

# BAYREUTHER

# ZEITSCHRIFT FÜR RECHTSWISSENSCHAFT

## Herausgeber

Bayreuther Zeitschrift für  
Rechtswissenschaft e. V.

## Redaktion

Maren de Beyer  
Lina Ha  
Fabian Karittke  
Franziska Stein  
Johannes Wichert  
Diana Schmidt  
Alexander Ströher  
Helena Groth  
David Schwarz  
Jan Harrer  
Anne-Catherine Schur  
Isabella Boll  
Sanjey Sivanesan  
Carolina Dosch  
Carla Schindler  
Niklas Braun

## Wissenschaftlicher Beirat

Hendrik Tafel  
Jakob Lutz  
Janik Bischoff  
Svenja Wölfel  
Veronika Thalhammer  
Dr. Nicolas Kretschmann  
Lars Großmann  
Dr. Michael Putz  
Rudi Lang  
Dr. Christoph Weber  
Jana Ebersberger  
Tim Klein  
Adrian Strahm  
Christoph Hanecker  
Steffen Bitterberg  
Kathrin Gruber  
Lasse Scherer  
Johannes Herb  
Gregor Vechtel

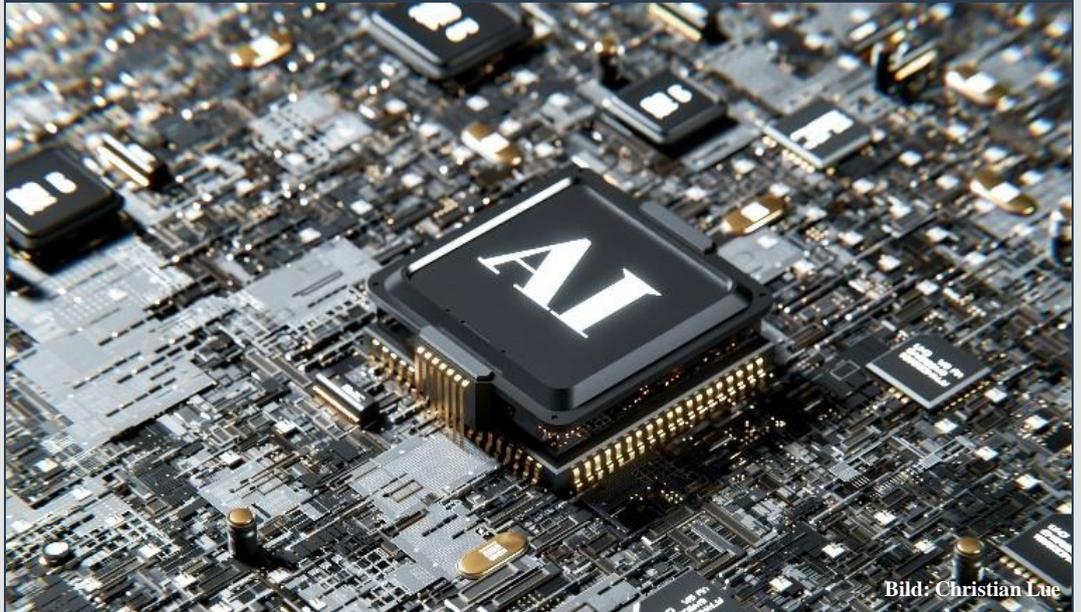
## Kuratorium

Prof. Dr. Brian Valerius  
Prof. Dr. Ruth Janal  
Prof. Dr. Carsten Bäcker  
Prof. Dr. Nina Nestler  
Prof. Dr. Knut Werner Lange  
Prof. Dr. Thomas Spitzlei  
Prof. Dr. Christian Rückert  
Prof. Dr.  
Martin Schmidt-Kessel

## Weitere Beteiligte

Clemens Engelhardt  
Merle Schütte

## 9. Ausgabe: Schwerpunkt Recht und Digitalisierung



### Schwerpunkt

Interview über Künstliche Intelligenz im Strafrecht mit *Prof. Dr. Brian Valerius*

*Kronast, Veronika:* Der „Diebstahl“ von Kryptowährungen – strafloses Vermögensdelikt?

*Görge, Tobias:* Computersoftware und Urheberrecht

*Malik, Hubert:* Die Einführung elektronischer Aktien durch das ZuFinG

*Holst, Luca Maria:* Der digitale Zugang der Gewerkschaften zum „Homeoffice“

### Zivilrecht

*Geiger, Niklas:* Die Klimafolgeentscheidungen des BVerfG:  
Zwei Schritte vor – Ein Schritt zurück?

*Herbst, Vincent:* Der Schutz der Minderheitsgesellschafter bei  
grenzüberschreitenden Umwandlungen nach dem UmwG

# Bayreuther Zeitschrift für Rechtswissenschaft – 2025/I

Vorwort von <i>Prof. Dr. Brian Valerius</i>	III
Editorial der Chefredaktion	IV
Interview mit <i>Prof. Dr. Brian Valerius</i>	1
<i>Veronika Kronast:</i> Der „Diebstahl“ von Kryptowährungen – strafloses Vermögensdelikt?	4
<i>Tobias Görge:</i> Computersoftware und Urheberrecht	17
<i>Hubert Malik:</i> Die Einführung elektronischer Aktien durch das ZuFinG	32
<i>Luca Maria Holst:</i> Der digitale Zugang der Gewerkschaften zum „Homeoffice“	44
<i>Niklas Geiger:</i> Die Klimafolgeentscheidungen des BVerfG: Zwei Schritte vor – Ein Schritt zurück?	56
<i>Vincent Herbst:</i> Der Schutz der Minderheitsgesellschafter bei grenzüberschreitenden Umwandlungen nach dem UmwG	68
Rainer Markgraf Stiftung – Wissenschaftsförderung in der Region	VI

## Vorwort

Liebe Leserinnen und Leser,

die vorliegende, neunte Ausgabe der Bayreuther Zeitschrift für Rechtswissenschaft (BayZR) widmet sich dem Thema „Digitalisierung und Recht“ und somit einer ununterbrochen aktuellen wie wichtigen Materie. Die Auswirkungen der Digitalisierung auf uns alle, sei es individuell wie auch zusammen als Gesellschaft, dürften kaum überschätzt werden können. Ihre Bedeutung ist vielmehr allgegenwärtig und erstreckt sich sowohl auf unser Privatleben als auch auf unser berufliches Umfeld.

Dass die Digitalisierung juristische Herausforderungen für jedes Rechtsgebiet mit sich bringt, belegt schon das Spektrum der in dieser Ausgabe veröffentlichten Beiträge. Selbstredend kamen auch frühere Ausgaben der BayZR nicht umhin, sich bereits einzelnen Fragestellungen im Zusammenhang mit der Digitalisierung zuzuwenden. Ein Blick in das wachsende Archiv der Zeitschrift offenbart Aufsätze unter anderem zu Tauschbörsen im Internet, zu Telemedienangeboten, zum autonomen Fahren und zum Digital Markets Act (DMA) der Europäischen Union. Dass sich nun sogleich eine gesamte Ausgabe diesem Thema zuwendet, offenbart nur die angesprochene und nach wie vor wachsende Relevanz auch und gerade im juristischen Bereich.

Die Digitalisierung ist im Jurastudium aber nicht nur als Gegenstand von Studien-, Bachelor- und Masterarbeiten von Bedeutung. So hält seit einigen Jahren die Bayerische Ausbildungs- und Prüfungsordnung für Juristen (JAPO) in ihrem § 23 Abs. 2 Satz 2 fest, dass ein „ordnungsgemäßes“ (so die Überschrift der Norm) Studium auch die zunehmende Bedeutung der Digitalisierung berücksichtigt. Gleiches gilt nach § 44 Abs. 1 Satz 2 JAPO für den anschließenden Vorbereitungsdienst. Auch an bayerischen Universitäten wachsen die Angebote, die Digitalisierung und Recht verbinden wollen. Zu nennen sind lediglich das an der Universität Bayreuth angebotene interdisziplinäre Zusatzstudium Informatik und Digitalisierung, der Bachelorstudiengang „Digital Law“ an der Universität Regensburg und der Bachelorstudiengang „Legal Tech“ sowie der Masterstudiengang „Rechtswissenschaften“ an der Universität Passau.

Natürlich wird diese Entwicklung auch kritisch gesehen. Und selbst wenn die Grundskepsis, die bei vielen Menschen gerade bei technischen Neuerungen und Errungenschaften zu beobachten ist, außer Acht gelassen wird, ist doch kaum zu bestreiten, dass nicht automatisch alles „gut“ ist, was mit Digitalisierung zusammenhängt. Selbstredend ist ebenso wenig alles „schlecht“, was der Digitalisierung geschuldet ist. Die Digitalisierung eröffnet vielmehr „lediglich“ Chancen, die es zu nutzen, und Risiken, die es zu verhindern gilt. Digitalisierung ist letztlich das, was wir alle aus ihr machen.

Dass nicht jeder Umgang mit Digitalisierung überzeugt, lässt sich auch an einigen Beispielen aus dem juristischen Bereich belegen. So klagen unter anderem Angehörige der Staatsanwaltschaften und Richterinnen und Richter regelmäßig über die elektronische Akte bzw. über deren umständliche Bedienung und über die technischen Schwierigkeiten bei deren Umsetzung. Und vor nicht allzu langer Zeit konnte erst auf den letzten Metern verhindert werden, dass der zunehmenden Digitalisierung die Prüfungsorte in Bayreuth und in Passau in der Zweiten juristischen (und nunmehr zugleich elektronischen) Staatsprüfung zum Opfer fallen. Freilich nicht nur aus diesen Anlässen müssen wir Juristinnen und Juristen die Digitalisierung somit zwar stets offen, aber auch kritisch begleiten und dürfen uns den Problemen, die hiermit einhergehen, weder verschließen noch entziehen.

Dass es auch gelungene Beispiele für die Digitalisierung gibt, zeigt im Übrigen die BayZR. Schon von Anfang an war die Zeitschrift rein digital erhältlich. Darüber hinaus stand und steht sie als „Open Access“-Publikation frei zur Verfügung. Dies ist bei Veröffentlichungen im juristischen Bereich nach wie vor eher die Ausnahme als die Regel und gewährleistet, dass alle Interessierten an den hier präsentierten wissenschaftlichen Überlegungen aus dem Kreis der Studentinnen und Studenten teilhaben können. Ich hatte die Ehre, seit der ersten Ausgabe im Kuratorium der BayZR sitzen und dieses spannende Projekt von Anfang an begleiten zu dürfen, und bin stolz auf die Generationen von Redakteurinnen und Redakteuren, welche die BayZR bislang so erfolgreich geführt und betrieben haben. Auch den künftigen Generationen wünsche ich ein glückliches Händchen und allen Leserinnen und Lesern nun viel Spaß bei der Lektüre dieser Ausgabe!



**Prof. Dr. Brian Valerius**

(Inhaber des Lehrstuhls für künstliche Intelligenz im Strafrecht an der Universität Passau)

## Editorial

Liebe Leserinnen und Leser,

mit großer Freude präsentieren wir Ihnen die mittlerweile 9. Ausgabe der BayZR. Für diese Ausgabe haben wir uns im Lichte der fortschreitenden Digitalisierung dem Thema Recht und Digitalisierung gewidmet. Die Rechtswissenschaft steht mit dem digitalen Wandel der Wirtschaft und Gesellschaft vor der Herausforderung der Regulierung. In dieser Ausgabe widmen Autorinnen und Autoren sich dieser Herausforderung aus unterschiedlichen Perspektiven.

So prüft *Veronika Kronast*, ob der „Diebstahl“ von Kryptowährungen mit dem geltenden Strafrecht erfassbar ist, während *Tobias Görge* sich dem urheberrechtlichen Schutz von Computersoftware zuwendet, indem er den Beschluss „Action Replay“ des BGH vom 23.2.2023 zur urheberrechtlichen Zulässigkeit von Computerprogrammen zur Manipulierung von Computerspielen analysiert.

Der Beitrag von *Hubert Malik* beleuchtet zudem die Einführung elektronischer Aktien im Zuge des Zukunftsfinanzierungsgesetzes (ZuFinG). Ergänzt wird der Schwerpunkt durch den Beitrag von *Luca Maria Holst* über den digitalen Zugang von Gewerkschaften zum „Homeoffice“, der unter Zunahme mobiler Arbeit und des Homeoffice einen besonders spannenden Diskussionsgegenstand im Arbeitsrecht darstellt. In dieser Ausgabe beleuchten daher zahlreiche Beiträge das Spannungsfeld von technologischer Innovation und rechtlicher Steuerung.

Im Interview mit *Prof. Dr. Brian Valerius* wird die zunehmende Bedeutung von KI in Strafverfahren besprochen. Es werden spannende Fragen, wie unter anderem die Risiken von Deepfakes, fehlerhafte Trainingsdaten und die strafrechtliche Verantwortlichkeit bei KI-gestützten Vorgängen erörtert. Prof. Dr. Valerius hat von 2011 bis 2022 als anerkannter und überaus geschätzter Professor an der Universität Bayreuth gelehrt. Heute hat er den Lehrstuhl für Künstliche Intelligenz im Strafrecht an der Universität Passau inne.

Ebenso spannend sind die Beiträge dieser Ausgabe, die rechtliche Entwicklungen aus anderen Bereichen beleuchten. *Niklas Geiger* betrachtet die Klimafolgeentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 2021 und diskutiert, inwiefern dadurch eine klimapolitische Weichenstellung vorgenommen wurde. Zudem legt *Vincent Herbst* den Schutz von Minderheitsgesellschaftern bei grenzüberschreitenden Umwandlungen offen und beleuchtet dabei die

Herausforderungen und Schutzmechanismen nach dem Umwandlungsgesetz.

Unsere abschließenden Worte gelten all jenen, die mit ihrer Zeit, ihrem Fachwissen und ihrer Unterstützung die Veröffentlichung der BayZR jedes Semester ermöglichen. Unser Dank gilt den engagierten Studentinnen und Studenten des Redaktionsteams, die jede Ausgabe inhaltlich und organisatorisch gestalten. Wir danken den Mitgliedern des wissenschaftlichen Beirats für ihre wertvolle fachliche Expertise und die freiwillige Unterstützung, mit der sie die fachliche Qualität sowie die wissenschaftliche Fundierung der BayZR gewährleisten.

Unser herzlicher Dank gilt auch Prof. Dr. Brian Valerius, Prof. Dr. Ruth Janal, Prof. Dr. Carsten Bäcker, Prof. Dr. Nina Nestler, Prof. Dr. Knut Werner Lange, Prof. Dr. Thomas Spitzlei, Prof. Dr. Christian Rückert und Prof. Dr. Martin Schmidt-Kessel für ihre Begleitung. Ein besonderer Dank geht zudem an die Rainer Markgraf Stiftung, deren großzügige Unterstützung die Veröffentlichung der Druckausgabe auch in dieser Ausgabe ermöglicht hat.

Wir wünschen Ihnen im Namen des gesamten Redaktionsteams eine spannende und gewinnbringende Lektüre der 9. Ausgabe der BayZR.



Maren de Beyer (1. Chefredaktion, rechts)

Lina Ha (2. Chefredaktion, links)

Spannende Neuigkeiten aus der Rechtswissenschaft,  
interessante Berichte und hilfreiche Tipps zum juristischen Studium sowie  
Buchrezensionen und vieles weitere finden Sie im

# BayZR Blog

unter folgendem Link:



---

Unsere **aktuelle digitale Ausgabe** finden Sie hier:



## Schwerpunkt Digitalisierung und Recht

*Für diese Ausgabe haben Niklas Braun und Johannes Wichert mit Prof. Dr. Brian Valerius, Inhaber des Lehrstuhls für Künstliche Intelligenz im Strafrecht an der Universität Passau, gesprochen.*

### Interview zum Thema KI im Strafrecht – Chance für Justiz oder Kriminelle?

*Prof. Dr. Brian Valerius folgte nach seinem Studium, Promotion und Habilitation an der Universität Würzburg und Lehrstuhlvertretungen in Frankfurt/Oder, Frankfurt/Main und Köln einem Ruf an die Universität Bayreuth und hielt von 2011 bis 2022 den Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Medizinstrafrecht. Seit Oktober 2022 ist er Inhaber des Lehrstuhls für Künstliche Intelligenz im Strafrecht an der Universität Passau.*

**BayZR:** Welche Einsatzmöglichkeiten bieten Künstliche Intelligenzen (kurz: KI) im Strafverfahren – aktuell und in der Zukunft?

**Prof. Dr. Valerius:** KI spielt nicht nur in unserem privaten Alltag eine immer wichtigere Rolle. Auch im juristischen Bereich mehren sich die Einsatzbereiche. In Strafverfahren werden KI-Systeme etwa genutzt, um große Datenmengen (Big Data) wie E-Mails oder Chatverläufe zu durchsuchen und zu analysieren. Des Weiteren können so automatisiert Bild- und Videoaufnahmen gesichtet werden, um z. B. kinder- und jugendpornographische Inhalte zu identifizieren. Dies ist schon deswegen eine wertvolle Unterstützung, weil es die Ermittlungsbeamtinnen und -beamten psychisch sehr belastet, solche Aufnahmen selbst auszuwerten.

Zu welchen Zwecken KI künftig eingesetzt werden kann, lässt sich noch nicht absehen. Schon seit längerem wird diskutiert, ob und gegebenenfalls wie KI bei der Entscheidungsfindung (im Strafverfahren z. B. bei der Strafzumessung) unterstützend herangezogen werden kann. Hier gibt es aber noch viele, nicht zuletzt (verfassungs-)rechtliche Hürden. Realistischer dürfte es sein, dass Analyseplattformen Datenbanken verknüpfen und nach Mustern durchsuchen, um Straftäter zu ermitteln oder Zusammenhänge zwischen Straftaten herzustellen. Im präventiven Bereich werden solche Systeme – auch in Deutschland – bereits eingesetzt, um schwere Straftaten wie etwa terroristische Anschläge oder Kindesmissbrauch zu verhindern.

Etwas weniger spektakulär wären Anwendungen, die – sollte es in Deutschland jemals zur audiovisuellen Dokumentation oder auch nur zu Tonaufzeichnung von strafgerichtlichen Hauptverhandlungen kommen – die mündlichen Äußerungen transkribieren. Auch hierfür könnte KI eingesetzt werden.

**BayZR:** Nicht immer begnügt sich die KI mit einer authentischen Darstellung der Realität. KI-generierte audiovisuelle Inhalte, sogenannte Deepfakes, stellen die Gerichte derzeit vor große Herausforderungen. Wie ist mit solchen KI-generierten, real wirkenden aber tatsächlich falschen Fotos, Videos und Audioaufnahmen umzugehen, wenn sie als be- oder entlastendes Beweismittel in den Gerichtsprozess eingebracht werden?

**Prof. Dr. Valerius:** Beweismittel im Strafverfahren müssen die Gerichte stets auf Authentizität und Glaubhaftigkeit überprüfen. Dies verhält sich bei Audio-, Bild- und Videoaufnahmen nicht anders. Natürlich droht die Gefahr, dass zunehmend manipulierte Dateien als Beweismittel vor Gericht auftauchen oder dass umgekehrt der Beweiswert realer Aufnahmen dadurch untergraben werden soll, dass sie als „Deep Fake“ deklariert werden.

Sollte eine Manipulation im Raum stehen, könnten Sachverständige (sogenannte digitale Forensiker) die Echtheit der Aufnahme überprüfen. Auch spezialisierte KI-Systeme könnten herangezogen werden und auf Unregelmäßigkeiten in Audio-, Bild- oder Videoaufnahmen hinweisen. Und zum Teil hilft auch der klassische Zeugenbeweis, um zu klären, ob etwa eine Videoaufnahme ein reales Geschehen zeigt oder nicht.

All dies setzt ein entsprechendes Gefahrenbewusstsein der Staatsanwaltschaften und Gerichte voraus. Hieran scheint es mitunter noch zu mangeln, wie generell nicht geringe Teile der Justiz nach wie vor für digitale Beweismittel sensibilisiert werden müssten.

**BayZR:** Welche Rolle spielt die Nutzung von KI bei der Strafverfolgung, etwa zur Gesichtserkennung oder bei einer Kriminalprognose, also bei der Einschätzung darüber, ob eine Person oder Personengruppe künftig gegen ein Strafgesetz verstoßen wird?

**Prof. Dr. Valerius:** Bei Systemen zur Gesichtserkennung, die etwa Aufnahmen von Überwachungskameras auswerten, gibt es in der Tat schon erste Erfolgsberichte. Für Aufsehen sorgte vor nicht allzu langer Zeit die Festnahme der RAF-Terroristin Daniela

Klette, die von den Behörden 30 Jahre lang gesucht wurde, bevor wohl Journalistinnen und Journalisten mit Hilfe von KI-Gesichtserkennungssoftware entscheidende Hinweise zu deren Aufenthaltsort fanden.

Gleichwohl sind solche Systeme rechtlich wie technisch nicht unbedenklich. So wird bei deren Einsatz nicht unwesentlich in die Privatsphäre der Betroffenen eingegriffen. Zudem weist Gesichtserkennungssoftware vor allem bei Angehörigen von Minderheiten eine nicht unbeachtliche Fehlerquote auf. Ebenso wurde über Prognosesoftware, die anhand verschiedener Kriterien die sogenannte Rückfallwahrscheinlichkeit berechnet, schon wiederholt berichtet, dass bestimmte Bevölkerungsgruppen benachteiligt werden.

Auch aus diesen Gründen hat die 2024 in Kraft getretene KI-Verordnung der Europäischen Union den Rückgriff auf diese Techniken zur Strafverfolgung begrenzt. Biometrische Echtzeit-Fernidentifizierungssysteme sind etwa in öffentlich zugänglichen Räumen nur unter bestimmten Voraussetzungen (z. B. zum Aufspüren von Tatverdächtigen von Terrorismusstraftaten, Mord, Geiselnahme oder Vergewaltigung) zulässig. Noch weiter eingeschränkt wurden Risikobewertungen von KI-Systemen, welche die Wahrscheinlichkeit bewerten oder vorhersagen sollen, dass ein Mensch eine Straftat begeht.

**BayZR:** Inwiefern kann eine KI selbst an die Stelle von Menschen treten? KI als Täterin? KI als Zeugin? Vielleicht sogar als Richterin?

**Prof. Dr. Valerius:** Als Täterin kann man sich KI bislang kaum vorstellen. Selbst wenn wir einmal an ein KI-System denken, das sich in einer humanoiden Außenhülle befindet und außerdem durch ein Sprachsystem kommuniziert: Strafrechtliche Verantwortlichkeit setzt jedenfalls in Deutschland Handlungs- und Schuldfähigkeit voraus. Das deutsche Strafrecht ist somit auf Menschen zugeschnitten, die – vereinfacht gesagt – wissen, was und warum sie es tun, und die sich bewusst für oder gegen das Recht entscheiden können. Selbst lernfähige KI ist aber von ihrer grundlegenden Programmierung abhängig und demzufolge weder handlungs- noch schuldfähig. Und ob es jemals eine sogenannte starke KI gibt, die ein eigenes Bewusstsein entwickelt, steht noch in den Sternen und ist auch unter Fachleuten aus der Informatik sehr umstritten. Selbst wenn also eine KI etwa einen Menschen verletzt oder sogar tötet, müssen wir nach menschlichen Akteurinnen und Akteuren Ausschau halten, die wir bestrafen können, sei es etwa den sogenannten Hersteller von KI oder auch die Nutzerin bzw. den Nutzer im konkreten Einzelfall.

Auch als Richterin dürfte KI nicht in Betracht kommen. Hiergegen sprechen schlicht zu viele rechtliche Einwände. Selbst beschränkt auf die angesprochene Strafzumessung ist etwa fraglich, wie ein sogenannter Robo-Judge die Entscheidung „aus dem Inbegriff der Verhandlung“ treffen oder wie der Anspruch der Angeklagten auf rechtliches Gehör gewährleistet werden soll. KI-Systeme dürften daher – jedenfalls im Strafrecht – allenfalls unterstützend bei der Entscheidung herangezogen werden, nicht aber diese Entscheidung selbst treffen.

Am ehesten können wir uns KI noch im Zeugenstand vorstellen. Allerdings ist die Strafprozessordnung auf menschliche Zeuginnen und Zeugen zugeschnitten; für eine solche Verfahrensbeteiligung von KI dürfte es auch an der erforderlichen persönlichen Wahrnehmung fehlen. Die Aufzeichnungen und Bewertungen von KI wären demzufolge als Urkunds- oder Augenscheinbeweis zu behandeln. Über solche Fälle wurde auch schon berichtet. So konnte bei einem Mordfall in Griechenland die Einlassung des Täters mit Aufzeichnungen seines Smartphones und von Daten der Smartwatch des Opfers widerlegt und er zu einem Geständnis bewegt werden. Und in Deutschland gab es ein Strafverfahren, in dem die Aufzeichnungen des Fitness-Trackers des Opfers die Verantwortlichkeit des Angeklagten ausschlossen.

**BayZR:** Die KI könnte also vor allem auf ihren Input analysiert werden. Fehlerhafter Input veranlasst Künstliche Intelligenzen allerdings auch zur Ausgabe fehlerhaften Outputs. Speist die Künstliche Intelligenz vorurteilsbehaftete Daten ein, bei denen Minderheiten überdurchschnittlich häufig delinquent geworden sind, würde sie in der Folge die Minderheit mit höherer Wahrscheinlichkeit als straffällig betrachten. Gibt es mittlerweile Lösungsmöglichkeiten, um mit diesem Problem umzugehen?

**Prof. Dr. Valerius:** Sogenannte Bias oder auch nur Stereotype in Trainingsdaten sind nach wie vor ein großes Problem. Trainingsdaten sind diejenigen Daten, aus denen KI-Systeme Muster extrahieren und Zusammenhänge erkennen, um mit deren Hilfe später eingegebene Daten zu beurteilen. Dass die erwähnte Prognosesoftware zu diskriminierenden Ergebnissen gelangte, lag wohl insbesondere an den biasbehafteten Trainingsdaten. Denn auch die beste KI kann stets nur so gut sein, wie dies die Trainingsdaten zulassen. In der Informatik wird insoweit auch von „garbage in, garbage out“ gesprochen.

Das Bewusstsein für dieses Problem wächst aber immerhin. Es werden zunehmend Methoden entwickelt, um z. B. die Trainingsdaten besser zu diversifizieren und auszubalancieren. Bei diesem Ziel können auch Kolleginnen und Kollegen aus Ethik und Recht behilflich sein, die bereits im Entwicklungsprozess für Diskriminierungen sensibilisieren. Nach dem Inverkehrbringen von KI-Systemen kann ein regelmäßiges Monitoring dazu beitragen, problematische Verzerrungen zu erkennen und zu korrigieren. Und ein Schlagwort, das im Zusammenhang mit KI häufig gebraucht wird, kann ebenso zu einer weniger vorurteilsbehafteten KI beitragen, nämlich „Transparenz“. Wenn etwa die Entscheidungsprozesse der KI transparenter im Sinne von nachvollziehbarer sind, werden die Resultate dadurch zwar nicht unmittelbar besser. Dies erleichtert aber ebenfalls die Überprüfung und das Erkennen diskriminierender Tendenzen.

