EuGH, Urteil vom 09.12.2003 C – 116/02 (Gasser), Slg. 2003, I 14693, Rn. 41 ff.; Europäische Kommission, Verordnungsvorschlag EuGVO, KOM(2010) 748 vom 14.12.2010, S. 4; Fentiman in: Magnus/Mankowski [Hrsg.] (Fn. 5), Intro Arts. 27-30 Rn. 19; Gottwald in: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 3 (3. Auflage 2008), Art. 27 EuGVO Rn. 18; Mankowski in: Rauscher, EuZPR (Fn. 5), Art. 23 EuGVO Rn. 81.

II. Änderungsvorschläge

1. Vorschläge der Kommission

Dieses Dilemma erachtete auch die Europäische Kommission im Grünbuch zur Überprüfung der EuGVO als bedeutsames Problem.¹³ Gerade die Vereinbarung eines Gerichtsstands gehe im Falle der missbräuchlichen Erhebung negativer Feststellungsklagen nach derzeitiger Regelung ins Leere, so dass insbesondere die rechtliche Wirkung von Gerichtsstandsvereinbarungen durch eine Reform gestärkt werden solle.¹⁴ Überdies manifestiert sich die grundsätzliche Überlegung, bei Parallelverfahren in der Konstellation Leistungsklage – negative Feststellungsklage eine Änderung der bisher einschlägigen Rechtsnormen zu veranlassen, um die genannten Schwierigkeiten zu beheben.¹⁵ Auch im Bericht an das Europäische Parlament äußerte die Kommission Bedenken, dass die EuGVO ausschließliche Gerichtsstandsvereinbarungen nicht hinreichend schütze.¹⁶ Zur Lösung des Problems erarbeitete sie selbst einige Vorschläge.

a. Nichtaussetzung des prorogierten Gerichtsstands

Zunächst wurde eine Stärkung des prorogierten Gerichtsstands erwogen. Das vereinbarte Gericht solle zukünftig nicht mehr aufgrund anderweitiger Rechtshängigkeit aussetzen müssen.¹⁷ Nach diesem Ansatz liefen beide Verfahren parallel.¹⁸ Eine solche Verfahrensweise bürge freilich die Gefahr sich widersprechender Entscheidungen, was die Kommission auch selbst als Nachteil identifiziert.¹⁹

¹³ Europäische Kommission, Grünbuch (Fn. 2), S. 5 u. 7.

¹⁴ Europäische Kommission, Grünbuch (Fn. 2), S. 5 u. 7.

¹⁵ Europäische Kommission, Grünbuch (Fn. 2), S. 7.

¹⁶ Europäische Kommission, Bericht über die Anwendung der EuGVO vom 21.04.09, KOM(2009) 174, S. 6.

¹⁷ Europäische Kommission, Grünbuch (Fn. 2), S. 5.

¹⁸ Dazu auch Weller, GPR 2012, 34, 40

¹⁹ Europäische Kommission, Grünbuch (Fn. 2), S. 5.

b. Umkehrung der Rechtshängigkeitsregel bei Prorogation

Als Alternative zum Parallelverfahren wurde eine Umkehrung der Rechtshängigkeitsregel vorgeschlagen, wenn die Parteien einen ausschließlichen Gerichtsstand vereinbart haben.²⁰ Danach wäre es zunächst an dem prorogierten Spruchkörper, die eigene Zuständigkeit gemäß Gerichtsstandsvereinbarung zu prüfen, während das (zuerst) angerufene Gericht das Verfahren bis zu einer entsprechenden Entscheidung aussetzte. Art. 23 Abs. 3 EuGVO sieht diese Herangehensweise bereits für Streitigkeiten zwischen Parteien vor, von denen keine ihren Wohnsitz in einem Mitgliedstaat hat, wobei dann allerdings Maßstab für die Wirksamkeit der Vereinbarung das nationale Zivilprozessrecht des vereinbarten Spruchkörpers ist.²¹ Im Falle mitgliedstaatlicher Parteien beurteilt sich die Zulässigkeit der Prorogation weiterhin nach Verwaltungsrecht.²²

Dieser Lösungsansatz würde aber dazu führen, dass stets erst das vereinbarte Gericht prüfen müsste, ob es aufgrund der Vereinbarung zuständig wäre, bevor eine andere Jurisdiktion angerufen werden könnte, was insbesondere dann problematisch erscheint, wenn die Prorogation unwirksam ist.²³

c. Absprache und Zusammenarbeit

In eine andere Richtung zielte der Vorschlag, durch Absprache zwischen den beteiligten Gerichten und eine Frist zur Entscheidung über die Zuständigkeit eine Beschleunigung des Verfahrens zu erreichen.²⁴ Nach diesem Gedanken würde die Regelung zur Rechtshängigkeit unverändert bleiben. Offen bleibt aber, welche Folge das Überschreiten der gesetzten Frist haben soll. Zudem müssten Inhalt und Modus der Absprache noch reguliert werden.

d. Schadensersatz wegen rechtsmissbräuchlicher Prozesstaktik

Weiterhin überlegte die Kommission, den Torpedokläger wegen Verstoßes ge-

²⁰ Europäische Kommission, Grünbuch (Fn. 2), S. 5; ebenso Hess, Europäisches Zivilprozessrecht (2010), § 6 Rn. 169; krit. Leible in: Rauscher, EuZPR (Fn. 5), Art. 27 EuGVO Rn. 5a.

²¹ Geimer in: Geimer/Schütze, EuZVR (Fn. 5), Art. 23 EuGVO, Rn. 223.

²² Geimer in: Geimer/Schütze, EuZVR (Fn. 5), Art. 23 EuGVO, Rn. 69.

²³ Europäische Kommission, Grünbuch (Fn. 2), S. 5.

²⁴ Europäische Kommission, Grünbuch (Fn. 2), S. 5.

gen die Gerichtsstandsvereinbarung einem Schadensersatzanspruch des von der Verzögerung Geschädigten auszusetzen.²⁵ Problematisch wird hier aber die Abgrenzung zwischen rechtsmissbräuchlicher Prozesstaktik und verordnungsadäquatem Vorgehen sein. Aufgrund des Justizgewährungsanspruchs aus Art. 6 Abs. 1 EMRK wird im Zweifel auf Rechtmäßigkeit zu erkennen sein. Zudem wird zu bestimmen sein, ab welchem konkreten zeitlichen Ausmaß eine Verfahrensdauer als Verzögerung gilt und wie daraus ein Schaden zu konstruieren ist.²⁶ Jedenfalls müsste dieser in einem Verhältnis zum Streitwert stehen, da ansonsten nicht immer eine abschreckende Wirkung erzielt wird. Zudem besitzt die Union keine Kompetenz zum Erlass materiell-rechtlicher Regelungen zum Schadensersatz auf dem Gebiet des Privatrechts.²⁷

e. Klauselvorgabe

Schließlich sollte nach Ansicht der Kommission die Vorgabe einer bestimmten Klausel für Gerichtsstandsvereinbarungen dahingehend Sicherheit bieten, dass diese regelmäßig gültig sind.²⁸ Entspreche eine Vereinbarung diesen Vorgaben, soll der mutmaßliche Anspruchsinhaber ein Parallelverfahren vor dem vereinbarten Gericht anstrengen dürfen.²⁹

2. Vorschläge Dritter

Neben den Kommissionsvorschlägen kursieren diverse Vorschläge Dritter. Einige sollen im Folgenden dargestellt und erörtert werden, soweit sie Lösungsansätze *de lege ferenda* präsentieren.

a. Forderung eines Rechtsschutzinteresses bei Feststellungsklagen

Ähnlich zahlreicher nationaler Regelungen böte die Voraussetzung eines Rechtsschutzinteresses bei der Erhebung einer Feststellungsklage die Möglichkeit, willkürliche Feststellungsklagen durch ein konturiertes Kriterium

²⁵ Europäische Kommission, Grünbuch (Fn. 2), S. 6; ebenso *Leible* in: Rauscher, EuZPR (Fn. 5), Art. 27 EuGVO Rn. 5a; *Mankowski* in: Rauscher, EuZPR (Fn. 5), Art. 23 EuGVO Rn. 82.

²⁶ So auch *Carl*, Einstweiliger Rechtsschutz bei Torpedoklagen (2007), S. 177.

²⁷ CEP, Änderung der EuGVO, S. 4.

²⁸ Europäische Kommission, Grünbuch (Fn. 2), S. 6.

²⁹ Europäische Kommission, Grünbuch (Fn. 2), S. 6; ebenso *Mankowski* in: Rauscher, EuZPR (Fn. 5), Art. 23 EuGVO Rn. 83.

abzuweisen.³⁰ In Deutschland setzt § 256 Abs. 1 Hs. 2 ZPO ein rechtliches Interesse für Feststellungsklagen voraus. Dieses liegt vor, wenn über das festzustellende Rechtsverhältnis Ungewissheit besteht, die den Kläger beeinträchtigt und die durch Urteil beseitigt werden kann.³¹ Am rechtlichen Interesse fehlt es jedoch regelmäßig, wenn Leistungsklage erhoben wird, da ihr aufgrund ihrer Vollstreckbarkeit ein Vorrang zukommt.³² Dieser Vorrang ergibt sich aus der

» *Im nationalen Zivilprozessrecht betreffen Leistungs- und Feststellungsklage unterschiedliche Streitgegenstände. Nach der Kernpunkttheorie des EuGH ist dies aber nicht der Fall.* «

EuGVO aber nicht, weshalb eine entsprechende Anpassung eine Eindämmung der Torpedo-Problematik in Aussicht stellt. Auf den zweiten Blick offenbaren sich jedoch

Probleme: Im nationalen Zivilprozessrecht betreffen Leistungs- und Feststellungsklage unterschiedliche Streitgegenstände. Nach der erläuterten Kernpunkttheorie des EuGH ist dies aber nicht der Fall, beide Klagen verfolgen im Kern dasselbe Ziel, betreffen also denselben Anspruch.³³ Daher wäre es schwer nachvollziehbar, warum für eine negative Feststellungsklage ein rechtliches Interesse erforderlich sein soll, wenn eine Leistungsklage ausweislich identischen Streitgegenstandes denselben Zweck verfolgt.³⁴

b. Späterer Sperrwirkungseintritt der Erstklage

Um der Problematik Herr zu werden, postulieren einige einen späteren Sperrwirkungseintritt der Erstklage.³⁵ An welchen Zeitpunkt stattdessen angeknüpft werden soll, bleibt zwar offen, Möglichkeiten bestehen aber zuhauf. Zweckmäßig erscheint zunächst, eine Blockade des zweiten Verfahrens erst dann eintreten zu lassen, wenn die Zuständigkeit des zuerst angerufenen Gerichts feststeht. Allerdings besteht dann die Gefahr, dass das zweite Gericht,

³⁰ *Fährdrich/Ibbeken*, GRUR Int. 2003, 616, 624.

³¹ *Meller-Hannich*, Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren (2011), Rn. 171.

³² *Meller-Hannich* (Fn. 31), Rn. 172.

³³ Siehe oben I. 1.

³⁴ *Carl* (Fn. 26), S. 200.

³⁵ *Sander/Breßler*, ZZP 122 (2009), 157, 176.

sofern es ebenfalls zuständig ist,³⁶ ein Urteil fällt, bevor der zuerst angerufene Spruchkörper über seine Zuständigkeit entschieden hat. Kommt dieser in der Konstellation zu dem Schluss, zuständig zu sein, läge bereits ein Urteil des zweiten Gerichts vor, dessen Rechtskraft dem ersten Verfahren entgegenstünde. Zudem führte eine solche Änderung des Art. 27 Abs. 1 EuGVO zu Parallelverfahren, was dem Sinn und Zweck der Regelung widerspräche.³⁷

c. Zuständigkeitsprognose des Zweitgerichts

Für die Anhängigkeit von Klagen, die im Zusammenhang stehen, stellt Art. 28 Abs. 1 EuGVO die Aussetzungsentscheidung des zweiten Gerichts in dessen pflichtgemäßes Ermessen. Diese Regelung, so wird überlegt, könne man auf Art. 27 EuGVO dahingehend übertragen, dass das zweite Gericht nach seinem Ermessen den Prozess fortsetze.³⁸ Dann müsste das mit der Leistungsklage beschäftigte Gericht in seiner Ermessensentscheidung etwa prüfen, ob das Erstgericht zuständig ist, eine Entscheidung in absehbarer Zeit zu erwarten ist oder wie hoch das Risiko widersprüchlicher Entscheidungen ist.³⁹ Käme es danach zu dem Schluss, den Prozess beispielsweise aufgrund eigener ausschließlicher Zuständigkeit selbst fortzusetzen, würde das vom Torpedokläger angerufene Forum dessen Klage wohl abweisen müssen.

Dies würde aber *de facto* zu einer Abkehr vom Prioritätsprinzip des Art. 27 Abs. 1 EuGVO führen und zudem die Vorhersehbarkeit der Zuständigkeit erheblich einschränken.⁴⁰ Mit der Klageerhebung bestünde dann nämlich Unsicherheit fort, ob ein anderes Gericht sich nach seinem Ermessen für zuständig erachtet. Dabei würde ein Gericht quasi zur Kontrollinstanz eines anderen, was mit dem Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens nicht vereinbar ist. Während der Ermessensprüfung wären zudem zwei Gerichte parallel mit derselben Sache befasst.

³⁶ Z.B., weil es das Gericht am Beklagtenwohnsitz (Art. 2 Abs. 1 EuGVO) ist, während sich das erste Gericht am Erfüllungsort befindet und seine Zuständigkeit dadurch begründet hat (Art. 5 Nr. 1 lit. a EuGVO).

³⁷ *Leible* in: Rauscher, EuZPR (Fn. 5), Art. 27 EuGVO Rn. 5.

³⁸ *Sander/Breßler*, ZZP 122 (2009), 157, 178.

³⁹ *Geimer* in: Geimer/Schütze, EuZVR (Fn. 5), Art. 28 EuGVO Rn. 20 ff.; *Försterling* in: Geimer/Schütze, Internationaler Rechtsverkehr (Fn. 11), Band I, Art. 28 EuGVO Rn. 24.

⁴⁰ Siehe dazu auch Erwägungsgrund 11 EuGVO bzw. Erwägungsgründe 15 u. 21 EuGVOneu; ebenso *Grothe*, IPRax 2004, 205, 208.

d. Klauselvorgabe

Im Heidelberg-Report wird vorgeschlagen, eine Ausnahme vom Prioritätsprinzip des Art. 27 Abs. 1 EuGVO zuzulassen, wenn die Parteien mit einer standardisiert vorgegebenen Klausel die Zuständigkeit eines Gerichts vereinbart haben.⁴¹ Durch die Vorgabe der Klausel werden Unsicherheiten hinsichtlich der Wirksamkeit der Prorogation weitestgehend ausgeschlossen. Jedenfalls könnte das aufgrund der Vereinbarung angerufene Zweitgericht dann mit geringem Prüfungsaufwand feststellen, dass es höchstwahrscheinlich zuständig ist. Dieses Maß an Rechtssicherheit vermag es wohl, eine Ausnahme der sonst eintretenden Rechtshängigkeitssperre zu rechtfertigen.

e. Fristenlösung

Manche erblicken einen wenigstens behelfsmäßigen Korrekturansatz darin, Fristen zu bestimmen, innerhalb derer ein Gericht Rechtsschutz gewähren muss.⁴² Dies verhinderte zwar Klagen vor offenkundig unzuständigen Gerichten nicht, könnte aber als tauglicher Anknüpfungspunkt für eine Aufhebung der Rechtshängigkeitssperre dienen, die dann mit Fristablauf aufgehoben wird. *Weller* schlägt hierzu im Heidelberg-Report ein Zeitlimit von sechs Monaten vor.⁴³ Dadurch wäre nach Fristablauf für den Beklagten im ersten Verfahren die Möglichkeit wieder gegeben, ein neues Gericht in der Sache anzurufen. Diese Möglichkeit stünde aber auch dem Torpedokläger zu, so dass es auch nach diesem Lösungsansatz auf eine schnelle Klageerhebung des mutmaßlichen Anspruchsinhabers ankäme, um eine erneute Torpedoklage zu unterbinden. *Schmehl* befürwortet eine Neuformulierung des Art. 27 EuGVO nach dem Vorbild dessen schweizerischen Pendantes in Art. 9 Abs. 1 des schweizerischen IPRG.⁴⁴ Dieser schreibt die Verfahrensaussetzung für das schweizerische Gericht vor, wenn wegen desselben Gegenstands zwischen den Parteien eine Klage vor einem ausländischen Gericht anhängig gemacht wurde und zu erwarten ist, dass dieses Gericht innerhalb einer *angemessenen* Frist eine Entscheidung fällen wird. In der entsprechenden Kommentarli-

⁴¹ *Weller* in: Hess/Pfeiffer/Schlosser (Fn. 5), Rn. 396 f.

⁴² *McGuire*, ZfRV 2005, 83, 92; *Stürner*, ZfP 112 (2009), 185, 195; *Weller* in: Hess/Pfeiffer/Schlosser (Fn. 5), Rn. 405.

⁴³ *Weller* in: Hess/Pfeiffer/Schlosser (Fn. 5), Rn. 405.

⁴⁴ *Schmehl* (Fn. 5), S. 395.

teratur wird allerdings darauf hingewiesen, dass der schweizerische Richter vom Grundsatz ausgehen dürfe, dass das ausländische Gericht innerhalb angemessener Frist entscheiden wird, soweit eine überlange Verfahrensdauer in einem bestimmten Staat nicht als „gerichtsnotorisch gelten kann“.⁴⁵ Die Europäische Kommission verfolgte im Entwurf zur neuen EuGVO in Art. 29 Abs. 2 EuGVO-E⁴⁶ einen ähnlichen Ansatz. So galt darin noch eine Frist von sechs Monaten zur Entscheidung über die Zuständigkeit, solange sich dies aufgrund außergewöhnlicher Umstände nicht als unmöglich erweist. Dieser Absatz schaffte es jedoch nicht in die endgültige Fassung. Beide Varianten arbeiten dessen ungeachtet mit unbestimmten Rechtsbegriffen („angemessene Frist“ bzw. „außergewöhnliche Umstände“), deren Konkretisierung durch die Rechtsprechung erst noch erfolgen müsste. Im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 AEUV wäre es dann am EuGH, über die Auslegung der Begriffe zu judizieren.

Eine Lösung *de lege lata* sieht *Leible* darin, im Falle überlanger Verfahrensdauer über Art. 6 EMRK bzw. Art. 47 Abs. 2 EU-Grundrechtecharta eine Abweisung der „Torpedoklage“ wegen Rechtsmissbrauchs zu erreichen.⁴⁷ Im Falle der Prozessverschleppung durch anderweitige Rechtshängigkeit werde der so belasteten Partei die Wahrnehmung effektiven Rechtsschutzes versperrt.⁴⁸ Zwischen missbräuchlicher Prozesstaktik und ordnungskonformer Parteihandlung kann jedoch nicht immer genau unterschieden werden. Darüber hinaus bemerkt *Schmehl* zu Recht, dass ein rechtswidriger Eingriff in den Justizgewährleistungsanspruch nur anzunehmen ist, wenn die Verzögerung tatsächlich eingetreten und nicht lediglich vorherzusehen ist.⁴⁹ Daher muss, wie auch schon unter dem Aspekt einer Strafandrohung festgestellt, im Zwei-

⁴⁵ *Volken* in: Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. Auflage 2004, Art. 9 IPRG Rn. 79.

⁴⁶ *Europäische Kommission*, Vorschlag für eine Verordnung über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen v. 14.12.2010, KOM (2010) 748 endg.

⁴⁷ *Leible* in: Rauscher, EuZPR (Fn. 5), Art. 27 EuGVO Rn. 18 f.; so ähnlich auch *Schmehl* (Fn. 5), S. 366, die in der Aussetzungsentscheidung des Zweitgerichts einen rechtswidrigen Eingriff in den Justizgewährleistungsanspruch des „Torpedobeklagten“ erkennt, wenn es feststellt, dass durch das Erstgericht keine Entscheidung in angemessener Frist erfolgt ist, und das Verfahren dennoch gem. Art. 27 EuGVO aussetzt.

⁴⁸ *Leible* in: Rauscher, EuZPR (Fn. 5), Art. 27 EuGVO Rn. 18.

⁴⁹ *Schmehl* (Fn. 5), S. 366.

fel Redlichkeit des Erstklägers anzunehmen sein. *Leible* sieht für diesen Fall selbst nur ein sehr kleines Anwendungsfeld bei unerträglich langen Verfahren.⁵⁰ Der EuGH sieht in einer unverträglich langen Verfahrensdauer keinen Anlass, vom Prioritätsprinzip abzuweichen, da Art. 21 EuGVÜ (heute Art. 27 EuGVO bzw. Art. 29 EuGVOneu) eine solche Bestimmung nicht zu entnehmen sei.⁵¹

III. Umsetzung in der neuen EuGVO

Nach allem stellt sich nun die Frage, wie das Problem der „Torpedoklagen“ in der revidierten EuGVO Berücksichtigung fand. Die Aussetzung wegen anderweitiger Rechtshängigkeit (Art. 27 EuGVO) ist nun in Art. 29 EuGVOneu geregelt, der freilich inhaltliche Änderungen und Erweiterungen erfuhr.

Art. 27 EuGVO

(1) Werden bei Gerichten verschiedener Mitgliedstaaten Klagen wegen desselben Anspruchs zwischen denselben Parteien anhängig gemacht, so setzt das später angerufene Gericht das Verfahren von Amts wegen aus, bis die Zuständigkeit des zuerst angerufenen Gerichts feststeht.

Art. 29 EuGVOneu

(1) Werden bei Gerichten verschiedener Mitgliedstaaten Klagen wegen desselben Anspruchs zwischen denselben Parteien anhängig gemacht, so setzt das später angerufene Gericht *unbeschadet des Artikels 31 Absatz 2* das Verfahren von Amts wegen aus, bis die Zuständigkeit des zuerst angerufenen Gerichts feststeht.

(2) *In den in Absatz 1 genannten Fällen teilt das angerufene Gericht auf Antrag eines anderen angerufenen Gerichts diesem unverzüglich mit, wann es gemäß Artikel 32 angerufen wurde.*

⁵⁰ *Leible* in: Rauscher, EuZPR (Fn. 5), Art. 27 EuGVO Rn. 18.

⁵¹ EuGH, Urteil vom 09.12.2003 C – 116/02 (Gasser), Slg. 2003, I 14693, Rn. 71; zustimmend *Kropholler*, Europäisches Zivilprozessrecht (8. Auflage 2005), Art. 27 EuGVO Rn. 21.

- (2) Sobald die Zuständigkeit des zuerst angerufenen Gerichts feststeht, erklärt sich das später angerufene Gericht zugunsten dieses Gerichts für unzuständig.
- (3) Sobald die Zuständigkeit des zuerst angerufenen Gerichts feststeht, erklärt sich das später angerufene Gericht zugunsten dieses Gerichts für unzuständig.

Letztendlich hat die Kommission in der neuen EuGVO also ihren eigenen Vorschlag umgesetzt, dessen vorrangiges Ziel, die Stärkung der Durchsetzbarkeit von Gerichtsstandsvereinbarungen durch einen Vorrang des vereinbarten Gerichts, verwirklicht wurde. Obschon grundsätzlich das eherne Prinzip der Aussetzung durch das später angerufene Gericht weiterhin bestehen bleibt, soll dieses nun gleichwohl unbeschadet des neuen Art. 31 Abs. 2 EuGVOneu gelten.

Dort heißt es:

„Wird ein Gericht eines Mitgliedstaats angerufen, das gemäß einer Vereinbarung nach Artikel 25 [ähnlich Art. 23 EuGVO, Anm. d. Verf.]⁵² zuständig ist, so setzt das Gericht des anderen Mitgliedstaats unbeschadet des Artikels 26 das Verfahren so lange aus, bis das auf der Grundlage der Vereinbarung angerufene Gericht erklärt hat, dass es gemäß der Vereinbarung nicht zuständig ist.“

Demnach müssen drei Voraussetzungen für den Vorrang des vereinbarten Gerichts erfüllt sein. Es bedarf zuvörderst einer den Anforderungen des Art. 25 EuGVOneu genügenden Vereinbarung eines zuständigen Gerichts. Dieses muss zu einem Mitgliedstaat gehören. Zudem greift die Regelung nur, wenn neben dem prorogierten noch ein weiteres Gericht angerufen wurde. Sind die Bedingungen erfüllt, führt der prorogierte Spruchkörper das Verfahren fort, während das andere Gericht das Verfahren solange aussetzt, bis sich das prorogierte Gericht für unzuständig erklärt.

Auf den eingangs beschriebenen Fall angewendet, ändert sich dessen recht-

⁵² Art. 25 EuGVOneu regelt die Vereinbarung über die Zuständigkeit. Ein Gericht (oder die Gerichtsbarkeit eines Mitgliedstaates) ist danach ausschließlich zuständig, wenn die Parteien unabhängig von ihrem Wohnsitz vereinbart haben, dass es über eine bereits entstandene oder künftige aus einem bestimmten Rechtsverhältnis entspringende Rechtsstreitigkeit entscheiden soll und die Vereinbarung nach dem materiellen Recht des entsprechenden Mitgliedstaates nicht nichtig ist.

liche Würdigung durch die neue EuGVO. Noch immer treten in beiden Verfahren dieselben Parteien auf (Parteiidentität), die im Kern über dieselbe Sache (Wirksamkeit des Vertrages) streiten. Doch aufgrund der wirksamen Vereinbarung der Zuständigkeit des LG Frankfurt zwischen V und K muss dieses nun prüfen, ob es aufgrund der Vereinbarung zuständig ist, Art. 29 Abs. 1, 31 Abs. 2 EuGVOneu. Einstweilen wird das von K initiierte Verfahren vor dem italienischen Gericht ausgesetzt, Art. 31 Abs. 2 EuGVOneu. K kann somit nicht von der etwaigen Langsamkeit der angerufenen Jurisdiktion profitieren, da die Rechtshängigkeit seiner Klage nun nicht die Sperrwirkung nach Art. 27 Abs. 1 EuGVO entfaltet. Dem oben ebenfalls angesprochenen Dilemma des V zwischen schneller Leistungsklage und dem damit verbundenen Kostenrisiko bei sofortigem Anerkenntnis einerseits und der Gefahr einer negativen Feststellungsklage des K und der ihr inhärenten Sperrwirkung in Bezug auf weitere Klagen muss V sich dann nicht stellen. Vielmehr darf er auf die Durchsetzungskraft der Vereinbarung vertrauen.

IV. Stellungnahme

Gemessen an der Bedeutsamkeit des Problems und der ebenso zahlreichen wie umfassenden Änderungsvorschläge stellt sich die tatsächliche Umsetzung des gefundenen Ansatzes eher als eine zurückhaltende Lösung dar. Entgegen der Erwägung im Grünbuch⁵³, Art. 27 EuGVO einer Änderung zu unterwerfen, die das Erheben negativer Feststellungsklagen verhindern kann, konzentriert sich die Wirkung der Neuregelung auf die Durchsetzung bei Bestehen einer Gerichtsstandsvereinbarung. Daraus ergeben sich vordergründig zwei kritische Punkte:

1. Verweis ins nationale Zivilprozessrecht

Ob eine solche Vereinbarung nämlich materiell wirksam ist, beurteilt der prorogierte Spruchkörper nach seinem nationalen Recht, Art. 25 Abs. 1 S. 1 EuGVOneu. Diese im Wesentlichen mit Art. 23 EuGVO übereinstimmende Regelung enthält nun auch einen Verweis auf die *lex fori* des prorogierten Ge-

⁵³ Europäische Kommission, Grünbuch (Fn. 2), S. 7.

rechtsstandes, nach dessen Recht die Vereinbarung nicht nichtig sein darf.⁵⁴ Spiegelbildlich zur Vielzahl entsprechender mitgliedstaatlicher Regelungen sind folglich die materiellen Wirksamkeitsvoraussetzung für jeden Mitgliedstaat unterschiedlich zu beurteilen.

Ferner lässt die Formulierung des Art. 31 Abs. 2 EuGVOneu Raum für Missverständnisse. Bei penibler Lesart zeichnet sich wie folgt ein Zirkelschluss ab. „Wird ein Gericht eines Mitgliedstaats angerufen, das gemäß einer Vereinbarung nach Artikel 25 ausschließlich zuständig ist, so setzt das Gericht des anderen Mitgliedstaats [...] das Verfahren so lange aus, bis das aufgrund der Vereinbarung angerufene Gericht erklärt hat, dass es gemäß der Vereinbarung nicht zuständig ist.“ Voraussetzung für die Aussetzung ist danach: (1) Anruf eines mitgliedstaatlichen Gerichts, (2) dessen ausschließliche Zuständigkeit sich aus einer nach Art. 25 EuGVO wirksamen Vereinbarung ergibt. Nach Art. 25 Abs. 1 EuGVO ist eine solche Vereinbarung wirksam, wenn die Parteien (a) ein mitgliedstaatliches Gericht in der durch Art. 25 Abs. 1 lit. a-c vorgeschriebenen Form vereinbart haben, das (b) über eine bereits entstandene oder künftige Rechtsstreitigkeit aus einem bestimmten Rechtsverhältnis entscheiden soll und (c) diese Vereinbarung nach der lex fori des so bestimmten Spruchkörpers materiell wirksam ist.

Demnach setzt die Anwendung des Art. 31 Abs. 2 EuGVOneu die formell und materiell wirksam vereinbarte ausschließliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts nach Art. 25 EuGVOneu voraus, die es nach der Anrufung eigentlich erst noch zu prüfen gilt. Also stellt die Wirksamkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung zugleich Voraussetzung und Erörterungsgegenstand des Art. 31 Abs. 2 EuGVOneu dar.

Praktischerweise wird Art. 31 Abs. 2 EuGVOneu jedoch dahingehend zu verstehen sein, dass das in einer den förmlichen Anforderungen des Art. 25 EuGVOneu entsprechenden Vereinbarung bezeichnete Gericht angerufen werden kann, was dann zur Aussetzung des anderen Spruchkörpers führt. In dieser Zeit prüft das vereinbarte Gericht, ob die Prorogation nach seinem materiellen Recht wirksam ist. Ohne weiteres ergibt sich das aber nicht aus dem Wortlaut des Art. 31 Abs. 2 EuGVOneu, denn wenn dort bei den Aussetzungsvoraussetzungen von „einer Vereinbarung nach Art. 25“ die Rede ist,

⁵⁴ Siehe auch Pohl, IPrax 2013, 109, 111.

schließt dies die materielle Wirksamkeit nach dem örtlichen Prozessrecht mit ein.

2. Verhältnis zu Drittstaaten

Im neugefassten Art. 25 EuGVOneu [Art. 23 EuGVO] ist die Wirksamkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung nicht mehr daran geknüpft, dass eine der vereinbarenden Parteien ihren Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates hat. Stattdessen können Parteien nun „unabhängig von ihrem Wohnsitz“ die ausschließliche Zuständigkeit eines Gerichts vereinbaren, solange dieses zu einem Mitgliedstaat gehört. Die Stärkung der Wirksamkeit von Gerichtsstandsvereinbarungen kommt dadurch also auch Parteien aus Drittstaaten zugute.

3. Fazit

Zusammenfassend lässt sich eine Stärkung der Gerichtsstandsvereinbarung durch die Änderung des Art. 27 Abs. 1 EuGVO erkennen. Diese Stärkung wird bewirkt, indem das vereinbarte Gericht seine Zuständigkeit als erstes prüfen kann, während das mit der „Torpedoklage“ befasste Gericht das Verfahren aussetzen muss. Freilich besteht gleichwohl die Möglichkeit, dass dadurch Parallelverfahren stattfinden. Dennoch wird gerade das missbräuchlich behelligte Gericht für eine Entscheidung länger benötigen, was schließlich zur Durchsetzung des prorogierten Gerichts führen wird, Art. 45 Abs. 1 lit. d) EuGVOneu.⁵⁵ Letztendlich können die Parteien das Risiko negativer Feststellungsklagen also durch Prorogation minimieren. Für Fälle, in denen es an einer solchen Vereinbarung fehlt, bringt die revidierte EuGVO im Hinblick auf negative Feststellungsklagen keine Verbesserung für den Anspruchsinhaber. *De lege lata* ist diesem Problem schwerlich beizukommen. Das in Art. 29 EuGVOneu verankerte Prioritätsprinzip sperrt nämlich sämtliche Lösungsansätze, die letztendlich zu Parallelverfahren führen würden.⁵⁶ Allerdings könnte nach hier vertretener Auffassung eine Abwendung des EuGH vom weiten europäischen Streitgegenstandsbegriff die rechtliche Situation der aus-

⁵⁵ Weller, GPR 2012, 34, 40.

⁵⁶ Sander/Breßler, ZZP 122 (2009), 157, 183.

gebremsten Anspruchsinhaber verbessern.⁵⁷ Wenn zur Bestimmung der Anspruchsidentität auf die Parteianträge und den Lebenssachverhalt abgestellt würde,⁵⁸ so ergäbe sich für die hier beschriebene Konstellation von negativer Feststellungs- und Leistungsklage eine wesentliche Änderung hinsichtlich der Rechtshängigkeit. Während der Antrag des Feststellungsklägers auf die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses gerichtet ist, zielt der Leistungsklageantrag auf die Verurteilung zur Zahlung ab, die Anträge

» *Das in Art. 29 EuGVO neu verankerte Prioritätsprinzip sperrt sämtliche Lösungsansätze, die letztendlich zu Parallelverfahren führen würden.* «

beider Parteien wären verschieden. Es bestünde keine Anspruchsidentität mehr. Aus diesem Grunde wäre eine nach Feststellungsklage erhobene Leistungsklage nicht wegen anderweitiger Rechtshängigkeit gesperrt. Mit einer Änderung der EuGH-Rechtsprechung ist jedoch nicht zu rechnen.⁵⁹

Eine Lösung *de lege ferenda* verheißt die Regelung eines Vorrangtatbestands für Leistungsklagen.⁶⁰ Ähnlich der Umsetzung zur Stärkung von Gerichtsstandsvereinbarungen könnte eine weitere Ausnahme vom Prioritätsprinzip eingeführt werden, die einer nachträglich erhobenen Leistungsklage Priorität gewährt, soweit die Zuständigkeit des zuerst angerufenen Gerichts noch nicht feststeht und solange die Feststellung der Zuständigkeit des Zweitergerichts einen Zeitraum von sechs Monaten nicht überschreitet. Damit würde gewährleistet, dass der Anspruchsinhaber nicht durch Feststellungsklagen blockiert werden kann. Gleichzeitig verhindert die gesetzte Frist eine Umkehrung der Torpedoproblematik auf die Erhebung der Leistungsklage. Leistungsklagen erzielen effektiveren Rechtsschutz, da die aus ihnen ergehenden Urteile vollstreckbar sind. Aus diesem Grunde erscheint ein entsprechender Vorrang

⁵⁷ Zum europäischen Streitgegenstandsbegriff siehe oben I. 1.

⁵⁸ So wie auch im deutschen Zivilprozessrecht, vgl. dazu *Meller-Hannich* (Fn. 31), Rn. 213.

⁵⁹ Ständige Rechtsprechung seit EuGH, Urteil vom 06.12.1994 C – 406/92 (Tatry / J. Maciej Rataj), Slg. 1994, I 5439.

⁶⁰ So ähnlich schon *Kareamus/Prütting*, ZZPInt 3 (1998), 265, 269 f.; a.A.: *Schmehl* (Fn. 5), S. 354 f. m.w.N.

auch nicht unangemessen.⁶¹ Freilich würde auf diese Weise das Prinzip des Art. 29 EuGVOneu erneut umgekehrt.⁶² Rechtsklarheit über die Zuständigkeit bestünde in den betreffenden Fällen oft erst nach Ablauf eines großen Zeitraumes, so dass durch diese Neuregelung eine genaue Regelungssystematik geopfert würde. Gleichwohl vermag eine Stärkung der Leistungsklage gegenüber einer wegen desselben Anspruchs erhobenen negativen Feststellungsklage zu überzeugen, denn dieser fehlt das Rechtsschutzinteresse, wenn durch eine Leistungsklage vollstreckbare Urteile geschaffen werden können, da im Rahmen dieser Klage notwendigerweise auch über Bestehen oder Nichtbestehen des Anspruchs mit entschieden wird.⁶³ Weil die gegenwärtigen Neuregelungen missbräuchliche Prozesstaktiken nur zum Teil verhindern, erscheint diese weitere Ergänzung des Verordnungstextes adäquat. Freilich fällt es schwer, eine *de iure* zuverlässige Regelungssystematik wegen rein tatsächlicher Probleme zu modifizieren. Im Interesse eines europaweit effektiven Rechtsschutzes sollten daher die Mitgliedstaaten die Arbeitsabläufe ihrer nationalen Justiz optimieren. Das entzöge den „Torpedoklagen“ die ihnen inhärente prozesstaktische Verzögerungskomponente.

⁶¹ Anders Carl (Fn. 26), S. 200.

⁶² Sander/Breßler, ZZP 122 (2009), 157, 183.

⁶³ So wie im deutschen Zivilprozessrecht, vgl. dazu Meller-Hannich (Fn. 31), Rn. 216.



Holger Jacobs

Holger Jacobs (geb. 1989) studiert Rechtswissenschaft an der Johannes-Gutenberg-Universität Mainz. Er publizierte bereits zum Betreuungsrecht in der BtPrax (2012, 99 und 2013, 16) sowie der letzten Ausgabe des Juristen. Momentan bereitet er sich auf das Schwerpunktexamen im Internationalen Privatrecht, Familien- und Erbrecht vor.

Whistleblowing im Arbeitsrecht

Aktuelle Rechtslage und Ausblick auf zukünftige Entwicklungen

Vorwort

Als „Whistleblower“¹ oder „Hinweisgeber“² bezeichnet man Personen, die auf Missstände in ihrem Betrieb, ihrer Behörde oder einer anderen Organisation aufmerksam machen.³ Im Zentrum der medialen Aufmerksamkeit stehen derzeit die Fälle der US-Amerikaner Bradley Manning und Edward Snowden, die skandalträchtige militärische bzw. geheimdienstliche Informationen an die Öffentlichkeit gebracht haben und dadurch ins Visier der US-amerikanischen Justiz geraten sind.⁴

Auch in Deutschland hat es in den letzten Jahren eine Reihe von Whistleblowing-Fällen gegeben, die dazu beigetragen haben, dass eine öffentliche Debatte über die Chancen und Risiken des Whistleblowings und den Umgang mit Hinweisgebern im Gange ist. Besondere Beachtung verdient der Fall

¹ Eine wörtliche Übersetzung etwa als „Pfeifenbläser“ bringt keinen Erkenntnisgewinn und geht an der Bedeutung vorbei. Es geht vielmehr um das Abgeben eines Warnsignals. Ebenso: Müller, NZA 2002, 424, 426; zur Herkunft des Begriffs auch: Schemmel/Ruhmannseder/Witzigmann, Hinweisgebersysteme – Implementierung in Unternehmen (1. Aufl. 2012), S. 3. Im Folgenden wird aus Gründen der besseren Lesbarkeit die männliche Form verwendet.

² „Hinweisgeber“ erscheint als deutscher Begriff noch am treffendsten. Vgl. auch die Titel der Gesetzentwürfe der Bundestagsfraktionen SPD (BT-Drs. 17/8567) und Bündnis 90/Die Grünen (BT-Drs. 17/9782) sowie den Antrag der Bundestagsfraktion Die Linke (BT-Drs. 17/6492); krit. zu dieser Begrifflichkeit: Bauschke, öAT 2012, 271, 272.

³ Zur Definition des Whistleblowings: Müller, NZA 2002, 424, 426; Grützner/Jakob, Compliance von A-Z (1. Aufl. 2010), Stichwort: Whistleblower.

⁴ Vgl. Sydow, <http://www.spiegel.de/politik/ausland/whistleblower-edward-snowden-und-bradley-manning-decken-skandale-auf-a-904815.html>, Erstellung 10.06.2013 (Abruf 14.07.2013).

der Berliner Altenpflegerin Brigitte Heinisch, die ihren Arbeitgeber mehrfach auf gravierende Mängel in der Pflege hinwies und letztlich Strafanzeige erstattete. Ihr Arbeitgeber reagierte darauf mit einer fristlosen Kündigung, die vom Landesarbeitsgericht Berlin als wirksam angesehen wurde.⁵ Nach einem jah-

» *In der gesellschaftlichen Wahrnehmung bewegen sich Whistleblower häufig auf einem schmalen Grat zwischen Zivilcourage und Denunziantentum.* «

relangen Rechtsstreit entschied im Jahr 2011 der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR), dass das Urteil des Arbeitsgerichts gegen die

Europäische Menschenrechtskonvention verstoße.⁶

In der gesellschaftlichen Wahrnehmung bewegen sich Whistleblower häufig auf einem schmalen Grat zwischen anerkannter Zivilcourage und verwerflichem Denunziantentum.⁷ Nicht selten erfahren sie erhebliche rechtliche und tatsächliche Nachteile durch Vorgesetzte oder Arbeitskollegen.

Der vorliegende Beitrag untersucht die aktuelle Rechtslage für Whistleblower unter Berücksichtigung der Entscheidung des EGMR im Fall Heinisch. Im Anschluss daran erfolgen eine Auseinandersetzung mit den bisherigen Regelungsvorschlägen sowie ein Ausblick auf mögliche Entwicklungen. Zunächst wird jedoch eine Beschäftigung mit dem Begriff des Whistleblowings und der Interessenlage der Beteiligten notwendig sein.

I. Begriffsbestimmung

Im Detail weichen die Definitionen des Whistleblowings zum Teil stark voneinander ab, was unter anderem dem Umstand geschuldet ist, dass dieser Begriff auch auf internationaler Ebene⁸ thematisiert und diskutiert wird und so

⁵ LAG Berlin, Urteil vom 28.03.2006 – 7 Sa 1884/05, ArbuR 2007, 51-53.

⁶ EGMR, Urteil vom 21.07.2011 – 28274/08, NJW 2011, 3501-3506.

⁷ Vgl. etwa *Simon/Schilling*, BB 2011, 2421, 2421 f.

⁸ Vgl. etwa den Antikorruptionsaktionsplan der G-20 Staaten: <http://www.oecd.org/general/48972967.pdf> (Abruf 24.05.2013) oder die „ICC Guidelines on Whistleblowing“ der Internationalen Handelskammer: http://www.icc-deutschland.de/fileadmin/ICC_Dokumente/GuidelICCWhistleblowing.pdf (Abruf 24.05.2013).

oftmals unterschiedliche rechtliche und tatsächliche Aspekte als relevant erachtet werden.⁹ Ferner stellt „Whistleblowing“ in der Bundesrepublik keinen feststehenden Rechtsbegriff dar, so dass es bei der Begriffsbestimmung letztlich nur darum gehen kann, welche Fälle man in diesem Zusammenhang diskutiert. Im Folgenden wird deshalb nicht versucht werden, eine trennscharfe Definition des Whistleblowings herauszuarbeiten. Da sich jedoch verschiedene Erscheinungsformen des Whistleblowings unterscheiden lassen, für die jeweils unterschiedliche rechtliche Wertungen diskutiert werden, ist eine Kategorisierung keineswegs überflüssig.

Dem Begriff des Whistleblowings kann man sich aus verschiedenen Perspektiven nähern. Zunächst stellt sich die grundlegende Frage, wer in persönlicher Hinsicht erfasst ist, mit anderen Worten, wer Whistleblower sein kann. Überwiegend findet eine Auseinandersetzung mit der Thematik im Bereich des Arbeitsrechts statt. Bei dem vorliegend zugrunde gelegten Begriffsverständnis sind jedoch nicht nur Arbeitnehmer erfasst, sondern alle Personen, die in einem Abhängigkeitsverhältnis zu einem Betrieb, einer Behörde oder einer sonstigen Organisation stehen.¹⁰ Insofern kommen beispielsweise auch Beamte, arbeitnehmerähnliche Personen¹¹ und Auszubildende in Betracht.

Des Weiteren lassen sich verschiedene Formen des Whistleblowings anhand des Adressaten unterscheiden, also in Abhängigkeit davon, an wen der Hinweis weitergegeben wird. In der Regel wird insofern zunächst zwischen internem und externem Whistleblowing unterschieden. Als interne Anlaufstelle kommen in erster Linie der Arbeitgeber, der Dienstherr, der Auftraggeber oder andere Vorgesetzte in Betracht. Zudem richten insbesondere Wirtschaftsunternehmen zunehmend spezielle Anlaufstellen wie Whistleblowing-Hotlines oder als unabhängige Mittler fungierende Ombudspersonen ein.¹² Externe Stellen sind insbesondere Behörden (Polizei- und Ordnungsbehörden, Staatsanwaltschaft usw.) und die Öffentlichkeit.¹³ Hinweise an die Öff-

⁹ Schemmel/Ruhmannseder/Witzigmann, Hinweisgebersysteme, S. 4.

¹⁰ Ebenso u.a.: Schemmel/Ruhmannseder/Witzigmann, Hinweisgebersysteme, S. 3 f. m.w.N.

¹¹ Vgl. die Begriffsbestimmung in § 12a Abs. 1 TVG.

¹² Insoweit sind die Grenzen zwischen internem und externem Whistleblowing häufig schwierig zu ziehen, da Ombudspersonen sowohl intern als auch extern eingesetzt werden können. Vgl.: Grützner/Jakob, Compliance von A-Z (1. Aufl. 2010), Stichwort: Ombudsperson.

¹³ Vgl. Dendorfer in: Moll, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht (3. Aufl. 2012), § 35

fentlichkeit können zunächst unmittelbar durch den Whistleblower selbst erfolgen (z.B. über das Internet) oder vermittelt durch Hinweise an die Presse. Auch der Gegenstand der Information ist für die Begriffsbestimmung relevant. Insofern ist fraglich, ob es bereits genügt, wenn lediglich auf unmoralisches Verhalten aufmerksam gemacht wird¹⁴ oder ob es in der Sache stets um einen Rechtsverstoß gehen muss.¹⁵ Unterschiedliche rechtliche Wertungen können auch daran anknüpfen, ob der Rechtsverstoß von Mitarbeitern, dem Arbeitgeber selbst oder Dritten begangen wird. Wer hingegen den Rechtsgüterschutz in den Mittelpunkt rückt, wird weniger auf die Rechtsverletzung als auf drohende Gefahren abstellen.

Weiterhin lässt sich danach differenzieren, ob der Whistleblower seine Identität offenlegt. Diesbezüglich kann zwischen anonymem und offenem Whistleblowing unterschieden werden. Eine weitere Form stellt der vertrauliche Hinweis dar, bei dem der Whistleblower seine Identität lediglich gegenüber einer ausgewählten zur Entgegennahme von Hinweisen bestimmten Person oder Stelle offenlegt, die sich jedoch verpflichtet, im Übrigen die Anonymität des Hinweisgebers zu gewährleisten.¹⁶

Im Folgenden konzentriert sich der Beitrag in erster Linie auf die arbeitsrechtliche Problematik. An dieser Stelle sei jedoch darauf hingewiesen, dass das Thema Whistleblowing auch in anderen Beschäftigungsverhältnissen wie insbesondere dem Beamtenverhältnis¹⁷ rechtliche Probleme aufwirft und politische Diskussionen entfacht. Ferner kann auch auf mögliche strafrechtliche Risiken¹⁸ des Whistleblowings und datenschutzrechtliche Probleme¹⁹, die insbesondere bei der Einrichtung von Hinweisgebersystemen auftauchen, im Rahmen dieses Beitrags nicht näher eingegangen werden.

Rn. 127.

