



Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft Heidelberg

AUFSÄTZE

- 01 Felix Boos
The Haiti Cholera case – Limits to the Immunity of the United Nations from Domestic Jurisdiction
- 21 Hendrik M. Wendland
Auch (selektive) Steuervergünstigungen sind Beihilfen! – Immer! Oder doch nicht?
- 52 Anna Dominke
Die SUP als Konzernbaustein und die fehlenden Organpflichten der Tochtergeschäftsführer
- 96 Christoph Groß
§ 357 StGB
- 129 Pauline Grotz/Stephan Makowka/Sebastian Omlor
Vertragsanpassung im englischen, US-amerikanischen und deutschen Privatrecht

RECHTSPRECHUNG

- 153 Gabriel Lipps
Die Zuständigkeit des zuerst angerufenen Gerichts nach der EuGVVO – zugleich Besprechung von EuGH, Rs. C-1/13 – Cartier

REZENSIONEN

- 185 Carsten Schier
Buchrezension: Kleine Stilkunde für Juristen

Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft Heidelberg

Redaktion

Chefredakteure: David Carnal, Björn Centner, Alexander Schäfer

Michelle Adam	Yoo-Jin Kim	Violetta Sefkow-Werner
Robin Azinovic	Florian Klein	Jülide Sözen
Philipp Bender	Garry Konrath	Christian Steck
Eleanor Benz	Michelle Leppin	Theresa Trautmann
Benedikt Bien	Marisa Machacek	Tobias Verkamp
Paulina Fecht	Anahita Mousavi	Aaron Waible
Louisa Gärtner	Anton Müller	Alexander Walker
Maximilian Gärtner	Claudia Neuberger	Hendrik Wendland
Esther Gothein	Alina Scheja	Leo Krause-Wichmann
Danya He	Natascha Schiel	Roman Wolf
Katja Hieber	Carsten Schier	Désirée Wollenschläger
Petja Ivanova	Florian Schmid	Samuel Zeh
Marcel Kahl	Anne Schneider	Valentine Wanbing Zheng

Wissenschaftlicher Beirat

Prof. Dr. Christian Baldus	PD Dr. Christian Laue
Prof. Dr. Burkhard Binnewies	Dr. Steven Less, Esq.
Prof. Dr. Martin Borowski	Prof. Dr. Thomas Lobinger
Prof. Dr. Jens Bulte	Prof. Dr. Ute Mager
Prof. Dr. Gerhard Dannecker	Dr. Robert Magnus
Prof. Dr. Dieter Dölling	Prof. Dr. Boris P. Paal, M.Jur. (Oxon.)
Prof. Dr. Stefan Geibel	Prof. Dr. Ulrich Palm
Prof. Dr. Bernd Grzeszick, LL.M.	Prof. Dr. Andreas Piekenbrock
Prof. Dr. Burkhard Hess	Prof. Dr. Dagmar Richter
Prof. Dr. Wolfgang Kahl, M.A.	Prof. Dr. Markus Stoffels
Prof. Dr. Friedemann Kainer	Prof. Dr. Christoph Teichmann
Prof. Dr. Christoph A. Kern, LL.M.	Prof. Dr. Christian Walter
Prof. Dr. Stephan Kirste	Prof. Dr. Marc-Philippe Weller
Prof. Dr. Hanno Kube, LL.M.	Dr. Nika Witteborg-Erdmann, M.A.

Ehemalige Chefredakteure:

Nicolas Nohlen, Thomas Straub, Caspar Behme, Anna-Katharina Hübler, Louisa Hansen, Till Wansleben, Laura Vásárhelyi-Nagy, Dominik Braun, Jan-Willem Prügel, Jonas von Göler

Herausgeber

Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft Heidelberg e.V.

Juristisches Seminar
Friedrich-Ebert-Anlage 6–10
69117 Heidelberg
www.studzr.de
E-Mail: verein@studzr.de

Zitervorschlag: *Autor*, Titel, StudZR-WissOn 2015, S.

Felix Boos*

The Haiti Cholera case – Limits to the Immunity of the United Nations from Domestic Jurisdiction?

Abstract

Die zunehmenden Aktivitäten der Vereinten Nationen (VN), insbesondere im Bereich der Friedenssicherung, sind eine Herausforderung für die Balance zwischen individuellem Rechtsschutz und funktioneller Immunität der VN wie sie im Übereinkommen über die Vorrechte und Immunitäten der VN von 1946 und im Völkergewohnheitsrecht niedergelegt sind. Am Beispiel der Cholera-Krise in Haiti wird das Für und Wider einer Aufhebung der Immunität der VN abgewogen. Hierbei werden Entwicklungen in der Rechtsprechung nationaler und internationaler Gerichte sowie Argumentationslinien aus dem Recht der Staatenimmunität einbezogen. Der folgende Beitrag kommt zu dem Schluss, dass eine Aufhebung der Immunität der VN durch staatliche Gerichte in der Abwesenheit eines alternativen Streitbelegungsmechanismus gerechtfertigt ist.

The every expanding activities of the United Nations (UN), especially its peace-keeping missions, challenge the equilibrium of access to justice and the UN's functional immunity as recognized under the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations and customary international law. Using the Haiti Cholera case as a case study, this article discusses why the UN's immunity may or may not prevail. Taking into account the case-law of national and international courts and analogous developments in the law of State immunity, this article concludes that national courts may lift the UN's immunity if the the UN fails to provide for an alternative dispute settlement mechanism.

* Felix Boos studiert Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg und ist studentische Hilfskraft am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Prof. *Dr. Stephan Schill*. Der Aufsatz entstand im Rahmen des Seminars Advanced International Law bei Prof. *Hugh Adsett* an der University of Ottawa im Wintersemester 2013/2014.

I. The Haiti Cholera case

The Republic of Haiti had not encountered a single case of cholera for over a century until a cholera epidemic broke out in late 2010.¹ As of October 8, 2013, the epidemic killed over 8,300 Haitians.² Several forensic studies, including one established under the auspices of the United Nations (UN) Secretary-General, have found the culprit bacteria as an Asian strain that was brought to Haiti by Nepalese members of the UN Stabilization Mission in Haiti (MINUSTAH).³

On November 3, 2011, the Institute for Justice and Democracy in Haiti (IJDH), a Boston-based group, filed a complaint on behalf of over 5,000 plaintiffs.⁴ The complaint demanded compensation of \$50,000 and \$100,000 for injured and deceased persons respectively based on Art. 54 of the Agreement Between the United Nations and the Government of Haiti Concerning the Status of the United Nations Operation in Haiti (SOFA Agreement). No standing claims commission under paragraph 55 of the SOFA Agreement has been established.⁵

On February 21, 2013, the UN rejected the claim, arguing that the consideration of these claims would include a review of political and policy matters and is thereby not receivable pursuant to Art. 29 of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations (CPIUN).⁶

The plaintiffs challenged this in another letter to the UN, dated May 7, 2013.⁷ After the UN did not change its position, the IJDH filed suit on October 9, 2013 in the US District Court, Southern District of New York.⁸

For the purpose of this paper, I will treat the available evidence as clear and convincing. Furthermore, I will assume that the UN is responsible for the cholera crisis.

¹ *Doyle*, Haiti cholera epidemic 'most likely' started at UN camp - top scientist, online: <http://www.bbc.co.uk>.

² *Gladstone*, Rights Advocates Suing U.N. Over the Spread of Cholera in Haiti, online: <http://www.nytimes.com>.

³ *Ibid.*

⁴ *Institute for Justice and Democracy in Haiti*, Petition for Relief, online: <http://ijdh.org>.

⁵ *Ibid.*, para. 5.

⁶ *O'Brien*, Letter to Mr Brian Concannon, online: <http://opiniojuris.org>.

⁷ *Institute for Justice and Democracy in Haiti*, Cholera Victims' Response to UN Letter, online: <http://www.ijdh.org>.

⁸ *Institute for Justice and Democracy in Haiti*, Class Action Complaint, online: <http://www.ijdh.org>.

II. Introduction

The *Haiti Cholera* case challenges the legal principles on UN immunity. Because the UN has grown from a small organization to an ever expanding body with numerous and wide-ranging tasks, its impact on human rights becomes more apparent. As the international protection of human rights progressed during the latter half of the 20th century, the immunity of the UN may become a gross denial of justice to victims.

This article explores possible limits to the immunity of the UN and their legality under international law. Part III describes the underlying rationale of UN immunity. Part IV outlines the legal framework of UN immunity. Part V surveys the application of the legal framework in judicial practice before assessing the legality of the denial of immunity of the UN under international law in Part VI. and concluding the topic in Part VII.

III. The Rationale of the Immunity of the UN

To analyze the rationale of the immunity of the UN is to explore theoretical limits of its immunity. Because the rationale derives from the nature of international organizations, this paper will endeavor a brief comparison of the nature of States and international organizations and the resulting rationales of their immunity. It will then deal with the related question about the relevance of considerations of both immunity regimes to each other.

1. The Different Nature of States and International Organizations

The *ICJ* described the fundamental differences between States and the UN as follows:

Whereas a State possesses the totality of international rights and duties recognized by international law, the rights and duties of an entity such as the Organization must depend upon its purposes and functions as specified or implied in its constituent documents and developed in practice.⁹

Because States are sovereign,¹⁰ their powers are, in principle, absolute. Conversely, the powers of international organizations are limited.¹¹ While territory

⁹ *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, ICJ Reports 1949, 174 (180).

¹⁰ Art. 2 para. 1 UN Charter.

¹¹ *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, ICJ Reports 1996, 66 (78).

is a precondition for statehood,¹² international organizations function in the territory of States.

The different characteristics of States and international organizations warrant a different approach to their immunities. The rationale of the law of State immunity, based upon the sovereign equality of States, is that an equal cannot have jurisdiction over an equal.¹³ Because international organizations are not sovereign, the law of State immunity is, without further justification, inapplicable to the UN. Accordingly, a different rationale is needed.

2. The Functional Immunity of the UN

The *Modus Vivendi* between the League of Nations and the Swiss government stipulated immunities based on an analogy to States.¹⁴ As such, it could only be sued in Swiss Courts with its express consent.¹⁵ Although domestic courts occasionally refer to the “sovereign powers” of international organizations,¹⁶ Arts 104 and 105 of the Charter abandoned this concept with the notion of functional necessity being the theoretical basis for the immunities of the UN.¹⁷ Functional necessity is based on the idea that international organizations are entitled to such immunities which are necessary for the exercise of their functions in the fulfillment of their purposes.¹⁸ The functional necessity thesis has several shortcomings as well.

In judicial practice, the functional necessity doctrine leads to absolute immunity.¹⁹ This holds especially true for the UN. The *ICJ* acknowledged the broad purposes of the UN.²⁰ Consequently, if an action is appropriate to fulfill purposes of the UN Charter, this action is presumed not to be *ultra vires* the Charter.²¹ Given the UN’s broad mandate under the Charter and slight prospect of

¹² Art. 1 Convention on the Rights and Duties of States.

¹³ *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v Italy: Greece intervening)*, ICJ Reports 2012, 99 (161) (separate opinion of Judge Keith).

¹⁴ Miller, *The Privileges and Immunities of the United Nations*, *International Organizations Law Review* 6 (2009), 7 (10-11).

¹⁵ *Ibid.*, 11.

¹⁶ *Food and Agriculture Organization v INPDAI*, ILR 87, 1 (8) (Court of Cassation 1982) (Italy).

¹⁷ Miller (note), 19.

¹⁸ Klabbers, *An Introduction to International Institutional Law*, 2nd ed. (2009), p. 148.

¹⁹ *Company Baumeister Ing Richard L v O*, ILDC 362, para. 12 (Supreme Court of Justice 2004) (Austria).

²⁰ *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)*, ICJ Reports 1962, 151 (168).

²¹ *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)*, ICJ Reports 1962, 151 (168).

ultra vires action,²² it will rarely be deemed not immune under the functional necessity doctrine.

Furthermore, the functional necessity doctrine of UN immunity is elusive and has different, sometimes contradictory implications for different judges and States.²³ This is because determination of the functional needs of an international organization is in the eye of the beholder.²⁴

3. The Applicability of State Immunity Considerations to UN Immunity

Although the law of State and UN immunity rests on different rationales, it is possible that considerations in one field are irrelevant to the other field. Judges²⁵ and courts²⁶ regularly apply considerations of the law of State immunity to the immunity of international organizations and *vice versa*. Applying these considerations by analogy is not automatic, but depends on the strength of the argument.

IV. The Legal Framework for the Immunity of the UN

1. Immunity from Legal Process

Having developed the theoretical premise of UN immunity, it is necessary to determine the basis for the UN immunity from legal process under international law. Under Art. 38 para. 1 ICJ Statute, treaties and customary international law may form the basis of the immunity of the UN. Because treaty law and customary international law on UN immunity are not necessarily identical, a distinct analysis is required to resolve possible conflicts under Art. 31 para. 3 lit. c VCLT.

a) *Treaties*

There are two treaties governing the immunity of the UN under international law: the UN Charter and CPIUN.

Under Art. 105 para. 1 UN Charter, the UN shall enjoy in the territory of each of its Members such privileges and immunities as are necessary for the fulfillment of its purposes.

²² *Miller* (note), 19-20.

²³ *Reinisch*, *International Organizations before National Courts*, 2000, p. 206, 331.

²⁴ *Klabbers* (note), p. 149.

²⁵ *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v Italy: Greece intervening)*, ICJ Reports 2012, 99 (298-299) (dissenting opinion of Judge Yusuf).

²⁶ *Stichting Mothers of Srebrenica and others v the Netherlands*, 11.6.2013, No. 65542/12, para. 158.

Art. 105 para. 3 UN Charter authorizes the General Assembly to propose conventions determining the details of Art. 105 para. 1 UN Charter. The General Convention sets the legal framework for those details. Under Art. 2 CPIUN, the UN, its property and assets shall enjoy immunity from every form of legal process except insofar as in any particular case it has expressly waived its immunity.

The differences between the two instruments are apparent: whereas Art. 105 para. 1 UN Charter links the immunity to the fulfillment of the organization's purposes, Art. 2 CPIUN dictates "immunity from every form of legal process".

Their different wording raises the issue whether Art. 2 CPIUN expands the immunity compared to Art. 105 para. 1 UN Charter.²⁷ The UN has taken the position that Art. 2 CPIUN defines the meaning of Art. 105 para. 1 UN Charter.²⁸ It argued that the CPIUN does not expand the obligations under the UN Charter, but rather particularizes them.²⁹ This argument is persuasive: under Art. 31 para. 3 lit. a VCLT, the CPIUN is a subsequent agreement on the application of Art. 105 para. 1 UN Charter. Accordingly, both treaties must be interpreted in light of each other.

Paras 3, 4 and 15 SOFA Agreement adopt the privileges under the General Convention and extend them to MINUSTAH.

b) Customary International Law

Contrary to a treaty-based immunity claim, the customary international law on the immunities of international organizations, and the UN in particular, is less settled. Contrary to the law of State immunity, the law on the immunities of international organizations did not develop historically through the practice of national courts, but through host agreements and rules in the constituent treaties.³⁰ Nonetheless, the immunities of international organizations, and the UN in particular, have a second basis in customary international law.

²⁷ *Brockman-Hawe*, Questioning the UN's immunity in the Dutch Courts: Unresolved Issues in the Mothers of Srebrenica Litigation, *Washington Global Studies Law Review* 10 (2011), 727 (735).

²⁸ *United Nations*, Amicus Curiae Brief in *Broadbent v Organization of American States*, UNJYB 1980, 227 (232).

²⁹ *Ibid*, 231.

³⁰ *Möldner*, International Organizations or Institutions, Privileges and Immunities, in: Wolfrum, MPEPIL, 2014, para. 11.

Settled State practice and *opinio juris* are required to establish a customary international law rule.³¹ As stated by the ICJ in the *Continental Shelf* case, treaties may form evidence of State practice.³²

The Dutch Supreme Court in *Iran-United States Claims Tribunal v AS* is one of the rare examples of State practice that deals with an international organization's immunity in the absence of a treaty.³³ Iran and the US concluded a treaty, establishing the *Iran-US Claims Tribunal* in The Hague with the consent of the Dutch government; a treaty between the three States conferring privileges and immunities was not concluded.³⁴ The Supreme Court inferred a rule of "unwritten international law" from the general State practice in the form of agreements with host States of international organizations.³⁵ An international organization is immune from jurisdiction if it acts within the scope of the performance of its task with an exception made for certain forms of extra-contractual liability.³⁶ Interestingly, the Supreme Court linked the grant of immunity with imposing an obligation upon the international organization to provide for arbitration in contracts.³⁷

The *Restatement* also takes the position that international organizations enjoy immunity from domestic legal process of a Member State as is necessary for the fulfillment of the purposes of the organization.³⁸

The Italian Supreme Court of Cassation seems to take the contrary position.³⁹ However, the Court rather rejected to expand the law of State immunity to

³¹ *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v Denmark; Federal Republic of Germany v Netherlands)*, ICJ Reports 1969, 3 (44).

³² *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya v Malta)*, ICJ Reports 1985, 13 (29-30).

³³ *Iran-United States Claims Tribunal v AS*, ILR 94, 327 (Supreme Court 1985) (Netherlands).

³⁴ *Iran-United States Claims Tribunal v AS*, ILR 94, 327 (Supreme Court 1985) (Netherlands).

³⁵ *Iran-United States Claims Tribunal v AS*, ILR 94, 327 (329) (Supreme Court 1985) (Netherlands).

³⁶ *Iran-United States Claims Tribunal v AS*, ILR 94, 327 (329) (Supreme Court 1985) (Netherlands).

³⁷ *Iran-United States Claims Tribunal v AS*, ILR 94, 327 (329) (Supreme Court 1985) (Netherlands).

³⁸ *American Law Institute*, Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States, 1987, para. 467(a).

³⁹ *Pistelli v European University Institute*, ILDC 297, para. 9 (Supreme Court of Cassation 2005) (Italy).

international organizations and turned to the headquarters agreement for the basis of immunity.⁴⁰

Judicial decisions on the immunity of international organizations under customary international law are scarce because this law did not develop through domestic court decisions but through treaties. However, these treaties are State practice and, as the Dutch Supreme Court shows, States feel compelled to grant immunities to international organizations even in the absence of agreements. It follows that the immunity of the UN is grounded in customary international law as well.

2. The Obligation to Provide for Modes of Settlement of Disputes

To counter the immunity of the UN, Art. 29 lit. a CPIUN requires the UN to make provisions for appropriate modes of dispute settlement for contractual or private law disputes to which the UN is a party. For employment disputes, the *ICJ* grounded this obligation in the UN Charter itself, noting that a failure to provide dispute settlement mechanisms would prove inconsistent with the express aim of the UN Charter to promote freedom and justice for individuals.⁴¹

In the Haitian context, Art. 55 SOFA Agreement foresees a standing claims commission. The UN did not constitute this commission in Haiti.

The obligation under Art. 29 CPIUN and under Art. 55 SOFA Agreement is reinforced by a customary obligation to provide remedies for human rights violations. Since international organizations are subjects of international law, they are bound by any obligation under general international law.⁴²

The Dutch Supreme Court held that the right to access an independent and impartial tribunal is a rule of customary international law.⁴³ This rule is embodied in Art. 6 ECHR and Art. 14 ICCPR. Because multilateral conventions are important in recording and defining customary international law,⁴⁴ and given that the ICCPR has 167 State parties, the conclusion by the Dutch Supreme Court is persuasive.

⁴⁰ *Pistelli v European University Institute*, ILDC 297, para. 9 (Supreme Court of Cassation 2005) (Italy).

⁴¹ *Effect of Awards of Compensation Made by the UN Administrative Tribunal*, ICJ Reports 1953, 47 (57).

⁴² *Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt*, ICJ Reports 1980, 73 (89-90).

⁴³ *Stichting Mothers of Srebrenica and ors v Netherlands and United Nations*, ILDC 1760, para. 4.3.1 (Supreme Court 2012) (Netherlands).

⁴⁴ *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya v Malta)*, ICJ Reports 1985, 13 (29-30).

The *International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY)* reinforces this conclusion. It referred to Art. 14 ICCPR as reflecting an “imperative norm of international law”, thereby feeling obliged to adhere to Art. 14 ICCPR.⁴⁵

Consequently, the UN is bound by a customary obligation to provide a remedy for individuals.

3. Remedies in Case of Violation of Art. 29 CPIUN

The UN immunity regime should work smoothly and be able to achieve both its fundamental aims. Member States recognize UN immunity in domestic lawsuits against the UN, securing the institution’s independence and preventing States from unduly influencing the UN through their domestic courts. Moreover, the UN provides alternative dispute settlement mechanisms, securing human rights by providing a remedy and preventing the UN from deciding in its own cause.

The problem is: what if the UN fails to provide an adequate alternative dispute settlement mechanism?

a) *Art. 30 CPIUN*

Art. 30 CPIUN provides that if a difference arises between the UN and a Member, a request shall be made for an advisory opinion that shall be accepted as decisive by the parties on any legal question involved in accordance with Art. 96 UN Charter and Art. 65 ICJ Statute.

This rule allows for dispute settlement between the UN and a Member State. Since Art. 34 ICJ Statute limits the jurisdiction *rationae personae* to States, an advisory opinion shall be requested. Albeit not legally binding under the ICJ Statute, the CPIUN indirectly gives them legally binding effect.

Art. 30 CPIUN is good policy. Instead of leaving the interpretation of the CPIUN to domestic courts, it authorizes the *ICJ* to solve disputes. It must be a dispute between a Member State and the UN. If there is a dispute between individuals and the UN and the home State is unwilling or unable to advance the cause of individuals, Art. 30 CPIUN is inapplicable.

b) *Intervention in the Competent Political Organs*

Should the UN violate its obligation to provide for alternative modes of dispute settlement, a Member State can intervene in the competent political organs. The UN itself has foreseen this avenue to hold the UN accountable.⁴⁶

⁴⁵ *Prosecutor v Tadic*, 27.2.2001, No. IT-94-1-A-AR77, p. 3.

Individuals seeking relief are beholden to a State's willingness to intervene, given the potential for vast political cost. This holds true for Haiti since the 2010 earthquake is dependent upon the UN.

c) The Denial of Immunity by Domestic Courts

Individuals seeking relief in the absence of a State willing to intervene politically in the General Assembly or employing Art. 30 CPIUN have a means of last resort: domestic or regional courts.

V. The Application of the Legal Framework in Judicial Practice

This part reviews case law on UN immunity to explore limits of UN immunity. Case law on the immunity of other international organizations is relevant as the immunities of the UN and other international organizations are based on the same legal rationale.

1. The International Court of Justice

In the context of the immunity of UN agents, the *ICJ* announced that if the UN Secretary-General claims immunity, this claim should be given the greatest weight by national courts and can only be set aside for the most compelling reasons.⁴⁷ The *ICJ* held Art. 22 lit. b CPIUN to be applicable to Mr. Kumaraswamy, an expert on a special mission.⁴⁸

The language of Art. 22 lit. b CPIUN ("immunity from legal process of every kind") is similar of Art. 2 CPIUN ("immunity from every form of legal process"). The slight difference in wording ("every kind" versus "every form") does not indicate a different meaning. Consequently, this reasoning applies to Art. 2 CPIUN.

Although the *ICJ* accepts only the most compelling reasons for national courts to lift the UN's immunity, it is striking that the *ICJ* accepts that UN immunity has limits. The *ECtHR* interpreted this reasoning as accepting a balancing test.⁴⁹

2. The *ECtHR*

The parallel cases of *Beer and Regan v Germany*⁵⁰ and *Waite and Kennedy v Germany*⁵¹ are the starting point for conditioning a legitimate claim to immunity upon

⁴⁶ *United Nations* (note), 233.

⁴⁷ *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*, ICJ Reports 1999, 62, (87) – *Cumaraswamy*.

⁴⁸ *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*, ICJ Reports 1999, 62 (86) – *Cumaraswamy*.

⁴⁹ *Stichting Mothers of Srebrenica and others v the Netherlands*, 11.6.2013, No. 65542/12, para. 159.

providing an alternative remedy. Both cases were employment disputes with the European Space Agency (ESA).⁵² The German labor courts dismissed the lawsuits because of ESA's immunity.⁵³

The issue was whether ESA's immunity was compatible with Art. 6 para. 1 ECHR. The *ECtHR* held that the immunity of international organizations is essential to ensure their proper functioning free from unilateral interference by individual governments.⁵⁴ Accordingly, the restriction on Art. 6 para. 1 ECHR served a legitimate objective.⁵⁵

In its proportionality analysis, the *ECtHR* stated that "a material factor in determining whether granting ESA immunity from German jurisdiction is permissible under the Convention is whether the applicants had available to them reasonable alternative means to protect effectively their rights under the Convention."⁵⁶ Being satisfied that the applicants had reasonable alternative means, the Court found no violation of Art. 6 para. 1 of the European Convention.⁵⁷

In *Mothers of Srebrenica v the Netherlands*, the *ECtHR* did not apply the *Waite and Kennedy* test.⁵⁸ Similar to the *Haiti Cholera* case, the UN failed to establish a claims commission under the SOFA Agreement.⁵⁹ The *ECtHR* distinguished this case from *Waite and Kennedy*: whereas *Waite and Kennedy* was an employment dispute, *Mothers of Srebrenica* challenged actions by the UN Security Council under Chapter VII of the UN Charter.⁶⁰

The *ECtHR*'s case law is especially instructive since Art. 6 para. 1 ECHR closely mirrors Art. 14 para. 1 ICCPR. Because Art. 14 para. 1 ICCPR reflects customary international law, it binds the UN. Consequently, customary international law may open the door for domestic courts to deny immunity to the UN for, to paraphrase the *ICJ*, the most compelling reasons.

⁵⁰ *Beer and Regan v Germany* [GC], 18.2.1999, No. 28934/95.

⁵¹ *Waite and Kennedy v Germany* [GC], 18.2.1999, No 26083/94.

⁵² *Waite and Kennedy v Germany* [GC], 18.2.1999, No 26083/94, para. 15.

⁵³ *Waite and Kennedy v Germany* [GC], 18.2.1999, No 26083/94, para. 17.

⁵⁴ *Waite and Kennedy v Germany* [GC], 18.2.1999, No 26083/94, para. 63.

⁵⁵ *Waite and Kennedy v Germany* [GC], 18.2.1999, No 26083/94, para. 63.

⁵⁶ *Waite and Kennedy v Germany* [GC], 18.2.1999, No 26083/94, para. 68.

⁵⁷ *Waite and Kennedy v Germany* [GC], 18.2.1999, No 26083/94, paras 73-74.

⁵⁸ *Stichting Mothers of Srebrenica and others v the Netherlands*, 11.6.2013, No. 65542/12, para. 169.

⁵⁹ *Stichting Mothers of Srebrenica and others v the Netherlands*, 11.6.2013, No. 65542/12, paras 162-163.

⁶⁰ *Stichting Mothers of Srebrenica and others v the Netherlands*, 11.6.2013, No. 65542/12, paras 149, 159, 165.

The German Federal Constitutional Court in its *Solange* jurisprudence is the historical antecedent to the *Waite and Kennedy* test.⁶¹ In *Solange I*, it held that it will exercise judicial review over acts of the European Economic Community that are inconsistent with fundamental rights as long as the Community does not guarantee fundamental rights equivalent to those guaranteed by the German constitution.⁶² In the case at hand, it found the Community act to be consistent with fundamental rights.⁶³ As a consequence of that case, the *ECJ* developed fundamental rights, leading the Federal Constitutional Court to conclude in 1987 that it would refrain from exercising judicial review over Community acts as the *ECJ* guaranteed legal protection similar to the German constitution.⁶⁴

3. France

The French Court of Cassation lifted the immunity of the African Development Bank (ADB) in an employment dispute.⁶⁵ Although not referring to *Waite and Kennedy*, but rather to international public policy, the absence of an employment tribunal instituted by the ADB was deemed a denial of justice, justifying the denial of immunity.⁶⁶

4. Switzerland

The Swiss courts also apply the *Waite and Kennedy* test under Art. 6 of the European Convention. The Federal Supreme Court had to consider a case in which the plaintiffs, a consortium of construction companies, had entered into contracts with the European Centre for Nuclear Research (CERN), an international organization based in Geneva, Switzerland.⁶⁷ Due to a contractual dispute, the consortium demanded arbitral proceedings in accordance with headquarters agreement, but the consortium was not satisfied with the outcome.⁶⁸ However, the Federal Supreme Court deemed the recourse to arbitration under the head-

⁶¹ *Reinisch*, Conclusion, in: Reinisch (ed), *Challenging Acts of International Organizations Before National Courts*, 2010, p. 263-264.

⁶² BVerfGE 37, 271 (285) – *Solange I*.

⁶³ BVerfGE 37, 271 (288) – *Solange I*.

⁶⁴ BVerfGE 73, 339 (378) – *Solange II*.

⁶⁵ *African Development Bank v Haas*, Journal des tribunaux 2005, 454 (Court of Cassation 2005) (France).

⁶⁶ *African Development Bank v Haas*, Journal des tribunaux 2005, 454 (Court of Cassation 2005) (France).

⁶⁷ *Consortium X v Switzerland*, ILDC 344, para. A (Federal Supreme Court 2004) (Austria).

⁶⁸ *Consortium X v Switzerland*, ILDC 344, para. B (Federal Supreme Court 2004) (Austria).

quarters agreement to be compatible with Art. 6 of the European Convention and the *Waite and Kennedy* test.⁶⁹

5. Belgium

In an early case, the Court of Appeal of Brussels upheld the immunity of the UN in a lawsuit seeking compensation for damage allegedly caused by UN forces in the Congo in 1962.⁷⁰ The court rejected the notion that immunity under Art. 2 CPIUN is conditional upon the UN providing an alternative remedy under Art. 29 CPIUN.⁷¹ Being dissatisfied with its conclusion, the court stated that this outcome ran counter to the Universal Declaration of Human Rights (UDHR).⁷² This is even more interesting as the court rejected the argument that the UDHR had changed the immunity of the UN as the UDHR was a mere recommendation.⁷³

The *Lutchmaya* case, although concerned with an international organization's immunity from execution, is one of the few cases denying immunity by relying on *Waite and Kennedy*.⁷⁴ Being satisfied that the African, Caribbean and Pacific Group of States failed to provide a reasonably available remedy, the court rejected the immunity claim.⁷⁵

6. The United States of America

Courts in the United States uphold the UN immunity, interpreting Art. 2 CPIUN to confer *de facto* absolute immunity to the UN.⁷⁶

VI. Is the Denial of Immunity Legal?

Having laid out the framework for UN immunity, it must be answered whether denying immunity to the UN in the absence of an alternative remedy accords with international law.

⁶⁹ *Consortium X v Switzerland*, ILDC 344, para. 4.3.2 (Federal Supreme Court 2004) (Austria)

⁷⁰ *M v United Nations and Belgium (Minister for Foreign Affairs)*, ILR 69, 139 (143) (Court of Appeals 1969) (Belgium).

⁷¹ *M v United Nations and Belgium (Minister for Foreign Affairs)*, ILR 69, 139 (142) (Court of Appeals 1969) (Belgium).

⁷² *M v United Nations and Belgium (Minister for Foreign Affairs)*, ILR 69, 139 (143) (Court of Appeals 1969) (Belgium).

⁷³ *M v United Nations and Belgium (Minister for Foreign Affairs)*, ILR 69, 139 (143) (Court of Appeals 1969) (Belgium).

⁷⁴ *General Secretariat of the ACP Group v Lutchmaya*, ILDC 1573, para. 39 (Court of Cassation 2009) (Belgium).

⁷⁵ *General Secretariat of the ACP Group v Lutchmaya*, ILDC 1573, para. 42 (Court of Cassation 2009) (Belgium).

⁷⁶ *Brzak v UN*, 597 F.3d 107 (112) (2nd Cir 2010) (U.S.).

The UN is clear: if it fails to provide an alternative remedy, a Member State can lobby the General Assembly to employ Art. 30 CPIUN or intervene in the competent organs of the UN to protect its citizens.⁷⁷ Other ways of redress are prohibited by the CPIUN.⁷⁸ The UN seems to argue that the CPIUN is unaffected by general international law and international human rights law.

This resembles a famous statement by the *ICJ* in the *Tehran Hostages* case that diplomatic law forms a “self-contained régime”⁷⁹. The *ICJ* used the term to describe a set of rules where possible violations may only be remedied by the means specified in that set of rules.⁸⁰

The CPIUN cannot be compared to diplomatic law, which has elaborated rules to remedy breaches. Consequently, remedial provisions under general international law apply.

1. Is there a Connection Between Art. 2 and Art. 29 CPIUN?

To lift UN immunity in cases where no alternative remedy exists, there must be a connection between Arts 2 and 29 CPIUN. Indeed, the Belgian Court of Appeals argued that there was no link between the immunity under Art. 2 CPIUN and the UN’s compliance with other provisions of the CPIUN, such as Art. 29 CPIUN. Consequently, disrespect for Art. 29 CPIUN could not affect the interpretation of Art. 2 CPIUN.⁸¹

This interpretation is outdated. The denial of immunity, even if *prima facie* unlawful, could be justified by three rules. First, it could be justified as a counter-measure. Second, the clean hands doctrine could prevent the UN from claiming against the State who breached Art. 2 CPIUN. Third, under Art. 60 VCLTIO, a State could suspend the operation of the CPIUN in relation to the UN because it is a consequence of a material breach of Art. 29 CPIUN. All three rules incorporate the principle that a party cannot demand fulfillment of a contractual relationship when it itself fails to comply with its obligations and upsets the reciprocity of performance and return.⁸²

⁷⁷ United Nations (note), 233.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v Iran)*, ICJ Reports 1980, 3 (40).

⁸⁰ *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v Iran)*, ICJ Reports 1980, 3 (40).

⁸¹ *M v United Nations and Belgium (Minister for Foreign Affairs)*, ILR 69, 139 (142) (Court of Appeals 1969) (Belgium).

⁸² *Cf. Giegerich*, Article 60, in: Dörr & Schmalenbach (eds), Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary, 2012, para. 1.

As a matter of practicality, this paper proceeds on the basis of the clean hands doctrine. Because the VCLTIO is not yet in force, and countermeasures have been developed in the context of State responsibility and the analogous rules regarding international organizations constitute progressive development,⁸³ I proceed on the basis of the clean hands doctrine because it is a general principle of international law. Since general international law applies to international organizations,⁸⁴ the clean hands doctrine as a principle of general international law applies to international organizations.

If the UN were to complain in a judicial forum against the State who denied immunity in the *Haiti Cholera* case, the State could claim that the UN had unclean hands, thus preventing the UN from claiming against the State.

Fitzmaurice summarized the clean hands doctrine as follows:

He who comes to equity for relief must come with ‘clean hands’. Thus a State which is guilty of illegal conduct may be deprived of the necessary *locus standi in judicio* for complaining of corresponding illegalities on the part of other States, especially if these were consequential on or were embarked upon in order to counter its own illegality – in short were provoked by it.⁸⁵

The investor-State Tribunal in *Niko Resources (Bangladesh) Ltd. v People’s Republic of Bangladesh* extracted three criteria for the clean hands doctrine to apply,⁸⁶ relying on the most recent discussion of the clean hands doctrine in *Guyana v Suriname*.⁸⁷ First, there must be a continuing breach of an obligation; second, the remedy sought must be against continuance of that breach in the future; and third, there must be a relationship of reciprocity between the obligations concerned.⁸⁸

The denial of immunity by a domestic court could reasonably amount to a continuing breach of Art. 2 CPIUN. If the UN were to seek a remedy in a judicial forum, it would ask against that denial of immunity in the future. The crux lies in the last criterion: there must be a relationship of reciprocity between the

⁸³ *International Law Commission*, Report, 66th Sess, UN Doc A/66/10 (2011), p. 69-70, para. 5.

⁸⁴ *Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt*, ICJ Reports 1980, 73 (89-90).

⁸⁵ *Fitzmaurice*, *The General Principles of International Law*, RdC 92 (1957), 1 (119).

⁸⁶ *Niko Resources (Bangladesh) Limited v People’s Republic of Bangladesh*, ICSID Case Nos ARB/10/11, ARB/10/18, Decision on Jurisdiction, 19.8.2013, para. 481.

⁸⁷ *Guyana v Suriname*, ILR 139, 566 (687-688) (PCA 2007).

⁸⁸ *Niko Resources (Bangladesh) Limited v People’s Republic of Bangladesh*, ICSID Case Nos ARB/10/11, ARB/10/18, Decision on Jurisdiction, 19.8.2013, para. 481.

State's breach of Art. 2 CPIUN and the UN's failure to implement its obligation under Art. 29 lit. a CPIUN.

First, there is an issue whether the CPIUN creates obligations between the UN and the State parties. Formally, the UN is not a CPIUN party as Art. 31 CPIUN restricts the accession to the CPIUN to members of the UN. The UN is not a member of the UN as only States can be a member of the UN (Art. 4 para. 1 UN Charter). However, Art. 35 CPIUN provides that the CPIUN shall continue in force as between the UN and every Member which has deposited an instrument of accession. This language indicates a relationship of rights and duties between the Member States and the UN under the CPIUN.⁸⁹ Accordingly, the CPIUN creates obligations between States parties and the UN.

These obligations must be reciprocal. The UN seemed to accept such a reciprocal relationship between immunity and its obligation to provide an alternative remedy by arguing that Art. 29 lit. a CPIUN is a safeguard to prevent the UN from using its immunity from judicial process as a shield from liability.⁹⁰ Scholarly literature conceives Art. 2 and Art. 29 CPIUN as complementary, holding that Art. 29 CPIUN counter-balances the wide-ranging immunity of Art. 2 CPIUN.⁹¹ In the context of the analogous rules of the Specialized Agencies Convention, the High Court for Eastern Denmark also acknowledged the inherent relationship between the two provisions, as it ruled that UNICEF was vested with immunity against the background of the immunity granted under the headquarters agreement and Art. 29 Specialized Agencies Convention.⁹² But the most persuasive authority for the notion that Art. 2 and Art. 29 CPIUN are supposed to work together comes from the *ICJ*. Stressing that the question of UN immunity differs from the issue of compensation for any damages, the *ICJ* held that Art. 29 CPIUN implicitly bars national courts from settling claims against the UN.⁹³

Both rules are supposed to work together. If one of the obligations is not followed, the conceptual framework of the CPIUN that aims to secure both the independence of the UN and to provide legal protection for individuals is disturbed. The relationship between the obligation imposed on States under Art. 2 CPIUN and the obligation imposed on the UN under Art. 29 CPIUN is recip-

⁸⁹ *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, ICJ Reports 1949, 174 (179).

⁹⁰ United Nations (note), 233.

⁹¹ *Miller* (note), 37.

⁹² *Investment & Finance Company of 11 January 1984 Limited v UNICEF*, ILDC 64, para. 14 (High Court for Eastern Denmark 1999).

⁹³ *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*, ICJ Reports 1999, 62 (88-89).

rocal. The UN could not complain against a breach of Art. 2 CPIUN by a domestic court in a judicial forum as it came with unclean hands by failing to provide an alternative remedy.

2. What is the Result of Balancing Independence and Access to Justice?

In the end, the limits of UN immunity presuppose a balancing between the independence of the UN and the right to access justice. The CPIUN values the independent functioning of the UN. Art. 14 para. 1 ICCPR value the right to access justice. Art. 31 para. 3 lit. c VCLT mandates this balancing.

The law of State immunity provides a valuable analogy. In the beginning, State immunity was absolute.⁹⁴ After World War II, State immunity became more and more restricted. Indeed, the commercial activities exception in the law of State immunity is based on those commercial acts not being necessary for the performance of the State's sovereign functions.⁹⁵ Similarly, the Austrian Supreme Court in *Dralle v Republic of Czechoslovakia* justified the development of the restrictive theory of State immunity with the expansion of State activity in the 20th century.⁹⁶ In a historic perspective, the absolute immunity was justified as a State's commercial activity was presumed to be connected with its political activities; with the State increasingly engaging in commercial competition this presumption no longer held true.⁹⁷ Because absolute immunity had lost its foundation, it could no longer be recognized as a rule of international law.⁹⁸

This rationale is instructive for UN immunity. The UN has grown from an organization with very limited activities to a truly universal organization engaging in numerous activities around the globe. Absolute immunity was initially justified in a time when the UN had little legal relationships with individuals and when international human rights law was underdeveloped. However, with its peacekeeping missions growing and its operations becoming more complex, the virtually absolute immunity of the UN may result in a gross denial of justice, especially in tort relationships. This holds especially true in the *Haiti Cholera* case.

A court that denies immunity in circumstances like the *Haiti Cholera* case would surely be blamed for imperiling the independent functioning of the UN from outside interference. However, the purpose of *Waite and Kennedy* is not to dis-

⁹⁴ *The Schooner Exchange v M'Faddon*, 11 U.S. 116 (1812).

⁹⁵ Rynjaert, The Immunity of International Organizations Before Domestic Courts: Recent Trends, *International Organizations Law Review* 7 (2010), 121 (127).

⁹⁶ *Dralle v Republic of Czechoslovakia*, ILR 17, 155 (163) (Supreme Court 1950) (Austria).

⁹⁷ *Dralle v Republic of Czechoslovakia*, ILR 17, 155 (163) (Supreme Court 1950) (Austria).

⁹⁸ *Dralle v Republic of Czechoslovakia*, ILR 17, 155 (163) (Supreme Court 1950) (Austria).

rupt the UN's independence, but to compel the UN to fulfill its obligation to provide an alternative remedy to individuals. If the UN implements claims commissions that are foreseen in the SOFA Agreement, the issue of lifting the UN's immunity would not arise.

One could argue that the plain words of Art. 2 CPIUN have settled this question. However, the General Convention is not an isolated self-contained régime, but forms part of general international law. This body of law also recognizes a right to access justice. Granting immunity to the UN in the absence of an alternative remedy creates an imbalance between the CPIUN and international human rights law. International law is a unified system of law, not a series of fragmented specialist and self-contained bodies of law, each of which functions in isolation from the others.⁹⁹ It is exactly the *Waite and Kennedy* test that prevents both the CPIUN and international human rights law from mutual isolation.

Moreover, judicial practice is inconsistent. While some courts uphold the immunity without having regard to equivalent legal protection provided for by the UN, a number of courts have employed the *Waite and Kennedy* test and some have lifted the immunity of international organizations. This is not to say that a court upholding the UN's immunity in the *Haiti Cholera* case would act in violation of international law. Contemporary international law may defy a strictly binary legal code of permission and prohibition, containing different degrees of non-prohibition that range from tolerated to permissible to desirable.¹⁰⁰ A tolerated act may not necessarily mean that it is "legal", but rather that it is "not illegal".¹⁰¹

Defying the traditional binary standard of permission and prohibition and employing the modern state of law with different degrees of legality, the denial of UN immunity in the absence of a reasonable alternative may not be legal according to international law. It is rather not illegal and may be tolerated under contemporary international law. The denial of international organizations' immunity by some European courts can be situated exactly under that paradigm. There were no large-scale protests by the concerned Member States to the outcome of these court proceedings. As such, the denial of immunity in the ab-

⁹⁹ *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v Democratic Republic of the Congo)*, Compensation, ICJ Reports 2012, 324 (394) (Declaration of Judge Greenwood).

¹⁰⁰ *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, ICJ Reports 2010, 403 (478-480) (Declaration of Judge Simma).

¹⁰¹ *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, ICJ Reports 2010, 403 (480-481) (Declaration of Judge Simma).

sence of alternative dispute settlement modes is tolerated under international law.

The last argument against lifting the UN's immunity might be the special status it occupies in the international legal order. It is a virtually universal organization carrying out functions across the globe to maintain international peace and security. It may be different from smaller organizations such as the ACP group or the ADB whose immunities have been denied by European courts. This argument could be based on Art. 103 of the Charter, which specifies that obligations under the UN Charter shall prevail over obligations under other international agreements.¹⁰²

However, both the *ECJ* in its *Kadi* jurisprudence,¹⁰³ and a recent judgment of the *ECtHR*¹⁰⁴ ruled that the *Solange* doctrine applies to the UN regardless of Art. 103 UN Charter in cases where the UN itself fails to secure human rights protection as is made clear by Art. 1 para. 3 UN Charter. This is a consequence of the postmodern and pluralist nature of contemporary international law in which overlapping legal orders can no longer be applied on a strictly hierarchical basis.¹⁰⁵ Rather, those overlapping legal orders must respect each other and one order may only intervene if the other fails to provide equal legal protection to its affected subjects.¹⁰⁶

VII. Conclusion

The immunity of the UN in cases where it has provided an alternative remedy is firmly established. The duty to provide for an alternative remedy is an integral part of the immunity under Art. 105 UN Charter, Art. 2 CPIUN and customary international law as evidenced by Art. 29 CPIUN and a similar obligation under customary international law. If the UN fails to honor this obligation, the *quid pro quo* of the immunity regime is imperiled. This gives a State the authority to induce the UN to comply with its obligation by denying immunity in its domestic courts.

That solution is in accordance with international law. Other rules such as countermeasures, Art. 60 VCLTIO and the clean hands doctrine are, in principle, applicable as the CPIUN is not a self-contained régime. It is justified since the

¹⁰² *Stichting Mothers of Srebrenica and ors v Netherlands and United Nations*, ILDC 1760, para. 4.3.6 (Supreme Court 2012) (Netherlands).

¹⁰³ *European Commission and United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v Yassin Abdullab Kadi*, 18.7.2013, Case C-584/10 P, C-593/10 P and C-595/10 P.

¹⁰⁴ *Al-Dulimi and Montana Management Inc. v Switzerland*, 26.11.2013, No. 5809/08.

¹⁰⁵ *Steinbeis*, EMRK kann zum Völkerrechtsbruch zwingen, online: <<http://www.verfassungsblog.de>>.

¹⁰⁶ *Ibid.*

UN has grown considerably during the last decades. It follows from contemporary international law that defies a traditional binary code and knows numerous value judgments concerning conduct as is shown by a nucleus of State practice that has lifted the immunity of other international organizations. Art. 103 UN Charter may not preclude this holding as both the *ECJ* and *ECtHR* apply the *Solange* doctrine to the Charter. The *Waite and Kennedy* test is the only test that balances the independent functioning of the UN and the right to access an impartial tribunal. A systematic integration of the law of UN immunity and international human rights law mandates this balancing. A domestic court, in the exceptional and rather unusual circumstances of the *Haiti Cholera* case, could therefore deny immunity to the UN without violating international law.

Hendrik M. Wendland*

Auch (selektive) Steuervergünstigungen sind Beihilfen – Immer! Oder doch nicht?

Abstract

Bei der Anwendung des europäischen Beihilfenrechts als einer der Grundpfeiler der unionalen Wirtschaftsordnung auf nationale Steuersysteme und -maßnahmen kommt es immer wieder zu Reibungen. Der folgende Beitrag untersucht – unter der Annahme der Erfüllung des Selektivitätskriteriums – zum einen die Anwendbarkeit des Art. 107 Abs. 1 AEUV auf Steuervergünstigungen im Allgemeinen und im Speziellen die Anwendung des „Market Economy Operator Tests“ auf die selbigen. Dabei werden anhand der unterschiedlichen erdenklichen Konstellationen Fallgruppen entwickelt und die bisherige Rechtsprechung in diesem Bereich den verschiedenen Fallgruppen zugeordnet. Insbesondere wird dabei auf das Urteil des *EuGH* in der Rs. *EdF* eingegangen.

When applying the European state aid regime as one of the fundamentals of the economic order of the Union to national tax systems and measures, frictions frequently occur. The following article scrutinizes – under the assumption that the criterion of selectivity is fulfilled – the applicability of Art. 107 para. 1 TFEU to tax advantages in general and specifically focuses on the applicability of the “market economy operator test” to those benefits. On the basis of the different imaginable constellations, a categorization is developed and the current jurisprudence in this area is matched to those categories. In particular the judgment of the *ECJ* in the case *EdF* is examined.

* Der Autor promoviert an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg.

I. Einführung

Das grundsätzliche Beihilfenverbot des Art. 107 Abs. 1 AEUV ist ein wesentlicher Bestandteil zur Verwirklichung eines Systems des unverfälschten Wettbewerbs i.S.d. Protokolls Nr. 27 über den Binnenmarkt und den Wettbewerb. Es soll verhindern, dass durch einen unkontrollierten Subventionswettbewerb zwischen den Mitgliedstaaten¹ das Binnenmarktkonzept der Europäischen Union, vgl. Art. 3 Abs. 1 S. 1 Vertrag über die Europäische Union,² und das dahinterstehende Prinzip der komparativen Kostenvorteile³ in Frage gestellt werden. Werden nämlich ineffiziente Unternehmen künstlich durch den Staat im Markt gehalten, ist eine optimale Allokation knapper Ressourcen nicht möglich.⁴

Gerade Steuerbeihilfen sind bei den Mitgliedstaaten zur Förderung der mitgliedstaatlichen Unternehmen beliebt. In den Jahren 2009 bis 2011 wurden in der Europäischen Union jährlich durchschnittlich 40% der rund 60 Milliarden Euro nicht-krisenbedingter Beihilfen in Form von Steuervergünstigungen gewährt. In Frankreich waren es 55%, in Portugal sogar 92%.⁵ Dabei werden Steuerbeihilfen aus wirtschaftspolitischer Sicht bspw. aufgrund mangelnder Kontrollmöglichkeiten und Transparenz als besonders bedenklich eingestuft.⁶

Rechtlich sind Steuerbeihilfen jedoch besonders schwierig zu fassen. Auf der einen Seite soll und muss den Mitgliedsstaaten aufgrund des aktuellen Kompetenzgefüges der Union die Möglichkeit verbleiben, ihre Steuerpolitiken frei festzulegen. Auf der anderen Seite gibt es auch „steuerliche“ Maßnahmen, die offensichtlich als Beihilfe gedacht sind und funktionieren und deshalb verboten sind.

¹ *Von Wallenberg/Schütte*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Komm. z. EU, Losebl. (2012), Art. 107 Rn. 10.

² *Cremer*, in: Calliess/Ruffert, Komm. z. EUV / AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 107 AEUV Rn. 5; *Seidel*, Grundfragen des Beihilfenaufsichtsrechts der Europäischen Gemeinschaften, in: Börner/Neundörfer, Recht und Praxis der Beihilfen im Gemeinsamen Markt, 1984, S. 55 (58).

³ Grundlegend *Ricardo*, On the Principles of Political Economy and Taxation, 3. Aufl. 1821, Kapitel 7 Rn. 11 ff.

⁴ *Nicolaidis*, in: Hancher/Ottervanger/Slot, EC State Aids, 3. Aufl. 2006, Kapitel 2 Rn. 6; *Zippel*, Die Implikationen der bisherigen und gegenwärtigen Beihilfenpraxis der EG-Kommission für die Zukunft des Gemeinsamen Marktes, in: Börner/Neundörfer (Fn. 2), S. 1 (15).

⁵ Scoreboard - Data on State aid expenditure I.5, abrufbar unter <http://ec.europa.eu/competition>.

⁶ *Dickertmann/Diller*, Finanzhilfen und Steuervergünstigungen – Ein subventionspolitischer Instrumentenvergleich, ZfWP 1986, 273 ff.; *Nieder-Eichholz*, Die Subventionsordnung, 1995, 212 ff.

Häufiger Streitpunkt bei steuerlichen Maßnahmen ist das Kriterium der Selektivität. Dieses wird nicht nur immer wieder in der Rechtsprechung⁷, sondern auch in der Literatur⁸ von Fall zu Fall neu beurteilt.

Unabhängig von dieser Frage wird jedoch in einem neueren Beitrag von *Matsos*⁹ die Anwendung des Beihilfenrechts auf steuerliche Maßnahmen als solches in Frage gestellt. Obwohl dieser Ansatz nicht neu und von der Rechtsprechung bereits ablehnend behandelt wurde, sollen die aufgeworfenen Argumente in diesem Beitrag näher erläutert werden, bevor dann anhand der Grundlagen-Entscheidung in der Rechtssache C-124/10 P – Europäischen Kommission gegen *Électricité de France* [letztere im Folgenden: EdF] – gezeigt wird, dass steuerliche Maßnahmen nicht nur dem Beihilfenrecht unterfallen, sondern ganz allgemein wie jede andere Maßnahme behandelt werden müssen und deshalb anhand des „private-investor-Tests“ zu beurteilen sind.

II. Steuervergünstigungen im System des Beihilfenrechts

Art. 107 Abs. 1 AEUV erklärt wettbewerbsverfälschende Beihilfen der Nationalstaaten an bestimmte Unternehmen für grundsätzlich unvereinbar mit dem Binnenmarkt.

Anders als der strafrechtliche Subventionsbegriff des § 264 Abs. 7 StGB¹⁰ erfasst Art. 107 Abs. 1 AEUV nicht nur direkt gewährte vermögenswerte Leistungen, sondern auch die Verminderung der Lasten, die ein Unternehmen normalerweise zu tragen hätte, da diese den Subventionen nach Art und Wirkung gleichstehen.¹¹

Auch wenn die Steuern als „les nerfs de la République“¹² zum Kernbereich der mitgliedstaatlichen Souveränität gehören, sind die Mitgliedstaaten bei Ausübung ihrer Steuerkompetenz an das Unionsrecht gebunden, so dass auch steuerliche

⁷ Vgl. *EuGH*, C-6/12, ECLI:EU:C:2013:525 – *P Oj*; *EuGH*, C-522/13, ECLI:EU:C:2014:2262 – *Navantia*.

⁸ Vgl. *Nicolaides/Metaxas*, *Asymmetric Tax Measures and EU State Aid Law*, EStAL 2014, 51; *Traversa*, *State Aid and Taxation: Can an Anti-avoidance Provision be Selective?*, EStAL 2014, 518.

⁹ *Matsos*, *Systematic Misconceptions of State Aid Law in the Area of Taxation*, EStAL 2014, 491.

¹⁰ Siehe *Perron*, in: Schönke/Schröder, 28. Aufl. 2010, § 264 Rn. 10.

¹¹ *EuGH*, Rs. 30/59, ECLI:EU:C:1961:2 – *Gezamenlijke Steenkolenmijnen*; *EuGH*, C-387/92, ECLI:EU:C:1994:100, Rn. 13 – *Banco Exterior de España*.

¹² *Bodin*, *Les six livres de la République*, 1583, Buch 6 Kapitel 2.

Maßnahmen unter den Beihilfebegriff fallen können und nicht etwa eine Bereichsausnahme für diesen Sachbereich besteht.¹³

Auch wird die Zulässigkeit wettbewerbsverfälschender Steuerbeihilfen nicht abschließend durch die Art. 110 ff. AEUV geregelt.¹⁴ Vielmehr kommt dem Beihilfenrecht insoweit eine „Lückenschließungsfunktion“ zu.¹⁵

Dieser allgemeinen Überzeugung setzt *Matsos*¹⁶ eine Reihe von Argumenten entgegen, die jedoch allesamt nicht durchschlagen können. Das Hauptargument lautet wie folgt: Da die aktuelle Kompetenzverteilung der Union die Steuerkompetenz bei den Mitgliedstaaten belasse, sei der unionale Wettbewerb automatisch verzerrt. Diese Wettbewerbsverzerrung sei jedoch systemimmanent und deshalb sei es unlogisch, eine „kleine“ Wettbewerbsverzerrung über die Anwendung des Beihilfenrechts zu unterbinden, während die allgemeine Wettbewerbsverzerrung durch unterschiedliche Steuersysteme weiterbestehen könne.¹⁷

Diese Argumentation ist jedoch nur in der Prämisse korrekt. Tatsächlich bestehen durch die Verschiedenheit der Steuersysteme unterschiedliche Standortbedingungen für die auf dem Binnenmarkt tätigen Unternehmen. Dies ist jedoch keineswegs eine Besonderheit des Steuerrechts. Der Binnenmarkt ist als Konstrukt in der Abwesenheit umfassender Harmonisierung unvollkommen.¹⁸ Er soll es gerade zulassen, dass über einen Wettbewerb der Rechts- und auch Steuersysteme die optimale Allokation knapper Ressourcen gefördert wird. Dies bedeutet jedoch keineswegs, dass es an dieser Stelle zu resignieren gilt. Die Regelungsbefugnisse der Mitgliedstaaten müssen in jedem Bereich – auch etwa in anderen Hoheitsbereichen wie der Ausgestaltung der sozialen Sicherungssysteme¹⁹ – den Grundregeln der europäischen Verträge entsprechen. So finden

¹³ *Koschyk*, Steuervergünstigungen als Beihilfen nach Artikel 92 EG-Vertrag, 1999, 145 f.; *Schäfer*, Einwirkungen des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das deutsche Steuerrecht durch Maßnahmen der Harmonisierung und die Rechtsprechung des EuGH, 2004, 91; *Schön*, Steuerliche Beihilfen, in: König u.a., Aktuelle Fragen des EG-Beihilfenrechts, 2001, S. 106 (110 f.).

¹⁴ So noch *Götz*, Recht der Wirtschaftssubventionen, 1966, 123 f.; *Selmer*, Steuerinterventionismus und Verfassungsrecht, 1972, 375.

¹⁵ *Ipsen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, 673 mit Verweis auf *EuGH*, Rs. 47/69, ECLI:EU:C:1970:60, Rn. 11 – *Frankreich/Kommission*; ihm folgend *Geburtig*, Konkurrentenschutz aus Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EGV, 2004, 27 f.; so schon *Koch*, Beihilfen nach dem EWG-Vertrag, 1967, 96 f.

¹⁶ *Matsos* (Fn. 9).

¹⁷ *Ebd.*, 492 f., 496.

¹⁸ Vgl. *Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht, 2004, 25; *Müller-Graff*, Die Verdichtung des Binnenmarktrechts zwischen Handlungsfreiheiten und Sozialgestaltung, *EuR* 2002, Beiheft 1, 7 (12); *Steindorff*, Unvollkommener Binnenmarkt, *ZHR* 158 (1994), 149 (160).

¹⁹ Vgl. bspw. *EuGH*, C-22/08, ECLI:EU:C:2009:344 – *Vatsonouras*.

auch auf das Steuersystem die Grundfreiheiten zur Eröffnung des Binnenmarktes Anwendung.²⁰ Nichts anderes kann für das Beihilfenrecht gelten. Freilich sind hier tatbestandlich nur solche steuerlichen Maßnahmen erfasst, die „bestimmte“ Unternehmen fördern und damit das Selektivitätskriterium erfüllen. So gibt dann auch *Matsos* zu verstehen, dass er „really selective“ steuerliche Maßnahmen nicht dem Beihilfensystem entziehen will. Die dargestellte Argumentation soll nur für „pseudo-selective“ Maßnahmen gelten.²¹ Durch diese Differenzierung wird aber der wahre Streitpunkt ersichtlich. Es geht um die Auslegung des Selektivitätskriteriums. Ist dieses jedoch erfüllt, so kommt es auf die Tatsache, dass die Maßnahme eine steuerliche ist, nicht mehr an.

Auch die übrigen vorgebrachten Argumente überzeugen nicht. Es ist zwar richtig, dass die Gesetzmäßigkeit der Besteuerung als allgemeines rechtstaatliches Prinzip angesehen werden kann.²² Gänzlich falsch ist es jedoch zu behaupten, durch eine Beihilfenentscheidung der Europäischen Kommission würde durch bloßes Verwaltungshandeln eine neue Steuer eingeführt, welche die Unternehmen belastet.²³ Zuvorderst falsch ist dies deshalb, weil die Rechtswidrigkeit der selektiven Steuervergünstigung nicht durch die Europäische Kommission willkürlich festgesetzt, sondern bereits von Art. 107 AEUV vorgegeben ist. Diese primärrechtliche Vorschrift ist jedoch gem. Art. 54 Abs. 1 EUV durch die Mitgliedstaaten gemäß ihren verfassungsrechtlichen Vorschriften ratifiziert und gegebenenfalls implementiert worden. Sie erfüllt damit jegliche Anforderung an die Gesetzmäßigkeit. Die Kommission erlegt somit keine neue Steuer auf, sondern stellt lediglich einen Verstoß gegen Art. 107 AEUV fest. Aus selbem Grund ist auch nicht allein der Anwendungsvorrang der Grund für die Nichtbeachtung des Rückwirkungsverbots,²⁴ sondern die Rechtswidrigkeit einer selektiven Beihilfe steht mit in-Kraft-Treten der Europäischen Verträge fest, so dass erst keine Rückwirkung vorliegt.

Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass somit die steuerliche Natur einer Maßnahme nicht die Anwendung des Beihilfenrechts ausschließt.

²⁰ *EuGH*, C-279/93, ECLI:EU:C:1995:31, Rn. 21 – *Schumacker*, *EuGH*, C-371/10, ECLI:EU:C:2011:785 – *National Grid Indus.*

²¹ *Matsos* (Fn. 9), 498.

²² Vgl. für das deutsche Recht *Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, 71. Ergänzungslieferung 2014, Art. 14 Rn. 182.

²³ So *Matsos* (Fn. 9), 495.

²⁴ So *Matsos* (Fn. 9), 495, 496.

III. Steuervergünstigungen und die wirtschaftliche Betätigung des Staates im System des Beihilfenrechts

Das grundsätzliche Beihilfenverbot kollidiert allerdings mit Art. 345 AEUV, nach dem die Verträge die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten unberührt lassen. Damit ist für die Mitgliedstaaten jedoch kein Dispens von den übrigen Vorschriften der Verträge begründet.²⁵ Nach ständiger Rechtsprechung entbinden weder die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten noch Art. 345 AEUV die Mitgliedstaaten von der Verpflichtung, das Unionsrecht zu achten.²⁶ Art. 345 AEUV vermittelt den Mitgliedstaaten jedoch das Recht, eigenständig über den Einfluss der öffentlichen Hand in Unternehmen zu befinden.²⁷

Soll durch dieses Recht das Beihilfenverbot aber nicht vollkommen ausgehöhlt werden, so hat es dort zu enden, wo die Leistung des Staates ökonomisch nicht mehr gerechtfertigt ist. Zur Ermittlung dieser marktrelativen Günstigkeit²⁸ wurde zunächst in der Kommissionspraxis²⁹ und der Literatur³⁰ der sogenannte „private-investor-Test“ (oder auch „market economy investor principle“) entwickelt. Dieser wurde in die Rechtsprechung des *EuGH* übernommen.³¹ Er besagt, dass dann keine Beihilfe vorliegt, wenn ein unter normalen marktwirtschaftlichen Bedingungen handelnder privater Kapitalgeber von vergleichbarer Größe wie die Verwaltungseinrichtungen des öffentlichen Sektors unter den entsprechenden Umständen zur Vornahme der fraglichen Kapitalzufuhr hätte bewegt werden können.³² Diese Beurteilungskriterien wurden zwar anhand von

²⁵ Kingreen, in: Calliess/Ruffert, Komm. z. EUV / AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 345 AEUV Rn. 10 ff.

²⁶ Vgl. *EuGH*, C-235/89, ECLI:EU:C:1992:73, Rn. 14 – *Kommission/Italien*.

²⁷ Müller-Graff, Einflußregulierung in Gesellschaften zwischen Binnenmarktrecht und Eigentumsordnung, in: FS Ulmer, 2003, 929 (945).

²⁸ So die Bezeichnung bei Müller-Graff, Die Erscheinungsformen der Leistungssubventionstatbestände aus wirtschaftsrechtlicher Sicht, ZHR 152 (1988), 403 (422).

²⁹ Vgl. bereits *Europäische Kommission*, Antwort auf die Anfrage Nr. 48/63 des Abg. Burgbacher, ABIEG 1963, S. 2235 Rn. 3; *Europäische Kommission*, 8. Wettbewerbsbericht, 1979, Rn. 229; Mitteilung der Kommission an die Mitgliedstaaten „Anwendung der Art. 92 und 93 EWG-Vertrag und des Art. 5 der Richtlinie 80/723/EWG der Kommission über öffentliche Unternehmen in der verarbeitenden Industrie“, ABIEG 1993 Nr. C 307, S. 3 Rn. 13 ff.

³⁰ Hochbaum, Das Diskriminierungs- und Subventionsverbot in der EGKS und EWG, 1962, 130 f.; Mestmäcker, Offene Märkte im System unverfälschten Wettbewerbs in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, in: FS Böhm, 1965, 345 (387).

³¹ Vgl. GA Slynn, Schlussanträge v. 25.1.1984 – Rs. 84/82, ECLI:EU:C:1984:28 – *Textilindustrie*; GA Verloren van Themaat, Schlussanträge v. 11.7.1984 – Rs. 323/82, ECLI:EU:C:1984:260 – *Intermills*; *EuGH*, Rs. 40/85, ECLI:EU:C:1986:305, Rn. 13 – *Boch*.

³² *EuG*, T-228/99 und T-233/99, ECLI:EU:T:2003:57, Rn. 245 – *Westdeutsche Landesbank Girozentrale*.

Kapitalbeteiligungen entwickelt, können aber auf eine Vielzahl von Beihilfeinstrumenten übertragen werden,³³ so dass im Folgenden vom „Market Economy Operator Test“³⁴ [MEOT] bzw. vom „marktwirtschaftlich handelnden privaten Wirtschaftsteilnehmer“³⁵ die Rede sein wird.

1. Die Anwendung des „Market Economy Operator“-Tests

In der Rechtssache *EdF* hatte der Gerichtshof im Rechtsmittelverfahren nach Art. 56 der Satzung des Gerichtshofs der Europäischen Union über die Rechtsfrage zu entscheiden, ob das „Kriterium des privaten Kapitalgebers“ auch dann anzuwenden ist, wenn der Mitgliedstaat „Mittel steuerlicher Natur“ zur Förderung eines Unternehmens einsetzt.

Dem Verfahren lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die EdF ist ein Unternehmen, das sich zum fraglichen Zeitpunkt vollständig im Eigentum des französischen Staates befand und für die Erzeugung und Beförderung von Strom verantwortlich ist. Das allgemeine Versorgungsnetz zur Beförderung von Elektrizität wurde der EdF 1958 vom französischen Staat über eine Konzession zur Verfügung gestellt. Im Jahr 1997 wurde zur Normalisierung der Bilanz der EdF eine Umstrukturierung der selbigen vorgenommen. Unter anderem wurde die Summe der Vermögenswerte des allgemeinen Versorgungsnetzes nicht mehr wie zuvor als „konzessionierter Vermögenswert“ verbucht, sondern als „eigener Vermögenswert“ eingestuft. In den Jahren 1987 bis 1996 hatte die EdF zur Erneuerung dieser Vermögenswerte steuerfrei Rückstellungen bilden können, um dem französischen Staat das Versorgungsnetz in gutem Zustand zurückzugeben. Da diese Rückgabe nun hinfällig wurde, wurden diese Rückstellungen in Höhe von etwa 2,1 Milliarden Euro außerhalb der Ergebnisrechnung nun unter dem Posten „Kapitalerhöhung“ verbucht.³⁶

Die Europäische Kommission leitete daraufhin im Jahr 2001 ein Verfahren nach Art. 108 Abs. 2 AEUV ein, in dem sie die Vereinbarkeit verschiedener mit der Bilanzrestrukturierung zusammenhängender Maßnahmen mit dem Binnenmarkt überprüfte.³⁷ In ihrer abschließenden Entscheidung stufte die Kom-

³³ GA Léger, Schlussanträge v. 19.3.2002 – C-280/00, ECLI:EU:C:2002:188, Rn. 18 – *Altmark Trans*.

³⁴ So die Bezeichnung bei *Arhold*, in: MüKo-Wettbewerbsrecht, III, 2011, Art. 107 Rn. 143.

³⁵ So die Bezeichnung bei *Lübbig/Martín-Eblers*, Beihilfenrecht der EU, 2. Aufl. 2009, Rn. 247; *Sanchez Graells*, Bringing the „market economy agent“ principle to full power, ECLR 2012, 470 (472) bezeichnet diesen als „market economy agent“.

³⁶ *Europäische Kommission*, Entscheidung vom 16.12.2003 – 2005/145/EG, ABIEG 2005 Nr. L 49, S. 9 Rn. 24-36 – *Électricité de France*.

³⁷ *Europäische Kommission*, Aufforderung zur Abgabe einer Stellungnahme vom 16.10.2002, ABIEG 2002 Nr. C 280, S. 8 Rn. 34 ff.

mission einige Elemente dieser Umstrukturierung als beihilfenrechtlich unbedenklich ein, entschied aber, dass die Tatsache, dass EdF auf die Auflösung der Rückstellungen keine Körperschaftssteuer bezahlt hatte, eine mit dem Binnenmarkt unvereinbare staatliche Beihilfe darstelle, mit der ihr ein unrechtmäßiger Vorteil von 888,89 Mio. Euro gewährt wurde.³⁸

Während in der ersten Rechtsmittelinstanz noch streitig war, ob dieser Vorteil nicht als Kompensation für die Übernahme von Gemeinwohlverpflichtungen³⁹ angesehen werden konnte⁴⁰ und ob die Maßnahme geeignet war, den inner-nationalen Handel zu beeinträchtigen,⁴¹ wurden diese Punkte vor dem *EuGH* nicht mehr vorgebracht. Da auch die Selektivität der Steuervergünstigung, die Wettbewerbsverzerrung und das Fehlen der Freistellungsvoraussetzungen des Art. 107 Abs. 2 und 3 AEUV nicht angezweifelt wurden,⁴² hatte der *EuGH* in der Besetzung als große Kammer nur noch zu entscheiden, ob das „Kriterium des privaten Kapitalgebers“ auch dann anzuwenden ist, wenn der Mitgliedstaat „Mittel steuerlicher Natur“ zur Förderung eines Unternehmens einsetzt.

Da die wohl fast unbestrittene Meinung im Schrifttum davon ausging, dass der „private-investor-Test“ nicht zur Anwendung gelangen kann, sofern das staatliche Handeln hoheitlichen Charakter hat,⁴³ erscheint das Urteil des *EuGH*, dass ein wirtschaftlicher Vorteil, selbst wenn er aus Mitteln steuerlicher Natur gewährt wird, anhand des Kriteriums des privaten Kapitalgebers zu beurteilen ist, wenn der Staat in seiner Eigenschaft als Anteilseigner des ihm gehörenden Unternehmens gehandelt hat,⁴⁴ zunächst überraschend.

Im Verlauf dieses Beitrags wird jedoch gezeigt werden, dass die Rechtsauffassung des *EuGH* zwar in ihrer Kürze unzureichend differenziert, im Grundsatz aber überzeugt. Bezogen auf den konkret zu entscheidenden Fall scheint das Urteil dagegen unbefriedigend.

Dazu soll nach einer kurzen Darstellung des rechtlichen Hintergrundes geprüft werden, inwieweit die Gewährung von Steuervergünstigungen mit den Hand-

³⁸ *Europäische Kommission*, Entscheidung vom 16.12.2003 – 2005/145/EG, ABIEG 2005 Nr. L 49, S. 9 Rn. 84-103, 115, 149-155 – *Électricité de France*.

³⁹ Vgl. *EuGH*, Rs. 240/83, ECLI:EU:C:1985:59, Rn. 18 – *ADBHU*; *EuGH*, C-53/00, ECLI:EU:C:2001:627, Rn. 29 – *Ferring*, *EuGH*, C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415, Rn. 87 ff. – *Altmark Trans*.

⁴⁰ *EuG*, T-156/04, ECLI:EU:T:2009:505, Rn. 116 ff. – *EdF*.

⁴¹ *EuG*, T-156/04, ECLI:EU:T:2009:505, Rn. 134 ff. – *EdF*.

⁴² *Europäische Kommission*, Entscheidung vom 16.12.2003 – 2005/145/EG, ABIEG 2005 Nr. L 49, S. 9 Rn. 84-103, 149-155 – *Électricité de France*.

⁴³ Beispielsweise *Bär-Bouysyère*, in: Schwarze, EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 107 Rn. 26.

⁴⁴ *EuGH*, C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318, Rn. 92 – *EdF*.

lungen eines privaten Wirtschaftsteilnehmers vergleichbar ist. Im Anschluss wird ergründet, ob die bisherige Rechtspraxis die so gefundene Einschätzung in Frage stellt, bevor dann untersucht wird, ob das Urteil in der konkreten Rechtsache diesem Ergebnis hinreichend entspricht.

a) Fehlende Anwendung: Nicht anwendbar oder Anwendung sinnlos

Soweit in der Literatur davon ausgegangen wird, dass der MEOT in bestimmten Situationen aufgrund fehlender Vergleichbarkeit nicht angewendet werden kann,⁴⁵ so wird schon dort auf eine bedeutende Differenzierung verzichtet. Nicht berücksichtigt wird, dass es einen Unterschied macht, ob der MEOT aufgrund fehlender Vergleichbarkeit nicht angewendet werden kann oder ob die Anwendung zwar möglich ist, auf sie aber verzichtet werden kann, weil sie offensichtlich zu einem bestimmten – die Beihilfeeigenschaft bejahenden – Ergebnis führt.

So ist der MEOT dann nicht anwendbar, wenn es unmöglich ist, die Situation der staatlichen Stelle mit der einer privaten Unternehmensgruppe zu vergleichen, weil etwa erstere über eine Monopolstellung verfügt.⁴⁶

Der MEOT soll aber beispielsweise auch bei Direktinvestitionen als „hoheitliche Maßnahmen“ nicht anwendbar sein.⁴⁷ Es ist schon schwer ersichtlich, inwiefern der Staat bei der Vergabe von Direktsubvention zwingend hoheitlich – das heißt bei Vollzug von Normen, die ihn ausschließlich als solchen berechtigen oder verpflichten⁴⁸ – handelt.⁴⁹

Doch selbst wenn man dies zunächst einmal dahingestellt lässt, bleibt zumindest fraglich, weshalb eine solche direkte monetäre Leistung nicht konzeptionell mit Finanzhilfen vergleichbar ist, wie sie beispielsweise von privaten Unternehmen – nicht zuletzt für Marketingzwecke – an gemeinnützige Organisationen oder auch in Form der „Kollegenhilfen“⁵⁰ geleistet werden. Die Unternehmenseigenschaft der gemeinnützigen Einrichtungen vorausgesetzt,⁵¹ könnte

⁴⁵ *Bartosch*, Komm. z. EU-Beihilfenrecht, 2009, Art. 87 Abs. 1 Rn. 2.