**BayZR:** Wie setzen Straftäter Künstliche Intelligenzen gegenwärtig zur Begehung von Verbrechen ein? Welche Potentiale und Gefahren bestehen hier in der Zukunft?

**Prof. Dr. Valerius:** Kriminelle sind häufig unter den Ersten, die technische Neuerungen und Errungenschaften ge- bzw. missbrauchen. Dies ist bei KI leider auch nicht anders. So verwenden Straftäter bereits KI, um neue Schadsoftware zu entwickeln, sogenannte Phishing-Angriffe zu optimieren oder um einfacher Sicherheitslücken in Computersystemen zu identifizieren. KI kann ferner genutzt werden, um betrügerische Transaktionen zu automatisieren oder zu diesen oder anderen kriminellen Zwecken Fake-Profilen in sozialen Medien zu generieren. Und auch die angesprochenen Deep Fakes werden verwendet, um Betrügereien oder Erpressungen zu begehen oder Falschinformationen zu verbreiten.

Diese Beispiele werden sich in Zukunft sicherlich noch mehren. Zu denken ist an die Beeinflussung von Aktienkursen oder an sonstige Manipulationen von Börsen und Finanzmärkten mit Hilfe von KI. Zu befürchten ist aber nicht zuletzt, dass Cyberangriffe weiter zunehmen und zu noch größeren Schäden führen. Ein potentiell Ziel solcher Angriffe könnten insbesondere Einrichtungen der Kritischen Infrastruktur sein. Dazu gehören unter anderem Energie- und Wasserversorgung, Telekommunikationsunternehmen und Krankenhäuser. Alle können sich ausmalen, welche Folgen es haben könnte, wenn solche Einrichtungen etwa infolge eines Hackingangriffs lahmgelegt werden.

**BayZR:** Die Europäische Union nimmt mit der KI-Verordnung die Vorreiterstellung in der Regulierung künstlicher Intelligenzen ein. Wer ist bei der Regulierung und Pönalisierung gefragt? Sollte der deutsche Gesetzgeber tätig werden oder ist nur eine europäisch harmonisierte Regelung sinnvoll?

**Prof. Dr. Valerius:** Künstliche Intelligenz betrifft uns alle. Daher erscheint es durchaus sinnvoll, zumindest im Europäischen Binnenmarkt einheitliche Regeln zu schaffen. Ob der regulatorische Ansatz der KI-Verordnung überzeugt, ist eine andere Frage. Insbesondere in den USA wird bekanntlich ein abweichender Weg beschritten.

In der Tat war es aber ein Anliegen der Europäischen Union, hier eine Vorreiterstellung einzunehmen. Die Hoffnung besteht wohl darin, dass in einer globalisierten Welt mit weltweit agierenden Unternehmen das Konzept der KI-Verordnung auch außerhalb der Europäischen Union, wenn nicht sogar weltweit beachtet werden müsste. Beim Datenschutz hatte dies mit der Datenschutz-Grundverordnung ganz gut funktioniert; hier wird sogar von einem Brüssel-Effekt gesprochen. Ob ein solcher Effekt auch bei der Regulierung von KI zu bemerken sein wird und sich der Ansatz der KI-Verordnung international durchzusetzen vermag, bleibt abzuwarten.

Gleiches gilt für die künftigen Aufgaben der Mitgliedstaaten bei der Umsetzung der KI-Verordnung. Wichtig wäre jedenfalls, deren – häufig nur vage – Bestimmungen alsbald zu konkretisieren. Es herrscht derzeit eine große Unsicherheit, ob und gegebenenfalls wie die Anforderungen der Verordnung bei einzelnen KI-Systemen umgesetzt werden müssen. Bleiben hier nähere Vorgaben seitens der Europäischen Kommission aus, würde den nationalen und für die Durchsetzung der KI-Verordnung zuständigen Regulierungsbehörden eine größere Bedeutung zuteilwerden. Bei besonders sensiblen Bereichen (z. B. auch im Strafrecht, in dem die Gesetzgebungskompetenz der Europäischen Union ohnehin eingeschränkt ist) könnte der nationale Gesetzgeber die Vorgaben der KI-Verordnung auch noch ergänzen und so verschärfen.

**BayZR:** Welche Bedeutung hat die KI-Verordnung für das deutsche Strafrecht, bestehen – neben den verbleibenden Auslegungsfragen – auch noch Regelungslücken?

**Prof. Dr. Valerius:** Für das Strafrecht hat die KI-Verordnung schon wegen der fehlenden Kompetenz bislang nur eine eingeschränkte Relevanz. Es finden sich etwa weder neue Straftatbestände in der KI-Verordnung noch wird die Verantwortlichkeit beim Einsatz von KI geregelt. Mittelbare Auswirkungen sind allerdings nicht ausgeschlossen. Sämtliche Pflichten, die etwa die KI-Verordnung für den Betrieb von KI-Systemen normiert, könnten bei Missachtung eine Sorgfaltspflichtverletzung begründen und somit einen Anknüpfungspunkt für eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit bilden, z. B. wenn bei dem Betrieb eines KI-Systems ein Mensch verletzt oder sogar getötet wird.

Für das Strafverfahren schon jetzt von Bedeutung ist, dass die KI-Verordnung nicht nur bestimmte Praktiken – wie etwa den Einsatz von biometrischen Echtzeit-Fernidentifizierungssystemen und Risikobewertungen – beschränkt, sondern auch sogenannte Hochrisiko-Systeme auflistet, die nur unter strengen Voraussetzungen betrieben werden dürfen. Hierzu zählen unter anderem Polygraphen und Emotionserkennungssysteme. Wer auf den baldigen Einsatz eines KI-gestützten Lügendetektors in Strafverfahren gehofft hat, dürfte daher enttäuscht werden.

**BayZR:** Wir bedanken uns herzlich für Ihre Teilnahme am Interview!

## Veronika Kronast: Der „Diebstahl“ von Kryptowährungen – strafloses Vermögensdelikt?

Die Autorin ist Studentin der Rechtswissenschaft im 10. Fachsemester (Universität Bayreuth). Der Beitrag ist im Rahmen des studienbegleitenden Seminars „Modern crimes, modern solutions? – Aktuelle Rechtsfragen zu Straftaten und Strafverfolgung aus dem IT-Strafrecht“ bei Prof. Dr. Christian Rückert (Lehrstuhl Strafrecht II - Strafrecht, Strafprozessrecht und IT-Strafrecht) entstanden.

### A. Einleitung

Der verbreitete Grundsatz in der Welt der Kryptowährungen „not your keys, not your coins“, deutet auf eine Tatsache hin, die sowohl Fluch als auch Segen für Nutzer ist: Wer Zugriff auf den Schlüssel zu den Kryptowährungseinheiten hat, kann auch über diese verfügen. Dies bietet Kriminellen eine willkommene Möglichkeit, Kryptowährungen zu „stehlen“, da sie durch ihre dezentrale Organisation ohne Banken oder sonstige zentrale Stellen funktionieren und daher weniger abgesichert sind. Über sog. „Kryptodiebstähle“ wird insbesondere deswegen immer wieder medial berichtet, da teilweise bis zu neunstelligen Beträge erbeutet werden. So bereicherte sich ein US-Ehepaar mit fast 120.000 Bitcoin im Wert von 3,6 Milliarden US-Dollar, indem es im Februar 2022 einen Hackerangriff auf die Kryptobörse Bitfinex verübte.<sup>1</sup>

Im Folgenden soll die Strafbarkeit des „Diebstahls“ von Kryptowährungen untersucht werden. Dabei werden unterschiedliche Vorgehensweisen der Täter beleuchtet und aufgezeigt, warum der Begriff des „Diebstahls“ womöglich ungenau und an welchen Stellen ein gesetzgeberisches Eingreifen erforderlich ist.

### B. Technische Grundlagen

Kryptowährungen sind virtuelle Währungen.<sup>2</sup> Die Bekannteste ist der sog. Bitcoin mit einem Marktwert von 1,3 Billionen

Euro.<sup>3</sup> Im Jahr 2024 existieren jedoch über 20.000 weitere Kryptowährungen.<sup>4</sup> Im Unterschied zu anderen Währungen sind Kryptowährungen dezentral organisiert. Das bedeutet, dass keine zentrale Ausgabestelle an dem Prozess der Schöpfung, dem sog. Mining, beteiligt ist.<sup>5</sup> Bei der Kryptowährung Bitcoin basiert das Zahlungssystem viel mehr auf der Blockchain, einer fälschungssicheren, verteilten Datenstruktur, in der Transaktionen öffentlich protokolliert werden.<sup>6</sup> Diese Transaktionen erfolgen Peer-to-Peer, also nicht wie Banküberweisungen über eine zentrale Instanz, sondern zwischen gleichberechtigten Rechnern.<sup>7</sup> Die Teilnehmer agieren innerhalb des Netzwerks ohne Angabe von persönlichen Daten, was ein nahezu anonymes Vorgehen ermöglicht.<sup>8</sup> Zur Nutzung des Netzwerks ist lediglich ein kryptographisches Schlüsselpaar erforderlich, bestehend aus einem öffentlichen Schlüssel, welcher mit einer Kontonummer eines Bankkontos vergleichbar ist, und einem privaten Schlüssel, der dazugehörigen PIN. Jede Transaktion enthält eine digitale Signatur, die von dem privaten Schlüssel generiert wird.<sup>9</sup> Wer Zugriff auf den privaten Schlüssel hat, kann Transaktionen anweisen und somit über die Kryptowährungseinheiten, sog. Token,<sup>10</sup> verfügen. Der private Schlüssel wird meist in einer Wallet gespeichert, welche in digitaler, sog. Online-Wallets, oder analoger Form, sog. Hardware-Wallets, vorliegen kann.<sup>11</sup> Kryptowährungen stellen kein Geld im Rechtssinne dar.<sup>12</sup> Jedoch sind sie als Vermögen

<sup>1</sup> U. S. Department of Justice: Bitfinex Hacker and Wife Plead Guilty to Money Laundering Conspiracy Involving Billions in Cryptocurrency (Pressemeldung vom 3.8.2023), <https://www.justice.gov/opa/pr/bitfinex-hacker-and-wife-plead-guilty-money-laundering-conspiracy-involving-billions> [Stand: 8.2.2025].

<sup>2</sup> Djazayeri, Die virtuelle Währung Bitcoin – Zivilrechtliche Fragestellungen und internationale regulatorische Behandlung, jurisPR-BKR 6/2014 Anm. 1; Kaulartz, Die Blockchain-Technologie, CR 2016, S. 474 (474).

<sup>3</sup> extraETF, <https://extraetf.com/de/crypto-profile/bitcoin> [Stand: 8.2.2025].

<sup>4</sup> Buhrs, Digitale Werteinheiten mit ausgeprägten Unterschieden, <https://www.finanztip.de/kryptowaehrungen/> [Stand: 8.2.2025].

<sup>5</sup> Djazayeri, jurisPR-BKR 6/2014 Anm. 1; Küttik-Markendorf, Rechtliche Einordnung von Internetwährungen im deutschen Rechtssystem am Beispiel von Bitcoin, 2016, S. 30 ff.

<sup>6</sup> Ludes, Der „Kryptodiebstahl“ – eine Lücke im deutschen Strafrecht?, ZdiW 2022, S. 390 (390); Siegel in: Omlor/Link, Kryptowährungen und Token, 2. Auflage 2023, S. 82.

<sup>7</sup> Börner, Kryptowährungen und strafbarer Missbrauch, NZWiSt 2018, S. 48 (48); Beck, Bitcoins als Geld im Rechtssinne, NJW 2015, S. 580 (581);

Engelhardt/Klein, Bitcoins – Geschäfte mit Geld, das keines ist, MMR 2014, S. 355 (355).

<sup>8</sup> Spindler/Bille, Rechtsprobleme von Bitcoins als virtuelle Währung, WM 2014, S. 1357 (1359); Börner, NZWiSt 2018, S. 48 (49); Siegel in: Omlor/Link (Fn. 6), S. 82.

<sup>9</sup> Schröder/Triantafyllakis, Kryptowerte in der Insolvenz des Kryptoverwahrers, BKR 2023, S. 12 (13); Grzywotz/Köhler/Rückert, Cybercrime mit Bitcoins, StV 2016, S. 753 (754); Küttik/Sorge, Bitcoin im deutschen Vollstreckungsrecht, MMR 2014, S. 643 (643).

<sup>10</sup> Böhm, Der strafrechtliche Schutz der Inhaberschaft von Kryptowährungseinheiten, S. 92; Fromberger/Haffke/Zimmermann, Kryptowerte und Geldwäsche, BKR 2019, S. 377 (377).

<sup>11</sup> Böhm (Fn. 10), S. 82, 85.

<sup>12</sup> Hefendehl in: MüKo-StGB, Band 5, 4. Auflage 2022, § 263 Rn. 615; Baier, Kriminalpolitische Herausforderungen durch Bitcoin und andere Kryptowährungen, CCZ 2019, S. 123 (125).

rechtlich anerkannt<sup>13</sup> und gelten somit auch als Vermögen im strafrechtlichen Sinne, insbesondere im Rahmen des juristisch-ökonomischen Vermögensbegriffs.<sup>14</sup>

## C. Prüfung der Strafbarkeit

### I. Anknüpfungspunkte an die Strafbarkeit

Um Kryptowährungen zu „stehlen“, ist ein Zugriff auf den privaten Schlüssel erforderlich, mit dessen Hilfe eine Transaktion über die Blockchain ausgeführt und die Token einer anderen Adresse zugeordnet werden können. Somit kann die Tathandlung in zwei Phasen aufgeteilt werden: das Beschaffen des privaten Schlüssels und die Initiierung einer Transaktion, der eigentliche „Diebstahl“ der Token.<sup>15</sup> Darüber hinaus sind weitere Szenarien denkbar, etwa der sog. Adresswechsel, bei dem der Nutzer irrtümlicherweise Token an den Täter überträgt<sup>16</sup> oder der Entzug des Zugriffs auf den privaten Schlüssel.<sup>17</sup> Im Folgenden sollen die letzten beiden Möglichkeiten außer Betracht bleiben, um einen genaueren Blick auf die Erlangung des privaten Schlüssels und das Auslösen einer Transaktion zu werfen.

### II. Strafrechtliche Bewertung

#### 1. Beschaffen des privaten Schlüssels

Es sind verschiedene Vorgehensweisen denkbar, wie ein Täter Kenntnis des privaten Schlüssels erlangen kann. Nachfolgend sollen das sog. Phishing, Hacking und das Entwenden der Hardware, auf dem ein privater Schlüssel gespeichert ist, näher beleuchtet werden.

##### a) Phishing

Beim Phishing erschleicht sich der Täter das Vertrauen des Opfers, sodass es die sensiblen Daten freiwillig preisgibt.<sup>18</sup> Dies kann beispielsweise über das Versenden von E-Mails

erfolgen, die den Anschein erwecken, als stammen sie von einem Wallet-Anbieter oder einer Kryptobörse, welche die privaten Schlüssel ihrer Kunden verwalten. Über einen Link wird der Nutzer auf eine gefälschte Webseite geleitet, auf der er aufgefordert wird, seine Zugangsdaten einzugeben.<sup>19</sup>

##### aa) § 263 I StGB

In Betracht kommt zunächst eine Strafbarkeit wegen Betrugs gemäß § 263 I StGB, denn durch die E-Mail wird beim Opfer bewusst eine Fehlvorstellung darüber hervorgerufen, dass die E-Mail und schließlich auch die Webseite von seinem Wallet-Anbieter stamme. Somit täuscht der Täter über das Vorstellungsbild des Opfers und führt einen Irrtum hervor. Ignoriert das Opfer hingegen die E-Mail, scheidet eine Strafbarkeit mangels Täuschung aus.<sup>20</sup>

Problematischer ist das Tatbestandsmerkmal der Vermögensverfügung. Eine Vermögensverfügung wird definiert als jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen, das unmittelbar eine Vermögensminderung herbeiführt.<sup>21</sup>

##### (1) Vermögensminderung

Initiiert der Täter eine Transaktion über die Blockchain, so liegt eine Vermögensminderung, bzw. ein Schaden i. S. d. juristisch-ökonomischen Vermögensbegriffs<sup>22</sup> vor,<sup>23</sup> insbesondere seit Kryptowährungen als Wirtschaftsgüter anerkannt sind.<sup>24</sup> Durch das bloße Erlangen des privaten Schlüssels oder der Zugangsdaten zur Online-Wallet mindert der Täter noch nicht das Vermögen des Opfers, da er noch keine Transaktion ausgeführt hat. Jedoch kann im Rahmen der Figur der schadensgleichen Vermögensgefährdung bereits eine konkrete Gefahr des Vermögensverlustes eine Vermögensminderung darstellen. Hierfür muss die Gefahr des Vermögensverlustes so nahe liegen und so groß sein, dass nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise in dieser Gefährdung bereits eine

<sup>13</sup> BGH Urt. v. 27.7.2017 – 1 StR 412/16 = NStZ 2018, S. 401 (405); *Hefendehl* in: MüKo-StGB (Fn. 12), § 263 Rn. 616; *Boehm/Pesch*, Bitcoins: Rechtliche Herausforderungen einer virtuellen Währung, MMR 2014, S. 75 (77); *Retike*, Bitcoin und die strafrechtliche Einziehung, NZWiSt 2020, S. 45 (50).

<sup>14</sup> *Böhm* (Fn. 10), S. 166; *Rückert* in: Maume/Maute, Rechtshandbuch Kryptowerte, 2020, § 22 Rn. 4; *Grzywotz*, Virtuelle Kryptowährungen und Geldwäsche, 2019, S. 148.

<sup>15</sup> *Böhm* (Fn. 10), S. 178; *Rückert* in: Maume/Maute (Fn. 14), § 20 Rn. 12.

<sup>16</sup> *Böhm* (Fn. 10), S. 326 ff.

<sup>17</sup> *Böhm* (Fn. 10), S. 334 ff.

<sup>18</sup> *Maihold* in: Ellenberger/Bunte Bankrechts-Handbuch, Band 1, 6. Auflage 2022, § 33 Rn. 49; *Goeckenjan*, Phishing von Zugangsdaten für Online-Bankdienste und deren Verwertung, wistra 2008, S. 128 (129).

<sup>19</sup> *Grzywotz* (Fn. 14), S. 184.

<sup>20</sup> *Gercke*, Die Strafbarkeit von „Phishing“ und Identitätsdiebstahl, CR 2005, S. 606 (607).

<sup>21</sup> BGH Urt. v. 11.3.1960 – 4 StR 588/59 = NJW 1960, S. 1068 (1069); BGH Urt. v. 10.8.2016 – 2 StR 579/15 = NStZ 2017, S. 351 (352); OLG Karlsruhe Urt. v. 9.8.2023 – 1 ORs 35 Ss 322/23 = NJW 2023, S. 2894 (2894); *Beukelmann* in: BeckOK-StGB, 60. Edition, Stand: 1.2.2024, § 263 Rn. 31; *Perron* in: Schönke/Schröder StGB, 30. Auflage 2019, § 263 Rn. 55.

<sup>22</sup> *Saliger* in: Matt/Renzikowski StGB, 2. Auflage 2020, § 263 Rn. 155; *Gähler*, Der Gefährdungsschaden im Untreuetatbestand, 2016, S. 37; *Pawlik*, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, 1999, S. 258.

<sup>23</sup> *Böhm* (Fn. 10), S. 198.

<sup>24</sup> BMF, Schr. v. 15.5.2022, IV C 1 – S 2256/19/10003 :001, S. 995; BFH Urt. v. 14.2.2023 – IX R 3/22 = DStR 2023, S. 435 (439).

bezahlbare Verschlechterung der gegenwärtigen Vermögenslage liegt.<sup>25</sup>

### (a) Meinungsstand

Ob ein Gefährdungsschaden im zu untersuchenden Fall vorliegt, ist nicht eindeutig geklärt.

Bejahende Stimmen argumentieren, dass das Opfer die alleinige Verfügungsmacht über den privaten Schlüssel verliere und außer eines schnellen Transfers der Token auf eine andere Blockchain-Adresse keine Möglichkeit habe, eine Transaktion des Täters zu verhindern.<sup>26</sup>

Eine andere Ansicht lehnt dagegen einen Gefährdungsschaden ab.<sup>27</sup> Die Transaktion der Token durch den Täter stelle eine weitere Handlung mit einem selbstständigen Willensentschluss dar, den der Täter zwischenzeitlich noch aufgeben könnte. Mithin sei das bloße Phishing der Zugangsdaten noch keine schadensgleiche Gefährdung für das Vermögen.

### (b) Stellungnahme

Der BGH hat bisher keinen Fall zum Phishing in Bezug auf Kryptowährungen entschieden. Im Schrifttum werden häufig Parallelen zu den EC-Karten-Fällen gezogen, bei denen der Täter täuschungsbedingt die EC-Karte des Opfers mit dazugehöriger PIN erlangt.<sup>28</sup> Der BGH bejaht hier einen Betrug, nimmt also – wenn auch nicht ausdrücklich – einen Gefährdungsschaden an.<sup>29</sup> Der Täter habe nun ungehinderten Zugriff und müsse nur noch aktiv werden.<sup>30</sup> Wird dieser Gedanke auf den Fall des Phishing von Kryptowährungen übertragen, so hat der Täter mit dem Zugriff auf den privaten Schlüssel bzw. den Zugangsdaten zur Wallet alles, was er zum Auslösen einer Transaktion benötigt. Jedoch ist hierbei zu beachten, dass das Opfer seinen Zugriff auf den privaten Schlüssel nicht verliert. Vielmehr haben nun sowohl Opfer als auch Täter die Möglichkeit, Transaktionen über die Blockchain auszuführen. Dies ist ein entscheidender Unterschied zum EC-

Karten Fall, bei dem das Opfer den Besitz an der EC-Karte verliert, also selbst keinen direkten Zugriff – zumindest mithilfe der Karte – auf das Kontoguthaben hat.

Das BVerfG erkennt die Rechtsfigur des Gefährdungsschadens zwar an, mahnt aber, den Tatbestand nicht verfassungswidrig auszuweiten.<sup>31</sup> So wird bereits in den EC-Karten Fällen die Annahme eines Gefährdungsschadens kritisiert.<sup>32</sup> Da das Opfer im zu untersuchenden Fall immer noch Zugriff auf den privaten Schlüssel hat, würde die Annahme einer Vermögensgefährdung, die so nahe liegt, dass bereits ein Schaden bezifferbar ist, über die Grenzen des Bestimmtheitsgebots<sup>33</sup> (Art. 103 II GG) hinausgehen. Zudem würde mit der Bejahung eines Gefährdungsschadens ein Täter, welcher seinen Willen nach dem Erlangen der Zugangsdaten ändert und anschließend keine Transaktion ausführt, mit dem Täter gleichgestellt werden, welcher diese Handlung vornimmt. Aus diesen Gründen ist ein Gefährdungsschaden abzulehnen. Anders wäre das Ergebnis, wenn der Täter den Zugriff des Opfers auf den privaten Schlüssel oder die Online-Wallet verhindert, etwa durch eine Änderung des Wallet-Passworts.

## (2) Unmittelbarkeit

In diesen Fällen muss die Vermögensminderung zudem unmittelbar eintreten. Es ist nicht final geklärt, wann eine Unmittelbarkeit vorliegt.

Häufig wird vertreten, dass keine weiteren Zwischenhandlungen seitens des Täters gegeben sein dürfen.<sup>34</sup> Der Betrug benötige in Abgrenzung zum Diebstahl einen „Akt des Gebens“ durch das Opfer. Dies unterstreiche den Selbstschädigungscharakter des Betrugs.<sup>35</sup> Schaffe sich der Täter durch seine Handlung nur die Möglichkeit eine Vermögensminderung oder einen Schaden beim Opfer zu bewirken, sind aber noch weitere Handlungsschritte

<sup>25</sup> BGH Urt. v. 9.7.1987 – 4 StR 216/87 = NJW 1987, S. 3144 (3145); BGH Urt. v. 15.12.2006 – 5 StR 181/06 = NJW 2007, S. 782 (786); Rengier, Strafrecht Besonderer Teil I, 26. Auflage 2024, § 13 Rn. 210.

<sup>26</sup> Grzywotz (Fn. 14), S. 186; Böhm (Fn. 10), S. 215.

<sup>27</sup> Rückert in: Maume/Maute (Fn. 14), § 22 Rn. 17.

<sup>28</sup> Rückert in: Maume/Maute (Fn. 14), § 22 Rn. 16; Grzywotz (Fn. 14), S. 185.

<sup>29</sup> BGH Urt. v. 17.8.2004 – 5 StR 197/04 = NStZ-RR 2004, S. 333 (334); BGH Urt. v. 15.1.2013 – 2 StR 553/12, Rn. 2, BGH Urt. v. 16.7.2015 – 2 StR 16/15 = NStZ 2016, S. 149 (152); BGH Urt. v. 9.8.2016 – 3 StR 109/16, Rn. 8.

<sup>30</sup> Ceffinato, Vermögensstraftaten um und über das Internet, NZWiSt 2016, S. 464 (466); Weber, Phishing: Brauchen wir einen Sondertatbestand zur Verfolgung des Internetphishings?, HRRS 2004, S. 406 (409).

<sup>31</sup> BVerfG Urt. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08 = NJW 2010, S. 3209 (3220); BVerfG Urt. v. 7.12.2011 – 2 BvR 2500/09 = NJW 2012, S. 907 (916).

<sup>32</sup> Bosch, Computerbetrug mittels einer durch Betrug erlangten EC-Karte, JURA 2016, S. 451 (451); Popp, „Phishing“, „Pharming“ und das Strafrecht, MMR 2006, S. 84 (86); Perron in: Schönke/Schröder StGB (Fn. 21), § 263 Rn. 64.

<sup>33</sup> BVerfG Urt. v. 21.6.1977 – 2 BvR 308/77 = NJW 1977, S. 1815 (1815).

<sup>34</sup> OLG Saarbrücken Urt. v. 6.10.1966 - Ss 36/66 = NJW 1968, S. 262 (262); Gercke, CR 2005, S. 606 (608); Saliger in: Matt/Renzikowski StGB (Fn. 22) § 263 Rn. 117.

<sup>35</sup> Heger in: Lackner/Kühl/Heger StGB, 30. Auflage 2023, § 263 Rn. 22; Fischer, StGB, 71. Auflage 2024, § 263 Rn. 76.

erforderlich, so sei ein Betrug abzulehnen.<sup>36</sup> Nicht geklärt ist, ob die Zwischenhandlungen deliktischer Natur sein müssen.<sup>37</sup>

Im Fall des klassischen Phishing von Online-Legitimationsdaten eines Bankkontos wird das Kriterium der Unmittelbarkeit zumeist abgelehnt.<sup>38</sup> Zum einen trete die Vermögensminderung nicht beim Kunden selbst, sondern zunächst bei der Bank ein.<sup>39</sup> Zum anderen stelle das unbefugte Verwenden der erlangten Daten in Form einer Überweisung einen Computerbetrug gemäß § 263a I StGB dar, womit eine deliktische Zwischenhandlung vorliege.<sup>40</sup>

Zieht man nun eine Parallele zu dem Fall des Phishing von Wallet-Zugangsdaten oder privaten Schlüsseln, so ist zunächst festzustellen, dass anders als im klassischen Phishing die Vermögensminderung bei einer Transaktion der Token beim Opfer selbst eintritt, da im Kryptowährungssystem gerade keine zentrale Instanz ähnlich einer Bank beteiligt ist. Zum anderen stellt das Auslösen einer Transaktion durch den Täter keine deliktische Handlung, wie etwa §§ 263a StGB,<sup>41</sup> dar. Somit liegen zumindest keine Zwischenhandlungen deliktischer Natur vor.

