



StudZR

Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft Heidelberg

Ausgabe 2/2014

AUFSÄTZE

- Tianyu Yuan 120
Das Recht der Emissionkonsortien – Probleme des Innen- und Außenverhältnisses
- Tabitha Beuth 153
Der Entwurf der EU-Kommission für eine Societas Unius Personae
- Jan-Willem Prügel 174
Der Status quo der brasilianischen Schiedsgerichtsbarkeit am Beispiel der Kompetenz-Kompetenz
- Sebastian Schneider 199
Die EuGH-Rechtsprechung zur Sitzverlegung und die fortbestehende Notwendigkeit für eine Sitzverlegungs-Richtlinie
- Stephan M. Schubert 221
Vorsatzanfechtung und Bargeschäft: Zur Insolvenzanfechtung von Arbeitslöhnen unter Berücksichtigung der aktuellen Reformbestrebungen

REZENSIONEN

- Marcel Kahl 261
Buchrezension: Unterlassungen und ihre Folgen

Tianyu Yuan*

Das Recht der Emissionskonsortien – Probleme des Innen- und Außenverhältnisses

Abstract

Ogleich Emissionskonsortien eine überragende Rolle für den Kapitalmarkt spielen, ist ihre rechtliche Behandlung vor dem Hintergrund der deutschen Rechtsordnung insbesondere aufgrund spärlicher Gerichtsentscheidungen vielfach unklar und problematisch. Der folgende Beitrag befasst sich mit den rechtlichen Problemen von Emissionskonsortien in ihrem Innen- und Außenverhältnis. Dabei beschränkt er sich auf das für die deutsche Emissionspraxis übliche Einheitskonsortium unter Zugrundelegung des für das internationale Emissionsgeschäft standardisierten Muster-Konsortialvertrags der International Primary Market Association. Der Beitrag schließt mit Gedanken zu kautelarjuristischen Gestaltungsmöglichkeiten und regulatorischen Bedürfnissen *de lege ferenda*.

Even though underwriting syndicates assume a vital role on the capital market, their legal status and respective legal issues remain opaque under German law, particularly as there are only very few corresponding judicial decisions. The following article addresses legal issues of underwriting syndicates with regard to internal relationship and relations to third parties. It focuses on underwriting syndicates as ordinary partnerships (Einheitskonsortium) which are prevalent on German capital markets taking into consideration the internationally established standard form agreement of the International Primary Markets Association. The article concludes with thoughts on advisable contractual covenants and regulations *de lege ferenda*.

* Der Verfasser ist Rechtsreferendar am Landgericht Heidelberg und Mitarbeiter von Prof. Dr. Stefan Geibel, *Maitre en droit (Aix-Marseille III)* am Institut für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Dem folgenden Beitrag liegt eine unternehmensrechtliche Studienarbeit zugrunde, die der Verfasser im Sommersemester 2012 bei Prof. Dr. Stefan Geibel, *Maitre en droit (Aix-Marseille III)* schrieb.

I. Einleitung

Emissionsgeschäft ist Milliardengeschäft: Allein 2011 haben Emissionskonsortien im Auftrag ihrer Emittenten Aktien im Wert von über 26 Milliarden Euro an den europäischen Börsen platziert.¹ Im zahlenmäßigen Kontrast zu ihrem wirtschaftlichen Gewicht steht in Deutschland die höchstrichterliche Rechtsprechung: Die teilweise beiläufigen Entscheidungen des ROHG², RG³ und BGH⁴ zu Emissionskonsortien lassen sich an einer Hand abzählen.⁵ Eine damit einhergehende Rechtsunsicherheit nimmt dieser Beitrag zum Anlass die Thematik genauer zu beleuchten. Im Mittelpunkt der Bearbeitung steht die rechtliche Beurteilung von Emissionskonsortien mit Blick auf ihre Probleme im Innen- und Außenverhältnis: In einem ersten Schritt wird die Rolle der Emissionskonsortien im Emissionsgeschäft beschrieben und der Prüfungsumfang bestimmt. Auf dieser Grundlage werden die Probleme des Konsortialverhältnisses, danach die Probleme des Rechtsverhältnisses zwischen Emissionskonsortium und Dritten behandelt. Letztlich sollen im Lichte der identifizierten Probleme ein Blick auf kautelarjuristische Gestaltungsmöglichkeiten geworfen und regulatorische Bedürfnisse de lege ferenda geprüft werden.

1. Die Rolle der Emissionskonsortien im Emissionsgeschäft

Emissionskonsortien sind Zusammenschlüsse von Banken. Sie haben im Emissionsgeschäft die Hauptaufgabe, für den Emittenten Wertpapiere auszugeben, um diese auf dem Sekundärmarkt zu platzieren.⁶ Daneben sind sie regelmäßig auch mit Börseneinführungen und Kurspflagemassnahmen betraut.⁷ Dabei wird das Konsortium nach außen von einer Bank oder mehreren gemeinsam als Konsortialführer (Lead Manager) vertreten (Außenkonsortium).⁸

¹ *Weaver/Hughes et al.*, PricewaterhouseCoopers – IPO Watch Europe 2011 (2012), S. 4.

² ROHG 13, 306 ff.; ROHG 17, 197 ff.

³ RGZ 67, 392 ff.

⁴ BGHZ 118, 83 ff.

⁵ Nicht zuletzt liegt dies daran, dass Schiedsklauseln in Konsortial- und Übernahmeverträgen Streitentscheidungen den ordentlichen Gerichten und damit der Öffentlichkeit entziehen.

⁶ *Bosch/Groß*, Das Emissionsgeschäft, 2000, S. 1 Rn. 10; *Grundmann*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechtshandbuch II, 4. Aufl. 2011, § 112 Rn. 1; *Müller*, in: Kümpel/Wittig, Bank- und Kapitalmarktrecht, 4. Aufl. 2011, Rn. 15.2; *Schücking*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts I, 3. Aufl. 2009, § 32 Rn. 6.

⁷ *Bosch/Groß* (Fn. 6), S. 1 Rn. 10/2; *Schücking* (Fn. 6), § 32 Rn. 11-15, 17.

⁸ *Bosch/Groß* (Fn. 6), S. 16 Rn. 10/48; *Brockmann*, Die Kurspfligeverpflichtung des Emissionskonsortiums bei Aktienemissionen, Diss. Berlin 2003, S. 66; *De Meo*, Bankenconsortien: Eine Untersuchung zum Innen- und Außenrecht von Emissions-

Üblich ist auch, dass nicht am Konsortium beteiligten Banken von einzelnen Konsorten Unterbeteiligungen eingeräumt werden, sodass es zur Bildung von Unterkonsortien kommt.⁹ Hinter der Einschaltung eines Konsortiums zur Wertpapieremission steht die Überlegung, die mit großen Emissionsvolumina verbundenen Risiken auf mehrere Konsorten zu verteilen und durch die Beteiligung mehrerer Banken mit jeweils eigenen Kundenkreisen das Platzierungspotential zu steigern.¹⁰ Die zu emittierenden Wertpapiere sind Aktien, Anleihen und andere Schuldverschreibungen.¹¹ Dabei kann der Pflichtenkreis des Emissionskonsortiums hinsichtlich der Wertpapieremission unterschiedlich ausgestaltet sein: Beispielsweise kann das Emissionskonsortium einerseits – in praxi aber selten – die Wertpapiere kommissionsweise übernehmen, wodurch dem Emittenten gegenüber nur Absatzbemühungen geschuldet sind (Begebungskonsortium oder Best Effort Underwriting). Andererseits können Konsortialbanken die Wertpapiere auch auf eigenes Risiko gegen Bezahlung des Übernahmepreises erwerben, ohne aber eine anschließende Platzierung zu schulden (Übernahmekonsortium oder Firm Commitment Underwriting).¹² In praxi überwiegt das Emissionskonsortium in Deutschland als Kombination von Begebungs- und Übernahmekonsortium (Einheitskonsortium). Hier schuldet das Emissionskonsortium dem Emittenten sowohl die Übernahme der Wertpapiere als auch ihre Platzierung.¹³

Aufgrund der Internationalität von Emissionsgeschäften hat eine internationale Standardisierung der vertraglichen Dokumentation von Aktien- oder Anleiheemissionen stattgefunden. Insbesondere hat die International Primary Market Association (ICMA) zu dieser Entwicklung beigetragen.¹⁴ Die ICMA ist eine Vereinigung führender internationaler Emissionsbanken. Emissionskonsortien bedienen sich zur Regelung ihres Konsortialverhältnisses regelmäßig der ICMA Muster-Konsortialverträge (ICMA Agreement Among

Kredit- und Sanierungskonsortien sowie zu deren Haftung für das Handeln von Konsortialvertretern, Diss. München 1994, S. 30 Rn. 89.

⁹ *Bosch/Groß* (Fn. 6), S. 15 Rn. 10/42 f.; *De Meo* (Fn. 8), S. 31 Rn. 90.

¹⁰ *Bosch/Groß* (Fn. 6), S. 10 Rn. 10/26 f.; *De Meo* (Fn. 8), S. 9 Rn. 9.

¹¹ *Grundmann* (Fn. 6), § 112 Rn. 7 f.; *Schücking* (Fn. 6), § 32 Rn. 19 ff.

¹² *Grundmann* (Fn. 6), § 112 Rn. 6; *Bosch/Groß* (Fn. 6), S. 24 f. Rn. 10/77 ff.

¹³ *Brockmann* (Fn. 8), S. 68; *De Meo* (Fn. 8), S. 12 f. Rn. 20; *Hopt*, Emissionsgeschäft und Emissionskonsortien. Recht und Praxis in Deutschland und der Schweiz, in: FS für Kellermann, 1991, S. 184 f.; *ders.*, Die Verantwortlichkeit der Banken bei Emissionen, Recht und Praxis in der EG, 1991, S. 13 f. Rn. 24; *Immenga*, Die Stellung der Emissionskonsortien in der Rechts- und Wirtschaftsordnung, 1981, S. 9; *Liappis*, Das System der Haftung der Banken bei Aktienemissionen über die Börse, Diss. Berlin 2003, S. 32 f.; *Scholze*, Das Konsortialgeschäft der deutschen Banken I, 1973, S. 291; *Schücking* (Fn. 6), § 32 Rn. 31.

¹⁴ *Grundmann* (Fn. 6), S. 12 Rn. 10/32.

Managers). Ebenso standardisiert sind die Übernahmeverträge zwischen Emittent und Emissionskonsortium.¹⁵

2. Prüfungsumfang und Prämissen

Um der praktischen Relevanz des Emissionsgeschäfts gerecht zu werden, ist eine gleichermaßen wissenschaftliche und praxisorientierte Betrachtung der Rechtsprobleme geboten. Aufgrund der mannigfaltigen Spielarten des Emissionsgeschäfts und seiner wirtschaftlichen Komplexität, welche das Recht abbilden, aufnehmen und eingrenzen muss, ist die vollständige Behandlung aller Probleme in diesem Beitrag nicht zu leisten. Deshalb beschränkt sie sich auf eine bedachte Auswahl von Problemen, die unter folgenden Prämissen behandelt werden.

Prämisse 1: Grenzüberschreitende Sachverhalte sind angesichts großer Emissionsvolumina und der Internationalität der beteiligten Parteien keine Seltenheit. Kollisionsrechtliche Fragen treten insbesondere im Rechtsverhältnis zwischen Emittent und Emissionskonsortium sowie im Konsortialverhältnis auf.¹⁶ Im Folgenden sei auf alle Rechtsverhältnisse aber stets deutsches Recht anzuwenden.

Prämisse 2: In der Praxis ist das Emissionskonsortium überwiegend als Einheitskonsortium ausgestaltet. Lediglich dieses ist Gegenstand der Bearbeitung.¹⁷

Prämisse 3: Angesichts der standardisierten Vertragswerke bezieht sich die Arbeit hinsichtlich des Konsortialvertrags auf den ICMA Agreement Among Managers.¹⁸ Hinsichtlich des Übernahmevertrags wird auf die abgedruckten Mustertexte bei *Bosch/Groß*¹⁹ Bezug genommen.

¹⁵ Grundmann (Fn. 6), S. 12 Rn. 10/35; Müller (Fn. 6), S. 1941 Rn. 15, 123.

¹⁶ Ausführlich zum Internationalen Privatrecht des Emissionsgeschäfts und der Bankenkonsortien: Schücking, Das Internationale Privatrecht der Banken-Konsortien, WM 1996, S. 281 ff.; instruktiv auch: Grundmann (Fn. 6), § 112 Rn. 81 f., 106 ff.

¹⁷ Hierdurch wird insbesondere das Problem nicht behandelt, ob und inwieweit auch bei reinen Übernahmekonsortien durch Vertragsauslegung eine Platzierung der Wertpapiere geschuldet sein kann. Instruktiv hierzu: Grundmann (Fn. 6), § 112 Rn. 71.

¹⁸ ICMA Agreement Among Managers, Version 1, <Non-Equity-Related Issues>, ICMA Primary Market Handbook, 2012; ICMA Agreement Among Managers, Version 2, <Equity-Related-Issues>, ICMA Primary Market Handbook, 2012.

¹⁹ Bosch/Groß (Fn. 6), S. 85 ff., 191 ff. Rn. 10/240 ff., 10/323 ff.

Prämisse 4: Nach dem Grundsatzurteil des *BGH*, Urteil v. 29.1.2001 – II ZR 331/00 (*ARGE Weißes Roß*)²⁰ sind die Rechtsfähigkeit der Außen-GbR und die akzessorische Haftung der Gesellschafter in entsprechender Anwendung des § 128 HGB²¹ für Gesellschaftsverbindlichkeiten anerkannt.²² Die Wertungen dieses Urteils werden den folgenden Ausführungen zugrunde gelegt.²³

Prämisse 5: Innenverhältnis sei das Rechtsverhältnis zwischen Emissionskonsortium als rechtsfähige Außen-GbR²⁴ und den Konsorten sowie das Rechtsverhältnis zwischen einzelnen Konsorten.

Prämisse 6: Außenverhältnis sei das Rechtsverhältnis zwischen Emissionskonsortium und Dritten. Rechtsverhältnisse zwischen einzelnen Konsorten und Dritten ohne Bezug zum Konsortialverhältnis werden nicht behandelt.

II. Probleme im Innenverhältnis von Emissionskonsortien

Das Innenverhältnis des Emissionskonsortiums ist im Wesentlichen durch den Konsortialvertrag geprägt.²⁵ Neben anderen Problemen sollen im Schwerpunkt die Qualifikation des Emissionskonsortiums als GbR und die Rechtslage bei dem Ausfall eines Konsorten behandelt werden.

²⁰ BGHZ 146, 341 ff.

²¹ Aufgrund mangelnder Relevanz für das Ergebnis sei dahingestellt, ob der *BGH* in seiner Entscheidung § 128 HGB als analog anwendbar ansieht oder nur eine parallele Rechtsfolge aus den Grundsätzen des Personengesellschaftsrechts konstruiert. Im Folgenden wird der Weg der analogen Anwendung des § 128 HGB gewählt.

²² BGHZ 146, 341 ff.; 150, 1 ff.; Diese Auffassung begründend: *Flume*, Gesellschaft und Gesamthand, ZHR 1972, 171, (181 ff.); statt vieler: *Dauner*, Ein neues Fundament für die BGB-Gesellschaft, DStR 2001, S. 356 f.; *Staudinger/Habermeier*, 2003, Vor §§ 705-740 Rn. 9; *K. Schmidt*, Die BGB-Außengesellschaft: Rechts- und parteifähig. Besprechung des Grundlagenurteils II ZR 331/00 vom 29.01.2001, NJW 2001, S. 993 ff.; von der von ihm begründeten Doppelverpflichtungslehre zur Akzessorietätslehre umschwingend: *Ulmer*, Gesellschaftshaftung in der Gesellschaft bürgerlichen Rechts: Durchbruch der Akzessorietätstheorie?, ZIP 1999, 554 (563 f.); *ders.*, Die Haftungsverfassung der BGB-Gesellschaft, ZIP 2003, 1113 (1114); *Westermann*, Erste Folgerungen aus der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der BGB-Gesellschaft, NZG 2001, 285 (289 f.).

²³ Der Großteil der einschlägigen Literatur stammt noch von vor diesem Urteil, was eine erneute Betrachtung sinnvoll erscheinen lässt; z.B. *Bosch/Groß* (Fn. 6), *De Meo* (Fn. 8); *Hopt*, Emissionsgeschäft und Emissionskonsortien. Recht und Praxis in Deutschland und der Schweiz, in: FS für Kellermann, 1991, S. 184 f.; *ders.*, Die Verantwortlichkeit der Banken bei Emissionen, Recht und Praxis in der EG, 1991, S. 13 f.; *Scholze* (Fn. 13); *Singhof*, Die Außenhaftung von Emissionskonsortien für Aktieneinlagen, Diss. Berlin 1998.

²⁴ Dies wird im Folgenden noch zu zeigen sein.

²⁵ Da das Außenverhältnis teilweise die Probleme des Innenverhältnisses bedingt, wird an den entsprechenden Stellen soweit wie nötig darauf Bezug genommen.

1. Konsortialvertrag als Gesellschaftsvertrag einer GbR

Sowohl Rechtsprechung als auch die ganz herrschende Literaturansicht sehen im Emissionskonsortium eine GbR.²⁶ So spricht *Schücking* von einer „selbstverständlich gewordene[n] Zuordnung“²⁷ der Emissionskonsortien zur GbR und *Immenga* sieht „keine Zweifel daran“.²⁸ Wirft man aber einen Blick in den ICMA Agreement Among Managers, scheinen Zweifel an einer solchen Zuordnung nicht unbegründet zu sein: Die Partnership-Klausel lautet in allen Versionen „Partnership: None of the provisions of the Agreement or any other agreement [...] shall constitute a partnership [...] between the Managers [...]“.²⁹ Sie bringt zum Ausdruck, dass die Konsortien die Bildung jeglicher Gesellschaftsformen vertraglich ausschließen wollen. Abgesehen von der Partnership-Klausel sieht der Konsortialvertrag auch insgesamt, wie z.B. hinsichtlich Geschäftsführungsbefugnis, Vertretungsmacht oder Vermögensordnung, eine von den §§ 705 ff. BGB abweichende Regelung vor.³⁰ Ob und inwieweit Emissionskonsortien als GbR qualifiziert werden, ist aufgrund der Rechtsprechung zur GbR und den nicht abdingbaren Vorschriften der §§ 705 ff. BGB und damit für die Beurteilung der Probleme des Innen- und Außenrechts relevant. Deshalb wird im Folgenden zunächst die geschichtliche Entwicklung der Qualifikation von Emissionskonsortien skizziert, um danach den Stand von Rechtsprechung und Literatur wiederzugeben. Anschließend wird zur Qualifikation der Emissionskonsortien

²⁶ RGZ 67, 394 (395); BGHZ 118, 83 (99); statt aller: *Canaris*, Bankvertragsrecht, 2. Aufl. 1981, S. 1146 Rn. 2248; *Delorme/Hoessrich*, Konsortial- und Emissionsgeschäft, 2. Aufl. 1971, S. 9; *De Meo* (Fn. 8), S. 34 ff. Rn. 9 ff.; *Hopt* (Fn. 13), S. 195; *Immenga* (Fn. 13), S. 10; *Ruwe*, Die BGB-Gesellschaft als Unternehmen i.S. des Aktienkonzernrechts, DB 1988, S. 2037 ff.; *Schücking* (Fn. 6), § 32 Rn. 39; *Sudmeyer*, in: Schüppen/Schaub, Münchener Anwaltshandbuch Aktienrecht, 2. Aufl. 2010, § 47 Rn. 35; *Timm/Schöne*, Zwingende gesamtschuldnerische Haftung der Mitglieder eines Übernahmekonsortiums?, ZGR 1994, 113 (118); *Ulmer/Schäfer*, in: MünchKomm BGB Bd. V, 6. Auf. 2013, Vor § 705 Rn. 54; *Westermann*, Das Emissionskonsortium als Beispiel der gesellschaftsrechtlichen Typendehnung, AG 1967, S. 285 ff.; differenzierend: *Grundmann* (Fn. 6), § 112 Rn. 88 ff.; *ders.*, Konsortien, Gesellschaftszweck und Gesamthandsvermögen – Typendehnung oder Typenmischung im Gesellschaftsrecht?, in: FS für Boujong, 1996, S. 161 ff.; *Ekkenga/Maas*, Das Recht der Wertpapieremissionen, 2006, S. 186 f. Rn. 265; kritisch: *Bosch/Groß* (Fn. 6), S. 12 f. Rn. 10/32 ff.; a.A.: *Müller* (Fn. 6), S. 1940 f. Rn. 15.125.

²⁷ *Schücking* (Fn. 6), § 32 Rn. 39.

²⁸ *Immenga* (Fn. 13), S. 10.

²⁹ Klausel 8, ICMA Agreement Among Managers, Version 1 (Fn. 18); Klausel 10, ICMA Agreement Among Managers, Version 2 (Fn. 18).

³⁰ Statt aller: *Bosch/Groß* (Fn. 6), S. 13 f. Rn. 10/38; *Harrer*, in: Müller/Rödter, Beck'sches Handbuch der AG, Gesellschaftsrecht – Steuerrecht – Börsengang, 2. Aufl. 2009, § 25 Rn. 153; *Horn*, Das Recht der internationalen Anleihen, 1972, S. 177; *Immenga* (Fn. 13), S. 12; *Scholze* (Fn. 13), S. 6.

Stellung genommen. Letztlich ist eine negative Abgrenzung zu den Handelsgesellschaften vorzunehmen.

a) Geschichtliche Entwicklung, Stand von Rechtsprechung und Literatur

Vor der Einführung des ADHGB mit ihren Regelungen zur Gelegenheitsgesellschaft in den Art. 266-270 ADHGB im Jahre 1861 wurde das Konsortialverhältnis dem Kaufvertragsrecht zugeordnet: Die einzelnen Konsorten schlossen mit dem Konsortialführer jeweils Verträge über den Bezug von Wertpapierkontingenten, sodass ein sternförmiges Geflecht von Verträgen mit einzig dem Konsortialführer als gleichbleibendem Vertragspartner entstand.³¹

Nach Einführung des ADHGB haben parallel *Sydom* in seinem Aufsatz „Über Consortien oder sogenannte Syndicate zur Actienbegebung“³² und das *ROHG* in seinem Urteil vom 10.3.1874, Rep. 1132/7333 befunden, das Konsortialgeschäft sei „keineswegs für ein bedingtes Kaufgeschäft zu erachten“³⁴, sondern „das Verhältnis unter den Parteien [sei] nach den Regeln der Societät zu beurteilen [welches] unzweifelhaft den Grundsätzen des HGBs Art. 266 ff. [unterstehe].“³⁵ Nach Einführung des BGB qualifizierte das *RG* in seiner Entscheidung vom 12.2.1908, Rep. I. 212/07 zur Empfehlungshaftung des Bankiers beiläufig das Emissionskonsortium als „Gelegenheitsgesellschaft“.³⁶ Auch der *BGH* sah in seinem Urteil vom 13.4.1992, II ZR 277/90 (DG Bank) im Emissionskonsortium eine GbR.³⁷

Die überwiegende Literaturansicht qualifiziert das Emissionskonsortium als GbR in Form einer Gelegenheitsgesellschaft, deren Zweck die Übernahme und bestmögliche Platzierung der Wertpapiere im Rahmen eines einzelnen Emissionsgeschäfts sind.³⁸ Die regelmäßige Abbedingung aller dispositiven

³¹ Ausführlich beschreibend, aber im Ergebnis ablehnend: *Sydom*, Ueber Consortien oder sogenannte Syndicate zur Actienbegebung, ZHR 1874, 427 (436 ff.).

³² *Ebd.*, S. 427 ff.

³³ ROHGE 13, 306 ff.

³⁴ ROHGE 13, 306 (310).

³⁵ ROHGE 13, 306 (313); bestätigend: ROHGE 17, 196 (210). Es ist zu beachten, dass die „Societät“ in römisch-rechtlicher Tradition als reine schuldrechtliche Beziehung angesehen wurde, vgl. hierzu: *Flume* (Fn. 22), S. 177 ff.

³⁶ RGZ 67, 394 (395).

³⁷ BGHZ 118, 83 (99).

³⁸ Statt aller: *Canaris* (Fn. 26), S. 1146 Rn. 2248; *De Meo* (Fn. 8), S. 37 f. Rn. 23; *Ulmer/Schäfer* (Fn. 26), Vor § 705 Rn. 54.

Vorschriften der §§ 705 ff. BGB durch den Konsortialvertrag³⁹ gab *Westermann* den Anlass, von „gesellschaftsrechtliche[r] Typendehnung“⁴⁰ zu sprechen. In neuerer Zeit wird dies jedoch in Frage gestellt. Aufgrund der umfangreichen Vertragswerke und mit Blick auf das Verständnis von Konsortialverträgen nach englischem oder New Yorker Recht deutet *Bosch* an, dass das Konsortialverhältnis auch im deutschen Recht als Summe paralleler Kaufverträge gesehen werden könnte.⁴¹ *Grundmann* bezieht sich auf den Gesellschaftszweck und kommt zum Ergebnis, das Konsortialverhältnis sei keine Typendehnung, sondern „Typenmischung“.⁴² Der gesellschaftsrechtlich verfasste Teil des Emissionskonsortiums gehe nur so weit, wie er noch vom gemeinsamen Zweck gedeckt sei. Im Übrigen existiere nur „ein Geflecht von Absatzverträgen“.⁴³

b) Stellungnahme

Zunächst wird die historische Qualifikation von Emissionskonsortien kritisch betrachtet. Daraufhin sind zwei Fragen zu beantworten: Ist durch die Partnership-Klausel des ICMA Muster-Konsortialvertrags das Gesellschaftsverhältnis und damit die Anwendung der §§ 705 ff. BGB vertraglich abdingbar? Sofern das Gesellschaftsverhältnis nicht abdingbar ist, ob und inwieweit lässt sich das Konsortialverhältnis unter § 705 BGB subsumieren?

aa) Historische Qualifikation und Wirtschaftspraxis

Der Bezug der herrschenden Literaturansicht auf die historische Qualifikation der Emissionskonsortien als Sozietät, Gelegenheitsgesellschaft oder GbR suggeriert eine aus dem Gewohnheitsrecht erwachsene Zuordnung. So meint *Schücking*, dass „mit dem Inkrafttreten des BGB [...] von Anfang an klar [war], dass die Emissionskonsortien nun zu den BGB-Gesellschaften gehörten.“⁴⁴ Dass sich das Konsortialverhältnis in seiner wirtschaftlichen Ausgestaltung seit dem ersten Urteil des *ROHG* vom Jahre 1874 grundlegend verändert hat, bleibt

³⁹ Vgl. statt aller: *Canaris* (Fn. 26), S. 1169 Rn. 2304; *Immenga* (Fn. 13), S. 10; *Timm/Schöne* (Fn. 26), S. 118 f.; *Westermann* (Fn. 26), S. 285.

⁴⁰ *Westermann* (Fn. 26), S. 285 ff.

⁴¹ *Bosch/Groß* (Fn. 6), S. 10/12 Rn. 10/33; Das Konsortialverhältnis als Summe paralleler Kaufverträge sieht: *Müller* (Fn. 6), S. 1938 ff. Rn. 15.121 ff.

⁴² *Grundmann* (Fn. 6), § 112 Rn. 87 ff.; *ders.* (Fn. 26), S. 164; *Ekkenga/Maas* (Fn. 26), S. 186 f. Rn. 265.

⁴³ Ausführlich: *Grundmann* (Fn. 6), § 112 Rn. 87 ff.; *ders.* (Fn. 26), S. 164 f.; zustimmend, aber nur mit knapper Begründung: *Ekkenga/Maas* (Fn. 26), S. 186 f. Rn. 265.

⁴⁴ *Schücking* (Fn. 6), § 32 Rn. 39.

weitgehend unbeachtet.⁴⁵ Die Konsorten der heutigen Übernahme- und Einheitskonsortien erwerben Alleineigentum an den ihnen quotale zugeteilten Wertpapieren und übernehmen jeweils auf eigene Rechnung das Platzierungsrisiko auf dem Sekundärmarkt.⁴⁶ Ein Blick in das vielzitierte Urteil des ROHG von 1874 lässt eine andere Emissionspraxis erkennen: Damals oblag „die Veräußerung des Gesamtaktienbetrags für gemeinschaftliche Rechnung“ allein dem Konsortialführer.⁴⁷ Konnte der Konsortialführer die Wertpapiere gewinnbringend platzieren, kam den Konsorten „ein verhältnismäßiger Anteil an dem erzielten Gewinn“ zu.⁴⁸ Gelingt dies jedoch nicht, mussten die Konsorten den Konsortialführer schadlos halten, sodass dieser im Ergebnis durch die Bildung eines Konsortiums das Platzierungsrisiko gänzlich auf die restlichen Konsorten verlagern konnte.⁴⁹ Mit der wesentlich veränderten Wirtschaftspraxis hat sich die Qualifikationsgrundlage geändert. Der historische Verweis als Argument der Qualifikation ist untauglich.

bb) Abdingbarkeit der §§ 705 ff. BGB im Ganzen?

Klausel 8 des ICMA Muster-Konsortialvertrags zielt auf die Abbedingung der §§ 705 ff. BGB im Ganzen ab.⁵⁰ Wird der Konsortialvertrag allein schuldrechtlich betrachtet, ist das vor dem Hintergrund der Privatautonomie unproblematisch. Für eine mögliche verbandsrechtliche Dimension des Konsortialvertrags gilt dies nicht.⁵¹ Im Gesellschaftsrecht wird jeder Personenverband von einer gesetzlich fixierten Verbandsform absorbiert. Soweit dieser *numerus clausus* der Rechtsformen reicht, ist ein entgegenstehender Parteiwille unbeachtlich.⁵² Dieser verbandsrechtliche Rechtsformzwang dient der Sicherheit und Vorhersehbarkeit des Rechtsverkehrs.⁵³ Soweit der Konsortialvertrag die Voraussetzungen eines Gesellschaftsvertrags erfüllt, können von ihm die §§ 705 ff. BGB nicht als

⁴⁵ Nur die geschichtliche Qualifikation, nicht aber die Qualifikationsgrundlage betrachtend, statt vieler: *Grundmann* (Fn. 26), S. 162; *Scholz* (Fn. 13), S. 8 f.; *Schücking* (Fn. 6), § 32 Rn. 39; als einziger deutet dies an: *Singhof* (Fn. 23), S. 67 f.

⁴⁶ Statt vieler: *Bosch/Groß* (Fn. 6), S. 17 Rn. 10/51 f.; *Ulmer/Schäfer* (Fn. 26), Vor § 705 Rn. 54 f.

⁴⁷ ROHG 13, 306 (310).

⁴⁸ ROHG 13, 306 (310).

⁴⁹ ROHG 13, 306 (310); Dieses Geschäftsmodell beschreibt ausführlich: *Sydow* (Fn. 31), S. 431 ff.

⁵⁰ Problemlos hält dies für möglich: *Müller* (Fn. 6), S. 1938 f. Rn. 15.121 f.

⁵¹ Vgl. *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. (2002), S. 61, 96.

⁵² *Jahnke*, Rechtsformzwang und Rechtsformverfehlung bei der Gestaltung privater Rechtsverhältnisse, ZHR 1982, 595 (603 f.); *K. Schmidt* (Fn. 51), S. 102; Vgl. *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts I, 1977, S. 197 f.

⁵³ Statt vieler: *Jahnke* (Fn. 52), S. 602 f.; *K. Schmidt* (Fn. 51), S. 96 f.; Bezüglich des Emissionskonsortiums auch: *Westermann* (Fn. 26), S. 287.

Ganzes abbedungen werden. Gegen die Abbedingbarkeit der §§ 705 ff. BGB im Ganzen sprechen schon die drittschützenden Regelungen wie z.B. § 720 BGB, deren Abbedingung einen unzulässigen Vertrag zulasten Dritter darstellen würde. Wollen die Konsorten dem nicht-dispositiven rechtlichen Rahmen der GbR ohne Mitwirkung Dritter entkommen, bleibt nur der Weg der Tatbestandsvermeidung. Unbeschadet dessen besteht die Möglichkeit, die drittschützenden Vorschriften individualvertraglich mit dem Dritten zu modifizieren.⁵⁴ De lege lata ändert die Partnership-Klausel nichts an der Anwendbarkeit der §§ 705 ff. BGB. Sie bringt aber zum Ausdruck, dass die Grundwertungen der §§ 705 ff. BGB nicht zwangsläufig dem Interesse der Konsorten entsprechen, was im Rahmen einer Vertragsauslegung zu beachten ist.⁵⁵

cc) Subsumtion des Konsortialverhältnisses unter § 705 BGB

Nach § 705 BGB entsteht die GbR durch Abschluss eines Gesellschaftsvertrags, der zumindest den gemeinsamen Zweck und die Art und Weise der Zweckförderung beinhaltet.⁵⁶ Das Rechtsverhältnis zwischen den Konsorten wird im Wesentlichen durch den Konsortialvertrag ausgestaltet, welcher regelmäßig auf dem ICMA Muster-Konsortialvertrag basiert. Die Literatur ist sich darin einig, dass die Übernahme der Wertpapiere vom gemeinsamen Zweck gedeckt ist.⁵⁷ Die Konsorten fördern die Übernahme dadurch, dass sie dem Konsortialführer die jeweils auf die von ihnen zu übernehmende Quote anfallenden Beträge bereitstellt und dieser den Gesamtbetrag dem Emittenten überträgt, welcher im Gegenzug dem Konsortialführer eine Globalurkunde über alle zu emittierenden Wertpapiere aushändigt. Anschließend verteilt der Konsortialführer die jeweiligen Quoten auf die Konsorten. Nachdem die Konsorten Alleineigentum an ihren Quoten erworben haben, platzieren sie diese auf eigene Rechnung und eigenes Risiko. Nicht vom gemeinsamen Zweck umfasst ist daher die Erzielung von Gewinnen im direkten Zusammenhang mit der Platzierung.⁵⁸

⁵⁴ BGHZ 142, 315 ff.; *Habermeier* (Fn. 22), Vor §§ 705-740 Rn. 37 f.; *Ulmer*, Die Haftungsverfassung der BGB-Gesellschaft, ZIP 2003, 1113 (1117); *Wolf*, Vertragliche Haftungsbeschränkungen der Gesellschafter bürgerlichen Rechts gegenüber gesellschaftsexternen Gläubigern, Diss. Baden-Baden 1990, S. 34.

⁵⁵ Vgl. *Immenga* (Fn. 13), S. 13; *Grundmann* (Fn. 26), S. 163.

⁵⁶ *Hadding/Kießling*, in: Soergel, 13. Aufl. 2012, § 705 Rn. 1, 4; *Happ/Mährle*, in: Gummert/Weipert, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts I, 3. Aufl. 2009, § 5 Rn. 1 ff.

⁵⁷ Statt aller: *Grundmann* (Fn. 6) § 112 Rn. 85; *Westermann* (Fn. 26), S. 288.

⁵⁸ Vgl. *Canaris* (Fn. 26), S. 1175 Rn. 2323.

Aufgrund der individualisierten und unabhängigen Verteilung des Platzierungsrisikos verneint *Grundmann* insoweit den gemeinsamen Zweck und gelangt zur Ansicht, das Konsortialverhältnis sei als „Typenmischung“ zu charakterisieren.⁵⁹ Mit der Übernahme aller zu emittierenden Wertpapiere und ihrer quotalen Verteilung auf die Konsorten sei der Zweck der Konsortial-GbR erreicht, § 726 BGB. Im Übrigen bestehe nur ein „Geflecht von Absatzverträgen“, denn für einen gemeinsamen Zweck genüge es nicht, dass die Konsorten sich nur auf den Erfolg – die erstrebte Platzierung der Wertpapiere – nicht aber auf den Weg zum Erfolg geeinigt haben.⁶⁰ Dem ist zu widersprechen. Der gemeinsame Zweck des Emissionskonsortiums als Einheitskonsortium ist nicht mit der Verteilung der Quoten erreicht. Selbst wenn man nach *Grundmann* den gemeinsamen Weg zum Erfolg als notwendige Bedingung des gemeinsamen Zwecks erachtet, kann der Konsortialvertrag dahingehend ausgelegt werden, dass sich die Konsorten geeinigt haben, jeweils eigenständig insgesamt möglichst vollständige Platzierung der Wertpapiere herbeizuführen. Die quotale Verteilung ist in Anbetracht der jeweiligen Kundenkreise der Konsorten für einen Gesamterfolg zweckmäßig. Insbesondere bei Aktienemissionen können die Konsorten nicht frei über die Platzierung der Aktien entscheiden. Wurde das Bezugsrecht nicht ausgeschlossen, ist zunächst das Bezugsrecht der Altaktionäre zum festgelegten Ausgabebetrag zu beachten, § 186 Abs. 1, Abs. 2 AktG. Darüber hinaus legt der Übernahmevertrag die Platzierungsbedingungen für alle Konsorten verbindlich fest.⁶¹ Im Konsortialvertrag sichern sich die Konsorten zudem gegenseitig zu, keine Aktien unter dem vereinbarten Platzierungspreis zu veräußern.⁶² Damit sollen schädliche Preisunterbietungen verhindert werden.⁶³ Hierdurch kommt zum Ausdruck, dass die Konsorten trotz Aufteilung des Platzierungsrisikos ein Interesse an der erfolgreichen Unterbringung der gesamten Emission haben. Zeugnis hierfür ist auch das sog. Tombstone Advertisement, durch welches die erfolgreiche Durchführung eines Emissionsgeschäfts unter Nennung aller Konsorten verkündet wird.⁶⁴ Das überindividuelle Interesse der Konsorten an einer insgesamt erfolgreichen Emission gilt gleichermaßen für Aktien und Anleiheemissionen. Dies wird von ihnen durch ein koordiniertes Vorgehen – insbesondere hinsichtlich des Platzierungspreises – gefördert. Eine nur teilweise Platzierung der Wertpapiere

⁵⁹ *Grundmann* (Fn. 26), S. 164.

⁶⁰ *Grundmann* (Fn. 26), S. 165.

⁶¹ Vgl. *Singhof* (Fn. 23), S. 91.

⁶² Vgl. Klausel 8, Abs. 1, ICMA Agreement Among Managers, Version 2 (Fn. 18).

⁶³ Vgl. *Singhof* (Fn. 23), S. 91.

⁶⁴ Obwohl im Ergebnis die Qualifikation als GbR ablehnend, so auch: *Grundmann* (Fn. 6), § 112 Rn. 91.

wird als gescheiterte Emission angesehen. Dies fällt auf das Emissionskonsortium als Ganzes zurück und das „Emissions-Standing“⁶⁵ wird beschädigt. Dieses ist den Konsorten aber wichtig, weil Emissionskonsortien oft in gleicher Zusammensetzung Emissionsgeschäfte tätigen, sodass sich ein gemeinsamer Erfolg auch auf die künftigen Geschäfte auswirkt.⁶⁶ Grundmanns Lösungsweg würde zwar insbesondere die gesamtschuldnerische Haftungsproblematik der Konsorten entschärfen,⁶⁷ aber es scheint, als orientiere er sich bei seiner Argumentation zu sehr am gewünschten Ergebnis. Nach alledem ist nicht nur die Übernahme, sondern auch die Platzierungsbemühung vom gemeinsamen Zweck umfasst, welchen die Konsorten nicht nur als eigenen Zweck, sondern auch als Zweck des anderen bemüht sind zu fördern.

c) Gelegenheitsgesellschaft, kein Betrieb eines Handelsgewerbes

Um GbR und nicht OHG zu sein, darf das Emissionskonsortium kein Handelsgewerbe betreiben.⁶⁸ Emissionsbanken, die bereits erfolgreich ein Emissionsgeschäft gemeinsam abgeschlossen haben, treten in der Folgezeit regelmäßig in derselben Besetzung zum Abschluss weiterer Geschäfte auf.⁶⁹ Ein Handelsgewerbe i.S. der §§ 1 Abs. 1, 105 Abs. 1 HGB setzt einen dauerhaften Betrieb voraus. Die Dauerhaftigkeit ist allein vom Gesellschaftszweck abhängig.⁷⁰ Der Konsortialvertrag hat nur ein einmaliges Geschäft der Konsorten zum Zweck. Für jedes weitere Geschäft wird ein neuer Vertrag zu neuen Bedingungen abgeschlossen. Obgleich das Konsortium in zeitlicher und wirtschaftlicher Hinsicht dauerhaft bestehen mag, ist der Tatbestand des Handelsgewerbes nicht erfüllt, sodass keine OHG vorliegt.⁷¹

d) Allseitige Teilnahme an Vor- und Nachteilen als notwendige Bedingung?

Die Konsorten tragen einzeln das Platzierungsrisiko ihrer jeweiligen Quote, sodass die allseitige Gewinn- und Verlusttragung nicht dem gemeinsamen Zweck unterliegt. Eine früher vertretene Ansicht sieht auf dem Hintergrund römisch-rechtlicher Tradition die gemeinschaftliche Gewinn- und

⁶⁵ Vgl. *Singhof* (Fn. 23), S. 107.

⁶⁶ Vgl. *Ebd.*, S. 91 f.

⁶⁷ Vgl. *Grundmann* (Fn. 26), S. 169 ff.

⁶⁸ Vgl. *K. Schmidt* (Fn. 51), S. 1689 f., 1726.

⁶⁹ *Brockmann*, Die Kurspflegeverpflichtung des Emissionskonsortiums bei Aktienemissionen, Analyse der schuld-, gesellschafts-, wettbewerbs- und kartellrechtlichen Fragen, Diss. Berlin 2003, S. 63; *Delorme/Hoessrich* (Fn. 26), S. 9; *Grundmann* (Fn. 6), § 112 Rn. 84.

⁷⁰ *Habermeier* (Fn. 22), Vor §§ 705-740 Rn. 66 f.; *K. Schmidt* (Fn. 51), S. 216.

⁷¹ *Grundmann* (Fn. 6), § 112 Rn. 84; *Delorme/Hoessrich* (Fn. 26), S. 9; *K. Schmidt* (Fn. 51), S. 1695, 1708 f.; *Singhof* (Fn. 23), S. 71.

Verlustbeteiligung als konstitutives Element einer Personengesellschaft an.⁷² Aber selbst *Ballerstedt* als jüngerer Vertreter dieser Ansicht sieht im Konsortialvertrag einen Gesellschaftsvertrag, indem er als Gewinn den Gesamterfolg des Konsortialgeschäfts betrachtet, ungeachtet der individuellen Gewinne der Konsorten.⁷³ Mit Recht wird heute die gemeinschaftliche Gewinn- und Verlustbeteiligung für den Bestand einer GbR nicht mehr als konstitutiv angesehen.⁷⁴ Schon der Wortlaut des § 705 BGB gibt nicht vor, dass der gemeinsame Zweck konkret in einer gemeinsamen Gewinn- und Verlustbeteiligung liegen muss.⁷⁵

e) Zwischenergebnis

Das Emissionskonsortium in der heutigen Wirtschafts- und Vertragspraxis ist als GbR zu qualifizieren. Dadurch, dass es nach außen durch den Konsortialführer vertreten – insbesondere dem Emittenten gegenüber – rechtsgeschäftlich in Erscheinung tritt, ist es als Außen-GbR selbständiger Träger von Rechten und Pflichten.⁷⁶ Diese Qualifikation darf aber nicht pauschalisiert werden. Vielmehr ist für den Einzelfall zu prüfen, ob und inwieweit das vertraglich ausgestaltete Konsortialverhältnis den Tatbestand des § 705 BGB tatsächlich erfüllt. Auf anderer Vertragsgrundlage ist eine Zuordnung z.B. als typengemischte Rechtsform oder als Summe paralleler Leistungsaustauschverhältnisse möglich.

2. Geschäftsführung und Vertretung

Den Gesellschaftern der GbR ist freigestellt, auf welche Art und Weise sie ihren gemeinsamen Zweck verfolgen. Die §§ 709 ff. BGB zur Geschäftsführungsbefugnis und zur Vertretungsmacht stehen deshalb zu ihrer Disposition. Der ICMA Muster-Konsortialvertrag regelt dies insoweit, als dass dem Konsortialführer die Alleingeschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht nach Maßgabe des Übernahmevertrags eingeräumt wird.⁷⁷ Weitere explizite Vorschriften finden sich im ICMA Muster-Konsortialvertrag

⁷² Darstellung der Ansichten, aber im Ergebnis ablehnend bei: *Müller-Gugenberger*, Bemerkungen zur ‚societas leonina‘. Fabelhaftes im Gesellschaftsrecht, in: GS für Rüdiger, 1978, S. 275 ff.; instruktiv, aber auch ablehnend: *Flume* (Fn. 52), S. 39 ff.; *K. Schmidt* (Fn. 51), S. 57 ff.

⁷³ *Ballerstedt*, Der gemeinsame Zweck als Grundbegriff des Rechts der Personengesellschaften, JuS 1963, 253 (262).

⁷⁴ BGH, NJW 1987, 3124 (3125); *Flume* (Fn. 52), S. 44; *Habermeier* (Fn. 22), § 705 Rn. 17; *K. Schmidt* (Fn. 51), S. 60 f.; *Ulmer/Schäfer* (Fn. 26), § 705 Rn. 149 f.; *Singhof* (Fn. 23), S. 78.

⁷⁵ Vgl. *Flume* (Fn. 52), S. 43; *Müller-Gugenberger* (Fn. 72), S. 281.

⁷⁶ *Hopt*, Die Verantwortlichkeit der Banken bei Emissionen, Recht und Praxis in der EG, 1991, S. 24 f. Rn. 49; *Timm/Schöne* (Fn. 26), S. 133; *Ulmer/Schäfer* (Fn. 26), Vor § 705 Rn. 56.

⁷⁷ Vgl. Klausel 4, ICMA Agreement Among Managers, Version 1 (Fn. 18).

nicht. Der Konsortialführer übernimmt in alleiniger Geschäftsführung und Vertretung die Vertragsverhandlungen und den Abschluss des Übernahmevertrags mit dem Emittenten. Ebenso ist er zuständig für die Einziehung der Beiträge der Konsorten, die Weiterleitung dieser Beiträge an den Emittenten und die Entgegennahme der Globalurkunde, welche die auszugebenden Wertpapiere verbrieft.⁷⁸ Nachdem der Konsortialführer für die Verteilung der Quoten gesorgt hat, obliegt die Platzierung der Quote der „sachlich beschränkten Einzelgeschäftsführung“⁷⁹ jedes Konsorten. Während der Alleingeschäftsführung haben die Konsorten nur ein Informationsrecht nach §§ 716 Abs. 1, 713 i.V. mit 666 BGB. Für eine konkrete Weisung bedarf es eines Gesellschafterbeschlusses, §§ 713 i.V. mit 665 BGB.⁸⁰

3. Gesellschaftsvermögen

Gemäß § 718 Abs. 1 BGB besteht das Gesellschaftsvermögen aus den Beiträgen der Gesellschafter sowie allen erworbenen Gegenständen. Dieses ist allein dem Emissionskonsortium als GbR zugeordnet und damit der Verfügungsmacht einzelner Konsorten entzogen, § 719 Abs. 1 BGB. § 718 BGB steht bis hin zum kompletten Ausschluss des Gesamthandsvermögens zur vertraglichen Disposition.⁸¹ Klausel 2 des ICMA Muster-Konsortialvertrags macht hiervon Gebrauch und sieht vor: „Underwriting: The Securities will as between the Managers be severally underwritten by the Managers in the amounts set out in the Commitment Notification.“ Demnach soll jedes Konsortialmitglied seine Quote an der Gesamtemission in sein Alleineigentum übernehmen.⁸²

a) Ausschluss des Gesamthandsvermögens?

Dies veranlasste *Scholze* dazu, diese Vorschrift als gänzlichen Ausschluss des Gesamthandsvermögens zu verstehen.⁸³ Zudem sei der Ausschluss des Gesamthandsvermögens „bankenübliche Gewohnheit geworden“.⁸⁴ Dem ist nicht zu folgen. Der Wortlaut des Konsortialvertrags belässt es bei der

⁷⁸ Statt vieler: *Singhof* (Fn. 23), S. 94 f.

⁷⁹ *Ebd.*, S. 95 f.

⁸⁰ Statt vieler: *Ebd.*, S. 95.

⁸¹ Statt aller: *De Meo* (Fn. 8), S. 95 Rn. 264, 268; Palandt/*Sprau*, 71. Aufl. 2012, § 718 Rn. 1; *Schäfer*, in: MünchKomm BGB V, 6. Aufl. 2013, § 718 Rn. 10 f.; *Westermann* (Fn. 26), 1967, S. 289.

⁸² Vgl. *Bosch/Groß* (Fn. 6), S. 17, Rn. 10/51; *De Meo* (Fn. 8), S. 95 f. Rn. 265.

⁸³ *Scholze* (Fn. 13), S. 12 entgegen der ganz h.M., welche den Bestand des Gesamthandsvermögens bejaht; ähnlich: *Schönle*, Bank- und Börsenrecht, 2. Aufl. 1976, S. 280.

⁸⁴ *Scholze* (Fn. 13), S. 12.

positiven Bestimmung, dass die jeweiligen Quoten im Alleineigentum der Konsorten stehen sollen.⁸⁵ Hierdurch wird sowohl das Gesamthandseigentum, §§ 718 f. BGB, als auch das Miteigentum nach Bruchteilen, §§ 742 ff. BGB, an den Wertpapieren nur im Ergebnis ausgeschlossen.⁸⁶ Die umfangreichen Vertragswerke im Rahmen des Emissionsgeschäfts zielen auf eine möglichst vollständige Regelung aller relevanten Rechtsverhältnisse ab. Deshalb hätte der gänzliche Ausschluss des Gesamthandsvermögens einer vertraglichen Klarstellung bedurft.⁸⁷ Das Gesamthandsvermögen ist demnach durch den Konsortialvertrag nicht ausgeschlossen.⁸⁸ Zum Gesamthandsvermögen zählen gegenüber den Konsorten zunächst die sog. Sozialansprüche auf Übernahme und Bezahlung der Quoten.⁸⁹

b) Anspruch auf Wertpapierübertragung, Zwischenerwerb des Eigentums

Problematisch im Zusammenhang mit Klausel 2 des ICMA Muster-Konsortialvertrags ist zudem, ob der Anspruch auf Lieferung der Wertpapiere dem Gesellschaftsvermögen des Emissionskonsortiums oder den Konsorten als Teilgläubigern zusteht. Damit verbunden ist die Frage, ob es vor der Verteilung der Quoten auf die Konsorten zum Durchgangserwerb der Wertpapiere durch das Emissionskonsortium kommt.⁹⁰

Standardmäßig regelt der Übernahmevertrag zwischen Emissionskonsortium und Emittent, dass die die einzelnen Wertpapiere verbriefende interimistische Globalurkunde i.S. des § 9a Abs. 1 DepotG an den Konsortialführer geliefert werden soll.⁹¹ Auf dieser Vertragsgrundlage ist anzunehmen, dass der Anspruch auf Lieferung der Wertpapiere dem Emissionskonsortium zusteht, welches durch den Konsortialführer vertreten wird.⁹² Damit ist dieser Anspruch Teil des Gesellschaftsvermögens. Zu beachten bleibt, dass durch eine andere

⁸⁵ Vgl. *Canaris* (Fn. 26), S. 1172 Rn. 2318; *Ulmer/Schäfer* (Fn. 26), Vor § 705 Rn. 55.

⁸⁶ *Singhof* (Fn. 23), S. 97.

⁸⁷ *De Meo* (Fn. 8), S. 97 Rn. 271; *Singhof* (Fn. 23), S. 101.

⁸⁸ Ganz überwiegende Meinung: *Canaris* (Fn. 26), S. 1172 Rn. 2318; *De Meo* (Fn. 8), S. 97 Rn. 272; *Hopt* (Fn. 76), S. 27 Rn. 51; *Schücking* (Fn. 6), § 32 Rn. 77; *Ulmer/Schäfer* (Fn. 26), Vor § 705 Rn. 55; *Westermann* (Fn. 26), S. 289 f.; a.A.: *Grundmann* (Fn. 26), S. 168, der aber wie dargelegt nach Verteilung der Quoten überhaupt keine GbR mehr annimmt, was nach Ansicht des Bearbeiters abzulehnen ist.

⁸⁹ *Canaris* (Fn. 26), S. 1172 Rn. 2318; *De Meo* (Fn. 8), S. 97 Rn. 272; *Ulmer* (Fn. 26), Vor § 705 Rn. 55; *Westermann* (Fn. 26), S. 289 f.

⁹⁰ Befürwortend: *Canaris* (Fn. 26), S. 1173 f. Rn. 2320; *Timm/Schöne* (Fn. 26), S. 133; Ablehnend: *Grundmann* (Fn. 26), S. 168 f.

⁹¹ *Canaris* (Fn. 26), S. 1172 Rn. 2318; *De Meo* (Fn. 8), S. 158 Rn. 97 f.

⁹² *Canaris* (Fn. 26), S. 1172 Rn. 2318; *De Meo* (Fn. 8), S. 158 Rn. 97 f.

Vertragsgestaltung separate Ansprüche der Konsorten auf Lieferung ihrer Quote möglich sind.⁹³

Hinsichtlich der Eigentumslage an den Wertpapieren sind drei Varianten denkbar: Die Konsorten erwerben direkt Alleineigentum an ihren Quoten vom Emittenten, wobei der Konsortialführer dieses zunächst treuhänderisch für die Konsorten hält; oder der Konsortialführer erwirbt zunächst Alleineigentum an den Wertpapieren und nimmt dann die Verteilung vor; oder das Emissionskonsortium erwirbt zunächst Eigentum, welches anschließend an die Konsorten verteilt wird.⁹⁴

Gegen den direkten Eigentumserwerb durch die Konsorten spricht der sachenrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz. Mit Auslieferung der interimistischen Globalurkunde ist noch nicht festgelegt, welche individualisierten Wertpapiere den Konsorten zustehen, sodass keine Zuordnung des Eigentums stattfinden kann.⁹⁵ Die zweite Variante wird dem Sicherheitsbedürfnis der Konsorten an den Wertpapieren nicht gerecht, weil ansonsten der Konsortialführer mit Erwerb des Alleineigentums über die gesamten Wertpapiere frei verfügen könnte.⁹⁶

Zu befürworten ist daher die letzte Variante: Bevor die Wertpapiere an die Konsorten verteilt werden, kommt es zu einem Zwischenerwerb durch das Emissionskonsortium.⁹⁷ Erneut ist darauf hinzuweisen, dass durch eine entsprechende Vereinbarung mit dem Emittenten auch ein direkter Eigentumserwerb an den Quoten möglich ist.⁹⁸

4. Beitragspflichtserhöhung bei Ausfall eines Konsorten

Seit der Lehmann-Brothers-Insolvenz 2008 ist der insolvenzbedingte Ausfall eines Kreditinstituts als Konsorte eines Emissionskonsortiums nicht mehr nur theoretisches Gedankenspiel. Deshalb stellt sich die Frage, ob und inwiefern die übrigen Konsorten im Falle des Ausfalls eines Konsorten im Innenverhältnis verpflichtet sind, die ausfallende Quote zu übernehmen. Der ICMA Muster-

⁹³ Vgl. *Canaris* (Fn. 26), S. 1172 Rn. 2318.

⁹⁴ In der Praxis gibt der Konsortialführer die Globalurkunde bei der Clearstream Banking S.A. als Wertpapiersammelbank i.S. des § 1 Abs. 3 DepotG zur Sammelverwahrung auf, § 5 DepotG. Die weitere Übertragung erfolgt durch eine entsprechende Buchung in den Depots der Konsortien. Ausführlich: *Mentz/Fröhling*, Die Formen der rechtsgeschäftlichen Übertragung von Aktien, NZG 2002, S. 201 ff.

⁹⁵ *De Meo* (Fn. 8), S. 158 Rn. 99; *Timm/Schöne* (Fn. 26), S. 133; *Singhof* (Fn. 23), S. 211 f.

⁹⁶ Vgl. *Canaris* (Fn. 26), S. 1173 Rn. 2320; *De Meo* (Fn. 8), S. 159 Rn. 99.

⁹⁷ *Canaris* (Fn. 26), S. 1173 Rn. 2320; *De Meo* (Fn. 8), S. 158 Rn. 101; *Timm/Schöne* (Fn. 26), S. 133; *Schäfer* (Fn. 81), § 718 Rn. 11.

⁹⁸ Vgl. *Flume* (Fn. 52), S. 10 f.; *Schäfer* (Fn. 81), § 718 Rn. 11.

Konsortialvertrag stellt für den Fall eines „Defaulter“ ausführliche Regeln bereit.⁹⁹ Neben vorrangigen Vorschriften, welche sich auf spezielle Ausgestaltungen des Emissionskonsortiums beziehen,¹⁰⁰ existiert eine Auffangvorschrift, welche die Verteilung der ausfallenden Quote „in proportion to their Commitment“, demnach im Verhältnis zu den Quoten der verbleibenden Konsorten, vorsieht.¹⁰¹ Trotz dieser weitgehend standardisierten Vertragspraxis streitet die Literatur auf der Grundlage eines vertraglichen non liquet. Im Ergebnis ist sie sich aber einig, dass eine proportionale Erhöhung der Beiträge der übrigen Konsorten geboten ist.

a) *Stand der Wissenschaft*

Die herrschende Literaturmeinung wendet § 735 S. 2 BGB analog an, um die quotale Erhöhung der Beiträge zu rechtfertigen.¹⁰² Ebenso wie bei der Auflösung der Gesellschaft müssten die übrigen Gesellschafter für ausfallende Beträge quotale gleichermaßen aufkommen, wie sie für einen Fehlbetrag im Rahmen des § 735 S. 2 BGB hätten entstehen müssen. Die Interessenlage sei vergleichbar, weil ohne Aufbringung der vollständigen Übernahmesumme das Emissionsgeschäft nicht durchgeführt und damit der Gesellschaftszweck nicht erreicht werden könne.¹⁰³ Damit sei auch der Konsortialführer geschützt, welcher sonst die Konsequenzen des Ausfalls allein zu tragen habe.¹⁰⁴ *De Meo* nimmt einen Anspruch des Konsortialführers gegen die übrigen Konsorten auf Aufwendungsersatz aus §§ 713, 670, 259 BGB an, um die quotale erhöhte Beitragspflicht zu begründen.¹⁰⁵ Eine insbesondere von *Singhof* und *Timm/Schöne* vertretene Ansicht knüpft an § 707 BGB an und behilft sich mit einer ergänzenden Vertragsauslegung, um die Nachschussverpflichtung zu begründen.¹⁰⁶

b) *Stellungnahme*

Die von der Literatur vertretenen Meinungen werden der Bedeutung des § 707 BGB nicht gerecht. § 707 BGB schützt den Gesellschafter vor einer

⁹⁹ Jeweils: Klausel 3, ICMA Agreement Among Managers, Version 1 und Version 2 (Fn. 18).

¹⁰⁰ Vgl. z.B. Klausel 3, Abs. 1-3, ICMA Agreement Among Managers, Version 1 (Fn. 18).

¹⁰¹ Vgl. z.B. Klausel 3, Abs. 4, ICMA Agreement Among Managers, Version 1 (Fn. 18).

¹⁰² *Canaris* (Fn. 26), S. 1169 Rn. 2306; *Ekkenga/Maas* (Fn. 26), S. 193 f. Rn. 275; *Grundmann* (Fn. 6), § 112 Rn. 91; *Scholze* (Fn. 13), S. 21; *Ulmer/Schäfer* (Fn. 26), Vor § 705 Rn. 54.

¹⁰³ *Scholze* (Fn. 13), S. 21; vgl. *Singhof* (Fn. 23), S. 162.

¹⁰⁴ *Ekkenga/Maas* (Fn. 26), S. 193 f. Rn. 275.

¹⁰⁵ *De Meo* (Fn. 8), S. 57 Rn. 97.

¹⁰⁶ *Singhof* (Fn. 23), S. 161 f.; *Timm/Schöne* (Fn. 26), S. 139 f.

unfreiwilligen Erhöhung seiner Beitragspflicht.¹⁰⁷ § 707 BGB ist dabei wie auch § 53 Abs. 3 GmbHG und § 180 Abs. 1 AktG Ausdruck des gesellschaftsrechtlichen Prinzips, dass der Gesellschafter vor unvorhersehbaren Belastungen zu schützen ist, denen er bei Abschluss des Gesellschaftsvertrags nicht zugestimmt hat.¹⁰⁸ Deshalb steht § 707 BGB nicht zur Disposition.¹⁰⁹ Eine nachträgliche Anhebung der Beiträge ist jedenfalls durch Zustimmung aller Gesellschafter möglich.¹¹⁰ Wenn zuweilen § 707 BGB als „dispositiv“ bezeichnet wird,¹¹¹ ist tatsächlich gemeint, dass die Zustimmung antizipiert bei Abschluss des Gesellschaftsvertrags erteilt werden kann.¹¹² Hierbei ist unter Beachtung des Telos des § 707 BGB zu fordern, dass künftig zu leistende Beiträge im Gesellschaftsvertrag exakt bestimmt oder objektiv bestimmbar und damit für den Gesellschafter vorhersehbar sind.¹¹³

Als unabdingbare Norm steht § 707 BGB einer sie umgehenden Analogiebildung entgegen. Die analoge Anwendung des § 735 S. 2 BGB führt im Ergebnis aber gerade zu einer Beitragspflichterhöhung, die nach § 707 BGB unter dem Vorbehalt der Zustimmung der Gesellschafter steht. Deshalb ist sie unzulässig. Der von *De Meo* verfolgte Lösungsweg über §§ 713, 670, 259 BGB liefert nur einen Anspruch des Geschäftsführers gegen die Gesellschaft.¹¹⁴ Er kann nicht entgegen § 707 BGB die Gesellschafter zur Erhöhung ihrer Beiträge verpflichten. *Timm/Schöne* erkennen zwar an, dass „es grundsätzlich zur Begründung von Nachschusspflichten einer klaren Vereinbarung“ bedarf, halten aber im Falle des Emissionskonsortiums eine „stillschweigende Abrede zum Ausschluss des Belastungsverbots gem. § 707 BGB“ für möglich.¹¹⁵ § 707 BGB steht aber weder zur Disposition, noch genügt eine stillschweigende

¹⁰⁷ BGH, NJW-RR 2005, 1347 ff.; 2007, 1521 ff.; *Habermeier* (Fn. 22), § 705 Rn. 1; *Ulmer/Schäfer* (Fn. 26), § 705 Rn. 1.