⁴⁶ *EuGH*, C-83/01 P u.a., ECLI:EU:C:2003:388, Rn. 33 ff. – *Chronopost*.

⁴⁷ *Bartosch* (Fn. 45), Art. 87 Abs. 1 Rn. 2; *Derenne/Kaczmarek*, Regards sur le principe de l'investisseur privé en économie de marché, J.D.E. 2011, 61 (64).

⁴⁸ *Bachof*, Über öffentliches Recht, Festgabe f. BVerwG, 1978, 1 (9 ff.); *Wolff*, Der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht, AöR 76 (1950), 205 (208 ff.) und vergleichsweise die enge Auslegung bei der Abgrenzung zwischen hoheitlicher Tätigkeit und Arbeitnehmereigenschaft *EuGH*, Rs. 66/85, ECLI:EU:C:1986:284, Rn. 27 – *Lawrie-Blum*.

⁴⁹ So auch *Stelkens*, in: *Stelkens/Boch/Sachs*, Komm. z. VwVfG, 7. Aufl. 2008, § 35 Rn. 113.

⁵⁰ Vgl. *Sölter*, Investitionswettbewerb und Investitionskontrolle, 1973, 67.

⁵¹ Vgl. dazu *Helios*, Steuerliche Gemeinnützigkeit und EG-Beihilfenrecht, 2005, 81 ff.

man hier durchaus von Beihilfen „aus privaten Mitteln“ sprechen. Der Grund dafür, dass der MEOT (richtigerweise) bei solchen Begünstigungen trotzdem nicht angewendet wird, kann somit nicht in einer fehlenden Vergleichbarkeit liegen, sondern ist vielmehr darin zu suchen, dass das Ergebnis dieses Vergleichs vor allem im Hinblick auf den Umfang und die Empfänger der Subventionen regelmäßig negativ ausfallen wird. Es gilt der Grundsatz: Ein privater Marktakteur verschenkt nichts.⁵² Daran ändert auch das Urteil *EdF* nichts;⁵³ es ist keinesfalls davon auszugehen, dass der MEOT von nun an bei jeder nur erdenklichen Maßnahme anzuwenden ist.⁵⁴

Die Kommission muss nämlich nicht zu Gesichtspunkten Stellung nehmen, die offensichtlich keine oder eindeutig untergeordnete Bedeutung haben.⁵⁵ Beide Situationen sind aber strikt zu trennen – im Einzelfall kann auch eine Direktsubvention, beispielsweise aufgrund des damit erhofften Reputationsgewinns,⁵⁶ dem Handeln eines privaten Marktteilnehmers entsprechen und dann keine Beihilfe darstellen. Auf diese Differenzierung wird noch zurückzukommen sein.

b) Vergleichbarkeit steuerlicher Maßnahmen mit den Handlungen eines privaten Wirtschaftsteilnehmers

Um aufzuklären, ob der MEOT auch auf Maßnahmen steuerlicher Natur angewendet werden kann, muss also festgestellt werden, ob sich die Gewährung von Steuererleichterungen mit den Handlungen eines marktwirtschaftlich handelnden privaten Wirtschaftsteilnehmers vergleichen lassen.

Für beihilferechtliche Zwecke zu weit gehen würde es wohl, mit *Hobbes* den Staat als Vertrag zwischen einer „multitude of men“⁵⁷ und die Steuern als Vergütung für die, „that hold the public sword“⁵⁸ anzusehen und mit einem Vertrag mit einseitigem Leistungsbestimmungsrecht, § 315 BGB, vergleichen zu wollen, da zum einen nach modernem Verständnis Steuern gerade keiner konkreten Gegenleistung zugeordnet werden können, vgl. § 3 Abs. 1 AO, und zum

⁵² Vgl. *Hochbaum* (Fn. 30), 131; *Nettesheim*, Market Economic Investor Principle and Taxation: A Comment on Case T-156/04, Rn. 7.

⁵³ So auch ohne weitere Begründung *Köhler*, New Trends Concerning the Application of the Private Investor Test, EStAL 2011, 21 (22).

⁵⁴ So aber tendenziell *Sanchez Graells* (Fn. 35), 472.

⁵⁵ *EuGH*, C-367/95, ECLI:EU:C:1998:154, Rn. 64 – *Sytraval*.

⁵⁶ Zur Berücksichtigungsfähigkeit dieses Aspekts vgl. *Europäische Kommission*, Entscheidung v. 4.4.1995 – 95/422/EGKS, ABIEG 1995 Nr. L 253, S. 22 Rn. 4 – *Neue Maxhütte Stahlwerke*.

⁵⁷ *Hobbes*, *Leviathan*, 1651, 2. Teil, Kapitel XVIII, 88.

⁵⁸ *Hobbes* (Fn. 57), 2. Teil, Kapitel XXX, 181.

anderen der MEOT als Ausdruck des Art. 345 AEUV dem Staat nur die wirtschaftliche und nicht jede beliebige Tätigkeit ermöglichen soll.

Trotzdem ist beim Versuch eines Vergleichs von Steuervergünstigungen mit dem Handeln eines privaten Wirtschaftsteilnehmers das „tertium comparationis“ zunächst schnell gefunden: Es geht um den Erlass einer Schuld. Ob der Erlass einer Steuerschuld aber tatsächlich mit dem Verzicht auf eine privatrechtliche Forderung zu vergleichen ist, soll im Folgenden geprüft werden.

aa) Fehlende Vergleichbarkeit aufgrund der Form des staatlichen Handelns

Es gilt als Gemeingut, dass staatliche Beihilfen anhand ihrer Wirkung zu beurteilen sind,⁵⁹ so dass die Anwendung des Art. 107 AEUV nicht an der Wahl einer besonderen Rechtsform der Intervention scheitern kann.⁶⁰

Daraus folgt zugegebenermaßen noch nicht zwingend, dass auch bei der Beurteilung, ob der Staat das ihm aus Art. 345 AEUV zustehende Recht auf wirtschaftliche Betätigung ausübt und damit keine Beihilfe vorliegt, die Form des Handelns ebenfalls unerheblich ist.

Und so finden sich zahlreiche Meinungen, die die Anwendung des MEOT auf Steuermaßnahmen schon aufgrund der hoheitlichen Form der Maßnahme ablehnen.⁶¹

Im Fall *EdF* hat die Kommission aber selbst festgehalten, dass sie dann, wenn Frankreich die Steuer zunächst eingezogen und anschließend in entsprechendem Umfang Kapital zugeführt hätte, selbstverständlich den MEOT angewandt hätte.⁶²

Damit beschränkt sich der Vorwurf aber darauf, dass ein privater Investor den wirtschaftlichen Vorteil zwar möglicherweise ebenso gewährt hätte, aber eben nicht in derselben Form. Dies scheint zu formalistisch.⁶³

⁵⁹ Vgl. *EuGH*, Rs. 310/85, ECLI:EU:C:1987:96, Rn. 8 – *Deufil*.

⁶⁰ *Caspari*, Die Beihilferegeln des EWG-Vertrags und ihre Anwendung, FS v. d. Groeben, 1987, 69 (78); *Müller-Graff* (Fn. 28), 416; *Sollgruber*, Grundzüge des europäischen Beihilferechts, 2007, 17.

⁶¹ Für viele *Jaeger*, Beihilfen durch Steuern und parafiskalische Abgaben, 2006, Rn. 195; *Mamut*, Privatinvestorgrundsatz und Steuerbeihilfen, in: *Jaeger*, Beihilferecht, Jahrbuch 2009, 329 (341).

⁶² *EuG*, T-156/04, ECLI:EU:T:2009:505, Rn. 217 – *EdF*.

⁶³ *Baeten/Gam*, Tax Measures and the Private Investor Test, *EstAL* 2013, 546 (549); *Melcher*, Der Staat als Anteilseigner in Ausübung hoheitlicher Befugnisse, *EuZW* 2012, 576 (579); *Sanchez Graells*, (Fn. 35), 471.

Die Form einer Maßnahme an sich hat keine Auswirkungen auf den durch das Beihilferecht geschützten Markt, sondern allein ihr realwirtschaftlicher Effekt,⁶⁴ so dass allein die Form der Maßnahme die Anwendung des MEOT nicht ausschließen kann.

Nur dieses wirkungsorientierte Ergebnis kann im Übrigen den generellen Forderungen nach einem „more economic approach“ im Beihilfenrecht gerecht werden.⁶⁵

bb) Fehlende Vergleichbarkeit aufgrund makroökonomischer Ausrichtung

In der Literatur wird vertreten, der Grund für die fehlende Vergleichbarkeit steuerlicher Maßnahmen mit dem Handeln eines privaten Wirtschaftsteilnehmers sei nicht der hoheitliche Charakter, sondern die makroökonomische Perspektive, die der Staat bei deren Durchführung einnimmt. Während der MEOT lediglich mittelfristige Renditeaussichten ins Auge nehme, weise das Steuerrecht über konkrete Geschäftsentscheidungen und einzelbetriebliche Überlegungen hinaus.⁶⁶

Unbestreitbar ist wohl, dass der Staat selten nur auf Grund unternehmerischer Motive handelt, sondern vielmehr eine Doppelrolle behält, in der er immer auch als Teil der auf das Allgemeinwohl bedachten öffentlichen Hand agiert.⁶⁷ Dies ergibt sich oftmals schon aus der grundrechtlichen Bindung der staatlichen Stellen.⁶⁸

Zweifelhaft ist aber, ob dies die Vergleichbarkeit bereits ausschließen kann. Auch bei privaten Wirtschaftsunternehmen erscheint die Renditeaussicht nämlich nicht als reiner Selbstzweck. Vielmehr dient sie der letztlich hinter jedem privaten Unternehmen stehenden natürlichen Person zu Konsumzwecken.⁶⁹ Es unterscheiden sich somit möglicherweise die Motive; das (Zwischen-)Ziel der Renditegenerierung kann aber auch bei rein öffentlichen Unternehmen beispielsweise in Jahresberichten und durch das selbsterklärte Ziel der „maximalen

⁶⁴ Haslechner, Die Anwendbarkeit des Privatinvestortests bei Steuerbeihilfen, in: Jaeger/Rumersdorfer, Beihilferecht, Jahrbuch 2011, 273 (285).

⁶⁵ Köhler (Fn. 53), 31.

⁶⁶ Jaeger, Fehlstellungen im Verhältnis von Steuer- und Beihilfenrecht, EuZW 2012, 92 (94).

⁶⁷ Dreher, Die staatliche Eigenkapitalzufuhr an Gesellschaften als Beihilfen im Sinne des EG-Vertrags, GS Kobbe-Keuk, 1997, 583 (586).

⁶⁸ Giesberts/Streit, Anforderungen an den „Private Investor Test“ im Beihilfenrecht, EuZW 2009, 484 (485).

⁶⁹ Franke/Hax, Finanzwirtschaft des Unternehmens und Kapitalmarkt, 6. Aufl. 2009, 151.

Gewinnerwirtschaftung für die Gesellschafter“ deutlich zu Tage treten.⁷⁰ Diese wirtschaftliche Ausrichtung kann dabei durchaus mit der übertragenen Befugnis zur Abgabenerhebung zusammenfallen,⁷¹ so dass nicht grundsätzlich davon ausgegangen werden kann, dass die hoheitliche Finanzbeschaffung immer von einer makroökonomischen Perspektive geprägt ist.⁷²

Dass nach nationalem Recht die Stundung und der Erlass von Steuerschulden besonderen Anforderungen unterliegen, vgl. für das deutsche Recht §§ 222, 227 AO, die eine Berücksichtigung kaufmännischer Ziele möglicherweise ausschließen,⁷³ kann für die beihilfenrechtliche Bewertung nicht bedeutend sein, da nicht auszuschließen ist, dass die Maßnahmen trotzdem in ihrer Wirkung dem Handeln eines privaten Wirtschaftsteilnehmers gleichstehen.⁷⁴ Die Europäische Kommission ist in Ausübung ihrer Kompetenzen nicht zur allgemeinen Rechtsaufsicht nationalen Handelns berufen.⁷⁵

Hier grundsätzlich zwischen der Steuer- und der Gebühren- bzw. Beitragserhebung aufgrund der „Voraussetzungslosigkeit“ von Steuern unterscheiden zu wollen,⁷⁶ erscheint gekünstelt, denn Gebühren erfüllen keineswegs ausschließlich den Zweck, die mit ihnen verbundenen Leistungen zu finanzieren,⁷⁷ sondern ihnen kommt vielfach ebenso eine Lenkungsfunction zu. So sollen Gebühren für die kommunale Abfallentsorgung nicht nur deren Kosten decken, sondern gleichzeitig wirksame Anreize zur Vermeidung und Verwertung schaffen, vgl. ausdrücklich § 18 Abs. 1 Nr. 1 KAG BW.

Zudem verkennt diese Argumentation den Vergleichsmaßstab, der beim MEOT anzulegen ist. Es ist keineswegs von einem Marktteilnehmer auszugehen, der lediglich mittelfristige Renditeaussichten verfolgt, sondern wenigstens vom Verhalten einer privaten Unternehmensgruppe, die eine globale oder sektorale Strukturpolitik verfolgt und sich von längerfristigen Rentabilitätsaussich-

⁷⁰ Vgl. *Europäische Kommission*, Entscheidung v. 3.7.2011 – E 45/2000, S. 3 – *Flughafen Amsterdam-Schiphol*.

⁷¹ Vgl. *EuGH*, C-345/02, ECLI:EU:C:2004:448, Rn. 10 und 37 – *Pearle*; für das deutsche Recht *Franz*, Gewinnerzielung durch kommunale Daseinsvorsorge, 2005, 275 ff. und zur Mitwirkung Privater § 12 Abs. 1 NKAG.

⁷² Im Ergebnis ohne Begründung auch *Giesberts/Kleve*, „Private Investor Test“ im EG-Beihilfenrecht, *EuZW* 09, 287 (289).

⁷³ So *Rode*, Steuervergünstigungen, Beihilfen und Steuerwettbewerb, 2006, 207; für die Möglichkeit eines Steuererlasses zu Sanierungszwecken dagegen *Obermair*, Insolvenz als Erlassgrund?, *StB* 2005, 212 (214).

⁷⁴ Vgl. *EuG*, T-196/04, ECLI:EU:T:2008:585, Rn. 98 – *Ryanair*.

⁷⁵ *Giesberts/Kleve* (Fn. 72), 289.

⁷⁶ So *Jaeger* (Fn. 66), 94 f.

⁷⁷ So aber ausdrücklich *Jaeger*, Taking Tax Law Seriously: The Opinion of AG Mazák in *EDF*, *EStAL* 2012, 1 (2).

ten leiten lässt.⁷⁸ Dabei können auch Erwägungen der Beschäftigung und der wirtschaftlichen Entwicklung eine Rolle spielen.⁷⁹

Dass im Einzelfall Unternehmen bei ihren Entscheidungen die Auswirkungen für die Gesamtwirtschaft außer Acht lassen, kann diese grundsätzliche Feststellung nicht in Zweifel ziehen.⁸⁰

Im Ergebnis unterscheidet sich das staatliche Handeln bei der Finanzbeschaffung somit mitnichten zwangsläufig durch ihre makroökonomische Betrachtungsweise, da eine solche zum einen auch bei einem privaten Investor vorliegen kann, aber nicht zwangsläufig bei der öffentlichen Stelle vorliegen muss.

Dies wird durch den Fall *EdF* nur bestätigt. Die EdF war und ist über zahlreiche Beteiligungen (wie beispielsweise an der Energie Baden-Württemberg AG) außerhalb des französischen Hoheitsgebiets tätig und exportiert einen wesentlichen Teil ihrer Stromproduktion.⁸¹ Es ist wohl kaum anzunehmen, dass der französische Staat dabei die Badener und Württemberger zur „collectivité nationale française“ rechnet und sich für deren Versorgung verantwortlich sieht. Vielmehr erscheint hier die Gewinnerwirtschaftung als einziges Motiv, so dass auch bei der Investition in dieses Unternehmen (selbst in Form einer Steuervergünstigung) eine mikroökonomische Zielsetzung keineswegs per se ausgeschlossen werden kann.

cc) Fehlende Vergleichbarkeit aufgrund des Fehlens eines „Marktes für Steuerbeihilfen“

Als zusätzliches Argument soll der Umstand, dass für Steuervergünstigungen kein tatsächlicher Markt existiere, gegen die Vergleichsmöglichkeit sprechen.⁸²

Tatsächlich ist dies aber schon nicht die entscheidende Frage. Entscheidend ist eben nicht, ob der private Kapitalgeber dasselbe Mittel verwendet hätte, son-

⁷⁸ *EuGH*, C-305/89, ECLI:EU:C:1991:142, Rn. 20 – *Alfa Romeo*.

⁷⁹ *GA van Gerven*, Schlussanträge v. 10.1.1991 – C-305/89, ECLI:EU:C:1991:4, Rn. 11 – *Alfa Romeo*.

⁸⁰ So aber das einzige, tragende Gegenargument von *Jaeger* (Fn. 66), 95.

⁸¹ *Europäische Kommission*, Entscheidung vom 16.12.2003 – 2005/145/EG, ABIEG 2005 Nr. L 49, S. 9 Rn. 9 und 105 – *Électricité de France*.

⁸² *Bermond*, *Affaire EDF: L'Etat a-t-il vraiment agi comme un investisseur privé l'aurait fait?*, RDAI 2010, 273 (276); *Jansen*, *Vorgaben des europäischen Beihilferechts für das nationale Steuerrecht*, 2003, 54; *Schön*, in: *Hancher/Ottervanger/Slot* (Fn. 4), Kapitel 10 Rn. 015.

dern ob er die gleiche Kapitalmenge aufgebracht hätte.⁸³ Auch ein Markt etwa für „staatliche Vergünstigungen beim Grundstückskauf“ existiert nicht.⁸⁴

Zudem scheint es ohne weiteres möglich, dem Verzicht auf die Steuerforderung einen (hypothetischen) Marktwert zuzuordnen. Ausgehend von Kriterien wie der Höhe der Forderung, dem Risiko ihrer Durchsetzbarkeit, den zusätzlichen Durchsetzungsmöglichkeiten der Behörde oder der Stellung der Steuerforderung in einer möglichen Insolvenz ist es durchaus möglich, die Summe zu ermitteln, die ein Investor bereit wäre zu zahlen, um in die Position der Steuerbehörde einzutreten.

dd) Fehlende Vergleichbarkeit aufgrund der Einseitigkeit

Vereinzelt wird vorgebracht, die Mittelzuwendung im Wege hoheitlicher Handlungsformen sei deshalb zwangsläufig immer eine Begünstigung, weil die staatliche Leistung der Gegenleistung hier zwingend vorgelagert sei und es somit an der rechtlichen Konnexität fehle. Zudem mangle es aufgrund des Subordinationsverhältnisses und der einseitigen gesetzlichen Vorgabe an dem für Austauschverhältnisse typischen gleichberechtigten Gegenüber.⁸⁵ Tatsächlich beschreibt dies aber das gängige Verhältnis eines Gesellschafters zu seiner Gesellschaft. Er investiert Kapital in ein Unternehmen, um später die Dividende als Gegenleistung zu erhalten. Die Kapitalzuführung beschließt er dabei zwangsläufig einseitig, so dass auch diese Argumentation nicht gegen eine Vergleichbarkeit sprechen kann.

ee) Fehlende Vergleichbarkeit aufgrund der Größe des Staatshaushaltes

Soweit angenommen wird, dass ein Vergleich mit einem privaten Marktteilnehmer deshalb nicht möglich sei, weil sich kaum vergleichbare Unternehmen finden ließen, die über eine Finanzkraft verfügen, die es erlaubt, Investitionen wie in vorliegender Größenordnung (ca. 890 Millionen) zu tätigen,⁸⁶ scheint dies aus mehreren Gründen nicht richtig.

Zum einen existieren durchaus privatwirtschaftliche Unternehmen, deren Finanzkraft mit staatlichen Haushalten vergleichbar ist. Im Jahr 2013 erwirtschafteten beispielsweise Exxon Mobil Gewinne von über 26 Milliarden Euro und Apple Profite von rund 29 Milliarden Euro.⁸⁷ Im Vergleich blieben die jeweili-

⁸³ Köhler (Fn. 53), 30.

⁸⁴ Vgl. Haslechner (Fn. 64), 284; Köhler (Fn. 53), 30.

⁸⁵ Jennert, Die Berücksichtigung des Empfängerhaltens im europäischen Beihilfenrecht, EuR 2003, 343 (349).

⁸⁶ Bermond (Fn. 82), 277; Parish, On the private investor principle, E.L. Rev. 2003, 70 (77 f.).

⁸⁷ Forbes.com nach eigenen Währungsumrechnungen.

gen Gesamtsteuereinnahmen im selben Jahr von Bulgarien, Estland, Kroatien, Lettland, Litauen, Luxemburg, Malta, Slowenien, Zypern und der Slowakei ganz deutlich hinter diesen Gewinnen zurück.⁸⁸ Die Rating-Agentur Moody's bewertet Exxon zudem mit einem „AAA“ und sieht das Unternehmen damit als genauso kreditwürdig wie die Bundesrepublik Deutschland an,⁸⁹ so dass sich auch die Kapitalbeschaffungskosten nicht wesentlich unterscheiden dürften.

Doch selbst wenn man annimmt, dass die öffentliche Hand aufgrund der Steuereigenfinanzierung in ihrem Verhaltensspielraum nicht in gleicher Weise begrenzt ist wie private Investoren,⁹⁰ kann dies allein die Anwendung des MEOT nicht ausschließen. Ansonsten würde kein Raum für den Bereich der wirtschaftlichen Tätigkeit und damit Art. 345 AEUV verbleiben, da der Staat typischerweise Zugriff auf Ressourcen aus seiner hoheitlichen Tätigkeit hat.⁹¹

Soweit man aus der Finanzstärke lediglich ableitet, dass der Staat zumindest einen Gewinn erwirtschaften muss, der den Kosten eines hypothetischen Kredits in der Höhe des Investments plus einem Risikozuschlag entspricht,⁹² so ist dies eine Frage nach den bei der Anwendung des MEOT zu veranschlagenden Kosten. Von der Anwendbarkeit selbst wird dann aber schon ausgegangen.

Gleiches gilt für die Frage, ob bei einer Investition durch einen Forderungsverzicht die Kosten für einen privaten Investor deshalb höher wären, weil dieser auf die Investition Steuern hätte zahlen müssen:⁹³ Im vorliegenden Fall hätte ein privater Gesellschafter bei einem Steuersatz in Höhe von 41,66% gem. Art. 219 alinéa 1, 235 ter ZB alinéa 2 Code général des impôts in der 1997 gültigen Fassung auf eine Schuld von etwa 1,53 Milliarden Euro verzichten müssen, um seiner Tochtergesellschaft im Ergebnis einen effektiven Vorteil von 890 Millionen Euro zukommen zu lassen. Auch dies ist eine Frage der zu be-

⁸⁸ Eigene Berechnungen nach <http://epp.eurostat.ec.europa.eu>: Bulgarien bspw. 15 Milliarden; Malta etwa 3 Milliarden.

⁸⁹ Moodys.com (Stand: November 2014).

⁹⁰ Dreber (Fn. 67), 586.

⁹¹ *EuG*, T-156/04, ECLI:EU:T:2009:505, Rn. 232 – *EdF*; *Chérot*, Selon le Tribunal de l'UE, la seule circonstance que l'État ait accès à des ressources financiers découlant de l'exercice de la puissance publique ne permet pas de justifier, à elle seule, que les mesures financées par la renonciation à ces ressources soient considérées comme relevant de ses prérogatives de puissance publique, *Concurrences* 2010, 149 (152); *Haber-kamm/Kühne*, Steuerliche Maßnahmen im Lichte des Europäischen Beihilferechts, *EuZW* 2010, 734 (736).

⁹² So *Nicolaidis/Rusu*, Private Investor Principle: What Benchmark and Whose Money?, *EStAL* 2011, 237 (246); *Nicolaidis*, Taxes, the Cost of Capital and the Private Investor Principle, *EStAL* 2013, 243 (244).

⁹³ So das Vorbringen der Europäischen Kommission, vgl. *EuG*, T-156/04, ECLI:EU:T:2009:505, Rn. 201 – *EdF*; das *EuG*, T-156/04, ECLI:EU:T:2009:505, Rn. 266 f. – *EdF* hatte dies bezweifelt.

rücksichtigenden Kosten in der Anwendung des MEOT, schließt aber dessen Anwendbarkeit nicht aus.⁹⁴

ff) Fehlende Vergleichbarkeit aufgrund von Zuständigkeitsgrenzen

Als weiterer Grund, den MEOT nicht auf steuerliche Maßnahmen anzuwenden, wird die Tatsache angeführt, dass eine wirtschaftliche Betätigung deshalb nicht vorliegt, weil nicht vorausgesetzt werden kann, dass die Steuerbehörde mit der Behörde, die für staatliche Investitionen zuständig ist, übereinstimmt.⁹⁵ Dies übersieht aber, dass Steuervergünstigungen auch auf Weisung der Regierungsspitzen als Ausdruck eines einheitlichen Investitionskonzepts erfolgen können und nicht zwangsläufig eine eigenständige Entscheidung der Steuerbehörden sein müssen.⁹⁶ So kann der Staat etwa im Rahmen eines einheitlichen Geschäftsplans eine Investition eines seiner Unternehmen durch zusätzliche Gebührenregelungen unterstützen.⁹⁷ Auch in der Rechtssache *EdF* beruht die Steuervergünstigung auf der Nichtfestsetzung dieser Abgabe im steuerlichen Anhang zum Schreiben des französischen Ministers für Wirtschaft, Finanzen und Industrie vom 22.12.1997.⁹⁸

gg) Zwischenergebnis

Nach all dem lässt sich auf den Ausgangspunkt des Vergleichsversuches zurückkommen. Es ist kein Grund ersichtlich, der eine Unvergleichbarkeit des Erlasses einer Steuerschuld mit dem Verzicht auf eine privatrechtliche Forderung bewirken könnte. Dadurch wird das Ergebnis des *EuGH* bestätigt, allein die Vornahme einer Maßnahme steuerlicher Natur könne die Anwendung des MEOT nicht ausschließen.

c) Differenzierung notwendig

Nachdem festgestellt wurde, dass auch steuerliche Maßnahmen grundsätzlich anhand des MEOT zu überprüfen sein können, stellt sich die Frage, ob zur Systematisierung nach verschiedenen Formen der Steuervergünstigungen unterschieden werden kann und sollte.

⁹⁴ So auch *EuGH*, C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318, Rn. 96 – *EdF*.

⁹⁵ *Nettesheim* (Fn. 52), Rn. 4; *Nicolaidis/Rusu* (Fn. 92), 247.

⁹⁶ Vgl. zu einem Steuererlass die Weisung des Finanzministers an die örtliche Steuerbehörde in *EuG*, T-11/07, ECLI:EU:T:2014:173, Rn. 82 – *Frucona Košice*.

⁹⁷ Vgl. *EuG*, T-196/04, ECLI:EU:T:2008:585, Rn. 53 ff. – *Ryanair*.

⁹⁸ *Europäische Kommission*, Entscheidung vom 16.12.2003 – 2005/145/EG, ABIEG 2005 Nr. L 49, S. 9 Rn. 30 – *Électricité de France*.

Fallgruppe 1: Der Staat unterhält keinerlei Verbindungen zu dem begünstigten Unternehmen

Vor allem in Fällen, in denen der Staat mit Ausnahme der Steuerschuld keine Verbindung zu dem begünstigten Unternehmen hat, scheinen Steuervergünstigungen zunächst „verdächtig“. So wird die Anwendung des private-investor-Tests hier im Regelfall nicht notwendig sein. Schwer vorstellbar, aber nicht unmöglich scheint es, dass es im Einzelfall zu einer Situation kommt, in der eine Steuervergünstigung im direkten Austausch für eine Gegenleistung des Unternehmens gewährt wird. Hier wäre dann auch die Anwendung des private-investor-Tests angebracht.

Auch in anderen Situationen – wenn sich der Schuldner nämlich in finanziellen Schwierigkeiten befindet – ist aber nach inzwischen ständiger Rechtsprechung anerkannt, dass ein teilweiser Abgabenverzicht oder eine Abgabenstundung dann dem Verhalten eines privaten Gläubigers entsprechen kann, wenn dieser dadurch die Bezahlung der ihm von einem Schuldner geschuldeten Beträge zu erlangen sucht und dazu mit dem Schuldner Vereinbarungen schließt, die eine Stundung oder Ratenzahlung der als Schulden aufgelaufenen Beträge vorsehen, um ihre Rückzahlung zu erleichtern (sog. private-creditor-Test).⁹⁹ Dies ist unabhängig davon, ob die Forderung ausdrücklich gestundet oder lediglich nicht beigetrieben wird.¹⁰⁰

Ein vollständiger Verzicht auf die Forderung kommt nicht in Betracht, da die Abgabenerleichterung ja gerade auf die Maximierung der Gewinne gerichtet ist.¹⁰¹

Fallgruppe 2: Der Staat unterhält andere (wirtschaftliche) Verbindungen zu dem begünstigten Unternehmen

Auch ein vollständiger Erlass der Steuerschuld mag dagegen dann in Betracht kommen, wenn der Staat gegenüber dem Unternehmen auch bezüglich anderer Forderungen (seien diese privatrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Natur) als Gläubiger auftritt. Hier kann es unter Umständen durchaus wirtschaftlich Sinn haben – und damit dem Handeln eines privaten Marktakteurs entsprechen, wenn der Staat auf die Beitreibung einer Steuerschuld verzichtet, wenn er dafür davon ausgehen kann, dass dem Unternehmen dadurch die Insolvenz erspart

⁹⁹ *EuGH*, C-342/96, ECLI:EU:C:1999:210, Rn. 46 – *Tubacex*; *EuGH*, C-256/97, ECLI:EU:C:1999:332, Rn. 24 – *DM Transport*.

¹⁰⁰ *EuGH*, C-480/98, ECLI:EU:C:2000:559, Rn. 19 – *Magefesa*; *EuGH*, C-276/02, ECLI:EU:C:2004:521, Rn. 31 ff. – *GEA*.

¹⁰¹ Vgl. GA *Kokott*, Schlussanträge v. 6.9.2012 – C-73/11 P, ECLI:EU:C:2012:535, Rn. 44 – *Frucona Košice*; *Haslechner* (Fn. 64), 280.

bleibt und zumindest die restlichen Forderungen in Folge dessen befriedigt werden.¹⁰²

Fallgruppe 3: Der Staat ist Gesellschafter des begünstigten Unternehmens

Tritt der Staat als Gesellschafter des begünstigten Unternehmens auf, scheint vor allem eine Unterscheidung zwischen den Modifikationen im Steuertatbestand und bei der Steuerbemessung auf der einen und Vergünstigungen auf die Steuererhebung, also Erlässen, Stundungen etc. auf der anderen Seite¹⁰³ denkbar.

Fallgruppe 3.1: Steuervergünstigungen durch Freistellungen, Abzüge und Reduzierung des Steuersatzes

Auch wenn steuerliche Maßnahmen nicht grundsätzlich aus dem Anwendungsbereich des MEOT herausgenommen werden können, so scheint die Situation bei Maßnahmen in denen Steuerpflichtige von vornherein von der Steuerpflicht befreit sind (Freistellungen), bei Abzügen von der Bemessungsgrundlage und Anrechnungen auf die Steuerschuld sowie bei Reduzierungen des Steuersatzes¹⁰⁴ eine besondere zu sein. Zwar ist es vorstellbar, dass der Staat bei der Bestimmung des Steuertatbestandes bereits Investitionsgesichtspunkte berücksichtigt.¹⁰⁵ Im Regelfall werden durch Veränderungen des Tatbestands (selbst wenn man die Selektivität der Maßnahme bereits bejaht hat) eine Mehrzahl von Fällen abstrakt geregelt,¹⁰⁶ so dass es schwer vorstellbar ist, dass diese Maßnahmen so auch von einem privaten Investor vorgenommen würden. Eine Holdinggesellschaft würde nicht pauschal auf einen Prozentsatz ihrer Forderungen gegenüber allen ihren Tochtergesellschaften verzichten, ohne im Einzelfall geprüft zu haben, ob sich ein solcher Forderungsverzicht im spezifischen Fall rentieren würde. Somit mag eine solche steuerliche Maßnahme zwar an sich mit dem Handeln eines privaten Wirtschaftsteilnehmers vergleichbar sein; der Vergleich fällt aber in diesen Fällen offensichtlich negativ aus, so dass in diesen Fällen auf die Anwendung des MEOT verzichtet werden kann.

¹⁰² Vgl. *Soltész/Makowski*, Die Nichtdurchsetzung von Forderungen der öffentlichen Hand als staatliche Beihilfe i.S. von Art. 87 I EG, EuZW 2003, 73 (76); *von Donat*, in: Heidenhain, European State Aid Law, 2010, § 17 Rn. 29.

¹⁰³ So die zentrale Unterscheidung bei *Jaeger* (Fn. 66), 95.

¹⁰⁴ Klassifizierung nach *Koschyk* (Fn. 13), 117 ff.

¹⁰⁵ A.A. aufgrund des Kriteriums eines makroökonomischen Motivs *Jaeger* (Fn. 66), 94.

¹⁰⁶ Darauf weist auch *Köhler* (Fn. 53), 30 hin.

Fallgruppe 3.2: Steuervergünstigungen durch Nichtfestsetzung, Steueraufschub und -erlass

Anders verhält es sich, wenn der Staat nach Schaffung des Steuertatbestandes auf die Erhebung und Durchsetzung der zumindest berechenbaren Forderung verzichtet. Diese Entscheidung betrifft regelmäßig einen Einzelfall, so dass hier der private-investor-Test angewendet werden muss, um zu entscheiden, ob auch ein privater Gesellschafter unter den jeweiligen Umständen das Kapital der Gesellschaft durch einen Forderungsverzicht in entsprechenden Umfang erhöht hätte.

Verlangt man allerdings, dass für die Anwendbarkeit des private-investor-Tests die Steuerforderung bereits verbindlich feststehen muss und dieser somit nicht zur Verfügung steht, wenn die Steuer, wie in vorliegendem Fall, der Höhe nach noch nicht bestimmt ist,¹⁰⁷ so geht dies zu weit.¹⁰⁸

Auch ein privater Wirtschaftsteilnehmer könnte etwa bei einer umsatzabhängigen Vertragsstrafe auf seine Forderung verzichten, ohne die genauen Umsatzzahlen und damit die Höhe seiner Forderung exakt zu kennen. Hat er als Gesellschafter eine ungefähre Vorstellung von den jeweiligen Kennzahlen, so kann er die wirtschaftlichen Folgen dieses Verzichts auch ohne weiteres abschätzen, so dass es nicht von vornherein vollkommen unwahrscheinlich ist, dass der private-investor-Test in einer solchen Situation im Ergebnis sogar positiv ausfallen könnte. Es scheint hier sogar implausibel anzunehmen, dass ein privater Marktteilnehmer zunächst die Forderung gegenüber der Tochtergesellschaft „offiziell“ geltend machen würde, um sie dann wieder fallen zu lassen.

Auch in der Wirkung macht es keinen Unterschied, ob der Staat von vornherein (nach Festsetzung des Steuertatbestands) zu wenig oder auch gar nichts verlangt oder später die zunächst geltend gemachte Forderung teilweise wieder aufgibt.¹⁰⁹

Fallgruppe 3.3: Steuererleichterungen bei öffentlichen Unternehmen in finanziellen Schwierigkeiten

Zum anderen ist auch bei staatlichen Unternehmensbeteiligungen die Anwendung des private-creditor-Tests nicht ausgeschlossen.¹¹⁰ Ähnlich wie bei Fall-

¹⁰⁷ So Jaeger (Fn. 66), 95 f.

¹⁰⁸ Ebenfalls lediglich auf eine „Bestimmbarkeit“ abstellend *EuG*, T-68/03, ECLI:EU:T:2007:253 Rn. 409 – *Olympiaki Aeroporja*.

¹⁰⁹ Ohne die hier vorgenommene Differenzierung auch *Frenz*, Hdb. Europarecht III: Beihilfe- und Vergaberecht, 2007, § 4 Rn. 409.

¹¹⁰ Vgl. *EuG*, T-46/97, ECLI:EU:T:2000:123, Rn. 93 ff. – *SIC I*.

gruppe 2 kommt hier sogar ein vollständiger Forderungsverzicht als wirtschaftlich rentable Lösung in Betracht, wenn durch diesen Verzicht das zuvor in die Unternehmensbeteiligung investierte Kapital gesichert werden kann.¹¹¹ Eine zusätzliche Anwendung des private-investor-Tests scheint in diesen Fällen fernliegend:¹¹² Fällt der Test positiv aus, so liegt schon deshalb keine Beihilfe vor; fällt er aber negativ aus, so deshalb, weil ein privater Marktakteur zur Sicherung seines Kapitals durch eine Zahlungserleichterung nicht bereit gewesen wäre. Dann scheint es freilich unwahrscheinlich, dass er trotzdem zusätzliches Kapital in das offensichtlich bereits aufgegebene Unternehmen investiert hätte.

2. „Hoheitliche“ Maßnahmen als Beihilfen in der bisherigen Rechtspraxis

Es entsprach einer nicht unüblichen Praxis der Europäischen Kommission, die Anwendung des MEOT ausdrücklich deshalb abzulehnen, weil der Staat sich des Mittels der Steuererleichterung bediente,¹¹³ so dass der vorliegende Sachverhalt nicht so einmalig scheint wie an mancher Stelle angenommen.¹¹⁴

Auch in der Literatur war unbestritten davon ausgegangen worden, dass der MEOT nicht auf „hoheitliche Maßnahmen“ angewendet werden könne. Dieses Verständnis scheint auf die Ausführungen des GA Léger in der Rechtssache *Altmarkt Trans* zurückzugehen.¹¹⁵ Dieser hatte ausgeführt, dass sich aus der Rechtsprechung ergebe, dass das Kriterium des privaten Wirtschaftsteilnehmers nicht maßgebend sei, wenn die staatliche Intervention keinen wirtschaftlichen Charakter habe, sondern der Staat hoheitlich handle, indem er einem Unternehmen direkt eine Subvention zahle, eine Steuererleichterung gewähre oder eine Minderung der Soziallasten einräume.¹¹⁶ Dies stützte er zum einen auf die Tatsache, dass der Gerichtshof den MEOT in diesen Fällen nicht angewendet hat, und zum anderen auf die Unterscheidung des *EuGH* zwischen den Verpflichtungen, die der Staat als Eigentümer der Anteile einer Gesellschaft zu

¹¹¹ Vgl. Köster/Molle, Gilt das Privatgläubigerprinzip bei der Beihilfenrückforderung, EuZW 2007, 534; Nitsche/Milde/Soltész, Eigentümereffekt und versunkene Investitionen, EuZW 2012, 408 f.

¹¹² Vgl. auch *EuG*, T-152/99, ECLI:EU:T:2002:188, Rn. 138 ff. – *HAMSA*.

¹¹³ Europäische Kommission, Entscheidung vom 3.2.1999 – 1999/484/EG, ABIEG 1999 Nr. L 193, S. 1 Rn. 64 – *HAMSA*; Europäische Kommission, Entscheidung vom 26.1.2011 – 2011/527/EG, ABIEU 2011 Nr. L 235, S. 26 Rn. 63 – *KStG*.

¹¹⁴ Vgl. *Bartosch*, The EdF Ruling – an electrifying Enlightening, EStAL 2010, 679 (682); *Chérot* (Fn. 91), 152.

¹¹⁵ Vgl. mit Verweisen auf GA Léger *Bartosch* (Fn. 45), Art. 87 Abs. 1 Rn. 2, auf den wiederum *Beljin*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Europarecht, 2. Aufl. 2010, Art. 107 Rn. 53 verweist, sowie *Kühling*, in: Streinz, EUV/AEU, 2. Aufl. 2012, Art. 107 Rn. 33.

¹¹⁶ GA Léger, Schlussanträge v. 14.1.2003 – C-280/00, ECLI:EU:C:2002:188, Rn. 20 ff. – *Altmarkt Trans*.

übernehmen hat, und den Verpflichtungen, die ihm als Träger der öffentlichen Gewalt obliegen.¹¹⁷

a) Fehlende Anwendung des MEOT

Soweit GA Léger aus der Tatsache, dass der *EuGH* den MEOT in bestimmten Konstellationen nicht anwendet, schlussfolgert, dass dieser aufgrund einer fehlenden Vergleichbarkeit nicht anwendbar ist, so ist dazu anzumerken, dass aus der fehlenden Nichtanwendung keineswegs auch eine Nichtanwendbarkeit folgt.¹¹⁸

So ist für die Fälle, in denen der MEOT auf Direktsubventionen (auch als „verlorene Zuschüsse“ bezeichnet) nicht angewendet wurde,¹¹⁹ schon festgestellt worden, dass die Nichtanwendung des MEOT bereits daraus resultiert, dass eine Anwendung offensichtlich zu einer Bejahung des Beihilfecharakter führen würde.¹²⁰

In den Urteilen, in denen der *EuGH* die fehlende Anwendung des MEOT bei Steuervergünstigungen nicht als rechtsfehlerhaft bewertet hat (und auch gar nicht anspricht), ging es beispielsweise um Steuerfreistellungen für öffentliche Kreditinstitute.¹²¹ Erscheint die Nichtanwendung des MEOT zunächst dem Urteil *EdF* zu widersprechen, so wird anhand der hier vorgenommenen Differenzierung schnell klar, dass es sich um einen Fall der Fallgruppe 3.1 handelt, in dem der MEOT richtigerweise nicht durchgeführt werden musste.¹²² Kein informierter und umsichtiger privater Gesellschafter hätte pauschal Forderungen gegenüber allen Tochtergesellschaften in einem bestimmten Tätigkeitsgebiet fallen gelassen.

Selbiges gilt für die von GA Léger angeführte Rechtssache C-6/97¹²³, in der über die Beihilfeigenschaft der Möglichkeit einer Anrechnung auf die Steuer-schuld (die unter Fallgruppe 3.1 fallen würde, wenn der Staat Anteilseigner wäre, und schon deshalb nicht zwangsläufig nach dem MEOT zu prüfen wären) zu entscheiden war, die aber nicht nur öffentlichen Unternehmen, sondern jeglichen privaten Güterkraftverkehrsunternehmen eröffnet wurde. Hier ist für

¹¹⁷ *EuGH*, C-278/92 u.a., ECLI:EU:C:1994:325, Rn. 22 – *Hytasa*; *EuGH*, C-334/99, ECLI:EU:C:2003:55, Rn. 135 – *Gröditzger Stahlwerke*.

¹¹⁸ S. bereits Abschnitt **III. 1. a)**.

¹¹⁹ Vgl. *EuGH*, Rs. 310/85, ECLI:EU:C:1987:96, Rn. 8 – *Deufil*; *EuGH*, Rs. 62/87 und 72/87, ECLI:EU:C:1988:132 – *Glaverbel*.

¹²⁰ Ebenso Abschnitt **III. 1. a)**.

¹²¹ *EuGH*, C-387/92, ECLI:EU:C:1994:100, Rn. 13 – *Banco Exterior de España*.

¹²² Ähnlich auch bei *Europäische Kommission*, Entscheidung v. 3.7.2011 – E 45/2000, S. 6 – *Flughafen Amsterdam-Schiphol*.

¹²³ *EuGH*, C-6/97, ECLI:EU:C:1999:251 – *Kraftverkehrsunternehmen*.

die Anwendung des private-investor-Tests auch aufgrund der fehlenden Gesellschafterstellung kein Raum.¹²⁴ Auch die zitierten Rechtssachen C-156/98 und C-75/97 behandelten Vergünstigungen durch abstrakt-generelle Regelungen für private Unternehmen, namentlich eine Änderung der deutschen Steuerregelung des § 6b EStG¹²⁵ und eine gesetzliche erhöhte Ermäßigung von Sozialversicherungsbeiträgen an bestimmte private Unternehmen.¹²⁶ So konnte auch in anderen, nationale Steuervergünstigungen betreffenden Fällen der MEOT unangewendet bleiben.¹²⁷

In der Rechtssache T-67/94 ging es um diverse Maßnahmen wie Körperschaftsteuerbefreiungen, Freistellungen vom Arbeitgeberbeitrag zum Wohnungsbau und Zahlungserleichterungen bezüglich eines aus Rennvereinen bestehenden Interessenverbandes.¹²⁸ Auch hier war für den private-investor-Test aufgrund der fehlenden Anteilseignereigenschaft des Staates kein Raum und auch der private-creditor-Test musste nicht angewendet werden, da ein Grund für einen vollständigen Forderungsverzicht hier nicht ersichtlich war (vgl. Fallgruppe 1).

Somit widerspricht die Nichtanwendung des MEOT durch den Gerichtshof der Europäischen Union in den genannten Fällen nicht seiner grundsätzlichen Feststellung im Fall *EdF*, dass die Anwendbarkeit des MEOT nicht aufgrund des steuerlichen Charakters einer Maßnahme ausgeschlossen ist.¹²⁹

Die Anwendung des private-creditor-Tests bei Minderungen sowohl privatrechtlicher¹³⁰ als auch öffentlich-rechtlicher Forderungen¹³¹ scheint dagegen diese Rechtsauffassung zu unterstreichen.

Das Urteil *Banco Exterior de España* unterstützt allerdings die hier vorgenommene Differenzierung und zeigt so, dass eine Unterscheidung im Urteil *EdF* wünschenswert gewesen wäre.

¹²⁴ GA Ruiz-Jarabo vermochte „nicht einmal entfernt zu erkennen, inwiefern das Verhalten des Staates, die fraglichen Vergünstigungen zu gewähren, dem Handeln eines Privatinvestors gleichzusetzen sein sollte“, Schlussanträge v. 17.9.1998 – C-6/97, ECLI:EU:C:1998:416, Rn. 25 – *Kraftverkehrsunternehmen*.

¹²⁵ *EuGH*, C-156/98, ECLI:EU:C:2000:467 – *Deutschland/Kommission*.

¹²⁶ *EuGH*, C-75/97, ECLI:EU:C:1999:311 – *Maribel*.

¹²⁷ Vgl. *EuGH*, C-53/00, ECLI:EU:C:2001:627 – *Ferring*; *EuGH*, C-172/03, ECLI:EU:C:2005:130 – *Heiser*; *EuGH*, C-66/02, ECLI:EU:C:2005:768 – *Italien/Kommission*; *EuGH*, C-222/04, ECLI:EU:C:2006:8 – *Cassa di Risparmio di Firenze*; *EuGH*, C-393/04 und C-41/05, ECLI:EU:C:2006:403 – *Air Liquide*.

¹²⁸ *EuG*, T-67/94, ECLI:EU:T:1998:7 – *Ladbroke Racing*.

¹²⁹ A.A. ohne Begründung *Bernardeau/Peiffert*, Jurisprudence de la CJUE: fiscalité directe, RDF 2012, Rn. 68.

¹³⁰ *EuG*, T-198/01, ECLI:EU:T:2004:222, Rn. 99 – *Technische Glaswerke Ilmenau*.

¹³¹ So ausdrücklich *EuG*, T-1/08, ECLI:EU:T:2011:216, Rn. 70 – *Buczek Automotive*.

b) Keine Anwendbarkeit des MEOT

GA Léger meint zudem, die Unterscheidung des *EuGH* zwischen den Verpflichtungen, die der Staat als Eigentümer der Anteile einer Gesellschaft zu übernehmen hat, und den Verpflichtungen, die ihm als Träger der öffentlichen Gewalt obliegen, sei eine Bestätigung des Prinzips der Nichtanwendbarkeit des MEOT auf hoheitliche Maßnahmen.¹³²

Tatsächlich hat der *EuGH* eine solche Unterscheidung zwar vorgenommen, diese aber keineswegs auf die Anwendbarkeit des MEOT bezogen. Vielmehr urteilte er, dass bestimmte Kosten bei der Durchführung des MEOT nicht berücksichtigt werden können, und setzte die Anwendbarkeit des MEOT somit schon voraus.¹³³

GA Jacobs hatte deshalb noch genauer zwischen den Verpflichtungen als Eigentümer des Aktienkapitals und den Verpflichtungen des Staates als Erbringer von Leistungen der sozialen Sicherheit und der Arbeitslosenunterstützung unterschieden und nicht auf die „Hoheitlichkeit“ der Maßnahmen abgestellt.¹³⁴

So ging es in den angesprochenen Fällen auch gar nicht um eine Vorteilsgewährung durch „hoheitliche Maßnahmen“. Diese Differenzierung wurde in Fällen angewendet, in denen es um den Verkauf von Unternehmensanteilen (einer klassischen Anwendung des MEOT) zu einem negativen Kaufpreis¹³⁵ bzw. eine Kapitalzuführung ging (der Anwendungsfall, für den der MEOT entwickelt wurde)¹³⁶, und wurde herangezogen, um den Umfang der Kosten einer alternativen Liquidation der Unternehmen zu bestimmen.

c) Der Fall Ryanair

In der Rechtssache *Ryanair* hatte das *EuG* zum ersten Mal explizit über die Anwendung des MEOT auf „hoheitliche Maßnahmen“ zu entscheiden und die Beihilfeeigenschaft eines Flughafengebührenerlasses für die Fluggesellschaft Ryanair durch die Region Wallonien, die Eigentümerin des Flughafens Charleroi, zu beurteilen. In seiner etwas konfusen Urteilsbegründung bestätigte das *EuG* zunächst die Rechtsauffassung des GA Léger, die Anwendung des MEOT komme nicht in Betracht, wenn der Staat als Träger der öffentlichen Gewalt

¹³² Ebenso mit Verweis auf diese Rechtsprechung Jaeger (Fn. 66), 93; von Wallenberg/Schütte (Fn. 1), Art. 107 Rn. 55.

¹³³ Köhler (Fn. 53), 26; Szyjczak, The Survival of the Market Economic Investor Principle in Liberalised Markets, EStAL 2011, 35 (38).

¹³⁴ GA Jacobs, Schlussanträge v. 23.3.1994 – C-278/92 u.a., ECLI:EU:C:1994:112, Rn. 29 – *Hytasa*.

¹³⁵ *EuGH*, C-334/99, ECLI:EU:C:2003:55, Rn. 133 ff. – *Grüdtzger Stahlwerke*.

¹³⁶ *EuGH*, C-278/92 u.a., ECLI:EU:C:1994:325, Rn. 21 ff. – *Hytasa*.

handelt.¹³⁷ Im Anschluss stellte es fest, dass der MEOT trotzdem hätte angewendet werden müssen, weil die Festlegung der Gebühren so eng mit der wirtschaftlichen Tätigkeit des Flughafens verbunden sei, dass sie selbst als wirtschaftlich anzusehen sei.¹³⁸ Damit stimmt das Urteil im Ergebnis mit dem *EdF*-Urteil in der Auffassung überein, dass auch die Ausübung hoheitlicher Befugnisse die Anwendung des MEOT nicht ausschließen kann.

Tatsächlich erscheint diese Beurteilung in der Rechtssache *Ryanair* überhaupt nicht notwendig gewesen zu sein. Der Rabatt der Flughafengebühren war nämlich keineswegs durch eine Modifikation des Abgabentatbestandes erreicht worden, sondern der Fluggesellschaft in einem rein privatrechtlichen Vertrag zugesichert worden – im Austausch für die Verpflichtung zur Stationierung von Flugzeugen auf dem Flughafen Charleroi in einem Vertrag mit diesem. Somit lag schon der Form nach kein „hoheitliches Handeln“ vor und auch inhaltlich scheint die Vereinbarung fast offensichtlich wirtschaftlicher Natur gewesen zu sein, so dass auch deshalb nicht ersichtlich ist, warum der private-investor-Test hier nicht hätte angewendet werden sollen.

d) *Der Fall France Télécom*

In der Rechtssache *France Télécom* ging es um Steuervergünstigungen für die France Télécom, eine Aktiengesellschaft, deren Anteile zu mehr als 50% unmittelbar oder mittelbar vom Staat gehalten wurden. Diese Vergünstigungen waren nur zwei Unternehmen (France Télécom und La Poste¹³⁹) über ein Sondergesetz durch Reduzierungen des Steuersatzes und der Bemessungsgrundlage gewährt worden.¹⁴⁰ Das *EuG* rügte die Nichtanwendung des MEOT durch die Kommission nicht. Auf den ersten Blick könnte man darin einen Widerspruch zum Urteil *EdF* sehen.¹⁴¹

Tatsächlich resultiert die Nichtanwendung wohl aber bereits aus der Tatsache, dass weder Frankreich noch die France Télécom im Verwaltungs- oder im Rechtsmittelverfahren behauptet hatten, in den Steuervergünstigungen seien Kapitalzuführungen zu sehen. Beide hatten sich ganz im Gegenteil auf den

¹³⁷ *EuG*, T-196/04, ECLI:EU:T:2008:585, Rn. 85 – *Ryanair*.

¹³⁸ *EuG*, T-196/04, ECLI:EU:T:2008:585, Rn. 88 ff. – *Ryanair*.

¹³⁹ Die Vergünstigungen gegenüber La Poste wurden nicht als Beihilfen angesehen, da sie die Kosten aus der Wahrnehmung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse ausglich, *EuG*, T-106/95, ECLI:EU:T:1997:23, Rn. 97 ff. – *La Poste*.

¹⁴⁰ *EuG*, T-427/04 und T-17/05, ECLI:EU:T:2009:474, Rn. 28 ff. – *France Télécom*.

¹⁴¹ So *Buendía/Givaja*, Round Up, JECL&Pract 2010, 257 (261).

Standpunkt gestellt, dass eine rein steuerliche Maßnahme vorgelegen hatte.¹⁴² Doch selbst wenn die Durchführung des MEOT von den Parteien angeregt worden wäre, hätte im Fall *France Télécom* darauf verzichtet werden können. Auch wenn von der Modifikation des Steuertatbestandes nicht eine Vielzahl von Unternehmen profitierte, ist die Maßnahme der Fallgruppe 3.1 zuzuordnen. Schon die undifferenzierte Anwendung der Vergünstigungen auf die beiden Unternehmen in Art. 1635 sexiest Code général des impôts der damaligen Fassung zeigt, dass es sich nicht um eine unternehmerische Entscheidung handelte. Zudem wurde die Reduzierung der Steuersätze zunächst unbegrenzt eingeräumt und tatsächlich über neun Jahre hinweg gewährt. Somit konnte auch in diesem Fall die Anwendung des MEOT unterbleiben, ohne dass damit ein Widerspruch mit dem Urteil *EdF* und der hier vorgeschlagenen Differenzierung verbunden wäre.

e) Ergebnis

In der Zusammenschau widerspricht die bisherige Rechtspraxis des *Europäischen Gerichtshofs* seinem Urteil im Fall *EdF* nicht. Sie zeigt jedoch, dass trotz der Gültigkeit seiner Aussage, dass die Anwendung des MEOT nicht allein aufgrund der Tatsache ausgeschlossen werden kann, dass sich der Mitgliedstaat einer Maßnahme steuerlicher Natur bedient, der MEOT nicht in jedem Fall angewendet werden muss. Vielmehr scheint es Situationen zu geben, in denen der Ausgang des Tests so eindeutig ist, dass seine Durchführung nicht einmal angedacht werden muss. Im Zusammenhang mit steuerlichen Maßnahmen kann der private-investor-Test vor allem dann unterbleiben, wenn der Staat Steuervergünstigungen an private Unternehmen vergibt und nicht eine Sondersituation vorliegt, in der diese als Gegenleistung für einen Dienst der Unternehmen erscheint. Bei Steuervergünstigungen zugunsten von Unternehmen mit staatlicher Beteiligung tritt der Staat dann im Regelfall nicht als Investor auf, wenn er bereits Modifikationen am Steuertatbestand vornimmt.

3. Der Fall *EdF* – eine Frage der Transparenz?

Auch wenn die Steuervergünstigung zugunsten der *EdF* der Fallgruppe 3.2 zuzuordnen wäre und die Weigerung der Kommission, den MEOT anzuwenden, demzufolge grundsätzlich rechtsfehlerhaft war, bleibt mit der Aufhebung der Kommissionsentscheidung ein gewisses Unbehagen verbunden. So schien die primäre Besorgnis sowohl der Kommission als auch des GA *Mazák*, der sich in der Rechtssache *EdF* ebenso für eine Nichtanwendbarkeit des MEOT ausgesprochen hatte, ein Verlust an Kontrollmöglichkeit über das Handeln des

¹⁴² *EuG*, T-427/04 und T-17/05, ECLI:EU:T:2009:474, Rn. 154 ff., 250 – *France Télécom*; *Europäische Kommission*, Entscheidung vom 2.8.2004 – 2005/709/EG, ABIEG 2005 Nr. L 269, S. 30 Rn. 19 – *France Télécom*.

Staates zu sein.¹⁴³ Auch in der Literatur wurden diese Befürchtungen geäußert,¹⁴⁴ an mancher Stelle wurde gar eine „Gefährdung der Transparenz, Rechtssicherheit und demokratischer Verantwortlichkeit“¹⁴⁵ durch die Anwendung des MEOT gesehen.

Tatsächlich scheint es ein leichter Ausweg für die Staaten, im Nachhinein Steuervergünstigungen durch die Anwendung des MEOT rechtfertigen zu können.

Das Gericht hatte in der ersten Rechtsmittelinstanz seine Ausführungen noch auf Situationen beschränkt, in denen der Staat als „einziger Aktionär“ handelt.¹⁴⁶ Soweit diese Beschränkung damit erklärt wird, dass eine Erhöhung des Eigenkapitals durch einen Steuererlass bei gemischt öffentlich-privaten Unternehmen zu einer Verschiebung der Beteiligungsquoten der Anteilseigner führen könnte und zum Schutz der privaten Gesellschafter die Anwendung des private-investor-Tests auf Unternehmen im staatlichen Alleineigentum beschränkt sein müsste,¹⁴⁷ ist dem nicht zu folgen. Der Schutz der Minderheitsaktionäre ist nicht Gegenstand des Beihilfenrechts,¹⁴⁸ sondern es ist Aufgabe der Gesellschafter bzw. des nationalen Gesellschaftsrechts, dafür zu sorgen, dass eine Kapitalzuführung nicht den Interessen der Anteilseigner entgegenläuft.

Stattdessen ist diese Einschränkung zum einen selbstverständlich mit der Beschränkung auf den zu entscheidenden Sachverhalt, andererseits aber auch mit einem Transparenzgedanken zu erklären. In Gesellschaften mit mehreren Anteilseignern wird sich die Frage einer „versteckten“ Kapitalzuführung nämlich kaum stellen. Findet sie im Rahmen einer formalen Kapitalerhöhung statt, so ist diese schon aufgrund der nationalen Registerpflichten ersichtlich, vgl. §§ 184 AktG, 57 GmbHG, Art. R. 123-66, R. 123-53 3° französischer Code de commerce, Sec. 554 (1), 617 (2)(a) UK Companies Act 2006. Findet sie außerhalb dieses Instituts statt, so kann sich die Frage nach der Anwendung des MEOT nur dann stellen, wenn die anderen Anteilseigner im selben Umfang (im Rahmen ihres Beteiligungsverhältnisses) Kapital (egal in welcher Form) zuführen – sind dies private Anteilseigner, so wird der MEOT im Regelfall positiv ausfallen, da es einen realen Investor gibt, der sich ebenso wie der Staat verhalten hat.¹⁴⁹ Beteiligen sich die anderen Gesellschafter aber nicht oder in nur geringem Anteil an der Kapitalerhöhung, wird zumeist zu verlangen sein, dass dann

¹⁴³ GA *Mazák*, Schlussanträge v. 20.10.2011 – C-124/10 P, ECLI:EU:C:2011:676, Rn. 92 – *EdF*.

¹⁴⁴ *Szygczak* (Fn. 133), 38.

¹⁴⁵ *Nettesheim* (Fn. 52), Rn. 9.

¹⁴⁶ *EuG*, T-156/04, ECLI:EU:T:2009:505, Rn. 258 und 283 – *EdF*.

¹⁴⁷ *Haberkamm/Kühne* (Fn. 91), 737.

¹⁴⁸ *Haslehner* (Fn. 64), 291 f.; *Nettesheim* (Fn. 52), Rn. 8.

¹⁴⁹ Vgl. *EuG*, T-358/94, ECLI:EU:T:1996:194, Rn. 148 f. – *Air France*.

eine ausgleichende Vereinbarung zwischen den Gesellschaftern – beispielsweise über eine erhöhte Gewinnbeteiligung – getroffen wird, denn kein privater Investor würde als einziger Gesellschafter Kapital in eine Gesellschaft einbringen, ohne davon besonders zu profitieren. Nur dann kann mit dem MEOT geprüft werden, ob ein privater Marktakteur für diese Erhöhung der Gewinnbeteiligung das durch die Steuervergünstigung eingebrachte Kapital ebenfalls zur Verfügung gestellt hätte.

Somit erklärt sich die Beschränkung der Streitfrage auf 100%ige Eigengesellschaften des Staates auch mit der Tatsache, dass nur hier eine „versteckte“ Einlage überhaupt sinnvoll möglich ist.

Im deutschen Handelsrecht wird genau aus diesem Grund ein ausdrücklicher Gesellschafterbeschluss gefordert, damit der Forderungsverzicht erfolgsneutral in die Kapitalrücklage eingestellt werden kann und sich nicht auf die Gewinn- und Verlustrechnung auswirkt.¹⁵⁰

Auch der *EuGH* versucht, einen Missbrauch auszuschließen, indem er fordert, dass der Mitgliedstaat, wenn er sich im Verwaltungsverfahren auf den MEOT beruft, eindeutig und anhand objektiver und nachprüfbarer Nachweise belegen muss, dass er gleichzeitig mit der Gewährung des Steuervorteils die Entscheidung getroffen hat, mit dieser Maßnahme Kapital in das von ihm kontrollierte Unternehmen zu investieren.¹⁵¹

Damit folgt er der Ansicht der Kommission, die annimmt, dass ein marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber üblicherweise keine zusätzlichen Finanzmittel ohne ausreichende Informationen zur Verfügung stellen würde,¹⁵² weshalb sie auch beispielsweise von Unternehmen i.S. von Art. 106 Abs. 2 AEUV eine getrennte Buchhaltung verlangt, vgl. Art. 1 Abs. 2 RL 2006/111/EG.

Beachtet man aber diese Forderungen nach Transparenz,¹⁵³ so erscheint es fraglich, ob der *EuGH* die Aufhebung der Kommissionsentscheidung durch das *EuG* wirklich hätte billigen sollen.

¹⁵⁰ *Krumbholz*, in: Thierhoff/Müller/Illy/Liebscher, Unternehmenssanierung, 2012, § 5 Rn. 69 mit Verweis auf BT-Drucks. 10/4268, S. 107.

¹⁵¹ *EuGH*, C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318, Rn. 82 f. – *EdF*.

¹⁵² Mitteilung der Kommission an die Mitgliedstaaten „Anwendung der Art. 92 und 93 EWG-Vertrag und des Art. 5 der Richtlinie 80/723/EWG der Kommission über öffentliche Unternehmen in der verarbeitenden Industrie“, ABIEG 1993 Nr. C 307, S. 3 Rn. 31.

¹⁵³ Vgl. grundsätzlich auch *Huber/Kristoferitsch*, Der Transparenzgrundsatz im Beihilfenrecht, in: Jaeger/Rumersdorfer (Fn. 64), 365 ff.

Im Fall *EdF* hatte Frankreich nämlich zum Zeitpunkt der Bilanzumstrukturierung keinerlei wirtschaftliche Bewertung des Steuererlasses vorgenommen, sondern nur im Nachhinein eine Studie vorgelegt, welche die Wirtschaftlichkeit bestätigen sollte.

Das *EuG* hatte aus dem Vorbringen der Parteien den Schluss gezogen, die Maßnahmen des französischen Staates dienten dem Ziel der Erhöhung der Eigenmittel der EdF.¹⁵⁴ Dies ist noch nicht deshalb rechtsfehlerhaft, weil nach ständiger Rechtsprechung die staatlichen Maßnahmen nach ihrer Wirkung zu beurteilen sind und ein bestimmtes – etwa soziales,¹⁵⁵ konjunkturförderndes¹⁵⁶ oder gesundheitspolitisches¹⁵⁷ – Ziel die Beihilfeeigenschaft nicht per se ausschließen kann, da diese Rechtsprechung keine Aussage darüber trifft, inwiefern die Ziele bei der Beurteilung, ob eine Beihilfe vorliegt, herangezogen werden können.¹⁵⁸ So wurde oftmals gefordert, die verfolgten Ziele beispielsweise als Indizien für die Abgrenzung zwischen staatlichen Beihilfen und privatwirtschaftlichen Zuwendungen¹⁵⁹ oder zur Feststellung der Leistung von einem allgemeinen wirtschaftlichen Interesse¹⁶⁰ heranzuziehen.

Das *EuG* hatte seine Schlussfolgerung, dass hier ein Investitionsziel verfolgt wurde, allein auf ein Schreiben des französischen Ministers für Wirtschaft, Finanzen und Industrie gestützt, das nach dem Erlass des Bilanzumstrukturierungsgesetzes verfasst wurde. Darin war angeführt worden, dass das Gesetz auch das Ziel verfolge, die Eigenmittel zu erhöhen; es wurde dabei aber keineswegs auf die Kapitalsteuer Bezug genommen. Vielmehr war diese im Anhang III zum Schreiben, der die steuerlichen Konsequenzen aufführte, einfach nicht bedacht worden.¹⁶¹ Ob dies ein „eindeutiger Nachweis“ ist, darf wohl bezweifelt werden.

Soweit der *EuGH* meint, das *EuG* hätte nur über Anwendungsmöglichkeit des MEOT entschieden, nicht aber ob dieser im konkreten Fall anzuwenden war,¹⁶²

¹⁵⁴ *EuG*, T-156/04, ECLI:EU:T:2009:505, Rn. 243 und 259 – *EdF*.

¹⁵⁵ *EuGH*, Rs. 173/73, ECLI:EU:C:1974:71, Rn. 26/28 – *Textilsektor*.

¹⁵⁶ *EuGH*, Rs. 310/85, ECLI:EU:C:1987:96, Rn. 8 – *Deufil*.

¹⁵⁷ *EuGH*, C-126/01, ECLI:EU:C:2003:622, Rn. 43 – *GEMO*.

¹⁵⁸ *Bartosch* (Fn. 114), 681; i.E. a.A. *Giesberts/Streit* (Fn. 68), 487.

¹⁵⁹ GA *Lenz*, Schlussanträge v. 16.4.1986 – Rs. 40/85, ECLI:EU:C:1986:152, S. 2329 f. – *Boch*; vgl. auch GA *Stix-Hackel*, Schlussanträge v. 8.9.2005 – C-66/02, ECLI:EU:C:2005:510, Rn. 25 – *Italien/Kommission*.

¹⁶⁰ GA *Stix-Hackel*, Schlussanträge v. 7.11.2002 – C-34/01 bis C-38/01, ECLI:EU:C:2002:643, Rn. 158 – *Enirisorse*.

¹⁶¹ *EuG*, T-156/04, ECLI:EU:T:2009:505, Rn. 243 – *EdF*; *Europäische Kommission*, Entscheidung vom 16.12.2003 – 2005/145/EG, ABIEG 2005 Nr. L 49, S. 9 Rn. 29-31 – *Électricité de France*.

¹⁶² *EuGH*, C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318, Rn. 99 – *EdF*.

widerspricht dies der Aussage des *EuG*, dass die Kommission die Anwendung des MEOT zu Unrecht ablehnte¹⁶³ bzw. dass die Kommission zu prüfen hatte, ob ein privater Kapitalgeber eine vergleichbare Investition vorgenommen hätte,¹⁶⁴ so dass auch in der Literatur angenommen wurde, dass das Gericht die Anwendung des MEOT für geboten hielt.¹⁶⁵ Auch GA *Mazák* hatte deshalb in einem erheblichen Teil seiner Schlussanträge versucht darzulegen, dass die Beurteilung des Gerichts, Frankreich habe die Steuerforderung in Kapital umgewandelt, objektiv nicht gerechtfertigt sei.¹⁶⁶

Selbst wenn man aber davon ausginge, so scheint es fraglich, dass die Kommission irgendwelche Anhaltspunkte dafür hatte, dass der MEOT anwendbar sein könnte. Auch im zweiten Rechtsmittelverfahren konnte Frankreich schließlich nur eine nachträglich angefertigte Studie vorweisen, so dass zu bezweifeln ist, dass 1997 irgendwelche Überlegungen zur Rentabilität einer Investition angestellt wurden.

IV. Fazit und Ausblick

Es konnte gezeigt werden, dass nicht nur grundsätzlich das Beihilfenrecht auch auf steuerliche Maßnahmen anzuwenden ist, sondern dass auch dem Urteil des *EuGH*, die Anwendung des MEOT sei nicht schon aufgrund der steuerlichen Natur der staatlichen Maßnahme ausgeschlossen, im Grundsatz zuzustimmen ist. Eine Vergleichbarkeit einer solchen Steuervergünstigung mit dem Handeln eines privaten Wirtschaftsteilnehmers scheidet weder an der Form der Maßnahme,¹⁶⁷ noch an der bei ihr eingenommenen ökonomischen Perspektive,¹⁶⁸ am Fehlen eines Marktes für Steuerbeihilfen,¹⁶⁹ an der Größe des Staatshaushaltes,¹⁷⁰ an der Einseitigkeit der Maßnahme¹⁷¹ oder an Zuständigkeitsgrenzen.¹⁷² Daraus folgt allerdings nicht, dass es nicht bestimmte Situationen gibt, in denen die Anwendung des MEOT unterbleiben kann.¹⁷³

¹⁶³ *EuG*, T-156/04, ECLI:EU:T:2009:505, Rn. 285 – *EdF*.

¹⁶⁴ *EuG*, T-156/04, ECLI:EU:T:2009:505, Rn. 249 – *EdF*.

¹⁶⁵ *Bartosch* (Fn. 114), 268; *Haberkamm/Kühne*, (Fn. 91), 737.

¹⁶⁶ GA *Mazák*, Schlussanträge v. 20.10.2011 – C-124/10 P, ECLI:EU:C:2011:676, Rn. 14-49 – *EdF*.

¹⁶⁷ S. Abschnitt III. 1. b) aa).

¹⁶⁸ S. Abschnitt III. 1. b) bb).

¹⁶⁹ S. Abschnitt III. 1. b) cc).

¹⁷⁰ S. Abschnitt III. 1. b) dd).

¹⁷¹ S. Abschnitt III. 1. b) ee).

¹⁷² S. Abschnitt III. 1. b) ff).

¹⁷³ S. Abschnitt III. 1. c).

Diese Einschätzung wird insgesamt von der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes nicht in Frage gestellt, sondern in ihrer Differenzierung bestätigt.¹⁷⁴

Auch wenn die Aufhebung der Kommissionsentscheidung im konkreten Fall *EdF* Zweifel aufwirft,¹⁷⁵ wird die Kommission somit in Zukunft die Anwendung des MEOT auf steuerliche Maßnahmen nicht mehr pauschal ablehnen können. Die Anforderungen des *EuGH* an die Dokumentationspflichten werden aber wohl einem Missbrauch durch die Mitgliedstaaten vorbeugen können.

Eine Ergänzung der Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf Maßnahmen im Bereich der direkten Unternehmenssteuerung,¹⁷⁶ in der die Anwendung des MEOT in den beschriebenen Fällen bislang nicht vorgesehen war, um eine entsprechende Passage wäre wünschenswert.

Andere beim Gerichtshof anhängige Rechtssachen, auf die sich das vorliegende Urteil auswirken könnte, sind nicht ersichtlich. Auch wenn sich die Kläger in der Rechtssache *Bank Burgenland*, auf die Rechtssache *Ryanair* beriefen,¹⁷⁷ ist in dem Verfahren zu entscheiden, ob im Rahmen des „private-vendor-Tests“ bei der Privatisierung einer Bank auch die Kostenerleichterungen für den Staat aus dem Wegfall von Ausfallhaftungsverpflichtungen zu berücksichtigen sind.¹⁷⁸ Damit geht es um die bei der Anwendung des MEOT zu berücksichtigenden Kosten,¹⁷⁹ bei denen der *EuGH* eine Unterscheidung zwischen Verpflichtungen des Staates als Anteilseigner und als öffentliche Hand ausdrücklich anerkannt hat.¹⁸⁰ Zudem hatte die Kommission die Berücksichtigung nicht aufgrund der Form der Ausfallhaftung, sondern aufgrund der Tatsache abgelehnt, dass die Haftung kommerziellen Bedingungen nicht entsprach und diese damit selbst eine Beihilfe darstellte.¹⁸¹

¹⁷⁴ S. Abschnitt **III. 2.**

¹⁷⁵ S. Abschnitt **III. 3.**

¹⁷⁶ *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf Maßnahmen im Bereich der direkten Unternehmenssteuerung, ABIEG 1998 Nr. C 384, S. 3.

¹⁷⁷ Vgl. Klage v. 9.5.2012 – C-215/12 P, curia.europa.eu – *Bank Burgenland*.

¹⁷⁸ *EuG*, T-282/08, ECLI:EU:T:2012:91, Rn. 117 ff. – *Bank Burgenland*.

¹⁷⁹ *EuGH*, Rs. C-214/12 P, ECLI:EU:C:2013:682, Rn. 51 – *Bank Burgenland*.

¹⁸⁰ S. hierzu auch Abschnitt **III. 2. b).**

¹⁸¹ *Europäische Kommission*, Entscheidung vom 30.4.2008 – 2008/719/EG, ABIEG 2008 Nr. L 239, S. 32 Rn. 134 ff.

Anna Dominke*

Die SUP als Konzernbaustein und die fehlenden Organpflichten der Tochtergeschäftsführer

Abstract

Am 9.4.2014 hat die Kommission einen Richtlinienvorschlag für eine *Societas Unius Personae* (SUP) veröffentlicht. Leitgedanke des Vorhabens ist es, insbesondere kleinen und mittleren Unternehmen die Etablierung und Leitung einer grenzüberschreitenden Konzernstruktur zu ermöglichen. Zentrale Aspekte wie die Organpflichten der Tochtergeschäftsführer wurden jedoch bislang keiner Regelung zugeführt.