Teilweise wird für das Unmittelbarkeitskriterium eine Beurteilung nach der allgemeinen Zurechnungslehre gefordert, da die Bestimmung der Unmittelbarkeit sonst als Notbehelf zur Darstellung des gewünschten Ergebnisses missbraucht würde.<sup>42</sup> Nach dieser Ansicht wäre die Vermögensminderung im zu behandelnden Fall unmittelbar, da die Vermögensminderung nach dem Erlangen der Daten des Opfers kausal auf das vorangegangene Phishing des Täters zurückzuführen und diesem objektiv zuzurechnen ist.

Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb bei dem Merkmal der Unmittelbarkeit auf deliktische Zwischenhandlungen des Täters abgestellt wird. So würde es zu willkürlichen Ergebnissen führen, ob eine Strafbarkeit bejaht wird oder nicht, was die unterschiedliche Beurteilung bezüglich des klassischen Phishing und dem Phishing nach privaten Schlüsseln oder Wallet-Zugangsdaten zeigt. Die Anwendung der allgemeinen

Zurechnungslehre genügt dem Erfordernis der Unmittelbarkeit nicht, da hier der Selbstschädigungscharakter des Betrugs verkannt wird. Die Handlung des Opfers muss gerade einen „Akt des Gebens“ darstellen und nicht nur dem Täter die Möglichkeit geben, eine Vermögensminderung herbeizuführen. Erlangt der Täter die erforderlichen Daten, um eine Transaktion auslösen zu können, kann er immer noch von der Tat Abstand nehmen oder sonst an der Tat gehindert werden.<sup>43</sup> Ebenso stellt der private Schlüssel gerade nur die Möglichkeit für den Täter dar, durch weitere Zwischenhandlungen eine Vermögensminderung durch eine Transaktion herbeizuführen.

Selbst bei der Annahme einer Vermögensminderung scheidet das Tatbestandsmerkmal der Vermögensverfügung somit an der Unmittelbarkeit.

### (3) Zwischenergebnis

Somit scheidet die Strafbarkeit wegen Betrugs aus.

#### bb) § 263a III StGB

Weiterhin denkbar ist eine Strafbarkeit wegen der Vorbereitung eines Computerbetrugs (§ 263a III Nr. 1, 2 StGB), wenn der Täter Webseiten erstellt oder Phishing-E-Mails verschickt. Das Phishing muss jedoch als objektiven Zweck die Begehung eines Computerbetrugs haben.<sup>44</sup> Durch das Auslösen einer Transaktion verwirklicht der Täter nicht den Tatbestand des § 263a I StGB.<sup>45</sup> Somit scheidet eine Strafbarkeit gemäß § 263a III StGB aus.

#### cc) § 269 I StGB

Durch das Verschicken der Phishing-E-Mail sowie den Betrieb einer falschen Webseite kommt eine Strafbarkeit gemäß § 269 I StGB in Betracht, soweit er das Opfer über die Identität des Absenders und des Erstellers täuscht und der E-Mail, bzw. der Webseite Urkundenqualität zugewiesen werden kann.<sup>46</sup>

<sup>36</sup> Heger in: Lackner/Kühl/Heger StGB (Fn. 35), § 263 Rn. 25; Hefendehl in: MüKo-StGB (Fn. 12), § 263 Rn. 431.

<sup>37</sup> Bejahend: BGH Urt. v. 29.6.2005 - 4 StR 559/04 = NJW 2005, S. 2789 (2789); BGH Urt. v. 29.6.2005 - 4 StR 559/04 = wistra, 2005, S. 427 (428); BGH Urt. v. 10.8.2016 - 2 StR 579/15 = NSZ 2017, S. 351 (352); OLG Karlsruhe Urt. v. 9.8.2023 - 1 ORs 35 Ss 322/23 = ZWH 2023, S. 309 (310).

<sup>38</sup> Popp, Von „Datendieben“ und „Betrüger“ - Zur Strafbarkeit des so genannten „phishing“, NJW 2004, S. 3517 (3518); Weber, HRRS 2004, S. 406 (408); Popp, MMR 2006, S. 84 (86); Graf, „Phishing“ derzeit nicht generell strafbar!, NSZ 2007, S. 129 (131); Heghmanns, Die Strafbarkeit des „Phishing“ von Bankkontodaten und ihre Verwertung, wistra 2007, S. 167 (168); Goeckenjan, wistra 2008, S. 128 (130); Seidl/Fuchs, Die Strafbarkeit des Phishing nach Inkrafttreten des 41. Strafrechtsgesetzes, HRRS 2010, S. 85 (86).

<sup>39</sup> Popp, MMR 2006, S. 84 (86); Goeckenjan, wistra 2008, S. 128 (130).

<sup>40</sup> Gercke, CR 2005, S. 606 (608); Marberth-Kubicki, Computer- und Internetstrafrecht, 1. Auflage 2005, Rn. 120.

<sup>41</sup> Siehe hierzu Teil C, II, 2., b).

<sup>42</sup> Stuckenberg, Zur Strafbarkeit des „Phishing“, ZStW 118 (2006), S. 878 (903); Pawlik (Fn. 22), S. 241.

<sup>43</sup> Rückert in: Maume/Maute (Fn. 14), § 22 Rn. 17.

<sup>44</sup> Vgl. Husemann, Die Verbesserung des strafrechtlichen Schutzes des bargeldlosen Zahlungsverkehrs durch das 35. Strafrechtsgesetz, NJW 2004, S. 104 (108); Altenhain in: Matt/Renzikowski StGB (Fn. 22), § 263a Rn. 28.

<sup>45</sup> Siehe hierzu Teil C, II, 2., b).

<sup>46</sup> Rückert in: Maume/Maute (Fn. 14), § 22 Rn. 18; Böhm (Fn. 10), S. 217; Grzywotz (Fn. 14), S. 187.

#### dd) §§ 202a I, 202b StGB

Denkbar ist eine Strafbarkeit nach § 202a I StGB, da der Täter mithilfe der „gephisheten“ Zugangsdaten zur Wallet des Opfers die Zugangssicherung überwindet und so Daten ausspäht, die nicht für ihn bestimmt sind. Jedoch erfolgt die Überwindung der Zugangssicherung durch die Daten, die das Opfer zwar durch Täuschung, aber ansonsten freiwillig herausgibt. Somit scheidet eine Strafbarkeit an dem Merkmal „nicht für den Täter bestimmt“ durch ein tatbestandsausschließendes Einverständnis.<sup>47</sup> Aus demselben Grund scheidet eine Strafbarkeit gemäß § 202b StGB. Die Wallet-Daten werden nicht mithilfe von technischen Mitteln abgefangen, sondern freiwillig durch das Opfer herausgegeben.<sup>48</sup>

#### ee) § 240 I StGB

Eine Strafbarkeit wegen Nötigung gemäß § 240 I StGB kommt nur dann in Betracht, wenn der Täter in der E-Mail – beispielsweise mit der Sperrung der Wallet – droht.<sup>49</sup>

#### ff) Weitere Straftatbestände

Im Fall des Phishing von privaten Schlüsseln oder Zugangsdaten zu Online-Wallets kommen über das StGB hinaus weitere Straftatbestände in Betracht. Nutzt der Täter beim Betreiben der falschen Webseite geschützte Logos, so ist eine Strafbarkeit nach §§ 106 ff. UrhG oder § 143 MarkenG denkbar; bei Verstößen gegen das Datenschutzrecht kann § 42 II BDSG einschlägig sein.<sup>50</sup>

#### b) Hacking

Eine weitere Methode an den privaten Schlüssel des Opfers zu gelangen, ist das Hacking. Dabei wird gegen den Willen des Berechtigten in dessen Computersystem eingedrungen und es werden meist durch eine Schadsoftware Daten ausgespäht, abgegriffen oder manipuliert.<sup>51</sup> Besonders anfällig für Hacking-Angriffe sind Online-Wallets, da sich die Daten auf einem Webserver befinden und diese oft schwächer geschützt sind.<sup>52</sup>

#### aa) § 202a I StGB

Wallet-Daten, die den privaten Schlüssel beinhalten, stellen Daten i. S. d. § 202a II StGB dar.<sup>53</sup> Bezüglich der Zugangssicherung genügt es, wenn zum Ausdruck kommt, dass ein Interesse an einer Geheimhaltung besteht.<sup>54</sup> Überwindet der Täter durch das Hacking eine Firewall oder ein Antivirenprogramm, so ist dies erfüllt. Umgeht der Täter hingegen mithilfe einer Schadsoftware die Zugangssicherung, so liegt kein Überwinden i. S. d. § 202a I StGB vor.<sup>55</sup>

#### bb) Weitere Straftatbestände

Löscht der Täter den privaten Schlüssel so macht er sich regelmäßig gemäß § 303a I StGB strafbar.<sup>56</sup> Je nach Schadprogramm ist ebenso eine Strafbarkeit gemäß § 303b I StGB möglich, soweit die Token für das Opfer von wesentlicher Bedeutung sind.<sup>57</sup> Zudem kommt eine Strafbarkeit gemäß § 23 I Nr. 1 GeschGehG in Betracht, wenn die Token und damit der private Schlüssel zu unternehmerischen Zwecken genutzt werden, da der private Schlüssel ein Geschäftsgeheimnis i. S. d. § 2 Nr. 1 GeschGehG darstellen kann.<sup>58</sup>

#### c) Entwenden der Hardware-Wallet

Eine weitere Möglichkeit des Täters an den privaten Schlüssel des Opfers zu gelangen, ist das Entwenden der Hardware, auf welcher der private Schlüssel gespeichert oder sonst damit verbunden ist. Hardware-Wallets können beispielsweise USB-Sticks oder sonstige Speichermedien sein, es kommen jedoch auch analoge Wallets wie ein Blatt Papier, sog. Paper Wallets,<sup>59</sup> in Betracht. In der Praxis dürfte dieses Vorgehen wohl seltener sein. Dennoch wurde bereits über einen Fall berichtet, in dem ein bayerisches Unternehmen mehr als

<sup>47</sup> Rückert in: Maume/Maute (Fn. 14), § 22 Rn. 14; Graf in: MüKo-StGB, Band 4, 4. Auflage 2021, § 202a Rn. 64; Popp, MMR 2006, S. 84 (85); Graf, NStZ 2007, S. 129 (131); Heghmanns, wistra 2007, S. 167 (169); Goeckenjan, Auswirkungen des 41. Strafrechtsänderungsgesetzes auf die Strafbarkeit des „Phishing“, wistra 2009, S. 47 (50).

<sup>48</sup> Rückert in: Maume/Maute (Fn. 14), § 22 Rn. 14; vgl. Weidemann in: BeckOK-StGB (Fn. 21), § 202b Rn. 9.

<sup>49</sup> Vgl. Stuckenberg, ZStW 118 (2006), S. 878 (905); Seidl/Fuchs, HRRS 2010, S. 85 (86).

<sup>50</sup> Rückert in: Maume/Maute (Fn. 14), § 22 Rn. 18; Böhm (Fn. 10), S. 218.

<sup>51</sup> BT Drs. 16/3656 S. 7; Böhm (Fn. 10), S. 181; Ernst, Hacker und Computerviren, NJW 2003, S. 3233 (3233 f.).

<sup>52</sup> Grzywotz (Fn. 14), S. 187; Dölle, Fiasco! Kryptobörse Altbit wälzt Diebstähle auf einzelne Kunden ab, c't 5/2018, S. 64 (64).

<sup>53</sup> Böhm (Fn. 10), S. 183.

<sup>54</sup> BT-Drs. 10/5058, S. 29; Ernst, NJW 2003, S. 3233 (3236).

<sup>55</sup> Vgl. BGH Urt. v. 21.7.2015 – 1 StR 16/15 = NJW 2015, S. 3463 (3464); Grzywotz (Fn. 14), S. 188.

<sup>56</sup> Koch in: Omlor/Link (Fn. 6), S. 882; vgl. Hilgendorf/Kudlich/Valerius/Eisele, Handbuch des Strafrechts – Band 6: Teildisziplinen des Strafrechts, § 63 Rn. 122.

<sup>57</sup> Koch in: Omlor/Link (Fn. 6), S. 882 f.

<sup>58</sup> Böhm (Fn. 10), S. 183 ff.; Küttik-Markendorf (Fn. 5), S. 112 ff.

<sup>59</sup> Böhm (Fn. 10), S. 85; Rettke, NZWiSt 2020, S. 45 (48).

eine halbe Million Euro verlor, indem die Täter einen USB-Stick mit einem privaten Schlüssel entwendeten.<sup>60</sup>

#### aa) § 242 I StGB

Wird eine Hardware-Wallet entwendet, liegt zunächst eine Strafbarkeit wegen Diebstahls gemäß § 242 I StGB nahe. Der objektive Tatbestand dürfte in den meisten Fällen erfüllt sein; insbesondere handelt es sich bei USB-Sticks, Speicherplatten oder Paper-Wallets um körperliche Gegenstände und damit um Sachen i. S. d. § 90 BGB. Im subjektiven Tatbestand ist das Merkmal der Zueignungsabsicht eine Voraussetzung. Diese beinhaltet eine Enteignungs- und Aneignungskomponente.<sup>61</sup> Bezüglich der Enteignung genügt als Vorsatzform *dolus eventualis*,<sup>62</sup> für die Aneignung ist Absicht, also *dolus directus* ersten Grades erforderlich.<sup>63</sup>

#### (1) Handeln ohne Rückführungswillen

Erfolgt die Wegnahme ohne einen Rückführungswillen, so ist sowohl eine Aneignungsabsicht als auch ein Enteignungswille gegeben.<sup>64</sup> Dabei ist es im Ergebnis unerheblich, ob der Täter die Hardware nach Auslesen des privaten Schlüssels selbst weiter nutzt, ohne weitere Nutzung in seinem Besitz behält oder sogar zerstört. Zwar entschied der BGH, dass bei späterer Zerstörung des Trägers eine Aneignungsabsicht nicht unbedingt gegeben ist,<sup>65</sup> stellt aber in einer späteren Entscheidung klar, dass es darauf ankomme, ob der Täter sich die Sache zumindest vorübergehend körperlich und wirtschaftlich einverleiben will.<sup>66</sup> Dem ist zuzustimmen. Bei einem Entwenden der Hardware-Wallet erfolgt die Wegnahme nicht nur, um dem Opfer den Zugriff zu verweigern, sondern vor allem zur Nutzung eigener Zwecke, nämlich

dem Auslesen des privaten Schlüssels, um eine Transaktion der dazugehörigen Token auslösen zu können. Eine Aneignungsabsicht kann demnach auch dann bejaht werden, wenn der Täter nach Kopie der auf der Hardware befindlichen Daten kein Interesse mehr an der Hardware hat und diese vernichtet.<sup>67</sup>

#### (2) Handeln mit Rückführungswillen

Häufig wird es im Interesse des Täters liegen, den Datenträger wieder an das Opfer zurückzuführen, um unauffällig zu handeln und sein wahres Vorhaben zu verschleiern. Bezüglich des Substanzwerts der Hardware scheidet ein Diebstahl aus, da der Täter bei der Wegnahme nicht die Absicht hat, sich die Sache selbst anzueignen.

Zueignungsgegenstand kann jedoch auch der Wert sein, der in der Sache verkörpert ist, konkret also der Wert der Kryptowährungseinheiten. Nach der sog. Vereinigungstheorie<sup>68</sup> kann der Zueignungsgegenstand neben dem Substanzwert der Sache selbst auch der ihr innewohnende Sachwert sein. Bei einem Sparbuch etwa, das mit Rückführungswillen entwendet wird, wird ein verkörperter Wert in Form des Sparguthabens angenommen und eine Zueignungsabsicht bejaht.<sup>69</sup> Eine EC-Karte hingegen verkörpert nicht den auf dem Konto befindlichen Wert, da sie nur wie ein Schlüssel fungiert, welcher Zugang zu dem verwahrten Vermögen ermöglicht.<sup>70</sup>

Wendet man diese Grundsätze auf die Wegnahme einer Hardware-Wallet an, welche den privaten Schlüssel enthält, so ist festzustellen, dass nicht bereits die Sache selbst den wirtschaftlichen Wert darstellt. Ähnlich dem EC-Karten-Fall eröffnet der Datenträger nur die Möglichkeit, auf das Vermögen in Form der Token

<sup>60</sup> Emig, Polizeipräsidium Oberbayern Süd: Internationale Täter betrügen Geschäftsmann um mehr als eine halbe Million Euro (Pressemeldung vom 2.3.2021) [https://www.bka.de/DE/ IhreSicherheit/Fahndungen/Personen/UnbekanntePersonen/Betruegerbande\\_Bayern/Sachverhalt.html](https://www.bka.de/DE/ IhreSicherheit/Fahndungen/Personen/UnbekanntePersonen/Betruegerbande_Bayern/Sachverhalt.html) [Stand: 8.2.2025].

<sup>61</sup> Schmidt in: Matt/Renzikowski StGB (Fn. 22), § 242 Rn. 27; Rengier (Fn. 25), § 2 Rn. 89.

<sup>62</sup> Schmidt in: Matt/Renzikowski StGB (Fn. 22), § 242 Rn. 28; Wittig in: BeckOK-StGB (Fn. 21), § 242 Rn. 39.

<sup>63</sup> BGH Urt. v. 22.3.2012 – 4 StR 541/11 = NStZ-RR 2012, S. 239 (241); Wittig in: BeckOK-StGB (Fn. 21), § 242 Rn. 39; Schmitz in: MüKo-StGB (Fn. 47), § 242 Rn. 129.

<sup>64</sup> Grzywotz (Fn. 14), S. 189; Koch in: Omlor/Link (Fn. 6), S. 879.

<sup>65</sup> BGH Urt. v. 14.2.2012 – 3 StR 392/11 = NStZ 2012, S. 627 (627).

<sup>66</sup> BGH Urt. v. 17.10.2019 – 3 StR 536/18 = StV 2020, S. 667 (668).

<sup>67</sup> Böhm (Fn. 10), S. 227; Putzke, Anmerkung zu einer Entscheidung des BGH, Beschluss vom 14.02.2012 (3 StR 392/11), ZJS 2013, S. 311 (313); Reinbacher, Neue Herausforderungen an die Zueignungsabsicht i. S. d. § 242 StGB bei Daten- und Informationsträgern, ZStW 126 (2014), S. 642 (665).

<sup>68</sup> BGH Urt. v. 15.1.1970 – 4 StR 527/69 = NJW 1970, S. 1753 (1754); BGH Urt. v. 10.5.1977 – 1 StR 167/77 = NJW 1977, S. 1460 (1460); BGH, v. 26.9.1984 – 3 StR 367/84 = NJW 1985, S. 812 (812); Kindhäuser/Hoven in: NK-StGB, 6. Auflage 2023, § 242 Rn. 78; Schmitz in: MüKo-StGB (Fn. 47), § 242 Rn. 138.

<sup>69</sup> Heger in: Lackner/Kühl/Heger StGB (Fn. 35), § 242 Rn. 23; Bosch in: Schönke/Schröder StGB (Fn. 21) § 242 Rn. 50; Wessels/Hillenkamp/Schuh, Strafrecht Besonderer Teil 2, 46. Auflage 2023, § 2 Rn. 179.

<sup>70</sup> BGH Urt. v. 16.12.1987 – 3 StR 209/87 = NJW 1988, S. 979 (979); Rengier (Fn. 25), § 2 Rn. 113; Wessels/Hillenkamp/Schuh (Fn. 69), § 2 Rn. 186.

zugreifen. Die Hardware selbst ist, anders als eine EC-Karte, nicht zum Auslösen einer Transaktion erforderlich. Dies verdeutlicht umso mehr, dass die Hardware-Wallet keinen Sachwert in Form der Token verkörpern kann. Faktischer Wertträger der Token ist damit nicht einmal der private Schlüssel, sondern die Daten der Blockchain, da hierdurch bestimmten Adressen ein Wert zugewiesen wird.

Es lässt sich zusammenfassen, dass die Token keinen innewohnenden Sachwert der Hardware-Wallet darstellen. Das kurzzeitige Entwenden dieser stellt damit lediglich eine straflose Gebrauchsmaßnahme dar.<sup>71</sup>

### (3) Zwischenergebnis

Entwendet der Täter eine Hardware-Wallet mit einem darauf gespeicherten, privaten Schlüssel, so macht er sich nur strafbar, wenn er bei der Wegnahme keinen Rückführungswillen hat. Der entzogene Wert ist jedoch nur der Substanzwert, also etwa der Wert des USB-Sticks oder des Papiers. Diese dürften in vielen Fällen wohl geringfügige Sachen i. S. d. § 248a StGB darstellen und somit nur auf Antrag verfolgt werden.

#### bb) § 303a I StGB

Entzieht der Täter die Hardware und damit die darauf gespeicherten Daten, ist eine Strafbarkeit gemäß § 303a I Var. 2 StGB möglich, indem er rechtswidrig Daten unterdrückt.<sup>72</sup> Nach überwiegender Auffassung genügt selbst das nur vorübergehende Entziehen aus dem Zugriff des Berechtigten für ein Unterdrücken.<sup>73</sup> Die Gegenansicht argumentiert, dass das StGB, wie etwa bei § 242 StGB, keine bloße Sachentziehung kenne und ein strafbares Unterdrücken somit dauerhaft sein müsse.<sup>74</sup> Dem ist entgegenzuhalten, dass die Norm das Interesse des Verfügungsberechtigten vor einer beeinträchtigten oder beseitigten Verwendbarkeit der Daten schützt.<sup>75</sup> Schon eine kurzzeitige Datenunterdrückung beeinträchtigt die Verwendbarkeit und kann einen erheblichen

Schaden anrichten. Entzieht der Täter die Hardware auch nur vorübergehend, macht er sich somit regelmäßig gemäß § 303a I Var. 2 StGB strafbar.

#### cc) § 202a I StGB

In Einzelfällen kann der Täter durch das bloße Entwenden der Hardware wegen des Ausspähens von Daten i. S. d. § 202a I StGB strafbar sein. Denn bereits durch die Erlangung des Datenträgers selbst, verschafft sich der Täter Zugang zu den Daten.<sup>76</sup> Dabei muss eine Zugangssicherung überwunden werden. Ein Tresor oder ein anderes geschlossenes Behältnis können eine solche Sicherung darstellen.<sup>77</sup> Der private Schlüssel muss in Form von Daten i. S. d. § 202a II StGB vorliegen, also auf einem Datenträger gespeichert sein. Das Entwenden eines auf einem Papier aufgedruckten Schlüssels, stellt damit kein Ausspähen von Daten dar.

Das zeitlich später erfolgende Auslesen des privaten Schlüssels ist wiederum ein Ausspähen von Daten, wenn beispielsweise Passwörter oder sonstige Verschlüsselungen überwunden werden.<sup>78</sup> Liegt der private Schlüssel hingegen in analoger Form vor, etwa auf einem Papier gedruckt, so kommt eine Strafbarkeit gemäß § 202 I, II StGB in Betracht, soweit das Schriftstück – etwa in einem Brief – verschlossen ist.<sup>79</sup>

## 2. Transaktion selbst

Der eigentliche „Diebstahl“ stellt das Auslösen einer Transaktion auf der Blockchain mithilfe des zuvor erlangten privaten Schlüssels dar, wodurch der Täter die Token auf einen anderen öffentlichen Schlüssel transferiert und damit dem Opfer entzieht.

#### a) § 242 I StGB

Aufgrund der häufigen Formulierung des „Diebstahls“<sup>80</sup> von Kryptowährungen ist der Gedanke an eine Strafbarkeit gemäß § 242 I StGB naheliegend. Dazu müssten Token „Sachen“ i. S. v. § 90 BGB, also körperliche Gegenstände, sein. Virtuelle Währungseinheiten sind gerade nicht körperlich. So liegen sie nicht einmal als konkrete Datenmenge vor, lediglich ihre

<sup>71</sup> Böhm (Fn. 10), S. 231.

<sup>72</sup> Böhm (Fn. 10), S. 235.

<sup>73</sup> AG Frankfurt/M. Urt. v. 1.7.2005 2005 – 991 Ds 6100 Js 226314/01 = MMR 2005, S. 863 (868); Weidemann in: BeckOK-StGB (Fn. 21), § 303a Rn. 11; Frank, „You’ve got (Spam-)Mail. CR 2004, S. 123 (125); Jüngel/Schwan/Neumann, Das Abfangen von E-Mails nach § 303a StGB, MMR 2005, S. 820 (821).

<sup>74</sup> Altenhain in: Matt/Renzikowski StGB (Fn. 22), § 303a Rn. 8; OLG Frankfurt/M. OLG Frankfurt/M. Urt. v. 22.5.2006 - 1 Ss 319/05 = MMR 2006, S. 547 (551).

<sup>75</sup> BT-Drs. 10/5058 S. 34; Wieck-Noodt in: MüKo-StGB, Band 6, 4. Auflage 2022, § 303a Rn. 2.

<sup>76</sup> Altenhain in: Matt/Renzikowski StGB (Fn. 22), § 202a Rn. 7; Eisele in: Schönke/Schröder StGB (Fn. 21), § 202a Rn. 18; anders Weidemann in: BeckOK-StGB (Fn. 21), § 202a Rn. 18; Vassilaki, Das 41. StrÄndG – Die neuen strafrechtlichen Regelungen und ihre Wirkung auf die Praxis, CR 2008, S. 131 (132).

<sup>77</sup> Rückert in: Maume/Maute (Fn. 14), § 22 Rn. 19; Böhm (Fn. 10), S. 236.

<sup>78</sup> Grzywotz (Fn. 14), S. 192; Böhm (Fn. 10), S. 237 f.

<sup>79</sup> Grzywotz (Fn. 14), S. 192; Böhm (Fn. 10), S. 237.

<sup>80</sup> Vgl. Dölle, Wie Cracker Millionen in Kryptowährungen stehlen, c’t 6/2020, S. 32 (32); Koch in: Omlor/Link (Fn. 6), S. 877; Börner, NZWiSt 2018, S. 48 (50).

Transaktion wird als Teil der Blockchain gespeichert.<sup>81</sup> Kryptotoken stellen demnach keine Sachen i. S. d. § 90 BGB dar.<sup>82</sup> Aufgrund des Analogieverbots (Art. 103 II GG)<sup>83</sup> kann keine Auslegung, die über den Wortlaut „Sache“ hinausgeht, angenommen werden. Mangels tauglichen Tatobjekts scheidet daher eine Strafbarkeit gemäß § 242 I StGB.<sup>84</sup>

## b) § 263a I StGB

Die Handlung kann jedoch wegen Computerbetrugs gemäß § 263a I StGB strafbar sein.