¹⁴ Auch die Anzeige unethischen Verhaltens unter den Begriff fassend u.a.: *Simon/Schilling*, BB 2011, 2421, 2421.

¹⁵ Ob ein solcher tatsächlich vorliegt, ist insoweit zunächst unerheblich.

¹⁶ *Király*, ZRP 2011, 146, 147.

¹⁷ Vgl. *Bauschke*, öAT 2012, 271, 274; *Brock*, öAT 2011, 243, 244 ff.

¹⁸ Vgl. dazu: *Schemmel/Ruhmannseder/Witzigmann*, Hinweisgebersysteme, S. 89 ff.; von *Pelchrizim*, CCZ 2009, 25 und *Zimmermann/Knierim*, ArbRAktuell 2012, 58.

¹⁹ Vgl. *Schemmel/Ruhmannseder/Witzigmann*, Hinweisgebersysteme, S. 233 ff.; *Hausßmann/Kaufmann*, ArbRAktuell 2011, 186; *Dendorfer* in: Moll, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, § 35 Rn. 250 ff. m.w.N.

II. Interessenlage und rechtliche Einordnung der betroffenen Interessen

Um die Komplexität des Themas Whistleblowing in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht zu erfassen, ist vorrangig eine Beschäftigung mit den jeweils betroffenen Interessen und deren rechtlicher Einordnung notwendig. Relevant sind zunächst die Belange von Arbeitnehmer und Arbeitgeber. Aber auch Interessen Dritter und öffentliche Interessen können eine Rolle spielen. In rechtlicher Hinsicht erfahren diese Belange zum Teil in den Grundrechten Anerkennung.²⁰ Die Grundrechte gelten im Verhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber zwar nicht unmittelbar, sie entfalten aber mittelbare Drittwirkung, was sich vor allem mit dem Verständnis des Grundgesetzes als objektive Wertordnung sowie den grundrechtlichen Schutzpflichten begründen lässt.²¹ Insoweit können grundrechtliche Wertungen die vertraglichen Rücksichtnahmepflichten aus § 241 Abs. 2 BGB konkretisieren.²²

1. Arbeitnehmer

Der Arbeitnehmer, der einen Missstand im Betrieb bemerkt und dies nicht hinnehmen möchte, hat primär ein Interesse daran, dass der Missstand beseitigt wird und ihm persönlich keinerlei rechtliche oder tatsächliche Nachteile (z.B. Kündigung oder Mobbing) widerfahren. Die Hinnahme der Missstände oder ggf. sogar die Mitwirkung an Rechtsverletzungen kann der Gewissensfreiheit²³ oder ggf. auch der Glaubensfreiheit (Art. 4 GG) des Arbeitnehmers zuwiderlaufen.

Es stellt sich die Frage, ob das Whistleblowing auch von der Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 GG geschützt ist. Zweifel könnten insofern bestehen als es sich hierbei in erster Linie um Tatsachenbehauptungen handeln wird (z.B.:

²⁰ Zur rechtlichen Bedeutung des Art. 10 EMRK, siehe unten 3. a).

²¹ St. Rspr. und h.Lit. seit dem Lüth-Urteil: BVerfG, Urteil vom 15.01.1958 – 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198.

²² BAG, Urteil vom 03.07.2003 – 2 AZR 235/02, NJW 2004, 1547, 1548 f.

²³ Schmidt in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (13. Aufl. 2013), Art. 4 GG, Rn. 73; Herbert/Oberrath, NZA 2005, 193, 197.

„Auf Anweisung des Arbeitgebers wurden giftige Chemikalien einfach in den Abfluss geschüttet.“).²⁴ Nach der Rechtsprechung des BVerfG können jedoch auch Tatsachenbehauptungen in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit fallen.²⁵ Dafür spricht zum einen, dass sich nur in der Theorie streng zwischen Meinung und Tatsachenbehauptung trennen lässt. Letztlich wird man schon der Frage, wann und wie man eine Tatsache äußert auch ein wertendes Element entnehmen können, so dass kaum Tatsachenbehauptungen denkbar sind, die nicht auf irgendeine Weise auch ein Element des Meinens beinhalten.²⁶ Zum anderen sind Tatsachenbehauptungen oftmals die Voraussetzung, sich eine Meinung zu bilden, so dass es sinnvoll erscheint, schon den Austausch von Tatsachenbehauptungen in den Schutzbereich einzubeziehen.²⁷ Dies gilt aber nach der Rechtsprechung des BVerfG nur, soweit es sich nicht um erwiesen oder bewusst unwahre Tatsachenbehauptungen handelt.²⁸ Denn diese könnten zur Meinungsbildung nichts beitragen und seien insoweit nicht schützenswert.²⁹ Folglich unterfallen Hinweise durch Whistleblower auch Art. 5 Abs. 1 GG, sofern die Unwahrheit nicht unzweifelhaft erwiesen ist oder bewusst gelogen wird.

Nach Ansicht des BAG greift Art. 5 Abs. 1 GG jedoch nicht für anonyme Hinweise, da es im Rahmen der Meinungsfreiheit entscheidend auf eine mit der persönlichen Zuordnung verbundene Subjektivität ankomme.³⁰ Diese persönliche Zuordnung sei Voraussetzung für eine geistige Auseinandersetzung.³¹ Der Ansatz des BAG kann allerdings nicht überzeugen. Mit dieser Argumentation würde etwa ein Großteil der im Internet geäußerten Meinungen nicht erfasst. Es bestehen jedoch keine Zweifel daran, dass hier auch ohne eine persönliche Zuordnung oftmals eine schützenswerte geistige Auseinan-

²⁴ Vgl. *Klasen/Schaefer*, BB 2012, 641, 643, wonach die Meinungsfreiheit nur „peripher heranzuziehen (sei), da regelmäßig Tatsachen und keine Werturteile mitgeteilt“ würden.

²⁵ BVerfG, Urteil vom 22.06.1982 – 1 BvR 1376/79, BVerfGE 61, 1, 8; BVerfG, Beschluss vom 13.04.1994 – 1 BvR 23/94, BVerfGE 90, 241, 247.

²⁶ Ebenso: *Herzog* in: Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar, Bd. 1 (67. Ergänzungslieferung, 2013), Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 51.

²⁷ BVerfG, Urteil vom 22.06.1982 – 1 BvR 1376/79, BVerfGE 61, 1, 8.

²⁸ BVerfG, Beschluss vom 10.11.1998 – 1 BvR 1531/96, NJW 1999, 1322, 1324.

²⁹ BVerfG, Beschluss vom 10.11.1998 – 1 BvR 1531/96, NJW 1999, 1322, 1324.

³⁰ BAG, Urteil vom 03.07.2003 – 2 AZR 235/02, NJW 2004, 1547, 1549.

³¹ BAG, Urteil vom 03.07.2003 – 2 AZR 235/02, NJW 2004, 1547, 1549.

dersetzung erfolgt. Zudem umfasst der Schutz des Art. 5 Abs. 1 GG nach der Rechtsprechung des BVerfG die freie Bestimmung von Form und Modalität der Meinungsäußerung.³² Dementsprechend steht der BGH in der sog. Spickmich-Entscheidung zu Recht auf dem Standpunkt, dass die Meinungsfreiheit auch das Recht zu anonymen Äußerungen umfasst.³³

Neben der Meinungsfreiheit erkennt das BVerfG außerdem ein Recht zur Mitwirkung an einem Strafverfahren aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG an.³⁴

Ob, soweit es sich um Hinweise an öffentliche Stellen handelt, durch das Whistleblowing auch der Schutzbereich des Art. 17 GG berührt ist, wurde vom BAG bisher offen gelassen, ohne dass konkrete Gründe für Zweifel an der Anwendbarkeit benannt wurden.³⁵ Art. 17 GG bezieht sich mit „Bitten und Beschwerden“ zunächst nur auf staatliches Handeln. Insofern kann aber die Aufforderung des Whistleblowers, staatlicherseits einzuschreiten ohne weiteres darunter subsumiert werden.³⁶ Erforderlich ist jedoch, dass die Petition schriftlich erfolgt und den Urheber erkennen lässt.³⁷ Unter diesen Voraussetzungen kann also auch Art. 17 GG einschlägig sein.

2. Arbeitgeber

Der Arbeitgeber hat in erster Linie ein Interesse daran, dass Informationen und insbesondere Fehlinformationen über Missstände im Betrieb nicht nach außen dringen, damit Imageschäden und damit verbundene Umsatzeinbußen, sowie ggf. staatliche Sanktionen (z.B. Widerruf einer Genehmigung) vermieden werden. Daneben wird der Arbeitgeber regelmäßig darauf bedacht sein, dass der Betriebsfrieden erhalten bleibt und kein Klima der gegenseitigen Verdächtigung und Bspitzelung herrscht.³⁸ Auch die Interessen des Arbeitgebers sind insoweit grundrechtlich durch die Berufsfreiheit nach Art.

³² BVerfG, Beschluss vom 17.12.2002 – 1 BvR 755/99, NJW 2003, 1109, 1110.

³³ BGH, Urteil vom 23.06.2009 – VI ZR 196/08, NJW 2009, 2888, 2892.

³⁴ BVerfG, Beschluss vom 02.07.2001 – 1 BvR 2049/00, NJW 2001, 3474, 3475.

³⁵ BAG, Urteil vom 03.07.2003 – 2 AZR 235/02, NJW 2004, 1547, 1549.

³⁶ Ebenso: Müller, NZA 2002, 424, 430; Groneberg, Whistleblowing, Diss. (Passau 2011) S. 214; Herbert/Oberrath, NZA 2005, 193, 197.

³⁷ Groneberg, Whistleblowing, S. 214.

³⁸ Vgl. Müller, NZA 2002, 424, 427.

12 GG³⁹ und das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb nach Art. 14 GG⁴⁰ geschützt.⁴¹ Andererseits können Arbeitgeber aber auch ein starkes Interesse am Whistleblowing haben. Dies gilt vor allem dann, wenn durch Whistleblower Missstände aufgedeckt werden, die dem Arbeitgeber selbst nicht bekannt sind und an deren (interner) Abhilfe er etwa aufgrund drohender Haftung ein großes Interesse hat.⁴²

3. Dritte

Häufig wird bei der Diskussion über das Thema Whistleblowing nicht ausreichend berücksichtigt, dass auch Interessen Dritter betroffen sein können. So können etwa durch Imageverluste begründete Umsatzeinbußen die Arbeitsplätze von anderen im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmern gefährden. Zudem kann die weitergegebene Information auch personenbezogene Daten anderer Arbeitnehmer oder Dritter umfassen (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG – informationelle Selbstbestimmung).⁴³ Besonders problematisch ist die Weitergabe von Informationen, die im Rahmen eines besonderen Vertrauensverhältnisses erlangt worden sind (vgl. insbesondere die Fälle des § 203 StGB).⁴⁴

Ferner sind es gerade die in den Medien bekannt gewordenen Whistleblower-Fälle (z.B. BSE-Skandal⁴⁵, Gammelfleisch-Skandal⁴⁶), bei denen wegen drohender Gesundheitsgefahren auch ein großes öffentliches Interesse an der Information bestand.

³⁹ BAG, Urteil vom 03.07.2003 – 2 AZR 235/02, NJW 2004, 1547, 1549.

⁴⁰ Ob Art. 14 GG den Schutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs umfasst ist strittig (Ayer in: Beck'scher Online-Kommentar GG, Art.14 Rn. 51 ff. m.w.N.) und wurde vom BVerfG bisher offen gelassen, vgl. BVerfG, Beschluss vom 26.06.2002 - 1 BvR 558/91, BVerfGE 105, 252, 278.

⁴¹ Klasen/Schaefer, BB 2012, 641, 647.

⁴² Vgl. Simon/Schilling, BB 2011, 2421, 2421.

⁴³ Mahnhold, NZA 2008, 737, 737.

⁴⁴ Unter Berücksichtigung dessen schreibt der Gesetzentwurf der SPD (BT-Drs. 17/8567) bei Hinweisen an die Öffentlichkeit oder Dritte die „Wahrung berufsständischer Verschwiegenheitspflichten“ vor: § 6 Abs. 2 HinwGebSchG).

⁴⁵ Deiseroth/Derleder, ZRP 2008, 248, 248.

⁴⁶ Vgl. die Schilderung dieses und weiterer Fälle in der Begründung des Gesetzentwurfs der Grünen, BT-Drs. 17/9782, 6 f.

III. Rechtslage

Im Verhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber ist in erster Linie die Frage von Belang, ob der Arbeitnehmer durch das Whistleblowing eine Rücksichtnahmepflicht aus seinem Arbeitsvertrag verletzt hat. Dies kann unter anderem im Rahmen der außerordentlichen Kündigung (§ 626 BGB)⁴⁷, der verhaltensbedingten Kündigung nach § 1 Abs. 1 S.1 Var. 2 KSchG oder bei Schadensersatzansprüchen gegen den Arbeitnehmer (z.B. aus § 280 Abs. 1 i.V.m. § 241 Abs. 2 BGB) relevant werden. Spiegelbildlich stellt sich die Frage, wenn der Arbeitgeber an das Whistleblowing benachteiligende Maßnahmen knüpft. Auch hier kann es sich um eine schadensersatzbegründende Pflichtverletzung (§ 280 Abs. 1 i.V.m. § 241 Abs. 2 BGB sowie § 823 Abs. 2 i.V.m. § 612a BGB) durch den Arbeitgeber handeln, sofern der Arbeitnehmer durch das Whistleblowing in zulässiger Weise seine Rechte ausgeübt hat (siehe § 612a BGB). Entscheidend ist also, unter welchen Voraussetzungen und auf welche Art und Weise Whistleblowing durch den Arbeitnehmer zulässig ist. Da insoweit kaum ausdrückliche gesetzliche Regelungen im deutschen Recht bestehen, soll zunächst der Blick auf einige wichtige gerichtliche Entscheidungen gerichtet werden.⁴⁸

1. Rechtsprechungsübersicht

Einige zentralen Aussagen über die Zulässigkeit von Whistleblowing stellte im Jahr 2001 das BVerfG auf.⁴⁹ Im zugrunde liegenden Fall⁵⁰ hatte der Arbeitnehmer in einem von Amts wegen eingeleiteten Ermittlungsverfahren gegen den Arbeitgeber ausgesagt und der Staatsanwaltschaft unaufgefordert diverse selbst gesammelte Unterlagen übergeben. Das Strafverfahren wurde gemäß § 170 Abs. 2 StPO eingestellt. Es folgten die fristlose Kündigung (§ 626 BGB)

⁴⁷ § 626 BGB erfordert zwar nicht zwingend eine Pflichtverletzung, sofern es aber - wie regelmäßig bei einer Kündigung nach erfolgtem oder angedrohten Whistleblowing - um eine verhaltensbedingte Kündigung geht, ist stets auch eine Pflichtverletzung erforderlich: Vgl.: *Dörner/Vossen* in: *Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht* (4. Aufl. 2012), § 626, Rn. 72.

⁴⁸ Im Hinblick darauf, dass die Rechtsprechung durch die EGMR-Entscheidung in der Sache *Heinisch* wesentliche neue Impulse bekommen hat, werden lediglich die wichtigsten Entscheidungen der deutschen Gerichte und auch diese nur in der gebotenen Kürze dargestellt.

⁴⁹ BVerfG, Beschluss vom 02.07.2001 - 1 BvR 2049/00, NJW 2001, 3474.

⁵⁰ Es handelt sich um eine verkürzte und vereinfachte Darstellung des Sachverhalts.

durch den Arbeitgeber und eine Auseinandersetzung vor den Arbeitsgerichten, in der die Kündigung letztlich Bestand hatte. Das BVerfG sah darin eine Verletzung von Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG. Die Aussage als Zeuge sei eine staatsbürgerliche Pflicht.⁵¹ Es sei mit dem Rechtsstaatsprinzip im Regelfall unvereinbar, wenn an die Erfüllung dieser Pflicht, sofern es sich nicht um eine wissentlich oder leichtfertig unwahre Aussage handelt, zivilrechtliche Nachteile geknüpft werden.⁵²

Im Jahr 2003 entschied das BAG in einem ähnlich gelagerten Fall, in dem der Arbeitnehmer anonym Strafanzeige gegen den Arbeitgeber gestellt hatte, dass eine zur Kündigung berechtigende Pflichtverletzung des Arbeitnehmers nicht nur aufgrund wissentlich oder leichtfertig getätigter falscher Angaben, sondern auch aufgrund sonstiger Umstände in Betracht komme.⁵³ Dabei stützt sich das BAG auf die Formulierung „im Regelfall“⁵⁴, die das BVerfG in seiner Entscheidung verwendet hatte.⁵⁵ Es sei anhand der konkreten Umstände zu prüfen, ob eine Verletzung der arbeitsvertraglichen Rücksichtnahmepflicht aus § 611 i.V.m. § 241 Abs. 2 BGB vorliege. Im Rahmen dessen sei zu berücksichtigen, dass aufgrund der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte die grundrechtlichen Positionen von Arbeitnehmer und Arbeitgeber die Rücksichtnahmepflichten konkretisieren.⁵⁶ Das BAG stellt dabei insbesondere auf die Motivation des Whistleblowers ab, dessen Anzeige nicht nur dazu dienen dürfe, den Arbeitgeber „fertig zu machen“.⁵⁷ Ferner gebe es Fälle in denen dem Arbeitnehmer ein vorheriger interner Klärungsversuch zumutbar sei.⁵⁸ Insgesamt dürfe die Anzeige des Arbeitnehmers keine „unverhältnismäßige Reaktion“ darstellen.⁵⁹

Im Jahr 2011 verurteilte der EGMR Deutschland wegen einer Verletzung der Meinungsfreiheit nach Art. 10 EMRK.⁶⁰ Dabei geht der EGMR vergleichbar

⁵¹ BVerfG, Beschluss vom 02.07.2001 – 1 BvR 2049/00, NJW 2001, 3474, 3475.

⁵² BVerfG, Beschluss vom 02.07.2001 – 1 BvR 2049/00, NJW 2001, 3474, 3475 f.

⁵³ BAG, Urteil vom 03.07.2003 – 2 AZR 235/02, NJW 2004, 1547.

⁵⁴ Siehe BVerfG, Beschluss vom 02.07.2001 – 1 BvR 2049/00, NJW 2001, 3474, 3476.

⁵⁵ BAG, Urteil vom 03.07.2003 – 2 AZR 235/02, NJW 2004, 1547, 1548.

⁵⁶ BAG, Urteil vom 03.07.2003 – 2 AZR 235/02, NJW 2004, 1547, 1548 f.

⁵⁷ BAG, Urteil vom 03.07.2003 – 2 AZR 235/02, NJW 2004, 1547, 1549.

⁵⁸ BAG, Urteil vom 03.07.2003 – 2 AZR 235/02, NJW 2004, 1547, 1550.

⁵⁹ BAG, Urteil vom 03.07.2003 – 2 AZR 235/02, NJW 2004, 1547, 1549.

⁶⁰ EGMR, Urteil vom 21.07.2011 – 28274/08, NJW 2011, 3501; verkürzte Sachverhaltsschilderung siehe Einleitung.

der Figur der mittelbaren Drittwirkung in der deutschen Grundrechtsdogmatik⁶¹ davon aus, dass die Meinungsfreiheit auch im privatrechtlichen Verhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber Wirkung entfaltet und den Staat insoweit Schutzpflichten treffen können.⁶² Die Kündigung stelle einen Eingriff in das Recht auf freie Meinungsäußerung dar, dessen Rechtfertigung sich nach Art. 10 Abs.

2 EMRK richte. Da die Kündigung in § 626 BGB „gesetzlich vorgesehen“ ist, war entscheidend, ob der Eingriff „in einer demokratischen Gesellschaft notwendig“ war.

» Da die Kündigung in § 626 BGB 'gesetzlich vorgesehen' ist, war entscheidend, ob der Eingriff 'in einer demokratischen Gesellschaft notwendig' war. «

Insofern stellt der EGMR eine umfassende Interessenabwägung an, wobei er insbesondere auf das öffentliche Interesse an der Information, die Gutgläubigkeit und Motivationslage des Whistleblowers, Möglichkeiten einer internen Abhilfe und den drohenden Schaden für den Arbeitgeber abstellt.⁶³ Des Weiteren betont er die abschreckende und entmutigende Wirkung, die durch die Kündigung auf andere Arbeitnehmer hinsichtlich der Offenbarung von Missständen ausgehen kann.⁶⁴

Die Bedeutung des EGMR-Urteils wird sehr unterschiedlich bewertet. Während teilweise von einem „Grundsatzurteil“⁶⁵ oder einem „Paukenschlag“⁶⁶ gesprochen wird, betonen andere Autoren, dass der EGMR in der Sache die deutsche Rechtsprechung bestätigt habe und die Bedeutung der Entscheidung nicht überschätzt werden dürfe.⁶⁷ Um die Bedeutung des Urteils zu erfassen, hilft ein Blick auf dessen innerstaatliche Wirkung.

Die Entscheidung des EGMR hat zunächst keinerlei unmittelbaren Auswirkungen auf die Wirksamkeit der zuvor ergangenen Entscheidungen der deut-

⁶¹ Ebenso: Forst, NJW 2011, 3477, 3480.

⁶² EGMR, Urteil vom 21.07.2011 – 28274/08, NJW 2011, 3501, 3502.

⁶³ EGMR, Urteil vom 21.07.2011 – 28274/08, NJW 2011, 3501, 3503 f.

⁶⁴ EGMR, Urteil vom 21.07.2011 – 28274/08, NJW 2011, 3501, 3505.

⁶⁵ Zu der Frage, ob es sich um ein Grundsatzurteil handle: Forst, NJW 2011, 3477.

⁶⁶ Leuchten, ZRP 2012, 142, 142.

⁶⁷ Ulber, NZA 2011, 962, 964.

schen Arbeitsgerichtgerichte oder die Wirksamkeit der Kündigung.⁶⁸ Die Entscheidungen des EGMR stellen lediglich die Völkerrechtswidrigkeit fest und können dem Verletzten eine Entschädigung gemäß Art. 41 i.V.m. Art. 46 EMRK zusprechen. Gemäß § 79 S. 1 ArbGG i.V.m. §§ 578 Abs. 1, 580 Nr. 8, 584 Abs. 1 ZPO kann im Wege der Restitutionsklage eine Wiederaufnahme des Verfahrens erreicht werden.⁶⁹ Völkerrechtlich besteht allerdings auch die Verpflichtung Deutschlands, die Konventionsverletzung abzustellen⁷⁰ und weiteres konventionswidriges Verhalten zu unterlassen.⁷¹ Mittelbar ergibt sich so eine Pflicht, das Urteil zu „befolgen“, wobei es den Konventionsstaaten freisteht, wie dies erreicht wird.⁷² Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kann die EMRK (ggf. konkretisiert durch die Rechtsprechung des EGMR) aufgrund der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes zur Auslegung der Grundrechte herangezogen werden.⁷³ Die Gerichte haben also fortan die Pflicht, im Rahmen von Whistleblowing-Fällen in der Abwägung der grundrechtlichen Positionen von Arbeitnehmer und Arbeitgeber die durch den EGMR angesprochenen Aspekte zu berücksichtigen. Einige dieser Gesichtspunkte sind in der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung bisher kaum in Erwägung gezogen worden, so dass dem EGMR-Urteil insoweit entscheidende Bedeutung zukommen kann. Dies gilt insbesondere für das öffentliche Interesse an der Information und die abschreckende Wirkung von Kündigungen auf andere Arbeitnehmer.

Da im Grundsatz die Rechtsprechung der deutschen Gerichte nicht beanstandet worden ist, kann man das Urteil des EGMR letztlich jedoch kaum als „Grundsatzurteil“ einordnen.⁷⁴ Andererseits geht aber auch die Bezeichnung als „Pauenschlag“ nicht völlig an der Sache vorbei, da die EGMR-Entscheidung der deutschen Rechtsprechung entscheidende neue Impulse liefert.

⁶⁸ *Schlachter*, Anmerkung zu EGMR-Urteil vom 21.07.2011 (Az.: 28274/08), RdA 2012, 108, 112; *Simon/Schilling*, BB 2011, 2421, 2425.

⁶⁹ *Simon/Schilling*, BB 2011, 2421, 2426.

⁷⁰ *Meyer-Ladewig* in: *Meyer-Ladewig EMRK Handkommentar* (3. Aufl. 2011), Art. 46 EMRK, Rn. 25.

⁷¹ *Simon/Schilling*, BB 2011, 2421, 2426.

⁷² *Schlachter*, Anmerkung zu EGMR-Urteil vom 21.07.2011 (Az.: 28274/08), RdA 2012, 108, 112.

⁷³ BVerfG, Urteil vom 04.05.2011 – 2 BvR 2333/08, NJW 2011, 1931, 1935 ff.

⁷⁴ *Forst*, NJW 2011, 3477, 3482.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass für die Beurteilung der Frage, ob der Arbeitnehmer in zulässiger Weise Hinweise gegeben hat, eine Abwägung der grundrechtlichen Positionen erforderlich ist, wobei eine völkerrechtsfreundliche Auslegung insbesondere bei einem großen öffentlichen Interesse an der Information zu einer besonders starken Gewichtung der Meinungsfreiheit des Whistleblowers führen kann.

2. Gesetzlich normierte Anzeigerechte oder Anzeigepflichten

Die deutsche Rechtsordnung kennt eine Reihe von ausdrücklichen gesetzlichen Anzeigerechten. Zu nennen sind etwa § 17 Abs. 2 ArbSchG, § 84 BetrVG, § 13 AGG, § 21 BDSG und § 158 Abs. 1 StPO. Diese sind jeweils in ihrem Anwendungsbereich beschränkt, etwa in sachlicher Hinsicht nur auf bestimmte Missstände (z.B. § 17 Abs. 2 ArbSchG: unzureichende Sicherheit und Gesundheitsschutz der Beschäftigten im Betrieb; § 13 AGG: Diskriminierungen aus in § 1 AGG genannten Gründen) oder in persönlicher Hinsicht durch das Erfordernis einer Selbstbetroffenheit (§ 84 BetrVG und § 13 AGG). Ferner lassen einige der gesetzlich geregelten Hinweisrechte wie etwa § 84 BetrVG oder § 13 AGG lediglich interne Beschwerden zu.

§ 612a BGB stellt zwar eine allgemeine Regelung auf, fungiert aber – was oft verkannt wird⁷⁵ – nicht als Anzeige- oder Hinweisrecht. Die Norm enthält lediglich ein Benachteiligungsverbot für den Fall, dass der Arbeitnehmer in zulässiger Weise seine Rechte ausübt. Wann dies aber der Fall ist, bestimmt § 612a BGB nicht.

Sofern ein gesetzlich geregeltes Hinweisrecht vorliegt und sich der Arbeitnehmer in den Grenzen dieses Rechts bewegt, stellt sich die Frage, welche Folgen dies für die Zulässigkeit des Whistleblowings hat. Insofern finden sich in der Literatur, sofern man diese Frage überhaupt explizit thematisiert, oftmals unklare oder gar widersprüchliche Aussagen. So wird angeführt, ein bestehendes Anzeige- oder Hinweisrecht spreche stark für den Whistleblower⁷⁶ oder sei bei der Abwägung zu „berücksichtigen“⁷⁷. Andererseits wird von densel-

⁷⁵ Vgl etwa die Antwort der BReg (BT-Drs. 17/7053) auf eine kleine Anfrage der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen (BT-Drs. 17/6902).

⁷⁶ *Simon/Schilling*, BB 2011, 2421, 2423.

⁷⁷ *Herbert/Oberrath*, NZA 2005, 193, 196.

ben Autoren aber betont, dass es schon die Einheit der Rechtsordnung gebiete, dass an die Wahrnehmung des Rechts keine zivilrechtlichen Nachteile geknüpft werden.⁷⁸ Außerdem verbiete auch § 612a BGB, eine Benachteiligung an die zulässige Wahrnehmung von Rechten zu knüpfen. Wieso dann noch eine Abwägung erforderlich oder überhaupt möglich sein soll, bleibt dabei offen.

Richtigerweise wird man das jeweilige Anzeigerecht in den Blick nehmen müssen. Entscheidend ist die Frage, ob dieses die erforderliche Abwägung bereits enthält, also vor allem den Interessenkonflikt zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber bedacht hat, was insbesondere für arbeitsrechtliche Anzeigerechte zu bejahen sein wird. Ist dies der Fall, kommt eine Abwägung nicht mehr in Betracht.

Bei sonstigen Anzeigerechten wie etwa § 158 Abs. 1 StPO ist hingegen eine Abwägung nach den oben dargestellten Grundsätzen⁷⁹ erforderlich, wobei ggf. die gesetzgeberische Wertung des Hinweisrechts zu berücksichtigen ist. Neben den ausdrücklich als Hinweisrechte ausgestalteten Vorschriften ergibt sich ein Hinweisrecht auch aus Vorschriften, die den Arbeitnehmer unter Androhung von Strafe zu Anzeigen oder Hinweisen verpflichten (z.B. § 138 StGB, ggf. § 323c StGB). Denn bereits aus der Einheit der Rechtsordnung folgt, dass ein Verhalten, das das Strafrecht unter Androhung von Strafe fordert, auch im Zivilrecht zulässig sein muss.⁸⁰ In diesen Konstellationen ist daher eine Abwägung ebenfalls nicht erforderlich. Dasselbe gilt für Fälle, in denen sich der Arbeitnehmer durch das Nichteinschreiten wegen einer Unterlassungstat (§ 13 StGB) oder Beihilfe (§ 26 StGB) strafbar machen würde.⁸¹

3. Regelungen im Arbeitsvertrag

Zunehmend werden in Arbeitsverträgen ausdrückliche Regelungen über das „Ob“ und „Wie“ von Hinweisen und Anzeigen vereinbart.⁸² Dies gilt insbesondere für Unternehmen, die Whistleblowing-Hotlines oder andere zur Ent-

⁷⁸ *Simon/Schilling*, BB 2011, 2421, 2423; *Herbert/Oberath*, NZA 2005, 193, 196.

⁷⁹ Siehe oben unter 3. a).

⁸⁰ *Forst*, NJW 2011, 3477, 3481.

⁸¹ *Forst*, NJW 2011, 3477, 3481.

⁸² Dazu etwa: *Mahnhold*, NZA 2008, 737, 738.

gegennahme von Hinweisen bestimmte Stellen eingerichtet haben und den Umgang mit diesen vertraglich klären wollen. Dabei wird oftmals eine Pflicht des Arbeitnehmers zur Anzeige von Missständen vereinbart. Diese soll dann ausschließlich gegenüber der entsprechenden internen Stelle erfolgen. Allerdings müssen sich derartige vertragliche Absprachen an den allgemeinen Regeln wie § 138 und § 242 BGB und sofern es sich – wie regelmäßig – um AGBs handelt, zusätzlich an den §§ 305 ff. BGB messen lassen. Im Rahmen des § 307 Abs. 1 BGB erfolgt eine Abwägung der grundrechtlichen Positionen bei der Frage, ob eine unangemessene Benachteiligung entgegen den Geboten von Treu und Glauben vorliegt.⁸³ Dabei wird man auch die konkrete Ausgestaltung der internen Stelle berücksichtigen müssen. Sofern diese auf zuverlässige Weise den Hinweisen nachgeht und einen vertraulichen Umgang mit der Identität des Whistleblowers – soweit wie möglich⁸⁴ – garantiert, wird es dem Arbeitnehmer auch in größerem Maße zumutbar sein, primär auf diesem Weg intern Abhilfe zu verlangen. Als unzulässig sind Klauseln anzusehen, die Hinweise und Anzeigen an externe Stellen pauschal ausschließen oder für jede Art von Missstand oder Rechtsverletzung unabhängig von einer gewissen Erheblichkeit eine Anzeigepflicht vorsehen.⁸⁵ Sofern durch den Vertrag ein gesetzlich normiertes Anzeigerecht abbedungen werden soll (z.B. § 17 Abs. 2 ArbSchG) ist die entsprechende Klausel an § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB zu messen, wonach von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung nicht abgewichen werden darf.

Noch weitergehende Probleme wirft die Frage auf, ob und inwieweit Anzeigepflichten über das Weisungsrecht des Arbeitgebers nach § 106 GewO begründet bzw. konkretisiert werden können.⁸⁶ Insoweit wird noch größere Zurückhaltung geboten sein als bei vertraglichen Abreden, da das Weisungsrecht ein sog. „ausfüllendes“ Gestaltungsrecht darstellt⁸⁷ und daher lediglich die Konkretisierung bereits nach § 241 Abs. 2 BGB bestehender Rücksichtnahmepflichten möglich ist.

⁸³ Dendorfer in: Moll, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, § 35 Rn. 45.

⁸⁴ Grenzen können sich bspw. aus der Zeugenpflicht im Strafverfahren ergeben.

⁸⁵ Zu letzterem: *Klasen/Schaefer*, BB 2012, 641, 642.

⁸⁶ Vgl. *Mengel*, Compliance und Arbeitsrecht (1. Aufl. 2009) Kapitel 1, Rn. 25; *Klasen/Schaefer*, BB 2012, 641, 642.

⁸⁷ *Tillmanns* in: Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht (Edition 27, Stand 01.03.2013), § 106 GewO Rn. 4.

4. Zusammenfassung

Bei der Frage, ob der Arbeitnehmer eine Pflicht aus dem Arbeitsvertrag verletzt hat, ist aufgrund der grundgesetzlich garantierten Privatautonomie vorrangig auf konkrete Vereinbarungen im Arbeitsvertrag abzustellen. Allerdings ist stets eine kritische Überprüfung der Wirksamkeit entsprechender Vertragsklauseln anzustellen. Sofern der Whistleblower sich auf ein gesetzlich normiertes Hinweis- oder Anzeigerecht berufen kann, ist zu differenzieren: Stellt die Norm bereits eine Abwägung zwischen Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinteressen dar, liegt keine Pflichtverletzung vor, sofern der Whistleblower sich in den Grenzen des Anzeigerechts bewegt. Liegt der Norm eine solche Abwägung hingegen nicht zugrunde oder liegt kein ausdrückliches Anzeigerecht vor, ist eine Abwägung der grundrechtlichen Interessen von Arbeitnehmer und Arbeitgeber unter besonderer Berücksichtigung der vom EGMR angesprochenen Aspekte erforderlich.

Fehlt es unter Zugrundelegung dieser Kriterien an einer Pflichtverletzung des Arbeitnehmers, ist eine darauf gestützte Kündigung unwirksam, da verhaltensbedingte Kündigungen nach § 626 BGB oder § 1 KSchG stets eine Pflichtverletzung voraussetzen. Außerhalb des Anwendungsbereichs des KSchG ergibt sich die Unwirksamkeit einer ordentlichen Kündigung aus § 612a i. V. m. § 134 BGB. Zu beachten ist aber in all diesen Fällen, dass die Unwirksamkeit innerhalb der Dreiwochenfrist des § 4 KSchG geltend zu machen ist.

IV. Regelungsvorschläge und rechtspolitische Bewertung

1. Die Regelungsvorschläge

In den letzten Jahren hat es eine ganze Reihe von Vorschlägen für eine gesetzliche Regelung zum Schutz von Whistleblowern im deutschen Recht gegeben. Neben den Vorschlägen von Bundestagsfraktionen und dem „Drei-Ministe-

rien-Vorschlag⁸⁸ wurden auch in rechtswissenschaftlichen Dissertationen⁸⁹ und durch den Verein „Whistleblower-Netzwerk e.V.“⁹⁰ Regelungsvorschläge erarbeitet. Im Fokus sollen im Folgenden allerdings die erstgenannten Vorschläge stehen, die nach einer kurzen vergleichenden Darstellung, einer kritischen Untersuchung unterzogen werden.

a. „Drei-Ministerien-Vorschlag“ (2008)

Im Jahr 2008 haben das Bundesministerium der Justiz, das Bundesministerium für Arbeit und Soziales und das Bundesministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz u.a. als Reaktion auf den „Gammelfleisch“-Skandal gemeinsam einen Regelungsvorschlag für den Schutz von Whistleblowern erarbeitet.⁹¹ Dieser scheiterte jedoch nach einer Anhörung im Ausschuss für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz, was regelmäßig dem Widerstand der Arbeitgeberverbände zugeschrieben wird.⁹²

Der Vorschlag sah die Normierung eines Anzeigerechts für Arbeitnehmer in einem neuen § 612a BGB vor (der jetzige § 612a sollte zu § 612b werden). Grundvoraussetzung sollte sein, dass der „Arbeitnehmer auf Grund konkreter Anhaltspunkte der Auffassung⁹³ (ist), dass im Betrieb oder bei einer betrieblichen Tätigkeit gesetzliche Pflichten verletzt werden“ (§ 612a Abs. 1 S.1 BGB-Entwurf). Dabei sollte der innerbetrieblichen Klärung der Vorrang eingeräumt werden. Hinweise an zuständige außerbetriebliche Stellen sollten nur zulässig sein, sofern ein innerbetriebliches Abhilfeverlangen erfolglos geblieben ist (§ 612a Abs. 1 S.2 BGB-E) oder unzumutbar war (§ 612a Abs. 2 BGB-E). Die Nummern 1 bis 4 des § 612a Abs. 2 S.2 BGB-E legen fest, wann „stets“ von der Unzumutbarkeit ausgegangen werden kann. Dies

⁸⁸ Ausschuss f. Ernährung, Landwirtschaft u. Verbraucherschutz, Ausschussdrucksache 16(10)849 – alle Materialien inkl. Stellungnahmen der Sachverständigen abrufbar über das Webarchiv des Deutschen Bundestags: <http://webarchiv.bundestag.de/cgi/show.php?fileToLoad=1423&id=1134> (Abruf 17.06.2013); abgedruckt (ohne Begr.) etwa bei Sasse, NZA 2008, 990, 990.

⁸⁹ Bspw. bei: *Schmidt*, Whistleblowing – „Verpfeifen“ des Arbeitgebers, Diss. (Hamburg 2003).

⁹⁰ http://whistleblower-net.de/pdf/WBNW_Gesetzentwurf_Whistleblowing.pdf (Abruf 17.06.2013).

⁹¹ Ausschuss f. Ernährung, Landwirtschaft u. Verbraucherschutz, Ausschussdrucksache 16(10)849, s. Fn. 88.

⁹² Vgl. *Rath*, <http://www.taz.de/!74923/>, Erstellung 21.07.2011 (Abruf 17.06.2013).

⁹³ Vgl. die gleichlautende Formulierung in § 17 Abs. 2 ArbSchG.

gilt für Gefahren für bestimmte Rechtsgüter (Nr. 1), für begangene Straftaten (Nr. 2), geplante Straftaten durch deren Nichtanzeige sich der Arbeitnehmer der Strafverfolgung aussetzen würde (Nr. 3) sowie für Fälle, in denen bereits vorhergesehen werden kann, dass eine innerbetriebliche Abhilfe keinen Erfolg verspricht (Nr. 4). Hinweise an die Presse oder die Öffentlichkeit sah der Entwurf nicht vor.

b. Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen (2012)⁹⁴

Der Gesetzentwurf der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen,⁹⁵ der auch als Reaktion auf die EGMR-Entscheidung im Fall Heinisch verstanden werden kann, knüpft ausdrücklich an den Drei-Ministerien-Vorschlag an⁹⁶ und nimmt sich die dort gewählte Regelungsstruktur zum Vorbild. Allerdings geht der Vorschlag der Grünen in vielerlei Hinsicht weiter. Zunächst erfasst er durch Regelungen im BBG, im BeamtStG und im BBiG in persönlicher Hinsicht auch den Schutz von Beamten und Auszubildenden.

Ferner sieht die arbeitsrechtliche Regelung (hier als Vorschlag für einen neuen § 612b BGB und eine Modifizierung des Maßregelungsverbots aus § 612a BGB) weitreichende Beweislastregelungen und die Möglichkeit von Hinweisen an die Öffentlichkeit vor. § 612b Abs. 1 BGB-E regelt zunächst den Vorrang der innerbetrieblichen Klärung. In § 612b Abs. 2 BGB-E werden die Voraussetzungen für Hinweise und Anzeigen an zuständige außerbetriebliche Stellen normiert. Entsprechend dem Drei-Ministerien-Vorschlag ist dies möglich, sofern eine innerbetriebliche Abhilfe erfolglos war oder eine solche dem Arbeitnehmer unzumutbar ist. Der folgende Katalog, der festlegt, wann dies „insbesondere“ der Fall ist, ähnelt dem des Drei-Ministerien-Vorschlags, geht aber im Detail an einigen Stellen weiter. So sind etwa hinsichtlich der Gefahren für bestimmte Rechtsgüter auch Persönlichkeitsrechte, die Freiheit der Person und die Stabilität des Finanzsystems erfasst (§ 612b Abs. 2 S. 3 Nr. 1 BGB-E). In Nummer 2 sind im Unterschied zum Drei-Ministerien-Vorschlag nicht nur Straftaten des Arbeitgebers oder anderer Arbeitnehmer umfasst,

⁹⁴ Aufgrund der Anknüpfung an die Regelungstechnik des Drei-Ministerien-Vorschlags wird der Entwurf der Grünen entgegen dem chronologischen Ablauf an dieser Stelle behandelt.

⁹⁵ BT-Drs. 17/9782.

⁹⁶ BT-Drs. 17/9782, 9.

sondern jede Straftat im Zusammenhang mit der betrieblichen Tätigkeit, was etwa auch durch Kunden oder Lieferanten verübte Straftaten einschließt. Für Hinweise an die Öffentlichkeit (insbesondere über Presse und Internet⁹⁷) setzt Absatz 3 ein wesentliches Überwiegen der öffentlichen Interessen am Bekanntwerden gegenüber dem betrieblichen Geheimhaltungsinteresse voraus. Ein besonderes Augenmerk ist auch auf die vorgeschlagene Beweislastregelung im Zusammenhang mit dem Maßregelungsverbot in § 612a Abs. 2 BGB-E zu legen. Danach trägt der Arbeitgeber die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen das Maßregelungsverbot vorliegt, sofern der Arbeitnehmer zuvor Tatsachen glaubhaft machen konnte, die eine entsprechende Benachteiligung erkennbar werden lassen. Diese Regelung, die § 22 AGG nachgebildet ist, trägt dem Umstand Rechnung, dass es für den Arbeitnehmer regelmäßig nahezu unmöglich sein wird, zu beweisen, dass eine benachteiligende Maßnahme durch den Arbeitgeber gerade aufgrund der zuvor erstatteten Anzeige oder Beschwerde erfolgt.⁹⁸

Durch die vom Entwurf vorgesehene Änderung des § 13 S. 2 Nr. 6 BBiG wird sichergestellt, dass sich Auszubildende (gemäß § 26 BBiG können auch Praktikanten und Volontäre erfasst sein⁹⁹) auch auf § 612b BGB-E berufen können. Gemäß § 10 Abs. 2 BBiG gelten zwar grundsätzlich die arbeitsrechtlichen Vorschriften, allerdings nur sofern sich nicht aus dem Wesen des Berufsausbildungsvertrags etwas anderes ergibt. Da man § 13 S. 2 Nr. 6 BBiG so deuten könnte, stellt die Änderung klar, dass sich insoweit aus dem Wesen des Vertrags nichts anderes ergibt.¹⁰⁰

c. Bundestagsfraktion Die Linke (2011)

Die Bundestagsfraktion Die Linke hat im Jahr 2011 den Bundestag in einem Antrag¹⁰¹ aufgefordert, die Bedeutung von Hinweisgebern anzuerkennen und die Bundesregierung zur Vorlage eines Gesetzentwurfs zum Schutz von Whistleblowern und einem Maßnahmenpaket aufzufordern. Das Gesetz soll nach den Vorstellungen der Fraktion einen umfassenden Schutz aller Perso-

⁹⁷ BT-Drs. 17/9782, 11.

⁹⁸ BT-Drs. 17/9782, 9.

⁹⁹ Vgl. *Hagen* in: Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht, § 26 BBiG Rn. 3 f.

¹⁰⁰ BT-Drs. 17/9782, 11.

¹⁰¹ BT-Drs. 17/6492.

nen aus dem privaten und öffentlichen Sektor garantieren und insbesondere auch Praktikanten, Freiwillige, Leiharbeitnehmer, ehemalige Mitarbeiter und Arbeitssuchende erfassen.¹⁰² Unabhängig vom Nachweis konkreter Anhaltspunkte soll allein die Gutgläubigkeit des Hinweisgebers hinsichtlich der weitergegebenen Information ausreichend sein.¹⁰³ Inhaltlich soll dabei über Rechtsverstöße („widerrechtliche Handlungen“) und Gefahren hinaus auch sonstiges „Fehlverhalten“ genügen.¹⁰⁴ Im Unterschied zum Drei-Ministerien-Vorschlag und dem Gesetzentwurf der Grünen soll der Hinweisgeber frei zwischen interner und behördlicher Offenlegung wählen können und, sofern diese Wege erfolglos sind oder eine Notfallsituation vorliegt, auch das Recht haben, die Öffentlichkeit zu informieren.¹⁰⁵ Unternehmen und Behörden sollen verpflichtet werden interne Hinweissysteme einzurichten, die auch ein anonymes Whistleblowing gestatten.¹⁰⁶ Daneben sei auch eine Ombudsstelle für Whistleblower sowie eine unabhängige öffentliche Beratungs- und Überwachungsstelle einzurichten.¹⁰⁷ Der Whistleblower müsse ferner vor Handlungen, die seine Hinweise stören unter Androhung von Strafe geschützt werden und weitgehende Schadensersatz- und ggf. staatliche Entschädigungsansprüche haben.¹⁰⁸ Insgesamt ist bei dem Antrag der Fraktion Die Linke eine deutliche Parallele zu den Vorstellungen des Vereins „Whistleblower-Netzwerk e.V.“ zu erkennen, die dieser in einem eigenen Vorschlag niedergelegt hat.¹⁰⁹

d. Bundestagsfraktion SPD (2012)

Im Jahr 2012 hat die Bundestagsfraktion der SPD einen Gesetzentwurf¹¹⁰ zum Schutz von Hinweisgebern in den Bundestag eingebracht, der, wie auch der Gesetzentwurf der Grünen, als Reaktion auf das Heinisch-Urteil des EGMR verstanden werden kann. Hinsichtlich des Regelungsstandorts wählt der

¹⁰² BT-Drs. 17/6492, 3.

¹⁰³ BT-Drs. 17/6492, 3.

¹⁰⁴ BT-Drs. 17/6492, 3.

¹⁰⁵ BT-Drs. 17/6492, 3.

¹⁰⁶ BT-Drs. 17/6492, 4.

¹⁰⁷ BT-Drs. 17/6492, 4.

¹⁰⁸ BT-Drs. 17/6492, 3 f.

¹⁰⁹ http://whistleblower-net.de/pdf/WBNW_Gesetzentwurf_Whistleblowing.pdf (Abruf 17.06.2013).

¹¹⁰ BT-Drs. 17/8567.

Entwurf der SPD jedoch einen anderen Ansatz als der Drei-Ministerien-Vorschlag und der Entwurf der Grünen. Der Schutz von Whistleblowern soll nicht durch ein Anzeigerecht im BGB oder anderen bestehenden Gesetzen, sondern durch ein eigenes „Hinweisgeberschutzgesetz“ (HinwGebSchG) erreicht werden, das in vielerlei Hinsicht Parallelen zum AGG aufweist. In persönlicher Hinsicht werden neben Arbeitnehmern auch Auszubildende und arbeitnehmerähnliche Personen sowie ehemalige Beschäftigte erfasst (§ 2 Abs. 3 HinwGebSchG-E). Im Zentrum des Entwurfs stehen das Anzeigerecht in § 6 HinwGebSchG-E, welches entsprechend der Forderung der Linksfraktion ein Wahlrecht zwischen internen Hinweisen und solchen an eine Behörde vorsieht (§ 6 Abs. 1 S.3 HinwGebSchG-E), sowie das entsprechende Benachteiligungsverbot in § 4 HinwGebSchG-E. Hinweise an die Öffentlichkeit oder nicht zur Verschwiegenheit verpflichtete Dritte sind nur unter den engeren Voraussetzungen des § 6 Abs. 2 HinwGebSchG-E möglich, wobei es insoweit schon genügen soll, wenn „die zuständige Behörde nicht angemessen auf den Hinweis reagiert hat“. Insofern wird eine Reihe von Verfahrensregeln für den Umgang mit Hinweisen aufgestellt, deren Nichtbefolgung durch die Behörde zur Zulässigkeit von Hinweisen an die Öffentlichkeit führt.