Der folgende Beitrag setzt sich mit der Frage auseinander, inwiefern die SUP den Anforderungen an einen europaweit einheitlich einsetzbaren Konzernbaustein gerecht wird. Zudem werden einzelne Gestaltungsmöglichkeiten für eine Normierung der Organpflichten der Tochtergeschäftsführer diskutiert, insbesondere die Pflicht zur Befolgung von Weisungen der Konzernleitung.

On 4 September 2014, the Commission published a proposal for a Directive on a *Societas Unius Personae* (SUP). The guiding principle of the draft is to enable small and mid-sized companies to establish and manage transborder group structures. However, fundamental aspects such as the duties of subsidiaries' directors have not been subject to regulation yet. This paper examines whether the SUP meets the requirements of a corporate group building block that is applicable Europe-wide. Moreover, various possibilities of regulating subsidiaries' directors' duties are discussed, especially the duty to comply with instructions of the parent company.

* Die Verfasserin ist cand. iur. und studiert seit dem Wintersemester 2011/2012 Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Der vorliegende Beitrag wurde als Studienarbeit im Schwerpunktbereich Gesellschafts- und Unternehmensrecht bei Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter Hommelhoff verfasst.

I. Einleitung

Aufgrund des vorläufigen Scheiterns der Europäischen Privatgesellschaft (*Societas Privata Europaea* – SPE) stellte die Europäische Kommission am 9.4.2014 den Richtlinienentwurf für eine *Societas Unius Personae* (SUP-RL)¹ vor. Mit diesem Konzept zur Reform der Einpersonengesellschaftsrichtlinie² soll eine in Kernbereichen europaweit harmonisierte Sonderform der geschlossenen Kapitalgesellschaft im Alleinbesitz geschaffen werden. Ziel der Harmonisierung ist es, insbesondere kleinen und mittleren Unternehmen eine flexible und einheitliche Organisation ihrer ausländischen Tochtergesellschaften zu ermöglichen. Neben einer vereinfachten Gründung soll den Unternehmen hierfür ein europaweit einheitliches Rechtskleid zur Verfügung gestellt werden.³

Im Folgenden werden daher zunächst die praktische Notwendigkeit eines europaweit einheitlich einsetzbaren Konzernbausteins und die Anforderungen an eine konzernindividuelle Einheitlichkeit⁴ aufgezeigt. Anschließend erfolgt eine Auseinandersetzung mit der Frage, inwiefern der SUP-Richtlinienentwurf diese Anforderungen an Tochtergesellschaften eines grenzüberschreitenden Konzerns zu erfüllen vermag.

Angesichts der weitgehenden Verweise des Richtlinienentwurfs auf nationales Recht, vgl. Art. 7 Abs. 4 SUP-RL, scheint jedoch fraglich, ob die SUP lediglich als „Dampfer mit 28 verschiedenen Farbanstrichen“⁵ zu qualifizieren ist und ob es nicht insbesondere einer einheitlichen Regelung von Organpflichten der Tochtergeschäftsführer bedurft hätte. Aus diesem Grund werden sodann verschiedene Gestaltungsmöglichkeiten einer Normierung von Organpflichten diskutiert, wobei sich der Beitrag insbesondere mit der Pflicht der Tochtergeschäftsführer zur Befolgung von Weisungen der Konzernmutter auseinandersetzt.

¹ COM(2014) 212 final v. 9.4.2014, abrufbar unter http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:100dbdec-c08b-11e3-86f9-01aa75ed71a1.0001.01/DOC_1&format=PDF (zuletzt aufgerufen am 20.4.2015).

² Richtlinie 2009/102/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 16.9.2009, ABl. EU L 258 v. 1.10.2009, 20 ff.

³ Vgl. Erwägungsgründe 7 f. des SUP-Richtlinienvorschlags (Fn. 1).

⁴ Vgl. zu diesem Begriff noch im Kontext der SPE: *Hommelhoff/Teichmann*, GmbHR 2014, 177 (181).

⁵ Vgl. zur SPE: *Helms*, Die Societas Privata Europaea (SPE). Zur Weiterentwicklung des Ursprungskonzepts im Wandel der Zeit, in: FS Hommelhoff, 2012, 369 (373); *Hommelhoff/Helms*, Weiter auf dem Weg zur Europäischen Privatgesellschaft, GmbHR 1999, 53 (55).

II. Praktische Notwendigkeit eines europäischen Konzernbausteins

Die ca. 20 Mio. kleinen und mittleren Unternehmen (KMU)⁶ in der Europäischen Union bilden das Rückgrat der Wirtschaft im europäischen Binnenmarkt.⁷ Sie sind die Hauptantriebskraft für wirtschaftliches Wachstum, Beschäftigung und Innovation.⁸ Deshalb ruhen auf ihnen zurzeit die größten Hoffnungen hinsichtlich des Abbaus der Arbeitslosigkeit in den Mitgliedstaaten.⁹

Nachdem sich die Harmonisierungsbemühungen der Europäischen Kommission jahrzehntelang vornehmlich auf die großen, kapitalmarktorientierten Unternehmen fokussierten,¹⁰ rücken nunmehr die KMU in den Mittelpunkt des Interesses.¹¹ Diese weisen zumeist einen hohen Spezialisierungsgrad auf, um sich dank ihrer Beweglichkeit und Qualitätsorientierung auch gegenüber Großunternehmen behaupten zu können.¹² Ihr wirtschaftlicher Erfolg ist aus diesem Grunde maßgeblich von der Erschließung zusätzlicher Absatzmärkte im Ausland abhängig.¹³ Bislang bestehen für die exportorientierten KMU bei einer

⁶ Kleine und mittlere Unternehmen werden für die Zwecke dieser Arbeit entsprechend Art. 2 Abs. 1 des Anhangs zur Empfehlung der Kommission 2003/361/EG v.

6.5.2003, ABl. EU L 124 v. 20.5.2003, 39, definiert als Unternehmen, die weniger als 250 Personen beschäftigen und entweder einen Jahresumsatz von höchstens 50 Mio. EUR erzielen oder deren Jahresbilanzsumme sich auf höchstens 43 Mio. EUR beläuft.

⁷ Vgl. *Helms*, Die Europäische Privatgesellschaft. Rechtliche Strukturen und Regelungsprobleme einer supranationalen Gesellschaft des Gemeinschaftsrechts, 1998, 67; *Kuck/Weiss*, Der Initiativbericht des Europäischen Parlaments für eine Europäische Privatgesellschaft, Der Konzern 2007, 498 (498); *Steinberger*, Die Europäische Privatgesellschaft – Schaffung einer europaweiten Gesellschaftsform für kleine und mittlere Unternehmen im Binnenmarkt, BB 2006 (BB-Spezial 7), 27 (27).

⁸ http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/index_de.htm (zuletzt aufgerufen am 20.4.2015); vgl. SUP-Richtlinienvorschlag (Fn. 1), 2.; *Steinberger* (Fn. 7), 27.

⁹ Vgl. Erwägungsgrund 4 des SUP-Richtlinienvorschlags (Fn. 1); *Ehricke*, Anforderungsprofil an eine Europäische Privatgesellschaft, die Einsatzmöglichkeiten und ihre gesellschaftsvertragliche Ausgestaltung nach dem Statut, in: Hommelhoff/Helms, Neue Wege in die Europäische Privatgesellschaft, 2001, 17 (32 f.); *Hommelhoff/Helms* (Fn. 5), 54; *Kuck/Weiss* (Fn. 7), 498.

¹⁰ *Gutsche*, Ein Plädoyer für die „Euro-GmbH“, in: FS Hommelhoff, 2012, 285 (286).

¹¹ Vgl. bereits das Lissabon Programm COM (2005) 330 final v. 20.7.2005, abrufbar unter: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005DC0330&from=DE> (zuletzt aufgerufen am 20.4.2015); sowie der Small Business Act COM (2008) 394 final v. 25.6.2008, abrufbar unter: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008DC0394&from=EN> (zuletzt aufgerufen am 20.4.2015).

¹² *Münch/Franz*, Die passende Rechtsform für deutsche Unternehmen im Ausland, BB 2010, 2707 (2707); *Teichmann*, Die Societas Privata Europaea (SPE) als ausländische Tochtergesellschaft, RIW 2010, 120 (120).

¹³ Vgl. *Münch/Franz* (Fn. 12), 2707; *Steinberger* (Fn. 7), 28; *Teichmann*, Europäische GmbH am Scheideweg:

solchen grenzüberschreitenden Tätigkeit die im Folgenden näher behandelten Gestaltungsmöglichkeiten.

1. Europäische Rechtsformen

Als supranationale Rechtsformen stehen den KMU zur Gründung ihrer Tochtergesellschaften die SE, EWIV und die SCE zur Verfügung. Es ist indes fraglich, ob diese Rechtsformen eine adäquate Konzerngründung und -leitung ermöglichen.

Die SE beispielsweise ist aufgrund ihres hohen Mindeststammkapitals (120.000 €, vgl. Art. 4 Abs. 2 SE-VO¹⁴) und des komplexen Ineinandergreifens von Verordnung, nationalem Recht und Satzung (vgl. Art. 9 SE-VO) ihrem normativen Typus nach auf kapitalmarktorientierte Großunternehmen ausgerichtet.¹⁵ Zudem folgt die SE-Verordnung dem Grundsatz der Satzungsstrenge¹⁶ und steht dem Bedürfnis der KMU nach größtmöglicher Gestaltungsfreiheit im Innenverhältnis mithin diametral entgegen.¹⁷ Auch die EWIV stellt aufgrund der unbeschränkten persönlichen Haftung (Art. 24 Abs. 1 EWIV-VO¹⁸), des Erfordernisses einer Zusammenarbeit mit wenigstens einer weiteren ausländischen Gesellschaft (Art. 4 Abs. 2 EWIV-VO) und des Verbots der Ausrichtung auf eigene Gewinnerzielung (Art. 3 Abs. 1 EWIV-VO) keine passende Gestaltungsvariante dar.¹⁹ Die SCE ist zur Bedarfsdeckung und Förde-

Supranationale Rechtsform oder harmonisierte Einpersonengesellschaft?, ZRP 2013, 169 (170).

¹⁴ Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates v. 8.10.2001, ABl. EG L 294 v. 10.11.2001, 1 ff.

¹⁵ Vgl. *Drury*, in: Hirte/Teichmann, The European Private Company – Societas Privata Europaea (SPE), 2013, 33 (44); *Gutsche*, Die Eignung der Europäischen Aktiengesellschaft für kleine und mittlere Unternehmen in Deutschland, 1994, 239 f.; *Hommelhoff/Teichmann*, Auf dem Weg zur Europäischen Privatgesellschaft (SPE), DStR 2008, 925 (926); *Kuck/Weiss* (Fn. 7), 499; *Lutter/Bayer/Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, 5. Aufl. 2012, 1672; *Oplustil*, Ausgestaltung und Einsatzmöglichkeiten der Europäischen Privatgesellschaft aus Sicht der in den neuen Mitgliedstaaten ansässigen kleinen und mittleren Unternehmen (KMU), in: Teichmann, Europa und der Mittelstand, 2010, 109 (124); *Steinberger* (Fn. 7), 31.

¹⁶ Vgl. *Hommelhoff/Teichmann*, in: Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, 2008, Art. 9 SE-VO Rn. 41; *dies.* (Fn. 15), 926; *Teichmann*, Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht, 2006, 273.

¹⁷ *Hommelhoff/Teichmann* (Fn. 15), 926; *Oplustil* (Fn. 15), 124; *Salomon*, Regelungsaufträge in der Societas Privata Europaea. Einführung in eine neue Rechtsform unter besonderer Berücksichtigung des Gesetzgebungsinstruments des Regelungsauftrages, 2010, 18.

¹⁸ Verordnung (EWG) Nr. 2137/85 des Rates v. 25.7.1985, ABl. EG L 199 v. 31.7.1985, 1 ff.

¹⁹ *Drury* (Fn. 15), 43 f.; *Hommelhoff/Teichmann* (Fn. 15), 926; *Kuck/Weiss* (Fn. 7), 499; *Lutter/Bayer/Schmidt* (Fn. 15), 1672; *Salomon* (Fn. 17), 18; *Steinberger* (Fn. 7), 31.

rung ihrer Mitglieder konzipiert (Art. 1 Abs. 3 SCE-VO²⁰) und folgt ebenfalls dem Prinzip der Satzungsstrenge (vgl. Art. 8 SCE-VO). Diese Rechtsform ist als Konzernbaustein für Unternehmen somit ebenfalls unattraktiv.²¹ Auf europäischer Ebene steht den KMU daher im Ergebnis bislang keine adäquate Möglichkeit zur Errichtung und Leitung eines international operierenden Konzerns zur Verfügung.

2. Mitgliedstaatliche Rechtsformen

Allerdings könnten auf nationaler Ebene bereits passende Gestaltungswege existieren:

a) Zweigniederlassung

Eine Möglichkeit stellt die Etablierung von Zweigniederlassungen dar. Diese unterliegen als unselbstständige Einheiten dem Recht der Muttergesellschaft, was eine einheitliche Leitung aller Niederlassungen ermöglicht.²² Allerdings kann trotz zahlreicher bilateraler Abkommen eine Doppelbesteuerung drohen.²³ Außerdem ist die Erfüllung der Anforderungen der Zweigniederlassungsrichtlinie²⁴ bzw. der jeweiligen einzelstaatlichen Umsetzungsnormen teilweise sehr zeit- und kostenintensiv.²⁵ Darüber hinaus besteht die Gefahr, dass die fremde Rechtsform der Muttergesellschaft die Reputation der Gesellschaft im Ausland negativ beeinflusst; signalisiert diese Gestaltungsform doch eine mangelnde Identifikation mit dem Zielmarkt.²⁶ Zu beachten ist des Weiteren, dass mangels eigener Rechtspersönlichkeit der Zweigniederlassung stets die Hauptniederlassung selbst Vertragspartnerin wird.²⁷ Entscheidender Nachteil dieser Gestaltungsvariante ist demzufolge die Unmöglichkeit einer Haftungsbeschränkung auf das Vermögen der lokalen Handlungseinheit, so wie es in einem Konzern grundsätzlich möglich wäre (konzerninterne Haftungssegmentierung²⁸).²⁹

²⁰ Verordnung (EG) Nr. 1435/2003 des Rates v. 22.7.2003, ABl. EU L 207 v. 18.8.2003, S. 1 ff.

²¹ *Kuck/Weiss* (Fn. 7), 499; *Lutter/Bayer/Schmidt* (Fn. 15), 1672; *Oplustil* (Fn. 15), 124.

²² *Münch/Franz* (Fn. 12), 2710.

²³ *Brems/Cannivé*, Die Europäische Privatgesellschaft (SPE) als Baustein des internationalen Konzerns, *Der Konzern* 2008, 629 (629); *Hommelhoff/Teichmann*, in: *Hirte/Teichmann*, *The European Private Company – Societas Privata Europaea (SPE)*, 2013, 1 (10); *dies.* (Fn. 15), 925; *Münch/Franz* (Fn. 12), 2710.

²⁴ Elfte Richtlinie 89/667/EWG des Rates v. 12.1989, ABl. EG L 395 v. 30.12.1998, 36 ff.

²⁵ *Münch/Franz* (Fn. 12), 2710.

²⁶ *Gutsche* (Fn. 10), 287; *Oplustil* (Fn. 15), 117.

²⁷ Vgl. *Münch/Franz* (Fn. 12), 2710.

²⁸ Vgl. zur Haftungssegmentierung im Konzern allgemein: *Drygala/Staake/Szalai*, *Kapitalgesellschaftsrecht mit Grundzügen des Konzern- und Umwandlungsrechts*, 2012, § 29 Rn. 4.

Eine Zweigniederlassung ist im Ergebnis daher lediglich für kleine, zeitlich befristete und übersichtliche Auslandsaktivitäten geeignet, nicht hingegen für den Aufbau eines dauerhaften internationalen Produktions- und Vertriebsnetzes.³⁰

b) (Schein-) Auslandsgesellschaft

Auch bei der Gründung von selbstständigen deutschen Tochtergesellschaften im Ausland wäre der gesamte Konzern einem einheitlichen Gesellschaftsrecht unterworfen.³¹ Zudem bestünde bei dieser Gestaltungsform die Möglichkeit einer territorialen Haftungssegmentierung: Geschäftspartner erhielten aufgrund eines Rechtsgeschäfts mit einer Konzerntochter auch nur eine Rechtsposition gegenüber dieser einzelnen Gesellschaft, ohne auf die Haftungsmassen anderer Konzerngesellschaften, insbesondere der Konzernmutter, zugreifen zu können. Nach der Rechtsprechung des *Europäischen Gerichtshofs (EuGH)*³² gewährt die primärrechtlich garantierte Niederlassungsfreiheit (Art. 49, 54 AEUV) europäischen Gesellschaften das Recht, ihren Verwaltungssitz identitäts- und rechtsformwährend in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen, sofern der Gründungsstaat den Wegzug gestattet.³³ Durch die Neufassung der §§ 5 AktG, 4a GmbHG durch das MoMiG 2008³⁴ ist es deutschen Gesellschaften ermöglicht worden, den Verwaltungssitz identitätswährend ins Ausland zu verlegen.³⁵ Die Implementierung einer einheitlichen Organisationsstruktur durch die Entscheidung für eine deutsche Tochter-GmbH in sämtlichen Zielstaaten erscheint

²⁹ Vgl. *Bachmann/Eidenmüller/Engert/Fleischer/Schön*, Rechtsregeln für die geschlossene Kapitalgesellschaft, 2012, 194; *Brems/Cannivé* (Fn. 23), 629; *Hommelhoff/Helms*, Grundlagen und konzeptionelle Fragen in der Europäischen Privatgesellschaft, in: Hommelhoff/Helms, Neue Wege in die Europäische Privatgesellschaft, 2001, 3 (5 f.); *Hommelhoff/Teichmann* (Fn. 15), 925; *Münch/Franz* (Fn. 12), 2710; *Oplustil* (Fn. 15), 118.

³⁰ Vgl. *Münch/Franz* (Fn. 12), 2714; *Oplustil* (Fn. 15), 117.

³¹ *Bicker*, Gläubigerschutz in der grenzüberschreitenden Konzerngesellschaft. Eine internationalprivatrechtliche Untersuchung am Beispiel der abhängigen englischen Kapitalgesellschaft mit Verwaltungssitz in Deutschland, 2007, 23; *Tholen*, Europäisches Konzernrecht. Eine Untersuchung auf der Grundlage eines Vergleichs des deutschen und englischen Rechts, 2014, 169.

³² Siehe nur *EuGH*, C-212/97, Slg. 1999, I-1459 ff. – *Centros*; C-208/00, Slg. 2002, I-9919 ff. – *Überseering*; C-167/01, Slg. 2003, I-10155 ff. – *Inspire Art*; C-210/06, Slg. 2008, I-9641 ff. – *Cartesio*.

³³ Vgl. *Bicker* (Fn. 31), 21, 35 ff.; *Teichmann*, *Cartesio*: Die Freiheit zum formwechselnden Wegzug. Zugleich Besprechung *EuGH* v. 16.12.2008 – Rs. C-210/06, ZIP 2009, 24 – *Cartesio*, ZIP 2009, 393 (393); *Tholen* (Fn. 31), 169.

³⁴ Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen v. 23.10.2008, BGBl. I 2026.

³⁵ Vgl. *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 4a Rn. 11; *Michalski/Funke*, in: Michalski, GmbHG I, 2. Aufl. 2010, § 4a Rn. 9, 17; *Wicke*, GmbHG, 2. Aufl. 2011, § 4a Rn. 11.

mithin möglich.³⁶ Allerdings muss für die Anerkennung einer Tochter als deutsche GmbH der Zuzugsstaat der Gründungstheorie folgen.³⁷ Bereits bei § 4a GmbHG ist jedoch nicht hinreichend klar, ob diese Vorschrift tatsächlich eine Abkehr von der Sitztheorie statuiert.³⁸ Zudem folgen, veranlasst durch eine unterschiedliche Interpretation der Rechtsprechung des *EuGH*, noch zahlreiche Mitgliedstaaten der Sitztheorie.³⁹ Auch die komplexe sach- und kollisionsrechtliche Verzahnung der fremden Rechtsform mit dem Recht des Sitzstaates kann zu Abgrenzungsschwierigkeiten führen und die Rechtsunsicherheit dadurch noch weiter verstärken.⁴⁰ Darüber hinaus ist selbst bei einer Anerkennung der Gesellschaft durch ausländische Behörden und Gerichte nicht zwingend gewährleistet, dass diese das Heimatrecht der Gesellschaft auch richtig interpretieren.⁴¹ Eine einheitliche und sichere Anwendung des vertrauten Heimatrechts im Ausland ist somit nicht zwingend gewährleistet.

Ein gewichtiges Argument gegen die Gründung nationaler Tochtergesellschaften ergibt sich ferner aus der Perspektive potentieller Geschäftspartner im Ausland: Dort vermag die Verwendung einer ausländischen Rechtsform als „Briefkastengesellschaft“ (*Pseudo Foreign Company*) Reputationsprobleme zu verursachen und ist geeignet, Misstrauen zu erregen.⁴² Zu beachten ist zudem, dass auch diese selbstständigen Niederlassungen unter den Begriff der „Zweigniederlassung“ der elften Richtlinie⁴³ fallen.⁴⁴ So unterliegt die Tochtergesellschaft zwar demselben Rechtssystem wie die Konzernmutter. Allerdings sind zusätzlich die Anforderungen des ausländischen Registerrechts zu beachten,⁴⁵ weshalb

³⁶ Vgl. *Brems/Cannivé* (Fn. 23), 630.

³⁷ *Kneisel*, Die Europäische Privatgesellschaft (SPE) im Konzern, 2012, 11.

³⁸ Vgl. *Michalski/Funke* (Fn. 35), § 4a Rn. 34 ff.; *Teichmann* (Fn. 12), 121; *Wicke* (Fn. 35), § 4a Rn. 13.

³⁹ *Kneisel* (Fn. 37), 11; *Teichmann* (Fn. 12), 121; *Tbolen* (Fn. 31), 170.

⁴⁰ *Bachmann/Eidenmüller/Engert/Fleischer/Schön* (Fn. 29), 194; *Brems/Cannivé* (Fn. 23), 630; *Hommelhoff/Teichmann* (Fn. 15), 927; *Oplustil* (Fn. 15), 121 f.; *Teichmann*, Die SPE als Europa-GmbH – Eine Einführung, in: *Teichmann*, Europa und der Mittelstand, 2010, 61 (61 f.); *Tbolen* (Fn. 31), 170.

⁴¹ Vgl. *Brems/Cannivé* (Fn. 23), 630; *Hommelhoff/Teichmann* (Fn. 15), 928.

⁴² Vgl. *Brems/Cannivé* (Fn. 23), 630; *Gutsche* (Fn. 10), 288; *Hommelhoff/Teichmann* (Fn. 15), 927; *Hügel*, Zur Europäischen Privatgesellschaft: Internationale Aspekte, Sitzverlegung, Satzungsgestaltung und Satzungslücken, *ZHR* 173 (2009), 309 (319); *Kuck/Weiss* (Fn. 7), 500; *Lutter/Bayer/Schmidt* (Fn. 15), 1672 f.; *Oplustil* (Fn. 15), 121; *Salomon* (Fn. 17), 18; *Schumacher/Stadtmüller*, Quo vadis, SPE? – Auf dem Weg zu einer europäischen Gesellschaft nationalen Rechts?, *GmbHR* 2012, 682 (682); *Steinberger* (Fn. 7), 31; *Tbolen* (Fn. 31), 171; *van den Braak*, The European Private Company, its shareholders and its creditors, 6 *Utrecht L. Rev.* 1 2010, 1 (7).

⁴³ Elfte Richtlinie des Rates 89/667/EWG v. 12.1989, *ABl. EG L* 395 v. 30.12.1998, 36 ff.

⁴⁴ *Münch/Franz* (Fn. 12), 2709.

⁴⁵ *Ebd.*

auch an dieser Stelle Rechtsberatungskosten entstehen können. Nicht eingegangen werden kann an dieser Stelle auf die Gefahren einer möglichen Doppelbesteuerung.⁴⁶

Des Weiteren ist eine Vielzahl von nationalen Gesellschaftsformen in den Mitgliedstaaten weitgehend unbekannt.⁴⁷ Freilich sind beispielsweise die englische *Limited* oder die deutsche *GmbH* im europäischen Ausland verbreitet. Anders zu beurteilen ist dies hingegen z.B. für die *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością* (*Sp. z o.o.*, Polen) oder die *Společnost s ručením omezeným* (*s.r.o.*, Tschechien),⁴⁸ was sich auch auf sprachliche Barrieren zurückführen lässt.⁴⁹ Gerade die Gesellschaften der neuen Mitgliedstaaten können dadurch erhebliche Wettbewerbsnachteile erleiden, die in einem gemeinsamen europäischen Binnenmarkt jedoch nicht hinnehmbar sind.⁵⁰ Auch die Gründung selbstständiger deutscher Tochtergesellschaften im Ausland birgt demzufolge zahlreiche Nachteile, insbesondere eine erhebliche Rechtsunsicherheit in sich.

c) *Ausländische Tochtergesellschaft*

Eine weitere Möglichkeit besteht in der Wahl einer lokalen ausländischen Rechtsform für die jeweilige Tochtergesellschaft. Die Einpersonengesellschaft mbH gilt hierbei als ideale Konzerntochter,⁵¹ weshalb die Konzerne bei der Gründung ihrer Töchter primär auf die zweite Kapitalgesellschaftsform des Zielstaates zurückgreifen.⁵² Diese Gestaltungsvariante vermeidet Wettbewerbsnachteile gegenüber inländischen Gesellschaften und ermöglicht eine territoriale Haftungssegmentierung.⁵³

⁴⁶ Zu den vielfältigen steuerrechtlichen Schwierigkeiten vgl. *Kaminski/Strunk*, Ansässigkeit und Vermeidung der Doppelbesteuerung nach Abkommensrecht, IStR 2007, 189 ff.; *Kollruss*, Hinzurechnungsbesteuerung bei doppelt ansässigen Kapitalgesellschaften, IStR 2008, 316 ff.; *Teichmann* (Fn. 12), 121 f.

⁴⁷ *Oplustil* (Fn. 15), 117 f.; *Teichmann*, in: Leible/Reichert, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts VI, 2013, § 50 Rn. 1.

⁴⁸ *Hommelhoff/Teichmann* (Fn. 4), 182; *Kneisel* (Fn. 37), 33.

⁴⁹ *Teichmann* (Fn. 12), 122.

⁵⁰ Vgl. *Kuck/Weiss* (Fn. 7), 499; *Hommelhoff/Teichmann* (Fn. 15), 927; *Hügel* (Fn. 42), 319; *Oplustil* (Fn. 15), 109; *Radwan*, European Private Company and the Regulatory Landscape in the EU – An Introductory Note, EBLR 2007, 769, 771; *Steinberger* (Fn. 7), 31.

⁵¹ *Ochs*, Die Einpersonengesellschaft in Europa. Eine rechtsvergleichende Studie zum Recht der Einpersonen-GmbH in Deutschland, Frankreich, Italien und England, 1997, 252; zur Bedeutung der GmbH als Konzernbaustein vgl. auch *Liebscher*, GmbH-Konzernrecht, Die GmbH als Konzernbaustein, 2006, Rn. 5 ff.

⁵² *Brems/Cannivé* (Fn. 23), 630; *Teichmann* (Fn. 13), 170.

⁵³ Vgl. *Gutsche* (Fn. 10), 288; *Oplustil* (Fn. 15), 118.

Zu berücksichtigen ist indes, dass sich die jeweiligen nationalen GmbH-Äquivalente mangels umfassender Harmonisierung auf europäischer Ebene⁵⁴ zumeist erheblich voneinander unterscheiden.⁵⁵ Die zweite Kapitalgesellschaftsform ist vielmehr eine Domäne des nationalen Rechts und wird aus diesem Grund auch als nationales Kulturgut bezeichnet.⁵⁶ Bereits die Gesellschaftsgründung, der Entwurf einer einheitlichen Satzung für alle Töchter, insbesondere jedoch das alltägliche *corporate housekeeping* gestalten sich für die Konzernmutter daher als sehr kostenintensiv und zeitaufwendig – insbesondere wenn die Tochtergesellschaften in jeweils unterschiedlichen Mitgliedstaaten beheimatet sind.⁵⁷ Für jede betroffene Rechtsordnung müssen aktuelle Rechtsentwicklungen verfolgt und für jede gesellschaftsrechtliche Maßnahme gegebenenfalls Rechtsrat eingeholt werden. Die KMU sind indes typischerweise nicht finanzstark genug, um eine eigene Rechtsabteilung zu unterhalten.⁵⁸ Demzufolge steht der Kosten- und Beratungsaufwand oftmals außer Verhältnis zu dem Geschäftsumfang der Tochtergesellschaft. Im Ergebnis kann diese starke finanzielle Belastung bereits eine prohibitive Wirkung für die grenzüberschreitende Tätigkeit der KMU entfalten.⁵⁹ Darüber hinaus steht die Unterschiedlichkeit der nationalen Rechtsordnungen der notwendigen Vereinheitlichung von Strukturen innerhalb eines Konzerns entgegen.⁶⁰

⁵⁴ Es finden sich lediglich vereinzelte Regelungen wie bspw. in der Publizitätsrichtlinie (Richtlinie 2009/101/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 16.9.2009, ABl. EU L 258 v. 1.10.2009, 11 ff.) oder der Einpersonengesellschaftsrichtlinie (Richtlinie 2009/102/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 16.9.2009, ABl. EU L 258 v. 1.10.2009, 20 ff.).

⁵⁵ *Brems/Cannivé* (Fn. 23), 630; *Hommelhoff/Teichmann* (Fn. 23), 10 f.; *dies.* (Fn. 15), 925; *dies.*, Eine GmbH für Europa: Der Vorschlag der EU-Kommission zur Societas Privata Europaea (SPE), GmbHR 2008, 897 (898); *Oplustil* (Fn. 15), 119; *Teichmann*, The Law Applicable to the European Private Company, in: *Hirte/Teichmann*, The European Private Company – Societas Privata Europaea (SPE), 2013, 71 (76); *dies.* (Fn. 13), 169.

⁵⁶ *Lutter/Bayer/Schmidt* (Fn. 15), 156 ff.; *Hommelhoff*, Die „Société fermée européenne“ – eine supranationale Rechtsform für kleine und mittlere Unternehmen im Europäischen Binnenmarkt –, WM 1997, 2101 (2103); *dies./Teichmann* (Fn. 4), 186; *Teichmann* (Fn. 13), 169; *Wicke*, Societas Unius Personae – SUP: eine äußerst wackelige Angelegenheit, ZIP 2014, 1414 (1417).

⁵⁷ Vgl. *Brems/Cannivé* (Fn. 23), 630; *Bücker*, ZHR 173 (2009), 281 (283); *Drury* (Fn. 15), 38; *Ebricke* (Fn. 9), 32; *Hommelhoff* (Fn. 56), 2103; *Kneisel* (Fn. 37), 33; *Oplustil* (Fn. 15), 119; *Steinberger* (Fn. 7), 28; *Teichmann* (Fn. 40), 61; *dies.* (Fn. 12), 120; *dies.* (Fn. 13), 170; *van den Braak* (Fn. 42), 6; *Vossius*, Die Europäische Privatgesellschaft – Societas Europaea Privata (SEP), in: *Teichmann*, Europa und der Mittelstand, 2010, 65 (66).

⁵⁸ Vgl. *Hommelhoff/Helms* (Fn. 5), 54; *Salomon* (Fn. 17), 15 f.; *Steinberger* (Fn. 7), 28; *Teichmann* (Fn. 12), 120.

⁵⁹ Vgl. *Ebricke* (Fn. 9), 32; *Kuck/Weiss* (Fn. 7), 499; *Oplustil* (Fn. 15), 119; *Teichmann* (Fn. 16), 274; *dies.* (Fn. 40), 61; *dies.* (Fn. 55), 76 f.; *dies.* (Fn. 12), 120 f.

⁶⁰ *Gutsche* (Fn. 10), 288.

Entscheidender Nachteil dieser Gestaltungsmöglichkeit ist es jedoch, dass nicht in allen ausländischen Gesellschaftsformen wie bei der deutschen GmbH (§ 37 Abs. 1 GmbHG) der Geschäftsführer gegenüber den Gesellschaftern weisungsgebunden ist.⁶¹ Eine einheitliche, effektive Konzernleitung ist somit oftmals nicht gewährleistet.

3. Grenzüberschreitende Verschmelzung

Auf Grundlage der zehnten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie⁶² können Kapitalgesellschaften im europäischen Binnenmarkt eine Verschmelzung über die Grenze vollziehen. Die Richtlinie erleichtert jedoch primär Unternehmenskonzentrationen, nicht aber die Etablierung einer europaweiten Konzernstruktur durch die Gründung eigenständiger Tochtergesellschaften. Auch eine grenzüberschreitende Verschmelzung vermag den KMU mithin keine adäquate Möglichkeit zum Aufbau einer internationalen Konzernstruktur zu bieten, führt eine solche doch zudem stets in das nationale Recht der aufnehmenden Gesellschaft.⁶³ Auch hier würden folglich erhebliche Beratungskosten für die Konzernmutter entstehen.⁶⁴

4. Anforderungsprofil eines Konzernbausteins

Eine Auswertung der derzeit bestehenden Gestaltungsvarianten zeigt, dass bei der Gründung und Leitung ausländischer Tochtergesellschaften folgende praktischen Anforderungen erfüllt sein müssen, um die Effizienz einer internationalen Konzernstruktur zu gewährleisten:

Von Bedeutung sind zunächst eine rechtssichere und einheitliche Gründung der einzelnen Tochtergesellschaften sowie die Minimierung der hierbei entstehenden Kosten. Auch die Reputation der Rechtsform im Ausland ist im Hinblick auf künftige Geschäftspartner zu berücksichtigen. Letztlich entscheidend ist jedoch, inwiefern ein konzernweit einheitliches Rechtssystem geschaffen werden kann, das hinreichend Raum für individuelle Gestaltungen lässt und eine effektive Leitung durch die Muttergesellschaft zu gewährleisten vermag.⁶⁵ Die Bedürfnisse der KMU liegen mithin in schlanken, flexiblen und transparen-

⁶¹ *Münch/Franz* (Fn. 12), 2709.

⁶² Richtlinie 2005/56/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.10.2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten, ABl. EU L 310 v. 25.11.2005, 1 ff.; geändert durch: Richtlinie 2009/109/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 16.9.2009, ABl. EU L v. 2.10.2009, 14 ff.

⁶³ *Hommelhoff/Teichmann* (Fn. 15), 927.

⁶⁴ Siehe dazu oben Abschnitt II. 2. c).

⁶⁵ Vgl. *Münch/Franz* (Fn. 12), 2707; *Teichmann* (Fn. 12), 123; *Vossius* (Fn. 57), 68.

ten Strukturen, die sich europaweit ohne großen Verwaltungsaufwand rechtssicher umsetzen lassen.⁶⁶

5. Zwischenergebnis

Im Ausgangspunkt ist die Niederlassungsfreiheit zwar unmittelbar in Art. 54, 49 AEUV verankert; in der Praxis verursacht ihre Verwirklichung für KMU jedoch noch immer einen unverhältnismäßig hohen zeitlichen und finanziellen Aufwand.⁶⁷ Das skizzierte Anforderungsprofil eines international flexibel einsetzbaren Konzernbausteins ist somit bislang noch nicht erfüllt worden.

III. Die SUP als Konzernbaustein

1. Richtlinienvorschlag der Kommission

Aus diesem Grund hat die EU-Kommission am 9.4.2014 einen Vorschlag für die Neufassung der Einpersonengesellschafts-Richtlinie vorgelegt,⁶⁸ mit der – in Anknüpfung an eine im Sommer 2013 durchgeführte Konsultation⁶⁹ – eine *Societas Unius Personae* (SUP) geschaffen werden soll. Mit diesem Projekt sollen die mitgliedstaatlichen Regelungen für die geschlossene Kapitalgesellschaft im Alleinbesitz europaweit harmonisiert und flexibilisiert werden. Die SUP ist als Binnenmarkt-weit einheitlich einsetzbarer Konzernbaustein konzipiert, der die Bedürfnisse der KMU⁷⁰ befriedigen und zugleich deren Wettbewerbsfähigkeit fördern soll.⁷¹ Das Projekt dient dabei der Umsetzung der Wachstumsstrategie *Europa 2020*^{72,73}

Ursprünglich hatte die Europäische Kommission zur Förderung der KMU bereits im Jahre 2008 das Statut einer *Societas Privata Europaea* (SPE) vorgeschla-

⁶⁶ Vgl. *Gutsche* (Fn. 10), 286; *Vossius* (Fn. 57), 68.

⁶⁷ *Teichmann* (Fn. 13), 169.

⁶⁸ COM(2014) 212 final v. 9.4.2014 (Fn. 1).

⁶⁹ Konsultation zu Kapitalgesellschaften mit einem einzigen Gesellschafter, Ergebnisse abrufbar unter: http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/single-member-private-companies/docs/contributions/ipm-results_en.pdf (zuletzt aufgerufen am 20.4.2015).

⁷⁰ Siehe dazu oben Abschnitt II. 4.

⁷¹ Vgl. *Hommelhoff*, Gesetzgebungsprojekte im Gesellschafts- und Unternehmensrecht für die kommende Legislaturperiode, ZIP 2013, 2177 (2182); *Lanfermann/Maul*, Maßnahmenpaket der Europäischen Kommission zum Gesellschaftsrecht und Corporate Governance, BB 2014, 1283 (1283).

⁷² COM (2010) 2020 final. v. 3.3.2010, abrufbar unter: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010DC2020&from=en> (zuletzt aufgerufen am 20.4.2015).

⁷³ Vgl. Erwägungsgründe 5 f. des SUP-Richtlinienvorschlags (Fn. 1); *Lanfermann/Maul* (Fn. 71), 1290.

gen.⁷⁴ Die Idee einer Europäischen Privatgesellschaft lässt sich indes bis in die Siebzigerjahre des vergangenen Jahrhunderts zurückverfolgen.⁷⁵ Unter Leitung des französischen Unternehmerverbandes MEDEF und des Forschungsinstituts der Pariser Industrie- und Handelskammer CREDA entstand schließlich ein erster wissenschaftlicher Entwurf, der 1998 veröffentlicht wurde.⁷⁶ Die Einführung einer speziell auf die Bedürfnisse der KMU zugeschnittenen, supranationalen Rechtsform stieß nicht nur in der Wissenschaft, sondern insbesondere auch in der Wirtschaft auf breite Unterstützung und großes Interesse.⁷⁷ Dennoch hat das Vorhaben aufgrund verschiedener Streitpunkte – u.a. der Mitbestimmung - auch nach mehrmaliger Überarbeitung des Verordnungsentwurfs⁷⁸ nicht die erforderliche Zustimmung finden können. Bereits 2012 ließ der *Action Plan on European company law and corporate governance*⁷⁹ erkennen, dass die Europäische Kommission aus diesem Grund daran zweifelte, noch eine Einigung herbeiführen zu können. Deshalb kündigte sie an, Alternativen zur SPE zu suchen, und erklärte schließlich Anfang Oktober 2013 im Rahmen des REFIT-Programms,⁸⁰ weitere Arbeiten am SPE-Statut bis auf Weiteres einzustellen. Aufbauend auf einem Vorschlag der *Reflection Group on the Future of EU Company Law*⁸¹ wurde daraufhin am 9.4.2014 die SUP als neue Regelungsoption

⁷⁴ COM(2008) 396 final v. 25.6.2008, abrufbar unter: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0396:FIN:DE:PDF> (zuletzt aufgerufen am 20.4.2015).

⁷⁵ Vgl. hierzu *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2011, § 15 Rn. 1; *Lutter/Bayer/Schmidt* (Fn. 15), 1668 ff.; *Teichmann* (Fn. 47), § 50 Rn. 2 ff.

⁷⁶ Abgedruckt in: *Boucourechlieu/Hommelhoff*, Vorschläge für eine Europäische Privatgesellschaft, Strukturelemente einer kapitalmarktfernen europäischen Gesellschaftsform nebst Entwurf für eine EPG-Verordnung der Europäischen Gemeinschaft; eine Studie des Centre de Recherche sur le Droit des Affaires der Industrie- und Handelskammer Paris, 1999, 281 ff.

⁷⁷ Vgl. die Umfrage des Verbands Deutscher Maschinen- und Anlagenbau e.V. (VDMA) 2002, dazu *Steinberger* (Fn. 7), 28 f.; *Lutter/Bayer/Schmidt* (Fn. 15), 1669.

⁷⁸ Vgl. z.B. die Kompromissvorschläge vom 27.4.2009, abrufbar unter: www.europeanprivatecompany.eu/legal_texts/download/Council-April2009.pdf, (zuletzt aufgerufen am 20.4.2015); vom 27.11.2009, abrufbar unter: http://www.europeanprivatecompany.eu/legal_texts/download/Rat-November09-de.pdf (zuletzt aufgerufen am 20.4.2015) und vom 23.5.2011, abrufbar unter: http://www.europeanprivatecompany.eu/legal_texts/download/Hungarian-presidency-Mai2011.pdf (zuletzt aufgerufen am 20.4.2015).

⁷⁹ COM(2012) 740 final v. 12.12.2012, abrufbar unter: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0740:FIN:DE:PDF> (zuletzt aufgerufen am 20.4.2015).

⁸⁰ COM(2013) 685 final v. 2.10.2013, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/smart-regulation/docs/20131002-refit_de.pdf (zuletzt aufgerufen am 20.4.2015).

⁸¹ Report of the Reflection Group on the Future of EU Company Law v. 5.4.2011, 66 f., abrufbar unter: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/reflectiongroup_report_en.pdf (zuletzt aufgerufen am 20.4.2015).

vorgestellt. Intendierter Nebeneffekt des Richtlinienvorschlags ist, dass im Gegensatz zur Einführung einer supranationalen Rechtsform, die nur mit Hilfe einer Verordnung möglich wäre, nicht mehr auf Art. 352 Abs. 1 AEUV als Rechtsgrundlage rekurriert werden muss, der eine einstimmige Entscheidung erfordert.⁸² Die SUP-Richtlinie könnte vielmehr auf Grundlage des nur zum Erlass von Richtlinien ermächtigenden Art. 50 Abs. 1, 2 lit. f AEUV im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren erlassen werden, für das gemäß Art. 294 Abs. 2 AEUV i.V.m. Art. 16 Abs. 3 EUV eine qualifizierte Mehrheit genügt. Das Vorhaben erscheint der Kommission demzufolge leichter realisierbar.

2. Strukturmerkmale

Im Unterschied zur SPE ist die SUP keine supranationale Rechtsform, die weitgehend unabhängig vom Recht der Mitgliedstaaten etabliert wäre. Sie ist vielmehr als Unterform der nationalen zweiten Kapitalgesellschaftsform konzipiert, für die ergänzend zu den harmonisierten Rechtsnormen das jeweilige nationale Recht treten soll (vgl. Art. 7 Abs. 4 SUP-RL). Hierbei steht es den Mitgliedstaaten frei, ob sie die Harmonisierung auf alle geschlossenen Kapitalgesellschaften im Alleinbesitz erstrecken oder ob die SUP nur als zusätzliche Untervariante der nationalen Einpersonengesellschaft mbH konzipiert wird.⁸³ Die SUP ist eine rechtsfähige Kapitalgesellschaft (Art. 7 Abs. 1 SUP-RL) mit nur einem unteilbaren Geschäftsanteil, der allerdings auch im Miteigentum mehrerer natürlicher oder juristischer Personen stehen kann (Art. 15, 8 SUP-RL). Die Gründung kann sowohl *ex nihilo* als auch durch Umwandlung erfolgen (Art. 8 f. SUP-RL). Satzungs- und Verwaltungssitz müssen hierbei nicht identisch sein (Art. 10 SUP-RL). Als Mindeststammkapital ist lediglich der Betrag von 1 € vorgesehen (Art. 16 Abs. 1 SUP-RL). Die Gesellschaftsorgane der SUP sind der auf das gezeichnete Stammkapital begrenzt haftende (Art. 7 Abs. 2 SUP-RL) Gesellschafter und das Leitungsorgan, das aus einem oder mehreren Geschäftsführern bestehen kann (Art. 22 SUP-RL). Die Geschäftsführer sind weisungsabhängig (Art. 23 SUP-RL) und können jederzeit durch Beschluss abberufen werden (Art. 22 Abs. 5 SUP-RL). Auch der Alleingesellschafter selbst kann Geschäftsführer sein (Art. 22 Abs. 4 SUP-RL).

3. Eignung der SUP als Konzernbaustein

Ob und inwieweit die SUP jedoch auch als europaweit einheitlicher Konzernbaustein eingesetzt werden kann und die an sie gestellten Erwartungen zu erfüllen vermag, soll im Folgenden analysiert werden. Hierbei wird zwischen der Gruppengründung und dem Gruppenbetrieb differenziert. Einen Schwerpunkt

⁸² *Wike* (Fn. 56), 1414.

⁸³ Vgl. Erwägungsgrund 10 des Richtlinienentwurfs (Fn. 1).

der Darstellung bildet die fehlende Normierung der Organpflichten des Geschäftsführers.

a) *Gruppengründung*

Vorrangiges Ziel der Vorschriften zur Gründung der SUP ist es, ein vollständig elektronisches, möglichst einfaches, kostengünstiges und wenig zeitintensives Eintragsverfahren zu implementieren.⁸⁴ Die in Art. 11 Abs. 2, 3 SUP-RL vorgesehene einheitliche Mustersatzung dient dabei der Verfahrensbeschleunigung⁸⁵ und gewährt der Gesellschaft ein hohes Maß an Rechtssicherheit.⁸⁶ Zudem ist eine einheitliche Ausgestaltung der Satzungen aller Tochtergesellschaften gewährleistet. Auch die Beschränkung der Eintragsformalitäten in Art. 13 SUP-RL ermöglicht den KMU eine zügige Gründung von Tochtergesellschaften. Entscheidend zur Verfahrensbeschleunigung trägt ferner die Möglichkeit der Online-Gründung in Art. 14 Abs. 3 SUP-RL bei, sowie die in Art. 14 Abs. 4 SUP-RL statuierte Eintragungshöchstfrist von lediglich drei Tagen.⁸⁷ Die Tatsache, dass der Gründer gem. Art. 14 Abs. 3 SUP-RL nicht mehr persönlich vor einer Behörde des Registerstaates erscheinen muss, sondern eine Gründung auch aus dem Ausland erfolgen kann, gestaltet die Gruppengründung für Konzerne besonders attraktiv.⁸⁸ Auch die vorgesehenen Gründungsalternativen orientieren sich an der Einsatzmöglichkeit der SUP als Konzernbaustein: Eine Gründung kann zum einen durch Umwandlung (bereits bestehender Tochtergesellschaften) gem. Art. 9 SUP-RL sowie zum anderen *ex nihilo* durch die Konzernmutter als juristische Person erfolgen, vgl. Art. 8 SUP-RL.⁸⁹ Auch der Verzicht auf ein 1 € übersteigendes Mindestkapital in Art. 16 Abs. 1 SUP-RL sowie die Möglichkeit einer Haftungssegmentierung durch die gem. Art. 7 Abs. 2 SUP-RL auf das Stammkapital begrenzte Haftung gestalten eine Gruppengründung unter Verwendung von SUP als Tochtergesellschaften

⁸⁴ Vgl. Erwägungsgrund 13 des SUP-Richtlinienentwurfs (Fn. 1); *Jung*, *Societas Unius Personae* (SUP) – Der neue Konzernbaustein, *GmbH* 2014, 579 (585 f.).

⁸⁵ *Beurskens*, „*Societas Unius Personae*“ – der Wolf im Schafspelz? – Der Vorschlag für eine Richtlinie über Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit einem einzigen Gesellschafter –, *GmbH* 2014, 738 (740); vgl. zur SPE bereits *Hommelhoff/Teichmann* (Fn. 15), 930.

⁸⁶ Vgl. zur SPE bereits *Ebricke* (Fn. 9), 71 f.; *Hommelhoff/Teichmann* (Fn. 15), 930.

⁸⁷ Die Gefahr eines potentiellen *Company Hijacking/ Corporate Identity Fraud* bleibt an dieser Stelle außer Betracht.

⁸⁸ Vgl. Erwägungsgrund 13 des SUP-Richtlinienentwurfs (Fn. 1); Die Frage, inwiefern eine notarielle Beurkundung in dieses System integriert werden kann, bleibt an dieser Stelle außer Betracht; vgl. hierzu *Jung* (Fn. 84), 587; *Seibert*, SUP – Der Vorschlag der EU-Kommission zur Harmonisierung der Einpersonen-Gesellschaft, *GmbH* 2014, R209 (R210).

⁸⁹ Vgl. zur SPE bereits *Hommelhoff/Teichmann* (Fn. 15), 900.

insbesondere für KMU vorteilhaft. Im Ergebnis ist eine zügige und einfache Gruppengründung auf Grundlage des Richtlinienentwurfs somit möglich.

b) Gruppenbetrieb

Auch wenn die Kommission in ihren Erwägungsgründen der Gründung maßgebliche Bedeutung zuspricht,⁹⁰ so erschöpft sich die Gründung einer Tochtergesellschaft doch in einem einmaligen Akt. Von entscheidender Bedeutung für die Eignung der SUP als Konzernbaustein ist vielmehr ein verlässlicher Rechtsrahmen, der die auf Dauer angelegte, europaweit einheitliche, flexible Konzernleitung in der alltäglichen Praxis zu gewährleisten vermag (Gruppenbetrieb).⁹¹

aa) Gestaltungsfreiheit

Gemäß Art. 11 SUP-RL können für alle Tochtergesellschaften identische, speziell auf die Belange des Konzerns ausgerichtete Satzungen erarbeitet und dadurch eine einheitliche *corporate governance* geschaffen werden.⁹² Die im Binnenverhältnis erforderliche Gestaltungsfreiheit⁹³ wird somit gewährleistet.

bb) Einfache Beschlussfassung

Zudem ermöglicht Art. 21 Abs. 3 SUP-RL, bei Berücksichtigung von Art. 4 Abs. 2, 21 Abs. 1 S. 1 SUP-RL, der Muttergesellschaft eine schnelle Beschlussfassung, die für eine effektive Konzernleitung von essentieller Bedeutung ist.

cc) Europäisches Label, *corporate identity*

Ein weiterer Vorteil der einheitlichen Verwendung von SUP als Tochtergesellschaften ist die auf diese Weise erzielbare *corporate identity*, die es Mitarbeitern

⁹⁰ Vgl. z.B. Erwägungsgründe 3, 8, 13, 28 des SUP-Richtlinienentwurfs (Fn. 1).

⁹¹ Die SMC-Konsultation hat ergeben, dass den Unternehmen die laufende Verwaltung einer Auslands-Tochter noch wesentlich mehr Schwierigkeiten bereitet als deren Errichtung, Ergebnisse abrufbar unter:

http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/single-member-private-companies/docs/contributions/ipm-results_en.pdf (zuletzt aufgerufen am 20.4.2015); vgl. auch Hommelhoff/Teichmann (Fn. 4), 184.

⁹² Vgl. zur SPE: Kallmeyer, Einsatzmöglichkeiten einer EPG im Konzern, in: Hommelhoff/Helms, Neue Wege in die Europäische Privatgesellschaft, 2001, 83 (84, 87); Salomon (Fn. 17), 17; Vossius (Fn. 57), 67; Wirtz, Die Lückenfüllung im Recht der SE und der SPE. Eine Untersuchung am Beispiel der Holz Müller-Rechtsprechung des BGH, 2012, 233.

⁹³ Vgl. hierzu Hommelhoff/Teichmann (Fn. 4), 182; Navez, The Internal Organisation of the European Private Company: Freedom of Contract under National Constraints?, in: Hirte/Teichmann, The European Private Company – Societas Privata Europaea (SPE), 2013, 147 (152 ff.).

erleichtert, sich auch im Ausland mit der Gesellschaft zu identifizieren.⁹⁴ Zudem muss die Firma der SUP den Mitgliedstaat der Registereintragung nicht erkennen lassen (vgl. Art. 7 Abs. 3 SUP-RL). Durch dieses europaweit einheitliche Label können Wettbewerbsnachteile, wie sie bei unbekanntem Rechtsformen zu konstatieren sind,⁹⁵ vermieden werden. Auf diese Weise wird grenzüberschreitend tätigen Konzernen ein europäischer Auftritt mit potentiell erhöhter internationaler Akzeptanz eröffnet (*european label*).⁹⁶ Einschränkend sei jedoch erwähnt, dass sich diese erhöhte nationale Akzeptanz erst und nur dann einzustellen vermag, wenn der Wirtschaftsverkehr die SUP auch als eine vertrauenswürdige und Seriosität verkörpernde Rechtsform erachtet und nicht als ein die wahre Nationalität der Gesellschaft verschleierns Rechtskleid.⁹⁷

dd) Sitzaufspaltung⁹⁸

Die durch Art. 10 SUP-RL ermöglichte Sitzaufspaltung über die Grenze erlaubt es, den Gedanken der Binnenmarkt-weiten Einheitlichkeit noch weiter fortzuführen. Werden alle Tochterunternehmen im selben Mitgliedstaat registriert, gelangt für alle Konzerntöchter dieselbe nationale Rechtsordnung als subsidiär geltendes Recht gem. Art. 7 Abs. 4 SUP-RL zur Anwendung.⁹⁹ Der Konzern kann demzufolge in seiner Leitung noch stärker nach einheitlichen Grundsätzen organisiert und zentralisiert werden. Eine weitere Erleichterung gewährt die Sitzaufspaltung zudem hinsichtlich der Registrierungsverfahren, die wegen ihrer Gleichförmigkeit noch weiter vereinfacht und beschleunigt werden können. Auch eine konzerneinheitliche Rechnungslegung wird ermöglicht, wodurch die

⁹⁴ Vgl. zur SPE: *Brandes*, Juristische Personen als Geschäftsführer der Europäischen Privatgesellschaft. Zugleich eine rechtsvergleichende Analyse unter Berücksichtigung des englischen, des französischen und des deutschen Gesellschaftsrechts, 2003, 40; *Brandi*, Diskussionsbeitrag Einsatzmöglichkeiten einer EPG und ihre Akzeptanz in der mittelständischen Wirtschaft, in: Hommelhoff/Helms, Neue Wege in die Europäische Privatgesellschaft, 2001, 79 (80); *Kallmeyer* (Fn. 92), 84.

⁹⁵ Siehe dazu oben Abschnitt II. 2. b).

⁹⁶ Vgl. *Jung* (Fn. 84), 582; zur SPE: *Hügel* (Fn. 42), 319; *Münch/Franz* (Fn. 12), 2713; *Oplustil* (Fn. 15), 120, 123; *van den Braak* (Fn. 42), 7; *Wicke*, Grundelemente einer Europäischen Privatgesellschaft, GmbHR 2011, 566 (574); *Wirtz* (Fn. 92), 233.

⁹⁷ Vgl. *Jung* (Fn. 84), 583; hierzu kritisch *Wicke* (Fn. 56), 1417.

⁹⁸ Die Problematik, die sich hinsichtlich einer möglichen Umgehung der Mitbestimmungsanforderungen stellt, bleibt an dieser Stelle außer Betracht; vgl. hierzu z.B. *Beurskens* (Fn. 85), 746 f.; *Wicke* (Fn. 56), 1417; zur SPE bereits: *Bormann/König*, Der Weg zur Europäischen Privatgesellschaft, RIW 2010, 111 (118); *Hommelhoff/Krause/Teichmann*, Arbeitnehmer-Beteiligung in der Europäischen Privatgesellschaft (SPE) nach dem Verordnungsvorschlag, GmbHR 2008, 1195 f.; *Hommelhoff/Teichmann* (Fn. 15), 933.

⁹⁹ Vgl. *Jung* (Fn. 84), 582; zur SPE: *Münch/Franz* (Fn. 12), 2712.

Konsolidierung der Einzelabschlüsse zum Konzernabschluss erleichtert wird.¹⁰⁰ Zu beachten ist indes die Gefahr einer potentiellen Doppelbesteuerung¹⁰¹ bzw. das Erfordernis, gegebenenfalls eine Steuerbilanz nach ausländischem Recht aufstellen zu müssen.

ee) Begrenzung auf einen Geschäftsanteil

Ein Nachteil könnte darin bestehen, dass die SUP nur einen einzigen Geschäftsanteil ausgeben kann, Art. 15 Abs. 1 SUP-RL. Mitarbeitermodelle,¹⁰² in denen dem Geschäftsführer ein Geschäftsanteil übertragen wird, um dessen Identifikation mit dem Unternehmen zu stärken und seine Motivation zu steigern, scheinen folglich nicht möglich. Allerdings kann an dem SUP-Geschäftsanteil Miteigentum begründet werden, soweit das anwendbare nationale Recht dies vorsieht, Art. 15 Abs. 3 SUP-RL. § 18 GmbHG beispielsweise geht von einer derartigen Mitberechtigung aus.¹⁰³ Ferner ist der Begriff der juristischen Person in Art. 8 SUP-RL europarechtlich autonom auszulegen¹⁰⁴ und würde somit z.B. auch eine zum Zweck eines Managermodells gegründete Personengesellschaft zwischen der Konzernmutter und einem Tochtergeschäftsführer erfassen. Ebenso wäre es denkbar, dass die Muttergesellschaft die SUP über eine Zweckgesellschaft hält und den Geschäftsführer an dieser Zweckgesellschaft beteiligt. Ferner könnte zumindest im deutschen Recht eine stille Beteiligung erfolgen.¹⁰⁵ Ein Mitarbeitermodell ist mithin auch in einer SUP nicht von vorneherein ausgeschlossen. Allerdings würde sich das Innenverhältnis zwischen Geschäftsführer und Konzernmutter mangels Regelung in der Richtlinie nach nationalem Recht beurteilen. Dies kann ebenso wie das Erfordernis eines gemeinsamen Vertreters (Art. 15 Abs. 3 SUP-RL) zu schwierigen Abgrenzungsfragen und einem möglicherweise nicht intendierten Einfluss des Geschäftsführers auf Entscheidungen der Muttergesellschaft führen. Eine einheitliche Beteiligung aller Tochtergeschäftsführer ist jedenfalls aufgrund der unterschiedlichen nationalen Rechtsordnungen nicht möglich. Die SUP ist für ein Mitarbeitermodell im Ergebnis daher denkbar ungeeignet.

ff) Weisungsrecht

Einen Vorteil des Richtlinienvorschlags könnte hingegen die ausdrückliche Normierung eines Weisungsrechts in Art. 23 Abs. 1 SUP-RL darstellen. Erst

¹⁰⁰ Vgl. zur SPE: *Hommelhoff/Teichmann*, Die SPE vor dem Gipfelsturm. Zum Kompromissvorschlag der schwedischen EU-Ratspräsidentschaft, *GmbHR* 2010, 337 (346); *Münch/Franz* (Fn. 12), 2712.

¹⁰¹ Vgl. zur SPE: *Hommelhoff/Teichmann* (Fn. 100), 346.

¹⁰² Vgl. hierzu *Kneisel* (Fn. 37), 130 ff.

¹⁰³ Vgl. *Lanfermann/Maul* (Fn. 71), 1292.

¹⁰⁴ Vgl. *Beurskens* (Fn. 85), 739.

¹⁰⁵ Vgl. *Ebd.*, 740.

diese durch das deutsche GmbH-Recht bereits bekannte Organisationsstruktur ermöglicht es der Konzernmutter, unmittelbaren Einfluss auf ihre Tochtergesellschaften auszuüben und ist für die Eignung der SUP als Konzernbaustein somit von essentieller Bedeutung.¹⁰⁶ Problematisch ist indes, dass das Weisungsrecht unter dem Vorbehalt einer Übereinstimmung mit den Vorgaben des anwendbaren nationalen Rechts steht, Art. 23 Abs. 2 SUP-RL. Nicht in allen nationalen Rechtsordnungen besteht jedoch die Möglichkeit, dass das Konzerninteresse das konfligierende Tochtereigeninteresse überlagern kann.¹⁰⁷ So fordern etwa das britische¹⁰⁸ oder das niederländische¹⁰⁹ Gesellschaftsrecht eine statutarische Ermächtigung für die Gesellschafterweisung, die in den Niederlanden überdies bloß beschränkt erteilt werden kann.¹¹⁰ In Mitgliedstaaten, in denen der Geschäftsführer hingegen allein dem Tochtereigeninteresse verpflichtet ist, vermag die Weisung keinerlei Folgepflichten zu begründen. Ein einheitliches europäisches Konzernweisungsrecht ist in Art. 23 Abs. 1 SUP-RL somit nicht begründet worden.¹¹¹ Die Konzernmutter kann jedoch nur dann von ihrer Niederlassungsfreiheit hinreichenden Gebrauch machen, wenn ihr eine effektive Möglichkeit an die Hand gegeben wird, unternehmerischen Einfluss auf alle Tochterunternehmen auszuüben.¹¹² Entfaltet die Weisung indes nur für einzelne Tochtergesellschaften eine Bindungswirkung, ist eine einheitliche Konzernleitung unmöglich. Die Etablierung eines Weisungsrechts ist ohne eine Anerkennung des Gruppeninteresses auf europäischer Ebene demzufolge faktisch bedeutungslos.¹¹³ Das in Erwägungsgrund 23 des Richtlinienentwurfs dargelegte Ziel, die Tätigkeit von Unternehmensgruppen zu erleichtern, wird durch Art. 23 SUP-RL somit jedenfalls dann nicht erreicht, wenn die Tochter-

¹⁰⁶ *Lanfermann/Maul* (Fn. 71), 1293.

¹⁰⁷ Vgl. hierzu *Hommelhoff*, Konzernrecht für den europäischen Binnenmarkt, ZGR 1992, 121 (136 f.).

¹⁰⁸ In der Mustersatzung ist in Art. 4 Abs. 1 ein Weisungsrecht vorgesehen, vgl. *Ebert/Levedag*, in: Süß/Wachter, Handbuch des internationalen GmbH-Rechts, 2. Aufl. 2011, 770.

¹⁰⁹ Vgl. Art. 239 Abs. 4 S. 1 des niederländischen Burgerlijk Wetboek, Boek 2.

¹¹⁰ *Hommelhoff*, Die vereinfachte Einmann-Gesellschaft (SMC): Eine Alternative zur SPE?, AG 2013, 211 (217).

¹¹¹ *Lanfermann/Maul* (Fn. 71), 1293.

¹¹² *Lübking*, Ein einheitliches Konzernrecht für Europa, 2000, 312.

¹¹³ Vgl. *Schmidt*, Der Vorschlag für eine Societas Unius Personae (SUP) – super oder suboptimal?, GmbHR 2014, R129 (R130); Gemeinsame Stellungnahme zum Vorschlag für eine Richtlinie über Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit einem einzigen Gesellschafter, COM(2014) 212 final von BDA, BDI und DIHK, S. 10, abrufbar unter: http://www.bdi.eu/images_content/RechtUndOeffentlichesAuftragswesen/Gemeinsame_Stellungnahme_zum_Vorschlag_fuer_eine_SUP.pdf (zuletzt aufgerufen am 20.4.2015).

gesellschaften einem nationalen Recht unterliegen, das den Geschäftsführer zur strikten Wahrung des Tochterinteresses verpflichtet.¹¹⁴

gg) *Shadow director*

Problematisch erscheint des Weiteren, dass gem. Art. 22 Abs. 7 SUP-RL bereits derjenige als faktischer Geschäftsführer qualifiziert wird, dessen Anordnungen und Weisungen die Geschäftsführer für gewöhnlich befolgen; es sei denn, es werde lediglich fachlicher Rat erteilt. Art. 22 Abs. 7 SUP-RL geht über die deutsche Definition des faktischen Geschäftsführers hinaus, für die nach überwiegender Ansicht ein erkennbares Auftreten der Person nach außen erforderlich ist.¹¹⁵ Der Entwurf hingegen stellt vielmehr allein auf das Innenverhältnis ab und folgt somit dem englischen Begriffsverständnis, vgl. sec. 251 CA 2006. Dadurch besteht in der Konzerngruppe jedoch die Gefahr, die Muttergesellschaft bei hinreichend dichter Einflussnahme, gerade aufgrund ihres in Art. 23 Abs. 1 SUP-RL begründeten Weisungsrechts, als faktischen Geschäftsführer zu qualifizieren. Die Konzernmutter würde somit den Pflichten eines Geschäftsführers unterstellt und müsste gegebenenfalls haftungsrechtlich für ihr Handeln einstehen. Als Konsequenz würde die in einem Konzern essentielle Haftungssegmentierung durchbrochen. Das Leitmotiv des Richtlinienentwurfs, die europaweite Konzernertätigkeit zu fördern,¹¹⁶ wird durch Art. 22 Abs. 7 SUP-RL somit konterkariert. Empfehlenswert wäre aus diesem Grund eine an das englische Recht angelehnte, eindeutige Klarstellung, dass der Alleingesellschafter nicht bereits aufgrund seines Weisungsrechts als faktischer Geschäftsführer anzusehen ist, vgl. sec. 251 Abs. 3 CA 2006.¹¹⁷ Andernfalls würde das Weisungsrecht weitgehend entwertet.¹¹⁸ In der gegenwärtigen Fassung ist Art. 22 Abs. 7 SUP-RL jedenfalls eine Quelle der Rechtsunsicherheit, die für den Einsatz der SUP als Konzernbaustein eine prohibitive Wirkung entfalten kann.¹¹⁹

¹¹⁴ Zur Möglichkeit der Sitzaufspaltung siehe oben Abschnitt **III. 3. b) dd)** sowie **IV. 5. a)**.

¹¹⁵ BGHZ 150, 61 ff.; BGH, NZG 2005, 755 (755); *Schneider/Schneider*, in: Scholz, GmbHG I, 11. Aufl. 2012, § 6 Rn. 114; *Tebben*, in: Michalski, GmbHG I, 2. Aufl. 2010, § 6 Rn. 96; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 35 Rn. 9; einschränkend *Kleindieck*, in: Lutter/Hommelhoff GmbHG, 18. Aufl. 2012, vor § 35 Rn. 11, § 43 Rn. 4.

¹¹⁶ Vgl. Erwägungsgründe 4 ff. des SUP-Richtlinienentwurfs (Fn. 1).

¹¹⁷ *Drygala*, What's SUP? Der Vorschlag der EU-Kommission zur Einführung einer europäischen Einpersonengesellschaft (Societas Unius Personae, SUP), EuZW 2014, 491 (495).

¹¹⁸ *Dreher*, Der Richtlinienentwurf über die Societas Unius Personae und seine Regelungen zur faktischen Geschäftsführung, NZG 2014, 967 (971).

¹¹⁹ *Dreher* (Fn. 118), 970; *Drygala* (Fn. 117), 495.

hh) *Cash-Pool*

Weitere Rechtsunsicherheit könnte im Hinblick auf die Verwendung eines Cash-Pool-Systems im Konzern bestehen. Cash-Pooling bezeichnet einen konzerninternen Liquiditätsausgleich, der durch ein zentrales Finanzmanagement vorgenommen wird.¹²⁰ Solche Cash-Management-Systeme ermöglichen es Konzernunternehmen, verbundintern vorhandene Liquidität effizient zu nutzen und dadurch die Kosten einer Fremdkapitalaufnahme zu vermeiden.¹²¹ Derartige Liquiditätsbewegungen unterfallen jedoch dem weiten Ausschüttungsbegriff des Art. 2 Abs. 3 SUP-RL und müssen folglich mit den Vorgaben des Art. 18 SUP-RL in Einklang gebracht werden. Im Interesse eines umfassenden Gläubigerschutzes mag dieses weite Begriffsverständnis zwar zu begrüßen sein. In der Unternehmensgruppe wirft sie indes die Frage auf, ob und inwiefern auch konzerninterne Transaktionen, denen ein vollwertiger und deckender Gegenleistungsanspruch gegenübersteht, dem Ausschüttungsbegriff unterfallen.¹²² Um internationalen Konzernen das Cash-Pooling rechtssicher zu ermöglichen und beispielsweise klarzustellen, ob tatsächlich vor jedem Liquiditätstransfer von der SUP an die Konzernmutter eine Solvenzbescheinigung gem. Art 18 Abs. 3 SUP-RL auszustellen ist, sollten Cash-Pool-spezifische Regelungen in die Richtlinie implementiert werden. Ein Cash-Pool-System könnte z.B. unter der Prämisse rechtlich legitimiert werden, dass die Konzernmutter die Liquiditätsanfordernisse der Töchter sicher zu erfüllen vermag. Hier würde es sich beispielsweise anbieten, die Muttergesellschaft zu verpflichten, einen Liquiditätsfond einzurichten, der die externen Verbindlichkeiten der Töchter absichert und so deren Liquidität garantiert. Zudem sollten Vorkehrungen getroffen werden, die einen hinreichenden Informationsaustausch bezüglich der jeweiligen finanziellen Situation zwischen Mutter- und Tochterunternehmen sicherzustellen vermögen.¹²³ Im Ergebnis ist eine rechtssichere Fundamentierung des konzerninternen Cash-Pooling jedenfalls zwingend erforderlich, um die SUP als Konzernbaustein attraktiv zu gestalten.¹²⁴

IV. Fehlende Normierung der Organpflichten

Der Richtlinienvorschlag der Kommission spart die Normierung von Organpflichten der Geschäftsführer weitgehend aus. Während sich hinsichtlich der Geschäftsführerbefugnisse in Art. 21 Abs. 2 S. 2 und Art. 22 Abs. 3 SUP-RL

¹²⁰ *Kneisel* (Fn. 37), 258.

¹²¹ *Drygala/Kremer*, ZIP 2007, 1289 (1289); *Kneisel* (Fn. 37), 258; zur SPE bereits: *Hommelhoff*, Unternehmensfinanzierung in der Europäischen Privatgesellschaft (SPE), ZHR 173 (2009), 255 (273).

¹²² Vgl. zur SPE: *Teichmann* (Fn. 12), 126.

¹²³ Vgl. zur SPE bereits *Hommelhoff* (Fn. 121), 274 ff.

¹²⁴ Vgl. auch *Hommelhoff* (Fn. 110), 216.

Negativabgrenzungen finden sowie eine Regelung der Geschäftsleitung in Art. 22 Abs. 1 SUP-RL und der Vertretungsmacht in Art. 24 SUP-RL, trifft der Entwurf hinsichtlich der Pflichten des Geschäftsführers lediglich eine Aussage in Art. 18 Abs. 3 S. 2, 3 SUP-RL sowie in Art. 23 SUP-RL bezüglich der Befolgung von Weisungen.¹²⁵ Einzelheiten der gemäß Art. 18 Abs. 5 S. 1 SUP-RL haftungsbewehrten Pflicht zur Erteilung einer Solvenzbescheinigung werden indes nicht harmonisiert. Insbesondere bleibt offen, inwieweit andere nationale Haftungstatbestände durch Art. 18 Abs. 5 S. 1 SUP-RL ergänzt oder verdrängt werden (etwa Fehler bei der Aufstellung der Bilanz, etc.).¹²⁶ Zudem wird die Frage, inwieweit dem Geschäftsführer bezüglich der Solvenzprognose unternehmerisches Ermessen zuzugestehen ist, innerhalb Europas sehr unterschiedlich beurteilt.¹²⁷ Dies kann zu divergierenden Gerichtsentscheidungen führen und dadurch eine einheitliche Konzernleitung erschweren. Im Ergebnis stellt Art. 18 Abs. 3, 5 S. 1 SUP-RL in seiner derzeitigen Fassung für die Geschäftsführer somit einen erheblichen Unsicherheitsfaktor dar.¹²⁸

Bezüglich sonstiger Pflichten des Geschäftsführers schweigt der Richtlinienentwurf hingegen vollständig. Diese richten sich gem. Art. 7 Abs. 4 SUP-RL demzufolge nach nationalem Recht. Eine nähere Ausgestaltung könnte lediglich noch in der gem. Art. 11 Abs. 3 SUP-RL von der Kommission zu erlassenden Mustersatzung erfolgen.¹²⁹

1. Keine Regelung auf europäischer Ebene

Auch außerhalb des Richtlinienentwurfs findet sich auf europäischer Ebene bislang keine Regelung der Organpflichten von Tochtergeschäftsführern in Konzerngesellschaften. Zwar bemühte sich der europäische Gesetzgeber in den Siebziger- und Achtzigerjahren um eine Kodifikation des Konzernrechts. Die 1974/75¹³⁰ und 1984¹³¹ erarbeiteten Entwürfe einer neunten Konzernrichtlinie scheiterten indes an ihrer fehlenden Konsensfähigkeit. Das Vorhaben einer Vollharmonisierung des Konzernrechts wird aus diesem Grund heute

¹²⁵ Vgl. hierzu oben Abschnitt III. 3. b) ff).

¹²⁶ *Beurskens* (Fn. 85), 743.

¹²⁷ *Drygala* (Fn. 117), 496.

¹²⁸ Vgl. *Drygala* (Fn. 117), 496; Gemeinsame Stellungnahme zum Vorschlag für eine Richtlinie über Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit einem einzigen Gesellschafter, COM(2014) 212 final von BDA, BDI und DIHK (Fn. 113), 9; vgl. zur SPE ebenso *Hommelhoff/Teichmann* (Fn. 15), 932.

¹²⁹ *Beurskens* (Fn. 85), 744.

¹³⁰ Vorentwurf einer Neunten Richtlinie DOK Nr. XI/32874-D und XI/593/75-D.