¹⁰⁸ *Habermeier* (Fn. 22), § 705 Rn. 1; *K. Schmidt*, Mehrheitsbeschlüsse in Personengesellschaften, Stand und Fortbildung des Innenrechts der Personengesellschaften nach dem „Otto“-Urteil des Bundesgerichtshofs, ZGR 2008, 1 (19 f.); *Ulmer/Schäfer* (Fn. 26), § 705 Rn. 1.

¹⁰⁹ *Habermeier* (Fn. 22), § 705 Rn. 1; *Ulmer* (Fn. 26), § 705 Rn. 1.

¹¹⁰ BGH, NJW-RR 2007, 1521 ff.; *Habermeier* (Fn. 22), § 705 Rn. 1; *Ulmer/Schäfer* (Fn. 26), § 705 Rn. 2; zur umstrittenen, aber hier nicht relevanten Frage, unter welchen Bedingungen Mehrheitsklauseln im Gesellschaftsvertrag zur Anhebung der Beiträge zulässig sind, instruktiv: BGH, NJW-RR 2006, 827 (829); *Habermeier* (Fn. 22), § 705 Rn. 5; § 709 Rn. 49 ff.

¹¹¹ Sogar: BGH, NJW-RR 2006, 827 (828); auch als „dispositiv“ bezeichnend: *Schöne*, in: Beck'scher Online Kommentar zum BGB, Edition 24, 2012, § 707 Rn. 8; *Saenger*, in: Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 7. Aufl. 2011, § 707 Rn. 2.

¹¹² Die fehlerhafte Terminologie klarstellend: *Schäfer* (Fn. 81), § 707 Rn. 2, 7; ähnlich: *K. Schmidt* (Fn. 51), S. 473 f.; *ders.* (Fn. 108), S. 19 f.

¹¹³ Vgl. *Habermeier* (Fn. 22), § 705 Rn. 3.

¹¹⁴ *Singhof* (Fn. 23), S. 158; vgl.: *Habermeier* (Fn. 22), § 713 Rn. 1.

¹¹⁵ *Timm/Schöne* (Fn. 26), S. 139.

Zustimmung. *Singhofs* Argument, die Aufbringung der gesamten Beitragssumme sei essentiell für die Durchführung des Emissionsgeschäfts,¹¹⁶ mag zwar der Wirtschaftsrealität entsprechen, doch „verblaßt der normative Zweck des § 707 BGB“¹¹⁷ entgegen seiner Ansicht dadurch nicht. Aus seiner wirtschaftlich richtigen Einschätzung lässt sich nur ableiten, dass die Konsorten bei Vorliegen eines „Defaulter“ faktisch immer einer Beitragserhöhung zustimmen werden.

Im Ergebnis wird allein der von der Praxis verfolgte Weg einer im Konsortialvertrag verankerten antizipierten Zustimmung dem Gebot des § 707 BGB gerecht. Die auf die einzelnen Konsorten entfallenden Quoten stehen bereits bei Abschluss des Konsortialvertrags in ihrer nominalen Höhe fest.¹¹⁸ Jeder Konsorte kann seine Mehrbelastung einfach berechnen.¹¹⁹ Seine Mehrbelastung bewegt sich somit in objektiv bestimmbaren und vorhersehbaren Grenzen. Dieses Erfordernis der Zustimmung aller Konsorten bezüglich einer Beitragspflichterhöhung korreliert auch mit der Risikoverteilung im Außenverhältnis: Dort beschränken die Konsorten ihre Haftung regelmäßig nur auf ihre Quote und schließen die gesamtschuldnerische Haftung aus.¹²⁰

5. Haftung des Konsortialführers nur für eigenübliche Sorgfalt, § 708 BGB?

Die dispositive Vorschrift des § 708 BGB begrenzt die Haftung eines Gesellschafters im Innenverhältnis auf die eigenübliche Sorgfalt i.S. des § 277 BGB.¹²¹ In Ermangelung einer ausdrücklichen Regelung im Konsortialvertrag streitet die Wissenschaft darüber, ob § 708 BGB auch den Konsortialführer privilegiert. Die herrschende Auffassung hält § 708 BGB trotz einer besonderen Führungsvergütung des Konsortialführers zu seinen Gunsten für anwendbar.¹²² Die abweichende Ansicht verneint die Geltung der *diligentia quam in suis*, weil

¹¹⁶ *Singhof* (Fn. 23), S. 162.

¹¹⁷ *Ebd.*

¹¹⁸ Vgl. *Bosch/Groß* (Fn. 6), S. 78 Rn. 10/216; S. 85 ff. Rn. 10/240.

¹¹⁹ Die neue prozentuale Quote (Qneu) ergibt sich aus der alten Quote (Qalt) geteilt durch den Quotienten von der nominalen Gesamtemission (Eges) abzüglich des Ausfalls (Eaus) und der Gesamtemission. Die neue nominale Quote (Nneu) erhält man durch Multiplikation der Gesamtemission durch die neue prozentuale Quote.

In Formeln: $N_{neu} = E_{ges} \times Q_{neu} = E_{ges} \times Q_{alt} / [(E_{ges} - E_{aus}) / E_{ges}]$.

¹²⁰ Vgl. obige Ausführungen unter Abschnitt II. 2. b).

¹²¹ Vgl. statt aller: *Schäfer* (Fn. 81), § 708 Rn. 3.

¹²² *Canaris* (Fn. 26), S. 1170 Rn. 2309; *Schücking* (Fn. 6), § 32 Rn. 67; *Schönle*, Bank- und Börsenrecht, S. 279; kritisch hinterfragend, aber im Ergebnis auch: *K. Schmidt* (Fn. 51), S. 1743 f.

§ 708 BGB auf Gelegenheitsgesellschaften des täglichen Lebens zugeschnitten sei und deshalb auf das Emissionskonsortium nicht passe.¹²³

Dieser Streit der Wissenschaft scheint dogmatisch fragwürdig und praktisch wirkungslos. Als dispositive Vorschrift ist § 708 BGB nur dann anwendbar, wenn eine ergänzende Vertragsauslegung ergebnislos verläuft.¹²⁴ Bevor also über § 708 BGB gestritten wird, ist zunächst der Wille der Konsorten durch ggf. ergänzende Auslegung des Konsortialvertrags zu ermitteln. Durch die Partnership-Klausel kommt bereits zum Ausdruck, dass die dispositiven Grundwertungen der §§ 705 ff. BGB dem Interesse der Konsorten nicht entsprechen. Die Regelungsdichte des Konsortialvertrags ist Ausdruck der Professionalität, mit welcher die Emissionsbanken ihr Emissionsgeschäft betreiben. Daher kann der Konsortialvertrag dahingehend im Sinne der Konsorten ergänzt werden, dass jeder Konsorte, auch der Konsortialführer, bei der Erfüllung der Verpflichtungen eine objektivierte bankübliche Sorgfalt einhalten muss. Selbst wenn § 708 BGB nach erfolgloser Auslegung zur Anwendung gelangen würde, bedeutete dies nicht, dass der Konsortialführer für leicht fahrlässiges Verhalten nicht haften muss.¹²⁵ Die eigenübliche Sorgfalt nach §§ 708, 277 BGB ist ein subjektiver Sorgfaltsmaßstab, der auf die persönlichen Gepflogenheiten des Gesellschafters abstellt.¹²⁶ Der Konsortialführer ist in (fast) allen Fällen ein bedeutendes Kreditinstitut mit besonderer Emissionserfahrung, dessen eigenübliche Sorgfalt zumindest der banküblichen Sorgfalt entspricht.¹²⁷ Daher entfaltet die Privilegierung des § 708 BGB im Falle des Konsortialführers keine praktische Wirkung.

6. Auflösung und Beendigung

Die Auflösung des Emissionskonsortiums erfolgt im Regelfall durch Zweckerreichung, § 726 BGB.¹²⁸ Eine Liquidation ist meist nicht notwendig, da mit Verteilung der Quoten die Gesellschaft kein gesamthänderisch gebundenes Vermögen mehr hält. Wann der Zweck erreicht ist, ist anhand des Gesellschaftsvertrags zu bestimmen, was durchaus eine gewisse Unschärfe

¹²³ *De Meo* (Fn. 8), S. 84 f. Rn. 217 ff.; *Scholz* (Fn. 13), S. 18; *Ekkenga/Maas*, § 3 Rn. 270.

¹²⁴ Vgl. *BGH*, NJW 1993, 3193 ff.; *Grundmann*, FS für Boujong (Fn. 26), S. 162; *Grunewald*, Gesellschaftsrecht, 8. Aufl. (2011), S. 20 f. Rn. 32; als Auslegungsregel wird § 708 BGB gesehen von: *K. Schmidt*, GesR, S. 1745 f.

¹²⁵ So aber: *Schücking* (Fn. 6), § 32 Rn. 67.

¹²⁶ *Grundmann* (Fn. 6), § 277 Rn. 3; *Staudinger/Löwisch/Caspers*, 2009, § 277 Rn. 1.

¹²⁷ Im Interesse der Kreditinstitute sei zu vermuten, dass die „Sorgfalt“, welche im Zuge der Finanz- und Wirtschaftskrise seit Ende 2007 an den Tag gelegt wurde, keine eigenübliche ist. Zudem wird kein Konsortialführer ein Interesse daran haben, im Rahmen des § 708 BGB beweisen zu müssen, dass Fahrlässigkeit den persönlichen Gepflogenheiten entspricht.

¹²⁸ Vgl. *Grundmann* (Fn. 6), § 112 Rn. 85; *Schönle* (Fn. 83), S. 280; *Singhof* (Fn. 23), S. 104.

verursacht.¹²⁹ Nach der hier vertretenen Ansicht ist vom gemeinsamen Zweck des Emissionskonsortiums sowohl die Übernahme als auch die Platzierungsbemühung der Aktien oder Anleihen umfasst. Im Rahmen einer Kapitalerhöhung ist der Zweck regelmäßig erreicht, wenn die neuen Aktien den Altaktionären zum Bezug angeboten worden sind und im Übrigen eine weisungsgemäße Verwertung der Aktien stattgefunden hat.¹³⁰ Ob im Einzelfall die Börseneinführung oder Kursstabilisierungsmaßnahmen vom gemeinsamen Zweck gedeckt sind, muss ebenso dem Vertrag entnommen werden.

7. Zwischenergebnis

Abgesehen von der Erhöhung der Beitragspflicht, § 707 BGB streitet die Wissenschaft im Grunde über die Auslegung des Konsortialvertrags. Im Ergebnis sind solche Argumentationen nicht sehr ergiebig, da trotz einer hohen Standardisierung der Vertragspraxis pauschale Zuordnungen den vielfältigen Gestaltungsmöglichkeiten der Bankenkonsortien im Emissionsgeschäft nicht gerecht werden. Deshalb ist an dieser Stelle zu betonen, dass zur Beurteilung des Innenverhältnisses zunächst der Konsortialvertrag gründlich auszulegen ist, bevor die Anwendung der dispositiven Vorschriften der §§ 705 ff. BGB ins Auge gefasst wird.

III. Probleme im Außenverhältnis von Emissionskonsortien

Im Außenverhältnis steht die Rechtsbeziehung zwischen Emissionskonsortium und Emittent an zentraler Stelle, welche hauptsächlich durch den Übernahmevertrag ausgestaltet wird. Da die auszugebenden Wertpapiere durch die einzelnen Konsorten selbständig an die Anleger veräußert werden, besteht zwischen Anleger und Emissionskonsortium regelmäßig kein Rechtsverhältnis.¹³¹ Dies gilt auch für die Prospekthaftung: Bei der Börseneinführung erscheinen alle Konsorten regelmäßig als Mitunterzeichner im Prospekt. Damit setzen sie sich der Prospekthaftung aus, §§ 21 ff. Wertpapierprospektgesetz (WpPG).¹³² Jedoch ist die Verantwortlichkeit jedes Konsorten einzeln zu prüfen, § 23 Abs. 1 WpPG, und die gesamtschuldnerische Haftung gesetzlich statuiert, § 21 Abs. 1 WpPG.¹³³ Das Emissionskonsortium selbst übernimmt keine Prospektverantwortung.

¹²⁹ Vgl. *Canaris* (Fn. 26), S. 1174 Rn. 2322; *Schücking* (Fn. 6), § 32 Rn. 78.

¹³⁰ *De Meo* (Fn. 8), S. 124 Rn. 368; Vgl. *Canaris* (Fn. 26), S. 1175 Rn. 2323.

¹³¹ Vgl. *Hopt* (Fn. 76), S. 21 Rn. 42.

¹³² Vgl. *De Meo* (Fn. 8), S. 42 Rn. 37.

¹³³ Vgl. *Hopt* (Fn. 76), S. 56, Rn. 116; *Leuering*, Die Neuordnung der gesetzlichen Prospekthaftung, NJW 2012, 1905 (1906).

Deshalb beschränkt sich die folgende Darstellung auf das Rechtsverhältnis zwischen Emittent und Emissionskonsortium. Im Mittelpunkt steht die von den Konsorten bestrebte Haftungsbegrenzung auf ihre jeweilige Quote. Diese wird insbesondere vor dem Hintergrund der Entscheidung des *BGH*, Urteil v. 13.2.1992 – II ZR 277/90 (DG-Bank)¹³⁴ hinterfragt.

1. Haftungsbegrenzung der Konsorten auf ihre Quote

Der von Emittent und Emissionskonsortium abgeschlossene Übernahmevertrag über die zu emittierenden Wertpapiere sieht regelmäßig vor, dass die gesamtschuldnerische Haftung für die Übernahme aller Wertpapiere ausgeschlossen ist.¹³⁵ Dies hat den Hintergrund, dass der überwiegende Teil der Gesamtemission oft nur von einem oder wenigen Konsorten getragen wird, während auf die übrigen Konsorten nur äußerst geringe Quoten von teilweise weniger als 1% entfallen.¹³⁶ Ob eine solche Haftungsbegrenzungsklausel gesellschaftsrechtlich und aktienrechtlich zulässig ist, bedarf der Prüfung.

a) Gesellschaftsrechtliche Zulässigkeit der pro-rata-Haftung

Im gesetzlichen Regelfall fehlender Haftungsbeschränkung hat der Emittent einen Anspruch auf Übernahme und Bezahlung aller Wertpapiere gegen das Emissionskonsortium als rechtsfähige GbR. Akzessorisch mit dem Anspruch gegen die Gesellschaft verbunden besteht ein Anspruch gleichen Inhalts gegenüber den Gesellschaftern als Gesamtschuldner, § 128 HGB analog. Die Wirksamkeit einer Haftungsbeschränkung auf die jeweilige Quote wird im Folgenden aus dem Blickwinkel einer individualvertraglichen Vereinbarung und der AGB geprüft.

aa) Individualvertragliche Vereinbarung

§ 128 HGB dient dem Schutz des Gläubigers. Neben einer womöglich vermögenslosen Gesellschaft werden dem Gläubiger die Gesellschafter als persönlich und unbeschränkt haftende Schuldner zur Seite gestellt.¹³⁷ Unbenommen ist ihm aber, auf seinen eigenen Schutz durch eine individuelle Vereinbarung zu verzichten.¹³⁸ Sieht man eine Haftungsbegrenzungsklausel im

¹³⁴ BGHZ 118, 82 ff.

¹³⁵ Vgl. Klausel II, 4, Muster-Übernahmevertrag, bei: *Bosch/Groß* (Fn. 6), S. 196 Rn. 10/324.

¹³⁶ *Groß*, Verdeckte Sacheinlage, Vorfinanzierung und Emissionskonsortium, AG 1993, 108 (117); *Grundmann* (Fn. 26), S. 159 f.; *Timm/Schöne* (Fn. 26), S. 116.

¹³⁷ Vgl. *K. Schmidt*, in: MünchKomm HGB II, 3. Aufl. 2011, § 128 Rn. 15.

¹³⁸ *K. Schmidt* (Fn. 137), § 128 Rn. 14; zum Emissionskonsortium: *Ulmer*, Gesellschaftshaftung in der Gesellschaft bürgerlichen Rechts: Durchbruch der Akzessorietätstheorie?, ZIP 2003, 1113 (1120); vgl.: BGHZ 142, 315 (315).

Übernahmevertrag als individualvertraglich ausgehandelte Klausel an, verzichtet der Emittent wirksam auf die akzessorische Haftung der Konsorten, § 128 HGB analog.¹³⁹ Es kommt zu einer parallelen Verpflichtung: Gegenüber dem Emissionskonsortium hat er einen Anspruch auf Übernahme aller Wertpapiere. Gegenüber den einzelnen Konsorten bestehen allerdings nur Ansprüche in Höhe der jeweiligen Quote.

bb) Haftungsbeschränkung durch Formularvertrag, §§ 305 ff. BGB

Die Haftungsbegrenzungsklausel ist Gegenstand jedes Übernahmevertrags. Da dieser vom Konsortialführer dem Emittenten bereitgestellt wird und die individuelle Komponente nur aus den wirtschaftlichen Rahmendaten der Emission besteht, ist die Haftungsklausel als Formularvertrag, §§ 305 ff. BGB, zu qualifizieren. Zu prüfen ist, ob diese vor dem Hintergrund des § 307 BGB, insbesondere hinsichtlich der widerlegbaren Vermutung des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB, Bestand hat.¹⁴⁰ Grundsätzlich sind dabei die Interessen von Emittent und Emissionskonsortium unter Beachtung der Verkehrsanschauung gegeneinander abzuwägen.¹⁴¹

Allein mit Blick darauf, dass die Haftungsregelung der Marktpraxis entspricht und damit verkehrüblich ist,¹⁴² kann schon bezweifelt werden, ob der Emittent durch sie unangemessen benachteiligt wird. Dem Interesse des Emittenten auf vollständige Übernahme der Wertpapiere werden die Konsorten dadurch gerecht, dass sie im Innenverhältnis zum Ausgleich des Ausfalls vertraglich verpflichtet sind. Dies stellt die vollständige Übernahme der Wertpapiere weitgehend sicher. Das Interesse der Konsorten besteht in der Begrenzung ihrer Haftung auf die jeweilige Quote. Dieses Interesse ist besonders prävalent bei denjenigen Konsorten, deren Anteil an der Gesamtemission weniger als 1% beträgt.¹⁴³ Fasst man zudem die Entscheidung des *BGH*, Urteil v. 21.1.2002 – II ZR 2/00 (Geschlossene Immobilienfonds)¹⁴⁴ und die vergleichbare Verteilung der Gesellschaftsanteile beim geschlossenen Immobilienfonds und dem Emissionskonsortium ins Auge, kann a maiore ad minus geschlossen werden, dass auch die Haftungsklausel im Übernahmevertrag keine unangemessene Benachteiligung des Emittenten darstellt, da im Gegensatz zu den Gesellschaftern eines Immobilienfonds die Konsorten für ihre Quote sogar

¹³⁹ Vgl. auch: *Jacobs*, Die institutionelle Haftungsbeschränkung bei atypischen Erscheinungsformen der Außen-GbR, Diss. Köln 2007, S. 247.

¹⁴⁰ Vgl. *Ulmer* (Fn. 138), S. 1120.

¹⁴¹ Vgl. *Wurmnest*, in: MünchKomm BGB II, 6. Aufl. 2012, § 307 Rn. 33, 38 f.

¹⁴² *Singhof* (Fn. 23), S. 151.

¹⁴³ Vgl. *Jacobs* (Fn. 139), S. 247.

¹⁴⁴ BGHZ 150, 1 ff.

mit ihrem gesamten Vermögen haften. Damit ist auch eine formularmäßige Haftungsbegrenzungsklausel wirksam.

b) Aktienrechtliche Zulässigkeit der pro-rata-Haftung

Der *BGH* hat mit seinem Urteil vom 13.4.1992 – II ZR 277/90 (DG-Bank)¹⁴⁵ eine Diskussion über die aktienrechtliche Wirksamkeit der Haftungsbegrenzungsklausel bei einer Aktienemission entfacht. Im Schwerpunkt behandelte das Urteil zwar die Haftung der DG-Bank unter dem Gesichtspunkt einer verdeckten Sacheinlage im Rahmen der sanierungsbedingten Kapitalerhöhung einer AG ohne Bezugsrechtsausschluss.¹⁴⁶ Jedoch bezog der *BGH* auch zur Wirksamkeit einer für Übernahmeverträge übliche Haftungsbegrenzungsklausel Stellung für den Fall, dass „die Konsorten in der Gemeinschaft [...] durch die Entgegennahme der Aktien, wenn auch nur in ihrer Treuhänderstellung, Aktionärsrechte ausgeübt [haben und] die Durchführung der Kapitalerhöhung [im Handelsregister] eingetragen worden ist.“¹⁴⁷ Der *BGH* hat der Haftungsbegrenzungsklausel eine Absage erteilt. Bereits in den Leitsätzen hält er fest: „Die Gesellschafter der Gesellschaft können ihre Haftung für die von ihnen zu leistende Einlage weder auf das Gesamthandsvermögen noch einen ihrer Beteiligung an der Gesellschaft entsprechenden Betrag beschränken.“¹⁴⁸ Zu Begründung stützt sich der *BGH* auf zwei Gedanken: Nach Eintragung der Kapitalerhöhung und Zeichnung der Aktien könne sich das Emissionskonsortium nicht mehr auf die Unverbindlichkeit des Zeichnungsscheins berufen, § 185 Abs. 3 AktG. Dies habe eine zwingende gesamtschuldnerische Haftung der Konsorten zur Folge. Zudem sei eine vertragliche Haftungsbeschränkung unvereinbar mit den aktienrechtlichen Kapitalschutzvorschriften.¹⁴⁹ Insbesondere hinsichtlich ihrer Begründung ist diese Entscheidung in der Literatur auf weitläufige Kritik gestoßen.¹⁵⁰

aa) Ansichten in der Literatur

Gross vertritt die Ansicht, nicht das Emissionskonsortium, sondern jeder Konsorte einzeln habe die Aktien gemäß seinen zugeteilten Quoten gezeichnet. Der Übernahmevertrag sei zur Auslegung des Zeichnungsvertrags

¹⁴⁵ BGHZ 118, 83 ff.

¹⁴⁶ Vgl. BGHZ 118, 83 (95 ff.).

¹⁴⁷ BGHZ 118, 83 (100).

¹⁴⁸ BGHZ 118, 83 (83).

¹⁴⁹ BGHZ 118, 83 (100).

¹⁵⁰ *Gross* (Fn. 136), S. 116 f.; *Grundmann* (Fn. 6), § 112 Rn. 104; *ders.* (Fn. 26), S. 170; *Jacobs* (Fn. 139), S. 237 ff.; *Singhof* (Fn. 23), S. 170 ff.; *Timm/Schöne* (Fn. 26), S. 122 ff.

heranzuziehen. Damit treffe die Einlageverpflichtung nicht die Konsorten als Gesamtschuldner, sondern jeden individuell in Höhe seiner Quote. Folglich bestünden auch keine Bedenken hinsichtlich aktienrechtlicher Kapitalschutzvorschriften, da jeder Konsorte für seine Einlageverpflichtung voll einzustehen habe. Eine Solidarhaftung unterschiedlicher Zeichner rechtfertigten die Kapitalschutzvorschriften nicht.¹⁵¹ Sowohl *Timm/Schöne* als auch *Singhof* verneinen eine aus § 185 Abs. 3 AktG abgeleitete zwingende gesamthänderische Haftung. Beide sehen im Ausschluss der Solidarhaftung keine unwirksame Beschränkung i.S. des § 185 Abs. 3, Abs. 4 AktG.¹⁵² *Timm/Schöne* werfen zudem die Frage auf, ob überhaupt Aktionärsrechte ausgeübt wurden, § 185 Abs. 3 AktG.¹⁵³ Die Verfasser beider Werke sind sich einig, dass auch die Grundsätze der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung einer pro-rata-Haftung nicht entgegenstehen.¹⁵⁴ Dagegen bejahen beide die zwingende gesamtschuldnerische Haftung aus § 69 Abs. 2 AktG.¹⁵⁵

bb) Stellungnahme

(1) Separate Zeichnung durch einzelne Konsorten?

Gross ist insoweit zuzustimmen, dass das Aktiengesetz keine Solidarhaftung unterschiedlicher Zeichner bzw. Aktionäre kennt.¹⁵⁶ Im Übrigen ist eine differenziertere Betrachtung geboten. Der schuldrechtliche Übernahmevertrag ist vom kooperationsrechtlichen Zeichnungsvertrag zu unterscheiden.¹⁵⁷ Dabei dient der durch § 185 AktG präzise formalisierte Zeichnungsvorgang der Transparenz und Nachvollziehbarkeit des Aktienersterwerbs und damit der Rechtssicherheit. Jedoch sind die individuellen Angaben des Zeichnungsscheins i.S. des § 185 Abs. 1 S. 1 AktG auslegungsfähig, sodass auch Umstände außerhalb des Zeichnungsscheins zur Bestimmung des Inhalts herangezogen werden können.¹⁵⁸ Hinweise, dass die Zeichnung der Aktien durch die einzelnen Konsorten separat erfolgen soll, finden sich in den (damals) üblichen Übernahmeverträgen nicht.¹⁵⁹ Im Fall DG-Bank enthielt der Zeichnungsschein lediglich den Inhalt, dass der Konsortialführer für das unter seiner

¹⁵¹ *Gross* (Fn. 136), S. 117; ähnlich: *Grundmann* (Fn. 6), § 112 Rn. 104.

¹⁵² *Singhof* (Fn. 23), S. 187, 191; *Timm/Schöne* (Fn. 26), S. 124 f.

¹⁵³ *Timm/Schöne* (Fn. 26), S. 123.

¹⁵⁴ *Singhof* (Fn. 23), S. 194 f.; *Timm/Schöne* (Fn. 26), S. 125.

¹⁵⁵ *Singhof* (Fn. 23), S. 207 f.; *Timm/Schöne* (Fn. 26), S. 127.

¹⁵⁶ Vgl. *Heider*, in: MünchKomm AktG I, 3. Aufl. 2008, § 1 Rn. 45; *Grundmann* (Fn. 6), § 112 Rn. 104.

¹⁵⁷ *Harrer* (Fn. 30), § 25 Rn. 66 f.; *Schücking* (Fn. 6), § 32 Rn. 84.

¹⁵⁸ *Blaurock*, Der Vorvertrag zur Zeichnung von Aktien, in: FS für Rittner, 1991, S. 38; *Pfeifer*, in: MünchKomm AktG IV, 3. Aufl. 2011, § 185 Rn. 13.

¹⁵⁹ Vgl. Muster-Übernahmevertrag, bei: *Bosch/Groß* (Fn. 6), S. 196 Rn. 10/324.

Federführung stehende Bankenkonsortium zeichnet.¹⁶⁰ Daher ist der Zeichnungsinhalt auf obiger Informationsgrundlage so auszulegen, dass der Konsortialführer für das Emissionskonsortium als Rechtsträger die Aktien gezeichnet hat. Eine andere Auslegung ergibt sich natürlich, wenn der damalige Kapitalerhöhungsbeschluss oder Übernahmevertrag eine separate Zeichnung vorgesehen hätte. Sollte dies der Fall gewesen sein, wäre *Gross'* Ansicht zu folgen.

(2) Zwingende gesamtschuldnerische Haftung gem. § 185 Abs. 3, 4 AktG?

Mit dem Verweis auf § 185 Abs. 3 AktG vertritt der *BGH* offenbar die Ansicht, die Haftungsbegrenzungsklausel im Übernahmevertrag sei eine Beschränkung der Verpflichtung des Zeichners i.S. des § 185 Abs. 2 AktG. Sollte diese Nichtigkeit des Zeichnungsscheins durch Eintragung der Kapitalerhöhung und Ausübung von Aktionärsrechten nach § 185 Abs. 3 AktG geheilt worden sein, ändere dies nichts daran, dass die Haftungsbegrenzungsklausel nichtig bleibe.¹⁶¹ Zunächst ist anzumerken, dass das Emissionskonsortium als Zeichner bereits durch die Entgegennahme der Aktien(global)urkunde Aktionärsrechte ausgeübt hat.¹⁶² Ein Ausschluss des § 185 Abs. 3 AktG lässt sich hiermit nicht begründen. Die Haftungsbegrenzungsklausel stellt aber keine im Zeichnungsschein liegende Beschränkung, § 185 Abs. 2 AktG, dar. § 185 Abs. 2 AktG gilt nur für Beschränkungen, die in der Zeichnungserklärung selbst enthalten sind.¹⁶³ Die Haftungsbegrenzungsklausel ist aber nur Inhalt des Übernahmevertrags und nicht im Zeichnungsschein erwähnt.¹⁶⁴ § 185 Abs. 3 AktG ist entgegen der Ansicht des *BGH* mangels Tatbestandserfüllung nicht einschlägig.

Es bleibt zu prüfen, ob die Haftungsbegrenzungsklausel möglicherweise nach § 185 Abs. 4 AktG eine „nicht im Zeichnungsschein enthaltene Beschränkung“ darstellt, welche gegenüber der Gesellschaft unwirksam wäre. Hierzu muss geklärt werden, wie „Beschränkung“ i.S. des § 185 Abs. 4 AktG zu verstehen ist. Dass nicht jegliche Art der Beschränkung unwirksam sein kann, ergibt sich bereits aus § 185 Abs. 2 i.V. mit § 185 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 AktG. In systematischer Betrachtung des § 185 AktG, insbesondere hinsichtlich der allgemeinen Erklärungen in § 185 Abs. 1 S. 3 Nr. 2, Nr. 3 AktG und der Heilungsvorschrift in § 185 Abs. 3 AktG wird deutlich, dass § 185 AktG eine

¹⁶⁰ Vgl. Urteil des Berufungsgerichts: *OLG Düsseldorf*, AG 1991, 149 (150).

¹⁶¹ Vgl. *Pfeifer* (Fn. 158), § 185 Rn. 52; *Singhof* (Fn. 23), S. 173.

¹⁶² BGHZ 113, 83 (100); *Singhof* (Fn. 23), S. 187.

¹⁶³ *Hüffer*, Aktiengesetz, 11. Aufl. 2014, § 185 Rn. 15; *Pfeifer* (Fn. 158), § 185 Rn. 44.

¹⁶⁴ Vgl. *Singhof* (Fn. 23), S. 187; *Timm/Schöne* (Fn. 26), S. 124.

unbedingte Einlageverpflichtung des Zeichners und damit die gesicherte Kapitalaufbringung bezweckt. 165 § 185 Abs. 4 AktG kann demnach als Parallelvorschrift zu § 185 Abs. 2 AktG für Beschränkungen außerhalb des Zeichnungsscheins gesehen werden. Die Haftungsbegrenzungsklausel lässt aber die Pflicht des Emissionskonsortiums auf vollständige und unbedingte Zeichnung der Aktien unberührt. Die tatsächliche Aufbringung des Kapitals ist durch die Beitragspflicht der Konsorten gesichert. Die Haftungsbegrenzungsklausel ist daher keine Beschränkung i.S. des § 185 Abs. 4 AktG.¹⁶⁶ Nach alledem lässt sich eine zwingende gesamtschuldnerische Haftung nicht aus § 185 Abs. 3, 4 AktG ableiten.

(3) Unvereinbarkeit mit den Kapitalschutzvorschriften?

Der simple Hinweis des *BGH*, die Haftungsbegrenzungsklausel würde „dem Zweck der aktienrechtlichen Kapitalschutzvorschriften, die Aufbringung und Erhaltung des Grundkapitals in der Aktiengesellschaft zu sichern, widersprechen,“¹⁶⁷ ist zurecht wegen seiner konturlosen Weite kritisiert worden.¹⁶⁸ Bedeutung und Tragweite des Gebots der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung lassen sich nur in der Zusammenschau verschiedener aktiengesetzlicher Regelungen wie z.B. §§ 23, 27, 33, 52, 54-57, 62, 71 AktG erfassen.¹⁶⁹ Grundsätzlich kann gesagt werden, dass die Kapitalschutzvorschriften vor dem Hintergrund des Gläubigerschutzes eine effektive Aufbringung und Erhaltung des Haftkapitals sicherstellen sollen.¹⁷⁰ Die Konsorten sichern jeweils die vollständige und unbedingte Erfüllung ihrer quotalen Einlageverpflichtung zu. In Summe ist daher die gesamte Einzahlung auf die Kapitalerhöhung gesichert. Deshalb ist insoweit zunächst keine zwingende gesamtschuldnerische Haftung der Konsorten zu erkennen.

(4) Gesamtschuldnerische Haftung nach § 69 Abs. 2 AktG?

Das Emissionskonsortium erwirbt zuerst Eigentum an den zu emittierenden Wertpapieren, bevor diese an die Konsorten verteilt werden. Erst mit dieser dinglichen Zuordnung zum Emissionskonsortium als GbR lässt sich überlegen, ob i.S. des § 69 Abs. 1 AktG „eine Aktie mehreren Berechtigten“ zusteht und

¹⁶⁵ Vgl. *Singhof* (Fn. 23), S. 187; *Grundmann* (Fn. 6), S. 170.

¹⁶⁶ Vgl. *Singhof* (Fn. 23), S. 189 f.; *Timm/Schöne* (Fn. 26), S. 124.

¹⁶⁷ BGHZ 118, 83 (100).

¹⁶⁸ Vgl. *Singhof* (Fn. 23), S. 192 f.; *Timm/Schöne* (Fn. 26), S. 125.

¹⁶⁹ Auflistung vgl. *Lutter*, in: *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz V*, 2. Aufl. 1994, § 185 Rn. 62.

¹⁷⁰ Statt vieler: *Grünevald* (Fn. 124), S. 302 Rn. 157; *Heider*, in: *MünchKomm AktG I*, 3. Aufl. 2008, § 1 Rn. 95.

ob damit eine gesamtschuldnerische Haftung die Folge ist, § 69 Abs. 2 AktG.¹⁷¹ *Singhof* und *Timm/Schöne* befürworten die gesamtschuldnerische Haftung aufgrund § 69 Abs. 2 AktG.¹⁷² Diese Ansicht vertreten sie jedoch auf Grundlage der Doppelverpflichtungslehre¹⁷³ bzw. auf Basis einer noch nicht gefestigten Auffassung zur Rechtsfähigkeit der Außen-GbR¹⁷⁴. Mit der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Außen-GbR, welche diese strukturell der OHG und KG als selbständige Zuordnungssubjekte von Rechten und Pflichten annähert, ist eine Subsumtion der Außen-GbR als Pluralität von Berechtigten an einer Aktie i.S. des § 69 Abs. 1 AktG versperrt.¹⁷⁵ Dies erkennt auch *Singhof* und formuliert, dass § 69 Abs. 1 AktG „für eine rechtsfähige Gesellschaft hinfällig“ werde.¹⁷⁶ Dass *Singhof* im Ergebnis dennoch zur Anwendbarkeit des § 69 Abs. 2 AktG gelangt, beruht auf einer, wenngleich nicht als solche deklarierten, analogen Anwendung des § 69 Abs. 1 AktG.¹⁷⁷

Ob § 69 Abs. 1 AktG auf die rechtsfähige Außen-GbR analoge Anwendung findet, ist umstritten.¹⁷⁸ Dieser Streit scheint in Anbetracht der vielgesichtigen GbR verfehlt. Alle möglichen Ausprägungsformen der GbR über einen Kamm zu scheren, ist nicht geboten, da es bei der Analogiebildung neben Vorliegen einer Regelungslücke entscheidend auf die vergleichbare Interessenlage ankommt. Ob die Interessenlage beim Emissionskonsortium als Ausprägungsform der GbR vergleichbar ist, ist zweifelhaft. § 69 Abs. 1 AktG zielt darauf ab, die AG vor Nachteilen zu schützen, die sich durch eine Mehrfachzuständigkeit an einer Aktie ergeben.¹⁷⁹ Dabei wird insbesondere eine Organisationsregelung mit Blick auf eine klare und einheitliche Handlungszuständigkeit bezweckt.¹⁸⁰ Gegenüber dem Emittenten tritt im Emissionsgeschäft allein der Konsortialführer als einzige vertretungsberechtigte Person auf.¹⁸¹ Damit ist die Handlungszuständigkeit für das Konsortium klar. Zudem ist zu beachten, dass das Emissionskonsortium die Aktien nur für kurze Zeit im Eigentum hält und sogleich eine Verteilung auf die einzelnen

¹⁷¹ Vgl. *Bayer*, in: MünchKomm AktG I, 3. Aufl. 2008, § 69 Rn. 5; *Cahn*, in: Spindler/Stilz, Kommentar zum Aktiengesetz I, 2. Aufl. 2010; § 69 Rn. 4; *Timm/Schöne* (Fn. 26), S. 131 f.

¹⁷² *Singhof* (Fn. 23), S. 216 ff.; *Timm/Schöne* (Fn. 26), S. 127.

¹⁷³ *Singhof* (Fn. 23), S. 139 f., 216 ff.

¹⁷⁴ *Timm/Schöne* (Fn. 26), S. 127, mit kritischer Auseinandersetzung auf den S. 127 ff.

¹⁷⁵ *Bayer* (Fn. 171), § 69 Rn. 7; *Cahn* (Fn. 171), § 69 Rn. 8; *Hüffer* (Fn. 163), § 69 Rn. 3; *Solveen*, in: Hölterers, Aktiengesetz, 2. Aufl. 2014, § 69 Rn. 2; Vgl. *Koch*, ZHR 1982, 118 (129).

¹⁷⁶ *Singhof* (Fn. 23), S. 201.

¹⁷⁷ *Singhof* (Fn. 23), S. 203 ff.

¹⁷⁸ Befürwortend: *Bayer* (Fn. 171), § 69 Rn. 7; *Cahn* (Fn. 171), § 69 Rn. 8; *Singhof* (Fn. 23), S. 203 ff.; ablehnend: *Hüffer* (Fn. 163), § 69 Rn. 3; *Koch* (Fn. 175), S. 129.

¹⁷⁹ *Bayer* (Fn. 171), § 69 Rn. 2; *Cahn* (Fn. 171), § 69 Rn. 1; *Hüffer* (Fn. 163), § 69 Rn. 1.

¹⁸⁰ Zutreffend: *Singhof* (Fn. 23), S. 207.

¹⁸¹ Vgl. *Bosch/Groß* (Fn. 6), S. 16 Rn. 10/48; *De Meo* (Fn. 8), S. 71 f. Rn. 157 f.

Konsorten vornimmt, sodass danach keine Mehrfachberechtigung mehr vorliegt. Bis auf die Annahme der Globalurkunde übt das Emissionskonsortium im Übrigen keine weiteren Aktionärsrechte aus. Deshalb erfährt im Falle des Emissionskonsortiums die AG keine Nachteile durch die Mehrfachzuständigkeit, sodass mangels vergleichbarer Interessenlage eine analoge Anwendung des § 69 Abs. 1 AktG ausscheidet. Eine gesamtschuldnerische Haftung nach § 69 Abs. 2 AktG besteht nicht.

(5) Zwischenergebnis

Eine gesamtschuldnerische Haftung der Konsorten lässt sich nicht durch obige Argumente begründen. Damit trifft die Einlageverpflichtung zunächst das Emissionskonsortium, welches die Aktien gezeichnet hat, §§ 188 Abs. 2 S. 1, 36a Abs. 1 AktG. Nach der Akzessorietätslehre haften aber die Konsorten als Gesellschafter gesamtschuldnerisch für die Einlageverpflichtung. Die akzessorische Haftung der Konsorten ist für diesen Fall nicht durch Vereinbarung mit der AG abzubedingen, da zugunsten des Gläubigerschutzes ein Verzicht auf die Einlageverpflichtung nicht möglich ist, §§ 188 Abs. 2 S. 1, 36 Abs. 2 AktG. Im Ergebnis bleibt es also bei der gesamtschuldnerischen Haftung der Konsorten. Zudem ist zu beachten, dass auch nach Verteilung der Aktien an die Konsorten eine gesamtschuldnerische Forthaftung möglich ist.¹⁸²

2. Einbeziehung der Banken-AGB in den Übernahmevertrag?

Übernahmeverträge enthalten in der Regel keinen Hinweis auf die Einbeziehung von Banken-AGB. Anlässlich der Entscheidung des *OLG Hamm*, Urteil v. 16.4.1984 – 2 U 307/82, welche im kaufmännischen Verkehr die Banken-AGB auch ohne besonderen Hinweis als Vertragsbestandteil erachtet,¹⁸³ wird die Frage aufgeworfen, ob Banken-AGB bei Abschluss des Übernahmevertrags stillschweigend Vertragsinhalt werden. Sofern im kaufmännischen Verkehr die Verwendung von AGB branchenüblich ist, besteht die Möglichkeit, dass diese auch dann Vertragsinhalt werden, wenn ein ausdrücklicher Hinweis auf ihre Einbeziehung nicht erfolgt.¹⁸⁴ Ungeachtet dessen, ob im Emissionsgeschäft die Einbeziehung von AGB als branchenüblich gilt,¹⁸⁵ bestehen im Falle der Emissionskonsortien erhebliche Bedenken. Bei einem diversifizierten Bankenkonsortium wäre nicht geklärt,

¹⁸² Hierzu: *Singhof* (Fn. 23), S. 219 ff. Da dies vorrangig ein allgemeines aktienrechtliches Problem ist, wird von einer Behandlung in diesem Beitrag abgesehen.

¹⁸³ *OLG Hamm*, WM 1984, 1600 (1602).

¹⁸⁴ *Ulmer/Habersack*, in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Recht, 11. Aufl. 2011, § 305 Rn. 173.

¹⁸⁵ Für das allgemeine Bankgeschäft bestätigend: *BGH*, NJW 1971, 2126 (2127).

wessen AGB einbezogen werden sollen. Gleichmaßen ist die Bezugnahme auf die AGB der Konsortialführung problematisch, da diese sich ebenfalls aus einer inhomogenen Gruppe von Banken zusammensetzen kann.¹⁸⁶ Aus diesen Gründen ist eine stillschweigende Einbeziehung von Banken-AGB abzulehnen.¹⁸⁷

3. Rücktritt vom Übernahmevertrag, Rückabwicklung

In Übernahmeverträgen werden dem Emissionskonsortium Rücktrittsrechte eingeräumt für den Fall, dass vertraglich vereinbarte Bedingungen nicht eintreten oder entfallen.¹⁸⁸ Vor Eintragung der Kapitalerhöhung ist ein Rücktritt unproblematisch möglich. Sollte die Kapitalerhöhung bereits angemeldet worden sein, ist der Emittent verpflichtet, seinen Eintragungsantrag zurückzunehmen und sich um die Nichtdurchführung der Eintragung zu bemühen.¹⁸⁹ Im Übrigen ist dem Emissionskonsortium der Zeichnungsschein zurückzugeben.¹⁹⁰ Ein Rücktritt ist nicht mehr möglich, wenn die Kapitalerhöhung eingetragen worden ist.¹⁹¹ Mit ihr hat das Emissionskonsortium Eigentum an den neuen Aktien erworben, § 189 AktG. Nach Eintragung sieht der Übernahmevertrag eine Rückabwicklung vor. Die damit verbundenen vielfältigen Probleme können im Folgenden nur skizziert werden.

Die Rückabwicklung durch eine Kapitalherabsetzung begegnet dem praktischen Problem, dass hierfür ein Hauptversammlungsbeschluss mit qualifizierter Mehrheit benötigt wird, § 222 Abs. 1 AktG. Zudem wird kein Interesse daran bestehen, das Scheitern des Emissionsvorhabens dadurch publik zu machen.¹⁹² Sollte der Börsenkurs der Aktien vor ihrer Platzierung unter den Bezugspreis fallen und hierdurch ein Rückabwicklungsrecht entstehen, ist zweifelhaft, ob Vorstand und Aufsichtsrat des Emittenten zur nachträglichen Absenkung des Bezugspreises vertraglich verpflichtet werden können, § 204 Abs. 1 AktG.¹⁹³ Letztlich ist vor dem Hintergrund des § 255 Abs. 2 AktG problematisch, wann

¹⁸⁶ *De Meo* (Fn. 8), S. 147 Rn. 58.

¹⁸⁷ *De Meo* (Fn. 8), S. 147 Rn. 59; im Ergebnis auch: *Bosch/Groß* (Fn. 6), S. 62 Rn. 10/166.

¹⁸⁸ Vgl. Klausel XII, Muster-Übernahmevertrag, bei: *Bosch/Groß* (Fn. 6), S. 202 Rn. 10/324.

¹⁸⁹ *Busch*, Aktien- und börsenrechtliche Aspekte von Force-Majeure-Klauseln in Aktienübernahmeverträgen, WM 2001, 1277 (1278); *Harrer* (Fn. 30), § 25 Rn. 96 f.

¹⁹⁰ *Busch* (Fn. 189), S. 1278; *Harrer* (Fn. 30), § 25 Rn. 96 f.

¹⁹¹ *Busch* (Fn. 189), S. 1278; *Harrer* (Fn. 30), § 25 Rn. 98; *Techau*, Rechtsfragen bei der Gestaltung von Übernahmeverträgen („Underwriting Agreements“) im Zusammenhang mit Aktienemissionen, AG 1998, 445 (452).

¹⁹² Vgl. *Picot/Land*, Going Public – Typische Rechtsfragen des Ganges an die Börse, DB 1999, 570 (572); *Techau* (Fn. 191), S. 453 f.

¹⁹³ Vgl. *Busch* (Fn. 190), S. 1279 f.; *Techau* (Fn. 191), S. 453 f.

ein „unangemessen niedrig[er]“ Ausgabebetrag vorliegt, sofern der Übernahmevertrag dem Emissionskonsortium erlaubt, im Falle einer Rückabwicklung Aktien zu selbst festgelegten Preisen an Dritte weiter zu veräußern.¹⁹⁴

IV. Gestaltungsmöglichkeiten und *lex ferenda*

1. Kautelarjuristische Gestaltungsmöglichkeiten

Die Probleme des Innenrechts lassen sich aufgrund der allgemeinen Abdingbarkeit der gesetzlichen Vorgaben durch ergänzende Vertragsklauseln beheben. Im Außenrecht dominiert das Interesse der Konsorten, die gesamtschuldnerische Haftung auszuschließen, was vor dem Hintergrund der DG-Bank-Entscheidung des *BGH* insbesondere für Aktienemissionen relevant ist. Um eine mögliche gesamtschuldnerische Haftung der Konsorten nach § 69 Abs. 2 AktG auszuschließen, sind sowohl Übernahme- als auch Zeichnungsvertrag bzw. der Zeichnungsschein zu ändern. Durch Modifikation des Übernahmevertrags soll der Zwischenerwerb der Wertpapiere durch das Emissionskonsortium vermieden werden. Dies kann dadurch geschehen, dass der Übernahmevertrag den Emittenten verpflichtet, eine an die jeweiligen Quoten angepasste Anzahl von Teilglobalurkunden auszustellen, über welche die Konsorten direkt Eigentum erwerben. Der Konsortialführer nimmt dabei nur die Rolle des Besitzmittlers ein.¹⁹⁵ Der Zeichnungsschein ist durch eine Liste der Zeichner zu konkretisieren, sodass er die jeweiligen Konsorten als Zeichner mit ihrer Quote ausweist. Alternativ und vorzugswürdig scheint die Möglichkeit, dass die Konsorten jeweils separate Zeichnungsverträge über ihre Quote mit dem Emittenten abschließen.¹⁹⁶

Bei Kreditkonsortien ist die Ausgestaltung als Innen-GbR gängige Praxis.¹⁹⁷ Denkbar ist daher eine entsprechende Angleichung der Emissionskonsortien.¹⁹⁸ Dies bedeutet, dass der Konsortialführer im Außenverhältnis das gesamte Risiko tragen muss. Wenn man bedenkt, dass die Konsorten zuerst ihre Beiträge an den Konsortialführer abführen müssen, bevor dieser gegenüber dem Emittenten zur Leistung verpflichtet ist, bleibt dieses Risiko kontrollierbar. Dem § 186 Abs. 5 S. 1 AktG kann dadurch Rechnung getragen werden, dass

¹⁹⁴ Vgl. *Busch* (Fn. 190), S. 1279; *Techau* (Fn. 191), S. 453.

¹⁹⁵ Vgl. *Singhof* (Fn. 23), S. 234 ff.; *Timm/Schöne* (Fn. 26), S. 141 f.

¹⁹⁶ Vgl. *Singhof* (Fn. 23), S. 235; nach dem DG-Bank Urteil hat sich eine solche Vertragspraxis bereits durchgesetzt, vgl. *Brandt*, in: *Kümpel/Wittig, Bank- und Kapitalmarktrecht*, 4. Aufl. 2011, Rn. 15.2, 15.426.

¹⁹⁷ *Diem*, *Akquisitionsfinanzierungen, Konsortialkredite für Unternehmenskäufe*, 2. Aufl. (2009), § 32 Rn. 1 ff.

¹⁹⁸ Vgl. *Singhof* (Fn. 23), S. 242 ff.; *Timm/Schöne* (Fn. 26), S. 141 f.

der Konsortialführer die einzelnen Konsorten vertraglich entsprechend verpflichtet.¹⁹⁹ Die Ausgestaltung als Innen-GbR versperrt auch nicht die Möglichkeit, dass die Konsorten ihren Emissionserfolg in einem Tombstone Advertisement kundgeben.

2. Konsortialgesellschaft de lege ferenda?

Das Emissionskonsortium der heutigen Wirtschaftspraxis ist eine rechtsfähige Außen-GbR, die keine sein möchte. Die Wertungen der §§ 705 ff. BGB werden den Interessen der Parteien nicht gerecht. Die Rechtsbeziehung des Emissionskonsortiums im Außenverhältnis beschränkt sich im Wesentlichen auf den Emittenten, welcher über die inhaltliche Vertragslage im Bilde ist. Deshalb ist fragwürdig, inwieweit der durch §§ 705 ff. BGB intendierte Verkehrsschutz überhaupt gewährleistet werden muss. Ganz im Gegenteil scheint es so, dass durch die §§ 705 ff. BGB mehr Rechtsunsicherheit als Rechtssicherheit geschaffen wird.²⁰⁰

Im internationalisierten Emissionsgeschäft steht das deutsche Recht im Wettbewerb mit anderen Rechtsordnungen. Schon 2008 hat der Gesetzgeber mit Einführung der UG (haftungsbeschränkt) auf die angelsächsische Limited Company reagiert, um ein Level-Playing-Field herzustellen.²⁰¹ Jüngst will er auch der Limited Liability Partnership mit einer Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung begegnen.²⁰² Daher stellt sich die Frage, ob auch eine Konsortialgesellschaft de lege ferenda sinnvoll wäre. Sowohl das Konsortialverhältnis als auch das Rechtsverhältnis zum Emittenten werden vertraglich ausführlich und interessengerecht geregelt. Deshalb ist zu bezweifeln, ob es hilft, dem Emissionskonsortium im Austausch mit der GbR ein neues Kettenkleid in Form einer Konsortialgesellschaft anzulegen. Ziel ist vielmehr, eine freie Gestaltung der Vertragsverhältnisse zu ermöglichen. Das deutsche Recht hält in § 2 HGB für den Kannkaufmann ein opt-in bereit. Nicht undenkbar ist, dem Emissionskonsortium ein gesetzliches opt-out aus dem numerus clausus der Gesellschaftsformen einzuräumen, sofern der Verkehrsschutz gewährleistet bleibt. Die Befürchtung, dass dies den ICMA zu

¹⁹⁹ Bedenken hierzu äußert: *Singhof* (Fn. 23), S. 244.

²⁰⁰ So auch: *Müller* (Fn. 6), S. 1940 Rn. 15.123 f.; Dies andeutend: *Westermann* (Fn. 26), S. 288.

²⁰¹ Vgl. *Freitag/Riemenschneider*, Die Unternehmergesellschaft – „GmbH light“ als Konkurrenz für die Limited?, ZIP 2007, S. 1485 ff.

²⁰² Vgl. *Römermann/Praß*, Die Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung, Rechtspolitische Kritik und rechtssystematische Einordnung, NZG 2012, S. 601 ff.

einem Ersatzgesetzgeber aufwertet,²⁰³ ist allein schon deshalb unbegründet, weil die Privatautonomie unserem Zivilrecht immanent ist.

V. Zusammenfassung und Ausblick

Die Probleme im Innenverhältnis des Emissionskonsortiums sind im Grunde Probleme der Vertragsauslegung. Diese lassen sich durch entsprechende Präzisierungen beheben. Im Außenverhältnis steht im Mittelpunkt die wirksame Haftungsbegrenzung der Konsorten auf ihre jeweilige Quote. Dies ist aktienrechtlich nicht möglich, wenn das Emissionskonsortium den Zeichnungsvertrag abschließt. Die gesamtschuldnerische Haftung lässt sich aber durch die Modifikation von Übernahme- und Zeichnungsvertrag ausschließen. Um die Attraktivität des deutschen Rechts im internationalen Wettbewerb zu stärken, ist die Einräumung eines opt-out zugunsten des Emissionskonsortiums einer Überlegung wert. Die jetzige Zuordnung des Emissionskonsortiums als GbR verfehlt ihren Zweck. Statt Rechtssicherheit zu schaffen, erzeugt sie Rechtsunsicherheit. Die vom Gesetz intendierte Ordnungsfunktion verblasst zur Fassade.

²⁰³ Vgl. *Schücking* (Fn. 6), § 32 Rn. 40.

Tabitha Beuth *

Der Entwurf der EU-Kommission für eine Societas Unius Personae

Abstract

Am 09.04.2014 hat die Europäische Kommission einen Vorschlag für eine Richtlinie über Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit einem einzigen Gesellschafter (SUP-RL(E)) veröffentlicht. Diese soll die Mitgliedstaaten verpflichten, in ihrem Recht eine haftungsbeschränkte Einpersonengesellschaft mit bestimmten Charakteristika vorzusehen, die als SUP (Societas Unius Personae) firmiert. Ziel des Richtlinienvorschlags ist es, kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) grenzüberschreitende Tätigkeiten und die Gründung von Tochtergesellschaften in anderen Mitgliedstaaten zu erleichtern. Hierzu sollen die Gründungskosten verringert werden. Diese Zielsetzung spiegelt sich in der Grundstruktur der SUP wider: Das Mindestkapital beträgt 1 €. Vorgesehen ist eine Online-Eintragung ohne persönliches Erscheinen der Gründungsgesellschafter oder Geschäftsführer. Eine Spaltung von Satzungs- und Verwaltungssitz ist zugelassen. Sofern die Richtlinie keine Vorgaben macht, ist auf die Gesellschaft das nationale Recht des Satzungssitzes anwendbar. Auf ein grenzüberschreitendes Element wird verzichtet. Im Folgenden soll der Richtlinienentwurf auf seine Rechtmäßigkeit und rechtspolitische Sinnhaftigkeit untersucht werden.

* Die Verfasserin studiert Rechtswissenschaft an der Universität zu Köln. Der Beitrag ist im Rahmen einer Probeseminararbeit am Lehrstuhl von *Prof. Dr. Klaus Peter Berger* entstanden.

I. Einordnung der SUP in die Entwicklung des europäischen Gesellschaftsrechts

Sekundärrechtlich kennt das europäische Gesellschaftsrecht einerseits originäre Rechtsformen europäischen Rechts sowie andererseits die Angleichung des nationalen Gesellschaftsrechts durch Richtlinien.¹ Seit 1985 besteht mit der Europäischen Wirtschaftlichen Interessenvereinigung eine OHG-ähnliche Gesellschaft, die Unternehmen in verschiedenen Mitgliedstaaten eine grenzüberschreitende Kooperation ermöglicht,² welche die wirtschaftliche Tätigkeit der Gesellschafter unterstützt, vgl. Art. 3 Abs. 1 EWIV-VO. Die Europäische Aktiengesellschaft (Societas Europaea, SE) wurde 2001 eingeführt.³ Das Mindestkapital beträgt 120.000 €, Art. 4 SE-VO. Die Mitbestimmung ist durch Richtlinie geregelt.⁴ Auch wenn es sich bei der SE um eine supranationale Rechtsform handelt, wird an vielen Stellen auf das nationale Recht verwiesen.⁵ 2003 wurde die europäische Genossenschaft eingeführt.⁶ Eine europäische Gesellschaftsform, die es KMU ermöglicht, unter dem Schutz der Haftungsbeschränkung grenzüberschreitend wirtschaftlich tätig zu werden, gibt es derzeit nicht.⁷ Die SE eignet sich aufgrund des hohen Stammkapitals⁸ und der Satzungsstrenge⁹ nicht. Seit 2008 versuchte die Kommission diese Lücke durch die Einführung einer supranationalen Europäischen Privatgesellschaft (Societas Privata Europaea, SPE) zu schließen.¹⁰ Dies scheiterte jedoch an den Streitpunkten Mindestkapital, Sitzspaltung und Mitbestimmung,¹¹ sodass die Kommission das Projekt 2013 endgültig aufgab.¹² Nun sucht sie mit der SUP-RL(E)¹³ eine Lösung über die Harmonisierung des nationalen Rechts.¹⁴ Der Unterschied zwischen SUP

¹ Engert, in: Langebucher, Europäisches Privat- und Wirtschaftsrecht, 3. Aufl. (2013), § 5 Rn. 1.

² Verordnung (EWG) Nr. 2137/85 v. 25.7.1985, ABl. L 199 v. 31.07.1985, S. 1; im Folgenden EWIV-VO.

³ Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 v. 08.10.2001, ABl. L 294 v. 10.11.2001, S. 1; im Folgenden SE-VO.

⁴ Richtlinie 2001/86/EG v. 08.10.2001, ABl. L 294 v. 10.11.2001, S. 22.

⁵ Vgl. hierzu die Rechtsquellenpyramide in Art. 9 SE - VO.

⁶ Verordnung (EG) Nr. 1435/2003 v. 22.7.2003, ABl. L 207 v. 18.08.2003, S. 1.

⁷ Vgl. Teichmann, Europäische Harmonisierung des GmbH-Rechts, NJW 2014, 3561 (3562).

⁸ Engert (Fn. 1), § 5 Rn. 130.

⁹ Dejmek, Das künftige Europa und die Europäische Privatgesellschaft, NZG 2001, 878 (882); Hommelhoff/Teichmann, Auf dem Weg zur Europäischen Privatgesellschaft, DStR 2008, 925 (926).

¹⁰ Vorschlag für eine Verordnung des Rats über das Statut der Europäischen Privatgesellschaft v. 25.6.2008, COM (2008) 396 endg.

¹¹ Drygala, What's SUP? Der Vorschlag der EU-Kommission zur Einführung einer europäischen Einpersonengesellschaft (Societas Unius Personae, SUP), EuZW 2014, 491 (491-492).

¹² REFIT Mitteilung v. 02.10.2013, COM (2013) 685 final, S. 10.

¹³ Vorschlag v. 09.04.2014 COM (2014) 212 final.

¹⁴ Begründung zum Vorschlag v. 09.04.2014 COM (2014) 212 final, S. 2-3.

und supranationaler Rechtsform ist aber, angesichts der vielfachen Verweisungen in nationales Recht bei supranationalen Rechtsformen wie der SE, nicht eindeutig.¹⁵

II. Vereinbarkeit mit europäischem Primärrecht

1. Art. 50 Abs. 2 lit. f AEUV als Rechtsgrundlage

Die Kommission stützt ihren Vorschlag auf Art. 50 Abs. 2 lit. f AEUV.¹⁶ Die Wahl dieser Rechtsgrundlage ist deshalb bedeutsam, weil Art. 50 AEUV anders als Art. 352 AEUV, auf den die SPE-Verordnung gestützt werden sollte, keine einstimmige Entscheidung im Rat voraussetzt; es genügt die für das ordentliche Gesetzgebungsverfahren nach Art. 294 AEUV in Parlament und Rat vorgeschriebene Mehrheit.¹⁷ Somit wäre das Vorhaben politisch nicht chancenlos, obwohl sich dieselben Streitfragen stellen, an denen schon die SPE gescheitert ist.¹⁸ Die Kommission begründet den Rückgriff auf Art. 50 AEUV damit, dass keine supranationale Rechtsform geschaffen werden soll.¹⁹ Abgesehen davon, dass die SUP einer speziellen europäischen Rechtsform sehr nahe kommt, was Art. 50 Abs. 2 lit. f AEUV als Rechtsgrundlage bereits zweifelhaft macht,²⁰ ist fraglich, ob die Vorschrift die Möglichkeit einer SUP-Gründung ohne grenzüberschreitenden Bezug rechtfertigen kann.²¹ Art. 50 Abs. 2 lit. f AEUV sieht die schrittweise Aufhebung von Beschränkungen der sekundären²² Niederlassungsfreiheit in Bezug auf die Errichtung von Tochtergesellschaften vor. Zwar ist die erleichterte Gründung von Tochtergesellschaften durch KMU erklärtes Hauptziel der Kommission,²³ ein grenzüberschreitendes Element sieht die SUP-RL(E) aber gerade nicht vor. Nach Auffassung des Bundesrates kann Art. 50 Abs. 2 lit. f AEUV nur dafür Rechtsgrundlage sein, Personen, die bereits über eine Hauptniederlassung in einem EU-Mitgliedstaat verfügen, die Rechtsform einer SUP zur Gründung von Tochtergesellschaften in anderen Mitgliedstaaten zur

¹⁵ *Jung*, Societas Unius Personae (SUP) – Der neue Konzernbaustein, GmbHR 2014, 579 (581-582).

¹⁶ Begründung zum Vorschlag vom 9.4.2014 COM (2014) 212 final, S. 5-6.

¹⁷ *Drygala* (Fn. 11), 493.

¹⁸ *Beurskens*, „Societas Unius Personae“ – der Wolf im Schafspelz?, GmbHR 2014, 738 (738-739); *Drygala* (Fn. 11), 491-493; *Hommelhoff/Teichmann*, Die Wiederbelebung der SPE, GmbHR 2014, 177 (179); *Verse/Wiersch*, Die Entwicklung des europäischen Gesellschaftsrechts im Jahr 2013, EuZW 2014, 375 (381); *Wicke*, Societas Unius Personae – SUP: eine äußerst wackelige Angelegenheit, ZIP 2014, 1414 (1417).

¹⁹ Begründung zum Vorschlag v. 09.04.2014 COM (2014) 212 final, S. 5-6.

²⁰ *Bayer/Schmidt*, BB-Gesetzgebungs- und Rechtsprechungsreport Europäisches Unternehmensrecht 2013/14, BB 2014, 1219 (1223); *Wicke* (Fn. 18), 1417.

²¹ *Wicke* (Fn. 18), 1417.

²² *Müller-Graff*, in: Streinz, 2. Aufl. 2011, Art. 49 AEUV Rn. 23.

²³ Siehe dazu oben Abschnitt I.