Daneben sieht der Gesetzentwurf einige begleitende Vorschriften, wie Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche und ein Leistungsverweigerungsrecht vor. Die in § 12 HinwGebSchG-E vorgesehene Beweisregelung entspricht inhaltlich derjenigen des Grünen-Entwurfs (§ 612a Abs. 2 BGB-E).

2. Bewertung

a. Allgemeines

Wer die vorgestellten Regelungsvorschläge einer kritischen Bewertung unterziehen will, muss sich zunächst vergegenwärtigen, welche Gestaltungsmöglichkeiten der Gesetzgeber überhaupt hat. Zum einen haben die Entscheidungen von BVerfG und EGMR Vorgaben gemacht, innerhalb derer kein allzu großer Raum für politische Entscheidungen verbleibt. Zum anderen geht es in Fällen des Whistleblowings immer um eine Abwägung grundrechtlicher Positionen, deren Ergebnis grundsätzlich von den Umständen des Einzelfalls abhängt. Dem Gesetzgeber verbleibt also letztlich nur die Möglichkeit innerhalb der von BVerfG und EGMR gesetzten Grenzen für gewisse Konstellationen

tionen eine Tendenz vorzugeben, die selten den Anspruch erheben können wird, abschließend und ausnahmslos zu gelten. Daneben ist es aber durchaus denkbar, dass der Gesetzgeber Beweislastregelungen und Begleit- oder Verfahrensvorschriften trifft, die in der Praxis von entscheidender Bedeutung sein können.

Im engen Zusammenhang mit dem eingeschränkten Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers steht die Frage, ob eine gesetzliche Regelung überhaupt notwendig oder sinnvoll ist.¹¹¹ Völkerrechtlich ergibt sich durch das EGMR-Urteil eine Pflicht weitere Konventionsverstöße derselben Art zu unterlassen. Dazu ist jedoch nicht zwingend eine gesetzliche Regelung erforderlich. Unabhängig davon ist jedoch die Frage zu beantworten, ob eine gesetzliche Regelung sinnvoll und wünschenswert wäre. Wie gesehen kann auch sie keine absolute Rechtssicherheit gewährleisten. Berücksichtigt man allerdings, dass von über 40 Millionen Erwerbstätigen in Deutschland¹¹² jeder potenziell in die Situation kommen kann, Zeuge rechtswidrigen Verhaltens im Zusammenhang mit seiner betrieblichen Tätigkeit zu werden und eine große Zahl sicherlich schon derartige Situationen erlebt hat, wird einem die enorme praktische Bedeutung des Themas bewusst. In Anbetracht dessen wird schon ein verhältnismäßig geringer Gewinn an Rechtssicherheit positiv zu bewerten sein. Darüber hinaus zeigt die Rechtsprechung der vergangenen Jahre, dass für Whistleblower durchaus noch erhebliche Schutzlücken bestehen, etwa bei der Beweislast hinsichtlich der Kausalität zwischen Anzeigen und benachteiligenden Maßnahmen durch den Arbeitgeber. Auch durch die Entscheidung des EGMR kann insoweit nicht zwingend von einer Verbesserung der Situation ausgegangen werden.¹¹³ Insgesamt ist daher eine gesetzliche Regelung als sinnvoll anzusehen.

¹¹¹ Dies verneinend etwa die Antwort der BReg (BT-Drs. 17/7053) auf eine kleine Anfrage der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen (BT-Drs. 17/6902); aus der Literatur u.a.: *Klasen/Schaefer*, BB 2012, 641, 644.

¹¹² Pressemitteilung des Statistischen Bundesamts, betreffend Zahl der Erwerbstätigen im 1. Quartal 2013: https://www.destatis.de/DE/PresseService/Presse/Pressemitteilungen/2013/05/PD13_166_13321.html;jsessionid=AD79F22514115DBB0384FBDBA4F6F93A.cae1 (Abruf 18.06.2013).

¹¹³ Vgl. etwa *Bauschke*, öAT 2012, 271, 273, der die fehlende bzw. mangelhafte Umsetzung des EGMR-Urteils durch deutsche Gerichte rügt.

b. Die Regelungsvorschläge im Einzelnen

Durch den Drei-Ministerien-Vorschlag sollte 2008 die Rechtsprechung von BVerfG und BAG kodifiziert werden. Es darf bereits angezweifelt werden, ob dies durch den vorgelegten Entwurf gelungen ist.¹¹⁴ So liegt diesem der grundsätzliche Vorrang der innerbetrieblichen Abhilfe zugrunde, den jedoch die Rechtsprechung gerade verneinte.¹¹⁵ Da sich in vielen anderen Beschäftigungsverhältnissen vergleichbare Probleme stellen, ist auch die Beschränkung auf das Arbeitsverhältnis kritisch zu sehen. Ferner verkennt der Entwurf, dass Konstellationen denkbar sind, in denen als Ultima Ratio Hinweise an die Presse oder die Öffentlichkeit als notwendig erscheinen (z.B. Warnung der Bevölkerung via Facebook, dass aus dem Chemiewerk, in dem der Whistleblower beschäftigt ist, aufgrund eines Störfalls giftige Gase austreten).

Allerdings ist zu bedenken, dass die Diskussion über das Thema Whistleblowing zum Zeitpunkt des Entwurfs in Deutschland noch nicht besonders weit vorangeschritten war. Der Drei-Ministerien-Vorschlag ist jedenfalls insoweit positiv zu bewerten als er die Diskussion und Auseinandersetzung mit der Thematik nicht nur in der rechtswissenschaftlichen Literatur ganz entscheidend mit angeregt hat.

Der Gesetzentwurf der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen kann durchaus als die Weiterentwicklung des Drei-Ministerien-Vorschlags bezeichnet werden. Er enthält insgesamt eine ausdifferenzierte Regelung, die weder den Arbeitnehmer- noch den Arbeitgeberinteressen einseitig den Vorrang einräumt, jedoch gegenüber dem Drei-Ministerien-Vorschlag das Schutzniveau für Whistleblower deutlich hebt (insbesondere durch § 612a Abs. 2 BGB-E). Ferner ist hervorzuheben, dass auch die beamtenrechtliche Problematik behandelt wird. Nicht erfasst sind hingegen arbeitnehmerähnliche Personen. Trotz der insgesamt detaillierten Ausgestaltung lässt auch dieser Entwurf einige Fragen offen. So erlaubt § 612b Abs. 2 BGB-E unter gewissen Voraussetzungen Hinweise an eine „zuständige außerbehördliche Stelle“. Allerdings wird der Entwurf wohl nicht so zu verstehen sein, dass man dem Whistleblower das Risiko auferlegen möchte, in der häufig selbst für Juristen kaum überschaubaren staatlichen Kompetenzverteilung die „zuständige“ Be-

¹¹⁴ Ebenso, aber mit anderer Begründung: Sasse, NZA 2008, 990, 992.

¹¹⁵ BAG, Urteil vom 03.07.2003 - 2 AZR 235/02, NJW 2004, 1547, 1549.

hörde auszuwählen.

Der Antrag der Linksfraktion darf mit Recht als einseitig bezeichnet werden. Er berücksichtigt datenschutzrechtliche Interessen von Mitarbeitern oder anderen von den Hinweisen betroffenen Personen sowie Interessen des Arbeitgebers allenfalls am Rande. Ferner schießt der Entwurf – jedenfalls in der Absolutheit der gewählten Formulierungen – deutlich über das Ziel hinaus. Es ist bedenklich, dass die Überzeugung von der Wahrheit der behaupteten Tatsachen für den Schutz des Whistleblowers ausreichen soll. Nach den Vorstellungen der Linksfraktion muss der Whistleblower also offenbar keinerlei Anhaltspunkte vorweisen. Dies ermöglicht letztlich Behauptungen „ins Blaue hinein“. Es kann ferner kaum sinnvoll und verhältnismäßig sein, in einem kleinen Betrieb, in dem lediglich drei Beschäftigte tätig sind, ein Hinweisgebersystem einzurichten.¹¹⁶ Außerdem stellt sich die Frage, aus welchem Grund das „Stören“ eines Hinweises strafrechtliche Sanktionen¹¹⁷ erfordern soll. Welches Rechtsgut, das nicht ohnehin schon ausreichend durch das Strafrecht geschützt wird, würde dadurch berührt? Lobend hervorzuheben ist aber, dass der Antrag eine Regelung für alle Beschäftigungsverhältnisse fordert und so die Problematik umfassend klären will. Ferner sind viele der Vorschläge aus dem „Maßnahmenpaket“¹¹⁸, wie etwa die Unterstützung von Informationskampagnen und die Erarbeitung von Grundsätzen für internes Whistleblowing, als sinnvoll anzusehen. Zudem ist auch zu berücksichtigen, dass es wohl in der Natur eines Antrags liegt, tendenziell eher pauschale und plakative Forderungen aufzustellen und insoweit ein direkter Vergleich mit den detaillierten Ausgestaltungen eines Gesetzentwurfs nicht uneingeschränkt möglich ist.

Der Gesetzentwurf der SPD-Fraktion sieht sich teilweise schon aufgrund der Tatsache, dass er eine spezialgesetzliche Regelung vorschlägt, der Kritik ausgesetzt, zur weiteren Zersplitterung des Arbeitsrechts beizutragen.¹¹⁹ Demgegenüber eröffnet ein Spezialgesetz regelungstechnisch die Möglichkeit, ohne systematische Brüche verschiedene Personengruppen in den Schutz einzube-

¹¹⁶ Vgl. BT-Drs. 17/6492, 4.

¹¹⁷ BT-Drs. 17/6492, 4.

¹¹⁸ BT-Drs. 17/6492, 4 f.

¹¹⁹ *Leuchten*, ZRP 2012, 142, 145.

ziehen. Dies hat die SPD-Fraktion in § 2 Abs. 3 HinwGebSchG-E auch getan. Auf eine Regelung für Beamte wurde jedoch verzichtet, wobei sich die Frage stellt, warum diese nur im Hinblick auf Katalogstraftaten aus § 138 StGB und Korruptionsstraftaten anzeigeberechtigt sein sollen.¹²⁰ Für das freie Wahlrecht des Hinweisgebers zwischen internem und behördlichem Whistleblowing können durchaus gute Argumente angeführt werden. Allerdings erscheint es als unangemessene Benachteiligung des Arbeitgebers, wenn der Whistleblower die Möglichkeit hat sich unmittelbar an eine Behörde zu wenden und dann schon „kleinere“ Verfahrensfehler der Behörde (vgl. etwa § 6 Abs. 2 Nr. 2 lit. a HinwGebSchG-E) genügen sollen, den Weg an die Öffentlichkeit zu eröffnen. Man bedenke, dass der Arbeitgeber unter Umständen noch gar keine Kenntnis von den Missständen erlangt hat und dementsprechend noch keine Chance hatte diesen abzuwehren.

c. Zusammenfassung: Anforderungen an eine gesetzliche Regelung
Zusammenfassend können folgende zentrale Punkte für einen gesetzlichen Whistleblower-Schutz festgehalten werden:

Als Gegenstand der weitergegebenen Information kommen ausschließlich Gefahren für Rechtsgüter sowie drohende oder erfolgte Rechtsverstöße in Betracht. Demgegenüber scheiden Hinweise über lediglich unmoralisches Handeln aus, da in einer pluralistischen Gesellschaft allein die Rechtsordnung als Summe allgemeinverbindlicher Verhaltensnormen anerkannt werden kann. Die Regelung sollte in persönlicher Hinsicht alle abhängig beschäftigten Personen im privaten und öffentlichen Sektor erfassen. Insoweit erscheint es allerdings geboten, die Besonderheiten des jeweiligen Beschäftigungsverhältnisses zu beachten. Es leuchtet unmittelbar ein, dass im Bereich des Verfassungsschutzes und der Nachrichtendienste andere Regelungen für die Weitergabe von Informationen gelten müssen als in Unternehmen der Privatwirtschaft. Für den öffentlichen Sektor oder jedenfalls für solche Bereiche, in denen regelmäßig Zugang zu Informationen von besonderer Brisanz besteht, erscheint die Einrichtung eines Whistleblower-Beauftragten nach dem Vor-

¹²⁰ Vgl. § 37 Abs. 2 S.1 Nr. 3, S. 2 BeamStG, § 67 Abs. 2 S.1 Nr. 3, S. 2 BBG sowie die diesbezüglichen Ausführungen in der Entwurfsbegründung: BT-Drs. 17/8567, 6.

bild des Wehrbeauftragten des Deutschen Bundestages als sinnvoll.¹²¹

Eine arbeitsrechtliche Vorschrift zum Whistleblower-Schutz sollte eine differenzierte Stufenregelung (intern – extern – öffentlich) enthalten, da eine solche den Ausgleich der relevanten Belange am besten gewährleisten kann. Als ultima ratio sollten zur Abwehr dringender, erheblicher Gefahren für gewichtige Rechtsgüter Hinweise an die Öffentlichkeit zulässig sein. Demgegenüber soll der Arbeitnehmer bei geringen Rechtsverstößen oder einer hohen Wahrscheinlichkeit einer erfolgreichen Abhilfe zunächst intern tätig werden. In den übrigen Fällen sowie bei einem Fehlschlagen der internen Abhilfe kommen Hinweise an Behörden in Betracht.

Die Regelung muss ferner sicherstellen, dass sich der Whistleblower-Schutz nicht aufgrund tatsächlicher Beweislage in sein Gegenteil verkehrt. Jedenfalls hinsichtlich der Kausalität zwischen den Hinweisen und einer benachteiligenden Maßnahme muss zugunsten des Arbeitnehmers eine Beweiserleichterung greifen. Andererseits muss zum Schutz des Arbeitgebers sichergestellt werden, dass keine Hinweise „ins Blaue hinein“ erfolgen. Der Arbeitnehmer muss daher konkrete Anhaltspunkte vortragen können, aufgrund derer er auf eine Rechtsverletzung oder Gefährdung von Rechtsgütern schließen durfte. Nicht erforderlich erscheint es demgegenüber, das Recht zu Hinweisen und Anzeigen explizit von der Motivation des Whistleblowers abhängig zu machen.¹²² Abgesehen von den Schwierigkeiten, die Motivationslage des Arbeitnehmers im Prozess zu ergründen, kann es gerade bei der Abwehr von schwerwiegenden Gefahren nicht darauf ankommen, ob der Arbeitnehmer ausschließlich aus billigen Motiven handelte oder ob auch Wut auf den Arbeitgeber eine Rolle spielte. Da die Zivilrechtsordnung insbesondere in den §§ 226, 242, 826 BGB allgemeine Grenzen für die Ausübung von Rechten vorsieht, bedarf es insofern keiner speziellen Regelung.

Den genannten Anforderungen trägt der Gesetzentwurf der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen am besten Rechnung. Wie bereits aufgezeigt, bestehen aber auch bei diesem noch einige offene Fragen und weiterer Überarbeitungsbedarf.

¹²¹ Vgl. § 13 des Vorschlags für ein Whistleblowing-Gesetzes durch das Whistleblower-Netzwerk, welcher jedoch eine umfassende Zuständigkeit für den Beauftragten vorsieht, http://whistleblower-net.de/pdf/WBNW_Gesetzentwurf_Whistleblowing.pdf (Abruf 17.06.2013)

¹²² Vgl. aber: BAG, Urteil vom 03.07.2003 - 2 AZR 235/02, NJW 2004, 1547, 1549.

V. Fazit und Ausblick

Insgesamt lässt sich festhalten, dass sich beim Thema Whistleblowing sowohl in rechtlicher als auch in tatsächlicher Hinsicht für Arbeitnehmer, Arbeitgeber und Rechtsanwender viele Probleme stellen. Es ist zu begrüßen, dass mittlerweile in Wirtschaft und Politik sowie in der Rechtswissenschaft und Rechtsprechung ein gestiegenes Problembewusstsein zu erkennen ist und eine angeregte Debatte stattfindet.

Positiv kann außerdem die Tendenz bewertet werden, dass Unternehmen zunehmend interne Hinweissysteme einrichten.¹²³ Dies kann wegen der frühzeitigen Kenntniserlangung von Missständen und der geringeren Gefahr von Hinweisen an externe Stellen für Unternehmen große Vorteile haben.¹²⁴ Daneben kann aber – je nach Ausgestaltung - vor allem auch für potentielle Hinweisgeber ein hohes Schutzniveau geboten werden.¹²⁵

Ob der Gesetzgeber in der 18. Legislaturperiode einen umfassenden Schutz von Whistleblowern gesetzlich verankern wird, bleibt abzuwarten. Es darf wohl angenommen werden, dass das Thema bei einer Regierungsbeteiligung von SPD, Grünen oder Linkspartei auf der Tagesordnung landen würde. In Anbetracht dessen, dass CDU und CSU einer gesetzlichen Regelung zum Hinweisgeberschutz zwar in weiten Teilen kritisch gegenüberstehen, hingegen im Grundsatz einen gewissen Whistleblower-Schutz als notwendig erachten, wäre auch im Falle entsprechend denkbarer Koalitionen eine – wohl weniger weitgehende – gesetzliche Regelung möglich.

Klar ist jedoch, dass eine solche Regelung allein – ganz gleich wie sie auch ausgestaltet sein mag – die Problematik des Whistleblowings nicht lösen wird. Hierzu ist vielmehr auch erforderlich, dass das Phänomen eine stärkere gesellschaftliche Anerkennung findet. Von einer gesetzlichen Regelung könnte jedoch insoweit auch eine Signalwirkung ausgehen.

¹²³ Für deutsche Unternehmen, die in den USA an der Börse notiert sind, ist dies nach dem Sarbanes-Oxley Act von 2002 verpflichtend. Dazu: *Schemmel/Ruhmannseder/Witzigmann*, Hinweisgebersysteme, S. 69 ff.

¹²⁴ *Schemmel/Ruhmannseder/Witzigmann*, Hinweisgebersysteme, S. 74 ff.

¹²⁵ *Schemmel/Ruhmannseder/Witzigmann*, Hinweisgebersysteme, S. 87 ff.



Theresa Kreft

Theresa Kreft studiert im 9. Semester Rechtswissenschaft an der Universität Passau und tritt demnächst zum Ersten Staatsexamen an. Ihr Schwerpunktstudium absolvierte sie im Internationalen Unternehmens- und Kapitalmarktrecht. Hierbei nahm sie am Seminar "Krise und Reform der europäischen Währungsverfassung" bei Prof. Dr. Christoph Herrmann teil, in dessen Rahmen diese Arbeit entstand.

Europarechtliche Fragen einer Zentral- bankfinanzierung von EFSF und ESM

I. Einführung

Während der Verhandlungen über die Einrichtung der verschiedenen Rettungsfonds herrschte stets Uneinigkeit zwischen den Staats- und Regierungschefs der Euroländer über die Frage, ob die Fonds Zugang zu Zentralbankgeld erhalten sollen. In der Öffentlichkeit wurde diese Thematik als sog. „Banklizenz“ diskutiert, mittels derer sich die Rettungsfonds wie Geschäftsbanken bei den Zentralbanken refinanzieren könnten. Während Frankreich die „Lizenz“, vor allem während der Verhandlung zur Europäischen Finanzstabilisierungsfazilität (EFSF), immer wieder forderte, lehnte Deutschland sie stets ab.¹ Die Bundesregierung setzte sich schließlich bezüglich der EFSF durch² und blieb auch hinsichtlich des Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM) bei ihrer Haltung.³ Auch die Europäische Zentralbank (EZB) schloss im März 2011 in einer Stellungnahme aus, den ESM als Geschäftspartner zuzulassen.⁴ Fraglich

¹ Streit um Banklizenz für EFSF: Gipfel des Chaos, <http://www.sueddeutsche.de/politik/streit-um-banklizenz-fuer-efsf-gipfel-des-chaos-1.1169935>, Erstellung am 21.10.2011, 15:01 Uhr, Seite 1 von 2, Abruf am 09.07.2013.

² Schuldenkrise: Euro-Rettungsschirm soll keine Banklizenz erhalten, <http://www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/schuldenkrise-euro-rettungsschirm-soll-keine-banklizenz-erhalten-a-792348.html>, Erstellung am 18.10.2011, Abruf am 09.07.2012.

³ Deutschland lehnt Banklizenz für Rettungsfonds ESM ab, <http://www.welt.de/newsticker/bloomberg/article105361461/Deutschland-lehnt-Banklizenz-fuer-Rettungsfonds-ESM-ab-Bericht.html>, Erstellung am 08.12.2011, Abruf am 09.07.2013.

⁴ Punkt 9. der Stellungnahme (EZB) CON/2011/24, v. 17.03.2011, zu einem Entwurf des Beschlusses des Europäischen Rates zur Änderung des Artikels 136 des Vertrags über die Ar-

ist, ob diese Position gegen den internationalen Druck durchgehalten werden kann, sollte die europäische Schuldenkrise wieder an Dynamik gewinnen. Denn es ist gesichert, dass weder EFSF noch ESM in ihrer jetzigen Größe und Konzeption ausreichende Mittel haben, um beispielsweise Spanien und Italien gegebenenfalls unter ihren „Schutzschild“ zu nehmen.⁵ Ob solch eine Zentralbankfinanzierung der Rettungsfonds auch europarechtlich zulässig wäre, ist Gegenstand dieser Arbeit.

II. Entstehung und Funktionsweise der EFSF und des ESM

1. Hintergrund der Einführung von EFSF und ESM

Am 09.05.2010 verabschiedete der *Economic and Financial Affairs Council* die Einführung eines Europäischen Finanzstabilisierungsmechanismus (EFSM) und die Einrichtung einer zwischenstaatlichen Zweckgesellschaft, der EFSF.⁶ EFSM und EFSF wurden jedoch als temporäre Rettungsmechanismen konzipiert.⁷ Am 24./25.03.2011 beschloss der Europäische Rat deshalb die Einrichtung des dauerhaften ESM, der EFSM und EFSF ablöst.⁸ Am 27.09.2012 trat der ESM in Kraft und arbeitet damit zunächst parallel zur EFSF.⁹

beitsweise der Europäischen Union hinsichtlich eines Stabilitätsmechanismus für die Mitgliedstaaten, deren Währung der Euro ist, ABIEU 2011 Nr. C 140, S. 12.

⁵ Sester, EWS 2012, 80, 87.

⁶ Zusätzlich stellte der Internationale Währungsfonds (IWF) bis zu 250 Mrd. Euro bereit; Chronologie der Stabilisierung der Wirtschafts- und Währungsunion, http://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Europa/Stabilisierung_des_Euro/2010-06-04-chronologie-euro-stabilisierung.html, Abruf am 09.07.2012; Press release no. 9596/10, Council of the European Union, Economic and Financial Affairs, v. 9./10.05.2010 http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ecofin/114324.pdf, Abruf am 09.07.2013.

⁷ Schröder in: Bergmann, Jan [Hrsg.]: Handlexikon der Europäischen Union, 4. Auflage, Baden-Baden 2012, S. 845: Stabilitätsmechanismus, Europäischer.

⁸ Chronologie der Stabilisierung der Wirtschafts- und Währungsunion (Fn. 6).

⁹ Der ESM ist in Kraft, http://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Europa/Stabilisierung_des_Euro/Finanzhilfemechanismen/EU_Stabilitaetsmechanismus_ESM/2012-09-28-neuer-faq-esm.html, Erstellung am 28.09.2012, Abruf am 09.07.2013.

2. Die EFSF

Am 07.06.2010 wurde nach luxemburgischen Recht eine Société Anonyme (S.A.)¹⁰ unter der Firma „European Financial Stability Facility“ gegründet.¹¹ Grundlage ihrer Funktionsweise ist der EFSF-Rahmenvertrag, der zwischen den damaligen 16 Euro-Staaten und der EFSF S.A. geschlossen wurde.¹² Gesellschafter sind die Mitgliedstaaten des Euro-Währungsgebiets.¹³ Die EFSF kann nach dem 30.06.2013 keine Finanzierungshilfen mehr bereitstellen und ist zu liquidieren, sobald alle zurückzuzahlenden Beträge vollständig beglichen wurden.¹⁴

» Weder EFSF noch ESM haben derzeit ausreichende Mittel, um beispielsweise Spanien und Italien unter ihren 'Schutzschild' zu nehmen. «

Die EFSF finanziert

Hilfen für Mitgliedstaaten über den Kapitalmarkt durch die Emission bzw. Übernahme von Anleihen, Schuldscheinen oder mittels anderer Finanzierungsformen. Alle diese Finanzierungsinstrumente werden durch Bürgschaften der Eurostaaten abgesichert.¹⁵ Der Garantieanteil der Gesellschafter richtet sich nach ihrem Anteil am Kapitalschlüssel der EZB.¹⁶ Diese Garantien bestehen i.H.v. bis zu 780 Mrd. Euro, sodass die EFSF Finanzhilfen i.H.v. 440 Mrd. Euro gewähren kann.¹⁷ Diese „Übersicherung“ ist notwendig zum

¹⁰ Rechtsform für Aktiengesellschaften.

¹¹ Präambel (2) EFSF Framework Agreement/ EFSF-Rahmenvertrag: http://www.efsf.europa.eu/attachments/20111019_efsf_framework_agreement_en.pdf (Arbeit mit der inoffiziellen deutschen Arbeitsübersetzung: http://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/Europa/Einleitungstext_Anlage_EFSF_Rahmenvertrag.pdf?__blob=publicationFile&v=4), Abruf am 09.07.2013; Häde in Streinz, Rudolf: EUV/AEUV, Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, 2. Auflage, München 2012, Art. 122 AEUV, Rn. 13.

¹² Vgl. die Vertragsparteien des EFSF-Rahmenvertrags; Häde in: Streinz (Fn. 11), Art. 122 AEUV, Rn. 13.

¹³ Vgl. die Vertragsparteien des EFSF-Rahmenvertrags; zu ihrer Organisation s. Art. 10 EFSF-Rahmenvertrag.

¹⁴ Art. 11 II EFSF-Rahmenvertrag.

¹⁵ Präambel (4) EFSF-Rahmenvertrag.

¹⁶ Art. 5 I lit. a EFSF-Rahmenvertrag.

¹⁷ Präambel (2) EFSF-Rahmenvertrag.

Erhalt des bestmöglichen Ratings für die EFSF-Finanzinstrumente.¹⁸ Die EFSF verfügt folglich nicht über Eigenkapital.

Gegen Auflagen kann die EFSF Finanzhilfe in Form von Darlehensauszahlungen, vorsorglichen Fazilitäten, Fazilitäten zur Finanzierung der Rekapitalisierung von Finanzinstituten in den Mitgliedstaaten¹⁹ sowie Fazilitäten für den Anleihekauf an den Sekundärmärkten²⁰ und für den Anleihekauf an den Primärmärkten gewähren.²¹

Die Hilfe erfolgt in Form einer „Vereinbarung über eine Finanzhilfefazilität“ zwischen der EFSF und dem Mitgliedstaat. Grundlage dafür ist ein Memorandum of Understanding (MoU). Die EZB ist dabei in die Vorbereitung sowohl des MoU als auch der Vereinbarung über eine Finanzhilfefazilität eingebunden.²²

3. Der ESM

Am 02.02.2012 schlossen die Mitgliedstaaten des Euro-Währungsgebiets einen völkerrechtlichen Vertrag zur Einrichtung einer internationalen Finanzinstitution (*International Financial Institution/ IFI*), die den Namen „Europäischer Stabilitätsmechanismus“ trägt.²³ Er trat am 27.09.2012 in Kraft. Der ESM ist eine rechtlich selbstständige internationale Organisation außerhalb der Verträge.²⁴ Denn die Befugnis zur Einrichtung eines Stabilitätsmechanismus verblieb mangels Zuständigkeit der Union in diesem Bereich bei den

¹⁸ Nettesheim in: Kadelbach, Stefan [Hrsg.]: Nach der Finanzkrise – Rechtliche Rahmenbedingungen einer neuen Ordnung, Baden-Baden 2012, S. 39.

¹⁹ Durch Darlehen an die jeweilige Regierung.

²⁰ Nur bei Feststellung außergewöhnlicher Umstände durch die EZB.

²¹ Präambel (2) EFSF-Rahmenvertrag.

²² Präambel (2), Art 2 I lit. a EFSF-Rahmenvertrag.

²³ Art. 1 ESM-Vertrag, European Stability Mechanism Treaty (ESM), Veröffentlichung des Vertragstextes auf der Website des Europäischen Rates, <http://www.european-council.europa.eu/media/582866/02-tesm2.de12.pdf>, Abruf am 09.07.2013; hierin auch weitere Informationen zu seiner Organisation oder unter <http://www.esm.europa.eu/index.htm>; Unterzeichnung des ESM-Vertrags, http://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Europa/Stabilisierung_des_Euro/Finanzhilfemechanismen/2012-01-27-esm.html, Erstellung am 3.02.2012, Abruf am 15.08.2013.

²⁴ Ohler in: Siekmann, Helmut [Hrsg.], EWU – Kommentar zur Europäischen Währungsunion, Tübingen 2013, Art. 136 AEUV, Rn. 16.

Mitgliedstaaten.²⁵ So stellt Art. 136 III AEUV²⁶ auch keine Rechtsgrundlage zur Errichtung des ESM dar.²⁷ Am 08.08.2012 nahm der ESM seine operative Tätigkeit auf.²⁸ Alle grundlegenden Entscheidungen des ESM fällt der Gouverneursrat, der mit den Finanzministern der Mitglieder besetzt ist.²⁹

Das genehmigte Stammkapital des ESM i.H.v. 700 Mrd. Euro ist in eingezahltes und abrufbares Kapital unterteilt. Die Mitgliedstaaten sind verpflichtet, 80 Mrd. Euro innerhalb von fünf Jahren in den ESM-Fonds einzuzahlen (Eigenkapital) sowie das restliche abrufbare Kapital i.H.v. 620 Mrd. Euro jederzeit bereit zu stellen (Garantien).³⁰ Der Beitragsschlüssel richtet sich nach dem Anteil am EZB-Kapital.³¹ Der ESM kann Anleihen, die durch die Zahlungsverpflichtung der Mitgliedstaaten und das eingezahlte Kapital besichert sind, mit einem AAA-Rating in Höhe von bis zu 500 Mrd. Euro begeben. Auch hier ist eine „Übersicherung“ nötig.³² Die erzielten Einnahmen werden als Finanzhilfen weitergegeben.³³

Der ESM kann unter strengen Auflagen „ESM-Stabilitätshilfe“³⁴ gewähren, wenn dies zur Wahrung der Finanzstabilität des Euro-Währungsgebiets ins-

²⁵ Prinzip der begrenzten Einzelmächtigung, Art. 4 I, 5 II EUV; EuGH, Urteil vom 27.11.2012 – C-370/12, Pringle, Slg. 2012, I-000, Rn. 64-66, 105.

²⁶ „Die Mitgliedstaaten, deren Währung der Euro ist, können einen Stabilitätsmechanismus einrichten, der aktiviert wird, wenn dies unabdingbar ist, um die Stabilität des Euro-Währungsgebiets insgesamt zu wahren. Die Gewährung aller erforderlichen Finanzhilfen im Rahmen des Mechanismus wird strengen Auflagen unterliegen.“, Beschluss des Europäischen Rates v. 25.03.2011, zur Änderung des Artikels 136 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union hinsichtlich eines Stabilitätsmechanismus für die Mitgliedstaaten, deren Währung der Euro ist, 2011/199/EU, ABIEU Nr. L 91 vom 06.04.2011.

²⁷ EuGH, Rs. C-370/12, Pringle (Fn. 25), Rn. 72; *Ohler* in: *Siekmann*, EWU (Fn. 24), Art. 136 AEUV, Rn. 15; seine rechtliche Wirkung besteht in der Schaffung einer primärrechtlichen Ausnahme zu Art. 125 AEUV, *Ohler*, ebd.; *Thym*, EuZW 2011, 167, 170.

²⁸ Der ESM ist in Kraft, http://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Europa/Stabilisierung_des_Euro/Finanzhilfemechanismen/EU_Stabilitaetsmechanismus_ESM/2012-09-28-neuer-faq-esm.html, Erstellung am 28.09.2012, Abruf am 15.08.2013.

²⁹ Art. 5 I, VI, VII ESM-Vertrag; vgl. *Bark/Gilles*, EuZW 2013, 367, 368

³⁰ Art. 8 ESM-Vertrag.

³¹ Art. 11 I ESM-Vertrag.

³² *Nettesheim* in: *Kadelbach*, Nach der Finanzkrise (Fn. 18), 44 f.

³³ Art. 21 I ESM-Vertrag.

³⁴ Art. 12 II ESM-Vertrag.

gesamt und der Euro-Mitgliedstaaten unabdingbar ist.³⁵ Die Finanzhilfe des ESM ist in denselben fünf Formen wie bei der EFSF möglich.³⁶ Die Liste dieser Instrumente kann jedoch geändert und damit auch ergänzt werden.³⁷ Auf Grundlage einer im Benehmen mit der EZB verfassten Bewertung der Kommission beschließt der Gouverneursrat, grundsätzlich Stabilitätshilfe für einen Mitgliedstaat zu gewähren.³⁸ Daraufhin handelt die Kommission – ebenfalls im Benehmen mit der EZB³⁹ – mit dem ESM-Mitglied ein MoU aus. Auf dessen Grundlage wird die finale „Vereinbarung über eine Finanzhilfefähigkeit“ ausgehandelt und vom Gouverneursrat beschlossen.⁴⁰

III. Europarechtliche Zulässigkeit einer Zentralbankfinanzierung von EFSF und ESM

1. Einführung

Über eine Zentralbankfinanzierung könnte das Vergabevolumen von EFSF und ESM ohne eine sonst nötige Erhöhung der Garantien ausgeweitet werden („Hebelung“). Die von den Fonds mit den schon zur Verfügung stehenden Mitteln angekauften Staatsanleihen könnten als Sicherheiten bei den Notenbanken hinterlegt werden, wie es für die Gewährung von Zentralbankgeld vorgeschrieben ist. Mit dem gewährten Zentralbankgeld könnten EFSF und ESM wiederum Staatsanleihen als Sicherheiten für weitere Geschäfte mit dem Eurosystem⁴¹ erwerben. Auf diese Weise wäre z.B. für die EFSF eine Erweiterung des Kreditvergabevolumens auf bis zu 2 Billionen Euro möglich.⁴² Im Folgenden wird zunächst untersucht, ob solche eine Finanzierung von den

³⁵ Erwägungsgründe (6) ESM-Vertrag.

³⁶ Art. 14 – 18 ESM-Vertrag; siehe Abschnitt B. II.

³⁷ Art. 19 ESM-Vertrag.

³⁸ Art. 13 I, II ESM-Vertrag.

³⁹ Und nach Möglichkeit mit dem IWF.

⁴⁰ Art. 13 III, Art. 6 VI lit. f i.V.m. Art. 4 III ESM-Vertrag; ausführlich bei: *Bark/Gilles*, EuZW, 2013, 367, 370.

⁴¹ Die Europäische Zentralbank und die nationalen Zentralbanken der Mitgliedstaaten, deren Währung der Euro ist, bilden das Eurosystem, Art. 282 I S. 2 AEUV.

⁴² Kreditvolumen des EFSF: Schäuble will einen längeren Hebel, <http://www.ftd.de/politik/europa/kreditvolumen-des-efsf-schaeuble-will-einen-laengeren-hebel/60110053.html>, Abzuruf am 14.07.2013, Erstellung am 29.09.2011.

primärrechtlichen Kompetenzen des Europäische System der Zentralbanken (ESZB)⁴³ im Grundsatz gedeckt ist. Sodann wird geprüft, ob und inwieweit die Finanzierung mit den übrigen Vorschriften der Verträge vereinbar ist.

2. Kompetenz des ESZB zur Finanzierung von EFSF und ESM

a. Aufgaben und Befugnisse des ESZB

aa. Finanzierung im Rahmen der Geldmarktpolitik

Eine Zentralbankfinanzierung von EFSF und ESM käme im Hinblick auf die dem ESZB zugewiesenen grundlegenden Aufgaben nur im Rahmen der Geldpolitik der Union in Betracht, Art. 127 II 1. Gedankenstr. AEUV. Das von der ESZB-Satzung verliehene geldpolitische Instrumentarium⁴⁴ hat die EZB konkretisiert und Bedingungen für Geschäfte mit dem Eurosystem aufgestellt.⁴⁵ Demnach besteht die Geldpolitik des Eurosystems in der Durchführung von Offenmarktgeschäften, dem Angebot von ständigen Fazilitäten und der Auferlegung einer Mindestreservepflicht. Offenmarktgeschäfte umfassen dabei sowohl Offenmarkt- als auch Kreditgeschäfte auf Initiative des Eurosystems⁴⁶, im Gegensatz zu den auf Initiative der Geschäftspartner durchgeführten ständigen Fazilitäten. Für eine dauerhafte Zentralbankfinanzierung von EFSF und ESM sind die Offenmarktgeschäfte in Form der regelmäßig stattfindenden Refinanzierungsgeschäfte geeignet.⁴⁷ Teilnahmevoraussetzungen für die Finanzierungsgeschäfte des Eurosystems sind die Zulassung als Geschäftspartner und die Leistung von Sicherheiten.

⁴³ Das Europäische System der Zentralbanken bilden die Europäische Zentralbank (EZB) und die nationalen Zentralbanken (NZBen), Art. 282 I S.1 AEUV. Die Bestimmungen der Verträge beziehen sich grds. auf alle europäischen Notenbanken. Relevanz haben sie jedoch i.d.R. nur für das Eurosystem (Fn. 41). Wenn im Folgenden von nationalen Zentralbanken (NZBen) ohne weitere Hinweise die Rede ist, wird daher nur auf die des Eurosystems Bezug genommen.

⁴⁴ Art. 18, 19, 20 (und 17) ESZB-Satzung.

⁴⁵ Leitlinie EZB/2011/14 der Europäischen Zentralbank, vom 20.09.2011, über geldpolitische Instrumente und Verfahren des Eurosystems (Neufassung), ABIEU 2011 Nr. L 331, S. 9.

⁴⁶ Die EZB bezieht auch die Refinanzierungspolitik mit in den Begriff ein und verwendet damit z.B. eine weitere Definition als früher die Bundesbank, *Hahn, Hugo/Häde, Ulrich*, Währungsrecht, 2. Auflage, München 2010, S. 170, Rn. 16.

⁴⁷ In Betracht kämen vor allem das Hauptrefinanzierungsgeschäft und die längerfristigen Refinanzierungsgeschäfte; ausführliche Darstellung der geldpolitischen Instrumente: Leitlinie EZB/2011/14, ABIEU 2011 Nr. L 331, S. 13 ff.

aaa. Zulassungskriterien für Geschäftspartner

Um Zugang zu den für die EFSF und den ESM relevanten Geschäften⁴⁸ zu erhalten, ist es erforderlich, die allgemeinen Zulassungskriterien als „Geschäftspartner“ des Eurosystems zu erfüllen. Potentielle Geschäftspartner müssen demnach in das Mindestreservesystem des Eurosystems einbezogen sein.⁴⁹ Gem. Art. 19.1 ESZB-Satzung und Art. 2 I a) der Verordnung (VO) EZB/2003/9⁵⁰

» Die EFSF ist *expressis verbis* kein Kreditinstitut – damit scheidet eine Zulassung zu den im Rahmen der Geldmarktpolitik relevanten Finanzierungsgeschäften derzeit aus. «

i.V.m. Art. 1 I Nr. 1 der Richtlinie (RL) 2000/12/EG⁵¹ sind Kreditinstitute mindestreservspflichtig. Kreditinstitute sind Unternehmen, deren Tätigkeit darin besteht, Einla-

gen oder andere rückzahlbare Gelder des Publikums entgegenzunehmen und Kredite für eigene Rechnung zu gewähren.⁵² Diese Unternehmen müssen jedoch gem. Art. 4 der RL 2000/12/EG⁵³ vor Aufnahme ihrer Tätigkeit in einem Mitgliedstaat durch Hoheitsakt⁵⁴ als Kreditinstitut zugelassen werden.⁵⁵ Dazu benötigt das Unternehmen, unbeschadet nationaler Vorschriften, getrennte Eigenmittel und grundsätzlich ein Anfangskapital i.H.v. mindestens 5 Mio. Euro.⁵⁶

Die EFSF erfüllt diese Vorgaben nicht⁵⁷ und ist im Übrigen auch laut EFSF-

⁴⁸ Endgültige Verkäufe und Käufe sind zwar nicht von vornherein beschränkt, aber zu einer dauerhaften Finanzierung ungeeignet, vgl. Anhang I Punkt 3.2 und 3.4 der Leitlinie EZB/2011/14, ABIEU 2011 Nr. L 331, S. 16.

⁴⁹ Anhang I Punkt 2.1 a) der Leitlinie EZB/2011/14, ABIEU 2011 Nr. L 331, S. 12.

⁵⁰ VO (EG) Nr. 1745/2003 der Europäischen Zentralbank über die Auferlegung einer Mindestreservspflicht, v. 12.09.2003, EZB/2003/9, ABIEU 2003 Nr. L 250, S. 11.

⁵¹ RL 2000/12/EG, v. 20.03.2000, über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute, ABI/EG 2000 Nr. L 126, S. 12, geändert durch die VO 2000/28/EG, v. 18.09.2000, zur Änderung der RL 2000/12/EG über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute, ABIEU 2000 Nr. L 275, S. 37.

⁵² Art. 1 I Nr. 1 der RL 2000/12/EG (s. Fn. 51).

⁵³ ABI/EG 2000 Nr. L 126, S. 16.

⁵⁴ Art. 1 I Nr. 2 der RL 2000/12/EG, ABI/EG 2000 Nr. L 126, S. 12.

⁵⁵ RL 2000/12/EG, ABI/EG 2000 Nr. L 126, S. 12 bzw. 16.

⁵⁶ Art. 5 der RL 2000/12/EG, ABI/EG 2000 Nr. L 126, S. 16.

⁵⁷ Sie verfügt nicht über Eigenkapital, vgl. oben B. II.

Rahmenvertrag *expressis verbis* kein Kreditinstitut⁵⁸. Damit scheidet eine Zulassung der EFSF zu den im Rahmen der Geldmarktpolitik relevanten Finanzierungsgeschäften derzeit aus.

Der ESM dagegen verfügt über getrennte Eigenmittel bzw. ein Anfangskapital i.H.v. 80 Mrd. Euro.⁵⁹ Allerdings ist er laut ESM-Vertrag⁶⁰ von jeglicher Zulassungs- oder Lizenzierungspflicht, die nach dem Recht eines ESM-Mitglieds gilt, befreit. Daraus könnte einerseits geschlossen werden, dass er damit nicht als Kreditinstitut i.S.d. Art. 2 I a) der VO EZB/2003/9 i.V.m. Art. 1 I Nr. 1 der RL 2000/12/EG zugelassen werden kann. Andererseits sollte der ESM durch die Befreiung von der Zulassungspflicht wohl gerade nicht schlechter gestellt werden als andere Kreditinstitute. Wenn die Tätigkeit des ESM die Voraussetzung des Art. 1 I Nr. 1 der RL 2000/12/EG erfüllt, müsste er bereits deshalb, also ohne hoheitliche Zulassung, Kreditinstitut i.S.d. genannten Vorschriften sein. Der ESM gewährt zum einen Kredite für eigene Rechnung.⁶¹ Zum anderen fällt unter die Hereinnahme von „Einlagen oder anderen rückzahlbaren Geldern des Publikums“ laut der RL 2000/12/EG auch die laufende Ausgabe von Schuldverschreibungen und ähnlichen Wertpapieren⁶², folglich auch die Begebung der EFSF-/ESM-Anleihen zur Finanzierung der Finanzhilfen. Demgemäß stellt der ESM ein Kreditinstitut i.S.d. Art. 2 I a) der VO EZB/2003/9 i.V.m. Art. 1 I Nr. 1 der RL 2000/12/EG dar. Die Einbeziehung in das Mindestreservesystem ist also grundsätzlich möglich. Die Zulassung des ESM zu Geschäften mit dem Eurosystem hängt unter diesem Gesichtspunkt mithin nur noch von der Zustimmung der EZB ab.⁶³ Diese verweigert die EZB jedoch bis jetzt.⁶⁴

Schließlich muss es sich bei den Geschäftspartnern um finanziell solide Institute handeln, die einer Form der auf Unionsebene harmonisierten bzw. ei-

⁵⁸ Art. 2 I lit. a EFSF-Rahmenvertrag.

⁵⁹ Vgl. oben B. III.

⁶⁰ Art. 32 IX ESM-Vertrag.

⁶¹ Vgl. oben B. III. i.V.m. II.

⁶² Erwägungsgrund (6) der RL 2000/12/EG, ABIEG 2000 Nr. L 126, S. 2.

⁶³ *Häring*: Ist der Krisenhelfer ESM in Wirklichkeit eine Bank, <http://www.handelsblatt.com/politik/konjunktur/nachrichten/stimmt-es-dass-ist-der-krisenhelfer-esm-in-wirklichkeit-eine-bank/6639918.html>, Erstellung am 16.05.2012, Abruf am 14.07.2013.

⁶⁴ Punkt 9. der Stellungnahme (EZB) CON/2011/24, v. 11.05.2011, ABIEU 2011 Nr. C 140, S. 9.

ner einen vergleichbaren Standard aufweisenden Aufsicht unterliegen.⁶⁵ Zwar sollen die Operationen des ESM den Grundsätzen eines soliden Finanz- und Risikomanagements entsprechen.⁶⁶ Der ESM und seine Vermögenswerte und Ausstattung genießen jedoch eine weitreichende Immunität von gerichtlichen Verfahren, von jeglichem Zugriff durch staatliche Maßnahmen sowie von staatlichen Kontrollen.⁶⁷ Eine Form der Bankenaufsicht, wie das Eurosystem sie fordert, ist so ausgeschlossen.

Im Gegensatz dazu sind die EFSF-Vertragsparteien gerade zum Verzicht auf jegliche Immunität verpflichtet. Zumindest hinsichtlich der aufsichtsrechtlichen Anforderung besteht daher nicht von vornherein ein Hindernis für die EFSF zur Zulassung als Geschäftspartner des Eurosystems.

Schließlich müssen Geschäftspartner alle operationalen Kriterien erfüllen, die in vertraglichen oder öffentlich-rechtlichen Regelungen der betreffenden nationalen Zentralbank (NZB) oder der EZB niedergelegt sind, um eine effiziente Durchführung der geldpolitischen Geschäfte des Eurosystems zu gewährleisten.⁶⁸ EFSF und ESM müssten also gegebenenfalls noch zusätzlich länderspezifische Voraussetzungen erfüllen, wie z.B. die AGB der Bundesbank.

bbb. Notwendigkeit Sicherheiten zu leisten

Alle liquiditätszuführenden geldpolitischen Operationen des Eurosystems müssen mit Sicherheiten unterlegt werden.⁶⁹ Eine Annahme von Anleihen der EFSF und des ESM ist ausgeschlossen, weil der Schuldner einer Sicherheit nicht mit dem die Sicherheit hinterlegenden Geschäftspartner identisch sein darf.⁷⁰ Folglich kommen als Sicherheiten nur die i.R.d. der Hilfsprogramme angekauften Staatsanleihen oder i.R.d. Anlagepolitik erworbene Vermögenswerte in Betracht, wenn diese jeweils die Bonitätskriterien erfüllen. Da EFSF und ESM eine umsichtige Anlagepolitik betreiben werden, um ihre Bonität

⁶⁵ Anhang I Punkt 2.1 b) der Leitlinie EZB/2011/14, ABIEU 2011 Nr. L 331, S. 12.