¹³¹ Vorentwurf einer Neunten Richtlinie DOK Nr. III/1639/84, abgedruckt in: ZGR 1985, 446; *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, 10. Aufl. 2013, § 1 Rn. 44; dazu auch *Hommelhoff*, Zum revidierten Vorschlag für eine EGKonzernrichtlinie, in: FS Fleck, 1988, 125 (125 ff.).

nicht mehr verfolgt.¹³² Derzeit finden sich lediglich Teilregelungen des Konzernrechts in einzelnen europäischen Rechtsakten wie beispielsweise der Kapitalrichtlinie (2. Richtlinie),¹³³ der Konzernbilanzrichtlinie (7. Richtlinie)¹³⁴ oder der Übernahmerichtlinie (13. Richtlinie).¹³⁵

Der Konzern ist für die transnationale Wirtschaftstätigkeit im Binnenmarkt indessen von überragender Bedeutung,¹³⁶ wird er doch auch als modernste und wichtigste Organisationsform von Unternehmen bezeichnet.¹³⁷ Um dieser wirtschaftlichen Einheit ihre Entsprechung in einer juristischen Einheit folgen zu lassen,¹³⁸ widmet sich der europäische Gesetzgeber nun erneut der Konzernfrage, was eine Reihe konzernrelevanter Einzelvorhaben im *EU-Aktionsplan Gesellschaftsrecht 2012*¹³⁹ verdeutlichen (Anerkennung des Konzerninteresses, Konzernstruktur- und –transaktionstransparenz, *related party transactions* und insbesondere auch die SUP als Konzernbaustein). Statt einer Vollharmonisierung bemüht sich die Kommission nunmehr um punktuelle Angleichungen (Kernbereichsharmonisierung),¹⁴⁰ was 1998 bereits vom *Forum Europaeum Konzernrecht*¹⁴¹ und 2003 von der *High Level Group* angeregt wurde.¹⁴² Hierbei ist im Hinblick auf die zu regelnde Rechtsform jedoch ein Paradigmenwechsel vonnöten: Nicht die Aktiengesellschaft, die bislang im Mittelpunkt der Harmonisierungsbemühungen stand, sondern die zweite Kapitalgesellschaft ist die typische Rechts-

¹³² Vgl. *Emmerich/Habersack* (Fn. 131), § 1 Rn. 44; *Tholen* (Fn. 31), 155 f.

¹³³ Richtlinie 2012/30/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25.10.2012, ABl. EU L 315 v. 14.11.2012, 74 ff.

¹³⁴ Siebte Richtlinie 83/349/EWG des Rates v. 13.6.1983, ABl. EG L 193 v. 18.7.1983, 1 ff.

¹³⁵ Dreizehnte Richtlinie 2004/25/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates v. 21.4.2004, ABl. EU L 142 v. 30.4.2004, 12 ff.

¹³⁶ *Lübking* (Fn. 112), 311, 341.

¹³⁷ Vgl. *Grundmann*, *Europäisches Gesellschaftsrecht. Eine systematische Darstellung unter Einbeziehung des Europäischen Kapitalmarktrechts*, 2. Aufl. 2011, § 27 Rn. 1006; *Hommelhoff* (Fn. 71), 2183; *ders./Lächler*, *Förder- und Schutzrecht für den SE-Konzern*, AG 2014, 257 (258); *ders./Teichmann* (Fn. 4), 183.

¹³⁸ Vgl. hierzu *Ehrliche*, *Die Überwindung von Akzeptanzdefiziten als Grundlage zur Schaffung neuer supranationaler Gesellschaftsformen in der EU. Ein Beitrag zur Entwicklung einer sog. Société Fermée Européenne (Europäische Privatgesellschaft)*, *RabelsZ* 64 (2000), 497 (501); *Salomon* (Fn. 17), 16.

¹³⁹ COM(2012) 740 final v. 12.12.2012 (Fn. 79).

¹⁴⁰ *Drygala*, *Europäisches Konzernrecht: Gruppeninteresse und Related Party Transactions*, AG 2013, 198 (201); *Hommelhoff/Teichmann* (Fn. 4), 184.

¹⁴¹ *Forum Europaeum Konzernrecht*, ZGR 1998, 672 (687).

¹⁴² Vgl. Bericht der hochrangigen Gruppe von Experten auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts über moderne Rahmenbedingungen in Europa, 102; abrufbar unter: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/report_en.pdf (zuletzt aufgerufen am 20.4.2015).

form für Tochtergesellschaften.¹⁴³ Eine Normierung der Organpflichten eines Tochtergeschäftsführers ist jedoch bislang noch nicht erfolgt.

2. Unterschiedliche nationale Regelungen

a) *Loyalitätspflichten* (duties of loyalty), insbesondere Pflicht zur Wahrung des Tochterinteresses

Vergleicht man die verschiedenen mitgliedstaatlichen Ausformungen der Loyalitätspflichten eines Geschäftsführers, so gelangt man zu dem Ergebnis, dass die meisten, wenn nicht alle in der EU vertretenen Rechtssysteme, von dem Grundsatz ausgehen, dass eine Gesellschaft ein Eigeninteresse besitzt und die Geschäftsleiter verpflichtet sind, dieses Interesse zu wahren.¹⁴⁴ Bei der Frage, ob die Unterordnung des Eigeninteresses unter das Konzerninteresse eine Verletzung der Loyalitätspflicht des Geschäftsführers darstellt, bestehen indes erhebliche Divergenzen. Auch hinsichtlich der Notwendigkeit und der Ausgestaltung konzernrechtlicher Normen herrscht keine Übereinstimmung.¹⁴⁵ Neben Deutschland weisen nur einzelne Staaten wie beispielsweise Portugal, Tschechien, Ungarn, Kroatien, Italien und Slowenien ein zumindest teilweise kodifiziertes Konzernrecht auf.¹⁴⁶ In anderen Mitgliedstaaten wie Großbritannien, Belgien oder Frankreich hingegen wird der Schutz Dritter durch allgemeine, teilweise durch die Rechtsprechung konkretisierte Rechtsinstitute gewährleistet.¹⁴⁷ In einem grenzüberschreitenden Konzern besteht demzufolge bis heute Unklarheit, inwiefern die Geschäftsführer einer beherrschten Gesellschaft ihre Geschäftspolitik am Konzerninteresse ausrichten dürfen.¹⁴⁸ Dieses unterschiedliche Verständnis von den Loyalitätspflichten eines Geschäftsführers erhöht die Schwierigkeit einer einheitlichen Konzernleitung im Binnenmarkt.¹⁴⁹ Weitere Differenzen resultieren daraus, dass einige Mitgliedstaaten das Gesellschaftsinteresse primär nach dem *stakeholder*-Modell bestimmen, wohingegen andere dem *shareholder*-Ansatz folgen.¹⁵⁰ Während der *shareholder value*-Ansatz grundsätzlich

¹⁴³ Teichmann, Europäisches Konzernrecht: Vom Schutzrecht zum Enabling Law, AG 2013, 184 (189 ff.).

¹⁴⁴ Ebd., 191 ff.

¹⁴⁵ Vgl. Conac, Director's Duties in Groups of Companies – Legalizing the Interest of the Group at the European Level, ECFR 2013, 194 (199 ff.); Hommelhoff, Einige Bemerkungen zur Organisationsverfassung der Europäischen Aktiengesellschaft, AG 2001, 279 (282); Kneisel (Fn. 37), 56 ff.; Wicke (Fn. 56), 1416.

¹⁴⁶ Lutter/Bayer/Schmidt (Fn. 15), 144; Altmeyen, in: MüKo AktG V, 3. Aufl. 2010, Einl. §§ 291 ff. Rn. 31.

¹⁴⁷ Vgl. Hommelhoff (Fn. 107), 134 f.

¹⁴⁸ Teichmann (Fn. 143), 184.

¹⁴⁹ Vgl. Lübkjng (Fn. 112), 312 f.

¹⁵⁰ Vgl. z.B. bzgl. der Differenzen zwischen englischem und deutschem Recht: Bedkowska, Die Geschäftsleiterpflichten. Eine rechtsvergleichende Abhandlung zum deutschen und englischen Kapitalgesellschaftsrecht, 2006, 110 ff.

eine ausschließliche Ausrichtung der Geschäftsführung an den (finanziellen) Interessen der Anteilseigner fordert, betrachtet das *stakeholder*-Modell die Gesellschaft als ein Zusammentreffen konfligierender Interessen unterschiedlicher Anspruchsgruppen (Anteilseigner, Arbeitnehmer, die allgemeine Öffentlichkeit,...), die die Geschäftsführung in einen schonenden Ausgleich zu bringen verpflichtet ist.¹⁵¹ Eine europaweit einheitliche Normierung der Loyalitätspflichten würde aufgrund der dargelegten Divergenzen folglich ein besonders hohes Konfliktpotential in sich bergen.¹⁵²

b) Sorgfaltspflichten (duties of care)

Hinsichtlich der Sorgfaltspflichten der Geschäftsleitung hingegen gelangen die mitgliedstaatlichen Regelungssysteme zu weithin übereinstimmenden Ergebnissen.¹⁵³ Zu berücksichtigen ist jedoch, dass die jeweiligen Tochtergeschäftsführer in den einzelnen nationalen Rechtsordnungen mit sehr unterschiedlich ausgestalteten Pflichtenkanons und Handlungsvorgaben konfrontiert werden.¹⁵⁴ Wie sehr sich die jeweiligen Anforderungen unterscheiden, verdeutlicht ein Vergleich der Pflichten und der daraus resultierenden Geschäftsleiterhaftung im Rahmen einer Insolvenz: So droht einem Geschäftsführer in Frankreich schon wegen einfacher Geschäftsleitungsfehler eine Ausfallhaftung (*action en comblement du passif*), während er in England einer Haftung wegen Insolvenzverschleppung ausgesetzt ist, wenn er die Geschäfte der Gesellschaft trotz absehbaren Eintritts der Insolvenz weiterführt (*wrongful trading*). In Deutschland wiederum haftet der Geschäftsführer, wenn er bei Insolvenzureife nicht rechtzeitig einen Insolvenzantrag stellt.¹⁵⁵

Auch bezüglich der normativen Ausgestaltung der Organpflichten bestehen erhebliche Divergenzen. Hierbei stehen sich das Konzept einer großen Generalklausel, wie es das deutsche GmbH-Gesetz in § 43 Abs. 1 verfolgt, auf der einen Seite und das einer Auflistung von Einzelpflichten oder einzelnen Generalklauseln auf der anderen Seite gegenüber, wie es etwa im britischen Companies Act 2006 (sec. 170 ff.) seinen Niederschlag gefunden hat.¹⁵⁶ Diese unterschiedlichen Grundkonzeptionen haben bereits bei den Verhandlungen im Rahmen der SPE-Verordnung verdeutlicht, dass ein Konsens bezüglich der

¹⁵¹ Vgl. *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG I, 2. Aufl. 2010, § 76 Rn. 29.

¹⁵² Vgl. im Ergebnis ebenso zur SPE: *Peters/Wülrich*, Gesellschaftsrechtliche Einigung Europas durch die Societas Privata Europaea (SPE), DB 2008, 2179 (2184).

¹⁵³ *Hommelhoff/Teichmann* (Fn. 4), 185.

¹⁵⁴ *Ebd.*

¹⁵⁵ Vgl. *Hommelhoff/Teichmann* (Fn. 15), 933; *Maul/Röhrich*, Die Europäische Privatgesellschaft – Überblick über eine neue supranationale Rechtsform, BB 2008, 1574 (1577).

¹⁵⁶ *Hommelhoff* (Fn. 110), 218.

Normierung von Organpflichten auf europäischer Ebene sehr schwer zu erzielen ist: Während der erste Entwurf noch Vorschriften über die Pflichten und die Haftung der Geschäftsleitung enthalten hatte (Art. 31 mit Konkretisierungen z.B. in Art. 15 Abs. 1, 25 Abs. 2),¹⁵⁷ rückten die Kommissionsvorschläge der verschiedenen Ratspräsidentenschaften im Folgenden nach und nach hiervon ab,¹⁵⁸ um die Organpflichten schließlich vollständig dem nationalen Recht zu überantworten.¹⁵⁹ Insbesondere vor dem Hintergrund, dass die SUP in direkte Konkurrenz zu den nationalen Rechtsformen tritt, wird jeder Mitgliedstaat bemüht sein, alle Regelungen seiner eignen Rechtsordnung, die er für bedeutsam erachtet, in die Richtlinie zu implementieren.¹⁶⁰ Hinzu tritt die Unerfahrenheit mit den Normen anderer Mitgliedstaaten und die Angst, bei einer von der nationalen Rechtsordnung abweichenden Normierung, bildlich gesprochen, *a pig in a poke*¹⁶¹ zu kaufen.

3. Bedürfnis nach einer Normierung

Vor dem Hintergrund dieser unterschiedlichen Grundkonzeptionen stellt sich die Frage, ob die Verhandlungen über die Verabschiedung der SUP-Richtlinie zusätzlich mit einem weiteren umstrittenen Aspekt belastet werden sollten. Ist eine europaweit einheitliche Normierung der Organpflichten überhaupt zwingend vonnöten?

So ließe sich gegen eine Harmonisierung doch anführen, dass die Flexibilität der Gesetzgebung auf nationaler Ebene eine leichtere Korrigierbarkeit von Fehlern sowie eine schnellere Reaktion auf veränderte wirtschaftliche Rahmenbedingungen ermögliche. Bei einer zentralen Rechtsangleichung indes könnte die Gefahr einer Petrifizierung des Rechts bestehen.¹⁶² Der Verzicht auf eine

¹⁵⁷ COM(2008) 396 final v. 25.6.2008 (Fn. 74).

¹⁵⁸ Vgl. z.B. Kompromissvorschlag v. 27.4.2009 (Fn. 78), Art. 32; vgl. hierzu: *Schmidt*, Der Vorschlag für eine Verordnung über die europäische Privatgesellschaft (SPE) – eine europäische Rechtsform speziell für KMU, in: *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht 2008*, EWS 2008, 455 (461).

¹⁵⁹ Kompromissvorschlag v. 27.11.2009 (Fn. 78) sowie v. 23.5.2011 (Fn. 78), jeweils Erwägungsgrund 14a; vgl. hierzu: *Hommelhoff/Teichmann* (Fn. 4), 178 f.; *Jung*, Die „schwedische“ Societas Privata Europaea, BB 2010, 1233 (1236); *Lutter/Bayer/Schmidt* (Fn. 15), 1721; *Schumacher/Stadtmüller* (Fn. 42), 684.

¹⁶⁰ Vgl. zur SPE: *Davies*, The European Private Company, in: FS Hopt I, 2010, 479 (498).

¹⁶¹ *Ebd.*

¹⁶² Vgl. *Groß*, Komponenten und Lücken bei der Gesellschaftsrechtsharmonisierung aus Sicht der Praxis, in: Grundmann, Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts, 2000, 189 (201); *Kötter*, Rechtsvereinheitlichung – Nutzen, Kosten, Methoden, Ziele, *RabelsZ* 1986, 1 (11); *Möllers*, Europäische Methoden- und Gesetzgebungslehre im Kapitalmarktrecht. Vollharmonisierung, Generalklauseln und soft law im Rahmen des Lamfalussy-Verfahrens als Mittel zur Etablierung von Stan-

Angleichung würde den Mitgliedstaaten zudem die Möglichkeit eröffnen, nationale Präferenzen angemessen zu berücksichtigen.¹⁶³

Folgte man dieser Ansicht, wäre eine einheitliche Konzernleitung ob der vielfältigen divergierenden nationalen Geschäftsführerplichten jedoch unmöglich. Zwar ist die Gründung von Tochtergesellschaften durch Art. 49, 54 AEUV unmittelbar primärrechtlich geschützt. Das Konzernrecht ist indes zu komplex, um sich bei der Konzeption grenzüberschreitender Gruppenstrukturen allein auf den Abwehrmaßstab der Niederlassungsfreiheit zu verlassen.¹⁶⁴ Die Grundfreiheiten alleine sind nicht geeignet, die gebotene filigrane Feinabstimmung von Leitungsmacht und Tochtereigeninteresse vorzunehmen.¹⁶⁵ Wer eine grenzüberschreitende Unternehmensgruppe organisieren möchte, benötigt demzufolge einen klaren rechtlichen Rahmen, um Gesellschaften aus verschiedenen Staaten in die Gruppe integrieren zu können.¹⁶⁶ Auf der europäischen Ebene gewinnt die Ermöglichungsfunktion des Konzernrechts neben ihrer Schutzfunktion somit an besonderer Bedeutung (*enabling law*).¹⁶⁷

Hierin kommt ein Perspektivenwechsel zum Ausdruck; wird doch Konzernrecht nicht mehr alleine als Schutzrecht sondern vielmehr als verlässlicher Rechtsrahmen erachtet, der praktische Gestaltungen erst zu ermöglichen vermag.¹⁶⁸ Insbesondere weil sich die Gerichte in den Mitgliedstaaten der schutzbedürftigen Personengruppen (z.B. Minderheitsgesellschafter und Gläubiger) bereits annehmen,¹⁶⁹ wird dem Konzernrecht nunmehr die Funktion zugesprochen, den Geschäftsführern einen *safe harbour* zu gewähren, einen rechtssicheren Raum, um sie vor einer haftungsrechtlichen Inanspruchnahme zu schützen.¹⁷⁰ Ziel ist es folglich, den Gedanken einer sinnvollen Konzernorganisation auch aus der Perspektive der Tochtergesellschaften weiterzuentwickeln und die grenzüberschreitende Aktivität der Konzerne zu unterstützen, indem den

dards, ZEuP 2008, 480 (502); Schön, Mindestharmonisierung im europäischen Gesellschaftsrecht, ZHR 160 (1996), 221 (236 f.).

¹⁶³ Vgl. Kieninger, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt. Studien zur Privatrechtskoordinierung in der Europäischen Union auf den Gebieten des Gesellschafts- und Vertragsrechts, 2002, 350 f.; Teichmann (Fn. 16), 389.

¹⁶⁴ Teichmann, Konzernrecht und Niederlassungsfreiheit. Zugleich Rezension der Entscheidung EuGH, Rs. 186/12 (Impacto Azul), ZGR 2014, 45 (70).

¹⁶⁵ Ebd.

¹⁶⁶ Hommelhoff (Fn. 110), 213; Teichmann (Fn. 164), 64 f.

¹⁶⁷ Hierzu: Teichmann (Fn. 143), 189 f.; ders. (Fn. 164), 65.

¹⁶⁸ Hommelhoff, Förder- und Schutzrecht für den faktischen GmbH-Konzern, ZGR 2012, 535 (538); Teichmann (Fn. 143), 189.

¹⁶⁹ Vgl. Teichmann (Fn. 143), 190.

¹⁷⁰ Vgl. Ebd.

Tochtergeschäftsführern einheitliche, d.h. gemeinschaftsrechtlich geprägte Verhaltensmaßstäbe an die Hand gegeben werden.¹⁷¹

Dem stehen indes die unterschiedlichen Handlungspflichten entgegen, welche die nationalen Gesellschaftsrechte den Tochtergeschäftsführern auferlegen.¹⁷² Ein Tochtergeschäftsführer muss jedoch stets in der Lage sein, zu erkennen, welche Pflichten er zu erfüllen hat, um nicht mit dem geltenden Recht in Widerspruch zu geraten. Darf er beispielsweise das Tochtereigeninteresse dem Konzerninteresse unterordnen und falls ja: unter welchen Voraussetzungen und innerhalb welcher Grenzen?

Allerdings erschließen sich die Organpflichten in den meisten Mitgliedstaaten nicht bereits durch schlichte Gesetzeslektüre. Generalklauseln wie § 43 Abs. 1 GmbHG sind vielmehr Einfallstore für die Rechtsprechung. Einem Geschäftsführer kann jedoch nicht zugemutet werden, sich mit der Analyse von Gerichtsentscheidungen und der Kommentarliteratur zu befassen, um die an ihn gestellten Anforderungen und die von ihm zu erfüllenden Pflichten zunächst einmal zu ermitteln. Die daraus resultierenden Rechtsberatungskosten stehen der Intention des Richtlinienentwurfs, eine Kostensenkung zu erzielen,¹⁷³ zudem diametral entgegen. Auch wenn die Rechtsordnungen hinsichtlich der Sorgfaltspflichten oftmals zu den gleichen Ergebnissen gelangen,¹⁷⁴ so lässt bereits die unterschiedliche Ausgestaltung der Pflichtenkanons divergierende Gerichtsentscheidungen befürchten. Bereits diese Rechtsunsicherheit beeinträchtigt die einheitliche Leitung in einem Binnenmarkt-weit operierenden Konzern.¹⁷⁵ Umso bedeutsamer sind klare und zweifelsfreie Rechtsgrundlagen, die auf eindeutigen Grundwertungen und -entscheidungen des europäischen Gesetzgebers aufbauen.¹⁷⁶

Zu welchen Rechtsunsicherheiten bereits eine fehlende Normierung der Organpflichten bei rein innerstaatlichen Sachverhalten führen kann, verdeutlicht zudem der Entschluss des englischen Gesetzgebers, im Companies Act 2006 die bislang nicht kodifizierten Geschäftsleiterpflichten ausdrücklich zu normie-

¹⁷¹ Vgl. *Ekkenga*, Neue Pläne der Europäischen Kommission für ein Europäisches Konzernrecht: Erste Eindrücke, AG 2013, 181 (183).

¹⁷² Vgl. *Drygala* (Fn. 140), 202; *Hommelhoff/Teichmann* (Fn. 4), 183.

¹⁷³ Vgl. z.B. Erwägungsgründe 3, 5, 7 f. des SUP-Richtlinienvorschlags (Fn. 1).

¹⁷⁴ Siehe hierzu oben Abschnitt **IV. 2. b)**.

¹⁷⁵ Vgl. den Bericht von *Francesco Chiappetta*, General Counsel der Pirelli Group, abrufbar unter:

http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/conference201105/chiappetta_en.pdf (zuletzt aufgerufen am 20.4.2015), 4 ff.; sowie: *Hommelhoff/Teichmann* (Fn. 4), 185 Fn. 83.

¹⁷⁶ *Hommelhoff/Lächler* (Fn. 137), 258.

ren, um den Geschäftsführern einen transparenten, verlässlichen Pflichtenkatalog zur Verfügung zu stellen und die bestehenden Rechtsunsicherheiten auf diese Weise zu beseitigen.¹⁷⁷ In einem internationalen Konzern gelangen zahlreiche unterschiedliche nationale Rechtsordnungen zur Anwendung. Die Rechtsunsicherheit wird folglich noch einmal potenziert.

Ist der betreffende Geschäftsleiter in einer Rechtsordnung tätig, die von ihm die strikte Beachtung des Tochterinteresses verlangt, droht zudem ein Konflikt zwischen Konzernleitung und Tochtergeschäftsführer. Es besteht einerseits die Gefahr, dass sich der Tochtergeschäftsführer dem Druck der Konzernmutter unterwirft und das geltende Recht unter Inkaufnahme einer möglichen persönlichen Haftung ignoriert.¹⁷⁸ Andererseits bieten die national unterschiedlichen Handlungs- und Pflichtenprogramme der Tochtergeschäftsführung jedoch auch eine von der Konzernmutter allenfalls begrenzt nachprüf- bare Handhabe, um deren Führungsimpulsen Widerstand zu leisten.¹⁷⁹ Die unterschiedlichen Organpflichten wirken sich somit zugleich auf die Möglichkeit der Mutter aus, die Geschäftsleitungen in den nachgeordneten Tochtergesellschaften durch Weisungen in ihrem Handeln zu beeinflussen.¹⁸⁰ Dies führt zu Intransparenz und Beratungsbedarf, generiert Kosten und erfordert Durchsetzungsanstrengungen, die sich als Beschränkung der Niederlassungsfreiheit und Marktzutrittsschranke auswirken können.¹⁸¹

Zwar ließe sich erwägen, dass eine weitgehende Normierung der Organpflichten der in einer Konzernstruktur erforderlichen Gestaltungsfreiheit und der im Wettbewerb notwendigen Flexibilität entgegensteht. Allerdings hat das Recht auch die Aufgabe, die konfligierenden Interessen zu schützen und in einen schonenden Ausgleich zu bringen.¹⁸² Neben der im Bereich der Binnenorganisation erforderlichen Gestaltungsfreiheit ist mithin ein einheitliches europäisches Regelwerk für den Aufbau einer internationalen Konzernstruktur vonnöten.¹⁸³ Erst ein solches Regelwerk schafft die vom Binnenmarkt gebotenen einheitlichen Wettbewerbsbedingungen, ein *level playing field* und die Möglichkeit effektiver Leitung und klarer Einschätzung der Risiken transnationaler Konzerne.¹⁸⁴

¹⁷⁷ Vgl. hierzu: *Bedkowski*, Gesetzlicher Pflichtenkatalog für Geschäftsleiter versus Generalklausel, RIW 2003, 105 (105 ff.).

¹⁷⁸ Bericht der Reflection Group (Fn. 81), 62; *Drygala* (Fn. 140), 202.

¹⁷⁹ *Hommelhoff*, Zur SPE-Sitzaufspaltung, in: FS Roth, 2011, 269 (270).

¹⁸⁰ Vgl. *Hommelhoff/Lächler* (Fn. 137), 258; *Hommelhoff/Teichmann* (Fn. 4), 183.

¹⁸¹ *Hommelhoff/Teichmann* (Fn. 4), 185.

¹⁸² *Hommelhoff* (Fn. 107), 138.

¹⁸³ Vgl. *Hommelhoff/Teichmann* (Fn. 15), 929; *Maul/Röbriht* (Fn. 155), 1574.

¹⁸⁴ Vgl. *Hommelhoff* (Fn. 107), 130; *Lübking* (Fn. 112), 314.

4. Zwischenergebnis

Die fehlende Normierung der Organpflichten führt mithin zu Intransparenz und Rechtsunsicherheit sowie in der Folge zu höheren Transaktionskosten und einer geringeren Leistungsfähigkeit europäischer Unternehmen im internationalen Wettbewerb – der zentrale Leitgedanke des Richtlinienentwurfs, die Wettbewerbsfähigkeit der KMU zu fördern,¹⁸⁵ wird somit konterkariert.¹⁸⁶

5. Gestaltungsvorschläge

Um das Kernziel der Binnenmarkt-weiten Einheitlichkeit¹⁸⁷ verwirklichen zu können, sind mithin einheitliche Organpflichten für alle Tochtergeschäftsführer eines international operierenden Konzerns vonnöten. Im Folgenden sollen nun verschiedene Gestaltungsmöglichkeiten dargestellt werden, die eine solche Einheitlichkeit gewährleisten könnten.

a) Sitzaufspaltung als Option?

Es stellt die Frage, ob angesichts der Möglichkeit der Sitzaufspaltung bei allen Tochtergesellschaften¹⁸⁸ die Normierung von Organpflichten tatsächlich erforderlich ist. Dem könnte entgegenstehen, dass sich bereits durch die Konzentration aller Registersitze am Ort der Konzernspitze eine schlanke, einheitliche Struktur realisieren lässt.¹⁸⁹ Im Ergebnis würde bereits eine Sitzaufspaltung zu transparenten Führungsstrukturen führen und das Widerstandspotential der Tochtergeschäftsführer beschränken,¹⁹⁰ ohne dass es einer Normierung von Organpflichten bedürfte.

Als Konsequenz einer solchen Sitzaufspaltung begegnet dem jeweiligen Vertragspartner der Tochtergesellschaft indes keine europaweit einheitlich ausgestaltete Rechtsform, sondern vielmehr eine Gesellschaft nationaler Prägung im Rechtskleid einer SUP. Dem Rechtsverkehr ist es aufgrund der einheitlichen Firmierung folglich unmöglich, zu erkennen, welchem nationalen Recht die SUP unterliegt. Dies führt zu erheblicher Rechtsunsicherheit, die geeignet ist, Misstrauen zu erwecken und die Reputation der SUP in entscheidendem Maße zu beeinträchtigen. Das Ziel des Richtlinienentwurfs, mangelndes Vertrauen zu beseitigen,¹⁹¹ wird dadurch in sein Gegenteil verkehrt. Zudem könnten die nationalen Divergenzen dazu führen, dass diese selbst als positive oder negative

¹⁸⁵ Vgl. Erwägungsgründe 4 ff. des Richtlinienentwurfs (Fn. 1).

¹⁸⁶ Für eine Normierung auch Dreher (Fn. 118), 972; Hommelhoff (Fn. 110), 218.

¹⁸⁷ Vgl. zur SPE: Hommelhoff/Teichmann (Fn. 4), 183.

¹⁸⁸ Siehe hierzu oben Abschnitt III. 3. b) dd).

¹⁸⁹ Vgl. zur SPE: Helms (Fn. 5), 373 f.

¹⁹⁰ Hommelhoff (Fn. 179), 271.

¹⁹¹ Vgl. SUP-Richtlinienvorschlag (Fn. 1), 2.

Standortfaktoren bei der Wahl des Registersitzes gewertet werden. Dies würde im Ergebnis wiederum zu einem Wettbewerb der Systeme führen, der durch eine Harmonisierung gerade vermieden werden soll. Die Option einer Sitzaufspaltung vermag die Normierung der Organpflichten somit nicht zu ersetzen, ohne mit entscheidenden Leitgedanken des Richtlinienentwurfes in Widerspruch zu geraten.

b) Regelungsauftrag¹⁹² als Option?

Eine weitere Möglichkeit könnte darin bestehen, durch die Formulierung eines Regelungsauftrags in der Richtlinie die Konkretisierung der Organpflichten der Konzernmutter im Rahmen der Satzungsgestaltung zu überantworten. Zwar ist die interne Gestaltungsfreiheit ein typischer Wesenszug der Privatgesellschaften im europäischen Rechtsraum.¹⁹³ Allerdings ist der Geschäftsführer auch Adressat bestimmter Pflichten im Interesse der Gläubiger und der Allgemeinheit.¹⁹⁴ Insbesondere die Geschäftsleiterhaftung stellt ein Instrument zum Schutze des Gesellschaftsvermögens und somit zugleich zum Schutze der Gläubiger dar.¹⁹⁵ Die Ausformung derartiger Pflichten kann demzufolge nicht zur Disposition des Gesellschafters gestellt werden. Zudem würde die Verpflichtung zur Normierung sämtlicher Organpflichten leicht zu einer Überforderung der KMU führen. Auch an dieser Stelle würden wiederum Rechtsberatungskosten entstehen, die durch die Einführung der SUP gerade vermieden werden sollen.¹⁹⁶ Die Überantwortung der Regelung sämtlicher Organpflichten an den Gesellschafter steht der Intention des Richtlinienentwurfs, zu Vereinfachungen und Erleichterungen zu führen,¹⁹⁷ folglich entgegen. Ein bloßer Regelungsauftrag stellt mithin keine adäquate Gestaltungsoption dar.

c) Zwischenergebnis

Im Ergebnis ist somit eine Normierung der Organpflichten in der Richtlinie selbst vonnöten. Im Folgenden soll aus diesem Grund analysiert werden, welche normative Ausgestaltung den Leitgedanken der konzernindividuellen Einheitlichkeit am besten verwirklichen würde.

¹⁹² Vgl. hierzu *Beier*, Der Regelungsauftrag als Gesetzgebungsinstrument im Gesellschaftsrecht, 2002, passim; *Salomon* (Fn. 17), passim.

¹⁹³ *Hommelhoff* (Fn. 56), 2105 f.; *ders./Teichmann* (Fn. 15), 929.

¹⁹⁴ Vgl. *Helms* (Fn. 7), 145; *Hommelhoff* (Fn. 110), 216 f.

¹⁹⁵ *de Erice/Gaude*, Societas Privata Europaea – Unternehmensleitung und Haftung, DStR 2009, 857 (860).

¹⁹⁶ Vgl. SUP-Richtlinienvorschlag (Fn. 1), 4.

¹⁹⁷ Vgl. SUP-Richtlinienvorschlag (Fn. 1), 2, 4, 6; Erwägungsgrund 13.

d) Generalklausel

Eine Gestaltungsmöglichkeit wäre die Normierung einer allgemeinen Generalklausel nach deutschem Vorbild gemäß § 43 Abs. 1 GmbHG.¹⁹⁸ Die einzelnen Pflichten ließen sich dem Gesetz so lediglich punktuell entnehmen. Die eigentliche Ausfüllung und Konkretisierung der Norm bliebe vielmehr der Rechtsprechung überlassen.¹⁹⁹

e) Pflichtenkanon

Eine andere Gestaltungsoption bietet die Aufstellung eines Kanons an Einzelpflichten und einzelnen Generalklauseln, wie sie beispielsweise das englische Recht in sec. 170 ff. CA 2006²⁰⁰ oder das spanische Recht in Art. 227-232 LSC²⁰¹ vorsieht. Im Rahmen des Pflichtenkanons könnte dabei nach englischem Vorbild zwischen Loyalitäts- und Treuepflichten (*duties of loyalty*, sec. 171-173, 175-177 CA 2006) und der Pflicht zur sorgfältigen Geschäftsführung (*duty of care*, sec. 174 CA 2006) differenziert werden.²⁰² Einem konkret ausgeformten Pflichtenkanon steht auch nicht entgegen, dass es sich vorliegend um eine noch in nationales Recht umzusetzende Richtlinie und nicht um eine unmittelbar geltende Verordnung handelt; kann doch auch eine Richtlinie eine Regelungsdichte aufweisen, die zu einer wörtlichen Übernahme zwingt.²⁰³

f) Stellungnahme

Es stellt sich mithin die Frage, welche der beiden Gestaltungsmöglichkeiten einem international operierenden Konzern die Ausübung seiner Niederlassungsfreiheit am besten zu gewährleisten vermag.

Gegen einen Pflichtenkanon lässt sich einwenden, dass sich die umfangreichen Pflichten und unternehmerischen Ermessensspielräume der Geschäftsführer der Möglichkeit einer Detailregelung weitestgehend entziehen.²⁰⁴ Für die Formulierung einer abstrakten Generalklausel spricht mithin, dass diese die Vielgestaltigkeit der Konzernwirklichkeit besser abzubilden vermag. An dieser Stelle ist jedoch zu berücksichtigen, dass zwar selbst ein diffizil ausgearbeiteter Pflicht-

¹⁹⁸ Vgl. hierzu *Kleindiek* (Fn. 115), § 43 Rn. 1 ff.

¹⁹⁹ Vgl. *Bedkowski* (Fn. 150), 35 f.; *dies.* (Fn. 177), 105.

²⁰⁰ Vgl. hierzu *Ebert/Levedag* (Fn. 108), 769 ff.; *Heinz/Hartung*, Die englische Limited, 3. Aufl. 2012, Kap. 7 Rn. 51 f.; *Steinfeld/Mann/Ritchie u.a.*, Blackstone's Guide to the Companies Act 2006, 2007, Rn. 13.11 ff.

²⁰¹ Vgl. *Latorre*, Directors' Duties and Liability, in: Hirte/Teichmann, The European Private Company – Societas Privata Europaea (SPE), 2013, 243 (252 Fn. 25).

²⁰² Vgl. *Ebert/Levedag* (Fn. 108), 771 ff.

²⁰³ Vgl. *Beurskens* (Fn. 85), 738; *Jung* (Fn. 84), 582; *Zuleeg*, Die Rechtswirkung europäischer Richtlinien, ZGR 1980, 466 (471 ff.).

²⁰⁴ Vgl. *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 28 II 4a.

tenkanon der Vielgestaltigkeit der Konzernwirklichkeit nicht gerecht werden würde; eine derart nuancierte Normierung jedoch auch nicht zwingend vonnöten ist: Ziel des Konzernrechts in seiner Funktion als *enabling law* ist es, den Gesellschaftsorganen einen konkreten, sicheren und überschaubaren Leitfaden für ein rechtmäßiges Verhalten zu gewähren, einen einheitlichen Rechtsrahmen, an dem sie sich orientieren können. Ausreichend wäre es daher bereits, die elementaren Geschäftsführerpflichten in einem Kanon zusammenzufassen. Bereits ein derartig begrenzter Pflichtenkatalog würde dem Geschäftsführer die erforderliche Orientierungshilfe gewähren, ohne dass es einer diffizilen Ausformung bedürfte. Mit einer solch disziplinierten Zurückhaltung²⁰⁵ bei der Ausgestaltung könnte ferner zugleich dem Einwand entgegen getreten werden, dass allein eine Generalklausel dem Vereinfachungspostulat²⁰⁶ der Richtlinie entsprechen würde. Voraussetzung für die Normierung eines Pflichtenkanons wäre es demzufolge, durch rechtsvergleichende Analyse auf europäischer Ebene einen Mindestkonsens an Organpflichten als *ius commune* zu ermitteln und diesen in einen Rechtsrahmen zu gießen. Ein somit in seinem Umfang begrenzter Pflichtenkatalog würde dem Vereinfachungsgebot bereits hinreichend Rechnung tragen.

Vor dem Hintergrund unterschiedlicher nationaler Auslegungsmethoden und Rechtstraditionen (*path dependency*) innerhalb Europas wäre bei der Entscheidung für eine Generalklausel zudem zu befürchten, dass die nationalen Gerichte bei ihrer Auslegung zu divergierenden Ergebnissen gelangen,²⁰⁷ was eine einheitliche Konzernleitung erheblich erschweren würde.²⁰⁸ Bereits die Antwort auf die Frage, wann ein Geschäftsführer im besten Interesse der Gesellschaft handelt, variiert erheblich abhängig davon, ob der jeweilige Mitgliedstaat dem *shareholder*- oder dem *stakeholder*-Modell folgt.²⁰⁹ Die Überlegung, eine gewisse Einheitlichkeit bei der Auslegung könne durch den Rückgriff auf europäische Rechtstraditionen erzielt werden, vermag hierbei nicht zu überzeugen; ist doch bislang nicht hinreichend geklärt, welche Grundsätze überhaupt zu den allgemeinen Prinzipien des europäischen Gesellschaftsrechts zu zählen sind.²¹⁰

Zu beachten ist ferner, dass diese unterschiedlichen prozessualen Rahmenbedingungen nicht nur zu Rechtsunsicherheiten und Divergenzen bezüglich der

²⁰⁵ Vgl. Hommelhoff (Fn. 110), 218.

²⁰⁶ Vgl. SUP-Richtlinienvorschlag (Fn. 1), 2.

²⁰⁷ Dies wohl nicht als Gefahr erachtend: SPE-Verordnungsentwurf v. 25.6.2008 (Fn. 74), 10.

²⁰⁸ Vgl. zur SPE bereits: *de Erice/Gaude* (Fn. 195), 860; *van den Braak* (Fn. 42), 16 f.

²⁰⁹ *Navez* (Fn. 93), 172 Fn. 88; vgl. z.B. bzgl. der Differenzen zwischen englischem und deutschem Recht: *Bedkowski* (Fn. 150), 110 ff.

²¹⁰ Vgl. *Ebricke* (Fn. 9), 75; *Hommelhoff* (Fn. 56), 2108.

Auslegung und konkreten Anwendung der Generalklausel führen würden, sondern dass diese Divergenzen von den Unternehmen vielmehr auch als positive und negative Standortfaktoren gewertet werden könnten.²¹¹ Dies wiederum würde im Ergebnis zu dem von der Harmonisierung gerade nicht gewollten Wettbewerb der Systeme führen und die Zielsetzung der Richtlinie konterkarieren.

Gegen eine Generalklausel spricht zudem, dass es einem Geschäftsführer nicht zumutbar ist, zur Ermittlung seines Pflichtenprogramms zunächst eine Auswertung der jeweiligen Rechtsprechung vorzunehmen. Hierfür müssten gerade kleine und mittlere Unternehmen auf kostenintensive Rechtsberatung zurückgreifen. Die durch die Richtlinie erstrebte Kostensenkung²¹² kann durch eine Generalklausel folglich nicht erreicht werden.²¹³

Die Normierung einer Generalklausel könnte jedoch deswegen vorzuzugswürdig sein, weil sich auf europäischer Ebene hierfür leichter ein Konsens finden ließe als für einen Pflichtenkatalog, bei dem jede einzelne Pflicht zunächst zur Diskussion gestellt werden müsste. Auch wenn sich die Verhandlungen zwischen den Mitgliedstaaten insbesondere in Bezug auf die Loyalitätspflichten eines Geschäftsführers rechtspolitisch als schwierig erweisen würden, sind jedoch die Kernziele der SUP-Richtlinie nicht aus dem Blick zu verlieren – die Zurverfügungstellung eines Binnenmarkt-weit einheitlichen Konzernbausteins und die Förderung der Wettbewerbsfähigkeit europäischer Unternehmensgruppen. Diese Leitgedanken lassen sich aufgrund der Gefahr einer national divergierenden Auslegung durch die Gerichte mit der alleinigen Normierung einer Generalklausel indessen nicht verwirklichen. Zudem können oftmals auch national unterschiedlich ausgeformte Pflichten auf gemeinsame Fallgruppen und Rechtsprinzipien zurückgeführt werden.²¹⁴ Angelehnt an die mathematische Bedeutung der Abkürzung SUP, *Supremum* (kleinste obere Schranke einer Menge²¹⁵), erscheint es mithin möglich, bei den Verhandlungen auf europäischer Ebene einen solchen Mindestkonsens an Organpflichten zu ermitteln, ohne dass eine Einigung bereits von vorneherein ausgeschlossen wäre. Nur durch die Festsetzung eines konkreten Pflichtenkatalogs kann die konzernindividuelle, Binnenmarkt-weite Einheitlichkeit erreicht werden. Eine möglicherweise dadurch entstehende Ausdehnung der Verhandlungsdauer sollte aus diesem Grund als geringeres Übel in Kauf genommen werden.

²¹¹ Vgl. zur EPG: *Ebricke* (Fn. 9), 51.

²¹² Vgl. Erwägungsgründe 3, 7 f., 13, 25 des SUP-Richtlinienvorschlags (Fn. 1).

²¹³ Vgl. zur EPG: *Ebricke* (Fn. 9), 75.

²¹⁴ Vgl. z.B. *Bedkowski* (Fn. 150), 499 bzgl. eines Vergleichs des deutschen mit dem englischen Recht.

²¹⁵ *Beurskens* (Fn. 85), 747.

Gegen einen Pflichtenkatalog ließe sich jedoch einwenden, dass die im Konzern erforderliche Gestaltungsfreiheit im Innenverhältnis durch die Auferlegung konkreter Pflichten zu weit beschränkt würde. Jedoch könnte es der Konzernmutter angelehnt an den SPE-Verordnungsentwurf von 2008²¹⁶ auch bei einem ausformulierten Pflichtenkatalog ermöglicht werden, in der Satzung weitere, über das in der Richtlinie normierte Mindestmaß hinausgehende und auf den jeweiligen Konzern individuell zugeschnittene Pflichten festzuschreiben. Die Kodifizierung eines konkreten Pflichtenkanons würde demzufolge auch keine zu weitgehende Einschränkung der Gestaltungsfreiheit im Binnenverhältnis bedeuten.

Im Ergebnis vermag ein Pflichtenkanon den Leitgedanken der konzernindividuellen Einheitlichkeit somit besser zu verwirklichen und ist einer Generalklausel aus diesem Grund vorzuziehen. Bei der Konkretisierung der einzelnen Pflichten sollte hierbei insbesondere Wert auf eine präzise Formulierung gelegt werden, um den Auslegungsspielraum weitestgehend zu verkürzen und auf diese Weise einer national divergierenden Interpretation vorzubeugen.

Ausgangspunkt der Diskussion über die konkrete Ausgestaltung des Kanons auf europäischer Ebene könnte hierbei zum einen der Pflichtenkatalog in Art. 170 ff. CA 2006 sein. Zum anderen könnte auf die einst formulierten „10 Gebote an den Geschäftsführer“ zurückgegriffen werden:²¹⁷

1. Einhaltung der Gesetze, insbesondere der öffentlichen Pflichten wie Steuerabgaben
2. Einhaltung von Satzung und Geschäftsordnung (vgl. sec. 171 CA 2006)
3. Einhaltung der sich aus einem gegebenenfalls bestehenden Anstellungsvertrag ergebenden Pflichten
4. Befolgung von Weisungen des Gesellschafters²¹⁸ (vgl. *e contrario* Art. 23 Abs. 2 SUP-RL)
5. Ordnungsgemäße Organisation der Gesellschaft
6. Kontrolle der Organisation
7. Regelmäßige Kontrolle der Liquidität und Finanzlage der Gesellschaft
8. Vermeidung unverhältnismäßig hoher Risiken (bzw. sec. 174 CA 2006: Führung der Geschäfte mit angemessener Sorgfalt und nach besten Kenntnissen)

²¹⁶ Vgl. Art. 31 Abs. 4 S. 1 des SPE-Verordnungsentwurfs sowie dessen Begründung COM(2008) 396 final v. 25.6.2008 (Fn. 74), 10.

²¹⁷ Nach *Lutter*, Haftung und Haftungsfreiräume des GmbH-Geschäftsführers. 10 Gebote an den Geschäftsführer, GmbHR 2000, 301 (302 ff.).

²¹⁸ Siehe hierzu unten Abschnitt **IV. 6.**

9. Vermeidung, zumindest aber Offenlegung aller Interessenkonflikte zwischen Geschäftsführer und Gesellschaft (vgl. sec. 175 CA 2006)
10. Sorgfältige Vorbereitung geschäftlicher und unternehmerischer Entscheidungen

Zudem böte es sich an, auch die gesellschaftsrechtlichen Geschäftsführerplichten im öffentlichen Interesse (insbesondere im Bereich der Rechnungslegung) in die Richtlinie zu implementieren, selbst wenn sich diese bereits aus anderen nationalen Bestimmungen ergeben sollten.²¹⁹ Ihre Aufnahme in die Richtlinie würde dem Geschäftsführer alle von ihm zu erfüllenden Pflichten innerhalb eines Regelungskomplexes zusammengefasst vor Augen führen und ihm seine Geschäftsführertätigkeit dadurch erleichtern.²²⁰ Auch dies würde dem Vereinfachungspostulat des Richtlinienentwurfs²²¹ entsprechen und die Rechtsberatungskosten weiter reduzieren helfen.

Unterschiede in der Haftung hingegen stehen einer einheitlichen Konzernleitung nicht unbedingt entgegen.²²² Eine Vereinheitlichung der Organhaftung, beispielsweise der Durchsetz- und Verzichtbarkeit des Haftungsanspruchs und seiner Verjährung, ist folglich nicht zwingend erforderlich.²²³ Primäres Ziel sollte zunächst vielmehr die Ausarbeitung eines konkreten Pflichtenkanons sein.

g) Zwischenergebnis

Um eine transparente und einheitliche Konzernleitung zu ermöglichen, ist eine Normierung der Organpflichten erforderlich. Ein konkreter Pflichtenkanon ist einer Generalklausel aus Gründen der Rechtsklarheit vorzuziehen, bietet dieser doch weniger Raum für divergierende nationale Auslegungen durch die Gerichte. Zwar enthält auch ein Pflichtenkatalog auslegungsbedürftige unbestimmte Rechtsbegriffe, allerdings wird die Möglichkeit einander widersprechender Interpretationen so zumindest weitgehend begrenzt. Im Ergebnis würde mit einem Pflichtenkanon somit ein Rechtsrahmen geschaffen, der eine in allen Mitgliedstaaten einheitliche Konzernleitung erleichtert und den Tochtergeschäftsführern einen rechtssicheren, leicht verständlichen Leitfaden für rechtmäßiges Verhalten zur Verfügung stellt.

6. Insbesondere: Pflicht zur Befolgung von Weisungen

²¹⁹ Hommelhoff (Fn. 110), 218.

²²⁰ Vgl. *Ebd.*

²²¹ Vgl. Erwägungsgrund 7 des SUP-Richtlinienentwurfs (Fn. 1).

²²² Hommelhoff/Teichmann (Fn. 4), 185.

²²³ *Ebd.*

Für einen Tochtergeschäftsführer ist es insbesondere von grundlegender Bedeutung, ob er allein dem Interesse der Gesellschaft verpflichtet ist oder aber auch Weisungen des Alleingeschafters befolgen muss, die ausschließlich dem Gruppeninteresse dienen. Wie bereits dargelegt, finden sich in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen hierzu divergierende Auffassungen.²²⁴ In einem international operierenden Konzern ist es mithin vonnöten, europaweit einheitlich festzulegen, dass alle Tochtergeschäftsführer auch dem Gruppeninteresse verpflichtet sind. Um den Geschäftsführern einen *safe harbour* zu gewähren, bietet es sich an, die Anerkennung des Gruppeninteresses im Rahmen der Geschäftsleiterpflichten vorzunehmen.²²⁵ Die Unterordnung des Tochtereigeninteresses unter das Gruppeninteresse würde so bereits keine Pflichtverletzung darstellen. Auch aus Sicht der Konzernmutter besteht ein Bedürfnis für die Anerkennung des Konzerninteresses auf europäischer Ebene. Erst eine solche Legitimation kann ihr eine effektive Konzernleitung ermöglichen und Rechtsberatungskosten ersparen, die andernfalls aufgewendet werden müssen, um die jeweilige nationale Rechtsordnung daraufhin zu analysieren, ob sie eine Berücksichtigung des Gruppeninteresses ermöglicht.²²⁶

a) Anerkennung des Gruppeninteresses (zunächst) nur bei Einpersonengesellschaften

Fraglich ist jedoch, ob die SUP-Richtlinie der adäquate Ort für eine Anerkennung des Gruppeninteresses auf europäischer Ebene ist. Einerseits wären die Verhandlungen, die sich auch bei dem Erfordernis nur einer qualifizierten Mehrheit als schwierig erweisen dürften,²²⁷ mit einem neuen Regelungskomplex belastet. Dies würde für einen separaten Rechtsakt sprechen. Andererseits hat die Kommission in ihrem *Action Plan 2012* ohnehin eine Anerkennung des Gruppeninteresses für 2014 angekündigt.²²⁸ Zudem wäre die SUP als Konzernbaustein ohne die Legitimation des Gruppeninteresses auf europäischer Ebene aufgrund des Verweises auf nationales Recht in Art. 23 Abs. 2 SUP-RL weitgehend wertlos.²²⁹ Insbesondere weil die SUP nach ihrem regulatorischen Leitbild auch, wenn nicht gar primär, als Konzernbaustein fungieren soll, muss der

²²⁴ Siehe hierzu oben Abschnitt **IV. 2. a)** sowie *Teichmann* (Fn. 143), 191.

²²⁵ Vgl. Bericht der Reflection Group (Fn. 81), 60; vgl. hierzu auch *Drygala* (Fn. 140), 203.

²²⁶ Vgl. Bericht der Reflection Group (Fn. 81), 61.

²²⁷ Vgl. *Bayer/Schmidt*, BB-Gesetzgebungs- und Rechtsprechungsreport Europäisches Unternehmensrecht 2013/14, BB 2014, 1219 (1223); *Hommelhoff* (Fn. 110), 211, 213, 219 f.

²²⁸ COM(2012) 740 final v. 12.12.2012 (Fn. 79), 17.

²²⁹ Siehe dazu oben Abschnitt **III. 3. b) ff)**.

Unionsgesetzgeber die Frage nach der Anerkennung des Gruppeninteresses auf europäischer Ebene daher nun zwingend beantworten.²³⁰

Zu berücksichtigen ist jedoch, dass die Legitimation des Konzerninteresses bei einer Regelung in der Richtlinie auf Einpersonengesellschaften begrenzt wäre. Zwar wäre eine Normierung vorzugswürdig, die sich auch auf Mehrpersonengesellschaften erstrecken lässt. Eine Beschränkung zunächst auf Gesellschaften im Alleinbesitz würde indes das Bedürfnis der Konzerne nach einer europaweit einheitlichen Leitung der Tochtergesellschaften bereits befriedigen. Zudem müssten keinerlei Regelungen zu dem in den Mitgliedstaaten sehr unterschiedlich ausgeformten Minderheitenschutz getroffen werden. Eine Einigung auf europäischer Ebene wäre dadurch leichter erzielbar.²³¹ Ist die Anerkennung des Gruppeninteresses im Rahmen von Einpersonengesellschaften erst legitimiert, könnte dies im Folgenden zudem als Ausgangspunkt für weitere Arbeiten an einer Erstreckung auch auf Mehrpersonengesellschaften dienen. Im Ergebnis erscheint die SUP-RL somit als adäquate Gelegenheit, das Gruppeninteresse auf europäischer Ebene anzuerkennen und dadurch zugleich das Versprechen aus dem *Action Plan 2012* zu erfüllen.²³²

b) Gestaltungsvorschläge

Zu beantworten bleibt die Frage, wie eine solche Anerkennung des Gruppeninteresses normativ ausgestaltet sein könnte.

aa) Rozenblum-Doktrin

Eine Gestaltungsmöglichkeit böte, wie bereits vom *Forum Europaeum Konzernrecht*²³³ und der *High Level Group* angeregt,²³⁴ die Kodifikation der französischen *Rozenblum-Doktrin* des Cour de Cassation.²³⁵ Diese Formel besagt, dass eine Prävalenz des Gruppeninteresses möglich ist, wenn folgende vier Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind:

- Die Maßnahme muss dem gemeinsamen Konzerninteresse einer strukturell verfestigten Gruppe dienen,
- das auf der Grundlage einer kohärenten Konzernpolitik zu bewerten ist.
- Sie muss ein ausgewogenes Verhältnis von Vor- und Nachteilen zwischen den Gesellschaften beachten und

²³⁰ Vgl. zur SPE bereits: *Hommelhoff/Teichmann* (Fn. 4), 183 f.

²³¹ Vgl. *Conac* (Fn. 145), 215 ff.

²³² Ebenso *Drygala* (Fn. 117), 495.

²³³ *Forum Europaeum Konzernrecht* (Fn. 141), 704 ff.

²³⁴ Vgl. Bericht der High Level Group (Fn. 142), 105 f.

²³⁵ Cass. Crim. v. 4.2.1985, JCP 1986, II, No 20585.

- darf die Leistungsfähigkeit der betroffenen Gesellschaft nicht übersteigen.²³⁶

In diesem durch die *Rozenblum*-Doktrin vorgenommenen Ausgleich verliert das Tochtereigeninteresse zwar einerseits seine absolute Integrität, ohne jedoch andererseits dem Gruppeninteresse vollständig aufgeopfert zu werden.²³⁷

bb) Kritik

Für eine Normierung der *Rozenblum*-Formel spricht, dass diese in unterschiedlichen Ausprägungen bereits in einigen Mitgliedstaaten wie beispielsweise in Italien (*teoria dei vantaggi compensative*, Article 2497 Codice Civile) anerkannt ist.²³⁸ Ein Konsens der Mitgliedstaaten scheint daher möglich. Ein weiterer Vorteil könnte darin bestehen, dass Ausgangspunkt der Doktrin die Gruppe als Ganze und nicht die einzelne Gesellschaft ist. Eine solche Bewertung vermeidet eine isolierte und verkürzte Betrachtung der Konzernstruktur und könnte der wirtschaftlichen Realität mithin besser gerecht werden als ein auf den Einzelausgleich ausgerichtetes Konzept wie in §§ 311 ff. AktG.²³⁹ Gegen eine Kodifizierung der *Rozenblum*-Doktrin spricht indes, dass diese aufgrund einer Vielzahl unbestimmter Rechtsbegriffe den Tochtergeschäftsführern nicht die erforderliche Rechtssicherheit zu bieten vermag.²⁴⁰ Ferner ist zu berücksichtigen, dass die Formel wegen ihrer Komplexität²⁴¹ zu erheblichen praktischen Anwendungsschwierigkeiten gerade für KMU führen würde. Intention des SUP-Richtlinienentwurfs ist es jedoch, zu Vereinfachungen und Flexibilität beizutragen.²⁴² Müsste der Geschäftsführer vor jedem Handeln die vier kumulativ erforderlichen Voraussetzungen der *Rozenblum*-Doktrin prüfen, würde dies zu einer Beschränkung und Behinderung seiner unternehmerischen Tätigkeit führen. Ein schnelles, flexibles Handeln wäre ihm nicht mehr möglich. Die *Rozenblum*-Formel ist aufgrund ihrer Komplexität somit jedenfalls aus der Perspektive der KMU keine adäquate Möglichkeit zur Legitimation des Gruppeninteresses auf europäischer Ebene.

²³⁶ Teichmann (Fn. 143), 193.

²³⁷ *Forum Europaeum Konzernrecht* (Fn. 141), 704.

²³⁸ Vgl. Bericht der Reflection Group (Fn. 81), 62.

²³⁹ *Forum Europaeum Konzernrecht* (Fn. 141), 708 ff.; a.A. Habersack, *Europäisches Gesellschaftsrecht im Wandel – Bemerkungen zum Aktionsplan der EG-Kommission betreffend die Modernisierung des Gesellschaftsrechts und die Verbesserung der Corporate Governance in der Europäischen Union*, NZG 2004, 1 (8).

²⁴⁰ Vgl. Conac (Fn. 145), 218; Teichmann (Fn. 143), 195.

²⁴¹ Vgl. hierzu Tholen (Fn. 31), 223.

²⁴² Vgl. SUP-Richtlinienentwurf (Fn. 1), 2.

cc) *Business judgement rule*

Eine andere Gestaltungsvariante wäre die Normierung einer *business judgement rule*, die dem Geschäftsführer ein unternehmerisches Ermessen eröffnet, innerhalb dessen es ihm ermöglicht wird, das Gruppeninteresse miteinzubeziehen. Das Konzerninteresse wäre hierbei nicht die alleinige Leitungsmaxime, sondern ein berücksichtigungsfähiger Aspekt unter vielen.²⁴³

dd) Kritik

Für die Etablierung einer *business judgement rule* spricht, dass sich die Voraussetzungen, nach denen sich die Grenze zwischen dem zwingend zu beachtenden Eigeninteresse und dem zulässigerweise einzubeziehenden Konzerninteresse bestimmt, nicht abstrakt-generell bezeichnen lassen.²⁴⁴ Inwiefern eine Prävalenz des Gruppeninteresses möglich ist, ist vielmehr eine einzelfallabhängige unternehmerische Entscheidung.²⁴⁵ Ferner ist die *business judgement rule* in ihren Grundzügen den meisten Rechtsordnungen vertraut, was eine Einigung der Mitgliedstaaten auf europäischer Ebene erleichtern dürfte.²⁴⁶

Gegen die Normierung einer *business judgement rule* lässt sich jedoch einwenden, dass der Geschäftsführer der Regelung aus Gründen der Rechtssicherheit und Konzern-weiten Einheitlichkeit klar entnehmen können muss, unter welchen Voraussetzungen er das Gruppeninteresse berücksichtigen darf. Eine Generalklausel könnte hingegen wiederum zu einer divergierenden Auslegung durch die nationalen Gerichte führen. Zwar bestehen zwischen den einzelnen Rechtsordnungen hinsichtlich der Grundwertungen keine fundamentalen Unterschiede. Zu beachten ist indes, dass viele Mitgliedstaaten eine Unterordnung des Tochterinteresses unter das Konzerninteresse bislang noch vollständig ablehnen. Es bestünde folglich die Gefahr, dass die dortigen Gerichte zu einer viel restriktiveren Auslegung der Generalklausel gelangen würden als die Gerichte der Staaten, die das Gruppeninteresse bereits anerkannt haben. Die Divergenzen zwischen dem *stakeholder*- und dem *shareholder*-Ansatz²⁴⁷ bei der Bestimmung des Gesellschaftsinteresses selbst würden diese Rechtsunsicherheiten und Auslegungsdifferenzen noch weiter verstärken. Ziel einer konzernrechtlichen Regelung ist es jedoch, den Gesellschaftsorganen einen *safe harbour* bei ihren Ent-

²⁴³ Drygala (Fn. 140), 203.

²⁴⁴ Teichmann (Fn. 143), 196.

²⁴⁵ Ebd.

²⁴⁶ Vgl. ebd.

²⁴⁷ Siehe hierzu oben Abschnitt IV. 2. a), 5. f).

scheidungen zu gewähren.²⁴⁸ Diese Sicherheit lässt sich mit der Wertungs Offenheit und Konturlosigkeit einer *business judgement rule* indes nicht erreichen.

ee) Simplifizierte Rozenblum-Formel, EMCA-Vorschlag

Im Ergebnis ist die *Rozenblum*-Formel für KMU daher einerseits zu komplex. Andererseits ist die Möglichkeit einer Unterordnung des Tochtereigeninteresses zwar eine einzelfallabhängige unternehmerische Entscheidung, deren einzig klare Grenze bei einer Existenzgefährdung der Tochtergesellschaft überschritten sein dürfte.²⁴⁹ Eine *business judgement rule* lässt jedoch zu weiten Raum für divergierende nationale Auslegungen. Keine der beiden Gestaltungsmöglichkeiten erscheint somit vorzugswürdig.

Eine adäquate Lösung könnte indessen der Vorschlag der Arbeitsgruppe des Projekts *European Model Company Act* (EMCA)²⁵⁰ darstellen. Diese internationale Forschergruppe hat es sich zum Ziel gesetzt, ein Modellkapitalgesellschaftsgesetz zu entwerfen, das als Vorbild für die nationale Gesetzgebung der Mitgliedsstaaten dienen soll. In dem bereits veröffentlichten Kapitel 16 (Der Konzern) wird eine vereinfachte *Rozenblum*-Formel empfohlen, bei der eine Entscheidung des Tochtergeschäftsführers dann keine Pflichtverletzung darstellt, wenn

- die Entscheidung im Sinne des Gruppeninteresses getroffen wurde und
- der dadurch erlittene Nachteil nicht zu einer Existenzgefährdung der Tochter führt.²⁵¹

Die Pflicht zur Prüfung, ob die erlittenen Nachteile in angemessener Zeit von der Konzernmutter ausgeglichen werden können, würde dem Geschäftsführer einer hundertprozentigen Tochtergesellschaft folglich nicht auferlegt. Eine solche Normierung würde somit zum einen die Komplexität der *Rozenblum*-Formel vermeiden und zum anderen den Tochtergeschäftsführer nicht in einer vergleichbaren Rechtsunsicherheit wie eine *business judgement rule* belassen. Zugleich bietet dieser Ansatz weniger Einfallstore für eine divergierende Auslegung durch die nationalen Gerichte und entspricht mithin besser dem Leitgedanken der konzernindividuellen Einheitlichkeit. Zwar kann auch der Entwurf der EMCA-Gruppe keine absolute Rechtssicherheit in dem Sinne gewährleis-

²⁴⁸ Siehe hierzu oben Abschnitt IV. 3.

²⁴⁹ *Teichmann* (Fn. 143), 196.

²⁵⁰ Vgl. zum Projekt die Webseite der Arbeitsgruppe:

<http://law.au.dk/en/research/projects/european-model-company-act-emca/> (zuletzt aufgerufen am 20.4.2015).

²⁵¹ Vgl. Chapter 16, sec. 16 EMCA, abrufbar unter:

http://law.au.dk/fileadmin/Jura/dokumenter/CHAPTER_16_GROUPS_OF_COMPANIES.pdf (zuletzt aufgerufen am 20.4.2015).

ten, dass die nationalen Gerichte stets zu einem übereinstimmenden Ergebnis gelangen; ist doch gerade der unbestimmte Rechtsbegriff des Gruppeninteresses auslegungs- und konkretisierungsbedürftig. Ein solches Maß an Rechtssicherheit ist jedoch im Bereich der Konzernleitung, die sehr vielfältig und unterschiedlich ausgestaltet sein kann, ohnehin nicht zu erzielen. Der Entwurf der EMCA-Gruppe stellt im Ergebnis somit eine adäquate Möglichkeit zur Anerkennung des Gruppeninteresses auch auf europäischer Ebene dar und vermag der Geschäftsleitung einer SUP einen *safe harbour* bei der Berücksichtigung des Gruppeninteresses zu gewähren.

Ergänzt werden könnte der Vorschlag allerdings noch um die Obliegenheit des Geschäftsführers, die Entscheidung nur auf Grundlage hinreichender Informationen zu treffen. Zwar beinhaltet auch diese Ergänzung einen unbestimmten, auslegungsbedürftigen Rechtsbegriff. Der Geschäftsführer hat es an dieser Stelle indessen selbst in der Hand, sich gegen künftige Rechtsstreitigkeiten zu sichern, indem er seine Entscheidungen sorgfältig dokumentiert.²⁵²

7. Gewährleistung der Einheitlichkeit durch vorgegebenes Auslegungsprogramm

Das Ziel, durch Rechtsvereinheitlichung Rechtssicherheit zu bewirken, kann jedoch nicht allein durch die Vereinbarung gleichlautender Normen verwirklicht werden.²⁵³ Auch bei der Kodifikation eines Pflichtenkanons wird mit unbestimmten Rechtsbegriffen und einzelnen Generalklauseln gearbeitet werden müssen, um der Vielfalt der Lebenssachverhalte gebührend Rechnung zu tragen. Somit besteht auch hier die Gefahr, dass die einzelnen Pflichten durch nationale Gerichte in divergierender Weise ausgelegt werden könnten. Einer solchen Tendenz wird man demzufolge zusätzlich mit Verfahrensbestimmungen begegnen müssen, die auf eine Angleichung der Rechtsprechung in den Mitgliedstaaten angelegt ist.²⁵⁴ Zielführend könnte hier ein in der Richtlinie vorgegebenes, vierstufiges Auslegungsprogramm sein:²⁵⁵

- Zunächst sollte die jeweilige Norm aus den Leitgedanken der SUP-Richtlinie heraus unter besonderer Berücksichtigung der Erwägungsgründe ausgelegt werden.

²⁵² Vgl. *Teichmann* (Fn. 143), 196.

²⁵³ *Ebricke* (Fn. 9), 75; *Helms* (Fn. 7), 162.

²⁵⁴ Vgl. *Hommelhoff* (Fn. 110), 218.

²⁵⁵ Angelehnt an *Helms* (Fn. 7), 171 ff.; *Hommelhoff* (Fn. 56), 2108.

- Sodann sollten allgemeine Grundsätze des Europäischen Gesellschaftsrechts heranzuziehen sein, sofern sich solche bei dem gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts bereits feststellen lassen.²⁵⁶
- Kann die Auslegungsfrage nach diesem Vorgehen noch immer nicht gelöst werden, so sollte dem Interpreten auf einer nächsten Stufe aufgegeben werden, die Regelungen der einzelnen mitgliedstaatlichen Gesellschaftsrechte rechtsvergleichend heranzuziehen.
- Erst auf der letzten Ebene wären die Gerichte schließlich angehalten, auf das nationale Recht am Registersitz der SUP zurückzugreifen.

Diese verbindliche Vorgehensweise würde eine europaweit einheitliche Auslegung zumindest fördern und die Einheitlichkeit des auf alle Tochtergeschäftsführer anwendbaren Pflichtenkanons weiter zu verwirklichen helfen.

V. Fazit und Ausblick

Die Einigung Europas mit den bisherigen Methoden gleicht dem Versuch, ein Omelett zu backen, ohne die Eier zu zerschlagen.

Paul Lacroix

Insbesondere aufgrund der fehlenden Normierung der Organpflichten der Tochtergeschäftsführer und des weitgehenden Verweises auf nationales Recht vermag der Richtlinienvorschlag im Ergebnis den zentralen Leitgedanken der konzernindividuellen Einheitlichkeit²⁵⁷ nicht zu verwirklichen. Ohne einen europaweit einheitlichen Pflichtenkanon stellt der Entwurf in den Worten Lacroix' vielmehr den Versuch dar, ein Omelett zu backen, ohne Eier zu zerschlagen. Ein flexibel und rechtssicher einheitlich einsetzbarer Konzernbaustein kann so nicht geschaffen werden. Die SUP ist in ihrer derzeitigen Konzeption vielmehr als „Dampfer mit 28 verschiedenen Farbanstrichen“²⁵⁸ zu qualifizieren und vermag somit die Tätigkeit von Unternehmensgruppen nicht zu erleichtern.

Dadurch, dass sich hinter der einheitlichen Bezeichnung in Wahrheit 28 verschiedene Gesellschaften mit höchst unterschiedlicher Prägung verbergen, verleiht die SUP in ihrer derzeitigen Ausformung den Unternehmen auch kein europäisches Label, das Seriosität und ein identitätsstiftendes Gemeinschaftssymbol verkörpert und somit zur Überwindung bestehender psychologischer

²⁵⁶ Vgl. zur Problematik oben Abschnitt IV. 5. f).

²⁵⁷ Vgl. zur SPE: Hommelhoff, Zum Formwechsel bei der Europäischen Privatgesellschaft (SPE), in: FS Loewenheim, 2009, 591 (592); ders. (Fn. 179), 269; ders. (Fn. 121), 257; ders./Teichmann, Der SPE-Formwechsel nach dem schwedischen Kompromissvorschlag, in: FS Hopt I, 2010, 849 (850).

²⁵⁸ Vgl. zur SPE: Helms (Fn. 5), 373; Hommelhoff/Helms (Fn. 5), 55.

Handelshemmnisse beitragen kann. Aufgrund des „Etikettenschwindels“²⁵⁹ ist es dem Rechtsverkehr unmöglich zu erkennen, welchem nationalen Recht die jeweilige SUP unterliegt. Der Entwurf ist somit entgegen seiner Intention, mangelndes Vertrauen im Wirtschaftsverkehr zu überwinden,²⁶⁰ vielmehr dazu geeignet, bestehendes Misstrauen noch weiter zu verstärken.

Zudem würde die SUP durch den weitreichenden Verweis auf nationales Recht und das fehlende Erfordernis eines grenzüberschreitenden Elements insbesondere hinsichtlich der fehlenden Thesaurierungspflicht (vgl. Art. 16 Abs. 4 S. 1 SUP-RL gegenüber § 5a Abs. 3 GmbHG)²⁶¹ in unmittelbare Konkurrenz zu nationalen Rechtsformen treten.²⁶² Folglich ist zu befürchten, dass beispielsweise der deutsche Gesetzgeber einen Dualismus zwischen GmbH und SUP auf Dauer nicht durchzuhalten vermag.²⁶³ Die Reichweite, die einer Harmonisierung der Einpersonengesellschaft mbH in Deutschland zukommen würde, lässt sich bereits daran erkennen, dass derzeit ca. 60 % aller deutschen GmbH als Kapitalgesellschaften im Alleinbesitz organisiert sind²⁶⁴ und somit von einer Unitarisierung betroffen wären. Die Richtlinie hätte demzufolge das Potential eines „trojanischen Pferdes“.²⁶⁵

Eine Harmonisierung zugunsten von Einzelunternehmen ist indes nicht erforderlich, weil die Mitgliedstaaten sich selbst in den letzten Jahren erfolgreich bemüht haben, ihr Recht der Privatgesellschaft an die besonderen Belange kleiner und mittlerer Unternehmen anzupassen.²⁶⁶ Beispielhaft sei an dieser Stelle Griechenland genannt, das zur Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit des Landes die neue Rechtsform *Ιδιωτική Κεφαλαιουχική Εταιρία* (Idiotiki Kefalaïouchiki Etairia, dt.: Privatkapitalgesellschaft) etablierte, die auf jegliches Mindestkapital verzichtet und hinsichtlich etwaiger Auslandstätigkeiten eine englische Firmierung als „Private Company“ (P.C.) ermöglicht.²⁶⁷ Eine Harmonisie-

²⁵⁹ *Wicke* (Fn. 56), 1417.

²⁶⁰ Vgl. SUP-Richtlinienvorschlag (Fn. 1), 2.

²⁶¹ Vgl. die gesetzliche Rücklagenbildung in anderen Rechtsordnungen: in der italienischen s.r.l., u.a. gem. Art. 2478 i.V.m. Art. 2430 c.c. und in der französischen SAS gem. Art. L. 232-10 C.com.

²⁶² Vgl. *Drygala* (Fn. 117), 496; zur SPE bereits: *Hommelhoff/Teichmann* (Fn. 100), 344.

²⁶³ Vgl. *Beurskens* (Fn. 85), 747; *Bayer/Schmidt* (Fn. 227), 1223.

²⁶⁴ Vgl. *Bayer/Hoffmann*, *Gesellschafterstrukturen deutscher GmbH*, GmbHR 2014, 12 (13).

²⁶⁵ Vgl. *Beurskens* (Fn. 85), 747.

²⁶⁶ *Hommelhoff* (Fn. 110), 220.

²⁶⁷ Vgl. hierzu *Tzakas*, *Die neue griechische Gesellschaftsform für KMUs – Alternative Ausformungen von Stammeinlagen als Ersatz für das fehlende Kapital –*, GmbHR 2014, 243 ff.; auch zahlreiche andere Mitgliedstaaten haben ihr Kapitalgesellschaftsrecht modernisiert, bspw. Deutschland mit Einführung der UG durch das MoMiG 2008; die

nung durch die SUP-RL würde einen starken Eingriff in die nationalen Rechtsordnungen bedeuten und den kreativen Wettbewerb der Gesetzgeber²⁶⁸ weitgehend unterbinden. Die SUP in ihrer derzeitigen Prägung stellt demzufolge keine systemkonforme Ergänzung im Wettbewerb der Rechtsordnungen dar. Angesichts der Tatsache, dass im Ergebnis weder ein Bedürfnis nach einer Unitarisierung der nationalen Rechtsformen besteht, noch das Bedürfnis der KMU nach einem europaweit einheitlich einsetzbaren Konzernbaustein erfüllt wird, ist zweifelhaft, inwiefern der Richtlinienentwurf mit dem primärrechtlich in Art. 5 Abs. 3 EUV verankerten Subsidiaritätsprinzip zu vereinbaren ist.²⁶⁹

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob es nicht vorzugswürdig wäre, anstelle der SUP das Projekt der SPE wiederzubeleben. Das nationale Recht würde so in all seiner gewachsenen Vielfalt belassen.²⁷⁰ Stattdessen würde für Binnenmarkt-weite Aktivitäten auf der Ebene des Unionsrechts eine weitere supranationale Rechtsform zur Verfügung gestellt.²⁷¹ Dies wäre ein weitaus weniger invasiver Weg, um den KMU die Gründung und Leitung von grenzüberschreitenden Konzernen zu ermöglichen.²⁷² Bezeichnenderweise erachtet auch die *Reflection Group* selbst, auf deren Anregung doch das SUP-Projekt zurückzuführen ist, die SUP lediglich als „zweitbeste Lösung“ hinter der SPE.²⁷³ Auch die große Koalition hat angekündigt, sich in Brüssel künftig wieder für die SPE einzusetzen.²⁷⁴ Zu hoffen bleibt, dass der europäische Gesetzgeber dann endlich Eier zerschlägt und den KMU das Omelett serviert, auf das sie bereits seit Jahrzehnten warten: Einen europaweit einheitlich und flexibel einsetzbaren Konzernbaustein.