### aa) Datenverarbeitungsvorgang

Unter einer Datenverarbeitung ist jeder automatisierte Vorgang zu verstehen, bei dem durch Aufnahme von Daten und ihre Verknüpfung nach Programmen Arbeitsergebnisse erzielt werden.<sup>85</sup> Durch das Auslösen einer Transaktion mithilfe des privaten Schlüssels, wird eine Verarbeitung im Netzwerk angestoßen und diese wird von Minern in einen neuen Transaktionsblock aufgenommen. Somit liegt eine Datenverarbeitung vor.<sup>86</sup>

### bb) Tathandlung

Das Verwenden unrichtiger oder unvollständiger Daten (§ 263a I Var. 2 StGB) scheidet bei einer Transaktion durch den Täter mithilfe des entwendeten privaten Schlüssels aus, da der private Schlüssel als Datum objektiv richtig und vollständig ist. In Betracht kommt die unbefugte Verwendung von objektiv richtigen Daten, § 263a I Var. 3 StGB.

## (1) Meinungsstand

Ob das Auslösen einer Transaktion mithilfe eines „fremden“ privaten Schlüssels eine unbefugte Verwendung darstellt, ist umstritten. In der Rechtsprechung wurde bisher wohl nur ein Urteil bezüglich des „Diebstahls“ von Kryptowährungen

gefällt. Ein ehemaliger Systemadministrator einer bayerischen Firma, welche Server und Software für Kryptowährungshandel und die Verwaltung von Kryptowährungseinheiten anbot, transferierte 29,6 Bitcoins an eine eigene Bitcoin-Adresse.<sup>87</sup> Das AG München bejahte hier – jedoch ohne Begründung – einen Computerbetrug. Somit ist anzunehmen, dass das AG München in der Tathandlung eine unbefugte Datenverwendung sah.

Im Schrifttum wird zum Teil ebenso eine unbefugte Verwendung in dem Auslösen einer Transaktion gesehen.<sup>88</sup> Der erbeutete Schlüssel stelle eine Legitimation von Transaktionen dar und nur derjenige sei befugt, der das Schlüsselpaar erzeugt hat.<sup>89</sup> Es bestehe eine faktische Berechtigung, welche bei einer Transaktion konkludent miterklärt werde.<sup>90</sup>

Eine andere Ansicht lehnt eine unbefugte Datenverwendung gänzlich ab.<sup>91</sup> So beinhalte der private Schlüssel keinerlei Information über die Berechtigung des Nutzers. Geprüft werde nur, ob der verwendete private Schlüssel der Richtige ist und zu dem öffentlichen Schlüssel passe.

## (2) Stellungnahme

Es gibt verschiedene Ansätze, dem Merkmal „unbefugt“ zu begegnen.

Nach subjektiver Auslegung sind alle Verhaltensweisen erfasst, die nicht dem tatsächlichen oder mutmaßlichen Willen des Verfügungsberechtigten entsprechen.<sup>92</sup> Im zu untersuchenden Fall ist jedoch nicht klar, auf welchen Willen abzustellen ist. Anders als etwa eine Bankkarte mit PIN ist der private Schlüssel keiner konkreten Person über ein Vertragsverhältnis zugeordnet. Derjenige, der Zugang zu dem privaten Schlüssel hat, kann Transaktionen auslösen. Der private Schlüssel stellt damit kein personalisiertes Zahlungsauthentifizierungsinstrument dar.<sup>93</sup> Zwar geschieht die Transaktion meist gegen den Willen desjenigen, der zuvor

<sup>81</sup> Böhm (Fn. 10), S. 95.

<sup>82</sup> Boehm/Pesch, MMR 2014, S. 75 (77); Djazayeri, jurisPR-BKR 6/2014 Anm. 1; Spindler/Bille, WM 2014, S. 1357 (1359); Engelhardt/Klein, MMR 2014, S. 355 (357); Küttik-Markendorf (Fn. 5), S. 81; Zickgraf, Initial Coin Offerings – Ein Fall für das Kapitalmarktrecht?, AG 2018, S. 293 (301); Walter, Bitcoin, Libra und sonstige Kryptowährungen aus zivilrechtlicher Sicht, NJW 2019, S. 3609 (3610); Stepanova/Kissler, Der Kryptoverwahrvertrag aus zivilrechtlicher Sicht, BKR 2023, S. 735 (736).

<sup>83</sup> BVerfG Urt. v. 10.1.1995 – 1 BvR 718/89, 719/89, 722/89, 723/89 = NJW 1995, S. 1141 (1141); BVerfG Urt. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08 = NJW 2010, S. 3209 (3211).

<sup>84</sup> Ludes, ZdiW 2022, S. 390 (391); Böhm (Fn. 10), S. 244.

<sup>85</sup> BT-Drs. 10/318, S. 21; Schmidt in: BeckOK StGB (Fn. 21), § 263a Rn. 7.

<sup>86</sup> Böhm (Fn. 10), S. 254; Kochheim, Cybercrime und Strafrecht in der Informations- und Kommunikationstechnik, Rn. 1056.

<sup>87</sup> AG München Urt. v. 23.7.2020 – 1123 Ls 630 Js 1517/18 (unveröffentlicht); Generalstaatsanwaltschaft Bamberg, Pressemitteilung vom 27.6.2019, <https://www.justiz.bayern.de/gerichte-und-behoerden/generalstaatsanwaltschaft/bamberg/presse/2019/11.php> [Stand: 8.2.2025].

<sup>88</sup> Koch in: Omlor/Link (Fn. 6), S. 887; Grzywotz (Fn. 14), S. 193.

<sup>89</sup> Koch in: Omlor/Link (Fn. 6), S. 886 f.

<sup>90</sup> Grzywotz (Fn. 14), S. 194.

<sup>91</sup> Rückert in: Maume/Maute (Fn. 14), § 22 Rn. 22; Böhm (Fn. 10), S. 267; Ludes, ZdiW 2022, S. 390 (393).

<sup>92</sup> BGH Urt. v. 10.11.1994 – 1 StR 157/94 = NJW 1995, S. 669 (670); BayObLG Urt. v. 28.8.1990 – RReg. 4 St 250/89 = NJW 1991, S. 438 (440); LG Bonn Urt. v. 18.6.1999 – 32 Qs 144–99 = NJW 1999, S. 3726 (3726); Scheffler/Dressel, „Unbefugtes“ Verwenden von Daten beim Computerbetrug, NJW 2000, S. 2645 (2646).

<sup>93</sup> Böhm (Fn. 10), S. 256 f.

Zugriff auf den privaten Schlüssel hatte, jedoch lässt sich grundsätzlich keine Inhaberschaft an Kryptotoken konstruieren.<sup>94</sup>

Die computerspezifische Auslegung nimmt eine unbefugte Verwendung von Daten nur an, wenn sich der entgegenstehende Wille des Berechtigten in der Programmgestaltung niedergeschlagen hat und diese mit ordnungswidriger Einwendung auf den Ablauf des Computerprogramms überwunden wird.<sup>95</sup> Im Prozess einer Transaktion wird lediglich geprüft, ob der private Schlüssel der Richtige ist, nicht ob der Anwendende zum Auslösen einer Transaktion berechtigt ist, daher wäre das Vorgehen des Täters nicht unbefugt.

Die betrugsspezifische Auslegung orientiert sich an § 263 StGB. Demnach ist eine Datenverwendung unbefugt, wenn die Handlung gegenüber einem Menschen als Täuschung anzusehen wäre.<sup>96</sup> Das Abheben von Geld mithilfe einer fremden EC-Karte wäre dann unbefugt, wenn anstatt des Geldautomaten ein Bankmitarbeiter getäuscht worden wäre.<sup>97</sup> Anders als die Bankangestellten einer Bank gibt es im Kryptowährungssystem niemanden, der die Berechtigung desjenigen prüft, der eine Transaktion auslöst. In Betracht könnten die Miner kommen, die aber wiederum aufgrund der Signierung nur die Richtigkeit des privaten Schlüssels prüfen und eben nicht die Berechtigung. Selbst bei dem Bestehen eines absoluten Rechts an Token liegt keine unbefugte Datenverwendung vor, da im Algorithmus nur die kryptographische Gültigkeit geprüft wird.<sup>98</sup>

Die Auslegungen kommen jeweils zu dem gleichen Ergebnis. Eine unbefugte Datenverwendung ist somit abzulehnen. Aus demselben Grund scheidet eine Strafbarkeit wegen sonstiger unbefugter Einwirkung auf den Ablauf gemäß § 263a I Var. 4 StGB.<sup>99</sup>

## cc) Zwischenergebnis

Eine Strafbarkeit nach § 263a I StGB scheidet aus.

## c) §§ 269 I, 270 StGB

Durch die vom Täter ausgelöste Transaktion kann eine Strafbarkeit wegen der Fälschung beweisheblicher Daten gemäß §§ 269 I, 270 StGB in Betracht kommen. Nach Verifizierung durch die Miner wird jede Transaktion zu einem Teil der Blockchain; somit wird sie gespeichert.<sup>100</sup> Die durch den Täter ausgelöste Transaktion müsste bei ihrer Wahrnehmung eine Urkunde i. S. d. § 267 I StGB darstellen. Eine Urkunde ist jede verkörperte menschliche Gedankenerklärung (Perpetuierungsfunktion), die zum Beweis im Rechtsverkehr geeignet und bestimmt ist (Beweisfunktion) und ihren Aussteller erkennen lässt (Garantiefunktion).<sup>101</sup>

Durch das Initiieren einer Transaktion wird eine menschliche Gedankenerklärung mit dem Inhalt abgegeben, dass eine bestimmte Anzahl von Token auf eine andere Adresse transferiert werden soll. Diese Transaktion wird daraufhin in der Blockchain gespeichert. Somit liegen sowohl Beweis- als auch Perpetuierungsfunktion vor. Die Garantiefunktion hingegen ist problematisch. Fraglich ist, ob bei einer Transaktion mithilfe des privaten Schlüssels der Aussteller erkennbar ist. Zum Teil wird diese Frage bejaht.<sup>102</sup> Sinn und Zweck der Ausstellereckenbarkeit sei es, dass sich der Rechtsverkehr darauf verlasse, dass die abgegebene Erklärung von einer identifizierbaren Person stamme, die für sie eintreten möchte. Die Kryptowährungsadresse genüge den Anforderungen an die Identifizierbarkeit, da jeder private Schlüssel nur einer Person zugeordnet sei. Zudem sei die Zuordnung einer Adresse zu einer Identität mit Zusatzinformationen, z. B. über Foren oder weitere Transaktionen möglich.<sup>103</sup>

<sup>94</sup> Böhm (Fn. 10), S. 118 f.; Drogemüller, Blockchain-Netzwerke und Krypto-Token im Internationalen Privatrecht, 2023, S. 76 ff; Djazayeri, jurisPR-BKR 6/2014 Anm. 1; Boehm/Pesch, MMR 2014, S. 75 (78); Kuhlmann, Bitcoins – Funktionsweise und rechtliche Einordnung der digitalen Währung, CR 2014, S. 691 (695); Omlor in: Omlor/Link (Fn. 6), S. 286.

<sup>95</sup> OLG Celle Ur. v. 11.4.1989 – 1 Ss 287/88368 = NStZ 1989, S. 367 (367); LG Freiburg Ur. v. 17.4.1990 – IV Qs 33/90 = NJW 1990, S. 2635 (2636); LG Ravensburg Ur. v. 27.8.1990 – Qs 206/90 = StV 1991, S. 214 (215); Neumann, Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 10.11.1994 – 1 StR 157/94, StV 1996, S. 375 (375).

<sup>96</sup> Schlüchter, Zweckentfremdung von Geldspielgeräten durch Computermanipulation, NStZ 1988, S. 53 (59); BGH Ur. v. 22.11.1991 – 2 StR 376/91 = NStZ 1992, S. 180 (180); OLG Köln Ur. v. 9.7.1991 – Ss 624/90 = NJW 1992, S. 125 (126); BGH Ur. v. 22.1.2013 – 1 StR 416/12 = NJW 2013, S. 2608 (2610); OLG Hamm, Ur. v. 7.4.2020 – 4 RVs 12/20 = NStZ 2020, S. 673 (674).

<sup>97</sup> BGH Ur. v. 21.11.2001 – 2 StR 260/0 = NJW 2002, S. 905 (906); Altenhain, Der strafbare Mißbrauch kartengestützter elektronischer Zahlungssysteme, JR 1997, S. 752 (758).

<sup>98</sup> Rückert in: Maume/Maute (Fn. 14), § 22 Rn. 22.

<sup>99</sup> Rückert in: Maume/Maute (Fn. 14), § 22 Rn. 22.

<sup>100</sup> Grzywotz (Fn. 14), S. 196; Koch in: Omlor/Link (Fn. 6), S. 888.

<sup>101</sup> BGH Ur. v. 3.7.1952 – 5 StR 151/52 = NJW 1952, S. 1104 (1104); BGH Ur. v. 18.6.1953 – 3 StR 166/53 = NJW 1953, S. 1519 (1520); OLG München Ur. v. 5.1.2010 – 5 St RR 354/09 = NStZ-RR 2010, S. 173 (173); Weidemann in: BeckOK-StGB (Fn. 21), § 267 Rn. 3.

<sup>102</sup> Koch in: Omlor/Link (Fn. 6), S. 890; Grzywotz (Fn. 14), S. 197.

<sup>103</sup> Grzywotz (Fn. 14), S. 196 f.; Spindler/Bille, WM 2014, S. 1357 (1359).

Führt man sich die Grundsätze der Garantiefunktion vor Augen, so ergibt sich ein anderes Ergebnis. Demnach muss sich schon aus der Erklärung selbst der Aussteller ermitteln lassen – ohne Nachforschungen oder unter Zuhilfenahme außerhalb der Erklärung liegender Umstände.<sup>104</sup> Zwar ist es wohl möglich, eine Kryptoadresse einer identifizierbaren Person zuzuordnen, indem weitere Transaktionen überwacht werden, jedoch sind hierfür weitere Informationen erforderlich, die über den Informationsgehalt der konkreten Transaktion hinausgehen. Zudem ist es möglich, dass die Token mehrerer Personen bei einer gemeinsamen Kryptoadresse hinterlegt sein können oder eine Person mehrere Adressen erstellt und nutzt, womit nicht unbedingt eine Person identifiziert werden kann.<sup>105</sup> Auch die digitale Signatur weist lediglich darauf hin, dass der richtige private Schlüssel verwendet wurde und hat keinen Aussagegehalt über die Person des Ausstellers.<sup>106</sup> Im Rahmen des § 269 I StGB müssen im Gesamtsystem getroffene Vorkehrungen eine Identifizierung ermöglichen, wenn der Aussteller nicht unmittelbar gespeichert ist.<sup>107</sup> Dies ist im Kryptowährungssystem gerade nicht der Fall. Zu keinem Zeitpunkt müssen die Nutzer persönliche Daten preisgeben.<sup>108</sup> Aufgrund der fehlenden Urkundenqualität scheidet eine Strafbarkeit nach §§ 269 I, 270 StGB aus.

#### d) § 303a I StGB

Möglich ist jedoch eine Strafbarkeit wegen Datenveränderung i. S. d. § 303a I StGB, indem der Täter eine Transaktion auf der Blockchain auslöst. Als Tatobjekt kommen lediglich die Daten, welche durch die Transaktion der Blockchain angehängt werden, infrage, da die Token selbst nicht als Datum, sondern als Datensatz mit einem zugeordneten Wert vorliegen.<sup>109</sup>

#### aa) Tathandlung

Ein Löschen von Daten liegt nicht vor. Die Token werden mit einer Transaktion zwar einer anderen Kryptoadresse zugeordnet, jedoch gehen dabei nicht die Daten der Blockchain

verloren.<sup>110</sup> Auch ein Unterdrücken oder Unbrauchbarmachen scheidet aus. So hat das Opfer jederzeit die Möglichkeit selbst eine Transaktion auszuführen. Ein Verändern von Daten liegt vor, wenn eine inhaltliche Umgestaltung der Daten erfolgt und sie deshalb einen anderen Informationsgehalt aufweisen.<sup>111</sup> Wenn eine neue Transaktion ausgelöst wird, wird diese in einem neuen Block der Blockchain gespeichert. Mithin wird der Informationsgehalt der Blockchain durch die Transaktion geändert. Teilweise wird angenommen, dass dies bereits ein Verändern i. S. d. § 303a I StGB darstelle.<sup>112</sup> Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass keine bestehenden Daten verändert werden, sondern lediglich neue Daten zur Blockchain hinzugefügt werden.

#### bb) Eigentümerähnliche Verfügungsbefugnis

Ob tatsächlich eine Tathandlungsvariante des § 303a I StGB vorliegt, kann jedoch dahinstehen, soweit eine weitere Voraussetzung des Tatbestands verneint wird. In Betracht kommt das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der eigentümerähnlichen Verfügungsbefugnis, welches der „Fremdheit“ in § 303 I StGB entspricht. Damit § 303a StGB dem Bestimmtheitserfordernis des Art. 103 II GG genügt, sind daher nur solche Daten erfasst, welche einer eigentümerähnlichen Verfügungsbefugnis unterstehen, da sonst eine Veränderung eigener Daten strafbar wäre.<sup>113</sup> Es gibt verschiedene Ansätze diesem Merkmal zu begegnen. So wird vereinzelt für eine Zuordnung von Daten nach dem UrhG argumentiert.<sup>114</sup> Andere Stimmen wollen eine Zuordnung der Daten über sachenrechtliche Grundsätze bezüglich des Datenträgers annehmen.<sup>115</sup> Eine weitere Ansicht stellt auf den Skribenten des Skripturakts der Daten ab.<sup>116</sup> Diese Auffassungen sind im vorliegenden Fall nicht zielführend. Zwar löst derjenige, der Zugriff auf den privaten Schlüssel hat, eine Transaktion aus, jedoch werden die Transaktionsdaten selbst erst von Minern in der Blockchain gespeichert und somit

<sup>104</sup> Heine/Schuster in: Schönke/Schröder StGB (Fn. 21), § 267 Rn. 17; Erb in: MüKo-StGB (Fn. 12), § 267 Rn. 19; Erb in: MüKo-StGB (Fn. 12), § 269 Rn. 11; Puppe/Schumann in: NK-StGB (Fn. 68), § 267 Rn. 77.

<sup>105</sup> Grzywotz/Köhler/Rückert, StV 2016, S. 753 (755).

<sup>106</sup> Küttik/Sorge, MMR 2014, S. 643 (643).

<sup>107</sup> Heger in: Lackner/Kühl/Heger StGB (Fn. 35), § 269 Rn. 6; Weidemann in: BeckOK-StGB (Fn. 21), § 269 Rn. 6; Welp, Strafrechtliche Aspekte der digitalen Bildverarbeitung (II), CR 1992, S. 354 (360).

<sup>108</sup> Ludes, ZdiW 2022, S. 390 (391).

<sup>109</sup> Rückert in: Maume/Maute (Fn. 14), § 22 Rn. 24; Böhm (Fn. 10), S. 301.

<sup>110</sup> Grzywotz (Fn. 14), S. 198.

<sup>111</sup> BGH Urt. v. 27.7.2017 – 1 StR 412/16 = NStZ 2018, S. 401 (403); Weidemann in: BeckOK-StGB (Fn. 21), § 303a Rn. 15.

<sup>112</sup> Grzywotz (Fn. 14), S. 199; Böhm (Fn. 10), S. 307.

<sup>113</sup> OLG Nürnberg Urt. v. 23.1.2013 – 1 Ws 445/12 Rn. 11; Weidemann in: BeckOK-StGB (Fn. 21), § 303a Rn. 5; Lenckner/Winkelbauer, Computerkriminalität – Möglichkeiten und Grenzen des 2. WiKG (III), CR 1986, S. 824 (828).

<sup>114</sup> Goetzenjan in: LK-StGB, 13. Auflage 2023, § 303a Rn. 12; Abdallah/Gercke/Reinert, Zur Strafbarkeit von Kopierschutzmaßnahmen auf Audio-CDs gemäß § 303a StGB, HRRS 2003, S. 134 (138 ff.).

<sup>115</sup> Kargl in: NK-StGB (Fn. 68) § 303a Rn. 7; Hecker in: Schönke/Schröder StGB (Fn. 21), § 303a Rn. 3.

<sup>116</sup> BayObLG Urt. v. 24.6.1993 – 5 St RR 5/93 Rn. 24; OLG Nürnberg Urt. v. 23.1.2013 – 1 Ws 445/12 Rn. 14; Welp, Datenveränderung (§ 303a StGB) – Teil 1, Jur 1988, S. 443 (447).

verändert.<sup>117</sup> Eine Verfügungsbefugnis hinsichtlich der Transaktionsdaten ist ohnehin nicht konstruierbar.<sup>118</sup> Eine Strafbarkeit gemäß § 303a I StGB scheidet somit aus.

### e) § 266 I StGB

Besonders praxisrelevant sind Fälle, in denen der private Schlüssel durch einen Dienstleister verwaltet wird und diese Position ausgenutzt wird, um sich zu bereichern. So wurde 2021 über die türkische Kryptobörse Thodex medial berichtet, auf der mehr als 400.000 Nutzer knapp 2 Milliarden US-Dollar investierten und plötzlich keinen Zugriff mehr auf ihre Kryptowährungsbestände hatten.<sup>119</sup> Der Geschäftsführer von Thodex hatte seine Position ausgenutzt und sich bereichert. Nach deutschem Recht kommt in solchen Fällen der Tatbestand der Untreue (§ 266 I StGB) in Betracht. Insbesondere das Merkmal der Vermögensbetreuungspflicht ist von Bedeutung. Dabei muss die Vermögensbetreuung den wesentlichen Inhalt des Vertrags darstellen und von einer gewissen Selbstständigkeit geprägt sein.<sup>120</sup>

Kryptobörsen ermöglichen ihren Kunden den Tausch von Token untereinander.<sup>121</sup> Bei einer strafrechtlichen Bewertung ist zu differenzieren: Während zentralisierte Kryptobörsen ähnlich wie Banken die Kontrolle über die Transaktionen und die privaten Schlüssel ihrer Nutzer haben, behalten bei dezentralisierten Börsen (DEX) die Kunden die Kontrolle über ihre Schlüssel und Token und sie könnten direkt mit anderen Nutzern handeln.<sup>122</sup>

Bezüglich der DEX ist eine Vermögensbetreuungspflicht abzulehnen, da die Börse zu keinem Zeitpunkt Zugriff auf das Vermögen ihrer Kunden oder den privaten Schlüssel hat. Bei zentralen Kryptobörsen ist das Ergebnis zunächst nicht eindeutig. Da sie ähnlich einer Bank agieren, kann die Rechtsprechung zur Vermögensbetreuungspflicht einer Bank gegenüber ihren Kunden herangezogen werden. So wurde eine Vermögensbetreuungspflicht im Falle einer einfachen Kontoverwaltung, etwa bei Spar- oder Girokontoverträgen, regelmäßig verneint.<sup>123</sup> Da Kryptobörsen und Wallet-Anbieter

im Grunde nur die privaten Schlüssel und damit die Token verwalten, ist die Rechtsprechung zur einfachen Kontoverwaltung anzuwenden und eine Vermögensbetreuungspflicht auch bei zentralisierten Kryptobörsen abzulehnen.<sup>124</sup>

Eine andere Beurteilung ergibt sich im Falle einer qualifizierten Vermögensbetreuung, wenn etwa ein Vermögensverwalter die volle Kontrolle über den privaten Schlüssel ausübt und zudem über Transaktionen selbstständig entscheidet.

### 3. Bewertung der aktuellen Rechtslage

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass das Beschaffen des privaten Schlüssels nur bedingt und vor allem wegen Datendelikten (§§ 202a ff. und §§ 303a ff. StGB) strafbar und die Transaktion der Token selbst nicht strafbar ist. Werden die Token von einer Kryptobörse verwaltet, besteht ein Schutz vor Zugriffen Dritter von außen, da aufgrund der eindeutigen Zuordnung der Token zu einem Kundenkonto eine Berechtigung besteht. Nutzen die Vertreter von Kryptobörsen jedoch ihre Position aus und bereichern sich an dem Vermögen ihrer Kunden, so ist dieses Vorgehen wiederum nicht strafbar.

Bisher wurden in der Rechtsprechung nur vereinzelt Urteile zur Strafbarkeit des „Kryptodiebstahls“ gefällt. Bei einem Urteil des AG Münchens wurde die Strafbarkeit des unberechtigten Transfers von Token angenommen, dieses Ergebnis jedoch kaum rechtlich begründet.<sup>125</sup> Im März 2024 verurteilte das LG Traunstein zwei Polizeibeamten als Täter, bzw. Teilnehmer einer Untreue, da diese im Zuge von Ermittlungen Hardware-Wallets entwendeten und sich später daran bereichern.<sup>126</sup> Wie der BGH die aufgeworfenen Fragen beantworten wird, bleibt abzuwarten. Fest steht, dass die aktuelle Rechtslage den Fall der nicht berechtigten Transaktion fremder Token nicht ausreichend abdeckt. Das verwirklichte Unrecht ist mit dem Fall eines Betrugs oder dem eines Diebstahls vergleichbar, da das Opfer hier ebenso Vermögenswerte verliert. So kommt zwar eine Strafbarkeit aufgrund von Datendelikten in Betracht, diese liegt jedoch mit einer Höchststrafe von 3 Jahren

<sup>117</sup> Böhm (Fn. 10), S. 303.

<sup>118</sup> Rückert in: Maume/Maute (Fn. 14), § 22 Rn. 24; Ludes, ZdiW 2022, S. 390 (393).

<sup>119</sup> Stöckel: Gründer einer Kryptobörse zu 11.196 Jahren Haft verurteilt, <https://www.golem.de/news/thodex-gruender-einer-kryptoboerse-zu-11-196-jahren-haft-verurteilt-2309-177532.html> [Stand: 8.2.2025].

<sup>120</sup> BVerfG Ur. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08 = NJW 2010, S. 3209 (3214); BGH Ur. v. 11.12.2014 – 3 StR 265/14 = NJW 2015, S. 1618 (1619); Wittig in: BeckOK-StGB (Fn. 21), § 266 Rn. 15; Rengier (Fn. 25), § 18 Rn. 18 f.

<sup>121</sup> Fromberger/Haffke/Zimmermann, BKR 2019, S. 377 (378).

<sup>122</sup> Bonset: Exchange und DEX: Was ist der Unterschied zwischen zentralen und dezentralen Kryptobörsen?, <https://t3n.de/news/unterschied-zentrale-dezentrale-kryptoboerse-1362957/> [Stand: 8.2.2025]; Hoch in: Maume/Maute (Fn. 14), § 7 Rn. 23.