⁶⁶ Art. 22 II ESM-Vertrag.

⁶⁷ Art. 32 ESM-Vertrag.

⁶⁸ Anhang I Punkt 2.1 c) der Leitlinie EZB/2011/14, ABIEU 2011 Nr. L 331, S. 12.

⁶⁹ Dies folgt aus Art. 18.1 ESZB-Satzung, Anhang I Punkt 6.1 der Leitlinie EZB/2011/14, ABIEU 2011 Nr. L 331, S. 2.

⁷⁰ Vgl. Anhang I Punkt 6.2.3.2. der Leitlinie EZB/2011/14, ABIEU 2011 Nr. L 331, S. 34.

zu sichern⁷¹, dürfte dies nur bei den Anleihen der unterstützten Staaten problematisch werden. Es zeigte sich jedoch in der Vergangenheit die Bereitschaft der EZB, die Anforderungen für notenbankfähige Sicherheiten zu lockern, wenn dies nach ihrer Sicht nötig war.⁷² Es ist daher davon auszugehen, dass EFSF und ESM über ausreichende Sicherheiten verfügen werden.

aa. Geschäfte mit Drittstaaten und internationalen Organisationen

Art. 23 ESZB-Satzung gewährt dem ESZB die zur Erfüllung seiner Ziele und Aufgaben erforderlichen Kompetenzen in der Außenbeziehung⁷³ – damit auch die Befugnis, alle Arten von Bankgeschäften mit internationalen Organisationen (I.O.) zu tätigen.⁷⁴

Die EFSF basiert zwar auf einer zwischenstaatlichen Vereinbarung, sowohl ihre Gründung als Gesellschaft als auch die Festlegung ihrer Organisation und Funktionsweise durch den EFSF-Rahmenvertrag erfolgten jedoch auf privatrechtlichem Wege.⁷⁵ Ein völkerrechtlicher Gründungsvertrag ist jedoch nach allgemeiner Ansicht konstitutiv für eine Internationale Organisation.⁷⁶ Zudem ist die EFSF nicht auf Dauer angelegt. Außerdem unterliegen der EFSF-Rahmenvertrag und Verpflichtungen, die sich daraus oder im Zusammenhang damit ergeben, dem englischen Recht sowie Streitigkeiten zwischen den Mitgliedstaaten des Euro-Währungsgebiets und der EFSF der luxemburgischen Gerichtsbarkeit. Sie stellt daher wohl keine internationale Organisation i.S.d. Art. 23 ESZB-Satzung dar.⁷⁷

⁷¹ Der ESM ist dazu sogar verpflichtet, Art. 22 I ESM-Vertrag.

⁷² Beschluss EZB/2011/25, vom 14.12.2011, über zusätzliche zeitlich befristete Maßnahmen hinsichtlich der Refinanzierungsgeschäfte des Eurosystems und der Notenbankfähigkeit von Sicherheiten, ABIEU 2011 Nr. L 341/65.

⁷³ *Smits, René*: The European Central Bank – Institutional Aspects, Den Haag, Niederlande 1997S. 307 f.; *Gaitanides, Charlotte*: Das Recht der Europäischen Zentralbank, Tübingen 2005, S. 148.

⁷⁴ Art. 23 4. Gedankenstr. ESZB-Satzung; Internationale Organisationen sind ein auf Dauer angelegter Zusammenschluss mindestens zweier Staaten, dem durch einen völkerrechtlichen Gründungsakt von seinen Mitgliedern Aufgaben zur selbstständigen Ausführung übertragen werden, und der hierfür über mindestens zwei handlungsfähige Organe verfügt, *Stein, Torsten/von Buttlar, Christian*, Völkerrecht, 13. Auflage 2012, München, S. 117 f., Rn. 367.

⁷⁵ *Bandilla* in: *Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin*, Das Recht der Europäischen Union, 50. Ergänzungslieferung, München 2013, Art. 122 AEUV, Rn. 31; vgl. oben B. II.

⁷⁶ *Stein/von Buttlar*, Völkerrecht (Fn. 74), S. 117 f., Rn. 367 f.

⁷⁷ A.A. wohl *Stein/von Buttlar*, Völkerrecht (Fn. 74), S. 120, Rn. 377; vgl. Art. 16 I, II EFSF-Rahmenvertrag.

Das Gegenteil könnte für den ESM gelten.⁷⁸ So zählen zu I.O. i.S.d. Art. 23 ESZB-Satzung auch andere IFIs wie der IWF und die Bank für Internationalen Zahlungsausgleich (BIZ).⁷⁹ Dies scheint zwar zunächst nicht naheliegend. Die Vorschrift soll das ESZB mit den nötigen Kompetenzen zu Operationen *außerhalb* der Eurozone ausstatten.⁸⁰ Der ESM ist dagegen aufgrund seiner Besetzung, Zweckbestimmung und Leitung sowie Verbindung zu anderen europäischen Institutionen⁸¹ eng mit dem Euro-Währungsgebiet verknüpft. Rechtlich ist der ESM jedoch eine selbstständige internationale Organisation außerhalb der Verträge.⁸² Der EuGH bezeichnete den ESM zudem bereits als Internationale Organisation i.S.d. Art. 23 ESZB-Satzung.⁸³ Es erscheint daher auch möglich, den ESM auf Grundlage des Art. 23 ESZB-Satzung als Geschäftspartner des ESZB zuzulassen. Dabei böte sich dem ESZB eine große Wahlfreiheit bei der Ausgestaltung der Finanzierungsgeschäfte.⁸⁴ Zudem enthält Art. 23 ESZB-Satzung im Vergleich zu Art. 18 ESZB-Satzung keine besonderen Vorgaben zur Risikokontrolle.⁸⁵

b. Vereinbarkeit mit den Zielsetzungen des ESZB

Art. 127 AEUV legt die Ziele des ESZB wie folgt fest:

[...] Vorrangiges Ziel [des ESZB] ist es, die Preisstabilität zu gewährleisten. Soweit dies ohne Beeinträchtigung [dieses primären Zieles] möglich ist, unterstützt das ESZB die allgemeine Wirtschaftspolitik in der Union, um zur Verwirklichung der in Art. 3 EUV festgelegten Ziele [...] beizutragen. Das ESZB handelt im Einklang mit dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb [...] und hält sich dabei an die in Artikel 119 genannten Grundsätze.

⁷⁸ Vgl. oben B. III.

⁷⁹ Keller in: Siekmann, EWU (Fn. 24), S. 1145, Rn. 30; Smits/Gruber in: v. d. Groeben, Hans/Schwarze, Jürgen: Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 6. Aufl., Baden-Baden 2003, Art. 23 ESZB-Satzung, Rn. 11.

⁸⁰ Smits, The European Central Bank (Fn. 73), S. 313.

⁸¹ Vgl. oben B. II. und III., insbesondere den Einfluss der Kommission.

⁸² Vgl. oben B. III.; Ohler in: Siekmann, EWU (Fn. 24), Art. 136 AEUV, Rn. 16.

⁸³ EuGH, Urteil vOM 27.11.2012, Rs. C-370/12, Pringle, Slg. 2012, I-000, Rn. 165.

⁸⁴ Keller in: Siekmann, EWU (Fn. 24), S. 1146, Rn. 41; Smits/Gruber in: v. d. Groeben/Schwarze (Fn. 79), Art. 23 ESZB-Satzung, Rn. 25.

⁸⁵ Es fehlt ein Zusatz wie in Art. 18.1 ESZB-Satzung: „ausreichende Sicherheiten“, Keller in: Siekmann, EWU (Fn. 24), S. 1147, Rn. 44; a.A. Smits/Gruber in: v. d. Groeben/Schwarze (Fn. 79), Art. 23 ESZB-Satzung, Rn. 26.

aa. Das primäre Ziel der Preisstabilität

aaa. Bedeutung und Inhalt des Ziels der Preisstabilität

Aus Art. 127 I AEUV⁸⁶ und sinngemäß Art. 119 II AEUV und Art. 282 II AEUV⁸⁷ ergibt sich, dass es der vorrangige Auftrag des ESZB ist, Preisstabilität zu gewährleisten.⁸⁸ Preisstabilität, d.h. innere Geldwertstabilität⁸⁹, besteht, wenn der Euro-Währungsraum frei von negativen Inflations- und Deflationseffekten ist. Der EZB-Rat definiert Preisstabilität als Anstieg des Harmonisierten Verbraucherpreisindex (HVPI) für das Euro-Währungsgebiet im Vergleich zum Vorjahr von unter, aber nahe 2 % auf mittlere Sicht.⁹⁰

Diese Verpflichtung ist rechtlich verbindlich⁹¹ mit unterschiedlichen Auswirkungen. Zum einen muss die Auslegung und Begrenzung von Zuständigkeiten sowie die Ausübung von Ermessensspielräumen in Übereinstimmung mit dem Ziel der Preisstabilität erfolgen.⁹² Daneben besteht das Verbot, dieses zugunsten anderer Ziele zurückzustellen. Jedoch muss dem ESZB ein weiter Ermessensspielraum in der Wahl der Mittel⁹³ sowie ein entsprechender Spielraum hinsichtlich des zeitlichen Rahmens der Verwirklichung des Preisstabilitätsziels bleiben. Eine geldpolitische Maßnahme des ESZB ist daher nicht schon deshalb als Verstoß gegen das Gebot der Preisstabilität zu

⁸⁶ Satz 1: das vorrangige Ziel; Satz 2: „Soweit dies ohne Beeinträchtigung des Zieles der Preisstabilität möglich ist, ...“.

⁸⁷ Entsprechend: Art. 2 ESZB-Satzung.

⁸⁸ *Potacs* in: *Schwarze, Jürgen* [Hrsg.]: EU-Kommentar, 3. Auflage, Baden-Baden 2012, Art. 127 AEUV, Rn. 3; *Ender, Jan*: Europäische Zentralbank und Preisstabilität, Stuttgart 1998, S. 403; *Kempen* in: *Streinz* (Fn. 11), Art. 127 AEUV, Rn. 2 ff.; *Stadler, Rainer*: Der rechtliche Handlungsspielraum des Europäischen Systems der Zentralbanken, Baden-Baden 1996, S. 105 f.; a.A.: *Griller/Dutzler* in: *Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard*: Das Recht der Europäischen Union, Band II, EUV/EGV, 40. Ergänzungslieferung – Stand Oktober 2009, München 2009, Art. 105 EGV, Rn. 25 ff.

⁸⁹ Ausführlich dazu: *Gaitanides*, Recht der Europäischen Zentralbank (Fn. 73), S. 18.

⁹⁰ EZB, Monatsbericht Januar 1999, S. 51, http://www.bundesbank.de/Redaktion/DE/Downloads/Veroeffentlichungen/EZB_Monatsberichte/1999/1999_01_ezb_mb_text.pdf?__blob=publicationFile, Abruf am 14.07.2013; EZB, Monatsbericht Juni 2003, S. 87, http://www.bundesbank.de/Redaktion/DE/Downloads/Veroeffentlichungen/EZB_Monatsberichte/2003/2003_06_ezb_mb_text.pdf?__blob=publicationFile, Abruf am 14.7.2013.

⁹¹ *Kempen* in: *Streinz* (Fn. 11), Art. 127 AEUV, Rn. 4; *Ender*, Preisstabilität (Fn. 88), S. 397; *Waldhoff* in: *Siekmann*, EWU (Fn. 24), S. 279, Rn. 15.

⁹² *Kempen*, ebd.; *Ender*, ebd. (m.w.N.).

⁹³ *Potacs* in: *Schwarze* (Fn. 88), Art. 127 AEUV, Rn. 5.

werten, weil das Stabilitätsziel vorübergehend nicht oder nicht vollständig erreicht wird.⁹⁴ Nicht zulässig wäre jedenfalls eine Maßnahme, die sich in der jeweiligen wirtschaftlichen Lage als dem Stabilitätsziel offensichtlich zuwiderlaufend darstellt.⁹⁵ Auch ein auf mittlere Sicht relativ deutliches Verfehlen der 2 %-Inflationsmarke dürfte einen Verstoß gegen die Vorgabe des Art. 127 I S. 1 AEUV darstellen und könnte, wenn überhaupt, nur damit gerechtfertigt werden, dass die jeweiligen Maßnahmen gerade die Preisstabilität gewährleisten sollten.

bbb. Auswirkung einer Zentralbankfinanzierung auf die Preisstabilität
Ein grundlegendes Problem einer Zentralbankfinanzierung der Fonds stellt die mit ihr möglicherweise einhergehende Erhöhung der Geldmenge⁹⁶ dar, die sich, so die klassische volkswirtschaftliche Theorie, auf mittlere, oder zumindest lange, Frist vollständig in einem Anstieg des Preisniveaus niederschlägt.⁹⁷ An dieser Stelle sollen daher einige grundsätzliche makroökonomische Überlegungen zum „Transmissionsmechanismus“ der Zentralbankfinanzierung von EFSF und ESM⁹⁸ angestellt werden.

Zu einer Geldmengenexpansion in der Realwirtschaft kommt es dann, wenn das der EFSF und dem ESM zur Verfügung gestellte Zentralbankgeld⁹⁹ an den Nichtbankensektor¹⁰⁰ weitergegeben wird. Dies geschieht schon durch die Darlehensgewährung an den jeweiligen Staatshaushalt. Durch Investiti-

⁹⁴ *Endler*, aaO (Fn. 88), S. 398; *Kempen*, ebd.

⁹⁵ *Kempen*, ebd.; *Potacs*, ebd. (m.w.N.).

⁹⁶ Zahlungsmittelbestand einer Volkswirtschaft, i.e. Forderungen der Nichtbanken (s. Fn. 100) gegenüber dem Bankensystem, welche eine Zahlungsmittelfunktion erfüllen oder relativ schnell dafür mobilisiert werden können (z.B. Einlagen mit Kündigungsfrist von bis zu drei Monaten); *Duwendag, Dieter/Ketterer, Karl-Heinz/Kösters, Wim/Pohl, Rüdiger/Simmert, Diethard B.*: Geldtheorie und Geldpolitik in Europa, 5. Aufl., Heidelberg 1999, S. 46, S. 385.

⁹⁷ *Blanchard, Oliver/Illing, Gerhard*: Makroökonomie, 3. Aufl., München 2004, S. 221; Theorie von der sog. Neutralität des Geldes: Änderungen der Geldmenge beeinflussen auf mittlere Frist weder Zinssatz noch Produktion, sondern allein das Preisniveau.

⁹⁸ Transmissionstheorien sind Hypothesen über die Übertragungskanäle von Veränderungen monetärer Größen (Größen des geldwirtschaftlichen Bereichs einer Volkswirtschaft) in den realwirtschaftlichen Bereich; *Duwendag* (u.a.), aaO (Fn. 96), S. 161.

⁹⁹ Voraussetzung ist, dass Zentralbankgeld auch in wirtschaftlich relevantem Umfang zur Verfügung gestellt wird.

¹⁰⁰ Private Haushalte, Unternehmen, öffentliche Haushalte; *Duwendag* (u.a.), aaO (Fn. 96), S. 396; EFSF und ESM sollen hier der Einfachheit halber zum Bankensektor zählen.

onen oder Transferzahlungen des Staats an die privaten Haushalte und Unternehmen wird die Geldmengenexpansion weitergegeben, da dies, wie angenommen werden kann, zu erhöhten Sichtguthaben dieser Unternehmen und Haushalte führt.¹⁰¹ Die Geldmenge könnte auch dadurch ausgeweitet werden, dass der Erlös der Investoren für den Verkauf von Staatsanleihen an EFSF und ESM für Investitionen genutzt wird oder im Falle von Banken zur Ausweitung ihrer Kreditvergabe.¹⁰²

Die Transmission von monetären Impulsen hängt jedoch, wie auch an dieser Stelle ersichtlich wird, sehr vom Verhalten der Kreditinstitute und Nichtbanken ab.¹⁰³ Hinzu kommt die Unsicherheit bezüglich der tatsächlichen Auswirkungen von geldpolitischen Maßnahmen, sichtbar an der Bandbreite an Prognosen, die verschiedene makroökonomische Modelle zu Dauer und Ausmaß der realwirtschaftlichen Effekte abgeben.¹⁰⁴ Schließlich zieht auch die Wissenschaft zunehmend die lange unangefochtene Annahme in Zweifel, dass zwischen Geldmengenwachstum und Inflation mittelfristig ein enger Zusammenhang besteht sowie das Geldmengenwachstum die entscheidende Inflationsursache sei.¹⁰⁵

Überdies verfügt das EZSB i.R.d. der Offenmarkt- und Mindestreserverpolitik über Mittel, einer Expansion der Geldmenge entgegen zu wirken. So dämpft zum einen das Mindestreservesoll das Geldmengenwachstum, wenn sich die Zentralbanken trotz steigenden Bedarfs der Geschäftsbanken mit zusätzlicher Bereitstellung von Zentralbankgeld i.R.d. Refinanzierungsgeschäfte zurückhalten.¹⁰⁶ Zudem kann durch sog. strukturelle Operationen die Liquiditätsposition des Bankensektors gegenüber dem Eurosystem dauerhaft verändert werden.¹⁰⁷

¹⁰¹ *Duwendag* (u.a.), Geldtheorie und Geldpolitik in Europa (Fn. 96), S. 185.

¹⁰² Vgl. *Kerber/Städter*, EuZW 2011, 536, 537.

¹⁰³ *Duwendag* (u.a.), aaO (Fn. 96), S. 175; EFSF und ESM gelten entsprechend als Kreditinstitut, Nichtbanken: Fn. 100.

¹⁰⁴ Siehe z.B. bei *Duwendag* (u.a.), aaO (Fn. 96), S. 706 ff.

¹⁰⁵ *Blanchard/Illing*, Makroökonomie (Fn. 97), S. 745 ff.; *Kreßbach, Brigitte*: Die Rolle der Geldmenge beim Inflationsprozess, Regensburg 1994, S. 8.

¹⁰⁶ *Gaitanides* in: *Schulze, Reiner/Zuleeg, Manfred/Kadelbach, Stefan*, Europarecht, Handbuch für die deutsche Rechtspraxis, 2. Auflage, Baden-Baden 2010, S. 1716, Rn. 52.

¹⁰⁷ *Gaitanides* in: *Schulze/Zuleeg/Kadelbach* (Fn. 106), S. 1715, Rn. 50.

ccc. Fazit

Eine Zentralbankfinanzierung von EFSF und ESM kann daher nicht schon *per se* als unvereinbar mit der primären Verpflichtung, Preisstabilität zu gewährleisten, gelten. Erst wenn der Anstieg des Preisniveaus mittelfristig, also über mehrere Jahre hinweg¹⁰⁸, relativ deutlich über 2 % beträgt und sich die getroffenen Maßnahmen nicht überzeugend mit der Gewährleistung von Preisstabilität begründen lassen, hat das ESZB seine Verpflichtungen verletzt. Das Primärziel jedoch als *Begründung* für die Finanzierung von EFSF und ESM anzubringen, scheint nur im Falle äußerster Bedrohung der Stabilität der gesamten Währungsunion vertretbar.¹⁰⁹

bb. Unterstützung der allgemeinen Wirtschaftspolitik der Union

Das ESZB unterstützt außerdem als *nachrangiges* Ziel die allgemeine Wirtschaftspolitik in der Union, nämlich soweit „dies ohne Beeinträchtigung des Zieles der Preisstabilität möglich ist“.¹¹⁰ Die Formulierung „in der Union“¹¹¹ spiegelt wieder, dass die Verantwortung für die nationale Wirtschaftspolitik grundsätzlich auf nationaler Ebene verbleibt. Es wird hier deshalb vor allem auf die allgemeine Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten Bezug genommen.¹¹² Aus der Systematik der vertraglichen Bindungen nationaler Wirtschaftspolitik¹¹³ folgt aber, dass das ESZB nur eine Wirtschaftspolitik unterstützen darf, die mit den unionsrechtlichen Vorgaben übereinstimmt.¹¹⁴ Die Verpflichtung zur Unterstützung der allgemeinen Wirtschaftspolitik wird außerdem da-

¹⁰⁸ Nach *Blanchard/Illing* ist die mittlere Frist ein Zeitraum von bis zu 10 Jahren, viele Ökonomen bezeichnen dies schon als „lange Frist“: aaO (Fn. 97), S. 850, S. 221; es erscheint ein Zeitraum von 2-5 Jahren angemessen.

¹⁰⁹ In dieser Situation wird wohl das nicht von der Hand zu weisende Argument vorgebracht werden, dass Preisstabilität nur bei Stabilität der gesamten Währungsunion gewährleistet werden kann.

¹¹⁰ Art. 127 I S. 2 AEUV, Art. 2 S. 2 ESZB-Satzung, Art. 282 II S. 3 AEUV.

¹¹¹ Vgl. die insoweit deutlichere englische Version: *general economic policies*.

¹¹² *Häde* in: *Callies, Christian/Ruffert, Matthias*, EUV – AEUV, Kommentar, 4. Auflage, München 2011, Art. 127 AEUV, Rn. 5.

¹¹³ Vgl. Art. 126 AEUV sowie die Pflicht zur Orientierung an den Empfehlungen zu den „Grundzügen der Wirtschaftspolitik“ (Art. 120 AEUV), die wiederum den wirtschaftspolitischen Vorgaben der Union nicht zuwiderlaufen dürfen.

¹¹⁴ *Potacs* in: *Schwarze* (Fn. 88), Art. 127 AEUV, Rn. 6; *Kempfen* in: *Streinz* (Fn. 11), Art. 127 AEUV, Rn. 5.

durch konkretisiert, dass damit zur Verwirklichung der in Art. 3 EUV festgelegten Ziele beigetragen werden soll. Da diese Ziele auf die Union als Ganzes bezogen sind, wird so ausgeschlossen, dass das ESZB einseitig im nationalen Interesse einzelner Mitgliedstaaten tätig wird.¹¹⁵ Auch für diese Einzelziele gilt, dass sie gegenüber der Gewährleistung der Preisstabilität nur nachrangig beachtet werden dürfen.

Da eine *Beeinträchtigung* der Preisstabilität durch die Zentralbankfinanzierung von EFSF und ESM nicht direkt angenommen werden kann¹¹⁶, ist es zulässig, die Zentralbankfinanzierung als Maßnahme zur Unterstützung der allgemeinen Wirtschaftspolitik zu begründen. So könnte angeführt werden, dass die Unterstützung eines Euro-Mitgliedstaats in einer ernsthaften finanziellen Schieflage wegen der zu befürchtenden Domino-Effekte auf andere überschuldete Staaten und der damit verbundenen Gefahr für die Stabilität der Währungsunion als Ganzes¹¹⁷ eine Unterstützungsmaßnahme der allgemeinen Wirtschaftspolitik in der Union darstellt. Ebenso ist das Argument, dass damit auch die Ziele des Art. 3 EUV, wie die Förderung sozialer Gerechtigkeit, des wirtschaftlichen, sozialen und territorialen Zusammenhalts und der Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten, verfolgt werden, nicht zu beanstanden. Solange also keine Beeinträchtigung der Preisstabilität festzustellen ist, könnte die Finanzierung von EFSF und ESM folglich mit der Erfüllung der Zielvorgabe, die allgemeine Wirtschaftspolitik in der Union zu unterstützen, begründet werden.

cc. Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb

Das ESZB ist auch dazu verpflichtet, „im Einklang mit dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb“ zu handeln.¹¹⁸ Die Bedeutung dieser Pflicht wird unterschiedlich bewertet. Während eine Ansicht daraus lediglich einen Vorrang marktconformer Steuerungsmittel ableitet¹¹⁹, wird von anderen darin eher ein grundsätzliches Verbot für das ESZB gese-

¹¹⁵ *Kempen* in: *Streinz* (Fn. 11), Art. 127 AEUV, Rn. 6.

¹¹⁶ Vgl. oben C. II. 2. a) bb) bzw. cc), insbesondere Fn. 109.

¹¹⁷ *Frenz/Ehlenz*, EWS 2010, 65; *Knopp*, NJW 2010, 1777.

¹¹⁸ Art. 127 I S. 3 AEUV, vgl. auch Art. 119 I, II AEUV, Art. 120 S. 2 AEUV.

¹¹⁹ *Hahn/Häde*, Währungsrecht (Fn. 46), S. 168; *Häde* in: *Calliess/Ruffert* (Fn. 112), Art. 127 AEUV, Rn. 8; *Stadler*, Rechtlicher Handlungsspielraum des ESZB (Fn. 88), S. 109 (m.w.N.).

hen, Zentralbankinstrumente in einer den freien Markt verzerrenden Weise einzusetzen.¹²⁰ Schon aufgrund der Mindestreserveregelung¹²¹ und der Ermächtigung des Art. 20 ESZB-Satzung¹²² kann der Einsatz nicht-marktwirtschaftlicher Mittel nicht grundsätzlich verboten sein. Der Einsatz muss jedoch mit der Erfüllung der Primärverpflichtung auf Preisstabilität begründet sein und bedarf einer gewissen Verhältnismäßigkeit.¹²³ Eine Kreditlinie mit Sonderkonditionen für EFSF und ESM wäre daher nur zu rechtfertigen, wenn die EZB diese Maßnahme für die einzig mögliche hält, Preisstabilität zu gewährleisten, und daher nur in einer Situation der ernsthaften Bedrohung der gesamten Systemstabilität denkbar.¹²⁴ Eine gleichberechtigte Teilnahme an den Offenmarktgeschäften stünde mit dieser Zielverpflichtung dagegen im Einklang.

Schließlich muss sich das ESZB an die in Art. 119 AEUV genannten Grundsätze halten. Da die in Abs. 1 und 2 genannten Verpflichtungen schon in den übrigen Vorgaben des Art. 127 AEUV Erwähnung finden, ergeben sich wohl nur Neuerungen durch Abs. 3. Demnach hat das ESZB auch gesunde öffentliche Finanzen und monetäre Rahmenbedingungen sowie eine dauerhaft finanzierbare Zahlungsbilanz zum Ziel.¹²⁵ Zwar muss das ESZB auch diese Verpflichtung beachten, aufgrund des instrumentellen und zeitlichen Handlungsspielraums des ESZB ergibt sich aber auch hieraus kein grundsätzliches Hindernis für eine Zentralbankfinanzierung der Fonds.

c. Beitrag zur Durchführung der von den Behörden ergriffenen Maßnahmen zum Zwecke der Stabilität des Finanzsystems

Gem. Art. 127 V AEUV trägt das ESZB „zur reibungslosen Durchführung der von den zuständigen Behörden auf dem Gebiet der Aufsicht über die

¹²⁰ Potacs in: Schwarze (Fn. 88), Art. 127 AEUV, Rn. 6; Kempen in: Streinz (Fn. 11), Art. 127 AEUV, Rn. 7.

¹²¹ Als verpflichtender behördlicher Eingriff mit zwangsweiser Durchsetzungsmöglichkeit stellen sie keine marktwirtschaftliche Maßnahme dar; vgl. Stadler, Rechtlicher Handlungsspielraum des ESZB (Fn. 88), S. 208.

¹²² Ermächtigung zur Einführung drittverpflichtender Instrumente.

¹²³ Vgl. Stadler, Rechtlicher Handlungsspielraum des ESZB (Fn. 88), S. 208.

¹²⁴ Vgl. oben C. II. 2. a) bb) und cc).

¹²⁵ Smits, René: The European Central Bank – Institutional Aspects, Den Haag, Niederlande 1997, S. 192.

Kreditinstitute und der Stabilität des Finanzsystems ergriffenen Maßnahmen bei.“ Diese Vorschrift betrifft jedoch vorrangig Maßnahmen i.R.d. Aufsicht über Kredit- und Finanzinstitute, zu der das ESZB überdies nur einen *Beitrag* leistet.¹²⁶ Im Übrigen ist das ESZB wohl bereits dadurch für die Finanzsystemstabilität¹²⁷ zuständig, dass letztere die Grundvoraussetzung für die Wirksamkeit von Geldpolitik ist, und damit schon in gewissem Umfang in Art. 127 II 1. Gedankenstr. AEUV enthalten ist.¹²⁸ EFSF und ESM haben demgegenüber nicht die Stabilisierung des Finanzsystems zur Aufgabe. Eine Zentralbankfinanzierung von EFSF und ESM kann aus diesen Gründen nicht auf die Aufgabenzuweisung des Art. 127 V AEUV gestützt werden.

d. Fazit

Die Aufgaben bzw. Befugnisse des ESZB ermächtigen grundsätzlich zu einer Zentralbankfinanzierung des ESM i.R.d. Offenmarktgeschäfte oder als Internationale Organisation i.S.d. Art. 23 ESZB-Satzung. Die EFSF könnte ebenfalls i.R.d. Offenmarktgeschäfte finanziert werden, erfüllt jedoch die Kriterien zur Zulassung als Geschäftspartner des ESZB bislang nur unzureichend.¹²⁹ Die verbindliche Verpflichtung des ESZB auf das vorrangige Ziel der Preisstabilität steht dem im Grundsatz nicht entgegen. Zumindest solange das Inflationsniveau über einen längeren Zeitraum nicht anhaltend zu hoch ist, ist daher eine rechtskonforme Begründung der Zulassung von EFSF und ESM als Geschäftspartner möglich. Eine Kreditlinie mit Sonderkonditionen ist dabei jedoch mit den Zielen und Aufgaben des ESZB nur in besonders gelagerten Ausnahmefällen vereinbar.

¹²⁶ Herrmann, EuZW 2010, 645, 646; Kempen in: Streinz (Fn. 11), Art. 127 AEUV, Rn. 16; Häde in: Calliess/Ruffert (Fn. 112), Art. 127 AEUV, Rn. 53; Hahn/Häde, Währungsrecht, S. 186; a.A. Stasch, Katharina: Lender of Last Resort, Banken Krisen und Krisenmanagement in der Europäischen Union, Baden-Baden 2009, S. 124 ff.

¹²⁷ I.e. insbesondere die zuverlässige Liquidität der Finanzmärkte.

¹²⁸ Herrmann, EuZW 2010, 645, 646.

¹²⁹ Eine Ausstattung mit Eigenkapital ist wohl unbedingt erforderlich. Zu den übrigen, weniger gravierenden Hindernissen, auch bezüglich des ESM, vgl. oben C.II.1. a) aa).

3. Vereinbarkeit mit der Unabhängigkeit des ESZB

a. Inhalt und Ausgestaltung der Unabhängigkeit der Zentralbanken

Ihre Unabhängigkeit soll die EZB und alle NZBen „vor jedem politischen Druck bewahren, damit sie die für ihre Aufgaben gesetzten Ziele [...] wirksam verfolgen [können]“¹³⁰. Bezugspunkt ist dabei die Zielverpflichtung des ESZB, vorrangig also die Sicherung der Preisstabilität.¹³¹ Die Unabhängigkeit der Zentralbanken kennt verschiedene Ausprägungen.¹³²

b. Die Finanzierung von EFSF und ESM als Gefahr für die Zentralbankunabhängigkeit

Da die EZB in wichtige Entscheidungsvorgänge bei EFSF und ESM eingebunden ist, stellt sich vor allem unter dem Aspekt der Weisungsfreiheit die Frage nach Gefahren für die Unabhängigkeit der Zentralbanken¹³³. Den Zentralbanken sowie den Mitgliedern ihrer Beschlussorgane ist sowohl die Ent-

» *Dadurch, dass die EZB die Finanzierungsvereinbarungen politisch mitträgt, könnte ihr Handlungsspielraum beschränkt und damit ihre Unabhängigkeit beeinträchtigt werden.* «

gegennahme als auch das Einholen von Weisungen von Stellen der Union, Regierungen der Mitgliedstaaten oder anderen Stellen untersagt. Auf der anderen Seite sind auch

alle dem Unionsrecht unterworfenen Träger öffentlicher Gewalt verpflichtet, diesen Grundsatz zu beachten.¹³⁴ Also sind neben den Notenbanken auch die maßgeblichen Entscheidungsträger hinsichtlich der Finanzhilfen von EFSF

¹³⁰ EuGH Rs. C-11/00 (Kommission/EZB), Slg. 2003, I-7147, Rn. 134; sie ergibt sich aus verschiedenen Vorschriften, die Grundnormen bilden Art. 130 AEUV, Art. 7 ESZB-Satzung; vgl. *Siekmann* in: *Siekmann*, EWU (Fn. 24), At. 130 AEUV, Rn. 58 ff.

¹³¹ *Gaitanides*, Recht der Europäischen Zentralbank (Fn. 73), S. 44; *Hahn/Häde*, Währungsrecht (Fn. 46), S. 212.

¹³² Eine verbreitete Einteilung: Institutionelle, personelle, finanzielle und funktionellen Unabhängigkeit, *Hahn/Häde*, Währungsrecht (Fn. 46), S. 213, *Siekmann* in: *Siekmann*, EWU (Fn. 24), Art. 130 AEUV, Rn. 57; vgl. zu der Vielzahl an Einteilungsvarianten: *Siekmann*, aaO (Fn. 24), Rn. 44 ff.

¹³³ Art. 130 AEUV/Art. 7 ESZB-Satzung; allg. als „funktionelle“ Unabhängigkeit bezeichnet, *Hahn/Häde*, Währungsrecht (Fn. 46), S. 216, 219.

¹³⁴ Art. 130 S. 1 und S. 2 AEUV.

und ESM, namentlich die jeweiligen Regierungen der Mitgliedstaaten des Euro-Währungsgebietes sowie die Kommission¹³⁵, durch Art. 130 AEUV verpflichtet.

Problematisch könnte zum einen werden, dass die Kommission die jeweils nötigen MoU in Abstimmung (EFSF) bzw. im Benehmen mit (ESM) der EZB vorbereitet und verhandelt.¹³⁶ Verhandlungen können grundsätzlich zur Einflussnahme genutzt werden, da i.d.R. Kompromisse gefunden werden müssen. Eine tatsächliche Gefährdung geht überdies von der Beteiligung der EZB an der Ausarbeitung der Vereinbarung über eine Finanzhilfefazilität bei der EFSF aus.¹³⁷ Dadurch, dass die EZB die Finanzierungsvereinbarungen, also gegebenenfalls auch einer Zentralbankfinanzierung, so zumindest politisch mitträgt, könnte sie unter Druck geraten, sollte sie aus geldpolitischen Erwägungen den Bedingungen später nicht mehr nachkommen wollen. Dadurch könnte der Handlungsspielraum der Notenbanken beschränkt und damit ihre Unabhängigkeit beeinträchtigt werden. Andererseits ist das Eurosystem frei in der Wahl seiner Geschäftspartner¹³⁸, aus *rechtlichen* Gesichtspunkten besteht daher keine Gefahr für die Notenbankunabhängigkeit. Das Problem liegt vielmehr auf der politischen Ebene. Die Akteure in den Zentralbanken sind daher in der Pflicht, etwaige Beeinflussungsversuche abzuwehren, sowie die für die Mitgliedstaaten und die Kommission handelnden Personen, das Weisungsverbot zu respektieren.

Schließlich ist die Unabhängigkeit der Notenbanken dadurch bedroht, dass sie als Gläubiger von EFSF und ESM verwundbar werden.¹³⁹ Zwar garantieren die Mitgliedstaaten des Eurosystems für die Verbindlichkeiten von EFSF und ESM. Wenn diese jedoch bei den Zentralbanken mehr Mittel aufnehmen und an Staaten weitergeben, als Garantien bestehen, droht im Falle eines Zahlungsausfalls eines unterstützten Staates bei entsprechender Größenordnung der vergebenen Finanzhilfen der Zahlungsausfall von EFSF und ESM. Das Eurosystem könnte dann gezwungen sein, Zahlungsaufschübe oder Teiler-

¹³⁵ Vgl. B. II. (EFSF) und III. (ESM).

¹³⁶ Vgl. oben B. II. und III.

¹³⁷ Vgl. oben B. II.; Präambel (2), Art 2 I lit. a EFSF-Rahmenvertrag

¹³⁸ Vgl. Art. 17 ESZB-Satzung; *Stadler*, Rechtlicher Handlungsspielraum des ESZB (Fn. 88), S. 197.

¹³⁹ Vgl. *Sester*, EWS 2012, 80.

lasse zuzulassen¹⁴⁰, und sogar Verluste zu machen. Die Garantien für Verbindlichkeiten der EFSF bestehen nur in Höhe von ca. 780 Mrd. Euro¹⁴¹, die Mitgliedstaaten des ESM haften explizit nicht für Verbindlichkeiten, die über das genehmigte Stammkapital hinausgehen.¹⁴² Eine Erhöhung der Garantien bzw. des genehmigten Stammkapitals könnte Schwierigkeiten bereiten, da in vielen Mitgliedstaaten aus innenpolitischen Gründen die Akzeptanz weiterer europäischer Finanzhilfen sinkt. Bei einer allzu exzessiven „Hebelung“ der Kreditvergabemöglichkeiten der Fonds drohen daher Verluste und möglicherweise negative Bilanzwerte der Systemzentralbanken, die ihre finanzielle und politische Unabhängigkeit gefährden.¹⁴³ Schließlich besteht auch die Gefahr, dass die Notenbanken einen ihnen möglicherweise durch die Staaten aufgezwungenen Liquiditätsüberhang nicht ausgleichen können oder ihre bilanzielle und damit geldpolitische Flexibilität durch die umfangreichen Kredite eingeschränkt wird.¹⁴⁴

Andererseits bedeutet die Frage, ob durch eine von der Zentralbank getroffene Maßnahme¹⁴⁵ die Garantie ihrer Unabhängigkeit verletzt wurde, für sich wohl fast eine Verletzung dieser Unabhängigkeit. Gerade in einer Krise von diesem Ausmaß sollte die Zentralbank nicht gemäßregelt werden, indem man die Garantie der Unabhängigkeit in ein richterliches Korrektiv für im Übrigen rechtmäßige geldpolitische Entscheidungen verwandelt.¹⁴⁶ Ein *Verbot* der Zentralbankfinanzierung unter dem Gesichtspunkt der Unabhängigkeit besteht daher nicht. Dennoch sollten die Gefahren für sie nicht außer Acht gelassen werden und unterliegen auch der gerichtlichen Überprüfung durch den EuGH.¹⁴⁷

¹⁴⁰ Vgl. Sester, ebd., hier bezüglich der Staatsanleihenkäufe auf dem Sekundärmarkt durch die Notenbanken (*Securities Markets Programme, SMP*).

¹⁴¹ Art. 7 I lit. a, Präambel (2) EFSF-Rahmenvertrag.

¹⁴² Art. 8 V ESM-Vertrag.

¹⁴³ Sester, EWS 2012, 80, 83 f., m.w.N.; Nagel, Geldpolitische Sondermaßnahmen und Risiken – Auswirkungen der Finanzkrise auf die Zentralbankbilanz, Rede vom 28.04.2012, http://www.bundesbank.de/Redaktion/DE/Reden/2012/2012_04_28_nagel_geldpolitische_sondermassnahmen.html?nsc=true&view=render, Abruf am 31.05.2012.

¹⁴⁴ *Gnan* in: v. d. Groeben/Schwarze (Fn. 79), Art. 101 EGV, Rn. 7 f.

¹⁴⁵ I.e. die Zuteilung von Zentralbankgeld an EFSF und oder ESM.

¹⁴⁶ Sester, EWS 2012, 80, 81.

¹⁴⁷ Vgl. Art. 35 EZB-Satzung.

4. Verstoß gegen Verbotsnormen

a. Einführung

Gemeinsam mit Art. 126 AEUV bilden die Verbote der Art. 123-125 AEUV den verbindlichen Rahmen für die Haushalts- und Finanzpolitik der Mitgliedstaaten, die ihnen im Gegensatz zur vergemeinschafteten Währungspolitik vorbehalten blieb. Unausgeglichene nationale Haushaltspolitiken können jedoch eine stabilitätsorientierte Geldpolitik behindern. Außerdem sichern sie die Notenbankunabhängigkeit ab.¹⁴⁸

b. Vereinbarkeit mit dem Verbot der monetären Staatsfinanzierung

aa. Verbotsadressaten, Verbotsinhalt

Art. 123 AEUV¹⁴⁹ verbietet die monetäre Finanzierung von öffentlichen Defiziten.¹⁵⁰ Die Tatbestandsmerkmale wurden durch die VO (EG) Nr. 3603/93¹⁵¹ inhaltlich präzisiert.

aaa. Verbotene Finanzierungsformen

Verboten sind „Überziehungsfazilitäten“, worunter gem. Art. 1 I lit. a der VO (EG) Nr. 3603/93 jede Bereitstellung von Mitteln zugunsten des öffentlichen Sektors, deren Verbuchung einen Negativsaldo ergeben kann, zu verstehen ist. Das gleiche gilt für „andere Kreditfazilitäten“, unter die u.a. jede Finanzierung von Verbindlichkeiten des öffentlichen Sektors gegenüber Dritten fällt und jede Transaktion mit dem öffentlichen Sektor, die zu einer Forderung an diesen führt oder führen könnte. Außerdem ist dem ESZB der Erwerb von Schuldtiteln des öffentlichen Sektors verboten, Art. 123 I AEUV aE. Wären EFSF und ESM Adressaten des Verbots, gälte eine für sie eingerichtete, jederzeit beanspruchbare Kreditlinie als Überziehungsfazilität, alle sonstigen Transaktionen mit EFSF und ESM wären als andere Kreditfazilitäten zu qualifizieren.

¹⁴⁸ *Häde* in: *Calliess/Ruffert* (Fn. 112), Art. 123 AEUV, Rn. 3 f.; *Gnan* in: v. d. *Groeben/Schwarze* (Fn. 79), Art. 101 EGV, Rn. 2 ff.; *Bandilla* in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Fn. 75), Art. 123 AEUV, Rn. 1 ff.

¹⁴⁹ Art. 21.1 ESZB-Satzung.

¹⁵⁰ *Kempfen* in: *Streinz* (Fn. 11), Art. 123 AEUV, Rn. 1.

¹⁵¹ VO (EG) Nr. 3603/93 des Rates, v. 13.12.1993, zur Festlegung der Begriffsbestimmungen für die Anwendung der in Artikel 104 und Artikel 104b Absatz 1 des Vertrages vorgesehenen Verbote, ABI/EG 1993 Nr. L 332, S. 1.

bbb. Adressaten des Verbots

Das Verbot des Art. 123 I AEUV richtet sich gegen die EZB und die NZBen als potentielle Gläubiger sowie an den „öffentlichen Sektor“¹⁵² als potentiellen Kreditnehmer. EFSF und ESM könnten eingeordnet werden als andere Einrichtungen des öffentlichen Rechts oder öffentliche Unternehmen, welche dem öffentlichen Sektor zuzurechnen sind. Beide Begriffe sind i.R.d. Art. 123 AEUV nicht näher definiert. Ein Rückgriff auf mitgliedstaatliche Rechtsordnungen ist ob ihrer Unterschiedlichkeit nicht zweckdienlich.¹⁵³ In Literatur, Rechtsprechung und Sekundärrecht zu Art. 123 AEUV finden sich ebenso keine Ausführungen zu diesen Begrifflichkeiten. Daher müssen andere Gebiete des Unionsrechts zur Orientierung herangezogen werden.

Im EU-Vergaberecht sind Einrichtungen des öffentlichen Rechts solche, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen, Rechtspersönlichkeit besitzen und auf die vom Staat, von Gebietskörperschaften oder von anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts beherrschender Einfluss ausgeübt wird.¹⁵⁴ Im Wettbewerbsrecht, auf das die VO (EG) Nr. 3603/93 auch verweist, wurde der Begriff des öffentlichen Unternehmens konkretisiert.¹⁵⁵ Ein „Unternehmen“ ist nach ständiger Rechtsprechung des EuGH auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts „jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung“.¹⁵⁶ Dabei

¹⁵² Vgl. Art. 1 VO (EG) Nr. 3603/93; dieser umfasst Organe, Einrichtungen oder sonstige Stellen der Union, der Zentralregierungen, der regionalen oder lokalen Gebietskörperschaften oder andere öffentlich-rechtliche Körperschaften, sonstige Einrichtungen des öffentlichen Rechts oder öffentliche Unternehmen der Mitgliedstaaten, Art. 3 VO (EG) Nr. 3603/93, ABIEG 1993 Nr. L 332, S. 2.

¹⁵³ *Wernicke* in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Fn. 75), Art. 106 AEUV, Rn. 24.

¹⁵⁴ Art. 1 IX UAbs. 1 der RL 2004/18/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates, vom 31.03.2004, über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABIEU 2004 Nr. L 134, S. 27.

¹⁵⁵ Vgl. letzter Abs. der Erwägungsgründe der VO (EG) Nr. 3603/93, ABIEG 1993 Nr. L 332, S. 2, der auf die RL 80/723/EWG verweist, sowie Art. 2 lit. b der RL 2006/111/EG der Kommission, v. 16.11.2006, über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen sowie über die finanzielle Transparenz innerhalb bestimmter Unternehmen (kodifizierte Fassung aufgrund mehrmaliger Änderung der RL 80/723/EWG), ABIEU 2006 Nr. L 318, S. 19.

¹⁵⁶ EuGH Rs. C-41/90, Höfner, Slg. 1991, I-1979 Rn. 22.; Rs. C-309/99, Wouters, Slg. 2002, I-1577 Rn. 46.

kommt es allein auf die tatsächlich durchgeführte Tätigkeit an.¹⁵⁷ Als wirtschaftlich gilt jede Tätigkeit, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten.¹⁵⁸ Dahingegen sind Einrichtungen, die „im öffentlichen Interesse und nicht zu Erwerbszwecken tätig [werden]“¹⁵⁹ auszunehmen.¹⁵⁹

Die EFSF emittiert Anleihen oder andere Finanzierungsformen, der ESM be-
gibt ebenfalls Anleihen.¹⁶⁰ Außerdem haben beide Fonds zur Verfügung ste-
hende Mittel zur Bonitätssicherung anzulegen.¹⁶¹ Schließlich stellen sie Fazi-
litäten zur Finanzierung von Staaten sowie Banken bereit. Damit werden die
Fonds sowohl als Anbieter als auch als Nachfrager¹⁶² auf dem Kapitalmarkt tä-
tig. Den Fonds ist es auch nicht verboten, Erwerbszwecke zu verfolgen,¹⁶³ die
Verträge gehen vielmehr davon aus, dass auch Gewinne erwirtschaftet wer-
den sollen.¹⁶⁴ EFSF und ESM stellen mithin, auch wenn ihre Zielsetzung zu-
nächst eine andere Einschätzung nahe legen mag, Unternehmen i.S.d. Art. 3
VO (EG) Nr. 3603/93¹⁶⁵ dar.

Gem. Art. 8 der VO (EG) Nr. 3603/93¹⁶⁶ sind Unternehmen „öffentlich“, wenn
der Staat oder andere Gebietskörperschaften aufgrund unterschiedlicher Ge-
staltung einen beherrschenden Einfluss ausüben können. Davon wird ausge-
gangen, wenn der Staat oder andere Gebietskörperschaften unmittelbar oder
mittelbar die Mehrheit des gezeichneten Kapitals des Unternehmens besit-
zen, über die Mehrheit der mit den Anteilen am Unternehmen verbundenen
Stimmrechte verfügen oder mehr als die Hälfte der Mitglieder des Verwal-
tungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans des Unternehmens bestellen können.