Niederlande durch Schaffung der flex bv sowie Ungarn durch Einführung einer „kleinen“ kft; vgl. hierzu *Hommelhoff/Teichmann* (Fn. 4), 182.

²⁶⁸ *Teichmann* (Fn. 13), 169.

²⁶⁹ Vgl. *Hommelhoff* (Fn. 110), 220.

²⁷⁰ *Ebd.*, 221.

²⁷¹ *Ebd.*

²⁷² Vgl. *Dreber* (Fn. 118), 972; *Hommelhoff* (Fn. 110), 221.

²⁷³ *Reflection Group*, Response to the European Commission's Action Plan on Company Law and Corporate Governance, ECFR 2013, 304 (321); vgl. auch *Verse/Wirsch*, Die Entwicklung des europäischen Gesellschaftsrechts im Jahr 2013, *EuZW* 2014, 375 (381).

²⁷⁴ Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD v. 27.11.2013, 19; abrufbar unter: <https://www.cdu.de/sites/default/files/media/dokumente/koalitionsvertrag.pdf> (zuletzt aufgerufen am 20.4.2015).

Christoph Groß*

§ 357 StGB – eine Darstellung des Tatbestandes und eine Untersuchung über dessen kriminalpolitische Notwendigkeit und mögliche Gesetzesänderungen

Abstract

Die folgende Arbeit setzt sich mit dem wenig bekannten § 357 StGB auseinander. Aufgrund dieser Norm wird ein (Amts-)Vorgesetzter oder ein Aufsichtsbeamter (Abs. 2), der einen Untergebenen zu einer rechtswidrigen Tat im Amt verleitet oder zu verleiten unternimmt oder eine solche Tat geschehen lässt, immer als Täter dieser Tat bestraft. Die Vorschrift soll dabei der besonderen Verantwortlichkeit des Vorgesetzten Rechnung tragen.

Zunächst wird auf den Tatbestand sowie auf Schwierigkeiten bei der Auslegung seines Wortlauts eingegangen. Es folgt eine kriminalpolitische Begutachtung, bei der insbesondere versucht wird, die niedrigen Fallzahlen zu erklären. Zudem wird die Frage erörtert, ob der Tatbestand überhaupt noch aktuell und notwendig ist. Dies wird nach einer ausführlichen Diskussion schließlich bejaht. Abschließend werden mögliche Gesetzesänderungen diskutiert.

* Der Verfasser ist Student der Rechtswissenschaft an der Universität Heidelberg. Er befindet sich zur Zeit im 10. Semester. Dieser Aufsatz basiert auf einer Studienarbeit im Rahmen eines kriminologischen Seminars zum Thema „Korruption“ bei Prof. *Dr. Dieter Dölling* im Wintersemester 2014/2015.

I. Einleitung

Das Urteil im Fall *Daschner* war die letzte relevante und in der juristischen Fachliteratur diskutierte Entscheidung, bei der es zu einer Verurteilung wegen Verleitung eines Untergebenen zu einer Straftat gem. § 357 Abs. 1 StGB (hier in Verbindung mit § 240 Abs. 1 StGB) kam.¹ Das Urteil des *LG Frankfurt am Main* aus dem Jahr 2004 ist sicherlich nicht wegen der Anwendung des § 357 StGB oder der Lösung eines darin enthaltenen juristischen Problems berühmt geworden, sondern wegen der Frage, ob man in Ausnahmefällen die Androhung von Folter einsetzen darf, um ein Menschenleben zu retten. Dennoch ist es als eine der ansonsten kaum vorhandenen Rechtsprechungsquellen in der einschlägigen Kommentarliteratur zu § 357 StGB wenigstens aufgeführt.²

Bereits dies zeigt recht eindrucksvoll, wie wenig praxisrelevant § 357 StGB ist. Auch die in der Strafverfolgungsstatistik als verschwindend gering ausgewiesenen Verurteilungszahlen bestärken dies.³ Im Folgenden soll zunächst der Tatbestand des § 357 StGB genauer dargestellt, im Anschluss daran dieser aus kriminalpolitischer Sicht, insbesondere hinsichtlich seiner Notwendigkeit, betrachtet und sich anbietende Gesetzesänderungen erörtert werden.

II. Darstellung des § 357 StGB

1. Allgemeines

Aufgrund des § 357 StGB wird der (Amts-)Vorgesetzte (Abs. 1) oder der Aufsichtsbeamte (Abs. 2), der einen Untergebenen zu einer rechtswidrigen Tat im Amt verleitet oder zu verleiten unternimmt oder eine solche Tat geschehen lässt (sog. Konnivenz⁴), immer als Täter dieser Tat bestraft.

Dies gilt auch dann, wenn dieser die für eine Täterschaft erforderliche Qualifikation nicht aufweist oder sein Verhalten nicht einmal als strafbare Teilnahme

¹ *LG Frankfurt a.M.: Androhung unmittelbaren Zwangs bei polizeilicher Vernehmung – Fall Daschner*, NJW 2005, 692 (693).

² Vgl. *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder, 29. Aufl. 2014, § 357 Rn. 1; *Schmitz*, in: MüKo-StGB V, 2. Aufl. 2014, § 357 Rn. 8.

³ Zu dieser Einschätzung kommt nahezu das gesamte Schrifttum, vgl. nur *Heine/Weißer* (Fn. 2), § 357 Rn. 1; *Schmitz* (Fn. 2), § 357 Rn. 8; *Kuhlen*, in: NK-StGB II, § 357 Rn. 2; für genaue Zahlen s. u. Abschnitt **III. 2.**

⁴ Aus dem Lateinischen: *conivere* - Nachsicht üben, ein Versehen oder Vergehen ungerügt lassen. Im Übrigen beschreibt dieser Ausdruck schon nach seiner Übersetzung und auch nach der Entstehungsgeschichte der Norm nur diese Variante des § 357 StGB und nicht den Gesamttatbestand, vgl. *Andrews*, Verleitung und Geschehenlassen i.S. des § 357 StGB; 1. Aufl. 1996, 91 f.

nach §§ 26, 27, 30 StGB zu werten ist.⁵

Die Norm beruht auf dem Grundgedanken, dass vorgesetzte oder beaufsichtigende Amtsträger die volle Verantwortung dafür tragen, dass in ihrem Dienstbereich keine rechtswidrigen Taten durch ihre Untergebenen begangen werden.⁶

2. Entstehungsgeschichte

Seinen historischen Ursprung findet § 357 StGB in den Vorschriften des Allgemeinen Preußischen Landrechts von 1794.⁷ Dieses sah in Abschnitt II 20 § 68 zunächst eine allgemeine Strafschärfung für Vorgesetzte und „Respektpersonen“ vor, die sich eines anderen zur Ausführung einer Straftat bedienten. Ebenfalls in Abschnitt II 20 befanden sich zudem noch die speziellen Vorschriften des § 342, der für den Vorgesetzten, der einen Untergebenen zu einer Straftat im Dienst verleitete, eine Strafschärfung bis zur Verdoppelung der Strafe des Untergebenen androhte, und des § 346, der die Bestrafung des Vorgesetzten gleich dem Untergebenen anordnete, wenn er dessen Tat geduldet hatte.⁸ Das preußische StGB fasste 1851 diese Normen in § 330 mit der Erweiterung auf die versuchte Verleitung zusammen, wobei allerdings die Schärfung der Strafe für den Vorgesetzten entfiel.⁹

Es entstand ein dem heutigen § 357 StGB ähnlicher Tatbestand, der mit minimalen Änderungen ins RStGB aufgenommen wurde und im Wesentlichen in dieser Form bis heute erhalten geblieben ist.¹⁰ Nachdem eine mit dem Fehlen des kriminalpolitischen Bedürfnisses begründete Gesetzesinitiative zur Streichung des Tatbestandes aus dem Jahr 1962¹¹ erfolglos blieb, wurde § 357 StGB mit dem EGStGB von 1974¹² unter einer Anpassung an den Sprachgebrauch, aber ohne inhaltliche Änderungen übernommen.¹³

⁵ Rogall, in: SK-StGB VI, 8. Aufl. 2013, § 357 Rn. 1.

⁶ Rogall (Fn. 5), § 357 Rn. 1; Lackner/Kühl-StGB, 28. Aufl. 2014; § 357 Rn. 1, Will, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für die Verletzung von Aufsichtspflichten – eine Darstellung gesetzlicher Einzelregelungen und Überlegungen zur übergreifenden strafrechtlichen Erfassung, 1. Aufl. 1998, 45.

⁷ Will (Fn. 6), 44; Schmitz (Fn. 2), § 357 Rn. 6.

⁸ Kublen (Fn. 3), § 357 Rn. 1.

⁹ Ebd., Rn. 1.

¹⁰ Kublen (Fn. 3), § 357 Rn. 1; Will (Fn. 6), 44.

¹¹ BT-Drucks. IV/650, 648.

¹² BT-Drucks. 7/550, 288.

¹³ Will (Fn. 6); 45; Schmitz (Fn. 2), § 357 Rn. 8.

3. Schutzgut

Das Schutzgut des § 357 StGB ist bis heute umstritten. Die herrschende Meinung geht von einem doppelten Rechtsgüterschutz aus.¹⁴ Zunächst soll § 357 StGB die wirksame Kontrolle Untergebener durch vorgesetzte Amtsträger gewährleisten und das Vertrauen der Allgemeinheit in die Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandeln schützen, indem er die Strafbarkeit des Vorgesetzten wegen dessen besonderer Verpflichtung, rechtswidrige Taten in seinem Dienstbereich zu verhindern, schärft.¹⁵ Daneben soll § 357 StGB, wie bei allen anderen Formen der Teilnahme, auch diejenigen Rechtsgüter bewahren, die durch die jeweilige Haupttat beeinträchtigt werden.¹⁶

Demgegenüber will ein Teil der Literatur den Schutzzweck des § 357 StGB nur auf den überindividuellen Aspekt des Vertrauensschutzes reduzieren, wobei aber größtenteils auf eine Begründung verzichtet wird.¹⁷ Manche Autoren führen immerhin an, dass § 357 StGB lediglich die rein innenrechtliche Pflichtwidrigkeit des Vorgesetzten betreffe, aber gerade nichts über das Unrecht im Außenverhältnis aussage, sodass die durch die Haupttat angegriffenen Rechtsgüter keine Rolle spielen könnten.¹⁸ Überzeugend ist diese Restriktion jedoch nicht.

Zunächst einmal dürfte es durchaus Schwierigkeiten bereiten, ein bloßes „Vertrauen“ als Rechtsgut im Rahmen einer Straftat zu schützen und einen ganzen Straftatbestand mit einer erheblichen Strafdrohung darauf zu begründen.¹⁹ Auf dieser Überlegung gründet sich auch das entscheidende Argument gegen die Reduktion auf den Vertrauensschutz: Die Androhung der gegen den Täter geltenden Strafe kann nur gerechtfertigt sein, wenn § 357 StGB zumindest auch als besondere Form der Teilnahme an einer fremden Straftat verstanden wird.

Eine im Einzelfall so einschneidende Bestrafung nur aufgrund der Verletzung

¹⁴ Kublen (Fn. 3), § 357 Rn. 3.

¹⁵ Jeßberger in: SSW, 2. Aufl. 2014, § 357 Rn. 2; Kublen (Fn. 3), § 357 Rn. 3.

¹⁶ Gössel/Dölling, Strafrecht Besonderer Teil 1, Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte, 2. Aufl. 2004, § 80 Rn. 1; Schmitz (Fn.2), § 357 Rn. 2.

¹⁷ Otto, Grundkurs Strafrecht, Die einzelnen Delikte, 7. Aufl. 2005, § 100 Rn. 3; Jeschek in: Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch IX, 11. Aufl. 2006, § 357 Rn. 1; Will (Fn. 6), 45.

¹⁸ Hoyer, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit innerhalb von Weisungsverhältnissen, 1. Aufl. 1998, 20 f.; Lackner/Kühl (Fn. 6), § 357 Rn. 1.

¹⁹ Schmitz (Fn. 2), § 357 Rn. 2; kritisch bezüglich des Gesichtspunktes des Vertrauensschutzes zur Begründung eines strafbaren Verhaltens auch Dölling, Empfehlen sich Änderungen des Straf- und Strafprozessrechts, um der Gefahr von Korruption in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft wirksam zu begegnen? Gutachten C für den 61. Deutschen Juristentag, Verhandlungen des einundsechzigsten Deutschen Juristentages Band I (Gutachten) Teil C1, 1996, E III 1a, S. 51.

einer reinen Innenrechtswidrigkeit oder eines enttäuschten Vertrauens wäre vollständig unverhältnismäßig und dürfte daher auch nicht angeordnet werden.²⁰ Nur so kann außerdem – das im Übrigen unstrittige – Zurücktreten der §§ 26, 27, 30 StGB hinter § 357 StGB begründet werden.²¹

4. Deliktsnatur

Auch die Deliktsnatur des § 357 StGB wird unterschiedlich beurteilt. Während die herrschende Lehre insgesamt von einem echten Amtsdelikt ausgeht,²² möchte ein Teil der Literatur diesbezüglich differenzieren. Demnach soll § 357 StGB nur dann ein echtes Amtsdelikt darstellen, wenn der Tatbestand die Strafbarkeit des Amtsträgers begründet und das Verhalten des Amtsträgers nicht bereits nach den allgemeinen Teilnahmeregeln strafbar ist.²³ Ansonsten führe § 357 StGB lediglich zu einer Verschärfung der bereits vorhandenen Strafbarkeit und sei als unechtes Amtsdelikt zu behandeln.²⁴

Konsequenzen hat diese Kontroverse im Rahmen der Teilnahme eines Nichtamtsträgers an der Tat eines übergeordneten Amtsträgers. Während bei einem echten Amtsdelikt § 28 Abs. 1 StGB Anwendung findet, da dort das besondere persönliche Merkmal der Amtseigenschaft strafbegründend wirkt, gilt bei einem unechten Amtsdelikt, bei dem die Amtseigenschaft nur strafschärfend ist, § 28 Abs. 2 StGB.

Bei § 28 Abs. 1 StGB kann ein externer Dritter folglich nur Teilnehmer sein, wohingegen ein externer Dritter im Rahmen des § 28 Abs. 2 StGB aus dem „Grundtatbestand“ zu bestrafen ist.²⁵

Für eine einheitliche Behandlung als echtes Amtsdelikt und somit für eine grundsätzliche Anwendbarkeit des § 28 Abs. 1 StGB wird angeführt, dass eine Differenzierung mit § 28 Abs. 2 StGB nicht übereinstimme. Denn es würde jedenfalls bei einer Anstiftung durch den Vorgesetzten dessen Strafe nicht durch § 357 StGB geschärft, weil er bereits gemäß § 26 StGB wie ein Täter zu bestrafen wäre.²⁶ § 28 Abs. 2 StGB wäre folglich in dieser Konstellation nicht anwendbar und man solle auf eine Differenzierung grundsätzlich verzichten.²⁷ Dieses Argument mag zwar mit Blick auf die Höhe der zu erwartenden Strafe

²⁰ *Schmitz* (Fn. 2), § 357 Rn. 2; *Kuhlen* (Fn. 3), § 357 Rn. 3.

²¹ *Schmitz* (Fn. 2), § 357 Rn. 2; *Kuhlen* (Fn. 3), § 357 Rn. 3.

²² *Andreas* (Fn. 4), 139 ff., (142); *Jeschke* (Fn. 17), § 357 Rn. 1; *Otto* (Fn. 17), § 100 Rn. 4.

²³ *Schmitz* (Fn. 2), § 357 Rn. 3; *Rogall* (Fn. 5), § 357 Rn. 1.

²⁴ *Schmitz* (Fn. 2), § 357 Rn. 3; *Rogall* (Fn. 5), § 357 Rn. 1.

²⁵ *Trüg*, in: BeckOK-StGB, Ed. 23, Stand: 22.07.2013, § 331 Rn. 1.1.

²⁶ *Kuhlen* (Fn. 3), § 357 Rn. 10.

²⁷ *Ebd.*, § 357 Rn. 10.

nachvollziehbar sein, ist aber letztlich nicht überzeugend. Der Amtsträger wird bei § 357 StGB als Täter und nicht nur als Anstifter bestraft, was nach Maßgabe der dem StGB zugrundeliegenden differenzierenden Beteiligungslehre insgesamt eine schwerere Sanktion und damit eine Strafschärfung bedeutet.²⁸ Jedoch führt die differenzierende Auffassung, wie nachfolgend erläutert wird, bei der Sanktionierung zu erheblichen Problemen und Unstimmigkeiten. Sie ist deshalb im Ergebnis abzulehnen.

Der anschaulichste Fall, bei dem es zu einem kaum vertretbaren Ergebnis kommen würde und der auch nicht aufgrund von §§ 28 Abs. 1, Abs. 2, 29 StGB als unvermeidbar anzusehen wäre,²⁹ ist der, bei dem ein Nichtamtsträger einem vorgesetzten Amtsträger beim Unternehmen der Verleitung seines Untergebenen zu einer Straftat Hilfe im Sinne des § 27 StGB leistet.³⁰ Ist diese Straftat ein Verbrechen, so wären zeitgleich mit dem Unternehmen der Verleitung die Voraussetzungen des § 30 Abs. 1 StGB erfüllt, sodass nach der differenzierenden Betrachtungsweise nur ein unechtes Amtsdelikt vorläge.³¹ Da beim Gehilfen die Amtsträgereigenschaft fehlt, käme gemäß § 28 Abs. 2 StGB nur eine Strafbarkeit nach § 30 Abs. 1 i.V.m. dem jeweiligen Verbrechen, § 27 StGB in Betracht.³² Die Beihilfe zur versuchten Anstiftung ist jedoch nach der Rechtsprechung und der ganz herrschenden Lehre straflos.³³

Stellt die entsprechende Straftat dagegen nur ein Vergehen dar, so kommt § 30 StGB nicht in Betracht, sodass § 357 StGB in diesem Fall nach beiden Ansichten als echtes Amtsdelikt zu betrachten ist. Die Hilfeleistung des Ausstehenden wäre als § 357 i.V.m. dem Vergehen, § 27 StGB zu würdigen, da gem. § 28 Abs. 1 StGB eine Strafbarkeit des Teilnehmers ohne Amtseigenschaft möglich ist, wenn auch gleich seine Strafe zu mildern ist.³⁴ Die differenzierende Auffassung würde folglich dazu führen, dass die Teilnahme an der unternommenen Verleitung bei einem Vergehen strafbar, bei einem Verbrechen aber straflos wäre, was die abgestufte Bewertung der Delikte im StGB ins Gegenteil verkehren würde und daher nicht richtig sein kann.³⁵ Diese Probleme umgeht die herrschende Meinung durch ihre einheitliche Behandlung des § 357 StGB als echtes Amtsdelikt.

²⁸ *Schmitz* (Fn. 2), § 357 Rn. 3.

²⁹ So wohl: *Schmitz* (Fn. 2), § 357 Rn. 3.

³⁰ Vgl. *Andrens* (Fn. 4), 140.

³¹ *Ebd.*, S. 140.

³² Vgl. *Andrens* (Fn. 4), 140.

³³ So beispielsweise BGHSt 14, 156 f.; *Heine/Weißer* (Fn. 2), § 30 Rn. 34.

³⁴ Vgl. *Andrens* (Fn. 4), 140.

³⁵ *Ebd.*, 140.

5. Tatbestandsmerkmale

a) Tätereigenschaft

aa) Vorgesetzter im Sinne des § 357 Abs. 1 StGB

Täter des § 357 Abs. 1 StGB kann nur ein „Vorgesetzter“ sein, wobei dieser dem Wortlaut zufolge eigentlich kein Amtsträger sein muss. Jedoch gilt nach ganz herrschender und richtiger Ansicht die Amtsträgereigenschaft, die § 357 Abs. 2 StGB ausdrücklich voraussetzt, für den gesamten Tatbestand des § 357 StGB und somit auch für den Vorgesetzten, da nur dann der depriviligierenden Ratio dieser Norm Genüge getan wird, die sich aus der besonderen Intensität des Angriffs auf die Rechtsordnung begründet.³⁶

Zur Definition des Vorgesetzten ist das öffentliche Dienstrecht heranzuziehen, das zwischen dem Dienstvorgesetzten gem. § 3 Abs. 2 BBG und dem sonstigen Vorgesetzten gem. § 3 Abs. 3 BBG unterscheidet. Ein Großteil der Literatur beschränkt den Vorgesetzten auf den Dienstvorgesetzten im Sinne des § 3 Abs. 2 BBG, jedoch ohne diese Einschränkung zu begründen oder wenigstens zu erklären.³⁷ Diese Auslegungsweise des § 357 StGB ist aber ohnehin nicht besonders schlüssig, da es keinen sachlichen Grund gibt, sonstige Vorgesetzte im Sinne des § 3 Abs. 3 BBG aus § 357 StGB auszunehmen.

Vielmehr müssen nach dessen Sinn und Zweck all diejenigen als Täter des § 357 StGB in Betracht kommen, denen eine Weisungsbefugnis zusteht, was bei jedem Vorgesetzten im Sinne des Beamtenrechts gegeben ist.³⁸

bb) Amtsträger im Sinne des § 357 Abs. 2 StGB

Als Täter im Rahmen des § 357 Abs. 2 StGB kommt nur derjenige Amtsträger in Betracht, der nicht zugleich Vorgesetzter im Sinne des § 357 Abs. 1 StGB ist und dem aufgrund einer besonderen dienstlichen Anordnung die Aufsichts- und Kontrollbefugnis über die Dienstgeschäfte eines anderen Amtsträgers übertragen worden ist.³⁹

a) Rechtswidrige Tat im Amt

aa) Amtsträgereigenschaft des Untergebenen

Unstrittig, da durch den Wortlaut eindeutig festgelegt, muss der zu Beaufsichti-

³⁶ Jerouschek, Strafrechtliche Aspekte des Wissenschaftsbetrugs, GA 1999, 416 (432); Andrews (Fn. 4), 6; Rogall (Fn. 5), § 357 Rn. 7.

³⁷ Vgl. nur: Geppert, Amtsdelikte, JURA 1981, 78 (84); Heine/Weißer (Fn. 2), § 357 Rn. 2.

³⁸ Jerouschek (Fn. 36), 416 (432); Rogall (Fn. 5), § 357 Rn. 7.

³⁹ Rogall (Fn. 5), § 357 Rn. 8; Schmitz (Fn. 2), § 357 Rn. 27.

gende des § 357 Abs. 2 StGB ebenfalls ein Amtsträger im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB sein. Der herrschenden Meinung zufolge gilt dasselbe auch für den Untergebenen des § 357 Abs. 1 StGB. Dafür spricht neben dem Wortlaut („Tat im Amte“) auch die Gleichbehandlung der beiden Absätze des § 357 StGB.⁴⁰ Manche Autoren lehnen dies allerdings wenig überzeugend mit dem Argument ab, dass für die Verwirklichung des § 357 StGB die (Amts-)Pflichtverletzung als solche ausschlaggebend sein solle.⁴¹ Dagegen ist jedoch einzuwenden, dass nach der ratio legis des § 357 StGB auch der Untergebene Amtsträger sein muss, da nur dann das nötige Maß der Gefährdung des Rechtsgutes erreicht ist.⁴²

bb) Voraussetzungen der Tat

(1) Tat im Amt

§ 357 StGB setzt sowohl in Absatz 1 als auch in Absatz 2 voraus, dass der Untergebene oder zu Beaufsichtigende eine rechtswidrige Tat im Amt begeht. Bezüglich dieser Tat, die weder schuldhaft noch strafbar sein muss,⁴³ war es seit der Entscheidung des *BGH*⁴⁴ aus dem Jahr 1952 eigentlich allgemein anerkannt, dass es sich bei der Tat nicht um ein Amtsdelikt im Sinne des 30. (damals 28.) Abschnitts des StGB handeln muss, sondern jede Tat in Betracht kommt, die in Ausübung des Amtes begangen wird, da sich die Pflicht des Vorgesetzten auch darauf erstreckt, dass der Untergebene überhaupt keine Straftaten begeht.⁴⁵

Seit einem erneuten Urteil des *BGH* vom 17.7.2009⁴⁶ herrscht allerdings Unklarheit bezüglich der Auslegung dieses Tatbestandsmerkmals.

In dieser Entscheidung ging es um den Leiter der Rechtsabteilung der Berliner Straßenreinigungsbetriebe (BSR), einer Anstalt des öffentlichen Rechts, der es unterlassen hatte, einen ihm bekannten Berechnungsfehler zu korrigieren, und daraufhin wegen Beihilfe durch Unterlassen zum Betrug verurteilt wurde.⁴⁷

Da der Leiter als Amtsträger im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB zu betrachten ist, was der *BGH* für die Mitarbeiter der BSR in der Entscheidung bezüglich

⁴⁰ *Schmitz* (Fn. 2), § 357 Rn. 11; *Jefberger* (Fn. 15), § 357 Rn. 4.

⁴¹ So *Kahlen* (Fn. 3), § 357 Rn. 5; *Heine/Weißer* (Fn. 2), § 357 Rn. 3.

⁴² *Jerouschek* (Fn. 36), 416 (432); *Otto* (Fn. 17), § 100 Rn. 4.

⁴³ *Rogall* (Fn. 5), § 357 Rn. 12.

⁴⁴ BGHSt 3, 349 ff.

⁴⁵ Vgl. nur: BGHSt 3, 349 (351); *Rogall* (Fn. 5), § 357 Rn. 11.

⁴⁶ *BGH*, NJW 2009, 3173 ff.

⁴⁷ *BGH*, NJW 2009, 3173 (3174); *Bülte*, Die Beschränkung der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung auf die Verhinderung betriebsbezogener Straftaten, NZWiSt 2012, 176 (181).

des betrügenden Haupttäters auch ausdrücklich erwähnt und festgestellt hat,⁴⁸ und es auch gerade seine ausdrückliche Aufgabe war, die gesetzmäßige Abrechnung der Gebühren zu überwachen, hätte der *BGH* hier eine Strafbarkeit aus § 357 StGB zumindest andenken müssen. Er hat die Norm aber mit keinem Satz erwähnt.⁴⁹ Daraus folgert *Bülte* unter Rückgriff auf eine alte, nur sehr vereinzelt vertretene Ansicht, dass der *BGH* seine frühere Rechtsprechung womöglich aufgegeben habe und als rechtswidrige Tat im Amt nur noch Amtsdelikte im engeren Sinne, also solche des 30. Abschnitts des StGB ansehe, wozu § 263 StGB unstreitig nicht gehört.⁵⁰ Zur Untermauerung seiner These führt *Bülte* an, dass der Wortlaut des Gesetzes auf die Überschrift des 30. Abschnitts „Straftaten im Amt“ verweise und dass sich nur dann die Stellung des § 357 StGB im Besonderen Teil erklären lasse.⁵¹ Zudem drohe bei einer anderen Auslegung eine „Entgrenzung“ des § 357 StGB, da er zu einer allgemeinen Strafbarkeit von Vorgesetzten ohne gesetzliche Milderungsgründe führe.⁵²

Unabhängig davon, ob der *BGH* tatsächlich seine Rechtsprechung und damit auch eine äußerst gefestigte Auslegung des § 357 StGB ändern wollte⁵³ oder ob dessen Nichterwähnung andere Gründe hat, ist die Ansicht und Argumentation *Bültes* nicht überzeugend.

Zunächst ist eine „Entgrenzung“ des Tatbestandes aufgrund der sehr geringen Fallzahlen nur schwer vorstellbar,⁵⁴ vielmehr droht bei einer eingrenzenden Auslegung des § 357 StGB dieser völlig in der Bedeutungslosigkeit zu verschwinden. Auch der Verweis auf den Wortlaut ist nicht sonderlich stichhaltig, da dieser zwar zweifellos eine „Straftat“ im Amt im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB voraussetzt, aber keine Eingrenzung auf Straftaten des 30. Abschnitts („Straftaten im Amt“) beinhaltet.

Dem Gesetzgeber war die weite Auslegung dieses Tatbestandsmerkmals bei der Änderung des Wortlauts durch das EGStGB 1974 außerdem bekannt und er hat offensichtlich keine *Bültes* Ansicht entsprechende Formulierung gewählt.⁵⁵

⁴⁸ Vgl. *BGH*, NJW 2009, 2900 (2900).

⁴⁹ *Bülte* (Fn. 47), 176 (181); *Brozat*, Überlegungen zur Amtsträgereigenschaft gemäß § 11 I Nr. 2 StGB in Anstalten des öffentlichen Rechts und einer Anwendung des § 357 StGB am Beispiel der BSR-Entscheidung des *BGH*, CCZ 2011, 227 (227, 228).

⁵⁰ *Bülte* (Fn. 47), 176 (181).

⁵¹ *Ebd.*, 176 (181).

⁵² *Bülte* (Fn. 47), 176 (181); ähnlich auch schon *Binding*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, Zweiter Band, Zweiter Teil, 1905, § 260, S. 736.

⁵³ Eine konkludente Rechtsprechungsänderung durch bloße Nichterwähnung erscheint doch als sehr weit hergeholt und unwahrscheinlich.

⁵⁴ So auch: *Schmitz* (Fn. 2), § 357 Rn. 10.

⁵⁵ So auch: *Schmitz* (Fn. 2), § 357 Rn. 10; vgl. BT-Drucks. 7/550, 288.

Entscheidend gegen eine restriktive Auslegung spricht außerdem, dass es wenig einleuchtend ist, dass sich ein Vorgesetzter beispielsweise gem. § 357 i.V.m. §§ 352, 353 StGB wegen einer Verleitung zu einer Gebühren- oder Abgabenüberhebung strafbar machen könnte, nicht aber wegen der Verleitung zu einem Betrug gemäß § 263 StGB, obgleich die Differenzierung zwischen diesen beiden Vorschriften von Zufälligkeiten der gesetzlichen Ausgestaltung einzelner Entgelte abhängen kann.⁵⁶

(2) Vorsätzlich oder fahrlässig

Eine vorsätzliche Tat des Untergeben genügt in jedem Fall den Anforderungen des § 357 StGB. Sehr strittig ist allerdings, ob es für § 357 StGB auch ausreicht, wenn der Untergebene lediglich fahrlässig oder sogar gutgläubig, d.h. nicht einmal fahrlässig, gehandelt hat. Ohne Begründung werden diese beiden verschiedenen Situationen in der Literatur häufig gleich behandelt.⁵⁷ Es empfiehlt sich jedoch eine differenzierende Betrachtungsweise.

(3) Fahrlässige Haupttat

Bezüglich einer fahrlässigen Haupttat des Untergeben nimmt die ganz herrschende Meinung eine Geeignetheit an.

Der kleine Teil der Literatur, der der fahrlässigen Haupttat die Tauglichkeit abspricht, untermauert diese These mit dem Argument, dass eine solche weite Auslegung des § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB kriminalpolitisch nicht notwendig sei, und dass § 357 StGB zudem seinem Sinn und Zweck nach eine Teilnahme des Vorgesetzten als Täterschaft erfassen soll und deswegen dort nicht in Betracht kommen könne, wo eine Teilnahme nicht möglich sei.⁵⁸ Sonderlich überzeugend ist diese Auffassung nicht.

Zum einen steht der Wortlaut des § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB einer weiten Auslegung offen, was selbst die Mindermeinung anerkennt, da der Tatbestand eines Strafgesetzes gemäß § 15 StGB selbstverständlich in bestimmten Fällen auch fahrlässig verwirklicht werden kann.⁵⁹

Zudem spricht ein Vergleich mit den §§ 26, 27 StGB für eine weite Auslegung, da das Gesetz bei § 357 StGB keine „vorsätzlich rechtswidrige Haupttat“ voraussetzt und somit impliziert, dass das Vorsatzmerkmal nicht zwingend not-

⁵⁶ Schmitz (Fn. 2), § 357 Rn. 10.

⁵⁷ Vgl. nur Heine/Weißer (Fn. 2), § 357 Rn. 9; Kindhäuser, Lehr- und Praxiskommentar zum Strafgesetzbuch, 4. Aufl. 2010, § 357 Rn. 4.

⁵⁸ Schmitz (Fn. 2), § 357 Rn. 13; Otto (Fn. 17), § 100 Rn. 5; Arzt/Weber, Strafrecht Besonderer Teil, 1. Aufl. 2000, § 49 Rn. 106.

⁵⁹ Andrews (Fn. 4), 31.

wendig ist.⁶⁰ Die Gegenansicht verkennt in diesem Punkt zudem die Ratio des § 357 StGB. Schließlich soll dieser nicht nur die allgemeinen Teilnahmeregeln für den Vorgesetzten verschärfen, sondern vor allem den Vorgesetzten dazu verpflichten, rechtswidrige Taten in seinem Dienstbereich zu verhindern.⁶¹ Eine Ausklammerung von Fahrlässigkeitstaten ist weder gerechtfertigt noch angebracht.

(4) Gutgläubige Haupttat

Schwieriger zu beurteilen ist der Fall, dass dem Untergebenen nicht einmal ein Fahrlässigkeitsvorwurf gemacht werden kann, da er zum Beispiel in gutem Glauben handelt. Diese Situation wird, wie bereits geschildert, in der Literatur häufig nicht als eigenständige Konstellation behandelt, sondern im Rahmen der tauglichen Fahrlässigkeitstat mit denselben Argumenten erörtert.⁶²

Falls ein Unterschied angedeutet sein könnte, so findet sich lediglich ein Hinweis darauf, dass hier häufig zugleich eine vorrangige mittelbare Täterschaft vorliege, dass die Fälle aber ansonsten anscheinend gleich zu bewerten seien.⁶³ Da die bei der Fahrlässigkeitstat vorgebrachten Argumente hier nur sehr bedingt überzeugen, ist eine genauere Betrachtung nötig. Zwar würde der Zweck des § 357 StGB auch hier eine Einbeziehung solcher Taten nahelegen, allerdings ist diese im Hinblick auf § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB schlicht nicht möglich. Wenn nämlich der Untergebene nicht einmal fahrlässig handelt, so begeht er gar keine Straftat im Sinne der §§ 11 Abs. 1 Nr. 5, 12 StGB, sodass auch ein Rückgriff auf den Vorgesetzten über § 357 StGB *de lege lata* nicht möglich sein kann.⁶⁴ Alles andere wäre ein Verstoß gegen § 1 StGB, Art. 103 Abs. 2 GG.

Zumal in einem solchen Fall, wie auch von der herrschenden Meinung zugestanden, regelmäßig auch eine vorrangige mittelbare Täterschaft gegeben sein wird, sodass nach herrschender Meinung § 357 StGB ohnehin nicht anwendbar wäre.⁶⁵ Für die Fälle, bei denen auch eine mittelbare Täterschaft mangels Vorliegens der für den Tatbestand nötigen Täterqualitäten ausscheidet, besteht allerdings unwiderrprochen eine unnötige Strafbarkeitslücke, die aber nur durch den Gesetzgeber geschlossen werden kann.

⁶⁰ *Andrens* (Fn. 4), 32; *Rogall* (Fn. 5), § 357 Rn. 12.

⁶¹ *Andrens* (Fn. 4), 32; *Rogall* (Fn. 5), § 357 Rn. 12; *Geppert* (Fn. 37), 84.

⁶² Vgl. *Kublen* (Fn. 3), § 357 Rn. 6; *Geppert* (Fn. 37), 84.

⁶³ So bspw. in: *Rogall* (Fn. 5), § 357 Rn. 12; *Heine/Weißer* (Fn. 2), § 357 Rn. 9.

⁶⁴ *Schmitz* (Fn. 2), § 357 Rn. 14; *Andrens* (Fn. 4), 34.

⁶⁵ Zum Vorrang der mittelbaren Täterschaft s.u. Abschnitt **II. 7.**, *Schmitz* (Fn. 2), § 357 Rn. 13.

(5) Begangene Tat im Sinne des § 357 Abs. 2 StGB

Probleme mit dem Wortlaut des Gesetzes ergeben sich auch bei § 357 Abs. 1 StGB. Anders als in Absatz 1 spricht das Gesetz dort von einer „begangenen Tat“ des Kontrollierten oder Beaufsichtigten, sodass sich das Problem ergibt, ob nach Absatz 2 auch die versuchte Verleitung strafbar ist. Die herrschende Lehre interpretiert die „begangene“ Tat als „zu begehende Tat“, um eine Gleichstellung von Absatz 1 und Absatz 2 zu ermöglichen und um Strafbarkeitslücken zu schließen bzw. kriminalpolitischen Bedürfnissen zu entsprechen.⁶⁶ Dabei ist dieser Auffassung zuzugestehen, dass ihre Gesichtspunkte durchaus sinnvoll sind und der Wortlaut des Gesetzes diesbezüglich tatsächlich nicht sonderlich einleuchtend ist, da es inhaltlich eigentlich keinen Grund gibt, die erfolglose Verleitung in Absatz 2 nicht zu berücksichtigen.

Auf der Basis der geltenden Gesetzeslage verwundert diese Ansicht dennoch, da sie den zwar schwer nachvollziehbaren, aber an dieser Stelle absolut eindeutigen Wortlaut, der die äußerste Grenze einer möglichen Auslegung bildet, einfach zu ignorieren scheint.⁶⁷ Die herrschende Lehre verstößt somit gegen § 1 StGB und Art. 103 Abs. 2 GG und ist deshalb abzulehnen.

a) Tathandlungen

aa) Verleiten

Unter dem Verleiten ist das erfolgreiche Bestimmen des anderen zu einer rechtswidrigen Tat zu verstehen, worunter vor allem die Anstiftung und die nur aufgrund fehlender Täterqualifikationen nicht gegebene mittelbare Täterschaft fallen.⁶⁸ Dabei ist jede Art der Einwirkung umfasst, sodass auch der Streit um die Voraussetzungen des Bestimmens im Rahmen von § 26 StGB irrelevant ist.⁶⁹

bb) Unternehmen der Verleitung

§ 357 Abs. 1 Var. 2 StGB beinhaltet in Verbindung mit § 11 Abs. 1 Nr. 6 StGB die versuchte Verleitung, also das erfolglose Bestimmen eines anderen. Anders als bei § 30 Abs. 1 StGB gilt dies auch für Vergehen.

⁶⁶ *Zieschang* in: Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, XIII; 12. Aufl. 2009, § 357 Rn. 11; *Heine/Weißer* (Fn. 2), § 357 Rn. 6; *Kublen* (Fn. 3), § 357 Rn. 6; *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 57. Aufl. 2009, § 357 Rn. 4; *Otto* (Fn. 17), § 100 Rn. 6.

⁶⁷ *Joecks*, Studienkommentar zum Strafgesetzbuch, 8. Aufl. 2009, § 357 Rn. 4; *Schmitz* in (Fn. 2), § 357 Rn. 16, zu einer möglichen und sinnvollen Gesetzesänderung s.u. Abschnitt **IV.1**.

⁶⁸ *Schmitz* (Fn. 2), § 357 Rn. 18, 19; *Jeschke* (Fn. 17), § 357 Rn. 6.

⁶⁹ *Schmitz* (Fn. 2), § 357 Rn. 18; *Heine/Weißer* (Fn. 2), § 357 Rn. 5.

cc) Geschehenlassen

Das Geschehenlassen (die sogenannte Konnivenz) bezeichnet das unterlassene Einschreiten gegen Straftaten eines Untergebenen. Der Sache nach handelt es sich also eine Beihilfe durch Unterlassen, die als Täterschaft bestraft wird.⁷⁰ Hierbei wird eine über die Stellung als Dienstvorgesetzter oder Beaufsichtigender hinausgehende Garantenstellung im Sinne von § 13 StGB nicht benötigt.⁷¹ Wie bei unechten Unterlassungsdelikten setzt § 357 Abs. 1 Var. 3 StGB voraus, dass es dem Vorgesetzten oder Aufsichtsbeamten rechtlich und tatsächlich möglich gewesen ist, die rechtswidrige Tat zu verhindern.⁷²

Umstritten ist, ob die fakultative Strafmilderung des § 13 Abs. 2 StGB im Rahmen von § 357 Abs. 1 Var. 3 StGB anwendbar ist.

Während ein Teil der Literatur dies ohne wirkliche Begründung annimmt,⁷³ lehnt die wohl herrschende Meinung eine Anwendbarkeit zu recht ab, da § 357 StGB gerade das Ziel und den Zweck verfolgt, dem Vorgesetzten eine Berufung auf etwaige Strafmilderungsgründe zu versagen.⁷⁴

Liegt eine weitere (Schutz-)Garantenstellung des Vorgesetzten bezüglich des von seinem Untergebenen angegriffenen Rechtsguts vor, so ist dieser nach dem jeweils verwirklichten Strafgesetz in Verbindung mit § 13 StGB und nicht nach § 357 StGB zu bestrafen.⁷⁵ Auch in diesem Zusammenhang bereitet § 13 Abs. 2 StGB Schwierigkeiten. Während ein Teil der Literatur eine Anwendung für nicht sachgerecht erachtet, da es den Vorgesetzten nicht privilegieren dürfe, dass er aus einem weiteren Grund zur Verhinderung von Rechtsgutsangriffen durch seine Untergebenen verpflichtet ist,⁷⁶ nimmt eine andere Auffassung dieses Ergebnis als gegeben hin und möchte mögliche Unstimmigkeiten darüber lösen, dass die fakultative Milderungsmöglichkeit nach § 13 Abs. 2 StGB restriktiv gehandhabt wird.⁷⁷ Daher dürfte es in der Praxis selten zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen.

Nach ganz herrschender Meinung erfasst das Geschehenlassen auch die aktive Beihilfe, da der Vorgesetzte unabhängig von seiner aktiven Teilnahme stets

⁷⁰ Zieschang (Fn. 66), § 357 Rn. 12; Heine/Weißer (Fn. 2), § 357 Rn. 7; Andrews (Fn. 4), 93.

⁷¹ Kublen (Fn. 3), § 357 Rn. 8; Kindhäuser (Fn. 57), § 357 Rn. 9.

⁷² Zieschang (Fn. 66), § 357 Rn. 12; Schmitz (Fn. 2), § 357 Rn. 21.

⁷³ So beispielsweise Kublen (Fn. 3), § 357 Rn. 12.

⁷⁴ Rogall (Fn. 5), § 357 Rn. 16; Schmitz (Fn. 2), § 357 Rn. 8; Arzt/Weber (Fn. 58), § 49 Rn. 107.

⁷⁵ Rogall (Fn. 5), § 357 Rn. 16; Schmitz (Fn. 2), § 357 Rn. 8.

⁷⁶ Rogall (Fn. 5), § 357 Rn. 16.

⁷⁷ Kublen (Fn. 3), § 357 Rn. 15.

auch zur Verhinderung von Straftaten verpflichtet ist.⁷⁸

d) Subjektiver Tatbestand

Hinsichtlich des subjektiven Tatbestandes genügt Eventualvorsatz.

6. Teilnahme

Bei § 357 StGB ist Teilnahme nach allgemeinen Regeln nötig, wobei dies, wie bereits dargelegt, auch für einen Nichtbeamten gilt, dessen Strafe dann allerdings gem. § 28 Abs. 1 StGB zu mildern ist.⁷⁹

7. Versuch, Rücktritt und tätige Reue

Mangels gesetzlicher Regelung ist das versuchte Geschehenlassen nicht strafbar. Über § 357 Abs. 1 Var. 2 in Verbindung mit § 11 Abs. 1 Nr. 6 StGB erfasst der Tatbestand aber zumindest den Versuch des Verleitens.

Somit drängt sich die Frage auf, ob ein Rücktritt oder gegebenenfalls eine analoge Anwendung der tätigen Reue möglich sind.

a) Rücktritt gem. § 31 StGB analog

Einer analogen Anwendung des § 31 StGB auf § 357 Abs. 1 Var. 2 StGB ist entschieden entgegenzutreten, da hier aufgrund der Eigenständigkeit der Norm und der Erfassung der versuchten Verleitung zum Vergehen keine „klassische“ versuchte Teilnahme im Sinne des § 30 Abs. 1 StGB vorliegt.⁸⁰

b) Rücktritt gem. § 24 Abs. 2 StGB analog

Die noch herrschende Ansicht verneint bei § 357 Abs. 1 Var. 2 i.V.m. § 11 Abs. 1 Nr. 6 StGB generell die Möglichkeit einer analogen Anwendung der Rücktrittsregeln des § 24 Abs. 2 StGB. Dazu führt sie an, dass aufgrund des Wortlauts des § 11 Abs. 1 Nr. 6 StGB mit dem versuchten Verleiten der Tatbestand vollendet sei, sodass ein Rücktritt denklogisch nicht mehr möglich sei.⁸¹ Durch den Versuch des Verleitens sei außerdem das tatbestandliche Rechtsgut der „Ordnungsgemäßheit und Reinheit der Amtsführung“ schon dann verletzt, sobald der Vorgesetzte auf den Untergebenen einwirkt.⁸²

Dieses Ergebnis wird von einer sich im Vordringen befindlichen Ansicht neu-

⁷⁸ Schmitz (Fn. 2), § 357 Rn. 22; Zieschang (Fn. 66), § 357 Rn. 8.

⁷⁹ Heine/Weißer (Fn. 2), § 357 Rn. 10; Kublen (Fn. 3), § 357 Rn. 10.

⁸⁰ Andrews (Fn. 4), S. 179; ansonsten wird eine solche Anwendung nicht diskutiert.

⁸¹ Kublen (Fn. 3), § 357 Rn. 11; Rogall (Fn. 5), § 357 Rn. 20.

⁸² Vgl. Berz, Die entsprechende Anwendung von Vorschriften über die tätige Reue am Beispiel der Unternehmensdelikte, in: FS Stree/Wessels, 1993, 331 (334).

erdings mit einer nicht zu unterschätzenden Argumentation bestritten. Das Wortlautargument der herrschenden Meinung wird durchaus überzeugend widerlegt, da aus § 11 Abs. 1 Nr. 6 StGB zunächst nur folgt, dass der Versuch und die Vollendung bestraft werden, aber die Möglichkeit eines strafbefreienden Rücktritts nicht ausgeschlossen wird.⁸³ Zudem lässt sich sehr gut vertreten, dass 357 Abs. 1 Var. 2 StGB kein typischer Fall des Unternehmens ist, sondern es sich lediglich um einen altertümlich umschriebenen Versuch handelt, da die vollendete Tathandlung ja bereits durch § 357 Abs. 1 Var. 1 StGB abgedeckt ist.⁸⁴ Weiterhin ist durchaus anzuerkennen, dass durch den Versuch der Verleitung bereits die Reinheit der Amtsführung tangiert ist, diese jedoch nicht das alleinige Schutzgut des § 357 StGB darstellt. Vielmehr soll die Norm den Vorgesetzten auch zur Verhinderung von Straftaten verpflichten und die durch den Untergebenen mittelbar angegriffenen Rechtsgüter schützen.

Gerade die Integrität der durch den Untergebenen beeinträchtigten Rechtsgüter kann dabei von erheblichem Interesse sein und im Einzelfall die Reinheit der Amtsführung überwiegen.

Dem Vorgesetzten sollte die Möglichkeit offen gehalten werden, gem. § 24 Abs. 2 StGB analog strafbefreiend zurückzutreten, da er so eine erhebliche Motivation besitzen dürfte, zumindest die Ausführung der Straftat noch zu verhindern und dadurch eine noch stärkere Rechtsgutsverletzung abzuwenden. Diese Motivation sollte nicht unterschätzt werden, da dem Vorgesetzten bei einer Verurteilung nicht nur eine strafrechtliche Sanktion, sondern auch erhebliche dienstrechtliche Konsequenzen drohen. Auch die Gesichtspunkte des Opfer- und Rechtsgüterschutzes sprechen für die Zulässigkeit des Rücktritts bei § 357 Abs. 1 Var. 2 StGB.⁸⁵

c) *Tätige Reue*

Eine analoge Anwendung der Grundsätze über die tätige Reue, die von manchen Autoren gefordert wird,⁸⁶ ist dagegen abzulehnen. Gegen eine Analogie spricht zum einen, dass sie nach der vertretenen Lösung bezüglich § 24 Abs. 2 StGB nicht nötig ist, und zum anderen, dass der Gesetzgeber bisher keine Notwendigkeit gesehen hat, eine Vorschrift ähnlich dem § 34 Abs. 2 WStG in § 357 StGB einzuführen, sodass eine Analogie dem Willen des Gesetzgebers

⁸³ *Schmitz* (Fn. 2), § 357 Rn. 36; *Leipold* in *Anw-StGB*, 2011, § 57 Rn. 14; *Zieschang* (Fn. 66), § 357 Rn. 14; *Wolters*, *Das Unternehmensdelikt*; 1. Aufl. 2001, 319.

⁸⁴ *Andrews* (Fn. 4), 178, 90; Eventuell auch *Schmitz* (Fn. 2), § 357 Rn. 36.

⁸⁵ So im Ergebnis auch: *Leipold* (Fn. 83), § 357 Rn. 14.

⁸⁶ So bspw.: *Berz* (Fn. 82), 331 (335); *Heine/Weißer* (Fn. 2), § 357 Rn. 11.

zuwider liefe.⁸⁷

8. Konkurrenzen

§ 357 StGB hat Vorrang vor den §§ 26, 27, 30 StGB, sodass auch deren Strafmilderungen entfallen.⁸⁸ Ist der Vorgesetzte an der Tat des Untergebenen als Mittäter beteiligt, tritt § 357 StGB zurück, da der Vorgesetzte dann nicht wie ein Täter, sondern schlechthin als Täter haftet.⁸⁹ Nach herrschender Ansicht verdrängt § 357 StGB auch die mittelbare Täterschaft.⁹⁰ Die über die These, § 357 StGB erfasse anders als § 33 S. 2 WStG nur die reine Innenrechtswidrigkeit, begründete Gegenansicht,⁹¹ ist an dieser Stelle unter dem Hinweis auf die Ratio des § 357 StGB ebenso wie bei der Erörterung des Schutzgutes abzulehnen.⁹²

Bleibt unklar, ob der Vorgesetzte die Tat gemäß § 357 StGB oder als Täter zu verantworten hat, so ist eine Wahlfeststellung möglich.⁹³

Falls die Tat nach § 357 StGB dem Vorgesetzten eine Hehlerei ermöglichen soll, so stehen beide Delikte in Tatmehrheit.⁹⁴ Für militärische Vorgesetzte sind die §§ 33, 34 WStG speziellere Normen.⁹⁵

9. Rechtsfolge

a) Strafandrohung des § 357 StGB

In § 357 StGB findet sich anders als bei den meisten Delikten des StGB kein konkreter, von außerhalb des Deliktes liegenden Umständen unabhängiger Strafrahmen. Das Gesetz spricht lediglich davon, dass der Vorgesetzte die für die rechtswidrige Tat (seines Untergebenen) angedrohte Strafe verwirkt hat. Aus dieser ungewöhnlichen Formulierung lässt sich ausgesprochen deutlich die Intention des Gesetzgebers entnehmen, den Vorgesetzten wie den Untergebenen zu bestrafen, obwohl nur dieser die rechtswidrige Tat ausgeführt hat.⁹⁶

Ohne Zweifel stellt der Rechtsfolgenausspruch des § 357 StGB eine Strafrah-

⁸⁷ Vgl.: Rogall (Fn. 5), § 357 Rn. 20; Zieschang (Fn. 66), § 357 Rn. 14.

⁸⁸ Heine/Weißer (Fn. 2), § 357 Rn. 1.

⁸⁹ Kublen (Fn. 3), § 357 Rn. 13.

⁹⁰ Kublen (Fn. 3), § 357 Rn. 14; Zieschang (Fn. 66), § 357 Rn. 14.

⁹¹ Hoyer (Fn. 18), 20, 21.

⁹² Vgl. Abschnitt II. 3.

⁹³ Rogall (Fn. 5), § 357 Rn. 22.

⁹⁴ Seit BGHSt, 7, 134 ff. nahezu allgemeine Ansicht; vgl. nur Fünke, Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts, 1975, 76; Rogall (Fn. 5), § 357 Rn. 23; Schmitz (Fn. 2), Rn. 40 – anders noch BGHSt 5, 155.

⁹⁵ Schmitz (Fn. 2), § 357 Rn. 39.

⁹⁶ So auch Andrews (Fn. 4), 165.

menverweisung dar, sodass für die Festlegung des Strafrahmens des Vorgesetzten auf den Strafrahmen desjenigen Delikts abzustellen ist, dass der Untergebene verwirklicht hat.⁹⁷

Als problematisch erweist sich diese Verweisung jedoch, wenn der Untergebene lediglich einen Versuch begeht, da sich dann die Frage stellt, ob auf den Strafrahmen des vollendeten oder des versuchten Delikts abzustellen ist, wenn bei dem Untergebenen von der Milderungsmöglichkeit des § 23 Abs. 2 StGB Gebrauch gemacht worden ist. Während ein Teil der Literatur hier begründungslos auch auf den Vorgesetzten den gemilderten Strafrahmen anwenden will,⁹⁸ geht die herrschende Meinung richtigerweise auch in diesem Fall von dem für die vollendete Tat geltenden Strafrahmen aus. Dafür spricht zunächst, dass die Gegenansicht zu Ergebnissen gelangt, die der Wertung der versuchten Anstiftung im Verhältnis zur Anstiftung zum Versuch im Rahmen des allgemeinen Teils des StGB zuwiderlaufen.

Gelangt die Tat des Untergebenen ins Ausführungsstadium und wird seine Straftat gem. § 23 Abs. 2 StGB gemildert, so käme diese Strafmilderung auch dem Vorgesetzten zugute, wohingegen der Vorgesetzte für den Fall, dass der Untergebene die Tat ablehnt, aus dem ungemilderten Strafrahmen bestraft werden würde.⁹⁹ Somit kann es für ihn gegebenenfalls vorteilhaft sein, wenn ihm eine Anstiftung zum Versuch und nicht nur eine versuchte Anstiftung gelingt. Dieses Ergebnis, das an sich schon widersinnig erscheint, da bei einer versuchten Anstiftung die Gefahr für das beeinträchtigte Rechtsgut deutlich größer ist, wird bei einem Vergleich mit dem Allgemeinen Teil des StGB noch weniger plausibel. Dort findet sich nämlich bei der versuchten Anstiftung gem. § 30 Abs. 1 S. 2 StGB eine zwingende Milderungsvorschrift, während diese bei der Anstiftung zum Versuch gem. § 23 Abs. 2 StGB nur fakultativ ist, sodass also gerade der die Anstiftung Versuchende besser gegenüber dem zum Versuch Anstiftenden gestellt wird.¹⁰⁰ Da § 357 StGB außerdem noch ein im Vergleich zu den allgemeinen Teilnahmeregeln erhöhtes Unrecht erfasst, muss es sich bei der Strafrahmenverweisung um eine generelle Verweisung auf den Strafrahmen für das vollendete Delikt handeln.¹⁰¹

b) Weitere Sanktionen

Bei einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten kann das Gericht gem.

⁹⁷ Ebenfalls: *Andrens* (Fn. 4), 166; *Rogall* (Fn. 5), § 357 Rn. 22.

⁹⁸ So *Jeschke* (Fn. 17), § 357 Rn. 13; *Heine/Weißer* (Fn. 2), § 357 Rn. 12.

⁹⁹ Vgl. *Andrens* (Fn. 4), 168.

¹⁰⁰ Vgl. *Andrens* (Fn. 4), 168.

¹⁰¹ *Schmitz* (Fn. 2), § 357 Rn. 42; *Rogall* (Fn. 5), § 357 Rn. 22.

§§ 358, 45 Abs. 2 StGB dem Vorgesetzten für die Dauer von zwei bis fünf Jahren die Fähigkeit aberkennen, öffentliche Ämter zu bekleiden. Neben den strafrechtlichen Sanktionen drohen dem Vorgesetzten auch disziplinarrechtliche Konsequenzen, die bei der Strafzumessung zu berücksichtigen sind. So führt eine Freiheitsstrafe von wenigstens einem Jahr gem. § 41 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BBG oder eine Entscheidung nach §§ 358, 45 Abs. 2 StGB gem. § 41 Abs. 1 S. 2 BBG zum Verlust der Beamtenstellung.¹⁰²

III. Kriminalpolitische Betrachtung des § 357 StGB

Der Tatbestand des § 357 StGB steht bereits seit geraumer Zeit wegen seiner geringen Fallzahlen in der Kritik, sodass sich tatsächlich die Frage stellt, ob ein kriminalpolitisches Bedürfnis für seine Existenz besteht.

1. Kriminalpolitisches Ziel des § 357 StGB

§ 357 StGB soll dafür Sorge tragen, dass vorgesetzte oder beaufsichtigende Amtsträger dazu verpflichtet werden, Straftaten in ihrem Dienstbereich zu verhindern, sodass die Bevölkerung Vertrauen in die Reinheit der Amtsführung aufbauen kann. Aus diesem Grund werden die allgemeinen Teilnahmeregeln verschärft und der vorgesetzte Amtsträger als Täter und nicht als Teilnehmer bestraft, um seine besondere Verpflichtung zu verdeutlichen. Darüber hinaus soll wie bei den anderen Formen der Teilnahme auch das mittelbar beeinträchtigte Rechtsgut geschützt werden. Zusammenfassend liegt das kriminalpolitische Ziel des § 357 StGB in der in jeder Hinsicht verschärften strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Vorgesetzten.

2. Genaue Darstellung der bekannt gewordenen Fälle

Wie bereits angeklungen, ist die Praxisrelevanz des § 357 StGB sehr gering. Im Folgenden soll diese bislang noch nicht bewiesene Behauptung genauer aufgeschlüsselt und mit Zahlen der vergangenen zwölf Jahre belegt werden.

Da der Tatbestand in der polizeilichen Kriminalstatistik (PKS) nicht separat, sondern nur in Verbindung mit allen Amts-, Korruptions- und Wettbewerbsdelikten geführt wird,¹⁰³ kann zur Erfassung von Fallzahlen nur auf die Strafverfolgungsstatistiken (SVS) zurückgegriffen werden. Den dortigen Angaben zufolge gab es im Jahr 2002 lediglich eine, im Jahr 2004 vier, im Jahr 2005 erstaunliche 38 und im Jahr 2006 wieder nur zwei Verurteilungen.¹⁰⁴ Sehr unter-

¹⁰² Im jeweils einschlägigen Landesrecht finden sich entsprechende Vorschriften; vgl. § 24 BeamtStG; im weiteren Verlauf dieser Arbeit wird nur noch auf das BBG verwiesen.

¹⁰³ Vgl. PKS 2013, 31.

¹⁰⁴ Vgl. SVS 2002, 34; SVS 2004, 42; SVS 2005, 42; SVS 2006, 42.

schiedlich ist allerdings die Sanktionierungspraxis in diesen Fällen. Die in den SVS 2002 und 2004 aufgeführten Fälle wurden allesamt mit einer Geldstrafe zwischen 31 und 90 Tagessätzen beendet.¹⁰⁵ Demgegenüber bekamen alle 38 Verurteilten aus dem Jahr 2005 eine Freiheitsstrafe, die zum Teil allerdings noch zur Bewährung ausgesetzt werden konnte.¹⁰⁶

Auffällig hierbei ist, dass ausweislich der SVS in keinem dieser Fälle von der Möglichkeit des §§ 358, 45 Abs. 2 StGB Gebrauch gemacht wurde.¹⁰⁷

Eine mögliche, wenn auch nicht sonderlich überzeugende Erklärung könnte sein, dass es die Gerichte schlicht nicht für nötig befunden haben, da gemäß § 41 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BBG der Verlust des Beamtenstatus bei einer Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr, was für einen Großteil der Fälle zutrif, automatisch eintritt. Vielleicht zeigt diese Zahl auch nur eindrucksvoll, wie restriktiv die deutschen Gerichte mit § 45 Abs. 2 StGB umgehen.¹⁰⁸

Die zwei Prozesse aus dem Jahre 2006 endeten einmal mit einer Freiheitsstrafe zwischen neun und zwölf Monaten auf Bewährung und einmal mit einer Freiheitsstrafe von zwei bis drei Jahren.¹⁰⁹ In beiden Fällen wurde dabei der Verlust der Amtsfähigkeit gem. §§ 358, 45 Abs. 2 StGB angeordnet.¹¹⁰ Seit 2007 wird § 357 StGB in der SVS nicht mehr gelistet, wobei sich kein Hinweis darauf findet, dass von einer Auflistung aus bestimmten Gründen abgesehen wurde, sodass wohl tatsächlich davon ausgegangen werden muss, dass es keinen gerichtlich entschiedenen Fall zu diesem Tatbestand mehr gab.

3. Art der begangenen Haupttaten

Empirische Aussagen über die Art der von dem jeweiligen Untergebenen begangenen Haupttaten sind ebenfalls kaum zu treffen.

Mangels aussagekräftiger Statistiken, genauerer Untersuchungen und auch aufgrund der äußerst kleinen Zahl veröffentlichter Fälle lassen sich sämtliche The-

¹⁰⁵ SVS 2002, 194; SVS 2004, 208.

¹⁰⁶ Ein Angeklagter bekam eine Freiheitsstrafe zwischen neun Monaten und einem Jahr auf Bewährung, 22 Angeklagte wurden zu einer Haftstrafe von einem bis zwei Jahren verurteilt, von denen 18 zur Bewährung ausgesetzt wurden. Zudem wurde über sieben Angeklagte eine Freiheitsstrafe zwischen zwei und drei Jahren, über vier Angeklagte eine Freiheitsstrafe zwischen drei und fünf Jahren und über weitere vier Angeklagte eine Freiheitsstrafe zwischen fünf und zehn Jahren verhängt; vgl. SVS 2005, 163.

¹⁰⁷ Vgl. SVS 2005, 324 f.

¹⁰⁸ Zur restriktive Handhabung des § 45 Abs. 2 StGB vgl. *Albrecht* in; NK-StGB I, 4. Aufl. 2013, § 45 Rn. 2.

¹⁰⁹ SVS 2006, 163.

¹¹⁰ SVS 2006, 324.

sen nicht belegen. Einen Rückschluss auf die Haupttaten lässt auch die Betrachtung des jeweiligen Strafmaßes des nach § 357 StGB verurteilten Vorgesetzten nach der SVS nicht zu, da die Angaben zu ungenau sind, wenn dort beispielsweise nur von einer Freiheitsstrafe zwischen fünf und zehn Jahren gesprochen wird.

In den zwei bekanntesten Urteilen, der Entscheidung des *BGH* aus dem Jahr 1952 und der *Daschner* Entscheidung des *LG Frankfurt*,¹¹¹ war die Haupttat ein Mord gem. §§ 211, 212 StGB bzw. eine Nötigung nach § 240 StGB. Ein Schluss dahingehend, dass die Haupttaten des Untergebenen vorzugsweise aus dem Gebiet der Gewalt- bzw. Freiheitskriminalität stammen, wäre aber schon aufgrund der unzureichenden Datenmenge nicht überzeugend.

Abgesehen von Fällen, in denen sich der Vorgesetzte seines Untergebenen bedient oder diesen unter Androhung beruflicher Konsequenzen vielleicht sogar zwingt, eine derartige Tat in einem privaten Kontext auszuführen, ist es darüber hinaus nicht einfach, plausible Motivlagen zu finden, in denen es tatsächlich zu solchen Taten aus dem Bereich der Gewalt- und Freiheitsdelikte käme.

Zudem dürfte bei dieser zwar denkbaren, aber in der heutigen Zeit doch eher seltenen Situation in der Regel zugleich eine mittelbare Täterschaft kraft Nötigungsherrschaft oder sogar kraft Organisationsherrschaft¹¹² vorliegen, sodass § 357 StGB nach herrschender Ansicht ohnehin nicht anwendbar wäre.

Vielmehr wird es der Regelfall sein, sofern man hier davon sprechen kann, dass der Vorgesetzte seinen Untergebenen benutzt, um für sich allein, mit ihm zusammen oder auch für das (finanzielle) Wohl der Behörde Vermögens-, Urkunds- oder Korruptionsdelikte zu begehen. Hierbei dürften insbesondere die Betrugs- und Untreuetaten (§§ 263, 266 StGB), Urkundenfälschung (§ 267 StGB) bzw. Falschbeurkundung im Amt (§ 348 StGB), Vorteilsnahme (§ 331 StGB) und Bestechlichkeit (§ 332 StGB) von Relevanz sein.

4. Erklärungsversuch der geringen Fallzahlen

Ein Erklärungsversuch bezüglich der geringen Fallzahlen erweist sich gerade

¹¹¹ Vgl. BGHSt, 3, 349 ff.; *LG Frankfurt a.M.*, NJW 2005, 692 (693).

¹¹² Der BGH geht seit seinem Urteil in BGHSt 40, 218 (236 f.) von einer sehr weiten Auslegung dieser Fallgruppe aus. In *BGH*, NStZ 2008, 89 legt er fest, dass ein Hintermann, der staatliche, unternehmerische oder geschäftsähnliche Organisationsstrukturen in dem Wissen ausnutzt, dass durch sein Tun regelhafte Abläufe ausgelöst werden, auf Grund derer tatbereite Vorderleute zur Tat schreiten, mittelbarer Täter kraft Organisationsherrschaft sein kann.

vor dem Hintergrund des BSR-Urteils als nicht einfach, zumal es diesbezüglich keine verwertbaren Studien oder ähnliches gibt.

a) Konkurrenzen

Ein Grund für die wenigen auf § 357 StGB gestützten Verurteilungen besteht wohl darin, dass in vielen Fällen der Vorgesetzte bezüglich der Haupttat als Unterlassungs-, Mittäter oder mittelbarer Täter zu behandeln sein dürfte, sodass § 357 StGB in vielen Konstellationen, die er eigentlich erfassen würde, konkurrenzrechtlich verdrängt wird.

b) Unkenntnis bzw. Nichtanwendung der Strafnorm

Ein weiterer denkbarer Aspekt für die geringe praktische Bedeutung des § 357 StGB könnte schlicht eine auf der Unkenntnis der Norm basierende Nichtanwendung des Tatbestands sein. Diese These dürfte in ihrer Konsequenz und Universalität sicherlich nicht zu halten sein, aber wenn selbst der BGH den § 357 StGB unerklärbar und ohne ersichtlichen Grund nicht anwendet, obwohl er passend und somit auch ein höheres Strafmaß möglich gewesen wäre, so kann sie doch wenigstens angedacht werden. Gerade bei den kleineren (Amts-) Gerichten könnte § 357 StGB vielfach schlicht vergessen oder übersehen worden sein und der (überlastete) Richter einen von der Tatsachenlage her einfachen Fall nach einer zügigen Hauptverhandlung der Einfachheit und Schnelligkeit halber ohne größere Gesetzeslektüre über §§ 26, 30 oder §§ 27, 13 StGB gelöst haben. In der üblichen juristischen Ausbildungsliteratur wird § 357 StGB sehr häufig nicht einmal erwähnt, was sicherlich ebenfalls zur Unkenntnis der Norm beiträgt. Im Einzelfall kann dieser Ansatz tatsächlich eine Erklärung für die wenigen Verurteilungen nach § 357 StGB liefern.

c) Rückgang der Straftaten mit nationalsozialistischem Hintergrund

Ein in der Literatur angedachter Erklärungsversuch geht dahin, dass § 357 StGB hauptsächlich bei der Verurteilung von nationalsozialistischem Unrecht bzw. bei Straftaten im Rahmen eines Regimewechsels eine Bedeutung habe, da bei einer ex-post Betrachtungsweise viele Handlungen von Amtsträgern als Straftaten eingestuft würden und deren Vorgesetzte daher als Verleitende oder zumindest Geschehenlassende gem. § 357 StGB verurteilt werden könnten.¹¹³

Da diese (verfolgbaren) Taten aber aufgrund der Natur der Sache immer weiter zurückgegangen seien, sei es logisch, dass § 357 StGB in der Praxis eine immer

¹¹³ So *Andrens* (Fn. 4), S. 198, 199; *Dreher/Tröndle-StGB*, 46. Aufl. 1993, § 357 Rn. 1.

geringere Rolle spielen würde.¹¹⁴

Auch wenn die Prämisse dieser Auffassung, § 357 StGB wäre bei Straftaten im Rahmen eines Regierungswechsel bedeutend und es gebe aufgrund der oftmals bereits verstorbenen oder zumindest verhandlungsunfähigen Verdächtigen immer weniger Fälle, die in einem solchen Rahmen stattfinden würden, sicherlich nicht falsch ist, so überzeugt der Schluss auf die geringen Fallzahlen doch nur sehr bedingt. Zum einen würde dies im Gegenschluss voraussetzen, dass § 357 StGB zur Hochzeit der Verfolgung des nationalsozialistischen Unrechts eine größere Bedeutung gehabt hätte.

Diesbezüglich finden sich aber keine Anhaltspunkte. Vielmehr findet sich nur ein *BGH*-Fall mit NS-Thematik¹¹⁵ und auch die sonstige Literatur misst diesem Punkt überhaupt keine Bedeutung bei, erwähnt ihn nicht einmal. Zum anderen finden sich schon viel früher, im Jahre 1905, Hinweise auf die praktische Bedeutungslosigkeit der Vorschrift¹¹⁶ und auch der Gesetzesentwurf aus dem Jahr 1962 geht von einem fehlenden kriminalpolitischen Bedürfnis aus,¹¹⁷ obwohl es zu dieser Zeit noch eine erhebliche Zahl nicht abgeurteilter nationalsozialistischer Straftaten gab.

d) Abschreckungswirkung des § 357 StGB

Auch wenn die Literatur der Abschreckungswirkung von Strafvorschriften hinsichtlich ihrer Sanktionsschwere im Rahmen der negativen Generalprävention eher skeptisch gegenübersteht,¹¹⁸ könnte dieser Gesichtspunkt beim Tatbestand des § 357 StGB und seinen Rechtsfolgen durchaus bedeutsam sein. Um zu erklären, warum sowohl der Vorgesetzte als auch der Untergebene (Vermögens- und Korruptions-)Delikte im Zusammenhang mit ihrer Amtsstellung begehen, eignet sich dabei am ehesten die Kriminalitätstheorie des *rational choice*.¹¹⁹

Ihr zufolge wird eine (solche) Straftat dann begangen, wenn der Täter nach reichlicher Überlegung zu dem Schluss gelangt, dass er dadurch mehr Vorteile als Nachteile hat, wobei die erheblichen Rechtsfolgen unstreitig zu den Nach-

¹¹⁴ *Andrens* (Fn. 4), 198, 199.

¹¹⁵ Vgl. *BGHSt* 3, 349 ff.

¹¹⁶ *Neumeyer*, Verleitung und Konnivenz in: Vergleichende Darstellung des Deutschen und ausländischen Rechts, Besonderer Teil Band IX, 1. Aufl. 1906, 517 (522).

¹¹⁷ *BT-Drucks.* IV/650, S. 648.

¹¹⁸ Vgl. *Göppinger*, Kriminologie, 6. Aufl. 2008, § 30 Rn. 57; *Kunz*, Kriminologie, 6. Aufl. 2011, 287, 288; *Radtke* in: *MüKo-StGB* II, 2. Aufl. 2012, Vorb. §§ 38 ff. Rn. 38.

¹¹⁹ Vgl. *Becker*, Der ökonomische Ansatz zur Erklärung menschlichen Verhaltens, Deutsche Übersetzung von Monika Vanberg und Viktor Vanberg, 1. Aufl. 1982, 39 ff.; *Meier*, Kriminologie, 4. Aufl. 2010, § 3 Rn. 16-18.

teilen zu zählen sind.¹²⁰

Man wird dabei annehmen können, dass sich Amtsträger in rechtlichen Dingen besser auskennen als der „normale“ Bürger und dabei insbesondere wissen, dass sie keine Geschenke oder ähnliches im Amt annehmen dürfen und welche berufsrechtliche Konsequenzen ihnen drohen. Neben den im Einzelfall doch massiven Freiheitsstrafen sind dabei vor allem die dienstrechtlichen Konsequenzen zu beachten.

Denn im Falle einer Verurteilung von mindestens einem Jahr tritt der Verlust der Beamtenstellung nach § 41 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BBG automatisch ein, bei einer Freiheitsstrafe von mehr als sechs Monaten befindet sich dies gemäß § 41 Abs. 1 S. 2 BBG i.V.m. §§ 358, 45 Abs. 2 StGB zumindest im Rahmen des Möglichen. Dabei verliert der Beamte nicht nur seinen Arbeitsplatz, sondern grundsätzlich auch sämtliche Dienst- und Versorgungsbezüge,¹²¹ was zu einem enormen finanziellen Schaden führt, den bspw. Bestechungsgeld nur in den allerseltensten Fällen ausgleichen dürfte. Wozu ein solches Handeln führen kann, haben zudem mehrere, in den Medien diskutierte Fälle wie der Prozess um *Christian Wulff* gezeigt, was auch zu einer Abschreckungswirkung beigetragen haben könnte.

Dazu verfügen Amtsträger in der Regel auch über ein relativ gutes, gesichertes Einkommen und bekommen bei Krediten und Versicherungen aufgrund ihres im Verhältnis sehr sicheren Arbeitsplatzes oft gute Konditionen, sodass sie eventuell weniger geneigt sind ein (Vermögens-)Delikt zu begehen, um finanzielle Probleme lösen oder sich einen lang gehegten Traum erfüllen zu können. Auch wenn, wie später noch erläutert, die Aufdeckungswahrscheinlichkeit relativ gering ist, dürfte die negative Generalprävention in Form der Abschreckung hier tatsächlich einmal eine Rolle spielen.

e) *Dunkelfeld*

Auch ein beträchtliches Dunkelfeld trägt seinen Teil zu der geringen praktischen Relevanz bei.¹²² Über dessen Größe lassen sich keine genauen Angaben machen, zumal es bei § 357 StGB nicht einmal Untersuchungen dazu gibt.

¹²⁰ *Meier* (Fn. 119), § 3 Rn. 18.

¹²¹ *Battis*, Kommentar zum Bundesbeamtengesetz; 4. Aufl. 2009, § 41 Rn. 10.

¹²² Dazu kommt bezüglich aller Amts-, Korruptions- und Wettbewerbsdelikte auch die PKS 2013, 8.