<sup>123</sup> OLG München Ur. v. 30.11.2009 – 5 St RR 357/09 = wistra 2010, S. 155 (157); OLG Düsseldorf Ur. v. 4.11.1994 – 1 Ws 807 - 809/94 = wistra 1995, S. 72 (73); Kindhäuser/Hoven in: NK-StGB (Fn. 68), § 266 Rn. 57.

<sup>124</sup> Rückert in: Maume/Maute (Fn. 14), § 22 Rn. 20.

<sup>125</sup> AG München Ur. 23.7.2020 – 1123 Ls 630 Js 1517/18 (unveröffentlicht).

<sup>126</sup> Traunsteiner Tagblatt: Untreue, Verwahrungsbruch und Geldwäsche, [https://www.traunsteiner-tagblatt.de/region/landkreis-traunstein\\_artikel,-untreue-verwahrungsbruch-und-geldwaesche-\\_arid.860117.html](https://www.traunsteiner-tagblatt.de/region/landkreis-traunstein_artikel,-untreue-verwahrungsbruch-und-geldwaesche-_arid.860117.html) [Stand: 8.2.2025].

Freiheitsstrafe deutlich unter der Strafandrohung der §§ 242 I, 263 I StGB von bis zu fünf Jahren. Den Token wohnt zudem meist ein hoher Vermögenswert inne. So ist beispielsweise ein Bitcoin aktuell um die 93.000 € wert.<sup>127</sup> Es ist daher im Schrifttum zu Recht von einer ungewollten Strafbarkeitslücke die Rede.<sup>128</sup>

## D. Überlegungen de lege ferenda

Diese Schutzlücke wurde schon mehrfach erkannt und im Zuge dessen ein neuer Straftatbestand im StGB gefordert.<sup>129</sup> Bisher wurden im Schrifttum zwei Gesetzesvorschläge vorgebracht.

### I. Bisherige Gesetzesentwürfe

So formulierte *Rückert* 2020 einen Entwurf des möglichen Tatbestands § 242a StGB.<sup>130</sup> Strafbar soll demnach derjenige sein, der sich als Nichtberechtigter Daten verschafft, die zum unmittelbaren Zugriff auf Vermögenswerte geeignet und bestimmt sind, um sich oder einem Dritten diese zu verschaffen.

Zuletzt brachte *Böhm* einen Gesetzesentwurf für einen neuen § 248d StGB ein.<sup>131</sup> Hierbei wird nach Abs. 1 bestraft, wer fremde Kryptowerte einem anderen in der Absicht entzieht, diese sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen. Zusätzlich wird in Abs. 4 eine Strafschärfung genannt, wenn der Täter gewerbsmäßig oder als Mitglied einer Bande handelt oder Kryptowerte von mehr als 50.000 Euro entzieht. Die Qualifikation des Abs. 5 bestraft einen Täter, der die Tat als Mitglied einer Bande und gewerbsmäßig begeht.

## II. Vergleich

### 1. Verortung im Gesetz

Bei einem Vergleich der beiden Gesetzesentwürfe fällt zunächst auf, dass sie an unterschiedlicher Stelle ins Gesetz angeordnet werden. Während *Rückert* den Tatbestand unmittelbar nach dem Diebstahl § 242 StGB anordnet, reiht *Böhm* ihn unter denselben Abschnitt des StGB, jedoch an den Schluss hinter § 248c StGB, dem Entziehen elektrischer Energie. Da die Inhaberschaft von Kryptotoken eine gewisse Ähnlichkeit zum Sacheigentum darstellt,<sup>132</sup> ist einer grundsätzlichen Verortung im 19. Abschnitt des StGB zuzustimmen. Eine Verortung der Norm bei den Datendelikten §§ 202a ff. StGB oder §§ 303a ff. StGB scheint

zunächst ebenso plausibel, jedoch ist das hauptsächlich zu sanktionierende Unrecht des „Kryptodiebstahls“ keine Datenmanipulation oder das Verletzen des persönlichen Lebens- und Geheimbereichs, sondern der Entzug eines Vermögenswertes.

### 2. Tathandlungen

Ebenso unterscheiden sich die Tathandlungen der beiden Gesetzesentwürfe. Während *Rückert* an das Verschaffen der Daten, um Zugriff auf Vermögenswerte zu haben, anknüpft, stellt *Böhm* direkt auf den Entzug von fremden Kryptowerten ab. Problematisch erscheint das Merkmal der „Fremdheit“ der Kryptowerte. Wie *Böhm* selbst feststellt, gibt es noch keine zivilrechtliche Zuordnung von Kryptowährungseinheiten.<sup>133</sup> Aus diesem Grund ist eine zivilrechtliche Einordnung zur Auslegung des Straftatbestandes unumgänglich.

*Rückert* nutzt den Begriff der „Daten“. Im Strafrecht existiert kein einheitlicher Datenbegriff. Ein Verweis auf die Legaldefinition des § 202 II StGB bleibt aus, daher muss ein eigener Datenbegriff zugrunde gelegt werden. Aufgrund des Sinn und Zwecks der Strafnorm müssten alle möglichen Darstellungen des privaten Schlüssels gemeint sein, welche sowohl digital als auch analog vorliegen können.<sup>134</sup> Täter müsste ein „Nichtberechtigter“ sein. Die Berechtigung bezieht sich hierbei nicht auf die Kryptowährungseinheiten selbst, sondern auf den privaten Schlüssel. Während eine Inhaberschaft an Token kaum zu konstruieren ist, ist dies bei einem privaten Schlüssel schon eher der Fall. So könnte bei einem auf einer Hardware gespeicherten Schlüssel der Eigentümer dieser berechtigt sein. Im Falle einer Online-Wallet wäre der Wallet-Inhaber Berechtigter des Zugriffs auf den privaten Schlüssel.

### 3. Strafschärfung und Qualifikation

Während *Böhms* Entwurf in Abs. 4 zwei Strafschärfungstatbestände und in Abs. 5 eine Qualifikation vorsieht, fehlen solche Sanktionierungen in *Rückerts* Gesetzesvorschlag.

## III. Stellungnahme

Da eine Inhaberschaft an Kryptowerten nicht zu konstruieren ist, überzeugt *Rückerts* vorgeschlagene Tathandlung, welche bereits an die erste Tatphase, dem Beschaffen der Daten, anknüpft und

<sup>127</sup> Gold.de, <https://www.gold.de/kurse/bitcoinpreis/> [Stand: 8.2.2025].

<sup>128</sup> *Böhm* (Fn. 10), S. 344; vgl. *Rückert* in: Maume/Maute (Fn. 14), § 22 Rn. 25.

<sup>129</sup> *Ludes*, ZdiW 2022, S. 390 (393); *Rückert* in: Maume/Maute (Fn. 14), § 22 Rn. 25; *Böhm* (Fn. 10), S. 345.

<sup>130</sup> *Rückert* in: Maume/Maute (Fn. 14), § 22 Rn. 25.

<sup>131</sup> *Böhm* (Fn. 10), S. 351.

<sup>132</sup> *Böhm* (Fn. 10), S. 352.

<sup>133</sup> *Böhm* (Fn. 10), S. 354.

<sup>134</sup> *Böhm* (Fn. 10), S. 348.

somit auch die Strafbarkeit dieser Phase mit abdeckt. Ebenso ist der Anwendungsbereich weiter, wenn allgemein auf „Vermögenswerte“ anstatt auf „Kryptowerte“ abgestellt wird. So sind weitere Vermögenswerte umfasst, welche in Zukunft entwickelt werden. Das aktuelle Aufkommen von sog. „AI-Coins“, welche auf eine Kombination aus Blockchain und Künstlicher Intelligenz setzen,<sup>135</sup> zeigt die technologischen Möglichkeiten in diesem Bereich. Auch wird die fehlende Untreuestrafbarkeit des Geschäftsführers einer Kryptobörse mit umfasst, da dieser zwingend die Schlüssel seiner Kunden, also Daten i. S. d. Tatbestands, benötigt, um sich zu bereichern.

Zusätzliche Absätze, welche besonders schwere Fälle und Qualifikationen sanktionieren, sind vor dem Hintergrund sinnvoll, dass ein Entziehen von Token meist technisch komplex ist und daher mehrere Täter die Begehung erleichtern. Das Unrecht steigt, wenn die Täuschung oder das sonstige Erlangen des privaten Schlüssels professionell von mehreren Tätern vorgenommen wird oder einen besonders hohen Schaden beim Opfer hervorruft. Aus demselben Grund wurde § 263 StGB um Strafzumessungsregeln in Abs. 3 ergänzt.<sup>136</sup> Da das geschützte Rechtsgut des Betrugs das Vermögen ist<sup>137</sup> und Kryptotoken ein Vermögenswert innewohnt, ist eine Orientierung an diesen Regelbeispielen sinnvoll.

Das Strafmaß des Grundtatbestands sollte im Vergleich zu denen des § 242 StGB und § 263 StGB, wie in beiden Entwürfen vorgeschlagen, bei einer Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe verbleiben.

Die Anordnung der zu konstruierenden Strafnorm nach dem § 248c StGB erscheint sinnvoller. So wurde der § 248c StGB durch das dritte Strafrechtsänderungsgesetz von 1953 um die Strafbarkeit des Entziehens elektrischer Energie eingeführt, welche mangels Körperlichkeit nicht unter den Tatbestand des § 242 StGB zu subsumieren war.<sup>138</sup> Da Kryptowährungen ebenso wenig unter den Sachbegriff fallen, scheint eine Anordnung nach § 248c StGB naheliegend. Aufgrund dieser Erwägungen könnte ein Straftatbestand wie folgt aussehen:

#### **§ 248d StGB-Entwurf: Unberechtigtes Verschaffen vermögensrelevanter Daten**

(1) Wer sich als Nichtberechtigter Daten verschafft, die zum unmittelbaren Zugriff auf Vermögenswerte geeignet und bestimmt sind, um sich oder einem Dritten diese Vermögenswerte zu

verschaffen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Der Versuch ist strafbar.

(3) Die §§ 247, 248a gelten entsprechend.

(4) In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter

1. gewerbsmäßig oder als Mitglied einer Bande handelt, die sich zur fortgesetzten Tatbegehung verbunden hat oder

2. einen Vermögensverlust großen Ausmaßes herbeiführt.

In den Fällen des Absatzes 4 Satz 2 Nr. 1 gilt § 243 II entsprechend.

(5) Mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren, in minder schweren Fällen mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren wird bestraft, wer die Tat als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung verbunden hat, gewerbsmäßig begeht.

### **E. Fazit**

Die Besonderheit des Kryptowährungssystems stellt sich in der Subsumtion de lege lata problematisch dar. Dies liegt vor allem daran, dass der Gesetzgeber neue Technologien und die Entwicklungen in der Technik bei Inkrafttreten von Rechtsnormen noch nicht vor Augen hatte. Im Strafrecht tritt der Grundsatz des Analogieverbots und der Wortlautgrenze hinzu, welcher eine Einordnung von Kryptowährungen in das geltende Strafrecht erschwert. Wie aufgezeigt, sind einzelne Tathandlungen in bestimmten Fallkonstellationen durchaus strafbar. Eine generelle Strafbarkeit des „Diebstahls“ von Kryptowährungen besteht jedoch nicht. Dies ist vor dem Hintergrund problematisch, dass die Nutzung von Kryptowährungen heutzutage immer weiter zunimmt. So zählt allein in Deutschland jeder Zwanzigste Kryptowährungen zu seinem Vermögen.<sup>139</sup> Aus Sicht potenzieller Täter wird eine Tatbegehung also immer lohnender und die Schwelle zu Vornahme einer kriminellen Handlung immer geringer. Bezüglich des unberechtigten Entwendens von Token ist es daher unerlässlich, dass der Gesetzgeber tätig wird. Bis dahin gilt weiterhin der Grundsatz „not your keys, not your coins“.

<sup>135</sup> Clickout Media: AI Coins – Die Zukunft der Kryptowährungen?, <https://www.wallstreet-online.de/nachricht/17838329-ai-coins-zukunft-kryptowaehrungen> [Stand: 8.2.2025].

<sup>136</sup> Sechstes Gesetz zur Reform des Strafrechts (6. StrRG) vom 26. Januar 1998, BGBl. I S. 164 (178).

<sup>137</sup> BGH Ur. v. 18.7.1961 - 1 StR 606/60 = NJW 1961, S. 1876 (1876); *Beukelmann* in: BeckOK-StGB (Fn. 21), § 263 Rn. 1; *Perron* in: Schönke/Schröder StGB (Fn. 21), § 263 Rn. 2.

<sup>138</sup> RG Ur. v. 20.10.1896 – 2609/96. S. 111 (111); RG Ur. v. 1.5.1899 – 739/99, S. 165 (166).

<sup>139</sup> *Brummer*, Jeder zwanzigste Deutsche setzt auf Kryptowährungen, <https://extraef.com/de/news/etf-news/jeder-zwanzigste-deutsche-setzt-auf-kryptowaehrungen> [Stand: 8.2.2025].

## Tobias Görge: Computersoftware und Urheberrecht

Der Autor ist Student der Rechtswissenschaft im 10. Fachsemester (Universität Bayreuth). Der Beitrag ist im Rahmen der studienbegleitenden Seminarleistung im Schwerpunktbereich „Geistiges Eigentum und Wettbewerb“ bei Prof. Dr. Michael Grünberger, LL.M. (NYU) (Präsident der Bucerus Law School) entstanden.

### A. Computersoftware und Urheberrecht

Im Zeitalter der Digitalisierung ist die Computertechnologie mittlerweile in beruflichen sowie privaten Bereichen allgegenwärtig und nicht mehr wegzudenken.<sup>1</sup> Die Programme, die hierfür ausgearbeitet werden, um den Computer nutzbar zu machen, gewinnen demnach zunehmend an Bedeutung. Besonders wegen der hohen Aufwendungen, die für die Entwicklung von Computersoftware nötig sind und der konträr leichten Möglichkeit, diese zu missbrauchen, werden klare rechtliche Regelungen benötigt.<sup>2</sup> Eine solche Funktion soll die Computerprogramm-Richtlinie<sup>3</sup> erfüllen.<sup>4</sup> Sie soll den Schutz von Computerprogrammen im Interesse der ganzen Gemeinschaft verstärken und vereinheitlichen.<sup>5</sup>

Anfang 2023 hat sich der BGH in seinem Beschluss „Action Replay“ mit der Auslegung dieser Richtlinie befasst. Im Zuge dessen hat er dem EuGH zwei konkrete Fragen zum Schutzbereich eines Computerprogramms nach Art. 1 I–III sowie der Auslegung der Umarbeitung eines Computerprogramms nach Art. 4 I Nr. 2 Buchst. b vorgelegt, über welche der EuGH kürzlich abschließend zu entscheiden hatte. Wenngleich die Fragestellung in der Spielebranche angesiedelt ist, hat sie auch eine ganz grundlegende Konsequenz für das Bearbeitungsrecht der Richtlinie.<sup>6</sup> Sie betrifft die Frage der Interoperabilität, also inwieweit Computerprogramme miteinander interagieren dürfen,<sup>7</sup> weshalb sie von besonderer Relevanz für das Funktionieren vieler IT-gestützter Branchen ist.<sup>8</sup> Daher soll sich im Folgenden insbesondere mit dem benannten Beschluss des BGH befasst werden, der im anhängigen Rechtsstreit noch abschließend zu entscheiden hat.

Dazu wird nach Skizzieren des Prozessverlaufs, Darstellung der Interessen und des Rechtsproblems eine umfassende

Analyse und Einordnung der Ausführungen des BGH erfolgen. Zuletzt erfolgt eine Einordnung der gewonnenen Erkenntnisse in den unionsrechtlichen Kontext durch Abgleich mit den zentralen Ansichten des Generalanwalts Szpunar und der Ersten Kammer des EuGH.

Zentral soll beantwortet werden: Hat der BGH die geeigneten Vorlagefragen zur Umfassung des Rechtsproblems und zielführenden Beantwortung der Rechtsfragen an den EuGH gestellt? Findet sich die vom BGH abgegebene Tendenz in den bislang vertretenen Auffassungen von Literatur und Rechtsprechung wieder? Überzeugt diese aus rechtsdogmatischer, ökonomischer und technischer Perspektive? Und folgen auch Generalanwalt Szpunar in seinen Schlussanträgen sowie die Erste Kammer des EuGH in seiner maßgebenden Auslegung des Unionsrechts der Einschätzung des BGH?

### B. BGH, Beschluss vom 23.2.2023 – I ZR 157/21 – Action Replay

#### I. Allgemeine Angaben

Der Beschluss zur urheberrechtlichen Zulässigkeit von Computerprogrammen zur Manipulierung von Computerspielen ist am 23.2.2023 vom ersten Zivilsenat des Bundesgerichtshofs, mit dem Aktenzeichen BGH, I ZR 157/21 – Action Replay, ergangen.<sup>9</sup>

#### II. Sachverhalt

Die Klägerin vertreibt in ganz Europa PlayStation-Spielkonsolen, insbesondere die „PlayStation Portable“.<sup>10</sup> Außerdem produziert und vertreibt sie eigene Spiele, unter anderem das Spiel „Motorstorm Arctic Edge“.<sup>11</sup> Die Beklagte

<sup>1</sup> 90% der deutschen Haushalte besitzen Computer, vgl. Statistisches Bundesamt, <https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Einkommen-Konsum-Lebensbedingungen/Ausstattung-Gebrauchsgueter/Tabellen/liste-infotechnik-d.html#115470> [Stand 15.2.2025].

<sup>2</sup> Vertiefend Blocher in: Jähnel/Mader/Stauddegger IT-Recht Handbuch, 4. Auflage 2021, S. 304 Rn. 5/53.

<sup>3</sup> RL 2009/24/EG des EP und des Rates v. 23.4.2009 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, ABIEU v. 5.5.2009, L 111/16, im Folgenden mit „RL 2009/24/EG“ benannt.

<sup>4</sup> Vgl. ErwGr 2 RL 2009/24/EG.

<sup>5</sup> COM (88) 816 final, S. 1 Nr. 1.1, zur vorigen Fassung, RL 91/250/EWG.

<sup>6</sup> Vgl. Grützmaker, Vorlage zum EuGH – »Action Replay« im Lichte von »SAS Institute«: Bearbeitungsrecht an Computerprogrammen am Scheideweg – steht der Wettbewerb bei Software auf dem Spiel?, ZUM 2023, S. 464 (464).

<sup>7</sup> Grützmaker, ZUM 2023, S. 464 (464).

<sup>8</sup> Hierzu beispielhaft Grützmaker, ZUM 2023, S. 464 (464); Hentsch, Keine Änderung für Computerspiele nach der DSM-Richtlinie?, MMR 2023, S. 615 (618).

<sup>9</sup> BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21.

<sup>10</sup> BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21, Rn. 1.

<sup>11</sup> Vertiefende Ausführungen zum Tatbestand LG Hamburg, Urt. v. 24.1.2012 – 310 O 199/10, Rn. 2 ff.

entwickelt und vertreibt Software, mitunter diverse Ergänzungsprodukte zu den Spielkonsolen der Klägerin, wie die streitige Software „Action Replay“ und das Produkt „Tilt-FX“.<sup>12</sup>

Die Software „Action Replay“ lässt den Spieler programmimmanent beschränkte Funktionen permanent nutzen.<sup>13</sup> So kann der Spieler beispielsweise die Beschränkung des „Turbos“ aufheben und diesen durchgehend zu seinem Vorteil verwenden. Das Produkt „Tilt-FX“ ermöglicht eine alternative Art der Spielsteuerung.<sup>14</sup> Der Nutzer kann fortan durch Bewegungen der Spielkonsole im Raum das Spielgeschehen steuern. Die Zusatzprodukte bieten dem Spieler insofern eine alternative Art der Spielsteuerung und erweitern das Spielerlebnis in unvorhergesehener Weise. Beide Produkte entfalten ihre Wirkung, indem sie – dem Spiel grundsätzlich bekannte – Variableninhalte verändern, die im Arbeitsspeicher der Konsole zwischengespeichert sind und im Programmablauf verwendet werden.<sup>15</sup> Der Programmcode wird dabei nicht berührt.

Die Klägerin begehrt, aufgrund der vermeintlich urheberrechtlich rechtswidrigen Verbreitung von Software der Beklagten, Unterlassung sowie Auskunft und Feststellung ihrer Schadensersatzverpflichtung.<sup>16</sup>

### III. Prozessgeschichte

Die Klägerin wendete sich zunächst an das LG Hamburg, welches mit Urteil vom 24.1.2012<sup>17</sup> ihrer Klage überwiegend stattgegeben hat.<sup>18</sup> Das Gericht bewertete die Veränderung des Spielablaufs durch externe Befehle als Umarbeitung des Computerprogramms.<sup>19</sup> Es soll weder aus Benutzer- noch aus Urhebersicht relevant sein, ob eine Veränderung des Programmablaufs tatsächlich durch Änderung der Spielsoftware oder lediglich durch Manipulation von Daten im Arbeitsspeicher bewirkt werde.<sup>20</sup>

Auf die Berufung der Beklagten hat das Hanseatische Oberlandesgericht hingegen, mit Urteil vom 7.10.2021,<sup>21</sup> das landgerichtliche Urteil aufgehoben und die Klage sowie die Berufung der Klägerin abgewiesen.<sup>22</sup> Nach Auffassung des OLG fehlt es an einer Umarbeitung eines Computerprogramms im Sinne von § 69c Nr. 2 UrhG.<sup>23</sup> Die streitige Software greife allein in den Ablauf der Computerspiele ein.<sup>24</sup> Der programmgemäße Ablauf sei jedoch nicht Teil des Schutzgegenstands von § 69a UrhG.<sup>25</sup>

Nun verfolgt die Klägerin ihr Begehren weiter, worüber der erste Zivilsenat des BGH zu entscheiden hat.

### IV. Lösung des BGH

Der BGH hat beschlossen,<sup>26</sup> dass das Verfahren ausgesetzt wird und dem EuGH zwei Fragen zur Auslegung von Art. 1 I–III, Art. 4 I Buchst. b der RL 2009/24/EG vorgelegt werden sollen:

Wird in den Schutzbereich eines Computerprogramms nach Art. 1 I–III der RL 2009/24/EG eingegriffen, wenn die im Arbeitsspeicher angelegten und im Verlauf des Programms verwendeten Variableninhalte verändert werden?<sup>27</sup> Und liegt durch diese Veränderung eine Umarbeitung im Sinne von Art. 4 I Buchst. b der Computerprogramm-RL vor?<sup>28</sup>

Im weiteren Beschluss bezieht der BGH vorläufig Stellung zu beiden Fragen, indem er die RL 2009/24/EG auslegt.<sup>29</sup> Danach sei zweifelhaft, ob Art. 1 I, II der RL 2009/24/EG so auszulegen sind, dass in den Schutzbereich des Programms eingegriffen wird, wenn nicht der Objekt- oder Quellcode, sondern lediglich die im Arbeitsspeicher angelegten und später verwendeten Inhalte der Variablen verändert werden.<sup>30</sup> Anschließend neigt der Senat dazu, dass für eine Umarbeitung gemäß Art. 4 I Buchst. b der RL 2009/24/EG eine Einwirkung auf den Quell- oder Objektcode erforderlich ist, insbesondere solange die Variablen im Arbeitsspeicher nicht als Teil des

<sup>12</sup> BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21, Rn. 1.

<sup>13</sup> BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21, Rn. 2.

<sup>14</sup> BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21, Rn. 3.

<sup>15</sup> Von der Revision auch nicht angegriffen, BGH, ZUM 2023, S. 458 Rn. 18.

<sup>16</sup> LG Hamburg, Urt. v. 24.1.2012 – 310 O 199/10, Rn 1, 20.

<sup>17</sup> LG Hamburg, Urt. v. 24.1.2012 – 310 O 199/10.

<sup>18</sup> LG Hamburg, Urt. v. 24.1.2012 – 310 O 199/10, Rn. 40.

<sup>19</sup> LG Hamburg, Urt. v. 24.1.2012 – 310 O 199/10, Rn. 45.

<sup>20</sup> LG Hamburg, Urt. v. 24.1.2012 – 310 O 199/10, Rn. 48.

<sup>21</sup> OLG Hamburg, Urt. v. 7.10.2021 – 5 U 23/12.

<sup>22</sup> OLG Hamburg, Urt. v. 7.10.2021 – 5 U 23/12, Rn. 68, 111.

<sup>23</sup> OLG Hamburg, Urt. v. 7.10.2021 – 5 U 23/12, Rn. 68.

<sup>24</sup> OLG Hamburg, Urt. v. 7.10.2021 – 5 U 23/12, Rn. 72.

<sup>25</sup> OLG Hamburg, Urt. v. 7.10.2021 – 5 U 23/12, Rn. 96.

<sup>26</sup> BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21.

<sup>27</sup> Ausführlich BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21.

<sup>28</sup> Näheres hierzu BGH, ZUM 2023, S. 458 ff.

<sup>29</sup> BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21, Rn. 17 ff.

<sup>30</sup> BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21, Rn. 17.

Schutzgegenstands des Art. 1 I und II der Richtlinie betrachtet werden.<sup>31</sup>

## C. Analyse

Im Folgenden wird die Entscheidung des BGH analysiert. Hierfür wird das Rechtsproblem erörtert, entsprechende bisher vertretene Lösungsansätze in Literatur und Rechtsprechung werden benannt und mit der Auffassung des BGH verglichen.

### I. Rechtsproblem

Grundlegend für die Frage, ob die Software der Beklagten zu einer Urheberrechtsverletzung führt, sind zunächst die §§ 69a ff. UrhG, welche der Umsetzung der teilharmonisierenden<sup>32</sup> RL 2009/24/EG dienen.<sup>33</sup> Sie sind mithin richtlinienkonform auszulegen.<sup>34</sup>

Nach Art. 1 I der RL 2009/24/EG und § 69a I UrhG werden Computerprogramme urheberrechtlich als literarische Werke i. S. d. Berner Übereinkunft zum Schutze von Werken der Literatur und Kunst geschützt.<sup>35</sup> Eine klare Definition für den Begriff des Computerprogramms findet sich hier jedoch nicht. Mit der technologieneutralen Formulierung sollten bewusst auch alle Entwicklungen der Zukunft erfasst werden.<sup>36</sup> Die nähere Auslegung des Schutzbereichs wurde insofern Rechtsprechung und Literatur überlassen.<sup>37</sup> Nach der Rechtsprechung des EuGH bezieht sich der Schutzgegenstand auf Computerprogramme in all ihren Ausdrucksformen, die es erlauben, sie in den verschiedenen Datenverarbeitungssprachen, wie Quell- und Objektcode, zu vervielfältigen.<sup>38</sup> Quell- und Objektcode sind folglich die primär geschützten Ausdrucksformen.<sup>39</sup> Jede Veränderung dessen ist demnach als Umarbeitung oder Vervielfältigung eines Computerprogramms nach Art. 4 I Buchst. a, b der RL 2009/24/EG bzw. §§ 69c Nr. 1, 2 UrhG einzustufen.<sup>40</sup>

Vorliegend werden jedoch die im Arbeitsspeicher der Konsole zwischen-gespeicherten Daten modifiziert, die für den weiteren Spielablauf relevant sind. Die Software greift somit nicht direkt in den Objekt- oder Quellcode eines Computerprogramms oder dessen Vervielfältigung ein. Daher stellt sich die Frage, ob auch dieser – dem Programmcode nicht inhärente – Teil vom Schutzbereich umfasst ist. Eng damit verbunden ist die Bewertung, ob eine Umarbeitung nach Art. 4 I Buchst. b der RL 2009/24/EG bzw. § 69c Nr. 2 UrhG einen Eingriff in die Programmsubstanz erfordert.