Verfügung zu stellen.²⁴ Dies überzeugt vom Wortlaut her. Die Kommission geht in ihrer Begründung der Wahl der Rechtsgrundlage auf das fehlende grenzüberschreitende Element nicht ein, sondern benennt als Ziel nur die erleichterte Gründung von Tochtergesellschaften,²⁵ was den fehlenden grenzüberschreitenden Bezug gerade nicht erklärt. Gegen ein zwingendes grenzüberschreitendes Element könnte aber sprechen, dass Art. 50 Abs. 2 AEUV nur Regelbeispiele nennt.²⁶ Die eigentliche Rechtsgrundlage findet sich in Art. 50 Abs. 1 AEUV, welcher Richtlinien zur Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit erlaubt und sehr großzügig ausgelegt wird.²⁷ So fordern auch bereits existierende gesellschaftsrechtliche Richtlinien keinen zwingenden grenzüberschreitenden Bezug.²⁸ Ob sich aus Art. 50 Abs. 2 lit. f AEUV das Erfordernis eines grenzüberschreitenden Elements ergibt, kann aber offen bleiben, wenn ein solches jedenfalls aus dem Subsidiaritätsprinzip folgt.

2. Alternative Rechtsgrundlagen und Subsidiarität

Das Subsidiaritätsprinzip nach Art. 5 Abs. 3 EUV bedeutet, dass eine nicht ausschließliche EU-Zuständigkeit nur ausgeübt werden kann, soweit die Ziele der in Betracht kommenden Maßnahme nicht auf der Ebene der Mitgliedstaaten ebenso gut verwirklicht werden können, was dem Gebot der Achtung der nationalen Identität der Mitgliedstaaten Rechnung trägt.²⁹ Danach ist das Vorhaben, ob nun auf Art. 50 Abs. 2 lit. f AEUV oder alternative Rechtsgrundlagen (z.B. Art. 352 AEUV) gestützt, aufgrund des fehlenden grenzüberschreitenden Elements richtigerweise rechtswidrig.³⁰ Für inländische Gründer besteht bereits in allen Mitgliedstaaten - teilweise nach gerade erst durchgeführten Reformen zur Förderung von KMU - die vielfach genutzte Möglichkeit, eine haftungsbeschränkte Einpersonengesellschaft zu gründen.³¹ Die nationale Gesellschaftsrechtsordnung würde nicht hinreichend geachtet, wenn die Rechtsform der SUP auch bei Inlandsgründungen mit nationalen Rechtsformen

²⁴ Beschl. d. BR v. 11.07.2014, BR-Drucks. 165/2/14, S. 1-2.

²⁵ Begründung zum Vorschlag v. 9.4.2014 COM (2014) 212 final, S. 6.

²⁶ Vgl. Müller-Graff (Fn. 22), Art. 50 AEUV Rn. 10.

²⁷ Drygala (Fn. 11), 491.

²⁸ So z.B. die Kapitalrichtlinie 77/91/EWG v. 13.12.1976, ABl L 26 v. 31.1.1977, S. 1ff; die Verschmelzungsrichtlinie 2011/35/EU v. 5.4.2011, ABl. L 110 v. 29.4.2011, S. 1 ff. und die Einpersonengesellschaftsrichtlinie 2009/102/EG v. 16.09.2009, ABl. L 258 v. 1.10.2009, S. 20 ff.

²⁹ Oppermann/Classen/Nettesheim, *Europarecht*, 6. Aufl. (2014), § 11 Rn. 23.

³⁰ Empfehlung d. Ausschüsse v. 12.5.2014, BR-Drucks. 165/1/14; vgl. zur SPE Hommelhoff/Teichmann, *Eine GmbH für Europa: Der Vorschlag der EU-Kommission zur Societas Privata Europaea (SPE)*, GmbHR 2008, 897 (900).

³¹ Empfehlung d. Ausschüsse v. 12.5.2014, BR-Drucks. 165/1/14, S. 3; Beurskens (Fn. 18), 738; Hommelhoff, *Die vereinfachte Einmann-Gesellschaft (SMC): Eine Alternative zur SPE?*, AG 2013, 211, 220; Wicke (Fn. 18), 1417.

konkurrierte. Auch wenn der nationale Gesetzgeber neben der SUP eine Ein-Mann-GmbH weiterhin unverändert anbieten darf (vgl. Erwägungsgrund 10 SUP-RL(E)), wird die nationale Gesellschaftsrechtsordnung bereits durch die Auswahlmöglichkeiten der Gesellschafter, die tendenziell das niedrigere Gläubigerschutzniveau wählen, beeinträchtigt.³²

3. Ergebnis

Ein grenzüberschreitendes Element ist aufgrund des Subsidiaritätsprinzips unverzichtbar. Art. 50 AEUV ist als Rechtsgrundlage auch im Hinblick auf die Nähe der SUP zu einer supranationalen Rechtsform zweifelhaft.

III. Gesellschaftsrechtliche Kernstreitpunkte

1. Sitzspaltung

Nach Erwägungsgrund 12 SUP-RL(E) ist eine Trennung von Satzungs- und Verwaltungssitz möglich, damit die Unternehmen die Vorteile des Binnenmarkts in vollem Umfang nutzen können. Problematisch ist, dass sich das auf die SUP anwendbare nationale Recht nach Art. 7 Abs. 4 SUP-RL(E) nach dem Satzungssitz richtet. Dadurch kann sich das anwendbare Recht von dem Recht des Staates unterscheiden, in dem die SUP tatsächlich tätig ist.

a) Zunächst ist zu prüfen, ob die Möglichkeit der Sitztrennung europarechtlich durch die Niederlassungsfreiheit in Art. 49 AEUV geboten ist. Der *EuGH* hat in den Urteilen *Centros*³³, *Überseering*³⁴ und *Inspire Art*³⁵ entschieden, dass nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründete Gesellschaften in anderen Mitgliedstaaten nach dem Recht des Gründungsstaats zu beurteilen sind. Dies wurde zunächst so interpretiert, dass die Freiheit zur Sitzspaltung auch dann greift, wenn die Gesellschaft bewusst Schutzvorschriften des Verwaltungsstaates umgehen will und im Gründungsstaat nie tatsächlich tätig werden will; die Niederlassungsfreiheit sei auch eine Freiheit der Rechtswahl.³⁶ Dies könnte dafür sprechen, dass eine Möglichkeit der Sitztrennung und damit der Rechtswahl europarechtlich geboten ist. Neuere Entscheidungen lassen hieran jedoch zweifeln. In *Cartesio*³⁷ hat der

³² Empfehlung d. Ausschüsse v. 12.05.2014, BR-Drucks. 165/1/14, S. 3-4; *Bayer/Schmidt* (Fn. 20), 1223; *Beurskens* (Fn. 18), 747; *Wicke* (Fn. 18), 1417.

³³ *EuGH* v. 9.3.1999, Rs C-212/97, Slg. 1999, I-1459 = ECLI:EU:C:1999:126, Rn. 39- *Centros*.

³⁴ *EuGH* v. 5.11.2002, Rs C-208/00, Slg. 2002, I-9919 = ECLI:EU:C:2002:632, Rn. 94- *Überseering*.

³⁵ *EuGH* v. 30.9.2003, Rs C-167/01, Slg. 2003, I-10159 = ECLI:EU:C:2003:512, Rn. 95-97- *Inspire Art*.

³⁶ *Kropholler*, Internationales Privatrecht, 6. Aufl. (2006), S. 579.

³⁷ *EuGH* v. 16.12.2008, Rs C-210/06, Slg. 2008, I-9641 = ECLI:EU:C:2008:723, Rn. 109-110 - *Cartesio*.

EuGH entschieden, dass der Gründungsstaat nach seinem Recht gegründeten Gesellschaften nicht gestatten muss, ihren Verwaltungssitz unter Beibehaltung der Rechtsform verlegen zu können. Dann kann es aber auch nicht europarechtswidrig sein, wenn die Union bei einer europäischen Rechtsform nach dem Gründungsrecht die Sitzspaltung versagt³⁸ oder, im Fall einer Richtlinie, den Mitgliedstaaten aufträgt, eine Gesellschaftsform bereitzustellen, die die Sitztrennung nicht ermöglicht. Zudem wird die Rechtswahlfreiheit in Folge des *Vale*-Urteils³⁹ weiter angezweifelt. In dem Urteil entschied der *EuGH*, dass die Niederlassungsfreiheit die tatsächliche Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit im Aufnahmemitgliedstaat voraussetzt.⁴⁰ Dies wurde von einigen als Ende der Briefkastengesellschaft interpretiert.⁴¹ Dem folgend wird kritisiert, dass die Richtlinie über die Rechtsprechung des *EuGH* hinausgehe, indem sie eine tatsächliche Ansiedlung im Satzungsstaat nicht erfordere.⁴² Allerdings hat *Vale* direkt nur die Frage behandelt, wann ein Staat die Gründung einer Gesellschaft nach seinem Recht zulassen muss, nicht die virulente Frage, wann ein Staat die nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats bereits gegründete Gesellschaft anerkennen muss. So vertreten andere die Ansicht, dass *Vale* für die letztgenannte Konstellation ohne Bedeutung ist.⁴³ Hier kann diese Streitfrage letztlich aber dahinstehen, da das Gründungsrecht eine Sitztrennung jedenfalls versagen kann. Die Möglichkeit der Sitztrennung ist daher europarechtlich jedenfalls nicht geboten.

b) Dennoch könnte die Sitztrennung, im Hinblick auf das Ziel der Richtlinie, die Gründung von Tochtergesellschaften zu erleichtern, rechtspolitisch wünschenswert sein.⁴⁴ Dazu muss ein Unternehmen alle seine

³⁸ *Koberski/Henschmidt*, Die Beteiligung der Arbeitnehmer in der Europäischen Privatgesellschaft. Eine kritische Zwischenbilanz, RdA 2010, 207 (211); *König/Bormann*, „Genuine Link“ und freie Rechtsformwahl im Binnenmarkt. Trendwende bei der Anerkennung von „Scheinauslandsgesellschaften“ durch die VALE-Entscheidung des *EuGH*, NZG 2012, 1241 (1243).

³⁹ *EuGH* v. 12. 7. 2012, Rs C-378/10 – *Vale* = ZIP 2012, 1394.

⁴⁰ *EuGH* v. 12. 7. 2012, Rs C-378/10 – *Vale* = ZIP 2012, 1394 (1396).

⁴¹ *Kindler*, Der reale Niederlassungsbegriff nach dem VALE-Urteil des *EuGH*, EuZW 2012, 888 (891-892); tendenziell *Mörtsdorf/Jopen*, Anmerkung zu *EuGH*, Urt. v. 12.07.2012 – Rs C-378/10, ZIP 2012, 1398 (1399); *Roth*, Das Ende der Briefkastengründung? – *Vale* contra *Centros*, ZIP 2012, 1744 (1745); *Wicke*, Zulässigkeit des grenzüberschreitenden Formwechsels. Rechtssache „*Vale*“ des Europäischen Gerichtshofs zur Niederlassungsfreiheit, DStR 2012, 1756 (1758).

⁴² Beschl. d. BR v. 11.07.2014, BR-Drucks. 165/2/14, S. 8; Stellungnahme d. Deutschen Notarvereins v. 30.04.2014, S. 8; *Wicke* (Fn. 18), 1417.

⁴³ *Beurskens* (Fn. 18), 746; *Ege/Klett*, Praxisfragen der grenzüberschreitenden Mobilität von Gesellschaften, DStR 2012, 2446 (2447).

⁴⁴ Deutscher Industrie- und Handelskammertag (DIHK), Stellungnahme v. 22.08.2013, S. 3; Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI), Stellungnahme v. 20.09.2013, S. 5; *Hommelhoff*,

Tochtergesellschaften nach den gleichen Vorschriften gründen können. Die SUP-RL(E) verweist jedoch weitgehend auf nationales Recht.⁴⁵ Ein Gleichlauf des auf die in verschiedenen Mitgliedstaaten operierenden Tochtergesellschaften anwendbaren Rechts könnte aber dadurch erreicht werden, dass alle Tochtergesellschaften den gleichen Satzungssitz haben, wenn das Recht des Satzungssitzes unabhängig vom Verwaltungssitz maßgeblich ist.⁴⁶ Gegen die Zulassung einer Sitztrennung spricht aber, dass dadurch nationale Schutzstandards gezielt umgangen werden können.⁴⁷ Zwangsvollstreckungsmaßnahmen sind schwer durchführbar, wenn Gesellschaftsvermögen nicht eindeutig lokalisiert werden kann. Durch das Wahlrecht der Gesellschafter hinsichtlich der Gesellschaftsrechtsform kommt es zu einem „Wettbewerb nach unten“, bei dem sich die Gesellschaftsrechtsform mit den niedrigsten Schutzstandards durchsetzt.⁴⁸ Zwar ist zuzugeben, dass der praktische Nutzen der SUP von der Möglichkeit der Sitztrennung entscheidend abhängt, was jedoch nur darauf zurückzuführen ist, dass ein wirklich europäisches supranationales Gesellschaftsrechtsstatut kaum konsensfähig ist.⁴⁹ Die Lösung kann aber nicht sein, auf einen Kompromiss scheinbar durch Verweis auf nationales Recht zu verzichten, um dann über die Rechtswahlfreiheit der Gesellschafter durch die Hintertür die Rechtsordnungen mit den niedrigsten Schutzstandards obsiegen zu lassen. Die Möglichkeit der Sitztrennung ist daher abzulehnen.

c) Selbst wenn man eine Sitzspaltung grundsätzlich für wünschenswert hält, müssten Forderungen von Gewerkschaftsseite zur Regelung der Mitbestimmung⁵⁰ erfüllt werden, wenn das Vorhaben politisch angesichts der völlig unterschiedlichen Mitbestimmungskonzepte in den Mitgliedstaaten⁵¹ nicht aussichtslos sein soll.⁵² Möglich wäre eine separate Richtlinie nach dem Vorbild der SE,⁵³ die die Mitbestimmungsfrage regelt.⁵⁴ Eine praktikable Lösung, die auch

Die SPE: Kein Instrument zur Umgehung der Mitbestimmung, AuR 2011, 202 (204); *Jung* (Fn. 15), 582.

⁴⁵ Siehe dazu oben Abschnitt I.

⁴⁶ Stellungnahme Nr. 31/2014 d. BRAK vom Juni 2014, S. 4; *Hommelhoff* (Fn. 44), 204; *Jung* (Fn. 15), 582.

⁴⁷ Beschl. d. BR v. 11.07.2014, BR-Drucks. 165/2/14, S. 8; Hans-Böckler-Stiftung, Stellungnahme v. 03.07.2013, S. 1; Deutscher Gewerkschaftsbund (DGB), Stellungnahme v. 06.09.2013, S. 1; *Wicke* (Fn. 18), 1417.

⁴⁸ Beschl. d. BR v. 11.07.2014, BR-Drucks. 165/2/14, S. 8.

⁴⁹ Vgl. Begründung zum Vorschlag v. 9.4.2014 COM (2014) 212 final, S. 2-3; *Beurskens* (Fn. 18), 739.

⁵⁰ Vgl. Stellungnahme d. Deutschen Gewerkschaftsbunds, PM 109 v. 12.6.2014, S. 1.

⁵¹ *Hommelhoff* (Fn. 44), 202-203.

⁵² *Beurskens* (Fn. 18), 746; *Hommelhoff* (Fn. 31), 219; vgl. auch *Teichmann* (Fn. 7), 3563.

⁵³ Richtlinie 2001/86/EG v. 08.10.2001, ABl. L 294 v. 10.11.2001, S. 22.

⁵⁴ *Beurskens* (Fn. 18), 747; *Hommelhoff* (Fn. 31), 219.

von den Gewerkschaften zur SPE als Kompromiss vorgeschlagen wurde,⁵⁵ könnte zudem sein, die Möglichkeit der Gründung einer SUP auf eine bestimmte Anzahl von Arbeitnehmern zu begrenzen.⁵⁶ In Deutschland ist eine Mitbestimmung erst ab 500 Arbeitnehmern vorgesehen, vgl. § 1 Abs. 1 Drittelbeteiligungsgesetz. Wenn die Rechtsform tatsächlich den KMU dienen soll, dürfte dies zumindest bei einer Beschäftigungsgrenze von 500 Arbeitnehmern kein Problem darstellen.⁵⁷ Allerdings ist zu beachten, dass die Grenze für die Mitbestimmung in anderen europäischen Ländern deutlich niedriger liegt als in Deutschland.⁵⁸ Zudem soll die SUP wohl tatsächlich auch größeren Unternehmen die Gründung von Tochtergesellschaften ermöglichen,⁵⁹ wofür auch spricht, dass ein Höchstkapital ausgeschlossen ist, vgl. Art. 16 Abs. 3 SUP-RL(E). Teilweise wird vertreten, dass der deutsche Gesetzgeber die Mitbestimmungsvorschriften auch ohne europäische Regelung auf in anderen europäischen Staaten gegründete Gesellschaften übertragen könnte.⁶⁰ Das Mitbestimmungsgesetz müsste geändert werden, das derzeit nur inländische Unternehmen erfasst.⁶¹ Die Übertragbarkeit wird damit begründet, dass nach der Gebhard-Formel⁶² die Niederlassungsfreiheit durch zwingende Gründe des Allgemeinwohls beschränkbar ist, wozu auch der Schutz der Arbeitnehmer gehöre.⁶³ Ob eine Sonderanknüpfung hinsichtlich der Mitbestimmung mit der Niederlassungsfreiheit vereinbar ist, hat der *EuGH* in der Tat noch nicht entschieden.⁶⁴ Andere Stimmen sehen hierin einen nicht gerechtfertigten Eingriff.⁶⁵ Der zwingende Grund sei zweifelhaft, da in den Mitgliedstaaten völlig unterschiedliche Vorstellungen hinsichtlich der Mitbestimmung herrschten und zudem die Mitbestimmung auch in Staaten wie Deutschland nur für bestimmte Unternehmen ab einem bestimmten Schwellenwert greife.⁶⁶ Jedenfalls ist die rechtliche Möglichkeit einer Sonderanknüpfung so ungesichert, dass es für die deutschen Vertreter in Brüssel nicht ratsam wäre, darauf zu vertrauen, die Mitbestimmungsfrage national regeln zu können. Praktikabler wären eine

⁵⁵ *Sick/Thannisch*, Die Europäische Privatgesellschaft – Damoklesschwert für die Mitbestimmung?, AuR 2011, 155 (159).

⁵⁶ *Hommelhoff/Teichmann* (Fn. 18), 179; *Hommelhoff*, Gesetzgebungsprojekte im Gesellschafts- und Unternehmensrecht für die kommende Legislaturperiode, ZIP 2013, 2177 (2181).

⁵⁷ *Hommelhoff* (Fn. 56), 2181.

⁵⁸ *Hommelhoff/Teichmann* (Fn. 18), 179; *Sick/Thannisch* (Fn. 55), 158.

⁵⁹ *Sick/Thannisch* (Fn. 55), 159 (zur SPE); *Stiegler*, Entwicklungen im europäischen Gesellschaftsrecht im Jahr 2013, DB 2014, 525 (528).

⁶⁰ *Drygala* (Fn. 11), 493; *Thüsing*, Deutsche Unternehmensmitbestimmung und europäische Niederlassungsfreiheit, ZIP 2004, 381 (388).

⁶¹ Vgl. *Thüsing* (Fn. 60), 382.

⁶² *EuGH* v. 30.11.1995, Rs C-55/94, Slg. 1995, I-4165 - *Gebhard*.

⁶³ *Drygala* (Fn. 11), 492-493; *Thüsing* (Fn. 60), 386.

⁶⁴ *Kropholler* (Fn. 36), S. 580.

⁶⁵ *Merkel*, Unternehmensmitbestimmung für ausländische Gesellschaften, ZIP 2011, 1237 (1241-1442).

⁶⁶ *Ebd.*, 1240.

Mitbestimmungs-RL oder eine Begrenzung der Größe der SUP. Den effektivsten Schutz der Mitbestimmung gewährleistet aber immer noch der Gleichlauf von Satzungs- und Verwaltungssitz,⁶⁷ für den hier auch im Hinblick auf andere Schutzvorschriften plädiert wird.

d) Ein Gleichlauf von Satzungs- und Verwaltungssitz ist zu fordern.

2. Eintragungsverfahren und Missbrauchsgefahr

Die Kommission und Teile der Literatur sehen in den Vorschriften zum Eintragungsverfahren ein Kernstück der SUP-RL(E).⁶⁸ Durch ein einheitliches vereinfachtes Eintragungsverfahren könnten die Kosten für die Gründung von Gesellschaften im Ausland verringert werden, was dem übergeordneten Ziel der Richtlinie entspreche.⁶⁹ Gem. Art. 14 Abs. 3 SUP-RL(E) stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass das gesamte Eintragungsverfahren auf elektronischem Weg abgewickelt werden kann, ohne dass der Gründungsgesellschafter vor einer Behörde im Eintragungsmitgliedstaat erscheinen muss. Nach Art. 14 Abs. 4 SUP-RL(E) muss die Eintragung drei Arbeitstage nach Eingang der erforderlichen Unterlagen bei der zuständigen Behörde abgeschlossen sein. Gem. Art. 14 Abs. 5 S. 1 SUP-RL(E) können die Mitgliedstaaten Vorschriften für die Überprüfung der Identität des Gründungsgesellschafters sowie der Zulässigkeit der übermittelten Unterlagen und sonstigen Informationen erlassen. Die Mitgliedstaaten müssen dabei aber in anderen Mitgliedstaaten ausgestellte Ausweise, einschließlich elektronischer Ausweise, akzeptieren (S. 2). Erwägungsgrund 18 SUP-RL(E) betont, dass das gesamte Eintragungsverfahren elektronisch und aus der Ferne abzuwickeln ist. Zudem findet sich in Art. 13 Abs. 1 SUP-RL(E) eine abschließende Aufzählung der Informationen und Unterlagen, die die Mitgliedstaaten für die Eintragung der SUP verlangen dürfen. Gem. Art. 11 SUP-RL(E) wird eine einheitliche Vorlage für die Satzung bereitgestellt, deren Verwendung bei Online-Eintragung gem. Art. 14 Abs. 4 lit. a SUP-RL(E) zwingend ist.

⁶⁷ Begleitschreiben zur Stellungnahme der Hans-Böckler-Stiftung zur Konsultation der EU-Kommission zu Kapitalgesellschaften mit einem einzigen Gesellschafter v. 30.07.2013, S. 1; Begleitschreiben zur Stellungnahme des Deutschen Gewerkschaftsbundes (DGB) zur Konsultation der EU-Kommission zu Kapitalgesellschaften mit einem einzigen Gesellschafter v. 06.09.2013, S. 1; *Bormann/Böttcher*, Vermeidungsstrategien bei der Mitbestimmung in der SPE auf der Grundlage des ungarischen Kompromissvorschlags, NZG 2011, 411 (411); *Sick/Thannisch* (Fn. 55), 158; *Sick/Thannisch*, Die SPE – Die Besorgnis bleibt, AuR 2011, 246 (246-247).

⁶⁸ Begründung zum Vorschlag v. 09.04.2014 COM (2014) 212 final, S. 8; *Teichmann* (Fn. 7), 3563.

⁶⁹ *Ebd.*, S. 3.

Diese Verfahrensvorschriften weichen von denjenigen des deutschen (und generell des kontinentaleuropäischen⁷⁰) Rechts erheblich ab, sodass u.a. in Deutschland bezweifelt wird, ob der Schutz öffentlicher und individueller Interessen hinreichend gewährleistet wird,⁷¹ oder nicht vielmehr „englische Verhältnisse“ drohen.⁷² Gefährdet sei zum einen der öffentliche Glaube der kontinentaleuropäischen Handelsregister.⁷³ In Deutschland kommt dem Handelsregister eine Publizitäts- und Informationsfunktion zu (vgl. § 15 HGB).⁷⁴ Anmeldungen zum Handelsregister sind in öffentlich beglaubigter Form einzureichen (vgl. § 12 HGB), wodurch der Notar eingeschaltet wird, der sowohl die Identität des Anmeldenden als auch den Inhalt der Anmeldung prüft.⁷⁵ Zudem findet eine Prüfung durch weisungsunabhängige Registergerichte statt.⁷⁶ In England dagegen werden Dokumente vom Companies House schlicht gutgläubig akzeptiert,⁷⁷ was z.B. zu 50-100 aufgedeckten Fällen von Identitätsdiebstahl pro Monat führt.⁷⁸ Das englische Register entfaltet daher lediglich bezüglich der Existenz der Gesellschaft Publizitätswirkung.⁷⁹ Der Publizitätswirkung wird hierzulande hohe Bedeutung beigemessen: Eine Identitätsprüfung im Zuge einer vorsorgenden Rechtspflege sei wesentlich günstiger als die Folgekosten ihrer Unterlassung.⁸⁰ Sie verhindere die Einschaltung teurer professioneller Dienstleister zur Due Diligence und Beratung, wie sie in angelsächsischen Ländern schon bei Abschluss normaler Verträge üblich sei.⁸¹ So würden schwache Teilnehmer am Wirtschaftsverkehr wie Arbeitnehmer geschützt, die sich „Herrschaftswissen“ nicht teuer erkaufen könnten.⁸²

⁷⁰ *Ries*, Societas Unius Personae – cui bono? Eine Anmerkung eines deutschen Registerrichters, NZG 2014, 569 (569).

⁷¹ Beschl. d. BR v. 11.07.2014, BR-Drucks. 165/2/14, S. 2; Stellungnahme Nr. 31/2014 der BRAK vom Juli 2014, S. 4.

⁷² Beschl. d. BR v. 11.7.2014, BR-Drucks. 165/2/14, S. 3; Stellungnahme des Deutschen Notarvereins v. 30.04.2014, S. 2; *Ries* (Fn. 70), 569.

⁷³ Beschl. d. BR v. 11.07.2014, BR-Drucks. 165/2/14, S. 5; *Ries* (Fn. 70), 569; *Wicke* (Fn. 18), 1415.

⁷⁴ *Saenger*, in: Saenger/Aderhold/Lenkaitis/Speckmann, Handels- und Gesellschaftsrecht, Praxishandbuch, 2. Aufl. (2011), § 1 Rn. 47.

⁷⁵ *Bock*, Company Hijacking im Vereinigten Königreich, ZIP 2011, 2449 (2450).

⁷⁶ *Ries*, Die europaweite Verknüpfung der Handelsregister – Risiken und Chancen, ZIP 2013, 866 (870).

⁷⁷ Stellungnahme d. Deutschen Notarvereins v. 11.07.2014, S. 5; *Bock* (Fn. 75), 2450; *Ries* (Fn. 76), 869.

⁷⁸ *Ries* (Fn. 76), 869; *Ries* (Fn. 70), 569.

⁷⁹ *Ries* (Fn. 76), 869.

⁸⁰ Beschl. d. BR v. 11.7.2014, BR-Drucks. 165/2/14, S. 4.

⁸¹ *Ries* (Fn. 76), 869; *Wicke* (Fn. 18), 1416; vgl. auch Beschl. d. BR v. 11.07.2014, BR-Drucks. 165/2/14, S. 4.

⁸² *Ries* (Fn. 76), 869.

Ob Identitätsdiebstähle wie in England und ein völliger Verlust des Vertrauens in das Handelsregister bei der SUP zu befürchten wären, wird nicht einheitlich beurteilt. Zwar eröffnet Art. 14 Abs. 5 SUP-RL(E) den Mitgliedstaaten die Möglichkeit einer Identitätsprüfung sowie einer Prüfung der sonstigen Angaben. Doch teilweise wird stark bezweifelt, ob eine solche nach den Vorgaben der Richtlinie effektiv sein könnte.⁸³ Der Deutsche Notarverein ignoriert Art. 14 Abs. 5 SUP-RL(E) in seiner Stellungnahme gar und meint, aufgrund Art. 14 Abs. 3 SUP-RL(E) ent falle eine Identitätsprüfung komplett.⁸⁴ Einer effektiven Prüfung der Identität stehe zum einen entgegen, dass auf eine Präsenz des Gründers ausdrücklich verzichtet werde (Art. 14 Abs. 3 SUP-RL(E)).⁸⁵ Die Mitgliedstaaten müssten sich mit der elektronischen Übermittlung einer eingescannten Kopie begnügen, da sie nach Art. 14 Abs. 5 SUP-RL(E) ausländische Ausweise „akzeptieren“ müssten.⁸⁶ Es wird bezweifelt, ob eine Echtheitsprüfung mit dem Wortlaut der Richtlinie („anerkennen und akzeptieren“) überhaupt vereinbar sei.⁸⁷ Jedenfalls sei sehr zweifelhaft, ob eine solche Prüfung rein tatsächlich möglich wäre.⁸⁸ Zudem könne nicht sichergestellt werden, dass die berechnigte Person einen (echten) Ausweis benutze.⁸⁹ Zwar sei es wünschenswert, gleichwertige Identitätsnachweise aus anderen Mitgliedstaaten zu akzeptieren, jedoch nur unter der Voraussetzung, dass Gründungsgesellschafter und Geschäftsführer sich vor einer öffentlichen Stelle identifiziert haben.⁹⁰ Problematisch sei zudem, dass die Identitätsprüfung nur fakultativ sei⁹¹ und die in Art. 13 Abs. 1 SUP-RL(E) genannten Angaben nicht einmal einen Mindeststandard darstellten.⁹² Die SUP sei nach alledem vor allem für unredliche Gründer interessant, die unter dem Schutz der Anonymität kriminellen Handlungen nachgehen wollen.⁹³ Dadurch, dass die SUP nach Art. 6 Abs. 2 SUP-RL(E) einziger Gesellschafter anderer Gesellschaften sein kann, könnten ganze Konzerne infiziert werden.⁹⁴ Die Seriosität der SUP würde hierunter leiden.⁹⁵ Dies sei schon deshalb nicht hinnehmbar, weil die Gründung einer Auslandstochter für KMU ein gewichtiger Schritt sei, der nicht

⁸³ Beschl. d. BR v. 11.07.2014, BR-Drucks. 165/2/14, S. 3; *Wicke* (Fn. 18), 1415.

⁸⁴ Stellungnahme d. deutschen Notarvereins v. 30.4.2014, S. 7.

⁸⁵ Beschl. d. BR v. 11.07.2014, BR-Drucks. 165/2/14, S. 3; *Wicke* (Fn. 18), 1415.

⁸⁶ Beschl. d. BR v. 11.07.2014, BR-Drucks. 165/2/14, S. 3; vgl. auch *Wicke* (Fn. 18), 1415.

⁸⁷ Beschl. d. BR v. 11.07.2014, BR-Drucks. 165/2/14, S. 3; *Wicke* (Fn. 18), 1415.

⁸⁸ Beschl. d. BR v. 11.07.2014, BR-Drucks. 165/2/14, S. 3.

⁸⁹ Stellungnahme der österreichischen Notariatskammer vom 15.05.2014, S. 3.

⁹⁰ Beschl. d. BR v. 11.07.2014, BR-Drucks. 165/2/14, S. 5.

⁹¹ *Beurskens* (Fn. 18), 745; *Wicke* (Fn. 18), 1415.

⁹² Beschl. d. BR v. 11.07.2014, BR-Drucks. 165/2/14, S. 2.

⁹³ Beschl. d. BR v. 11.07.2014, BR-Drucks. 165/2/14, S. 3-4; Stellungnahme Nr. 31/2014 der BRAK aus Juni 2014, S. 4; *Wicke* (Fn. 18), 1415-1416.

⁹⁴ Beschl. d. BR v. 11.07.2014, BR-Drucks. 165/2/14, S. 4; *Wicke* (Fn. 18), 1415-1416.

⁹⁵ Beschl. d. BR v. 11.07.2014, BR-Drucks. 165/2/14, S. 4; Stellungnahme Nr. 31/2014 der BRAK vom Juni 2014, S. 4; *Wicke* (Fn. 18), 1415-1416.

innerhalb weniger Tage abgewickelt werden müsse, sodass die Vorteile eines schnellen Online-Verfahrens generell zweifelhaft seien.⁹⁶ Die Einschaltung eines Notars sei zudem auch für ausländische Gründer zumutbar, die jemanden im Inland bevollmächtigen könnten. Die Beglaubigung der Vollmacht könne durch jeden Notar oder eine deutsche Auslandsvertretung erfolgen.⁹⁷

Andere sehen die fakultative Eröffnung der Identitätsprüfung als Möglichkeit, eine effektive Identitätsprüfung durch die Notare zu gewährleisten.⁹⁸ Ein sicheres Online-Verfahren sei technisch möglich, wie andere Rechtsordnungen bewiesen.⁹⁹ Sobald die Geldwäscherichtlinie¹⁰⁰ beschlossen würde, würde es zudem Pflicht, eine Identitätskontrolle zu verlangen, da die Mitgliedstaaten sonst die Geldwäscherichtlinie unzureichend umsetzten.¹⁰¹ Jedenfalls bliebe noch genug Zeit für technischen Fortschritt, bis die Richtlinie beschlossen würde, sodass die Integrität des Handelsregisters gewahrt bliebe.¹⁰²

Ob eine Identitätsprüfung über ein Online-Verfahren sicher gewährleistet werden kann, ist eine technische Frage, die hier nicht abschließend beurteilt werden kann. Eine Prüfung der Echtheit der Ausweise verstößt jedenfalls nicht gegen den Wortlaut der Richtlinie: Nur echte Ausweise müssen „anerkannt und akzeptiert“ werden, denn nur diese verfügen über von einem anderen Mitgliedstaat verliehene Autorität. Problematisch ist aber die fakultative Identitätsprüfung in Verbindung mit der Rechtswahl.¹⁰³ Die Mitgliedstaaten müssen SUP, die ihren Verwaltungssitz in ihrem Hoheitsgebiet haben, zwingen können, sich einer Identitätsprüfung zu unterziehen. Ansonsten ist ein Wahlrecht wertlos. Dies sollte unabhängig von der Geldwäscherichtlinie klargestellt werden.

Auch wird kritisiert, dass die Beratungsfunktion der Notare entfällt,¹⁰⁴ die zu einer Entlastung der Gerichte führe.¹⁰⁵ Diese klärten über Risiken und Gestaltungsmöglichkeiten auf¹⁰⁶ und böten gerade für kleine und mittlere Unternehmen Beratungsleistungen, die diese sonst teurer anderswo einkaufen

⁹⁶ Beschl. d. BR v. 11.07.2014, BR-Drucks. 165/2/14, S. 4.

⁹⁷ *Ries* (Fn. 70), 569-570.

⁹⁸ *Drygala* (Fn. 11), 494; wohl auch *Jung* (Fn. 15), 587.

⁹⁹ *Drygala* (Fn. 11), 494.

¹⁰⁰ Vorschlag v. 05.02.2013 COM (2013) 45 final.

¹⁰¹ *Beurskens* (Fn. 18), 746.

¹⁰² *Ebd.*, 746.

¹⁰³ Siehe dazu oben Abschnitt **III. 1**.

¹⁰⁴ Beschl. d. BR v. 11.07.2014, BR-Drucks. 165/14, S. 5; *Ries* (Fn. 70), 569.

¹⁰⁵ *Bock* (Fn. 75), 2450; vgl. auch Beschl. d. BR v. 11.07.2014, BR-Drucks. 165/2/14, S. 5; *Wicke* (Fn. 18), 1416.

¹⁰⁶ Beschl. d. BR v. 11.07.2014, BR-Drucks. 165/2/14, S. 5.

müssten.¹⁰⁷ Gerade bei der SUP werden angesichts der vielen verschiedenen nationalen Ausgestaltungen dieser Rechtsform hohe Beratungskosten prognostiziert.¹⁰⁸ Zudem könnten Mustersatzungen die tatsächlichen Bedürfnisse der Gesellschafter nicht in gleicher Weise abbilden wie von Notaren individuell erstellte Satzungen.¹⁰⁹ Dies zeige sich auch daran, dass erfahrungsgemäß Mustersatzungen schon nach kurzer Zeit geändert werden.¹¹⁰ Andere haben keine grundsätzlichen Bedenken gegen Mustersatzungen und meinen, die Beratungsfunktion des Notars solle gerade bei deren Verwendung nicht überschätzt werden; seine warnenden Worte hätten auf Laien wohl keine durchschlagende Wirkung.¹¹¹ Die Beratungsfunktion der Notare ist zwar volkswirtschaftlich sinnvoll. Im Rahmen eines notwendigen europäischen Kompromisses¹¹² ist es aber ratsamer, hier Abstriche zu machen als bei der Identitätskontrolle,¹¹³ die unabdingbar ist, um eine gewisse Seriosität der SUP zu gewährleisten.

3. Mindestkapital und Gläubigerschutz

Ebenfalls dem Ziel der Verringerung der Kosten für die Gründung einer Gesellschaft dienen die Vorschriften zum Stammkapital, vgl. Erwägungsgrund 19 SUP-RL(E). Nach Art. 16 Abs. 1 SUP-RL(E) beträgt das Stammkapital der SUP mindestens 1 € bzw. eine Einheit der jeweiligen Landeswährung. Art. 16 Abs. 4 SUP-RL(E) schließt eine Pflicht zur Rücklagenbildung explizit aus. Nach Art. 16 Abs. 5 SUP-RL(E) ist das gezeichnete und eingezahlte Kapital in Brief- und Auftragsformularen anzugeben und auf der Website der Gesellschaft zugänglich zu machen. Die Kommission erkennt die Notwendigkeit des Gläubigerschutzes und will daher unverhältnismäßige Gewinnausschüttungen an die Gesellschafter verhindern, vgl. Erwägungsgrund 19 SUP-RL(E). Nach Art. 18 Abs. 2 SUP-RL(E) ist eine Gewinnausschüttung ausgeschlossen, wenn diese zu einer Unterbilanz führen würde. Die SUP nimmt nach Art. 18 Abs. 3 SUP-RL(E) auch keine Gewinnausschüttung vor, wenn sie dann nicht mehr in der Lage wäre, ihre nach der Gewinnausschüttung fällig werdenden Schulden zu begleichen. Das Leitungsorgan muss eine Solvenzbescheinigung für das folgende Jahr ausstellen. Diese Solvenzbescheinigung wird nach Art. 18 Abs. 4 SUP-RL(E) offen gelegt. Verstößt eine Gewinnausschüttung gegen Art. 18 Abs. 2 oder Art. 18 Abs. 3 SUP-RL(E), haftet der Geschäftsführer persönlich, wenn er den Verstoß kannte oder

¹⁰⁷ *Ries* (Fn. 70), 569.

¹⁰⁸ *Ries* (Fn. 70), 570; *Wicke* (Fn. 18), 1416.

¹⁰⁹ *Ries* (Fn. 70), 570.

¹¹⁰ *Ebd.*, 570.

¹¹¹ *Beurskens* (Fn. 18), 745.

¹¹² *Teichmann* (Fn. 7), 3563.

¹¹³ Vgl. *Teichmann* (Fn. 7), 3563.

hätte kennen müssen, Art. 18 Abs. 5 SUP-RL(E). Der Gesellschafter muss gem. Art. 19 SUP-RL(E) die unrechtmäßigen Gewinnausschüttungen zurückerstatten, wenn er von dem Verstoß wusste oder hätte wissen müssen. Weitere Beschränkungen in Bezug auf die Verwendung des Kapitals sollen nicht auferlegt werden, Erwägungsgrund 19 SUP-RL(E).

Dieses System des Gläubigerschutzes weicht von dem deutschen Prinzip der Aufbringung und Erhaltung des Stammkapitals, dem „Kernstück des deutschen GmbH-Rechts“¹¹⁴, erheblich ab. Das eingezahlte Haftungskapital gilt als das verbindende Element der Kapitalgesellschaften.¹¹⁵ Nach § 5 Abs. 1 GmbHG beträgt das Stammkapital einer deutschen GmbH mindestens 25.000 €. Zwar sieht § 5a GmbHG auch die Möglichkeit einer Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) vor, die über ein solches Mindestkapital nicht verfügen muss. Bei dieser besteht jedoch gem. § 5a Abs. 3 S. 1 GmbHG eine Pflicht zur Rücklagenbildung in der Höhe von einem Viertel des Jahresüberschusses. Nach § 30 Abs. 1 S. 1 GmbHG darf das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen der Gesellschaft nicht an die Gesellschafter ausgezahlt werden. Der dauerhafte Verzicht der SUP-RL(E) auf die Bildung einer Haftungsmasse, die dem Zugriff der Gesellschafter entzogen ist, hat daher in Deutschland zu erheblicher Kritik geführt.¹¹⁶ Die rechtspolitische Zweckmäßigkeit des Mindestkapitals und seine Ersetzbarkeit durch einen Solvenzttest im Hinblick auf SPE, SUP und im Allgemeinen werden allerdings auch hierzulande unterschiedlich beurteilt. Nach traditioneller Auffassung gilt das Mindestkapital als angemessener Preis und Ausgleich für die Haftungsbeschränkung.¹¹⁷ Es wird als „Seriositätsschwelle“ bezeichnet, die unseriöse Gründer abschrecke.¹¹⁸

¹¹⁴ BGHZ 28, 77; 51, 157 (162); *Schmitz-Herscheidt/Coenen*, in: Saenger/Aderhold/Lenkaitis/Speckmann, Handels- und Gesellschaftsrecht, Praxishandbuch, 2. Aufl. (2011), § 6 Rn. 306.

¹¹⁵ *Brücke von Oertzen*, in: Saenger/Aderhold/Lenkaitis/Speckmann, Handels- und Gesellschaftsrecht, Praxishandbuch, 2. Aufl. (2011), § 4 Rn. 43.

¹¹⁶ Beschl. d. BR v. 11.07.2014, BR-Drucks. 165/2/14, S. 6.

¹¹⁷ BGHZ 28, 77; 51, 157 (162); *Freudenberg*, Mindestkapital und Gründungshaftung in der SPE nach dem schwedischen Kompromissentwurf, NZG 2010, 527 (528); *Goette*, Wo steht der BGH nach „Centros“ und „Inspire Art“?, DStR 2005, 197 (197-198); *Heidinger*, Der Kapitalschutz bei der GmbH auf dem Prüfstand, DNotZ. 2005, 97 (98); *Schmitz-Herscheidt/Coenen* (Fn. 110), § 6 Rn. 306; *Wicke*, Die Euro-GmbH im „Wettbewerb der Rechtsordnungen“, GmbHR 2006, 356 (361).

¹¹⁸ *Anzinger*, Die Europäische Privatgesellschaft – vom Vollstatut zum tragfähigen Kompromiss, BB 2009, 2606 (2610); *Goette* (Fn. 117), 198; *Heidinger* (Fn. 117), 104; *Henrichs*, Kapitalschutz bei GmbH, UG (haftungsbeschränkt) und SPE, NZG 2009, 921 (922); *Hommelhoff/Teichmann* (Fn. 30), 904; *Koberski/Heuschmidt* (Fn. 38), 209; *Waldenberger/Sieber*, Die Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) jenseits der „Existenzgründer“, Rechtliche Besonderheiten und praktische Nutzen, GmbHR 2009, 114 (117); *Wicke* (Fn. 117), 361; *Wilhelmi*, Das Mindestkapital als

Seit längerem mehrten sich aber in der allgemeinen rechtspolitischen Diskussion um das Mindestkapital Stimmen, die dem Stammkapital die Tauglichkeit zum effektiven und effizienten Gläubigerschutz absprechen.¹¹⁹ Zunächst sei zu beachten, dass es keine Garantie für eine den Gläubigern zur Verfügung stehende Haftungsmasse beinhalte, da das Gesetz nicht die Thesaurierung des Stammkapitals verlange, sondern nur seine Ausschüttung an die Gesellschafter verhindere.¹²⁰ Das Mindestkapital könne im operativen Geschäft eingesetzt werden und verloren gehen, was vielfach in der verlustreichen Gründungsphase geschehe.¹²¹ Dies sei Laien aber unbekannt, sodass der Begriff Mindestkapital irreführend sei.¹²² Eine wirkliche Seriositätsschwelle würde ein mindestens verdoppeltes Mindestkapital erfordern, was unter dem Gesichtspunkt der Gründungserleichterung aber nicht hinnehmbar wäre.¹²³ Vielmehr stelle der informatorische Gläubigerschutz in Form der Information über die Finanzausstattung der Gesellschaft einen hinreichenden Schutz für vertragliche Gläubiger dar.¹²⁴ Dieser wird bei der SUP durch Art 16 Abs. 5 SUP-RL(E) gewährleistet, wobei die Anpassung der Geschäftsbriefe an ein verändertes Stammkapital teils noch als zu aufwendig angesehen wird und angeregt wird, die Geschäftspartner auf Jahresabschlüsse zu verweisen.¹²⁵ Vertragliche Gläubiger werden sich persönliche Sicherheiten geben lassen.¹²⁶ Gesetzliche Gläubiger würden durch das Mindestkapital, das aufgebraucht sein kann und diese Haftungsrisiken, die ex ante nicht abgeschätzt werden können, nicht abzudecken vermag, ohnehin nicht geschützt.¹²⁷ Dies gelte bei der SUP umso mehr: Ein vom Bruttoinlandsprodukt abhängiges Mindestkapital würde die ärmeren Länder als solche brandmarken und Uniformität verhindern;¹²⁸ ein für Kleinründer in allen Mitgliedstaaten finanzierbares Mindestkapital von z.B. 8000 € ohnehin keinen

Mindestschutz – eine Apologie im Hinblick auf die Diskussion um eine Reform der GmbH angesichts der englischen Limited, GmbHR 2006, 13 (14).

¹¹⁹ Vgl. etwa *Beurskens* (Fn. 18), 742; *Grunewald/Noack*, Zur Zukunft der GmbH – Die Ein-Euro-GmbH in Deutschland, GmbHR 2005, 189 (189 f.); *Schmidt*, Der Vorschlag für eine Societas Unius Personae (SUP) – super oder suboptimal?, GmbHR 2014, R129 (R130).

¹²⁰ *Pfisterer*, in: Saenger/Inhester, 2. Aufl. 2013, § 5 Rn. 6; *Schmitz-Herscheidt/Coenen* (Fn. 110), § 6 Rn. 347; *Waldenberger/Sieber* (Fn. 118), 117.

¹²¹ *Grunewald/Noack* (Fn. 119), 189; *Pfisterer* (Fn. 120), § 5 Rn. 6.

¹²² *Grunewald/Noack* (Fn. 119), 190.

¹²³ *Ebd.*, 190.

¹²⁴ *Ebd.*, 190.

¹²⁵ *Beurskens* (Fn. 18), 742.

¹²⁶ *Ebd.*, 742.

¹²⁷ *Ebd.*, 742; *Grunewald/Noack* (Fn. 119), 190.

¹²⁸ Vgl. *Hommelhoff/Teichmann*, Die SPE vor dem Gipfelsturm. Zum Kompromissvorschlag der schwedischen EU-Ratspräsidentschaft, GmbHR 2010, 337 (339), die ein Mindestkapital aber grundsätzlich befürworten.

wirksamen Schutz darstellen.¹²⁹ Somit verhindere das Mindestkapital lediglich sinnvolle Gründungen.¹³⁰ Eine Kombination aus Bilanz- und Solvenzttest könne eine befriedigende Kapitalerhaltung gewährleisten, wobei es hierbei auf die Effektivität der Durchsetzung ankomme.¹³¹ Die kenntnisabhängige Rückgewährpflicht in Art. 19 SUP-RL(E) sei daher zu schwach.¹³²

Andere treten diesen Bedenken richtigerweise entgegen. Die Unvollkommenheit des Schutzes durch das Mindestkapital spreche nicht für seine Abschaffung.¹³³ So könne eher über seine Erhöhung nachgedacht werden.¹³⁴ Zwar könne das Mindestkapital im operativen Geschäft verbraucht werden.¹³⁵ Nach der gesetzlichen Konzeption sei dieses aber eben kein Risikopuffer der Gläubiger gegenüber der Gesellschaft,¹³⁶ sondern ein Risikopuffer der Gesellschaft gegenüber den Gesellschaftern, wodurch diese vor (Start-)Insolvenz und damit indirekt die Gläubiger geschützt werden.¹³⁷ Als Verlustpuffer bewirke es, dass die Gläubiger bis zu seinem Verbrauch bei Verlusten weiter befriedigt werden und, wenn wieder Gewinne erwirtschaftet werden, zunächst wieder das Mindestkapital gedeckt wird.¹³⁸ Eine dennoch bestehende Insolvenzanfälligkeit sei angesichts der Anziehungskraft einer Haftungsbeschränkung auf Unternehmen mit ungewissen Erfolgsaussichten nicht überraschend.¹³⁹ Die Zahl der Insolvenzen bei der GmbH sei aber niedriger als bei der AG¹⁴⁰ oder der Ltd.¹⁴¹ Das Mindestkapital verursache keine Gründungskosten,¹⁴² sondern gewährleiste ein Mindestmaß an Eigenkapital des Unternehmens, was - insbesondere bei kostenintensiven grenzüberschreitenden Tätigkeiten¹⁴³ - ohnehin Voraussetzung für seine

¹²⁹ *Beurskens* (Fn. 18), 742.

¹³⁰ *Grunewald/Noack* (Fn. 119), 190.

¹³¹ *Drygala* (Fn. 11), 496.

¹³² *Drygala* (Fn. 11), 496.

¹³³ *Ekkenga*, in: MünchKomm GmbHG 1. Aufl. 2010, § 30 Rn. 38; *Schmidt*, ...ut aliquid fiat – Von der „GmbH-Reform 2005“ zum Referentenentwurf eines Mindestkapitalgesetzes, DB 2005, 1095 (1096).

¹³⁴ *Ekkenga* (Fn. 133), § 30 Rn. 38; *Heidinger* (Fn. 117), 117.

¹³⁵ *Heidinger* (Fn. 117), 103-104.

¹³⁶ *Goette* (Fn. 117), 198.

¹³⁷ *Fastrich*, Optimierung des Gläubigerschutzes bei der GmbH – Praktikabilität und Effizienz, DStR 2006, 656 (658); *Henrichs* (Fn. 118), 922; *Koberski/Heuschmidt* (Fn. 38), 209; *Ries* (Fn. 70), 570; *Wicke* (Fn. 117), 361; *Wilhelmi* (Fn. 118), 13-14.

¹³⁸ *Anzinger* (Fn. 118), 2610; *Fastrich* (Fn. 137), 658; *Heidinger* (Fn. 117), 104; *Henrichs* (Fn. 118), 922; *Teichmann*, Reform des Gläubigerschutzes im Kapitalgesellschaftsrecht, NJW 2006, 2444 (2446).

¹³⁹ *Fastrich* (Fn. 137), 657.

¹⁴⁰ *Ebd.*, 656-657.

¹⁴¹ *Ebd.*, 658.

¹⁴² *Heidinger* (Fn. 117), 102.

¹⁴³ *Anzinger* (Fn. 118), 2610.

Überlebensfähigkeit sei.¹⁴⁴ Ohne Mindestkapital gerieten die Gründer leicht in die insolvenzrechtliche Überschuldung¹⁴⁵ und, wenn sie der Insolvenzantragspflicht nach § 15a InsO – das Insolvenzrecht bleibt national geregelt – nicht nachkommen, in die Strafbarkeit.¹⁴⁶ Selbst wenn das Mindestkapital unseriöse Gründer nicht abschrecken könnte, könnte es die Unvorsichtigen nachdenklich stimmen und gewährleiste eine ernsthafte Gründungsplanung, was auch ein moderates Mindestkapital bewirke.¹⁴⁷ Es sei aber nicht nur Seriositätsschwelle im Zeitpunkt der Gründung, sondern führe auch später zu einem gewissen Gleichlauf der Interessen der Gesellschafter und der Gesellschaftsgläubiger.¹⁴⁸ Ausgleich für die fehlende persönliche Haftung sei, dass das Mindestkapital die Gesellschafter an den Verlusten der Gesellschaft persönlich beteilige und somit ein völliges Verschieben der Risiken auf die Gläubiger verhindere.¹⁴⁹ Im Wettbewerb der Rechtsordnungen bediene das englische Modell bereits den Markt für günstige Gesellschaftsgründungen.¹⁵⁰ Durch einen strengen Gläubigerschutz könne ein (europäisches) Gütesiegel für eine Rechtsform wie die SUP geschaffen werden,¹⁵¹ das europaweit akzeptiert wird,¹⁵² wohingegen eine Gesellschaft ohne Mindestkapital als unseriös gelte.¹⁵³ Die Alternativen zum Mindestkapital seien nicht überzeugend. Die Möglichkeit vertraglichen Schutzes bestehe nur für starke vertragliche Gläubiger.¹⁵⁴ Die hohen Transaktionskosten, an denen auch die Gesellschaftsgläubiger beteiligt würden, sprächen zudem gegen die Effizienz und Gerechtigkeit dieses Systems.¹⁵⁵ Ein Solvenztest sei, gerade auch für die von der Haftung bedrohten Geschäftsführer, unsicher, indem er auf persönlichen

¹⁴⁴ *Heidinger* (Fn. 117), 102; *Hennrichs* (Fn. 118), 922; *Wicke* (Fn. 117), 361.

¹⁴⁵ *Hennrichs* (Fn. 118), 922.

¹⁴⁶ Beschl. d. BR v. 11.07.2014, BR-Drucks. 165/2/14, S. 7.

¹⁴⁷ *Hennrichs* (Fn. 118), 922; *Hommelhoff/Teichmann* (Fn. 30), 904; *Ries*, „Rule Britannia“. Betrachtungen zur SPE aus der Sicht eines deutschen Registerrichters, NZG 2009, 1052 (1052); *Teichmann* (Fn. 138), 2446.

¹⁴⁸ *Fastrich* (Fn. 137), 658; *Heidinger* (Fn. 117), 98; *Wilhelmi* (Fn. 118), 14.

¹⁴⁹ *Goette* (Fn. 117), 198; *Heidinger* (Fn. 117), 98; *Hennrichs* (Fn. 118), 922; *Wicke* (Fn. 117), 361; *Wilhelmi* (Fn. 118), 14.

¹⁵⁰ *Freudenberg* (Fn. 117), 528; *Hommelhoff/Teichmann* (Fn. 9), 931; *Teichmann* (Fn. 138), 2449-2450.

¹⁵¹ *Dejmeke* (Fn. 9), 880; *Freudenberg* (Fn. 117), 528; *Hennrichs* (Fn. 118), 927; *Hommelhoff/Teichmann* (Fn. 9), 931-932; *Teichmann* (Fn. 138), 2450.

¹⁵² *Freudenberg* (Fn. 117), 528; *Wedemann*, Die Europa-GmbH ante portas, EuZW 2010, 534 (538).

¹⁵³ Vgl. zur SPE *Anzinger* (Fn. 118), 2610; *Hennrichs* (Fn. 118), 927; *Hommelhoff/Teichmann* (Fn. 30), 904; *Ries* (Fn. 147), 1052-1053.

¹⁵⁴ Beschl. d. BR v. 11.07.2014, BR-Drucks. 165/2/14, S. 6; *Anzinger* (Fn. 118), 2610; *Fastrich* (Fn. 137), 662; *Freudenberg* (Fn. 117), 529; *Goette* (Fn. 117), 198; *Ries* (Fn. 147), 1053; *Wilhelmi* (Fn. 118), 15.

¹⁵⁵ *Ekkenga* (Fn. 133), § 30 Rn. 39; *Wilhelmi* (Fn. 118), 16.

Einschätzungen und Wertungen beruhe.¹⁵⁶ Zudem sei er aufwendig und teuer.¹⁵⁷ Jedenfalls könne ein Solvenzttest nur die Funktion des Kapitalerhaltungsrechts übernehmen und keine Seriositätsschwelle bei der Gründung darstellen.¹⁵⁸ Höchstens könnte ein Mindestkapital zu seiner Flexibilisierung durch einen Solvenzttest ergänzt werden, der weitere Ausschüttungen ermöglicht.¹⁵⁹ Ein empirischer Beleg für einen ökonomischen Vorteil durch flexiblere Kapitalausstattung fehle allerdings.¹⁶⁰ Ein Solvenzttest könne jedenfalls langfristige Zahlungsverpflichtungen wie aus Pensionslasten nicht erfassen.¹⁶¹ Zudem sei er nur sinnvoll, wenn die Durchsetzung nach Art. 18 Abs. 5 und Art. 19 SUP-RL(E) effektiv möglich ist, was aber mit einer verlässlichen Identitätsfeststellung der Gesellschafter und der Geschäftsführer steht und fällt.¹⁶² Im Hinblick auf Art. 18 und Art. 20 SUP-RL(E) sei unklar, ob z.B. auch unvorteilhafte Verträge mit Gesellschaftern erfasst sind.¹⁶³ Eine Alternative zu einem zu Beginn einzuzahlenden Mindestkapital könnte allerdings eine Ansammellösung entsprechend der UG sein¹⁶⁴ oder sogar eine Ansammellösung mit Differenzeinlagepflicht, bei der, noch weitergehend als bei der UG, das Mindestkapital bei Gewinnen aus den Jahresüberschüssen anzusparen und bei Verlusten durch die Gesellschafter schrittweise einzubringen ist, um eine Verlustbeteiligung sicherzustellen.¹⁶⁵

Dem ist zuzustimmen. Zwar ist ein Mindestkapital im Interesse der neuen Mitgliedstaaten nicht zu hoch anzusetzen. Derjenige, der sich einer Haftungsbeschränkung bedient, muss aber bereit sein, einen persönlichen Einsatz zu erbringen. Jedenfalls diese Ernsthaftigkeitsgewähr kann ein Mindestkapital leisten. Ist es schnell verbraucht, so spricht dies nur dafür, dass das Kapital von den Unternehmen ohnehin benötigt wird, sodass seine Einbringung die Gründung nicht verteuert. Aus den oben genannten Gründen ist ein Solvenzttest kein vollwertiger Ersatz. Das Mindestkapital um ihn zu ergänzen, würde jedenfalls dem Ziel, die Gründungskosten zu senken, nicht dienen. Eine Ansammellösung wäre möglich, wobei aber durch eine Differenzeinlagepflicht eine Verlustbeteiligung sicherzustellen ist.

¹⁵⁶ *Henrichs* (Fn. 118), 926; *Hommelhoff/Teichmann* (Fn. 9), 932; *Teichmann* (Fn. 138), 2447; *Wilhelmi* (Fn. 118), 21.

¹⁵⁷ *Teichmann* (Fn. 138), 3447; *Wilhelmi* (Fn. 118), 21.

¹⁵⁸ *Freudenberg* (Fn. 117), 529.

¹⁵⁹ *Freudenberg* (Fn. 117), 529; *Hommelhoff/Teichmann* (Fn. 9), 931.

¹⁶⁰ *Henrichs* (Fn. 118), 922.

¹⁶¹ *Ebd.*, 923.

¹⁶² *Ries* (Fn. 70), 570.

¹⁶³ Beschl. d. BR v. 11.07.2014, BR-Drucks. 165/2/14, S. 6.

¹⁶⁴ *Ebd.*, S. 7.

¹⁶⁵ *Henrichs* (Fn. 118), 927.

IV. Vor- und Nachteile einer Harmonisierungslösung gegenüber einer supranationalen Rechtsform

Wie oben beschrieben soll die SUP anders als die SPE durch die Harmonisierung des nationalen Rechts mittels einer Richtlinie eingeführt werden.¹⁶⁶ Da die SUP nach eigener Erklärung der Kommission einen Ersatz für das aus ihrer Sicht endgültig gescheiterte SPE-Projekt darstellt,¹⁶⁷ bietet es sich an, die Vor- und Nachteile des neuen Ansatzes zu untersuchen. Hauptvorteil der Harmonisierungsrichtlinie könnte das erleichterte Gesetzgebungsverfahren sein,¹⁶⁸ das allerdings nur greift, wenn man Art. 50 AEUV als Rechtsgrundlage ausreichen lässt.¹⁶⁹ Der Vorwurf, dass eine Harmonisierungslösung ein „trojanisches Pferd“ für die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten darstellt,¹⁷⁰ ist dadurch entschärft, dass die nationale Ein-Mann-GmbH weiterhin unverändert neben der SUP angeboten werden kann, vgl. Erwägungsgrund 10 SUP-RL(E). Damit würde die SUP wie eine supranationale Rechtsform neben die bestehenden nationalen Rechtsformen treten und diese nicht direkt verändern.¹⁷¹ Zwar sind Konkurrenzeffekte in der Tat zu erwarten,¹⁷² allerdings gilt dies bei supranationalen Rechtsformen ebenso.¹⁷³ Nachteilig gerade für Familienunternehmen könnte sein, dass die SUP nur für Einpersonengesellschaften anwendbar ist.¹⁷⁴ Dagegen spricht aber, dass der einzige Anteil von mehreren Personen, die sich z.B. zu einer GbR zusammengeschlossen haben, gehalten werden kann, Art. 15 Abs. 3 SUP-RL(E).¹⁷⁵ Entscheidender Vorteil der SPE könnte daher sein, dass sie ein europäisches Gesamtkonstrukt darstellt. Auch der letzte Entwurf für die SPE¹⁷⁶ sah aber keine unionsrechtliche Vollregelung, sondern eine Reihe von Mitgliedstaatenwahlrechten vor. Ob in einer Verordnung oder in einer Richtlinie weitgehend auf nationales Recht verwiesen wird, ist aber unerheblich.¹⁷⁷ Die SPE in Form eines Vollstatuts hätte allerdings echte Vorteile gegenüber der SUP: Sie würde eine Kostenersparung bei der

¹⁶⁶ *Ries* (Fn. 70), 569.

¹⁶⁷ Begründung zum Vorschlag v. 09.04.2014 COM (2014) 212 final, S. 2-3.

¹⁶⁸ *Schmidt* (Fn. 119), R130.

¹⁶⁹ Siehe dazu oben Abschnitt II. 1.

¹⁷⁰ *Bayer/Schmidt* (Fn. 20), 1223; *Hommelhoff* (Fn. 56), 2181-8182; *Hommelhoff* (Fn. 31), 221; *Schmidt* (Fn. 119), R130.

¹⁷¹ Vgl. DIHK, Stellungnahme v. 22.08.2013, S. 2; *Jung* (Fn. 15), 582-582.

¹⁷² *Schmidt* (Fn. 119), R130.

¹⁷³ *Beurskens* (Fn. 18), 747.

¹⁷⁴ *Schmidt* (Fn. 119), R130.

¹⁷⁵ Vgl. *Jung* (Fn. 15), 587.

¹⁷⁶ Europäisches Parlament, Legislative Entschließung v. 10.03.2009 zu d. Vorschlag für eine Verordnung d. Rates über d. Statut d. Europäischen Privatgesellschaft, EP A6-0044/2009.

¹⁷⁷ Vgl. *Teichmann* (Fn. 7), 3565.