Jedoch wird man herkömmlich davon ausgehen können, dass das Dunkelfeld in jedem Fall deutlich größer ist als das Hellfeld, also die Anzahl der bekannt gewordenen Fälle.¹²³

Zunächst zeugt bereits die wohl überdurchschnittlich hohe Aufklärungsquote¹²⁴ von einem großen Dunkelfeld, da man ganz allgemein davon ausgeht, dass eine hohe Aufklärungsquote zugleich ein großes Dunkelfeld nahelegt. Denn in den Fällen, die tatsächlich aufgedeckt werden, steht sehr schnell ein Tatverdächtiger fest, jedoch wird nur ein kleiner Teil der Delikte überhaupt entdeckt und gelangt so ins Hellfeld.¹²⁵

Die niedrige Entdeckungsquote bei § 357 StGB wird vor allem darauf zurückzuführen sein, dass Straftaten nach dieser Vorschrift so gut wie immer nur von der Polizei vollständig aufgeklärt werden können, da dafür in der Regel Akteneinsicht oder Durchsuchungen notwendig sind, die Polizei jedoch größte Schwierigkeiten hat, von solchen Delikten Kenntnis zu erlangen. Häufig funktionieren nämlich die zur Entdeckung eigentlich nötigen Kontrollmechanismen in den Behörden nicht, da Dienst- und Fachaufsichten entweder überhaupt nicht vorhanden sind oder sich der Dienstvorgesetzte, der sich schließlich nach § 357 StGB selbst strafbar gemacht haben könnte, nicht selbst belasten will.¹²⁶ Zudem spielen sich die Taten oftmals im Verborgenen ab und sind von vorneherein auf Verschleierung ausgelegt, sodass es sehr unwahrscheinlich ist, dass ein solches Delikt durch staatliche Stellen selbstständig aufgedeckt wird und an die Oberfläche gelangt.

Dementsprechend kommt der Anzeigebereitschaft Dritter gegenüber Polizei oder Staatsanwaltschaft größte Bedeutung zu. Doch auch diese ist als äußerst gering und für die Strafverfolgung sehr ungünstig einzuschätzen.

Das liegt zum einen daran, dass es bei vielen Taten in diesem Zusammenhang, insbesondere bei Bestechungs-, Betrugs- oder anderen Korruptionsdelikten, häufig gar kein auf den ersten Blick individualisierbares Opfer gibt oder dieses

¹²³ Vgl. *Schwind*, Kriminologie – Eine praxisorientierte Einführung mit Beispielen, 22. Aufl. 2013, § 2 Rn. 66a; *Meier* (Fn. 119), § 5 Rn. 60.

¹²⁴ Ausweislich der PKS 2013, die 357 StGB allerdings nicht gesondert, sondern nur im Zusammenhang mit allen Amts-, Korruptions- und Wettbewerbsdelikten erfasst, liegt die Aufklärungsquote bei durchschnittlich 80 %; für § 357 StGB dürfte da nichts anderes gelten; vgl. PKS 2013, 31.

¹²⁵ *Kreuzer*, Kriminologische Dunkelfeldforschung I. Teil: Theorie und Methodik, NStZ 1994, 10; *Schwind* (Fn. 123), § 2 Rn. 80-82.

¹²⁶ So bezüglich der Korruptionsdelikte im Allgemeinen: *Fiebig/Junker*, Korruption und Untreu im öffentlichen Dienst, Erkennen – Bekämpfen – Vorbeugen, 2. Aufl. 2004, S. 109, Rn. 90; *Dölling*, Grundlagen der Korruptionsbekämpfung in: Handbuch der Korruptionsprävention, 1. Aufl. 2007, S. 32 Rn. 47.

zumindest nicht merkt, dass es Opfer einer Straftat geworden ist.

So wird abseits von Unternehmen, die aufgrund von Bestechungen oder Ähnlichem einen Auftrag nicht bekommen haben, häufig die Allgemeinheit Opfer solcher Taten, wenn sie beispielsweise unter erkaufte Genehmigungen leidet, die so niemals erteilt hätten werden dürfen, oder Steuergelder verschwendet werden.¹²⁷ Ohne ein Opfer im klassischen Sinne fehlt nicht nur der wichtigste Anzeigerstatter, sondern auch ein wichtiger Zeuge im späteren Strafverfahren, sodass es bei den häufig auf Verschleierung und Vertuschung basierenden Straftaten auch zu Beweisproblemen kommt.¹²⁸

Da sich auch der Täter selbst mangels konkreter Aufdeckungswahrscheinlichkeit nicht anzeigen wird, kommt es diesbezüglich vor allem auf andere Mitarbeiter und Kollegen an, die von den Vorgängen erfahren. Aber auch diese gehen nur in den seltensten Fällen zur Polizei, wobei die Gründe hierfür oftmals sehr ähnlich sein dürften. Zum einen möchten die Mitwisser ihre Kollegen nicht in Bedrängnis bringen, da sie sich vor Repressalien innerhalb der Behörde und vor einer zu ihrem Nachteil eintretenden Verschlechterung des Arbeitsklimas fürchten.¹²⁹ Zum anderen ist mit einer solchen Bekanntmachung immer auch ein Ermittlungsverfahren gegen direkte Vorgesetzte verbunden. Bei dessen erfolglosem Ausgang setzt sich der anzeigende Untergebene einem Konflikt mit dem Dienstvorgesetzte aus, der für ihn ausgesprochen unangenehm werden kann. So dürfte dann zum Beispiel die Chance auf eine Beförderung oder andere berufliche Weiterentwicklung, die stark von den Einschätzungen des Vorgesetzten abhängt, erheblich gemindert sein. Möglicherweise erkennen die nicht involvierten Personen die strafbaren Handlungen auch nicht als strafwürdig, insbesondere wenn es kein direktes Opfer gibt. Denkbar ist auch, dass die Verwerflichkeit der Handlung als gering und die Tat als alltäglich und „bei dem geringen Lohn“ nachvollziehbar empfunden wird. Eventuell hoffen sie auch auf ein ähnliches Verhalten der anderen Mitarbeiter ihnen gegenüber, falls sie einmal selbst rechts- oder ordnungswidrige Taten begehen sollten.

Dementsprechend beruhen Ermittlungsverfahren sehr oft auf Zufällen oder Presseveröffentlichungen. Dabei ist es bemerkenswert, dass dann, wenn ein solcher Fall entdeckt wurde, häufig weitere Straftaten in diesem Rahmen be-

¹²⁷ Vgl. *Ax/Schneider*, Rechtshandbuch Korruptionsbekämpfung, Prävention – Compliance – Vergabeverfahren – Sanktionen – Selbstreinigung, 2. Aufl. 2010, S. 54.

¹²⁸ So auch für Korruption im Allgemeinen: *Dölling* (Fn. 126), S. 35, Rn 51; *Wabnitz/Janovsky*, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 4. Aufl. 2014, Kap. 12 Rn. 22.

¹²⁹ *Ax/Schneider* (Fn. 127), S. 54; *Dölling* (Fn. 126), S. 34 Rn. 50.

kannt werden, es also eine Art „Domino-Effekt“ gibt.¹³⁰ Dies könnte möglicherweise auch die „hohe Zahl“ von 38 Verurteilungen aus dem Jahr 2005 erklären.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass § 357 StGB aufgrund des regelmäßigen Fehlens klassischer Anzeigeerstatte innerhalb der Kontroll- und Überwachungsdelikten einzuordnen ist, denen ein erhebliches Dunkelfeld bereits inhärent ist¹³¹. Allerdings dürfte dieses hier durch das Fehlen oder zumindest schlechte Funktionieren der innerbehördlichen Überprüfung und die auch sonst kaum vorhanden Erkenntnisquellen der Polizei besonders groß sein.

5. Kriminalpolitische Notwendigkeit des § 357 StGB

Die dargebrachten Erklärungsansätze können zwar ergänzend zur Erklärung der geringen Fallzahlen herangezogen werden, jedoch können diese dadurch sicherlich nicht vollständig begründet werden, sodass tatsächlich von einer geringen praktischen Notwendigkeit des § 357 StGB ausgegangen werden muss.¹³² Von einem fehlenden kriminalpolitischen Bedürfnis gingen bezüglich der fast wortgleichen Vorgängervorschrift schon *Neumeyer* im Jahr 1905 und auch der E 62 von 1962 aus und forderten eine Streichung des Tatbestandes.¹³³ Bei der Übernahme der Norm in das EGStGB 1974 wurde diese Frage einer späteren Überprüfung vorbehalten.¹³⁴ Da eine solche Überprüfung von Seiten des Gesetzgebers aber seitdem nicht stattgefunden hat, soll sie an dieser Stelle vorgenommen werden.

Für eine Streichung wird neben den nicht zu bestreitenden, aber teilweise erklärbaren niedrigen Fallzahlen vor allem angeführt, dass sich quasi alle relevanten Konstellationen im Rahmen des § 357 StGB auch über die mittelbare Täterschaft, allgemeine Teilnahmeregelungen oder Unterlassungsstrafbarkeiten erfassen lassen.¹³⁵ Bei einer reinen Fixierung des § 357 StGB auf die Tathandlung des Verleitens wäre dieser Auffassung zugute zu halten, dass im Prinzip tatsächlich fast alle denkbaren Fälle entweder über § 26 StGB (bei vorsätzlichen Haupttaten) oder den sowieso vorrangigen § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB (bei fahr-

¹³⁰ So *Dölling* (Fn. 126), S. 34, Rn. 50; *Bannenberg*, Korruption in Deutschland und ihre strafrechtliche Kontrolle: eine kriminologisch-strafrechtliche Analyse; 2002, S. 255-257.

¹³¹ Bezüglich des Begriffs des Kontrolldelikts und des damit einhergehenden Dunkelfelds vgl. *Hettinger*, Das Strafrecht als Büttel? – Fragmentarische Bemerkungen zum Entwurf eines Korruptionsbekämpfungsgesetzes des Bundesrats vom 3. 11. 1995, NJW 1996, 2263 (2266).

¹³² So *Schmitz* (Fn. 2), § 357 Rn. 8; *Will* (Fn. 6), 254, 255.

¹³³ *Neumeyer* (Fn. 116), 517 (522); BT-Drucks. IV/650, 648.

¹³⁴ BT-Drucks. 7/550, 288.

¹³⁵ So *Schmitz* (Fn. 2), § 357 Rn. 8; *Will* (Fn. 6), 254, 255.

lässigen Haupttaten) lösbar sind.

Darüber hinaus begründet § 357 StGB nach der hier vertretenen Ansicht auch keine Strafbarkeit des Vorgesetzten bei einer gutgläubigen Tat seines Untergebenen.

Ein mögliches, wenn auch weniger starkes Argument gegen diese Auffassung wäre die Tatsache, dass der Vorgesetzte eben als Täter und nicht nur als Teilnehmer gem. § 26 StGB verurteilt werden soll, um seine persönliche Schuld deutlich zu machen. Denn nach dem differenzierten Teilnahmesystems des deutschen Strafrechts stellt eine Täterstrafe im Vergleich zu einer Teilnehmerstrafe eine schärfere Sanktion dar.¹³⁶

Auch bezüglich der versuchten Verleitung und des Geschehenlassens, bzw. der §§ 30 Abs. 1, 27, 23 StGB vermögen die obige Ansicht und eine Streichung des § 357 StGB letztlich nicht mehr zu überzeugen. Zunächst ist festzustellen, dass auch §§ 30 Abs. 1, 27, 23 StGB im Gegensatz zu § 357 StGB vorsätzliche Haupttaten voraussetzen, hier aber die Beteiligung bei fahrlässigen Taten nicht einfach über eine mittelbare Täterschaft gelöst werden kann, sodass insbesondere die Beihilfe durch Unterlassen zu einer fahrlässigen Tat nicht mehr strafbar wäre.

Zudem erfasst § 30 Abs. 1 StGB nur Verbrechen, was sich hier als problematisch herausstellt. Wie bereits oben hervorgehoben, stellen die meisten Delikte in diesem Zusammenhang nämlich nur Vergehen dar (§§ 263, 266, 267, 331, 332, 348 StGB). Wenn der untergebene Beamte das Begehen der Straftat ablehnt, was durchaus realistisch erscheint, wäre der Vorgesetzte in all diesen Fällen straflos. Dies widerspricht aber in eklatanter Weise dem Schutzgut der Reinheit der Amtsführung, das allen Amtsdelikten eigen ist und den Vorgesetzten schärfer haften lassen soll, als dies im allgemeinen Teil des StGB der Fall wäre.¹³⁷ Zudem käme dem Vorgesetzten die obligatorische Strafmilderung des § 30 Abs. 1 S. 2 StGB zugute, sodass der Bereich des § 41 Abs. 1 Nr. 1 BBG in weniger Fällen erreicht werden würde. Dies ist angesichts der eher zurückhaltenden Anwendung der §§ 358, 45 Abs. 2 StGB ebenfalls nicht erstrebenswert, da ein solcher Beamter im Staatsapparat nicht tragbar ist und der Verlust der Beamtenstellung möglicherweise abschreckend wirkt.

Dieselbe Strafmilderungsproblematik stellt sich bei der Beihilfe durch Unterlassen, auf die ohne das Geschehenlassen im Sinne des § 357 StGB zurückgegriffen werden müsste.

¹³⁶ So *Schmitz* (Fn. 2), § 357 Rn. 3.

¹³⁷ So auch *Andrews* (Fn. 4), 199, 200.

Darüber hinaus müsste der Vorgesetzte auch noch eine Garantenpflicht aufweisen, was nicht immer der Fall sein wird. Auch dürfte eine Verurteilung wegen Beihilfe in vielen Fällen dem durch den Vorgesetzten verwirklichten Unrecht nicht gerecht werden, da er eben anders als „normale“ Bürger weitergehende Pflichten zur Verbrechensverhinderung innehat.

Eine Abschaffung des § 357 StGB würde folglich zu einigen Strafbarkeitslücken führen, die zwar sicherlich nicht oft relevant werden würden, aber dann umso eklatanter wären. Außerdem würde nicht nur der Abschreckungseffekt des Strafrechts in diesem Bereich verringert werden, zudem könnte eine solche Handlung des Gesetzgebers von der öffentlichen Verwaltung und auch der Bevölkerung als (falsches) Signal einer Entkriminalisierung solcher Taten verstanden werden.

Während ein kriminalpolitisches Bedürfnis auf der Grundlage der negativen Generalprävention wie dargelegt durchaus anzunehmen ist, erscheint ein solches aus Gründen der positiven Generalprävention dagegen schwer begründbar. Zwar ist es durchaus vorstellbar, dass eine vermehrte und erweiterte Anwendung¹³⁸ des § 357 StGB tatsächlich dazu beitragen könnte, dass die Bevölkerung das Vertrauen in die Verwaltung zurückerlangt. Denn es wäre sichtbar, dass dort jegliches die Rechtsordnung gefährdendes Handeln im Amt, insbesondere auch das Akzeptieren von rechtswidrigen Handlungen der Untergebenen, zu einer erheblichen straf- und beamtenrechtlichen Sanktion führt. Dabei dürfte es für die Bevölkerung hinsichtlich des Verleitens angesichts der gleichen Strafdrohung indes unerheblich sein, ob eine Verurteilung aufgrund von § 26 StGB oder § 357 StGB geschieht. Bezüglich des Geschehenlassens gestaltet sich dies aber anders, da zwischen einer Beihilfe und einer Täterschaft auch aus Sicht der Bevölkerung ein erheblicher Unterschied besteht und solche Vorgesetzten eine (deutlich härtere) Täterstrafe „verdient“ haben.

Nach den jetzigen Fallzahlen ist diese wünschenswerte Beeinflussung aber kaum vorstellbar, da ein Tatbestand, der kaum zur Anwendung kommt, sicherlich nicht das Normvertrauen der Allgemeinheit stärkt.

Andererseits dürfte § 357 StGB dieses Normvertrauen aber auch nicht mindern, da er so unbekannt ist, dass der Großteil der Bevölkerung vermutlich nichts von seiner Existenz weiß und dann auch nicht aufgrund der geringen Verurteilungszahlen den Gedanken hegen könnte, dass in diesem Bereich von Seiten der Justiz weniger genau hingesehen wird.

Somit hat § 357 StGB schlicht keinen Einfluss auf das Rechtsvertrauen der

¹³⁸ So hier favorisiert, vgl. Abschnitt **IV**.

Allgemeinheit, sodass die positive Generalprävention zu vernachlässigen ist.

Gegen eine Streichung des § 357 StGB spricht zudem noch, dass die Norm das eine oder andere Mal (wie 2005) doch bedeutsam wurde und man deshalb auch hinsichtlich der Fallzahlen zwar von einem geringen, jedoch nicht von einem gänzlich fehlenden kriminalpolitischen Bedürfnis sprechen kann.

IV. Gesetzesänderungen

Nach der hier vertretenen Meinung hat § 357 StGB trotz aller Gegenstimmen einen kriminalpolitischen Sinn. Dennoch ist der Tatbestand bei weitem nicht perfekt, sodass man über Gesetzesänderungen nachdenken sollte.

1. Wortlautanpassungen

Zunächst empfehlen sich einige kleinere Anpassungen des Wortlauts, um Probleme des Tatbestands zu lösen. Zuerst sollte „Vorgesetzter“ und „Untergebener“ in der geltenden Fassung¹³⁹ des § 357 StGB durch „vorgesetzter Amtsträger“ und „untergebener Amtsträger“ ersetzt werden, um die Streitigkeiten diesbezüglich angemessen zu lösen.¹⁴⁰ Weiterhin wäre es sicherlich anzuraten, den Wortlaut des § 357 Abs. 2 StGB hinsichtlich der „begangenen Tat“ auf „begangene oder zu begehende Tat“ zu erweitern, um die bisher wegen Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB nicht mögliche, aber sinnvolle Einbeziehung des versuchten Verleitens in § 357 Abs. 2 StGB zu ermöglichen.¹⁴¹ Auch ein Hinweis darauf, dass § 13 Abs. 2 StGB beim Geschehenlassen nicht anwendbar ist, wäre erstrebenswert.

2. Einbeziehung gutgläubiger Taten

Wie bereits dargestellt, ergibt sich in Fällen, in denen der Untergebene noch nicht einmal fahrlässig handelt und es dem Vorgesetzten an der erforderlichen Täterqualität fehlt, de lege lata eine Strafbarkeitslücke.

Da es aber eigentlich keinen Grund gibt, den Vorgesetzten in diesen Fällen zu privilegieren, könnte man erwägen, auch solche Konstellationen in § 357 StGB aufzunehmen. Ein solches Ansinnen wäre zwar verständlich, allerdings dürfte sich die Umsetzung als ausgesprochen diffizil erweisen.

Schließlich kann man nicht einfach einen Halbsatz wie „... rechtswidrige Tat, die weder vorsätzlich noch fahrlässig sein muss“ in § 357 StGB einfügen, ohne

¹³⁹ Zu einer Erstreckung auf private Vorgesetzte vgl. Abschnitt **IV. 4.**

¹⁴⁰ So auch *Andrens* (Fn. 4), 201.

¹⁴¹ So auch *Andrens* (Fn. 4), 201; unklar bei *Finke* (Fn. 94), 73 Fn. 293; vgl. Abschnitt **II. 5. b) bb) (2).**

in erhebliche denklagische Schwierigkeiten innerhalb des Tatbestands zu geraten und darüber hinaus unlösbare Widersprüche mit § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB, der gerade definiert, was unter einer „Tat“ zu verstehen ist, herbeizuführen. Diese Norm zu ändern, geht angesichts der geringen praktischen Bedeutung dieser Fallgruppe allerdings deutlich zu weit, zumal das erhebliche Auswirkungen auf das gesamte StGB haben würde. Mit dieser Strafbarkeitslücke wird man daher leben müssen.

3. Gesetzliche Gewährung eines Rücktrittsrechts

Sinnvoll wäre eine Ersetzung der hier altertümlichen Formulierung des „Unternehmens“ durch „Versuch des Verleitens“¹⁴² unter einem gleichzeitigen Verweis, dass ein Rücktritt (nur) über § 24 Abs. 2 StGB möglich ist.

4. Verpflichtende Anordnung des Verlusts des Beamtenstatus

Um die Abschreckungswirkung des § 357 StGB noch zu verstärken, könnte dort ein dritter Absatz eingefügt werden, der als grundsätzlich zwingende Rechtsfolge bei jeglicher Verurteilung oder zumindest bei der Verhängung einer Freiheitsstrafe nach dieser Norm den Verlust des Beamtenstatus zur Folge hat. Dabei sollte man allerdings über eine Härteklausele für Ausnahmefälle nachdenken. Ein solches Ergebnis dürfte sich zwar nach der Gesetzeslage in vielen Fällen auch ohne einen solchen Zusatz erreichen lassen, aber eben nicht in allen. Namentlich fehlt diese Möglichkeit bei Geldstrafen oder Freiheitsstrafen unter sechs Monaten. Aufgrund der restriktiven Handhabung der §§ 358, 45 Abs. 2 StGB kommt es auch bei Freiheitsstrafen zwischen sechs und zwölf Monaten nicht immer zu einer Aberkennung des Beamtenstatus. Diese wäre aber wünschenswert, auch aus Gründen der Reinhaltung der Amtsführung und des Vertrauens der Bevölkerung in die Behörden, dem für die Funktionsfähigkeit der Verwaltung höchste Bedeutung¹⁴³ beikommt. Zudem könnte ein entsprechender Absatz auch eine Signalwirkung haben.

5. Strafmilderungsprivilegien

Um die geringe Aufdeckungswahrscheinlichkeit zu erhöhen, wäre eine Vorschrift in Betracht zu ziehen, die den Haupttäter bei einer Selbst- und der damit verbundenen Fremdanzeige des Vorgesetzten mit einer verpflichtenden und explizit geregelten Strafmilderung, nicht aber mit Straffreiheit privilegiert. Natürlich müsste diese an enge Voraussetzungen geknüpft werden. Insbesondere sollte die Norm nur dann greifen, wenn die Tat noch nicht durch Polizei oder Staatsanwaltschaft aufgedeckt wurde, da eine Überführung den Vorgesetzten

¹⁴² So auch *Andrews* (Fn. 4), 201.

¹⁴³ So auch *Dölling* (Fn. 19), E III 1. a), S. 50.

dann relativ einfach sein dürfte. In diesem Fall liegt es nahe, dass der Untergebene den Vorgesetzten ohnehin belasten wird, um für sich Vorteile zu erreichen, sodass die Aufklärungshilfe in diesem Stadium nur noch bei der Strafzumessung berücksichtigt werden darf. Als Vorbilder innerhalb des geltenden Rechts könnten dabei die Kronzeugenregelungen des § 261 Abs. 9 StGB oder des § 31 BtMG dienen.¹⁴⁴

Ein theoretisch denkbare Selbstanzeigeprivileg für den Vorgesetzten sollte dagegen nicht eingeführt werden, da es nicht nur der ratio des § 357 StGB zuwider laufen würde, sondern wohl auch bedeutungslos wäre. Ein solches Privileg dürfte, wie beim Untergebenen, auch nur vor der Entdeckung der Tat durch behördliche Stellen eingreifen, da sonst eine nicht honorable Leistung belohnt werden würde. Eine Situation in der der Vorgesetzte – ohne Anhaltspunkte für eine Entdeckung der Tat – diese freiwillig aufklären und sich selbst schwer belasten würde, ist aber kaum denkbar. Zum einen hat der Vorgesetzte durch seine Tat deutlich gezeigt, dass er über eine erhebliche kriminelle Energie verfügt, sodass eine Selbstanzeige aus Reue oder ähnlichen Gründen ausgesprochen fernliegend erscheint. Zum anderen muss der Vorgesetzte, anders als der Untergebene sicherlich nicht diesen Weg gehen und die erheblichen Rechtsfolgen auf sich nehmen, um seinem Untergebenen (berufliche und private) Probleme zu bereiten, da ihm dafür die dienstlichen Mittel mehr als ausreichen dürften. Ein etwaiges, gegen den Sinn des § 357 StGB verstoßendes Privileg würde also ohnehin leer laufen.

6. Erstreckung des § 357 StGB auf private Vorgesetzte

Eine sehr interessante Diskussion in diesem Zusammenhang dreht sich um die Frage, ob auch die weisungsberechtigten Vorgesetzten von Privatunternehmen genauso wie Amtsvorgesetzte weitergehend für fremdes Verhalten einstehen und haften sollen anstatt nach den Regelungen über unmittelbare und mittelbare Täterschaft oder den allgemeinen Teilnahmeregeln.

Die Literatur, die in diesem Bereich – anders als der *BGH* – eine mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft größtenteils ablehnt, sieht hier offensichtlich ein Bedürfnis dafür, die Vorgesetzten aufgrund ihrer besonderen Stellung und Verantwortung und auch aufgrund der Größe der Rechtsgutsgefährdungen schärfer als normale Täter haften zu lassen.

Tiedemann befürwortet deshalb eine allgemeine Vorschrift, die wohl innerhalb des Allgemeinen Teils des StGB am besten aufgehoben wäre. Diese soll festlegen, dass gewisse Personen, darunter auch Inhaber eines Unternehmens, die

¹⁴⁴ So für die Bestechungsdelikte im Allgemeinen *Dölling* (Fn. 19), F IV 1. j), S. 112.

dafür einzustehen haben, dass keine Straftaten verübt werden, als Täter bestraft werden.¹⁴⁵

Demgegenüber möchten andere Autoren an § 357 StGB selbst ansetzen. Dieser soll auf weisungsberechtigte Vorgesetzte und weisungsverpflichtete Untergebene erstreckt werden und so auch für diese eine sehr weitgehende strafrechtliche Verantwortlichkeit begründen.¹⁴⁶ Um eine ausufernde Haftung zu vermeiden, wird aber richtigerweise verlangt, dass es sich dann bei der Straftat um eine betriebs- oder unternehmensbezogene Straftat handeln müsse, und es gerade nicht ausreiche, dass ein Vorgesetzter eine private Straftat seines Untergebenen geschehen lasse, da er diesbezüglich nicht anders zu behandeln sei als jede andere Person.¹⁴⁷ Schließlich muss auch bei einem Amtsträger die Tat in Zusammenhang mit dessen Amtsführung stehen.

Schwierig wäre diesbezüglich allerdings die systematische Stellung des § 357 StGB, da er dann nur noch zu einem (in der Praxis wahrscheinlich sehr kleinen) Teil ein Amtsdelikt darstellt. Auch dürfte es in einigen Fällen zu Diskussionen kommen, was unter einer betriebsbezogenen Tat zu verstehen ist und wie weit die Haftung des Vorgesetzten tatsächlich geht.

Insbesondere bei sehr großen Betrieben dürfte außerdem das subjektive Element des Tatbestandes problematisch sein. Während bei der aktuellen Fassung des § 357 StGB *dolus eventualis* ausreicht, wohl da den Amtsvorgesetzten eine besondere Fürsorgepflicht und Kontrollpflicht trifft, dürfte dieses für private Vorgesetzte zu weitgehend sein.

Ein „Billigen und für möglich Halten“ etwaiger Straftaten wird durch die Gerichte in diesem Zusammenhang aufgrund mangelnder und in ausreichender Form auch schwer durchführbarer Kontrollen wohl sehr oft angenommen werden.

Gerade in sehr großen Unternehmen scheint eine solch strenge (Überwachungs-)Pflicht des Vorgesetzten übertrieben, sodass für diese zumindest *dolus directus* 2. Grades, also sicheres Wissen, bezüglich der Straftat zu fordern sein wird. Eine Vorschrift nach der Idee *Tiedemanns* ist zwar von ihrer systematischen Stellung her eindeutiger, birgt aber aufgrund ihrer nur unklar formulier-

¹⁴⁵ *Tiedemann*, Die Regelung von Täterschaft und Teilnahme im europäischen Strafrecht – Stand, Harmonisierungstendenzen und Modellvorschläge, in: FS Nishihara 1. Aufl. 1998, 496 (511).

¹⁴⁶ *Roxin*, Organisationsherrschaft als eigenständige Form mittelbarer Täterschaft, ZStrR 2007, 1 (21, 22); *Bottke*, Täterschaft und Teilnahme im deutschen Wirtschaftskriminalrecht – de lege lata und de lege ferenda, JuS 2002, 320 (324).

¹⁴⁷ So zumindest im Entwurf von *Bottke* (Fn. 146), 320 (324).

ten Einstehungspflicht die Gefahr einer zu strengen und überbordenden strafrechtlichen Verantwortung. Zudem wird man sich über die Kriterien für eine relevante Verantwortlichkeit vortrefflich streiten können, sodass eine in diesem Bereich nicht tolerierbare Rechtsunsicherheit entstehen würde.

Deshalb sollte eine dem § 357 StGB ähnliche, aber in oben angesprochenen Punkten eigenständige und sehr klar und eindeutig formulierte Regelung angedacht werden. Dabei wäre es auch möglich, § 357 Abs. 1 und Abs. 2 StGB in ihrer jetzigen Form bestehen zu lassen und entweder einen Abs. 3 oder, besser noch, eine vollkommen eigenständige Regelung einzuführen. Dies wäre gerade auch hinsichtlich der sonstigen Rechtsfolgen übersichtlicher, wobei sich natürlich das Problem der systematischen Verortung im StGB stellen würde.

V. Fazit

Trotz der geringen Fallzahlen kann eine Aufhebung des § 357 StGB nicht empfohlen werden. Aus kriminalpolitischen Gesichtspunkten handelt es sich hierbei zwar um eine selten zur Anwendung kommende, aber dennoch sinnvolle Vorschrift.

Allerdings sollte der Tatbestand wie beschrieben auf jeden Fall zumindest sprachlich modernisiert werden. Aufgrund der sehr altertümlichen Formulierung, die wie dargestellt auch in einigen Punkten inhaltlich kaum nachvollziehbar ist, bereitet § 357 StGB in seiner jetzigen Fassung doch erhebliche Auslegungsschwierigkeiten. Hierbei fällt auf, dass sich der Großteil der Literatur bei manchen Fragen, insbesondere bei der Problematik einer gutgläubigen Haupttat und der zu begehenden Tat im Sinne von § 357 Abs. 2 StGB, über das (eigentlich auch sinnvolle) Ergebnis einig zu sein scheint, auch wenn der eindeutige Wortlaut des StGB und damit das Analogieverbot aus § 1 StGB, Art. 103 Abs. 2 GG entgegenstehen.

Eine solche Auslegung ist aber mehr als bedenklich und sollte durch den Gesetzgeber entweder mittels einer Gesetzesänderung bestätigt bzw. ermöglicht oder endgültig verhindert werden.

Darüber hinaus sollte der § 357 StGB aber auch inhaltlich erweitert werden, um der Norm eine größere Bedeutung zukommen zu lassen und so auch ein deutliches Signal hinsichtlich der Erheblichkeit entsprechender strafbarer Handlungen zu senden. Insbesondere eine Anwendbarkeit in der Privatwirtschaft dürfte angesichts des erheblichen Kriminalitätsrisikos in diesem Bereich sinnvoll sein.

Pauline Grotz/Stephan Makowka/PD Dr. Sebastian Omlor,
LL.M. (NYU), LL.M. Eur.*

**Vertragsanpassung im englischen, US-
amerikanischen und deutschen Privatrecht – Eine
rechtsvergleichende Betrachtung der
consideration-Doktrin in ihrer Ausprägung als *pre-
existing duty rule* anhand der Entscheidungen
*Williams v Roffey Brothers & Nicholls
(Contractors) Ltd.* und *Angel v Murray***

Abstract

Der folgende Beitrag untersucht rechtsvergleichend die Problemkonstellation der Vertragsanpassung hinsichtlich der Lösungsmodelle in den *Common Law*-Rechtsordnungen in England und den USA vor dem Hintergrund der *pre-existing duty rule* als Ausprägung der *consideration*-Doktrin. Dies erfolgt als praktische Rechtsvergleichung durch Darstellung und Analyse der Entscheidungen *Williams v Roffey Brothers & Nicholls (Contractors) Ltd.*, [1990] 1 All ER 512 für England und *Angel v Murray*, 322 A.2d 630 (RI 1974) für die USA.

* Pauline Grotz und Stephan Makowka studieren seit dem Wintersemester 2012/2013 Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Pauline Grotz ist studentische Hilfskraft am Lehrstuhl von Professor Dr. Marc-Philippe Weller am Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht.

Die Grundlage des folgenden Beitrags bilden die schriftlichen Ausarbeitungen der im Rahmen der Vorlesung Rechtsvergleichung im Sommersemester 2014 an der Universität Heidelberg von Pauline Grotz und Stephan Makowka bei PD Dr. Sebastian Omlor, LL.M. (NYU), LL.M. Eur. gehaltenen Referate. Letzterer vertritt im Sommersemester 2015 die Professur im Institut für Wirtschaftsrecht, Arbeits- und Sozialrecht (Abteilung 1) der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg.

I. Einführung

Ein Apartmentkomplex in London, Streitigkeiten wegen der städtischen Müllentsorgung und aufmüpfige Seeleute vergangener Jahrhunderte haben auf den ersten Blick nicht viel gemeinsam. Hierauf beziehen sich jedoch bedeutende Gerichtsentscheidungen aus dem *Common Law*. Ihnen zugrunde liegt eine für in kontinentalen Rechtsordnungen sozialisierte Juristen wohl befremdlich anmutende Besonderheit des *Common Law*: die *consideration*-Doktrin in ihrer Ausprägung als *pre-existing duty rule* bei Vertragsanpassungen.¹ Diese soll zunächst im Folgenden kurz erläutert werden.

1. *consideration*-Doktrin

„An Englishman is liable, not because he has made a promise, but because he has made a bargain.“² Nach diesem *bargain principle* sind Versprechen aus purer Freigiebigkeit nicht klagbar, es ist vielmehr ein *bargain*, ein Geschäft, erforderlich. Damit eine Parteiabsprache rechtsverbindlich ist, bedarf es im *Common Law* über das Konsensprinzip im engeren Sinn³ mit Angebot und Annahme hinaus zusätzlich einer *consideration*.⁴ Das Versprechen muss hierfür um einer Gegenleistung willen als *quid pro quo* abgegeben sein,⁵ wobei jeder einen Vorteil (*benefit*) auf Kosten des anderen (*detriment*) erlangt.⁶ Fehlt es daran, liegt keine *consideration* vor, wodurch das Versprechen undurchsetzbar wird.⁷ Für eine *consideration* müssen sich Leistung und Gegenleistung nicht wertmäßig entsprechen („*consideration need not to adequate*“⁸),⁹ vielmehr reicht das sprichwörtliche *peppercorn*¹⁰ als Gegenleistung. Allerdings muss die *consideration* zumindest irgendeinen Wert haben („*some value in the eye of the law*“¹¹),¹² d.h. ausreichend (*sufficient*¹³) sein. Zudem ist

¹ Weiterführend: Friedl, Consideration und Promissory Estoppel bei Vertragsänderungen im englischen Recht, 1993 (passim); Frombolzer, Consideration – US-amerikanisches Recht im Vergleich zum deutschen, 1997 (passim).

² *Cheshire/Fifoot/Furmston*, Law of Contract, 2007, 38.

³ Vertiefend: Weller, Die Vertragstreue: Vertragsbindung - Naturalerfüllungsgrundsatz - Leistungstreue, 2009, 65 ff.; Ders., Das Vertrags- und Konsensprinzip, in: Gedächtnisschrift für Ulrich Hübner, 2012, 435 ff.

⁴ Bernstorff, Einführung in das englische Recht, 2011, 48.

⁵ Kötz, Europäisches Vertragsrecht I, 1996, 86.

⁶ Atiyah, Consideration: A Restatement, 1986, 85; Peel/Treitel, The Law of Contract, 2007, 3-004.

⁷ Beatson/Burrows/Cartwright, Anson's Law of Contract, 2010, 93.

⁸ *Chappell & Co. Ltd. v Nestle Ltd.* (1959) 2 All ER 701.

⁹ Beale et al., Chitty on Contracts, 2012, 3-014.

¹⁰ Hay, US-Amerikanisches Recht, 2011, 300; Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 1996, 385.

¹¹ *Bunn v Guy* (1803) 4 East 190.

¹² *Chitty* (Fn. 9), 3-022.

erforderlich, dass sie rechtmäßig ist und sich auf eine gegenwärtige oder künftige Gegenleistung bezieht („*consideration must not be past*“¹⁴).¹⁵ Die Gegenleistung hat vom Versprechensempfänger auszugehen („*consideration must move from the promisee*“¹⁶).¹⁷ Das Erfordernis einer *consideration* dient als Seriositätsindiz. Erlangt jemand durch das Geschäft einen Vorteil, liegt nahe, dass es ernsthaft gewollt war. Außerdem schützt das Erfordernis einer *consideration* den Leichtsinigen vor übereilter rechtlicher Bindung.¹⁸ Das *consideration*-Erfordernis kann durch ein *deed*, d.h. eine (gesiegelte) Urkunde,¹⁹ oder eine triviale Gegenleistung umgangen werden.

2. Vertragsänderung und *pre-existing duty rule*

Eine *consideration* muss auch bei einer Vertragsänderung vorliegen.²⁰ Aus dem Erfordernis der *sufficiency of consideration* folgt, dass man einen *legal value* erhalten muss. Dies führt zur *pre-existing duty rule*. Demnach ist das nochmalige Versprechen einer bereits bestehenden Verpflichtung keine *consideration*.²¹ Vielmehr bedarf es einer *fresh consideration*, eines über das bisherige Gegenversprechen hinausgehenden Vorteils. Bei einer Vertragsänderung, durch die nur eine Partei einen Vorteil erhält, fehlt es an einer *consideration*.²² Dadurch soll vor allem in Fällen von Zwang und Drohung die schwächere Vertragspartei geschützt werden. Das *consideration*-Erfordernis steht jedoch der Vertragsfreiheit entgegen und führt für durch kontinentale Rechtsordnungen sozialisierte Juristen zu merkwürdigen Ergebnissen.²³ In der Kritik steht die *consideration*-Doktrin vor allem wegen dieser Ausprägung als *pre-existing duty rule*.²⁴

Im Folgenden soll durch die Darstellung und Analyse zweier ausländischer Gerichtsentscheidungen ein Blick auf die Problemkonstellation der Vertragsanpassung hinsichtlich der *consideration*-Doktrin im *Common Law* geworfen werden.²⁵ Zunächst wird dabei für England das Urteil *Williams v Raffey Brothers &*

¹³ *Chitty* (Fn. 9), 3-005.

¹⁴ *Re Mc Ardle* (1951) Ch. 669.

¹⁵ *Chitty* (Fn. 9), 3-026.

¹⁶ *Thomas v Thomas* (1842) 2 Q.B. 851, 859.

¹⁷ *Chitty* (Fn. 9), 3-036.

¹⁸ *Hippel*, Die Kontrolle der Vertragsfreiheit nach anglo-amerikanischem Recht, 1963, 74; *Patterson*, An Apology for Consideration, 1958 58 Columbia L.R. 929, 949 f., 963.

¹⁹ *Kötz* (Fn. 5), 125.

²⁰ *Calamari/Perillo*, The Law of Contracts, 1998, § 4.9 (a).

²¹ *Anson's* (Fn. 7), 104; *Fromholzger* (Fn. 1), 131.

²² *Peel/Treitel* (Fn. 6), 3-064.

²³ *Zweigert/Kötz* (Fn. 10), 387.

²⁴ *Patterson* 1958 58 Columbia L.R. 929, 936.

²⁵ Vgl. einführend zum Präjudizienrecht *Lundmark*, JuS 2000, 546 ff.

*Nicholls (Contractors) Ltd.*²⁶ näher besprochen. Sodann folgt für die USA eine Untersuchung des Urteils *Angel v Murray*²⁷. Schließlich werden die einzelnen Instrumente zur Vertragsanpassung in den dargestellten Rechtsordnungen hinsichtlich des deutschen Rechts rechtsvergleichend betrachtet und in einen internationalen Kontext gestellt.

II. Darstellung und Analyse des englischen *Common Law* anhand von *Williams v Roffey Brothers & Nicholls (Contractors) Ltd.*

Für das englische *Common Law*²⁸ erfolgt die Untersuchung zur Vertragsänderung hinsichtlich der *consideration*-Doktrin in ihrer Ausprägung als *pre-existing duty rule* durch Darstellung und Analyse des Urteils *Williams v Roffey Brothers & Nicholls (Contractors) Ltd.*²⁹ Dabei wird zunächst der zugrundeliegende Sachverhalt skizziert. Es folgt die Erläuterung der Entscheidung des *Court of Appeal*, wobei insbesondere eingegangen wird auf die Neudefinition der *consideration*. Einem *Case Law System* entsprechend ist der Blick dabei stets zu richten auf frühere Entscheidungen ähnlicher Thematik. Diese sind *Stilk v Myrick*³⁰ als Ausgangsfall zur *consideration* im englischen *Common Law* sowie exemplarisch *Ward v Byham*³¹. Sodann folgen Kritik, Einordnung und Wirkung der Entscheidung *Williams v Roffey Brothers & Nicholls (Contractors) Ltd.* aus Sicht der englischen Rechtsordnung.

1. Sachverhalt

Das Bauunternehmen *Roffey Brothers & Nicholls (Contractors) Ltd.* (R) verpflichtet sich im September 1985 vertraglich gegenüber der *Shepherds Bush Housing Association Ltd.* (S) dazu, 27 Wohnungen in dem Apartmentkomplex zu renovieren. Bei Nichteinhaltung einer Frist droht R eine Vertragsstrafe (*penalty clause*). Im Rahmen dieses Projekts schließt R am 21.1.1986 einen schriftlichen Vertrag mit dem Handwerker und Subunternehmer *Lester Williams* (W) über die Renovierung der 27 Wohnungen für £ 20.000. Im März 1986 gerät W in finanzielle Schwierigkeiten. Wie R und W wussten, war der vereinbarte Werklohn zu nied-

²⁶ [1990] 1 All ER 512. Weiterführend: *Träger*, Die Auswirkungen der Entscheidung *Williams v Roffey* auf das klassische *consideration*-Erfordernis im englischen Recht, 2009 (passim); Entscheidungsbesprechungen: *Adams/Bronnsword*, Contract, Consideration and the Critical Path, 1990 53 MLR 536 ff.; *Halson*, Sailors, Sub-Contractors and Consideration, 1990 106 LQR 183 ff.; *Phang*, Consideration at the Crossroads, 1991 107 LQR 21 ff.

²⁷ 322 A.2d 630 (RI 1974).

²⁸ Vgl. zur allgemeinen Einführung *Häcker*, JuS 2014, 872 ff.

²⁹ [1990] 1 All ER 512.

³⁰ (1809) 2 Camp. 317.

³¹ [1956] All ER 318.

rig, um auch nur Ws Eigenkosten decken zu können. W teilt R mit, dass er die Arbeit nicht zum vereinbarten Betrag wird erledigen können. Bis zum 9.4.1986 hat W neun Wohnungen und das Dach des Apartmentkomplexes fertig renoviert und bereits £ 16.200 erhalten. Auf Initiative von R kommt es am 9.4.1986 zu neuen Verhandlungen. Es wird ein Bonus von £ 575 für jede weitere rechtzeitig fertiggestellte Wohnung vereinbart. Insgesamt beliefe sich der Bonus für die 18 ausstehenden Wohnungen auf £ 10.300. W arbeitet weiter, erhält noch £ 1.500 und stellt bis zum Mai 1986 acht weitere Wohnungen bis auf kleinere Defekte fertig. Als die Zahlung des vereinbarten Bonus ausbleibt, legt W die Arbeit nieder und klagt auf Zahlung des Bonus für die acht Wohnungen in Höhe von £ 4.600 abzüglich £ 1.900 wegen der nur teilweisen Fertigstellung und kleinerer Defekte sowie die noch ausstehende Zahlung des ursprünglich vereinbarten Betrages in Höhe von £ 2.300. Zentral ist die Frage nach der Wirksamkeit der Forderungserhöhung und damit nach der Wirksamkeit der mündlichen Vertragsänderung.³²

2. Urteil des *Court of Appeal* und frühere Entscheidungen

Der Handwerker W erhält die Bonuszahlung, wenn für das Änderungsversprechen zwischen W und R eine *consideration* vorliegt. Entscheidend ist, dass jeder einen Vorteil erlangt. Für W besteht der Vorteil in der Bonuszahlung. R umgeht durch rechtzeitige Renovierung der Wohnungen die Zahlung der Vertragsstrafe an S und vermeidet den Aufwand und die Kosten, einen neuen Handwerker zu suchen.³³ Allerdings erfolgt die Verhinderung dieser Nachteile bereits aus der Erfüllung des Ausgangsvertrags, nicht erst aus der späteren Vereinbarung. Es liegt kein Vorteil im rechtlichen Sinn (*legal benefit*),³⁴ sondern lediglich ein praktischer Vorteil (*practical benefit*) vor.³⁵

In einem *Case Law System* ist der Blick stets zu richten auf vorangegangene Entscheidungen ähnlicher Thematik.³⁶ Im Folgenden werden die Urteile *Stilk v Myrick*³⁷ und (exemplarisch) *Ward v Byham*³⁸ hinsichtlich ihres Verhältnisses zu *Williams v Roffey* besprochen. Zudem soll das Rechtsinstitut des *economic duress* als Konkurrenzmodell zur *consideration* erläutert werden.

a) *Stilk v Myrick*

³² [1990] 1 All ER 512, 517 ff.

³³ [1990] 1 All ER 512, 518.

³⁴ *Peel/Treitel* (Fn. 6), 3-006.

³⁵ [1990] 1 All ER 512, 518.

³⁶ Vgl. *Häcker*, JuS 2014, 872 874 f.

³⁷ (1809) 2 Camp. 317.

³⁸ [1956] All ER 318.

Die Entscheidung *Stilk v Myrick*³⁹ stellt den Ausgangsfall zur *consideration* bei Änderungsversprechen dar. Bei *Williams v Roffey* handele es sich in den Worten von Lord Justice Purchas um einen „classic *Stilk v Myrick case*“.⁴⁰ Es geht um eine Schiffsreise, in deren Verlauf zwei Matrosen desertieren, woraufhin sich der Kapitän nach Drohung der Matrosen mit ihnen auf die Zahlung eines Heuerzuschlags einigt, sollte das Schiff sicher den Heimathafen erreichen.⁴¹ Für die Matrosen besteht der Vorteil in der Zahlung des Bonus, der Kapitän hat den praktischen Vorteil, dass das Schiff sicher zurückgesegelt wird. Allerdings erfolgt auch hier die Verhinderung der Nachteile bereits durch den Ausgangsvertrag und nicht erst durch die spätere Vertragsänderung. In London verweigert der Kapitän die Zahlung und führt an, die Matrosen seien ohnehin per Vertrag zur Arbeit verpflichtet gewesen. Außerdem hatten die Matrosen gedroht, nicht weiterzuarbeiten, sollte der Bonus nicht versprochen werden. Die *consideration*-Doktrin als *pre-existing duty rule* schützt gerade vor der Ausnutzung solcher Zwangslagen. Es liegt kein *benefit in law* und damit keine *fresh consideration* vor.⁴² Die Matrosen erhalten somit keinen Heuerzuschlag.

b) *Ward v Byham*

*Ward v Byham*⁴³ hat das *consideration*-Erfordernis bei der Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht zum Gegenstand. Die Klägerin lebte mit dem Beklagten fünf Jahre unverheiratet zusammen und zeugte ein Kind. Nach Beendigung der Beziehung verspricht der Vater der Mutter eine regelmäßige Zahlung für das Kind, damit es umsorgt und glücklich sei. Allerdings verweigert der Vater die Zahlung und beruft sich darauf, dass die Mutter ohnehin gesetzlich verpflichtet sei, für das Kind zu sorgen. Der Vorteil für die Mutter liege in der Zahlung des Geldes für die gemeinsame Tochter. In der Entscheidung wird von Lord Justice Denning ausgeführt, dass der Vater den praktischen Vorteil habe, das Kind von der Mutter gut versorgt zu wissen. Die anderen Richter stellen darauf ab, dass die Mutter über die Sorge für das Kind hinaus versprochen habe, dieses glücklich zu machen.⁴⁴ Damit habe sie mehr getan als sie gesetzlich zu tun verpflichtet gewesen sei. Diesen *practical benefit* lässt das Gericht als *consideration* genügen, was einen ersten Angriff auf die *pre-existing duty rule* darstellt.

c) economic duress

³⁹ (1809) 2 Camp. 317.

⁴⁰ [1990] 1 All ER 512, 527.

⁴¹ [1990] 1 All ER 512, 518.

⁴² Ebd.

⁴³ [1956] All ER 318.

⁴⁴ [1956] 2 All ER 318, 320.

Droht eine Vertragspartei, den Vertrag ohne zusätzliche Zahlung nicht zu erfüllen, wird dies bei Schuldverhältnissen über längere Dauer, wie beispielsweise Bauverträgen, praktisch sehr wirksam sein, da die Erfüllung durch einen anderen zu Mehrkosten und Verzögerungen führt.⁴⁵ Die Verhinderung von *economic duress* dient dem Schutz vor Ausnutzung von Zwang und Drohung. Das Versprechen einer Bonuszahlung ist undurchsetzbar, wenn es unter Zwang, also unter Ausnutzung einer dominanten Geschäftsposition, abgegeben wurde.⁴⁶ Die Kontrolle von Drohung und Zwang erfolgt direkt, nicht auf dem Umweg über eine *consideration*, die mit der *pre-existing duty rule* nicht zwischen Vertragsänderungen unter Drohung und solchen ohne differenziert.⁴⁷ Aus heutiger Perspektive liegt das Problem in *Stilk v Myrick* weniger bei der *consideration* als im Bereich von *economic duress*.⁴⁸ Die Matrosen hätten wegen *economic duress* den Heuerzuschlag nicht erhalten dürfen.⁴⁹ Ein Schutz vor Drohung und Zwang war zu der Zeit aber nur indirekt über die *consideration* möglich, da das Rechtsinstitut der *economic duress* noch nicht hinreichend weit entwickelt war.

In *Williams v Roffey* lehnt das Gericht Drohung oder Zwang ab.⁵⁰ W hat R lediglich darauf hingewiesen, zum vereinbarten Betrag nicht rechtzeitig fertig zu werden. Beide Parteien wussten, dass der vereinbarte Betrag zu niedrig war. Die Vertragsänderung beruhte außerdem auf dem wohlbedachten Vorschlag des Bauunternehmers R.⁵¹ Die Änderung lag im kaufmännischen Interesse beider Parteien.

d) Neudefinition der consideration

Unter Zugrundelegung der Grundsätze in *Stilk v Myrick* wäre das Änderungsversprechen in *Williams v Roffey* mangels *benefit in law* und damit mangels *consideration* undurchsetzbar. Die *consideration*-Doktrin in ihrer Ausprägung der *pre-existing duty* Lehre soll vor dem Ausnutzen von Zwangslagen wie in *Stilk v Myrick* schützen. Eine derartige Zwangslage lag in *Williams v Roffey* nicht vor. Die Zahlung des Bonusbetrages dennoch an der *consideration* scheitern zu lassen, erscheint vor diesem Hintergrund fragwürdig. Lord Justice Glidewell stellt in *Willi-*

⁴⁵ *Cheshire/Fifoot/Furmston* (Fn. 2), 119.

⁴⁶ *Calamari/Perillo* (Fn. 20), § 5.15.

⁴⁷ *Farnsworth*, Contracts, 1982, § 4.21 271.

⁴⁸ [1990] 1 All ER 512, 525 f.

⁴⁹ *Zweigert/Kötz* (Fn. 10), 387 f.

⁵⁰ [1990] 1 All ER 512, 522 (Lord Justice Glidewell), 523 (Lord Justice Russell), 526 (Lord Justice Purchas).

⁵¹ [1990] 1 All ER 512, 526.

ams v Roffey deshalb folgende Kriterien auf, die für eine *consideration* erforderlich sind:⁵²

- ein Vertrag zwischen A (*Williams*) und B (*Roffey*);
- bevor erfüllt wurde, hat B (*Roffey*) Zweifel, ob A (*Williams*) erfüllen kann;
- B (*Roffey*) verspricht A (*Williams*) deshalb mehr Geld;
- dadurch hat B (*Roffey*) einen praktischen Vorteil;
- *economic duress* oder Täuschung liegen nicht vor.

Lord Justice Russell geht von einer Vermutung für eine *consideration* aus.⁵³ Wie Lord Justice Purchas⁵⁴ verlangt er einen pragmatischen Ansatz zur Ermittlung einer *consideration* unter Berücksichtigung der Parteinteressen⁵⁵.

e) Verhältnis zu *Stilk v Myrick*

Werden durch diese Neudefinition der *consideration* aber nicht die Prinzipien von *Stilk v Myrick* über Bord geworfen? Lord Justice Glidewell verweist darauf, dass die Entscheidung den Grundlagen von *Stilk v Myrick* nicht zuwiderliefe, sondern vielmehr eine Verfeinerung und Einschränkung der Prinzipien dort darstelle.⁵⁶ Grundsätzlich wird an der *consideration*-Lehre festgehalten. Unentgeltliche Versprechen bleiben mangels *consideration* undurchsetzbar.⁵⁷ Erstmals stellt aber eine Entscheidung derart direkt heraus, dass ein *practical benefit* für eine *consideration* ausreicht, solange kein *economic duress* entgegensteht. Damit ist Rs Versprechen bindend. W erhält die Bonuszahlung.

3. Kritik und Einordnung aus Sicht der englischen Rechtsordnung

a) practical benefit als consideration

Dass ein *practical benefit* für eine *consideration* ausreicht, ist insofern zu begrüßen, als wirtschaftlich sinnvollen und fairen Verträgen zur Durchsetzung verholfen wird.⁵⁸ Das Gericht wird weniger aufgrund technischer Fragen der *consideration*

⁵² [1990] 1 All ER 512, 521 f.

⁵³ [1990] 1 All ER 512, 523: „There is no hint [...] that their promise [...] lacked consideration.“

⁵⁴ [1990] 1 All ER 512, 526 f.

⁵⁵ [1990] 1 All ER 512, 524: „[...] to reflect the intention of the parties [...]“.

⁵⁶ [1990] 1 All ER 512, 522: „It is not in my view surprising that a principle enunciated in relation to the rigours of seafaring life during the Napoleonic wars should be subjected during the succeeding 180 years to a process of refinement and limitation in its application in the present day.“

⁵⁷ [1990] 1 All ER 512, 522 (Lord Justice Glidewell), 524 (Lord Justice Russell), 525 (Lord Justice Purchas).

⁵⁸ Friedl (Fn. 1), 136.

entscheiden als nach Fairnessgesichtspunkten und wirtschaftlichem Nutzen.⁵⁹ Allerdings ging es in den Bezugsentscheidungen, die in *Williams v Roffey* eine Abweichung vom klassischen *consideration*-Verständnis stützten,⁶⁰ nicht um eine Vertragsänderung, sondern um die bereits geschuldete Erfüllung gesetzlicher Pflichten. Ungelöst ist die Frage, ob die von Lord Justice Glidewell in *Williams v Roffey* aufgestellten Kriterien, bei denen es sich um ein *more for the same* handelt, auch auf Anspruchsreduzierung, auf ein *less for the same*, übertragbar sind.⁶¹ Dann müssten Leitentscheidungen hierzu wie der *Pinnel's Case*⁶² oder *Foakes v Beer*⁶³ überdacht werden.⁶⁴ Jedoch ist kaum ersichtlich, warum bei einer Anspruchsreduzierung andere Regeln als bei einer Forderungserhöhung gelten sollen, da in beiden Konstellationen eine Partei das schlechtere Geschäft akzeptiert.⁶⁵ Ebenfalls unscharf sind die Konturen des Begriffs des *practical benefit*,⁶⁶ sodass die Kriterien für die Durchsetzbarkeit von Versprechen unklar werden.⁶⁷ Im Gegensatz zu einem *benefit in law* lässt sich ein *practical benefit* viel einfacher finden.⁶⁸ So erscheint die Bezeichnung als *practical benefit* beliebig, genügte hierfür unter Umständen bereits die Lust am Altruismus.⁶⁹ Wenn ein Richter einen Vertrag wirtschaftlich sinnvoll findet, wird er auch einen praktischen Vorteil finden. Diese Differenzierung zwischen wirtschaftlich sinnvollen und nicht sinnvollen Verträgen ist jedoch Sache der Parteien. Diese Rolle kommt dem Richter im *Common Law* nicht zu und führt zu Rechtsunsicherheit.⁷⁰

b) Verlagerung der Problematik auf das duress-Prinzip

Stellt man geringere Anforderungen an die *consideration*, verschiebt sich das Problem der Bindungswirkung bei Änderungsvereinbarungen auf die *duress*-Lehre.⁷¹ Das „*crude tool*“,⁷² das die *consideration*-Doktrin darstellt, ist zunehmend

⁵⁹ *Adams/Brownsword* (Fn. 26), 1990 53 MLR 536, 537.

⁶⁰ *Ward v Byham* [1956] All ER 318 und *Williams v Williams* [1957] All ER 305.

⁶¹ *Schindler*, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und Drohung, 2005, 129. Siehe *Adams/Brownsword*, Contract, Consideration and the Critical Path, 1990 53 MLR 536, 540.

⁶² (1602) 5 Co. Rep. 117a.

⁶³ (1884) 9 App. Cas. 605.

⁶⁴ *Adams/Brownsword* (Fn. 26), 1990 53 MLR 536, 540.

⁶⁵ *Schindler* (Fn. 61), 129.

⁶⁶ *Schindler* (Fn. 61), 128.

⁶⁷ *Friedl* (Fn. 1), 136.

⁶⁸ *Halson* (Fn. 26), 1990 106 LQR 183, 184.

⁶⁹ *Chen-Wishart*, Consideration: Practical Benefit and the Emperor's New Clothes, 1995, 127.

⁷⁰ *Friedl* (Fn. 1), 137.

⁷¹ *Halson*, (Fn. 26), 1990 106 LQR 183, 184.

⁷² *Gordley*, Consideration, 2006, 185.

entbehrlich, wenn Drohung und Zwang direkt kontrollierbar sind.⁷³ Es wird vermutet, dass eine Vereinbarung ohne Drohung und Zwang freiwillig und deshalb bindend sei.⁷⁴ Dies ist dahingehend zu befürworten, als Versprechen, zustande gekommen mit freiem Willen der Parteien, nicht mehr an *Stilk v Myrick* scheitern, sondern frei von den Fesseln des 19. Jahrhunderts beurteilt werden können.⁷⁵ Die Anwendung von *economic duress* zur direkten Kontrolle von Drohung und Zwang wird, verglichen mit der starren, formalistischen *consideration*-Doktrin, den Anforderungen des modernen Wirtschaftsverkehrs besser gerecht.⁷⁶

Es fehlen jedoch trennscharfe Kriterien zur Abgrenzung zwischen hartem Verhandeln und Drohung.⁷⁷ Auch ist unklar, ob die Lehre von *economic duress* einheitlich auf alle Vertragstypen, wie Vereinbarungen, Änderungsvereinbarungen oder Vereinbarungen zwischen Unternehmern und Verbrauchern, angewendet werden soll.⁷⁸ Ebenfalls problematisch ist, dass das *duress*-Prinzip nicht alle Zwangslagen erfasst, nicht sämtliche unfreiwilligen Versprechen ausscheidet. Vor allem schwächere Zwangslagen wie die wirtschaftliche Unerfahrenheit des Partners fallen nicht darunter.⁷⁹ Das alte Recht mit der *consideration* führte zu kalkulierbaren Ergebnissen auf Kosten der kommerziellen Realität.⁸⁰ Bis es eindeutige Regeln für die Anwendung von *economic duress* gibt, scheint bislang nur eine vage Doktrin durch eine andere ersetzt zu werden.⁸¹

c) Alternative Lösungsansätze

Alternativ ließe sich über eine Auflösung des ursprünglichen Vertrags und den Abschluss eines neuen Vertrags nachdenken.⁸² Dies ist allerdings Fiktion und stellt die Entscheidung, ob ein neuer Vertrag vorliegt, in das Belieben des Gerichts.⁸³ Die Konstellation ließe sich auch über ein *promissory estoppel*, über Billigkeitserwägungen in *equity*, lösen, wodurch die Gesamtumstände des Einzelfalls berücksichtigt werden könnten.⁸⁴ Hat eine Partei im Vertrauen auf die Ver-

⁷³ Eisenberg, *The Principles of Consideration*, 1982 67 Cornell L.R. 640, 645 ff.

⁷⁴ Fleming, *Contract – Consideration – Promise to Perform Existing Duty Owed to Promisee*, 1990 CLJ 204 ff.

⁷⁵ Adams/Brownsword (Fn. 26), 1990 53 MLR 536, 542.

⁷⁶ Phang (Fn. 26), 1991 107 LQR 21, 22.

⁷⁷ Schindler (Fn. 61), 153.

⁷⁸ Adams/Brownsword (Fn. 26), 1990 53 MLR 536, 541.

⁷⁹ Friedl (Fn. 1), 138.

⁸⁰ Adams/Brownsword (Fn. 26), 1990 53 MLR 536, 541.

⁸¹ Phang (Fn. 26), 1991 107 LQR 21, 22.

⁸² Farnsworth (Fn. 47), § 4.21. 274.

⁸³ Calamari/Perillo (Fn. 20), § 4.9 (c).

⁸⁴ *Central Property Trust Ltd. v. High Trees House Co. Ltd.* (1947) 1 K.B. 130.

tragsänderung gehandelt, ist dieses Vertrauen schützenswert. Eine *estoppel*-Lösung hätte Lord Justice Russell in *Williams v Roffey* befürwortet.⁸⁵ Allerdings ist dieser Ansatz noch nicht weit genug entwickelt, um hier anwendbar zu sein.⁸⁶

Die Vermutung für eine *consideration* bei Vertragsänderungen⁸⁷ hatte das *Law Revision Committee* bereits 1937 vorgeschlagen,⁸⁸ jedoch wurde dies vom Gesetzgeber nicht umgesetzt.

d) Wirkung von *Williams v Roffey*

Spätere Entscheidungen akzeptieren den *practical benefit* als für eine *consideration* ausreichend.⁸⁹ Lediglich eine Entscheidung äußert sich kritisch hierzu, ist aber aufgrund der bindenden Wirkung präjudizieller Entscheidungen (*doctrine of stare decisis*)⁹⁰ an das Urteil des *Court of Appeal* gebunden.⁹¹ Zwar hat *Williams v Roffey* *Stilk v Myrick* nicht direkt aufgehoben,⁹² insgesamt lässt sich aber konstatieren, dass die *consideration*-Doktrin als *pre-existing duty rule* bei Änderungsvereinbarungen entgegen der Beteuerungen in *Williams v Roffey* praktisch aufgehoben wurde.⁹³

III. Darstellung und Analyse des US *Common Law* anhand von *Angel v Murray*

Im Anschluss an die Betrachtung der Lage im englischen *Common Law* wird nun für das US *Common Law* die Entscheidung *Angel v Murray*⁹⁴ dargestellt und analysiert. Nach einer Darlegung des zugrundeliegenden Sachverhalts werden die dogmatischen Grundlagen der Entscheidung erläutert. Dies geschieht wieder mit Blick auf frühere Entscheidungen. Insbesondere ist hierbei auf das so-

Zustimmend zur Lösung über ein *promissory estoppel*: Gordley (Fn. 72), 83 1995 California L.R. 547, 594; Phang (Fn. 26), 1991 107 LQR 21, 23.

⁸⁵ [1990] 1 All ER 512, 523 *equitable estoppel* nach: *Amalgamated Investment Property Co. Ltd. v Texas Commerce International Bank Ltd* [1981] 1 All ER 923.

⁸⁶ [1990] 1 All ER 512, 520.

⁸⁷ *Anson's* (Fn. 7), 111; *Halson* (Fn. 26), 1990 106 LQR 183, 184.

⁸⁸ Law Revision Committee, Sixth Interim Report 1937, Cmd. 5449.

⁸⁹ *Anagel Atlas v Ishikawajima-Harima* [1990] 2 Lloyd's Rep. 526; *Joiner v George* (Chancery Division 31 January 2000); *Simon Container v EMB A Machinery* [1998] 2 Lloyd's Rep. 429.

⁹⁰ *Zweigert/Kötz* (Fn. 10), 253.

⁹¹ *South Caribbean v Trafigura Bebeer* [2004] EWHC 2676 (Comm): „But for the fact that *Williams v Roffey Bros.* was a decision of the Court of Appeal, I would not have followed it.“

⁹² *Annual Abridgment* Para 351.

⁹³ *Chen-Wishart* (Fn. 69), 1995, 25; *Chitty* (Fn. 9), 3-069; *Friedl* (Fn. 1), 133 ff; *Halson* (Fn. 26), 1990 106 LQR 183 ff.; *Kötz* (Fn. 5), 106 f.; *Peel/Treitel* (Fn. 6), 3-051; *Phang* (Fn. 26), 1991 107 LQR 21 ff.; *Zweigert/Kötz* (Fn. 10), 388.

⁹⁴ 322 A. 2d 630 (RI 1974).

nannte *hold-up game* und das Urteil *Alaska Packers' Association v Domenico*⁹⁵ einzu-gehen. Sodann folgen Kritik und die innerstaatliche Einordnung der Entscheidung.

1. Sachverhalt

James Maber schloss mit der *City of Newport* seit 1946 fünfjährige Verträge, in denen sich *Maber* verpflichtete, die Müllentsorgung der Stadt zu übernehmen, um im Gegenzug dafür jeweils \$ 137.000 zu bekommen. Am 12.3.1964 begann ein neuer fünfjähriger Vertrag. Im Juni 1967 verlangte *Maber* die Zahlung von zusätzlichen \$ 10.000 pro Jahr. Damit wollte *Maber* die zusätzlichen Kosten decken, die durch ein unerwartet starkes Wachstum der Stadt entstanden waren. *John E. Murray* zahlte als Stadtrat für Finanzen *Maber* nach ausführlichen Anhörungen diesen Betrag. Diese Forderung wiederholte *Maber* im Jahre 1968. Der Forderung wurde erneut stattgegeben. Bevor es aber zur Auszahlung des Geldes kam, erhob eine Gruppe engagierter Steuerzahler um *Alfred L. Angel* wegen der Zahlungen an *Maber* Klage.

2. Dogmatische Grundlagen des Urteils und frühere Entscheidungen

a) consideration und pre-existing duty rule

„[...] we are still confronted with the question of whether the additional payments were illegal because they were not supported by consideration.“⁹⁶

„*Rose* is a perfect example of the preexisting duty rule.“⁹⁷

Da das Vorliegen einer *consideration* nur für die Durchsetzbarkeit einer Forderung entscheidend ist und die erste Zahlung an *Maber* bereits vollzogen wurde, ist das Vorhandensein einer *consideration* nur für die zweite Forderung beachtlich. Vorliegend bestand die Leistung *Mabers* im ursprünglichen Vertrag darin, den Müll der Stadt zu entsorgen. Die Gegenleistung der Stadt war eine Zahlung an *Maber* i.H.v. \$ 137.000. Durch die stattgegebenen Forderungen *Mabers* kam ein Anpassungsvertrag zustande, in dem die Stadt ihre Gegenleistung erhöhte, *Mabers* Leistung jedoch weiterhin darin bestand, den Müll der Stadt zu entsorgen. Da die Gegenleistung *Mabers* im Ausgangsvertrag jener des Anpassungsvertrages entsprach, nämlich den Müll der Stadt zu entsorgen, lag nach der hier anzuwendenden *pre-existing duty rule* keine *consideration* vor. Die Zahlung der \$ 10.000 an *Maber* wäre danach rechtswidrig.

⁹⁵ 117 F. 99 (9th. Cir. 1902).

⁹⁶ *Angel v Murray* 322 A. 2d 630 (RI 1974).

⁹⁷ Ebd.

b) hold-up game

„The primary purpose of the preexisting duty rule is to prevent what has been referred to as the 'hold-up game'.“⁹⁸

„A classic example of the 'hold-up game' is found in *Alaska Packers' Ass'n v. Domenico* [...].“⁹⁹

Die Funktion der *pre-existing duty rule* ist es, ein sogenanntes *hold-up game* zu verhindern.¹⁰⁰ Zur Erläuterung eines solchen *hold-up games* wird auf ein früheres Urteil, *Alaska Packers Assn. v Domenico*, verwiesen.¹⁰¹ Darin schloss *Domenico*, ein Hafenunternehmer, mit den *Alaska Packers*, einer Gruppe Fischer, einen Vertrag, wonach sich die *Packers* verpflichteten, für ein bestimmtes Entgelt vor der Küste Alaskas für *Domenico* zu fischen. Vor der Küste angekommen, forderten die Fischer aber unter der Drohung, ansonsten in den Hafen zurückzukehren, eine Verdopplung des Entgeltes, wohl wissend, die einzigen verfügbaren Fischer in der Region zu sein.¹⁰² *Domenico* musste sich entscheiden, ob er die Forderung ablehnen, sich in vermutlich ungewisse Schadensersatzforderungen einlassen und mit aller Wahrscheinlichkeit seinen Geschäftspartner und damit wahrscheinlich seine Geschäftsgrundlage verlieren, oder der Forderung stattgeben und sich seine Geschäftsgrundlage erhalten sollte.¹⁰³ *Domenico* stimmte zwar der Forderung zu, verweigerte letztendlich aber die Zahlung des Geldes. Das zuständige Gericht befand, dass eine Zahlung auch rechtswidrig gewesen wäre, weil die *Packers* nach der *pre-existing duty rule* keine *consideration* erbrachten.¹⁰⁴

Ein *hold-up game*, d.h. „Raubüberfall“, ist abstrakt dadurch gekennzeichnet, dass eine Partei ihre faktische Überlegenheit ausnutzt um durch eine Anpassung einen Vertrag in ihrem Interesse zu gestalten.¹⁰⁵ Konkret verspricht sich eine Partei durch opportunistisches Verhalten einen größeren Gewinn als durch Vertragstreue.¹⁰⁶ Sie sorgt sich also nicht um den Fortbestand des Vertrages, der Geschäftsbeziehung oder einer etwaigen Rufschädigung. Wenn zusätzlich dazu der Markt kein Regulativ mehr für übertriebene Forderungen und – wie für *Domenico* – keine Alternative darstellt, besteht die Gefahr eines *hold-up games*.

⁹⁸ Ebd.

⁹⁹ Ebd.

¹⁰⁰ Ebd.

¹⁰¹ Ebd.

¹⁰² *Alaska Packers' Association v Domenico* 117 F. 99 (9th Cir. 1902).

¹⁰³ Ebd.

¹⁰⁴ Ebd.

¹⁰⁵ *Hau*, Vertragsanpassung und Anpassungsvertrag, 2003, 72.

¹⁰⁶ Ebd.

Angel v Murray ist kein *hold-up game*, da die Stadt am Markt für die Arbeiten von *James Maber* einen Ersatz gefunden hätte. Dies führt zu der problematischen Lage, dass eine Regel auf einen Fall angewendet wird, der außerhalb der Zielrichtung der Regel steht.

c) *Kritik des Urteils an der pre-existing duty rule*

„Although the preexisting duty rule has served a useful purpose insofar as it deters parties from using coercion and duress to obtain additional compensation, it has been widely criticized as a general rule of law.“¹⁰⁷

„The result of this is that a court should no longer accept this rule as fully established.“¹⁰⁸

Im Urteil wird festgestellt, dass die *pre-existing duty rule* zwar lange Jahre eine wichtige Funktion erfüllt hat, nun aber umfassend kritisiert wird.¹⁰⁹ Zuallererst sind empfindliche Schutzlücken der Regel zu nennen. Wenn ein juristisch gut beratener Anpassungsinteressent dem Vertragspartner im Anpassungsvertrag irgendeinen Preis zugesteht, wird der Anpassungsvertrag dem *consideration* Erfordernis auch nach der *pre-existing duty rule* gerecht und ein etwaiges Ausnutzen einer Zwangslage bleibt unberücksichtigt.¹¹⁰ Auch wenn sich Gerichte in Einzelfällen weigerten, extrem geringe Gegenleistungen anzuerkennen, so kann der Anpassungsinteressent mit dem Erstellen einer Urkunde den Anwendungsbereich der Norm umgehen.¹¹¹ Ferner betrifft die *pre-existing duty rule* nur die Durchsetzbarkeit nicht erfüllter Versprechen, weshalb ein Anpassungsinteressent, durch dessen Begehren der Anpassungsvertrag unverzüglich umgesetzt wird, den Anwendungsbereich der Regel umgehen kann. Aufgrund dieser umfassenden Kritik verlor die *pre-existing duty rule* ihre uneingeschränkte Geltung.¹¹²

3. Kritik am Urteil und innerstaatliche Einordnung

a) *Die Ablösung der consideration-Doktrin durch § 89a Restatement of the Law Second*

„The modern trend way from a rigid application of the preexisting duty rule is reflected by § 89D(a) of the American Law Institute’s Restatement Second of the Law of Contracts which provides: ‘A promise modifying a duty under a contract not fully performed on either side is binding (a) if the modification is fair and equitable in view of circumstances not antici-

¹⁰⁷ *Angel v Murray* 322 A. 2d 630 (RI 1974).

¹⁰⁸ Ebd.

¹⁰⁹ *Angel v Murray* 322 A. 2d 630 (RI 1974).

¹¹⁰ Saint Luis Univ. L.J. 44 (2000).

¹¹¹ *D&C Builders Ltd. v Rees* [1965] EWCA Civ 3.