¹⁵⁷ Voet van Vormizeele in: Schwarze (Fn. 88), Art. 106 AEUV Rn. 12; Wernicke in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 75), Art. 106 AEUV, Rn. 17.

¹⁵⁸ EuGH Rs. C-35/96, Kommission/Italien, Slg. 1998, I-3851 Rn. 36; Rs. C-309/99, Wouters, Slg. 2002, I-1577 Rn. 47.

¹⁵⁹ EuGH, Rs. 94/74, IGAV, Slg. 1975, 699 Rn. 33/35.

¹⁶⁰ Vgl. oben B. II. und III.

¹⁶¹ Art. 22 I ESM-Vertrag; Art. 5 I lit. b EFSF-Rahmenvertrag.

¹⁶² Wobei dies wohl kein zwingendes Kriterium nach Unionsrecht (und stetiger Rspr.) darstellt, vgl. Weiß in: Calliess/Ruffert (Fn. 112), Art. 101 AEUV, Rn. 31; a.A. wohl Wernicke in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 75), Art. 106 AEUV, Rn. 17.

¹⁶³ Wie es bspw. der Europäischen Investitionsbank verboten ist, Art. 309 I S. 2 AEUV.

¹⁶⁴ Vgl. Art. 36 I ESM-Vertrag, Art. 11 IV lit. b EFSF-Rahmenvertrag.

¹⁶⁵ ABI/EG 1993 Nr. L 332, S. 2.

¹⁶⁶ ABI/EG 1993 Nr. L 332, S. 3.

Da solche Konstruktionen wie EFSF und ESM in den Verträgen nicht vorgesehen wurden, ist davon auszugehen, dass „der Staat“ hier als *pars pro toto* auch für eine Mehrheit von Staaten stehen soll.¹⁶⁷ EFSF und ESM sind demnach öffentliche Unternehmen i.S.d. Art. 123 I AEUV.

bb. Behandlung öffentlicher Kreditinstitute

Eine Ausnahme bilden jedoch gem. Art. 123 II AEUV Kreditinstitute in öffentlichem Eigentum, die bei der Bereitstellung von Zentralbankgeld wie private Kreditinstitute behandelt werden und vom Verbot des Art. 123 I AEUV ausgenommen sind.

EFSF und ESM stehen in öffentlichem Eigentum.¹⁶⁸ Die EFSF ist jedoch kein Kreditinstitut, der ESM nach der hier vertretenen Auffassung bezüglich der Mindestreservevorschriften dagegen schon.¹⁶⁹ Der Begriff *Kreditinstitut* in Art. 123 AEUV¹⁷⁰ kann hier auch nicht enger verstanden werden als i.R.d. Mindestreservevergelung¹⁷¹, wie das Beispiel der deutschen Kreditanstalt für Wiederaufbau (KfW) zeigt. Obwohl die RL 2000/12/EG¹⁷² gerade nicht ihre Tätigkeit betrifft¹⁷³, gilt für sie Art. 123 II AEUV¹⁷⁴.

Sinn und Zweck des Art. 123 II AEUV könnte weiter Aufschluss darüber geben, ob der ESM gem. Art. 123 II AEUV vom Verbot auszunehmen ist. Die Gleichstellung privater und öffentlicher Kreditinstitute erfolgte aus Gründen der Gleichheit der Wettbewerbsbedingungen.¹⁷⁵ Grundlage dafür ist die Annahme, dass die Sachverhalte für Institute in privater und öffentlicher Hand gleich gelagert sind.¹⁷⁶ Der ESM hat die Kreditgewährung an Staaten mit Re-

¹⁶⁷ Darauf wird i.Ü. noch näher i.R.d. Auslegung des Art. 123 AEUV einzugehen sein.

¹⁶⁸ Im Eigentum der Mitgliedstaaten des Euro-Währungsgebiets, vgl. B. II. und III.

¹⁶⁹ Vgl. oben C. II. 1. a) aa).

¹⁷⁰ Bzw. Art. 21.3 ESZB-Satzung.

¹⁷¹ Art. 19.1 ESZB-Satzung, Art. 1 Nr. 1 der RL 2000/12/EG, ABI/EG 2000 Nr. L 126, S. 1; vgl. zur Bedeutung des Begriffs Kreditinstitut i.R.d. ESZB-Satzung: *Smits*, *The European Central Bank* (Fn. 73), S. 233 ff.

¹⁷² ABI/EG 2000 Nr. L 126, S. 1.

¹⁷³ Art. 2 III 5. Gedankenstr. RL 2000/12/EG, ABI/EG 2000 Nr. L 126, S. 14.

¹⁷⁴ Vgl. *List of Monetary Financial Institutions and Institutions subject to Minimum Reserves (MFIs)*, Stand: Ende Dezember 2006, S. 10, <http://www.ecb.int/stats/pdf/money/mfi/mfalist-2-euro-area.pdf>, Abruf am 14.07.2013.

¹⁷⁵ *Bandilla* in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Fn. 75), Art. 123 AEUV, Rn. 11.

¹⁷⁶ *Stadler*, *Rechtlicher Handlungsspielraum des ESZB* (Fn. 88), S. 211.

finanzierungsproblemen zur Aufgabe. Auch Kreditinstitute in öffentlichem Eigentum können allerdings Staaten und Gebietskörperschaften Kredit gewähren.¹⁷⁷ Die KfW, deren Verwaltungsrat ebenfalls mit hochrangigen politischen Entscheidungsträgern besetzt ist¹⁷⁸, ist sogar explizit dazu befugt.¹⁷⁹ Man könnte die Sachverhalte daher durchaus als vergleichbar ansehen. Ein entscheidender Unterschied liegt andererseits darin, dass der ESM die Staaten in einem Umfang und in einer Situation finanziert, wie es grundsätzlich kein „normales“ Kreditinstitut aufgrund der Risikolage vermag bzw. wagen würde. Die Staatsfinanzierung ist im Übrigen auch der einzige Zweck des ESM, für die Geschäftsbanken dagegen spielt die Kreditgewährung an Staaten hauptsächlich im Rahmen der Vermögensanlage eine Rolle.

Auf dieser Ebene lässt sich die Frage nach der Zulässigkeit einer Zentralbankfinanzierung des ESM folglich nicht abschließend beantworten. Es ließe sich aus guten Gründen sowohl für als auch gegen eine Anwendbarkeit des Art. 123 II AEUV argumentieren. Doch auch wenn die Entscheidung für die Anwendbarkeit fällt, stellt sich die Frage, ob dies nicht als unzulässige Umgehung des Verbots gelten muss, wenn dies offensichtlich dem Ziel des Art. 123 AEUV zuwiderläuft. Ist dagegen das Gegenteil der Fall, könnte im Sinne einer teleologischen Einschränkung auch eine Finanzierung der EFSF zulässig sein. Letztlich muss es daher auf eine Gesamtbewertung hinauslaufen, wie die Regelung des Art. 123 AEUV im Gesamtgefüge der Verträge zu interpretieren ist bzw. interpretiert werden sollte und welche Reichweite des Verbots sich daraus ergibt.

cc. Auslegung und Anwendbarkeit des Art. 123 AEUV

aaa. Historie der Norm

Aufgrund der Erfahrung, dass eine Staatsfinanzierung durch die Zentralbank eine stabilitätspolitisch orientierte Geldmengensteuerung kurz- und mittelfristig erschwert und die Preisstabilität einer Währung langfristig gefährdet, ist das Verbot der monetären Staatsfinanzierung seit Veröffentlichung des

¹⁷⁷ Was deutsche Banken im Fall Griechenlands wohl durch den Kauf von Staatsanleihen schon taten; *Herrmann*, EuZW 2010, 413, 416.

¹⁷⁸ Regierungsvertreter, Abgeordnete, u.a. § 7 I KfW-Gesetz.

¹⁷⁹ § 2 I Nr. 2 KfW-Gesetz; vgl. *Herrmann*, EuZW 2010, 413, 416 (dort: Fn. 32).

Genscher-Memorandums in allen Vorschlägen als zentraler Grundbaustein der Währungsunion betrachtet worden.¹⁸⁰ Die Disziplinierung der mitgliedstaatlichen Finanzpolitiken durch die Märkte war dabei eher das *Ergebnis* der Festlegung auf dieses Prinzip.¹⁸¹ Schon der Delors-Bericht äußerte sich skeptisch über die Wirksamkeit dieser Vorkehrung zur Maßregelung nationaler Verschuldenspolitik.¹⁸² Maßgeblich war aus historischer Sicht folglich die Gewährleistung einer stabilen Währungsunions durch Preisstabilität und Haushaltsdisziplin.

bbb. Zweck der Disziplinierung durch die Marktmechanismen

Im Dreiklang mit Art. 124, 125 I AEUV wird die Unterwerfung der mitgliedstaatlichen Kreditaufnahme unter die Gesetze der Märkte stets als zentrales Anliegen auch des Art. 123 AEUV dargestellt.¹⁸³ Da die Marktmechanismen jedoch nicht wie gewünscht zu einer Disziplinierung der nationalen Haushaltspolitiken führten, sondern sich die Befürchtung des Delors-Berichts bewahrheitete¹⁸⁴, könnte man aufgrund des Fehlgangs dieser Konzeption eine teleologische Reduktion des Art. 123 AEUV fordern.¹⁸⁵ Wie allerdings schon die Historie zeigt, soll Art. 123 AEUV vor allem auch die inflationsfördernde Praxis des Einsatzes der „Notenpresse“ zur Staatsfinanzierung unterbinden und überdies die Wahrung der Unabhängigkeit der Notenbanken sichern.¹⁸⁶ Die *ratio* des Verbots reicht folglich über die Disziplinierung der Mitgliedstaaten hinaus. Erst im nächsten Schritt und im Zusammenhang mit Art. 124 und 125 I AEUV folgt daraus die Notwendigkeit der Finanzierung der Mitgliedstaaten über den Kapitalmarkt.¹⁸⁷ Für eine diesbezügliche teleologische

¹⁸⁰ Stadler, Rechtlicher Handlungsspielraum des ESZB (Fn. 88), S. 209, m.w.N.

¹⁸¹ Endler, Preisstabilität (Fn. 88), S. 340, m.w.N.

¹⁸² „Die von den Marktkräften ausgehenden Zwänge können sich entweder als zu langsam und zu schwach erweisen oder aber zu plötzlich und zu drastisch greifen“, Delors-Bericht in: *Endler*, aaO (Fn. 88), S. 339 f. m.w.N.

¹⁸³ Bandilla in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Fn. 75), Art. 123 AEUV, Rn. 1 f.; Häde in: *Callies/Ruffert* (Fn. 112), Art. 123 AEUV, Rn. 1 f.

¹⁸⁴ Vgl. Fn. 182

¹⁸⁵ Wie es für Art. 125 AEUV deshalb teilweise gefordert wird; vgl. Häde, *EuZW* 2009, 399, 402, Herrmann, *EuZW* 2010, 413, 415.

¹⁸⁶ Häde in: *Callies/Ruffert* (Fn. 112), Art. 123 AEUV, Rn. 5; Hattenberger in: *Schwarze* (Fn. 88), Art. 123 AEUV, Rn. 1, m.w.N.

¹⁸⁷ Hattenberger, ebd.; Gnan in: v. d. Groeben/Schwarze (Fn. 79), Art. 101 EGV, Rn. 6 ff.; Endler, Preis-

Reduktion des Art. 123 AEUV ist daher kein Raum.

ccc. Weitere Aspekte des Wortlauts und Telos' des Verbots

Dass Art. 123 AEUV von „öffentlichen Unternehmen der Mitgliedstaaten“ spricht sowie „der Staat“ in der VO (EG) Nr. 3603/93¹⁸⁸ im Singular verwendet wird, könnte darauf hindeuten, dass Art. 123 AEUV nur die Situation erfassen soll, dass einzelne Mitgliedstaaten bzw. Körperschaften für *sich* bzw. *ihren* Heimatstaat Zentralbankgeld in Anspruch nehmen. EFSF und ESM stehen jedoch unter der Kontrolle *aller* Mitgliedstaaten des Euro-Währungsgebietes. Zudem müssen sie über die Finanzierung der jeweiligen Staaten einstimmig befinden und der durch Zentralbankgeld finanzierte Staat hat keine Kontrolle über die Zuteilung der Mittel. Außerdem muss er sich einem makroökonomischen Anpassungsprogramm unterwerfen. Durch die daraus folgende „Unattraktivität“ der Hilfen wird möglicherweise auch *moral hazard*¹⁸⁹ vermieden, was ebenfalls im Sinne des Art. 123 AEUV wäre.

Doch schon die VO (EG) Nr. 3603/93¹⁹⁰ verbietet, dass die eigentlich zulässigen Staatsanleihenkäufe auf dem Sekundärmarkt zur Umgehung des Ziels des Art. 123 AEUV genutzt werden. Die detaillierte Aufzählung der potentiellen Kreditnehmer zeugt davon, dass der gesamte öffentliche Sektor¹⁹¹ der Union und der Mitgliedstaaten erfasst werden soll und gerade Umwege über privatrechtlich organisierte, aber von der öffentlichen Hand dominierte Unternehmen verschlossen werden sollen. Das Verbot gilt umfassend.¹⁹² Außerdem lassen auch Äußerungen geldpolitischer Entscheidungsträger darauf schließen, dass sie sämtliche Sachverhalte, die auf eine monetäre Staatsfinanzie-

stabilität (Fn. 88), S. 340.

¹⁸⁸ ABl/EG 1993 Nr. L 332, S. 3.

¹⁸⁹ Nachvertragliches Verhalten, mit dem ein Gruppenmitglied seine individuelle Wohlfahrt auf Kosten des Zielerreichungsgrades des Kollektivs steigert, weil die möglicherweise negativen Folgen den Gruppenmitgliedern (also Vertragspartnern) aufgebürdet werden, *Hentschelmann*, EuR 2011, 282 (Fn. 20).

¹⁹⁰ ABl/EG 1993 Nr. L 332, S. 1.

¹⁹¹ Mit Ausnahme der Kreditinstitute im öffentlichen Eigentum, Art. 123 II AEUV.

¹⁹² *Stadler*, Rechtlicher Handlungsspielraum des EZSB (Fn. 88), S. 209; *Hattenberger* in: *Schwarze* (Fn. 88), Art. 123 AEUV, Rn. 3; *Häde* in: *Callies/Ruffert* (Fn. 112), Art. 123 AEUV, Rn. 12; *Bandilla* in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Fn. 75), Art. 123 AEUV, Rn. 6 (unbeschadet der Ausnahme von Kreditinstituten in öffentlichem Eigentum unter wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten).

nung hinauslaufen, als vom Verbot erfasst sehen.¹⁹³ Schließlich sind auch die Argumente, dass der finanzierte Staat über die Zuteilung seiner Mittel keine Kontrolle hat und *moral hazard* durch die Auflagen vermieden wird, um den Aspekt geschwächt, dass dieser Staat möglicherweise vorher als Sicherungsgeber über die Hilfen und Auflagen anderer Regierungen mitentschieden hat. Schließlich ist entsprechend dem Gedanken des *effet utile* bei der Auslegung und Anwendung des Unionsrechts derjenigen Variante der Vorzug zu geben, die die Verwirklichung der Vertragsziele und die Wirksamkeit des Unionsrechts sicherstellt.¹⁹⁴

Eine Finanzierung der EFSF und des ESM mit Mitteln des Zentralbanksystems, die zur Hebelung der Kreditvergabemöglichkeiten an Regierungen der Mitgliedstaaten des Eurosystems genutzt wird, hat jedoch unstrittig die monetäre Finanzierung von Staaten zum Ziel. Aus diesen Gründen ist die Geltung des Art. 123 II AEUV dahingehend einzuschränken, dass der ESM von ihm nicht erfasst wird bzw. die Zentralbankfinanzierung beider Fonds nach dem Zweck des Art. 123 AEUV verboten ist.¹⁹⁵

ddd. Bedeutung der Einhaltung des Art. 123 AEUV

Die Neigung von Regierungen zu inflationsfördernder Politik ist empirisch und geschichtlich belegt.¹⁹⁶ Das prinzipielle Verbot des Notenbankkredits an den Staat hat daher Signalwirkung und unterstützt die Glaubwürdigkeit des Eurosystems und damit die Wirksamkeit seiner Geldpolitik.¹⁹⁷ Außerdem schützt es die Unabhängigkeit der Zentralbanken, indem es die Gefahr bannt,

¹⁹³ Vgl. Sester, EWS 2012, 80, 85, m.w.N.: so werten *Mario Draghi* und *Jens Weidmann* den Verkauf der von der EZB (bzw. den NZBen) erworbenen Staatsanleihen an EFSF und ESM unter dem Einstandspreis als monetäre Staatsfinanzierung.

¹⁹⁴ Vgl. Mayer in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Fn. 75), Art. 19 EUV, Rn. 57 f. m.w.N.; vgl. auch den Streit bzgl. der Finanzhilfen als Verstoß gegen Art. 125 AEUV: *Kube/Reimer*, NJW 2010, 1911, 1913; a.A. *Herrmann*, EuZW 2010, 413, 415, m.w.N.; wobei zu beachten ist, dass die Ergebnisse hierzu aufgrund der unterschiedlichen Zweckrichtungen und Hintergründe der Verbote nur sehr bedingt übertragbar sind.

¹⁹⁵ Vgl. BVerfG, Urteil vom 12.09.2012 – 2 BvR 1390/12, http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20120912_2bvr139012a.html, Rn. 172 ff; vgl. auch EuGH Rs. C-370/12, *Pringle* (Fn. 25), Rn. 96, 123 ff.

¹⁹⁶ *Gnan* in: v. d. *Groeben/Schwarze* (Fn. 79), Art. 101 EGV, Rn. 6; *Häde, Callies/Ruffert* (Fn. 112), Art. 123 AEUV, Rn. 5.

¹⁹⁷ *Gaitanides*, Recht der Europäischen Zentralbank (Fn. 73), S. 29.

dass die geldpolitische Flexibilität des Zentralbanksystems eingeschränkt wird.¹⁹⁸ An der Geltung dieser makroökonomischen Überlegungen ändert auch die Krise nichts.¹⁹⁹ Soll die Konzeption des ESZB²⁰⁰ beibehalten werden, hat die unbedingte Beachtung dieser Regelung an Notwendigkeit nichts ein-

gebüßt. In der Ökonomie spielen Erwartungen eine wichtige Rolle.

Für die Erreichung der Ziele dieses Verbots ist deshalb die Glaubhaf-

tigkeit seiner Beachtung im Krisenfall entscheidend.²⁰¹ Eine Missachtung des Verbots könnte die Glaubwürdigkeit der gesamten Konzeption der Währungsunion in Frage stellen.

» Eine Missachtung des Verbots des Notenbankkredits könnte die Glaubwürdigkeit der gesamten Konzeption der Währungsunion in Frage stellen. «

c. Vereinbarkeit mit dem Verbot des bevorrechtigten Zugangs zu Zentralbankgeld

Da gem. Art. 4 II 1. Gedankenstr. Der VO (EG) Nr. 3604/93²⁰² die EZB und die NZBen gerade nicht zu den Finanzinstituten des Art. 124 AEUV zählen, verstößt eine Finanzierung von EFSF und ESM über Zentralbankgeld nicht gegen Art. 124 AEUV.

d. Vereinbarkeit mit der No Bailout-Klausel

Art. 125 AEUV verbietet eine „Haftung“ und ein „Eintreten“ einerseits der Union für Verbindlichkeiten des öffentlichen Sektors eines Mitgliedstaats sowie andererseits der Mitgliedstaaten für den öffentlichen Sektor untereinander. Da die VO (EG) Nr. 3603/93²⁰³ entsprechend anwendbar ist, gelten

¹⁹⁸ Gnan, aaO (Fn. 79), Rn. 7 f.; vgl. oben B. III.

¹⁹⁹ Im Gegensatz vielleicht zur Effektivität der Disziplinierung staatlicher Haushaltspolitik durch Marktmechanismen.

²⁰⁰ Primat der Preisstabilität und Unabhängigkeit der Notenbank.

²⁰¹ Hentschelmann, EuR 2011, 282, 284; Häde, EuZW 2009, 399, 402; Gaitanides, Recht der Europäischen Zentralbank (Fn. 73), S. 29.

²⁰² VO (EG) Nr. 3604/93 des Rates, vom 13.12.1993, zur Festlegung der Begriffsbestimmungen für die Anwendung des Verbots des bevorrechtigten Zugangs gemäß Artikel 104a des Vertrages, ABI/EG 1993 Nr. L 332, S. 6.

²⁰³ ABI/EG 1993 Nr. L 332, S. 1.

EFSF und ESM auch hier als öffentliche Unternehmen.²⁰⁴ Es müsste jedoch zunächst überhaupt eine Haftung für Verbindlichkeiten des Eurosystems ausgelöst werden.

Alle NZBen des ESZB sind die Zeichner und Inhaber des Kapitals der EZB.²⁰⁵ Außerdem wird ein Großteil der währungspolitischen Aufgaben dezentral von den NZBen durchgeführt.²⁰⁶ Die Einkünfte der NZBen – positiv wie negativ – aus der Erfüllung dieser Aufgaben („monetären Einkünfte“²⁰⁷) werden unter den NZBen verteilt und in ihren Bilanzen ausgewiesen.²⁰⁸ Etwaige Verluste der EZB, die aus dem allgemeinen Reservefonds der EZB und falls erforderlich aus den monetären Einkünften des betreffenden Geschäftsjahres der NZBen ausgeglichen werden können²⁰⁹, letztlich aber das Kapital der EZB aufzehren würden, sind in der Bilanz der EZB ausgewiesen. Es „haften“ also die rechtlich und wirtschaftlich selbstständigen NZBen für die gesamten Verbindlichkeiten des Zentralbanksystems. Daraus kann jedoch nicht unmittelbar geschlossen werden, dass die jeweiligen Mitgliedstaaten etwaige Verluste ihrer NZB auch ausgleichen *müssen*.²¹⁰ Zum einen ist es den Notenbanken nicht verwehrt, langfristig Verluste auszuweisen²¹¹, ein unmittelbarer Ausgleich über einen Kapitalnachschuss durch die Eigentümer ist nicht vorgeschrieben.²¹² Zum anderen kann eine Notenbank nicht im technischen Sinne illiquide und damit insolvent werden. Es ist schließlich auch ungewiss, ob

²⁰⁴ Vgl. oben C. IV. 2. a) bb).

²⁰⁵ Art. 28.2, 48 ESZB-Satzung; die NZBen der nichtteilnehmenden Mitgliedstaaten zahlen das von ihnen gezeichnete Kapital jedoch nicht bzw. nur unter bestimmten Bedingungen ein, Art. 47, 48.2 ESZB-Satzung.

²⁰⁶ So auch die hier relevanten längerfristigen Refinanzierungsgeschäfte und Hauptrefinanzierungsgeschäfte, Anhang I Punkt 3.1.2. d) und 3.1.3. d) der Leitlinie EZB/2011/14, ABIEU Nr. L 331/14 f.

²⁰⁷ Art. 32.1 ESZB-Satzung.

²⁰⁸ Vgl. Art. 26.2 und 26.3 ESZB-Satzung; *Stadler*, Rechtlicher Handlungsspielraum des ESZB (Fn. 88), S. 218.

²⁰⁹ Art. 33.2 ESZB-Satzung.

²¹⁰ *Siekmann*, Erhöhung des Kapitals der EZB, <http://blog.handelsblatt.com/rechtsboard/2010/12/16/erhoehung-des-kapitals-der-ezb/>, Erstellung am 16.12.2010, 19:00 Uhr, Abruf am 14.07.2013; *Nagel*, Geldpolitische Sondermaßnahmen und Risiken – Auswirkungen der Finanzkrise auf die Zentralbankbilanz, Rede vom 28.04.2012 (Fn. 132).

²¹¹ Vgl. Art. 33.2 ESZB-Satzung; der Fehlbetrag *kann* ausgeglichen werden.

²¹² Bsp. Bundesbank: ein Verlustvortrag hat keine Auswirkung auf betriebswirtschaftliche Erfordernisse; *Nagel*, Rede vom 28.04.2012 (Fn. 210).

ein Staat für endgültige Verluste seiner Notenbank überhaupt haften würde.²¹³ Andererseits kann man aus Art. 282 AEUV eine Bestandsgarantie der NZBen auch in finanzieller Hinsicht ableiten, wonach die Mitgliedstaaten die Pflicht hätten, ihre NZB auch mit den für die ordnungsgemäße Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlichen Mitteln auszustatten.²¹⁴ Außerdem mag eine Zentralbank zwar ohne Eigenkapital im klassischen Sinne arbeiten können, ein hoher negativer Bilanzwert einer Notenbank gefährdet jedoch ihre Unabhängigkeit und Reputation, die für die Effektivität einer Geldpolitik eine entscheidende Rolle spielt.²¹⁵ Legt eine Gesellschaft Wert auf die Unabhängigkeit der Zentralbank, wird eine Rekapitalisierung daher notwendig.²¹⁶ Die Zentralbankunabhängigkeit ist ein zentrales Anliegen der europäischen Währungsunion, sodass eine Rekapitalisierung der NZBen im Falle entsprechend hoher Verluste durch Geschäfte mit EFSF und ESM nötig würde. Dies müsste jedoch als „Bailout durch die Hintertür“ qualifiziert werden.²¹⁷

Dennoch zieht aus oben genannten Gründen eine Zentralbankfinanzierung von EFSF und ESM keine Haftung der Union und auch keine direkte Haftung der Mitgliedstaaten nach sich. Eine unmittelbare Bailout-*Verpflichtung* kann daher nicht abgeleitet werden. Dies ist das Ergebnis der finanziellen Eigenständigkeit des Zentralbankensystems, auf die als wichtiger Bestandteil des Grundsatzes der Unabhängigkeit bei der Konzeption des Systems auch Wert gelegt wurde.²¹⁸ Ein unmittelbarer Verstoß gegen Art. 125 AEUV ist daher nicht anzunehmen.

²¹³ Z.B. sind weder Anstaltslast noch Gewährträgerhaftung für die Bundesbank angeordnet, *Siekmann*, Erhöhung des Kapitals der EZB (Fn. 210).

²¹⁴ Vgl. *Selmayr, Martin*: Das Recht der Wirtschafts- und Währungsunion, Erster Band: Die Vergemeinschaftung der Währung, Baden-Baden 2002, S. 309.

²¹⁵ So auch die EZB: Konvergenzbericht der EZB v. Mai 2010, S. 23, <http://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/conrep/cr201005de.pdf>, Abruf am 14.07.2013.

²¹⁶ *Nagel*, Rede v. 28.4.2012 (Fn. 210); *Stella, Peter*: IMW Working Paper WP/97/83, Do Central Banks Need Capital?; July 1997, <http://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/wp9783.pdf>, Abruf am 14.7.2013; *Sester*, EWS 2012, 80, 83 f.

²¹⁷ *Sester*, EWS 2012, 80, 84.

²¹⁸ *Stadler*, Rechtlicher Handlungsspielraum des ESZB (Fn. 88), S. 215, m.w.N.

IV. Ergebnis

Das ESZB wäre im Rahmen seiner Aufgaben und Befugnisse grundsätzlich zu einer Zentralbankfinanzierung von EFSF und ESM ermächtigt, die Zielverpflichtungen des ESZB stünden damit in Einklang. Sie ist jedoch nicht mit dem Verbot der monetären Staatsfinanzierung aus Art. 123 AEUV vereinbar. Gegen die No Bailout-Klausel und das Gebot der Unabhängigkeit würde sie zwar nicht verstoßen, aufgrund der wirtschaftlichen Auswirkung einer Zentralbankfinanzierung der Rettungsfonds können jedoch gewisse rechtliche Bedenken auch diesbezüglich nicht ausgeräumt werden.

V. Ausblick

Einige Makroökonomien sind der Meinung, die Krise habe eine besondere der Wirtschafts- und Währungsunion innewohnende Schwäche aufgedeckt.²¹⁹

Diese sei die „neue“ *Impossible Trinity*, bestehend aus No Bailout-Verbot,

» *Rechtliche Bedenken können auch bezüglich der No Bailout-Klausel und des Gebots der Unabhängigkeit nicht ausgeräumt werden.* «

Verbot der monetären Staatsfinanzierung und den Interdependenzen zwischen Banken und ihrem Souverän.²²⁰ Eine Ausweitung des Mandats

der EZB mit dem Ziel der Finanzierung der Mitgliedstaaten oder von EFSF und ESM wäre dabei neben einer Banken- oder einer echten Fiskalunion aus makroökonomischer Sicht eine sinnvolle Lösungsvariante.²²¹ Die Politik will nun eine Bankenunion errichten²²² und auch für eine Fiskalunion gibt es Plä-

²¹⁹ *Pisany-Ferry, Jean*: The Euro Crisis and the new Impossible Trinity, Bruegel Policy Contribution, Issue 2012/1, v. 15.1.2012, <http://www.bruegel.org/publications/publication-detail/publication/674-the-euro-crisis-and-the-new-impossible-trinity/>, Abruf am 14.7.2013, m.w.N.

²²⁰ *Pisany-Ferry* (Fn. 219), S. 1.

²²¹ *Pisany-Ferry* (Fn. 219), S. 9 f.

²²² *Eder*, Brüssel marschiert in Richtung Bankenunion, http://www.welt.de/print/die_welt/wirtschaft/article106429540/Bruessel-marschiert-in-Richtung-Bankenunion.html, Erstellung am 14.7.2012, Abruf am 14.7.2013.

ne²²³. Es bleibt zu hoffen, dass schließlich eine langfristig tragbare Strategie zur Lösung der der europäischen Währungsunion inhärenten Probleme gefunden wird. Sicher ist dabei jedenfalls, dass der Weg ohne Änderung der europäischen Verträge nicht über eine Zentralbankfinanzierung der EFSF und des ESM führen kann, ohne die endgültige Aushebelung der wirtschafts- und währungspolitischen Regelungen der Europäischen Union in Kauf zu nehmen.

²²³ Euro-Krise: EU plant eine echte Fiskalunion, <http://www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/spiegel-eu-plan-fuer-eine-echte-fiskalunion-a-837949.html>, Erstellung am 9.6.2012, Abruf am 14.7.2013.



Hans Kriegl

Hans Kriegl (geb. 1989) studiert Rechtswissenschaft an der Universität Passau. Er ist Stipendiat der Hans-Seidel-Stiftung und wissenschaftliche Hilfskraft am Dekanat der Juristischen Fakultät bei Prof. Dr. Rainer Wernsmann.

Den nachfolgenden Beitrag fertigte er im WS 2012/13 anlässlich seines Schwerpunktstudiums im Steuer- und Gesellschaftsrecht an. Sein Dank gilt den Geschwistern Bettina und Werner sowie RA Markus Sturm für ihre fortwährende Unterstützung.

Der gutgläubige Zwischenenerwerb im Fall des § 16 Abs. 3 GmbHG

I. Einleitung

Die Einführung des § 16 Abs. 3 GmbHG n. F. war eine der zentralen Neuerungen durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) mit Wirkung zum 01.11.2008.¹ Mit dieser Bestimmung wurde der seitens der Praxis lange erhobene Forderung² abgeholfen, den redlichen³ Erwerb von GmbH-Anteilen zu ermöglichen. Doch die Auslegung von § 16 Abs. 3 GmbHG ist besonders in einer Frage seit der Einführung der Norm umstritten, wie das folgende Beispiel veranschaulichen soll:

A veräußert seine Beteiligung an der X-GmbH an B. Sie sind sich darüber einig, dass die Abtretung der Beteiligung erst wirksam werde, sobald B vollständig bezahlt hat. A bleibt solange in der Gesellschafterliste beim Handelsregister eingetragen. Bevor jedoch B die letzte Rate überweist, tritt A seinen Anteil wiederum an C ab, der von alledem nichts weiß und sofort bar bezahlt. A taucht mit dem Geld von B und C unter und bleibt unauffindbar.

Die Frage ist nun, ob und bejahendenfalls unter welchen Voraussetzungen gutgläubiger Zwischenenerwerb möglich ist; mithin, ob im Beispielsfall der aufschiebend bedingende Ersterwerber B oder der gutgläubige Zwischenenerwerber C schutzwürdiger ist.

¹ Wachter, ZNotP 2008, 378.

² Vgl. Preuss, ZGR 2008, 676, 687.

³ Die Adjektive „redlich“ und „gutgläubig“ werden synonym verwendet. Siehe dazu die Ausführungen von Weber in: Creifelds Rechtswörterbuch, 20. Aufl., 2011, S. 567.

Der BGH hat entschieden, dass § 161 Abs. 3 BGB i. V. m. § 16 Abs. 3 GmbHG den redlichen Zwischenerwerb nicht ermögliche.⁴ Die gestreckte Abtretung von GmbH-Anteilen ist aber geradezu der „Regelfall“⁵. Die Frage, ob der aufschiebend bedingende Erwerber sich dabei dem Risiko des redlichen Zwischenerwerbs aussetzt, ist auch nach der Entscheidung des BGH umstritten⁶ und mitnichten von lediglich akademischem Interesse. Sie hat große praktische Relevanz.

II. Redlicher Zwischenerwerb nach § 16 Abs. 3 GmbHG?

1. Normzweck

Die Anteile an einer GmbH sind sonstige Rechte i. S. v. § 413 BGB.⁷ Als solche konnten sie vor der Einführung des MoMiG nicht gutgläubig erworben werden. Dies ergibt sich aus dem Verweis von § 413 BGB auf § 405 BGB, welcher den gutgläubigen Erwerb von Forderungen nur ausnahmsweise vorsieht.⁸ Eine *lex specialis* existierte nicht.

Im Falle einer etwaigen Zwischenverfügung war der aufschiebend bedingende Erwerber eines Anteils durch § 161 Abs. 1 Satz 1 BGB geschützt.⁹ Diese Regelung erklärt in der Schwebezeit einer aufschiebend bedingten Verfügung weitere Verfügungen für unwirksam. Der redliche Zwischen-„Erwerber“ erwarb also – von Schadensersatzansprüchen gegen den ursprünglichen Inhaber einmal abgesehen – nichts.¹⁰

Für die Praxis war die alte Rechtslage unbefriedigend, weil in der Regel eine „langwierige Nachprüfung von Abtretungsketten“¹¹ erforderlich war, um sich des Anteilserwerbs sicher sein zu können. Diese Prozedur, sowie die bis dato

⁴ BGH, Beschluss vom 20.09.2011 – II ZB 17/10, BGHZ 191, 84.

⁵ *Altmeyen* in: Roth/Altmeyen, Kommentar zum GmbH-Gesetz, 7. Aufl., 2012, § 16 Rn. 64.

⁶ Siehe etwa die kritischen Reaktionen von *Altmeyen* in: Liber Amicorum Klaus Schurig zum 70. Geburtstag, 2012, S. 1, 3; *Herrler*, NZG 2011, 1321, 1325; *Hirte*, NJW 2012, 581, 584; *Jeep*, NJW 2012, 658, 660; *Wicke*, DStR 2011, 2356.

⁷ *Altmeyen*, LA Schurig (Fn. 6), S. 1; vgl. auch *Mayer/Färber*, GmbHR 2011, 785, 790.

⁸ Vgl. *Grüneberg* in: Palandt, Kommentar zum BGB, 72. Aufl., 2013, § 405 Rn. 1.

⁹ *Reymann*, WM 2008, 2095, 2097; mit Hinweis auf den § 161 Abs. 1 BGB zugrunde liegenden Prioritätsgrundsatz *Mayer/Färber*, GmbHR 2011, 785, 786.

¹⁰ *Bayer*, GmbHR 2011, 1254, 1256.

¹¹ *Begemann/Grunow*, DNotZ 2011, 403.

bestehende Praxis der Abgabe von Garantieverklärungen hinsichtlich der tatsächlichen Inhaberschaft eines Anteils, sollten durch die Spezialnorm des § 16 Abs. 3 GmbHG entbehrlich werden.¹² Das gesetzgeberische Ziel war es, gutgläubigen Erwerb zu ermöglichen und dadurch insgesamt „(...) Mühen, Kosten und Unsicherheiten (...)“¹³ zu ersparen. Die Marktgängigkeit von GmbH-Anteilen sollte erhöht und der Unternehmenskauf erleichtert werden.¹⁴ Telos der neuen Bestimmung ist somit eine größere Rechtssicherheit und verbesserter Verkehrsschutz.

Die nachfolgende Untersuchung der Norm auf ihre Eignung zur Begründung eines redlichen Zweiterwerbs ist im Lichte dieser gesetzgeberischen Zielsetzung vorzunehmen.

2. Der Tatbestand des § 16 Abs. 3 GmbHG

Die Erfordernisse für den allgemeinen redlichen Erwerb müssen auch im Sonderfall des redlichen Zwischenerwerbs vorliegen. Somit sind die tatbestandlichen Voraussetzungen dahingehend zu überprüfen, ob sie einem redlichen Zwischenerwerb entgegenstehen oder nicht.

a. Wortlaut

Der Streit über den redlichen Zwischenerwerb fußt darauf, dass § 16 Abs. 3 Satz 1 GmbHG nach seinem Wortlaut nur den Erwerb „vom Nichtberechtigten“ ermöglicht, der „als Inhaber des Geschäftsanteils (...) in der Gesellschafterliste“ steht. Diese Konstellation wird in Satz 2 mit der „Unrichtigkeit“ der Liste beschrieben.¹⁵ Der Begriff des „Nichtberechtigten“ lehnt sich an § 185 Abs. 1 BGB an und meint denjenigen, der über einen Geschäftsanteil verfügt, ohne die dafür erforderliche (dingliche) Verfügungsmacht zu haben.¹⁶

¹² Vgl. *Vossius*, DB 2007, 2299.

¹³ BT-Drs. 16/6140, 38.

¹⁴ Ebenda.

¹⁵ Vgl. *Maier-Reimer* in: Festschrift für Friedrich Graf von Westphalen zum 70. Geburtstag, 2010, S. 493; *Maier-Reimer* spricht von der „Unrichtigkeit“ der Liste „in Satz 3“, meint aber richtigerweise Satz 2, da nur hier „Unrichtigkeit“ vorkommt.

¹⁶ *Greitemann/Bergjan* in: *Transaktionen, Vermögen, Pro Bono*: Festschrift zum zehnjährigen Bestehen von P+P Pöllath + Partners, 2008, S. 283

Hierzu kann man vertreten, dass derjenige, der seinen Anteil aufschiebend bedingt an einen anderen überträgt, durchaus „Nachberechtigter“¹⁷ sei, solange und soweit das Verfügungsgeschäft, also die wirksame dingliche Übertragung an den Ersterwerber durch Bedingungseintritt (§ 158 Abs. 1 BGB), noch nicht erfolgt ist.¹⁸ Mithin handle es sich beim redlichen Zwischenerwerb tatsächlich um einen Erwerb vom Berechtigten.¹⁹ Dieser habe zwar nur noch eine „Nicht-so-Berechtigung“²⁰, da der GmbH-Anteil mit dem Anwartschaftsrecht des Ersterwerbers belastet sei. Dennoch sei es mit dem Wortlaut der Norm nicht zu vereinbaren, im Fall des gutgläubigen Zweiterwerbs einen Erwerb vom Nichtberechtigten durch „großzügige Analogie“²¹ zu konstruieren. Die Gesellschafterliste sei also nicht unrichtig, und der Tatbestand somit nicht erfüllt.

Dieser Auffassung hat sich auch der II. Zivilsenat des BGH angeschlossen und führt dazu aus, der Wortlaut des § 16 Abs. 3 GmbHG spreche dafür, dass die Gesellschafterliste nur eine Aussage über die Gesellschafterstellung treffe,

» Mit der juristischen Sekunde, in der sich sein Anwartschaftsrecht in ein Vollrecht verwandelt, ist der Ersterwerber der Gefahr eines gutgläubigen Erwerbs ausgeliefert. «

nicht aber über die Belastung des Geschäftsanteils mit einem Anwartschaftsrecht.²²

Das reine Wortlautargument erscheint auf den ersten Blick schlüssig. Jedoch erschöpft sich die

juristische Methodik nicht in der Anwendung des Wortlautes.²³ Folglich begegnet die wohl h.L.²⁴ dieser Argumentation mit einer Reihe vornehmlich

¹⁷ Frenzel, NotBZ 2010, 129, 130.

¹⁸ Begemann/Grunow, DNotZ 2011, 403, 405; Zessel, GmbHR 2009, 303, 305.

¹⁹ Reymann, GmbHR 2009, 343, 345; Weigl, MittBayNot 2009, 116, 117.

²⁰ D. Mayer, ZIP 2009, 1037, 1051.

²¹ Begemann/Grunow, DNotZ 2011, 403, 414.

²² BGH, Beschluss vom 20.09.2011 - II ZB 17/10, BGHZ 191, 84, 91 f.

²³ Vgl. Sprau, Palandt (Fn. 8), Einleitung Rn. 40.

²⁴ Brandes in: Bork/Schäfer, Kommentar zum GmbH-Gesetz, 2. Aufl., 2012, § 16 Rn. 74 ff.; Ebbing in: Michalski, Kommentar zum GmbH-Gesetz, 2. Aufl., 2010, § 16 Rn. 249; Heidinger in: Münchener Kommentar zum GmbH-Gesetz, Bd. 1, 2010, § 16 Rn. 283 ff.; Löbbe in: Ulmer/Habersack/Löbbe, Großkommentar zum GmbH-Gesetz, 2. Aufl., 2013, § 16 Rn. 136 ff.; Verse in:

systematischer Überlegungen.

b. Systematik 1: § 161 Abs. 3 BGB i. V. m. § 16 Abs. 3 GmbHG

Womöglich ergibt sich aus dem Kontext des Gesetzes, dass die Formulierung „vom Nichtberechtigten“ auch den Fall des redlichen Zwischenerwerbs erfasst.

a) Das Hauptargument der Befürworter des gutgläubigen Zweiterwerbs ist das *argumentum a maiori ad minus*: Wenn schon der GmbH-Anteil von einem überhaupt nicht Berechtigten *de lege lata* gutgläubig erworben werden könne, dann müsse der redliche Erwerb vom (noch) Berechtigten erst recht möglich sein.²⁵

Aus einem anderen Blickwinkel betrachtet, lässt sich entsprechend formulieren: Das (kleinere) Anwartschaftsrecht des aufschiebend bedingten Erwerbers kann nicht „systemwidrig“ stärker geschützt werden als das Vollrecht.²⁶ Genau dies wäre aber die Konsequenz, die mitunter zu „Zufallsergebnissen“ führen könne:²⁷ Solange die Bedingung noch nicht eingetreten ist, ist der Ersterwerber demnach in seinem Anwartschaftsrecht durch § 161 Abs. 1 BGB geschützt. Mit der juristischen Sekunde, in der die Bedingung eintritt und sich sein Anwartschaftsrecht in ein Vollrecht verwandelt, ist er jedoch der Gefahr eines gutgläubigen Erwerbs ausgeliefert, wenn und solange er die Dreijahresfrist in § 16 Abs. 3 Satz 2 GmbHG übersieht und sich nicht darum kümmert, als neuer Berechtigter in die Gesellschafterliste eingetragen zu werden.²⁸

Auch der BGH sieht Wertungswidersprüche. Er stellt dazu fest, dass dies zwar der Zielsetzung des Gesetzgebers zuwider laufe, aber von diesem „bewusst in Kauf genommen“²⁹ worden sei.

b) Das *argumentum a fortiori* findet seinen normativen Anknüpfungspunkt in § 161 Abs. 3 BGB. In der Systematik des Privatrechts steht § 161 BGB im

Henssler/Strohn (Hrsg.), Gesellschaftsrecht, 2011, § 16 Rn. 64.

²⁵ Altmeyden, LA Schurig (Fn. 6), S. 7; Herrler, BB 2009, 2272, 2273; Osterloh, NZG 2011, 495, 496.

²⁶ Vgl. Bayer, GmbHR 2011, 1254, 1257 f.; Osterloh, NZG 2011, 495, 496; Altmeyden, Roth/Altmeyden (Fn. 5), § 16 Rn. 64.

²⁷ Mayer/Färber, GmbHR 2011, 785, 789.

²⁸ Zessel (GmbHR 2009, 303, 305) spricht hier von der „konzeptionellen Wasserscheide“ zwischen der Anwendung des § 16 Abs. 3 GmbHG und § 161 Abs. 1 BGB.

²⁹ BGH, Beschluss vom 20.09.2011 – II ZB 17/10, BGHZ 191, 84, 94.

Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches und dort im Titel über *Bedingungen und Zeitbestimmungen*.³⁰ Er regelt die Unwirksamkeit von Verfügungen während der Schwebezeit. Der erste Absatz schützt den Ersterwerber bei aufschiebender Bedingung, der zweite Absatz den Erstveräußerer im Falle einer auflösenden Bedingung. Absatz 3 schließlich dient dem Schutz des redlichen Zwischenerwerbers.³¹

§ 161 Abs. 3 BGB besagt, dass im Falle einer Zwischenverfügung diejenigen Vorschriften entsprechende Anwendung finden, die denjenigen begünstigen, welcher Rechte von einem Nichtberechtigten herleitet. Wenn also § 16 Abs. 3 GmbHG eine Vorschrift ist, die zugunsten desjenigen wirkt, der „Rechte von einem Nichtberechtigten herleitet“, dann könnte die Vorschrift nach Maßgabe der Rechtsgrundverweisung³² des § 161 Abs. 3 BGB auch entsprechend im Falle eines gutgläubigen Zwischenerwerbs anwendbar sein.

§ 16 Abs. 3 Satz 1 GmbHG ermöglicht es dem Erwerber, einen GmbH-Anteil oder ein Recht daran *von einem Nichtberechtigten* zu erwerben, wenn dieser als Inhaber in der Gesellschafterliste eingetragen ist. Es handelt sich mithin um eine Norm, die unter bestimmten Umständen den redlichen Erwerber *begünstigt*.³³ Somit sind nach der semantischen Auslegung der beiden Normen die Voraussetzungen des § 161 Abs. 3 BGB in § 16 Abs. 3 GmbHG grundsätzlich erfüllt.³⁴

Bayer zieht daraus die Konsequenz, dass die Vorschrift des § 16 Abs. 3 GmbHG entsprechend und sinngemäß wie folgt zu lesen sei: „Der Erwerber kann einen Geschäftsanteil (...) durch Rechtsgeschäft wirksam auch von demjenigen erwerben, der bereits aufschiebend bedingt verfügt hat, aber noch als uneingeschränkter Berechtigter in der Gesellschafterliste eingetragen ist (...)“³⁵

Den bisherigen Ausführungen zu § 161 Abs. 3 BGB i. V. m. § 16 Abs. 3 GmbHG werden Bedenken dahingehend entgegengehalten, dies sei mit dem Wortlaut von § 16 Abs. 3 GmbHG nicht zu vereinbaren. Diese Ansicht weist darauf hin, dass § 161 Abs. 3 BGB nur unter Berücksichtigung der Tatbe-

³⁰ Ausführlich zum systematischen Verhältnis *Frenzel*, NotBZ 2010, 129, 131.

³¹ Ebenda.

³² Ebenda m.w.N.

³³ Vgl. *Maier-Reimer*, FS Westphalen (Fn. 16), S. 497.

³⁴ *Frenzel*, NotBZ 2010, 129, 130.