### II. Lösungsansätze zum Problem

Zur Frage, ob die Variablenwerte im Arbeitsspeicher zum Schutzbereich des Computerprogramms zählen und ob eine Veränderung dieser eine Umarbeitung des Programms darstellt, gab es bisher verschiedene Lösungsansätze.<sup>41</sup>

Nach der bisher herrschenden substanzbezogenen Ansicht ist für eine Umarbeitung nach § 69c Nr. 2 UrhG ein konkreter Eingriff in die Programmsubstanz als Herzstück des Computerprogramms notwendig.<sup>42</sup> Eine Umarbeitung nach § 69c Nr. 2 UrhG liegt demnach nur dann vor, wenn auch in den Objekt- oder Quellcode oder in die innere Struktur und Organisation des Spiels eingegriffen wird.<sup>43</sup> § 69a UrhG schützt hiernach allein das Computerprogramm und nicht dessen programmgemäßen Ablauf und bloße (Zwischen-)Ergebnisse dieses Ablaufs.<sup>44</sup> Die alleinige Veränderung von im Arbeitsspeicher zwischengespeicherten Daten des Endgeräts stellt hiernach weder einen Eingriff in den Schutzbereich des § 69a UrhG noch eine Umarbeitung gemäß § 69c Nr. 2 UrhG dar. Auf eine Finalität der steuernden Programmbefehle kommt es nicht an.<sup>45</sup>

Hingegen sind nach anderer Ansicht auch die zwischengespeicherten Programmvariablen Bestandteil der

<sup>31</sup> BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21, Rn. 41.

<sup>32</sup> Vgl. COM (2000) 199 final, S. 6 II.

<sup>33</sup> BT-Drs. 12/4022 S. 6.

<sup>34</sup> Hierzu mehr vgl. *Herrestahl*, Die richtlinienkonforme und die verfassungskonforme Auslegung im Privatrecht, JuS 2014, S. 289 (291 ff.).

<sup>35</sup> Art. 1 I RL 2009/24/EG. *Eichhorn*, Internet-Recht: Ein Lehrbuch für das Recht im World Wide Web, 2000, S. 123; *Jaeger/Koglin*, Der rechtliche Schutz von Fonts, CR 2002, S. 169 (172); *Bisges*, Die Kleine Münze im Urheberrecht, 2014, S. 42.

<sup>36</sup> COM (88) 816 final, S. 1 Nr. 1.1.; BT-Drs. 12/4022 S. 9.

<sup>37</sup> BT-Drs. 12/4022 S. 9.

<sup>38</sup> Noch auf den Vorgänger RL 91/250/EWG beziehend EuGH, Urt. v. 22.12.2010 – C 393/09, BSA/Kulturministerium, EU:C:2010:816, Rn. 35.

<sup>39</sup> EuGH, Urt. v. 22.12.2010 – C 393/09, BSA/Kulturministerium, EU:C:2010:816, Rn. 34; zustimmend *Redeker*, IT-Recht, 8. Auflage 2023, Rn. 4; so auch *Dreier/Vogel*, Software- und Computerrecht, 2008, S. 48; *Pszczolla*, Onlinespielrecht – Rechtsfragen im Zusammenhang mit Onlinespielen und virtuellen Parallelwelten, 2008, S. 21.

<sup>40</sup> *Dreier* in: *Dreier/Schulze* Urheberrechtsgesetz, 8. Auflage 2025, UrhG § 69c Rn. 15; *Spindler* in: *Schricker/Loewenheim* Urheberrecht Kommentar, 6. Auflage 2020, UrhG § 69c Rn. 13 ff.

<sup>41</sup> Hierzu bereits *Grünberger*, Die Entwicklung des Urheberrechts im Jahr 2022, ZUM 2023, S. 309 (334 f.).

<sup>42</sup> *Spindler*, Grenzen des Softwareschutzes, CR 2012, S. 417 (419 f.); zustimmend OLG Hamburg, Urt. v. 7.10.2021 – 5 U 23/12, Rn. 90; *Grützmaker* in: *Wandtke/Bullinger* Praxiskommentar Urheberrecht, 6. Auflage 2022, UrhG § 69c Rn. 22; *Czychowski* in: *Fromm/Nordemann* Urheberrecht Kommentar, 11. Auflage 2014, UrhG § 69c Rn. 21; vgl. *Heinzke*, Open-Source-Software in Webapps, CR 2019, S. 697 (703).

<sup>43</sup> OLG Hamburg, Urt. v. 7.10.2021 – 5 U 23/12, Rn. 90; *Grützmaker* in: *Wandtke/Bullinger* UrhG (Fn. 42), § 69c Rn. 21; *Hofmann*, Computerspielsysteme, 2016, S. 120.

<sup>44</sup> *Grünberger*, ZUM 2023, S. 309 (334 f.); ebenso *Grützmaker*, ZUM 2023, S. 464 (465); allgemein zur Ausdrucksform *Lehmann/v. Tucher*, Urheberrechtlicher Schutz von multimedialen Webseiten, CR 1999, S. 700 (702).

<sup>45</sup> *Grützmaker*, ZUM 2023, S. 464 (465).

schutzfähigen Teile des Computerprogramms.<sup>46</sup> Hiernach genügt bereits die Modifikation derartiger Variablen, um unmittelbar in die Substanz des Programms einzugreifen.<sup>47</sup> Eine Veränderung dieser Variableninhalte stellt sodann auch eine Umarbeitung des Programms dar.<sup>48</sup> Nach dieser Auffassung ist der Schutzbereich eines Computerprogramms somit nicht nur auf den Quell- und Objektcode beschränkt.

Ungeachtet dessen, kann nach der weiten, funktionalen Betrachtungsweise ein Eingriff in § 69c Nr. 2 UrhG bereits auch dann vorliegen, wenn ohne Veränderung der Programmsubstanz auf den Ablauf des Computerprogramms Einfluss genommen wird.<sup>49</sup> Auf die Deutung des Schutzbereichs kommt es hiernach folglich nicht an. Für eine Umarbeitung nach § 69c Nr. 2 UrhG genügt, dass die Modifikation der Variablendaten den künftigen Ablauf des Programms verändert.<sup>50</sup>

### III. Analyse und Einordnung der Entscheidung

Im Folgenden wird der Beschluss des BGH im Detail beleuchtet und in den aufgezeigten Kontext der bislang vertretenen Ansichten in der Literatur eingeordnet.

#### 1. Analyse

Der BGH erkennt, dass § 69a ff. UrhG anzuwenden sind und hierfür die Auslegung von Art. 1 I–III und Art. 4 I der RL 2009/24/EG entscheidend ist.<sup>51</sup> Insofern beschließt er, das Verfahren auszusetzen und gemäß Art. 267 I Buchst. b und Art. 267 III AEUV eine Vorabentscheidung des EuGH einzuholen.<sup>52</sup> Im Anschluss gibt er eine Tendenz zur Auslegung des Schutzbereichs und des Umarbeitungsbegriffs ab.

#### a) Schutzbereich des Computerprogramms

Zur Definition des Schutzbereichs orientiert sich der BGH am Wortlaut, der Systematik und der Entstehungsgeschichte der RL 2009/24/EG und legt diese hiernach aus.<sup>53</sup> Er hält die Inhalte von Variablen, die im Arbeitsspeicher des Endgeräts angelegt und verwendet werden, nicht für einen Bestandteil des Schutzbereichs eines Computerprogramms.<sup>54</sup>

#### aa) Schutz von Quell- und Objektcode

Aus dem Wortlaut des Art. 10 I des TRIPS-Übereinkommens<sup>55</sup> schließt der BGH, dass nur Quell- und Objektcode die Ausdrucksform eines Computerprogramms darstellen.<sup>56</sup> Unter Berufung auf das EuGH-Urteil BSA/Kulturministerium<sup>57</sup> und den Erwägungsgrund 15 der RL 2009/24/EG untermauert er dies letztlich.<sup>58</sup> Jenes am Programmcode orientierte Verständnis entnimmt er ebenfalls der Entstehungsgeschichte der RL 2009/24/EG,<sup>59</sup> sowie § 1 I der Mustervorschriften der WIPO.<sup>60</sup>

#### bb) Finalität steuernder Programmelemente

In Anbetracht von § 1 I der Mustervorschriften der WIPO,<sup>61</sup> kommt es nach Ansicht des BGH auch nicht auf eine Finalität steuernder Programmelemente an,<sup>62</sup> denn nach Art. 1 II der RL 2009/24/EG sind Ideen und Grundsätze nicht geschützt.<sup>63</sup> Dies stützt er ebenfalls auf vergangene Rechtsprechung des EuGH, wonach das Ergebnis der Nutzung im Programmablauf nicht erfasst sein kann.<sup>64</sup>

#### cc) Schutz als literarisches Werk

Für den BGH ist ebenso unbeachtlich, dass Computerprogramme gemäß Art. 1 I 1 der RL 2009/24/EG urheberrechtlich als literarische Werke im Sinne der RBÜ

<sup>46</sup> *Czychowski/Nordemann*, Schutzbereich und unzulässige Umarbeitung bei Computerprogrammen – Verletzen „Cheat Bots“ für Computerspiele das Urheberrecht?, GRUR 2022, S. 457 (459 ff.); grds. für den Schutz auch ausgelagerter Programmteile *Czychowski/Siesmayer* in: Taeger/Pohle Computerrechts-Handbuch, 37. Ergänzungslieferung 2022, Teil 20.4 Rn. 26; *Nebel/Stiemerling*, Aktuelle Programmiertechniken und ihr Schutz durch § 69a UrhG, CR 2016, S. 61 (68).

<sup>47</sup> *Czychowski/Nordemann*, GRUR 2022, S. 457 (462).

<sup>48</sup> *Czychowski/Nordemann*, GRUR 2022, S. 457 (462).

<sup>49</sup> So bereits OLG Hamburg, Urt. v. 13.4.2012 – 5 U 11/11, Rn. 61; zustimmend vgl. *Wiebe* in: Spindler/Schuster Recht der elektronischen Medien Kommentar, 2019, § 69c Rn. 10; *Conraths*, Der urheberrechtliche Schutz gegen Cheat-Software, CR 2016, S. 705 (707).

<sup>50</sup> OLG Hamburg, Urt. v. 13.4.2012 – 5 U 11/11, Rn. 62; LG Hamburg, Urt. v. 24.1.2012 – 310 O 199/10, Rn. 48.

<sup>51</sup> BGH, ZUM 2023, S. 458 Rn. 14.

<sup>52</sup> BGH, ZUM 2023, S. 458 Rn. 11.

<sup>53</sup> BGH, ZUM 2023, S. 458 Rn. 23 ff.

<sup>54</sup> BGH, ZUM 2023, S. 458 Rn. 20.

<sup>55</sup> BGBl. 1994 II S. 1733.

<sup>56</sup> BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21, Rn. 25.

<sup>57</sup> EuGH, Urt. v. 22.12.2010 – C 393/09, BSA/Kulturministerium, EU:C:2010:816.

<sup>58</sup> BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21, Rn. 25.

<sup>59</sup> Verweist auf RL 91/250/EWG BGH, ZUM 2023, S. 458 Rn. 26.

<sup>60</sup> Mustervorschriften der Weltorganisation für geistiges Eigentum für den Schutz von Computersoftware, abgedruckt in GRUR-Int 1978, S. 286 ff.

<sup>61</sup> GRUR-Int 1978, S. 286 (290).

<sup>62</sup> Vgl. BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21, Rn. 30.

<sup>63</sup> BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21, Rn. 31.

<sup>64</sup> BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21, Rn. 31.

geschützt werden.<sup>65</sup> Die Schutzgrundsätze können nicht in der Art auf Computerprogramme übertragen werden, dass auch die im Arbeitsspeicher abgelegten Variablen als Ausdrucksform des Gesamtkonzepts gewertet werden.<sup>66</sup> Er verweist dabei maßgeblich auf die auch aus Erwägungsgrund 11 ersichtlichen Schutzziele der RL 2009/24/EG, wonach die Programmidee, der Programmablauf und die Funktionalität nicht geschützt sind.<sup>67</sup>

## b) Umarbeitung des Computerprogramms

Der BGH hält für die Umarbeitung nach Art. 4 I Buchst. b der RL 2009/24/EG und § 69c Nr. 2 UrhG, in Anbetracht des Wortlauts, einen konkreten Substanzeingriff für erforderlich.<sup>68</sup> Die Veränderung der Variableninhalte stelle demnach keine Umarbeitung dar.<sup>69</sup> Etwas anderes ergebe sich jedoch, wenn die Variableninhalte in den Schutzbereich des Computerprogramms einbezogen werden würden.<sup>70</sup>

## 2. Einordnung in den bis bisherigen Diskurs

In seiner Stellungnahme zu beiden Vorlagefragen argumentiert der BGH insgesamt übereinstimmend mit dem bislang geltenden herrschenden Verständnis der Literatur.<sup>71</sup>

Insbesondere zur Reichweite der Umarbeitung nach Art. 4 I Buchst. b der RL 2009/24/EG und § 69c Nr. 2 UrhG greift er den aktuellen Streitstand auf.<sup>72</sup> In Einklang mit der substanzbezogenen Auslegung des Umarbeitungsbegriffs,<sup>73</sup> hält er einen Eingriff in die konkrete Programmsubstanz für notwendig.<sup>74</sup>

Seine Ausführung zur Beschränkung des Schutzbereichs auf Quell- und Objektcode<sup>75</sup> entspricht ebenso der bislang herrschenden Konzeption des Schutzbereichs der Richtlinie, wonach allein das Computerprogramm und nicht dessen programmgemäßer Ablauf oder bloße (Zwischen-)Ergebnisse dieses Ablaufs geschützt sind.<sup>76</sup> Die Veränderung der Variableninhalte stellt daher keinen Eingriff dar.

## D. Bewertung und Kritik

Zur Bewertung des Beschlusses wird zunächst die grundsätzliche Vorgehensweise bewertet, bevor dieser aus rechtsdogmatischer, ökonomischer und technischer Perspektive betrachtet wird.

### I. Herangehensweise des BGH

Der Beschluss des BGH ist in zwei Schritte aufgeteilt, die seinerseits zu bewerten sind: Die Aufteilung in beide Vorlagefragen und die Ausführungen hierzu.

#### 1. Vorlagefragen

Insgesamt überzeugt der BGH damit, das Verfahren auszusetzen und dem EuGH zwei Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen. Ebenso überzeugt die Aufteilung in zwei Fragen. Allein die nötige inhaltliche Differenzierung gelingt nicht völlig.

#### a) Zuständigkeit des EuGH

Zutreffend dienen die §§ 69a ff. UrhG der Umsetzung der RL 2009/24/EG.<sup>77</sup> Nach Art. 267 I AEUV ist der EuGH für die Auslegung von Richtlinien im Rahmen der Vorabentscheidung zuständig. Den BGH trifft insoweit eine Vorlagepflicht nach Art. 267 I, III AEUV, wenn die Auslegungsfrage entscheidungserheblich<sup>78</sup> ist und die Entscheidung des nationalen Gerichts nicht mehr mit innerstaatlichen Rechtsmitteln angefochten werden kann,<sup>79</sup> sofern der EuGH die Frage noch nicht bereits entschieden hat oder die Auslegung derart offenkundig ist, dass für vernünftige Zweifel kein Raum bleibt (sog. „*acte éclairé*“).<sup>80</sup> Wie vom BGH richtig erkannt, ist die Auslegung von Art. 1 I–III, Art. 4 I Buchst. b der RL 2009/24/EG entscheidend für das Verständnis von § 69a I–III, § 69c Nr. 2 UrhG. Die vorangegangene Rechtsprechung des EuGH hat den schwach konturierten Schutzbereich von Computerprogrammen zwar

<sup>65</sup> BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21, Rn. 32 ff.; näheres zur RBÜ *Eckhard*, Der Werkbegriff der Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst, 1993, S. 130 f.

<sup>66</sup> BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21, Rn. 34.

<sup>67</sup> BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21, Rn. 34.

<sup>68</sup> BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21, Rn. 41.

<sup>69</sup> BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21, Rn. 41.

<sup>70</sup> BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21, Rn. 41.

<sup>71</sup> Vertretene Lösungsansätze in II. 2.

<sup>72</sup> BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21, Rn. 40.

<sup>73</sup> Zu C. II.

<sup>74</sup> C. III. 1. b); BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21, Rn. 41.

<sup>75</sup> C. III. 1. a).

<sup>76</sup> C. III. 2.

<sup>77</sup> BT-Drs. 12/4022 S. 6; *Czychowski/Nordemann*, GRUR 2022, S. 457 (457).

<sup>78</sup> Vertiefend *Schlachter* in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 25. Auflage 2025, AEUV Art. 267 Rn. 31.

<sup>79</sup> Vgl. *Schlachter* in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (Fn. 78), AEUV Art. 267 Rn. 19 f.

<sup>80</sup> EuGH, Urt. v. 28.7.2016 – C 379/15, *Perfumescop*, ECLI:EU:C:2016:603, Rn. 39; vertiefend *Schlachter* in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (Fn. 78), AEUV Art. 267 Rn. 27.

näher konkretisiert,<sup>81</sup> allerdings lässt sich jedenfalls nicht ohne Zweifel beantworten, ob ausgelagerte Inhalte von Variablen als Ausdrucksform eines Computerprogramms zu betrachten sind und den Schutz der RL 2009/24/EG verdienen.<sup>82</sup> Überdies ist die konkrete Auslegung zum Umarbeitungsbegriff aus Art. 4 I Buchst. b der RL 2009/24/EG in dieser Konstellation nicht Bestandteil vergangener Rechtsprechung gewesen. Die Auslegung ist somit entscheidungserheblich und trotz des wohl herrschenden Programmverständnisses nicht völlig offenkundig, sodass der BGH zur Vorabentscheidung gemäß Art. 267 I, III AEUV verpflichtet war. Der BGH überzeugt damit, die konkrete Auslegung des Schutzbereichs eines Computerprogramms und der Reichweite des Umarbeitungsbegriffs dem EuGH zu überlassen.

### b) Aufteilung in zwei Vorlagefragen

Durch die Aufteilung in zwei Vorlagefragen zeigt der BGH richtigerweise auf, dass sich das Problem nicht allein auf den Umarbeitungsbegriff aus Art. 4 I Buchst. b der RL 2009/24/EG und § 69c Nr. 2 UrhG bezieht. Vielmehr sind bereits die Ausführungen zum Schutzgegenstand von Art. 1 I–III der RL 2009/24/EG und damit auch § 69a I UrhG wesentlich. Zum einen bezieht sich der Wortlaut des Art. 4 I Buchst. b der RL 2009/24/EG und § 69c Nr. 2 UrhG gerade auf die Umarbeitung eines „Computerprogramms“, welches in § 69a I UrhG unter Schutz gestellt wird.<sup>83</sup> Zum anderen sollte bei zielgerichteter Betrachtung des Umarbeitungsbegriffs stets der konkrete Schutzbereich des Programms beachtet werden.<sup>84</sup> Eine zu weite Auslegung würde den Schutzbereich über den in Art. 1 II der RL 2009/24/EG und § 69a II UrhG manifestierten Grundsatz hinausdehnen, wodurch Ideen geschützt werden würden.<sup>85</sup>

### c) Inhaltliche Gestaltung

Die Formulierung beider Vorlagefragen wirkt hingegen nicht völlig gelungen, um das dahinterstehende technische Problem genau zu erfassen. Hier werden allein die vom

Computerprogramm im Arbeitsspeicher angelegten und später verwendeten Inhalte der Variablen als konkretes Streitobjekt benannt.<sup>86</sup> Geeigneter erscheint allerdings eine Differenzierung nach Variablenarten.<sup>87</sup> Insofern könnte zwischen antizipierten Variablen und externen Variablen unterschieden werden.<sup>88</sup> Antizipierte Variablen sind mit ihrem jeweiligen Wert in der Regel im Quell- und Objektcode niedergelegt und fest vorgegeben.<sup>89</sup> Externe Variablen sind hingegen zumeist ausgelagert und hängen vom konkreten Nutzerverhalten ab.<sup>90</sup> Eine solche, technischere Herangehensweise gibt den Prozessbeteiligten sowie sämtlichen Softwareherstellern letztlich die Möglichkeit, das konkrete Problem besser in seinen technischen Kontext einordnen zu können.

## 2. Auslegung des BGH

Der BGH überzeugt außerdem mit seiner Herangehensweise zur Beantwortung beider Vorlagefragen. Er setzt den Sachverhalt treffend in seinen rechtlichen Streitkontext ein, subsumiert unter Berücksichtigung zentraler Aspekte und differenziert dabei deutlicher als bei Formulierung der Vorlagefragen.

### a) Beantwortung der Vorlagefragen

Den Schutzbereich des Computerprogramms bestimmt der BGH mittels Auslegung richtigerweise unter Bezugnahme auf Wortlaut, Regelungszusammenhang und Entstehungsgeschichte der Richtlinie. Ein solches Vorgehen stimmt mit der ständigen Rechtsprechung des EuGH zur Auslegung einer Vorschrift des Unionsrechts überein.<sup>91</sup> Den Umarbeitungsbegriff bestimmt der BGH umfassend, indem er die dazu vertretenen Lösungsansätze der Literatur miteinbezieht.<sup>92</sup> Er berücksichtigt dabei außerdem den deutschen und englischen Wortlaut des Art. 4 I Buchst. b der RL 2009/24/EG und betont die Verzahnung beider Vorlagefragen,<sup>93</sup> indem er die Auslegung des Schutzbereichs richtigerweise für wesentlich hält.<sup>94</sup>

<sup>81</sup> EuGH, Urt. v. 2.5.2012 – C 406/10, SAS Institute, EU:C:2012:259; EuGH, Urt. v. 22.12.2010 – C 393/09, BSA/Kulturministerium, EU:C:2010:816.

<sup>82</sup> Ebenso *Antoine*, Schutzbereich und Umarbeitungsbegriff im urheberrechtlichen Programmschutz: Präzisierung durch den EuGH, GRUR 2023, S. 622 (624).

<sup>83</sup> So auch *Grützmacher*, ZUM 2023, S. 464 (464).

<sup>84</sup> Ebenfalls *Antoine*, GRUR 2023, S. 622 (624).

<sup>85</sup> Näheres hierzu *Grützmacher*, ZUM 2023, S. 464 (464).

<sup>86</sup> Siehe B. IV.; ausführlich BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21.

<sup>87</sup> *Rössel*, Vorlagefragen zur Änderung von Variablenwerten durch Cheating-Software – Action Replay, ITRB 2023, S. 115 (116).

<sup>88</sup> *Rössel*, ITRB 2023, S. 115 (116).

<sup>89</sup> Näheres zur technischen Differenzierung *Rössel*, ITRB 2023, S. 115 (116).

<sup>90</sup> *Rössel*, ITRB 2023, S. 115 (116).

<sup>91</sup> EuGH, Urt. v. 28.7.2016 – C 379/15, Perfumesco.pl, ECLI:EU:C:2016:603, Rn. 39; EuGH, Urt. v. 10.6.2021 – C 65/20, KRONE-Verlag, EU:C:2021:471, Rn. 25; EuGH, Urt. v. 10.12.2018 – C 621/18, Wightman u.a., EU:C:2018:999, Rn. 22.

<sup>92</sup> BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21, Rn. 39 f.

<sup>93</sup> Hierzu bereits *Antoine*, GRUR 2023, S. 622 (624).

<sup>94</sup> BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21, Rn. 41.

## b) Technische Differenzierung

Der BGH unterscheidet, zumindest bei der Auslegung des Schutzgegenstands des Computerprogramms, zwischen Variablenarten und ordnet das Streitobjekt damit in seinen Variablenarten und ordnet das Streitobjekt damit in seinen technischen Kontext präziser ein als bei den Vorlagefragen.<sup>95</sup> Er trennt zwischen auszuschließenden, vom „Nutzer generierten Inhalten von Variablen“ und anders zu wertenden, „vom Entwickler als Kategorie vorgesehenen Variablen, die den Gang der Handlung mitbestimmen“.<sup>96</sup> Offen bleibt demnach allerdings dennoch, ob der BGH sich hierbei nur auf solche Variableninhalte bezieht, die eine konkrete Handlung vorgeben, oder auch alle Variablen umfassen will, die vom Entwickler bewusst vorherbestimmt werden.<sup>97</sup>

### 3. Zwischenergebnis

Der BGH wählt mit der Vorabentscheidung und Aussetzung des Verfahrens den richtigen Weg, er war zur Vorlage nach Art. 267 I, III AEUV verpflichtet. Ebenso überzeugt er mit Aufteilung und Gestaltung der Vorlagefragen sowie mit der Herangehensweise an die Auslegung der Fragen. Es mangelt allein an geeigneter technischer Differenzierung.

## II. Rechtsdogmatische Bewertung

Zur Bewertung aus rechtsdogmatischer Sicht werden die Ausführungen des BGH zum Umfang des Schutzbereichs von Art. 1 I–III der RL 2009/24/EG und der Umarbeitung gemäß Art. 4 I Buchst. b der RL 2009/24/EG und auf deren Überzeugungskraft bewertet.

### 1. Schutzbereich der RL 2009/24/EG

Der BGH bestimmt den Schutzbereich des Computerprogramms richtig, indem er von einem primären Schutz von Quell- und Objektcode ausgeht, das Erfordernis der Finalität steuernder Programmelemente ablehnt und einen

Schutz der Variableninhalte über den Schutz von Romanen als Werke der Literatur verneint.<sup>98</sup>

### a) Schutz von Quell- und Objektcode

Überzeugend geht der BGH von einem programmcodeorientierten Verständnis des Schutzbereichs des Computerprogramms aus. Die zwischengespeicherten Variableninhalte sind als Elemente des Programms daher und auch in Anbetracht vergangener Rechtsprechung kein Teil des Schutzbereichs.