Gründung von Tochtergesellschaften ermöglichen, die bei Verweisung auf nationales Recht nur durch eine Sitzspaltung zu erreichen wäre.¹⁷⁸

V. Fazit

Die SUP ist jedenfalls in der Form des Kommissionsvorschlags abzulehnen. Auf Grund des Subsidiaritätsprinzips ist ein grenzüberschreitendes Element unverzichtbar. Art. 50 AEUV ist als Rechtsgrundlage auch im Hinblick auf die Nähe der SUP zu einer supranationalen Rechtsform zweifelhaft. Eine Sitzspaltung ist zu versagen, um zu verhindern, dass die Wahl der Rechtsordnung mit den geringsten Schutzstandards durch die Gesellschafter durch die Hintertür zu einer europaweiten Vereinheitlichung des auf die SUP anwendbaren Gesellschaftsrechts auf niedrigem Niveau führt. Im Hinblick auf das Eintragungsverfahren ist eine effektive Identitätsprüfung zu gewährleisten. Ein Versagen der Sitzspaltung würde die Probleme bezüglich des Wahlrechts entschärfen. Experten müssen allerdings noch die technische Frage beantworten, ob ein reines Online-Verfahren eine sichere Identitätsprüfung leisten kann. Die Beratungsfunktion der Notare ist sinnvoll, im Zuge eines europäischen Kompromisses wäre es aber am wenigsten schmerzhaft, hier Abstriche zu machen. Ein Mindestkapital wäre als Seriositätsschwelle zu fordern: Derjenige, der sich einer Haftungsbeschränkung bedient, muss bereit sein, einen persönlichen Einsatz zu erbringen. Im Interesse der neuen Mitgliedstaaten wäre dieses aber nicht höher als 8.000 € anzusetzen. Eine Ansammellösung wäre denkbar, wobei aber durch eine Differenzeinlagepflicht eine Verlustbeteiligung sicherzustellen ist. Fraglich ist aber, ob die Einführung einer SUP mit den vorstehenden Charakteristika sinnvoll wäre. Das Verbot der Sitzspaltung verhindert, dass ein Unternehmen all seine Tochtergesellschaften nach dem gleichen Recht gründen kann. Damit wird das Ziel der verringerten Gründungskosten nicht erreicht. Dies ist aber kein Grund, eine Sitzspaltung zuzulassen. Zum einen ist auch die Zwecktauglichkeit einer SUP nach dem Kommissionsentwurf zweifelhaft. Zwar kann durch die Zulassung der Sitzspaltung das rechtstechnische Ziel des gleichen auf die Tochtergesellschaften anwendbaren Rechts erreicht werden. Dieses Ziel kann aber nach der Gründungstheorie des *EuGH* auch durch Verwendung beliebiger Rechtsformen eines Mitgliedstaats erreicht werden, sofern der Gründungsstaat die Sitzspaltung zulässt. Der Mehrwert einer europäisierten Rechtsform läge idealerweise in ihrem europäischen Gütesiegel, das das Misstrauen gegenüber ausländischen

¹⁷⁸ Vgl. zu den Vorteilen eines Vollstatuts gegenüber dem Verweis ins innerstaatliche Recht *Schädle/Eich*, Die grenzüberschreitende Sitzaufspaltung der SPE aus Sicht des deutschen Steuerrechts, DStR 2012, 2341 (2341-2342); *Schumacher/Stadtmüller*, Quo vadis, SPE? – Auf dem Weg zu einer europäischen Gesellschaft nationalen Rechts?, GmbHR 2012, 682 (686); *Wicke*, Grundelemente einer Europäischen Privatgesellschaft, GmbHR 2011, 566 (569).

Rechtsformen beseitigen würde. Ob die SUP dies aber trotz ihrer Seriositätsdefizite im Hinblick auf das anwendbare Recht - und, je nach Ausgestaltung, die Identitätsprüfung sowie das Mindestkapital - leisten könnte, ist sehr zweifelhaft. Dass eine Gesellschaft, die weitgehend den laxen Standards einer Limited folgt, unter europäischem Gütesiegel firmiert, ist jedenfalls rechtspolitisch nicht wünschenswert. Die SUP sollte daher nicht eingeführt werden. Einen wirklichen Mehrwert könnte dagegen eine echte supranationale SPE bringen. Ob ein Vollstatut konsensfähig ist, ist zwar zweifelhaft. Doch ist es besser, auf eine Regelung zu verzichten, als einer schlechten zuzustimmen.

Jan-Willem Prügel*

Der Status quo der brasilianischen Schiedsgerichtsbarkeit am Beispiel der Kompetenz-Kompetenz

Abstract

Schiedsgerichtsbarkeit wird im internationalen Handels- und Rechtsverkehr immer bedeutender, um Konflikte effizient und kostengünstig beizulegen. Die vorliegende Arbeit bewertet den aktuellen Entwicklungsstand und die justizielle wie gesetzgeberische Akzeptanz am Beispiel Brasiliens, das gemeinsam mit anderen südamerikanischen Staaten eine lange Geschichte der Schiedsfeindlichkeit hat, für den internationalen Kommerz aber zunehmend wichtiger wird. Der Beitrag zeigt, dass ein Wandel auf nationaler Ebene begonnen hat und Brasilien somit langsam das Potential entwickelt, eine Vorreiterrolle für den lateinamerikanischen Rechtsraum, insbesondere den Mercosur-Binnenmarkt, in Bezug auf schiedsrechtliche Gesetzesreformen und eine schiedsfreundliche Rechtsprechung einnehmen zu können. Um das weite Feld der Entwicklungen einzugrenzen, betrachtet die Arbeit ausführlich die Akzeptanz und Durchsetzbarkeit von Schiedssprüchen anhand des Grundprinzips der schiedsrichterlichen Kompetenz-Kompetenz.

* Der Autor studiert im 7. Fachsemester Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Der Beitrag basiert auf einer Studienarbeit im Rahmen des Schwerpunkts IPR/IZVR.

I. Einleitung

Das Phänomen der privaten Schiedsgerichtsbarkeit hat in den vergangenen Jahren immer mehr an Bedeutung gewonnen, da es für viele Parteien eine attraktive Alternative zur staatlichen Justiz darstellt. Dies gilt insbesondere für den internationalen Handelsverkehr¹ aber auch den Sport², für deren Beteiligte die Vorteile dieser Form der außergerichtlichen Streitbeilegung³ im Falle einer nötig werdenden juristischen Auseinandersetzung oft besonders stark in Erscheinung treten. Gar als „das den Welthandel schmierende Öl“⁴ bezeichnet, zählen unter anderem die selbstständige Wahl von, freilich unbefangenen, Schiedsrichtern⁵, oftmals zügigere und somit günstigere Verfahren⁶ sowie die rufschützende Vertraulichkeit des Rechtsfindungsprozesses⁷ zu seinen Vorzügen.

Statistiken bescheinigen diese Tendenz. Die weltweit führenden institutionellen Schiedsgerichte betreuen zunehmend mehr Verfahren, aus denen letztlich auch eine steigende Zahl an Schiedssprüchen hervorgeht. So erhielt die Internationale Handelskammer (ICC)⁸ 1999 noch 529 Anträge zur Einleitung eines Schiedsverfahrens, aus denen 269 Schiedssprüche hervorgingen, während die Zahlen im Jahr 2012 bereits auf 759 Verfahren und 491 Schiedssprüche angestiegen waren.⁹ Dem Internationalen Schiedsgerichtshof London (LCIA)¹⁰ wurden 2012 allein im Vergleich zum Vorjahr 18,3% mehr Verfahren zur Administration übertragen¹¹, während das Internationale Zentrum für Streitbeilegung (ICDR)¹² im selben Jahr 991 Verfahren verwaltete und somit 373

¹ Brödermann/Rosengarten, IPR/IZVR, Rn. 716.

² Dazu lehrreich Adolphsen, Grundfragen und Perspektiven der Sportsschiedsgerichtsbarkeit, SchiedsVZ 2004, 169.

³ Auch bekannt unter dem Sammelbegriff der ADR (Alternative Dispute Resolution), siehe etwa die Beschreibung der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit (DIS) bei <http://www.dis-arb.de/de/> (Letzter Zugriff am 14.11.2014, gilt fortlaufend für alle weiteren Hyperlinks).

⁴ Born, International Commercial Arbitration, Bd. 1, 97.

⁵ Carnelutti, Diritto e processo, 77: Ein Richter nach Maß (*Un giudice su misura*).

⁶ Born (Fn. 4), 87 a.E.

⁷ Gaillard/Savage, International Commercial Arbitration, 1.

⁸ International Chamber of Commerce.

⁹ ICC Statistics, <http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Introduction-to-ICC-Arbitration/Statistics/>.

¹⁰ London Court of International Arbitration.

¹¹ Registrar's Report 2012, LCIA, http://www.lcia.org//LCIA/Casework_Report.aspx.

¹² Das International Center for Dispute Resolution ist das Organ für internationale Schiedsgerichtsbarkeit der Amerikanischen Gesellschaft für Schiedsgerichtsbarkeit oder American Arbitration Association (AAA).

mehr als noch ein Jahr zuvor¹³. Auch die Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit (DIS) verzeichnete 2012 einen Anstieg auf 125 eingeleitete Verfahren im Vergleich zu den 72 des Jahres 2005.¹⁴ Im Bereich der Investitionsstreitigkeiten verzeichnet das ICSID¹⁵ 40 registrierte Fälle für 2013 im Vergleich zu durchschnittlich knapp zweien jährlich in den Siebzigern und Achtzigern des letzten Jahrhunderts und rund fünfmal so vielen in den Neunzigern.¹⁶

In Übereinstimmung mit diesen Zahlen fand eine umfangreiche Studie aus dem Jahr 2013, bei der die Rechtsabteilungen von mehr als 100 großen Unternehmen in den Schlüsselbereichen des Energie-, Bau- und Finanzsektors teilnahmen, heraus, dass die Befragten mehrheitlich internationale Schiedsverfahren als bevorzugten Modus zur Konfliktlösung ansahen und sie mit großer Mehrheit als gut geeignetes Werkzeug zur Streitbeilegung einschätzten.¹⁷

Doch so beliebt und expandierend Schiedsverfahren auch sein mögen, so bestehen in der prozessualen Umsetzung einer Schiedsabrede mitunter noch bedeutende nationale Unterschiede, die eine Rechtsfindung merklich erschweren können. Da gerade der im Vergleich zu staatlichen Gerichten meist parteifreundlichere Ablauf und die Vollstreckbarkeit des Schiedsspruchs die *raison d'être* der Schiedsgerichtsbarkeit bilden, spielen die allgemein zu beachtenden Prozessgrundsätze und deren nationale Ausprägungen eine entscheidende Rolle für die Akteure. Immer wieder in den Fokus von Literatur und Rechtsprechung rückt dabei das Prinzip der Kompetenz-Kompetenz.¹⁸

Anhand dieses facettenreichen Grundsatzes wird im Folgenden an einem konkreten Beispiel untersucht, wie die Handhabung durch Lehre und Rechtsprechung aktuell ausgestaltet ist, welche Rückschlüsse dies auf den Entwicklungsstand der nationalen Schiedsgerichtsbarkeit gibt und welche

¹³ The ICDR International Arbitration Reporter, Ausgabe 3.7.2012, https://www.adr.org/cs/groups/international/documents/document/dgdf/mde5/~edisp/adrstg_019805.pdf.

¹⁴ DIS-Statistik 2012, <http://www.dis-arb.de/de/39/content/statistik-id54>.

¹⁵ Internationales Zentrum zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten oder International Center for Settlement of Investment Disputes.

¹⁶ The ICSID Caseload - Statistics, Ausgabe 1, 2014, 7, <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal>ShowDocument&CaseLoadStatistics=True&language=English51>.

¹⁷ *PricewaterhouseCoopers*, International Arbitration Survey 2013: Corporate choices in International Arbitration, <http://www.pwc.com/gx/en/arbitration-dispute-resolution/index.jhtml>.

¹⁸ *Figueroa Valdes*, The Principle of Kompetenz-Kompetenz in International Commercial Arbitration, RArb 2007, 134.

Konsequenzen der Befund für Parteien hat, die unter den dortigen Regeln einen Schiedsprozess zu führen gedenken. Dabei wird zunächst das Kompetenz-Kompetenz-Prinzip im Wirkungsgefüge der internationalen kommerziellen Schiedsgerichtsbarkeit analysiert (II.) und dann auf das Rechtssystem Brasiliens übertragen (III.), das als Nation aufgrund seiner zunehmenden wirtschaftlichen Bedeutung sowie seiner angeblichen Schiedsfeindlichkeit einen für den internationalen Handelsverkehr im Hinblick auf alternative Streitbeilegung noch teils unberechenbaren, aber nichtsdestotrotz wichtigen Markt darstellt. Abschließend werden die Ergebnisse zusammengefasst (IV.).

II. Kompetenz-Kompetenz in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit

1. Internationale Schiedsgerichtsbarkeit

Betrachtet wird für den Zweck dieser Arbeit ausschließlich die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit, da diese verdeutlicht, welche Besonderheiten bei der Streiterledigung auftreten können. Denn gerade im internationalen Handelsverkehr treffen vermehrt Parteien verschiedener Rechtskulturen aufeinander, die sich nur ungern einer unbekannteren staatlichen Justiz anvertrauen und somit meist den Weg der außergerichtlichen, für alle Beteiligten grundsätzlich neutralen Streitschlichtung suchen.¹⁹ So nicht nur ist die Rechtsfindung in manchen Jurisdiktionen langsam und mit hohen Kosten verbunden. Vielmehr gibt es oft Hemmungen der Richter, ausländische Gerichtsurteile im eigenen Land anzuerkennen.²⁰ Zu den weiteren Vorzügen gehören die selbstständige Bestimmung der Verfahrenssprache und des materiell anwendbaren Rechts, die Auswahl kompetenter und international erfahrener Schiedsrichter sowie die bereits angesprochene Nichtöffentlichkeit der Verfahren, die Ruf und Spezialwissen vor den Augen der Konkurrenz schützt.²¹

Will man die private Schiedsgerichtsbarkeit exakt definieren, so hilft der Blick in die verschiedenen multilateralen und nationalen Gesetzestexte nur wenig, da diese kaum eine klare Beschreibung enthalten.²² Die in der Literatur mittlerweile vorherrschende Auffassung konkretisiert sie hingegen konzise als Streitbeilegung zwischen zwei oder mehreren Parteien durch einen Dritten (Schiedsrichter), der seine Entscheidungsgewalt von einer Vereinbarung (Schiedsabrede) der Parteien

¹⁹ *Mistelis*, in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, CISG, Art. 1, Rn. 17; *Gaillard/Savage* (Fn. 7), Rn. 8.

²⁰ *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, Rn. 1.

²¹ Enumerativ *Brödermann/Rosengarten* (Fn. 1), Rn. 717; *Münch*, in: MüKo, ZPO, Vorb. zu den §§ 1025 ff. Rn. 3.

²² *Poudret/Besson*, Comparative Law of International Arbitration, Rn. 1.

bezieht und dessen Entscheidung für sie bindend ist.²³ Schiedsgerichte sind also Privatgerichte mit einem Panel, bestehend aus einem oder mehreren Schiedsrichtern, denen die Entscheidungsbefugnis über bürgerlichrechtliche Rechtsstreitigkeiten qua Vertrag übertragen wurde.²⁴ Die Beteiligten wählen dabei zwischen einem institutionellen und einem *ad hoc* bzw. Gelegenheitsschiedsgericht.²⁵

Dieses an sich simple Grundprinzip wird allerdings dadurch verkompliziert, dass mehrere Regelwerke auf ein und dasselbe Verfahren Anwendung finden können. So ist es denkbar, dass die Parteien aus strategischen oder vertragsgenetischen Gründen für das auf die Anerkennung der Schiedsklausel, den prozessualen Ablauf²⁶, die materiellen Fragen des Falles sowie das auf die Vollstreckbarkeit des Schiedsspruchs anwendbare Recht unterschiedliche Rechtsordnungen wählen.²⁷ Auch ist die Vollstreckbarkeit keineswegs integraler und universeller Bestandteil eines Schiedsspruchs. Vielmehr schreiben einige nationale Rechtsordnungen eine gerichtliche Vollstreckbarkeitserklärung der Entscheidung, auch Exequatur genannt, zwingend vor.²⁸

Hier deutet sich bereits das Spannungsverhältnis zwischen der Kompetenz eines Schiedsgerichts und der staatlichen Justiz an. Denn schon aus verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten kann der staatliche Rechtsschutz nicht vollkommen und endgültig abbedungen, also keine autarke juristische Parallelsphäre geschaffen werden.²⁹ Damit aber das Institut der Schiedsgerichtsbarkeit im anderen Extrem auch nicht zum Spielball der beklagten Partei wird, die staatliche Gerichte aus Kalkül zum schrankenlosen Kontrolleur instrumentalisiert, muss dem rechtsprechenden Panel ein gewisses Maß an Selbstständigkeit zuteilwerden, um das Verfahren angemessen administrieren zu können. Dies gewährleistet zu großen Teilen das Prinzip der Kompetenz-Kompetenz.³⁰

²³ *Van den Berg*, The New York Arbitration Convention of 1958, S. 44; ähnlich auch *Jarrosson*, La notion d'arbitrage, Rn. 779; *Gaillard/Savage* (Fn. 7), Rn. 7; *Huys/Keutgen*, L'arbitrage en droit belge et international, Rn. 21; *Münch* (Fn. 18), Rn. 1 ff.

²⁴ *Schwab/Walter* (Fn. 20), Rn. 1.

²⁵ Zu den Unterschieden sowie Vor- und Nachteilen siehe *Born* (Fn. 4), 169 ff.

²⁶ Das auf den Ablauf des Prozesses anwendbare Recht wird auch als *lex arbitri* bezeichnet.

²⁷ *Redfern/Hunter*, Redfern and Hunter on International Arbitration, 3.

²⁸ So etwa die Zivilprozessordnungen in Deutschland (§§ 1060, 1064 ZPO), Belgien (Art. 1710 *Code Judiciaire Belge*, BelZPO), Italien (Art. 825 Abs. 2 *Codice di Procedura Civile*, ItalZPO) und Frankreich (Art. 1477, 1498 *Nouveau Code de Procédure Civile*, FraZPO).

²⁹ Ausführlich zu verfassungsrechtlichen Fragen in Bezug auf die private Schiedsgerichtsbarkeit *Geimer*, Schiedsgerichtsbarkeit und Verfassung.

³⁰ Auch als Kompetenzkompetenz, *competence-competence* oder *compétence-compétence* bezeichnet.

2. Kompetenz-Kompetenz

a) Grundlegendes

aa) Begriffsbestimmung

Das den Dreh- und Angelpunkt dieser Arbeit bildende Prinzip ist schon begrifflich irreführend und deutet auf die Vielfältigkeit seiner Interpretationsmöglichkeiten hin. Ursprünglich aus dem deutschen Rechtsraum stammend³¹, ist die Kompetenz-Kompetenz eines Schiedsgerichts *stricto sensu* als letztverbindliche Entscheidungsgewalt über die eigene Zuständigkeit zu verstehen, die auch von den staatlichen Gerichten zu berücksichtigen ist.³² Dieses Verständnis wurde aber mit Ausnahme einer mittlerweile überholten BGH-Entscheidung³³ weder in Deutschland noch in sonstigen Staaten jemals praktiziert.³⁴ Eine echte Kompetenz-Kompetenz-Abrede ist mithin unwirksam.³⁵ Tatsächlich liegt beim üblichen Gebrauch des Begriffs ein relatives Verständnis zugrunde.³⁶ Deshalb wird sie zur Abgrenzung in der Literatur trotz ihrer festen Etablierung im schiedsgerichtlichen Sprachgebrauch teils umschrieben³⁷, teils bewusst mit englischer oder französischer Bezeichnung verwendet.³⁸ Aufgrund der weiten Verbreitung sowie der naheliegenden Sprachwahl wird hier allerdings weiterhin an der deutschen Bezeichnung festgehalten, obwohl diese bisweilen missverständlich sein mag.

bb) Dualitätscharakter

Der relative Charakter des Prinzips wird deutlich, wenn man dessen Dualität betrachtet.³⁹ So wird hierbei zwischen positiver und negativer Kompetenz unterschieden. Unter der mittlerweile praktisch unumstritten anerkannten positiven Kompetenz versteht man die Entscheidungsgewalt des Schiedsgerichts über die eigene Zuständigkeit, unabhängig von einer späteren

³¹ Gaillard/Savage (Fn. 7), 397.

³² Schwab/Walter (Fn. 20), Rn. 9; Born (Fn. 4), 1050 m.w.N.

³³ BGH NJW 1977, 1397.

³⁴ Gaillard/Savage (Fn. 7), 397; Schlosser, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, 418.

³⁵ Schwab/Walter (Fn. 20), 9; Zur Möglichkeit einer Abrede zwecks teilweisen Ausschlusses staatlicher Nachprüfung in Bezug auf schiedsgerichtliche Kompetenz siehe unten II. 2. 4. lit. c) bb).

³⁶ Poudret/Besson (Fn. 22), Rn. 457 m.w.N.

³⁷ So Born (Fn. 4), 1050, der den Begriff „*jurisdictional competence*“ vorschlägt.

³⁸ Gaillard/Savage (Fn. 7), 396 f.; üblich ist dennoch die deutsche Schreibweise, auch in nichtdeutscher Literatur.

³⁹ *Astivenca Astilleros de Venezuela CA v. Oceanlink Offshore III AS*, Fall Nr. 1067 (Oberster Venezolanischer Gerichtshof / Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela).

Aufhebungsmöglichkeit eines nationalen Gerichts.⁴⁰ Die nicht überall gleichermaßen anerkannte negative Komponente stipuliert hingegen ein Recht des Schiedsgerichts, als erste Instanz in der Sache zu richten und beschränkt die staatliche Zuständigkeit somit auf eine Prüfung des Schiedsspruchs nach Ende des Verfahrens, oder, im Falle eines Zwischenentscheids, auf eine Überprüfung des zuvor ergangenen schiedsgerichtlichen Ergebnisses.⁴¹ In der Praxis hätte dies zur Folge, dass jegliche Klage bei einem normalerweise zuständigen ordentlichen Gericht bezüglich der Zuständigkeit des Schiedsgerichts unter Verweis auf dessen Kompetenz-Kompetenz automatisch abgelehnt werden müsste, bis die Schiedsrichter selbst Gelegenheit zur Prüfung hatten.

cc) Zweck

Das Telos dieses Grundsatzes ist zum einen die Vermeidung von taktischen Verzögerungen durch eine Partei, deren Interessen mit der Durchführung des Schiedsverfahrens kollidieren.⁴² Kann das Tribunal selbst über seine Zuständigkeit entscheiden, so muss kein, unter Umständen langwieriges, Gerichtsverfahren diesbezüglich angestrengt werden, das womöglich noch über mehrere Instanzen jahrelang fortgefochten wird, bevor das Schiedsgericht überhaupt seine Arbeit aufnehmen kann. Denn dies zöge die Sinnhaftigkeit der Schiedsgerichtsbarkeit stark in Zweifel. Doch auch eine Partei, die aus gutem Grunde Sorgen um die Zuständigkeit des Schiedsgerichts und somit die Vollstreckbarkeit jeglichen Schiedsspruchs hat und deshalb *bona fide* klagt, wird nicht benachteiligt, da eine gerichtliche Überprüfung sehr wohl nach einer Erstentscheidung durch die Schiedsrichter möglich ist.⁴³ Zum anderen sind viele nationale Gesetzgeber und Gerichte der Ansicht, dass Parteien im Rahmen der zivilrechtlichen Privatautonomie die Möglichkeit haben sollten, nicht nur bürgerlichrechtliche Streitigkeiten durch ein Schiedsgericht urteilen zu lassen, sondern konsequenterweise auch die für ein solches Verfahren integrale schiedsgerichtliche Zuständigkeit.⁴⁴

⁴⁰ *Sojuznefteexport (SNE) v. JOC Oil*, Yearbook Commercial Arbitration 1990, 31; *Born* (Fn. 4), 1071; *Kreindler*, Competence-Competence, 237; *Gaillard/Banifatemi*, Negative Effect of Competence-Competence: The Rule of Priority in Favour of the Arbitrators, in: "Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice", 259.

⁴¹ *Born* (Fn. 4), 1049; *Gaillard/Savage* (Fn. 7), Rn. 660 m.w.N.

⁴² *Lew/Mistelis/Kröll*, Comparative International Commercial Arbitration, 331 f.

⁴³ *Gaillard/Savage* (Fn. 7), Rn. 660.

⁴⁴ So etwa die ständige französische Rechtsprechung: *El Assidi v. Société Nest & Sociétés SYS APS*, 2010 Rev. Arb. 391, 391 (*Französischer Oberster Gerichtshof, Cour de Cassation civ. 1e*); *Impex v. P.A.Z.*, 1968 Rev. Arb. 149 (155) (*Berufungsgericht Colmar, Colmar Cour d'appel*).

b) Rechtsquellen

Da nunmehr die existenzielle Bedeutung der nationalen und internationalen Normen für die Anwendbarkeit der Kompetenz-Kompetenz verdeutlicht ist, muss auch auf die Identität der populärsten und ökonomisch relevantesten Regelwerke eingegangen werden, um die Vorstellungen der einzelnen Gesetzgeber besser verstehen und bei anschließender Analyse einordnen zu können.

aa) Schiedskonventionen

Auf supranationaler Ebene begründen Konventionen eine von Parteien durch Gerichtsstandswahl von nationalen Gerichten zu berücksichtigende Kompetenz-Kompetenz. Unter einer Konvention ist ein gegenseitig bindender Vertrag mehrerer Staaten zu verstehen, die vertraglichen Rechtsfolgen durch die nationale Justiz zu gewährleisten. Meist werden die Normen durch nationale Gesetzgebung noch konkretisiert.⁴⁵ Die für die hiesige Thematik bedeutendsten Staatsverträge sind die Europäische Konvention, das Inter-Amerikanische Übereinkommen sowie die ICSID-Konvention, die die schiedsgerichtliche Kompetenz-Kompetenz zu unterschiedlichen Graden anerkennen.⁴⁶

Art. 41 Abs. 1 der ICSID-Konvention sowie der auf Art. 21 Abs. 1 der IACAC-Regeln⁴⁷ verweisende Art. 3 des Inter-Amerikanischen Abkommens halten beide die Entscheidungsbefugnis von Schiedstribunalen ausdrücklich fest. Auch die Europäische Konvention bekennt sich in Art. 5 Abs. 3 zu ihr und wird nur durch Art. 6 Abs. 3 relativiert, der ein gerichtliches Urteil vor Beginn des Schiedsverfahrens lediglich „aus gutem und wesentlichem Grund“ gestattet.

Nicht einheitlich bewertet wird, ob auch das von 149 Staaten⁴⁸ unterzeichnete New Yorker Übereinkommen (NYÜ)⁴⁹ den Schiedsgerichten ein Recht zur Entscheidung über die eigene Zuständigkeit zuteilt.⁵⁰ Ausdrücklich genannt wird das Prinzip der Kompetenz-Kompetenz nicht, was den Schluss nahelegt, dass das Übereinkommen die Thematik nicht regelt. Tatsächlich wird man in systematischer

⁴⁵ Vgl. *Gaillard/Banifatemi* (Fn. 41), 261.

⁴⁶ Im Einzelnen handelt es sich hierbei um, die *European Convention on International Commercial Arbitration* von 1961, die 1975 verabschiedete *Inter-American Convention on International Commercial Arbitration* sowie die 2006 novellierte *Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States* des ICSID.

⁴⁷ *Inter-American Commercial Arbitration Commission*.

⁴⁸ <http://www.newyorkconvention.org/contracting-states/list-of-contracting-states>.

⁴⁹ New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche von 1958.

⁵⁰ Ablehnend *Tribunal de Première Instance (Canton de Genève), Air (PYT) v. International Air Transport Association (IATA) u. C. SA*, 2. Mai 2005, C/1043/2005-15SP; *Gaillard/Savage* (Fn. 7), Rn. 654.

Auslegung der Art. 2 Abs. 3 NYÜ und Art. 5 Abs. 1 lit. a, c NYÜ aber feststellen müssen, dass der Staatsvertrag einen durch das Schiedsgericht gefällten Schiedsspruch vorsieht und sich dieser zwar gerichtlicher Nach- und Zwischenprüfung unterziehen muss, jedoch dann bereits zustande gekommen sein muss, üblicherweise ohne zunächst durch ein staatliches Urteil dazu ermächtigt worden zu sein.⁵¹ Doch den Präklusionsgrad eines Schiedsspruchs gegenüber staatlichen Gerichten, etwa in Bezug auf die eigene Zuständigkeit, konkretisiert das NYÜ nicht, sondern überlässt diesen den nationalen Gesetzgebern.

bb) Nationale Gesetzgebungen

Auch viele nationale Gesetze erkennen die schiedsgerichtliche Kompetenz-Kompetenz an. Dies überrascht nicht. Denn nicht nur ist die Anerkennung des Prinzips konsequente Ausprägung der von den meisten Staaten garantierten zivilrechtlichen Privatautonomie und wichtiger Bestandteil für einen flüssigen Verfahrensverlauf, woran dem jeweiligen Gesetzgeber schon aus rechtspolitischen und ökonomischen Erwägungen gelegen ist. Vielmehr basieren die gesetzlichen Regelungen zur kommerziellen Schiedsgerichtsbarkeit in mehr als 60 Staaten entweder ganz oder zu großen Teilen auf dem UNCITRAL-Modellgesetz zur Internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit.^{52,53} Dieses schreibt einem Tribunal in Art. 16 Abs. 1 die Entscheidungsgewalt über die eigene Zuständigkeit zu. Auch in Staaten, deren Gesetze nicht vom Modellgesetz beeinflusst wurden, wird die Kompetenz-Kompetenz ausdrücklich festgehalten. So gilt sie in Italien seit der Reform des Zivilprozessrechts im Jahre 2006 gemäß Art. 817 Abs. 1 ItalZPO (*Codice di Procedura Civile*).⁵⁴ Auch in Frankreich ist der Grundsatz anerkannt. Zwar werden positiver (Art. 1466 FraZPO, *Nouveau Code de Procédure Civile*) wie negativer Effekt (Art. 1458 FraZPO) nur für nationale Schiedsverfahren explizit erwähnt. Jedoch finden diese gemäß Art. 1495 FraZPO sowie einhelliger Meinung von Rechtsprechung und Lehre auch auf internationale Verfahren Anwendung, sofern für diese französisches Prozessrecht anwendbar ist.⁵⁵

⁵¹ *Born* (Fn. 4), 1053 f.

⁵² Von der Kommission der Vereinten Nationen für Internationales Handelsrecht (engl. UNCITRAL) am 21.6.1985 verabschiedetes und 2006 novelliertes Modell-Gesetz, das Staaten als Richtlinie und bewährtes Vorbild für die eigene Gesetzgebung dienen soll. Diese ist aber nicht identisch mit der ebenfalls weitverbreiteten UNCITRAL-Schiedsgerichtsordnung, die als von Parteien für ständige oder *ad hoc*-Schiedsverfahren wählbar ist.

⁵³ Zur Auflistung der Mitgliedsstaaten und deren jeweiliger Grad der Angleichung siehe http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html.

⁵⁴ Zu den einzelnen Neuerungen siehe *Poudret/Besson* (Fn. 22), Rn. 463.

⁵⁵ *Impex v. P.A.Z.* (Rn. 45), *Poudret/Besson* (Fn. 22), Rn. 465 m.w.N.

c) Unterschiedliche Ansätze

Die dargestellte Bandbreite an Kompetenz-Kompetenz anerkennenden Instrumentarien unterstreicht die Verbreitung, Akzeptanz und nicht zuletzt auch die Wichtigkeit des Prinzips.⁵⁶ Dennoch sind die einzelnen Ausprägungen keineswegs einheitlich. Da die mit der Kompetenz-Kompetenz-Doktrin verknüpften Problematiken umfassend sind und im Rahmen der vorliegenden Arbeit in ihrer gesamten Breite kaum angemessen diskutiert werden können, werden im Folgenden daher lediglich die besonders relevanten Aspekte des Zwischenentscheids über schiedsgerichtliche Zuständigkeit (aa) sowie die Möglichkeit einer einvernehmlichen Endgültigkeitserklärung der Wirksamkeit eines solchen Zwischenentscheids (bb) erörtert. Dabei werden die wichtigsten Strömungen nach Lösungen und Staaten differenziert sowie abschließend auf Grundlage ihres Nutzens im Hinblick auf eine effiziente und parteifreundliche Gestaltung bewertet.

aa) Handhabung von Zwischenentscheiden zur schiedsgerichtlichen Zuständigkeit

(1) Grundsätzlich kein Zwischenentscheid

Eine die Selbstständigkeit eines Schiedsgerichts stark unterstützende Rechtsordnung ist die Frankreichs. Art. 1465 FraZPO statuiert ausdrücklich eine Kompetenz-Kompetenz und erweitert diese qua Art. 1506 FraZPO auf jegliche in Frankreich oder unter französischem Recht anhängige Schiedsverfahren. Eine Ausnahme gilt wohl lediglich für arbeitsrechtliche Verfahren.⁵⁷ Auch dem negativen Effekt des Prinzips wird durch Art. 1506 FraZPO Rechnung getragen, wonach ein angerufenes staatliches Gericht jegliche Zwischenprüfung einer Schiedsklausel und der Zuständigkeit eines Tribunals unterlassen muss, sofern das Schiedsverfahren bereits begonnen wurde. Selbst wenn eine Feststellungsklage vor Beginn eingereicht wird, so beschränken die Art. 1448 Abs. 1, 1455 FraZPO eine gerichtliche Prüfung auf eine *prima facie*-Untersuchung bezüglich einer evidenten Nichtigkeit oder Nichtanwendbarkeit der in Abrede stehenden Schiedsklausel. Parteien erhalten somit in der Regel bis nach dem Hauptschiedsspruch am Ende des Verfahrens keine Gelegenheit zum staatlichen Rekurs.⁵⁸ Kommt es dann aber

⁵⁶ Übereinstimmend auch mit der gefestigten Ansicht der Vereinten Nationen: Memorandum on Arbitral Procedure, Prepared by the Secretariat, U.N. Doc. A/CN.4/35, II Y.B.I.L.C. (1950), 157 (165).

⁵⁷ *Société Deloitte Conseil v. Serant*, 2012 Rev. arb. 333, 336 (*French Cour de cassation soc.*); so auch *Born* (Fn. 4), 1114.

⁵⁸ *Gaillard/Savage* (Fn. 7), Rn. 672; umfassende Übersicht der Rechtsprechung bei *Born* (Fn. 4), 1114.

dazu, wird allerdings eine umfassende *de novo*-Prüfung der Rechtsache durchgeführt.⁵⁹

Ähnlich, wenn auch weniger rigoros, ist die Handhabung nach dem Schweizer Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG). In dessen Art. 7 lit. b wird dem staatlich angerufenen Gericht eine Zuständigkeit nur bei hinfalliger, unwirksamer oder nicht erfüllbarer Schiedsklausel zugesprochen. Diese ist zwar vom Wortlaut her nicht auf eine *prima facie*-Prüfung beschränkt, durch das *Schweizerische Bundesgericht* über die letzten Jahrzehnte aber dahingehend ausgelegt worden.⁶⁰

(2) Unbeschränkte Möglichkeit zur Erwirkung von Zwischenentscheiden

Am anderen Ende des Spektrums befindlich ist das Prozessrecht Schwedens. Gemäß § 2 des Schwedischen Gesetzes über Schiedsverfahren (*Lag om Skiljeförfarande*) hat das Tribunal eine sogenannte „vorläufige Kompetenzkompetenz“, wonach ein staatliches Gericht jederzeit auf Anfrage einer Partei eine für das Schiedsgericht bindende *de novo*-Prüfung⁶¹ durchführen kann. Vergleichbar schreibt auch das Chinesische Schiedsgesetz in Art. 20 vor, staatliche Zwischenentscheide zuzulassen.

(3) Lösungen *sui generis*

Einen eigenen Weg geht das englische Recht, dem seit 1996 neben umfangreicher Rechtsprechung das zu Teilen auf dem UNCITRAL-Modellgesetz basierende Gesetz für Schiedsverfahren (Arbitration Act 1996, nachfolgend ArbA) als normative Grundlage dient.⁶² Es erkennt die schiedsgerichtliche Kompetenzkompetenz in Sec. 30 Abs. 1 ArbA an. Auch die englischen Gerichte bestätigten sie seitdem mehrfach.⁶³ Will eine Partei ein die fehlende Zuständigkeit eines Tribunals feststellendes Urteil erwirken, so stehen ihr dennoch mehrere Wege offen. Zunächst besteht die Möglichkeit, gemäß Sec. 72 Abs. 1 ArbA bei Nichtteilnahme am Schiedsverfahren einen sofortigen Zwischenentscheid zu

⁵⁹ Statt aller: *S. Pac. Props. Ltd v. République Arabe d'Égypte*, 26 Int'l Legal Mat. 1004, 1006 (1987).

⁶⁰ *Schweizerisches Bundesgericht*: Urt. vom 6.8.2012, DFT 4A_119/2012, 3.2; *Judgment of Found. M v. Banque X*, 29 April 1996, 14 ASA Bull. 527; *Compagnie de Navigation et Transps. SA v. Mediterranean Shipping Co.*, 16 January 1995, XXI Y.B. Comm. Arb. 690, 696.

⁶¹ *Sekolec/Eliasson*, The UNCITRAL Model Law on Arbitration and the Swedish Arbitration Act: A Comparison, in: *The Swedish Arbitration Act of 1999 Five Years On: A Review of Strengths and Weaknesses*, 14.

⁶² *Poudret/Besson* (Fn. 22), 464.

⁶³ *Vale do Rio Doce Navegacao SA v. Shanghai Bao Steel Ocean Shipping Co.* (2000), EWHC 205 (Comm) (*English High Court*); *Albon v. Naza Motor Trading Sdn Bhd* (2007), EWHC 1879 (Ch) (*English High Court*); *People's Ins. Co. of China, Hebei Branch v. Vysanthe Shipping Co.* (2003), 2 Lloyd's Rep. 617, 622 (QB) (*English High Court*).

erlangen.⁶⁴ Dies gilt gemäß Sec. 72 Abs. 2 lit. a i.V. mit Sec. 66 Abs. 3, 67 ArbA auch für Schiedssprüche am Ende des Schiedsverfahrens, die dann *de novo* zu prüfen sind.⁶⁵ Ebenso geregelt ist die Klage einer am Schiedsverfahren teilnehmenden Partei, wonach der Schiedsspruch gemäß Sec. 31 i.V. mit Sec. 66 Abs. 3, 67 ArbA angegriffen werden kann. Eine besondere Stellung nimmt hingegen die Gestaltung der Zulässigkeitsvoraussetzungen einer Zwischenfeststellungsklage im Falle einer Teilnahme des Klägers am Schiedsverfahren ein. Dies ist nach Sec 32 Abs. 1 lit. a ArbA entweder durch parteiliche Einigung oder gemäß Sec. 32 Abs. 1 lit. b ArbA durch Zustimmung des Schiedsgerichts sowie des angerufenen Gerichts möglich. Die vom Gericht dabei angestrebte Zulässigkeitsprüfung verlangt hierbei, dass eindeutig die Schiedsvereinbarung und nicht etwa der Hauptvertrag angegriffen wird.⁶⁶ Weiterhin statuiert Sec. 32 Abs. 1 lit. b. (i), (iii) ArbA ein Ermessen in Bezug auf die Wirtschaftlichkeit und die Wesentlichkeit eines Zwischenentscheids. So kann ein Gericht die Zulässigkeit versagen, wenn es nur um die Reichweite, nicht aber die Existenz einer Schiedsvereinbarung geht⁶⁷ oder sie bejahen, wenn ein Urteil nur eine eher unaufwendige Beweisaufnahme erfordern würde⁶⁸.

Ähnlich dem französischen Ansatz differenziert auch das deutsche Recht bei einer Feststellungsklage über die schiedsgerichtliche Zuständigkeit nach dem Beginn des Schiedsverfahrens. § 1032 Abs. 2 ZPO hat jedoch die Besonderheit, dass gerichtliche Prüfungen anders als in Frankreich nicht auf eine oberflächliche Untersuchung beschränkt, sondern dem angerufenen Gericht eine eingehende rechtliche Würdigung mit Bindungswirkung für das Schiedsverfahren gestattet wird. Hat ein Verfahren bereits begonnen, so ist hingegen § 1032 Abs. 1 ZPO einschlägig. Hiernach muss bei Rüge des Beklagten eine Prüfung der Schiedsvereinbarung auf Wirksam-, Gültig- und Nichtigkeit vorgenommen werden, die ebenfalls über eine reine *prima facie*-Untersuchung hinausgeht.⁶⁹ Gemäß § 1032 Abs. 3 ZPO ist es ferner möglich, mit dem Schiedsverfahren trotz noch ausstehenden Zwischenentscheids zu beginnen beziehungsweise fortzufahren.

⁶⁴ So auch *Broda Agro Trade Ltd v. Alfred C Toepfer Int'l GmbH* (2010), EWCA Civ 1100, 40 (*English Court of Appeal*).

⁶⁵ *Ebd.*; *Dallah Real Estate v. Gov't of Pakistan* (Fn. 51).

⁶⁶ *Fiona Trust & Holding Corp. v. Privalov* (Rn. 47).

⁶⁷ *Birse Constr. Ltd v. St. David Ltd* (1999), B.L.R. 194, 196-97 (QB) (*English High Court*).

⁶⁸ *Claxton Eng'g Servs. Ltd v. TXM Olaj-És Gázkutató KFT* (2010), EWHC 2567, 17 (*English High Court*).

⁶⁹ Ganz h.M.: BGHNJW 1957, 791; BayObLGZ 1978, 294, 302; Schlosser, in: Stein/Jonas, ZPO, § 1032 Rn. 14; Münch, in: MüKo, ZPO, § 1032 Rn. 7; Geimer, in: Zöller, ZPO, § 1032 Rn. 14; Saenger, ZPO, § 1032 Rn. 9; a.A. OLG Düsseldorf OLGR 2002, 106.

(4) Stellungnahme

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Ansätze zur Zulässigkeit eines Zwischenentscheidungs von Staat zu Staat stark variieren können. Diese bis heute bestehende Diskrepanz der nationalen Regelungen ist angesichts zunehmender Globalisierung mit dem Argument unterschiedlicher Rechtskulturen alleine wohl nicht zu erklären. Vielmehr liegt der Schluss nahe, dass keine der Lösungen derart gelungen ist, als dass sie sich hätte weltweit durchsetzen oder zumindest als herrschende Ansicht etablieren können. Während das französische Modell beispielsweise die Parteiautonomie respektiert, führt es dennoch auch dazu, dass selbst offenkundige Zweifel an der Existenz einer Schiedsvereinbarung ignoriert werden können, bis bereits ein unter Umständen langwieriges und teures Schiedsverfahren beendet wurde. Der schwedische Ansatz steuert dem zwar entgegen, indem er einer Partei jederzeit Zugang zur staatlichen Überprüfung einer schiedsgerichtlichen Zuständigkeit gewährt. Jedoch wird Verzögerungstaktiken dadurch Tür und Tor geöffnet und die Idee der auf Parteivereinbarung basierenden Privatgerichtsbarkeit gerade ausgehöhlt. Zu begrüßen sind daher die Ansätze Deutschlands und Englands, die mehr Rücksicht auf den Einzelfall nehmen. So differenziert die ZPO ebenso wie die FraZPO nach dem Beginn eines Schiedsverfahrens, macht aber einen deutlichen Unterschied in der Tiefe der gerichtlichen Überprüfung. Während vor Beginn eines Schiedsverfahrens noch eine vollständige Zulässigkeitsprüfung angestrengt wird, beschränkt sich diese nach Verfahrenseinleitung aus prozessökonomischen Gesichtspunkten nur auf die Schiedsklausel. Noch weiterentwickelter erscheint die englische Lösung, die dem angerufenen Gericht einen Ermessensspielraum einräumt. Somit wird von steifen, für die komplexe und dynamische Rechtsnatur internationaler Schiedsverfahren meist ungeeigneten Pauschalregelungen Abstand genommen, um den Einzelfall im Hinblick auf die für die Parteien effizienteste Lösung zu bewerten. Doch auch dieser Ansatz ist nicht ohne Makel. Das ausfüllungsbedürftige Ermessen wirft neben der positiv zu bewertenden Flexibilität auch Probleme in Bezug auf die Rechtssicherheit auf, da Parteien nicht vollständig abschätzen können, wie ein Gericht seine Rolle im Schiedsverfahren bemessen wird.⁷⁰

Obwohl es wohl keine Patentlösung gibt, lassen sich doch zumindest zwei Faktoren herausstellen, die bei Berücksichtigung eine faire Behandlung von Fragen zur Kompetenz-Kompetenz nahelegen. Zum einen sollten Zwischenfeststellungsklagen, die nur die Reichweite der Schiedsvereinbarung oder gar Fragen zum Hauptvertrag als Grundlage haben, rundheraus an das

⁷⁰ Dies hat insbesondere unter dem mit dem englischen Ansatz vergleichbaren US-amerikanischen Recht zu einer Fülle von abweichenden Urteilen geführt, was die Rechtslage sehr widersprüchlich wie unübersichtlich gemacht hat; dazu *Born* (Fn. 4), 1125 ff.

Schiedsgericht zurückverwiesen werden. Der Hauptvertrag wurde von den Parteien als gerade nicht von staatlichen Gerichten zu entscheidende Rechtsfrage qualifiziert. Diese Entscheidung muss respektiert werden. Damit einhergehend sollte auch eine Prüfung der Schiedsklauselreichweite allein vom zuständigen Tribunal entschieden werden, da diese oftmals mit einer materiellen Prüfung des Hauptvertrags verbunden sein wird. Hierbei ist es dann auch irrelevant, ob das Schiedsverfahren bereits begonnen hat. Denn zu keiner Zeit ist ein staatliches Gericht aus den genannten Gründen in diesen Fragen der angemessene Adressat. Zum anderen sollte bei Klagen über die Gültigkeit, Anwendbarkeit oder Existenz einer Schiedsvereinbarung ein gerichtlicher Zwischenentscheid über einen zuvor ergangenen schiedsgerichtlichen Kompetenzentscheid möglich sein. Die Zulässigkeitsvoraussetzungen sollten dabei aber nach angloamerikanischem Vorbild im Einzelfall geprüft werden.⁷¹ Hierbei sollten prozessökonomische Faktoren wie Kompetenz der ausgewählten Schiedsrichter, Zeitpunkt der Klage, zu erwartende Kosten und Länge des Verfahrens sowie Komplexität der Beweislage abgewogen werden, um einen möglichst effizienten wie fairen Schiedsspruch zu ermöglichen. Hiervon sollte dann auch abhängig gemacht werden, ob eine *prima facie*-Untersuchung ausreicht.

bb) Vertragliche Abbedingung einer staatsgerichtlichen Nachprüfung

Ein weiteres Spannungsfeld ist die Erweiterung einer schiedsgerichtlichen Kompetenz durch vertragliche Einigung. So wäre es denkbar, einen Rechtsstreit auch völlig ohne staatliche Nachkontrolle in Bezug auf eine vorhandene Kompetenz-Kompetenz durchzuführen, sofern sich beide Parteien darauf verständigt haben, allein das Schiedsgericht urteilen zu lassen. Dies würde auch dann gelten, wenn eine Partei im Nachhinein die Wirksamkeit des Schiedsspruchs in irgendeiner Weise in Bezug auf materielle oder prozessuale Aspekte gerichtlich anzugreifen gedenkt.

(1) Verschiedene Ansätze

Gänzlich ausgeschlossen ist eine endgültige Abbedingung unter deutschem Recht.⁷² Die englische Rechtsprechung erkennt bisweilen zumindest eine Art „opting-out“-Lösung an, nach dem Parteien vereinbaren können, Schiedssprüche in Bezug auf Kompetenz-Kompetenz nur oberflächlich oder gar nicht von Gerichten nachprüfen lassen müssen.⁷³ Ähnliches stellte auch der *Oberste Gerichtshof*

⁷¹ So auch *ibd.*, 1126.

⁷² Ganz h.M.: *Voit*, in: Musielak, ZPO, § 1040 Rn. 2; *Münch*, in: MüKo, ZPO, § 1040 Rn. 51; *Born* (Fn. 4), 1123 f. m.w.N.; a.A. *Geimer*, in: Zöller, ZPO, § 1059 Rn. 8.

⁷³ *LG Caltex Gas Co. v. China Nat'l Petroleum Co.* (2001), EWCA Civ 788 (*English Ct. App.*); *Vee Networks Ltd v. Econet Wireless Int'l Ltd* (2005), 1 Lloyd's Rep. 192, 198 (QB) (*English High Ct.*);

der Vereinigten Staaten (*Supreme Court of the United States*) fest.⁷⁴ Die französische Rechtsprechung hat hingegen bislang keine Antwort auf die Frage der Handhabung einer solchen Parteivereinbarung gegeben. Art. 1448 FraZPO stipuliert allerdings, dass Parteien die Kompetenz-Kompetenz des Tribunals für Zwischenschiedssprüche nicht verändern dürfen, um die schiedsgerichtliche Selbstständigkeit zu gewährleisten. Zwar spricht keine Vorschrift der FraZPO ausdrücklich den Fall einer maximalen Erweiterung an, jedoch ist anzunehmen, dass Art. 1148 FraZPO in beide Richtungen gilt, eine Kompetenzerweiterung jedoch schlicht nicht üblich ist und daher nicht ausdrücklich kodifiziert wurde. Weiterhin lässt die Tatsache, dass der französische Gesetzgeber bei allen Hauptschiedssprüchen mit nationalem Bezug eine *de novo*- und nicht etwa eine *prima facie*-Prüfung vorschreibt, darauf schließen, dass ihm die staatliche Rechtsgewähr derart wichtig ist, dass er sie wohl nicht abdingbar machen würde.

(2) Stellungnahme

Zwar mag ein Gesetzgeber Hemmungen haben, noch mehr Kompetenzen aus der Hand der Judikative in die von Privatparteien und somit womöglich Laien zu legen, was den deutschen Ansatz erklärt. Jedoch sprechen die besseren Argumente für eine, freilich klar definierte, Erweiterungsmöglichkeit von Kompetenz-Kompetenz. Zum einen gibt es keinen Grund, eine derartige Vereinbarung im Rahmen der Parteiautonomie anders zu behandeln als andere für die Schiedsgerichtsbarkeit übliche Klauseln, insbesondere, wenn Art. 2 NYÜ anwendbar sein sollte.⁷⁵ Weiterhin wird damit das Schiedsverfahren beschleunigt, da nachträglich gerade kein staatliches Urteil die Beilegung der Streitsache verzögert und so die Kosten für die Parteien erhöht. Zum anderen wird so auch die staatliche Gerichtsbarkeit entlastet und in neutrale wie kompetente Hände gelegt, was, wie bereits erwähnt, gerade die Attraktivität der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit ausmacht. Beachtet werden sollte dabei allerdings, dass eine solche Kompetenzerweiterung unmissverständlich und im besten Falle separat von der eigentlichen Schiedsklausel festgehalten werden sollte, um über jegliche Zweifel in Bezug auf Umfang und Wirksamkeit erhaben zu sein. Mithin ist eine extensive Handhabung von Abdingbarkeit der staatlichen Nachkontrolle in Bezug auf die schiedsgerichtliche Kompetenz-Kompetenz bei entsprechend klarer Vereinbarung als konsequente Schlussfolgerung der Privatautonomie zu begrüßen.

Astro Valiente Compania Naviera v. Pakistan Ministry of Food & Agric. (1982), 1 All ER 823 (Comm) (English High Ct.).

⁷⁴ *First Options of Chicago, Inc. v. Kaplan*, 514 U.S. 938, 942 (U.S. S.Ct. 1995).

⁷⁵ Vgl. *Born* (Fn. 4), 1220.

III. Situation in Brasilien

Die herausgearbeiteten Überlegungen und abstrakten Ergebnisse zum Grundsatz der Kompetenz-Kompetenz können nunmehr auf das Beispiel Brasilien (1.) angewandt werden, um zu eruieren, inwieweit dort die Selbstständigkeit eines Schiedsgerichts anerkannt wird. Dies soll ein Indikator sein, um die allgemeine Entwicklung und den Status quo der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit vor Ort besser einschätzen zu können (2.).

1. Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in Brasilien

a) Geschichtlicher Hintergrund

Wie eingangs erwähnt, haftet Brasilien bis heute ein Ruf der Schiedsfeindlichkeit an.⁷⁶ Unabhängig von dessen noch zu thematisierender Rechtmäßigkeit ist es aber geschichtlich korrekt, Brasilien wie vielen anderen lateinamerikanischen Staaten eine von derartiger Ablehnung geprägte Vergangenheit zu attestieren.^{77,78} Dies lag unter anderem an der im Lateinamerika des ausgehenden 19. Jahrhunderts verbreiteten *Calvo*-Doktrin.⁷⁹ Hiernach wurden ausländische Direktinvestitionen stets nach dem Rechtssystem des Begünstigten bewertet, ausländische Gerichte waren nur in Ausnahmefällen zuständig und es war ein Verzicht auf diplomatischen Schutz durch das Heimatland des Investors zu akzeptieren.⁸⁰ 1902 wurde sie zudem durch die *Drago*-Doktrin ergänzt, die als Korollar der US-amerikanischen *Monroe*-Doktrin⁸¹ vorsah, keine bewaffnete Intervention oder sonstige Sanktionen europäischer Staaten zwecks Eintreibung von Staatsschulden auf dem Territorium amerikanischer Staaten zu dulden.⁸² Diese unkooperative

⁷⁶ *Schmidt*, Bericht zur XXIX. Jahrestagung der DBJV: „Schiedsgerichtsbarkeit und Mediation in Deutschland und Brasilien – Arbitragem e Mediação na Alemanha e no Brasil“, Mitteilungen der Deutsch-Brasilianischen Juristenvereinigung 1/2011, 5 (6) m.w.N.

⁷⁷ *Corrie*, International Commercial Arbitration in Brazil, Comparative Law Yearbook of International Business 2013, 113.

⁷⁸ Zu Brasilien indirekt *Martinez*, Latin America and the Investment Treaty Arbitration Backlash, Arb.Rev.Am. 2012, 1, https://www.adr.org/aaa/ShowPDF?doc=ADRSTG_022214.

⁷⁹ Benannt und entwickelt vom argentinischen Publizisten *Carlos Calvo* fanden dessen Ideen in Form einer sog. *Calvo*-Klausel Eingang in viele lateinamerikanische Verfassungen und Investitionsverträge; grundlegend *Calvo*, Derecho Internacional Teórico y Práctico de Europa y América.

⁸⁰ *Remedios Gómez Arnau*, México y la protección de sus nacionales en Estados Unidos, 50 f.

⁸¹ 1823 vom gleichnamigen US-Präsidenten etablierte Nichteinmischungspolitik der amerikanischen Staaten gegenüber Europa.

⁸² „*Drago*, *Luis María*“, The Columbia Encyclopedia, 6. Aufl., http://www.encyclopedia.com/topic/Luis_Maria_Drago.aspx#2-1E1:Drago-Lu-full; die ursprüngliche Form der Doktrin geht zurück auf den argentinischen Außenminister *Luis María Drago*, die in einer von General *Horace Porter* modifizierten Form auf der 2. Haager Friedenskonferenz von 1907 Eingang in das „II. Haager Abkommen betreffend die Beschränkung der Anwendung von Gewalt bei der Eintreibung von Vertragsschulden“ fand.

Außenhandelspolitik gepaart mit den oft pro-brasilianisch orientierten Gerichten führte dazu, dass ausländische Investoren Brasilien größtenteils mieden und es somit auch weitaus weniger anhängige internationale Rechtsstreitigkeiten gab, die ein funktionierendes internationales Schiedssystem benötigt hätten.⁸³ Diese rechtspolitischen Haltungen änderten sich erst in den Achtzigerjahren des vergangenen Jahrhunderts, als die Wirtschaften Lateinamerikas zunehmend stagnierten und viele Staaten auf ausländische Investoren zur Konsolidierung ihres Haushalts angewiesen waren.⁸⁴ In Brasilien kam 1985 zudem das Ende der langanhaltenden Militärdiktatur hinzu, dem 1988 eine neue Verfassung sowie eine wirtschaftsliberalere Regierung folgten. Verbunden mit einer nunmehr präsidentiell-demokratischen Staatsform unternahm Brasilien den nächsten Schritt zu einer dem internationalen Handel und damit der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit offeneren Haltung. In den folgenden Jahren wurden zudem einige wichtige Konventionen unterzeichnet sowie ein modernes Schiedsgesetz ratifiziert.

b) Gesetzliche Regelungen

Auf supranationaler Ebene trat Brasilien seit Beginn der Neunzigerjahre mehreren Schiedskonventionen bei, die seine Abkehr von *Calvo*- und *Drago*-Doktrin unterstrichen. Am Anfang stand 1995 die Unterzeichnung der Panama Konvention⁸⁵, die u.a. die Anerkennung einer generellen Vollstreckbarkeit von Schiedssprüchen in lateinamerikanischen Mitgliedsstaaten vorschreibt. Ein Jahr später ratifizierte Brasilien das Las Leñas Protokoll, aufgrund dessen sich die bisher ausschließlich südamerikanischen Mitgliedsstaaten verpflichten, miteinander in prozessualen Angelegenheiten wie Beweisaufnahmeverfahren und der Anerkennung und Vollstreckung von Urteilen mit grenzüberschreitender Wirkung zu kooperieren.⁸⁶ Auch das unter der Leitung der Organisation Amerikanischer Staaten (OAS) entwickelte und 1997 in Brasilien in Kraft getretene Montevideo Abkommen, das die Panama Konvention in Bezug auf bisher nicht abgedeckte Schiedssprüche erweitert, zeugte von einem Willen zur Förderung des internationalen Handelsverkehrs verbunden mit der dafür besonders geeigneten privaten internationalen Schiedsgerichtsbarkeit.⁸⁷ Weiterhin führte die Ratifizierung des Olivos Protokolls im Jahre 2003 zu einer Verbreitung von

⁸³ *Corrie* (Fn. 100), 114.

⁸⁴ *Ebd.*

⁸⁵ Offiziell als *Inter-American Convention on International Commercial Arbitration* bezeichnet und 1975 verabschiedet.

⁸⁶ *Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa*, Entscheidung Nr. 5/92, 27.6.1992, abrufbar unter <http://tinyurl.com/nt4r5ag> (span.).

⁸⁷ *Inter-American Convention on Extraterritorial Validity of Foreign Judgments and Arbitral Awards*, 5.8.1979, abrufbar unter <http://www.oas.org/juridico/english/treaties/b-41.html> (engl.).

schiedsgerichtlichen Praktiken innerhalb des Mercosuls⁸⁸, da Rechtsstreitigkeiten zwischen den einzelnen Mitgliedsstaaten dieses Binnenmarkts nun, zumindest in der Theorie⁸⁹, verpflichtend und ausschließlich von *ad hoc*-Schiedsgerichten und einer ständigen Revisionsinstanz zu schlichten waren.⁹⁰ Größter Fortschritt in Bezug auf Übereinkommen war jedoch das Inkrafttreten des New Yorker Übereinkommens im Jahr 2002. Hierdurch wurde den knapp 150 Mitgliedsstaaten, denen die Konvention ein angenehm vertrautes Instrumentarium ist, signalisiert, dass nun auch auf brasilianischem Territorium mit einer Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche zu rechnen sei. Die Verzögerung von 44 Jahren nach Erstentwicklung des Übereinkommens ist der noch von *Calvo*, *Drago* und Militärdiktatur durchhauchten privatrechtlichen Gesetzeslandschaft sowie einem politisch unschlüssigen und ebenfalls schiedskritischen Kongress zuzurechnen, die erst durch verschiedene nationale wie internationale Entwicklungen einen Paradigmenwechsel erfuhren.⁹¹

Ein solcher Paradigmenwechsel war auf nationaler Ebene die Einführung des Brasilianischen Schiedsgesetzes (*Lei da Arbitragem*, BraSchG) von 1996.⁹² Dieses als sehr modern geltendes Gesetz führte trotz anfänglichen Widerstands gar zu einer Erneuerung verschiedener institutioneller Schiedsregeln.⁹³ Inhaltlich basiert es primär auf dem UNCITRAL-Modellgesetz, weist jedoch einzelne nationale Besonderheiten auf.⁹⁴ Darüber hinaus ergänzen noch einige, teils durch das

⁸⁸ Südamerikanischer, durch das Abkommen von Asunción vom 26.3.1991 ins Leben gerufener Binnenmarkt, bestehend aus fünf Mitgliedern sowie fünf weiteren assoziierten Staaten. Brasilien war hierbei Gründungsmitglied; spanisch als Mercosur (*Mercado Común del Sur*, dt. Gemeinsamer Markt des Südens), portugiesisch als Mercosul (*Mercado Comum do Sul*) bezeichnet.

⁸⁹ Ein berühmtes Negativbeispiel für die schiedsgerichtliche Funktionsunfähigkeit war der sog. *Pulp Mills*-Fall zwischen Uruguay und Argentinien, in dem die mangelnde Wirksamkeit der Mercosur-Schiedsgerichtsbarkeit deutlich wurde, insbesondere, da trotz erfolgten Schiedsspruchs der *Internationale Gerichtshof* angerufen und der Fall dort entschieden wurde. Übersicht bei *Piscitello/Andrés*, *The Conflict Between Argentina and Uruguay Concerning the Installation and Commissioning of Pulp Mills Before the International Court of Justice and MERCOSUR*, *ZaöRV* 67 (2007), 159.

⁹⁰ *Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el Mercosur*, 2003, abrufbar unter <http://tinyurl.com/mnzsnez> (span.).

⁹¹ *Corrie* (Fn. 100), 120 f. m.w.N.

⁹² Gesetz Nr. 9.307 vom 23.9.1996, verfügbar unter http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm (port.) oder <http://cbar.org.br/site/eng/brazilian-legislation/law-9-307-96-english/> (engl.).

⁹³ *Corrie* (Fn. 100), 116.

⁹⁴ *Engelmann*, *O Espaço da Arbitragem no Brasil: Notáveis e Experts em Busca de Reconhecimento*, *Rev. Sociol. Polít.* 20 (44), 2012, 155 (158), der auch die Einzelheiten des Gesetzgebungsprozesses darstellt.