³⁵ *Bayer*, GmbHR 2011, 1254, 1256.

standsmerkmale von § 16 Abs. 3 GmbHG zur Anwendung gelangen könne.³⁶ Insbesondere müsse das Tatbestandsmerkmal der dreijährigen Unrichtigkeit der Gesellschafterliste vorliegen, um die Rechtsfolgen von § 16 Abs. 3 GmbHG zu erzielen. Auch der BGH teilt offensichtlich diese Ansicht, wenn er ausführt, die Frage „(...) ob und unter welchen Voraussetzungen ein gutgläubiger Zweiterwerb möglich ist [bemisst sich] nach den für den Zweiterwerb des jeweiligen Verfügungsgegenstandes maßgeblichen Vorschriften, (...) also nach § 16 Abs. 3 GmbHG.“³⁷

Darauf kann erwidert werden, dass § 161 Abs. 3 BGB nicht herangezogen werden müsste, wenn § 16 Abs. 3 GmbHG für sich allein schon den redlichen Zwischenerwerb gestatten würde.³⁸ § 161 Abs. 3 BGB bedingt ja gerade, dass der Tatbestand der entsprechenden Gutgläubensvorschrift nicht wortwörtlich erfüllt ist. Deswegen soll die jeweilige Gutgläubensvorschrift ja auch *entsprechend* angewendet werden.³⁹ Es ist darauf hinzuweisen, dass auch bei der bedingten Übereignung von Fahrnis nach § 932 BGB der Tatbestand, dass die Sache nicht dem Veräußerer gehört, nicht erfüllt ist, hier die Möglichkeit des redlichen Zwischenerwerbs aber anerkannt wird.⁴⁰

Bisweilen wird auch die Frage aufgeworfen, ob § 161 Abs. 3 BGB eine statische oder eine dynamische Norm sei, ob sie also auch auf Rechtsvorschriften angewendet werden könne, die erst später in das Gesetz eingefügt wurden.⁴¹ Zu diesem Punkt stellen selbst Gegner des redlichen Zwischenerwerbs fest, dass der Wortlaut von § 161 Abs. 3 BGB keine dahingehenden Einschränkungen enthält.⁴² Auch der BGH spricht von einem „pauschalen“ Verweis.⁴³ Nach hier vertretener Ansicht ist ein behaupteter statischer Charakter der Norm allein aus Gründen der Rechtssicherheit nicht tragfähig. Was der Gesetzgeber mit einer bestimmten Regelung bezwecken will oder wollte, muss

³⁶ *Begemann/Grunow*, DNotZ 2011, 403, 412.

³⁷ BGH, Beschluss vom 20.09.2011 – II ZB 17/10, BGHZ 191, 84, 90 f.; in diesem Sinne auch OLG München, Beschluss vom 11.03.2011 – 31 Wx 162/10, ZIP 2011, 612, 613 f.

³⁸ Treffend *Maier-Reimer*, FS Westphalen (Fn. 16), S. 493: „[S]onst wäre die Bestimmung überflüssig.“

³⁹ *Oppermann*, ZIP 2009, 651, 652.

⁴⁰ Vgl. *Maier-Reimer*, FS Westphalen (Fn. 16), S. 493.

⁴¹ Vertiefend *Reymann*, GmbHR 2009, 343, 344.

⁴² *Mayer/Färber*, GmbHR 2011, 785, 788 f.

⁴³ BGH, Beschluss vom 20.09.2011 – II ZB 17/10, BGHZ 191, 84, 90.

sich in erster Linie aus der betreffenden Norm selbst ergeben. Eine Einschränkung hinsichtlich zukünftiger Gesetze ist in § 161 Abs. 3 BGB aber nicht ersichtlich.

Somit bleibt vorerst festzustellen, dass § 161 Abs. 3 BGB dynamisch und grundsätzlich auch auf neuere Vorschriften wie § 16 Abs. 3 GmbHG anwendbar ist.

c. Systematik 2: Rechtsscheinträger Gesellschafterliste

Wie bereits dargestellt,⁴⁴ enthält das Tatbestandsmerkmal „Unrichtigkeit der Liste“ neben dem Bestandteil des „Nichtberechtigten“ auch das Element des „als Inhaber des Geschäftsanteils in der (...) Gesellschafterliste“ Eingetragenen. Die nachfolgenden Ausführungen knüpfen an das Merkmal „Gesellschafterliste“ an.

Die in § 413 BGB bezeichneten „anderen Rechte“ sind vom gutgläubigen Erwerb ausgeschlossen (siehe oben II. 1.), weil es ihnen an einem Rechtsscheinträger fehlt.⁴⁵ Das heißt, es gibt nichts, was ihre Zugehörigkeit zu einem Rechtsinhaber verlässlich ausweisen könnte. Dabei ist es allgemein anerkannt, dass der Rechtsschein ein für alle Arten von gutgläubigem Erwerb unabdingbares Erfordernis ist.⁴⁶ Dies ist ein Gebot des Verkehrsschutzes.

So dient das tatsächliche Herrschaftsverhältnis des Besitzes als Rechtsscheinträger für Fahrnis, vgl. §§ 932 ff. BGB. Für Grundstücke gilt das Instrument des Grundbuches als Rechtsscheinträger, § 892 Abs. 1 BGB. Und für diejenigen Rechte, die entgegen der Grundregel aus dem Umkehrschluss von § 405 BGB doch gutgläubig erworben werden können, dient eine verkörperte Urkunde als Rechtsscheinträger, wie etwa das Indossament im Aktienrecht, § 68 Abs. 1 Satz 2 AktG, Art. 16 Abs. 2 WG.⁴⁷

Mit dem MoMiG wurde die beim Handelsregister hinterlegte Gesellschafterliste erheblich aufgewertet, so dass auch sie nun als Rechtsscheinträger für

⁴⁴ Siehe oben II. 2. a.

⁴⁵ Vgl. OLG München, Beschluss vom 11.03.2011 – 31 Wx 162/10, ZIP 2011, 612, 614.

⁴⁶ BGH, Urteil vom 11.06.1953 – IV ZR 181/52, BGHZ 10, 81; *Maier-Reimer*, FS Westphalen (Fn. 16), S. 494; *Mayer/Färber*, GmbHR 2011, 785; *Zessel*, GmbHR 2009, 303, 305; vgl. auch *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl., 2009, § 23 Rn. 3.

⁴⁷ Vgl. *Mayer/Färber*, GmbHR 2009, 785.

die Anteile an einer GmbH fungieren kann.⁴⁸ Umstritten ist jedoch, wo die Grenzen dieses Rechtsscheins liegen und worauf der gutgläubige Erwerber konkret vertrauen darf.

Dass § 161 Abs. 3 BGB i. V. m. § 16 Abs. 3 GmbHG den redlichen Zwischenerwerb ermögliche, werden in Schrifttum und Rechtsprechung⁴⁹ folglich Bedenken entgegengehalten, die alle auf der grundlegenden Ansicht beruhen, dass die Gesellschafterliste in ihrer heutigen Form kein hinreichender Rechtsscheinträger sei, um § 161 Abs. 1 BGB zu überwinden und einen gutgläubigen Zweiterwerb zu begründen.⁵⁰ Darüber könne auch § 161 Abs. 3 BGB nicht hinweghelfen.⁵¹

„Verwirrung“⁵² besteht bereits bei der Frage, welchen konkreten Rechtsschein die Gesellschafterliste überhaupt zu setzen bestimmt ist, worauf der Erwerber also gutgläubig vertrauen darf: auf die Rechtsinhaberschaft oder auf die Verfügungsbefugnis des Veräußerers?

Hierzu wird erneut mit dem Wortlaut des § 16 Abs. 3 GmbHG argumentiert.⁵³ Danach muss als Voraussetzung für den gutgläubigen Erwerb der Nichtberechtigten als *Inhaber* in der Gesellschafterliste eingetragen sein. Dies deutet darauf hin, dass der Erwerber nur darauf vertrauen dürfe, dass sein Vertragspartner das Recht am GmbH-Anteil innehatte, nicht aber, ob er darüber auch frei verfügen dürfe. Dann aber sei der gutgläubige Zwischenerwerber nicht schutzwürdig, weil er nur darauf vertrauen könne, dass er vom Inhaber erwerbe (was zum fraglichen Zeitpunkt noch stimmt), nicht aber, dass jener unbeschränkt Verfügungsbefugter sei. Dies sei gerade nicht mehr der Fall, weil sein Vollrecht bereits mit dem Anwartschaftsrecht des Ersterwerbers belastet sei.⁵⁴ Die Verfügungsbefugnis des Veräußerers sei also schon in der Schwebe-

⁴⁸ Omlor, DStR 2012, 306; Zessel, GmbHR 2009, 303.

⁴⁹ OLG Hamburg, Beschluss vom 12.07.2010 – 11 W 51/10, ZIP 2010, 2097 f.; OLG München, Beschluss vom 11.03.2011 – 31 Wx 162/10, ZIP 2011, 612.

⁵⁰ Zessel, GmbHR 2009, 303, 305; Begemann/Grunow, DNotZ 2011, 403, 412; Kort, DB 2011, 2897.

⁵¹ Mayer/Färber (GmbHR 2011, 785, 791) lehnt die „rechtsscheinträgererweiternde“ Wirkung von § 161 Abs. 3 BGB (Begriff nach Reymann, GmbHR 2009, 343, 349) strikt ab.

⁵² Altmeyden, LA Schurig (Fn. 6), S. 1.

⁵³ Götz/Bressler, NZG 2007, 894, 897; Mayer/Färber, GmbHR 2011, 785, 790; D. Mayer, DNotZ 2008, 403, 417 f.; vgl. auch OLG München, Beschluss vom 11.03.2011 – 31 Wx 162/10, GmbHR 2011, 425, 427;

⁵⁴ D. Mayer, ZIP 2009, 1037, 1050; Weigl, MittBayNotZ 2009, 116 ff.

zeit beschränkt, weil sie mit dem von ihm nicht zu beeinflussenden Zeitpunkt des Eintritts der Bedingung automatisch ende.

Gestützt wird diese Ansicht möglicherweise von den Ausführungen des Gesetzgebers zum Sinn und Zweck von § 16 Abs. 1 GmbHG, in denen es wörtlich heißt: „Wer einen Geschäftsanteil (...) erwirbt, soll darauf vertrauen dürfen, dass die in der Gesellschafterliste verzeichnete Person auch wirklich Gesellschafter ist.“⁵⁵

Der BGH greift die Zweifel an der Reichweite des Rechtsscheins der Gesellschafterliste in seinem Beschluss Urteil zu § 16 Abs. 3 GmbHG auf. Er führt dazu aus, dass „(...) die Gesellschafterliste nur eine Aussage über die Gesellschafterstellung (...)“ treffe und somit auch „(...) nur der gut[e] Glaub[e] an die Rechtsinhaberschaft (...) geschützt sei“.⁵⁶ Ferner habe der Gesetzgeber bewusst den redlichen Erwerb von Pfandrechten an Geschäftsanteilen nicht in die Vorschrift übernommen.⁵⁷

Fräglich ist also, ob in § 16 Abs. 3 GmbHG nur der gute Glaube an die Rechtsinhaberschaft oder nur der gute Glaube an die Verfügungsbefugnis oder sogar beides durch die Gesellschafterliste geschützt wird.

Eine Ansicht verweist darauf, dass bereits die Frage bezogen auf § 16 Abs. 3 GmbHG falsch gestellt wird: Es gehe vorliegend nicht darum, ob der gute Glaube an die Verfügungsmacht geschützt werde, sondern darum, ob der gute Glaube an das *Fehlen* von Verfügungsbeschränkungen des Rechtsinhabers geschützt werde.⁵⁸ Dieser Aspekt werde aber regelmäßig nicht in den Gutgläubensvorschriften selbst, sondern in den entsprechenden Normen zu den einzelnen relativen Verfügungsbeschränkungen mithilfe von Verweisungen auf die Gutgläubensvorschriften geregelt.⁵⁹ Als Beispiel ist etwa die Regelung zu gesetzlichen Veräußerungsverboten in § 135 Abs. 2 BGB zu nennen. Es ist somit festzustellen, dass die einzelnen Bestimmungen zu den Verfügungsbeschränkungen die „Überwindung mangelnder Verfügungsbefugnis durch

⁵⁵ BT-Drs. 16/6140, 38.

⁵⁶ BGH, Beschluss vom 20.09.2011 – II ZB 17/10, BGHZ 191, 84, 91.

⁵⁷ Dies wurde tatsächlich im Gesetzgebungsverfahren thematisiert, siehe dazu: Stellungnahme des Handelsrechtsausschusses des DAV, NZG 2007, 211, 215.

⁵⁸ *Maier-Reimer*, FS Westphalen (Fn. 16), S. 496.

⁵⁹ Ebenda.

guten Glauben“ gerade ausdrücklich anordnen können.⁶⁰

Somit schützt § 16 Abs. 3 GmbHG für sich genommen jedenfalls den guten Glauben an die Rechtsinhaberschaft.⁶¹ In Verbindung mit § 161 Abs. 3 BGB wird aber – dem *argumentum a fortiori* entsprechend – auch der gute Glaube an die Verfügungsbefugnis unter Schutz gestellt.

Die Annahme, § 16 Abs. 3 GmbHG schütze nicht den guten Glauben an die Verfügungsbefugnis, führt im nächsten Schritt zu der scheinbar affirmativen Erkenntnis, dies sei allein schon daran ersichtlich, dass Verfügungsbeschränkungen des Inhabers nach dem Wortlaut von § 16 Abs. 3 GmbHG nicht explizit in der Gesellschafterliste verlautbart werden können und müssen.⁶² Eine solche Möglichkeit ist gesetzlich nicht vorgesehen. Somit weise die Gesellschafterliste keine ausreichende Rechtsmacht aus, um redlichen Zwischenerwerb zu begründen.

Aus systematischer Sicht knüpft dieser häufig erhobene Einwand gegen die Gesellschafterliste daran an, dass eine dem § 892 Abs. 1 Satz 2 BGB entsprechende Bestimmung in § 16 Abs. 3 GmbHG bewusst nicht übernommen wurde⁶³, was tatsächlich so aus der Gesetzesbegründung hervorgeht.⁶⁴ Dies läuft auf einen Vergleich des Grundbuches mit der Gesellschafterliste hinaus. § 892 Abs. 1 Satz 2 BGB besagt sinngemäß, dass ein redlicher Erwerber sich nur die im Grundbuch eingetragenen oder ihm bekannten Verfügungsbeschränkungen zugunsten einer Person entgegenhalten lassen muss. Nur wenn also der Berechtigte einer Verfügungsbeschränkung – etwa eines Anwartschaftsrechts – sein Recht ins Grundbuch hat eintragen lassen, kann es ihm nicht gutgläubig „weg-erworben“ werden. Zwar sind nach dem Wortlaut der Norm nur relative Verfügungsbeschränkungen erfasst („zugunsten einer bestimmten Person“), es ist aber anerkannt, dass auch absolute Verfügungsbeschränkungen – wie etwa nach § 161 Abs. 1 BGB – eintragungsfähig sind.⁶⁵

⁶⁰ Altmeyden, LA Schurig (Fn. 6), S. 4.

⁶¹ Vgl. Wilhelm in: Festschrift für Eduard Picker zum 70. Geburtstag, 2010, S. 849; Altmeyden, LA Schurig (Fn. 6), S. 1.

⁶² Vgl. Begemann/Grunow, DNotZ 2011, 403, 412; Mayer/Färber, GmbHR 2011, 785, 794.

⁶³ So etwa BGH, Beschluss vom 20.09.2011 – II ZB 17/10, BGHZ 191, 84, 93; Mayer/Färber, GmbHR 2011, 785, 792.

⁶⁴ BT-Drs. 16/6140, 38 f.; so auch D. Mayer, ZIP 2010, 1037, 1050.

⁶⁵ Vgl. BayObLG, Beschluss vom 14.02.1994 – 2 Z BR 17/94, RPfleger 1994, 343.

Eben eine solche Möglichkeit der Eintragung gebe es in der Gesellschafterliste nicht, folglich sei guter Glaube an die Freiheit von Verfügungsbeschränkungen nicht schutzwürdig.⁶⁶

Des Weiteren ist im Gegensatz zum Grundstücksrecht, wo für die Entstehung von Rechten nicht die Einigung, sondern die Eintragung ins Grundbuch konstitutiv ist (§§ 873, 892 BGB), im Falle des GmbH-Anteils die Eintragung des Rechts in die Gesellschafterliste eben keine Tatbestandsvoraussetzung für den Erwerb, § 15 Abs. 3 GmbHG. Dies lasse darauf schließen, dass die Gesellschafterliste kein gleichermaßen tauglicher Rechtsscheinträger wie das Grundbuch sei.⁶⁷ Es fehle der Gesellschafterliste letztlich an der nötigen Seriosität, weil sie „privat“⁶⁸ geführt werde und eine dem Grundbuch entsprechende Richtigkeitskontrolle nicht erfolge.⁶⁹

Auf das letztgenannte Argument lässt sich im Falle von Anteilsabtretungen erwidern, dass der Notar gem. § 15 Abs. 3 i. V. m. § 40 Abs. 2 GmbHG für die Richtigkeit der von der Abtretung berührten Listenposition verantwortlich zeichnet.⁷⁰ Auch wenn das Registergericht bezüglich der Gesellschafterliste nur „verwahrende“⁷¹, nicht aber „überprüfende“ Funktion hat, so ist dennoch ein Mindestmaß an Verantwortlichkeit durch die Amtspflicht des Notars garantiert.

Insgesamt ist dem Vergleich mit dem Grundbuch entgegenzuhalten, dass genauso gut ein Vergleich mit Fahrnis herangezogen werden könnte.⁷² Bei beweglichen Sachen vermittelt allein der Besitz den Rechtsschein. Dieser ist aber auch nicht mit der Akribie des Grundbuches „verbucht“. Dennoch wird hier nicht in Abrede gestellt, dass dingliche Belastungen gutgläubig überwunden werden können, § 936 BGB. Auch der gutgläubige Zwischenerwerb nach § 161 Abs. 3 BGB i. V. m. §§ 932 ff. BGB ist allgemein anerkannt.⁷³ Es besteht also kein allgemeiner Rechtssatz, dass nur amtliche Verzeichnisse, in denen

⁶⁶ Vertiefend, aber letztlich ablehnend *Frenzel*, NotBZ 2010, 129, 131 f.

⁶⁷ *Begemann/Grunow*, DNotZ 2011, 403, 412.

⁶⁸ BT-Drs. 16/6140, 38.

⁶⁹ Vgl. *Mayer/Färber*, GmbHR 2011, 785, 790; *Preuss*, ZGR 2008, 676, 688 ff.

⁷⁰ *Herrler*, ZIP 2011, 615, 616.

⁷¹ BT-Drs. 16/6140, 38.

⁷² Vgl. *Altmeyen*, LA Schurig (Fn. 6), S. 3.

⁷³ Siehe *Heidinger*, Münchener Kommentar (Fn. 25), § 16 Rn. 285.

auch Belastungen geführt werden können, als Rechtsscheinträger voll tauglich sind.⁷⁴

Ferner handelt es sich bei § 892 Abs. 1 Satz 2 BGB um eine Ausnahme zu der grundsätzlichen Regelungstechnik der Verweisungen, welche regelmäßig dem guten Glauben an relative Verfügungsbeschränkungen Rechnung tragen.⁷⁵

Nur weil der Gesetzgeber eine entsprechende Formulierung in § 16 Abs. 3 GmbHG, die die Publikation von Verfügungsbeschränkungen in der Gesellschafterliste anordnet, nicht ausdrücklich übernommen hat, lässt sich daraus also noch nicht folgern, dass er dadurch den redlichen Zwischenerwerb ausdrücklich ausschließen wollte.⁷⁶

Nach hier vertretener Ansicht können aus systematischer Sicht beim Anteils-

kauf die absoluten Verfügungsbeschränkungen in § 161 Abs. 1 und 2 BGB durch die Verweisung des § 161 Abs. 3 BGB auf § 16 Abs. 3 GmbHG überwunden werden. Der grundlegende Rechtsgedanke dahinter ist das

» Auch wenn das Registergericht bezüglich der Gesellschafterliste nur „verwahrende“ Funktion hat, so ist dennoch ein Mindestmaß an Verantwortlichkeit durch die Amtspflicht des Notars garantiert. «

argumentum a fortiori. Somit ist redlicher Zwischenerwerb nach der systematischen Auslegung möglich. Bedenken hinsichtlich der Eignung und der Reichweite der Gesellschafterliste als Rechtsscheinträger greifen nicht durch, weil die Regelungskonzeption des BGB und die Gestaltung des GmbHG dafür keine stichfesten Anhaltspunkte geben. Insbesondere der Vergleich von § 16 Abs. 3 GmbHG mit § 892 BGB geht fehl.

d. Historie: „relative Rückwirkungsfiktion“ des § 161 Abs. 3 BGB

Es ist festzustellen, dass die Gesetzesbegründung zu § 16 Abs. 3 GmbHG keine Aussagen darüber trifft, ob auch der redliche Zwischenerwerb durch

⁷⁴ Vgl. Frenzel, NotBZ 2010, 129, 132.

⁷⁵ Siehe oben die Ausführungen von Maier-Reimer, FS Westphalen (Fn. 16), S. 496.

⁷⁶ Vgl. dazu Altmeyden, LA Schurig (Fn. 6), S. 12; Bayer, GmbHR 2011, 1254, 1257.

das MoMiG ermöglicht wird, oder nicht.⁷⁷ Hätte der Gesetzgeber dies ausschließen wollen, so hätte er es angesichts der herausragenden Bedeutung des aufschiebend bedingten Erwerbs von GmbH-Anteilen im Wirtschaftsleben ausdrücklich geregelt. Es ist kaum vorstellbar, dass es sich beim Offenlassen dieser Frage um ein bloßes Redaktionsversehen handelt.⁷⁸

Einen neuen Ansatz zur Begründung des redlichen Zwischenerwerbs entwickelt *Altmeyen*.⁷⁹ Er legt das entscheidende Tatbestandsmerkmal des Erwerbs „vom Nichtberechtigten“ in § 16 Abs. 3 GmbHG im Lichte des § 161 Abs. 3 BGB historisch-systematisch aus.

Die Kernthese ist, dass § 161 Abs. 3 BGB in Bezug auf § 16 Abs. 3 GmbHG zu einer „relativen“ Rückwirkungsfiktion führe. „Relativ“ sei sie deswegen, weil derjenige, der über seinen Anteil ein zweites Mal verfügt, zwar zum Zeitpunkt der zweiten Verfügung noch Berechtigter ist. Im Verhältnis zum gutgläubigen Erwerber bewirke § 161 Abs. 3 GmbHG jedoch, dass mit Eintritt der aufschiebenden Bedingung die Berechtigung *rückwirkend* entfalle und der Verfügende daher „Nichtberechtigter“ i. S. d. Wortlauts von § 16 Abs. 3 GmbHG werde. Im Verhältnis Verfügender – Zwischenerwerber habe der Eintritt der Bedingung also rückwirkende Kraft.

Fraglich ist indes die Vereinbarkeit dieser Konstruktion mit § 159 BGB. Nach dieser Bestimmung entfalten die Folgen des Eintritts einer Bedingung nur dann rückwirkende Kraft, wenn sie es dem Inhalt des Rechtsgeschäfts entsprechend „sollen“. Rückwirkung stellt also nur die Ausnahme dar, und zwar nur für den Fall, dass die Parteien sie ausdrücklich vereinbaren. Der Eintritt der Bedingung hat daher regelmäßig „keine rückwirkende Kraft“ und selbst bei ausdrücklicher Vereinbarung ist die Wirkung nur schuldrechtlich.⁸⁰ Somit widerspricht die Theorie dem § 159 BGB.

Darauf kann erwidert werden, dass diese allgemeine Regel im Falle des § 161 Abs. 3 BGB nicht dem Willen des historischen Gesetzgebers entspreche und teleologisch reduziert werden müsse. Zum einen sei eine rückwirkende Kraft in der dem heutigen § 161 Abs. 3 BGB vorangehenden Norm ausdrücklich in-

⁷⁷ Vgl. BT-Drs. 16/6140, 38 f.

⁷⁸ Vgl. hierzu *Frenzel*, NotBZ 2010, 129, 132 f.

⁷⁹ Ausführlich, auch zu den nachfolgenden Überlegungen: *Altmeyen*, LA Schurig (Fn. 6), S. 7 ff.

⁸⁰ *Ellenberger*, Palandt (Fn. 8), § 159 Rn. 1; *Bayer*, GmbHR 2011, 1254, 1255.

tendiert worden, zum anderen solle diese auch dingliche Wirkung entfalten. Verwiesen wird dabei auf die Motive der Ersten Kommission zur Ausarbeitung des BGB.⁸¹

Hinsichtlich jener rückwirkenden dinglichen Wirkung gab die Erste Kommission wörtlich zu Protokoll:

*„Verkehrsrücksichten stehen dem nicht entgegen. Ihnen wird hinreichend Rechnung getragen durch die [in der Vorgängernorm zu § 161 Abs. 3 BGB (sinngemäß, d. Verf.)] für entsprechend anwendbar erklärten Vorschriften zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten.“*⁸²

Daraus lässt sich folgender Schluss ziehen: Wenn die Folgen des Bedingungseintritts auch rückwirkende dingliche Wirkung haben sollten und die Erste Kommission den Schutz Dritter dadurch erzielen wollte, dass sie auf die Vorgängernorm des heutigen § 161 Abs. 3 BGB hinweist, dann muss auch den Rechtsfolgen dieser Vorschrift eine rückwirkende dingliche Wirkung zukommen. Demnach entfiel in den Augen der Ersten Kommission tatsächlich *ex tunc* die Berechtigung des Verfügenden in den „Vorschriften derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten“. Die Regelungstechnik dafür ist die Fiktion über den pauschalen Verweis in der Vorgängernorm des § 161 Abs. 3 BGB.

Auf § 16 Abs. 3 GmbHG übertragen bedeutet das: Der Verfügende ist mit Eintritt der aufschiebenden Bedingung rückwirkend Nichtberechtigter gegenüber dem Zwischenerwerber. Somit gilt der eigentliche Wortlaut der Norm als erfüllt. Die Rechtslage ist also als „Parallele“ zur Rückwirkungsfiktion bei der Anfechtung eines dinglichen Geschäfts ausgestaltet, § 142 Abs. 2 BGB.⁸³

Die Zweite Kommission bestätigt im Ergebnis die Arbeit der Ersten Kommission.⁸⁴ Im Lichte der historischen Exegese kann also tatsächlich konstatiert werden, dass der Tatbestand des Nichtberechtigten in § 16 Abs. 3 GmbHG auch den „Noch-nicht-Berechtigten“ erfasst, welcher rückwirkend und im Verhältnis zum schutzwürdigen Zwischenerwerber schon durch die aufschie-

⁸¹ Vgl. zu diesen Feststellungen: *Mugdan*, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 1, Berlin 1899; Neudruck: Aalen 1979, S. 496 f.

⁸² *Mugdan* (Fn. 83), S. 497.

⁸³ *Altmeyen*, LA Schurig (Fn. 6), S. 11.

⁸⁴ *Altmeyen*, LA Schurig (Fn. 6), S. 11 f.

bend bedingte Verfügung seine Berechtigung verliert.

Die historische Argumentation untermauert das Ergebnis, das durch die rein systematische Auslegung bereits vorgefunden wurde. Ob sich die historisch-systematische Begründung jedoch durchsetzen kann, ist fraglich. Bei konsequenter systematischer Auslegung der in Frage stehenden Vorschriften ergeben

» Die eigentliche Crux bei der Theorie der 'relativen Rückwirkungsfiction' liegt in dem ganz grundlegenden Dilemma der historischen Methode. «

sich die gleichen Rechtsfolgen (einfacher), ohne dass dafür erst der historische Gesetzgeber zitiert werden müsste.

Aber die eigentliche Crux bei der Theorie der „re-

lativen Rückwirkungsfiction“ liegt in dem ganz grundlegenden Dilemma der historischen Methode. Dieses bringt *Engisch* so zum Ausdruck:

„Wird der Sachgehalt des Gesetzes und damit das letzte ‚Auslegungsziel‘ durch den vormaligen und einmaligen ‚Willen‘ des historischen Gesetzgebers derart bestimmt und festgelegt, dass der Rechtsdogmatiker in die Spuren des Rechtshistorikers treten muss (...), oder aber ruht der sachliche Gehalt des Gesetzes in ihm selbst und in seinen ‚Worten‘, als ‚Wille des Gesetzes‘, als objektiver Sinn, der unabhängig ist von dem ‚subjektiven‘ Meinen und Willen des historischen Gesetzgebers, dafür aber auch notfalls frei beweglich, entwicklungsfähig (...)?“⁸⁵

So kann dem historisch-systematischen Argument entgegenhalten werden, dass der Wille der Ersten Kommission hinsichtlich der Rückwirkungsfiction im heutigen Wortlaut des Gesetzes, insbesondere in § 159 BGB, nicht mehr ohne rechtshistorische Untersuchungen erkennbar zum Ausdruck kommt. Auch hat die heute gültige, höchstrichterliche Rechtsprechung⁸⁶ die rückwirkende Kraft der aufschiebenden Bedingung gerade abgelehnt. Dies sind zwei starke Trümpfe in der Hand derer, die die relative Rückwirkungsfiction ablehnen.

Die vom historischen Gesetzgeber gewählte Regelungstechnik ist sinnvoll und die historisch-systematische Argumentation daher schlüssig. Lediglich die Akzeptanz der subjektiv-historischen Methode ist in Zweifel zu ziehen.

⁸⁵ *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 11. Aufl., 2010, S. 159 f.

⁸⁶ BGH, Urteil vom 21.05.1953 – IV ZR 192/52, BGHZ, 10, 69, 72.

e. Sinn und Zweck

Fraglich ist, ob die bisher gefundenen Ergebnisse mit dem Telos der Norm vereinbar sind. Im Schrifttum werden dahingehend Zweifel kundgetan. Insbesondere bei der Diskussion um die Eignung der Gesellschafterliste als Rechtsscheinträger sind die systematischen Argumente von den teleologischen oft schwerlich zu trennen. Insofern sei an dieser Stelle auf die bereits getätigten Überlegungen in II.2. b. und c. verwiesen.

Zahlreiche Autoren⁸⁷ vertreten, dass die Versagung der Möglichkeit eines redlichen Zwischenerwerbs im Falle des § 16 Abs. 3 GmbHG die gesetzgeberische Zielsetzung, Transaktionskosten, Mühen und Unsicherheiten zu ersparen, „beachtlich frustrieren“⁸⁸ könne. Die Gesetzesbegründung stehe einem gutgläubigen bedingungsreifen Erwerb auch nicht entgegen, während der gutgläubige lastenfreie Erwerb ausscheide.⁸⁹ Insbesondere sei es gefährdend für den Verkehrsschutz, wenn es zu längeren Abtretungsketten komme, bei der vom gutgläubigen Zwischenerwerber ein nur vermeintlich erworbener Anteil weiter abgetreten wird.⁹⁰

Es wird darauf hingewiesen, dass im Falle der Ablehnung letztlich jeder Erwerber eines Anteils immer damit rechnen müsse, dass er unerkannt und ungewollt nur Zwischenerwerber sei und somit tatsächlich nichts erwerbe. Dies würde den von § 16 Abs. 3 GmbHG bezweckten Gutgläubensschutz aushöhlen.⁹¹

So würde im Endergebnis nicht nur widersinnig das Anwartschaftsrecht stärker geschützt werden als das Vollrecht, sondern der Zwischenerwerber stünde zu allem Überfluss auch völlig ungeschützt da.⁹² Gegner des redlichen Zwischenerwerbs weisen darauf hin, dass nach der neuen Rechtslage der Erst-erwerber weiterhin nach § 161 Abs. 1 BGB gesichert werde, lassen aber die Frage unbeantwortet, wie dem Schutz des Zweiterwerbers Rechnung getragen

⁸⁷ *Herrler*, ZIP 2011,616; *Löbbe*, Ulmer/Habersack/Löbbe (Fn. 25), § 16 Rn. 140; *Heidinger*, Münchener Kommentar (Fn. 25), § 16 Rn. 285; *Osterloh*, NZG 2011, 496 f.

⁸⁸ *Seibt* in: Scholz, Kommentar zum GmbHG, 11. Aufl., 2012, § 16 Rn. 80a.

⁸⁹ *Wicke*, DNotZ 2009, 871, 872; *Wicke*, DB 2011, 1037, 1038.

⁹⁰ *Seibt*, Scholz (Fn. 90), § 16 Rn. 80a.

⁹¹ Vgl. *Altmeyen*, LA Schurig (Fn. 6), S. 4.; *Wälzholz*, MittBayNot 2012, 149, 153.

⁹² *Altmeyen*, Roth/Altmeyen (Fn. 5), § 16 Rn. 64; *Bayer*, GmbHR 2011, 1256; *Jeep*, DNotZ 2011, 947, 948.

werden kann.⁹³

Ob all diese unmittelbaren Konsequenzen der Versagung des redlichen Zwischenenerwerbs im Sinne des MoMiG sein können, das bereits in der amtlichen Überschrift ankündigt, „Missbräuche“ verhindern zu wollen, ist mehr als unwahrscheinlich. Insbesondere die Erklärung mancher Autoren, dass der schwache Schutz des redlichen Zwischenenerwerbers auf der Unausgegorenheit der neuen Norm beruhe, und daher (wohl oder übel) so hinzunehmen sei, ist nicht hilfreich.

3. Stellungnahme

Nach Gewichtung aller Argumente steht einem redlichen Zwischenenerwerb im Falle des § 16 Abs. 3 GmbHG nichts entgegen, da nach hier vertretener Ansicht § 161 Abs. 3 BGB dem Tatbestandsmerkmal „Unrichtigkeit der Liste“ in § 16 Abs. 3 GmbHG zu entsprechender Geltung verhilft. Besonders überzeugend ist das Argument, dass im Falle der Ablehnung der Zwischenenerwerber überhaupt keinen Schutz genießt.⁹⁴ *Bayer* formuliert dazu treffend, der BGH lasse den Zwischenenerwerber „im Regen stehen“.⁹⁵ Aus den genannten Gründen ist insbesondere die Ansicht nicht haltbar, dass der Vergleich des § 16 Abs. 3 GmbHG mit der immobiliarsachenrechtlichen Spezialnorm des § 892 Abs. 1 Satz 2 BGB als Begründung dafür tauglich sei, das im *Allgemeinen Teil* verankerte privatrechtliche Prinzip des § 161 Abs. 3 BGB zu erschüttern.

III. Schutz des Ersterwerbers vor Zwischenverfügungen

Es ist unbestritten, dass die Rechtsordnung demjenigen, der sein Eigentum durch gutgläubigen Zwischenenerwerb zu verlieren droht, eine Möglichkeit zur Hand geben muss, dies abzuwenden.⁹⁶ Diese Notwendigkeit ergibt sich bereits verfassungsrechtlich aus Art. 14 GG. Demgemäß ist auch eines der am häufigsten bemühten Argumente gegen den redlichen Zweiterwerb, dass in scheinbarer Ermangelung einer geeigneten Abwehrmaßnahme des Erst-

⁹³ Vgl. *Begemann/Grunow*, DNotZ 2011, 403, 413.

⁹⁴ Siehe oben II. 2. e.

⁹⁵ *Bayer*, GmbHR 2011, 1254, 1257.

⁹⁶ Siehe etwa *Mayer/Färber*, GmbHR 2011, 785 793; *Herrler*, BB 2009, 2272, 2273; *Kort*, DB 2011, 2897, 2902.

erwerbers, insbesondere in Ermangelung eines Instruments, sein Anwartschaftsrecht zu verlautbaren, der gutgläubige Zwischenerwerb grundsätzlich ausscheidet.⁹⁷ Weiter wird angeführt, dass das Fehlen eines solchen Instruments gerade darauf hindeute, dass der Zweiterwerb nicht möglich ist.⁹⁸

Gleichsam zu argumentieren, dass ein Auto nicht fahren darf, weil es keine Hupe hat, und dass es deswegen keine Hupe hat, weil es sowieso nicht fahren darf, wird nach hier vertretener Ansicht zu Recht als Zirkelschluss geäußert.⁹⁹ Somit ist festzuhalten: Die Gefahr des redlichen Zwischenerwerbs besteht und deswegen ist es auch die Aufgabe der Jurisprudenz, eine gesetzeskonforme Möglichkeit für den Gefährdeten zu entwickeln, dies zu verhüten.¹⁰⁰

Wenn dem Ersterwerber jedoch eine Möglichkeit an die Hand gegeben wird, den falschen Rechtsschein der Gesellschafterliste zu zerstören und sich so vor redlichem Zwischenerwerb zu schützen, dann heißt das in der Konsequenz, dass er dies auch tun muss. Tut er es nicht, setzt er sich dem Risiko aus, dass ihm die Unrichtigkeit der Gesellschafterliste zugerechnet wird, § 16 Abs. 3 Satz 2 GmbHG. Dann könnte ein Zwischenerwerber bereits vor dem Ablauf der Dreijahresfrist den Geschäftsanteil redlich erwerben. Diese Empfehlung steht jedoch im Widerspruch zur aktuellen BGH-Rechtsprechung, welche aufgrund ihrer ablehnenden Haltung gegenüber dem redlichen Zwischenerwerb im Falle des § 16 Abs. 3 GmbHG für jedwede Schutzvorkehrungen konsequenterweise keine Veranlassung sieht.¹⁰¹

Es wird eine Vielzahl von Modellen vorgeschlagen, mit denen der aufschiebend bedingende Ersterwerber den redlichen Zwischenerwerb verhindern könnte.¹⁰² Die beiden nach der Häufigkeit ihrer Nennung in der Literatur und

⁹⁷ Mayer, ZIP 2009, 1037, 1050; Kort, DB 2011, 2897, 2900; Preuss, ZGR 2008, 676, 692; Zessel, GmbHR 2009, 303, 305; Mayer/Färber (GmbHR 2011, 785, 791, 793) argumentieren, dass der Gesetzgeber es unmöglich habe übersehen können, geeignete Schutzmöglichkeiten vorzusehen. Dem kann mit *Altmeyen* entgegenhalten werden, dass jedenfalls der historische Gesetzgeber dieses Bedürfnis nicht übersehen hat, vgl. LA Schurig (Fn. 6), S. 12: „(...) daran kann auch der Gesetzgeber (...) im Jahre 2008 nichts geändert haben.“

⁹⁸ OLG München, Beschluss vom 11.03.2011 – 31 Wx 162/10, GmbHR 2011, 425, 427; Mayer/Färber, GmbHR 2011, 785, 793.

⁹⁹ Vgl. *Altmeyen*, LA Schurig (Fn. 6), S. 7, 15; Bayer, GmbHR 2011, 1254, 1257; Maier-Reimer, FS Westphalen (Fn. 16), S. 495.

¹⁰⁰ Bayer, GmbHR 2011, 1257.

¹⁰¹ Vgl. BGH, Beschluss vom 20.09.2011 – II ZB 17/10, BGHZ 191, 84, 89.

¹⁰² Einen guten Überblick geben Mayer/Färber, GmbHR 2011, 785, 787.

nach ihrer Relevanz in der Rechtsprechung bedeutendsten Vorschläge werden im Folgenden kurz skizziert.

1. Widerspruchslösung

Der Widerspruch ist das in § 16 Abs. 3 Satz 3 GmbHG vorgesehene Instrument, um auf eine Unrichtigkeit in der Gesellschafterliste hinzuweisen. Er ist daher nach einer Ansicht¹⁰³ das naheliegende Mittel, um das Publikum auf das Fehlen der Verfügungsberechtigung des Listenberechtigten aufmerksam zu machen. Der Widerspruch im GmbH-Recht ist an den Widerspruch in § 899 Abs. 2 BGB angelehnt und verlangt daher regelmäßig die Zustimmung desjenigen, gegen dessen Inhaberschaft er sich richtet.¹⁰⁴

Erstvertretener Ansicht wird entgegengehalten, dass ein Widerspruch nur zulässig sei, wenn die Gesellschafterliste falsch ist. Da diese aber den Veräußerer als Inhaber in der Schwebezeit noch korrekt ausweise, könne von Unrichtigkeit keine Rede sein.¹⁰⁵ Die Eintragung des Widerspruchs, um auf eine aufschiebend bedingte Abtretung hinzuweisen, würde die Liste gar erst unrichtig werden lassen.¹⁰⁶ Der Widerspruch könne sogar den eigenen, möglichen Gutgläubenserwerb des Ersterwerbers ausschließen.¹⁰⁷ Dieser Einwand ist jedoch zurückzuweisen, da sich der Widerspruch richtigerweise nur auf den falschen Rechtsschein der Liste bezieht,¹⁰⁸ so dass derjenige, der den Widerspruch einträgt, nicht „vor sich selbst“ gewarnt wird.¹⁰⁹

Insgesamt ist zu entgegnen, dass die Liste nach aufschiebend bedingter Abtretung einen falschen Rechtsschein setzt und daher auch als unrichtig be-

¹⁰³ LG Köln, Beschluss vom 16.06.2009 – 88 T 13/09, ZIP 2009, 1915 f.; *Altmeyden*, LA Schurig (Fn. 6), S. 14, 16; *Bayer* in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 18. Aufl., 2012, § 16 Rn. 70 ff.; *Frenzel*, NotBZ 2010, 129, 135; *Götze/Bressler*, NZG 2007, 894, 899; *Greitemann/Bergjan*, FS P+P (Fn. 17), S. 287; *Löbbe* in: Ulmer/Habersack/Löbbe (Fn. 25), § 16 Rn. 178 ff.; *Maier-Reimer*, FS Westphalen (Fn. 16), S. 498 f.; tendenziell *Omlor/Spies*, MittBayNot 2011, 353, 361.

¹⁰⁴ BT-Drs. 16/6140, 39.

¹⁰⁵ *Begemann/Grunow*, DNotZ 2011, 403, 405; *Begemann/Galla*, GmbHR 2009, 1065, 1067 f.; *Mayer/Färber*, GmbHR 2011, 785, 788.

¹⁰⁶ *Mayer/Färber*, GmbHR 2011, 785, 788.

¹⁰⁷ Ebenda.

¹⁰⁸ *Weigl*, MittBayNot 2009, 116, 119.

¹⁰⁹ *Maier-Reimer*, FS Westphalen (Fn. 16), S. 499.

zeichnet werden kann.¹¹⁰ Jedenfalls ist bei der durch § 161 Abs. 3 BGB angeordneten, entsprechenden Lesart die Norm so zu verstehen, dass auch bei nur mangelnder Verfügungsbefugnis der Widerspruch zulässig ist.¹¹¹ Ferner hat das Registergericht, bei dem der Widerspruch beantragt wird, keinen materiellen Prüfungsauftrag, und darf daher den vom Berechtigten gestellten Antrag auf Eintragung eines Widerspruchs auch nicht verweigern, sofern die formalen Voraussetzungen erfüllt sind.¹¹² Dafür spricht schon der Wortlaut der Norm, nach welchem eine Gefährdung des Rechts des Widersprechenden nicht glaubhaft gemacht werden muss, § 16 Abs. 3 Satz 5 GmbHG. Dem Widerspruch käme somit eine vergleichbare Funktion zu wie der Vormerkung im Grundstücksrecht.¹¹³

2. Zweilistenmodell

Das Zweilistenmodell¹¹⁴ beruht auf der Idee, dass der Notar unverzüglich nach Abschluss des Abtretungsvertrages zunächst eine erste Gesellschafterliste beim Registergericht einreicht, die nur die Funktion hat, das Publikum auf die aufschiebend bedingte Abtretung aufmerksam zu machen, §§ 15 Abs. 3, 40 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 GmbHG.¹¹⁵ Ist die Bedingung schließlich eingetreten und der Anteil auf den vormals aufschiebend bedingenden Erwerber übergegangen, wird eine zweite und endgültige Liste eingereicht, die den neuen Anteilseigner ausweist. So wäre der Rechtsverkehr zu jeder Zeit über den momentanen Stand der Übertragung informiert.

Dem Zweilistenmodell können erneut Wortlautbedenken entgegengehalten werden.¹¹⁶ Nach § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG sind dem Handelsregister nur Veränderungen in der Person der Gesellschafter oder im Umfang ihrer Beteiligung mitzuteilen. Die Belastung eines Anteils mit einem Anwartschaftsrecht

¹¹⁰ Vgl. *Altmeyden*, LA Schurig (Fn. 6), S. 14.

¹¹¹ Vgl. *Maier-Reimer*, FS Westphalen (Fn. 16), S. 499.

¹¹² *Hasselmann*, NZG 2010, 208, 209; *Bayer*, GmbHR 2011, 1254, 1257.

¹¹³ Vgl. *Bayer*, GmbHR 2011, 1254, 1256.

¹¹⁴ Befürwortend: *Reymann*, NJW 2010, 306; *ders.*, GmbHR 2009, 343, 347; *Omlor*, WM 2009, 2105, 2111; *Omlor/Spies*, MittBayNot 2011, 353, 361 f.; ablehnend: *Hasselmann*, NZG 2010, 207, 208; *Weigl*, NZG 2009, 1173, 1175; *Löwe*, BB 2011, 2836.

¹¹⁵ Vgl. *Herrler*, BB 2009, 2272, 2277.

¹¹⁶ *Begemann/Grunow*, DNotZ 2011, 403, 406 f.

stelle aber keine solche Veränderung der Person oder des Umfangs ihrer Beteiligung dar, sondern weise nur auf eine eventuelle zukünftige Veränderung hin. Die Gesellschafterliste habe einen *numerus clausus* und erlaube daher keine zusätzlichen, gesetzlich nicht vorgesehenen Informationen, §§ 8 Abs. 1 Nr. 3, 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG.¹¹⁷ Im Übrigen sei der Grundsatz der Registerklarheit durch neu ersonnene Hinzufügungen gefährdet.¹¹⁸

Darauf kann erwidert werden, dass aufgrund der bedingten Abtretung die Verfügungsmacht des Gesellschafters in ihrem Umfang beschränkt ist, und daher bereits eine Veränderung stattgefunden hat.¹¹⁹ Letztlich erlaubt der Wortlaut der Norm auch diese Deutung. Die Verlautbarung der Verfügungsbeschränkung

» Die Verlautbarung der Verfügungsbeschränkung in der Gesellschafterliste ist einfach, klar und gesetzlich nicht ausdrücklich verboten. «

in der Gesellschafterliste ist einfach, klar und gesetzlich nicht ausdrücklich verboten. Ein *numerus clausus* besteht demnach

nicht.¹²⁰ Dem Einwand der Registerklarheit ist entgegenzuhalten, dass ein höheres Interesse des Publikums an einem aussagekräftigen und verlässlichen Handelsregister besteht, als an einem übersichtlichen. So stellte schon das Reichsgericht fest, dass „(...) die eingetragenen Rechtsverhältnisse nach Möglichkeit so [wiedergegeben werden sollen], (...) wie sie sich nach der von den Beteiligten gewollten und mit der Registerordnung zu vereinbarenden Sachlage darstellen.“¹²¹

3. Stellungnahme

Welche der dargelegten Strategien zur Anwendung kommt, kann letztlich dahinstehen. Sowohl die Widerspruchslösung als auch das Zweilistenmodell sind gangbare und mit dem Gesetz vereinbare Lösungsvorschläge, um den

¹¹⁷ Mayer/Färber, GmbHR 2011, 791 f.; Noack, LMK 2012, 326790.

¹¹⁸ BGH, Beschluss vom 20.09.2011 – II ZB 17/10, BGHZ 191, 84, 87; Herrler, NZG 2011, 1321, 1326.

¹¹⁹ König/Bormann, ZIP 2009, 1913, 1914.

¹²⁰ Ebenda.

¹²¹ RG, Beschluss vom 30.09.1944 – GSE 39/1943, DNotZ 1944, 195, 196.

gutgläubigen Zwischenerwerb zu verhüten. Tendenziell erscheint die Widerspruchslösung vorzugswürdig, da sie sich unmittelbar aus dem Gesetz ergibt, § 16 Abs. 3 Satz 3 GmbHG.