¹¹² *Angel v Murray* 322 A. 2d 630 (RI 1974).

pated by the parties when the contract was made.¹¹³

Die Rechtsprechung ging in den letzten Jahren dahin, eine Vertragsanpassung auch ohne *consideration* als durchsetzbar zu erachten, wenn unerwartete Umstände während der Durchsetzung des Vertrages für eine Vertragspartei entstanden und die Parteien freiwillig der Anpassung zugestimmt haben.¹¹⁴ Damit bezieht sich das Gericht auf ein eigens für Anpassungssituationen geschaffenes Rechtsinstitut, der *modification in good faith*, einer Vertragsanpassung im guten Glauben. Jede *modification in good faith* setzt einen *legitimate commercial reason* voraus. Ein solcher dem Gericht einleuchtender Grund für das Abweichen der Vertragsparteien vom ursprünglichen Vertrag kann die allgemeinen Anforderungen der Verbindlichkeit herabsetzen und zu einer Anerkennung des Anpassungsvertrages führen.¹¹⁵

Dieses Prinzip hat besondere Ausprägung im *Uniform Commercial Code* und im *Restatement (Second) of the Law of Contracts* erfahren. In § 89a *Restatement of the Law Second* wird formuliert, dass eine Anpassung durchsetzbar ist, wenn der Vertrag beidseitig noch nicht erfüllt und die Anpassung angemessen (*fair and applicable*) im Hinblick auf unerwartete Vertragsumstände ist. Durch das Merkmal des *fair and applicable* erhält das Prinzip des *good faith* Einzug in § 89a *Restatement*. Die „*legitimate commercial reason*“ entspricht der unerwarteten Umstandsänderung einer Vertragspartei. Für das Gericht ist § 89a das hier anzuwendende Recht. Im Folgenden subsumiert es den Sachverhalt unter § 89a und kommt zu dem Ergebnis, dass die Zahlung nicht rechtswidrig ist.

b) Kritik von Robert Hillman

„*The approach of Restatement (Second) of Contracts to modification enforceability suffers from a lack of clarity and fails to reflect the goals of contract modification law.*“¹¹⁶

Das Besondere am Urteil *Angel v Murray* ist die Abwendung von der uneingeschränkten Anwendung der *pre-existing duty rule*, hin zur Anwendung der *modification in good faith* in der besonderen Ausprägung des § 89a *Restatement of the Law Second*. Diese Hinwendung wurde bspw. durch die Kommentierung des § 89a *Restatement* von Robert Hillmann umfassend kritisiert. Als erstes bringt der unbestimmte Tatbestand der *unanticipated circumstances* derart große Auslegungsschwierigkeiten mit sich, dass Gerichte in vergleichbaren Sachverhalten zu un-

¹¹³ Ebd.

¹¹⁴ Ebd.

¹¹⁵ *Hau* (Fn. 105), 111.

¹¹⁶ 67 Cornell L.R. 680 1981-82 696.

terschiedlichen Ergebnissen kamen.¹¹⁷ Zum anderen wertet *Hillmann* den Tatbestand des *fair and equitable* als zu weit gefasst. Selbst wenn man neben einer Inhaltskontrolle der Abmachung in Abhängigkeit zur Änderung der Umstände noch eine Prüfung der Freiwilligkeit in diesen Tatbestand hineinlesen will, leitet sie den Richter nicht zu der entscheidenden Kontrolle, ob Drohung oder Zwang vorliegen, an.¹¹⁸ Diese beiden Punkte haben sich laut *Hillmann* auch im Urteil *Angel v Murray* widerspiegelt, in dem § 89a *Restatement* zwar angewendet wurde, eine genaue Auslegung oder Subsumtion unter die Begriffe der *unanticipated circumstances* oder des *fair and equitable* aber unterblieb.¹¹⁹ Letztlich verfehlt der Tatbestand des § 89a *Restatement* den Zweck eines Anpassungsvertrages. § 89a *Restatement* basiert auf der These, dass Vertragsanpassungen immer auf eine ökonomisch rationale Art und Weise geschehen, dass also stets eine Gegenleistung im Sinne der *consideration* oder eine Änderung der Umstände der Grund für eine Vertragsanpassung ist.¹²⁰

Diese These ist aber nur haltbar, wenn sich in einem Vertrag die Gesamtheit einer Geschäftsbeziehung darstellt.¹²¹ Dies ist aber nicht der Fall, da einzelne Verträge in der Regel nur Teil einer komplexeren Geschäftsbeziehung sind und es in solchen Geschäftsbeziehungen nicht abwegig ist, dass eine Partei aus Rücksichtnahme auf die andere Vertragspartei von ihrem Leistungsprogramm abweicht, ohne dass es dafür eine Gegenleistung oder eine unerwartete Änderung von Vertragsumständen gibt.¹²² Insgesamt ist der Versuch der Regelung von Vertragsanpassungen durch § 89a *Restatement* zu ungenau und erfasst nicht die Ziele der Vertragsanpassung, was insbesondere auch auf das Fehlen eines direkten Rückgriffs auf die Regeln des *economic duress* zurückzuführen ist.

IV. Rechtsvergleich

Im Folgenden soll ein rechtsvergleichender Blick auf die Vertragsanpassung im englischen und US *Common Law* sowie im deutschen Recht geworfen werden. Dabei wird das Prinzip der Funktionalität erläutert. Ebenso werden die vorgestellten Entscheidungen beispielhaft nach deutschem Recht gelöst. Dem schließt sich ein ausführlicher Rechtsvergleich hinsichtlich des Ansatzpunktes, der Eigenverantwortlichkeit, des Zwecks des Anpassungsvertrages sowie der Anpassungssituation an.

¹¹⁷ Ebd.

¹¹⁸ Ebd.

¹¹⁹ Ebd.

¹²⁰ Ebd.

¹²¹ Ebd.

¹²² Ebd.

1. Prinzip der Funktionalität

Bevor man sich auf die Suche nach vergleichbaren Lösungen einer anderen Rechtsordnung macht, gilt es zu klären, nach welchen Lösungen man sucht.¹²³ Hier ist auf das für die Rechtsvergleichung grundlegende Prinzip der Funktionalität zurückzugreifen, wonach nur vergleichbar ist, was dieselbe Funktion erfüllt und dasselbe Problem lösen soll.¹²⁴ Das dem Urteil *Angel v Murray* zugrundeliegende Problem ist, dass eine Vertragspartei eine Vertragsanpassung begehrt und die Rechtsordnung nun vor die Frage gestellt wird, unter welchen Bedingungen sie eine solche Anpassung gelten lassen soll.

a) BGH, Urteil vom 4.7.2002 – IX ZR 153/01, NJW 2002, 2774

Ein Anwalt schließt mit einem Klienten eine schriftliche Honorarvereinbarung. Daraus ergibt sich die Pflicht des Anwalts zur Beratung des Klienten und die Pflicht des Klienten, dem Anwalt 80.000 € zu zahlen. Nach der erstinstanzlichen Entscheidung fordert der Anwalt nun für die Fortführung der Beratungstätigkeit eine Zahlung von 87.839 €, also mehr als im ursprünglichen Vertrag vereinbart wurde. Der Klient stimmt der Forderung zu, beruft sich aber im Nachhinein darauf, dass ihm die Forderung abgepresst worden sei, da er sich nach der erstinstanzlichen Entscheidung in einer Zwangslage befand. Funktionell betrachtet ist der vorliegende Sachverhalt mit dem in *Angel v Murray* vergleichbar. Eine Vertragspartei, vorliegend der Anwalt, begehrt die Anpassung eines Vertrages und die Rechtsordnung steht vor der Frage, ob der durch die Zusage der anderen Partei zustande gekommene Anpassungsvertrag rechtmäßig ist.

Die Prüfung, ob eine missbräuchliche Vertragsanpassung vorliegt, erfolgt vom BGH in zwei Schritten. Als erstes wird in der Abschlusskontrolle geprüft, ob die Parteierklärungen den allgemeinen Anforderungen gerecht werden.¹²⁵ Hierbei ist als herausragende Norm § 123 Abs. 1 BGB mit der Prüfung, ob eine widerrechtliche Drohung vorliegt, hervorzuheben. Daneben wird geprüft, ob ein Verschulden bei Vertragsschluss (c.i.c) vorliegt, bei dessen Bejahung die Beseitigung des inhaltlich nachteiligen Anpassungsvertrages als Naturalrestitution im Sinne von § 249 Abs. 1 BGB geschuldet sein soll.¹²⁶ Die Kontrolle eines Verschuldens bei Vertragsschluss zielt insbesondere auf Sachverhalte ab, bei denen eine Vertragspartei sich zunächst auf eine Anpassung einlässt und nach Empfang der ihr gemäß dem Erstvertrag geschuldeten Leistung, unter

¹²³ *Zweigert/Kötz* (Fn. 10), 33 ff.

¹²⁴ Ebd.

¹²⁵ *Hau* (Fn. 105), 121.

¹²⁶ Ebd., 138.

Hinweis auf das Vorliegen einer Drohung oder Zwangslage beim Vertragsschluss, den Anpassungsvertrag in Abrede stellt.¹²⁷ Vorliegend war der vom Anwalt beabsichtigte Zweck, ein die gesetzlichen Gebühren übersteigendes Honorar zu vereinbaren, nicht rechtswidrig, da eine solche Vereinbarung unter den Voraussetzungen des § 3 BRAGO a.F. zulässig war.¹²⁸ Ferner war das Androhen einer Kündigung des Vertragsverhältnisses nicht rechtswidrig, weil eine Kündigung gem. §§ 627 Abs. 2, 628 BGB jederzeit möglich ist.¹²⁹ Die Abschlusskontrolle führt im Urteil daher nicht zu einer Rechtswidrigkeit des Anpassungsvertrages.

Als zweites wird geprüft, ob der Inhalt des Vertrages den allgemeinen Inhaltsanforderungen entspricht, wobei als entscheidende Normen § 138 Abs. 1 BGB mit der Prüfung der Sittenwidrigkeit und § 307 BGB mit der Prüfung der Angemessenheit bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen hervorzuheben sind.¹³⁰ Im vorliegenden Fall hatte sich laut *BGH* das Berufungsgericht nicht mit den für die Inhaltskontrolle entscheidenden Tatsachen befasst.¹³¹ Wenn der Tatsachenvortrag des Anwalts aber stimmte, läge kein sittenwidriges Missverhältnis vor.¹³² Letztendlich wird das vorangegangene Urteil aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

b) Falllösung Williams v Roffey Brothers & Nicholls (Contractors) Ltd. nach deutschem Recht

Nach deutschem Recht kann W einen Anspruch gegen R auf Zahlung der £ 5.000 gem. §§ 631 Abs. 1 Var. 2, 311 Abs. 1 BGB haben. Dazu muss der Anspruch entstanden sein. Eine Einigung, bestehend aus zwei korrespondierenden Willenserklärungen, Angebot und Annahme, §§ 145 ff. BGB, über Art und Umfang der Leistung (Höhe des Bonusbetrags) lag vor. Ein auffälliges Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung ist bei £ 30.300 anstatt £ 20.000 mangels Überschreitung um 100 %¹³³ nicht gegeben, weshalb es keiner Inhaltskontrolle gem. § 138 Abs. 2 BGB bedarf. Auch eine Abschlusskontrolle über § 123 Abs. 1 BGB entfällt mangels Täuschung oder Drohung. Der Anspruch ist entstanden. Er ist nicht untergegangen. Er ist durchsetzbar. W hat Anspruch auf Zahlung der £ 5.000.

¹²⁷ Ebd., 139.

¹²⁸ *BGH*, NJW 2002, 2774.

¹²⁹ Ebd.

¹³⁰ *Hau* (Fn. 105), 141.

¹³¹ *BGH*, NJW 2002, 2774.

¹³² Ebd.

¹³³ *Ellenberger*, in: Palandt, 73. Aufl. 2014, § 138 Rn. 67.

c) Falllösung Angel v Murray nach deutschem Recht

Nach deutschem Recht kann *Maber* einen Anspruch gegen die Stadt auf Zahlung der zusätzlichen \$ 10.000 pro Jahr haben gem. dem fünfjährigen Vertrag nach § 311 Abs. 1 BGB.

Dazu muss der Anspruch entstanden sein. Es muss ein Vertrag nach § 311 Abs. 1 BGB vorliegen. Die Nachforderung *Mabers* ist ein Angebot auf Vertragsanpassung. Die Nachforderung ist keine widerrechtliche Drohung nach § 123 Abs. 1 BGB. Die Zustimmung der Stadt ist die Annahme. Es liegt eine Einigung vor. *Maber* hat einen Anspruch auf Zahlung der zusätzlichen \$ 10.000 pro Jahr gegen die Stadt aus § 311 Abs. 1 BGB.

2. Rechtsvergleich*a) Allgemeiner Teil*

Für einen funktionellen Rechtsvergleich müssen die Regelungen der Rechtsordnungen aus ihrem jeweiligen rechtlichen System herausgelöst und in ein neutrales System übersetzt werden.¹³⁴ Dieses System setzt sich aus eigenen Begriffen zusammen, welche – in Orientierung am Prinzip der Funktionalität – am sozialen Problem ansetzen.¹³⁵ Ausgehend von diesem Problem ist das abstrakt funktionelle System zu bilden, wobei die Rechtsbegriffe durch weitmaschigere Oberbegriffe ersetzt werden.¹³⁶ Diese Weitmaschigkeit ermöglicht es, die ersetzten Regelungen miteinander zu vergleichen.¹³⁷

Zunächst ist das System räumlich mit einem Umfeld (1) zu begrenzen. In diesem Umfeld gibt es zwei Beteiligte A und B (2). Diese verfügen jeweils über einen Willen (3). Dieser Wille ermöglicht es ihnen, mit dem jeweils anderen Beteiligten zu interagieren. Aus dieser Interaktion folgt eine Abmachung (4). Diese Abmachung ist, da Ergebnis freier Willensausübung, für beide Beteiligten angemessen (5). Der Systembegriff der Angemessenheit dient ferner dazu, in das vorliegende System Wertungsgesichtspunkte einzugliedern und ist damit funktionell vergleichbar mit § 242 BGB.

Nun wird das System funktionell hinsichtlich des sozialen Problems geändert. Beteiligter A will eine Anpassung der Abmachung. A ist der sogenannte Anpassungsinteressent. B sieht sich mit dem Begehren seines Abmachungspartners konfrontiert und ist der sogenannte Anpassungsopponent. Das besondere an

¹³⁴ *Zweigert/Kötz* (Fn. 11), § 3 V.

¹³⁵ Ebd.

¹³⁶ Ebd.

¹³⁷ Ebd.

dieser Situation ist, dass sich das Missbrauchspotential nach der ersten Abmachung von demjenigen unterscheidet, welches sich die Parteien vor Abschluss der ersten Abmachung ausgesetzt sehen.¹³⁸ Es besteht bspw. die Gefahr, dass eine Partei auf die Änderung der Abmachung drängt, die andere Partei von dem Bestehen der Abmachung abhängig ist, die Zustimmungsverweigerung schlimmere Folgen hätte als die Zustimmung und daher dem Zustimmungsbegehren unfreiwilligerweise zugestimmt wird.¹³⁹ Angenommen B macht Gebrauch von seinem Willen und stimmt dem Anpassungsbegehren zu, gilt es zu klären, wann die Regelungen der zuvor betrachteten Rechtsordnungen die geänderte Abmachung als rechtmäßig erachten würden. Dafür sind die jeweiligen Lösungen der Rechtsordnungen in das neutrale System zu übersetzen.

b) Übersetzung

aa) England

Das englische *Common Law* prüft nach der *doctrine of economic duress*, ob der Anpassungsinteressent eine unbillige Drohung ausspricht und ob sich der Anpassungsopponent bei seiner Entscheidung durch die Drohung in einer Zwangslage befand. Das Aussprechen einer unbilligen Drohung ist im System durch eine unangemessene Willensausübung des Anpassungsinteressenten verkörpert (3, 5). Die Zwangslage des Anpassungsopponenten wird durch eine fehlende Möglichkeit zur Willensausübung dargestellt (5).

bb) USA

Die *unanticipated circumstances* des § 89a *Restatement* entsprechen einer Änderung des Umfeldes und sind somit Punkt (1) zuzuordnen. Der Tatbestand des *fair and equitable* entspricht im funktionellen System der Willensfreiheit der Personen (3) und der Angemessenheit der Abmachung (4-5). Durch die Worte „*in view of*“ wird die Angemessenheit der Abmachung in Abhängigkeit zur Änderung der Umstände gesetzt. Somit gilt nach der US-Formel, dass eine Anpassung rechtmäßig ist, wenn die Anpassung der Abmachung aus Sicht der Änderung der Umstände angemessen erscheint und die Parteien freien Willens gehandelt haben.

cc) Deutschland

Die Abschlusskontrolle im deutschen Recht entspricht der Prüfung, ob in unangemessener Art und Weise vom Willen (5-3) Gebrauch gemacht wurde. Die Inhaltskontrolle prüft, ob die Abmachung unangemessen ist (5-4). So gilt nach

¹³⁸ *Hau* (Fn. 105), 72.

¹³⁹ *Ebd.*

der deutschen Formel, dass eine Anpassung rechtmäßig ist, wenn die geänderte Abmachung angemessen ist und einer der Anpassungsinteressenten seinen Willen nicht unangemessen gebraucht hat.

c) Vergleich

aa) Ansatzpunkt

Stimmt B dem Anpassungsbegehren des A zu, ist nach der US-Formel als erstes danach zu fragen, ob eine Änderung des Umfelds vorliegt. Ist diese gegeben, rückt die geänderte Abmachung in den Fokus und es wird geprüft, ob die Änderung der Abmachung in Abhängigkeit der Änderung des Umfeldes angemessen erscheint. Wenn zusätzlich dazu die Parteien, insbesondere der Anpassungsopponent B, freiwillig der Anpassung der Abmachung zustimmt, befindet die US-Formel die angepasste Abmachung als rechtmäßig. Die deutsche Formel stellt ebenfalls auf die Angemessenheit der angepassten Abmachung ab, betrachtet diese aber unabhängig von der Änderung des Umfeldes. Vielmehr ist das Umfeld für die deutsche Formel unbeachtlich. Beachtlich ist ferner die Angemessenheit der Willensausübung seitens des Anpassungsinteressenten. Übt er seinen Willen in der Art unangemessen aus, dass der Anpassungsopponent von seinem Willen nicht mehr angemessen Gebrauch machen kann, ist die Anpassung rechtswidrig. Die englische Formel setzt unabhängig von den Umständen ebenfalls an der unangemessenen Willensausübung an. Der Schwerpunkt der Prüfung liegt aber darauf, ob der Anpassungsopponent von seinem Willen freien Gebrauch machen konnte.

bb) Betonung der Eigenverantwortlichkeit

Die deutsche Formel fordert unterhalb der Schwelle einer unangemessenen Willensausübung des Anpassungsinteressenten stets eigenverantwortliches Handeln des Anpassungsopponenten. Die englische Formel betont unterhalb dieser Schwelle ebenfalls die Eigenverantwortlichkeit, macht davon aber eine Ausnahme, wenn sich der Anpassungsopponent in einer Zwangslage befand. Eine vergleichbare Betonung der Eigenverantwortlichkeit gibt es nach der US-Formel nur beim ersten Kontakt. Beim zweiten Kontakt wird die Eigenverantwortlichkeit dadurch eingeschränkt, dass die Änderung der Abmachung nicht nur abhängig vom Willen der Vertragsparteien, sondern insbesondere von einer zwingend vorliegenden Änderung des Umfeldes ist. Diese Erkenntnis ist zweiseitig auslegbar. Auf der einen Seite könnte man aus der durchgängigen Betonung des verantwortlichen Handelns im deutschen Recht eine größere Aufforderung an den Bürger und seine Mündigkeit ableiten. Auf der anderen Seite kann die Begrenzung der US-Formel derart ausgelegt werden, dass die fehlende

Möglichkeit der späteren Anpassung der Abmachung die Bedeutung des ersten Kontaktes gegenüber dem ersten Kontakt im deutschen Recht übersteigt und somit die Anforderungen im US-Recht größer sind.

cc) Zweck des Anpassungsvertrags

Bezieht man sich bei der Frage, was Zweck eines Anpassungsvertrages ist, auf die oben dargelegten Maßstäbe *Hillmanns*, so kann nur nach deutschem und englischem Recht eine Vertragsanpassung unabhängig einer Änderung der Umstände und damit im Hinblick auf ein zukünftiges Geschäft erfolgen. Nur diese Formeln werden damit der Komplexität einer geschäftlichen Beziehung gerecht.

dd) Beachtung der Besonderheit der Anpassungssituation

Die deutsche und englische Formel prüfen den ersten Kontakt und den zweiten Kontakt in gleicher Weise. Fraglich ist, ob dieser Übertragung dem erhöhten Missbrauchspotential des zweiten Kontakts gerecht wird. Die Zwangslage des *economic duress* kann in Anpassungssituationen regelmäßig auftreten, wenn nämlich eine Partei von dem Bestehen des Vertrages abhängig ist. Wenn dem Abmachungspartner nur ein geringer Verhandlungsspielraum zusteht, liegt nach der deutschen Formel die Annahme einer unangemessenen Willensausübung regelmäßig nahe. Da die entscheidenden Kriterien beider Formeln in Anpassungssituationen bedingt durch die besonderen Umstände der Situation regelmäßig gegeben sein können, erscheint es problematisch anhand dieser Kriterien eine Abgrenzung zum Anpassungsmissbrauch vorzunehmen. Die US-Formel ist eigens für Anpassungssituationen geschaffen worden. Der Versuch, die Gefahr für den Opponenten zu umgehen, indem die Vertragsanpassung von einer Umstandsänderung abhängig gemacht wird, verfehlt aber den Zweck eines Anpassungsvertrages. Daher gelingt es keiner Formel, der Besonderheit der Anpassungssituation vollends gerecht zu werden.

V. Zusammenfassung und Ausblick

Zusammenfassend ist anzumerken, dass im englischen *Common Law* beim Abschluss von Verträgen als Seriositätsindiz und zum Schutz vor Drohung und Zwang grundsätzlich eine *consideration* erforderlich ist, was als *pre-existing duty rule* auch bei einer Vertragsänderung gilt. Dies führt selbst bei Sachverhalten, in denen das Änderungsversprechen im Wege einer freien Willensbildung ohne Drohung und Zwang zustande gekommen ist, zu dessen Unwirksamkeit und damit zu unbilligen Ergebnissen, wenn die Änderung im kaufmännischen Interesse beider Parteien liegt. In *Williams v Roffey* definierte daher der *Court of Appeal* die für eine *consideration* erforderlichen Kriterien neu, sodass geringere

Anforderungen an die *consideration* gestellt werden. Im Ergebnis werden Drohung und Zwang nicht mehr indirekt durch die *consideration* kontrolliert, sondern vielmehr direkt – freilich nicht vollkommen unproblematisch – durch die *duress*-Lehre. Für das englische *Common Law* ist somit davon auszugehen, dass die *consideration*-Doktrin in ihrer Ausprägung als *pre-existing duty rule* bei Änderungsvereinbarungen ihre Bedeutung praktisch verloren hat.

Im US *Common Law* dient das Erfordernis einer *consideration* im Rahmen der *pre-existing duty rule* bei Vertragsänderungen dem Schutz vor einem *hold-up game*. Es soll verhindert werden, dass eine Partei ihre faktische Überlegenheit – etwa weil der Markt kein Regulativ mehr für übertriebene Forderungen bereitstellt – ausnutzt, um so die Vertragsanpassung in ihrem Sinne zu gestalten. Dies führt wiederum zu unbilligen Ergebnissen, wenn die Anpassung wie in *Angel v Murray* ohne die Gefahr eines *hold-up games* erfolgt. Daher sind nach dem Rechtsinstitut der *modification in good faith* und seiner nicht ganz unproblematischen Ausprägung in § 89a *Restatement of the Law Second* Versprechen einer einseitigen Forderungserhöhung bei einer wirtschaftlich sinnvollen Vertragsänderung angesichts einer Veränderung der Umstände auch ohne *consideration* bindend. § 2-209 (1) UCC statuiert darüber hinaus die generelle Bindungswirkung bei Vertragsänderungen ohne *consideration* und verlangt eine direkte Fairnesskontrolle. Die langsame Abkehr von der *consideration*-Doktrin in England, die in *Williams v Roffey* ihren vorläufigen Höhepunkt fand, war somit im US *Common Law* hinsichtlich von § 89a *Restatement of the Law Second* bzw. § 2-209 (1) UCC bereits etabliert.

In Deutschland ergibt sich aus der Privatautonomie, aus der Vertragsfreiheit und dem Konsensprinzip¹⁴⁰ die grundsätzliche Bindungswirkung formloser Vertragsänderungen gem. § 311 Abs. 1 BGB in den allgemeinen Grenzen der Wirksamkeit von Verträgen. Ein der *consideration*-Lehre unmittelbar vergleichbares Prinzip kennen kontinentale Rechtsordnungen nicht.¹⁴¹ Die Regeln im *Common Law* und im deutschen Recht scheinen sich auf den ersten Blick diametral entgegen zu stehen. Das *Common Law* vermutet zunächst präventiv mit dem Erfordernis der *consideration* in Gestalt der *pre-existing duty rule* die grundsätzliche Unwirksamkeit von Vertragsänderungen ohne *fresh consideration*. Damit werden Drohung und Zwang indirekt kontrolliert. Im deutschen Recht hingegen sind nach § 311 Abs. 1 BGB und der Vertrags(änderungs)freiheit Vertragsänderungen grundsätzlich formlos verbindlich. Als negative Einzelfallkontrolle werden Drohung und Zwang durch §§ 123 Abs. 1, 138 Abs. 2 BGB direkt kontrolliert. Allerdings geht im *Common Law* die Tendenz dahin, Wirksamkeit bei

¹⁴⁰ Weller (Fn. 3).

¹⁴¹ Zweigert/Kötz (Fn. 10), 393.

wirtschaftlicher Berechtigung anzunehmen. Angesichts der neu definierten Anforderungen an die *consideration* können nun durch die weiter gefasste *duress*-Lehre Drohung und Zwang direkt kontrolliert werden. Diese Tendenz in Richtung Konsensprinzip stützen im *US-Common Law* § 89a *Restatement of the Law Second* und § 2-209 UCC.

Auch im internationalen Bereich lässt das UN-Kaufrecht in Art. 29 Abs. 1 CISG für die Änderung eines Vertrages das Konsensprinzip¹⁴² genügen.¹⁴³ Art. 2:101 der *Principles of European Contract Law* (PECL, „Lando-Prinzipien“) verlangt für den Abschluss eines Vertrages nichts über den Rechtsbindungswillen der Parteien und eine ausreichende Einigung hinaus. Damit kommt es auf eine *consideration* nicht an.¹⁴⁴ Diese Voraussetzungen gelten nach Art. 1:107 PECL auch für Vertragsänderungen.¹⁴⁵ Durch Art. 4:108 PECL wird eine Drohung direkt kontrolliert.¹⁴⁶ Auch die UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts* 2010 verlangen gem. Art. 3.2 für Vertragsschluss und -änderung nichts über die Einigung der Parteien hinaus. Drohung wird mit Art. 3.9 direkt kontrolliert. Dies zeigt, dass auch im internationalen Bereich bei Vertragsänderungen das Konsensprinzip genügt. Vor Drohung und Zwang wird durch negative Einzelfallkontrolle direkt geschützt. Eine *consideration* bei Änderungsvereinbarungen ist nicht erforderlich. Das *consideration*-Erfordernis des *Common Law* hat sich daher auf internationaler Ebene nicht durchgesetzt.

¹⁴² Weller (Fn. 3).

¹⁴³ Vgl. Schroeter, in: Schlechtriem/Schwenzer, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 6. Aufl. 2013, Art. 29 Rn. 1, 4; Schlechtriem/Schroeter, Internationales UN-Kaufrecht, 5. Aufl. 2013, Rn. 297.

¹⁴⁴ Vgl. Kommission für Europäisches Vertragsrecht, Deutsche Ausgabe von von Bar/Zimmermann, Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts Teile I und II, 2002, 142, 145 f.

¹⁴⁵ Vgl. ebd., 106 ff., 141.

¹⁴⁶ Vgl. ebd., 142, 300 ff.

Gabriel Lipps*

Die Zuständigkeit des zuerst angerufenen Gerichts nach der EuGVVO – zugleich Besprechung von *EuGH*, Rs. C-1/13 – *Cartier*

Abstract

In einem wirtschaftlich und kulturell weiter zusammenwachsenden Europa stellt sich im Rechtsraum der Europäischen Union immer häufiger die Aufgabe, Parallelverfahren unter Beteiligung von Gerichten verschiedener Mitgliedstaaten zu koordinieren. Der folgende Beitrag stellt die Regelungen der EuGVVO zur Verfahrenskoordination dar und arbeitet die dahinterstehenden Prinzipien und rechtspolitischen Interessen heraus. Weiterhin unterzieht er die Einschränkungsbestrebungen bei der Anwendung dieser Regelungen, z.B. bezüglich der Torpedo-Problematik, einer kritischen Würdigung und analysiert in diesem Zusammenhang beispielhaft ein Urteil des *EuGH*. Zudem wird ein Ausblick auf die neue Fassung der EuGVVO gegeben, die am 10.1.2015 in Kraft getreten ist.

As Europe is growing together both economically and culturally, the need to deal with parallel proceedings involving courts from different Member States is increasing in the European judicial area. The following article illustrates the provisions of the Brussels I Regulation for parallel proceedings and points out their leading principles. It also reviews the attempts to restrict their application (e.g. the issue of Italian Torpedoes) and analyses a decision of the *ECJ* concerning this subject. Moreover, there will be given an outlook for the recast of the Brussels I Regulation, which became effective on 10/1/2015.

* Der Verfasser studiert im 8. Semester Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg mit dem Schwerpunkt Internationales Privat- und Verfahrensrecht. Der vorliegende Beitrag basiert auf einer Studienarbeit bei Prof. Dr. Christoph A. Kern, LL.M. (Harvard), die im Sommer 2014 verfasst wurde. Prof. Dr. Kern sowie Marcel Kabl sei an dieser Stelle für die freundliche Empfehlung und Ermutigung zur Veröffentlichung gedankt.

I. Einleitung

Die Zuständigkeit des zuerst angerufenen Gerichts ist immer dann in besonderer Weise festzustellen, wenn wegen einer Streitfrage mehrere Gerichte angerufen werden. Hier stellt sich nicht nur die übliche Frage, ob ein Gericht nach den in den Gesetzen niedergelegten Zuständigkeitsnormen die internationale, sachliche, örtliche und funktionale Zuständigkeit besitzt, sondern auch die Frage, inwieweit das Verhältnis der verschiedenen Verfahren zueinander gestaltet werden muss und soll. Daraus ergibt sich die Problematik der Koordination paralleler Verfahren.

Vor allem im zusammenwachsenden Wirtschafts- und Rechtsraum innerhalb der Europäischen Union, in dem längst nicht mehr nur Unternehmen, sondern immer häufiger auch Privatleute über die nationalen Grenzen hinaus rechtlich in Erscheinung treten, erlangt diese Thematik eine stetig wachsende Bedeutung. Denn als gewissermaßen zwingender Nebeneffekt dieser überaus wünschenswerten, stärker werdenden Vernetzung des wirtschaftlichen und kulturellen Lebens ergibt es sich, dass auch häufiger Rechtsstreitigkeiten unter Beteiligung von Gerichten verschiedener Mitgliedstaaten auftreten.

Dieser Beitrag befasst sich mit der Zuständigkeit des zuerst angerufenen Gerichts nach der EuGVVO, also mit der Verfahrenskoordination im Rechtsraum der Europäischen Union.

Zunächst werden die Regelungen der EuGVVO zur Verfahrenskoordination dargestellt und die hinter diesen Regelungen stehenden Grundsätze, Prinzipien und Ordnungsvorstellungen herausgearbeitet. Anschließend sind in verschiedenen Fallkonstellationen die Bestrebungen zu bewerten, die Anwendung dieser Regelungen einzuschränken. Dann wird ein Ausblick auf die neue Fassung der EuGVVO gegeben, die am 10.1.2015 in Kraft getreten ist. Schließlich wird das Urteil des *EuGH* Rs. C-1/13 – *Cartier* unter Berücksichtigung und Anwendung der gewonnenen Erkenntnisse besprochen.

II. Verfahrenskoordination im Rechtsraum der Europäischen Union

Im ersten Schritt sind die Verfahrenskoordination und der Umgang mit Parallelverfahren im Rechtsraum der europäischen Union unter der Geltung der EuGVVO zu betrachten.

1. Relevanz der Thematik im Anwendungsbereich der EuGVVO

Neben der allgemeinen Zuweisung der internationalen Zuständigkeit an den Mitgliedstaat des Beklagtenwohnsitzes in Art. 3 Abs. 1 EuGVVO gibt es noch

besondere Zuständigkeiten in den Abschnitten 2-5 sowie die Zuständigkeiten der Abschnitte 6 und 7. Daher kommt es häufig vor, dass für Klagen betreffend denselben Anspruch oder im Zusammenhang stehende Verfahren auf europäischer Ebene die Zuständigkeit von Gerichten verschiedener Mitgliedstaaten in Betracht kommt und mehrere (grundsätzlich) zuständige Gerichte angerufen werden.¹ Zudem ist natürlich denkbar, dass unter den parallel angerufenen Gerichten solche sind, die international unzuständig sind. Über den Umgang mit solchen Parallelverfahren muss auf europäischer Ebene entschieden werden.

2. Die Regelungen der EuGVVO (VO (EG) Nr.44/2001): Das zeitliche Prioritätsprinzip

Die EuGVVO regelt in den Art. 27-30 den Umgang mit Parallelverfahren im Rechtsraum der Europäischen Union. Voraussetzung für die Anwendung der Art. 27-30 EuGVVO ist, dass der Anwendungsbereich nach Art. 1 EuGVVO eröffnet ist. Ausnahmsweise können allerdings nach Art. 71 Abs. 1 EuGVVO Vorschriften internationaler Übereinkommen vorrangig sein, etwa die Regelung des Art. 31 Abs. 2 CMR für Beförderungsverträge im internationalen Straßengüterverkehr.² Zudem müssen Gerichte verschiedener Mitgliedstaaten betroffen sein.³ Weiter muss das später angerufene Gericht von seiner internationalen Zuständigkeit überzeugt sein, sonst hat es sein Verfahren unabhängig von den Vorschriften der Art. 27-30 EuGVVO als unzulässig zu beenden.⁴ Gleich ist, ob die Gerichte ihre Zuständigkeit unmittelbar aus der EuGVVO oder über Art. 4 Abs. 1 EuGVVO aus nationalem Verfahrensrecht herleiten.⁵ Die Art. 27 ff. EuGVVO selbst haben keine zuständigkeitsbegründende Wirkung.⁶

Als Grundsatz hinter den Regelungen der Art. 27-30 EuGVVO steht das zeitliche Prioritätsprinzip.⁷

¹ *Leible*, in: Rauscher, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht EuZPR/EuIPR I, 3. Aufl. 2011, EuGVVO Art. 27 Rn. 5.

² *Ebd.*, EuGVVO Art. 27 Rn. 2.

³ *Kropholler/von Hein*, in: Kommentar zu EuGVO, Lugano – Übereinkommen 2007, EuVTVO, EuMVVO und EuGFVO, 9. Aufl. 2011, EuGVVO vor Art. 27 Rn. 2.

⁴ *Ebd.*, EuGVVO vor Art. 27 Rn. 2.

⁵ *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht mit internationalem Insolvenzrecht und Schiedsverfahrensrecht, 6. Aufl. 2014, Rn. 856.

⁶ *Gottwald*, in: MüKo-ZPO III, 4. Aufl. 2013, EuGVVO Art. 27 Rn. 6; *Wagner*, in: Stein/Jonas X, 22. Aufl. 2011, EuGVVO Art. 28 Rn. 3.

⁷ *Kropholler/von Hein* (Fn. 3), EuGVVO vor Art. 27 Rn. 1.

a) Begriff und Ausgestaltung in der EuGVVO

Das zeitliche Prioritätsprinzip legt im Umgang mit Parallelverfahren den Vorrang der zuerst erhobenen Klage fest.⁸

aa) Bestimmung der Priorität

Um das Prioritätsprinzip umsetzen zu können, muss festgestellt werden, welche Klage zuerst erhoben wurde, das heißt, welches Gericht zuerst angerufen wurde. Dies muss im Geltungsbereich der EuGVVO nach einheitlichen Kriterien erfolgen, damit die Anwendung des zeitlichen Prioritätsprinzips europaweit gleiche Ergebnisse erzielt.⁹ Daher bietet Art. 30 EuGVVO eine autonome Definition.¹⁰ Demnach ist, je nachdem ob nach dem Verfahrensrecht des Mitgliedstaates das verfahrenseinleitende Schriftstück zuerst beim Gericht einzureichen oder zuerst dem Beklagten zuzustellen ist, für den Zeitpunkt der Anrufung jeweils die frühere Handlung maßgeblich. Dies steht freilich unter der Voraussetzung, dass der Kläger es nicht versäumt, auch die zweite Handlung vorzunehmen.

bb) Doppelte Anhängigkeit eines Streitgegenstands

Der Fall, dass derselbe Streitgegenstand in verschiedenen Mitgliedstaaten zwischen denselben Parteien anhängig gemacht wird, wird von Art. 27 EuGVVO aufgenommen und gelöst.¹¹ Hier tritt das Prioritätsprinzip besonders deutlich und konsequent zu Tage.¹²

Der Begriff der Identität des Streitgegenstands wird autonom und weit ausgelegt, so dass diese schon dann vorliegt, wenn der rechtliche Kernpunkt beider Verfahren derselbe ist.¹³ Demnach liegt Identität vor, wenn sich aus den Urteilen der konkurrierenden Verfahren ein Widerspruch ergeben würde.¹⁴ Ein klassisches und praxisrelevantes Beispiel für die Identität des Streitgegenstands ist das Verhältnis zwischen Leistungsklage und negativer Feststellungsklage.¹⁵

⁸ Hess, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 2010, 321.

⁹ *Ebd.*, 326.

¹⁰ Rauscher, *Internationales Privatrecht – Mit internationalem Verfahrensrecht*, 4. Aufl. 2012, Rn. 2226.

¹¹ Kropholler/von Hein (Fn. 3), *EuGVVO Art. 27 Rn. 1*.

¹² Hess (Fn. 8), 325.

¹³ Rauscher (Fn. 10), Rn. 2216.

¹⁴ Hess (Fn. 8), 323.

¹⁵ Kropholler/von Hein (Fn. 3), *EuGVVO Art. 27 Rn. 8*.

Der Kernpunkt ist hier Bestehen oder Nichtbestehen des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses.¹⁶

Identität der Parteien ist nicht nur bei Personenidentität gegeben, sondern nach autonomer Definition auch dann, wenn zwischen zwei Personen eine Interessenidentität der Art besteht, dass ein Urteil im Verfahren gegen die eine Person auch gegenüber der anderen Rechtskraft entfaltet.¹⁷ Es ist nicht von Bedeutung, ob in den parallelen Verfahren die Parteirollen jeweils umgekehrt sind.¹⁸

Liegen diese Tatbestandsvoraussetzungen vor, ergibt sich als Rechtsfolge zunächst die Pflicht des später angerufenen Gerichts zur Aussetzung seines Verfahrens nach Art. 27 I Hs. 2 EuGVVO. Sobald die Zuständigkeit des zuerst angerufenen Gerichts feststeht, hat sich das später angerufene Gericht nach Art. 27 Abs. 2 EuGVVO für unzuständig zu erklären. Diese Schritte sind von Amts wegen vorzunehmen.¹⁹

cc) Konnexverfahren

Für konnexverfahren gilt Art. 28 EuGVVO. Den Begriff definiert die EuGVVO autonom per Legaldefinition in Art. 28 Abs. 3 EuGVVO. Konnexität liegt vor, wenn bei getrennter Verhandlung die Gefahr widersprechender Entscheidungen naheliegt.²⁰ Dann kann das später angerufene Gericht nach Abs. 1 sein Verfahren aussetzen. Es kann sich auf Antrag einer Partei nach Abs. 2 für unzuständig erklären, wenn nach dem Prozessrecht des zuerst angerufenen Staates die Möglichkeit besteht, die Klagen zu verbinden und das zuerst angerufene Gericht für beide Klagen zuständig ist. Eine solche Möglichkeit der Verbindung besteht beispielsweise in Belgien, nicht aber in Deutschland.²¹ Wichtig ist, sich vor Augen zu führen, dass die Rechtsfolgen in Art. 28 Abs. 1, 2 EuGVVO keinesfalls zwingend sind, sondern im Ermessen des Gerichts liegen.²² Grundsätzlich baut also auch Art. 28 EuGVVO auf dem Prioritätsprinzip auf.²³ Hier wird dies allerdings als Folge der Ermessensregelung nicht so strikt verfolgt wie bei Art. 27 EuGVVO.

¹⁶ *Ebd.*, EuGVVO Art. 27 Rn. 8.

¹⁷ *EuGH*, C-351/96, ECLI:EU:C:1998:242, Rn.19 – *Drouot assurances/Consolidated metallurgical industries u.a.*; grds. zustimmend *Hess* (Fn. 8), 323 f.

¹⁸ *Kropholler/von Hein* (Fn. 3), EuGVVO Art. 27 Rn. 4; *EuGH*, C-406/92, ECLI:EU:C:1994:400, Rn. 31 – *Tatry*.

¹⁹ *Kropholler/von Hein* (Fn. 3), EuGVVO Art. 27 Rn. 22, 25.

²⁰ *Hess* (Fn. 8), 324 f.

²¹ *Schack* (Fn. 5), Rn. 856.

²² *Kropholler/von Hein* (Fn. 3), EuGVVO Art. 28 Rn. 10.

²³ *Hess* (Fn. 8), 326.

Zuletzt ist zu erwähnen, dass Art. 29 EuGVVO die Geltung des Prioritätsprinzips noch einmal klarstellt, wenn in der tatbestandlichen Situation des Art. 27 EuGVVO beide Gerichte nach Art. 22 EuGVVO ausschließlich zuständig sein sollten.²⁴ Rechtsfolge ist die Unzuständigkeitserklärung des später angerufenen Gerichts.

b) Schutzzwecke und rechtspolitische Interessen bei der Verfahrenskoordination

In der Folge wird darauf einzugehen sein, welche Überlegungen den europäischen Gesetzgeber zu den Regelungen der Art. 27-30 EuGVVO bewogen haben.

aa) Vermeidung widersprüchlicher Entscheidungen

Aus Erwägungsgrund 15 der EuGVVO ergibt sich das Ziel des europäischen Gesetzgebers, durch die Koordinationsregeln der Art. 27 ff. EuGVVO widersprüchliche Entscheidungen durch die Vermeidung von Parallelverfahren zu verhindern. Widersprüchliche Entscheidungen beeinträchtigen den Rechtsschutz der Parteien und schädigen das Ansehen der EU und der Justiz innerhalb der EU.²⁵ Zudem laufen sie dem Ziel einer geordneten Rechtspflege zuwider.²⁶ Widersprüchliche Entscheidungen drohen durch Parallelverfahren, bei denen sich beide befassen Gerichte konkurrierend für zuständig halten und weiterverfahren wollen, also im Fall eines so genannten positiven Kompetenzkonflikts.²⁷ Aus der Formulierung des Art. 27 EuGVVO kann daher abgeleitet werden, dass das Prioritätsprinzip bewirkt, dass das später angerufene Gericht durch eine positive Zuständigkeitsentscheidung des zuerst angerufenen Gerichts über dessen eigene Zuständigkeit gebunden wird.²⁸ Damit können positive Kompetenzkonflikte und die aus ihnen resultierenden Parallelverfahren mit der Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen schon im Rechtshängigkeitsstadium zuverlässig zu Gunsten des zuerst angerufenen Gerichts gelöst werden.²⁹ Unterstützt wird das dadurch, dass das später angerufene Gericht die internationale Zuständigkeit des zuerst angerufenen Gerichts grundsätzlich nicht überprüfen darf und diese Prüfung im Gegenteil dem zuerst angerufenen Gericht gebührt.³⁰ Dies ergibt sich einerseits daraus, dass Art. 27 EuGVVO sich aus-

²⁴ Rauscher (Fn. 10), Rn. 2243 f.; Hess (Fn. 8), 325 Fn. 768.

²⁵ Hess (Fn. 8), 321.

²⁶ Geimer, in: Geimer/Schütze, 3. Aufl. 2010, EuGVVO Einleitung Rn. 112.

²⁷ Vgl. Junker, Internationales Zivilprozessrecht, 2012, 57.

²⁸ Hess, Der Binnenmarktprozeß, JZ 1998, 1021 (1027).

²⁹ Vgl. Hess (Fn. 8), 322.

³⁰ Kropholler/von Hein (Fn. 3), EuGVVO Art. 27 Rn. 19; EuGH, C-351/89, ECLI:EU:C:1991:279, Rn. 25 – *Overseas*.

schließlich auf die zeitliche Reihenfolge der Klagen bezieht, zum anderen daraus, dass sich die Zuständigkeitsverteilung direkt aus der EuGVVO ergibt, die die Gerichte aller Mitgliedstaaten gleich kompetent anwenden können.³¹ Diese Annahme gebietet der Grundsatz des Vertrauens in die Gleichwertigkeit der Rechtspflege in den verschiedenen Mitgliedstaaten.³² Folgt die Zuständigkeit des erstbefassten Gerichts über Art. 4 Abs. 1 EuGVVO aus dessen nationalem Prozessrecht, ist es sogar besser als das zweitbefasste Gericht geeignet, über die Zuständigkeit zu befinden.³³ Als Ausnahme von diesem Grundsatz gilt nach Art. 25, 29 EuGVVO, dass eine ausschließliche Zuständigkeit des erstbefassten Gerichts nach Art. 22 EuGVVO vom zweitbefassten Gericht geprüft werden darf.

Betrachtet man den gerade angeführten Zweck der Art. 27 ff. EuGVVO noch einmal unter Einbeziehung der Art. 32 ff. EuGVVO über die Anerkennung von Entscheidungen, dann kommt man allerdings nicht umhin, festzustellen, dass die Verfahrenskoordination nicht die einzige Möglichkeit ist, widersprüchliche Urteile zu verhindern.³⁴ Denn Art. 33 Abs. 1 EuGVVO enthält das Prinzip, dass Entscheidungen unter den Mitgliedstaaten automatisch anerkannt werden.³⁵ Also führt eine rechtskräftige Entscheidung in einem Mitgliedstaat in einem Parallelverfahren zwischen denselben Parteien über denselben Gegenstand aufgrund der Einrede der *res iudicata* zu einer Prozessabweisung.³⁶ Nach dem autonomen Rechtskraftbegriff des *EuGH* gilt speziell bezüglich Zuständigkeitsentscheidungen aufgrund gemeinsamer Zuständigkeitsvorschriften der Mitgliedstaaten, dass nicht nur der Tenor, das heißt die Entscheidung über die Zuständigkeit selbst, sondern auch die Gründe, das heißt die zu Grunde legenden Überlegungen etwa betreffend der Wirksamkeit präjudizieller Rechtsverhältnisse wie z.B. die Wirksamkeit von Gerichtsstandsvereinbarungen, für das Anerkennungsgericht bindend sind.³⁷ Damit werden in vielen Fällen widersprüchliche Urteile im Anerkennungsstadium vermieden.³⁸

Da die Anerkennungsfähigkeit von Entscheidungen nach der EuGVVO allerdings nicht von ihrer Rechtskraft abhängt, könnten in der Zeit zwischen dem

³¹ *Wagner* (Fn. 6), EuGVVO Art. 27 Rn. 55.

³² *Ebd.*, EuGVVO Art. 27 Rn. 1.

³³ *EuGH*, C-351/89, ECLI:EU:C:1991:279, Rn. 23 – *Overseas*.

³⁴ Vgl. *McGuire*, Verfahrenskoordination und Verjährungsunterbrechung im Europäischen Prozessrecht, 2004, 41.

³⁵ *Ebd.*, 41.

³⁶ *Ebd.*, 41.

³⁷ *EuGH*, C-456/11, ECLI:EU:C:2012:719, Rn. 43 – *Gotthaer Allgemeine Versicherung u.a.*

³⁸ Vgl. *Leible* (Fn. 1) EuGVVO Art. 27 Rn. 5.

Erlass einer Entscheidung und dem Eintritt ihrer Rechtskraft und der damit erwachsenden Einrede der *res iudicata* widersprechende Entscheidungen bestehen.³⁹ Denn in einer Situation, in der im Anerkennungsstaat ein nicht rechtskräftiges Urteil aus einem Mitgliedstaat anerkannt werden muss während noch ein Parallelverfahren läuft, kann die Einrede der *res iudicata*, gleich wie weitreichend sie nach dem autonomen Rechtskraftbegriff des *EuGH* auch sein mag, nicht helfen, widersprüchliche Entscheidungen zu verhindern. Deshalb ist es unter Berücksichtigung solcher Fälle notwendig, bereits im Rahmen der Verfahrenskoordination Parallelverfahren auszuschließen. Im Übrigen bleibt festzuhalten, dass die EuGVVO in Erwägungsgrund 15 ihre Regelungen zum Ausschluss von Parallelverfahren eindeutig auch dem Vermeiden widersprüchlicher Entscheidungen widmet. Trotz der starken Auffangwirkung der Regelungen über die Anerkennung bezüglich der Vermeidung widersprüchlicher Entscheidungen, lässt sich für die Wirkung der Regelungen zur Verfahrenskoordination nach Art. 27 ff. EuGVVO dennoch mit einem alten Sprichwort feststellen: Doppelt genäht hält besser. Denn die Wirkungskraft der Art. 27 ff. EuGVVO in Bezug auf die Vermeidung von Parallelverfahren und positiver Kompetenzkonflikte ist unbestritten.

bb) Rückschau auf das EuGVÜ von 1968: Vermeidung negativer Kompetenzkonflikte

Eine weitere Möglichkeit die Motive des europäischen Gesetzgebers bezüglich der Verfahrenskoordination in der EuGVVO zu erforschen, besteht in einem mit der heutigen Situation vergleichenden Rückblick auf die historische Entwicklung unter Beachtung des EuGVÜ als Vorgängerregelung der EuGVVO.

Art. 27 Abs. 1, 2 EuGVVO gestaltet das Verhältnis zwischen Aussetzung und Unzuständigkeitserklärung des später angerufenen Gerichts so, dass zunächst auszusetzen ist und die Unzuständigkeitserklärung erst zu erfolgen hat, wenn die Zuständigkeit des erstbefassten Gerichts feststeht. Dieses Verhältnis war im Originaltext des Art. 21 EuGVÜ noch umgekehrt. Dort war die Klage vor dem zweitbefassten Gericht grundsätzlich umgehend abzuweisen. Nur unter bestimmten Umständen kam eine Aussetzung in Betracht. Dies barg die Gefahr, dass bei einer Unzuständigkeitserklärung eines an sich zuständigen zweiten Gerichts, nur aufgrund eines früher anhängigen Verfahrens vor einem unzuständigen Gericht, im Endeffekt beide Klagen abgewiesen wurden und so ein negativer Kompetenzkonflikt entstand.⁴⁰ Das konnte im Extremfall die für eine Partei äußerst unangenehme Folge haben, dass aufgrund des Ablaufs von

³⁹ *McGuire* (Fn. 34), 42.

⁴⁰ *Ebd.*, 68.

Verjährungs- und Ausschlussfristen eine Rechtsverfolgung unmöglich wurde.⁴¹ Dies lud zum Missbrauch ein.⁴² Um diese als misslich empfundenen Folgen der alten Regelung des EuGVÜ zu beseitigen wurde das Verhältnis zwischen Aussetzung und Unzuständigkeitserklärung so umgekehrt, wie man es heute in Art 27 EuGVVO vorfindet.⁴³ Dies bedeutet, dass Art. 27 EuGVVO und, aus der Historie erkennbar, besonders das hier statuierte Verhältnis der Rechtsfolgen aus Abs. 1 und Abs. 2 der Vermeidung negativer Kompetenzkonflikte dienen soll.⁴⁴ Als Konsequenz wird ein negativer Kompetenzkonflikt umso eher vermieden, je länger eine Klage vor dem später angerufenen Gericht nicht abgewiesen wird.⁴⁵

Freilich muss an dieser Stelle auch erwähnt werden, dass die Gefahr negativer Kompetenzkonflikte nicht abschließend vermieden werden kann, da einem sich für unzuständig haltenden Gericht die Möglichkeit verwehrt ist, den Rechtsstreit an ein anderes Gericht zu verweisen.⁴⁶ Dies findet seinen Grund in der Wahrung der Souveränität der Mitgliedstaaten, die es nicht zulässt, dass das Gericht eines Staates von dem Gericht eines anderen Staates gebunden wird.⁴⁷ Jedoch bietet sich durch den europäischen Rechtskraftbegriff, gewissermaßen durch die Hintertür, doch eine Möglichkeit für dieses Gericht, ein anderes Gericht zu binden.⁴⁸ Es kann nämlich über ein präjudizielles Rechtsverhältnis entscheiden, so dass sich das andere Gericht auf Grund dessen ohne eigene Prüfung für unzuständig erklären muss.⁴⁹

cc) Weitere Motive

Weiterhin sorgen die Art. 27 ff. EuGVVO für größere Klarheit und Sicherheit im Rechtsverkehr, indem sie Parallelverfahren bereits zu einem früheren Zeitpunkt ausschließen.⁵⁰

Aus den zuvor genannten Überlegungen wird darüber hinaus eines deutlich. Lässt man Parallelverfahren zu, kann über die Regelungen zur Anerkennung in Art. 32 ff. EuGVVO und die Einrede der *res iudicata* gesteuert werden, welches der Parallelverfahren Vorrang genießt, weil es zuerst ein Urteil hervor-

⁴¹ *Ebd.*, 68 f.

⁴² *Ebd.*, 68 f.

⁴³ Vgl. *ebd.*, 68.

⁴⁴ Vgl. *ebd.*, 68 f.

⁴⁵ Vgl. *Leible* (Fn. 1), EuGVVO Art. 27 Rn. 5.

⁴⁶ *McGuire*, Forum Shopping und Verweisung, ZfRV 2005, 83 (84).

⁴⁷ *Mankowski* (Fn. 1), EuGVVO Art. 25 Rn. 6.

⁴⁸ Vgl. o. Abschnitt **II. 2. b) aa**).

⁴⁹ Vgl. o. Abschnitt **II. 2. b) aa**).

⁵⁰ Vgl. *Hess* (Fn. 8), 321.

bringt.⁵¹ In der Praxis wäre ein „Wettlauf um die frühere Entscheidung“ die ungünstige Auswirkung.⁵² Um das jeweils missliebigeren Verfahren möglichst nicht zum Abschluss kommen zu lassen, hätten Verzögerungstaktiken der Parteien gewissermaßen reflexartig Hochkonjunktur und die Verfahrensdauer würde so künstlich beeinflusst.⁵³ Dies wiederum würde den effektiven Rechtsschutz und die Funktionsfähigkeit und das Ansehen der Justiz belasten.⁵⁴ Um dies zu vermeiden, knüpfen die Art. 27 ff. EuGVVO die zeitliche Priorität an den Zeitpunkt der Anhängigkeit.⁵⁵

Als weiterer Regelungszweck kann die Prozessökonomie angeführt werden, zusätzlicher Aufwand für Parteien und Gerichte soll vermieden werden.⁵⁶

Speziell im Falle, dass ein Kläger in verschiedenen Mitgliedstaaten klagt, ist der Schutz des Beklagten vor einer zwangsweisen Verteidigung in Parallelverfahren vor Gerichten verschiedener Rechtsordnungen, die er sich nicht ausgesucht hat, ein weiteres Ziel der Art. 27 ff. EuGVVO.⁵⁷

c) *Die forum non conveniens doctrine*

Das zeitliche Prioritätsprinzip, wie es die EuGVVO festlegt, ist keineswegs die einzig mögliche Konzeption. Gleichwertige Ergebnisse können auch mit der aus der Rechtstradition des Common Law stammenden *forum non conveniens doctrine* erzielt werden.⁵⁸ Diese stellt nicht auf die zeitliche Reihenfolge der Parallelverfahren ab, stattdessen wird nach der Sachnähe und damit der Geeignetheit für den jeweiligen Rechtsstreit das Gericht ausgewählt, das in der Sache entscheiden soll.⁵⁹

Für die *forum non conveniens doctrine* wird vorgebracht, sie führe zu größerer Einzelfallgerechtigkeit, die durch das starre Prioritätsprinzip nicht erreichen werden könne.⁶⁰ Weiterhin behindere dieses die Möglichkeit außergerichtlicher

⁵¹ *McGuire* (Fn. 34), 43.

⁵² *McGuire* (Fn. 34), 52.

⁵³ *McGuire* (Fn. 34), 43 f.

⁵⁴ Vgl. *McGuire* (Fn. 34), 45.

⁵⁵ Vgl. *McGuire* (Fn. 34), 45, 52.

⁵⁶ *Dohm*, Die Einrede ausländischer Rechtshängigkeit im deutschen internationalen Zivilprozeßrecht, 1996, 39; *Schack* (Fn. 5), Rn. 833.

⁵⁷ *McGuire* (Fn. 34), 47.

⁵⁸ *Hess* (Fn. 8), 321.

⁵⁹ *Wagner* (Fn. 6), EuGVVO Art. 27 Rn. 2.

⁶⁰ Vgl. *Schack*, Die Versagung der deutschen internationalen Zuständigkeit wegen *forum non conveniens* und *lis alibi pendens*, *RabelsZ* 1994, 40 (45).

Streitbeilegung, indem es Anreize schaffe, möglichst schnell Verfahren bei Gericht anhängig zu machen.⁶¹

Der große Nachteil der *forum non conveniens doctrine* liegt aber darin, dass die Zuständigkeit für die Parteien im Voraus nicht überschaubar ist.⁶² Zudem entscheiden die Gerichte unter Geltung der *forum non conveniens doctrine* über die Zuständigkeit nach Ermessen.⁶³ Daher kann diese Doktrin nicht in die EuGVVO übertragen werden, da hier keine höhere Instanz besteht, die die aus der Ermessensausübung drohende uneinheitliche Anwendung korrigieren und Kompetenzkonflikte zwischen den Gerichten schlichten kann.⁶⁴ In dieser Situation ist nach möglichst viel Rechtssicherheit aus dem den Verfahrensvorhang festlegenden Kriterium selbst zu streben.⁶⁵ Diese Rechtssicherheit bietet das Prioritätsprinzip als wertneutrales Kriterium.⁶⁶ Für ein solches spricht auch der Grundsatz des Vertrauens in die Gleichwertigkeit der Rechtspflege der Mitgliedstaaten.⁶⁷ Daher ist im Europäischen Zivilprozessrecht das Prioritätsprinzip zu bevorzugen.

3. Einschränkungsbestrebungen bei der Anwendung des Prioritätsprinzips: Rechtssicherheit vs. Effektiver Rechtsschutz

Auch wenn das Prioritätsprinzip ein leistungsstarkes Kriterium im Umgang mit Parallelverfahren bietet, kommt es immer wieder zu Kritik an dessen konsequenter Anwendung.

a) *Forum shopping*

Aufgrund der verschiedenen konkurrierenden Gerichtsstände der EuGVVO ergibt sich für die Parteien oft die Möglichkeit, für die Erhebung einer Klage zwischen mehreren Mitgliedstaaten zu wählen. Die Parteien werden einen Gerichtsstand wählen, der ihnen für ihre Sache besonders günstig erscheint.⁶⁸ Dieses so genannte *forum shopping* kann man den Parteien bei gleichwertigem Rechtsschutz an den verschiedenen Gerichtsständen nicht zum Vorwurf machen.⁶⁹ Die Kernpunkttheorie des *EuGH* ermöglicht allerdings eine besondere Art des *forum shopping*, die darauf abzielt, eine negative Feststellungsklage in

⁶¹ *Dohm* (Fn. 56), 104.

⁶² *Schack* (Fn. 60), 45.

⁶³ *McGuire* (Fn. 34), 35.

⁶⁴ *Ebd.*, 35.

⁶⁵ Vgl. *ebd.*, 38.

⁶⁶ Vgl. *ebd.*, 52.

⁶⁷ Vgl. *Wagner* (Fn. 6), EuGVVO Art. 27 Rn. 1.

⁶⁸ *McGuire* (Fn. 46), 86 f.

⁶⁹ *Ebd.*, 87.

einem Mitgliedstaat zu erheben, dessen Gerichte extrem überlastet oder aus anderen Gründen für eine lange Verfahrensdauer bekannt sind.⁷⁰ Ein Schuldner kann so mit einer negativen Feststellungsklage in einem entsprechenden Mitgliedstaat einer Leistungsklage seines Gläubigers zuvorkommen. Dann ist ein nach dem Prioritätsprinzip vorrangiger, andere Verfahren sperrender Rechtsstreit anhängig, was dem Schuldner durch die Verzögerung des Leistungsurteils wirtschaftliche Vorteile bringen kann.⁷¹

Es geht also um Fälle, in denen in den Parallelverfahren jeweils umgekehrte Parteirollen vorliegen. In solchen Konstellationen erscheint der Leistungskläger als schutzwürdig, kann er doch nicht, wie wenn er in zwei Parallelverfahren Kläger wäre, selbst dafür sorgen, dass der unerwünschte Zustand endet.⁷² Dieses sich anhand prozessfremder Kriterien orientierende *forum shopping* wird als misslich empfunden, denn für den Erfolg dieser Taktik ist es noch nicht einmal erforderlich, dass das Gericht der negativen Feststellungsklage überhaupt zuständig ist.⁷³ Dies fügt dem Ganzen noch einmal eine besonders negative Konnotation hinzu, die den Begriff „Torpedoklage“ rechtfertigt.⁷⁴ Die Rechtssicherheit, die das Prioritätsprinzip bietet,⁷⁵ gerät dann also mit den Prinzipien des effektiven Rechtsschutzes und der Einzelfallgerechtigkeit in Konflikt.

Daher wird für solche Situationen oftmals eine teleologische Reduktion des Prioritätsprinzips gefordert, umso mehr, als die Vorschrift des Art. 27 EuGVVO nicht zur Disposition der Parteien steht.⁷⁶

b) Ausschließliche Zuständigkeit des später angerufenen Gerichts nach Art. 22 EuGVVO

Die erste Konstellation betrifft den Fall, dass das später angerufene Gericht, nicht aber das zuerst angerufene Gericht nach Art. 22 EuGVVO die ausschließliche Zuständigkeit besitzt. Einige wollen auch dann an der strikten Befolgung des Prioritätsprinzips festhalten.⁷⁷ Andere möchten eine Ausnahme

⁷⁰ *Wagner* (Fn. 6), EuGVVO Art. 27 Rn. 45.

⁷¹ *Ebd.*, EuGVVO Art. 27 Rn. 45.

⁷² *Mankowski*, Kurzkomentar zu OLG München, Beschluss vom 02.06.1998 – 7 W 1461/98, EWiR 1998, 977 (978).

⁷³ *McGuire* (Fn. 46), 87.

⁷⁴ *Nagel/Gottwald*, Internationales Zivilprozessrecht, 7. Aufl. 2013, 347.

⁷⁵ S.o. Abschnitt **II. 2. b) cc); II. 2. c).**

⁷⁶ *McGuire* (Fn. 34), 113; *Geimer* (Fn. 26), EuGVVO Art. 27 Rn. 27.

⁷⁷ *Z.B. Kropholler/von Hein* (Fn. 3), EuGVVO Art. 27 Rn. 19; *Wagner* (Fn. 6), EuGVVO Art. 27 Rn. 51; *Geimer* (Fn. 26), EuGVVO Art. 27 Rn. 18.

machen.⁷⁸ Der *EuGH* hat die Frage zunächst offengelassen,⁷⁹ sich aber in einer aktuellen Entscheidung der zweiten Meinung angeschlossen.⁸⁰

Für die Befolgung des Prioritätsprinzips, das nach Art. 27 Abs. 1, 2 EuGVVO dem zweitbefassten Gericht eine Aussetzung und gegebenenfalls eine Unzuständigkeitserklärung auferlegt, wird vorgebracht, es drohten anderenfalls widersprüchliche Entscheidungen.⁸¹ Zudem sei mit dem Grundsatz des Vertrauens in die Gleichwertigkeit der Rechtspflege nicht zu vereinbaren, dem zweitbefassten Gericht eine Zuständigkeitsprüfung und die Fortführung seines Verfahrens zu gestatten.⁸² Jedoch lässt sich hiergegen anführen, dass Art. 29 EuGVVO dem zweitbefassten Gericht, sobald es seine ausschließliche Zuständigkeit nach Art. 22 EuGVVO feststellt, auferlegt, zu prüfen, ob das erstbefasste Gericht ebenfalls nach Art. 22 EuGVVO zuständig ist.⁸³ Da das Gesetz selbst die Prüfung durch das später angerufene Gericht anordnet, kann dieses durch die Prüfung nicht den Vertrauensgrundsatz verletzen. Müsse das zweitbefasste Gericht die Zuständigkeit des erstbefassten Gerichts aber überprüfen und komme zu einem negativen Ergebnis, sei es geradezu paradox, dennoch die Rechtsfolgen des Art. 27 EuGVVO eintreten zu lassen und das zweitbefasste Gericht damit zu nötigen, die Ergebnisse seiner Prüfung zu ignorieren.⁸⁴

Weiterhin ist zu sehen, dass eine Entscheidung, die unter Verletzung des Art. 22 EuGVVO ergangen ist, nach Art. 35 Abs. 1 EuGVVO in den übrigen Mitgliedstaaten nicht anerkannt wird. Diese Vorschrift ist von Amts wegen anzuwenden.⁸⁵ Die Rechtshängigkeit eines Verfahrens in einem anderen Mitgliedstaat zu beachten, dessen Ergebnis ohnehin nicht anerkannt werden wird, wäre aber unzweckmäßig und würde der Systematik zwischen den aufeinander aufbauenden Rechtshängigkeits- und Anerkennungsregeln nicht gerecht.⁸⁶ Hier würde auch keine – in Art. 27 EuGVVO nicht vorgesehene – Anerkennungsprognose vorgenommen, da die Verletzung des Art. 22 EuGVVO in einem solchen Fall bereits in der Vergangenheit liege.⁸⁷ Diese könne wegen Art. 24

⁷⁸ *Rauscher/Gutknecht*, Teleologische Grenzen des Art. 21 EuGVÜ?, IPRax 1993, 21 (24); *Dohm* (Fn. 56), 171.

⁷⁹ *EuGH*, C-351/89, ECLI:EU:C:1991:279, Rn. 20 – *Overseas*.

⁸⁰ *EuGH*, C-438/12, ECLI:EU:C:2014:212, Rn. 56 – *Weber*.

⁸¹ *Leible* (Fn. 1) EuGVVO Art. 27 Rn. 16.

⁸² *Ebd.*, EuGVVO Art. 27 Rn. 16.

⁸³ Vgl. *Rauscher/Gutknecht* (Fn. 78), 24.

⁸⁴ *Rauscher/Gutknecht* (Fn. 78), 24.

⁸⁵ *Leible* (Fn. 1), EuGVVO Art. 35 Rn. 7.

⁸⁶ *Dohm* (Fn. 56), 170.

⁸⁷ *Ebd.*, 170.

S. 2 EuGVVO auch nicht etwa durch eine rügelose Einlassung geheilt werden, womit die Anerkennungsverweigerung schon feststehe.⁸⁸

Hierzu wird vorgebracht, aufgrund der Bindung des später angerufenen Gerichts an die zur Zuständigkeit gemachten tatsächlichen Feststellungen durch das zuerst angerufene Gericht nach Art. 35 Abs. 2 EuGVVO bleibe bei der Prüfung der ausschließlichen Zuständigkeit des erstbefassten Gerichts nach Art. 22 EuGVVO durch das zweitbefasste Gericht in jedem Fall ein Unsicherheitsfaktor.⁸⁹

Dieser Einwand lässt sich nicht abstreiten. Dennoch bleibt es dabei: Bleibt trotz der Bindung des zweitbefassten Gerichts an die tatsächlichen Feststellungen des erstbefassten Gerichts wegen unterschiedlicher Wertungen ein positiver Kompetenzkonflikt bestehen, versagt in dieser Konstellation das Prioritätsprinzip. Ohne anerkennungsfähige Entscheidung kann für den Rechtsstreit vor dem zweitbefassten Gericht nicht die Einrede der entgegenstehenden Rechtskraft entstehen.⁹⁰ Das Verfahren wäre erneut zu beginnen.⁹¹ Diese Folge wäre in dem Fall unausweichlich, da der Art. 35 Abs. 1 EuGVVO von Amts wegen anzuwenden ist und somit der Art. 22 EuGVVO auf Anerkennungsebene in jedem Fall durchgesetzt wird. Auch das Prioritätsprinzip kann dann nicht die Prozessökonomie stärken oder die Gefahr sich widersprechender Entscheidungen bannen. Seine Leistungsstärke ist in dieser Fallkonstellation wesentlich eingeschränkt. Es kann keine uneingeschränkte Rechtssicherheit bieten. Dies rechtfertigt es, eine Ausnahme zugunsten des effektiven Rechtsschutzes und der Einzelfallgerechtigkeit zuzulassen, die Rechtsfolgen des Art. 27 I, II EuGVVO nicht anzuwenden und das Parallelverfahren vor dem zweitbefassten Gericht fortzusetzen. Unterstützt wird diese Auffassung noch dadurch, dass die ausschließlichen Zuständigkeiten des Art. 22 EuGVVO sehr klar und deutlich gefasst sind, durch keinerlei andere Zuständigkeitsvorschriften beseitigt werden können und daher kaum fehleranfällig sein dürften, so dass nur in den seltensten Fällen tatsächlich ein Widerspruch zwischen den Gerichten droht.⁹² Hier kann man also guten Gewissens gegen Torpedoklagen Abhilfe schaffen. Nicht zuletzt hilft die oben befürwortete Ausnahme, den Art. 22 EuGVVO zügig und

⁸⁸ *Ebd.*, 170.

⁸⁹ *McGuire* (Fn. 34), 124.

⁹⁰ Vgl. *Leible* (Fn. 1), EuGVVO Art. 33 Rn. 4.

⁹¹ Vgl. *ebd.*, EuGVVO Art. 33 Rn. 4.

⁹² Vgl. *Dohm* (Fn. 56), 170, der wohl ebenfalls von einer sicheren und fehlerunanfälligen Prüfbarkeit der Vorschrift ausgeht.

umfassend durchzusetzen, was dem „absoluten Geltungsanspruch dieser Vorschrift“ entspricht.⁹³

Abschließend ist zu erwähnen, dass die Argumentation betreffend Art. 35 Abs. 1 EuGVVO nicht auf das Verhältnis zwischen Art. 27 EuGVVO und den Verbraucher und Versicherungsnehmer schützenden Vorschriften der Abschnitte 3 und 4 übertragbar ist. Denn während Verstöße gegen Art. 22 EuGVVO gemäß Art. 24 S. 2 EuGVVO nicht durch rügelose Einlassung geheilt werden können, ist dies bei einem Verstoß gegen die Vorschriften der Abschnitte 3 und 4 möglich.⁹⁴ Man hätte im Gegensatz zu dem Fall eines Verstoßes gegen Art. 22 EuGVVO also eine viel unsicherere Basis, um einen endgültigen Verstoß festzustellen, so dass man auf eine von Art. 27 EuGVVO nicht vorgesehene Anerkennungsprognose zurückgreifen müsste.⁹⁵ Zudem ist in diesem Fall das zweitbefasste Gericht nicht wegen Art. 29 EuGVVO zur Prüfung der Zuständigkeit des erstbefassten Gerichts befugt, so dass ein Verstoß gegen den Vertrauensgrundsatz in Betracht kommt.⁹⁶

c) Gerichtsstandsvereinbarung zugunsten des später angerufenen Gerichts nach Art. 23 EuGVVO

Weiterhin wird eine Ausnahme für den Fall diskutiert, dass das zweitbefasste Gericht ausschließlich nach Art. 23 EuGVVO prorogiert ist. Dieses Vorgehen hat besonders in England Anhänger gefunden.⁹⁷ Dem ist der *EuGH*⁹⁸ und mit ihm die überwiegende Literatur⁹⁹ entgegengetreten.

Teilweise werden für die erste Meinung Überlegungen der *forum non conveniens doctrine* angeführt, das prorogierte Gericht sei am geeignetsten, über die Gerichtsstandsvereinbarung zu entscheiden.¹⁰⁰ Dies ist angesichts der Rechtstradi-

⁹³ Kern, Anerkennungsrechtliches Spiegelbildprinzip und europäische Zuständigkeit, ZJP 2007, 31 (66).

⁹⁴ Wagner (Fn. 1), EuGVVO Art. 24 Rn. 38.

⁹⁵ Dohm (Fn. 56), 170 f.

⁹⁶ Vgl. o. selber Abschnitt.

⁹⁷ *Court of Appeal*, Weekly Law Report 1994 I, 588 (596); Rogerson, English interference in greek affairs, The Cambridge Law Journal 1994, 241 (243); wohl auch *Fentiman*, Case C-116/02, Erich Gasser GmbH v. MISAT Srl, Common Market Law Review 2005, 241 (251 ff.); außerhalb Englands auch Schlussanträge des Generalanwalts *Legér* zu *EuGH*, C-116/02, ECLI:EU:C:2003:436, Rn. 57 – Gasser.

⁹⁸ *EuGH*, C-116/02, ECLI:EU:C:2003:657, Rn. 54 – Gasser.

⁹⁹ Für viele: *Kropboller/von Hein* (Fn. 3), EuGVVO Art. 27 Rn. 19; *Jayme/Kohler*, Europäisches Kollisionsrecht 1994: Quellenpluralismus und offene Kontraste, IPRax 1994, 405 (412); *Leible* (Fn. 1), EuGVVO Art. 27 Rn. 16a; *Baatz*, Who decides on jurisdiction clauses?, Lloyd's Maritime And Commercial Law Quarterly 2004, 25 (29).