#### aa) Programmcodeorientierung

Trotz der technikneutralen Formulierung<sup>99</sup> ergibt sich in Anbetracht von Erwägungsgrund 15 der RL 2009/24/EG in der Tat ein am Objekt- und Quellcode orientiertes Verständnis, wie der BGH zutreffend festgestellt hat.<sup>100</sup> Als Ausdrucksform wird hier gerade die „Codeform“ betont. Dieses am Programmcode orientierte Verständnis lässt sich überdies auch mit Art. 10 I des TRIPS-Übereinkommens<sup>101</sup> vereinbaren.<sup>102</sup> Hiernach bezieht sich der Schutz gerade auf „Computerprogramme, gleichviel ob sie in Quellcode oder in Maschinenprogrammcode ausgedrückt sind“.<sup>103</sup>

Eine ähnlich enge Konzeption lässt sich auch der vergangenen Rechtsprechung des EuGH entnehmen, wie vom BGH ebenso richtig angeführt.<sup>104</sup> In BSA/Kulturministerium<sup>105</sup> und SAS Institute<sup>106</sup> hat der EuGH den Schutzbereich eines Computerprogramms erstmalig konkretisiert.<sup>107</sup> Hiernach bezieht sich der Schutzgegenstand auf das Computerprogramm in all seinen Ausdrucksformen, die es erlauben, es in den verschiedenen Datenverarbeitungssprachen, wie Quell- und Objektcode zu vervielfältigen.<sup>108</sup> Quell- und Objektcode scheinen, wie vom BGH erkannt,<sup>109</sup> auch hiernach primärer Schutzgegenstand zu sein. Ferner verlangt der EuGH, dass „jede Ausdrucksform ab dem Moment geschützt sein [muss], ab dem ihre Vervielfältigung die Vervielfältigung des

<sup>95</sup> So auch *Rössel*, ITRB 2023, S. 115 (116).

<sup>96</sup> BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21, Rn. 34.

<sup>97</sup> Ausführlich *Rössel*, ITRB 2023, S. 115 (116).

<sup>98</sup> Vgl. C. III. 1. a).

<sup>99</sup> Zur Begründung vgl. COM (88) 816 final, S. 1 Nr. 1.1.

<sup>100</sup> BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21, Rn. 25.

<sup>101</sup> BGBl. 1994 II S. 1733.

<sup>102</sup> So auch *Marly*; Der Urheberrechtsschutz grafischer Benutzeroberflächen von Computerprogrammen – Zugleich Besprechung der EuGH-Entscheidung „BSA/Kulturministerium“, GRUR 2011, S. 204 (207); *Junker/Benecke*, Computerrecht, 3. Auflage 2003, S. 43 Rn. 35.

<sup>103</sup> Art. 10 II TRIPS-Abkommen verwendet „Maschinenprogrammcode“ synonym für Objektcode, vgl. BGBl. 1994 II S. 1733.

<sup>104</sup> BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21, Rn. 25, 31.

<sup>105</sup> EuGH, Urt. v. 22.12.2010 – C 393/09, BSA/Kulturministerium, EU:C:2010:816.

<sup>106</sup> EuGH, Urt. v. 2.5.2012 – C 406/10, SAS Institute, EU:C:2012:259.

<sup>107</sup> *Antoine*, Entwurfsmaterial im Schutz der Software-Richtlinie, CR 2019, S. 1 (2); *Heinze*, Software als Schutzgegenstand des Europäischen Urheberrechts, JIPITEC 02/2011, <https://www.jipitec.eu/jipitec/article/view/71/67> [Stand: 18.2.2025], S. 97 (99).

<sup>108</sup> EuGH, Urt. v. 22.12.2010 – C 393/09, BSA/Kulturministerium, EU:C:2010:816, Rn. 35; EuGH, Urt. v. 2.5.2012 – C 406/10, SAS Institute, EU:C:2012:259, Rn. 35.

<sup>109</sup> BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21, Rn. 25.

Computerprogramms zur Folge hätte und auf diese Weise der Computer zur Ausführung seiner Funktion veranlasst werden könnte“.<sup>110</sup> Der Ausdrucksform des Computerprogramms muss somit auch eine gewisse Steuerungsfunktion zukommen.<sup>111</sup> Dies lässt sich zutreffend auch der Entstehungsgeschichte der Richtlinie entnehmen. Die Kommission ging von einer „Folge von Befehlen, die [...] einen Computer, zur Ausführung seiner Funktion veranlassen“,<sup>112</sup> aus.<sup>113</sup>

Eine solche steuernde Funktion nehmen die Variableninhalte allerdings nicht wahr. Zwar haben sie – je nach Nutzerverhalten – einen anderen Einfluss auf den Programmverlauf, jedoch enthalten sie allein konkrete Werte, aber keine steuernden Befehle.<sup>114</sup> Steuernde Funktion haben vielmehr die Befehle des Programmcodes, die die Inhalte der Variablen auslesen und entsprechend umsetzen – nicht jedoch die konkreten Werte der Variablen.<sup>115</sup> Demnach können solche Daten nach allgemeiner Ansicht auch nicht vom Schutz umfasst sein.<sup>116</sup>

An dem vom BGH angenommenen, primär am Quell- und Objektcode orientierten Verständnis rüttelt letztlich auch nicht der Umstand, dass das Entwurfsmaterial Teil des Schutzes eines Computerprogramms ist.<sup>117</sup> Vielmehr ist dieses aus Kohärenzgesichtspunkten den Regelungen der RL 2009/24/EG zuzuordnen,<sup>118</sup> obwohl es die Voraussetzungen eines Computerprogramms nicht erfüllt.<sup>119</sup> Es genügt allein, dass das Entwurfsmaterial dazu geeignet ist, auf seiner Basis ein Programm in Codeform schreiben zu können.<sup>120</sup> Demnach ist zwar die Programmlogik prinzipiell schutzfähig, soweit sie nicht mit den in dem Programm

zugrunde liegenden Ideen und Grundsätzen gleichgesetzt werden kann, allerdings wurde diese gerade nicht berührt.<sup>121</sup> Das Programm läuft technisch gleich ab, liest nur andere programmimmanente Werte ein.<sup>122</sup>

## bb) Schutz von Programmelementen

Für die Ansicht des BGH, die zwischengespeicherten Variableninhalte nicht vom Schutz zu umfassen, spricht auch die BSA/Kulturministerium-Entscheidung des EuGH.<sup>123</sup> Hiernach sind Elemente als Teil des Ablaufs eines Programms, wie die Variableninhalte, nicht zwingend Teil der Ausdrucksform und somit richtigerweise nicht vom urheberrechtlichen Schutz umfasst. So lehnte der EuGH einen Schutz der Bildschirmoberfläche ab,<sup>124</sup> indem er gerade darauf verwies, dass diese lediglich ein Element des Programms darstelle,<sup>125</sup> aber keine eigenständige Ausdrucksform.<sup>126</sup> Bei den Variableninhalten handelt es sich gerade nicht um antizipierte Variableninhalte, sondern um externe Variablen.<sup>127</sup> Diese sind der Ablaufphase des Programms – wie die Bildschirmoberfläche selbst – zeitlich nachgelagert,<sup>128</sup> denn sie folgen auch aus Handlungen des Nutzers.<sup>129</sup> Ebenso wie die Bildschirmoberfläche,<sup>130</sup> handelt es sich bei den Werten der Variablen insofern auch um (Zwischen-)Ergebnisse des Programms,<sup>131</sup> die klar von der Ausdrucksform und damit dem Schutzbereich der Richtlinie zu trennen sind.<sup>132</sup> Das Urheberrecht kennt gerade keine Ausdehnung des Schutzbereichs auf Erzeugnisse im Sinne eines derivativen Schutzes.<sup>133</sup>

## b) Finalität steuernder Programmelemente

<sup>110</sup> EuGH, Urt. v. 22.12.2010 – C 393/09, BSA/Kulturministerium, EU:C:2010:816, Rn. 38.

<sup>111</sup> Burkhardt in: Wenzel/Burkhardt Urheberrecht für die Praxis, 5. Auflage 2009, S. 169 Rn. 7; Antoine, CR 2019, S. 1 (2); Marly, GRUR 2011, S. 204 (207).

<sup>112</sup> Definition des Computerprogramms zum Vorgänger RL 91/250/EWG, COM (88) 816 final, S. 1 Nr. 1.1.

<sup>113</sup> Vom BGH auch berücksichtigt, BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21, Rn. 2.

<sup>114</sup> Hierzu auch Spindler, CR 2012, S. 417 (419); Mörike, Urheberrechtliche Zulässigkeit von Drittanbietersoftware in Online-Spielen, 2021, S. 136.

<sup>115</sup> Ebenso Grützmacher, ZUM 2023, S. 464 (464).

<sup>116</sup> Vgl. Grützmacher in: Wandtke/Bullinger Praxiskommentar Urheberrecht (Fn. 42), UrhG § 69a Rn. 18; Schneider, Handbuch – EDV-Recht, 5. Auflage 2017, S. 1035 Rn. 40 f.; Marly, Praxishandbuch Softwarerecht, 6. Auflage 2014, S. 10 Rn. 27; Mörike (Fn. 114), S. 91; anderer Ansicht Czychowski/Nordemann, GRUR 2022, S. 457 (459 ff.).

<sup>117</sup> Zum Schutz des Entwurfsmaterials Grützmacher in: Wandtke/Bullinger Praxiskommentar Urheberrecht (Fn. 42), UrhG § 69a Rn. 7.

<sup>118</sup> So auch Antoine, GRUR 2023, S. 622 (624).

<sup>119</sup> Vgl. COM (88) 816 final, S. 1 Nr. 1.1.

<sup>120</sup> Hierzu auch Antoine, CR 2019, S. 1 (1 ff.).

<sup>121</sup> So auch OLG Hamburg, Urt. v. 7.10.2021 – 5 U 23/12, Rn. 92.

<sup>122</sup> OLG Hamburg, Urt. v. 7.10.2021 – 5 U 23/12, Rn. 92.

<sup>123</sup> EuGH, Urt. v. 22.12.2010 – C 393/09, BSA/Kulturministerium, EU:C:2010:816.

<sup>124</sup> Näheres zur Bildschirmoberfläche König, Der wettbewerbsrechtliche Schutz von Computerprogrammen vor Nachahmung, NJW 1990, S. 2233 (2234).

<sup>125</sup> EuGH, Urt. v. 22.12.2010 – C 393/09, BSA/Kulturministerium, EU:C:2010:816, Rn. 41.

<sup>126</sup> So auch Barnitzke/Möller/Nordmeyer, Die Schutzfähigkeit graphischer Benutzeroberflächen nach europäischem und deutschem Recht, CR 2011, S. 277 (279); Härtling, Internetrecht, 7. Auflage 2023, S. 277 Rn. 1136.

<sup>127</sup> Zur Differenzierung D. I. 2. b).

<sup>128</sup> Hierzu Barnitzke/Möller/Nordmeyer, CR 2011, S. 277 (279).

<sup>129</sup> So bereits OLG Hamburg, Urt. v. 7.10.2021 – 5 U 23/12, Rn. 92.

<sup>130</sup> Näheres hierzu Raubenheimer, Software-Schutz nach dem neuen Urheberrecht, CR 1994, S. 69 (70); Barnitzke/Möller/Nordmeyer, CR 2011, S. 277 (278).

<sup>131</sup> Grünberger, ZUM 2023, S. 309 (334 f.).

<sup>132</sup> Hierzu mehr Barnitzke/Möller/Nordmeyer, CR 2011, S. 277 (278 f.); im Ergebnis Wiebe/Kreutz, Internet und E-Commerce: Der urheberrechtliche Computerprogrammenschutz beim Einsatz von Werbeblockersoftware, CR 2022, S. 383 (385).

<sup>133</sup> Ausführlich Lauber-Rönsberg, Autonome „Schöpfung“ – Urheberschaft und Schutzfähigkeit, GRUR 2019, S. 244 (248).

Der BGH stellt ebenfalls überzeugend dar, dass es nach § 1 I der Mustervorschriften der WIPO<sup>134</sup> auch nicht auf eine Finalität der Programmstrukturen ankommen kann.<sup>135</sup>

Ein Computerprogramm ist hiernach die Abfolge von Befehlen, die nach Aufnahme in einen maschinenlesbaren Träger fähig sind zu bewirken, dass eine Maschine mit informationsverarbeitenden Fähigkeiten eine bestimmte Aufgabe oder ein bestimmtes Ergebnis anzeigt, ausführt oder erzielt.

Dies wird teilweise gerade so interpretiert, dass eine Finalität der steuernden Programmstrukturen benötigt wird.<sup>136</sup> Vom Programmbegriff sollen demnach alle Teile des Befehlsablaufs umfasst sein, die insgesamt bewirken, dass gewisse Ergebnisse ausgeführt oder erzielt werden.<sup>137</sup> Ein solches Ergebnis soll im Streitfall das unterhaltende und herausfordernde Spielerlebnis darstellen,<sup>138</sup> welches sich insbesondere durch programmimmanent permanent verfügbare Funktionen ergibt.<sup>139</sup> Insofern sei es zwingend notwendig, auf die für diesen Prozess bewusst nach dem Willen des Urhebers im Arbeitsspeicher zurückgelegten Variablen zurückgreifen zu können.<sup>140</sup>

Diese Ansicht ist jedoch mit den Zielen und Bestimmungen der RL 2009/24/EG kaum vereinbar.<sup>141</sup> Auch wenn die im Arbeitsspeicher hinterlegten Werte nicht nur zufällige und unvermeidbare Produkte des Softwareablaufs sind,<sup>142</sup> kann es gerade nicht auf den Willen des Programmentwicklers ankommen, dass nur die spielregelkonform bei Programmablauf entstehenden Variableninhalte verwendet werden.<sup>143</sup> Ideen sind nach Art. 1 II und Erwägungsgrund 11 der RL 2009/24/EG keinesfalls vom Schutz umfasst. Dieser im Urheberrecht verankerte Grundsatz<sup>144</sup> findet sich auch im internationalen Recht in Art. 2 des Urheberrechtsvertrags der WIPO<sup>145</sup> und in Art. 9 II des TRIPS-Übereinkommens<sup>146</sup> wieder, wonach der Schutz allein für Ausdrucksformen, nicht

aber für Ideen als solche gilt.<sup>147</sup> Insofern sind weder die Funktionalität eines Computerprogramms noch die Programmiersprache oder das Dateiformat zur Nutzung bestimmter Funktionen eine Ausdrucksform des Computerprogramms im Sinne des Art. 1 II der RL 2009/24/EG.<sup>148</sup> Nach Rechtsprechung des EuGH würde ein urheberrechtlicher Schutz von Funktionalitäten zum Schaden des technischen Fortschritts und der industriellen Entwicklung die Möglichkeit eröffnen, Ideen zu monopolisieren.<sup>149</sup> Insofern darf dem Spielentwickler nicht die Möglichkeit gegeben werden, seinen Nutzern vorschreiben zu können, wie sein Spiel gespielt werden darf, indem die Variablen geschützt werden.<sup>150</sup>

Dies zeigt sich auch durch einen Vergleich in die Welt analoger Spiele. So darf hier dem Spieler auch nicht vorgeschrieben werden, dass das Spiel anleitungsgemäß gespielt werden muss.<sup>151</sup> Die Art und Weise der Benutzung des Werkes darf also nicht zustimmungspflichtig sein.<sup>152</sup> Dies würde hier im Ergebnis jedoch erreicht werden, wenn die Abänderung der vorgesehenen Variableninhalte verboten wäre und allein die vom Entwickler vorgesehenen Inhalte verwendet werden dürften.<sup>153</sup> Der Spielentwickler würde hiermit im Widerspruch zum Schutzziel der RL 2009/24/EG die Möglichkeit erhalten, seine Spielidee zu monopolisieren und von Einwirkungen und Veränderungen von außen zu bewahren.

### c) Schutz über Roman als Werk der Literatur

Zutreffend kann den zwischengespeicherten Variableninhalten im Arbeitsspeicher des Endgeräts kein Schutz über den Vergleich zu einem Roman als Werk der Literatur zukommen.<sup>154</sup>

Es ist zwar richtig, dass das Computerprogramm urheberrechtlich als literarisches Werk im Sinne der RBÜ

<sup>134</sup> GRUR-Int 1978, S. 286 (290).

<sup>135</sup> BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21, Rn. 30 f.

<sup>136</sup> *Czychowski/Nordemann*, GRUR 2022, S. 457 (459 f.); so auch von der Revision beanstandet BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21, Rn. 29.

<sup>137</sup> *Czychowski/Nordemann*, GRUR 2022, S. 457 (459 f.); BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21, Rn. 29.

<sup>138</sup> Ansicht der Revision BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21, Rn. 29.

<sup>139</sup> Z.B. Erschöpfen des Turbos; vgl. *Czychowski/Nordemann*, GRUR 2022, S. 457 (459).

<sup>140</sup> *Czychowski/Nordemann*, GRUR 2022, S. 457 (459).

<sup>141</sup> Ebenfalls *Grünberger*, ZUM 2023, S. 309 (335).

<sup>142</sup> So in besagter Ansicht vertreten *Czychowski/Nordemann*, GRUR 2022, S. 457 (459); auch von der Revision ausgeführt BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21, Rn. 29.

<sup>143</sup> Gleichfalls BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21, Rn. 30 f.

<sup>144</sup> Hierzu mehr *Grützmaker* in: Wandtke/Bullinger Praxiskommentar Urheberrecht (Fn. 42), UrhG § 69a Rn. 28 ff.

<sup>145</sup> BGBl. 2003 II S. 756.

<sup>146</sup> BGBl. 1994 II S. 1733.

<sup>147</sup> Vom Senat berücksichtigt BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21, Rn. 25.

<sup>148</sup> Damals noch zu Art. 1 II der RL 91/250/EWG, EuGH, Urt. v. 2.5.2012 – C 406/10, SAS Institute, EU:C:2012:259, Rn. 39.

<sup>149</sup> EuGH, Urt. v. 2.5.2012 – C 406/10, SAS Institute, EU:C:2012:259, Rn. 40; so auch vom BGH berücksichtigt BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21, Rn. 31.

<sup>150</sup> So auch OLG Hamburg, Urt. v. 7.10.2021 – 5 U 23/12, Rn. 96; *Grünberger*, ZUM 2023, S. 309 (335).

<sup>151</sup> Analog zu Gemälden vgl. *Spindler*, CR 2012, S. 417 (420).

<sup>152</sup> *Spindler*, CR 2012, S. 417 (420).

<sup>153</sup> Im Ergebnis gleich *Spindler*, CR 2012, S. 417 (420).

<sup>154</sup> Zu C. III. 1. a) cc); vgl. BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21, Rn. 32 ff.

geschützt wird.<sup>155</sup> Ebenso sind bei einem Roman als Werk der Literatur zutreffend auch eigenpersönlich geprägte Bestandteile geschützt, wie der Gang der Handlung und die Ausgestaltung von Szenen.<sup>156</sup> Wie der BGH allerdings bereits richtig erkannt hat,<sup>157</sup> lässt sich dies nicht auf Computerprogramme in der Form ableiten, dass auch die zwischengespeicherten Variablen vom Schutz umfasst sind. Entscheidend hierfür führt der BGH bereits an, dass die in Rede stehenden Variablenwerte auf das konkrete Nutzerverhalten zurückzuführen sind und insofern nicht in gleicher Art und Weise als eigenpersönliches Element betrachtet werden können.<sup>158</sup> Außerdem wäre ein Schutz hierüber widersprüchlich zum Schutzbereichsverständnis des Quell- und Objektcodes.<sup>159</sup> Überzeugender findet sich der „Gang der Handlung“ in der Anordnung des Quellcodes wieder.<sup>160</sup> Dieser ist zutreffend auch geschützt,<sup>161</sup> hier jedoch unberührt geblieben, weil allein die Inhalte der Variablen anders befüllt werden.<sup>162</sup> Ausschlaggebend weist der BGH aber auch hier eine Ausdehnung des Schutzbereichs zurück, weil sonst ein mittelbarer Schutz der Spielidee erreicht werden würde,<sup>163</sup> der dem Urheberrecht fremd ist.<sup>164</sup>

## 2. Umarbeitung des Computerprogramms

Der BGH folgt überzeugend der bislang herrschenden Auffassung und hält in Anbetracht des Wortlauts für eine Umarbeitung des Computerprogramms einen tatsächlichen Substanzeingriff, in Form der Einwirkung auf Quell- oder Objektcode, für notwendig.<sup>165</sup> Die Modifikation der Variableninhalte stellt daher keine Umarbeitung des Computerprogramms dar.

### a) Wortlaut und Systematik

Zutreffend ist in Anbetracht des Begriffs der „Umarbeitung“ aus Art. 4 I Buchst. b der RL 2009/24/EG sowie der „alteration“,<sup>166</sup> von einer tatsächlich nötigen Veränderung des Quell- und Objektcodes auszugehen.<sup>167</sup> Für diese Auffassung sprechen ebenfalls die „Übersetzung“ sowie das „Arrangement“ aus Art. 4 I Buchst. b der RL 2009/24/EG, welche eine Abänderung des konkreten Programmcodes bzw. der konkreten Codestruktur implizieren, um diese an die neuen Erfordernisse anzupassen.<sup>168</sup> So meint die „Übersetzung“ vor allem die Übertragung eines Programms in eine andere Programmiersprache.<sup>169</sup> Andererseits könnte die „andere Umarbeitung“<sup>170</sup> aber auch so verstanden werden, dass für diese ein Substanzeingriff gerade nicht zwingend nötig ist.<sup>171</sup>

Für einen Substanzeingriff spricht aus systematischer Sicht jedoch außerdem die Verzahnung des Schutzbereichs des Computerprogramms und des Umarbeitungsbegriffs.<sup>172</sup> Insofern muss jede Umarbeitung eines Computerprogramms denklogisch auch den Schutzgegenstand des Computerprogramms aus Art. 1 I–III der RL 2009/24/EG erfassen.<sup>173</sup> Wegen des am Programmcode orientierten Verständnisses<sup>174</sup> ist dessen Veränderung und nicht jede beliebige Veränderung des Ablaufs des Programms erforderlich. Anderenfalls würde der Umarbeitungsbegriff den Urheberrechtsschutz unsystematisch über den Schutzbereich des Computerprogramms erweitern.<sup>175</sup>

Letztlich spricht für das substanzbezogene Verständnis des Umarbeitungsbegriffs auch ein systematischer Vergleich mit dem Begriff der Vervielfältigung aus Art. 4 I 1 Buchst. a der RL 2009/24/EG.<sup>176</sup> So hat der EuGH in der Entscheidung „SAS Institute“ betont, dass das Urheberrecht am Computerprogramm nicht verletzt werden könne, wenn überhaupt kein Zugang zum Quellcode besteht.<sup>177</sup> Folgerichtig

<sup>155</sup> Wortlaut des Art. 1 I der RL 2009/24/EG.

<sup>156</sup> Hierzu *Bullinger* in: Wandtke/Bullinger Praxiskommentar Urheberrecht (Fn. 42), UrhG § 2 Rn. 48.

<sup>157</sup> Zu C. III. 1. a) cc); vgl. BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21, Rn. 32 ff.

<sup>158</sup> BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21, Rn. 34.

<sup>159</sup> Zum Verständnis D. II. 1. a) aa).

<sup>160</sup> So auch *Grützmacher*, ZUM 2023, S. 464 (465).

<sup>161</sup> Zu D. II. 1. a) aa).

<sup>162</sup> Ebenso *Grützmacher*, ZUM 2023, S. 464 (465).

<sup>163</sup> BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21, Rn. 34; zustimmend *Grützmacher*, ZUM 2023, S. 464 (465).

<sup>164</sup> Hierzu mehr *Hoeren*, Internetrecht – Ein Grundriss, 4. Auflage 2021, S. 8 Rn. 18 ff.

<sup>165</sup> BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21, Rn. 41; zur h.M. *Spindler* in: Schrickler/Loewenheim Urheberrecht Kommentar (Fn. 40), UrhG § 69c Rn. 14; *Kreutzer*, Werblocker und Urheberrecht, MMR 2018, S. 639 (643); *Ritter*, Kein Funktionsschutz für Computerprogramme, GRUR-Prax 2022, S. 149 (149).

<sup>166</sup> Verwendet in Art. 4 I Buchst. b der englischen Fassung der RL 2009/24/EG.

<sup>167</sup> Im Ergebnis auch *Antoine*, GRUR 2023, S. 622 (625); *Grützmacher*, ZUM 2023, S. 464 (466).

<sup>168</sup> *Spindler*, CR 2012, S. 417 (419).

<sup>169</sup> *Grützmacher* in: Wandtke/Bullinger Praxiskommentar Urheberrecht (Fn. 42), UrhG § 69c Rn. 19.

<sup>170</sup> Vgl. Wortlaut des Art. 4 I Buchst. b der RL 2009/24/EG.

<sup>171</sup> *Mörke* (Fn. 114), S. 135.

<sup>172</sup> Hierzu D. I. 2. a).

<sup>173</sup> So auch *Antoine*, GRUR 2023, S. 622 (625).

<sup>174</sup> Zu D. II. 1. a) aa).

<sup>175</sup> Vgl. *Antoine*, GRUR 2023, S. 622 (625).

<sup>176</sup> Hierzu bereits *Antoine*, GRUR 2023, S. 622 (625).

<sup>177</sup> EuGH, Urt. v. 2.5.2012 – C 406/10, SAS Institute, EU:C:2012:259, Rn. 61.

können diese substanzbezogenen Grundsätze auch auf den Umarbeitungsbegriff übertragen werden.<sup>178</sup>

### b) Telos

Für die Auffassung des BGH sprechen überdies teleologische Gründe. Zur Förderung von Interoperabilität<sup>179</sup> kann der programmgemäße Ablauf gerade nicht Teil des Schutzbereichs sein,<sup>180</sup> sodass eine Umarbeitung nicht bei jeglicher Veränderung des Ablaufs bejaht werden kann.<sup>181</sup> Ansonsten würde jede Interaktion zwischen Programmen, wie u. a. eine zielgerichtete Nutzung und Verwendung von Funktionalitäten,<sup>182</sup> untersagt werden, auch wenn der Programmcode unberührt bleibt.<sup>183</sup> Dies würde die Weiterentwicklung von Programmen auf der Grundlage von offenen Schnittstellen, die gerade keinen Eingriff in die Programmsubstanz erfordern, verhindern.<sup>184</sup> Hierdurch würde das verfolgte Ziel konterkariert werden, die Verbindung und das Zusammenwirken aller Elemente eines Computersystems, auch von verschiedenen Herstellern, zu ermöglichen.<sup>185</sup> Art. 4 I Buchst. b der RL 2009/24/EG schützt indes nur vor Veränderungen des Programmcodes. Anderenfalls wäre es widersprüchlich, dem Nutzer die Erlangung von unersichtlichen Informationen über Schnittstellen nach Art. 6 der RL 2009/24/EG zu ermöglichen, die Schnittstelle jedoch nicht nutzbar zu machen, weil jede Veränderung der Daten einer zustimmungsbedürftigen Umarbeitung entsprechen würde.<sup>186</sup>

### 3. Zwischenergebnis

Die Ausführungen des BGH zu beiden Vorlagefragen überzeugen in rechtsdogmatischer Hinsicht. Den zwischengespeicherten Variableninhalten kommt nach dem herrschenden, am Programmcode orientierten Verständnis des Schutzbereichs kein Schutz nach Art. I–III der RL 2009/24/EG und § 69a I UrhG und zu. In Anbetracht dessen ist eine Veränderung dieser Inhalte auch nicht als zustimmungsbedürftige Umarbeitung gemäß Art. 4 I Buchst. b der RL 2009/24/EG und § 69c Nr. 2 UrhG zu sehen.

<sup>178</sup> *Antoine*, GRUR 2023, S. 622 (625).

<sup>179</sup> Zentrales Ziel, vgl. ErwGr 15 der RL 2009/24/EG.