Der BGH hätte in dem von ihm entschiedenen Fall einen der beiden Wege wählen können, ohne jemandem etwas „wegzunehmen“. Es ging ohnehin nur um die Vorsorgegestaltung eines Notars, so dass kein konkreter „Schaden“ für eine Partei entstanden wäre.

IV. Fazit

Der § 16 Abs. 3 GmbHG i. V. m. § 161 Abs. 3 BGB ist bei entsprechender Auslegung dazu geeignet und bestimmt, den redlichen Zwischenerwerb zu ermöglichen. Erkennt man eines der vorgeschlagenen Sicherungsmodelle an, so könnte gleichermaßen den Interessen des aufschiebend bedingenden Ersterwerbers als auch denen des Zwischenerwerbers Rechnung getragen werden. Mithin handelt es sich um ein System, das den Maximen des Interessenausgleichs, des Verkehrsschutzes und der Rechtssicherheit dienen könnte. Es ist bedauerlich, dass die höchstrichterliche Rechtsprechung diesem Konzept bisher nicht folgt und das MoMiG dadurch seinen Zielsetzungen nicht gerecht werden kann.

Die eingangs im Beispielfall aufgeworfene Frage ist demnach wie folgt zu beantworten:

B und C sind gleichermaßen schutzwürdig. Dennoch hat B den Anteil erworben. C konnte nach aktueller Rechtsprechung nicht redlich zwischen erwerben. Bestünde eine Obliegenheit für B, den aufschiebend bedingten Erwerb in der Gesellschafterliste zu verlautbaren, und wäre er dem nachgekommen, hätte er dadurch zwar auch verhindert, dass C redlicher Zwischenerwerber wird. C hätte aber womöglich keinen finanziellen Schaden erlitten, wenn er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beachtet und den entsprechenden Hinweis in der Gesellschafterliste gesehen hätte.

Das Gesetz könnte also B und C schützen. Es bleibt zu hoffen, dass diese Rechtslage nur „aufschiebend bedingt“ verwehrt ist, bis entweder der BGH Gelegenheit dazu bekommt, seine jüngste Entscheidung zu überdenken, oder aber der Gesetzgeber das Heft erneut in die Hand nimmt.



Sandra Schmitz

Sandra Schmitz studierte Rechtswissenschaft an den Universitäten Trier und Cardiff (Wales) und schloss ihr Studium mit einem LL.M. im Internationalen Handels- und Wirtschaftsrecht an der University of East Anglia, Norwich (England) sowie dem Zweiten Juristischen Staatsexamen ab.

Nach erfolgreicher Mitarbeit an einem Forschungsprojekt zur Haftung von Host Providern promoviert sie derzeit im Bereich des IT- und Medienrechts an der Université du Luxembourg.

Zur Durchsetzung von Urheberrechten im Internet: Ein Warnhinweismodell als Ausweg?

Seit langem wird nicht nur in Deutschland diskutiert, wie Urheberrechtsverletzungen im Internet zu begegnen ist. Trotz der anhaltenden, teilweise hitzig geführten Diskussion, erscheint eine Lösung nicht in Sicht. Warnhinweismodelle sehen sich politischen, technischen und rechtlichen Bedenken ausgesetzt. Währenddessen gewinnen Erscheinungsformen wie das Sharehosting, welchem aufgrund dessen, dass viele Sharehoster im Ausland sitzen, nicht so leicht mit Warnhinweisen an Nutzer begegnet werden kann, an Bedeutung.

I. Einführung in die Thematik

Im Zeitalter des Internets betrifft die Durchsetzung von Urheberrechten zumeist die Bekämpfung des unautorisierten Kopierens und Verbreitens von kreativen Werken wie Filmen, Musik, Computerspielen und eBooks. Der Austausch digitaler Kopien vollzog sich lange Zeit fast ausschließlich in sog. P2P-Tauschbörsen¹, scheint aber zunehmend vom Datenaustausch über

¹ P2P-Tauschbörsen sind Internet-Dienste, die es Nutzern ermöglichen, lokal verfügbare Dateien ohne Zwischenspeicherung bei einem Hosting-Provider auszutauschen; zu den technischen Grundlagen vgl. *Solmecke, K&R 2007, 138 f.*

Sharehoster² oder der Nutzung von Streaming-Diensten³ abgelöst zu werden. Nutzer, die unautorisiert im Internet einzelne Songs, ganze Alben oder Filme öffentlich zugänglich machen, greifen in die Verwertungskette der Rechteinhaber ein. Verständlicherweise wird der zum Breitensport avancierte Austausch urheberrechtlich geschützter Werke von der Kreativwirtschaft als Bedrohung angesehen. Dem zügellosen Austausch von digitalen Dateien wurde zunächst mit Digital Rights Management Modellen begegnet. Diese konnten sich aber langfristig nicht durchsetzen, da Verbraucher den Kauf von mit Kopierschutz versehenen Musikdateien häufig aufgrund von Inkompatibilität mit Wiedergabegeräten und v.a. wegen der Restriktion, dass die Datei nur auf einer bestimmten Anzahl von Wiedergabegeräten abgespeichert werden kann, ablehnten.

Heute basieren die meisten Vorschläge zur Eindämmung von Urheberrechtsverletzungen im Internet auf einer Art von Überwachung – entweder durch die Rechteinhaber selbst oder durch die Internetdienstleister. Überwachungsmaßnahmen oder Prüfpflichten werden in der Öffentlichkeit oft (voreilig) als Zensur aufgefasst, woran nach weltweiten Protesten auch das internationale Handelsabkommen ACTA⁴ sowie die US-Gesetzesinitiativen SOPA⁵ und PIPA⁶ gescheitert sind. Zuletzt haben Künstler wie z.B. die Sänger Sven Rege-

² Beim Sharehosting werden Daten von einem Nutzer bei einem Online-Speicherdienst hinterlegt; durch die Verbreitung eines Hyperlinks zum Speicherort kann Dritten der Zugang zu diesen Daten ermöglicht werden.

³ Wie z.B. Kino.to. Mit Streaming wird allgemein das gleichzeitige Empfangen und Wiedergeben von Audio- und/oder Videodateien aus einem Rechnernetz bezeichnet. Beim Streaming werden die empfangenen Inhalte im Empfangsgerät zwischengespeichert, sei es im RAM oder auf der Festplatte des Zielrechners. Siehe *Stieper*, MMR 2012, 12f.

⁴ Die Abkürzung ACTA steht für Anti-Counterfeiting Trade Agreement, <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/11/st12/st12196.en11.pdf> (Abruf am 30.04.2013).

⁵ Stop Online Piracy Act, Initiative des US Repräsentantenhauses, H.R. 3261, 112th Congress (2011), <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-112hr3261ih/pdf/BILLS-112hr3261ih.pdf> (Abruf am 30.04.2013). Die Gesetzesvorlage trug ursprünglich den Titel „the Enforcing and Protecting American Rights Against Sites Intent on Theft and Exploitation Act“ (E-PARASITE Act).

⁶ Preventing Real Online Threats to Economic Creativity and Theft of Intellectual Property Act (Protect IP Act), Initiative des US Senats, S. 968, 112th Congress (2011), <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-112s968rs/pdf/BILLS-112s968rs.pdf> (Abruf am 30.04.2013).

ner⁷ und Jan Delay⁸ und auch die Initiative „Wir sind die Urheber“⁹ in Deutschland, sowie international u.a. Elton John¹⁰, die Debatte um eine Eindämmung von Urheberrechtsverletzungen und einer angemessenen Vergütung ihrer Leistungen wieder neu angestoßen: Sie fordern eine Stärkung des Urheberrechtsschutz, um einen materiellen Anreiz für geistiges Schaffen zu gewährleisten. Ihre Sorge ist,

dass die fortschreitende Digitalisierung dazu führt, dass immer mehr Inhalte unter Missachtung ihrer Rechte im Netz verfügbar sein werden. Diese Sorge ist nicht

» Heute nun stellt sich die Frage, wie man Urheber schützen kann, ohne den Zugang oder die Nutzung des Internets für die Nutzer grundsätzlich einzuschränken oder flächendeckend zu überwachen. «

neu. Technischer Fortschritt, angefangen bei der Erfindung des Buchdrucks, hat stets Überarbeitungen des geltenden Urheberrechts erfordert.¹¹ Heute nun stellt sich die Frage, wie man Urheber schützen kann, ohne den Zugang oder die Nutzung des Internets für die Nutzer grundsätzlich einzuschränken oder flächendeckend zu überwachen.

Ausgangspunkt für die folgende Diskussion sind die rechtlichen Rahmenbedingungen zur Verfolgung von Urheberrechtsverletzungen in Deutschland

⁷ Interview von Sven Regener in der Bayern 2 - Radiosendung „Zündfunk“ vom 21.03.2012, http://www.br.de/radio/bayern2/sendungen/zuendfunk/regener_interview100.html, Erstellung am 21.03.2012 (Abruf am 30.04.2013).

⁸ Hüetlin/Oehmke, Der Spiegel 2012, Nr. 16, 116ff.

⁹ Siehe <http://www.wir-sind-die-urheber.de/>, Erstellung am 07.05.2012 (Abruf am 30.04.2013). Der Apell wurde auch am 10.05.2012 von der Wochenzeitung Die Zeit veröffentlicht, siehe <http://www.zeit.de/2012/20/Aufruf-Urheberrecht>, Erstellung am 10.05.2012 (Abruf am 18.09.2013)

¹⁰ Der offene Brief an Premierminister David Cameron ist u.a. von Simon Cowell, Elton John, Andrew Lloyd-Webber, Brian May, Robert Plant, Roger Taylor und Pete Townshend unterschrieben und auf den Internetseiten des „Daily Telegraph“ zu finden, siehe <http://www.telegraph.co.uk/comment/letters/9421416/Musicians-need-strong-copyright-laws-to-excel-globally.html>, Erstellung am 24.07.2012 (Abruf am 30.04.2013).

¹¹ Als Beispiel sei hier die Urheberrechtsreform im Jahr 1965 genannt, welche der expandierenden Nachfrage nach Aufnahmegeräten Rechnung trug, indem sie mit § 53 Abs. 1 UrhG die Institution der „erlaubnisfreien Privatkopie“ schuf.

und das von vielen Internetanschlussinhabern als ungerecht empfundene System der Abmahnung. Im Hinblick auf die Haftung eines Anschlussinhabers ist besonders der Umfang der Störerhaftung regelmäßig Gegenstand von gerichtlichen Auseinandersetzungen. Dieser Beitrag geht der Frage nach, ob sich der Umfang der Haftung eines privaten Anschlussinhabers durch eine Übertragung der von den Gerichten entwickelten Grundsätze zur Access oder Host Provider-Haftung bestimmen lässt. Da es bei diesen Konstellationen aber entscheidend darauf ankommt, ob der Provider Kenntnis einer Rechtsverletzung hat, wird in diesem Zusammenhang erörtert, ob eine Inkennzeichnung des Anschlussinhabers anhand eines Warnhinweismodells erfolgen könnte. Im Rahmen dieser Frage werden die Defizite möglicher und in anderen Ländern bestehender Warnhinweismodelle erörtert. Der Fokus liegt hier auf der Frage, ob einem Warnhinweismodell nicht zu viele technische, rechtliche und praktische Hürden entgegenstehen.

II. Der Status Quo

Urheberrechtsverletzungen sind zum Massenphänomen geworden, da anders als in der analogen Welt, in der unautorisierte Kopien auf dem Schwarzmarkt als physische Kopie zu erstehen waren und meist von gewerblichen Rechtsverletzern stammten, im digitalen Zeitalter jeder mit der ihm verfügbaren Technik ohne großen Aufwand und ohne hohe Kosten oder Qualitätsverlust am heimischen PC sowie auf mobilen Endgeräten zum Rechtsverletzer avancieren kann.

1. Das Ausmaß von Urheberrechtsverletzungen im Internet

Wie bei anderen Erscheinungsformen von rechtsverletzendem oder strafbarem Verhalten im Internet ist das Ausmaß von Urheberrechtsverletzungen schwer zu beziffern. 2009 verbuchten die meisten europäischen Staaten einen

Rückgang bei den Umsätzen mit Tonträgern.¹² Zahlreiche Studien¹³ untersuchen die Auswirkungen von unautorisierten Downloads auf den Verkauf und Umsatz der Contentindustrie, wobei hier schon die Verlässlichkeit der erhobenen Daten fraglich ist.¹⁴ Auch ist nicht erwiesen, dass der Downloader das Werk andernfalls gekauft hätte. Eine im Auftrag der Musikindustrie durchgeführte Studie zur Nutzung digitaler Inhalte in Deutschland, kam zu dem Ergebnis, dass 2010 185 Mio. einzelne Musiktitel, 46 Mio. Musikalben, 6 Mio. Audiobücher, 14 Mio. eBooks, 54 Mio. Filme und 23 Mio. Fernsehserien illegal heruntergeladen worden sind.¹⁵ Diese Zahlen basierten jedoch nur auf Schätzungen. Eine von der britischen Regierung in Auftrag gegebene unabhängige Studie (sog. *Hargreaves Report*)¹⁶ konnte keine einzige statistisch robuste britische Erhebung zu den Auswirkungen illegaler Downloads fin-

¹² Bundesverband Musikindustrie, Musikindustrie in Zahlen 2009, S.57, http://www.musikindustrie.de/uploads/media/MiZ_2009_gesamt_01.pdf (Abruf am 30.04.2013) Während es in den meisten Staaten einen Umsatzrückgang gab, stieg der Umsatz in Polen, Belgien und der Tschechischen Republik im Vergleich von 2007 zu 2008. Auch 2010 gab es einen Umsatzrückgang in Deutschland, Musikindustrie in Zahlen 2010, S. 12, http://www.musikindustrie.de/uploads/media/BVMI-Jahrbuch-2010_02.pdf (Abruf am 30.04.2013); während 2011 eine Stabilisierung des deutschen Marktes zu verzeichnen war, Musikindustrie in Zahlen 2011, S. 2, http://www.musikindustrie.de/uploads/media/Jahrbuch-BVMI-2011_01.pdf (Abruf am 30.04.2013).

¹³ Zum Beispiel Envisional, Technical Report: An Estimate of Infringing Use of the Internet (2011), http://documents.envisional.com/docs/Envisional-Internet_Usage-Jan2011.pdf (Abruf am 30.04.2013); Michel, B.E. Journal of Economic Analysis & Policy 2006, Art. 18; Zentner, Journal of Law and Economics 2006, 63ff.; Oberholzer-Gee/Strumpf, The Journal of Political Economy 2007, 1ff.

¹⁴ Auch eine direkte Verbindung zwischen der Nutzung unautorisierter Kopien und einem Rückgang von Verkaufszahlen ist nicht nachgewiesen. Siehe Schwartmann, Vergleichende Studie über Modelle zur Versendung von Warnhinweisen durch Internet-Zugangsanbieter an Nutzer bei Urheberrechtsverletzungen. Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie (2012) (im Folgenden BMWi-Studie), S. 63, <http://www.bmw.de/BMWi/Redaktion/PDF/Publikationen/Technologie-und-Innovation/warnhinweise-lang,property=pdf,bereich=bmw,sprache=de,rwb=true.pdf> (Abruf am 30.04.2013).

¹⁵ GfK Studie zur digitalen Content-Nutzung (DCN-Studie) 2011 erstellt für: Bundesverband Musikindustrie e.V., S. 15, www.gvu.de/media/pdf/780.pdf (Abruf am 30.04.2013). Dies sind jedoch nur Schätzungen basierend auf einer Befragung von 10.000 Personen. Im übrigen definieren die Verfasser der Studie einen illegalen Download als einen Download über eine Tauschbörse, einen Sharehoster, private Webseiten, Blogs, Foren, FTP-Server oder Newsgroups.

¹⁶ Hargreaves, Digital Opportunity. A Review of Intellectual Property and Growth (2011), <http://www.ipso.gov.uk/ipreview-finalreport.pdf> (Abruf am 30.04.2013).

den; vielmehr war bei den meisten Studien die Methodik keiner Nachprüfung zugänglich.¹⁷ Auch mag die Verlässlichkeit erhobener Daten daran scheitern, dass z.B. den Befragten nicht klar ist, was legal und was illegal ist.¹⁸ So gelangte eine kürzlich veröffentlichte Studie des britischen OFCOM¹⁹ zu dem Ergebnis, dass 44% der Internetnutzer nicht mit Sicherheit sagen können, ob die Inhalte, welche sie herunterladen oder streamen, legal sind.²⁰

Deutet eine akademische Studie aus Frankreich darauf hin, dass die Einführung eines System der graduieren Repression²¹ durch das HADOPI II-Gesetz²² einen positiven Effekt auf die iTunes-Verkaufszahlen in Frankreich hatte,²³ so sind auch hier die Methodik und das Ergebnis zu hinterfragen.

Festzuhalten bleibt jedoch, dass Urheberrechtsverletzungen begangen werden und diese – wenn auch nicht genau bestimmbare – Auswirkungen auf den Markt haben.

2. Rechtliche Rahmenbedingungen für die Verfolgung von Urheberrechtsverletzungen in Deutschland

Urheberrechtsverletzungen werden in der Regel vom Rechteinhaber zivilrechtlich verfolgt. Durch die Möglichkeiten des Internets sehen sich die

¹⁷ *Hargreaves*, Digital Opportunity. A Review of Intellectual Property and Growth (2011), <http://www.ipo.gov.uk/ipreview-finalreport.pdf> (Abruf am 30.04.2013), S. 69, para. 8.9. Die *Hargreaves*-Forschungsgruppe war entweder nicht in der Lage die Methodik der Studien nachzuprüfen oder hatte Probleme mit der Nachprüfung einer identifizierten Methodik (siehe S. 73, para. 8.16).

¹⁸ *Hargreaves*, S. 69, para. 8.10.

¹⁹ OFCOM (Office of Communications) ist die britische Medienaufsichtsbehörde, der Internetauftritt der Behörde mit einer Beschreibung ihrer Aufgaben findet sich unter <http://www.ofcom.org.uk>.

²⁰ Kantar Media, Online copyright infringement tracker benchmark study Q3 2012, S.20, <http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/research/telecoms-research/online-copyright/Kantar-Media.pdf> (Abruf am 30.04.2013).

²¹ Das System ist in der Öffentlichkeit auch als „Three-Strikes-Modell“ bekannt, da erst nach einem dritten Verstoß eine Sanktion droht.

²² LOI n° 2009-1311 du 28 octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur Internet – Loi HADOPI II.

²³ Die iTunes-Verkaufszahlen seien wohl signifikant höher als ohne das HADOPI-Gesetz, siehe *Danaher/Smith/Telang/Chen*, The Effect of Graduated Response Anti-Piracy Laws on Music Sales: Evidence from an Event Study in France, S. 10ff, Dokument abrufbar unter <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1989240>, Erstellung am 21.01.2012 (Abruf am 30.04.2013).

Rechteinhaber dabei häufig mit anonymen Rechtsverletzern konfrontiert; regelmäßig ist nur die Ermittlung einer IP-Adresse möglich. Zur Identifizierung des Anschlussinhabers wird die Hilfe der Access Provider benötigt.

Vor Umsetzung der Enforcement-RL²⁴ sahen sich die Rechteinhaber regelmäßig gezwungen, strafrechtliche Ermittlungsverfahren anzuregen, um im Wege der Akteneinsicht die Identität eines Anschlussinhabers zu ermitteln, gegen den sie dann zivilrechtlich Ansprüche geltend machten.²⁵ Durch die Urheberrechtsnovelle 2008 steht dem Rechteinhaber nun über die allg. Auskunftsansprüche des § 242 BGB hinaus mit § 101 UrhG ein spezieller selbständiger Auskunftsanspruch zu. § 101 Abs. 2 UrhG²⁶ erstreckt den Auskunftsanspruch bei offensichtlicher Rechtsverletzung auch auf Dritte, die keine Rechte verletzt haben, worunter sowohl Host Provider als auch Access Provider fallen.²⁷ Dem Richtervorbehalt unterliegt der Anspruch auf Auskunft über Verkehrsdaten i. S. d. § 3 Nr. 30 TKG gegenüber Access Providern (§ 101 Abs. 9 UrhG). Ein Auskunftsanspruch setzt eine offensichtliche Verletzung des Urheberrechts in gewerblichem Ausmaß voraus.²⁸ Das gewerbliche Ausmaß einer Urheberrechtsverletzungshandlung kann sich sowohl aus der Anzahl als auch der Schwere der Rechtsverletzungen ergeben. Somit kann bei der Feststellung eines gewerblichen Ausmaßes sowohl auf die Quantität allein (z.B. Anzahl der rechtsverletzenden Dateien; Größe der Datei(en)) als auch auf die Qualität allein (z.B. Vermarktungsphase des Werkes, Art und Weise der Zugänglichmachung) abgestellt werden.²⁹ Das Erfordernis des gewerblichen Ausmaßes wird von den meisten Gerichten weit ausgelegt und bereits ein einmaliger Upload eines urheberrechtlichen Werkes in der verkaufsrelevanten Phase kann ein gewerbliches Ausmaß begründen.³⁰ Jedoch bedarf es bei Werken der

²⁴ Richtlinie 2004/48/EG v. 29.4.2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums.

²⁵ *Kondziela*, MMR 2009, 295ff.

²⁶ § 101 Abs. 2 UrhG setzt Art. 8 Abs. 1 lit. a-d Enforcement-RL um.

²⁷ *Spindler* in: *Spindler/Schuster*, Recht der elektronischen Medien (2. Aufl. 2011), § 101 UrhG, Rn. 7 m. w. N..

²⁸ OLG Köln, Beschluss vom 21.10.2008 – 6 Wx 2/08, ZUM 2008, 978; Beschluss vom 27. 12. 2010 – 6 W 155/10, GRUR-RR, 2011, 85; Beschluss vom 20.01.2012 – 6 W 242/11, ZUM 2012, 582; OLG Oldenburg, Beschluss vom 01.12.2008 – 1 W 76/08, MMR 2009, 188; OLG Zweibrücken, Beschluss vom 27.10.2008 – 3 W 184/08, MMR 2009, 43.

²⁹ *Wegener/Schlingloff*, ZUM 2012, 877, 881.

³⁰ Siehe z.B. OLG Schleswig, Beschluss vom 05.02.2010 – 6 W 26/09, GRUR-RR 2010, 239; OLG

Unterhaltungsmusik sechs Monate nach deren Erscheinen besonderer Umstände, um ein Fortdauern der relevanten Verwertungsphase annehmen zu können, wie etwa ein fortdauernder besonders großer kommerzieller Erfolg des Werks.³¹

3. Rechtspraxis in Deutschland

Hat ein Rechteinhaber über einen Auskunftsanspruch Kenntnis über die Identität eines Anschlussinhabers erlangt, so wird er diesen regelmäßig abmahnen. Neben einem Unterlassungsanspruch stehen dem Rechteinhaber gegenüber dem Verletzer auch Schadensersatz und eine Erstattung seiner Abmahnkosten zu. Auch wenn mittels des Auskunftsverfahrens nur der Anschlussinhaber identifiziert werden kann, welcher nicht zwangsläufig der Verletzer ist, so kann dieser dennoch als Störer zur Erstattung der Abmahnkosten verpflichtet sein. Der Umfang der Störerhaftung ist hierbei umstritten.

a. Die Abmahnung

Bedingt durch die weite Interpretation des gewerblichen Ausmaßes, werden einzelne Gerichte mit Auskunftsansprüchen „überannt“.³² Aufgrund der schiereren Masse an Verfahren stellt sich die Frage, ob eine tatsächliche Prüfung der offensichtlichen Rechtsverletzung erfolgt.³³

Ursächlich für die Vielzahl von Verfahren ist neben eben dem Ausmaß der Rechtsverletzungen auch die Optimierung der Rechtsverfolgung durch die Rechteinhaber selbst. Diese bedienen sich bei der Verfolgung von Urheberrechtsverletzungen immer öfter externer Dienstleister, die sich auf die Ermitt-

Köln, Beschluss vom 21.10.2008 – 6 Wx 2/08, GRUR-RR 2009, 9.

³¹ Für Musikalben wird insoweit eine Platzierung in den TOP 50 der Verkaufscharts der Musikindustrie zum Zeitpunkt der Rechtsverletzung als ausreichend angesehen. OLG Köln, Beschluss vom 27.12.2010 – 6 W 155/10, MMR 2011, 246.

³² Rechtsanwälte berichten von bei einzelnen Gerichten eingeführten „Urheberrechtswochen“, in denen ausschließlich Auskunftsansprüche nach § 101 UrhG abgehandelt werden, siehe *Solmecke* in: Taeger, Digitale Evolution – Herausforderungen für das Informations- und Medienrecht, S. 626. Einzelne Auskunftersuchen sollen sich auf bis zu 3.500 IP-Adressen beziehen, *Bleich*, Die Abmahn-Industrie, c'T 2010, Nr. 1, 154, 155, abrufbar über <http://www.heise.de/extras/ct/pdf/ct1001154.pdf> (Abruf am 18.09.2013).

³³ Siehe *Solmecke* in: Taeger, Digitale Evolution – Herausforderungen für das Informations- und Medienrecht, S. 627, der in diesem Zusammenhang von einem „Durchwinken“ spricht.

lung von Urheberrechtsverletzungen spezialisiert haben und mit ebenfalls spezialisierten Kanzleien kooperieren. Die Professionalisierung der Ermittlung von Rechtsverletzungen hat dazu geführt, dass in Deutschland jährlich Hunderttausende von Abmahnungen wegen Urheberrechtsverletzungen verschickt werden. Gesetzlich ist die Abmahnung und der sich daraus ergebenden Kostenerstattungsansprüche in § 97a UrhG geregelt. Sinn und Zweck der Abmahnung ist es, eine gerichtliche Auseinandersetzung zu vermeiden. Bevor ein Anspruch gerichtlich geltend gemacht wird, soll der Rechteinhaber den Verletzer abmahnen und diesen auffordern, eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abzugeben. Die dem Rechteinhaber hierbei entstandenen Kosten hat der Verletzer zu tragen. Für den Fall einer erstmaligen Abmahnung in einem einfach gelagerten Fall mit einer nur unerheblichen Rechtsverletzung außerhalb des geschäftlichen Verkehrs sind die erstattungsfähigen Aufwendungen durch § 97a Abs. 2 UrhG auf 100 € begrenzt. Einen solchen Bagatellfall, nimmt der Gesetzgeber an, wenn der Fall „nach Art und Umfang ohne größeren Arbeitsaufwand zu bearbeiten ist, also zur Routine gehört“, und die Verletzung ein geringes Ausmaß in qualitativer wie quantitativer Hinsicht aufweist.³⁴ Nach den

Gesetzesmaterilen ist dies bspw. Der Fall beim öffentlichen Zugänglichmachen eines Stadtplanausschnitts auf der eigenen Homepage, dem öffentlichen Zugäng-

» Die Professionalisierung der Ermittlung von Rechtsverletzungen hat dazu geführt, dass in Deutschland jährlich Hunderttausende von Abmahnungen wegen Urheberrechtsverletzungen verschickt werden. «

lichmachen eines Liedtextes auf der derselben oder dem Verwenden eines Lichtbildes innerhalb einer Internet-Auktion.³⁵ Da durch das Anbieten eines Werkes in einem P2P-Netzwerk eine unkontrollierte Verbreitung des Werkes droht, wird regelmäßig kein Bagatellverstoß beim Austausch von Musikalben oder Filmen über Tauschbörsen vorliegen.³⁶ Inhaber eines Internetanschlus-

³⁴ BT-Drs. 16/5048, S. 49.

³⁵ Siehe BT Drs. 16/8783, S. 50.

³⁶ In Bezug auf ein einzelnes Musikalbum, siehe z.B. LG Köln, Urteil vom 21.04.2010 – 28 O

ses können sich somit mit Erstattungsansprüchen in Höhe mehrerer Hundert Euro konfrontiert sehen.

b. Die Störerhaftung

Wie schon zuvor angeführt, führt die Ermittlung eines Anschlussinhabers nicht zwangsläufig zur Ermittlung des Verletzers. Dieser Umstand bereitet in der Praxis Probleme, wenn sich der Anschlussinhaber einer Abmahnung ausgesetzt sieht. Auch wenn ihm nicht nachgewiesen werden kann, dass er selbst die Rechtsverletzung begangen oder an dieser teilgenommen hat, so kann er dennoch als Störer zur Unterlassung und Beseitigung verpflichtet sein. Störer ist, wer, ohne Täter oder Teilnehmer zu sein, ohne eigenes Verschulden adäquat kausal an der Herbeiführung oder Aufrechterhaltung einer Urheberrechtsverletzung mitgewirkt hat.³⁷

Da die Störerhaftung nicht über Gebühr auf Dritte erstreckt werden darf, die nicht selbst die rechtswidrige Beeinträchtigung vorgenommen haben, setzt die Haftung des Störers die Verletzung von Prüfpflichten voraus. Deren Umfang bestimmt sich danach, ob und inwieweit dem als Störer in Anspruch Genommenen nach den Umständen eine Prüfung zuzumuten ist.³⁸

Ist ein Anschlussinhaber Störer, dann ist er zur Erstattung der Abmahnkosten verpflichtet. Unter welchen Voraussetzungen ein Anschlussinhaber aber als Störer für über seinen Anschluss begangene Urheberrechtsverletzungen haftet, ist Gegenstand zahlreicher Gerichtsentscheidungen und noch nicht abschließend geklärt.

596/09, ZUM-RD 2010, 479; LG Köln, Urteil vom 30.11.2011 – 28 O 482/10, ZUM 2012, 350. Siehe auch *Reber* in: Beck'scher Online-Kommentar Urheberrecht, § 97a UrhG Rn. 23 m.w.N. Anders: *Malkus*, MMR 2010, 382, 386 ff.; *Faustmann/Ramsperger*, MMR 2010, 662, welche eine Anwendung von § 97 a Abs. 2 UrhG auch auf die Fälle des Filesharings befürworten und „Kriterien“ zur Abgrenzung zwischen erheblichen und unerheblichen Rechtsverletzungen vorgeschlagen. Zu diesen zählen sowohl quantitative Kriterien (Menge/Größe/Vollständigkeit der Datei/en, Dauer und Häufigkeit der Rechtsverletzung/en sowie Größe des Adressatenkreises) als auch qualitative Kriterien (Wert/Aktualität/Beliebtheit des Werkes, Höhe des entstandenen Schadens und Grad des Verschuldens).

³⁷ Zur Störerhaftung allgemein siehe *Spindler* in: *Spindler/Schuster*, Recht der elektronischen Medien, § 97 UrhG Rn. 16 – 33.

³⁸ BGH, Urteil vom 15.10.1998 – I ZR 120 / 96, GRUR 1999, 418, 419 f. (Möbelklassiker); Urteil vom 01.04.2004 – I ZR 317/01 GRUR 2004, 693 (Schöner Wetten); BGH, Urteil vom 12.05.2010 – I ZR 121/08, GRUR 2010, 633, 634 f. (Sommer unseres Lebens).

Ausgangspunkt der Störerhaftung ist, dass der Betrieb eines Internetanschlusses eine Gefahrenquelle für Urheberrechtsverletzungen darstellen kann, denn über den Anschluss können urheberrechtlich geschützte Werke öffentlich zugänglich gemacht werden. So haftet unter Umständen der Inhaber eines WLAN-Anschlusses, wenn sich unbekannte Dritte von außen seines Anschlusses missbräuchlich bedienen. Hat der Anschlussinhaber seinen WLAN-Anschluss schon gar nicht verschlüsselt, so wird grundsätzlich von einer abstrakten Gefahrenquelle für Rechtsverletzungen und somit von einer Störerhaftung ausgegangen³⁹ WLAN-Inhaber müssen ihr Netzwerk entsprechend den zum Kaufzeitpunkt des Routers für den privaten Bereich marktüblichen Standardmaßnahmen verschlüsseln.⁴⁰ Dies bedeutet u. a., dass Voreinstellungen des Sicherungssystems zu personalisieren, die Sicherungsmaßnahmen jedoch nicht stets zu aktualisieren sind, sofern dies mit finanziellem Aufwand verbunden ist.⁴¹ Somit führt die Nutzung eines alten Routers ohne aktuellen WPA2-Verschlüsselungsstandard nicht zwangsläufig zu einer Störerhaftung, sofern der Verschlüsselungsstandard dem Stand der Technik beim Kauf entsprach. Schwierig ist es für den Anschlussinhaber in der Regel im Rahmen der sekundären Darlegungs- und Beweislast substantiiert darzulegen, dass Dritte Zugriff auf seine Verbindung gehabt haben. Dies wird oftmals nicht gelingen.

Häufiger als Dritte, die fremde Anschlüsse von außen für rechtsverletzende Handlungen nutzen, sind dies Familienangehörige oder sonstige vom Anschlussinhaber autorisierte Personen. Auch hier ist nicht abschließend geklärt, unter welchen Voraussetzungen insbesondere Eltern für Rechtsverletzungen ihrer Kinder oder der Anschlussinhaber für solche seines Partners als Störer haftet. Teilweise wurde hier von den Instanzgerichten vertreten, dass minderjährige Kinder grundsätzlich zu überwachen sind.⁴² Der BGH hat

³⁹ So BGH, Urteil vom 12.05.2010 – I ZR 121/08, GRUR 2010, 633, 636. Siehe auch *Beyer*, NJOZ 2010, 1085 f.; *Borges*, NJW 2010, 2624f.

⁴⁰ BGH, Urteil vom 12.05.2010 – I ZR 121/08, GRUR 2010, 633, 636.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² LG Hamburg, Beschluss vom 21.04.2006 – 308 O 139/06, MMR 2007, 131; Urteil vom 15.07.2008 – 310 O 144/08, MMR 2008, 685, 687f.; LG Frankfurt a. M., Urteil vom 12.04.2007 – 2/03 O 824/06, MMR 2007, 804, 805; LG München I, Teilurteil vom 19.06.2008 – 7 O 16402/07, MMR 2008, 619, 621.

eine täterschaftliche Haftung sowie eine Störerhaftung der Eltern für illegales Filesharing ihres Kindes unter dieselben Voraussetzungen wie eine Aufsichtspflichtverletzung gestellt.⁴³ Konkret wurde festgestellt, dass Eltern ihrer Aufsichtspflicht gegenüber einem normal entwickelten 13-jährigen Kind, das ihre grundlegenden Gebote und Verbote befolgt, regelmäßig dadurch genügen, dass sie das Kind über die Rechtswidrigkeit einer Teilnahme an Internetaustauschbörsen belehren und ihm eine solche Teilnahme verbieten. Eine grundlegende Verpflichtung der Eltern, die Nutzung des Internets durch das Kind zu überwachen, den Computer zu überprüfen oder eine Nutzungsbeschränkung einzurichten, besteht nicht.⁴⁴ Erst, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass das Kind das Verbot missachtet, sind Eltern zu derartigen Maßnahmen verpflichtet.⁴⁵ Wie eine Belehrung des Kindes zu erfolgen hat, wird im Einzelfall zu klären sein und richtet sich in Inhalt und Umfang nach Alter und Einsichtsfähigkeit des jeweiligen Kindes.⁴⁶ Ebenso wie minderjährige Kinder sollen auch volljährige Familienmitglieder nach h.M. nur dann zu überwachen oder ihr Zugang einzuschränken sein, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass sie den Anschluss für Rechtsverletzungen missbrauchen (werden).⁴⁷

Unlängst hat das BVerfG der Rechtsfrage, ob einen Internetanschlussinhaber Prüf- und Instruktionspflichten gegenüber sonstigen (berechtigten) Nutzern treffen, grundsätzliche Bedeutung zuerkannt.⁴⁸ Indirekt Kritik übte das BVerfG in seinem Beschluss am massenhaften Versenden von Abmahnungen, indem es dahinstehen ließ, ob eine Abmahnung wie die in dem Verfahren gegenständliche „überhaupt eine grundsätzlich brauchbare anwaltliche

⁴³ BGH, Urteil vom 15. 11. 2012 – I ZR 74/12, GRUR 2013, 511 (Morpheus).

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ So auch schon OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 20. 12. 2007 – 11 W 58/07, GRUR-RR 2008, 73, 74; LG Mannheim, Urteil vom 29.09.2006 – 7 O 76/06, MMR 2007, 267, 268; Urteil vom 30.01.2007 – 2 O 71/06, MMR 2007, 459, 460; *Grosskopf*, CR 2007, 122; *Peter*, K&R 2007, 371, 373; *Leistner/Stang*, WRP 2008, 533, 549; *Mühlberger*, GRUR 2009, 1022, 1025f.; *Spindler* in: *Bamberger/Roth, BeckOK-BGB* (Std.: 01.08. 2012), § 832 Rn. 31 a.

⁴⁶ BGH, Urteil vom 15. 11. 2012 – I ZR 74/12, GRUR 2013, 511, 513 (Morpheus).

⁴⁷ LG Mannheim, Urteil vom 29.09.2006 – 7 O 76/06, MMR 2007, 267, 268; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 20.12.2007 – 11 W 58/07, MMR 2008, 169, 170f..

⁴⁸ BVerfG, Beschluss vom 21.03.2012 – 1 BvR 2365/11, ZUM 2012, 471 (Unerlaubtes Filesharing im Internet).

Dienstleistung darstellt und insoweit ersatzfähige Rechtsverfolgungskosten auslöst“.⁴⁹

Die Frage der Zumutbarkeit von Instruktions- und Überwachungspflichten ist auch außerhalb des privaten Bereichs von Bedeutung, nämlich dann, wenn jemand im Rahmen seines Gewerbes Dritten Zugang zum Internet gewährt. Als mögliche Konstellationen seien hier Hoteliers oder Cafébesitzer in Bezug auf ihre Gäste oder Arbeitgeber hinsichtlich ihrer Arbeitnehmer genannt. Letzterer soll bspw. Nicht als Störer haften, wenn es für das illegale Filesharing eines Mitarbeiters keine Anhaltspunkte gab.⁵⁰ Ähnlich soll ein Hotelbetreiber nicht als Störer haften, wenn er seine Gäste auf die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben hingewiesen hat, bevor er ihnen den “Zugang zu dem verschlüsselten Funknetzwerk vermittelt” hat.⁵¹ Da es für diese Konstellationen noch keine höchstrichterliche Rspr. Gibt, bleibt abzuwarten, welche Art und Weise der Instruktion und Überwachung berechtigter Dritter zumutbar ist.

c. Zusammenfassung

Unabhängig von der Haftung für Täterschaft und Teilnahme kann ein Anschlussinhaber zur Unterlassung und Beseitigung einer Rechtsverletzungshandlung verpflichtet sein, wenn er ohne eigenes Verschulden adäquat kausal an der Herbeiführung oder Aufrechterhaltung einer Urheberrechtsverletzung mitgewirkt hat. Um die Haftung des Nicht-Täters und Nicht-Teilnehmers nicht über Gebühr zu erstrecken, wird die Störerhaftung durch Zumutbarkeitserwägungen eingegrenzt. Was jedoch vom Internetanschlussinhaber verlangt werden kann, ist zumindest bezüglich berechtigter sonstiger Nutzer seines Anschlusses weiterhin unklar.

4. Alternative Ansätze zur Bestimmung des Umfangs der Störerhaftung

Die Unbestimmtheit der Zumutbarkeit im Rahmen der Störerhaftung eines Anschlussinhabers und die damit verbundene Rechtsunsicherheit tragen dazu bei, dass viele Internetnutzer Abmahnungen als „Abzocke“ empfinden.

⁴⁹ BVerfG Beschluss vom 21.03.2012 – 1 BvR 2365/11, ZUM 2012, 471, 474.

⁵⁰ LG München I, Urteil vom 04.10.2007 – 7 O 2827/07, MMR 2008, 422, 423.

⁵¹ LG Frankfurt am Main, Urteil vom 18.08.2010 – 2-6 S 19/09, ZUM-RD 2011, 371.

Um Rechtsklarheit bei der Störerhaftung zu schaffen und klarzustellen, ob und unter welchen Voraussetzungen Prüf- und Instruktionspflichten bestehen können, wurde vorgeschlagen, den privaten Anschlussinhaber einem Access Provider gleichzustellen. Auch könnte man die Grundsätze zur Haftung von Host Providern oder bei der Bestimmung des Ob und Wann von Prüf- und Instruktionspflichten ein Warnhinweismodell heranziehen.

a. Übertragung der Access Provider-Haftung auf den Internetanschlusssinhaber?

Kürzlich hat der Bundestag die Frage aufgegriffen, ob eine Privilegierung für WLAN-Betreiber in § 8 TMG aufgenommen werden soll.⁵² Ein Gesetzesvorschlag sieht vor, dass Personen, die Dritten über ihren Anschluss Zugang zum Netz gewähren – egal, ob privat oder im Rahmen eines Gewerbes – den Access Providern gleichgestellt werden.⁵³ Access Provider treffen u.a. wegen fehlender Zumutbarkeit keine Prüf- oder Instruktionspflichten gegenüber ihren Kunden.⁵⁴ Sie haften nicht als Störer; eine urheberrechtliche Störerhaftung des Access Providers für Rechtsverletzungen seiner Kunden würde die Grundsätze der Störerhaftung überdehnen.⁵⁵ Den Anschlussinhaber würde man nun als „Kleinst“-Access Provider oder „Mini-Provider“⁵⁶ einstufen, da er ebenso den Zugang zum Netz „vermittele“ wie z.B. Kabel Deutschland oder die Deutsche Telekom. Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass es unter Wertungsgesichtspunkten nicht überzeugen kann, dass zwar große kommerzielle

⁵² Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 17/201 (25.10.2012), S. 24494 <http://dip21.bundestag.de/dip21/btp/17/17201.pdf> (Abruf am 30.04.2013).

⁵³ Der Gesetzesvorschlag der Digitalen Gesellschaft e.V., welcher von der Partei Die Linke aufgegriffen wurde (siehe Deutscher Bundestag, BT-Drs. 17/11137 (23.10.2012)), sieht folgende Änderung des § 8 TMG vor: An § 8 werden folgende Absätze 3 und 4 angefügt: „(3) Der Ausschluss der Verantwortlichkeit (Absatz 1) umfasst auch gewerbliche und nichtgewerbliche Betreiber von Funknetzwerken, die sich an einen nicht im Voraus namentlich bestimmten Nutzerkreis richten (öffentliche Funknetzwerke). (4) Der Ausschluss der Verantwortlichkeit (Absatz 1) umfasst auch Ansprüche auf Unterlassung.“, <https://digitalegesellschaft.de/wp-content/uploads/2012/06/Digitale-Gesellschaft-Gesetzentwurf-Haftungsfreistellung-fur-offentliche-Funknetzwerke.pdf> (Abruf am 30.04.2013).

⁵⁴ Siehe z.B. OLG Hamburg, Urteil vom 22.12.2010 – 5 U 36/09, CR 2011, 735; OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 22.01.2008 – 6 W 10/08, ZUM 2008, 230.

⁵⁵ LG Köln, Urteil vom 31.08.2011 – 28 O 362/10, MMR 2011, 833, 834.

⁵⁶ Digitale Gesellschaft e.V., Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des TMG, S. 8.

Provider von der Haftungsfreistellung des § 8 TMG profitieren, nicht aber lokale Internetzugangsanbieter, die ein WLAN nichtkommerziell oder nur als begleitende Dienstleistung etwa in einem Café oder Restaurant anbieten.⁵⁷ Hierbei wird aber verkannt, dass beim Inhaber eines Internetanschlusses in der Regel eine besondere Sach- oder Verantwortungsnahe zu den Nutzern seines Anschlusses besteht. Dies unterscheidet ihn gerade vom klassischen Access Provider, der einer breiten Kundenzahl den Internetzugang zur Verfügung stellt, zu dem er gerade keine besondere Verbindung (wie z.B. Familie, Mitbewohner, Kunde) hat. Seine Dienstleistung beschränkt sich auf die rein technische Bereitstellung des Zugangs. Gerade deshalb ist seine Verantwortung für das Nutzungsverhalten von der E-Commerce-RL⁵⁸ und deren Umsetzung im TMG privilegiert.⁵⁹ Auch wenn man argumentiert, dass der Besitzer eines Hotels oder eines Cafés ebenfalls einer breiten Kundenzahl den Internetzugang zur Verfügung stellt, so hat man es doch hier mit vollkommen anderen Rahmenbedingungen zu tun. Denn der Kreis potentieller Nutzer bleibt überschaubar und die Nutzung des Zugangs ist mit weiteren Leistungen des Anschlussinhabers verknüpft. Abgesehen davon, würde eine Gleichstellung von Anschlussinhabern (und nichts anderes sind WLAN-Betreiber) mit Access Providern dazu führen, dass die Strafverfolgung erschwert wird. Ist ein Anschlussinhaber von der Haftung in dem Ausmaß privilegiert wie ein Access Provider, so besteht Missbrauchsgefahr, wenn er sich nicht mehr in der Pflicht sieht zu kontrollieren, wer den Anschluss nutzt. Wird der Anschluss für illegale Zwecke von Dritten genutzt, so kann dieser aber nicht identifiziert werden, wenn das Netz für alle offen ist. Sieht sich ein Anschlussinhaber einer möglichen Haftung ausgesetzt, so wird er nicht jedem x-beliebigen Nutzer seinen Anschluss zur Verfügung stellen und den Strafverfolgungsbehörden somit einen Ermittlungsansatz bieten. Dies soll nicht bedeuten, dass den Nutzern offener WLANs missbräuchliches Verhalten unterstellt wird, aber das Potential lässt sich nicht leugnen. Der Vorschlag der Gleichstellung verkennt jedenfalls, dass eine Privilegierung analog § 8 TMG über Urheberrechtsver-

⁵⁷ Digitale Gesellschaft e.V., Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des TMG, S. 8.

⁵⁸ Richtlinie 2000/31/EG vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt.

⁵⁹ Siehe Art. 12 und 13 der eCommerce-Richtlinie und §§ 8 und 9 TMG.

letzungen hinausgeht. Sinn und Zweck einer Regelung kann aber nicht sein, dass man die Durchsetzung anderer Rechte im Internet in diesem Maße erschwert.

b. Übertragbarkeit der Host Provider-Haftung auf den Internetanschlusshaber?

Zur Bestimmung des Ausmaßes einer möglichen Störerhaftung könnte man auch die zur Haftung von Host Providern entwickelten Grundsätze auf die Haftung des Anschlusshabers übertragen. So hat schon 2008 ein Gericht die Prüfpflicht des Anschlusshabers an die Kenntnis oder das Kennenmüssen von Urheberrechtsverletzungen, die durch einen dritten Nutzer eines Anschlusses begangen werden, angeknüpft.⁶⁰ Die Haftung würde somit pa-

rallel zur Haftung von Diensteanbietern, welche Inhalte Dritter hosten, ausgestaltet.⁶¹ Der Grund hierfür ist einleuchtend: Allein aus der Tatsache, dass bei einem grundsätzlich neutralen Angebot

» *Es mag für Eltern schwierig sein, ihrem Kind ein Unrechtsbewusstsein in Bezug auf Filesharing beizubringen, wenn es im Internet und den Medien mit Artikeln über die „Content-Mafia“ konfrontiert wird.* «

die abstrakte Möglichkeit von Urheberrechtsverletzungen besteht, lässt sich nicht schließen, dass ein Dienst generell rechtswidrig ist.⁶² Von daher trifft einen Host Provider erst dann eine Prüf- oder Handlungspflicht, wenn er von einer konkreten vorausgegangen Rechtsverletzung Kenntnis erlangt hat. Hinsichtlich der Zumutbarkeit von Prüfpflichten beziehen sich die Gerichte regelmäßig auf die Rspr. Des BGH zu Internetauktionsplattformen.⁶³ Die

⁶⁰ OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 20.12.2007 – 11 W 58/07, ZUM 2008, 231, 232

⁶¹ Parallel z.B. zu YouTube (OLG München, Urteil vom 17.11.2011 – 29 U 3496/11, MMR 2012, 115) oder den Betreibern einer Plattform für Kochrezepte (OLG Hamburg, Urteil vom 04.02.2009 – 5 U 167/07, MMR 2009, 479).