Schiedsgesetz novellierte, Normen der brasilianischen Zivilprozessordnung (*Código de Processo Civil*, BraZPO) die Regelungen zu Schiedsverfahren.⁹⁵

Zuletzt sei noch die Weigerung des brasilianischen Staats zur Unterzeichnung der ICSID Konvention erwähnt. Trotz einer weiten Verbreitung mit 159 Mitgliedsstaaten widersetzt sich Brasilien bis heute vehement einer Unterzeichnung. Als Argumente werden sowohl rechtliche, etwa Unvereinbarkeit mit der brasilianischen Verfassung, als auch volkswirtschaftliche und politische Gründe genannt. Hiernach dient ein solches Abkommen vor allem kapitalexportierenden Nationen dazu, ihre Direktinvestitionen abzusichern. Letztlich könne dies zu einem Finanzimperialismus führen oder dazu beitragen, die Schwellen- bzw. Nehmerländer von ihren wirtschaftlich überlegenen Vertragspartnern abhängig zu machen und somit deren Entwicklung zu hemmen. Unabhängig von der Sinnhaftigkeit dieser an die *Calvo*-Doktrin erinnernden Finanzpolitik trägt dieser Umstand entscheidend zum negativen Ruf Brasiliens im Bereich der Schiedsgerichtsbarkeit bei. Für die weiteren Untersuchungen ist es daher zur Klarstellung wichtig festzuhalten, dass hier gerade nicht oder allenfalls mittelbar die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit analysiert und bewertet wird.

c) Rechtsprechung

Ebenso wie der Gesetzgeber orientierte sich auch die Dritte Gewalt gegenüber der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit neu. So wandelte sich die zunächst ablehnende Haltung des *Obersten Bundesgerichtshofs* (*Supremo Tribunal Federal*, STF), der im brasilianischen Justizsystem gemäß Art. 102 Abs. 1 lit. a der Verfassung der Föderativen Republik Brasilien (*Constituição da República Federativa do Brasil*) das Verwerfungsmonopol von Bundesgesetzen innehat. In der Grundsatzentscheidung *M.B.V. Commercial and Export Management Est. v. Resil Industria e Comércio Ltda.*⁹⁶ erkannte er 2001 endgültig die verfassungsrechtliche Gültigkeit des BraSchG an und ebnete somit den Weg zur Entwicklung der Schiedsgerichtsbarkeit, die nicht länger unter verfassungsrechtlichen Zweifeln litt. Denn zuvor war die Wirksamkeit von Schiedsklauseln oft umstritten gewesen. Man benötigte zusätzlich zur vertraglichen Schiedsklausel eine weitere schriftliche Bestätigung der Parteien nach Auftreten eines Streitfalls (*compromisso arbitral*), was einer dem Verfahren abgeneigten Partei die Gelegenheit zur Verweigerung der Unterzeichnung gab und

⁹⁵ So etwa Art. 1072 ff. BraZPO; mit Hinweis auf die einzelnen Novellierungen abrufbar unter <http://www.soleis.com.br/ebooks/0-processo.htm>.

⁹⁶ *Supremo Tribunal Federal*, SE 5.206-AgR, Report: *Sepúlveda Pertence*, Ur. vom 12.12.2001, Plenário, DJ de 30-4-2004, abrufbar unter <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/775697/agregna-sentenca-estrangeira-se-agr-5206-ep>.

die Schiedsabrede somit zu einem stumpfen Schwert machte.⁹⁷ Nun aber konnten die Parteien auf die Wirksamkeit vertrauen, was nicht nur internationales Interesse erregte, sondern auch zur Gründung des brasilianischen Schiedskomitees (*Comitê Brasileiro de Arbitragem – CBAr*) führte, das sich in Form von nationalen wie internationalen Veranstaltungen und der Herausgabe der ersten brasilianischen Zeitschrift für Schiedsgerichtsbarkeit (*Revista Brasileira de Arbitragem*) für die sich steigernde Beliebtheit der Schiedsgerichtsbarkeit einsetzt.⁹⁸ Auch die schiedsfreundliche Rechtsprechung des höchsten staatlichen Gerichts in Zivilsachen, dem *Obersten Gerichtshof der Justiz* (*Superior Tribunal de Justiça, STJ*), sowie die Überlastung der staatlichen Gerichtsbarkeit führten zu einer steigenden Popularität der kommerziellen ADR.⁹⁹ So stellte der *STJ* in *Total Energia, SNDC v. Thorey Invest Negócios Ltda.* fest, dass das brasilianische Internationale Privatrecht, festgeschrieben im Einführungsgesetz des Zivilgesetzbuchs (*Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro*), gegenüber dem BraSchG zurückweicht.¹⁰⁰ Dies unterstreicht weiter die höchstrichterliche Gesinnung, die Privatautonomie zu respektieren, indem man sie über die nationalen Kollisionsnormen stellt.¹⁰¹

2. Handhabung des Prinzips der Kompetenz-Kompetenz

a) Allgemeines

Das Prinzip der Kompetenz-Kompetenz ist nach brasilianischem Recht seit Einführung des BraSchG 1996 gesetzlich verankert. So statuiert der an Art. 16 UNCITRAL-Modellgesetzes angelehnte Art. 8 BraSchG in einem ersten Schritt das Teilbarkeitsprinzip, sodann die schiedsgerichtliche Kompetenz, über Existenz, Gültigkeit und Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung zu entscheiden. Ungewöhnlicherweise wird dem Tribunal hierbei gar eine Entscheidungsgewalt *ex officio* (wörtlich *de ofício*) eingeräumt, was für Regelwerke innerhalb der internationalen kommerziellen Schiedsgerichtsbarkeit sehr selten ist.¹⁰² Will eine Partei die Schiedsabrede angreifen, so muss dies gemäß Art. 20 BraSchG zum frühestmöglichen Zeitpunkt nach Beginn des Schiedsverfahrens geschehen. Kommt das Schiedsgericht dabei zu dem Schluss, dass keine Schiedsvereinbarung

⁹⁷ *de Araújo*, O Princípio da Autonomia da Cláusula Arbitral na Jurisprudência Brasileira, RArb 2010, 265 (269); *Corrie* (Fn. 100), 144; *Gaillard/Savage* (Fn. 7), Rn. 632.

⁹⁸ Mehr Informationen zur Geschichte der CBAr und der Zeitschrift unter <http://www.cbar.org.br>.

⁹⁹ Vgl. *Braghetta*, Jurisprudência Arbitral, in: *Estudos de Arbitragem, Mediação e Negiação*; *Corrie* (Fn. 100), 118 f.

¹⁰⁰ *Total Energia v. Thorey*, Agravo de Instrumento Number 1.111.650-0 — 1 *Tribunal de Alçada Civil de São Paulo*, abrufbar unter: http://www.cbar.org.br/PDF/Total_Energi_versus_Thorey.pdf.

¹⁰¹ So auch *Corrie* (Fn. 100), 145.

¹⁰² *Born* (Fn. 4), 1248.

besteht, wird den Parteien freigestellt, die staatliche Gerichtsbarkeit nach Maßgabe der BraZPO zu ersuchen. Bestätigt es hingegen die Wirksamkeit einer Schiedsklausel, wird das Verfahren fortgesetzt und der unterlegenen Partei gemäß Art. 20 § 2 BraSchG i.V. mit Art. 33 § 1 BraSchG die Möglichkeit gegeben, den Zwischenentscheid einem staatlichen Gericht binnen 90 Tagen nach Verkündung zur Überprüfung vorzulegen. Eine weitere Besonderheit des brasilianischen Modells ist die gerichtliche Zwangsanordnung nach Art. 7 BraSchG im Falle einer fehlenden Vereinbarung zur Einleitung eines Schiedsverfahrens. Hiernach kann eine sich dem Verfahren verweigernde Partei gerichtlich dazu verpflichtet werden, an einer speziellen Anhörung teilzunehmen (*citação*), um eine einvernehmliche Erklärung (*compromisso*) zur Teilnahme am Schiedsverfahren zu erwirken. Weigert sich die Partei weiterhin, kann der zuständige Richter den Umfang der Erklärung allein auf Grundlage der Aussage der schiedswilligen Partei bestimmen und einen einzelnen Schiedsrichter ernennen.

b) Richtungsweisende Rechtsprechung

Über die Jahre wurden immer wieder Urteile gefällt, die das bisweilen diffuse BraSchG konturieren. Zwar haben höchstrichterliche Entscheidungen auch in Brasilien keine absolute Bindungswirkung, dienen unteren Gerichten aber trotzdem als wichtige Richtschnur.¹⁰³ Im Folgenden werden daher die einzelnen besonders relevanten Bereiche, die eine höchstrichterliche Klarstellung erfahren haben, näher beleuchtet.

aa) Behandlung von Zwischenentscheidungen

Staatliche Zwischenentscheide zum Schutz des reibungslosen Verlaufs des Schiedsverfahrens sind vor Konstituierung eines Schiedsgerichts möglich, danach kann jedoch einzig das Schiedstribunal ein Zwischenurteil fällen.¹⁰⁴ Allerdings haben die schiedsgerichtlichen Zwischenurteile keine automatische Bindungswirkung gegenüber den Parteien, weshalb die Vollstreckung dieser jeweils bei einem staatlichen Gericht geltend gemacht wird und sie dort zudem einer *de*

¹⁰³ *Corrie* (Fn. 100), 148.

¹⁰⁴ *Itarumã Participações S.A. (Itarumã) v. Participações em Complexos Bioenergéticos S.A. (PCBIOS)*, STJ Urt. vom 12.6.2012, Resp. 1.297.924-RJ (2011/0240991-9), Report: *Nancy Andrighi, Unibanco União de Bancos Brasileiros SA v. Dalby SA*, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Ag.I. 70027212455, Report: *Nilton Carpes da Silva*, 2. November 2008, TJRSJ; *Carlos Alberto de Oliveira Andrade v. Renault do Brasil Comércio e Participações Ltda.*, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Nr. 1117830-0/7, Report: *Antonio Benedito Ribeiro Pinto*, 26. Februar 2008, TJSPJ; *Lee, Durval Biancalana da Silva v. Delta Engenharia e Montagem Industrial Ltda., DTP Participações e Investimentos S/A u.a.*, Tribunal de Justiça do Estado de Rio de Janeiro, 12.5.2010, 0063229-77.2010.8.19.0001.

novo-Prüfung unterzogen werden müssen.¹⁰⁵ Eine Ausnahme gilt lediglich im gesetzlich unklar geregelten Fall von Notfallmaßnahmen, wenn ein Schiedsgericht vorübergehend handlungsunfähig sein sollte. Art. 22 § 4 BraSchG schreibt hierbei vor, dass das Schiedsgericht ein staatliches Gericht anzurufen hat, um die Maßnahmen zu erwirken. Die Norm lässt allerdings offen, ob der gerichtliche Rekurs dabei einzig dem Tribunal vorbehalten ist oder die Parteien ausnahmsweise auch direkt um einen Zwischenentscheid bitten können.¹⁰⁶ Der *STJ* hat dies für Ausnahmefälle bejaht, dabei aber klargestellt, dass der Umfang der erbetenen Maßnahmen im Falle einer Genehmigung nicht von staatlicher Seite erweitert werden kann.¹⁰⁷ Weiterhin stärkend für die Anerkennung von Schiedsklauseln ist die Entscheidung des *STJ* im Fall *Mitsubishi Electric Corp. v. Evadin Indústrias Amazônia SA* von 2007.¹⁰⁸ Hierin wurde die schon zuvor verbreitete Vermutung höchstrichterlich bestätigt, dass auch Schiedsabreden von vor Einführung des BraSchG 1996 Gültigkeit beanspruchen können und keine Exequatur im Sinne eines *compromisso arbitral* mehr benötigen, um einem Schiedsgericht überführt zu werden.

bb) Abbedingung staatlicher Nachprüfung von schiedsgerichtlicher Kompetenz

Obwohl Brasilien das NYÜ ratifiziert hat und die Parteien im Rahmen des BraSchG Streitigkeiten durch Schiedsverfahren beseitigen können, wird es, vorbehaltlich bisher inexisterter gegenteiliger Rechtsprechung, kaum möglich sein, eine endgültige staatliche Zwischenentscheidungsrevision abzubedingen. Wie bereits erwähnt, mangelt es schiedsgerichtlichen Zwischenurteilen an *imperium*, sodass bei Weigerung einer Partei immer ein staatliches Gericht angerufen werden müsste. Von einer echten Abdingbarkeit ist daher nicht auszugehen.

cc) Schiedsverfahren mit öffentlich-rechtlicher Komponente

Während Verfahren mit öffentlichem Interesse weiterhin in der Hand der staatlichen Gerichtsbarkeit bleiben, haben einzelne höchstrichterliche Entscheidungen verdeutlicht, dass Schiedsverfahren durchaus zulässig sind, wenn es um die reinen Interessen der Verwaltung geht, die auch als „sekundäre öffentliche Interessen“ bezeichnet werden.¹⁰⁹ Auch hat der *STJ* den Weg zu den

¹⁰⁵ *Itarumã v. PCBIO* (Fn. 126).

¹⁰⁶ Vgl. *Corrie* (Fn. 100), 148.

¹⁰⁷ *Itarumã v. PCBIO* (Fn. 126).

¹⁰⁸ *Mitsubishi Electric Corp. v. Evadin Indústrias Amazônia SA*, *STJ SEC 349/JP*, Report: *Eliana Calmon*, 21.3.2007, 528, *STJJ*.

¹⁰⁹ Jeweils *STJ*: *Companhia Paranense de Gás (Compagás) v. Consórcio Carioca-Passarelli*, 15.6.2004; *AES Uruguaina v. Companhia Estadual de Energia Eléctrica (CEEE)*, October 25, 2005; *Nuclebrás Equipamentos Pesados SA (NUCLEP) v. TMC Terminal Multimodal de Coroa Grande SPE SA*, 7.12.2005.

Schiedsgerichten für gemischtwirtschaftliche Unternehmen (*sociedades de economia mista*) bereitet, da diese auf Augenhöhe mit rein privatrechtlichen Unternehmen konkurrierten und damit ein Schiedsverfahren wie jedes andere Unternehmen anstrengen dürften.¹¹⁰

Es gibt jedoch auch vereinzelte Urteile, die eine andere Taktart vorgeben. So hat das *Berufungsgericht des Staates Rio Grande do Sul* im Fall *Companhia de Geração Térmica de Energia Elétrica (CGTEE) v. Kreditanstalt Für Wiederaufbau Bankengruppe* 2013 eine erstinstanzliche Entscheidung aufgehoben, die eine Feststellungsklage bzgl. der Nichtigkeit des Hauptvertrags mit Hinweis auf die Kompetenz-Kompetenz des Schiedsgerichts abgelehnt hatte.¹¹¹ Das Urteil erging auf Grundlage eines der Klageschrift beigefügten Polizeiberichts, der laut dem Berufungsgericht die offensichtliche Nichtigkeit des Hauptvertrags nahelegte und daher Anlass gegeben hatte, das Schiedsverfahren ohne weitere Untersuchungen zu beenden. Ähnlich problematisch für das Verständnis der Selbstständigkeit schiedsgerichtlicher Verfahren in Brasilien ist der Fall *Compania Paranaense de Energia (Copel) v. UEG Araucária Ltda.* aus dem Jahre 2004, bei dem das *Berufungsgericht des Staates Paraná* intervenierte und ein in Brasilien stattfindendes ICC-Verfahren unter Androhung hoher Strafzahlungen aussetzte, während sich die nationale Gerichtsbarkeit des Falles annahm.¹¹²

c) Bewertung

Betrachtet man die einzelnen Entwicklungen in Brasilien seit Einführung des BraSchG, kommt man unweigerlich zu dem Schluss, dass sowohl der Gesetzgeber als auch der *STJ* größte Anstrengungen unternommen haben, das Land von seinem Ruf der Schiedsfeindlichkeit zu befreien und bisher bestehende Hürden der internationalen kommerziellen Schiedsgerichtsbarkeit aus dem Weg zu räumen. Sehr förderlich ist sicherlich die enge Anbindung der nationalen Regelungen an das UNCITRAL-Modellgesetz, das sich über die Jahre nicht nur bewährt hat, sondern für viele Unternehmen mittlerweile auch ein Qualitätsmerkmal geworden ist und somit schon eine gewisse Schiedsfreundlichkeit indiziert. Konkret das BraSchG betreffend ist ferner positiv zu vermerken, dass, ähnlich dem in diesem Punkt für seine Parteifreundlichkeit bekannten französischen Modell, zwischen der Zeit vor und nach Beginn des Schiedsverfahrens differenziert wird. Dass die staatlichen Gerichte nach Konstituierung des Tribunals nicht mehr eingreifen, sondern

¹¹⁰ *União v. TMC Terminal Multimodal de Cora Grande SPE S.A.*, *STJ*, 27.9.2006.

¹¹¹ *Companhia de Geração Térmica de Energia Elétrica (CGTEE) v. Kreditanstalt Für Wiederaufbau Bankengruppe*, *Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*, Nr. 70053386595, 12.6.2013.

¹¹² *Compania Paranaense de Energia (Copel) v. UEG Araucária Ltda.*, *Tribunal de Justiça do Estado de Paraná*, 15.6.2004.

Zwischenentscheidungsklagen grundsätzlich abweisen und die Schiedsrichter somit stets das erste Wort haben, ist ein deutliches Zeichen, dass die Parteiautonomie respektiert wird. Verwässert wird dies allerdings durch den Mangel an Bindungswirkung, sodass das Verfahren dennoch verlangsamt wird und die Autorität der Schiedsrichter bis zum Ende des Verfahrens nicht absolut ist. Allerdings ist die überwiegende Rechtsprechung, insbesondere dank des schiedsfreundlich eingestellten *Obersten Gerichtshofs der Justiz*, als unterstützend zu bewerten. Einzig die erwähnte Problematik der Notfallmaßnahmen im Falle eines handlungsunfähigen Tribunals durchbricht das Prinzip der negativen Kompetenz-Kompetenz, indem einer Partei der direkte Zugang zum staatlichen Gericht gewährt wird. Zwar mag das oben genannte *Itarumã*-Urteil des *STJ* im Einzelfall im Hinblick auf drohende finanzielle Einbußen verständlich sein und deutet auf die intendierte Parteilichkeit der Entscheidung hin. Allerdings kommt das Ergebnis rechtspolitisch einem Pyrrhussieg gleich, denn der dabei entstandene Verlust in Form der Abschwächung der negativen Kompetenz-Kompetenz setzt einen bedenklichen Maßstab und steht kaum in Relation zu den geringen Interessen in jenem Einzelfall. Es wäre daher ein weiteres Urteil wünschenswert, das auch in Notfallmaßnahmen dem Tribunal, für dessen Funktionsfähigkeit nicht zuletzt auch die Parteien Verantwortung tragen, die alleinige Anrufungsgewalt unmissverständlich zuteilt. Dies würde klarstellen, dass Art. 22 § 4 BraSchG restriktiv auszulegen ist. Bedenklich ist ferner die in Art. 8 BraSchG geregelte schiedsgerichtliche Urteilsgewalt *sua sponte*, die zu Recht sehr ungewöhnlich ist. Denn die Schiedsgerichtsbarkeit soll gerade ein parteigetriebenes Verfahren sein, das die Interessen der Beteiligten in möglichst großem Umfang berücksichtigt. Wird nun einem Tribunal die Möglichkeit gegeben, aus eigener Initiative über seine Kompetenz zu befinden, so ist nicht auszuschließen, dass die Parteien darauf gar keine Zeit und Ressourcen verwenden wollen.¹¹³ Zwar mag die ungefragte Überprüfung unter Umständen die Vollstreckbarkeit eines Schiedsspruchs gewährleisten, jedoch ist die Parteiautonomie das wohl höchste Gut und eheerste Prinzip der privaten Schiedsgerichtsbarkeit. Auch ein von den Parteien bestelltes Tribunal sollte sich nicht darüber hinwegsetzen können. Ausgehend vom *CGTEE*-Fall¹¹⁴ muss zudem mit Sorge festgestellt werden, dass hier das Teilbarkeitsprinzip gemäß Art. 8 BraSchG sowie die darin geregelte Kompetenz-Kompetenz übergangen wurden. Es bleibt zu hoffen, dass eine derartige, zugegebenermaßen auch nicht höchstrichterliche Rechtsprechung, eine Ausnahme bleibt. Der aus Sicht der schiedsgerichtlichen Unabhängigkeit nicht weniger unglückliche *Copel*-Fall¹¹⁵ scheint hingegen weniger Ausnahme als vielmehr Auswuchs einer sich

¹¹³ Vgl. *Born* (Fn. 4), 1248 f.

¹¹⁴ Siehe Fn. 111.

¹¹⁵ Siehe Fn. 112.

festigenden Tendenz zu sein, Schiedsverfahren mit starkem Bezug des öffentlichen Interesses an die nationale Gerichtsbarkeit zu binden.¹¹⁶

Trotz der teils noch problematischen Aspekte darf man aber insgesamt nicht aus den Augen verlieren, dass Brasilien eine vergleichsweise kurze Vergangenheit wirksamer ADR-Verfahren hat und eingedenk dessen einen fulminanten Start hatte und sich durch allerlei nationale Schiedsinstitutionen¹¹⁷ und eine offenere Rechtspolitik zu einem der führenden lateinamerikanischen Staaten auf dem Gebiet der Schiedsfreundlichkeit entwickelt hat.

IV. Abschlussthese

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die internationale kommerzielle Schiedsgerichtsbarkeit zunehmend an Bedeutung gewinnt und oftmals eine attraktive Alternative gegenüber staatlichen Gerichten zur Streitbeilegung darstellt. Ein integraler prozessualer Bestandteil bildet hierbei das weitgehend anerkannte Prinzip der Kompetenz-Kompetenz, das durch nationale und internationale Rechtsinstrumentarien begründet wird und dort in unterschiedlicher Ausprägung verankert ist.¹¹⁸ Die nähere Analyse des Status quo der Schiedsgerichtsbarkeit in Brasilien zeigt, dass das Land in der Tat eine gleichsam dunkle Vergangenheit in Bezug auf die Anerkennung der privaten Gerichtsbarkeit hat. Dennoch haben Gesetzgeber und Rechtsprechung in den vergangenen 20 Jahren entscheidend zu einem Verständniswandel beigetragen, sodass Brasilien heute zu den mit am fortschrittlichsten Staaten in Bezug auf Schiedsgerichtsbarkeit gehört und anderen Rechtsordnungen, gerade in Lateinamerika, als gutes Beispiel vorangehen kann.¹¹⁹

¹¹⁶ *Figueroa Valdes* (Fn. 18), 134 (157); weitere Beispiele bei *Dalmaso Marques*, O STJ, As Medidas Antiarbitragem e o Princípio da Competência-Competência na Lei 9.307/1996, RArb 2012, 275.

¹¹⁷ Überblick bei *Corrie* (Fn. 100), 123.

¹¹⁸ *Garcia da Fonseca*, O Princípio da Competência-Competência na Arbitragem. Uma Perspectiva Brasileira, RArb 2006, 277 (286).

¹¹⁹ Zum starken Anstieg der Anzahl an ICC-Verfahren in Brasilien und anderen Teilen Lateinamerikas seit den Neunzigerjahren siehe *White & Case*, Survey of Trends in Latin American Arbitration 2009, abrufbar unter: http://www.whitecase.com/idq/summer_2009_1a/#.U7ysvvl5NqV.

Sebastian Schneider*

Die EuGH-Rechtsprechung zur Sitzverlegung und die fortbestehende Notwendigkeit für eine Sitzverlegungs-Richtlinie

Abstract

Die europäischen Grundfreiheiten verbürgen den im Gemeinschaftsgebiet ansässigen Unternehmen eine umfassende Niederlassungsfreiheit. Eine Ausprägung der Niederlassungsfreiheit stellt auch die Verlegung des Unternehmenssitzes dar. Nationalstaatliche Beschränkungen der Sitzverlegungen wurden demzufolge in einer Reihe von Urteilen durch den *EuGH* für unzulässig befunden. Dessen ungeachtet existiert immer noch kein europäisches Sekundärrecht, das Voraussetzungen und Anforderungen einer Sitzverlegung einheitlich festlegt. Die Entwicklung der Rechtsprechung des *EuGH* zur Sitzverlegung, die noch bestehenden Regelungslücken und die daraus resultierende fortbestehende Notwendigkeit einer Sitzverlegungsrichtlinie sind Gegenstand des folgenden Beitrags.

The European Unions' fundamental freedoms seek to guarantee a capacious freedom of establishment for companies within the Union. One specification of this freedom of establishment is the transfer of the company seat to a member state other than the member state of incorporation. Thus the European Court of Justice declared national restrictions on the transfer of a company seat in a series of judgments to be incongruous with the freedom of establishment. Regardless of this fact still there does not exist a European secondary law that determines consistent requirements and conditions for such an operation. The developments in case law, the still unregulated issues and the continuous need of a directive on the transfer of a company seat are the topic of the following article.

* Der Verfasser studiert Rechtswissenschaft im 8. Semester an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg mit dem Schwerpunkt Unternehmens- und Gesellschaftsrecht und ist wissenschaftliche Hilfskraft an der Forschungsstelle für Staats- und Steuerrecht von Prof. Dr. Dres. h.c. Paul Kirchhof. Der Beitrag ist Auszug einer Studienarbeit zum gleichnamigen Thema bei Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter Hommelhoff.

I. Einleitung

Unternehmen sind wichtige Akteure im europäischen Wirtschaftsraum und betätigen sich häufig über die Grenzen eines einzelnen Mitgliedstaates hinaus. Das europäische Primärrecht stellt deshalb die Gesellschaften den natürlichen Personen gleich und gewährt ihnen gemäß Art. 49 i.V. mit Art. 54 Abs. 1 AEUV Niederlassungsfreiheit im Gemeinschaftsgebiet.¹ Wie die übrigen Grundfreiheiten dient auch die Niederlassungsfreiheit hierbei gemäß Art. 26 AEUV dem Ziel, einen freien Marktzugang zu fördern und somit den Binnenmarkt zu verwirklichen.²

Zentrales Funktionselement des Europäischen Binnenmarktes ist die rechtlich abgesicherte Mobilität über die Grenzen der einzelnen Mitgliedstaaten hinweg: Mobilität der Produkte, der Menschen, des Kapitals, aber auch der Unternehmen.³ Diese sollen nicht nur im EU-Ausland aktiv werden können, sondern selbst die Grenze vom Mitgliedstaat in einen anderen überschreiten, also ihren Sitz, sei es Verwaltungs- oder Registersitz verlegen können.⁴ Solche Sitzverlegungen begegnen in den Mitgliedstaaten mehr oder minder stark ausgeprägten Widerständen bis hin zum Sitzverlegungsverbot, das mit Zwangsauflösung sanktioniert wird. Diese Widerstände wurzeln in verschiedenen Gründen und reichen von steuerrechtlichen Aspekten bis zum Schutz der Arbeitnehmer. Der *Europäische Gerichtshof* hat aber in einer Reihe von Urteilen die Unternehmensmobilität gegen den Widerstand einzelner Mitgliedstaaten durchgesetzt. Bedarf es angesichts dieser Judikative also noch eines Rechtsaktes des europäischen Gesetzgebers, um Unternehmensmobilität sicherzustellen?

Grenzüberschreitende Sitzverlegung bedeutet, dass eine Gesellschaft die Grenze zwischen zwei Staaten überschreitet.⁵ Bei der Sitzverlegung wird zwischen der

¹ Zum Gesellschaftsbegriff: *Jung* in Schwarze/Becker/Hatje, 3. Aufl. 2012, Art. 48 EGV Rn. 2 m.w.N.; zur Niederlassungsfreiheit: *Bröhmer* in: Calliess/Ruffert 4. Aufl., 2011, AEUV, Art. 54 AEUV Rn. 1, 8 ff.

² *Frenz*, Handbuch Europarecht I 2. Aufl. (2012), Rn. 22, 2136; *Leible*, Niederlassungsfreiheit und Sitzverlegungsrichtlinie, ZGR 2004, S. 531 (546).

³ Vgl. so bereits: *Kommission* Weißbuch der Kommission an den Europäischen Binnenmarkt KOM (85), 310, Rn. 139 ff.; *Hopt* in Geens/Hopt The European Company Law Action Plan Revised 2010, S. 9, 18.

⁴ Arbeitskreis Europäisches Unternehmensrecht, Thesen zum Erlass einer Sitzverlegungsrichtlinie, NZG 2011, S. 98 ff.; *Grundmann*, Europäisches Gesellschaftsrecht 2. Aufl. (2011), Rn. 51 ff.

⁵ Zum Begriff der Sitzverlegung vgl. *Weller*, Sitzverlegungen von Gesellschaften in Europa: rechtliche und praktische Probleme 2012, S. 1-3; Vgl. auch *Grundmann* ebd., Rn. 796, der aber nur die statutenwechselnde Sitzverlegung einbezieht.

Verlegung des satzungsmäßigen Sitzes und der Verlegung des Verwaltungssitzes unterschieden. Während der Satzungssitz den statutarischen und am Register einzutragenden Sitz bezeichnet, handelt es sich bei dem Verwaltungssitz um den Ort des tatsächlichen Tätigkeitsschwerpunktes der Gesellschaft.⁶

Aufgrund einer Sitzverlegung kann sich das auf die Gesellschaft anwendbare materielle Recht, die Sachnormen – nachfolgend: Sachrecht⁷ – ändern. Dies bestimmt das Kollisionsrecht; mitunter können dabei auch mehrere Kollisionsrechte betroffen sein und zu unterschiedlichen Aussagen führen. Erst das Sachrecht aber legt fest, welche Voraussetzungen für die Strukturmaßnahme gelten und welche Rechtsfolgen eintreten.⁸ Deshalb ist die Trennung zwischen kollisions- und sachrechtlicher Ebene von fundamentaler Bedeutung.⁹

Eine sekundärrechtliche Regelung für die Sitzverlegung existiert allerdings noch nicht. Sowohl die sach- als auch die kollisionsrechtliche Beurteilung muss daher auf die Rechtsprechung des *EuGH* zurückzugreifen, sowohl für die Verlagerung des effektiven Verwaltungssitzes in einen anderen Mitgliedstaat, als auch für die Verlegung des Satzungssitzes.

II. Leitentscheidungen zur Sitzverlegung

Der *Europäische Gerichtshof* hat in einer Reihe von Urteilen die grundsätzliche Zulässigkeit von Sitzverlegungen über die Grenze eines Mitgliedstaates gegen den Widerstand sowohl von Zuzugs- als auch Wegzugsstaaten durchgesetzt. Diese sollen im Folgenden kurz dargestellt werden:

1. „Centros“, „Überseering“ und „Inspire Art“

⁶ *Leible* in: Michalski GmbHG, 2. Aufl. (2010), Systematische Darstellung 2, Rn. 72; Zum Satzungssitz: *Rubner/Leuering* Grenzüberschreitende Verlegung des Satzungssitzes NJW-Spezial 2012, S. 527.

⁷ *Sonnenberger* in MünchKomm BGB X, 5. Aufl. (2010), Art. 3a EGBGB, Rn. 2 f., Einl. IPR, Rn. 417; *Weller*, Internationales Unternehmensrecht, ZGR 2010, S. 679 (695); *Bar/Mankowski* Internationales Privatrecht 2. Aufl. (2003), § 4 Rn. 1 ff.

⁸ *Grundmann* (Fn. 4), Rn. 770.

⁹ *Behrens* Anerkennung, internationale Sitzverlegung und grenzüberschreitende Umstrukturierung von Gesellschaften nach dem Centros-Urteil des *EuGH* Bl. 123 (2001), S. 341 (347); *Hoffmann*, Neue Möglichkeiten zur identitätswahrenden Sitzverlegung in Europa?, ZHR Band 164 (2000), S. 43 (46); *Kruse*, Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften innerhalb der EG, Diss. Bonn 1996, S. 31; *Schwarz* Europäisches Gesellschaftsrecht 2000, Rn. 165 – 174; vgl. bereits: *Lutter*, Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften innerhalb der EG, ZGR 1994, S. 87 (88); *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht 4. Aufl. (2011), § 3 Rn. 13 f.

In den drei Entscheidungen „Centros“, „Überseering“ und „Inspire Art“ erklärte der *EuGH* Zuzugsbeschränkungen für Gesellschaften, die nach dem Recht eines Mitgliedstaates gegründet waren, für grundsätzlich unzulässig.

Dem Urteil „Centros“ lag dabei folgender Sachverhalt zugrunde: Die dänische Registerbehörde verweigerte die Eintragung einer Zweigniederlassung einer englischen Gesellschaft, die ihre ausschließliche Tätigkeit in Dänemark entfalten wollte, da hierdurch die inländischen Vorschriften über die Gründung von Gesellschaften mit beschränkter Haftung umgangen würden.¹⁰ Die Vorlagefrage bezog sich darauf, ob die Eintragung einer Zweigniederlassung verweigert werden darf, sofern die Gesellschaft einzig zum Zweck der Umgehung nationaler gesellschaftsrechtlicher Vorschriften errichtet worden sei.¹¹ In seinem Urteil erklärte der *EuGH* die Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 49, 54 AEUV für anwendbar, denn die Gesellschaft erfülle die Voraussetzungen der Art. 52, 58 EGV (a.F.).¹² Indem das Registergericht die Eintragung verweigerte, werde ebendiese beschränkt.¹³ Dem stehe auch nicht entgegen, dass es sich bei der Zweigniederlassung in Ermangelung einer Tätigkeit am Satzungssitz um die faktische Hauptniederlassung handele.¹⁴ Die Ausnutzung eines attraktiven Gesellschaftsrechts allein begründe keinen Missbrauch, sondern sei geradezu Ziel der Niederlassungsfreiheit.¹⁵ Der *EuGH* verneinte auch eine mögliche Rechtfertigung.¹⁶

Im Urteil „Überseering“ setzte sich der *EuGH* umfassend mit der Anerkennung ausländischer Gesellschaften in einem Sitztheoriestaatauseinander, also einem Mitgliedstaat, der die Anerkennung ausländischer Gesellschaften danach beurteilt, wo diese ihren tatsächlichen Verwaltungssitz haben. Folgender Sachverhalt war Ausgangspunkt der Auseinandersetzung: Eine niederländische Gesellschaft, die Überseering BV, verklagte eine von ihr zuvor beauftragte Baufirma wegen Mängeln. Sie war allerdings zwischenzeitlich von zwei deutschen Staatsbürgern erworben worden. Da hierdurch ihr Verwaltungssitz nach Deutschland verlegt worden sei, sie also nach deutschem Recht hätte neu gegründet werden müssen, versagten ihr die deutschen Gerichte die Parteifähigkeit. Der mit der Revision der Klage befasste *BGH* fragte deshalb beim *EuGH* an, ob es – erstens – gegen die Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 43, 48 EGV (a.F.) verstoße, wenn die Rechts-

¹⁰ *EuGH*Slg. 1999, S. I-1459 ff.

¹¹ *EuGH*Hebd. (1489, Tz. 13f.).

¹² *EuGH*Hebd. (1491, Tz. 20).

¹³ *EuGH*Hebd. (1492, Tz. 21 f.).

¹⁴ *EuGH*Hebd. (1490, Tz. 17, 1494 Tz. 29).

¹⁵ *EuGH*Hebd. (1493, Tz. 26 f.).

¹⁶ *EuGH*Hebd. (1495, Tz. 35 f.).

und Parteifähigkeit einer im Herkunftsstaat wirksam gegründeten Gesellschaft nach dem Recht des Zuzugsstaates beurteilt werde und – zweitens –, ob die Niederlassungsfreiheit gebiete, die Rechtsfähigkeit zwangsläufig nach dem Recht des Gründungsstaates zu beurteilen. Der *EuGH* führte aus, eine derartige Beschränkung der Niederlassungsfreiheit in Form der Versagung von Rechts- und Parteifähigkeit sei unter keinen Umständen zu rechtfertigen; dies käme einer Negierung der Niederlassungsfreiheit gleich.¹⁷ Für den Fall eines Zuzugs müsse der Zuzugsstaat die vom Herkunftsstaat verliehene Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft achten.¹⁸ Das Urteil veränderte das Gesellschaftsrecht durch diese Abkehr von der Sitztheorie nachhaltig.¹⁹ Da die Sitztheorie aber vor allem als Schutztheorie aufgefasst wurde,²⁰ blieb nach dem Urteil „Überseering“ fraglich, inwieweit nationale Regelungen – etwa bezüglich des Schutzes von Stakeholdern – die Niederlassungsfreiheit aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses einschränken dürften, ob das Recht des Herkunftsstaates durch nationale Regelungen „überlagert“ werden könne,²¹ und welche Voraussetzungen der *Gebhard*-Test an eine nationale Regelung stelle.²²

Die Gelegenheit, sich mit der Zulässigkeit drittschützender Beschränkungen auseinanderzusetzen, erhielt der *EuGH* bereits kurz darauf im Rahmen des Urteils in der Sache „Inspire Art“, welcher der nachfolgende Sachverhalt zugrunde lag: Klägerin war die englische Gesellschaft Inspire Art Ltd. Sie war in den Niederlanden ansässig und entfaltete dort auch ausschließlich ihre geschäftliche Tätigkeit. Damit handelte es sich nach niederländischem Recht gemäß Art. 1 WFBV²³ um eine sog. „formal ausländische Gesellschaft“. An diesen Status knüpfte das streitige niederländische Gesetz verschiedene Folgen: Unter anderem die persönliche Haftung der Gesellschafter bis zur Aufbringung des niederländischen Mindestkapitals und der Firmierung als „formal ausländische

¹⁷ *EuGH* Slg. 2002, S. I-9945 (I-9971 Tz. 81, I-9974, Tz. 93).

¹⁸ *EuGH* ebd. (I-9974 Tz. 93).

¹⁹ *Wagner*, Überseering und Folgen für das Steuerrecht GmbHR 2003, S. 684 (684); *Wassermeyer*, Überseering und Folgen für das Steuerrecht, EuZW 2003, S. 257 (257).

²⁰ *BGH* BB 2000 S. 1106; *W. H. Roth* "Centros": Viel Lärm um Nichts?, ZGR 2000, S. 311 (331); *Kindler*, Auf dem Weg zur Europäischen Briefkastengesellschaft?, NJW 2003, S. 1073 (1074).

²¹ Zur sog. „Überlagerungstheorie“ vgl. bereits *Sandrock*, Centros: ein Etappensieg für die Überlagerungstheorie, BB 1999, S. 1337 ff.

²² Nach der *Gebhard*-Formel kann ein Eingriff in die Grundfreiheiten gerechtfertigt werden, wenn er nicht diskriminierend wirkt, zwingenden Gründen des Allgemeinwohls dient sowie zur Erreichung des verfolgten Ziels geeignet und erforderlich ist, Urteil *EuGH* Slg. 1995, I-4165 Rn 27 – *Gebhard*; vgl. hierzu *Teichmann*, Gesellschaftsrecht im System der Europäischen Niederlassungsfreiheit, ZGR 2011, S. 639 (667 f.).

²³ Zu dieser Zeit in den Niederlanden geltendes „Gesetz über formal ausländische Gesellschaften“ (*Wetop de formeelbuitenlandsevenootschappen*, nachfolgend WFBV).

Gesellschaft“. Angesichts dieser strengen Voraussetzungen behauptete die Inspire Art Ltd., diese Regelungen, die nicht für niederländische Gesellschaften galten, verstießen gegen Gemeinschaftsrecht, insbesondere die Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 43, 48 EGV (a.F.).²⁴ Zunächst stellte der *EuGH* fest, dass die Grundsätze über die Firmierung der 11. gesellschaftsrechtlichen Richtlinie abschließend seien und die hierüber hinausgehenden Regelungen des WFBV somit gegen ebendiese verstießen.²⁵ Die übrigen Bestimmungen des WFBV überprüfte der Gerichtshof am Maßstab der Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 49 und 54 AEUV, insbesondere die Vorschriften über das Mindestkapital und die an die Nichterfüllung dieser Verpflichtung geknüpfte Sanktion der gesamtschuldnerischen Haftung der Geschäftsführer.²⁶ Die vom WFBV aufgestellten Verpflichtungen führten dazu, dass die Ausübung der vom Vertrag anerkannten Niederlassungsfreiheit behindert werde.²⁷ Hier könne Gläubigerschutz zwar als zwingender Grund des Allgemeininteresses angeführt werden.²⁸ Der *Gerichtshof* hielt dem – ausdrücklich „ohne weitere Prüfung, ob die Vorschriften über das Mindestkapital als solche einen geeigneten Schutzmechanismus bilden“ – entgegen, dass die Inspire Art Ltd. als Gesellschaft englischen Rechts und nicht als niederländische Gesellschaft auftrete.²⁹ Ihre potentiellen Gläubiger seien daher hinreichend darüber informiert, dass sie anderen Rechtsvorschriften als denen unterliege, die in den Niederlanden die Gründung von Gesellschaften mit beschränkter Haftung regeln, u.a., was die Vorschriften über das Mindestkapital und die Haftung der Geschäftsführer betrifft. Ferner könnten sich die Gläubiger auf bestimmte gemeinschaftsrechtliche Schutzregelungen, wie die 4. und 11. Richtlinie, berufen.³⁰

2. „Daily Mail“ – Zulässigkeit von Wegzugsschranken?

Das Urteil „Daily Mail“ hingegen behandelte einen Fall, in dem die Gesellschaft versuchte, die Niederlassungsfreiheit gegenüber ihrem Herkunftsstaat geltend zu machen. In diesem Fall wollte die *Daily Mail and General Trust plc* ihre Geschäftsleitung von England in die Niederlande verlegen.³¹ Dies hätte gleichzeitig auch die Verlegung des einzigen (damaligen) Anknüpfungspunkts zur Begründung einer steuerlichen Ansässigkeit in England bedeutet.³² Die englische

²⁴ *EuGH* Slg. 2003, S. I-10195 (10208, Tz. 37).

²⁵ *EuGH* ebd. (10217, Tz. 69 f.).

²⁶ *EuGH* ebd. (10217, Tz. 73).

²⁷ *EuGH* ebd. (10224 f., Tz. 99 ff., 105, S. 10233, Tz. 132).

²⁸ *EuGH* ebd. (102334, Tz. 135).

²⁹ *EuGH* ebd. (102334, Tz. 135).

³⁰ *EuGH* ebd. (102334, Tz. 135).

³¹ *EuGH* Slg. 1988, S. 5505 (5507, Rz. 6).

³² *EuGH* ebd. (5507, Rz. 3-5).

Finanzverwaltung versagte eine für die Sitzverlegung notwendige Erlaubnis aufgrund eines anstehenden Verkaufs von Investmentvermögen – dieser hätte in England die Zahlung einer Kapitalsteuer nach sich gezogen – und machte die Möglichkeit der Sitzverlegung somit von der vorherigen Zahlung dieser Steuer abhängig.³³ Die erste zur Vorabentscheidung vorgelegte Frage zielte deshalb auf die Zulässigkeit dieses Verbots mit Erlaubnisvorbehalt ab.³⁴

Bezüglich der Niederlassungsfreiheit stellte der *EuGH* in seinem Urteil grundsätzlich fest, dass diese auch in Fällen einschlägig sei, in denen der Herkunftsstaat den Wegzug der Gesellschaft verbiete.³⁵ Andererseits beeinträchtige die fragliche Regelung aber nicht die von Art. 52 Abs. 1 S. 2 EWGV (a.F.) aufgezählten Formen der Niederlassungsfreiheit.³⁶ Im vorliegenden Fall wolle die Gesellschaft vielmehr ihren Verwaltungssitz verlegen und gleichzeitig ihren Status als Gesellschaft englischen Rechts beibehalten. Die rechtliche Existenz einer Gesellschaft hänge aber mit dem Recht des Herkunftsstaates zusammen.³⁷ Die Herkunftsstaaten entschieden daher nicht nur über die Gründungsvoraussetzungen, unter denen eine Gesellschaft wirksam gegründet werde, sondern auch über diejenigen Voraussetzungen, an die das Fortbestehen unter dem Recht des Herkunftsstaates geknüpft werde.³⁸ Dies könne gemäß Art. 58 Abs. 1 EWGV (a.F.) auch der Verwaltungssitz sein – somit sei die Entscheidung, diesen zu verlegen und gleichzeitig den Status einer Gesellschaft englischen Rechts beizubehalten, nicht von der Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 52 Abs. 1 S. 2 EWGV (a.F.) gegen einen Erlaubnisvorbehalt geschützt.³⁹

Das Urteil wurde etwa im deutschen Schrifttum fälschlicherweise zunächst dahingehend aufgefasst, dass Wegzugsbeschränkungen grundsätzlich zulässig blieben. Dies änderte sich zumindest durch die folgenden Leitentscheidungen.

3. „VALE“, „Cartesio“

In der Rechtsache „Cartesio“ war schließlich europarechtlicher Streitgegenstand, ob ein Nationalstaat die Möglichkeit habe, die „Auswanderung“ seiner Gesellschaften zu unterbinden. Es handelte sich also um einen Wegzugsfall.

³³ *EuGH* Slg. 1988 (5507 f., Rn. 7-8).

³⁴ *EuGH* ebd., S. 5505 (5508, Rn. 9).

³⁵ *EuGH* ebd. (5510, Rn. 16).

³⁶ *EuGH* ebd. (5511, Rn. 17 f.).

³⁷ *EuGH* ebd. (5511, Rn. 19).

³⁸ *EuGH* ebd. (5511, Rn. 20).

³⁹ *EuGH* ebd. (5511, Rn. 21 ff.).

Das Vorabentscheidungsverfahren betraf die ungarische Kommanditgesellschaft *Cartesio*.⁴⁰ Sie stellte 2005 einen Antrag, ihren Sitz nach Italien zu verlegen.⁴¹ Diesen lehnte das ungarische Handelsgericht mit der Begründung ab, es sei nach ungarischem Recht nicht möglich, den operativen Geschäftssitz ins Ausland zu verlegen und dabei den Status als Gesellschaft ungarischen Rechts aufrecht zu erhalten.⁴² Sie müsse sich vielmehr in Ungarn auflösen und in Italien neu gründen.⁴³ Dem *EuGH* wurde hieraus resultierend als Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt, ob sich *Cartesio* auf die Niederlassungsfreiheit berufen und damit die statuten- und identitätswahrende Sitzverlegung durchsetzen könne.⁴⁴

In seiner Entscheidung beruft sich der *EuGH* zunächst auf den im Urteil „Daily Mail“ aufgestellten Grundsatz, eine Gesellschaft erhalte ihre Existenz durch eine nationale Rechtsordnung.⁴⁵ Die Mitgliedstaaten könnten deshalb auch festlegen, welche Anknüpfungspunkte für das Fortbestehen nach ihrem Recht erforderlich sind.⁴⁶ Unter Änderung des anwendbaren Rechts könne eine grenzüberschreitende Umwandlung allerdings nicht mit einer zwangsläufigen Auflösung und Liquidation sanktioniert werden, ohne dass zwingende Gründe des Allgemeininteresses diese Beschränkung der Niederlassungsfreiheit rechtfertigen könnten.⁴⁷ Da *Cartesio* aber Gesellschaft ungarischen Rechts bleiben wolle, könnten die nationalen Vorschriften ihr die Sitzverlegung verwehren und verstießen dabei nicht gegen die Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 43, 48 EG (a. F.).⁴⁸

Zuletzt entschied der *EuGH* in der Rs. „VALE“ und handelte damit Fragen bezüglich der Satzungssitzverlegung mit Statutenwechsel – dem grenzüberschreitenden Formwechsel – ab. Klägerin des Ausgangsverfahrens war die italienische Gesellschaft *Vale Costruzioni Srl*. Sie beantragte 2006 beim Handelsregister in Rom die Löschung und bekundete die Absicht, Sitz und Tätigkeit nach Ungarn zu verlegen, was von der italienischen Registerbehörde auch eingetragen wurde.⁴⁹ Der Geschäftsführer der *VALE Costruzioni* schloss daraufhin mit einer natürlichen Person einen Gesellschaftsvertrag zur Gründung der *VALE Építésifélt*, wobei auch das nach ungarischem Recht erforderliche

⁴⁰ *EuGH* Slg. 2008, S. I-9964 (9675, Tz. 21).

⁴¹ *EuGH* Slg. ebd. (9676, Tz. 24).

⁴² *EuGH* Slg. ebd. (9676, Tz. 25, 9696, Tz. 102).

⁴³ *EuGH* Slg. ebd. (9696, Tz. 103).

⁴⁴ *EuGH* Slg. ebd. (9696, Tz. 99).

⁴⁵ *EuGH* Slg. ebd. (9697, Tz. 104).

⁴⁶ *EuGH* Slg. ebd. (9697 f., Tz. 107 ff.).

⁴⁷ *EuGH* Slg. ebd. (9699, Tz. 112 f.).

⁴⁸ *EuGH* Slg. ebd. (9701 f., Tz. 119, 124).

⁴⁹ *EuGH*, Urt. v. 12.7.2012, Rs. C-378/10 – VALE, Tz. 9.

Gesellschaftskapital eingezahlt wurde.⁵⁰ Unter Hinweis auf die Rechtsvorgängerin *VALE Construzioi* erbat die *VALE Epitesí* 2007 die Eintragung in das ungarische Handelsregister. Mit dem Hinweis, eine ausländische Gesellschaft könne nach ungarischem Recht nicht Rechtsvorgängerin sein, lehnten das Handelsgericht und auch alle weiteren Instanzen eine Eintragung ab.⁵¹

Der *EuGH* befasste sich nach Vorlage des ungarischen Gerichts zunächst mit der Möglichkeit einer grenzüberschreitenden Umwandlung;⁵² im Anschluss in der dritten und vierten Vorlagefrage damit, ob auf grenzüberschreitenden Umwandlungen die innerstaatlichen Vorschriften übertragbar sind und welche Bedeutung der Aufnahmezustand den vom Herkunftsstaat ausgestellten Dokumenten beimessen muss.⁵³

Bei der Beantwortung der ersten Frage verwies der *EuGH* auf das Urteil „SEVIC“ und stellte fest, dass Umwandlungen in den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit fallen.⁵⁴ Die Ablehnung beruhe im vorliegenden Fall nur darauf, dass es sich um eine ausländische Gesellschaft handle; gerade deshalb sei aber die Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 49, 54 AEUV einschlägig.⁵⁵ Dass Ungarn den nationalen Gesellschaften eine Umwandlung erlaube, nicht aber ausländischen Gesellschaften, wertet der *EuGH* als nicht zu rechtfertigende Ungleichbehandlung.⁵⁶ Unter Beachtung des Äquivalenz- und des Effektivitätsgrundsatzes darf die Gesellschaft bei der – notwendigen – sukzessiven Anwendung beider an der grenzüberschreitenden Umwandlung beteiligter Rechtsordnungen den nationalen Vorschriften unterworfen werden.⁵⁷ Damit ist nicht vereinbar, dass die ausländische Gesellschaft nicht als Rechtsvorgängerin eingetragen wird, obwohl dies einer ungarischen Gesellschaft möglich wäre.⁵⁸ Da die ungarische Regierung eine Umwandlung für nationale Gesellschaften zulässt, müsse sie auch die Umwandlung der *VALE Construzioi* in die *VALE Epitesí* zulassen.⁵⁹

Das Urteil „VALE“ ergänzt somit das Konzept der grenzüberschreitenden Mobilität von Gesellschaften um die Möglichkeit des grenzüberschreitenden

⁵⁰ *EuGH*, Urt. v. 12.7.2012, Rs. C-378/10 – VALE, Tz. 10.

⁵¹ *EuGH*Hebd., Tz. 11 ff.

⁵² *EuGH*Hebd., Tz. 23.

⁵³ *EuGH*Hebd., Tz. 42.

⁵⁴ *EuGH*Hebd., Tz. 24.

⁵⁵ *EuGH*Hebd., Tz. 30 ff.

⁵⁶ *EuGH*Hebd., Tz. 36, 40 f..

⁵⁷ *EuGH*Hebd., Tz. 43-52.

⁵⁸ *EuGH*Hebd., Tz. 57.

⁵⁹ *EuGH*Hebd., Tz. 62.

Formwechsels.⁶⁰ Hierbei verlegt die Gesellschaft unter Änderung des Gesellschaftsstatuts ihren Satzungssitz in den Aufnahmestaat.⁶¹ Durch das Urteil „VALE“ wurde daher die Möglichkeit einer grenzüberschreitenden Satzungssitzverlegung eröffnet.⁶² Dies muss im Zusammenhang mit dem obiter dictum des „Cartesio“-Urteils gesehen werden: Demnach darf der Herkunftsstaat einer Gesellschaft das Gesellschaftsstatut aberkennen, sofern sie die Anknüpfungspunkte zu seiner Rechtsordnung aufgibt; gleichwohl darf er nicht mit Auflösung und Liquidation antworten, wenn eine neue Rechtsordnung das Fortbestehen gewährleistet. Durch die nunmehr hinzutretende Möglichkeit der grenzüberschreitenden Umwandlung, genauer: des grenzüberschreitenden Formwechsels, kann der Herkunftsstaat das Auswandern einer Gesellschaft nicht mehr verhindern.

4. Grundsätze aus den Urteilen

Aus den Urteilen lassen sich folgende Grundaussagen über die Sitzverlegung von Gesellschaften zusammenfassen.

a) Sitzverlegung ist Ausprägung der Niederlassungsfreiheit

Eine Gesellschaft ist gemäß Art. 54 Abs. 1 AEUV Trägerin der Niederlassungsfreiheit, wenn sie nach dem Recht eines Mitgliedstaates wirksam gegründet wurde (und fortexistiert) sowie ihren Hauptverwaltungs- oder Satzungssitz innerhalb der EU hat. Hieraus erlangt sie das Recht, ihren Sitz innerhalb der Gemeinschaft zu verlegen. Allerdings verlangt die sekundäre Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 54 Abs. 1 i.V. mit Art. 49 Abs. 1 S. 2 AEUV neben diesen beiden Grundvoraussetzungen, dass die Gesellschaft in einem Mitgliedstaat ansässig ist.⁶³ Wie der *EuGH* außerdem im Urteil „VALE“ klargestellt hat, dürfen formwechselnde Hereinumwandlungen nicht verhindert

⁶⁰ *Weller* (Fn. 5), S. 13; *Teichmann*, Der grenzüberschreitende Formwechsel ist spruchreif: das Urteil des *EuGH* in der Rs. Vale, DB 2012, S. 2085 (2087).

⁶¹ *Krafka/Kühn*, in: *Krafka/Kühn*, 9. Aufl. (2013), Rn. 1211a; *Altmeyden/Ego*, in: *MünchKomm AktGVII*, 3. Aufl. (2013) Niederlassungsfreiheit, Rn. 337; *Eidenmüller*, in: *Eidenmüller* Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht 2. Aufl. (2010), § 4 Rn. 125; *Sagasser*, in: *Sagasser/Bula/Brünger Umwandlungen* 4. Aufl. (2011), § 25 Rn. 13.

⁶² Schön, Das System der gesellschaftsrechtlichen Niederlassungsfreiheit nach VALEZGR 2013, S. 333 (335); so bereits: *Bayer/Schmidt*, Grenzüberschreitende Sitzverlegung und grenzüberschreitende Restrukturierung nach MoMiG, Cartesio und Trabrennbahn, ZHR 173 (2009), S. 735 (759 f.); *Zimmer/Naendrup*, Das Cartesio-Urteil des *EuGH*: Rück- oder Fortschritt für das internationale Gesellschaftsrecht?, NJW 2009, S. 545 (549); *Habersack/Verse* (Fn. 9) § 3 Rn. 21.

⁶³ Hierzu: *Grundmann* (Fn. 4), Rn. 774 Fn. 28.

werden, sofern eine Umwandlung nach nationalem Recht möglich ist.⁶⁴ Im Fall der Hereinumwandlung ist der Nationalstaat schon dadurch geschützt, dass die Gesellschaft an die Sachnormen des Zuzugsstaates halten muss.⁶⁵ Bei einem Wegzug sind allerdings berechnigte Schutzinteressen denkbar, etwa von Gläubigern, Minderheitsgesellschaftern und Arbeitnehmern, die eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit einer wegzugswilligen Gesellschaft rechtfertigen können.

b) Zweistufiger Prüfungsaufbau

Daraus resultiert ein zweistufiger Prüfungsaufbau für die Anwendbarkeit der Niederlassungsfreiheit.⁶⁶ In einem ersten Schritt ist die Zugehörigkeit zu einem EU-Mitgliedstaat zu klären. Der zweite Schritt ist dann der faktische Vorgang der Niederlassungsfreiheit. Die Regeln, nach denen sich die rechtliche Zugehörigkeit bestimmt, unterliegen der Autonomie der Mitgliedstaaten. In diesem Sinne handelt es sich um eine „Vorfrage“, die nach dem nationalen Recht zu beantworten ist. Allerdings wird die Ausgestaltung und Anwendung des nationalen Rechts in gewissem Maß durch die Grundfreiheiten überformt.⁶⁷ Nationale Maßnahmen, die zur Auflösung der Gesellschaft führen, entziehen zugleich die unionsrechtlich gewährleistete Freizügigkeit und sind daher kraft EU-Recht einer Verhältnismäßigkeitsprüfung zu unterziehen.⁶⁸

Geschützt sind nach dem Gesagten daher erstens der Zuzug unter Beibehaltung des Gesellschaftsstatuts (sofern der Herkunftsstaat den Wegzug erlaubt), zweitens der Zuzug unter Wechsel des Gesellschaftsstatuts (sofern der Zuzugsstaat die Umwandlung für nationale Gesellschaften zulässt) und drittens der Wegzug unter Wechsel des Statuts (sofern die Gesellschaft kraft einer neuen Rechtsordnung fortexistiert). Viertens ist auch eine isolierte Verlegung des Satzungssitzes durch Art. 49, 54 AEUV geschützt, wenn der Zuzugsstaat der Gründungstheorie folgt.⁶⁹

III. Ungelöste Fragen - Notwendigkeit einer 14. Richtlinie

⁶⁴ Wicke, Zulässigkeit des grenzüberschreitenden Formwechsels, Rechtssache „Vale“ des Europäischen Gerichtshofs zur Niederlassungsfreiheit, DStR 2012, S. 1756 (1756 ff.); Frobenius "Cartesio": Partielle Wegzugsfreiheit für Gesellschaften in Europa, DStR2009, S. 487 (491).

⁶⁵ EuGH, Rs. C- 378/10 - VALE, Tz. 51 ff.; Teichmann, Cartesio - Die Freiheit zum formwechselnden Wegzug, ZIP 2009, S. 393 (402).

⁶⁶ Teichmann, Gesellschaften und natürliche Personen im Recht der europäischen Niederlassungsfreiheit, in: FS für Hommelhoff, 2012, S. 1213 (1235).

⁶⁷ Grundmann (Fn. 4), Rn. 772.

⁶⁸ Wicke (Fn. 64), S. 1757.

⁶⁹ So auch: Grundmann (Fn. 4), Rn. 798-799.

Die Niederlassungsfreiheit verbürgt also, dass die nationalen Rechtsordnungen die identitätswahrende, grenzüberschreitende Sitzverlegung unter Beibehaltung des Status beim Zuzugestatten müssen, eine Sitzverlegung unter Wechsel des Status sogar sowohl beim Weg- als auch beim Zuzug. Beschränkungen aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls dürfen sie allein im Rahmen des Sitzverlegungsverfahrens durchsetzen.⁷⁰

Die Überlegung, dies in einer Sitzverlegungsrichtlinie zu konkretisieren, ist keine neue: Einen Vorentwurf zu einer 14. gesellschaftsrechtlichen Richtlinie gab es bereits 1997.⁷¹ Dass dieser nicht weiter betrieben wurde, lag zunächst daran, dass die Verabschiedung des Regimes zur *Societas Europaea* (SE), später die Klärung der *EuGH*-Rechtsprechung in Sachen „Centros“ abgewartet werden sollte.⁷² In der Tat brachte insbesondere die Rechtsprechung zur Reichweite der Niederlassungsfreiheit Bewegung in die Debatte zur Sitzverlegung.⁷³

Eine von der Kommission im Jahre 2006 durchgeführte Konsultation offenbarte ein großes Bedürfnis für eine Regelung der grenzüberschreitenden Satzungssitzverlegung.⁷⁴ Ungeachtet dessen entschied sich die Kommission in ihrem Folgenabschätzungsbericht von 2007 gegen ein Tätigwerden. Zur Begründung wurde insbesondere auf die Möglichkeiten verwiesen, die durch die SE-VO sowie die Richtlinie zur grenzüberschreitenden Fusion bereits eröffnet würden.⁷⁵ Dahingegen macht sich das Europäische Parlament wiederholt für den Erlass einer Richtlinie stark, zuletzt im Februar 2013.⁷⁶ In dem aktuellen Aktionsplan der Kommission „Europäisches Gesellschaftsrecht und Corporate

⁷⁰ *Wicke* (Fn. 64), S. 1759; *Grundmann* (Fn. 4) Rn. 800; *Frobenius* (Fn. 64), S. 489.

⁷¹ Vorentwurf für eine vierzehnte Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Verlegung des Sitzes einer Gesellschaft in einen anderen Mitgliedstaat mit Wechsel des für die Gesellschaft maßgebenden Rechts vom 20.4.1997, ZGR 1997, S. 157 ff.

⁷² *Edwards* EC-Company Law 2003, S. 383; *Förster/Lange*, Grenzüberschreitende Sitzverlegung der Europäischen Aktiengesellschaft aus ertragsteuerlicher Sicht, RIW 2002, S. 585 (586).

⁷³ So auch: *Behrens*, Die grenzüberschreitende Mobilität der Gesellschaften im neuen Aktionsplan der Kommission, EuZW 2013, S. 121 (122).

⁷⁴ *Ebd.* S. 122.

⁷⁵ *Commission* Impact assessment on the Directive on the cross-border-transfer of registered office SEC (2007), 1707, S. 5 f.

⁷⁶ Europäisches Parlament, Entschließung v. 02.02.2012 – 2011/2046 (INI); So bereits: Entschließung des Europäischen Parlaments vom 10.03.2009 mit Empfehlungen an die Kommission zu grenzüberschreitender Verlegung von eingetragenen Gesellschaftssitzen P6-TA (2009)0086; *Wicke*, Mobilität europäischer Kapitalgesellschaften am Vorabend der 14. gesellschaftsrechtlichen Richtlinie über die grenzüberschreitenden Sitzverlegung, GPR 2010, S. 238 (238 f.).