¹⁰⁰ *Court of Appeal*, Weekly Law Report 1994 I, 588 (597).

tion des Common Law zwar nicht verwunderlich. Jedoch sind solche Argumente u.a. aufgrund des Vertrauensgrundsatzes auf europäischer Ebene verfehlt.¹⁰¹ Die Gerichte der Mitgliedstaaten sind gleich geeignet, über die gemeinsame Zuständigkeitsvorschrift des Art. 23 EuGVVO zu entscheiden.¹⁰² Für die Ausnahme wird weiter vorgebracht, eine Anwendung der Rechtsfolgen des Art. 27 EuGVVO würde die Funktionalität von Gerichtsstandsvereinbarungen und die mit ihrer uneingeschränkten Wirkung verbundene Rechtssicherheit beeinträchtigen.¹⁰³

Dem ist zu entgegnen, dass auf eine Gerichtsstandsvereinbarung, insbesondere im Wege der rügelosen Einlassung nach Art. 24 EuGVVO, verzichtet werden kann.¹⁰⁴ Dies zeigt, dass hier bei einer Abweichung vom Prioritätsprinzip in besonderem Maße die Gefahr widersprechender Entscheidungen bestünde.¹⁰⁵ Damit würde die Rechtssicherheit in viel entscheidenderem Maße beeinträchtigt als durch eine Funktionsbeeinträchtigung, oder wohl eher Funktionsverzögerung bei Anwendung des Prioritätsprinzips.¹⁰⁶ Zudem besteht in dieser Konstellation keine parallele Problematik auf der Anerkennungsebene nach Art. 35 Abs. 1 EuGVVO wie bei der Art. 22 EuGVVO betreffenden Konstellation: Art. 23 EuGVVO wird in Art. 35 Abs. 1 EuGVVO nicht erwähnt. Auch sind Gerichtsstandsvereinbarungen, wie schon Art. 23 V EuGVVO und der Vorrang der rügelosen Einlassung¹⁰⁷ zeigen, nicht ebenso standfest wie die Zuständigkeiten nach Art. 22 EuGVVO.

Daher liegen die Voraussetzungen, die bei der Art. 22 EuGVVO betreffenden Konstellation eine Ausnahme vom Prioritätsprinzip rechtfertigten, hier nicht vor. Damit ist in der soeben besprochenen Konstellation keine Ausnahme von der Geltung des Prioritätsprinzips zu machen.

d) Überlange Verfahrensdauer vor dem zuerst angerufenen Gericht und Prozessverschleppung

Zuletzt wird allgemein eine Ausnahme vom Prioritätsprinzip für den Fall einer überlangen Verfahrensdauer einer Torpedoklage vor dem erstbefassten Gericht diskutiert, wenn dies faktisch einer Rechtsschutzverweigerung gleichkommt. Dies wird teils unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs, teils unter

¹⁰¹ S.o. Abschnitt II. 2. c).

¹⁰² So auch *EuGH*, C-116/02, ECLI:EU:C:2003:657, Rn. 48 – *Gasser*.

¹⁰³ Schlussanträge des Generalanwalts *Legér* zu *EuGH*, C-116/02, ECLI:EU:C:2003:436, Rn. 57 – *Gasser*.

¹⁰⁴ *EuGH*, C-116/02, ECLI:EU:C:2003:657, Rn. 49 – *Gasser*.

¹⁰⁵ *Leible* (Fn. 1), *EuGVVO* Art. 27 Rn. 16a.

¹⁰⁶ Vgl. auch *Baatz* (Fn. 99), 27.

¹⁰⁷ *Staudinger* (Fn. 1), *EuGVVO* Art. 24 Rn. 12.

Hinweis auf den Justizgewährungsanspruch des Art. 6 EMRK erwogen.¹⁰⁸ Der *EuGH*¹⁰⁹ ist dem, viel positive Resonanz in der Literatur erntend,¹¹⁰ entschieden entgegengetreten.

Denn die EuGVVO enthält keine Bestimmungen, wie lange ein Verfahren im Einzelnen zu dauern hat und diesbezüglich auch keine Ausnahmeregelung vom Prioritätsprinzip.¹¹¹ Auch der *EGMR* bietet zu Art. 6 EMRK keine pauschale Regel, sondern entscheidet jeweils im Einzelfall.¹¹² Mangels einer präzisen Regelung würde eine Feststellung der überlangen Verfahrensdauer durch das später angerufene Gericht im Einzelfall notwendig.¹¹³ Dies darf aber nicht zugelassen werden, da eine erhebliche Rechtsunsicherheit die Folge wäre.¹¹⁴ Denn eine einheitliche Rechtsprechungslinie ließe sich so nicht bilden. Nähme man demnach Korrekturen nach dem Maßstab der Billigkeit im Einzelfall vor, würde einer Einkehr der auf europäischer Ebene abzulehnenden *forum non conveniens doctrine* in das europäische Zivilprozessrecht Tür und Tor geöffnet.¹¹⁵ Weiter drohte bei einer Ausnahme wiederum die Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen.¹¹⁶

Der Vertrauensgrundsatz lässt es zudem nicht zu, die Verfahrensdauer vor den Gerichten anderer Mitgliedstaaten generell zu kritisieren und mit dieser Begründung ein Parallelverfahren fortzuführen.¹¹⁷ Die unterschiedlichen Ansichten der einzelnen Mitgliedstaaten über eine angemessene Verfahrensdauer sind vielmehr als der Vielfalt der Staatengemeinschaft innerhalb der EU geschuldet hinzunehmen.¹¹⁸ Entsprechender Rechtsschutz ist nicht über eine Ausnahme vom Prioritätsprinzip zu suchen. Hierzu bietet sich einstweiliger Rechtsschutz nach Art. 2 ff., 31 EuGVVO an, der nicht durch Art. 27 ff. EuGVVO gesperrt

¹⁰⁸ *Mankowski* (Fn. 72), 978; vgl. auch *Schlosser*, *Airbus Industrie GIE vs Patel and others* – eine Urteilsanmerkung, IPrax 1999, 115 (117).

¹⁰⁹ *EuGH*, C-116/02, ECLI:EU:C:2003:657, Rn. 73 – *Gasser*.

¹¹⁰ *Hess* (Fn. 8), 328 f.; *Kropholler/von Hein* (Fn. 3), EuGVVO Art. 27 Rn. 21; *McGuire* (Fn. 34), 142.

¹¹¹ *EuGH*, C-116/02, ECLI:EU:C:2003:657, Rn. 72 – *Gasser*.

¹¹² *McGuire* (Fn. 34), 135.

¹¹³ Davon geht auch der eine Einschränkung befürwortende *Grothe*, Zwei Einschränkungen des Prioritätsprinzips im europäischen Zuständigkeitsrecht: ausschließliche Gerichtsstände und Prozessverschleppung, IPrax 2004, 205 (212) aus.

¹¹⁴ *Hess* (Fn. 8), 328 f.

¹¹⁵ *Wagner* (Fn. 6), EuGVVO Art. 27 Rn. 47.

¹¹⁶ *OLG München*, RIW 1998, 631 (631).

¹¹⁷ *Hess* (Fn. 8), 328.

¹¹⁸ *McGuire* (Fn. 34), 140.

wird.¹¹⁹ Alternativ ist es möglich, sich zur Durchsetzung des Art. 6 EMRK an den EGMR zu wenden.¹²⁰

Eine Ausnahme vom Prioritätsprinzip für den Fall überlanger Verfahrensdauer kommt demnach nicht in Betracht.

4. Ausblick: Die neue EuGVVO (VO (EU) Nr.1215/2012)

Soeben wurden die Regelungen zur Verfahrenskoordination und Bestrebungen, dieselben einzuschränken, unter der alten EuGVVO besprochen. Da die neue EuGVVO am 10.1.2015 in Kraft getreten ist, bietet es sich an, die Regelungen zur Verfahrenskoordination und eventuelle Bestrebungen, dieselben einzuschränken, unter der Geltung der neuen EuGVVO zu betrachten. Dies gilt umso mehr, als die neue EuGVVO in ihren Art. 29 Abs. 1, 31 Abs. 2, 3 EuGVVO n.F. eine ausdrückliche Einschränkung des grundsätzlich fortgeltenden Prioritätsprinzips vorsieht.

a) Umkehrung der Priorität bei ausschließlichen Gerichtsstandsvereinbarungen nach Art. 25 EuGVVO n.F.

Der Entscheidungsvorrang bei Parallelverfahren mit gleichem Streitgegenstand wird nach Art. 31 Abs. 2, 3 EuGVVO n.F. nunmehr umgekehrt, wenn das später angerufene Gericht aufgrund einer Gerichtsstandsvereinbarung ausschließlich zuständig ist. Dies soll der Vermeidung von Torpedotaktiken und der Wirksamkeit von Gerichtsstandsvereinbarungen dienen.¹²¹

Es lässt sich feststellen, dass die Struktur des Art. 31 Abs. 2, 3 EuGVVO n.F. der des Art. 29 EuGVVO n.F. (Art. 27 a.F.) nachgebildet ist. Somit können die zum Mechanismus des zeitlichen Prioritätsprinzips gehörenden Grundsätze auf die Art. 31 Abs. 2, 3 EuGVVO n.F. übertragen werden. Art. 31 Abs. 2 EuGVVO n.F. beschreibt die Voraussetzungen der Priorisierung, hier des später angerufenen Gerichts, so: Wenn eine Partei kumulativ die Zuständigkeit des Erstgerichts (rechtzeitig vor einer rügelosen Einlassung, denn Art. 26 EuGVVO n.F. bleibt unberührt) mit Hinweis auf eine Gerichtsstandsvereinbarung gerügt hat und das entsprechende Gericht angerufen hat, tritt die Priorisierung des später angerufenen Gerichts mit allen vom zeitlichen Priori-

¹¹⁹ Hess (Fn. 8), 328 f.

¹²⁰ Kropholler/von Hein (Fn. 3), EuGVVO Art. 27 Rn. 21; McGuire (Fn. 34), 140.

¹²¹ Erwägungsgrund 22 zu VO (EU) 1215/2012.

tätsprinzip bekannten Folgen ein.¹²² Dann muss das erstbefasste Gericht das Verfahren aussetzen und ab diesem Zeitpunkt entfaltet die Zuständigkeitsentscheidung des zweitbefassten Gerichts Bindungswirkung. Das nicht prorogierte Gericht muss also, solange das prorogierte Gericht noch nicht angerufen ist, mithin kein Parallelverfahren besteht, das Verfahren nicht aussetzen, sondern kann über die Existenz, Wirksamkeit und Anwendbarkeit der Gerichtsstandsvereinbarung selbst entscheiden.¹²³

Kann der Gegner das Verfahren vor dem Erstgericht durch eine Zuständigkeitsrüge mit Hinweis auf eine Gerichtsstandsvereinbarung und die Anrufung des entsprechenden Gerichts blockieren, können sich für den Erstkläger missliche Folgen ergeben. In dem Fall, dass die Gerichtsstandsvereinbarung nicht formell existent, materiell wirksam oder auf den Rechtsstreit anwendbar ist, muss der Erstkläger diese Feststellung erst vor dem zweitbefassten Gericht durchsetzen, bevor er vor dem Erstgericht sein Recht weiter verfolgen kann. Dies bringt dem Erstkläger prozessökonomische Nachteile.¹²⁴

Dies könnte erneut Bestrebungen hervorrufen, den Art. 31 Abs. 2 EuGVVO n.F. eng auszulegen oder Ausnahmen von der strikten Befolgung der Verfahrensmechanik zuzulassen und dem erstbefassten Gericht trotz erfolgter Anrufung des zweitbefassten Gerichts die Prüfung der Gerichtsstandsvereinbarung zu gestatten. Die Wortlaute des Art. 31 Abs. 2 EuGVVO n.F. und des Erwägungsgrundes 22 n.F. könnten dem Vorschub leisten. Sie sprechen nämlich von dem „Gericht, das gemäß einer Vereinbarung [...] zuständig ist“ bzw. von dem „vereinbarten Gericht“. Sie setzen also nach dem Wortlaut eine formell existente oder sogar materiell wirksame Gerichtsstandsvereinbarung voraus.¹²⁵ Daher muss die Teleologie entscheiden, wie in entsprechenden Situationen zu verfahren ist.

Steht allein die materielle Wirksamkeit oder Anwendbarkeit einer nach den Formvorschriften des Art. 25 EuGVVO n.F. unstreitig existenten Gerichtsstandsvereinbarung in Frage, so ist es laut Erwägungsgrund 22 n.F. gerade der Zweck des Art. 31 Abs. EuGVVO n.F., diese Fragen von dem bezeichneten

¹²² Diese Vorstellung liegt wohl auch den Ausführungen von *Pohl*, Die Neufassung der EuGVVO – im Spannungsfeld zwischen Vertrauen und Kontrolle, IPRax 2013, 109 (112) zu Grunde.

¹²³ So auch *ebd.*, 112.

¹²⁴ *Heinze*, Choice of Court Agreements, Coordination of Proceedings and Provisional Measures in the Reform of the Brussels I Regulation, *RabelsZ* 2011, 581 (588).

¹²⁵ Vgl. *Weller*, Der Kommissionsentwurf zur Reform der Brüssel I-VO, GPR 2012, 34 (40) zum vergleichbaren Wortlaut des Kommissionsentwurfs.

Gericht entscheiden zu lassen.¹²⁶ Zudem ist hier die Beeinträchtigung vom Erstkläger hinzunehmen, da eine formgültige Gerichtsstandsvereinbarung auf den übereinstimmenden Willen beider Parteien hindeutet, die Rechtsfragen bezüglich der Wirksamkeit und Anwendbarkeit von dem bezeichneten Gericht klären zu lassen.¹²⁷

Wo bereits die formelle Existenz der Gerichtsstandsvereinbarung umstritten ist, kann ein übereinstimmender Wille nicht vermutet werden. Haben Handlungen beider Parteien den Anschein erweckt, es könnte eine Gerichtsstandsvereinbarung bestehen, kann das Berufen einer Partei auf das (mögliche) Vorliegen einer Vereinbarung nicht als rechtsmissbräuchlich gesehen werden.¹²⁸ Der Nachteil ist deshalb vom Erstkläger hinzunehmen. Ist der Anschein aber nur dem Gegner des Erstklägers zuzurechnen, weil dieser sich bewusst wahrheitswidrig oder ins Blaue hinein auf das Vorliegen einer Gerichtsstandsvereinbarung beruft, liegt gewissermaßen eine umgekehrte Torpedoproblematik vor.¹²⁹ Auch hier kann aber keine Ausnahme von der Verfahrensmechanik des Art. 31 Abs. 2 EuGVVO n.F. gemacht werden. In dem Moment in dem die Voraussetzungen des Art. 31 Abs. 2 EuGVVO n.F. vorliegen, geht die Bindungsmacht der Entscheidungen vom erstbefassten Gericht auf das zweitbefasste Gericht über. Ließe man jetzt Zuständigkeitsprüfungen irgendeiner Art durch das Erstgericht zu, sei es auch nur bezüglich der formellen Existenz der Gerichtsstandsvereinbarung, bestünde durch dieses Parallelverfahren die Gefahr widersprüchlicher (Zuständigkeits-)Entscheidungen.¹³⁰ Zudem rechtfertigt das Vertrauen in die Gleichwertigkeit der Rechtspflege in den verschiedenen Mitgliedstaaten die Annahme, dass auch in Fällen des Rechtsmissbrauchs der Erstkläger nicht schutzlos gestellt ist, sondern seine Rechte von den Gerichten der übrigen Mitgliedstaaten ebenso verteidigt werden.

Die strikte Befolgung der Verfahrensmechanik des Art. 31 Abs. 2 EuGVVO n.F. mit den oben herausgearbeiteten, einfach festzustellenden Voraussetzungen dient der Rechtssicherheit und ist daher keiner Ausnahme zugänglich.

¹²⁶ Auch *Pohl* (Fn. 122), 112 mit Fn. 43.

¹²⁷ Vgl. *Heinze* (Fn. 124), 590; *Leible* (Fn. 1), EuGVVO Art. 27 Rn. 5b.

¹²⁸ Vgl. wiederum *Leible* (Fn. 1), EuGVVO Art. 27 Rn. 5b.

¹²⁹ Vgl. *Pohl* (Fn. 122), 112.

¹³⁰ In entsprechenden Konstellationen bei der Besprechung des Kommissionsentwurfs sieht die gleiche Gefahr *Weller* (Fn. 125), 41.

b) Beibehaltung der Ausnahme vom Prioritätsprinzip bei ausschließlicher Zuständigkeit des zweitbefassten Gerichts nach Art. 24 EuGVVO n.F.?

Unter Geltung der alten EuGVVO wurde befürwortet, eine Ausnahme vom zeitlichen Prioritätsprinzip für den Fall zu machen, dass das zweitbefasste, nicht aber das erstbefasste Gericht nach Art. 22 EuGVVO a.F. zuständig ist.¹³¹ Art. 22 EuGVVO a.F. entspricht Art. 24 EuGVVO n.F.. Unter Geltung der neuen EuGVVO bedarf die oben verwendete Argumentation jedoch einer Überprüfung.

Ein wichtiges Element der Argumentation war die Überlegung, dass eine die betreffenden Zuständigkeitsvorschriften missachtende Entscheidung in anderen Mitgliedstaaten gemäß Art. 35 Abs. 1 EuGVVO a.F. ohnehin nicht anerkannt würde.¹³² Dadurch wurde der unbedingte Geltungsanspruch dieser Vorschriften durchgesetzt.¹³³ In der neuen EuGVVO ist auf Anerkennungsebene mit Art. 45 Abs. 1 lit. e ii) EuGVVO n.F. eine ähnliche Vorschrift vorhanden. Es besteht allerdings ein entscheidender Unterschied: Die Vorschrift ist nicht mehr von Amts wegen,¹³⁴ sondern nur noch auf Antrag anzuwenden. Damit kann nicht mehr davon gesprochen werden, dass bei Verletzung der ausschließlichen Zuständigkeit des zweitbefassten Gerichts nach Art. 24 EuGVVO n.F. die Versagung der Anerkennung der Entscheidung in den anderen Mitgliedstaaten bereits feststünde. Denn die Versagung der Anerkennung setzt nun immer eine Eigeninitiative einer der Parteien voraus. Besteht allgemeine Zufriedenheit oder zumindest allgemeine Akzeptanz der Entscheidung des Erstgerichts, wird der entsprechende Antrag im Anerkennungsstaat nicht gestellt und Art. 45 I lit. e ii) EuGVVO n.F. nicht angewendet werden.¹³⁵ Damit muss bei der Bewertung der Situation von diesem Idealfall ausgegangen werden, in dem die Urteilsfreizügigkeit gewährleistet wäre.¹³⁶ Andernfalls würde man eine auf Rechtshängigkeitsebene verbotene Anerkennungsprognose vornehmen.¹³⁷ Auch fällt es angesichts der Tatsache, dass die ausschließlichen Zuständigkeiten des Art. 24 EuGVVO n.F. nach der neuen Regelung in letzter Konsequenz auf Ebene des Anerkennungsrechts nun doch zur Disposition der Parteien gestellt werden, schwer, noch von einem unbedingten Geltungsanspruch im öffentlichen Interesse zu sprechen. Denn dass Art. 45 Abs. 1 lit. e ii)

¹³¹ S.o. Abschnitt II. 3. b).

¹³² S.o. Abschnitt II. 3. b).

¹³³ S.o. Abschnitt II. 3. b).

¹³⁴ Von Amts wegen stets anzuwenden ist aber Art. 35 Abs. 1 EuGVVO a.F., siehe *Leible* (Fn. 1), EuGVVO Art. 34 Rn. 3a, Art. 35 Rn.7.

¹³⁵ Dann liegt sozusagen eine „rügelose Einlassung“ auf Anerkennungsebene vor.

¹³⁶ Vgl. *McGuire* (Fn. 34), 129.

¹³⁷ Vergleiche dazu oben Abschnitt II. 3. b).

nur noch auf Antrag angewendet wird, legt die Annahme nahe, dass von der Konzeption und dem Selbstverständnis der Verordnung ein unbedingter Geltungsanspruch nicht mehr vorgesehen ist.¹³⁸

Dies schwächt unter Geltung der neuen EuGVVO die Argumentation zu Gunsten einer Ausnahme vom zeitlichen Prioritätsprinzip. Jedoch geht, auch wenn die Zuständigkeiten aus Art. 24 EuGVVO n.F. keinen absoluten Geltungsvorrang mehr beanspruchen können, dennoch aus Art. 25 Abs. 4 EuGVVO n.F. hervor, dass sie immer noch eine höhere Durchsetzungskraft als Gerichtsstandsvereinbarungen haben. So könnte zu Gunsten der Ausnahme mithilfe eines Erst-Recht-Schlusses argumentiert werden: Wenn schon für Gerichtsstandsvereinbarungen nach Art. 31 Abs. 2, 3 EuGVVO n.F. eine Ausnahme vom Prioritätsprinzip gilt, muss dies erst recht für die ausschließlichen Zuständigkeiten des Art. 24 EuGVVO n.F. gelten.¹³⁹ Im Falle einer Beibehaltung der Ausnahme könnte über eine analoge Anwendung der Art. 31 Abs. 2, 3 EuGVVO n.F. nachgedacht werden, da die formelle Umkehrung der Priorität dann die Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen ausschließen würde.

Da nach alledem aber nicht mehr davon gesprochen werden kann, das zeitliche Prioritätsprinzip müsse in dieser Konstellation zwangsläufig an Wirkungskraft einbüßen,¹⁴⁰ erscheint eine Abkehr von der Ausnahme vorzugswürdiger.

c) Regelungen für Parallelverfahren mit Drittstaaten

Erstmals befinden sich in der neuen EuGVVO auch Regelungen zur Verfahrenskoordination von Parallelverfahren unter Beteiligung von Drittstaaten. Art. 33 EuGVVO n.F. regelt den Fall des identischen Streitgegenstandes, Art. 34 EuGVVO n.F. den konnexer Verfahren. Sie sind nur anwendbar, wenn das Drittstaatsgericht zuerst angerufen wurde.¹⁴¹ Dem Gericht des Mitgliedstaates wird hier ein breiter Ermessensspielraum bezüglich Aussetzung und Fortsetzung gewährt. Mögliche Ermessenserwägungen werden in den Vorschriften selbst beschrieben.

¹³⁸ Dafür spricht auch das Ziel, den freien Verkehr von gerichtlichen Entscheidungen in den Mitgliedstaaten weiter zu befördern, wie es Erwägungsgrund 27 zu VO (EU) 1215/2012 ausdrückt.

¹³⁹ Ablehnend wohl *Pobl* (Fn. 122), 112 Fn. 43.

¹⁴⁰ Vgl. o. Abschnitt **II. 3. a).**

¹⁴¹ *Pobl* (Fn. 122), 112.

III. Besprechung von *EuGH*, Rs. C-1/13 – *Cartier*

Unter Berücksichtigung der erarbeiteten Grundsätze zum Prioritätsprinzip und dessen Anwendung wird jetzt das Urteil des *EuGH*, Rs. C-1/13 – *Cartier* besprochen. Anwendbar ist die alte Fassung der EuGVVO.

1. Einführung in Fallkonstellation und Problemstellung

Die Firma *Cartier* hatte die Firma *Ziegler* mit einem Warentransport von Frankreich nach Großbritannien beauftragt. In der Folge kam es zu einer Schadensersatzklage durch *Cartier* und ihren Versicherer gegen *Ziegler* und deren Subunternehmen in Frankreich. *Ziegler* erhob die Rechtshängigkeitseinrede nach Art. 27 EuGVVO, da sie bereits vor der Anrufung des französischen Gerichts bei einem englischen Gericht eine „claim form“ gegen *Cartier* eingereicht habe. Die französischen Gerichte der verschiedenen Instanzen hielten die Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 27 Abs. 1 EuGVVO für gegeben. Der *EuGH* hatte, nach seiner eigenen Formulierung, im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 AEUV (lediglich) die Frage zu klären, ob die Zuständigkeit des erstbefassten (englischen) Gerichts bereits nach Art. 27 Abs. 2 EuGVVO feststeht, wenn keine Partei seine Zuständigkeit gerügt hat oder erst wenn dieses Gericht seine Zuständigkeit mit einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Entscheidung rechtskräftig anerkennt.¹⁴²

Es geht also in der Rs. C-1/13 - *Cartier*, präzise ausgedrückt, um die Frage, ob die Zuständigkeit des zuerst angerufenen Gerichts bereits nach Art. 27 Abs. 2 EuGVVO feststeht, wenn das später angerufene Gericht eine rügelose Einlassung vor dem erstbefassten Gericht für gegeben hält. Auch wenn es der *EuGH* nicht explizit ausspricht, ist damit im Kern die Frage zu beantworten, ob bei der Prüfung einer rügelosen Einlassung vor dem zuerst angerufenen Gericht, vermittelt über die Auslegung der Tatbestandsvoraussetzung „feststeht“ des Art. 27 Abs. 2 EuGVVO, eine Ausnahme von der Konsequenz des zeitlichen Prioritätsprinzips zu machen ist, dass dem erstbefassten Gericht die Zuständigkeitsprüfung gebührt. Diese Konstellation ist also vergleichbar mit den bisher besprochenen Fällen, in denen Bestrebungen zu bewerten waren, das Prioritätsprinzip einzuschränken, da sie ebenfalls die Frage nach Einschränkungsmöglichkeiten aufwirft. Von der Atypizität der nun zu besprechenden Konstellation darf man sich nicht täuschen lassen: In den bisher besprochenen Fällen wollte das zweitbefasste Gericht stets sein Verfahren fortführen, ohne die Zuständigkeitsentscheidung des erstbefassten Gerichts abzuwarten. Nun möch-

¹⁴² Zum Sachverhalt siehe *EuGH*, C-1/13, ECLI:EU:C:2014:109, Rn. 10-23 – *Cartier*.

te das zweitbefasste Gericht im Gegensatz dazu die Klage abweisen, ohne die Zuständigkeitsentscheidung des erstbefassten Gerichts abzuwarten.

Der *EuGH* hat das Feststehen der Zuständigkeit für den Fall, dass das zweitbefasste Gericht eine rügelose Einlassung vor dem erstbefassten Gericht für gegeben hält, bejaht.¹⁴³ Damit stimmt er mit einem Teil der Rechtslehre überein.¹⁴⁴ Jedoch besteht vielfach eine gegenteilige Meinung.¹⁴⁵

2. Analyse der Argumentation

Bei der Annäherung an diese Frage, stellt der *EuGH* zu Recht fest, dass allein der knappe Wortlaut des Art. 27 Abs. 2 EuGVVO bei der Auslegung des Wortes „feststeht“ wenig hilfreich ist.¹⁴⁶ Er nimmt daher systematische und teleologische Überlegungen zu Hilfe.

a) Systematisches Argument

Die systematische Auslegung setzt sich zum Ziel, aus einer Gesamtschau des Gesetzestextes den jeweiligen Normzweck zu ermitteln.¹⁴⁷ Sie möchte also zur Interpretation einer Norm weitere Normen heranziehen, in denen sich gleiche gesetzgeberische Interessenwertungen und somit ein einheitliches Wertungskonzept zeigen.¹⁴⁸ Der *EuGH* möchte also darlegen, dass den Art. 27 Abs. 2 und Art. 24 EuGVVO ein einheitliches gesetzgeberisches Wertungskonzept zu Grunde liegt. Dabei beschreibt er zunächst die Regelung der rügelosen Einlassung nach Art. 24 EuGVVO und legt zutreffend dar, dass der Zweck dieser Regelung es nicht zulässt, dass nach Abgabe der Stellungnahme, die nach

¹⁴³ *EuGH*, C-1/13, ECLI:EU:C:2014:109, Rn. 45 – *Cartier*.

¹⁴⁴ *Tiefenthaler*, Die Streithängigkeit nach Art.21 Lugano-Übereinkommen, ZfRV 1997, 67 (76); *Walter/Domej*, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 5. Aufl. 2012, S. 532; *Bernheim*, Rechtshängigkeit und im Zusammenhang stehende Verfahren nach dem Lugano-Übereinkommen, Schweizerische Juristenzeitung 1994, 133 (141); *Collins*, in: *Dacey and Morris on the conflict of laws I*, 13. Aufl. 2000, Rn. 12-043; womöglich auch *Gottwald* (Fn. 6), EuGVVO Art. 27 Rn. 22.

¹⁴⁵ *Kropföller/von Hein* (Fn. 3), EuGVVO Art. 27 Rn. 24; *Audit*, Droit international privé, 6. Aufl. 2010, S. 499; *Niboyet/de Geouffre de la Pradelle*, Droit international privé, 3. Aufl. 2011, S. 466; wohl auch *Guinchard/Chainais/Ferrand*, Procédure civile – Droit interne et droit de l'Union européenne, 30. Aufl. 2010, Rn. 1788; wohl auch *Gandemet-Tallon*, Compétence et exécution des jugements en Europe, 4. Aufl. 2010, S. 351; *Geimer* (Fn. 26), EuGVVO Art. 27 Rn. 54; *Leible* (Fn. 1), EuGVVO Art. 27 Rn. 22; *Hess* (Fn. 28), 1027.

¹⁴⁶ *EuGH*, C-1/13, ECLI:EU:C:2014:109, Rn. 31 – *Cartier*; *Thormeyer*, Anmerkung zu *EuGH* 27.02.2014 Rs. C – 1/13, EuZW 2014, 340 (342).

¹⁴⁷ *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre, 7. Aufl. 2013, Rn. 762a.

¹⁴⁸ *Ebd.*, Rn. 746.

innerstaatlichem Prozessrecht das erste Verteidigungsvorbringen vor Gericht darstellt, noch die Zuständigkeitsrüge erhoben wird.¹⁴⁹ Dies benutzt er sodann als Prämisse, um daraus zu schließen, dass die Systematik aus Art. 24 und 27 EuGVVO ergebe, dass die Dauer der Verfahrensaussetzung vor dem zweitbefassten Gericht möglichst reduziert werden solle.¹⁵⁰ Dies bedarf genauerer Überprüfung.

Der Art. 24 EuGVVO dient seinem Zweck nach dem Schutz des Klägers und des Gerichts, für die es unzumutbar wäre, wenn noch in fortgeschrittenem Verfahrensstadium der Beklagte die internationale Zuständigkeit rügt.¹⁵¹ Daher kommt auch die Festlegung des spätestmöglichen Zeitpunktes für die Zuständigkeitsrüge, die der *EuGH* beschreibt. So mag man aus Art. 24 EuGVVO die gesetzgeberische Wertung entnehmen, dass bezüglich der internationalen Zuständigkeit bei einem einzelnen Verfahren zu einem möglichst frühen Zeitpunkt Klarheit herrschen soll. Wollte man den Art. 27 Abs. 2 EuGVVO in diesem Kontext aus der systematischen Zusammenschau mit Art. 24 EuGVVO so auslegen, dass er gebietet, dass sich das zweitbefasste Gericht möglichst rasch für unzuständig zu erklären hat, müsste man also davon ausgehen, dass auch Art. 27 Abs. 2 EuGVVO das gesetzgeberische Interesse zugrunde liegt, möglichst schnell für Klarheit betreffend der internationalen Zuständigkeit zu sorgen.

Nun ist aber ein gesetzgeberisches Interesse des Art. 27 EuGVVO darin zu sehen, die Frage der internationalen Zuständigkeit bei Parallelverfahren durch das erstangerufene Gericht entscheiden zu lassen.¹⁵² Die Regelung soll – unter anderem – ein Wettrennen nach der ersten Zuständigkeitsentscheidung zwischen den parallelen Verfahren und die daraus resultierenden missbräuchlichen Taktiken verhindern.¹⁵³ Durch die Formulierung des Art. 27 EuGVVO soll also bewusst vermieden werden, dass bei der Koordination von Parallelverfahren die Verfahrensdauer vor den Gerichten künstlich beschleunigt oder verlangsamt wird, auch wenn es natürlich wünschenswert ist, dass sich diese in einem vertretbaren Rahmen hält. Das zeigt, dass es gerade nicht Zweck des Art. 27 EuGVVO ist, die Verfahrensdauer in irgendeiner Form zu beeinflussen oder zu regulieren.¹⁵⁴ Dem steht es vollkommen entgegen, zu behaupten, der Art. 27 Abs. 2 EuGVVO gebiete es, dass sich das zweitbefasste Gericht möglichst

¹⁴⁹ *EuGH*, C-1/13, ECLI:EU:C:2014:109, Rn. 34-37 – *Cartier*.

¹⁵⁰ *EuGH*, C-1/13, ECLI:EU:C:2014:109, Rn. 38 – *Cartier*.

¹⁵¹ *Geimer* (Fn. 26), EuGVVO Art. 24 Rn. 19.

¹⁵² S.o. Abschnitt II. 2. b).

¹⁵³ S.o. Abschnitt II. 2. b) cc).

¹⁵⁴ Vgl. o. Abschnitt II. 2. b) cc).

schnell für unzuständig erklärt, also möglichst schnell über die Zuständigkeit entscheidet. Denn die Zuständigkeitsentscheidung gebührt gerade aufgrund der Interessenwertung des Art. 27 EuGVVO dem erstbefassten Gericht.¹⁵⁵

Somit können die gesetzgeberischen Interessen und Wertungskonzepte in Art. 24 und 27 Abs. 2 EuGVVO nicht übereinstimmen und insofern aus der Systematik auch kein Schluss gezogen werden. Vielmehr drängt sich der Eindruck auf, der *EuGH* habe hier keine systematische Auslegung betrieben, sondern schlicht eine grundlegende These aufgestellt.¹⁵⁶ Möglicherweise hat sich der *EuGH* von der Vorstellung leiten lassen, es sei für die erstmals in dem zweiten Verfahren beteiligten Personen unbillig, wenn dieses Verfahren sich aufgrund des Erstverfahrens, an dem sie nicht beteiligt sind, in die Länge zieht.¹⁵⁷ Dann wäre dem Interesse dieser Personen an einer Klärung des Rechtsstreites aber nicht mit einer Klageabweisung, sondern eher mit einer Abtrennung des Verfahrens geholfen.¹⁵⁸ Jedoch läge es in diesem Fall bei der Feststellung des französischen Gerichts, dass der englische Rechtsstreit auch Einfluss auf die Rechtsstellung dieser Personen habe,¹⁵⁹ nahe, das abgetrennte Verfahren nach Art. 28 EuGVVO zu behandeln und auszusetzen.¹⁶⁰

b) Argument bezüglich der Vermeidung widersprüchlicher Entscheidungen

In der Folge bezieht sich der *EuGH* auf Erwägungsgrund 15 der EuGVVO. Er legt dar, dass ein Zweck des Art. 27 EuGVVO darin bestehe, Parallelverfahren zu vermeiden, um der Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen zu begegnen.¹⁶¹ Daraufhin stellt der *EuGH* die Behauptung auf, dass eine Auslegung des Art. 27 Abs. 2 EuGVVO dahingehend, dass eine rechtskräftige Entscheidung des erstbefassten Gericht über die Zuständigkeit nötig sei, damit diese feststeht, den Regelungen über die Verfahrenskoordination jede Wirksamkeit nehme, da sie die Gefahr von Parallelverfahren erhöhe.¹⁶²

Zunächst ist, wie der *EuGH* noch direkt zuvor selbst ausführt, die Vermeidung von Parallelverfahren größtenteils dem Ziel geschuldet, widersprüchliche Entscheidungen zu vermeiden. Nun geht es aber bei der zu entscheidenden Frage nicht darum, zwischen den Möglichkeiten zu entscheiden, dass die

¹⁵⁵ Vgl. *Dohm* (Fn. 56), 189.

¹⁵⁶ *Thormeyer* (Fn. 145), 342.

¹⁵⁷ *Ebd.*, 342.

¹⁵⁸ *Ebd.*, 342.

¹⁵⁹ *EuGH*, C-1/13, ECLI:EU:C:2014:109, Rn. 20 – *Cartier*.

¹⁶⁰ Vgl. auch *Geimer* (Fn. 26), EuGVVO Art. 27 Rn. 13.

¹⁶¹ *EuGH*, C-1/13, ECLI:EU:C:2014:109, Rn. 40 – *Cartier*.

¹⁶² *EuGH*, C-1/13, ECLI:EU:C:2014:109, Rn. 41 – *Cartier*.

Rechtsfolge des Art. 27 Abs. 2 EuGVVO angewendet wird oder dass nichts passiert und das Verfahren fortgesetzt wird. Vielmehr kann und muss, falls die Rechtsfolge des Art. 27 Abs. 2 EuGVVO bei bloßer rügeloser Einlassung nicht anzuwenden sein sollte, stattdessen die Rechtsfolge des Art. 27 Abs. 1 EuGVVO angewendet werden. Setzt das zweitbefasste Gericht aber gemäß Art. 27 Abs. 1 EuGVVO (bloß) sein Verfahren aus und wartet die Entscheidung des erstbefassten Gerichts ab, besteht ebenfalls keine Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen.¹⁶³ Denn ein nicht laufendes Verfahren bringt keinerlei Wirkungen hervor. Auch um positive Kompetenzkonflikte aufzulösen, reicht die Rechtsfolge des Art. 27 Abs. 1 EuGVVO völlig aus, des Art. 27 Abs. 2 EuGVVO bedarf es hierzu nicht. Die Einschätzung des *EuGH* geht also fehl, da die Rechtsfolge des Art. 27 Abs. 1 EuGVVO zur Auflösung positiver Kompetenzkonflikte und zur Vermeidung widersprüchlicher Urteile und von Parallelverfahren ebenso geeignet ist wie die Rechtsfolge des Art. 27 Abs. 2 EuGVVO.

c) Argument bezüglich negativer Kompetenzkonflikte

Zuletzt beschreibt der *EuGH*, dass ein weiterer Zweck des Art. 27 EuGVVO darin bestehe, negative Kompetenzkonflikte zu vermeiden.¹⁶⁴ Auch wenn die Regelung hier nicht abschließend ist, ist die Grundannahme zunächst einmal zutreffend.¹⁶⁵ Der *EuGH* stellt sich sodann auf den Standpunkt, die Gefahr eines negativen Kompetenzkonflikts bestehe nicht, wenn sich das französische zweitbefasste Gericht für unzuständig erkläre, da die Zuständigkeit des englischen erstbefassten Gerichts wegen rügeloser Einlassung nicht mehr angefochten werden könne.¹⁶⁶ Betrachtet man die Situation aus der Sichtweise eines allwissenden, außenstehenden Beobachters, mag das zutreffen. Jedoch hat die Lösung des *EuGH* zur Folge, dass das zweitbefasste Gericht nationales Verfahrensrecht des erstbefassten Gerichts prüfen muss, da für die Feststellung einer rügelosen Einlassung dessen Prozessrecht maßgeblich ist.¹⁶⁷ Dadurch besteht aber in höherem Ausmaß die Gefahr, dass das später angerufene Gericht hier eine Fehlentscheidung trifft und die Situation der rügelosen Einlassung vor dem erstbefassten Gericht falsch bewertet.¹⁶⁸ Denn der *EuGH* hat selbst ausgeführt, dass zur Prüfung nationalen Verfahrensrechts immer die Gerichte des betreffenden Mitgliedstaats am besten geeignet sind.¹⁶⁹ Würde das später ange-

¹⁶³ *Thormeyer* (Fn. 145), 342; *BGH*, RIW 1998, 631 (631).

¹⁶⁴ *EuGH*, C-1/13, ECLI:EU:C:2014:109, Rn.42 – *Cartier*.

¹⁶⁵ S.o. Abschnitt II. 2. b) bb).

¹⁶⁶ *EuGH*, C-1/13, ECLI:EU:C:2014:109, Rn. 43 – *Cartier*.

¹⁶⁷ *Thormeyer* (Fn. 145), 342.

¹⁶⁸ *Ebd.*, 342.

¹⁶⁹ *EuGH*, C-351/89, ECLI:EU:C:1991:279, Rn. 23 – *Overseas*.

rufene Gericht eine rügelose Einlassung fehlerhaft annehmen, wäre keinesfalls, wie der *EuGH* meint, die Gefahr eines negativen Kompetenzkonflikts ausgeräumt.¹⁷⁰ Bevor die Entscheidung des später angerufenen Gerichts Rechtskraft erlangt, diese im Erststaat anerkannt und das erstbefasste Gericht wegen des europäischen Rechtskraftbegriffs auch bezüglich der Gründe und damit bezüglich des Vorliegens oder Nichtvorliegens einer rügelosen Einlassung gebunden würde, könnte dann nämlich das erstbefasste Gericht noch entscheiden, dass eine rügelose Einlassung nicht vorliegt. In der Folge würden sich beide Gerichte unzuständig erklären. Dann käme es zu einem negativen Kompetenzkonflikt. Darüber hinaus bestünden noch zwei gegensätzliche und damit unvereinbare Entscheidungen.¹⁷¹ Dies liefe der Zielsetzung in Erwägungsgrund 15 der EuGVVO zuwider.

Zudem ist aus der Historie erkennbar, dass die Abstufung der Rechtsfolgen in Art. 27 Abs. 1, 2 EuGVVO gerade deshalb mit der Aussetzung als Regelfall gestaltet und damit umgekehrt wurde, um negative Kompetenzkonflikte zu vermeiden.¹⁷² Je später der Punkt, an dem von der Aussetzung zur Unzuständigkeitserklärung überzugehen ist, angesetzt wird, desto eher werden demnach negative Kompetenzkonflikte vermieden.¹⁷³ Der historischen Auslegung steht die Auslegung des *EuGH*, die einen möglichst frühen Zeitpunkt für die Unzuständigkeitserklärung anstrebt, somit entgegen.

d) Fazit

Die Argumentation des *EuGH* für eine Ausnahme vom Prioritätsprinzip bei rügeloser Einlassung vor dem erstbefassten Gericht vermag nicht zu überzeugen. Sie kann sämtlich mit Gegenargumenten widerlegt werden.

3. Bewertung des Ergebnisses

Ein weiteres Argument gegen die Lösung des *EuGH* ist, dass das später angerufene Gericht gezwungen wäre, über eine derart gewichtige Konsequenz wie die Prozessabweisung allein aufgrund von Parteiaussagen zu entscheiden, die womöglich noch nicht einmal übereinstimmen.¹⁷⁴ Denn dem später angerufenen Gericht kann es in der Praxis große Schwierigkeiten bereiten, zuverlässige

¹⁷⁰ *Thormeyer* (Fn. 145), 342.

¹⁷¹ *Ebd.*, 342; *McGuire* (Fn. 34), 146 f.

¹⁷² S.o. Abschnitt II. 2. b) bb).

¹⁷³ S.o. Abschnitt II. 2. b) bb).

¹⁷⁴ *McGuire/Burgstaller*, in: Internationales Zivilverfahrensrecht, 16. Lieferung Dezember 2013, EuGVVO Art. 27 Rn. 108.

und aktuelle Informationen über den Verfahrensfortgang vor dem zuerst angerufenen Gericht zu erlangen.¹⁷⁵

Zudem begründet der *EuGH* die autonome europäische Definition der Rechtskraft mit dem Prinzip des gegenseitigen Vertrauens in die Gleichwertigkeit der Rechtspflege.¹⁷⁶ In dem vom *EuGH* hierzu entschiedenen Fall wurde jedoch die Argumentation entscheidend darauf gestützt, dass lediglich gemeinsame Zuständigkeitsvorschriften geprüft wurden.¹⁷⁷ Ließe man das zweitbefasste Gericht die rügelose Einlassung vor dem erstbefassten Gericht prüfen, müsste es aber nicht nur gemeinsame Zuständigkeitsvorschriften, sondern auch fremdes Verfahrensrecht prüfen.¹⁷⁸ Somit ist das Zweitgericht dazu nicht so gut geeignet wie das Erstgericht, zu dem das Verfahrensrecht gehört.¹⁷⁹ Die Annahme des gegenseitigen Vertrauens ist in dieser Konstellation nicht gerechtfertigt. Auf eine Entscheidung des Zweitgerichts wäre aber dennoch von anderen Mitgliedstaaten der europäische Rechtskraftbegriff anzuwenden. Es erscheint nicht gerechtfertigt, eine solche Entscheidung entstehen zu lassen. Hier spricht der systematische Zusammenhang der aufeinander aufbauenden Rechtshängigkeits- und Anerkennungsregeln dafür, dem zweitbefassten Gericht eine Prüfung und Entscheidung über die rügelose Einlassung vor dem erstbefassten Gericht nicht zu gestatten.

Insgesamt vermag also das Urteil des *EuGH* in der Rs. C-1/13 – *Cartier* weder in der Argumentation noch im Ergebnis zu überzeugen. Sieht man es im Zusammenhang mit dem Urteil in der Rs. C-438/12 – *Weber*, drängt sich der Eindruck auf, dass der *EuGH* eine neue Rechtssprechungslinie einschlagen und in Zukunft eher von einer strikten Befolgung des Prioritätsprinzips absehen möchte. War das in der Rs. C-438/12 – *Weber* (unter Geltung der alten EuGVVO) noch zu begrüßen,¹⁸⁰ so ist hier der überschießende Eifer eher schädlich. Die vom *EuGH* in der Rs. C-1/13 – *Cartier* befürwortete Ausnahme vom Prioritätsprinzip ist geeignet, durch die Gefahr negativer Kompetenzkonflikte den effektiven Rechtsschutz und durch die Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen das Ansehen der Justiz zu beeinträchtigen.

¹⁷⁵ Vgl. *Zeuner*, Zum Verhältnis zwischen internationaler Rechtshängigkeit nach Art. 21 EuGVÜ und Rechtshängigkeit nach den Regeln der ZPO, in: FS Lücke, 1997, 1003 (1006); *Court of Appeal*, Weekly Law Report 1999 III, 794 (805 (G)).

¹⁷⁶ *EuGH*, C-456/11, ECLI:EU:C:2012:719, Rn. 35 – *Gothaer Allgemeine Versicherung u.a.*

¹⁷⁷ *EuGH*, C-456/11, ECLI:EU:C:2012:719, Rn. 35 – *Gothaer Allgemeine Versicherung u.a.*

¹⁷⁸ *Thormeyer* (Fn. 145), 342.

¹⁷⁹ Vgl. o. Abschnitt III. 2. c).

¹⁸⁰ Vgl. o. Abschnitt II. 3. b).

4. Formell rechtskräftige Entscheidung des erstbefassten Gerichts als vorzugswürdiger Lösungsansatz

Damit ist entgegen der Auffassung des *EuGH* eine rügelose Einlassung vor dem zuerst angerufenen Gericht, die das zweitbefasste Gericht für gegeben hält, nicht ausreichend, damit die Zuständigkeit dieses Gerichts als feststehend angesehen werden kann. Vielmehr muss dieses Gericht selbst über seine Zuständigkeit entscheiden. Was die nötige Bestandskraft dieser Entscheidung angeht, wird vereinzelt vertreten, es reiche hier jegliche Feststellung des erstbefassten Gerichts unabhängig von der Bestandskraft.¹⁸¹ Ebenso wie beim Abstellen auf eine rügelose Einlassung verbleibt nach dieser Lösung aber die Gefahr eines negativen Kompetenzkonflikts, namentlich wenn die noch anfechtbare Entscheidung des erstbefassten Gerichts in einer höheren Instanz aufgehoben und anders entschieden wird.¹⁸² Obwohl diese Gefahr geringer ist, als wenn das später angerufene Gericht über die rügelose Einlassung entscheidet, besteht sie dennoch. Lässt man aber das erstbefasste Gericht über seine Zuständigkeit und die rügelose Einlassung formell rechtskräftig entscheiden, hat dies den unbestreitbaren Vorteil, dass unter Geltung des autonomen Rechtskraftbegriffs des *EuGH* das zweitbefasste Gericht von dieser Entscheidung auch bezüglich der Gründe nicht mehr abweichen kann. Dies hilft zuverlässig gegen negative Kompetenzkonflikte. Zudem ist auch von den Vertretern der Gegenmeinung unbestritten, dass für das Feststehen der Unzuständigkeit des erstbefassten Gerichts, also eine negative Zuständigkeitsentscheidung, eine formell rechtskräftige Entscheidung zu fordern ist, da das Verfahren bis dahin noch rechtshängig ist.¹⁸³ Dann kann aber auch für den umgekehrten Fall der positiven Zuständigkeitsfeststellung nichts anderes gelten.

Daher ist für die Anwendung der Rechtsfolge des Art. 27 Abs. 2 EuGVVO eine formell rechtskräftige Entscheidung des erstbefassten Gerichts über die Zuständigkeit zu fordern, sei es explizit oder implizit im Rahmen des Sachurteils.¹⁸⁴

5. Ausblick: Die Entscheidung aus dem Blickwinkel der neuen EuGVVO (VO (EU) 1215/2012)

Unter Geltung der neuen EuGVVO ergibt sich für *EuGH*, Rs. C-1/13 – *Cartier* keine abweichende Bewertung. Die maßgeblichen Regelungen ändern sich

¹⁸¹ *McGuire/Burgstaller* (Fn. 173), EuGVVO Art. 27 Rn. 110.

¹⁸² *Geimer* (Fn. 26), EuGVVO Art. 27 Rn. 54.

¹⁸³ *McGuire/Burgstaller* (Fn. 173), EuGVVO Art. 27 Rn. 109.

¹⁸⁴ *Kropholler/von Hein* (Fn. 3), EuGVVO Art. 27 Rn. 24; *Geimer* (Fn. 26), EuGVVO Art. 27 Rn. 54; *Leible* (Fn. 1), EuGVVO Art. 27 Rn. 22; *Hess* (Fn. 28), 1027.

nicht, eine explizite Ausnahme wird also nicht geschaffen. Die explizite Erwähnung des Art. 26 EuGVVO n.F. in Art. 31 Abs. 2 EuGVVO n.F. legt im Gegenteil nahe, dass dem erstbefassten Gericht ausdrücklich die Prüfung einer rügelosen Einlassung zugewiesen wird, da es das Verfahren nur auszusetzen hat, wenn keine rügelose Einlassung vorliegt. Dies unterstützt die Annahme, dass auch der Gesetzgeber das erstbefasste Gericht für besser geeignet hält, die rügelose Einlassung zu prüfen, und ihm diese Prüfung deshalb ausnahmslos zuweist.

IV. Zusammenfassung

Die Zuständigkeit des zuerst angerufenen Gerichts nach der EuGVVO beurteilt sich nach Art. 27-30 EuGVVO. Diese räumen dem zuerst angerufenen Gericht eine Priorität bei der Prüfung der internationalen Zuständigkeit ein, statuieren also das zeitliche Prioritätsprinzip.¹⁸⁵

Das Prioritätsprinzip verhindert durch die Bindungswirkung einer positiven Kompetenzentscheidung des erstbefassten Gerichts positive Kompetenzkonflikte und durch diese drohende widersprüchliche Entscheidungen.¹⁸⁶ Auch zur Vermeidung negativer Kompetenzkonflikte kann das Prioritätsprinzip, wenn es in dieser Hinsicht wegen des Fehlens einer europäischen Verweisung auch nicht unfehlbar ist, im Zusammenspiel mit dem autonomen Rechtskraftbegriff des *EuGH* viel beitragen, wenn das erstbefasste Gericht in den Entscheidungsgründen über präjudizielle Rechtsverhältnisse entscheidet, die es dem zweitbefassten Gericht unmöglich machen, sich unzuständig zu erklären.¹⁸⁷ Weiterhin begünstigt es die Erhaltung einer geordneten Rechtspflege und durch die Vermeidung von Parallelverfahren die Prozessökonomie sowie die Rechtssicherheit.¹⁸⁸

Bei der Erreichung der vorgenannten Ziele erweist sich das Prioritätsprinzip als leistungstark und zuverlässig. Daher ist es, trotz der Gefahr missbräuchlicher Torpedotaktiken, strikt zu befolgen. Unter Geltung der alten EuGVVO ergibt sich nur eine Ausnahme, wenn das zweitbefasste Gericht, nicht aber das erstbefasste Gericht nach Art. 22 EuGVVO ausschließlich zuständig ist.¹⁸⁹ Dies rechtfertigt sich aus der Tatsache, dass das Prioritätsprinzip in dieser Konstellation ohnehin nicht ausnahmslos geeignet ist, seinen Zweck zu erfüllen.¹⁹⁰ Die

¹⁸⁵ S.o. Abschnitt II. 2. a); II. 2. b).

¹⁸⁶ S.o. Abschnitt II. 2. b) aa).

¹⁸⁷ S.o. Abschnitt II. 2. b) bb).

¹⁸⁸ S.o. Abschnitt II. 2. b) cc).

¹⁸⁹ S.o. Abschnitt II. 3. b).

¹⁹⁰ S.o. Abschnitt II. 3. b).

Ausnahme wird damit, insofern systemgerecht, nur für die durchsetzungsstärkste Zuständigkeitsnorm gewährt.¹⁹¹ Mit Einführung der neuen EuGVVO schwächt sich die Argumentation zu Gunsten dieser Ausnahme ab.¹⁹² Allerdings wird von Gesetzes wegen die Priorität der befassen Gerichte in dem Fall umgekehrt, dass die Zuständigkeit des erstbefassten Gerichts (rechtzeitig) gerügt wird und unter Berufung auf eine ausschließliche Gerichtsstandsvereinbarung das entsprechende Gericht angerufen wird.¹⁹³ Auch wenn diese Ausnahme nicht der durchsetzungsstärksten Zuständigkeitsnorm gewährt wird, beruht dies hier auf einer Wertungsentscheidung des Gesetzgebers, die als solche zu akzeptieren ist.

Nach Analyse der Argumente und Überprüfung des Ergebnisses des Urteils des *EuGH*, Rs. C-1/13 – *Cartier* ist festzustellen, dass das Urteil weder im Ergebnis, noch in der Begründung zu überzeugen vermag.¹⁹⁴ Entgegen der Meinung des *EuGH* steht die Zuständigkeit des zuerst angerufenen Gerichts nicht bereits dann nach Art. 27 Abs. 2 EuGVVO fest, wenn das zweitbefasste Gericht von einer rügelosen Einlassung vor diesem Gericht ausgeht.¹⁹⁵ Dies würde eine Ausnahme vom Prioritätsprinzip darstellen, die nicht gerechtfertigt ist. Vielmehr steht die Zuständigkeit des zuerst angerufenen Gerichts erst im Sinne des Art. 27 Abs. 2 EuGVVO fest, wenn dieses Gericht über die Zuständigkeit formell rechtskräftig entschieden hat.¹⁹⁶

¹⁹¹ Vgl. o. Abschnitt **II. 3. b).**

¹⁹² S.o. Abschnitt **II. 4. b).**

¹⁹³ S.o. Abschnitt **II. 4. a).**

¹⁹⁴ S.o. Abschnitt **III. 2.; III. 3.**

¹⁹⁵ S.o. Abschnitt **III. 3.**

¹⁹⁶ S.o. Abschnitt **III. 4.**

Carsten Schier*

Buchrezension: Kleine Stilkunde für Juristen

Abstract

Rezension des Buchs „Kleine Stilkunde für Juristen“ von *Tonio Walter*, 2. Aufl., erschienen 2009 im Verlag C. H. Beck, München. XVI, 276 Seiten, Gebunden, 19,00 €.

* *Carsten Schier* ist Student an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg und Redaktionsmitglied der Studentischen Zeitschrift für Rechtswissenschaft (StudZR). Er studiert im Sommersemester 2015 im 4. Fachsemester Rechtswissenschaft.

1. Einführung

Das Werkzeug eines jeden Studenten der Rechtswissenschaft ist die Sprache. Deshalb lohnt es sich, während des Studiums seinen Sprachstil kritisch zu überdenken und zu verbessern. Klarer Ausdruck und logische Argumentation in Klausuren und Hausarbeiten sind stets sprachlichen Fähigkeiten geschuldet. Mit anderen Worten: Das Richtige gedacht zu haben reicht nicht aus, wenn man es nicht verständlich zu Papier bringt. Verständliche Texte sind unabdingbar, wenn man Leser durch ansprechende Sprache überzeugen möchte.

Tonio Walter entschloss sich zum Schreiben der *Stilkunde*, so berichtet er im Vorwort der ersten Auflage, um der juristischen Zunft eine verständliche Sprache zu vermitteln, für die sie keineswegs bekannt sei.¹ Er diagnostiziert, dass Juristen die Anschaulichkeit der Sprache seit jeher vernachlässigten. Seine Negativbeispiele reichen von Reichsgerichtsentscheidungen bis zu jüngerer Rechtsprechung und Literatur. Der Regensburger Professor weist mit seinem Buch zugleich auf einen Schwachpunkt der juristischen Ausbildung hin: Der Gutachtenstil und die juristische Terminologie werden gebetsmühlenartig eingeübt. Dieser sei in seiner Reinform jedoch schädlich für die Deutlichkeit der Sprache.

Walter konstatiert, dass sich immer einer quälen müsse: entweder der Autor oder der Leser. So habe der Leser Mühe, den Tenor zu ergründen, wenn ihm das Geschriebene unverständlich ist. Der Autor steht vor der Herausforderung, verständlich zu schreiben. Die *Stilkunde* will den Lesern juristischer Texte die Bürde nehmen und sie dem Autor auftragen. Das ist nur gerecht: Denn der Autor schreibt für den Leser. Will er sich Gehör verschaffen, muss er sich verständlich ausdrücken. *Walter* möchte hierzu den richtigen Gebrauch der sprachlichen Werkzeuge erklären – den Stil.

2. Aufbau

Der Autor erschließt die Materie des Stils in sechs Kapiteln: Zunächst stellt er die Frage, was überhaupt Stil sei und widmet sich dann der Sprache selbst, besonders um die Eigenarten des Deutschen zu erörtern. Sodann stellt er *Stilregeln* auf. Im Weiteren untersucht er *Stilmittel*, *Stilfragen* und geht auf *Stilsünden* ein.

Bei den einzelnen *Stilregeln* stellt der Autor Aufgaben zum Erlernen jeder Regel auf. Das ist freilich gut gemeint, andererseits fragt sich der Leser, ob dies wirklich nötig ist. Wer übt anhand eines Textauszugs, welche überflüssigen Passagen gestrichen werden können? Dieser lehrbuchartige Charakter erinnert eher an ein Schulbuch als an eine juristische Stilkunde. Ein Lehrbuch ist die *Stilkunde* aufgrund der unverkrampften Sprache gerade nicht. Den Lesern sollte der Au-

¹ *Walter*, Kleine Stilkunde für Juristen, 1. Aufl. 2002.

tor zutrauen, dass sie auch ohne diese simplen Aufgaben die Regeln verinnerlichen.

Lehrreich sind hingegen die Beispiele, anhand derer *Walter* einen guten von einem schlechten Stil unterscheidet. Bei der Lektüre dieser Beispiele ertappt sich der Leser allzu oft selbst und kommt ins Nachdenken: Neige ich auch dazu, eher im Passiv als im Aktiv zu schreiben? Leide ich vielleicht ebenfalls am diagnostizierten „antrainierten Minderwertigkeitskomplex“ der Juristen, stets die erste Person Singular zu vermeiden, um jegliche Personalität im Gutachten zu eliminieren? Versuche ich, dem Text mit Fremdwörtern einen wissenschaftlichen Anstrich zu verpassen?

Da *Walter* in seiner Einleitung mit Juristen in sprachlicher Hinsicht hart ins Gericht geht, könnte der Leser denken, dass die *Stilkunde* ohne die juristisch-üblichen Formalien auskommt. Wer dies glaubt, wird indes enttäuscht. Der Autor verzichtet nicht auf Fußnoten und gliedert kleinschrittig. Wie in Lehrbüchern arbeitet er mit kleingedruckten Einschüben, um Exkurse in die Sprachwissenschaft zu unternehmen. Dies irritiert deshalb, weil *Walter* doch gerade für einen konsequenten Lesefluss eintritt.

Insgesamt ist der Aufbau der *Stilkunde* in sich schlüssig. Der Detailreichtum, der den vielen Unterkapitel geschuldet ist, führt jedoch dazu, dass der Leser den Blick für Zusammenhänge zu verlieren droht. Leider wird dadurch der Autor seiner Maxime, der Verständlichkeit, nicht immer gerecht.

3. Inhalt

a) *Stilregeln*

Gerberding stellt in seiner Rezension² zu der *Kleinen Stilkunde für Juristen* überzeugend fest, dass die aufgestellten *Stilregeln* kein Geheimwissen enthalten. Den meisten Lesern wird klar sein, dass überflüssige Ausführungen zu streichen sind, wenn sie nicht der gewünschten Argumentation dienen. Für den Leser mögen die Regeln offensichtlich erscheinen. Es ist trotzdem wichtig, sich diese einfachen aber effektiven Regeln zu vergegenwärtigen, um simple Fehler zu vermeiden.

Darüber hinaus lernt man, dass der Leser dem Autor maximal drei Sekunden Aufmerksamkeit pro Satz schenkt. Dies bedeutet, dass nach zwölf Silben der Satz durch einen Punkt enden sollte. Weiterhin sollten Subjekt und Prädikat nicht durch lange Nebensätze voneinander getrennt werden. Die Suche nach Subjekt oder Prädikat hemme den Lesefluss ungemein.

² BLJ 2009, 133 (133).

Als Student liest man *Walters* Zusatzbemerkungen zum Gutachtenstil mit Freude. Er rügt, der Gutachtenstil führe dazu, dass durch den Konjunktiv – und den damit ausgedrückten Voraussetzungen – das Gutachten schnell unübersichtlich werde. Gleichzeitig sieht er, dass die Korrekturassistentin gerade dies verlangt – selbst wenn dabei die sprachliche Logik auf der Strecke bleibe. Der Autor versteht durchaus, dass sich damit der Student in einem Dilemma befindet: Folgt er der sprachlichen Logik, macht er sich seinen Korrektor zum Feind. Berücksichtigt er hingegen strikt den Gutachtenstil, wie von ihm verlangt, so versündigt er sich an der Sprachlogik. Spätestens hier wird dem Leser klar: Der Gutachtenstil muss überdacht werden; er setzt sich teilweise über den deutschen Sprachgebrauch hinweg. In diesem Zusammenhang möchte ich folgendes Judikat³ des *Reichsgerichts*, das *Walter* in diesem Kapitel anführt, dem Leser dieser Rezension nicht vorenthalten:

„Eine Eisenbahn ist ein Unternehmen, gerichtet auf wiederholte Fortbewegung von Personen oder Sachen über nicht ganz unbedeutende Raumstrecken auf metallener Grundlage, welche durch ihre Konsistenz, Konstruktion und Glätte den Transport großer Gewichtsmassen, beziehungsweise die Erzielung einer verhältnismäßig bedeutenden Schnelligkeit der Transportbewegung zu ermöglichen bestimmt ist, und durch diese Eigenart in Verbindung mit den außerdem zur Erzeugung der Transportbewegung benutzten Naturkräften (Dampf, Elektrizität, tierischer oder menschlicher Muskelthätigkeit, bei geeigneter Ebene der Bahn auch der eigenen Schwere der Transportgefäße und deren Ladung etc.) bei dem Betriebe des Unternehmens auf derselben eine verhältnismäßig gewaltige (je nach Umständen nur in bezweckter Weise nützliche, oder auch Menschenleben vernichtende und die menschliche Gesundheit gefährdende) Wirkung zu erzeugen fähig ist.“

Walter ist beizupflichten, wenn er schreibt, dass bei solchen Sätzen (so dürften sie heute nicht mehr vorkommen) das sprachliche Grauen ein unerhörtes Maß annimmt.

b) Stilmittel

Sprachliche Mittel seien in juristischen Schriftsätzen selten zu finden. Das verwundere kaum: Juristen sind keine Dichter, ihre Sprache soll in erster Linie überzeugen. Der Autor fordert trotzdem oder gerade deswegen dazu auf, sich einer lebendigen Sprache zu bedienen. Je anschaulicher die Sprache, desto leichter wird der Leser dem Gedanken des Autors folgen können.

Er appelliert an den Leser, häufiger Beispiele zur Veranschaulichung anzuführen. So lässt sich vermeiden, dass die Argumente des Autors im luftleeren

³ RGZ 1, 247 (252).

Raum schweben und der Leser sich keinen Bezug von abstrakter Rechtslage zum konkreten Sachverhalt schaffen kann.

So erinnert *Walter* daran, dass gerade kuriose oder originelle Wörter und Namen einen hohen Erinnerungswert haben. Er gibt das Beispiel des *Katzenkönigfalls*, den jeder Student kennt – vor allem wegen des Namens.

Insbesondere Fragen und Ausrufe könnten bei maßvollem Einsatz einen juristischen Text aufwerten, indem sie die nüchterne, gutachterliche Sprache durchbrechen. Auch eine maßvolle Zuspitzung sei sinnvoll, um pointiert seine Meinung darzulegen. Es gelte wie in der Medizin: „Alle Dinge sind Gift. Allein die Dosis macht’s.“ So sei ein stark zugespitzter Text mehr Proklamation denn wissenschaftliche Arbeit.

Amüsant ist das Unterkapitel zu Humor in juristischen Texten. Die zitierten Urteile, zum Teil in Reimform, ein anderes über den unmöglichen Beischlaf bei getrennten Betten im Urlaubsdomizil⁴ oder den im Koma liegenden Wellensittich als Begründung einer Notstandslage, sind äußerst unterhaltsam.⁵ Welche Lehren zu Stilmitteln hieraus zu ziehen sind, bleibt hingegen offen. Insgesamt stelle ich beim Lesen fest, dass sich ernsthafte, juristische Texte nur schwer mit Humor in Einklang bringen lassen.

Stilmittel – das wird dem Leser nach der Lektüre des gleichnamigen Kapitels bewusst – sind etwas für Sprachexperten. Wer sie einsetzt, muss sich bewusst sein, wie sie auf den Leser wirken. Humor oder Ironie können missverstanden werden. Mithin empfehle sich bei Klausuren und Hausarbeiten nicht, bildhaft und originell zu schreiben, so der Autor. Damit stellt sich aber anschließend die Frage, ob *Stilmittel* – wenn schon nicht in der juristischen Ausbildung – überhaupt verwendet werden können. Diese Frage bleibt leider unbeantwortet.

c) Stilfragen

Das Kapitel zu *Stilfragen* beginnt mit der Problematik, ob Fremdwörter der deutschen Bezeichnung grundsätzlich vorzuziehen seien. *Walter* zeichnet in einem Exkurs die Herkunft von einer Vielzahl an Fremdwörtern nach. Daraufhin wirft er die Frage nach dem Mehrwert von Fremdwörtern auf. Diesen sieht er kritisch. Zwar trügen sie zur Abwechslung und damit zur Unterhaltsamkeit bei, zugleich stelle sich aber das Problem, dass der Leser sie entschlüsseln müsse. Fremdwörter sind nämlich nicht alltäglich.

⁴ *AG Mönchengladbach*, NJW 1995, 884.

⁵ *OLG Düsseldorf*, NStZ 1990, 396.

Außerdem sei problematisch, dass einige von ihnen gegenläufige Bedeutungen aufweisen. So kann beispielsweise „sanktionieren“ sowohl „bestrafen“ wie auch „gutheißen“ meinen. Dagegen lässt sich einwenden, dass sich auch im Deutschen solche mehrdeutigen Wörter finden. Besonders überzeugend ist dieses Argument daher nicht.

Besonders stören den Autor die bereits im Rechtsverkehr geläufigen Anglizismen. Er geht sogar so weit, eine „Spur von Respektlosigkeit“ gegenüber der eigenen Sprache zu vermuten, wenn sich Autoren vermeidbar der englischen Sprache bedienen. Die berüchtigten Begriffe *Mergers and Acquisitions (M&A)*, *Compliance*, *Due Diligence* oder *Corporate Governance* seien entbehrlich, selbst der Gesetzgeber komme bisher ohne sie aus. Sprache habe einen kulturellen Wert, dem man nicht gerecht werde, wenn man derlei sorglos mit der Muttersprache umgehe. Dabei verkennt *Walter* die Internationalisierung des Rechts und damit der dazugehörigen Sprache. Die englischen Begriffe werden bewusst und nicht sorglos verwendet, damit ihre Bedeutung in vielen verschiedenen Ländern zu verstehen ist. Die Kritik des Autors zielt aber eher auf diejenigen ab, die sich der Begriffe bedienen, obwohl die deutsche Bezeichnung ihren Zweck erfüllen würde.

Walter geht ferner mit denjenigen ins Gericht, die Fremdwörter wie eine Mauer einsetzen, die es dem Leser erschweren, den Text flüssig zu lesen. Sie benützen Fremdwörter, um dem Text einen wissenschaftlich-intellektuellen Anschein zu geben. Jeder Student kennt wohl Aufsätze, die aus diesem Grund schwer nachzuvollziehen sind. Jeder Autor muss das Ziel verfolgen, für seine Leser verständlich zu schreiben. Andernfalls riskiert er, nicht gelesen zu werden. Freilich verhält es sich anders, wenn ein Zwang besteht, einen bestimmten Text zu lesen. Dann nutzt der Autor seine Stellung aus, um seine Leser zu verwirren. Die Kritik des Regensburger Ordinarius ist somit durchaus angebracht.

Ein weiteres Unterkapitel ist dem sogenannten Papierdeutsch gewidmet. Dieses sei durch verlängerte Prädikate, Genitivkonstruktionen, zwanghaftes Substantivieren und ewiges Passiv geprägt. *Walter* hält diesen Sprachstil für vermeidbar, vermutet aber, dass viele Juristen sich bewusst dieses Stils bedienen. Papier- oder Kanzleideutsch sei nichts anderes als eine Machtdemonstration gegenüber denjenigen, die nicht der juristischen Zunft angehören. Unter Juristen solle jedoch gelten: Beeindruckend ist die Größe der Gedanken, nicht die Höhe der sprachlichen Stelzen.

Ein schönes Gegenbeispiel zum unpersönlichen und manischen Passiv sieht *Walter* im Stil *Medicus*. Er schreibe stets in der ersten Person Singular, wenn er seine Meinung kundtue. *Walter* ruft dazu auf, ihm zu folgen. Das überzeugt

mich. Tatsächlich lese ich gern Autoren, die sichtbar zu ihren Positionen stehen. Dadurch gewinnt die Meinung des Autors an Authentizität.

Das letzte Unterkapitel widmet *Walter* der aufkeimenden Bemühung, Rechtsprache geschlechtsneutral zu gestalten. Freilich diskriminiere die Rechtsprache auf den ersten Blick das weibliche Geschlecht. So heißt es Zeuge statt Zeugin und Kaufmann statt Kaufrau – die Liste ließe sich beliebig weiterführen.

Walter stellt aber klar: Das grammatikalische Geschlecht, das *Genus*, sei nicht gleichzusetzen mit dem natürlichen Geschlecht, dem *Sexus*. Es sei völlig klar, dass das Maskulinum pars pro toto auch für Frauen gelte. Überdies ergebe sich das Problem nicht bei Gesetzen. Da es sich hierbei um abstrakt-generelle Regelungen handle, könne das Maskulinum gar nicht diskriminierend wirken. Der Autor befürchtet zu Recht, dass diese sprachliche Differenzierung nach Geschlechtern zulasten der Verständlichkeit gehe.

d) *Stilsünden*

Walter bleibt nach den vorangegangenen Kapiteln Rechenschaft darüber schuldig, welche Lehren der Leser aus der *Stilkunde* zu ziehen hat. Deshalb könnte es lohnend sein, sich anhand von *Stilsünden* zu vergegenwärtigen, was einen lebendigen und verständlichen Stil ausmacht.

In diesem Kapitel führt *Walter* dazu prägnante Negativbeispiele an, indem er Auszüge präsentiert, die tatsächlich einen gesunden Sprachgebrauch vermissen lassen. Selbstredend tadelt er § 164 Abs. 2 BGB für die diffuse doppelte Negation. In der Tat eine Stilsünde! Er zerlegt die Sätze wie auf einem Seziertisch, nennt genauere Synonyme, schleift an der Grammatik. Dabei werden diese Sätze in der Tat verständlicher. Gleichzeitig verlangt er dem Leser viel Konzentration ab, wenn er hierzu seine Gedankengänge minutiös und langatmig darlegt.

Weshalb wurde für diese Beispiele ein eigenes Kapitel angelegt? Die einzelnen Regeln wurden doch bereits zuvor anhand von Beispielen veranschaulicht. Vielleicht muss das Kapitel, wie eingangs erwähnt, als Rekapitulation des Werkes verstanden werden.

4. Fazit

Walter legt mit der *Kleinen Stilkunde für Juristen* ein umfangreiches Werk vor. Er erkennt richtig, dass es in der juristischen Welt einer Korrektur hin zur lebendigen und eindeutigen Sprache bedarf. In erster Linie verfolgt er das Ziel, Sprache verständlicher zu gestalten. Die Anleitungen, Beispiele und die zugehörige

Theorie sind sinnvoll ausgewählt, wenn auch manchmal zu umfangreich dargestellt.

Was insgesamt fehlt, ist ein „roter Faden“, der sich durch die Lektüre zieht. Das Buch lässt sich daher nicht besonders leicht durchlesen. Wie bereits angesprochen, wären manche Fußnoten und Einschübe zugunsten des Leseflusses zu streichen. Mir wird dies gerade deswegen bewusst, weil es doch *Walter* selbst ist, der Autoren für diesen Stil kritisiert. Einige Passagen konzentrieren sich nicht auf die wesentlichen Aspekte. So variieren die Verständlichkeit und der Erkenntnisgewinn zwischen den verschiedenen Unterkapiteln stark. Ein stringenter Aufbau ist aber bei dieser schwer zu durchdringenden Materie wichtig, um den Überblick zu behalten.

Die Kapitel sind unkonventionell gegliedert – einerseits ansprechend, andererseits teils verwirrend.⁶ Aber das von *Walter* verfolgte Ziel des Buches wird erreicht: die kritische Auseinandersetzung angehender Juristen mit ihrem eigenen Sprachstil. Nach der Lektüre überlegt sich der Leser in der Tat, wie er sich treffender, anschaulicher und überzeugender ausdrücken kann. Er vergegenwärtigt sich die empfohlenen Regeln; fragt sich, ob er tatsächlich ein Fremdwort verwenden muss; versucht Schachtelsätze zu vermeiden. *Walter* gibt schlichtweg den erforderlichen Denkanstoß, sich mit dem eigenen Ausdruck auseinanderzusetzen.

Tonio Walter geht es nicht per se um schöne, fesselnde und elegante Sprache. Ihm geht es um Klarheit. Deshalb setzt er auf die Durchsetzungskraft des passenden Wortes. Das Problem, als Jurist einerseits nüchtern und leidenschaftslos schreiben zu müssen, aber gleichzeitig zu überzeugen, ist in jeder Hinsicht erfasst. Der Autor gibt dem Leser die richtigen Werkzeuge zur Hand, um diesen Spagat zu meistern. Daher rate ich zum Kauf der *Kleinen Stilkunde für Juristen*.

⁶ Wie zum Beispiel bei den *Stilsünden*, siehe Abschnitt I. 3. d).