⁶² OLG Düsseldorf, Urteil vom 27.04.2010 – I-20 U 166/09, MMR 2010, 483, 484.

⁶³ Vgl. nur BGH, Urteil vom 11.03.2004 – I ZR 304/01, MMR 2004, 668 (Internetversteigerung I); Urteil vom 19.04.2007 – I ZR 35/04, MMR 2007, 507 (Internetversteigerung II); Urteil vom 12.07.2007 – I ZR 18/04, MMR 2007, 634 (Jugendgefährdende Medien bei eBay). Maßgeblicher Anknüpfungspunkt für die Haftung ist danach, dass das handelnde Unternehmen im

Störerhaftung setzt hier eine Verletzung von Prüfpflichten voraus.⁶⁴ Der Host Provider ist nicht verpflichtet, vor Veröffentlichung eine Vorab-Kontrolle auf eine mögliche Rechtsverletzung durchzuführen.⁶⁵ Solange der Provider aber keine Kenntnis von einer durch seine Nutzer begangenen Urheberrechtsverletzung hat, haftet er weder als Rechtsverletzer noch als Störer. Hat er Kenntnis erlangt, muss er unverzüglich dafür sorgen, dass die konkret angezeigte Rechtsverletzung unterlassen wird. Dies beinhaltet auch, dass er Vorsorge-maßnahmen treffen muss, um gleichartige Rechtsverletzungen zu verhindern.⁶⁶

Überträgt man dieses Haftungsmodell auf den Anschlussinhaber, würde dies bedeuten, dass er als Störer erst dann haftet, wenn er von einer konkreten Rechtsverletzung Kenntnis erlangt hat. Diese Überlegung basiert darauf, dass ebenso wie der Host Provider auf seine Nutzer der Anschlussinhaber auf die Nutzer seines Anschlusses nur beschränkten Einfluss hat,⁶⁷ insbesondere gegenüber computeraffinen Jugendlichen.⁶⁸ Des Weiteren mag es für Eltern schwierig sein, ihrem Kind ein Unrechtsbewusstsein in Bezug auf Filesharing beizubringen, wenn es im Internet und den Medien mit Artikeln über die „Content-Mafia“ konfrontiert wird, und im Freundeskreis die Nutzung von Tauschbörsen, Streaming-Dienste oder Sharehoster üblich ist. Zudem vermag die haftungsrechtliche Privilegierung von Host Providern, die ein Geschäftsmodell betreiben, gegenüber dem Privatmann, welcher u.U. aus schulischen oder beruflichen Gründen auf einen Internetanschluss angewiesen ist, nicht zu überzeugen.⁶⁹ Von daher gibt es die Forderung, das „Betreiben eines Internetanschlusses“ so zu schützen wie die Geschäftsmodelle der Host Provider.⁷⁰ Fraglich ist jedoch dann, wie der Anschlussinhaber Kenntnis von einer

eigenen geschäftlichen Interesse in seinem Verantwortungsbereich selbst eine Gefahrenquelle für Rechtsverstöße durch Dritte schafft (siehe nur BGH, Urteil vom 12.07.2007 – I ZR 18/04, MMR 2007, 634, 637).

⁶⁴ BGH, Urteil vom 17.5.2001 – I ZR 251/99, MMR 2001, 671 (ambiente.de)

⁶⁵ So auch zuletzt EuGH, Urteil vom 16.02.2012 – C-360/10, GRUR 2012, 382 (SABAM gegen Netlog).

⁶⁶ Vgl. nur BGH, Urteil vom 12.07.2007 – I ZR 18/04, MMR 2007, 634, 637.

⁶⁷ So *Kirchberg*, ZUM 2012, 544, 547.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ *Kirchberg*, ZUM 2012, 544, 548.

⁷⁰ *Ibid.*

Rechtsverletzung erlangen soll. Während der Host Provider verpflichtet ist, seine Kontaktdaten auf seiner Webseite zu veröffentlichen, kann der Rechteinhaber einen Anschlussinhaber regelmäßig nur über seine IP-Adresse mittels eines Auskunftsverfahren nach § 101 Abs. 9 UrhG identifizieren. Erst nach der Auskunft kann der Anschlussinhaber von einer Verletzung in Kenntnis gesetzt werden. Während dem Rechteinhaber somit zunächst einmal Kosten im Auskunftsverfahren entstehen würden,⁷¹ würde der Anschlussinhaber bei einer ersten Inkenntnissetzung weder als Störer noch als Täter oder Teilnehmer der durch Dritte über seinen Anschluss begangenen Urheberrechtsverletzungen haften. Dies bedeutet für den Anschlussinhaber dann auch, dass er nicht zur Erstattung der Abmahnkosten verpflichtet wäre. Mithin ist fraglich, ob sich die Rechteinhaber dieses Instruments bedienen würden, oder vielmehr strafrechtliche Ermittlungen anregen würden, um dann die Anschlussdaten im Wege der Akteneinsicht nach § 406e StPO in Erfahrung zu bringen.

c. Ein Warnhinweismodell als Ausweg?

Die genannten Defizite bei der Inkenntnissetzung des Anschlussinhabers über eine Rechtsverletzung könnten durch die Einführung eines Warnhinweismodells behoben werden. Ein solches wird auch von diversen Verwertungsgesellschaften und Interessenverbänden der Kreativwirtschaft favorisiert.⁷²

aa. Was versteht man unter einem Warnhinweismodell?

Warnhinweismodellen liegt der Gedanke zugrunde, dass die Mittler, also die Access Provider, über die notwendigen Mittel verfügen, um einen Missbrauch der von ihnen zur Verfügung gestellten Infrastruktur durch ihre Kunden zu unterbinden bzw. zu sanktionieren.

⁷¹ Diese bestimmen sich nach Nr. 15213 Anlage 1 GNotKG und betragen 200€.

⁷² In einem Dialogpapier verschiedener Rechteinhaber zur Bekämpfung der Internetpiraterie werden neben einem sanktionierten Aufklärungs- und Warnhinweismodell der Einsatz technischer Maßnahmen – also die Sperrung, Blockierung und Filterung von Internetverkehr – sowie die Vorhaltung von Daten zur Verfolgung von Urheberrechtsverletzungen gefordert: Allianz deutscher Produzenten – Film und Fernsehen e.V., Börsenverein des deutschen Buchhandels e.V. et al., Vorschläge der Rechteinhaber im Rahmen des Wirtschaftsdialogs für mehr Kooperation bei der Bekämpfung der Internetpiraterie im BMWi (03.05.2011), https://www.gema.de/fileadmin/user_upload/Presse/Publikationen/Kurzfassung_Dialogpapier.pdf, Erstellung am 03.05.2011 (Abruf am 30.04.2013).

Der Rechteinhaber wendet sich mit den geloggtten Daten⁷³ eines vermeintlichen Rechtsverletzers an den Access Provider, der dann einen Warnhinweis an den von ihm identifizierten Anschlussinhaber versendet. Zugleich wird der Anschlussinhaber auf eine Verletzerliste gesetzt. Bei einem erneuten Verstoß lässt sich also feststellen, ob der Anschlussinhaber schon einmal eine Urheberrechtsverletzung im Internet begangen hat. Die Content-Industrie favorisiert das sog. Three-Strikes-Modell, bei dem nach zwei Verwarnungen die dritte Verfehlung sanktioniert wird.⁷⁴

bb. Beispiele für Warnhinweismodelle: Das Loi HADOPI und der Digital Economy Act 2010

Was die Implementierung eines Warnhinweismodells betrifft, hat Frankreich als erster EU-Mitgliedstaat ein Three Strikes Law, das sog. Loi HADOPI⁷⁵, eingeführt. Diesem Beispiel folgte nur kurze Zeit später Großbritannien mit dem Digital Economy Act 2010 (DEA 2010). Praxiserfahrung mit dem Warnhinweismodell hat momentan jedoch nur Frankreich. In Großbritannien wurden zwar mit dem DEA 2010 die rechtlichen Rahmenbedingungen für ein Warnhinweismodell geschaffen, allerdings ist aufgrund eines Streits über die Kostentragungspflicht⁷⁶ erst 2014 mit den ersten Warnhinweisen zu rechnen.⁷⁷

Den Weg für ein Warnhinweismodell ebnete in Frankreich eine Gesetzesänderung im Code de la propriété intellectuelle, wonach der Anschlussinhaber dafür Sorge tragen muss, dass sein Anschluss nicht für Urheberrechtsverlet-

⁷³ So u.a. IP-Adresse, Zeitpunkt der Verletzung und Access Provider.

⁷⁴ Letztere Bezeichnung wurde dem Baseballsport entnommen, und bezieht sich darauf, dass der Schlagmann nach drei gültigen Würfeln des Werfers Aus ist. Ebenso wie der Schlagmann dann das Feld verlassen muss, soll der Internetnutzer, der zum dritten Mal einen Rechtsverstoß begangen hat, sanktioniert werden.

⁷⁵ Loi du 12 juin 2009 ergänzt durch loi du 28 octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur Internet (Loi HADOPI II). HADOPI ist die Abkürzung für die zur Durchführung des HADOPI-Gesetzes speziell eingerichteten Behörde, der Haute Autorité pour la diffusion des oeuvres et la protection des droits sur l'Internet.

⁷⁶ Der Rechtsstreit wurde durch ein Urteil des Court of Appeal im März 2012 endgültig beendet, siehe *R, on the application of British Telecommunications Plc and another v Secretary of State for Business, Innovation & Skills and others (Open Rights Group and another, intervening)*, [2012] EWCA Civ 232.

⁷⁷ *Mendis*, International Review of Law, Computers & Technology 2013, 60, 61.

zungen genutzt wird.⁷⁸

Wird über einen Anschluss eine Verletzung begangen, so wird zunächst davon ausgegangen, dass der Anschlussinhaber seinen Anschluss nicht ausreichend gesichert hat. Der Rechteinhaber muss sich bei einer entdeckten Urheberverletzung an die speziell eingerichtete Behörde (HADOPI) wenden und die vermeintliche Verletzung darlegen.⁷⁹ Sieht HADOPI eine Rechtsverletzung als erwiesen an, wendet sie sich mit den übermittelten Daten zur Ermittlung des Anschlussinhabers an den jeweiligen Access Provider. Im Folgenden wird dann von HADOPI ein erster Warnhinweis per E-Mail an den Anschlussinhaber gesendet, welcher – neben dem Hinweis auf die Verpflichtung, den Anschluss zu sichern – auch Anleitungen zu Sicherungsmaßnahmen enthält.⁸⁰ Zudem wird der Anschlussinhaber über existierende legale Angebote informiert.⁸¹ Wird ein Anschluss wiederum bei einem rechtsverletzenden Download innerhalb eines Zeitraums von sechs Monaten nach der ersten Warnung ermittelt, so erfolgt ein zweiter Warnhinweis per Einschreiben.⁸² Wird im folgenden Jahr eine erneute Rechtsverletzung von diesem Anschluss ermittelt, so wird der Anschlussinhaber über mögliche strafrechtliche Sanktionen informiert. HADOPI kann den Fall auch an die Staatsanwaltschaft abgeben, welche über die Einleitung eines Strafverfahrens entscheidet.⁸³ Dem Angeklagten droht neben einer Geldstrafe auch die Sperrung seines Internetzu-

⁷⁸ Siehe Wortlaut des Artikel L. 336-3 Abs. 1 Code de la propriété intellectuelle: „Der Inhaber eines Zugangs zu Online-Kommunikationsdiensten ist verpflichtet, darüber zu wachen, dass dieser Anschluss nicht zum Zwecke der Vervielfältigung, der Darstellung, der Bereitstellung oder der Mitteilung an die Öffentlichkeit von Werken oder Gegenständen, welche durch Urheberrechte oder verwandte Schutzrechte geschützt sind, verwendet wird, ohne dass die Erlaubnis des Trägers der in Buch I und Buch II vorgesehenen Schutzrechte vorliegt, sofern diese Erlaubnis erforderlich ist.“ Die deutsche Übersetzung ist der Entscheidung des Conseil Constitutionnel Nr. 2009-580 vom 10.06.2009 (dt. Fassung), para. 6 entnommen, siehe http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/allemand/2009580dc.pdf (Abruf am 18.09.2013).

⁷⁹ Art. L. 331-24 Code de la propriété intellectuelle. Die Behörde kann in diesem Stadium die Beteiligten anhören, wenn Zweifel an einer Rechtsverletzung bestehen, siehe *Geiger*, IIC 2011, 457, 466.

⁸⁰ Art. L. 331-25 Abs. 1 Code de la propriété intellectuelle.

⁸¹ *Ibid.*

⁸² Art. L. 331-25 Abs. 2 Code de la propriété intellectuelle.

⁸³ Die Staatsanwaltschaft entscheidet auch, ob die Sache im vereinfachten Verfahren oder per ordonnance pénale (Strafbefehl) abgehandelt wird.

gangs.⁸⁴ Ist der Anschlussinhaber nicht der Verletzer, so droht ihm nach einer Gesetzesreform im Juli 2013 keine einmonatige Sperrung seines Zugangs mehr, sondern nur noch eine Geldstrafe wegen Verstoßes gegen seine Verpflichtung zur Sicherung des Anschlusses.⁸⁵

Großbritannien wollte mit dem DEA 2010 ein ähnliches System einrichten, bei dem allerdings die Liste der vermeintlichen Rechtsverletzer nicht von einer Behörde, sondern von den Access Providern selbst verwaltet wird. Nach einer Festlegung durch OFCOM tragen die Rechteinhaber 75% der Kosten eines Warnhinweises.⁸⁶ Ebenfalls abweichend vom französischen Modell sieht der DEA 2010 bis dato keine Sperrung eines Internetzugangs vor, eröffnet allerdings die Möglichkeit für eine solche Sanktion.

cc. Das Warnhinweismodell der BMWi-Studie

In einer im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft durchgeführten Studie wurde vorgeschlagen, in Deutschland ein Warnhinweismodell in Form eines „vorgegerichtlichen Mitwirkungsmodells“ einzurichten.⁸⁷

Der Vorschlag stellt – ähnlich wie das französische und britische Modell – eine Kombination aus aufklärenden Warnungen und Auskunftsanspruch dar. Ist ein Rechtsverstoß unter Ermittlung einer IP-Adresse vom Rechteinhaber festgestellt worden, so soll er diese IP-Adresse an den betreffenden Access Provider übermitteln, welcher dann einen aufklärenden Warnhinweis an den

⁸⁴ Art. L. 335-7 und Art. L. 335-7-1 Code de la propriété intellectuelle.

⁸⁵ Im Juli 2013 wurde ein Dekret (Décret no 2013-596 du 08.07.2013 supprimant la peine contraventionnelle complémentaire de suspension de l'accès à un service de communication au public en ligne et relatif aux modalités de transmission des informations prévue à l'article L. 331-21 du code de la propriété intellectuelle) erlassen, welches die Sanktionsmöglichkeit der Anschlussperre für diese Fallkonstellationen abschafft. Allerdings ändert das Dekret nicht Art. L. 335-7 Code de la propriété intellectuelle, womit das Strafmaß für vorsätzliche Urheberrechtsverletzungen weiterhin die Sperrung eines Anschlusses vorsieht.

⁸⁶ Diese Kosten sollen zwischen drei und zehn Pfund Sterling liegen, siehe *Garstka*, IIC 2012, 158, 173.

⁸⁷ *Schwartmann*, Vergleichende Studie über Modelle zur Versendung von Warnhinweisen durch Internet-Zugangsanbieter an Nutzer bei Urheberrechtsverletzungen. Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie (2012), <http://www.bmw.de/BMWi/Redaktion/PDF/Publikationen/Technologie-und-Innovation/warnhinweise-lang,property=pdf,bereich=bmwi,sprache=de,rwb=true.pdf> (Abruf am 30.04.2013). Siehe auch *Schwartmann*, GRUR-Prax 2012, 158ff. Im Folgenden wird die Studie als BMWi-Studie bezeichnet.

Anschlussinhaber versendet.⁸⁸ Parallel dazu wird der Name des Anschlussinhabers und der vorgeworfene Verstoß in eine intern geführte Liste aufgenommen und ihm dies mitgeteilt.⁸⁹ Ab einer zu bestimmenden Anzahl von festgehaltenen Verstößen ist die anonymisierte, also um den Klarnamen des Anschlussinhabers bereinigte Verstoßliste, dem Rechteinhaber bekannt zu geben und der Anschlussinhaber darüber zu informieren.⁹⁰ Der Rechteinhaber kann dann, wie gehabt, im Wege eines gerichtlichen Auskunftsverlangens

nach § 101 UrhG Namen und Anschrift des Rechteinhabers herausverlangen.⁹¹ Der besondere Nutzen der Verstoßliste soll darin liegen, dass der Rechteinhaber hieraus ersehen

» *Kritisch werden vor allem solche Warnhinweismodelle gesehen, die eine Erstellung von Verstoßlisten durch den Access Provider vorsehen, da hier Rechtsdurchsetzung privatisiert wird.* «

kann, welche für ihn anonyme Person häufig oder gravierend Urheberrechte verletzt haben soll.⁹² So soll gezielt gegen gewerbsmäßige Verletzer vorgegangen werden können.⁹³ Die Studie enthält keine Einzelheiten zur konkreten Ausgestaltung des Mitwirkungsmodells, insbesondere nicht in Bezug auf die Kostentragungsfrage für das Versenden der Warnhinweise und das Führen der Verstoßliste.

dd. Anforderungen an ein Warnhinweismodell

Kritisch werden vor allem solche Warnhinweismodelle gesehen, die eine Erstellung von Verstoßlisten durch den Access Provider vorsehen, da hier Rechtsdurchsetzung privatisiert wird.⁹⁴ Privaten werden Befugnisse zugestan-

⁸⁸ Schwartmann, BMWi-Studie, S. 337.

⁸⁹ Ibid.

⁹⁰ Schwartmann, BMWi-Studie, S. 337.

⁹¹ Ibid.

⁹² Ibid.

⁹³ Schwartmann, BMWi-Studie, S. 338.

⁹⁴ Siehe bspw. Hoeren, Kurzgutachten zur BMWi-Studie über Modelle zur Versendung von Warnhinweisen durch Internet-Zugangsanbieter an Nutzer bei Urheberrechtsverletzungen (2012), S. 10, http://politik.eco.de/files/2012/03/20120227-Hoeren-eco-Gutachten_final-2702.pdf (Abruf am 30.04.2013). Im folgenden als ECO-Gutachten bezeichnet.

den, die eigentlich den Strafverfolgungsbehörden oder der Judikative vorbehalten sein sollen.⁹⁵ Insbesondere ist dies der Fall bei dem „vorgerichtlichen Mitwirkungsmodell“ der BMWi-Studie, bei dem der Access Provider eine Liste vermeintlicher Verstöße führt, ohne dass diese Verstöße bewiesen sind.⁹⁶ Auch wenn erst beim dritten Warnhinweis eine Sanktion für den Empfänger droht, sollten diesem Mittel zur Verfügung stehen, um sich schon gegen die ersten Warnhinweise zu wehren, wenn er die Vorwürfe als unberechtigt sieht.⁹⁷ Auch schon das Führen einer Liste mit Daten vermeintlicher Verletzer durch einen Privaten ist datenschutzrechtlich bedenklich. Eine solche Liste widerspricht den datenschutzrechtlichen Grundsätzen der Datenvermeidung und Datensparsamkeit des § 3a BDSG. Um festzustellen, ob von einer Person wiederholt Rechtsverletzungen begangen wurden, müsste der Rechteinhaber aufgrund dessen, dass ihm nur die zumeist dynamische IP-Adresse bekannt ist, regelmäßig einen Antrag auf Auskunft nach § 101 UrhG stellen. Schon jetzt beinhaltet § 101 UrhG eine Beschränkung auf gewerbsmäßige Urheberrechtsverletzungen. Als einzigen Mehrwert bringt das in der BMWi-Studie vorgeschlagene Modell, dass die mühsame einzelne Geltendmachung von Auskunftsansprüchen entfällt, da der Access Provider die erhobenen Daten vorsortiert.

Wird einem Access Provider das Führen von Verstoßlisten auferlegt, so ist die Ausgestaltung einer solchen Pflicht in Einklang mit Art. 15 eCommerce-RL und den Vorgaben des EuGH zu bringen. Art. 15 Abs. 1 eCommerce-RL sieht vor, dass nationale Stellen keine Maßnahmen erlassen dürfen, die einen Access Provider verpflichten würden, die von ihm in seinem Netz übermittelten Informationen allgemein zu überwachen. Der EuGH sieht eine qualifizierte Beeinträchtigung der unternehmerischen Freiheit eines Access Providers darin, diesem aufzuerlegen, ein „kompliziertes, kostspieliges, auf Dauer angelegtes und allein auf seine Kosten betriebenes Informatiksystem einzurichten“.⁹⁸

⁹⁵ Siehe bspw. *Hoeren*, Kurzgutachten zur BMWi-Studie über Modelle zur Versendung von Warnhinweisen durch Internet-Zugangsanbieter an Nutzer bei Urheberrechtsverletzungen (2012), S. 10, <http://politik.eco.de/files/2012/03/20120227-Hoeren-eco-Gutachten-final-2702.pdf> (Abruf am 30.04.2013). Im folgenden als ECO-Gutachten bezeichnet.

⁹⁶ Ibid.

⁹⁷ Vgl. *ibid.*

⁹⁸ EuGH, Urteil vom 24.11.2011 - C-70/10, GRUR 2012, 265, 268 (Scarlet Extended gegen SA-

Im konkreten Fall verlangte eine Verwertungsgesellschaft von einem Access Provider die Einrichtung eines allgemeinen präventiven Filtersystems, um den Austausch urheberrechtsverletzender Inhalte zu verhindern. Dies widerspricht aber Art. 3 Enforcement-RL, wonach Maßnahmen zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums nicht unnötig kompliziert oder kostspielig sein dürfen, sowie Art. 15 eCommerce-RL.⁹⁹

In Fällen wie dem vorliegenden gilt es auch, ein angemessenes Gleichgewicht zwischen dem Schutz des Rechts am geistigen Eigentum aus Art. 17 Abs. 2 GRCh und dem Schutz der unternehmerischen Freiheit, welcher dem Provider nach Art. 16 GRCh zukommt, herzustellen.¹⁰⁰ Ein Ausgleich könnte mit einer Regelung der Kostentragung für das Versenden der Warnhinweise und Einrichtung und Pflege der Verstoßlisten erzielt werden. Dazu müsste aber auch eine Bereitschaft der Rechteinhaber gegeben sein, sich angemessen an den möglichen Kosten des komplizierten, kostspieligen und auf Dauer angelegten Informatiksystems zu beteiligen.¹⁰¹

Auf nationaler Ebene stellt das BMWi-Modell einen Eingriff in die Berufsfreiheit des Unternehmers aus Art. 12 GG und die Eigentumsfreiheit aus Art. 14 Abs. 1 GG der Access Provider dar, welcher nach derzeitiger Rechtslage verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt ist.¹⁰² Nach *Hoeren* liegt auch ein Verstoß gegen das in Art. 10 GG festgelegte und in § 88 TKG einfachgesetzlich normierte Fernmeldegeheimnis vor.¹⁰³

Da hier die Implementierung eines Warnhinweismodells allein zur Inkenntnissetzung des Anschlussinhabers von einer Rechtsverletzung diskutiert wird, kann die Frage, welche Sanktion den Warnhinweisen folgen soll, vernachlässigt werden.¹⁰⁴ Zu bedenken ist aber, dass, wenn die Sanktion kein

BAM).

⁹⁹ EuGH, Urteil vom 24.11.2011 – C-70/10, GRUR 2012, 265, 268 (Scarlet Extended gegen SABAM).

¹⁰⁰ Ibid., Rz. 43 f. mit Verweis auf EuGH, Urteil vom 29.01.2008 – C-275/06, Slg. 2008, I-00271, Rz. 62-68 (Promusicae). Der Schutz des geistigen Eigentum aus Art. 17 ist nicht schrankenlos gewährt, sondern mit dem Schutz anderer Grundrechte abzuwägen.

¹⁰¹ Dies ist aktuell nicht der Fall, so *Hoeren*, ECO-Gutachten, S.20

¹⁰² So auch *Hoeren*, ECO-Gutachten, S. 22ff.

¹⁰³ Ibid, S. 29.

¹⁰⁴ Dies umfasst auch die Ausgestaltung einer solchen als strafrechtliche Sanktion, Ordnungswidrigkeit oder zivilrechtliches Instrument ähnlich der Abmahnung, für welche dann die

„Mehr“ zur Abmahnung darstellt, eine deutliche Verschlechterung der Position der Rechteinhaber vorläge: Nach geltendem Recht kann der Rechteinhaber schließlich heute bei der erstmaligen Verletzung seiner Rechte abmahnen. Eine Sanktion, die soweit ginge wie eine Internetzugangssperre oder auf eine Drosselung der Übertragungsgeschwindigkeit abzielen würde, ist angesichts der möglich betroffenen Grundrechte, vor allem der Kommunikations- und Informationsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 GG (Internet als Informations- und Wissensquelle), Berufsfreiheit des Art. 12 GG (Arbeitsplatz und ökonomische Plattform), sowie des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG (Internet als Raum der persönlichen Entfaltung u.a. in social media), als unverhältnismäßig abzulehnen.¹⁰⁵

Einem Warnhinweismodell stehen zuletzt auch technische Bedenken gegenüber; dies vor allem im Hinblick auf die Zuverlässigkeit der zur Ermittlung von Urheberrechtsverletzungen verwendeten Verfahren,¹⁰⁶ wie z.B. der hinreichenden Validierung der verwendeten Software.¹⁰⁷ Dies ist ebenso wie die falsche Zuordnung von IP-Adressen allerdings kein spezifisches Problem eines Warnhinweismodells, sondern ein generelles Problem der Ermittlung von Rechtsverletzungen im Internet.¹⁰⁸

III. Hat ein Warnhinweismodell noch Zukunft?

Die BMWi-Studie kommt zu dem Ergebnis, dass das vorgerichtliche Mitwirkungsmodell den Vorteil habe, dass es „vor einer Abmahnung auf aufklärende Warnungen setzt“.¹⁰⁹

Nach derzeitiger Rechtslage ist der Rechteinhaber aber nicht verpflichtet, eine förmliche Abmahnung unter Hinzuziehung eines Rechtsanwalts zu versen-

Kosten zu tragen sind.

¹⁰⁵ Frankreich hat gerade deshalb die Sanktion der Internetzugangssperre in den Fällen des Verstoßes gegen seine Verpflichtung zur Sicherung des Anschlusses abgeschafft. Zu den betroffenen Grundrechten vgl. Greve/Schärdel ZRP 2009, 54, 55f m.w.N.. Eine Analyse der einzelnen betroffenen Grundrechte würde hier den Rahmen sprengen.

¹⁰⁶ Hoeren, ECO-Gutachten ,S. 17.

¹⁰⁷ OLG Köln, Beschluss vom 07.09.2011 – 6 W 82/11, MMR 2012, 41.

¹⁰⁸ Zu Zweifeln an der Zuverlässigkeit der Datenermittlung gängiger Verfahren siehe auch OLG Köln, Beschluss vom 20.01.2012 – 6 W 242/11, MMR 2012, 483.

¹⁰⁹ Schwartmann, BMWi-Studie, S. 337.

den. Diese ist keine Prozessvoraussetzung. Sieht ein Rechteinhaber von einer Abmahnung ab, so setzt er sich in einem späteren Prozess dem Risiko aus, bei Anerkennung des Prozessgegners die Verfahrenskosten gem. § 93 ZPO auferlegt zu bekommen.¹¹⁰ Eine Abmahnung ist also stets im Interesse des Rechteinhabers. Schon aufgrund der Kosten der Auskunftsverfahren nach § 101 UrhG besteht bei den Rechteinhabern kein Interesse an einer aufklärenden Warnung an den Nutzer.

Unabhängig davon könnte ein effektives, kostengünstiges Warnhinweismodell jedoch dazu dienen, zu bestimmen, ob und wann ein Anschlussinhaber Kenntnis von über seinen Anschluss begangenen Rechtsverletzungen hatte. Wollte man die Störerhaftungskonstellation des Host Providers auf Anschlussinhaber übertragen, so ist die zentrale Frage die Kenntnis des Anschlussinhabers von einer Rechtsverletzung. So wäre der Anschlussinhaber eines ungesicherten WLANs über die vermeintliche Rechtsverletzung in Kenntnis zu setzen, bevor die Störerhaftung greift. Dies würde aber bedeuten, dass zentrale Verstoßlisten geführt werden müssen, denn ohne eine zentral geführte Verstoßliste ließe sich aufgrund einer Vielzahl von Providern kaum die Erstmaligkeit einer Urheberrechtsverletzung feststellen. Dies würde also auf eine von dritter Seite verwaltete Liste hinauslaufen. Eine solche könnte entweder bei einem zentralen Gericht geführt werden, oder von einer eigens eingerichteten Institution verwaltet werden. Jede dieser Optionen wäre allerdings mit erheblichem Verwaltungsaufwand und hohen Kosten verbunden. Die französische HADOPI hat bis Juni 2012 mehr als eine Millionen erste Warnungen und 99.000 weitere Warnungen versendet,¹¹¹ wobei die jährlichen Kosten für die Behörde 12 Mio. € betragen.¹¹² In einer Verordnung des französischen Justizministeriums sind die Kosten für die Identifizierung eines Anschlussinhabers und seiner IP Adresse mit 8,50 € taxiert.¹¹³ In Deutschland werden

¹¹⁰ *Spindler* in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, § 97a UrhG, Rn. 2.

¹¹¹ HADOPI Newsletter 3 (2012), S.3, http://hadopi.fr/sites/default/files/Newsletter_juillet_2012.pdf (Abruf am 30.04.2013).

¹¹² *Manenti*, Le Nouvel Observateur, <http://obsession.nouvelobs.com/high-tech/20120801.OBS8587/aurelie-filippetti-je-vais-reduire-les-credits-de-l-hadopi.html>, Erstellung am 01.08.2012 (Abruf am 30.04.2013).

¹¹³ Ministère de la Justice, Verordnung vom 22 août 2006 pris en application de l'article R. 213-1 du code de procédure pénale fixant la tarification applicable aux réquisitions ayant pour objet la production et la fourniture des données de communication par les opérateurs de

nach Auskunft eines Branchenverbandes der Internetwirtschaft jeden Monat die Nutzerdaten zu 300.000 Internetverbindungen an die Rechteinhaber hinausgegeben.¹¹⁴ Somit lägen die monatlichen Kosten bei über 2,5 Mio. €. Es ist nicht absehbar, dass die Rechteinhaber und Verwerter bereit sind, diese Kosten allein zu tragen.

Angesichts der zu erwartenden Kosten und der schwierigen Frage einer gerechten Kostentragung, sowie der zuvor angebrachten rechtlichen Bedenken hat ein Warnhinweismodell in Deutschland wohl keine Zukunft.

In der Praxis könnten

die diskutierten Lösungen letztlich auch von der Realität überholt werden, insbesondere dadurch, dass sich Sharehoster einer immer größeren Beliebtheit bei Internetnutzern erfreuen. Sharehoster sind in Deutschland mittlerweile die Hauptquelle für die illegale Beschaffung von Medieninhalten,¹¹⁵ weltweit sollen sie für 5% des Internettraffic verantwortlich sein.¹¹⁶ Auch wenn in früher Rspr. schon der bloße Upload einer Datei bei einem Sharehoster als

» Die allorts unbeschränkte Verfügbarkeit unserer gespeicherten Daten ist gerade das Charakteristikum der gegenwärtigen IT-Nutzungsgewohnheiten. Es handelt sich beim Sharehosting grds. um ein legales, neutrales Modell. «

communications électroniques, www.arcep.fr/fileadmin/reprise/textes/arretes/arr220806.pdf (Abruf am 30.04.2013).

¹¹⁴ ECO – Verband der deutschen Internetwirtschaft e.V., <http://www.eco.de/2011/pressemitteilungen/300-000-adressen-pro-monat-erfolgreicher-kampf-gegen-illegale-downloads.html#more-53761>, Erstellung am 31.05.2011, (Abruf am 30.04.2013). Von ECO wird auch im August 2012 noch erwartet, dass diese Zahl weiter steigen wird, ECO – Verband der deutschen Internetwirtschaft e.V., „Novum für das deutsche Zivilrechtssystem“ (21.08.2012), <http://www.eco.de/2012/news/novum-fuer-das-deutsche-zivilrechtssystem.html#more-75875>, Erstellung am 21.08.2012 (Abruf am 30.04.2013).

¹¹⁵ GfK Consumer Panel, Studie zur digitalen Content-Nutzung (DCN-Studie) 2011 erstellt für: Bundesverband Musikindustrie e.V., S.17, www.gvu.de/media/pdf/780.pdf (Abruf am 30.04.2013).

¹¹⁶ Envisional, Technical Report: An Estimate of Infringing Use of the Internet (2011), S. 46, http://documents.envisional.com/docs/Envisional-Internet_Usage-Jan2011.pdf (Abruf am 30.04.2013).

Urheberrechtsverletzung qualifiziert wurde,¹¹⁷ so wird diese Schlussfolgerung in der heutigen Zeit der stärker dezentralisierten Arbeits- und Speichervorgängen nicht mehr aufrechtgehalten, würde sie doch schließlich auch Cloud Computing Services grundsätzlich in Frage stellen.¹¹⁸ Auch ein ausnahmslos rechtstreuer Nutzer vermag seine Musiksammlung bei einem Sharehoster zu speichern, um von überall mit seinen mobilen Endgeräten auf diese zuzugreifen. Die allorts unbeschränkte Verfügbarkeit unserer gespeicherten Daten ist gerade das Charakteristikum der gegenwärtigen IT-Nutzungsgewohnheiten.¹¹⁹ Es handelt sich beim Sharehosting grds. um ein legales, neutrales Modell.¹²⁰ Erst mit Verbreitung eines Hyperlinks zum Speicherort einer urheberrechtlich geschützten Datei wird diese öffentlich zugänglich gemacht. Für den Rechteinhaber ist der Verletzer regelmäßig nicht oder nur schwer zu identifizieren, jedenfalls bedarf es der Mithilfe des Sharehosters. Die IP-Adresse bloßer Downloader ist dem Rechteinhaber nicht zugänglich. Auch macht sich der reine Downloader hier nicht mehr zum gleichzeitigen Verbreiter eines Werks. Von daher gehen die Rechteinhaber nun vermehrt gegen die Sharehoster selbst vor. Auch hier zeichnet sich in der Rspr. ein uneinheitliches Bild zum Umfang möglicher Prüf- und Überwachungspflichten im Rahmen der Störerhaftung ab.¹²¹ Sharehoster können nach jüngster höchstrichterlicher Rspr. für Urheberrechtsverletzungen ihrer Nutzer grundsätzlich erst in Anspruch genommen werden, wenn sie auf eine klare, gleichartige Rechtsverletzung hingewiesen worden sind.¹²² Angesichts neuerer Entwicklungen und der praktischen Hürden erscheint es geboten, anstelle der Ausarbeitung eines Warnhinweismodells, die Defizite des bestehenden Systems im Hinblick auf die Verfolgung von Urheberrechtsverletzungen in P2P-Netzwerken zu korrigieren. So könnte schon eine Klarstellung des unbestimmten Rechtsbegriffes

¹¹⁷ LG Hamburg, vom 20.04.2012 – 310 O 461/10, ZUM 2012, 596.

¹¹⁸ OLG Hamburg, Urteil vom 14.03.2012 – 5 U 87/09, MMR 2012, 393, 394.

¹¹⁹ OLG Hamburg, Urteil vom 14.03.2012 – 5 U 87/09, MMR 2012, 393, 394.

¹²⁰ So schon OLG Köln, Urteil vom 21.09.2007 – 6 U 86/07, MMR 2007, 786, 787.

¹²¹ Siehe *Krüger/Apel*, MMR 2012, 144ff. m.w.N.

¹²² BGH, Urteil vom 12.07.2012 - I ZR 18/11, MMR 2013, 185 (Alone in the Dark). Wird ein Sharehoster auf eine konkrete Datei mit dem streitgegenständlichen Inhalt hingewiesen, so hat er das technisch und wirtschaftlich Zumutbare zu tun, um zu verhindern, dass das Spiel von anderen Nutzern angeboten wird. Eine Prüfpflicht kann sich auch Link-Sammlungen auf gespeicherte Dateien mit dem streitgegenständlichen Inhalt erstrecken.

„gewerbliches Ausmaß“ im Rahmen des § 101 Abs. 2 UrhG zu mehr Rechtssicherheit führen. Eine weite Auslegung des einfach gelagerten Falls des § 97a Abs. 2 UrhG und die Einordnung einer erstmaligen Rechtsverletzung durch einen Privaten von lediglich einem Werk als eine nur unerhebliche Rechtsverletzung außerhalb des geschäftlichen Verkehrs, könnte rein auf Gewinn ausgerichtete Abmahnungen eindämmen.¹²³

IV. Ausblick

Die Durchsetzung von Urheberrechten im Internet stellt nach wie vor eine große Herausforderung für Rechteinhaber dar.

Der Einrichtung eines Warnhinweismodells mit einem gestuften Sanktionsmechanismus zur Verfolgung von Urheberrechtsverletzungen stehen in Deutschland zu viele Bedenken politischer, technischer und rechtlicher Natur gegenüber. Die Erfahrungen anderer europäischer Staaten sind auch ernüchternd: In Frankreich hat das Warnhinweismodell nach dem Regierungswechsel den Rückhalt der Politik verloren.¹²⁴ Auch wenn den Verwarnungen abschreckende und erzieherische Wirkung zugeschrieben wird, sieht man dies angesichts der hohen Kosten hierfür, die der Staat zu tragen hat, kritisch. In Großbritannien stellte sich der Kampf um die Kostentragung für das Erheben und Speichern der Daten sowie der Versendung der Warnhinweise als wenig konstruktiv dar. Zudem beschränken sich alle angedachten und existierenden Warnhinweismodelle quasi auf die Verfolgung von Rechtsverletzungen in P2P-Netzwerken. In der Praxis haben viele Nutzer jedoch längst zu Sharehostern gewechselt, welches die Verfolgung einzelner Urheberrechtsverstöße erschwert. Das Hauptproblem ist somit nicht mehr der – grundsätzlich nicht-kommerzielle – Datenaustausch in P2P-Netzwerken, sondern die gewerbsmäßige Verletzung von Urheberrechten durch Streaming-Dienste und die Möglichkeit direkter Downloads.¹²⁵ Gerade

¹²³ Die erstattungsfähigen Aufwendungen wären dann auf 100 € begrenzt. Siehe zur Abmahn-„Industrie“ auch *Schmitz/Ries*, *European Journal of Law & Technology* 2012, Vol. 3 No.1, <http://ejlt.org//article/view/116/191> (Abruf am 30.04.2013).

¹²⁴ *Lescure*, *Culture-acte 2*, Mission « Acte II de l'exception culturelle », *Contribution aux politiques culturelles à l'ère numérique*, Mai 2013, S. 32f und 379f, http://www.culturecommunication.gouv.fr/content/download/67159/514925/version/1/file/Rapport_Lescure.pdf (Abruf am 14.07.2013).

¹²⁵ *Lescure*, *Culture-acte 2*, Mission « Acte II de l'exception culturelle », *Contribution aux politiques culturelles à l'ère numérique*, Mai 2013, S. 385.

hier bietet das Warnhinweismodell aber keinen Ansatzpunkt, da die IP-Adresse des Konsumenten eines Video-Streams oder Downloaders für den Rechteinhaber regelmäßig nicht ohne Mithilfe der Seitenbetreiber zu ermitteln ist.

Zuletzt wurden Stimmen laut, welche einen kompensierenden Vergütungsanspruch für die Rechteinhaber fordern. Die wirtschaftlich verantwortlichen Betreiber von Social Media und Sharehostern könnten demnach zu einer Abgabe, ähnlich der Betreiberabgabe gem. § 54c Abs. 1 UrhG, verpflichtet werden. Diese könnte dann von Verwertungsgesellschaften geltend gemacht werden.¹²⁶

Ein ähnliches Modell stellt die Kulturflatrate dar, eine pauschale Abgabe für jeden Internetzugang, die Rechteinhaber für die (dann legale) nichtkommerzielle Weitergabe und Vervielfältigung von digitalen, urheberrechtlich geschützten Werken über das Internet entschädigen soll.¹²⁷ Vorteil der Kulturflatrate soll die verbraucherfreundliche Gestaltung und Vereinfachung des Urheberrechts verbunden mit einer Verringerung der Kosten der Rechtsdurchsetzung sein.¹²⁸

Die Pauschalierung wirft aber auf Seiten der Rechteinhaber und Verwerter Gerechtigkeitsprobleme auf und könnte andere Modelle der Monetarisierung von kreativen Inhalten behindern. Mittlerweile gibt es viele etablierte legale Download- oder Streaming-Angebote, so z.B. Spotify, welches Millionen Songs zum Anhören bietet, aber nicht zum Herunterladen, finanziert durch Werbung oder werbefreie Abonnements. Mit innovativen Formaten lassen sich sehr wohl Nutzer auch zu legalen Inhalten lenken. Eine Lösung der Durchsetzungsprobleme von Urheberrecht kann von daher auch keine Kulturflatrate sein, die solche Verwertungsmodelle behindert. Gerade auch die Sharehoster zeigen doch - wenn auch zu Ungunsten der Rechteinhaber - dass Nutzer bereit sind für Inhalte zu zahlen. Wer nämlich Warteschleifen umgehen will und eine höhere Übertragungsgeschwindigkeit möchte, der zahlt für einen Premium-Account ungefähr 10 € pro Monat.¹²⁹ Letztlich zeigt der Erfolg von Apple iTunes aber auch, dass

¹²⁶ Vgl. *Bauer*, User-generated Content – Urheberrechtliche Zulässigkeit nutzergenerierter Medieninhalte (2011), S. 404 ff.

¹²⁷ Dies wird von den Rechteinhabern abgelehnt, siehe z.B. Positionspaper zur Kulturflatrate des Bundesverband Musikindustrie; Siehe auch *Kapalschinski/Siebenhaar*, <http://www.handelsblatt.com/unternehmen/it-medien/illegale-musik-downloads-universal-pocht-auf-das-urheberrecht/6598596.html>, Erstellung am 07.05.2012 (Abruf am 30.04.2013); *Gabric*, <http://www.musikmarkt.de/Aktuell/News/Frank-Briegmann-gegen-Piratenpartei-und-Kulturflatrate>, Erstellung am 08.05.2012 (Abruf am 30.04.2013).

¹²⁸ Siehe *Roßnagel/Jandt/Schnabel*, MMR 2010, 8.

¹²⁹ Z.B. Für einen Premium Account bei uploaded.to 9,99 € (<http://uploaded.net/offer>) oder bei

Nutzer für eine einfache, schnelle Downloadmöglichkeit bereit sind, tief in die Tasche zu greifen. Der Förderung legaler Angebote darf nicht vernachlässigt werden.

Die aktuellen Entwicklungen stellen die Ausarbeitung eines kostspieligen Warnhinweissystems, welches sich faktisch auf die Verfolgung von Urheberrechtsverletzungen in P2P-Netzwerken beschränkt, auch praktisch in Frage. Die dargestellten Modelle hätten zwar den Effekt, dass Anschlussinhaber, von deren Anschluss eine Rechtsverletzung begangen wurde, nicht schon beim ersten Vorfall mit einer Abmahnung konfrontiert werden; jedoch würden sie auch bedeuten, dass die Daten des Anschlussinhabers im Zusammenhang mit der Verletzung von einem Dritten verwaltet und gespeichert werden müssten und dieser Dritte den Anschlussinhaber in Kenntnis setzen müsste. Unabhängig davon, ob der Dritte eine Behörde oder eine sonstige Stelle ist und ob die Verwarnung dazu dient, den Anschlussinhaber erstmalig über eine Rechtsverletzung in Kenntnis zu setzen, um ihm Prüfpflichten aufzuerlegen oder lediglich zu verwarnen, bedeutet ein Warnhinweismodell, dass die Durchsetzung von Urheberrechten faktisch von Dritten vollzogen wird und nicht primär durch den Rechteinhaber. Dies ist wie oben ausgeführt rechtlich höchst bedenklich. Wollte man der Abmahn-“Industrie“ mit einem Warnhinweismodell den Wind aus den Segeln nehmen, so erscheint es sinnvoller die Auslegung der Tatbestandsvoraussetzungen des einfach gelagerten Falls einer Urheberrechtsverletzung und des „gewerblichen Ausmaßes“ zu überdenken. Würde man den Anwendungsbereich des § 97a Abs. 2 UrhG weit auslegen, so würde die Abmahnung sicherlich nicht an Wirkung verlieren. Ihr kann durchaus auch ein erzieherischer Effekt zugeschrieben werden, der womöglich über den eines Warnhinweises hinausgeht. Auch dürften die Aufwendungen des Rechteinhabers zur Rechtsverfolgung sich noch im Rahmen der erstattungsfähigen Aufwendungen von 100 € bewegen. Verbunden mit einer abzugebenden Unterlassungserklärung in Bezug auf erneute Rechtsverletzungen und der Tatsache, dass § 97a Abs. 2 UrhG nur bei einer erstmaligen Verletzung greift, ist dem Rechteinhaber ein ausreichend wirksames Mittel zur Verfolgung von Rechtsverletzungen zur Hand gegeben, welches zu einem angemessenen Interessenausgleich führt. Für ein Warnhinweismodell besteht somit keine Notwendigkeit.

Der Jurist wird von Studenten der Universität Passau mit der Unterstützung des Wissenschaftlichen Beirats, unseres Partners und unserer Freunde und Förderer herausgegeben. /

Der Jurist is published by students of the University of Passau with the assistance of the Advisory Board, our Partner and our Friends.

Herausgeber · Publisher

Der Jurist e. V. · Innstraße 33, 94032 Passau

Vorstand: *Tobias Gafus*, 1. Vorsitzender · *Ulrich Johannes Völker*, 2. Vorsitzender
Philipp Streckenbach, Schatzmeister · *Rebecca Bruehl*, Schriftführerin

Inhaltlich verantwortlich: *Tobias Gafus*, *Ulrich Johannes Völker*

Leitender Redakteur: *David Rüll*

Gestaltung und Textsetzung: *Timm Brünjes*, *Brian Thomas*

Einsendungen · Submissions

erbitten wir per E-Mail an die Redaktion / should be e-mailed to:

autoren@der-jurist.de

Homepage

www.der-jurist.de

Bezugsbedingungen · Terms of Subscription

Die Zeitschrift erscheint einmal jährlich. Der Preis für ein Einzelheft beträgt € 3,- / sFr 3,65 jeweils zzgl. Versandkosten. / The journal shall appear once a year. Single issue price is € 3,- / sFr 3,65. Prices do not include mailing costs.

Der Jurist veröffentlicht rechtswissenschaftliche Aufsätze und Urteilsrezensionen in deutscher und englischer Sprache. Ein Leitfaden für Autoren ist auf der Internetseite verfügbar. / *Der Jurist* publishes case notes and articles on all areas of law in English and German. An author's guide is available online.

Diese Zeitschrift und alle in ihr enthaltenen Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes bedarf der Zustimmung der Herausgeber. / This journal and all contributions and pictures contained therein are protected by copyright. Any use beyond the strict limits stipulated by copyright laws requires the written permission of the publisher.

Druck- und Bindearbeiten: Druckerei Ostler, Spitalhofstraße 73, 94032 Passau

ISSN 2192-5623