Governance – ein moderner Rechtsrahmen für engagierte Aktionäre und besser überlebensfähige Unternehmen“ kündigt die Kommission lediglich weitere Untersuchungen zur Notwendigkeit einer Sitzverlegungsrichtlinie an.⁷⁷ So wurde bis April 2013 eine erneute Konsultation über die Notwendigkeit einer Sitzverlegung durchgeführt.⁷⁸ Ein fortdauerndes Bedürfnis ergibt sich jedoch bereits aus folgenden Überlegungen:

1. Missachtung des Effektivitätsgrundsatzes

Trotz der Entwicklung in der Rechtsprechung zur Möglichkeit der Sitzverlegung ist Rechtssicherheit gerade hinsichtlich des Verlegungsverfahrens nicht verbürgt.⁷⁹ Daraus folgt, dass die nationalen Vorschriften, wie der *EuGH* in „VALE“ klargestellt hat, sukzessive anzuwenden sind. Somit kommen im Fall der Satzungssitzverlegung vollumfänglich zwei Rechtsordnungen zur Anwendung.⁸⁰ Nicht nur die Begutachtung der Rechtslage muss aus zwei Perspektiven durchgeführt werden, sondern auch die im einzelnen erforderlichen Verfahrensschritte, etwa der Verlegungsbeschluss, die Satzungsänderung usw.⁸¹ Dieses Verfahren kann schwerlich dem Effektivitätsgrundsatz gerecht werden und das nach der *EuGH*-Rechtsprechung primärrechtlich verbürgte Recht auf Sitzverlegung gewährleisten.⁸²

Erst eine Sitzverlegungs-Richtlinie kann dies bewerkstelligen. Ihre Verabschiedung ist also gerade deshalb angezeigt, weil der grenzüberschreitende Formwechsel bereits primärrechtlich gewährleistet wird.⁸³ Nur so kann die notwendige Verfahrenssicherheit herbeigeführt und auch der Schutz der betroffenen zwingenden Allgemeininteressen koordiniert werden.⁸⁴

2. Verfahren und Rechtsfolgen

⁷⁷ COM [2012], 740/2 = EuZW 2012, S. 3.

⁷⁸ *Noak*, Handelsblatt Rechtsboard 4. Februar 2013, abrufbar: <http://blog.handelsblatt.com/rechtsboard/2013/02/04/eu-konsultation-zur-grenzüberschreitenden-sitzverlegung/> (Stand: 16. August 2013).

⁷⁹ So bereits *Leible* (Fn. 2), S. 547.

⁸⁰ *Ege/Klett*, Praxisfragen der grenzüberschreitenden Mobilität von Gesellschaften, DStR 2012, S. 2442 (2444).

⁸¹ Vgl. hierzu *Wicke* (Fn. 64), S. 1758 f.

⁸² *Neje*, Die Regelung der grenzüberschreitenden Sitzverlegung – eine ungelöste Aufgabe des europäischen Gesetzgebers, in: FS für Schwark, 2009, S. 231 (231); *Wicke* (Fn. 76), S. 238; *Leible*, Warten auf die Sitzverlegungsrichtlinie, in: FS für Roth, 2011, S. 447 (447).

⁸³ So: *Hopt*, Europäisches Gesellschaftsrecht im Lichte des Aktionsplans der Europäischen Kommission vom Dezember 2012, ZGR 2013, S. 165 (213).

⁸⁴ Ebenso: *Wicke* (Fn. 64), S. 1759; *Leible* (Fn. 2), S. 556 f.

Ungeklärt bleiben mit den durch die Rechtsprechung des *EuGH* entwickelten Grundsätzen vor allem Verfahrens- und Rechtsfolgefragen.

a) *Rechtsfolge: Kein Identitätsverlust*

In der Regelung des Vorentwurfs von 1997 gemäß Art. 3 Abs. 2 wurde die maßgebliche Rechtsfolge für eine Sitzverlegung festgelegt: Gemäß Art. 3 Abs. 2 sollte die Gesellschaft, insbesondere die juristische Person, bestehen bleiben, sich nicht die Identität, sondern nur das auf sie anwendbare Recht ändern.⁸⁵ Dies war lange aus zwei Gründen nicht gesichert. Zwar verbürgen dies inzwischen die Entscheidungen „*Cartesio*“ und „*VALE*“; restlose Klarheit zu bringen vermochten sie jedoch nicht.⁸⁶

Erstens wurde eine Sitzverlegung mit diesen Wirkungen nach den nationalen Rechten lange Zeit für unmöglich gehalten, weil die nationalen Kollisionsrechte unterschiedliche Rechtsordnungen für anwendbar erklärten und diese wiederum den Weg- oder Zuzug nur unter sehr restriktiven Bedingungen, etwa Einstimmigkeit der Gesellschafterbeschlüsse, für wirksam erklärten und zudem an den Wegzug sehr negative Wirkungen knüpften.⁸⁷ Auch wenn der *EuGH* in „*Cartesio*“ das Recht auf eine zwar statutenwechselnde, aber identitätswahrende Sitzverlegung verbürgt und in „*VALE*“ herausgearbeitet hat, dass auf einen grenzüberschreitenden Formwechsel nationale Schutzvorschriften anwendbar sind, öffnet dies doch weiterhin faktischen Beschränkungen Tür und Tor: Zwecks Gläubigerschutz sieht etwa das deutsche Umwandlungsrecht gemäß § 204 i.V. mit § 22 UmwG die Pflicht vor, ex ante eine Sicherheitsleistung zu bestellen. Obschon diese Regelung angesichts einer Rechtfertigungsprüfung am Maßstab der Niederlassungsfreiheit und der Pflicht zur Glaubhaftmachung gemäß § 22 Abs. 1 UmwG wohl restriktiv anzuwenden ist, wäre eine am Vorbild des Art. 8 Abs. 16 SE-VO orientierte Lösung ungleich zweckmäßiger.⁸⁸

Zweitens vermochten die Leitentscheidungen des *EuGH* nicht abschließend die Rechtsunsicherheit zu beseitigen. Das Scheitern eines grenzüberschreitenden Formwechsels ist angesichts der möglichen Rückabwicklung und entstehenden

⁸⁵ Grundmann (Fn. 4), Rn. 835.

⁸⁶ So auch: Drygala, Europäische Niederlassungsfreiheit vor der Rolle rückwärts?, *EuZW* 2013, 569 (574); für *Cartesio* bereits: Leible/Hoffmann, *Cartesio* - fortgeltende Sitztheorie, grenzüberschreitender Formwechsel und Verbot materiellrechtlicher Wegzugsbeschränkungen, *BB* 2009, S. 58 (63).

⁸⁷ Hoffmann (Fn. 9) S. 47; auch: di Marco, Der Vorschlag der Kommission für eine 14. Richtlinie, *ZGR* 1999, S. 3 (4).

⁸⁸ Vgl. Frobenius (Fn. 64), S. 489.

Kosten untragbar.⁸⁹ Nach dem endgültigen Bericht zur Studie über die Funktionsweise und Auswirkungen des Statuts der Europäischen Gesellschaft vom 9.12.2009 war der identitätswahrende Wegzug noch aus zehn Mitgliedstaaten unmöglich.⁹⁰ Zum anderen war die Wirkung der Grundfreiheiten nicht für alle Konstellationen geklärt, sodass nicht alle dieser negativen Wirkungen mit Sicherheit ausgeräumt erschienen.⁹¹ Auch heute ist etwa die isolierte Satzungssitzverlegung nicht geklärt.⁹² Immerhin wird aber seit *Cartesio* anerkannt, dass die Sitzverlegung unter Änderung des Statuts durch die Niederlassungsfreiheit geschützt ist.⁹³ Hingegen ist noch immer keine Rechtssicherheit hinsichtlich des Verfahrens verbürgt. Erst bei unter dieser Voraussetzung kann aber das Potenzial einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung ausgeschöpft werden.⁹⁴

b) Anwendbarkeit inländischer Schutzvorschriften?

Ungeklärt bleibt dabei, unter welchen Umständen gegenüber zugezogenen Gesellschaften inländische Schutzvorschriften, etwa zwecks Gläubigerschutzes, zur Anwendung kommen können.⁹⁵ Diese Anwendbarkeit ist auf zwei Ebenen zu beurteilen.

Auf der ersten Ebene ist rechtstechnisch herzuleiten, auf welche Art und Weise vom Gesellschaftsstatut des Gründungsstaates abweichende Normen auf die Gesellschaft übertragen werden können.⁹⁶ Denkbar wäre hier etwa zwischen reinem Gesellschaftsrecht und anderen Rechtsgebieten zu differenzieren – dem Delikts- oder Insolvenzstatut, der Sonderanknüpfung „international zwingender Normen“, dem *ordre-public*-Vorbehalt gemäß Art. 6 EGBGB, den Grundsätzen

⁸⁹ So auch: *Verse*, Die Entwicklung des europäischen Gesellschaftsrechts im Jahr 2012, EuZW 2013, S. 336 (337).

⁹⁰ *Kommission* (Fn. 75), S. 74.

⁹¹ Begründung des Vorentwurfs unter IV., sowie 3. und 4. Erwägungsgrund, in ZGR 1997, S. 157 ff.

⁹² Vgl. *Wöhlert/Degen*, Die neue Mobilität von Gesellschaften in Europa nach „Vale“ und „National Grid Indus“, GWR 2012, S. 432 (432, 435).

⁹³ Zusammenfassend: *Bayer/Schmidt* (Fn. 62), S. 740-761.

⁹⁴ Unter Hinweis auf die ermöglichende Funktion des Gesellschaftsrechts: *Fleischer*, Gesetz und Vertrag als alternative Problemlösungsmodelle im Gesellschaftsrecht, ZHR 168 (2004), S. 673 (707); vgl auch: *Edwards* (Fn. 72), S. 375; Meilicke, Zum Vorschlag der Europäischen Kommission für die 14 EU-Richtlinie zur Koordinierung des Gesellschaftsrechts - Sitzverlegungs-Richtlinie GmbHR 1998, S. 1053 (1053); Lutter, Überseering und die Folgen, BB 2003, S. 7 (10).

⁹⁵ *Behrens*, in: Ulmer, Großkommentar GmbHG I, 2. Aufl. 2013, Einl. B, Rn. B 44-54.

⁹⁶ *Grundmann* (Fn. 4), Rn. 785.

über die Gesetzesumgehung oder die ausnahmsweise Anknüpfung nach der Sitztheorie.⁹⁷

Sodann müssen die infrage stehenden inländischen Schutzvorschriften - auf einer zweiten Ebene – mit der Niederlassungsfreiheit in Einklang gebracht werden.⁹⁸ Diese Beurteilung erfolgt im Einzelnen sehr unterschiedlich; grundsätzlich kann sich dem Problem von zwei Richtungen her genähert werden.

Einerseits kann die Frage kollisionsrechtlich beantwortet werden: Vertreter dieses Lösungsansatzes betonen, der *EuGH* habe die Anerkennung des ausländischen Rechts bewusst auf das Gesellschaftsrecht beschränkt. Schutznormen anderer Rechtsgebiete könnten hingegen weiterhin angewendet werden, etwa über das Delikts- oder Insolvenzrecht.⁹⁹

Welchem Rechtsgebiet die fragliche Norm aber zuzuordnen ist – dies wäre wiederum eine nach nationalem Recht zu beantwortende Frage. Indem eine Norm nach nationalen Rechtsvorschriften nicht dem Gesellschafts-, sondern einem anderen Rechtsgebiet zugeordnet wird, könnte der nationale Gesetzgeber folglich indirekt die Reichweite der Niederlassungsfreiheit beeinflussen.¹⁰⁰ Dem Grundsatz einer einheitlichen Anwendung des Gemeinschaftsrechts trägt dies kaum Rechnung. Das Gesellschaftsstatut muss daher im Rahmen einer 14. Richtlinie europäisch definiert werden.¹⁰¹

Insgesamt ist der Schutz gemäß Art. 49, 54 AEUV aber nicht norm-, sondern wirkungsbezogen ausgestaltet.¹⁰² Dem erstgenannten, kollisionsrechtlichen Ansatz ist vielmehr ein sachrechtlicher vorzuziehen, der auf die Auswirkungen einer inländischen Haftungsnorm auf die Niederlassungsfreiheit abstellt.¹⁰³ Dieses Problem spitzt sich noch zu, gilt es die Behandlung deutscher Mischgesellschaften

⁹⁷ *Behrens* (Fn. 95), Einl. B. Rn. B 44-57.

⁹⁸ *Grundmann* (Fn. 4), Rn. 785.

⁹⁹ Vgl. *BGH* NJW 2007, S. 1529 (1530); *Kindler*, in: MünchKomm BGB XI, Rn. 434 ff.; *Borges*, Gläubigerschutz bei ausländischen Gesellschaften mit inländischem Sitz, ZIP 2004, S. 733 (741).

¹⁰⁰ *Grundmann* (Fn. 4), Rn. 785.

¹⁰¹ In diesem Sinne auch: *Weller*, GmbH-Bestattung im Ausland, ZIP 2009, S. 2029 (2031).

¹⁰² *Fleischer/Schmolke*, Die Rechtsprechung zum deutschen internationalen Gesellschaftsrecht, JZ 2008, S. 233 (235); *Spindler/Berner*, Der Gläubigerschutz im Gesellschaftsrecht nach Inspire Art, RIW 2004, S. 7 (9).

¹⁰³ *Eidenmüller*, Mobilität und Restrukturierung von Unternehmen im Binnenmarkt, JZ 2004, S. 24 (25); *Kieninger*, Internationales Gesellschaftsrecht nach "Centros", "Überseering" und "Inspire Art" - Antworten, Zweifel und offene Fragen, ZEuP 2005, S. 685 (697); *Spindler/Berner* ebd. S.10; *Zimmer*, Nach "Inspire Art" - Grenzenlose Gestaltungsfreiheit für deutsche Unternehmen?, NJW 2003, S. 3585 (3591).

zu beurteilen. Wird eine europäische Gesellschaft nämlich Komplementärin einer deutschen KG, bestimmt sich die Haftung der KG nach deutschem Recht, während sich die Haftung ihrer geschäftsführenden Komplementärin und der für sie handelnden Personen – etwa im Insolvenzfall – nach der europäischen Gründungstheorie nach ihrem Gesellschaftsstatut, also dem ausländischen Gesellschaftsrecht richtet.¹⁰⁴ Dadurch wären beispielsweise auf eine „Ltd. & Co. KG“ nicht nur zeitgleich unterschiedliche Rechtsordnungen anzuwenden, spezielle Haftungsinstitute – etwa die vom *BGH* in der „Trihotel“-Entscheidung entwickelte Existenzvernichtungshaftung – wären nach dem auf europäischer Ebene praktischen Verständnis selbst dann als gesellschaftsrechtlich zu qualifizieren, wenn sie etwa aus dem Insolvenz- oder Deliktsrecht stammten und damit auf die Komplementärin unanwendbar.¹⁰⁵ Dann wären Gläubiger einer „ausländischen Gesellschaft & Co. KG“ jedoch deutlich schlechter geschützt, als im Fall einer deutschen Komplementärin.¹⁰⁶ Hier kann nur eine europäische Regelung endgültig Abhilfe schaffen.

3. Potentielle Wohlfahrtsgewinne

Für eine Richtlinie spricht vor allem der große Nutzen der Sitzverlegung für den Binnenmarkt.¹⁰⁷ Ihr werden insbesondere zwei Vorteile zugeschrieben: Erstens kann eine Gesellschaft ihren Standort damit nach den günstigsten ökonomischen Rahmenbedingungen neu wählen und auf einen Wechsel ebendieser reagieren.¹⁰⁸ Zweitens kann ein Gesellschaftsrecht ausgewählt werden, das auf die Anforderungen der jeweiligen Gesellschaft besser zugeschnitten erscheint.¹⁰⁹ Nach der Folgeneinschätzung der Kommission von 2007 kann der vorgesehene Wechsel des anwendbaren Rechts gemäß Art. 3 S. 2 Halbs. 2 des Vorentwurfs nicht nur eine ökonomisch sinnvolle Begleiterscheinung, sondern auch vorrangiges Ziel der Sitzverlegung sein.¹¹⁰ Diese Möglichkeit eröffnet zwar auch die SE, allerdings ist damit zwangsläufig auch die Übernahme dieser Rechtsform verbunden. Beide Vorteile werden vielmehr vor allem dadurch eröffnet, dass das anwendbare Recht

¹⁰⁴ *Eidenmüller* (Fn. 61), § 4 Rn. 51 ff.; *Binz/Maier*, Die ausländische Kapitalgesellschaft & Co.KG im Aufwind?, GmbHR 2003, S. 249 (255).

¹⁰⁵ Die Einordnung der Existenzvernichtungshaftung ist allerdings umstritten, als Deliktshaftung, vgl. *Eidenmüller* (Fn. 61), § 4 Rn. 8.

¹⁰⁶ Dieses Ergebnis räumen auch *Binz/Maier* (Fn. 104), S. 257, ein.

¹⁰⁷ *Behrens* (Fn. 73), S. 121 f.

¹⁰⁸ Europäische Kommission Die Europäische Gesellschaft – Häufig gestellte Fragen 2001 MEMO/04/235, Frage 3; *Meilicke* (Fn. 94), S. 1053.

¹⁰⁹ *Schulz/Petersen*, Die Europa-AG: Steuerlicher Handlungsbedarf bei Gründung und Sitzverlegung, DStR 2002, S. 1508 (1510); *Grundmann*, Wettbewerb der Regelgeber im Europäischen Gesellschaftsrecht - jedes Marktsegment hat seine Struktur. ZGR 2001, S. 783 (820–824; 828–831).

¹¹⁰ Vorentwurf (Fn. 71), S. 45 f.

frei gewählt werden kann. Dann können Standortentscheidungen allein nach den ökonomischen Gegebenheiten getroffen werden und umgekehrt das Recht von der Standortentscheidung frei gewählt werden.¹¹¹ In diesem Fall wird jedoch die Flucht aus schutzintensiveren Rechten befürchtet.¹¹² Diese Ansicht ist zu pauschal und durch Europäisches Sachrecht ist allenfalls externen Effekten und Informationsproblemen vorzubeugen.¹¹³ Abgesehen davon hat der *EuGH* stetig festgehalten, dass es keinen Missbrauch darstellt, eine Gesellschaft auswärtig zu gründen, um in den Genuss des dort vorteilhaften Rechts zu gelangen.¹¹⁴

4. Übertragbare Lösungsansätze

Angesichts der vom *EuGH* behandelten Fälle sind insbesondere die noch verbliebenen Regelungslücken zu schließen:

a) Möglichkeit der isolierten Satzungssitzverlegung

Zwischen Staaten, die der Gründungstheorie folgen, sollte aus nachfolgenden Gründen die isolierte Satzungssitzverlegung frei möglich sein:¹¹⁵ Dies deckt sich bereits mit der im Vorentwurf gemäß Art. 11 Abs. 2 geregelten Vorschrift; dieser zufolge haben die Mitgliedstaaten, die der Sitztheorie folgen, hinsichtlich einer Verlegung des Satzungssitzes ohne gleichzeitige Verlegung des Verwaltungssitzes – der isolierten Satzungssitzverwaltung – ein Vetorecht.¹¹⁶ In der Folgenabschätzung aus dem Jahr 2007 bevorzugt die Kommission allerdings sogar einen hierüber hinausgehenden Ansatz, der zwar eine isolierte Satzungssitzverlegung, aber nicht mehr die Verlegung des Verwaltungssitzes umfasst.¹¹⁷ Dies ist darauf zurückzuführen, dass die Kommission die Satzungssitzverlegung angesichts der *EuGH*-Rechtsprechung als unproblematisch ansieht.¹¹⁸ Die Folge, dass die Mitgliedstaaten die Verwaltungssitzverlegung somit weiterhin

¹¹¹ Grundmann (Fn. 109), S. 785 f., 803 – 805, 820 – 824, 828 – 831; Kerber, in: Grundmann, Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts 2000, S. 67, 75-81.

¹¹² Edwards (Fn. 72), S. 383.

¹¹³ Grundmann (Fn. 4), Rn. 839.

¹¹⁴ In diesem Sinne etwa: *EuGH*, Rs. C-212/97 – *Centros*, Tz. 18.

¹¹⁵ So bereits: Hoffmann (Fn. 9), S. 55 f.

¹¹⁶ Dies fordert auch Schön (Fn. 62), S. 364; dagegen fordert Roth nunmehr eine zwingende Übereinstimmung von Satzung- und Verwaltungssitz: Roth Vorgaben der Niederlassungsfreiheit 2010, S. 62.

¹¹⁷ Kommission (Fn. 75), S. 42 ff.

¹¹⁸ Für eine isolierte Satzungssitzverlegung wird teilweise die Kompetenz des europäischen Gesetzgebers verneint: Böttcher/Kraft, Grenzüberschreitender Formwechsel und tatsächliche Sitzverlegung – Die Entscheidung *VALE* des *EuGH*, NJW 2012, S. 2701 (2704); Kindler, Der reale Niederlassungsbegriff nach dem *VALE*-Urteil des *EuGH*, EuZW 2012, S. 888 (892).

primärrechtskonform verhindern könnten, wird hierbei hingenommen und sekundärrechtlich nicht ermöglicht.¹¹⁹ Dahingegen sieht *Leible* die Notwendigkeit einer solchen Ermöglichung.¹²⁰ Schon die Kommission hält den „beschränkten“ Ansatz aufgrund der noch verbleibenden Rechtsunsicherheit für weniger geeignet. Aus diesem Grund ist eine Regelung zu befürworten, bei der die Nationalstaaten den formwechselnden Zuzug nicht mehr von der gleichzeitigen Verlegung des Sitzes der Hauptverwaltung abhängig machen dürfen.¹²¹ Zu Recht verspricht sich die Kommission dadurch einen stärkeren Wettbewerb der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen sowie wirtschaftliches Wachstum. Freilich ist damit gleichzeitig die Sitztheorie selbst aufzugeben, obgleich dies etwa in Deutschland nach den durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) erfolgten Änderungen¹²² sowie dem ohnehin erwogenen generellen Übergang zur Gründungstheorie keine revolutionäre Entwicklung mehr darstellen würde.

b) Arbeitnehmerschutz

Hinsichtlich des Arbeitnehmerschutzes kann indessen auf die Regelung der SE-Richtlinie zurückgegriffen werden.¹²³ Da der Arbeitnehmerschutz als das historisch gewichtigste Hindernis galt,¹²⁴ ist durch die Verabschiedung eine wichtige Weiche für die 14. Richtlinie bereits gestellt.¹²⁵

c) Insbesondere: Steuerrechtliche Behandlung der Sitzverlegung

Dahingegen besteht noch keine Regelung für ein einheitliches Steuerrecht. Gerade hier entstehen allerdings für die Gesellschaften zwei sehr nachteilige Wirkungen: Jedenfalls in den großen Mitgliedstaaten wurde der Beschluss, den Sitz in ein anderes Land zu verlegen, steuerrechtlich als ein Auflösungsbeschluss qualifiziert, bzw. die Aufdeckung und Besteuerung der stillen Reserven gefordert – bei bisher

¹¹⁹ So auch: *Grundmann* (Fn. 4), Rn. 848.

¹²⁰ *Leible* (Fn. 2), S. 547 f.; in diesem Sinne auch: *Frobenius* (Fn. 64), S. 491; *Ratka/Wolfbauer*, Daily Mail: "I am not dead yet!", ZfRV 2009, S. 57 (64).

¹²¹ Vgl. *Kommission* (Fn. 75), S. 42 ff.

¹²² Durch die Streichung von § 4a Abs. 2 GmbHG a.F. und § 5 Abs. 2 AktG a.F. kommt im Fall der Verlegung des Verwaltungssitzes einer GmbH oder AG ins Ausland nach der herrschenden Auffassung die Gründungstheorie zur Anwendung, vgl. *Grundmann* (Fn. 4), Rn. 10-13m.w.N.

¹²³ *Kommission* (Fn. 75), S. 49; So wohl bereits: *Leible* (Fn. 2), S. 553.

¹²⁴ So etwa: *Hopt* (Fn. 83), S. 201 f.

¹²⁵ *Edwards* (Fn. 72), S. 383; *Großfeld/Jasper*, Identitätswahrende Sitzverlegung und Fusion von Kapitalgesellschaften in die Bundesrepublik Deutschland, *RabelsZ* 53 (1989), S. 52 (64).

erfolgreichen Gesellschaften in der Regel ein Großteil des Firmenwertes.¹²⁶ Da mit der Sitzverlegung keine Einkünfte realisiert werden – anders als etwa beim Verkauf von Beteiligungen oder Betriebsteilen –, wird der bestehende Wert der Gesellschaft gemindert. Zudem geht auch die Möglichkeit verloren, frühere Verluste in Folgejahren gewinnmindernd geltend zu machen (Verlustvorschreibung). Zu Recht wurde deshalb das bisherige Zögern der Kommission kritisiert.¹²⁷

Dabei läge es nahe, das Regime der Fusionsbesteuerungsrichtlinie¹²⁸ auf die grenzüberschreitende Sitzverlegung zu erstrecken, da entgegen der Ansicht der Kommission hierzu nicht schon die konsequente Beachtung der *EuGH*-Rechtsprechung genügt.¹²⁹ Insbesondere bei Auslandsvermögen und ungebundenem Vermögen ist die Grundfreiheiten-Rechtsprechung hierzu nicht geeignet, da bei diesem die Verankerung im Inland nicht fortbesteht und es daher potentiell einer Abschlussbesteuerung mit Aufdeckung der stillen Reserven unterliegt.¹³⁰ Denkbar wäre in diesem Fall die Besteuerung zum Zeitpunkt einer etwaigen späteren Veräußerung oder die Aufteilung des später anfallenden Veräußerungsgewinns zwischen Weg- und Zuzugsstaat, wobei dann aber – insbesondere bei Wirtschaftsgütern mit bestimmter Nutzungsdauer – zwischen dem abnehmenden Zeitwert und dem inneren Wert differenziert werden müsste.

Dies darf jedoch nicht außer Acht lassen, dass die Steuerhoheit eine wichtige Ausprägung der nationalen Rechtsordnungen darstellt. Unverständlich wäre in jedem Fall, Gewinne im Zuzugsstaat zu versteuern, die im Wegzugsstaat erwirtschaftet wurden, was auch im Territorialitätsprinzip des *EuGH* zum Ausdruck kommt.¹³¹ Da aber Steuermindereinnahmen kein zwingendes

¹²⁶ Für Deutschland etwa: § 12 KStG der angesichts des *Cartesio*-Urteils wohl europarechtskonform zu reduzieren ist; so etwa: *Campos Nave*, Das Ende der gegenwärtigen Wegzugsbesteuerung - Der zweite Blick auf *Cartesio*, BB 2009, S. 870 (872); *Frobenius* (Fn. 64), S. 490; anders hingegen: *Gebert/Fingerhut*, Die Verlegung des Ortes der Geschäftsleitung ins Ausland - Steuerliche Fallstricke im Licht aktueller gesellschaftsrechtlicher Entwicklungen, IStR 2009, S. 445 (448).

¹²⁷ Etwa: *Hügel*, Steuerrechtliche Hindernisse bei der internationalen Sitzverlegung, ZGR 1999, S. 71 (107 f.); Vgl. allerdings auch die Mitteilung der Kommission zur Wegzugsbesteuerung und die Notwendigkeit einer Koordinierung der Steuerpolitiken der Mitgliedstaaten vom 19.12.2006 KOM (2006) 825, endgültig, S. 6 ff.

¹²⁸ RL 90/434/EWG über das gemeinsame Steuersystem für Fusionen, Spaltungen, die Einbringung von Unternehmensteilen und den Austausch von Anteilen, die Gesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten betreffen, ABl. L 225 vom 20.8.1990, S. 1 ff.

¹²⁹ *Grundmann* (Fn. 4), Rn. 1019.

¹³⁰ *Förster/Lange* (Fn. 72), S. 587; *Schulz/Petersen* (Fn. 109), S. 1513 f.; a.A.: *Hügel* (Fn. 127), S. 85 f.

¹³¹ So: *EuGH*, DStR 2006, S. 1691 Rn. 42, 44.

Allgemeininteresse darstellen,¹³² wäre als Alternative die Aufteilung von Steuern zwischen den betroffenen Mitgliedstaaten denkbar.¹³³

Die sich damit eröffnenden Praktikabilitätsprobleme hinsichtlich der Steuerbemessung heben wiederum die Bedeutung einer sekundärrechtlichen Lösung hervor. Dabei muss die vergleichende Betrachtung zur Unternehmensbesteuerung des reinen Inlandsfalls maßgebend sein.

IV. Zusammenfassung

Die Sitzverlegung dient der Wahl besserer ökonomischer Rahmenbedingungen und besser passender Rechte.¹³⁴ Eine Verabschiedung der 14. Richtlinie würde auch gegenüber dem Sitzverlegungsregime in der SE-VO als auch gegenüber der Sitzverlegung mittels grenzüberschreitender Verschmelzung zusätzliche Wohlfahrtsgewinne ermöglichen.¹³⁵ Vor allem bei den noch bestehenden Rechtsunterschieden ist die Freiheit der Rechtswahl sinnvoll. Da das nationale Körperschaftssteuerrecht zudem ebenfalls national verschieden und bisher kaum harmonisiert ist und die Sitzverlegung selbst weitgehend steuerneutral ausgestaltet ist, könnte gerade das sich ändernde Körperschaftssteuerregime einen gewichtigen Grund für die Sitzverlegung darstellen.¹³⁶

Selbst, wenn die Sitzverlegungsrichtlinie also nicht über das Maß des vom *EuGH* für die Niederlassungsfreiheit verbürgten hinausgehen sollte, so bleibt sie doch politisch von großer Bedeutung.¹³⁷ Nur durch eine Richtlinie können einerseits Schutzinteressen koordiniert und ein europäisches Mindestniveau festgesetzt werden, andererseits würde die hierdurch entstehende Rechtssicherheit die Sitzverlegung in der Praxis letztlich erst ermöglichen.¹³⁸

Gerade weil die grenzüberschreitende Satzungssitzverlegung nach „Cartesio“ und „Vale“ unabhängig vom Sekundärrecht möglich ist, erscheint die Verabschiedung der Richtlinie angezeigt denn je. Nur so kann vermieden werden, dass eine

¹³² *EuGH*, DStR 2004, S. 551 Rn. 60.

¹³³ *Frobenius* (Fn. 64), S. 490.

¹³⁴ *Schön* (Fn. 62), S. 364; *Frobenius* (Fn. 64), S. 491; *Leible* (Fn. 2), S. 546 f.

¹³⁵ So auch: *Wöhlert/Degen* (Fn. 92), S. 435.

¹³⁶ Hierfür spricht, dass Zypern, das den niedrigsten Körperschaftssteuersatz im Europäischen Wirtschaftsraum besitzt, der bislang zweitpopulärste Zuzugsstaat bei SE-Sitzverlegungen war; vgl. den endgültigen Bericht zur Studie über die Funktionsweise und Auswirkung des Statuts der Europäischen Gesellschaft vom 9.12.2009, S. 214.

¹³⁷ In diesem Sinne bereits die Antwort der BReg v. 24.03.2009 auf die Kleine Anfrage BT-Drucksache 16/12403.

¹³⁸ So auch: *Grundmann* (Fn. 4), Rn. 867.

Vielzahl divergierender nationaler Schutzbestimmungen die Mobilität faktisch beschränken und Vorlageverfahren zu diesen Schutzbestimmungen zahlreich geführt werden müssen.¹³⁹

¹³⁹ Gleichsam fordernd: *Frobenius* (Fn. 64), S. 491; *Leible/Hoffmann* (Fn. 86), S. 63; *Teichmann* (Fn. 65), S. 403 f.; *Zimmer/Naendrup* (Fn. 62), S. 549.

Stephan M. Schubert*

Vorsatzanfechtung und Bargeschäft: Zur Insolvenzanfechtung von Arbeitslöhnen unter Berücksichtigung der aktuellen Reformbestrebungen

Abstract

Im Falle der Insolvenz des Arbeitgebers muss der Arbeitnehmer häufig um seinen Arbeitsplatz fürchten – soll er zudem noch lange vor der Insolvenz erhaltene Arbeitslöhne zurückzahlen müssen? Das Insolvenzanfechtungsrecht in seiner Ausgestaltung, die es durch die Rechtsprechung des BGH seit dem Jahre 2003 erhalten hat, macht das unter Umständen möglich. Das inzwischen zuständige BAG grenzte diese Möglichkeit ein, und ganz aktuell fühlt sich der Gesetzgeber berufen, Klarheit zu schaffen. Der Beitrag betrachtet die Entwicklung der BGH-Rechtsprechung (II.), analysiert sie und den Umgang des BAG mit ihr (III.) und untersucht die vom BAG vorgenommene sowie allgemein mögliche Einschränkung der (Vorsatz-)Insolvenzanfechtung (IV.). Die zu den jeweiligen Problembereichen vom Gesetzgeber avisierten Reformvorhaben werden dabei einer kritischen Würdigung unterzogen.

* Der Verfasser ist cand. iur. und studiert im siebten Semester Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Gedankt sei an dieser Stelle *David Ostertag* und *Marcel Kabl* für die Ermutigung zur Veröffentlichung sowie Prof. *Dr. Andreas Piekenbrock* für seine Anmerkungen und Hinweise.

I. Kurze Einführung in die Insolvenzanfechtung

Das Insolvenzverfahren dient dazu, die Gläubiger eines Schuldners gemeinschaftlich zu befriedigen (§ 1 S. 1 InsO). Dies soll durch die Verwertung des Vermögens des (Insolvenz-)Schuldners geschehen, das nicht mehr zur vollen Befriedigung der Forderungen aller (Insolvenz-)Gläubiger genügt und daher quotaal nach dem Verhältnis der Beträge ihrer Forderungen verteilt wird (vgl. § 39 Abs. 1 InsO). Um Schmälerungen dieser zu verteilenden Insolvenzmasse (§ 35 Abs. 1 InsO) durch Vermögensverschiebungen zulasten der Gläubigergesamtheit rückgängig zu machen, sieht das Gesetz in den §§ 129-147 InsO für bestimmte Fälle vor, vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommene Rechtshandlungen anzufechten und so das durch sie an Dritte gelangte Vermögen in die Masse zurückzuführen.¹ Folge der Insolvenzanfechtung ist ein (in der Regel dem Insolvenzverwalter zustehender) Anspruch auf Rückgewähr dessen, was durch die Rechtshandlung veräußert, weggegeben oder aufgegeben wurde (§ 143 InsO); die Insolvenzanfechtung steht also in keinem Zusammenhang mit der Anfechtung von Willenserklärungen wegen Willensmängeln nach den §§ 142 ff., 119 ff. BGB, die angefochtene Rechtshandlung ist weder nichtig noch unwirksam.² Im Folgenden besonders relevant sind die Anfechtungsgründe der §§ 130, 131, 133 InsO: § 130 InsO regelt die Anfechtung sog. kongruenter Deckungen. Dies sind Rechtshandlungen, die einem Insolvenzgläubiger eine Sicherheit oder Erfüllung gewähren, die er dem Grunde nach sowie in der Art und zu der Zeit zu beanspruchen hatte (*argumentum e contrario* § 131 Abs. 1 InsO). Dementsprechend ermöglicht die Inkongruenzanfechtung nach § 131 InsO die Anfechtung von Rechtshandlungen, auf die der Gläubiger gar keinen, keinen fälligen oder einen andersartigen Anspruch hatte. Während die §§ 130 f. InsO nur eine Anfechtung von bis zu drei Monate vor Antragstellung zurückliegenden Deckungen erlauben, erfasst die Vorsatzanfechtung des § 133 Abs. 1 InsO Rechtshandlungen (auch Deckungen), die bis zu zehn Jahre vor dem Insolvenzantrag vom Schuldner selbst vorgenommen wurden, wenn damit die Gläubiger wissentlich und willentlich benachteiligt werden sollten und „der andere Teil“ (meist der Begünstigte) diesen Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners kannte.³

¹ BT-Drs. 12/2443, S. 160; *Reischl*, Insolvenzzrecht, 3. Aufl. (2014), Rn. 569 ff.; *Zwanziger*, Insolvenzanfechtung und Arbeitsentgelt, BB 2007, 42; die Gläubigergleichbehandlung ist aber nur Geltungsgrund der sog. besonderen Insolvenzanfechtung (§§ 130-132 InsO), vgl. BGHZ 162, 143 (148 ff.); siehe zur Differenzierung zwischen allgemeiner (§§ 133, 134 InsO) und besonderer Insolvenzanfechtung unten in Abschnitt III. 2. d) cc) (4) und (5).

² *Foerste*, Insolvenzzrecht, 6. Aufl. (2014), Rn. 288.

³ *Ebd.*, Rn. 301.

II. Einleitung und Hinführung zur Problematik

Der BGH hat durch eine Rechtsprechungsänderung im Jahre 2003 die Anfechtung kongruenter Deckungen nach § 133 Abs. 1 InsO stark ausgedehnt:⁴ Er gab das Merkmal unlauteren Schuldnerhandelns als Voraussetzung des Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes bei der Vornahme kongruenter Deckungen auf. Nicht mehr erforderlich sollte auch sein, dass es dem Schuldner mehr auf die Gläubigerbenachteiligung als auf die Schuldtilgung ankam (Mehr-als-Formel), stattdessen sollte von nun an bedingter Benachteiligungsvorsatz genügen. Darauf folgend wurden viele Beweiserleichterungen eingeführt,⁵ wodurch – vorbehaltlich einer Gesamtwürdigung – die Vorsatzanfechtung kongruenter Deckungen bereits durchgreift, wenn Gläubiger und Schuldner zur Zeit der Leistung wussten, dass der Schuldner (drohend) zahlungsunfähig war.⁶ Dies tangiert auch § 142 InsO, nach dem Bargeschäfte insolvenzanfechtungsfest sind, wenn nicht die Voraussetzungen des § 133 Abs. 1 InsO gegeben sind – bei einem zu weiten Anwendungsbereich der Vorsatzanfechtung droht eine Aushöhlung des Bargeschäftsprivilegs.⁷ Der Schutz des Bargeschäfts vor der verschärften Vorsatzanfechtung ist somit quasi die „Nagelprobe“⁸ der Rechtsprechung seit 2003. Besondere Brisanz hat diese Problematik bzgl. „des Vertrauens der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in ausgezahlte Löhne“, weswegen die Bundesregierung angekündigt hat, das Insolvenzanfechtungsrecht „auf den Prüfstand zu stellen“.⁹ Dazu hat nun das *Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz* (BMJV) am 10.9.2014 ein Diskussionspapier mit dem Titel

⁴ BGHZ 155, 75 (83); BGH, NZI 2003, 597 (598).

⁵ BGH, ZIP 2006, 2222 (2223 ff. Rn. 19 ff.); BGH, WM 2010, 1756, (1756 f. Rn. 10); dazu *Lau*, Vorsatzanfechtung – Zum Nachweis des Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes und der Kenntnis des Anfechtungsgegners, DB 2013, 1219 ff.; *Hutschenreuther/Neugebauer*, § 133 InsO – Das „ungewollte“ Lenkungsinstrument mit ungewollter Reichweite, ZInsO 2013, 1221 ff.; siehe dazu noch unten in Abschnitt III. 2. c) bb) (2).

⁶ Krit. dazu *Bork*, Die Renaissance des § 133 InsO, ZIP 2004, 1684 ff.; *Foerste*, Grenzen der Vorsatzanfechtung bei kongruenter Deckung, NZI 2006, 6 ff.; *ders.*, Die Vorsatzanfechtung (§ 133 InsO) – zum politischen Potenzial der Begriffsjurisprudenz, in: FS Picker, 2010, S. 227 ff.; *ders.*, Die Ausdehnung der Vorsatzanfechtung – ein rechtsstaatliches Problem, ZInsO 2013, 897 ff.; *Jensen*, Stufenverhältnis zwischen §§ 130, 131 und § 133 InsO?, NZI 2013, 471 ff.; *Priebe*, Risiko Ratenzahlung – ein Gespenst geht um in Deutschland: die Vorsatzanfechtung, § 133 InsO, ZInsO 2013, 2479 ff.

⁷ *Kayser*, Der Rechtsgedanke des Bargeschäfts – Ein Beitrag zu den Grenzen des Anwendungsbereichs des § 142 InsO, in: FS Fischer, 2008, S. 267 (280); *Foerste*, Die Vorsatzanfechtung (§ 133 InsO) – zum politischen Potenzial der Begriffsjurisprudenz, in: FS Picker, 2010, S. 227 (246 f.).

⁸ So *Foerste*, Zum Ausschluss der Vorsatzanfechtung (§ 133 InsO) bei „bargeschäftsähnlicher Lage“, WM 2014, 1213 (1214).

⁹ Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 18. Legislaturperiode, S. 25 unter „Rechtsrahmen“.

„Eckpunkte für eine Reform des Anfechtungsrechts“ vorgelegt, mit dem es den Arbeitnehmerschutz stärken (bzw. einführen) und „für mehr Rechtssicherheit sorgen“ will.¹⁰ Auf den Inhalt im Einzelnen wird noch zurückzukommen sein.

Ein Urteil zur Thematik „Vorsatzanfechtung von als Bargeschäft qualifizierten Lohnzahlungen“¹¹ fällt Anfang dieses Jahres das BAG:

III. BAG, Urt. v. 29.01.2014 – 6 AZR 345/12

1. Sachverhalt¹²

Die Anfechtungsgegnerin war Alleinhalterin der Schuldnerin, einer Aktiengesellschaft, über deren Vermögen am 10.08.2007 ein Insolvenzverfahren beantragt und am 13.09.2007 eröffnet worden war. Die Beklagte hatte aufgrund ihrer Tätigkeit umfassenden Einblick in die internen Bilanzen und wirtschaftlichen Verhältnisse der Schuldnerin, die seit Anfang 2007 zahlungsunfähig war und dies erkannt hatte. Löhne und Gehälter wurden aber weiterhin termingerecht zu Beginn des Folgemonats an die Mitarbeiter gezahlt. Der klagende Insolvenzverwalter begehrte nun von der Beklagten Rückzahlung des von der Schuldnerin gezahlten Nettoentgelts für die Monate Januar bis Juli zur Masse (knapp über 10 Tsd. €).

2. Rechtliche Würdigung

a) Rechtsweg, Anfechtungsgegner und „Existenzminimum“

Seit dem Beschluss des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes vom 27.09.2010¹³ ist die Arbeitsgerichtsbarkeit zuständig für Anfechtungsklagen bzgl. der Rückgewähr von Lohnzahlungen. Dies ist auf nicht unerhebliche Kritik gestoßen,¹⁴ da durch den nun möglichen Einfluss der Arbeitsgerichte auf das Insolvenzanfechtungsrecht eine Rechtszersplitterung in Folge der Rechtswegspaltung befürchtet wird.¹⁵

¹⁰ Papier „Eckpunkte für eine Reform des Anfechtungsrechts“ des *BMJV*, abrufbar unter http://www.mittelstandsverbund.de/_obj/6D8D55C6-36C1-4F11-B19D-7847CB95D733/outline/Eckpunktepapier-Insolvenzanfechtungsrecht.pdf, zuletzt abgerufen am 03.12.2014; *Jahn*, Insolvenzverwalter bangen um ihre Recht, *FAZ* v. 15.10.2014; krit. *Bork*, Neues Insolvenzanfechtungsrecht: Verschärfung oder Entmachtung?, *ZIP* 2014, 1905 ff. und *ZIP* 2014 A 82, Nr. 299.

¹¹ Werden im Folgenden nur „Löhne“ aufgeführt, sind damit auch „Gehälter“ gemeint.

¹² *BAG*, *ZIP* 2014, 628 (628 Rn. 1 ff.).

¹³ *GmS-OGB*, *BGHZ* 187, 105 ff.

¹⁴ Sogar mit verfassungsrechtlichen Bedenken: *Kreft*, Der Rechtsweg für Insolvenzanfechtungsklagen, *ZIP* 2013, 241 ff.

¹⁵ *Bork*, Anmerkung zu *GmS-OGB*, *Beschl.* v. 27.09.2010 – *GmS-OGB* 1/09, *EWiR* 2010, 765 f.; *Huber*, Anmerkung zu *BAG*, *Urt.* v. 06.10.2011 – 6 AZR 262/10, *EWiR*, 2011, 817 (818);

Da die Beklagte noch keinen Insolvenzgeldantrag gestellt hatte (§ 169 S. 1, 3 SGB III), ist sie, wie das BAG konstatierte, Anfechtungsgegnerin.¹⁶

Zunächst erörterte das BAG ausführlich, ob bei kongruenten (Lohnforderungs-)Deckungen die Anfechtung zum Schutz des im Entgelt enthaltenen Existenzminimums durch verfassungskonforme Auslegung der §§ 129 ff. InsO (teilweise) auszuschließen sei.¹⁷ Da die Anfechtung im Urteilsfall aber nicht durchgriff, konnte das BAG die Frage unbeantwortet lassen.¹⁸

b) Die Lohnzahlungen als Bargeschäft i.S.d. § 142 InsO

Eine Anfechtung der Lohnzahlungen nach § 130 InsO prüfte das BAG erst gar nicht, da bereits der Kläger davon ausgegangen war, dass die Lohnzahlungen unter das Bargeschäftsprivileg nach § 142 InsO fielen.¹⁹

Nach § 142 InsO liegt ein nur noch nach § 133 Abs. 1 InsO anfechtbares Bargeschäft vor, wenn für eine Leistung des Schuldners unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung in dessen Vermögen gelangt.

aa) Leistung und (vereinbarte) gleichwertige Gegenleistung

Der Schuldner muss für seine Leistung aufgrund einer Vereinbarung mit dem Anfechtungsgegner (rechtsgeschäftliche Verknüpfung) eine gleichwertige Gegenleistung erhalten haben.²⁰ Die Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung ist nach objektiven Maßstäben zu beurteilen.²¹ Die Schuldnerin hatte durch Zahlung des streitgegenständlichen Lohns das Entgelt erbracht, das sie aus dem vor ihrer finanziellen Krise geschlossenen Arbeitsvertrag schuldete.²² Zahlt der Arbeitgeber nach Erbringung der Arbeitsleistung dem Arbeitnehmer den

a.A.: *Windel*, AP ArbGG 1979 § 2 Zuständigkeitsprüfung Nr. 14, Anm. unter II.; *Jacobs*, Rechtsweg bei Anfechtungsklage des Insolvenzverwalters gegen Arbeitnehmer des Insolvenzschuldners, NJW 2009, 1932 ff.

¹⁶ BAG, ZIP 2014, 628 (629 Rn. 11-14); zum Problem des Insolvenzgeldantrags nach Deckungsanfechtung (inkl. § 133 InsO): *Windel*, Das Bargeschäftsprivileg für Lohnnachzahlungen, ZIP 2014, 2167 (2170 f.).

¹⁷ BAG, ZIP 2014, 628 (629 ff. Rn. 15-45): Begrenzung des Anspruchs aus § 143 I 1 InsO in seiner Höhe; krit.: *Lütcke*, Insolvenzanfechtung von im Wege des Bargeschäfts erfolgten Lohnzahlungen, NZI 2014, 350 (351).

¹⁸ Ergänzend zu dieser Thematik siehe unten in Abschnitt IV. 1. b).

¹⁹ BAG, ZIP 2014, 628 (632 Rn. 45).

²⁰ BT-Drs. 12/2443, S. 167; BGHZ 157, 350, (360); die nach h.M. erforderliche Kongruenz war im vorliegenden Fall gegeben, siehe dazu noch unten in Abschnitt IV. 2.

²¹ BT-Drs. 12/2443, S. 167; BGHZ 150, 122 (131); *Nerlich*, in: Nerlich/Römermann-InsO, 26. EL 2014, § 142 Rn. 6; *Riggert*, in: Braun-InsO, 6. Aufl. 2014, § 142 Rn. 3.

²² BAG, ZIP 2014, 628 (633 Rn. 51).

im Arbeitsvertrag vereinbarten Lohn, ist in der Regel von einem gleichwertigen Leistungsaustausch auszugehen.²³ Dem stand auch im vom *BAG* entschiedenen Fall nichts entgegen.²⁴

bb) Unmittelbarkeit

In Arbeitsverhältnissen ist das Merkmal der Unmittelbarkeit des Leistungsaustauschs näher zu betrachten: Da das Bargeschäft nach Parteiwillen, Verkehrsanschauung und tatsächlicher Abwicklung ein einheitliches Ganzes darstellt,²⁵ muss zwischen Leistung und Gegenleistung grundsätzlich ein enger zeitlicher – unmittelbarer – Zusammenhang bestehen.²⁶ Eine zwischen dem Leistungsaustausch liegende Zeitspanne ist solange unschädlich, wie das Rechtsgeschäft nach den üblichen Zahlungsgepflogenheiten nicht das Wesen eines Kreditgeschäfts annimmt.²⁷ Auch länger andauernde Vertragsbeziehungen scheiden nicht von vornherein als Bargeschäft aus, es ist aber für die gegenseitige Zuordenbarkeit erforderlich, dass die jeweiligen Leistungen und Gegenleistungen zeitlich oder gegenständlich teilbar sind und zeitnah – entweder in Teilen oder abschnittsweise – erbracht werden.²⁸ Hier verwies das *BAG* auf ein *BGH*-Urteil, in dem bzgl. des Entgelts eines anwaltlichen Sanierungsberaters die Unmittelbarkeit noch für eine Vergütung bejaht wurde, die nicht später als 30 Tage nach Erbringung der Dienstleistung erfolgt war – in Ermangelung anderer Anhaltspunkte hatte der *BGH* die Verzugsfrist des § 286 Abs. 3 S. 1 BGB als Maßstab herangezogen.²⁹ Diese Voraussetzungen lagen im Fall des *BAG* vor: Die Beklagte und die Schuldnerin tauschten die wechselseitigen Leistungen abschnittsweise – nach dem Kalendermonat – aus (vgl. § 614 S. 2 BGB); da das Entgelt zudem pünktlich zum arbeitsvertraglich festgelegten Fälligkeitszeitpunkt zu Beginn des Folgemonats gezahlt wurde, war der enge zeitliche (30-Tage-)Zusammenhang gegeben und es lag trotz Vorleistungspflicht der Beklagten als Arbeitnehmerin (§ 614 S. 1 BGB) keine Kreditgewährung vor.³⁰ Das *BAG* musste somit nicht auf seine diesbezügliche Rechtsprechung abstellen, nach der für die

²³ *Zwanziger* (Fn. 1), 43; *Bork*, Die Insolvenzanfechtung von Lohnzahlungen, ZIP 2007, 2237 (2238); *Pieper*, Lohn- und Gehaltszahlungen in der Insolvenz des Arbeitgebers, ZInsO 2009, 1425 (1430); *Vollrath*, Insolvenzanfechtung von Lohnzahlungen, ZInsO 2011, 1665 (1666); *Knospe*, Insolvenzanfechtung versus Arbeitnehmerinteressen: Bringt der Koalitionsvertrag Veränderungen beim Bargeschäft?, ZInsO 2014, 748 (751).

²⁴ *BAG*, ZIP 2014, 628 (633 Rn. 52).

²⁵ Zur identischen (aber nicht normierten) Rechtslage unter der Konkursordnung (KO): *BGH*, WM 1984, 1430 f.

²⁶ *BGHZ* 167, 190 (199 Rn. 31).

²⁷ *BT-Drs.* 12/2443, S. 167; *Huber*, in: *Gottwald*, Insolvenzrechtshandbuch, 4. Aufl. 2010, § 46 Rn. 81.

²⁸ *BGHZ* 167, 190 (201 Rn. 34).

²⁹ *Ebd.*, 201 Rn. 35.

³⁰ So auch *BAG*, ZIP 2014, 628 (633 Rn. 53).

Unmittelbarkeit bei Lohnzahlungen noch ein zeitlicher Zusammenhang von drei Monaten genügen soll.³¹

Mithin lagen alle Voraussetzungen eines Bargeschäfts vor, sodass die Lohnzahlungen nur noch nach § 133 Abs. 1 InsO anfechtbar waren.

c) Vorsatzanfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO

aa) Objektive Voraussetzungen

Grundvoraussetzungen jeder Anfechtung sind gem. § 129 Abs. 1 InsO eine Rechtshandlung, die bei § 133 Abs. 1 InsO der Schuldner selbst maximal zehn Jahre vor dem Eröffnungsantrag bewirkt (§ 140 InsO) haben muss, und die objektiv gläubigerbenachteiligende Wirkung der Rechtshandlung.³²

(1) Rechtshandlung

Es kann das Grund- oder das Erfüllungsgeschäft angefochten werden.³³ Der Insolvenzverwalter griff letzteres an, die Zahlungen auf die Lohnforderungen, die (nur) bis zu sieben Monate vor dem Eröffnungsantrag erfolgt waren; somit lagen anfechtbare Rechtshandlungen der Schuldnerin vor.³⁴

(2) Keine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung

Bei Vorliegen eines Bargeschäfts scheidet eine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung, d.h. eine direkte Verkürzung, Vereitelung, Erschwerung oder Verzögerung der Befriedigung der Gläubiger³⁵, aus, weil die Leistung des Schuldners durch eine gleichwertige Gegenleistung aufgewogen wird und es daher zu keiner Vermögensverschiebung zulasten des Schuldners (und damit der späteren Haftmasse), sondern zu einer bloßen Vermögensumschichtung kommt.³⁶

³¹ BAGE 139, 235 (240 ff. Rn. 15 ff.); die dagegen eingewendete Kritik des insolvenzrechtlichen Schrifttums fasste der BGH jüngst in einem Urteil zusammen (obwohl auch dort die Frage nicht entscheidungserheblich war): BGH, NZI 2014, 775 (777 f. Rn. 16 ff.); siehe dazu ausführlich unten in Abschnitt IV. 1.

³² Huber (Fn. 27), § 46 Rn. 89; Leithaus, in: Andres/Leithaus-InsO, 3. Aufl. 2014, § 129 Rn. 3, 8 ff.

³³ Kayser, in: MünchKomm-InsO II, 3. Aufl., § 129 Rn. 57; Jauernig/Berger, Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht, 23. Aufl., § 51 Rn. 15 f.

³⁴ BAG, ZIP 2014, 628 (633 Rn. 55).

³⁵ BT-Drs. 12/2443, S. 157; Hirte, in: Uhlenbruck-InsO, 13. Aufl. 2010, § 129 Rn. 91.

³⁶ K.Schmidt, Anm. zu BGH, Urt. v. 26.01.1977 – VIII ZR 122/75, JuS 1977, 475; BT-Drs. 12/2443, S. 167; Zeuner, Die Anfechtung in der Insolvenz, 2. Aufl. 2007, Rn. 50; daher liefe auch die teils befürwortete (etwa von: Ebricke, in: Kübler/Prütting/Bork-InsO, 59. EL Juni 2014, § 142 Rn. 21; Riggert (Fn. 21), § 142 Rn. 22) Anwendung von § 133 Abs. 2 InsO im Rahmen von § 142 InsO leer, vgl. Kayser (Fn. 33), § 142 Rn. 22.

(3) Mittelbare Gläubigerbenachteiligung

Für die Anfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO genügt jedoch auch eine mittelbare Gläubigerbenachteiligung, die anzunehmen ist, wenn die Rechtshandlung an sich zwar noch keinen Nachteil für die Gläubiger bewirkte, aber die Basis für einen weiteren gläubigerschädigenden Verlauf bildete.³⁷ Dies ist bspw. gegeben, wenn der Schuldner die Forderung eines Gläubigers befriedigt, der ohne diese Befriedigung Insolvenzgläubiger (§ 38 InsO) gewesen wäre und sich somit (trotz Verminderung der schuldnerischen Passiva) die Masse um den für die Erfüllung verwendeten Betrag verringert, weswegen sich letztlich die Quote der anderen Insolvenzgläubiger verkleinert.³⁸ Durch die Lohnzahlungen an die Beklagte von Januar bis Juli 2007 trotz seit Anfang 2007 bestehender Zahlungsunfähigkeit hat die Schuldnerin dafür gesorgt, dass sich die Beklagte bzgl. dieser Entgeltforderungen nicht als Insolvenzgläubigerin mit der Quote begnügen musste, sondern dass sie volle Befriedigung erhielt, wodurch die Quote der anderen Gläubiger verkürzt wurde. Eine mittelbare Gläubigerbenachteiligung lag also vor. Das BAG subsumierte nicht unter sein obiges Beispiel einer mittelbaren Benachteiligung, sondern konstatierte, dass die Arbeitsleistungen der Beklagten nicht die gleichen Zugriffschancen böten wie die abgeflossenen Zahlungsmittel. Auch dies ist zutreffend, da anerkanntermaßen eine mittelbare Gläubigerbenachteiligung vorliegt, wenn die vom Schuldner erhaltene Gegenleistung im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung nicht mehr mit ihrem ursprünglichen Wert verfügbar ist³⁹. Dies wäre, wie das BAG weiter ausführte, nur der Fall, wenn die buchhalterischen Arbeiten im Rahmen eines ernsthaften und aussichtsreichen Sanierungsversuchs erfolgt wären, da dann eine Chance auf Weiterführung des Betriebs und damit auf Vollbefriedigung der Gläubiger bestanden hätte.⁴⁰ Das Berufungsgericht hatte aber nicht festgestellt, ob ein schlüssiges Sanierungskonzept vorlag; im Ergebnis war somit eine mittelbare Gläubigerbenachteiligung zu bejahen.⁴¹

bb) Subjektive Voraussetzungen

³⁷ BT-Drs. 12/2443, S. 157; BGHZ 143, 246 ff.

³⁸ BAG, ZIP 2014, 628 (633 Rn. 58); Henckel, in: Jaeger-InsO IV, 2008, § 129 Rn. 118; Kayser (Fn. 33), § 129 Rn. 123.

³⁹ Henckel, Anfechtung im Insolvenzrecht, § 129 Rn. 122.

⁴⁰ BAG, ZIP 2014, 628 (633 Rn. 59); nach dem Reformvorhaben des Gesetzgebers (Eckpunktepapier des BMJV (Fn. 10), S. 1 f.) soll an die Stelle der Anfechtung wegen vorsätzlicher Benachteiligung eine „Unlauterkeitsanfechtung“ treten – dabei soll diese Rechtsprechung normiert werden und Unlauterkeit bei Deckungen bereits ausgeschlossen sein, wenn sie „Bestandteil eines ernsthaften Sanierungsversuchs“ sind.

⁴¹ BAG, ZIP 2014, 628 (633 Rn. 59).

Nach § 133 Abs. 1 InsO muss der Schuldner die Rechtshandlung mit dem Vorsatz vorgenommen haben, seine Gläubiger zu benachteiligen, und der Anfechtungsgegner muss diesen Vorsatz gekannt haben.

(1) Insolvenzantragspflicht und Zahlungsverbote

Überzeugend lehnte das BAG das mündliche Vorbringen des Klägers ab, aus der strafrechtlich sanktionierten Antragspflicht juristischer Personen gem. § 15a Abs. 1 S. 1 InsO bzw. aus dem Zahlungsverbot des § 92 Abs. 2 S. 1 AktG, das bei Zuwiderhandlung Schadensersatz- bzw. Ersatzpflichten eigener Art auslöst (§ 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG), folge, dass bei Zahlungen in Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit immer ein Benachteiligungsvorsatz gegeben sei.⁴²

Anfechtungsrechtliche Bedeutung (quasi als „Vorsatzindikator“) hat keines der beiden Rechtsinstitute, denn sie dienen grundsätzlich jeweils anderen Zwecken.

Die Insolvenzantragspflicht des § 15a Abs. 1 S. 1 InsO für juristische Personen (AG, GmbH usw.), dient dem Vertrauensschutz der Gläubiger: Der Geschäftsverkehr wird durch die unternehmerische Tätigkeit derart haftungsbeschränkter Rechtsträger stark gefährdet, daher verlieren diese Rechtssubjekte ab ihrer materiellen Insolvenz ihre Existenzberechtigung und müssen einen Insolvenzantrag stellen.⁴³

Die Zahlungsverbote für Schuldner, die juristische Personen sind (§ 64 S. 1 GmbHG, § 92 Abs. 2 AktG, § 99 S. 1 GenG) oder deren persönlich haftende Gesellschafter ausschließlich juristische Personen sind (§§ 130a Abs. 1 S. 1, 161 Abs. 2, 177a S. 1 HGB; v.a. die GmbH & Co. KG), sollen zusätzlich bezwecken, dass ab Insolvenzreife nicht mehr einzelne Insolvenzgläubiger befriedigt werden, sondern die verteilungsfähige Masse für die Befriedigung aller Gläubiger erhalten bleibt.⁴⁴ Zwar stellt eine Missachtung grundsätzlich eine Verletzung der Gläubigergleichbehandlung (§ 1 S. 1 InsO) und damit eine Gläubigerbenachteiligung dar. Doch ist unabhängig von der Frage, ob deswegen bereits ein Benachteiligungsvorsatz gegeben ist, schon nicht von einer Missachtung auszugehen, wenn masseneutrale Leistungen vorgenommen oder die zur Vermeidung der Betriebsstilllegung notwendigen Fixkosten (etwa Löhne)

⁴² *Ebd.*, 635 Rn. 78; a.A.: *Fischer*, Gläubigerbenachteiligungsvorsatz bei kongruenter Deckung, NZI 2008, 588 (591); *Ganter*, Vorsatzanfechtung nach fehlgeschlagener Sanierung, WM 2009, 1441 (1443); *Bork*, Anfechtung als Kernstück der Gläubigergleichbehandlung, ZIP 2014, 797 (807 f.).

⁴³ *Foerste* (Fn. 7), 245; *Bremen*, in: Graf-Schlicker-InsO, 4. Aufl. 2014, § 15a Rn. 1.

⁴⁴ BGHZ 143, 184 (186); *Müller-Michaels*, in: Hölters-AktG, 2. Aufl. 2014, § 92 Rn. 1; *Altmeyden*, in: Roth/Altmeyden-GmbHG, 7. Aufl. 2012, § 64 Rn. 1.

gezahlt werden,⁴⁵ da dies mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar ist, § 92 Abs. 2 S. 2 AktG. Im vom *BAG* zu entscheidenden Fall waren die Lohnzahlungen einerseits als (masseneutrales) Bargeschäft zu qualifizieren und andererseits auf eine (nicht von vorneherein aussichtslose) Unternehmensfortführung und -rettung gerichtet, sodass § 92 Abs. 2 S. 2 AktG eingriff.

(2) Beweisbarkeit der subjektiven Tatbestandsmerkmale

Die subjektiven Tatbestandsmerkmale der Vorsatzanfechtung können in der Regel nur mittelbar aus objektiven Tatsachen hergeleitet werden, da es sich um innere Tatsachen handelt, die dem Beweis nur eingeschränkt zugänglich sind – aus Gründen des Eigenschutzes werden die Beteiligten den Benachteiligungsvorsatz und dessen Kenntnis kaum selbst einräumen.⁴⁶ Die Rechtsprechung hat deshalb verschiedene Fallgruppen entwickelt, bei denen vom Vorliegen der subjektiven Voraussetzungen ausgegangen werden kann.⁴⁷ Selbst bei kongruenten Deckungen genügt – mittelbar aus § 133 Abs. 1 S. 2 InsO gefolgert – als Indiz für den Benachteiligungsvorsatz, dass der Schuldner von seiner (nur drohenden⁴⁸) Zahlungsunfähigkeit weiß, was dann auch eine tatsächliche Vermutung für das Wollen der Gläubigerbenachteiligung begründet⁴⁹. Bzgl. des Anfechtungsgegners wird meist auf § 133 Abs. 1 S. 2 InsO rekurriert, wonach die Kenntnis vom Benachteiligungsvorsatz bei Kenntnis der drohenden Zahlungsunfähigkeit des Schuldners und der gläubigerbenachteiligenden Wirkung der schuldnerischen Rechtshandlung vermutet wird. Bzgl. der Kenntnis der drohenden Zahlungsunfähigkeit lässt der *BGH* auch die Kenntnis von Umständen genügen, aus denen diese zwingend folgt.⁵⁰ Das Wissen um die Gläubigerbenachteiligung folgt für den *BGH* regelmäßig aus der Kenntnis der (drohenden) Zahlungsunfähigkeit, wenn der Anfechtungsgegner noch von anderen Gläubigern weiß und daraus folgern kann, dass deren Befriedigungsmöglichkeiten durch seine eigene Befriedigung beeinträchtigt werden – v.a. bei gewerblichen Schuldner ist grundsätzlich mit weiteren Gläubigern zu rechnen.⁵¹ Wie das *BAG* richtig

⁴⁵ Koch, in: Hüffer-AktG, 11. Aufl. 2014, § 92 Rn. 34; Müller-Micheals (Fn. 44), § 92 Rn. 25.

⁴⁶ Gehrlein, Subjektive Merkmale der Insolvenzanfechtung, in: FS Ganter, 2010, 169 (179).

⁴⁷ Gehrlein, Aktuelle Rechtsprechung zur Insolvenzanfechtung in systematischer Darstellung, WM 2009, Sonderbeilage Nr. 1, S. 41 ff.

⁴⁸ BGHZ 167, 190 (195 Rn. 14).

⁴⁹ Siehe dazu oben in Abschnitt II, sowie Fn. 4 und 5; krit. dazu Ganter, Weiterentwicklung der Rechtsprechung zu § 133 InsO, WM 2014, 49 (50).

⁵⁰ *BGH*, WM 2010, 1756 (1756 f. Rn. 10), hier werden die §§ 130 Abs. 2, (131 Abs. 2 S. 1.) 132 Abs. 3 InsO letztlich analog angewendet.

⁵¹ *BGH*, NJW 2013, 940 (940 f. Rn. 15).

resümiert hat,⁵² ist somit Dreh- und Angelpunkt der Vorsatzanfechtung der Nachweis der beiderseitigen Kenntnis der (drohenden) Zahlungsunfähigkeit bzw. von auf eine solche hindeutenden Tatsachen.

(3) Kritischer Umgang des BAG mit diesen Beweisregeln

Die Schuldnerin hatte die bei ihr eingetretene Zahlungsunfähigkeit erkannt. Bzgl. Arbeitnehmern hatte der BGH noch vor der Rechtswegspaltung entschieden,⁵³ dass diejenigen, die etwa „in der Finanzbuchhaltung des Unternehmens eingesetzt“ wurden, über „Insiderkenntnisse“ verfügen, sodass sich ihnen der Schluss auf die Zahlungsunfähigkeit ihres Arbeitgebers fast schon aufzwingt. Auch die Beklagte hatte als Alleinbuchhalterin Zugang zu Tatsachen (z.B. eine von ihr erstellte Arbeitsbilanz), die ihr unter Berücksichtigung ihrer bilanztechnischen Fachkenntnisse die Schlussfolgerung auf die Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin aufdrängte. Ihre Kenntnis davon ergab sich zudem aus ihrem eigenen Sachvortrag und war damit unstrittig (§ 138 III ZPO). Hätte das BAG – wie die Revision – die BGH-Rechtsprechung „schematisch“,⁵⁴ „pauschal und stereotyp“⁵⁵ angewandt, hätte es aufgrund der beiderseitigen Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit sowohl auf den Benachteiligungsvorsatz der Schuldnerin als auch auf die Kenntnis der Anfechtungsgegnerin davon schließen und die Vorsatzanfechtung durchgreifen lassen müssen.

Stattdessen ging das Gericht auf die Kritik an der BGH-Rechtsprechung zur „Indizwirkung der Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit“ ein und nannte die systematisch-teleologischen Kritikpunkte wie den drohenden Leerlauf von § 142 InsO und das durch den „Superanfechtungstatbestand“⁵⁶ § 133 Abs. 1 verschwindende Stufenverhältnis zwischen den §§ 130, 131 und 133 InsO.⁵⁷

⁵² BAG, ZIP 2014, 628 (634 Rn. 61) unter Bezugnahme auf *Kayser*, Die Entkräftung der die Insolvenzanfechtung begründenden Vermutungen und Indizien, WM 2013, 293 (294 ff.).

⁵³ BGHZ 180, 63 (68 f. Rn. 15 ff.); etwas abschwächend dann BAGE 139, 235 (248 Rn. 32). Auch hier will der Gesetzgeber eingreifen: So heißt es im Eckpunktepapier des BMJV (Fn. 10) auf S. 2: „In der Begründung des Regierungsentwurfs soll überdies klargestellt werden, dass der erforderliche Gesamtüberblick auch bei Arbeitnehmern in herausgehobenen [kaufmännischen oder finanzbuchhalterischen] Funktionen [...] nicht per se unterstellt werden darf.“

⁵⁴ BAG, ZIP 2014, 628 (635 Rn. 77).

⁵⁵ *Ebd.*, 635 Rn. 75.

⁵⁶ So *Lütcke*, Vorsatzanfechtung – Andeutung einer Kurskorrektur durch den BGH?, ZInsO 2013, 1984 (1990), den das BAG damit zitiert.

⁵⁷ BAG, ZIP 2014, 628 (634 Rn. 73, 636 Rn. 79 ff.); siehe dazu unten in Abschnitt III. 2. d) cc) (3), (4) und (5).

Um diesbezüglich eine Korrektur vorzunehmen, zog das BAG die vom BGH⁵⁸ schon oft bemühte – fragwürdige⁵⁹ – Gesamtwürdigung aller maßgeblichen Umstände des Einzelfalls heran.⁶⁰ Bei Zahlungen im Rahmen eines Bargeschäfts oder einer bargeschäftsähnlichen Lage könne die Beweiskraft des Indizes der Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit im Einzelfall so schwach sein, dass daraus kein Rückschluss auf den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners und die Kenntnis des Anfechtungsgegners davon möglich sei.⁶¹ Im Folgenden stellte das BAG fest, es sei davon auszugehen, dass sich der Wille der Schuldnerin wohl darin erschöpfte, eine gleichwertige Gegenleistung für die Arbeitsleistung zu erbringen, die zur Fortführung des Unternehmens nützlich sei und damit auch den Gläubigern hätte nützen können (bei Betriebsrettung), sodass ihr eine mit der Zahlung verbundene mittelbare Gläubigerbenachteiligung nicht bewusst geworden sei.⁶² „Jedenfalls“, so das BAG weiter, fehlte es an einer Kenntnis der Beklagten vom schuldnerischen Benachteiligungsvorsatz, da sie als Arbeitnehmerin davon ausging und ausgehen durfte, dass sie mit der Entgeltleistung im Rahmen des Arbeitsverhältnisses nur bekäme, was ihr zustünde, die Unternehmensfortführung erfolgsversprechend wäre, und sie die Erfüllung der Lohnforderungen daher nicht als gläubigerbenachteiligend ansah.⁶³

d) Bewertung der „Gesamtwürdigung“ als „Korrektiv“

Untersuchenswert erscheint, ob sich das Gericht im Rahmen der „Gesamtwürdigung“ nicht einfach an den normalen Ablauf eines Indizienprozesses gehalten hat. Sollte dem so sein, ist zu prüfen, wie sich dazu die Begründung seines Vorgehens und des Ergebnisses verhält.

aa) Vornahme eines Indizienbeweises

Während die Rechtsprechung⁶⁴ vom „Indiz der Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit“ spricht, geht die Literatur⁶⁵ teilweise davon aus, dass die Zahlungsunfähigkeit einen Anscheinsbeweis für den Benachteiligungsvorsatz des Schuldners begründe. Da der Anscheinsbeweis seiner Struktur nach aber wie jeder

⁵⁸ BGH, NZI 2009, 768 (769 Rn. 8).

⁵⁹ Smid, „Gesamtbetrachtung“ als methodisches Instrument der Ergebniskorrektur in der Rechtsprechung des XI. Zivilsenats des BGH, ZInsO 2014, 275 ff.; Gebrlein (Fn. 46), 183 f.; siehe dazu unten in Abschnitt III. 2. d) cc) (1).

⁶⁰ BAG, ZIP 2014, 628 (635 f. Rn. 75 ff.).

⁶¹ Ebd., 636 Rn. 84 f. unter Bezugnahme auf BGH, ZIP 2010, 246.

⁶² Ebd., 637 Rn. 89; hierzu Windel (Fn. 16), 2168 f.

⁶³ BAG, ZIP 2014, 628 (637 Rn. 90 f., 97).

⁶⁴ Siehe nur BAG, ZIP 2014, 628 (634 ff. Rn. 73, 77, 84).

⁶⁵ Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus, Insolvenzrecht, 2. Aufl. 2010, Kap. 33 Rn. 101; Commandeur/Brocke, Aktuelle Entwicklungen im Insolvenzrecht, NZG 2014, 980 (981).

Beweis ein Indizienbeweis ist,⁶⁶ kann dies für die folgenden Erörterungen offen bleiben. Zum Indizienbeweis hat der *BGH* in seinem bekannten „Anastasia-Urteil“⁶⁷ ausgeführt: „Der Indizienbeweis bezieht sich auf andere, tatbestandsfremde Tatsachen, also Hilfstatsachen, die [...] den Schluss auf das Vorliegen des Tatbestandsmerkmals selbst rechtfertigen sollen. [...] Ein Indizienbeweis ist überzeugungskräftig, wenn andere Schlüsse aus den Indiztatsachen ernstlich nicht in Betracht kommen. Hauptstück des Indizienbeweises ist also nicht die eigentliche Indiztatsache, sondern der daran anknüpfende weitere Denkprozess, kraft dessen auf das Gegebensein der rechtserheblichen weiteren Tatsache geschlossen wird.“⁶⁸

Daraus lässt sich ein Denkmodell beim Indizienbeweis mit fünf Schritten ableiten, das in jeder Verfahrensart und jeder Prozessordnung gleich ist:⁶⁹

Zuerst ist die gesuchte Haupttatsache zu bestimmen. Dies waren der Gläubigerbenachteiligungsvorsatz der Schuldnerin und die Kenntnis der Beklagten davon.

Zweitens ist zu fragen, welches Indiz hierzu vorliegt. Dies ist im Fall des *BAG* die beiderseitige Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin. Bei der Anfechtungsgegnerin war der Bezugspunkt „Kenntnis der schuldnerischen Zahlungsunfähigkeit“ durch § 133 Abs. 1 S. 2 InsO vorgegeben – kann die positive Kenntnis dieser (tatbestandsfremden) Vermutungstatsache festgestellt werden, wird der Schluss auf die Haupttatsache gesetzlich vermutet.⁷⁰ Beachtlich ist, dass § 133 Abs. 1 S. 2 InsO eine widerlegliche Vermutung begründet, die (nur) eine Beweislastumkehr bewirkt: Ist der Vermutungstatbestand gegeben, obliegt dem Anfechtungsgegner der Beweis des Gegenteils (§ 292 ZPO).⁷¹

Drittens stellt sich die Frage nach der Beweisrichtung: Erhöht das Indiz (beiderseitige Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit) die Wahrscheinlichkeit für die

⁶⁶ *Huber*, Grundfragen der Entscheidungsgründe im Zivilurteil, JuS 1987, 464 (469); *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 17. Aufl. 2010, § 113 Rn. 18.

⁶⁷ BGHZ 53, 245 ff.

⁶⁸ *Ebd.*, 260 f.

⁶⁹ Zum Ganzen *Huber*, Der Anfechtungsrechtliche Indizienprozess – am Beispiel der Kongruenzanfechtung rückständiger Lohnzahlungen an Arbeitnehmer, in: FS Ganter, 2010, 203 (206); *ders.*, Indiztatsachen und ihre Beweiskraft im insolvenzrechtlichen Anfechtungsprozess, ZInsO 2012, 53 (53 f., 58).

⁷⁰ *Huber*, Indiztatsachen und ihre Beweiskraft im insolvenzrechtlichen Anfechtungsprozess, ZInsO 2012, 53 (54).

⁷¹ *BGH*, NZI 2007, 512 (512 Rn. 7); zum Unterschied zwischen Anscheins-/Indizienbeweis und widerlegbarer gesetzlicher Vermutung vgl. *Piekenbrock/Kienle*, ZPO-Examinatorium, 2012, Rn. 289 und 294.

Existenz der Hauptsache (Benachteiligungsvorsatz und Kenntnis davon)? Der Richter hat sich folgende „Fragentrias“⁷² zu stellen: Wie häufig tritt das Indiz bei der Haupttatsache auf, wie häufig bei einer Nicht-Haupttatsache und wo häufiger? Hier waren dem *BAG* die Hände gebunden: Nach ständiger *BGH*-Rechtsprechung indizieren Zahlungen in Kenntnis der eigenen Zahlungsunfähigkeit den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz⁷³ und die Zahlungsannahme in dem Wissen, der Zahlende ist zahlungsunfähig, die Kenntnis dieses Vorsatzes – für den zweiten Teil von § 133 Abs. 1 S. 2 InsO (Gläubigerbenachteiligung) genügt regelmäßig das Wissen um weitere Gläubiger, was bei gewerblichen Schuldner vermutet wird⁷⁴.

bb) Indizwirkung bei Bargeschäft(slage)?

Das *BAG* war nun aber beim vierten Schritt kritisch: Es musste sich fragen, welche Beweiskraft (Beweisstärke)⁷⁵ dem Indiz der beiderseitigen Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit bei Zahlungen im Rahmen eines Bargeschäfts oder einer bargeschäftsähnlichen Lage zuzumessen ist.⁷⁶

(1) *BGH*

Der *BGH* hat sich dazu nur einmal in einem Nichtannahmebeschluss insoweit geäußert, dass ein Schuldner in der Regel nicht mit Benachteiligungsvorsatz handle, wenn er eine kongruente Gegenleistung für die von ihm empfangene Leistung erbringe und letztere zur Unternehmensfortführung nötig sei und damit den Gläubigern im Allgemeinen nütze.⁷⁷

(2) Literatur – bargeschäftsähnliche Lage?

Im Anschluss daran begründeten (ehemalige) Vorsitzende des IX. Zivilsenats die These einer von *Kayser*⁷⁸ sog. „bargeschäftsähnlichen Lage“:⁷⁹ Könne der Anfechtungsgegner darlegen, dass für die nach § 133 Abs. 1 InsO angefochtene Rechtshandlung in engem zeitlichen Zusammenhang eine gleichwertige

⁷² *Bender/Nack/Treuer*, *Tatsachenfeststellung vor Gericht*, 4. Aufl. 2014, S. 147 Rn. 568 ff.; siehe auch Fn. 70.

⁷³ Siehe nur *BGH*, NZI 2008, 231 (232 Rn. 19) m.w.N.

⁷⁴ Siehe oben Fn. 51.

⁷⁵ Fähigkeit des Indizes, den Richter von der gesuchten Haupttatsache zu überzeugen, siehe Fn. 72.

⁷⁶ *BAG*, ZIP 2014, 628 (634 Rn. 72, 636 f. Rn. 84 f.).

⁷⁷ *BGH*, ZIP 2010, 246 (LS); hierauf stützt sich das *BAG* (ZIP 2014, 628 (637 Rn. 85)) im Folgenden u.a.

⁷⁸ *Kayser* (Fn. 7), 272 ff. (hier noch „Bargeschäftslage“); *ders.* (Fn. 52), 298; *ders.*, *Vorsatzanfechtung im Spannungsverhältnis von Gläubigergleichbehandlung und Sanierungschancen*, NJW 2014, 422 (427).

⁷⁹ *Fischer* (Fn. 42), 594; *Ganter* (Fn. 42), 1444; *ders.* (Fn. 49), 51.

Gegenleistung in die künftige Masse gelangt sei, fehle es zunächst an einer unmittelbaren Gläubigerbenachteiligung und somit an einem Beweisanzeichen für den Benachteiligungsvorsatz – allerdings ist sie ohnehin nur ein schwaches Indiz, wie § 132 InsO zeigt, der trotz unmittelbarer Gläubigerbenachteiligung zusätzlich vor allem Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit fordert⁸⁰. Darüber hinaus habe der Schuldner seine Rechtshandlung in der Regel nur mit Blick auf den im Gegenzug erhaltenen Vermögensvorteil vorgenommen. Damit liege zwar kein Bargeschäft vor, das im Anwendungsbereich der Vorsatzanfechtung gem. § 142 InsO ausgeschlossen sei. Fraglich sei aber, ob in diesen bargeschäftsähnlichen Lagen die subjektiven Tatbestandsmerkmale des § 133 Abs. 1 InsO erfüllt sein können. Selbst bei erkannter (drohender) Zahlungsunfähigkeit sei es naheliegend und im Rahmen der Gesamtwürdigung zu berücksichtigen, dass dem Schuldner bzgl. des vollzogenen gleichwertigen Leistungsaustauschs eine ggf. trotzdem eingetretene mittelbare Gläubigerbenachteiligung nicht bewusst wurde.⁸¹

Dagegen ist einzuwenden, dass der Vorsatz des Schuldners differieren kann:⁸² Ein fehlender Vorsatz zu unmittelbarer Benachteiligung (möglicherweise droht diese nicht einmal) steht einem Vorsatz zu mittelbarer Benachteiligung nicht entgegen. Wenn ein Benachteiligungsvorsatz bei Bargeschäften bereits fraglich ist, da sich der Schuldner möglichst mit der Wertäquivalenz des Leistungsaustauschs beschwichtigen wird, ist eine Vorsatzanfechtung in diesen Konstellationen quasi unvorstellbar. Die in § 142 InsO formulierte Ausnahme, die § 133 Abs. 1 InsO gerade auch bei Bargeschäften Raum gibt, wäre verfehlt.⁸³

(3) Die Entscheidung des BAG

Ungeachtet dieser Bedenken hat sich das BAG der „schuldnerfreundlichen“ Gesamtwürdigung aufgrund der vorliegenden bargeschäftsähnlichen Lage angeschlossen und festgestellt, dass die Beweiskraft auch im zu entscheidenden Fall nicht ausreiche, um von dem Indiz der Kenntnis der beiderseitigen Zahlungsunfähigkeit auf den Benachteiligungsvorsatz der Schuldnerin und die Kenntnis der Anfechtungsgegnerin davon zu schließen; denn zugleich vollzog es den fünften Schritt des Indizienbeweises und berücksichtigte weitere Indizien anhand derer es festmachte, dass es beiden Seiten wohl schlicht auf die Erfüllung des Arbeitsvertrags zur Betriebsfortführung ankäme und ihnen allein die Gleichwertigkeit der ausgetauschten Leistungen, aber keine

⁸⁰ Kayser (Fn. 33), § 133 Rn. 32.

⁸¹ Siehe Fn. 78 und 79.

⁸² Foerste (Fn. 8), 1216.

⁸³ Ebd.

Gläubigerbenachteiligung vor Augen stünde.⁸⁴ Hier ist beachtlich, dass das *BAG* die aufgegebene Mehr-als-Formel⁸⁵ zur Begründung heranziehen musste – ebenso verwies der *BGH* im oben genannten Nichtannahmebeschluss auf ein Urteil von 1997⁸⁶ zu dieser alten Rechtsprechung.

cc) Rechtliche Einordnung

Das *BAG* kam somit schlicht im Rahmen des gewöhnlichen Vorgehens bei einem Indizienbeweis zu dem Ergebnis, dass im zu entscheidenden Fall das Indiz der beiderseitigen Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit nicht die Beweiskraft hatte, um daraus auf den Benachteiligungsvorsatz bzw. die Kenntnis davon zu schließen. Das Ergebnis scheint also auf einem strengen beweisrechtlichen Vorgehen zu basieren. Doch inkonsistenterweise begründete das *BAG* den Weg zu seinem Ergebnis mit (materiell) anfechtungsrechtlichen Erwägungen: „Bei der Prüfung, welchen Beweiswert das Beweisanzeichen der Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit bei Zahlungen im Rahmen eines Bargeschäfts oder in bargeschäftsähnlicher Lage für die Vorsatzanfechtung hat, ist darauf zu achten, dass die Vorsatzanfechtung nicht über ihren Normzweck hinaus ausgedehnt wird“, um so dem „vom Gesetzgeber beabsichtigten Stufenverhältnis von § 130 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und § 133 InsO Rechnung“ zu tragen.⁸⁷ Es folgten Ausführungen zum von den §§ 130-132 InsO verschiedenen Schutzzweck der Vorsatzanfechtung.⁸⁸ Abschließend nahm das *BAG* sogar anhand des Normzwecks von § 133 Abs. 1 InsO eine Kontrollüberlegung vor und stellte fest, dass bei Durchgreifen der Vorsatzanfechtung nicht ein durch missbilligtes Verhalten erlangter Sondervorteil der Beklagten zurück zur Masse geholt worden sei, sondern der Beklagten als Arbeitnehmerin, die ohne Handlungsalternative ihre Arbeitsleistung weiter zu erbringen verpflichtet war, ein Sonderopfer abverlangt worden sei, was dem Zweck von § 133 Abs. 1 InsO widersprochen habe.⁸⁹ Die Beweiskraft des Indizes der Zahlungsunfähigkeit scheint also nicht von der „Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls“ abzuhängen, sondern von vornherein systematischeologisch determiniert (gewesen) zu sein.

(1) Kritische Betrachtung der Gesamtwürdigung

⁸⁴ *BAG*, ZIP 2014, 628 (637 Rn. 87-97).

⁸⁵ Zuletzt BGHZ 155, 75 (83); siehe dazu oben in Abschnitt II.

⁸⁶ *BGH*, ZIP 1997, 1551 (1553).

⁸⁷ *BAG*, ZIP 2014, 628 (636 Rn. 79).

⁸⁸ *Ebd.*, 636 f. Rn. 80 ff.

⁸⁹ *Ebd.*, 637 f. Rn. 98 f., das *BAG* hat hier die der Arbeitnehmerin zwar theoretisch zustehende, praktisch aber kaum zumutbare Geltendmachung der Zurückbehaltungsrechte aus § 273 und § 321 BGB (sowie des Anspruchs auf Annahmeverzugslohn gem. §§ 296, 615 S. 1 BGB) unberücksichtigt gelassen, siehe dazu unten in Abschnitt IV. 1. a) bb) und Fn. 174.

Der Indizienbeweis muss aber in jedem Gerichtsprozess nach den gleichen Grundsätzen ablaufen, da die „Richtigkeit von richterlichen Entscheidungen“ darauf gründet, dass gleich gelagerte Sachverhalte gesetzmäßig-wiederholbar gleichbehandelt werden, sog. normative Gleichbehandlung.⁹⁰ Dagegen ist die Tendenz, an die Stelle eines normativen Denkens in Institutionen Verfahren einer Abwägung im Einzelfall zu setzen, mit einer Abkehr vom Prinzip normativer Gleichbehandlung verbunden⁹¹ – im schlimmsten Falle hin zu einer Billigkeitsrechtsprechung. Die materiellrechtlichen Voraussetzungen von § 133 Abs. 1 InsO und deren prozessualer Nachweis sind zu trennen.⁹² Nimmt das BAG nun unter dem Deckmantel der Gesamtwürdigung aller Umstände des *Einzelfalls* eine unter systematisch-teleologischen Gesichtspunkten geboten erscheinende „Feinabstimmung“⁹³ des materiellen Rechts vor, steht zu befürchten, dass BAG und BGH mit der Gesamtwürdigung es (dem Trichter) auf beweisrechtlicher Ebene ermöglichen wollen, – dem Zweck und der Systematik des materiellen Rechts entsprechend – „im Einzelfall zu einer angemessenen Entscheidung zu gelangen“⁹⁴. Dadurch kommt es zu einer Vermengung der materiellrechtlichen Anfechtungsvoraussetzungen mit ihrem prozessualen Nachweis. Ferner besteht die Gefahr einer Öffnung hin zu einer Einzelfallorientierung, die geeignet ist, die Funktionsweise der Rechtsprechung infrage zu stellen:⁹⁵ Die Judikative prägt, dass sie sich rechtlich an ihre eigenen Präjudizien bindet,⁹⁶ da die „Richtigkeit“ von gerichtlichen Entscheidungen eben danach zu beurteilen ist, ob sie dem Gleichbehandlungsgebot gleicher Sachverhalte entsprechen – letztlich kann auch nur diese Gleichbehandlung Rechtseinheit gewährleisten.⁹⁷

Berücksichtigt man dies, ist auffällig, dass die Rechtsprechung bei kongruenten Deckungen in der Regel dem Indiz der beiderseitigen Kenntnis der drohenden Zahlungsunfähigkeit genügend Beweiskraft zumisst, um davon auf den Benachteiligungsvorsatz bzw. die Kenntnis davon zu schließen – nur wenn die Bargeschäftsvoraussetzungen vorliegen, soll die Beweiskraft für diesen Schluss zu gering sein. Das Bargeschäft müsste also eine Eigenheit haben, die aus

⁹⁰ Pawlowski, Methodenlehre, 3. Aufl. 1999, Rn. 53; Larenz/Canaris, Methodenlehre, 3. Aufl. 1995, S. 155, 195.

⁹¹ Smid (Fn. 59), 279.

⁹² Soweit auch Bork (Fn. 42), 805, der dann aber die Gesamtwürdigung verteidigt.

⁹³ So krit. zur Gesamtwürdigung Smid (Fn. 59), 278.

⁹⁴ Lütcke (Fn. 56), 1991; Foerste (Fn. 8), 1216, Fn. 37: „Formen verdeckter Rechtsfortbildung“; großzügig dazu allg. Kreft, Zum Verhältnis von Judikative und Legislative am Beispiel des Insolvenzanfechtungsrechts, KTS 2004, 205 (209 ff., 226 ff.).

⁹⁵ Smid (Fn. 59), 279.

⁹⁶ Pawlowski (Fn. 90), Rn. 1028 ff.

⁹⁷ Smid (Fn. 59), 279 f.

tatrichterlicher Sicht von vornherein gegen diese Indizwirkung hinsichtlich des Benachteiligungsvorsatzes spricht; eine solche Eigenheit haben aber weder *BGH* noch *BAG* näher konturiert.⁹⁸ Die hierbei vom *BAG* im Anschluss an *BGH* und Literatur im Rahmen der Gesamtwürdigung getroffene Annahme, bei einem unmittelbaren Leistungsaustausch würde dem Schuldner das Risiko einer mittelbaren Gläubigerbenachteiligung nicht bewusst, da ihm die Gleichwertigkeit der ausgetauschten Leistungen vor Augen stehe,⁹⁹ erscheint systemwidrig:¹⁰⁰ Der *BGH* bejaht ansonsten die Kenntnis (und sogar das Wollen) der Gläubigerbenachteiligung bereits, wenn der Schuldner sein Vermögen, das potentiell vom Insolvenzbeschluss erfasst wäre, im Bewusstsein der (drohenden) Zahlungsunfähigkeit (und sei es zwecks Schuldtilgung!) vermindert¹⁰¹ – unabhängig davon, ob irgendwann (vorher) eine gleichwertige Gegenleistung in das Schuldnervermögen geflossen ist. Hielte die Rechtsprechung an ihren eigenen Präjudizien fest, müsste somit auch im Rahmen von § 142 InsO die Kenntnis der (drohenden) Zahlungsunfähigkeit als Indiz für den Benachteiligungsvorsatz genügen.

(2) Untauglichkeit des Indizes bei kongruenten Deckungen?

Hat das Bargeschäft diese Eigenheit also nicht, ist die *BGH*-Rechtsprechung im Ganzen daraufhin zu hinterfragen, ob bei kongruenten Deckungen an das Indiz der Kenntnis der (drohenden) Zahlungsunfähigkeit der Schluss auf den Benachteiligungsvorsatz des Schuldners geknüpft werden kann.¹⁰² Denn der Richter hat sich vor der Beweiserhebung zu fragen, ob ihm ein Indiz die Überzeugung von der Wahrheit (vgl. § 286 Abs. 1 S. 1 ZPO) der behaupteten, streitigen, beweisbedürftigen und entscheidungserheblichen Tatsache vermitteln kann; andernfalls muss er von einer Beweiserhebung absehen, was dann nicht gegen das Verbot der Beweisantizipation verstößt, sondern denklogisch geboten ist.¹⁰³ Für den Anfechtungsgegner ist die Indizwirkung nach § 133 Abs. 1 S. 2 InsO vorgegeben. Mit dem Argument, für den Schuldner selbst könnten keine strengeren Anforderungen gelten, wendet der *BGH*¹⁰⁴ § 133 Abs. 1 S. 2 InsO auch auf Schuldnerseite an, obwohl dies vom Gesetzgeber wegen der „Gefahr eines

⁹⁸ *Foerste* (Fn. 8), 1215.

⁹⁹ Siehe oben Fn. 73 und 74.

¹⁰⁰ *Foerste* (Fn. 7), 246 f.; *ders.*, Die Ausdehnung der Vorsatzanfechtung – ein rechtsstaatliches Problem, *ZInsO* 2013, 897 (900).

¹⁰¹ Siehe nur *BGH*, *NZI* 2007, 512 (513 Rn. 19) m.w.N.

¹⁰² So auch *Foerste* (Fn. 8), 1214 f.

¹⁰³ *Huber*, Der Anfechtungsrechtliche Indizienprozess – am Beispiel der Kongruenzanfechtung rückständiger Lohnzahlungen an Arbeitnehmer, in: *FS Ganter*, 2010, 203 (206); *ders.* (Fn. 70), 53.

¹⁰⁴ *BGHZ* 167, 190 (194 Rn. 14).

Ungleichgewichts zulasten der Rechtssicherheit¹⁰⁵ ausdrücklich verworfen wurde. Dieser Erst-recht-Schluss ist zudem nicht logisch zwingend, der gegenteilige Schluss ist ebenso möglich; während der Benachteiligungsvorsatz des Schuldners die Anfechtung allgemein begründet, will die Kenntnis davon individuell bestehendes Vertrauen des Anfechtungsgegners schützen – dieser wertungsmäßige Unterschied rechtfertigt es, differenzierte Beweisanforderungen an die beiden selbstständigen subjektiven Tatbestandsmerkmale zu stellen.¹⁰⁶ Daher ist die Eignung der Kenntnis des Schuldners von seiner (drohenden) Zahlungsunfähigkeit als Indiz des Benachteiligungsvorsatzes unter Berücksichtigung der vom BAG aufgegriffenen systematisch-teleologischen Kritik an der aktuell weiten Anwendung von § 133 Abs. 1 InsO zu untersuchen.

(3) Systematisch-teleologische Einordnung des § 133 Abs. 1 InsO – Ausgangspunkt: Privatautonomie, Art. 2 I GG

Ausgangspunkt der Betrachtung muss die verfassungsmäßig über Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Privatautonomie des Schuldners und seiner Gläubiger sein.¹⁰⁷ Grundsätzlich darf jeder Schuldner – auch der finanziell kriselnde – frei (privatautonom) entscheiden, welche Gläubiger er zu welcher Zeit, in welcher Höhe¹⁰⁸ und aus welchen Motiven¹⁰⁹ auch immer kongruent befriedigt.¹¹⁰ Denn es ist zu beachten, dass er damit nur einer Rechtspflicht nachkommt, seine bestehende, einredefreie und fällige Verbindlichkeit zu erfüllen¹¹¹ – jedem Gläubiger steht umgekehrt die ebenso durch die Privatautonomie garantierte Möglichkeit zu, seine Verbindlichkeit zwangsvollstreckungsrechtlich durchzusetzen.¹¹²

Auch daher müssen die Gläubiger eines Schuldners darauf vertrauen können, kongruent erhaltene Deckungen behalten zu dürfen, denn auf Gläubigerseite ist es

¹⁰⁵ BT-Drs. 12/2443, S. 254, 265.

¹⁰⁶ Fischer (Fn. 42), 592 f.; Schoppmeyer, § 133 Abs. 1 InsO versus §§ 130, 131 InsO: Ist die Deckungsanfechtung nur ein Unterfall der Vorsatzanfechtung, ZIP 2009, 600 (607).

¹⁰⁷ Paulus, Zur Auslegung anfechtungsrechtlicher Regelungen, in: FS Fischer, 2008, 445 (451).

¹⁰⁸ Plander, Die Gewährung kongruenter Deckungen und ihre Anfechtung wegen absichtlicher Gläubigerbenachteiligung, BB 1972, 1480 (1484).

¹⁰⁹ Foerste, Grenzen der Vorsatzanfechtung bei kongruenter Deckung, NZI 2006, 6 (8).

¹¹⁰ Jacoby, Die Anfechtung von Deckungen durch Zwangsvollstreckung und aufgrund von Zwangsvollstreckungsdruck, KTS 2005, 371 (398); Kirchhof, Vorsatzanfechtung nach § 3 des Anfechtungsgesetzes im Vergleich mit § 133 der Insolvenzordnung, in: FS Ganter, 2010, 237 (237 f.); Schoppmeyer, Besondere und allgemeine Insolvenzanfechtung am Beispiel der Anfechtung von Zwangsvollstreckungen, NZI 2005, 185 (186); Paulus (Fn. 107), 458.

¹¹¹ Plander (Fn. 108), 1484.

¹¹² Kozjol, Grundlagen und Streitfragen der Gläubigeranfechtung, 1991, S. 82; Jensen (Fn. 6), 474.

Teil der Privatautonomie, den Bestand von (privatautonom abgeschlossenen und gestalteten) Rechtsgeschäften zu gewährleisten.¹¹³

In diesen Schutzbereich der Privatautonomie greifen die besondere Insolvenzanfechtung der §§ 130-132 InsO und die allgemeine Insolvenzanfechtung der §§ 133, 134 InsO zwar jeweils ein, wenn Gläubigerinteressen beeinträchtigt sind, doch die konkreten Anlässe sind grundverschieden.

(4) Besondere Insolvenzanfechtung und *par condicio creditorum*

Grund des Eingriffs der §§ 130-132 InsO in die Privatautonomie ist die Insolvenz des Schuldners – deshalb gibt es diese Anfechtungstatbestände auch nur im Insolvenzverfahren, weswegen sie die sog. besondere Insolvenzanfechtung bilden.¹¹⁴ Hintergrund ist, dass das Insolvenzverfahren als Antragsverfahren¹¹⁵ (§ 13 Abs. 1 S. 1 InsO) formell erst viel später eröffnet wird (§ 27 InsO), als aus wirtschaftlicher Sicht bereits materielle Insolvenz des Schuldners vorliegt¹¹⁶ – insbesondere da die meisten Anträge zu spät gestellt werden.¹¹⁷ Die also in der Regel bereits vor Antragstellung (materiell) bestehende Krise kann aufgrund des Antragserfordernisses juristisch nur *ex post* geregelt werden, indem durch die Anfechtung im Nachhinein zur Masse zurückgeholt wird, was ihr im Zeitraum vor der Antragstellung an potentiell dem Insolvenzbeschluss unterliegenden Vermögenswerten entzogen wurde; in dieser Zeit beanspruchte der Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz zwar schon materielle Geltung, er kann dort aber erst nach formeller Verfahrenseröffnung seine Wirkung *ex post* durch die Anfechtung entfalten.¹¹⁸ So wird rückwirkend die insolvenzrechtliche Haftungsordnung verwirklicht und der Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz (*par condicio creditorum*, § 1 S. 1 InsO) geschützt.¹¹⁹ Letzterer gewährt nämlich allen Gläubigern des Schuldners ab dessen materieller Insolvenz ein Recht auf anteilige Befriedigung einhergehend mit dem Verbot der Ungleichbehandlung und dem Verbot gleichbehandlungswidriger Zugriffe einzelner Gläubiger vor Verfahrenseröffnung.¹²⁰ Infolgedessen ist zentrale Voraussetzung der §§ 130-

¹¹³ Paulus/Zenker, Grenzen der Privatautonomie, JuS 2001, 1 (9).

¹¹⁴ Henckel (Fn. 38), § 129 Rn. 3.

¹¹⁵ Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus (Fn. 65), Kap. 18 Rn. 1.

¹¹⁶ Schoppmeyer (Fn. 110), 186; die §§ 130-132 InsO knüpfen daher neben dem Eröffnungsantrag an die Zahlungsunfähigkeit, § 17 InsO, an.

¹¹⁷ Reischl (Fn. 1), Rn. 571 f.

¹¹⁸ Boré, Einführung in das Insolvenzrecht, 7. Aufl. 2014, Rn. 244; Reischl (Fn. 1), Rn. 571.

¹¹⁹ K.Schmidt, in: K.Schmidt-InsO, 18. Aufl. 2013, § 129 Rn. 1; Häsemeyer, Insolvenzrecht, 4. Aufl. 2007, Rn. 21.01 f.

¹²⁰ Häsemeyer (Fn. 119), Rn. 4.01.

132 InsO die materielle Insolvenz des Schuldners, sei es in Form der Zahlungsunfähigkeit oder in Form des gestellten Eröffnungsantrags.¹²¹ Die Kenntnis davon aufseiten des Anfechtungsgegners dient dagegen dem Vertrauensschutz der Gläubiger, da der Rechtsverkehr letztlich auf dem Bestand gegenseitiger Verträge basiert.¹²² Ebenso verhält es sich mit dem den §§ 130-132 InsO gemeinsamen Anfechtungszeitraum, der sich nur bis höchstens drei Monate vor Antragstellung erstreckt: Auch wenn die materielle Krise schon länger bestand,¹²³ war es die bewusste Entscheidung des Gesetzgebers,¹²⁴ aus Gründen der Rechtssicherheit und des Verkehrsschutzes eine Anfechtung außerhalb des Dreimonatszeitraums nicht mit den in den Tatbeständen der §§ 130-132 InsO normierten Voraussetzungen zuzulassen.¹²⁵

(5) Der Regelungszweck der allgemeinen Insolvenzanfechtung

Die Tatbestände der allgemeinen Insolvenzanfechtung existieren auch außerhalb des Insolvenzverfahrens in den sachlich identischen §§ 3, 4 AnfG. Hieran zeigt sich, dass die §§ 133, 134 InsO nicht aufgrund materieller Insolvenz des Schuldners in die Privatautonomie eingreifen, sondern weil die ihnen unterfallenden Rechtshandlungen rechtlich missbilligtes Schuldnerverhalten darstellen.¹²⁶ Nicht entscheidend ist, dass das schuldnerische Vermögen nicht mehr zur vollständigen Befriedigung aller Gläubiger genügt oder dass der Schuldner zahlungsunfähig ist, sondern es kommt darauf an, dass die Verbindlichkeiten des Schuldners gegenüber sämtlichen Gläubigern grundsätzlich gleichberechtigt sowie gleichrangig sind und deswegen alle Gläubiger die gleiche Chance haben müssen, auf das Schuldnervermögen zuzugreifen – dagegen ist es dem Schuldner untersagt, diese Chancengleichheit zu beeinträchtigen.¹²⁷ Deswegen fordern die §§ 133, 134 InsO auch ausdrücklich eine Rechtshandlung/Leistung *des Schuldners*. Denn Bedingung jeglichen Geschäftsverkehrs und Basis der Zivilrechtsordnung ist, dass derjenige, der Verpflichtungen eingeht, für deren Erfüllung mit seinem Vermögen einstehen muss; die Rechtsordnung muss folglich dafür sorgen, dass die Haftung für Verbindlichkeiten nicht dadurch umgangen

¹²¹ Schoppmeyer (Fn. 110), 186 f.

¹²² Kayser (Fn. 33), § 130 Rn. 31; Schoppmeyer (Fn. 110), 187; Jensen, Grundfragen des Rechts der Gläubiger- und Insolvenzanfechtung, S. 179 ff.; ders. (Fn. 6), 474.

¹²³ Siehe etwa im obigen BAG-Urteil (ZIP 2014, 628 (628 Rn. 2 f.)): Zahlungsunfähigkeit seit Anfang 2007, Antrag erst am 10.8.2007.

¹²⁴ BT-Drs. 12/2443, S. 157 f.

¹²⁵ Schoppmeyer (Fn. 110), 190.

¹²⁶ Bork, in: Kübler/Prütting/Bork-InsO, 59. EL Juni 2014, Vor § 129 Rn. 1, 10; Dauernheim, in: Frankfurter Kommentar-InsO, 7. Aufl. 2013, § 129 Rn. 17; Piekenbrock, in: Zur Integrationskraft zivilrechtlicher Dogmatik, 2014, S. 51 (55); Lind, Zur Auslegung von § 133 InsO, insbesondere im System der Anfechtungstatbestände, 2006, S. 7.

¹²⁷ Schoppmeyer (Fn. 110), 186 ff.; ders. (Fn. 106), 602.

werden kann, dass Vermögensgegenstände, d.h. Haftungsobjekte, beiseite geschafft werden, wenn deren Verwertung zur Haftungsverwirklichung droht; diesem Zweck dienen die §§ 133 f. InsO,¹²⁸ §§ 3 f. AnfG. Im Gegensatz zu den §§ 130-132 InsO geht es der allgemeinen Insolvenzanfechtung also nicht um die Vorverlegung der insolvenzrechtlichen, sondern um den Schutz der allgemeinen Haftungsordnung.¹²⁹ Das zur Masse nach § 143 Abs. 1 S. 1 InsO Zurückgewährte kommt zwar der Gläubigergesamtheit zugute, da im Insolvenzverfahren insoweit (auf Rechtsfolgende) der Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz greift, aber durch seine Verletzung kann die allgemeine Insolvenzanfechtung nicht begründet werden.¹³⁰

dd) Rückschluss bzgl. der Tauglichkeit von Indizien für den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz

Aus den aufgezeigten systematisch-teleologischen Wertungen ergibt sich zunächst, dass die materielle Insolvenz (Zahlungsunfähigkeit) weder notwendiger noch hinreichender Grund sein kann, um auf einen Benachteiligungsvorsatz des Schuldners schließen zu können; dies ergibt sich aus § 130 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 InsO:¹³¹ Danach ist es schon für die Anfechtung kongruenter Deckungen im Dreimonatszeitraum vor Antragstellung erforderlich, dass der Schuldner zahlungsunfähig ist und der Anfechtungsgegner dies wusste. Bedenkt man, dass dann auch der Schuldner in der Regel seine Zahlungsunfähigkeit kennt,¹³² wären kongruente Deckungen unter denselben Voraussetzungen, wie sie § 130 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 InsO für den Dreimonatszeitraum normiert, nach § 133 Abs. 1 InsO zehn Jahre vor Antragsstellung anfechtbar. Berücksichtigt man zudem, dass der *BGH* die Indizwirkung für den Benachteiligungsvorsatz des Schuldners an die Kenntnis der nur drohenden Zahlungsunfähigkeit knüpft und selbiges über § 133 Abs. 1 S. 2 InsO für die Kenntnis des Anfechtungsgegners gilt,¹³³ ist die Anfechtung kongruenter Deckungen über § 133 Abs. 1 InsO sogar einfacher durchzuführen als über § 130 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 InsO.¹³⁴ Dies wäre mit Blick auf die deutlich längere Anfechtungsfrist nicht mit Rechtssicherheits- und Vertrauensschutzaspekten vereinbar.

¹²⁸ *Jensen*, Grundfragen des Rechts der Gläubiger- und Insolvenzanfechtung, S. 179 ff.; *ders.* (Fn. 6), 474.

¹²⁹ *Zeuner* (Fn. 36), Rn. 171; *Häsemeyer* (Fn. 119), Rn. 21.77.

¹³⁰ *Schoßmeyer* (Fn. 106), 603.

¹³¹ *Ebd.*, 605.

¹³² *Ebd.*, 603 f. (Fn. 48 nennt mögliche Ausnahmekonstellationen).

¹³³ Siehe dazu oben in Abschnitt **III. 2. c) bb) (2)**.

¹³⁴ *Vollrath* (Fn. 23), 1672; *Lütcke* (Fn. 56), 1990 f.

Die Kenntnis der eigenen drohenden Zahlungsunfähigkeit kann auch nach folgender Überlegung kein Indiz für den Benachteiligungsvorsatz sein: Ein drohend zahlungsunfähiger Schuldner, der keinen Insolvenzantrag stellen will und dies auch nicht muss,¹³⁵ muss kongruente Deckungen vornehmen, auch wenn er damit rechnet, demnächst seinen Verbindlichkeiten nicht mehr nachkommen zu können, denn das Recht gewährt ihm keine Möglichkeit, aus diesem Grund seine Zahlung zu verweigern – im Gegenteil: Seine Gläubiger haben sogar einen verfassungsmäßig garantierten Anspruch darauf, dass die staatlichen Vollstreckungsorgane ihn zu diesen kongruenten Deckungen zwingen.¹³⁶ Das Institut der drohenden Zahlungsunfähigkeit soll dem Schuldner gerade eine „goldene Brücke“ in Richtung Sanierung bauen und ihm dafür strategische Vorteile verschaffen, ihn jedoch nicht davon abhalten, seine Verbindlichkeiten zu erfüllen.¹³⁷

Auch droht der oben angesprochene Leerlauf von § 142 InsO, denn ein unmittelbarer wertäquivalenter Leistungsaustausch in Kenntnis der (eigenen) (drohenden) Zahlungsunfähigkeit wäre regelmäßig nach § 133 Abs. 1 InsO anfechtbar. Da die oben beschriebene¹³⁸ Heranziehung der Gesamtwürdigung als „Stellschraube“¹³⁹ durch die Rechtsprechung systemwidrig erscheint,¹⁴⁰ steht tatsächlich eine Entwertung des Bargeschäftsprivilegs durch § 133 Abs. 1 InsO zu befürchten. Dabei gebietet die gesetzgeberische Wertung – wie das BAG richtig erkannt hat¹⁴¹ – ein Stufenverhältnis zwischen unanfechtbarer Bardeckung (§ 142 InsO), Deckungsanfechtung (§ 130 InsO) und Vorsatzanfechtung kongruenter Deckungen (§ 133 InsO): Alle drei fordern die objektive Zahlungsunfähigkeit und die Kenntnis davon; die Bardeckung begrenzt die Deckungsanfechtung durch das Hinzutreten weiterer Faktoren; wenn nun die Vorsatzanfechtung die Kongruenzanfechtung um neun Jahre und neun Monate

¹³⁵ Bei juristischen Personen besteht dann auch keine Antragspflicht, vgl. § 15a InsO.

¹³⁶ Jensen (Fn. 6), 474; § 275 I BGB findet auf Geldschulden keine Anwendung. Selbst die eingetretene Zahlungsunfähigkeit führt nicht zum Ausschluss der Leistungspflicht wegen subjektiver Unmöglichkeit – dies folgt bereits aus der Existenz der InsO. Den Schuldner trifft vielmehr eine unbeschränkte, verschuldensunabhängige Einstandspflicht. Zum Ganzen Looschelders, Schuldrecht AT, 12. Aufl. 2014, Rn. 424, 500; zur Unsicherheitseinrede auf Gläubigerseite siehe unten in Abschnitt IV. 2. b) cc).

¹³⁷ Ganter (Fn. 49), 50; Bork (Fn. 42), 808.

¹³⁸ Siehe oben in Abschnitt III. 2. d).

¹³⁹ So Kayser, Vorsatzanfechtung im Spannungsverhältnis von Gläubigergleichbehandlung und Sanierungschancen, NJW 2014, 422 (424).

¹⁴⁰ Foerste (Fn. 7), 246 f.; ders., Die Ausdehnung der Vorsatzanfechtung – ein rechtsstaatliches Problem, ZInsO 2013, 897 (900); siehe oben in Abschnitt III. 2. d) cc) (1).

¹⁴¹ BAG, ZIP 2014, 628 (636 ff. Rn. 79, 83, 98).

erweitert, müssen spiegelbildlich weitere – erschwerende – Gegebenheiten dazukommen.¹⁴²

Nach alledem ist zu konstatieren, dass die Kenntnis der (drohenden) Zahlungsunfähigkeit (alleine) nur sehr eingeschränkt als Indiz für den Benachteiligungsvorsatz des Schuldners bei Kongruenz taugt.¹⁴³ Geeignete Indizien müssten auf einen Vorsatz des Schuldners schließen lassen, nach dem es jenem nicht nur nicht vorrangig auf die Erfüllung seiner Verbindlichkeit ankam, sondern darauf, jedenfalls mit den veräußerten Vermögensgegenständen nicht für diese Verbindlichkeit (und seine anderen) einzustehen.¹⁴⁴

ee) Die hierzu angekündigten Vorhaben des Gesetzgebers

Der Gesetzgeber plant gegenwärtig, den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz als Voraussetzung der Anfechtung nach § 133 InsO (zumindest) bzgl. Deckungen abzuschaffen und als Hauptvoraussetzung der neuen Unlauterkeitsanfechtung die beiderseitige Kenntnis von der eingetretenen Zahlungsunfähigkeit des Schuldners festzusetzen.¹⁴⁵ Wie gerade dargelegt, wäre dies aus systematisch-teleologischen Gesichtspunkten äußerst fragwürdig. Außerdem droht durch einen solchen (endgültigen) Verzicht auf ein voluntatives Element eine weitere Verschärfung der Norm.¹⁴⁶ Um vom Vorliegen der Unlauterkeit ausgehen zu können, soll weiterhin erforderlich sein, dass (jeweils in Kenntnis des Anfechtungsgegners) erstens die Deckung außerhalb eines ernsthaften Sanierungsversuchs erfolgt und zweitens für sie keine gleichwertige Gegenleistung in das Vermögen des Schuldners gelangt ist, die zur Unternehmensfortführung oder zur Sicherung seines Lebensbedarfs erforderlich war;¹⁴⁷ die Beweislast (auch für das Nichtvorliegen der Ausnahmetatbestände) soll der Insolvenzverwalter tragen, wodurch potentielle Anfechtungsgegner künftig „beweisrechtlich erheblich besser gestellt werden“ sollen als bisher.¹⁴⁸ Ob damit die fragwürdige Gesamtwürdigung des *BGH* beseitigt werden kann, darf bezweifelt werden, da „Beweisrecht nicht (klientel-)politisch funktioniert“,¹⁴⁹ nach den Planungen die Beweislast doch zu einseitig verteilt ist

¹⁴² *Schoppmeyer* (Fn. 106), 604; *Jensen* (Fn. 6), 471 ff.

¹⁴³ Ebenso *Jacoby*, Zur Bedeutung des § 133 InsO im System der Insolvenzanfechtungstatbestände, KTS 2009, 3 (11); *Schoppmeyer* (Fn. 106), 605 ff.; *Ganter* (Fn. 49), 50; *Foerste* (Fn. 8), 1216 f.; teilweise auch *Bork* (Fn. 42), 808.

¹⁴⁴ *Jensen* (Fn. 6), 475.

¹⁴⁵ Eckpunktepapier des *BMJV* (Fn. 10), S. 1 f.; siehe Fn. 40.

¹⁴⁶ Ebenso *Bork* (Fn. 10), 1907.

¹⁴⁷ Mit diesem zweiten Ausnahmetatbestand würde die abzulehnende bargeschäftsähnliche Lage (siehe oben in Abschnitt **III. 2. d)** cc) (1)) normiert.

¹⁴⁸ Eckpunktepapier des *BMJV* (Fn. 10), S. 1 f.

¹⁴⁹ So *Bork* (Fn. 10), 1907.

und die Rechtsprechung sich zu Korrekturen berufen fühlen dürfte.¹⁵⁰ Zudem zeigen auch die gesetzgeberischen Bestrebungen die fehlerhafte Tendenz auf, materiellrechtliche Regelungsprobleme prozessrechtlich lösen zu wollen.¹⁵¹

3. Ergebnis

Das BAG-Urteil zeigt exemplarisch, dass die Ausdehnung des § 133 Abs. 1 InsO durch den BGH seit 2003 besonders auch Bargeschäfte gefährdet. Dies geht, wie inzwischen erkannt wurde, zu weit, und nun wird – auf teils fragwürdige Art und Weise – versucht, Bargeschäfte vor der verschärften Vorsatzanfechtung zu schützen. Nach Betrachtung der beweisrechtlichen Ebene bei § 133 Abs. 1 InsO soll diesbezüglich nun § 142 InsO fokussiert werden.

IV. Ausweitung der Bargeschäftsvoraussetzungen zur „Eindämmung“ der verschärften Vorsatzanfechtung?

1. Zeitliche Erweiterung von § 142 InsO (BAG)

Bereits eine der ersten Entscheidungen des BAG zur Anfechtung von Entgelt aus Arbeitsverhältnissen nach Eröffnung des Rechtswegs zu den Arbeitsgerichten glich einem „Paukenschlag“:¹⁵² Hatte der BGH für die Unmittelbarkeit des Leistungsaustauschs im Sinne von § 142 InsO den engen zeitlichen Zusammenhang auf (maximal) 30 Tage beschränkt,¹⁵³ urteilte das BAG, dass ein Bargeschäft noch vorliege, wenn ein Arbeitgeber in der Krise Arbeitsentgelt für vom Arbeitnehmer in den vorhergehenden drei Monaten erbrachte Arbeitsleistungen zahle.¹⁵⁴

a) Argumentation des BAG und Kritik

aa) Rechtstatsächliche Argumentation

Das BAG brachte als „rechtstatsächliches Argument“¹⁵⁵ für diese „eigenwillige Auslegung“¹⁵⁶ von § 142 InsO bei Lohnzahlungen an, dass eine Verzögerung bei der Vergütungszahlung in vielen Branchen beinahe die Regel sei; wenn nun zur Bestimmung der Unmittelbarkeit i.S.d. § 142 InsO die Art der ausgetauschten Leistungen und die Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs berücksichtigt werden

¹⁵⁰ Ebenso *Bork* (Fn. 10), 1906.

¹⁵¹ Siehe oben in Abschnitt III. 2. d) cc) (1).

¹⁵² So *Wróblewski*, Bargeschäftseinwand gegen Lohnanfechtung, NJW 2012, 894 ff.

¹⁵³ Siehe oben in Abschnitt III. 2. b) bb) und Fn. 29.

¹⁵⁴ BAGE 139, 235 (239 ff. Rn. 14 ff.).

¹⁵⁵ *Ebd.*, 240 f. Rn. 17.

¹⁵⁶ So bzgl. dieser BAG-Rechtsprechung: *Jacobs/Doebert*, Die Insolvenzanfechtung von Lohnzahlungen in der Rechtsprechung des BAG, ZInsO 2012, 618 (619).

sollen,¹⁵⁷ sei anzunehmen, dass Arbeitnehmer bzgl. Entgeltzahlungen für Arbeitsleistungen in den letzten drei Monaten hinsichtlich des in § 165 Abs. 1 S. 1 SGB III (ehemals § 183 Abs. 1 S. 1 SGB III) festgesetzten Insolvenzgeldzeitraums davon ausgingen, diese Zahlungen seien einerseits keine Kredittilgung und stünden andererseits noch in engem zeitlichem Zusammenhang mit der von den Arbeitnehmern erbrachten Gegenleistung. Hiergegen ist einzuwenden, dass die verzögerte Lohnzahlung als „Unsitte“¹⁵⁸ nicht durch die Rechtsprechung zur Verkehrssitte erhoben werden sollte. Eine schlechte Zahlungsmoral gibt es ferner nicht nur in Arbeitsverhältnissen, sondern auch bei vielen anderen Geschäften des Wirtschaftslebens; wendete man § 142 InsO dort überall großzügig an, liefe die Anfechtung nach § 130 InsO leer.¹⁵⁹ Auch die Bezugnahme auf den Insolvenzgeldzeitraum nach § 165 Abs. 1 S. 1, 2 Nr. 1 SGB III überzeugt nicht, da hier an die Eröffnung des Insolvenzverfahrens angeknüpft wird, während sich die §§ 130, 142 InsO auf die Antragstellung beziehen – das Insolvenzgeld greift nicht bzgl. Nachzahlungen von Vergütungsansprüchen vor dem Dreimonatszeitraum des § 165 Abs. 1 S. 1 SGB III.¹⁶⁰ Zudem ist das Vertrauen, dass die eigene Forderung im Fall der Insolvenz des Schuldners (für die letzten drei Monate vor Insolvenzeröffnung) von dritter Seite aufgefangen wird, von dem Vertrauen in die Anfechtungsfestigkeit abgewickelter Geschäfte (für die letzten drei Monate vor dem Insolvenzantrag) zu unterscheiden.¹⁶¹ Die Frist des § 165 Abs. 1 S. 1 SGB III hat nichts mit der Frage zu tun, wann haftungsrechtlich ein unmittelbarer Zusammenhang zweier Leistungen zu bejahen ist.¹⁶² Für die Unmittelbarkeit eines Bargeschäfts ist es ferner schädlich, wenn sich der Schuldner (Arbeitgeber) durch Verzögerung der Erfüllung (der Lohnforderungen) faktisch einfach selbst Kredit

¹⁵⁷ So schon BGHZ 167, 190 (199 Rn. 31).

¹⁵⁸ *Ganter*, Bargeschäfte (§ 142 InsO) von Dienstleistern, ZIP 2012, 2037 (2043); häufig wird in solchen Fällen auch der Insolvenzantrag verschleppt, womit ein Fall von Wirtschaftskriminalität vorliegt, vgl. § 15a IV, V InsO.

¹⁵⁹ *Brinkmann*, Die Insolvenzanfechtung gegenüber Arbeitnehmern, ZZP 125 (2012), 197 (209).

¹⁶⁰ Anschaulich dazu *Huber*, Das anfechtungsrechtlich privilegierte, aber janusköpfige Bargeschäft nach § 142 InsO, ZInsO 2013, 1049 (1053 f.); das Insolvenzgeld hat sich gerade aufgrund der Anknüpfung an die *Eröffnung* des Insolvenzverfahrens (und die in der Praxis häufige Vorfinanzierung durch Banken) von einem Sicherungsinstrument für die Arbeitnehmer zu einem Sanierungsinstrument entwickelt: Der vorläufige Insolvenzverwalter ist in der Regelauch als Gutachter (und ggf. Sachverständiger) i.S.v. § 22 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 Hs. 2 InsO tätig und so in der Lage, die Dauer des Eröffnungsverfahrens entscheidend zu beeinflussen. Sind die Löhne bisher bezahlt worden, wird häufig drei Monate mit der Eröffnung des Verfahrens gewartet, um das maximale Insolvenzgeld zu erhalten und so die für eine Sanierung erforderlichen liquiden Mittel zu generieren (dazu *Reischl* (Fn. 1), Rn. 157 und 405) – siehe aber auch § 170 IV SGB III. Wenn nun aber Lohnzahlungen aus der Zeit vor dem Antrag angefochten werden, gibt es für die Arbeitnehmer keinen Schutz mehr.

¹⁶¹ *Jacobs/Doebert* (Fn. 156), 623; *Ganter* (Fn. 158), 2043.

¹⁶² *Brinkmann* (Fn. 159), 209.

gewährt.¹⁶³ Außerdem besteht dann ein „Tilgungsproblem“:¹⁶⁴ Ein Bargeschäft wäre in der Regel nur zu bejahen, wenn der Arbeitgeber auf die jüngste offene Lohnforderung zahlt; dieser wird aber meistens auf die älteste zahlen wollen und eine entsprechende Tilgungsbestimmung treffen (§ 366 Abs. 1 BGB) – trifft er keine Bestimmung, greift § 366 Abs. 2 BGB, nach dem ebenso die älteste Forderung getilgt wird. Eine zweckorientierte Rechtsfortbildung des § 366 Abs. 2 BGB, die diejenige Lohnforderung als getilgt ansieht, die von § 142 InsO privilegiert ist, widerspräche dem Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz (§ 1 S. 1 InsO).¹⁶⁵ Insoweit misslang es dem BAG, die Erweiterung von § 142 InsO zu rechtfertigen.

bb) Arbeitsrechtliche und sanierungsbezogene Argumente

Weiterhin führte das BAG im Anschluss an *Windel* aus, im Arbeitsverhältnis werde dauernd, nicht abschnittsweise geleistet, und die Masse profitiere nicht nur von den erbrachten Arbeitsleistungen, sondern v.a. vom Fortbestand des Betriebs als funktionaler Einheit, wozu aber erforderlich sei, dass die Arbeitnehmer „bei der Stange“ blieben – dies werde mit der Zahlung rückständiger Löhne erkaufte.¹⁶⁶ Wenn § 142 InsO seinen Zweck erfüllen solle, den Schuldner auch in der Krise vorsichtig weiterwirtschaften zu lassen, sei es nötig, dass die Arbeitnehmer trotz Zahlungsverzugs ihre Arbeit erbringen, denn ohne ihre Unterstützung (bei Ausübung ihres Kündigungs- oder Zurückbehaltungsrechts) schwinde die Perspektive auf eine sanierende Insolvenz; die Anfechtung von Lohnzahlungen der letzten drei Monate stünde diesem § 142 InsO zugrunde liegenden Ziel entgegen.¹⁶⁷

Die These, im Arbeitsverhältnis werde nicht abschnittsweise, sondern dauernd geleistet und die Gegenleistung für die Zahlung rückständiger Löhne sei die unmittelbare Weiterarbeit, verfängt nicht: Selbst wenn man den Leistungsaustausch im Arbeitsverhältnis als Einheit betrachtet, besteht diese Einheit doch immer nur im jeweiligen, gesondert vergüteten Zeitabschnitt, der üblicherweise einen Monat beträgt und für den eine eigene Fälligkeit besteht (vgl.

¹⁶³ *Kreft*, in: Heidelberger Kommentar-InsO, 7. Aufl. 2014, § 142 Rn. 6.

¹⁶⁴ So *Windel* (Fn. 15), Anm. unter III. 4.

¹⁶⁵ *Jacobs/Doebert* (Fn. 156), 623.

¹⁶⁶ BAGE 139, 235 (241 Rn. 18) unter Verweis auf *Windel* (Fn. 15), Anm. unter III. 3. – mit dieser Argumentation müssten aber auch etwa Energielieferungsverträge privilegiert werden, die InsO beschränkt die Erhaltung des Betriebs (als personelle und sächliche Einheit) vor Verfahrenseröffnung jedoch auf die insbesondere in § 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 5 InsO genannten vorläufigen Maßnahmen.

¹⁶⁷ BAGE 139, 235 (241 f. Rn. 18).

auch § 614 S. 2 BGB).¹⁶⁸ Arbeitnehmer sind nach der gesetzlichen Grundkonzeption zur Vorleistung verpflichtet (§ 614 S. 1 BGB).¹⁶⁹ Die künftig zu erbringenden Arbeitsleistungen stellen daher nicht die Gegenleistung für die Zahlung rückständiger Löhne dar, für die künftig zu erbringenden Arbeitsleistungen schuldet der Arbeitgeber vielmehr neuen Lohn.¹⁷⁰ Auch ein Vergleich mit Kontokorrentverrechnungen bei debitorisch geführten Bankkonten¹⁷¹ trägt nicht, da es Bestandteil eines Girovertrags als paradigmatischem Zahlungsdiensterrahmenvertrag ist, dass dem Kunden ein vereinbarter Kreditrahmen zusteht, bis zu dessen Ausschöpfung die Bank grundsätzlich verpflichtet ist, Zahlungsanweisungen auszuführen, §§ 675f Abs. 2 S. 1, 675o Abs. 2 BGB.¹⁷² Die Bank ist also vertraglich zur Neukreditgewährung verpflichtet, sie kann eingehende Gutschriften ohne fälligen Rückzahlungsanspruch (bei ungekündigtem Kontokorrent) wegen Inkongruenzanfechtbarkeit auch gar nicht zu ihren Gunsten verrechnen (§§ 96 Abs. 1 Nr. 3, 131 InsO).¹⁷³ Die Arbeitnehmer hingegen könnten aufgrund der Lohnrückstände ihre Arbeit verweigern (§ 273 BGB) oder im Extremfall außerordentlich kündigen (§ 626 BGB) – auch wenn ihnen dies als „schwächstes Glied in der Gläubigerkette“¹⁷⁴ wohl kaum zuzumuten ist.

Die an § 286 Abs. 3 S. 1 BGB orientierte 30-Tage-Rechtsprechung des *BGH* ist daher nicht willkürlich und passt sehr wohl auch auf Arbeitsverhältnisse: 30 Tage beträgt die übliche Lohnperiode.¹⁷⁵ Dies trägt folgenden sachgerecht erscheinenden Grundsatz: Erfolgt bei abschnittweisem Leistungsaustausch die Lohnzahlung zu einem Zeitpunkt, zu dem bereits die nächste periodische Zahlung fällig ist, liegt ein kreditorisches Geschäft vor, das ein Bargeschäft ausschließt.¹⁷⁶ Wie gezeigt sind dagegen die Bezugnahme des *BAG* auf § 165 Abs. 1 S. 1 SGB III und der entsprechend gewählte Dreimonatszeitraum inkonsistent.¹⁷⁷ Zwar ist die

¹⁶⁸ *Jacobs/Doebert* (Fn. 156), 621; *Ganter* (Fn. 158), 2044.

¹⁶⁹ *Jacobs/Doebert* (Fn. 156), 622.

¹⁷⁰ *Ganter* (Fn. 158), 2043 f.

¹⁷¹ Diesen zieht *Wróblewski* (Fn. 152), 896 f.

¹⁷² Dazu *Omlor*, in: *Staudinger-BGB*, Neubearb. 2012, § 675f Rn. 12 und § 675o, Rn. 6.

¹⁷³ *Foerste* (Fn. 2), Rn. 315; *Reischl* (Fn. 1), Rn. 657 ff.; *Bork*, Kontokorrentverrechnung und Bargeschäft, in: *FS Kirchhof*, 2003, 57 ff.

¹⁷⁴ *Bork* (Fn. 23), 2340; zur Kündigung *Preis*, in: *Staudinger-BGB*, 15. Aufl. 2011, § 626 Rn. 245.

¹⁷⁵ So noch ausdrücklich *Müller-Glöge*, in: *ErfK*, 12. Aufl. 2012, 410. InsO, Einführung Rn. 24.

¹⁷⁶ *Ries*, Anfechtung der Zahlung von Arbeitnehmerlöhnen, *ZInsO* 2007, 1037 (1038); *Jacobs/Doebert*, *ZInsO* (Fn. 156), 623; *BGH*, *NZI* 2014, 775 (779 Rn. 33 ff.); zu beachten ist, dass der Arbeitgeber nicht erst 30 Tage nach dem gem. § 614 BGB üblichen Zahlungstermin in Schuldnerverzug kommt, sondern nach dem in § 286 II Nr. 1 BGB normierten Rechtsgrundsatz „*dies interpellat pro homine*“ (dazu *Looschelders* (Fn. 136), Rn. 559) bereits mit Ablauf des Lohnzahlungstags, siehe *Windel* (Fn. 16), 2168.

¹⁷⁷ *Plathner/Sajago*, Trendwende bei Insolvenzanfechtung rückständiger Lohnzahlungen an Arbeitnehmer, *ZInsO* 2012, 581 (584).

Orientierung hin zu einer sanierenden Insolvenz (Arbeitnehmer durch Nichtanfechtbarkeit „bei der Stange halten“) durchaus sinnvoll, doch kann § 142 InsO von seinem *Telos* her nicht immer dann bejaht werden, wenn durch eine Zahlung irgendein positiver Effekt für die Gläubiger entstehen könnte.¹⁷⁸ Den Betrieb als funktionale Einheit zu erhalten, kann zwar wirtschaftlich durchaus wertvoll sein, es ist aber nicht quantifizierbar und stellt keine äquivalente Kompensation für die aus dem Schuldnervermögen abgeflossenen Lohnzahlungen dar¹⁷⁹ – Gleichwertigkeit bestünde nur, wenn die Arbeitsleistungen im Rahmen eines ernsthaften, aussichtsreichen Sanierungsversuchs erbracht würden.¹⁸⁰ Wären verspätete Lohnzahlungen in zu hohem Maße anfechtungsfest, bestünde ferner die Gefahr, dass dem kriselnden Schuldner nicht nur ein „vorsichtiges Weiterwirtschaften“, sondern ein „weiteres Schlittern in die Krise“¹⁸¹ ermöglicht würde. Mithin verdient auch diese Argumentation des *BAG* keinen Beifall.

b) Fazit

Aus insolvenzrechtlicher Sicht darf das Bargeschäft aufgrund seines Ausnahmecharakters nicht überdehnt werden, da es auch ohne Erweiterung bereits die Grenze zwischen gläubigerneutralen und schon gläubigerbenachteiligenden Rechtshandlungen zu Gunsten des Leistungsempfängers verschiebt.¹⁸² Die Ausweitung der Unmittelbarkeit i.S.d. § 142 InsO durch das *BAG* scheint aber auch gar nicht insolvenzrechtlich, sondern eher sozial- und arbeitspolitisch motiviert zu sein.¹⁸³ Historisch betrachtet waren nach § 59 Abs. 1 Nr. 3 lit. a) KO rückständige Lohnforderungen aus den letzten sechs Monaten vor Verfahrenseröffnung Masseschulden, sodass sich die Anfechtungsproblematik bzgl. rückständiger Lohnzahlungen nicht stellte: Es fehlte in der Regelan der Gläubigerbenachteiligung,¹⁸⁴ da diese Verbindlichkeiten im Konkursverfahren auch vom Verwalter zu tilgen gewesen wären.¹⁸⁵ Der Gesetzgeber etablierte aber in der InsO die Gläubigergleichbehandlung als Eckpfeiler, wollte keine Vorrechte einzelner Gläubigergruppen mehr zulassen und das Anfechtungsrecht schärfen^{186,187} Diesem gesetzgeberischen Willen hat sich das

¹⁷⁸ *Brinkmann* (Fn. 159), 209; *Jacobs/Doebert* (Fn. 156), 623.

¹⁷⁹ *Ganter* (Fn. 158), 2044.

¹⁸⁰ Die Unmittelbarkeit wird aber auch im Rahmen einer Sanierung nicht weiter ausgelegt! Siehe Fn. 29.

¹⁸¹ *Jacobs/Doebert* (Fn. 156), 624.

¹⁸² *Kayser* (Fn. 7), 271.

¹⁸³ *Brinkmann* (Fn. 159), 216; *Ganter* (Fn. 158), 2043.

¹⁸⁴ Zur möglichen Anfechtung bei Masseinsuffizienz vgl. aber BGHZ 79, 124 ff. (dort zu § 59 Abs. 1 Nr. 3 lit. e) KO).

¹⁸⁵ *Huber* (Fn. 160), 1049 f.; weiteres KO-Arbeitnehmerprivileg: § 61 Abs. 1 Nr. 1 a) KO.

¹⁸⁶ BT-Drs. 12/2443, S. 82, 85, 156.

¹⁸⁷ *Huber* (Fn. 160), 1051; *Plathner/Sajago* (Fn. 177), 584 f.

BAG durch die Schaffung eines „Sonderinsolvenzrechts für Arbeitnehmer“¹⁸⁸ widersetzt: Durch die großzügige Auslegung des Bargeschäfts geht das *BAG* faktisch über die Rechtslage nach der KO hinaus; zwar sind Lohnforderungen keine Masseforderungen mehr, aber dafür bis maximal sechs Monate vor Stellung des Insolvenzantrags wegen § 142 InsO unanfechtbar.¹⁸⁹ Dabei hatte der Gesetzgeber gesehen, dass der Arbeitnehmer schutzbedürftig ist, da er zur ungesicherten Vorleistung verpflichtet ist, während sich Kapitalgeber regelmäßig über Kreditsicherheiten schützen – und das (heute sog.) Insolvenzgeld eingeführt, § 165 Abs. 1 SGB III.¹⁹⁰ Die Kosten dafür werden aber nicht wie bei einer Ausdehnung von § 142 InsO den Insolvenzgläubigern aufgebürdet (Quotenschmälerung), sondern über eine Umlage finanziert, die die insolvenzfähigen Arbeitgeber aufzubringen haben (§§ 358 ff. SGB III), sodass systemkonform der Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz gewahrt bleibt.¹⁹¹ Liegt eine Schutzlücke vor, weil sich die Zeiträume aufgrund verschiedener Anknüpfungspunkte (Eröffnung/Antrag) nicht decken, darf nicht das materielle Insolvenzrecht durch richterliche Rechtsfortbildung systemwidrig verbogen und somit dogmatisch beschädigt werden,¹⁹² sondern es ist eine sozialrechtliche Lösung zu suchen.¹⁹³ Nach den Ausführungen des *BAG* zur Anfechtungsfreistellung des im Entgelt enthaltenen Existenzminimums¹⁹⁴ könnte man vermuten, dass das *BAG* die weite Auslegung von § 142 InsO nun nachträglich damit zu begründen gedenkt. Dies wäre allerdings wiederum der falsche Ort und Ansatz: Man würde auch nicht einen bereicherungsrechtlichen Anspruch zum Schutz des Existenzminimums im Voraus ausschließen; diesen Schutz müssen vielmehr die Pfändungsfreigrenzen der §§ 850 ff. ZPO gewährleisten, indem sie den Zwangsvollstreckungszugriff der Höhe nach begrenzen¹⁹⁵ – ein Ausschluss des Anfechtungsanspruchs selbst durch systemwidrige Auslegung des § 142 InsO ist dazu also nicht erforderlich.

Dieser Einsicht scheint sich der Gesetzgeber *de lege ferenda* zu verschließen: Er schickt sich an, die „Drei-Monats-Rechtsprechung“ des *BAG* im Rahmen der

¹⁸⁸ *Brinkmann* (Fn. 159), 201, 212.

¹⁸⁹ *Plathner/Sajago* (Fn. 177), 584; *Huber* (Fn. 160), 1051, 1054.

¹⁹⁰ BT-Drs. 7/1750, S. 11 f. noch zu §§ 141a ff. AFG; dazu *Niesert*, Grenzen der Anfechtung von Arbeitslohn, NZI 2014, 252 (254).

¹⁹¹ *Plathner/Sajago* (Fn. 177), 584; zwar meldet die BA die Lohnforderungen zur Tabelle an (§ 55 III 1 InsO), doch die Nichtanfechtbarkeit belastet die Masse stärker.

¹⁹² *BGH*, NZI, 2014, 775 (777 Rn. 16 ff.); *Brinkmann* (Fn. 159), 212, 216; *Foerste* (Fn. 2), Rn. 296.

¹⁹³ *Jacobs/Doebert* (Fn. 156), 627: etwa Ausweitung des Insolvenzgeldzeitraums.

¹⁹⁴ *BAG*, ZIP 2014, 628 (629 ff. Rn. 15 ff.); dazu *Niesert* (Fn. 190), 254 ff.; *Wroblewski* (Fn. 152), 897 f.

¹⁹⁵ *BGH*, NZI 2014, 775 (778 Rn. 28 ff.); *Lütcke* (Fn. 17), 351.

geplanten Reform des Anfechtungsrechts – vermutlich durch eine Ergänzung von § 142 InsO – zu kodifizieren.¹⁹⁶

c) Ist eine Ausdehnung des Bargeschäfts allgemein denkbar?

Insbesondere außerhalb des Krisenzeitraums des § 130 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 InsO erscheint es geboten, einen praktischen Ausschluss des Schuldners vom Geschäftsverkehr durch die drohende Anfechtbarkeit wertäquivalenter Leistungsaustausche nach § 133 Abs. 1 InsO zu vermeiden.¹⁹⁷ Anzudenken ist, inwieweit – unabhängig von den Besonderheiten in Arbeitsverhältnissen – eine maßvolle zeitliche Erweiterung des Merkmals der Unmittelbarkeit bei bargeschäftsähnlichen Lagen insolvenzrechtlich noch vertretbar sein könnte, ohne dadurch ein „Bargeschäft mit fließenden Grenzen“¹⁹⁸ zu konstruieren. Dabei ist zu berücksichtigen, dass § 142 InsO die dem gesamten Insolvenzanfechtungsrecht zugrunde liegende Abwägung zwischen dem Schutz der Gläubigergesamtheit sowie der Masseanreicherung einerseits und Rechtssicherheit und Vertrauensschutz der Gläubiger andererseits¹⁹⁹ für eine bestimmte Situation vornimmt: Die Trennlinie zwischen gläubigerneutralen und bereits gläubigerbenachteiligenden Rechtshandlungen wird bei Vorliegen der in § 142 InsO genannten Bedingungen ausnahmsweise zum Vorteil des Leistungsadressaten verrückt.²⁰⁰ Denn in dieser Ausnahmesituation ist ein Schutz der bereits drei Monate vor Antragstellung durch die §§ 130(-132) InsO rückwirkend geltenden *par condicio creditorum* nicht erforderlich, da letztere bei Vorliegen der Bargeschäftsvoraussetzungen in der Regel nicht gefährdet werden kann. Außerhalb des Dreimonatszeitraums gilt die *par condicio* nicht, sondern das Prioritätsprinzip; vor allem hier gilt § 133 Abs. 1 InsO, aber auch der unabhängig von materieller Insolvenz geltende § 3 Abs. 1 AnfG – aufgrund ihrer sachlichen Identität ist zwischen beiden ein Gleichlauf geboten.²⁰¹ Das AnfG musste aber aufgrund seines Geltungsbereichs keine Ausnahme vom Schutz der *par condicio* statuieren;²⁰² daraus lässt sich als Rückschluss für § 133 Abs. 1 InsO ziehen: Will man bargeschäftsähnliche Lagen trotzdem im Anwendungsbereich der Vorsatzanfechtung privilegieren²⁰³ – quasi als Ausnahme des „Schutzes des

¹⁹⁶ Eckpunktepapier des BMJV (Fn. 10), S. 3.

¹⁹⁷ Lütcke (Fn. 56), 1991.

¹⁹⁸ So Ganter (Fn. 49), 51; siehe auch Lütcke (Fn. 56), 1991.

¹⁹⁹ BT-Drs. 12/2443, S 265; Lütcke (Fn. 56), 1991 f.

²⁰⁰ Kayser (Fn. 7), 271.

²⁰¹ BT-Drs. 12/3803, S. 55; Schoppmeyer (Fn. 106), 604 f.; siehe dazu oben in Abschnitt III. 2. d) cc) (5).

²⁰² Ein Bargeschäft scheidet bei den nicht auf den *par-condicio*-Schutz abzielenden Tatbeständen der §§ 3 ff. AnfG inhaltlich in der Regelaus, Kirchhof, in: MünchKomm-AnfG, 2012, § 3 Rn. 6.

²⁰³ Kirchhof (Fn. 202), § 3 Rn. 6 und 89) will bei Vorliegen der Bargeschäftsvoraussetzungen auch den Benachteiligungsvorsatz des § 3 Abs. 1 AnfG regelmäßig verneinen.

Prioritätsprinzips²⁰⁴ – dürfen nicht auch noch die Voraussetzungen (Unmittelbarkeit) des § 142 InsO ausgedehnt werden. Zudem ist das Merkmal des engen zeitlichen Zusammenhangs für das Bargeschäft von „ausschlaggebender Bedeutung“.²⁰⁵ Weichte man die Unmittelbarkeit auf, bliebe als Charakteristikum des Bargeschäfts nur noch die kongruente Erfüllung eines nach § 132 Abs. 1 InsO unanfechtbaren Rechtsgeschäfts, sofern nicht die Voraussetzungen des § 133 Abs. 1 InsO vorlägen; maßgeblich wäre also das Fehlen einer (unmittelbaren) Gläubigerbenachteiligung. Dann ließen sich die zu erfassenden Konstellationen aber auch über § 129 Abs. 1 InsO lösen, der für alle Anfechtungstatbestände gilt.²⁰⁶ Da das Bargeschäft vom Gesetzgeber aber ausdrücklich normiert wurde, ist davon auszugehen, dass § 142 InsO nicht zuletzt durch das Merkmal der Unmittelbarkeit ein eigenständiger Anwendungsbereich neben § 129 Abs. 1 InsO zugewiesen ist. Ferner würde bei solch einer Ausdehnung der Unmittelbarkeit die Vorsatzanfechtung ggf. zu stark beschnitten²⁰⁷ – gerade unter Berücksichtigung der oben genannten höchstrichterlichen Rechtsprechung. Mithin erscheint die genannte 30-Tage-Rechtsprechung des *BGH* als angemessen.

2. Exkurs: § 142 InsO und Inkongruenz

Eine sehr umstrittene Frage im Zusammenhang mit dem Bargeschäftsprivileg ist, ob auch die Inkongruenzanfechtung nach § 131 InsO – d.h. die Anfechtung von Befriedigungen, die der Schuldner nicht oder (zeitlich) nicht so zu beanspruchen hatte – durch § 142 InsO ausgeschlossen wird. Dies wurde in ständiger Rechtsprechung²⁰⁸ und von der h.L. in der Literatur²⁰⁹ bejaht, bis der *BGH* mit seinem berühmten „Kundenscheckurteil“²¹⁰ 1993 die Anwendbarkeit des Bargeschäftsprivilegs im Rahmen von § 30 Nr. 2 KO ablehnte. Aus den Argumenten, mit denen der *BGH* seine Rechtsprechungsaufgabe begründete und denen sich die überwiegende Literatur²¹¹ mit weiteren Erwägungen anschloss, aber v.a. aus den Kritikpunkten der Gegenansicht, die an der Bargeschäftsprivilegierung inkongruenter Deckungen festhält, lassen sich erhellende Erkenntnisse über die

²⁰⁴ Dessen Schutz erscheint dann tatsächlich unnötig, da die gleichen Zugriffs-/Befriedigungschancen der Gläubiger dabei i.d.R. gewahrt sind, siehe dazu oben in Abschnitt **III. 2. d) cc** (5) und Fn. 127.

²⁰⁵ *Ganter* (Fn. 158), 2039.

²⁰⁶ *Kayser* (Fn. 7), 270; freilich schließt § 129 InsO die Anfechtung nur aus, wenn weder eine unmittelbare noch eine mittelbare Gläubigerbenachteiligung vorliegt.

²⁰⁷ *Foerste* (Fn. 8), 1215.

²⁰⁸ Siehe nur *BGH*, NJW 1992, 1960 m.w.Nw.

²⁰⁹ Siehe nur *Henckel*, in: *Jaeger-KO*, 9. Aufl. 1997, § 30 Rn. 110; *Kuhn/Uhlenbruck-KO*, 11. Aufl. 1994, § 30 Rn. 23 b.

²¹⁰ BGHZ 123, 320 ff.

²¹¹ *Kayser* (Fn. 33), § 142 Rn. 7; *Rogge/Leptien*, in: *HamKomm-InsO*, 4. Aufl. 2012, § 142 Rn. 4.

Rolle des § 133 Abs. 1 InsO im Rahmen von § 142 InsO und die Systematik beider Normen innerhalb der §§ 129 ff. InsO gewinnen. Hieraus können wiederum Rückschlüsse auf die an den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des § 133 Abs. 1 InsO zu stellenden Anforderungen und auf das Verhältnis zwischen § 142 und § 133 Abs. 1 InsO gezogen werden.

a) Wortlaut

Der *BGH* argumentierte, durch die Worte „für die“ in § 142 Hs. 1 InsO werde ausgedrückt, dass eine Bardeckung nur vorliege, wenn Leistung und Gegenleistung durch Parteivereinbarung miteinander verknüpft seien.²¹² Dabei berief er sich zutreffend auf die amtliche Begründung zum InsO-Regierungsentwurf²¹³ – das Erfordernis einer Parteiabrede ist heute allgemein anerkannt.²¹⁴ Doch der *BGH* entnahm dem Wortlaut weiter, dass eine Deckung, die der Parteivereinbarung nicht entspricht, d.h. inkongruent i.S.v. § 131 InsO ist, keine Bardeckung sei. Die Literatur sieht inkongruente Deckungen teils sogar als „begrifflich“²¹⁵ von § 142 InsO ausgeschlossen an.

Dabei legt die Regierungsbegründung ein anderes Wortlautverständnis nahe: Die Worte „für die“ sollen nur die nötige Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung signalisieren, um die erhaltene Deckung der Gegenleistung zuordnen zu können; dem Wortlaut ist aber nicht zu entnehmen, dass die Parteien (vor allem der Schuldner) sich an die getroffene Abrede halten müssen, d.h. genau den versprochenen Gegenstand zur versprochenen Zeit leisten müssen (solange Gleichwertigkeit und Unmittelbarkeit gewahrt werden) – die Parteiabrede kann auch Leistung und erfüllungshalber (vor Fälligkeit) getätigte Gegenleistung miteinander verknüpfen.²¹⁶ Der Wortlaut spricht somit zumindest nicht für den *BGH* und die heute h.L.

b) Systematisch-teleologische Wertungen

Der *BGH* führte weiter aus, es bestehe weder rechtlicher noch wirtschaftlicher Anlass, Umsatzgeschäfte des Schuldners in der Krise zu begünstigen, soweit sie anders abgewickelt würden als vereinbart. Bzgl. des Zwecks des § 30 KO (heute §§ 130-132 InsO), die Gläubigergleichbehandlung während der wirtschaftlichen Krise des Gemeinschuldners zu verwirklichen, sei es nicht gleichgültig, ob eine

²¹² BGHZ 123, 320 (328).

²¹³ BT-Drs. 12/2443, S. 167 – hierauf beruft sich der *BGH*, obwohl 1993 noch die KO galt!

²¹⁴ Siehe nur *Kreft* (Fn. 163), § 142 Rn. 4; *Nerlich* (Fn. 21), § 142 Rn. 10.

²¹⁵ So *Ehrlicke* (Fn. 36), § 142 Rn. 12; *Kayser* (Fn. 33), § 142 Rn. 21.

²¹⁶ *Klönck*, Die Grundlagen der besonderen Insolvenzanfechtung, 2011, S. 398 f.; sehr deutlich *Paulus* (Fn. 107), 454.

Deckung kongruent oder inkongruent erfolge, da der inkongruent befriedigte Gläubiger anfechtungsrechtlich auch dann eine einseitige Begünstigung erhalte, wenn der Gläubiger seinerseits eine gleichwertige Gegenleistung erbracht habe.²¹⁷

aa) Die Bedeutung der Inkongruenz im Rahmen der §§ 130, 131 InsO

Der *BGH* geht in seiner Argumentation davon aus, dass ein Gläubiger allein wegen Erhalts einer inkongruenten Deckung begünstigt wird. Die gesetzliche Konzeption verbindet Inkongruenz aber vorrangig damit, dass ein Gläubiger, der eine ihm nicht (so) zustehende Leistung erhält, Verdacht schöpfen muss, dass die Krise beim Schuldner eingetreten ist oder unmittelbar bevorsteht.²¹⁸ Aufgrund dessen wurde auf entsprechende subjektive Tatbestandsmerkmale bei § 131 Abs. 1 Nr. 1 und 2 InsO im Vergleich zu § 130 Abs. 1 S. 1 InsO verzichtet.²¹⁹ Beide Normen knüpfen letztlich an die materielle Insolvenz an, der Unterschied zwischen Kongruenz und Inkongruenz besteht darin, welche Kenntnis aufseiten des Anfechtungsgegners nachzuweisen ist.²²⁰ *BGH* und h.L. wenden § 142 InsO bei § 130 InsO an, d.h. dann, wenn der Anfechtungsgegner positiv die materielle Insolvenz des Schuldners kennt. Steht diese Kenntnis einer Anwendung des Bargeschäftsprivilegs nicht entgegen, kann für die aus der Inkongruenz gefolgerte bloße „Verdächtigkeit“ aber nichts anderes gelten.²²¹ § 142 InsO zieht die Grenze der Bargeschäftsausnahme erst bei § 133 Abs. 1 InsO: Der Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz (auf Rechtsfolgenseite der Vorsatzanfechtung) verdient solange keinen Vorrang vor dem Sicherungs- und Befriedigungsinteresse des Einzelgläubigers, der unmittelbar nach Empfang der Leistung dem Schuldnervermögen eine gleichwertige Gegenleistung zugeführt hat, wie keine vorsätzliche Gläubigerbenachteiligung vorliegt; diese Grenze darf nicht dadurch verschoben werden, dass jede inkongruente Deckung einem Generalverdacht und der Vorsatzanfechtung unterstellt wird.²²² Die Unterscheidung zwischen Kongruenz und Inkongruenz darf nicht mit derjenigen zwischen Inkongruenz und vorsätzlicher Gläubigerbenachteiligung vermischt werden – dass eben gerade nur § 133 Abs. 1 InsO ausdrücklich nicht ausgeschlossen ist, wenn die Voraussetzungen eines Bargeschäfts vorliegen, zeigt, welchen Stellenwert die Vorsatzanfechtung im System der Anfechtungstatbestände

²¹⁷ BGHZ 123, 320 (328).

²¹⁸ Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, S. 406; BT-Drs. 12/2443, S. 158 f.

²¹⁹ *Klinck* (Fn. 216), S. 338 ff., 400 f.

²²⁰ *Wagner*, in: Kummer/Schäfer/Wagner, Insolvenzanfechtung, 2. Aufl. 2014, § 142 Rn. O 13; zust. *Schoppmeyer*, Literaturrezension u.a. zu Kummer/Schäfer/Wagner, Insolvenzanfechtung, 2012, ZIP 2012, 1882 (1883).

²²¹ *Klinck* (Fn. 216), S. 401.

²²² *Wagner* (Fn. 220), § 142 Rn. O 13, O 68.

hat²²³ und welche dementsprechend strengen Maßstäbe an den Benachteiligungsvorsatz und seinen Nachweis zu stellen sind.

bb) Systematische Trennung von Anfechtungsgrund (§§ 129-136 InsO) und Anfechtungsausschluss (§ 142 InsO)

In § 131 InsO sind ausschließlich die anspruchsbegründenden Tatbestände anfechtbarer Deckungshandlungen normiert – dass der Anfechtungsgegner keinen (derartigen) Anspruch auf die Deckung hatte, ist nur für § 131 InsO und seine Abgrenzung von § 130 InsO maßgeblich, nicht hingegen für den Einwendungstatbestand des § 142 InsO.²²⁴ Denn Anfechtungsgrund und Anfechtungsausschluss sind streng zu trennen: Die für den Ausschluss nach § 142 InsO entscheidende Frage, ob durch den wertäquivalenten Leistungsaustausch nur eine Vermögensumschichtung stattgefunden hat und daher keine (unmittelbare) Gläubigerbenachteiligung vorliegt, ist unabhängig von der Feststellung des konkreten Anfechtungsgrundes zu prüfen.²²⁵

cc) Verhältnis zur Unsicherheitseinrede, § 321 BGB

§ 321 Abs. 1 S. 1 BGB erlaubt es dem aus einem gegenseitigen Vertrag Vorleistungspflichtigen, die ihm obliegende Leistung zu verweigern, wenn er erkennt, dass sein Anspruch auf die Gegenleistung durch mangelnde Leistungsfähigkeit des anderen Teils, d.h. drohende oder eingetretene Zahlungsunfähigkeit,²²⁶ gefährdet wird. Dieses Leistungsverweigerungsrecht entfällt nur, wenn die Gegenleistung bewirkt (§ 321 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 BGB) oder Sicherheit für sie geleistet wird (Alt. 2); diesbezüglich besteht aber kein Anspruch des Vorleistungspflichtigen, er kann nur eine Frist setzen, nach deren erfolglosem Ablauf er ein Rücktrittsrecht hat (Abs. 2). Da es sich bei einer nach § 321 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB gestellten Sicherheit daher grundsätzlich um eine inkongruente Deckung handelt und somit in der Regel § 131 Abs. 1 Nr. 1 oder 3 InsO erfüllt ist, wird der Vorleistungspflichtige quasi in eine Falle getrieben: Die Anfechtbarkeit zeigt, dass die Stellung der Sicherheit, die zur Erfüllung der Vorleistungspflicht zwingt, dem Zweck des § 321 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB widersprechend, nicht das Insolvenzrisiko ausschließt, da der Vorleistungspflichtige mit der (inkongruenten) Sicherheit nach *BGH* und h.M. nicht so gestellt wird, als habe er statt dieser die wegen des Bargeschäftsprivilegs

²²³ *Paulus* (Fn. 107), 454; *Wagner* (Fn. 220), § 142 Rn. O 16.

²²⁴ *Wagner* (Fn. 220), § 142 Rn. O 12; zust. *Schoppmeyer* (Fn. 220), 1883.

²²⁵ *BGH*, NZI 2011, 675 (675 Rn. 8).

²²⁶ *Emmerich*, in: MünchKomm-BGB II, 6. Aufl. 2012, § 321 Rn. 11; *Otto*, in: Staudinger-BGB, Neubearb. 2009, § 321 Rn. 14.

anfechtungsfeste Gegenleistung erhalten.²²⁷ § 321 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB kann seine Funktion daher nur erfüllen, wenn inkongruente Deckungen nicht *a priori* vom Bargeschäftsprivileg ausgeschlossen sind.

c) Historische Betrachtung

Die Konkursordnung enthielt keine Bargeschäftsnorm, doch ihrem Gesetzgeber war dessen Ursprungsdogmatik bekannt, wie Andeutungen in der Begründung des KO-Entwurfs erkennen lassen: Ein Rechtsgeschäft, das weder Betrug noch Freigebigkeit enthält, sollte der Anfechtung nur ausgesetzt sein, wenn es die Masse negativ beeinträchtigt; dies sollte es dem Schuldner ermöglichen, eine Zahlungseinstellung wieder zu beseitigen.²²⁸

Die Gesetzesmaterialien zur Insolvenzordnung erklären ausdrücklich, das Bargeschäftsprivileg solle dem „Grundsatz des geltenden Konkursrechts“ entsprechen, dass „Bargeschäfte nicht der Anfechtung kongruenter und inkongruenter Deckung unterliegen“.²²⁹ Diesen Grundsatz hatte die Rechtsprechung zur KO entwickelt.²³⁰ Der InsO-Gesetzgeber hat zwar (trotz Möglichkeit dazu) die Rechtsprechungsänderung von 1993 nicht berücksichtigt; umgekehrt lässt sich aber aus seinem diesbezüglichen Schweigen auch nicht schließen, dass er sie ablehnte.²³¹ Trotzdem sprechen Entstehungsgeschichte und Gesetzesmaterialien eher für die Gegenansicht.

d) Teleologische Erwägungen

Wie erwähnt formulierte der *BGH*, dass „weder rechtlich noch wirtschaftlich ein Anlass besteht, Umsatzgeschäfte des Schuldners in der Krise zu begünstigen, soweit sie anders abgewickelt werden als vereinbart“.²³²

aa) Schuldnerschutz

Wirtschaftlicher und rechtlicher „Anlass“ des Bargeschäfts ist der Schutz des Schuldners: Dieser soll auch in der Krise nicht gänzlich vom Geschäftsverkehr ausgeschlossen werden; um ihm nicht jegliche wirtschaftliche Handlungsfreiheit zu

²²⁷ *Klinck* (Fn. 216), S. 401 f.; zust. *Wagner* (Fn. 220), § 142 Rn. O 70; vgl. zu § 648a BGB a.F. (2002-2008): *BGH*, NZI 2007, 456 (456 f. Rn. 8).

²²⁸ *Hahn/Mugdan*, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, Band 4: Materialien zur Konkursordnung, Neudruck 1983, S. 116, 121, 127; *Riggert*, Zur dogmatischen Entwicklung des insolvenzrechtlichen Bargeschäfts, in: FS Braun, 139 (144 ff.).

²²⁹ Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, S. 75, 410; BT-Drs. 12/2443, S. 167.

²³⁰ Siehe Fn. 208.

²³¹ *Klinck* (Fn. 216), S. 399 f.; *Wagner* (Fn. 220), § 142 Rn. O 1-3.

²³² *BGHZ* 123, 320 (328).

nehmen, ermöglicht ihm das Bargeschäft einen unantastbaren Kern anfechtungsfester Rechtsgeschäfte. Der Rechtsverkehr ist so auch im Krisenfall kontrahierungsbereit, da er auf die Bestandsfestigkeit der abgeschlossenen Bargeschäfte vertrauen kann.²³³ Akzeptiert der Anfechtungsgegner nun einen (höchstens gleichwertigen) anderen Leistungsgegenstand als den ursprünglich vereinbarten, fördert das den Zweck des § 142 InsO sogar.²³⁴ Schutzwürdig ist der Schuldner erst dann nicht mehr, wenn er Gläubiger vorsätzlich benachteiligt.²³⁵

bb) Schutz der Gläubigergesamtheit

Wesentlicher Grund für die Privilegierung des Bargeschäfts und die Bemessung seiner Reichweite ist, dass die Gläubigergesamtheit durch seinen Abschluss und seine Erfüllung keinen Nachteil erleidet und der Schutz der Insolvenzgläubiger gewährleistet ist: Maßgebliches Element dafür ist der direkte, tatsächliche und wertäquivalente Leistungsaustausch, durch den eine (unmittelbare) Gläubigerbenachteiligung ausgeschlossen wird.²³⁶ Denn es liegt dann nur eine bloße Vermögensumschichtung, keine Vermögensverschiebung zulasten der Gläubigergesamtheit, vor.²³⁷ Der BGH geht aber davon aus, dass auch bei Vorliegen der sonstigen Bargeschäftsvoraussetzungen bei einem inkongruent befriedigten oder besicherten Gläubiger eine einseitige Begünstigung²³⁸ und *e contrario* eine Benachteiligung der übrigen Gläubiger vorliege. Dies trifft bei genauerer Betrachtung aber nur selten zu:²³⁹ Leistet der Schuldner ein *aliud*, wird er aufgrund seiner angespannten Vermögenssituation darauf achten, dass es nicht höherwertig ist als der ursprünglich geschuldete Gegenstand. Leistet er vor Fälligkeit, hat der Gläubiger zwar einen Zinsvorteil, dieser wird aber im Vergleich zur Deckung in der Regel unerheblich sein. Ein Unterschied zu einer kongruenten Deckung besteht nur, wenn der Insolvenzgläubiger die Deckung überhaupt nicht zu beanspruchen hatte – dies wird relevant, wenn der Schuldner auf eine endgültig nicht durchsetzbare oder nicht bestehende Forderung leistet. In den letztgenannten Fällen ist schon fraglich, ob überhaupt noch ein Bargeschäft vorliegen kann (Parteiabrede vonnöten), jedenfalls deuten sie stark auf eine vorsätzliche Gläubigerbenachteiligung i.S.d. § 133 Abs. 1 InsO hin. Auch die inkongruente Sicherheitenbestellung verletzt die *par condicio creditorum* nicht mehr

²³³ BT-Drs. 12/2443, S. 167; Riggert (Fn. 228), 153.

²³⁴ Klinck (Fn. 216), S. 400.

²³⁵ Siehe dazu Abschnitt III. 2. d) bb).

²³⁶ BT-Drs. 12/2443, S. 167; so bereits Hahn/Mugdan (Fn. 228), S. 121, 127; zu letzterem Riggert (Fn. 228), 153 f.

²³⁷ So K. Schmidt (Fn. 36), 475.

²³⁸ BGHZ 123, 320 (328).

²³⁹ Zum Folgenden Klinck (Fn. 216), S. 335.

als die kongruente Befriedigung:²⁴⁰ Der inkongruent besicherte Insolvenzgläubiger kann nicht besser auf das Schuldnervermögen zugreifen, als ihm dies schon seine Forderung erlaubt. Zwar wird ein Gegenstand aus dem Schuldnervermögen gebunden, dies wäre aber auch bei kongruenter Erfüllung geschehen. Die Besicherung statt sofortiger Leistung kann für Schuldner und Restgläubiger sogar positiv sein, da ggf. liquide Mittel im Schuldnervermögen bleiben, die sonst abgeflossen wären. Somit gefährden inkongruente Deckungen nur ausnahmsweise (in der Regelwürde hier § 133 Abs. 1 InsO greifen) den von § 142 InsO bezweckten Insolvenzgläubigerschutz.

cc) Schutz des Vertragspartners des Schuldners

Weiterhin will § 142 InsO redliche Vertragspartner des Schuldners schützen; er ermöglicht auch den Abschluss von Rechtsgeschäften, bei denen der marktübliche Gewinn erzielt wird – die reguläre Gewinnspanne des Vertragspartners ist also mitprivilegiert.²⁴¹ Dem stehen inkongruente Deckungen nicht entgegen, wenn der Vertragspartner sie akzeptiert.

dd) Sanierungsfunktion des Bargeschäftsprivilegs

Zudem hat § 142 InsO eine Sanierungsfunktion:²⁴² Während der oben genannte Schutz des Schuldners diesem vor allem eine gewisse individuelle wirtschaftliche Handlungsfreiheit trotz Krise erhalten will, steht hier das allgemeine Interesse an einer funktionierenden Wirtschaft im Vordergrund. Der Schuldner soll wenigstens Bargeschäfte abschließen können, ohne im Falle des Scheiterns der Sanierung eine Rückabwicklung befürchten zu müssen. Da sich (außer bei einseitigen Rechtsgeschäften) immer Vertragspartner finden müssen, die mit dem kriselnden Schuldner kontrahieren, bietet § 142 InsO für diese Rechtssicherheit und bewirkt somit, dass der Schuldner seine Zahlungseinstellung wieder beseitigen kann. Akzeptieren die Vertragspartner bei Erfüllung inkongruente Deckungen, wäre deren durch § 142 InsO gewährte Anfechtungsfestigkeit sogar förderlich für die Sanierungsbemühungen.

ee) Deregulierungsfunktion des § 142 InsO

Schließlich kommt § 142 InsO eine Deregulierungsfunktion zu: Es ist impraktikabel, die massenweise abgeschlossenen, sofort abgewickelten Geschäfte des täglichen Lebens den komplizierten Insolvenzanfechtungsvorschriften zu

²⁴⁰ Zum Folgenden *ebd.*, S. 336.

²⁴¹ So bereits *Hahn/Mugdán* (Fn. 228), S. 121, 127; *Riggert* (Fn. 228), 153.

²⁴² Zum Folgenden: *Hahn/Mugdán* (Fn. 228), S. 127; *BGH*, ZIP 2010, 246; *BAG*, ZIP 2014, 628 (636 f. Rn. 85 ff.).

unterwerfen.²⁴³ Auch dem ist eine Bargeschäftsprivilegierung der Inkongruenzanfechtung zuträglich – zumal die Trennung zwischen Kongruenz und Inkongruenz nicht in jedem Fall überzeugend gelingt.²⁴⁴

e) *Fazit und Rückschlüsse*

In der Zusammenschau spricht vieles dafür, auch inkongruente Deckungen in der Regel (in Ausnahmefällen greift § 133 Abs. 1 InsO) dem Anwendungsbereich des Bargeschäftsprivilegs zu unterstellen.²⁴⁵ Ein Praxisbeispiel stützt dies: So hat sich der *BGH* mit seiner Rechtsprechung, § 142 gelte nur bei § 130 InsO, im Rahmen von Verrechnungen im Kontokorrent selbst „in Schwierigkeiten“²⁴⁶ gebracht: Da die Verrechnung im ungekündigten Kontokorrent inkongruent ist (kein fälliger Rückführungsanspruch der Bank), kann der IX. Zivilsenat die für Recht erkannte Anwendung des § 142 InsO auf die dennoch erfolgte Verrechnung von Ein- und Auszahlungen innerhalb der Kreditlinie in kritischer Zeit nicht überzeugend erklären.²⁴⁷

Jedenfalls lassen sich zwei Rückschlüsse ziehen: Zum einen ist auch die Inkongruenz, die ja nur die Kenntnis der materiellen Insolvenz, d.h. bei § 130 InsO der Zahlungsunfähigkeit, ersetzt – zumindest beim Vorliegen der Bargeschäftsvoraussetzungen – in der Regel nicht geeignet, den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz zu indizieren; dies bestätigt das obige Ergebnis, dass die Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit an sich dann als Indiz nicht taugt.

Hier will nun auch der Gesetzgeber eingreifen – wenn auch aus anderen Motiven denn als Resultat methodischer Untersuchungen –, indem er die Voraussetzungen der Deckungsanfechtung im neuen § 133 InsO normiert, ohne der Inkongruenz eine (indizielle) Bedeutung zuzumessen; eine inkongruente Deckung ist danach nicht (mehr) zwangsläufig „unlauter“ und nach § 133 InsO anfechtbar.²⁴⁸ Dies ist begrüßenswert.

Zum Zweiten zeigt sich an dem hohen Grad der Inkongruenz in den (Ausnahme-)Fällen, in denen eine Gläubigerbenachteiligung durch die inkongruente Deckung

²⁴³ So zur KO *Riggert* (Fn. 228), 152 f.

²⁴⁴ *Wagner* (Fn. 220), § 142 Rn. O 69.

²⁴⁵ Dafür auch *Bork* (Fn. 173), 67; *Paulus* (Fn. 107), 453 f.; *Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus* (Fn. 65), Kap. 33 Rn. 35; *Schoppmeyer* (Fn. 220), 1883; *Wagner* (Fn. 220), § 142 Rn. O 11-13, O 66-71; *Klinck* (Fn. 216), S. 402.

²⁴⁶ So *Bork* (Fn. 173), 65 ff.; *ders.*, Die anfechtbare Kontokorrentverrechnung, in: FS Fischer, 2008, 37 (41 ff.).

²⁴⁷ *Wagner* (Fn. 220), § 142 Rn. O 69.

²⁴⁸ Eckpunktepapier des *BMJV* (Fn. 10), S. 1 f.; dazu *Bork* (Fn. 10), 1906.

selbst im Rahmen eines Bargeschäfts eintritt (Deckung einer endgültig nicht durchsetzbaren oder nicht bestehenden Forderung), und die dann das Eingreifen der Vorsatzanfechtung nötig machen, welche strengen Maßstäbe an das Vorliegen des Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes i.S.d. § 133 Abs. 1 InsO anzulegen sind. Ob alle hier in Betracht kommenden Konstellationen, die offensichtlich von einer gewissen kriminellen Energie auf Schuldner- und Gläubigerseite geprägt sind, in einem abschließend aufzählenden, gesetzlichen Unlauterkeitskatalog erfasst werden können, wie es das Eckpunktetpapier des *BMJV* vorsieht,²⁴⁹ erscheint zweifelhaft.²⁵⁰

V. Ergebnis

Zum Abschluss der Betrachtung der (verschärften) Vorsatzanfechtung im Rahmen von § 142 InsO lassen sich drei zentrale Aspekte zusammentragen, die auch *de lege ferenda* zu beachten sind:

Erstens dürfen die Gerichte nicht im Rahmen der sog. Gesamtwürdigung versuchen, das materielle Recht zu korrigieren und so im Einzelfall eine „angemessene“ Entscheidung herbeiführen (Gefahr der Billigkeitsrechtsprechung).

Zweitens dürfen (über § 142 InsO) nicht einzelne Gläubigergruppen aus mit der Insolvenzrechtsdogmatik brechenden Gründen privilegiert werden.

Stattdessen gilt es drittens, die fein austarierte Systematik des Insolvenzanfechtungsrechts gerade bei der Anwendung der Vorsatzanfechtung und (bzw. im Rahmen) des Bargeschäfts sorgfältig zu berücksichtigen – insbesondere ist diesbezüglich zu überprüfen, welche Reichweite der Indizwirkung der Kenntnis der (drohenden) Zahlungsunfähigkeit beigemessen werden kann.

²⁴⁹ Eckpunktetpapier des *BMJV* (Fn. 10), S. 1 ff.: Wegen unlauterer Benachteiligung sollen neben (kongruenten und inkongruenten) Deckungen noch „sonstige Rechtshandlungen (also keine Deckungen)“ des Schuldners wohl nach Maßgabe des bisherigen § 133 Abs. 1 S. 1 InsO und entgeltliche Verträge mit einer nahestehenden Person (bisheriger § 133 Abs. 2 InsO) anfechtbar sein.

²⁵⁰ Ebenso *Bork* (Fn. 10), 1906.

Marcel Kahl*

Buchrezension: Unterlassungen und ihre Folgen

Abstract

Rezension zur Dissertation von *Carl Bottek*: Unterlassungen und ihre Folgen. Handlungs- und kausalitätstheoretische Überlegungen, Verlag Mohr Siebeck, Tübingen 2014. XII, 371 Seiten, Perspektiven der Ethik 1, 79,00 €.

* Der Verfasser studiert seit dem Wintersemester 2011/12 Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg.

1. Einführung

Die juristische Unterlassungsdogmatik geht davon aus, dass Handlungen¹ und Unterlassungen einander normativ nicht gleichstehen. § 13 Abs. 1 StGB legt hierzu fest: *Wer es unterläßt, einen Erfolg abzuwenden, der zum Tatbestand eines Strafgesetzes gehört, ist nach diesem Gesetz nur dann strafbar, wenn er rechtlich dafür einzustehen hat, daß der Erfolg nicht eintritt, und wenn das Unterlassen der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes durch ein Tun entspricht.* Diese Wertung zeigt sich zunächst an der benötigten Garantenstellung des Täters (*...wenn er rechtlich dafür einzustehen hat...*), weiter für verhaltensgebundene Delikte an der Entsprechungsklausel am Ende des Absatzes.² Verstärkt wird sie durch die Strafmilderungsklausel in § 13 Abs. 2 StGB.³

Die Vorschrift setzt voraus, dass Unterlassungen *kausal* relevant sind. Das bedeutet, dass sie Folgen haben. Hätten sie keine, wären sie niemals strafbar und § 13 StGB wäre überflüssig. Denn so fehlte die Verbindung zwischen Unterlassung und Eintritt des Erfolgs.

Wie aber kann es eine Folge haben, dass etwas nicht geschieht? Kurz gesprochen: Wie folgt aus nichts? Das ist insofern erklärungsbedürftig, als ohne Erklärung die *moralische* Verantwortung für (Unterlassungs-)Delikte von der *kausalen* Verantwortung entkoppelt würde.

Bevor allerdings nach den Folgen von Unterlassungen gefragt werden kann, ist zunächst erklärungsbedürftig, was Unterlassungen überhaupt sind, insbesondere zu klären: Wie ist ihr Verhältnis zu Handlungen?

In seiner Dissertation geht *Bottek* auf beide Fragenkomplexe ein. Dabei zeichnet sich ab, dass dem ersten Komplex ein weiteres Problem zugrunde liegt, für das in der Philosophie bisher noch keine vollständig überzeugende Lösung gefunden wurde: Es fehlt eine insgesamt schlüssige Konzeption von Kausalität.

2. Überblick über Aufbau und Inhalte

Ziel von *Botteks* Arbeit ist, eine theoretische Grundlage für die normative Auseinandersetzung mit Unterlassungen zu geben. Ein solches Fundament wird relevant, wenn es um die Bewertung von Handlungen und Unterlassungen im

¹ Hier und im Folgenden untechnisch für: Tun.

² Sog. Modalitätenäquivalenz. Überblick bei *Stree/Bosch*, in: *Schönke/Schröder*, 29. Aufl. 2014, § 13 Rn. 4.

³ *Ebd.*, Rn. 64: Die fakultative Strafmilderung sei Ausdruck der Möglichkeit geringeren Unrechts- und Schuldgehalts beim Unterlassen.

Verhältnis zueinander geht, wie z.B. in § 13 StGB. Unterscheiden sich beide Verhaltensarten nicht wesentlich voneinander, ist eine ungleiche Bewertung besonders begründungsbedürftig. Sind sie doch wesentlich verschieden, erfordert auch schon eine Ähnlich-Behandlung eine Begründung, umso mehr eine Gleichbehandlung. Außer im letzten Abschnitt des Werks (Kap. 3.2) äußert sich *Bottek* dabei explizit nicht moralphilosophisch (S. 3).⁴

Die Argumentation der Dissertation teilt sich auf in zwei Kapitel, die sich an den oben gestellten Fragen⁵ orientieren. Im dritten Kapitel finden sich eine Zusammenfassung sowie die Anwendung der Erkenntnisse auf aktive und passive Sterbehilfe.

Bottek setzt beim Leser keine tiefgehenden thematischen Kenntnisse voraus; das erleichtert die Lektüre für juristische Lesergruppen. Ebenfalls lassen sich alle Abschnitte des Buchs isoliert beginnen, da am Anfang jeder Argumentation alles für diese Relevante rekapituliert wird. Dass diese Darstellungsweise dabei zulasten einer effektiven Gesamtlektüre geht, kann dabei vernachlässigt werden. Die Zwischenfazits am Ende der Abschnitte ermöglichen einen Blick über die Kerninhalte des Werks in etwa einer Stunde.

Bottek legt die jeweils aufgeführten Theorien in ihrer Entwicklung dar und überprüft ihre Plausibilität anhand einer Reihe von Gegenargumenten. Zahlreiche Beispiele vermeiden dabei eine zu abstrakte Diskussion. Die Argumentation ist durchsetzt mit Originalzitate insbesondere englischer Autoren.

a) Kapitel 1: Unterlassungen als Gegenstand der philosophischen Handlungstheorie

Ausgehend von der veralteten voluntaristischen Handlungstheorie legt *Bottek* die drei zur Handlungstheorie vertretenen Konzeptionen dar: (i) die intentionalistische Handlungstheorie, (ii) die naturalistische bzw. kausalistische Handlungstheorie sowie (iii) die Idee der Akteurskausalität (*agent causation*), wobei er (i) und (iii) auf derselben Seite sieht.⁶ Wesentlich für die Unterscheidung zwischen Handlungen und sonstigem menschlichen Verhalten wie Stolpern sei die Differenzierung von *Gründen* und *Ursachen*.

⁴ Vgl. zu Kap. 3.2 unten 2. c).

⁵ 1. Was sind Unterlassungen? 2. Haben Unterlassungen Folgen?

⁶ Ziel der Akteurskausalität ist, den Akteur als nicht kausierten Urheber in einer kausalen Welt zu beschreiben. Da ihr Schwerpunkt insofern etwas außerhalb der Systemdebatte zwischen (i) und (ii) liegt, wird sie im Folgenden ausgeklammert.

Die intentionalistische Handlungstheorie behauptete hierzu: Während letztere Ereignisse nur durch auf die Vergangenheit gerichtete Ursachen erklärbar seien, müssten bei Handlungen für eine angemessene Erklärung auch Gründe hinzukommen. Diese seien teleologisch und damit zukunftsgerichtet.⁷

Dagegen setze die kausalistische Theorie, Gründe seien bloß eine besondere Art von Ursachen. Wünsche und Überzeugungen als primäre Gründe verursachten Körperbewegungen. *Botteck* wendet gegen diese Konzeption u.a. ein, sie könne erstens keine Erklärung für abweichende Kausalketten liefern. Darunter seien solche Fälle zu verstehen, in denen ein Akteur ein Ereignis verursache, was von ihm gewollt sei, aber nicht als Resultat seiner Absicht in der konkreten Situation betrachtet werden könne (T's Schuss verfehlt O. Durch den Schuss aufgeschreckte Tiere trampeln O zu Tode.). Zweitens seien Unterlassungen nicht unter die Theorie zu fassen, obwohl ihre Vertreter teilweise selbst zugäben, dass Unterlassungen Handlungscharakter hätten. Letzteres Argument ist dabei insofern nur beschränkt nützlich, als *Botteck* die Existenz von Unterlassungen als Handlungen i.w.S.⁸ gerade nicht voraussetzen sollte.

Nachdem sich *Botteck* zugunsten der intentionalistischen Handlungstheorie ausgesprochen hat, prüft er, inwieweit diese sich ebenfalls auf Unterlassungen anwenden lässt. Unterlassungen seien ebenso wie Handlungen teleologisch zu erklären. Von einer Handlung i.w.S. könne man nur dann sprechen, wenn Handlungsspielraum bestehe. Hinzu komme, dass Handlungsbeschreibungstypen oft einen Aspekt einer Handlung i.w.S. betonten oder unabhängig von Tun oder Unterlassen auf das Resultat einer Handlung i.w.S. blickten. Ein bestimmtes Benehmen könne daher mehrere Qualitäten aufweisen. Damit bleibe für die Frage, wie Handlungen und Unterlassungen sich zueinander verhielten, noch zu erörtern, ob sie im Hinblick auf ihre Folgen gleichwertig seien.

b) Kapitel 2: Unterlassungen und Kausalität

In seiner kausalitätstheoretischen Analyse geht *Botteck* von *Humes* Kausalitätsverständnis aus. Anschließend stellt er fünf kausalitätstheoretische Modelle vor, die er jeweils kritisiert und sodann auf Unterlassungen anwendet. Dabei zeigt sich: Zwar ist jedes Kausalitätsmodell bleibenden Einwänden ausgesetzt. Jedoch lassen sich Unterlassungen unter jedes Modell außer dem naturalistischen fassen. Weist man dieses letzte Modell also überzeugend zurück, sind Handlungen und Unterlassungen einander gleichzustellen.

⁷ *Teleologisch* meint hier: mit einem Zweck verbunden/zweckgerichtet.

⁸ Handlung i.w.S. umfasst sowohl Handlungen als Tun wie auch als Unterlassen.

Grundfrage der kausalitätstheoretischen Debatte sei, nach welchem Kriterium zwei Ereignisse kausal verknüpft seien. Nach *Hume* sei Kausalität keine tatsächlich existierende Beziehung zwischen Dingen, sondern erwachse aus der menschlichen Gewohnheit, dass einem Ereignis ein bestimmtes anderes folge.

(i) *Mill* habe die Idee von Bedingungen eingeführt, die es erlaube multikausale Zusammenhänge darzustellen. Nach der Weiterentwicklung von *Mackie* bestünden sog. INUS-Bedingungen⁹. Das bedeute, verschiedene Gruppen von Teilbedingungen seien jeweils insgesamt hinreichend für ein Ereignis. Die Theorie habe im Wesentlichen damit zu kämpfen, dass Ursachen¹⁰ (Der Todesschuss.) und Randbedingungen (Die ausgebliebene Explosion der Welt vor dem Schuss.) sich nicht abstufen ließen. Außerdem erfassten INUS-Bedingungen auch Ereignisse, die weder Ursache noch Randbedingung seien, und gingen insofern zu weit.

(ii) *Lewis* erweitere den Ansatz von *Mill* und *Mackie* um sog. kontrafaktische Konditionale. Im Kern handelt es sich dabei um die *Conditio-sine-qua-non-Formel*. Auch hier stelle sich das Problem, dass kontrafaktische Konditionale auch Nicht-Bedingungen erfassten und eine Trennung zwischen Randbedingungen und Ursachen nicht möglich sei. Die kausale Relevanz von Unterlassungen sieht *Botteck* darin, dass in Situationen mit Handlungsspielraum entweder gehandelt oder unterlassen werden könnte – „*tertium non datur*“ (S. 259). Hieraus ergibt sich, dass die (unglücklich) als hypothetische Kausalität bezeichnete Prüfung im Strafrecht nur zu erörtern versucht, ob ein „Unterlassen“ tatsächlich als Handlung i.w.S. gewertet werden kann, weil es eine Handlungsalternative gab.

(iii) *Suppes* und *Pearl* hätten die sog. probabilistische Kausalitätstheorie eingeführt. Diese erlaube, allgemeine kausale Beziehungen festzustellen (sog. Type-Ebene), selbst wenn im Einzelfall keine Relation feststellbar sei (sog. Token-Ebene).¹¹ Ursache sei ein Ereignis, dass die Wahrscheinlichkeit eines Folgeereignisses erhöhe. Starke Bedenken sei dieser Ansatz vor allem im Übergang von Type- auf Token-Ebene ausgesetzt. Hier könne als Ursache auftreten, was

⁹ „an *insufficient* but *necessary* part of a condition which is itself *unnecessary* but *sufficient* for the result“, *Mackie*, *Causes and Conditions*, in: *American Philosophical Quarterly* 2 (4), 1965, 244 (245), zitiert nach S. 186 f.

¹⁰ Im zweiten Kapitel verwendet *Botteck* den Begriff der Ursache nicht mehr wie im ersten Kapitel in Abgrenzung zum Grund, sondern betrachtet eine Ursache als das Ereignis, was kausal ist für das Folgeereignis.

¹¹ Bsp.: Rauchen verursacht Krebs. Kettenraucher K erkrankt aber (noch) nicht. Genauso ist die Relevanz jeder einzelnen gerauchten Zigarette nicht abzuschätzen.

auf Type-Ebene die Wahrscheinlichkeit verringere. Unterlassungen ließen sich jedoch unschwer in die Konzeption einbinden: Eine Unterlassung sei dann Ursache, wenn die Handlung die Wahrscheinlichkeit des Folgeereignisses vermindert hätte.

(iv) Obwohl die interventionistische Kausalitätstheorie eine Vielzahl von Bedenken ausgesetzt und damit nicht ernstlich in Erwägung zu ziehen sei, ließen sich Unterlassungen ohne Weiteres einbinden. Nach der interventionistischen Grundthese gehe mit der Änderung eines Faktors stets die Änderung eines anderen Faktors einher. Eine Unterlassung sei dann Ursache des Gleichbleibens eines Faktors, wenn sich dieser durch die alternative Handlung¹² verändert hätte.

(v) Die letzte Kausalitätskonzeption von *Russel*, *Salmon* und *Dowe* basiere auf der naturwissenschaftlich geprägten Idee, dass Kausalität auf der Übertragung von Energie beruhe.¹³ Weil bei Unterlassungen gerade nichts übertragen werde, könnten diese auch nicht als kausal relevant angesehen werden. Um diese Konsequenz zu vermeiden, legt *Botteke* dar, dass eine solche physikalische Kausalitätstheorie auch nicht in der Lage sei, andere von uns als kausal betrachtete Ereignisse zu beschreiben. Seine weiteren Einwände schließen sich an die zuvor gegen den kausalistische Handlungstheorie aufgeführten Bedenken an.

Insgesamt ergibt sich damit nach *Bottekes* kausalitätstheoretischer Analyse: Der Begriff der Kausalität ist noch nicht abschließend ermittelt. Legt man jedoch nicht gerade ein physikalisches Kausalitätsverständnis zugrunde, hat das für den Umgang mit Unterlassungen keine Konsequenzen. Nach allen anderen Modellen haben Unterlassungen Folgen.

c) Kapitel 3.2: Anwendung auf aktive und passive Sterbehilfe

Explizit juristisch relevant wird *Bottekes* Konzeption angewandt auf Sterbehilfe. So lässt sich die Unterscheidung zwischen aktiver und passiver Sterbehilfe nach *Botteke* nicht mehr durch das Gegensatzpaar Tun und Unterlassen rechtfertigen. Nach vorstehender Analyse sei es parallel zum Ausschalten des eingeschalteten Lichts eine Handlung, eine Behandlung z.B. durch das Ziehen eines Schlauches zu beenden. Hinter der Bewertung als Unterlassung stehe wohl der Wunsch zu erlauben, lebensverlängernde Maßnahmen abubrechen. Eine Möglichkeit, die Differenzierung zwischen aktiver und passiver Sterbehilfe aufrecht zu erhalten, bestehe darin, den Tod des Patienten als Ereignis eines multikausalen Prozesses

¹² Auch hier gilt: Es gibt nur zwei Möglichkeiten – Handlung oder Unterlassung.

¹³ Hierin steckt die Lehre von der gesetzmäßigen Bedingung.

zu beschreiben: Während z.B. das Verabreichen eines Giftes einzige wesentliche Todesursache sei, komme beim Behandlungsabbruch die Erkrankung des Patienten als weitere wesentliche Ursache hinzu. Durch diese Betrachtung ließe sich auch eine unterschiedliche Wertung begründen.

3. Fazit

Insgesamt liegt mit *Carl Bottek's* Dissertation eine aus rechtswissenschaftlicher Sicht¹⁴ großartige Grundlage vor, um normative Argumentationen auf den Ebenen von Kausalität und Unterlassen fortzuentwickeln. *Bottek* legt offen, dass Kausalität mehr ist als *conditio sine qua non* oder die Lehre von der gesetzmäßigen Bedingung. Eine Schattenseite bleibt jedoch: Zurückgreifen auf *die* Kausalitätstheorie können wir nicht. Denn es ist (derzeit noch?) nicht abschließend festgestellt, was Kausalität ist. Diesem Begriff in aller Sicherheit zu subsumieren, bleibt der Jurisprudenz solange verwehrt. Es gilt dennoch zu erwägen, wie die philosophischen Modelle sich rechtlich fruchtbar machen lassen.

Was Unterlassungen angeht, kann es lohnend sein, die gegenwärtige Abstufung zur Handlung auf normativer Ebene zu überdenken. Sollte die Technisierung tatsächlich die Bereiche strafbaren Handelns verschieben dürfen, indem sie den Raum des Unterlassens ausdehnt? Und muss Unterlassen als Teil einer Gesamtsache im Grundsatz so gestellt werden wie Handeln, was ebenso nur ein solcher Teil ist? Oder lässt sich bei Vorsatzdelikten mittels multikausaler Modelle eine neue Unterscheidung nach Verursachungsbeiträgen ähnlich der Differenzierung zwischen Täter und Teilnehmer auch auf kausaler Ebene einführen? In jedem Fall sollte man den Finger in die Wunde legen und fragen, ob Merkmale wie die Garantenstellung nicht nur unter neuem Licht, sondern auch aus anderer Perspektive betrachtet werden sollten.

¹⁴ Weiter kann die Beurteilung in diesem Rahmen kaum gehen.