<sup>180</sup> Ebenso OLG Hamburg, Urt. v. 7.10.2021 – 5 U 23/12, Rn. 91; *Grützmacher* in: Wandtke/Bullinger Praxiskommentar Urheberrecht (Fn. 42), UrhG § 69c Rn. 22; *Bröckers*, Second Hand-Software im urheberrechtlichen Kontext, 2010, S. 33.

<sup>181</sup> So auch *Grützmacher* in: Wandtke/Bullinger Praxiskommentar Urheberrecht (Fn. 42), UrhG § 69c Rn. 22.

<sup>182</sup> *Spindler*, CR 2012, S. 417 (419).

<sup>183</sup> *Antoine*, GRUR 2023, S. 622 (625).

<sup>184</sup> LG Hamburg, Urt. v. 3.5.2016 – 308 O 46/16, Rn. 28; zustimmend *Grützmacher*, Anmerkung zu LG Hamburg, Urt. v. 3.5.2016 – 408 O 46/16, CR 2016, S. 782 (785); *Mörke* (Fn. 114), S. 136 f.

<sup>185</sup> Vgl. ErwGr 15; OLG Hamburg, Urt. v. 7.10.2021 – 5 U 23/12, Rn. 98.

<sup>186</sup> *Mörke* (Fn. 114), S. 137.

<sup>187</sup> Hierzu B. II.

<sup>188</sup> So auch *Czychowski/Nordemann*, GRUR 2022, S. 457 (462).

<sup>189</sup> Vgl. *Grützmacher*, ZUM 2023, S. 464 (467).

## III. Ökonomische Bewertung

Zur Bewertung des Beschlusses aus ökonomischer Perspektive wird die Wirkung auf die Investitionsschutzinteressen der Klägerin sowie der Einfluss auf den Markt skizziert und beurteilt.

### 1. Investitionsschutzinteressen

Die Auffassung des BGH würde die Veränderung der Variableninhalte und damit die Nutzung der Software „Action-Replay“ erlauben.

Dennoch bleiben die Investitionsschutzinteressen der Klägerin gewahrt, da es keinen zwingenden negativen Einfluss auf den Kaufanreiz für die Originalsoftware gibt. Das Produkt der Beklagten stellt nur eine Erweiterung zum Originalspiel der Klägerin dar, welche lediglich simultan zu dessen Ablauf funktioniert. Dem Nutzer wird somit nicht die Möglichkeit gegeben, auf den Kauf des Spiels zu verzichten. Vielmehr könnte das Angebot der Zusatzsoftware ggf. sogar zu einem zusätzlichen Kaufanreiz am Originalspiel führen, schließlich erweitern „Action Replay“ und „Tilt-FX“ die Nutzungsmöglichkeiten des Spiels für den Spieler.<sup>187</sup>

Aus ökonomischer Sicht wirkt sich auf die Klägerin somit allein der Umstand negativ aus, dass sie daran gehindert wird, in einer Neuauflage des Spiels Kundenwünschen nachzukommen und insofern zum Beispiel die Beschränkung des Turbos selbst aufzuheben und damit Umsatz generieren zu können.<sup>188</sup> Eine zu weite Ausdehnung des Anpassungsrecht des Urhebers würde jedoch zu einer Monopolisierung führen, die von der RL 2009/24/EG gerade verhindert werden soll.<sup>189</sup>

### 2. Einfluss auf den Markt

Die Ansicht des BGH wirkt sich positiv auf die Spielbranche und den wirtschaftlichen Markt im Ganzen aus, indem er die Grenzen der Veränderungen von Computerprogrammen näher beleuchtet.

Der Beschluss skizziert exemplarisch, dass Veränderungen des Programmablaufs eines Computerprogramms keiner

Zustimmung bedürfen, soweit sie den Programmcode unberührt lassen. Damit ermöglicht der Senat das Zusammenwirken von verschiedenen Computerprogrammen, ganz im Sinne der erstrebten Interoperabilität.<sup>190</sup> Bei Überdehnung des Schutzbereichs durch Erfassen jeglicher Veränderung des Ablaufs, wäre die Interaktion verschiedener Computerprogramme hingegen nahezu völlig verhindert.<sup>191</sup> Die klare Trennlinie mündet überdies vor allem in Planungssicherheit. Langwierige und kostenintensive Prozesse stellen eine riesige Markteintrittshürde für Sekundärmärkte und Konkurrenzunternehmen dar,<sup>192</sup> die daher besonders von einer klaren rechtlichen Ausgestaltung profitieren. Hierdurch wird den Wettbewerbern die Möglichkeit gegeben, ihre innovativen Ideen rechtssicher umsetzen zu können, ohne sich künftig etwaigen urheberrechtlichen Unterlassungsansprüchen ausgesetzt sehen zu müssen.<sup>193</sup>

Die hiermit geschaffenen Rahmenbedingungen ermuntern im Ergebnis dazu, Ergänzungsprodukte oder andere Erweiterungen gewinnorientiert zu entwickeln. Dies führt im Ergebnis zu technischem Fortschritt, was sich beispielhaft bereits mit dem zugrundeliegenden Sachverhalt aufzeigen lässt. Die von der Beklagten ebenfalls entwickelte Zusatzfunktion „Tilt-FX“ ermöglicht eine Steuerung des Spiels allein durch Neigen der Spielkonsole,<sup>194</sup> indem ebenfalls die zwischengespeicherten Variableninhalte modifiziert werden.<sup>195</sup> Die extensive Auslegung der Umarbeitung von Computerprogrammen würde insofern nicht nur die „Cheating-Software“<sup>196</sup>, sondern auch das innovative „Add-Ons“<sup>197</sup> betreffen und Fortschritt hemmen.

Insgesamt fördert die restriktive Auslegung des BGH Interoperabilität und senkt die Markteintrittshürde für Sekundärmärkte, indem sie Planungssicherheit schafft. Dies resultiert überzeugend in technischem Fortschritt.

### 3. Zwischenergebnis

Der Beschluss wahrt im Ergebnis insgesamt positiv die Interessen der Klägerin und trägt zugleich wesentlich zur Förderung des ökonomischen Wettbewerbs bei.

## IV. Technische Bewertung

Letztlich ist der Beschluss des BGH noch aus technischer Perspektive zu bewerten.

### 1. Auslagerung von Programmteilen

Aus technischer Sicht wird ein Computerprogramm zunächst in einer Programmiersprache wie Java oder C++ geschrieben und anschließend in den Objektcode kompiliert.<sup>198</sup> Vor diesem Hintergrund ergibt sich auch das daraus resultierende programmorientierte Verständnis des Schutzgegenstands.<sup>199</sup> Im Zuge der technischen Entwicklung greifen Informatiker mittlerweile jedoch immer häufiger darauf zurück, die anfangs im Programmcode enthaltenen Befehle auszulagern.<sup>200</sup> So werden auch im Rahmen des vorliegenden Computerspiels Daten in den Arbeitsspeicher abgelegt.<sup>201</sup> Dieser speichert und liest die Inhalte zwar nur temporär, aber deutlich schneller aus und sorgt somit für mehr Effizienz.<sup>202</sup>

Daher scheint sich ein pauschaler und starrer Schutzausschluss von ausgelagerten Elementen des Programms aus technischer Sicht zu verbieten, um der Komplexität und den Veränderungen in diesem Bereich weiterhin gerecht zu werden.<sup>203</sup> Hierfür spricht außerdem, dass ein Zugriff auf den Quellcode aus technischer Sicht meist gar nicht möglich ist, sodass Umarbeitungen Dritter zwangsläufig über andere Wege erfolgen müssen.<sup>204</sup> Eine restriktive Beschränkung auf Quell- und Objektcode würde daher viele zustimmungsbedürftige Umarbeitungshandlungen gar nicht umfassen. Maßgeblich sollte deshalb vielmehr sein, welche Rolle und Funktion eine Datenstruktur innerhalb der Datenverarbeitung konkret einnimmt.<sup>205</sup> Es biete sich aus technischer Sicht an, eine Schutzfähigkeit nur zu bejahen, wenn die Datenartefakte einen Einfluss auf das Programm haben, ebenfalls im Programmcode niedergeschrieben sein könnten und letztlich

<sup>190</sup> Im Ergebnis vgl. *Grützmaker*, ZUM 2023, S. 464 (465).

<sup>191</sup> Vgl. *Spindler*, CR 2012, S. 417 (419).

<sup>192</sup> *Grützmaker*, CR 2016, S. 782 (785).

<sup>193</sup> Ähnlich *Grützmaker*, ZUM 2023, S. 464 (466).

<sup>194</sup> Zu B. II.; BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21, Rn. 2.

<sup>195</sup> Zu B. II.; BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21, Rn. 18.

<sup>196</sup> Z.B. „Action Replay“.

<sup>197</sup> Z.B. „Tilt-FX“.

<sup>198</sup> Ausführlich *Oehler*, Komplexe Werke im System des Urheberrechtsgesetzes am Beispiel von Computerspielen, 2016, S. 432.

<sup>199</sup> Zu D. II. 1. a) aa); ebenfalls vom BGH berücksichtigt BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21, Rn. 24.

<sup>200</sup> *Nebel/Stiemerling*, CR 2016, S. 61 (61).

<sup>201</sup> BGH, Beschl. v. 23.2.2023 – I ZR 157/21, Rn. 18.

<sup>202</sup> *Baum*, Operating Systems/Betriebssysteme, 2020, S. 55; *Hellmann*, Rechnerarchitektur Einführung in den Aufbau moderner Computer, 2020, S. 251.

<sup>203</sup> Ähnlich *Nebel/Stiemerling*, CR 2016, S. 61 (61); zustimmend *Wiebe* in: Leupold/Wiebe/Glossner IT-Recht – Recht, Wirtschaft und Technik der digitalen Transformation, 4. Auflage 2021, Teil 2.1 Rn. 8.

<sup>204</sup> Näheres hierzu *Mörike* (Fn. 114), S. 143 f.

<sup>205</sup> *Mörike* (Fn. 114), S. 143 f.

vom Entwickler antizipiert sind.<sup>206</sup> Eine externe Modifikation dieser antizipierten variablen Daten käme einem unmittelbaren Eingriff in die Befehlsstruktur gleich und sollte folglich weiterhin geschützt sein.<sup>207</sup> Sofern das Computerprogramm wie im vorliegenden Fall eine Beeinflussung des Variablenwerts durch Nutzerverhalten jedoch vorsieht, kann jener Inhalt nur als temporärer In- und Output des Programms und nicht als Ausdrucksform des Entwicklers angesehen werden.<sup>208</sup> Die Veränderung des Wertes simuliert allein programmimmanentes Nutzerverhalten, sodass die Programmlogik unberührt bleibt.<sup>209</sup> Die Umarbeitung des Wertes ist sodann gerade nicht einer Umarbeitung der Programmbefehle gleichzusetzen.

## 2. Zwischenergebnis

Folglich scheint eine reine Beschränkung des Schutzbereichs auf Quell- und Objektcode angesichts der technischen Entwicklungen nicht mehr zeitgemäß. Dennoch ist dem Beschluss des BGH, aufgrund der konkreten Sachlage, auch aus technischer Perspektive zuzustimmen.<sup>210</sup>

## V. Ergebnis

Der Beschluss des BGH ist somit insgesamt sehr positiv zu bewerten. Er wählt eine geeignete Herangehensweise und überzeugt mit seiner Argumentation aus rechtsdogmatischer, ökonomischer und auch technischer Perspektive. Begrüßenswert wäre allein, eine technisch fundiertere Auseinandersetzung, insbesondere zur Berücksichtigung des skizzierten Wandels in der Programmierertechnik.

## E. Unionsrechtliche Fortentwicklung

Für die finale Entscheidung im anhängigen Rechtsstreit vor dem BGH sind jedoch die Erwägungen des EuGH zur Auslegung der RL 2009/24/EG von entscheidender Bedeutung. Diese ist nicht nur für den noch anhängigen Rechtsstreit vor dem BGH, sondern auch für alle nationalen Gerichte verbindlich.<sup>211</sup> Demnach werden im Folgenden die im weiteren Prozessverlauf erfolgten Schlussanträge des Generalanwalts Szpunar sowie die Ausführungen der Ersten

Kammer des EuGH zur Beantwortung der Vorlagefragen analysiert und mit den gewonnenen Erkenntnissen verglichen.

## I. Generalanwalt Szpunar

In seinen Schlussanträgen vom 25.1.2024<sup>212</sup> stimmt Generalanwalt Szpunar überzeugend der Rechtsauffassung des BGH zur Auslegung von Art. 1 I–III der RL 2009/24/EG dahingehend zu, dass der Schutzbereich der RL 2009/24/EG nicht den Inhalt von variablen Daten erfasst, die ein geschütztes Computerprogramm im Arbeitsspeicher eines Computers angelegt hat und im Ablauf des Programms verwendet, soweit dieser Inhalt nicht die Vervielfältigung oder spätere Entstehung eines solchen Programms ermöglicht.<sup>213</sup>

Szpunar gelingt es dabei überdies nicht nur überzeugend den unionsrechtlichen, völkerrechtlichen und teleologischen Hintergrund für besagte Auffassung heranzuziehen,<sup>214</sup> sondern zugleich auch eine geeignetere technischere Herangehensweise in Anbetracht obiger Differenzierungen zu wählen.<sup>215</sup> Er bezieht sich zunächst auf die in der Informatik verwendete Definition einer Variable als „einen Speicherort im Computer, in den während der Ausführung eines Computerprogramms Informationen, d.h. Daten abgelegt werden und auf den das Programm zugreifen kann, um diese Informationen bei der Ausführung seiner Aufgaben zu verwenden“.<sup>216</sup> Sodann trennt er überzeugend zwischen den „Werten“ von Variablen, als die konkreten abgelegten Informationen, und den „Parametern“ von Variablen, wie ihre Namen oder die Art der dort abzulegenden Daten, die in der Regel vom Programmcode festgelegt werden und sich nicht verändern.<sup>217</sup> Als integraler Bestandteil des Programmcodes sollen, vorbehaltlich ihrer Individualität, nur die Parameter einer Variable den durch die RL 2009/24/EG gewährten Schutz genießen dürfen, nicht aber die Werte dieser Variablen.<sup>218</sup>

Szpunar begründet dies damit, dass die RL 2009/24/EG gerade nur Quell- und Objektcode schützt, da dieser die Vervielfältigung eines Programms überhaupt ermöglicht.<sup>219</sup> Dementsprechend sind die Variablenwerte als externe und vom Computer erst während des Programmablaufs erzeugte

<sup>206</sup> Vgl. *Nebel/Stiemerling*, CR 2016, S. 61 (65); vgl. *Rössel*, ITRB 2023, S. 115 (116).

<sup>207</sup> Ausführlich *Rössel*, ITRB 2023, S. 115 (116).

<sup>208</sup> *Rössel*, ITRB 2023, S. 115 (116); vgl. *Grünberger*, ZUM 2023, S. 309 (335).

<sup>209</sup> So bereits OLG Hamburg, Urt. v. 7.10.2021 – 5 U 23/12, Rn. 92.

<sup>210</sup> Andere Ansicht *Czychowski/Nordemann*, GRUR 2022, S. 457 (459 ff.).

<sup>211</sup> Vgl. *Schlachter* in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (Fn. 78), AEUV Art. 267 Rn. 1.

<sup>212</sup> Schlussanträge der Generalanwalts Marciej Szpunar, v. 25.4.2024 – C 159/23, Action Replay, ECLI:EU:C:2024:363.

<sup>213</sup> Schlussanträge GA Szpunar – C 159/23, ECLI:EU:C:2024:363, Action Replay, Rn. 79.

<sup>214</sup> Schlussanträge GA Szpunar – C 159/23, ECLI:EU:C:2024:363, Action Replay, Rn. 29 ff.

<sup>215</sup> Schlussanträge GA Szpunar – C 159/23, ECLI:EU:C:2024:363, Action Replay, Rn. 43 ff.

<sup>216</sup> Schlussanträge GA Szpunar – C 159/23, ECLI:EU:C:2024:363, Action Replay, Rn. 44.

<sup>217</sup> Schlussanträge GA Szpunar – C 159/23, ECLI:EU:C:2024:363, Action Replay, Rn. 44.

<sup>218</sup> Schlussanträge GA Szpunar – C 159/23, ECLI:EU:C:2024:363, Action Replay, Rn. 45, 47.

<sup>219</sup> Schlussanträge GA Szpunar – C 159/23, ECLI:EU:C:2024:363, Action Replay, Rn. 35–37.

Daten, die eine Vervielfältigung des Programms oder gar nur eines Teils davon gerade nicht ermöglichen, nicht zu schützen.<sup>220</sup> Hinzukommend sind diese bloßes Ergebnis des Spielverlaufs und damit letztlich des Verhaltens des Spielers, wonach die Werte der Variablen das nach Art. 1 III der RL 2009/24/EG erforderliche Kriterium der Individualität nicht erfüllen und damit schon keine eigene geistige Schöpfung darstellen.<sup>221</sup> Der sonst mittelbar bezweckte Schutz des konkreten „Spielerlebnisses“ würde sich, wie bereits ausführlich dargestellt, auf einen mit der Richtlinie nicht vereinbaren Schutz der Ideen, Grundsätze und Funktionalitäten des Computerprogramms ausweiten.<sup>222</sup>

Ebenso positiv wie der BGH berücksichtigt Szpunar auch die enge Verknüpfung zwischen der Auslegung des Schutzbereichs gem. Art. 1 I–III der RL 2009/24/EG und des Umarbeitungsbegriffs aus Art. 4 I Buchst. b der RL 2009/24/EG, weshalb in Anbetracht seiner Ausführungen zum Schutzbereich die Veränderung von Variablenwerten keine Umarbeitung in diesem Sinne darstellen kann.<sup>223</sup>

## II. Erste Kammer des EuGH

Mit seinem Urteil vom 17.10.2024<sup>224</sup> schließt sich auch die Erste Kammer des EuGH der vom BGH und Szpunar überzeugend vertretenen Auffassung an. Der Schutzbereich der RL 2009/24/EG erfasst demnach nicht den Inhalt von variablen Daten, die ein geschütztes Computerprogramm im Arbeitsspeicher eines Computers angelegt hat und im Ablauf des Programms verwendet, soweit dieser Inhalt nicht die Vervielfältigung oder spätere Entstehung eines solchen Programms ermöglicht.<sup>225</sup>

Aus dem Wortlaut von Art. 1 II, III der RL 2009/24/EG und seiner vergangenen Rechtsprechung schließt der EuGH, dass maßgeblich Quell- und Objektcode als Ausdrucksform eines Computerprogramms geschützt sind, da diese die Vervielfältigung des Programms ermöglichen.<sup>226</sup> Jenes codeorientierte Verständnis untermauert er unter

Berücksichtigung des sich aus Art. 10 I TRIPS-Übereinkommen<sup>227</sup> und Art. 2 des Urheberrechtsvertrags der WIPO<sup>228</sup> ergebenden völkerrechtlichen Kontexts,<sup>229</sup> sowie mit Blick auf die Erwägungsgründe 7, 11 und 15 der RL 2009/24/EG.<sup>230</sup> Überzeugend hebt er ebenso wie Szpunar hervor, dass die RL 2009/24/EG in Anbetracht von Erwägungsgrund 2 maßgeblich darauf abzielt, die Urheber der Programme vor der unerlaubten Vervielfältigung sowie vor der Verbreitung dieser „Raubkopien“ zu schützen, die einfach und kostengünstig hergestellt werden können.<sup>231</sup> Zugleich betont der EuGH, dass die RL 2009/24/EG in Anbetracht der Begründungen zum Vorgänger in Form der RL 91/250/EWG<sup>232</sup> sowie Erwägungsgrund 10 der RL 2009/24/EG keine Monopole gewährt, die eine unabhängige Entwicklung und damit technischen Fortschritt verhindern.<sup>233</sup> Vielmehr steht es den Wettbewerbern des Urhebers eines Computerprogramms frei, kompatible Produkte herzustellen und zu vertreiben.<sup>234</sup> Dazu besteht die Funktion von Computerprogrammen gerade darin, auch mit anderen Komponenten eines Computersystems in Verbindung zu treten und zu interagieren.<sup>235</sup> Abschließend verweist der EuGH auf die Ausführung von Szpunar, dass der Inhalt von Variablen lediglich ein Element des Computerprogramms darstellt, mittels dessen die Benutzer die Funktionalitäten des Programms nutzen können, das nicht generell als „Ausdrucksform“ eines Computerprogramms im Sinne von Art. 1 II der RL 2009/24/EG geschützt ist, wobei dies im konkreten Fall natürlich vom vorlegenden Gericht in Form des BGH zu bewerten ist.<sup>236</sup>

Angesichts dieser Ausführungen wird die zweite Vorlagefrage nicht beantwortet.<sup>237</sup> Dies verwundert angesichts der engen Verzahnung des Schutzbereichs des Computerprogramms und des Umarbeitungsbegriffs nicht.

## III. Ergebnis

Sowohl Generalanwalt Maciej Szpunar als auch die Erste Kammer des EuGH folgen somit der positiv zu bewertenden

<sup>220</sup> Schlussanträge GA Szpunar – C 159/23, ECLI:EU:C:2024:363, Action Replay, Rn. 48.

<sup>221</sup> Schlussanträge GA Szpunar – C 159/23, ECLI:EU:C:2024:363, Action Replay, Rn. 49.

<sup>222</sup> Schlussanträge GA Szpunar – C 159/23, ECLI:EU:C:2024:363, Action Replay, Rn. 57.

<sup>223</sup> Schlussanträge GA Szpunar – C 159/23, ECLI:EU:C:2024:363, Action Replay, Rn. 61.

<sup>224</sup> EuGH, Urt. v. 22.12.2010 – C 159/23, Action Replay, ECLI:EU:C:2024:887.

<sup>225</sup> EuGH, Urt. v. 22.12.2010 – C 159/23, Action Replay, ECLI:EU:C:2024:887, Rn. 52.

<sup>226</sup> EuGH, Urt. v. 22.12.2010 – C 159/23, Action Replay, ECLI:EU:C:2024:887, Rn. 37.

<sup>227</sup> BGBl. 1994 II S. 1733.

<sup>228</sup> BGBl. 2003 II S. 756.

<sup>229</sup> EuGH, Urt. v. 22.12.2010 – C 159/23, Action Replay, ECLI:EU:C:2024:887, Rn. 39 f.

<sup>230</sup> EuGH, Urt. v. 22.12.2010 – C 159/23, Action Replay, ECLI:EU:C:2024:887, Rn. 42–45.

<sup>231</sup> EuGH, Urt. v. 22.12.2010 – C 159/23, Action Replay, ECLI:EU:C:2024:887, Rn. 47.

<sup>232</sup> COM (88) 816 final, S. 3 f. Nr. 3.6, 3.12.

<sup>233</sup> EuGH, Urt. v. 22.12.2010 – C 159/23, Action Replay, ECLI:EU:C:2024:887, Rn. 48.

<sup>234</sup> EuGH, Urt. v. 22.12.2010 – C 159/23, Action Replay, ECLI:EU:C:2024:887, Rn. 48.

<sup>235</sup> EuGH, Urt. v. 22.12.2010 – C 159/23, Action Replay, ECLI:EU:C:2024:887, Rn. 49.

<sup>236</sup> EuGH, Urt. v. 22.12.2010 – C 159/23, Action Replay, ECLI:EU:C:2024:887, Rn. 51.

<sup>237</sup> EuGH, Urt. v. 22.12.2010 – C 159/23, Action Replay, ECLI:EU:C:2024:887, Rn. 53.

Rechtsauffassung des BGH zur Auslegung der RL 2009/24/EG.

Eine klare technische Differenzierung, die den beschriebenen technischen Wandel in der Programmierertechnik berücksichtigt, ist zwar auch im Urteil des EuGH nicht zu finden. Allerdings enthalten jedenfalls die Schlussanträge von Szpunar entsprechende Erwägungen. Dies lässt hoffen, dass eine klare Einordnung zumindest in der künftigen Rechtsprechung des EuGH noch folgen kann.<sup>238</sup>

## F. Fazit

Die zu Beginn aufgeworfenen Fragen zur Bewertung des Beschlusses des BGH lassen sich insgesamt also wie folgt beantworten:

Der BGH wählt mit der Vorabentscheidung und Aussetzung des Verfahrens aufgrund des unionsrechtlichen Hintergrundes der §§ 69a ff. UrhG die richtige Vorgehensweise; er war nach Art. 267 I, III AEUV sogar hierzu verpflichtet. Er überzeugt mit der Aufteilung des Rechtsproblems in zwei Vorlagefragen, die das Problem zutreffend erfassen – wenn auch nicht in technisch differenziertester Art. Er bestimmt den Schutzbereich des Computerprogramms mit überzeugenden Auslegungsmethoden und bettet das Problem zur Umarbeitung des Computerprogramms in seinen rechtlichen Kontext zutreffend ein. Seinen Ausführungen hierzu ist überdies eine technisch gelungenere Differenzierung zu entnehmen.

Die vom BGH abgegebene Tendenz, dass sich der Schutzbereich des Computerprogramms im Wesentlichen auf den Quell- und Objektcode beschränkt, sodass die Veränderung der im Arbeitsspeicher zwischengespeicherten und im Verlauf des Programms verwendeten Daten keinen Eingriff in den Schutzbereich darstellt, entspricht dem bisherigen Verständnis in Rechtsprechung und Literatur. Gleiches gilt für die Umarbeitung eines Computerprogramms, welche nach der bislang herrschenden Ansicht stets einen konkreten Eingriff in die Programmsubstanz erforderte.

Diese Auffassung überzeugt aus rechtsdogmatischer, ökonomischer und technischer Sicht. Aus rechtsdogmatischer Sicht argumentiert der BGH in Einklang mit der vergangenen Rechtsprechung des EuGH sowie stets unter Berücksichtigung der Ziele der RL 2009/24/EG und schließt einen Schutz externer Variableninhalte vor diesem Hintergrund konsequent aus. Dazu sprechen zahlreiche Argumente aus systematischer und teleologischer Sicht dafür, einen Eingriff in die Programmsubstanz für den Begriff der Umarbeitung aus Art. 4 I Buchst. b der RL 2009/24/EG und § 69c Nr. 2 UrhG zu fordern. Aus

ökonomischer Perspektive führt dies im Ergebnis überzeugend zu Interoperabilität, Planungssicherheit und entscheidend zu technischem Fortschritt. Auch vor dem Hintergrund der fortschreitenden technischen Entwicklung ist der Schlussfolgerung des BGH aus technischer Perspektive zuzustimmen. Die Veränderung der beanstandeten Variableninhalte kommt einer Beeinflussung der Befehlsstruktur nicht gleich.

Auch Generalanwalt Szpunar und die Erste Kammer des EuGH folgen in ihrer maßgebenden Auslegung des Unionsrechts erfreulicherweise der positiv zu bewertenden Einschätzung des BGH. Aus dem Wortlaut von Art. 1 I–III der RL 2009/24/EG, dem Telos dieser Richtlinie, der vergangenen Rechtsprechung des EuGH und auch dem völkerrechtlichen Kontext ergibt sich zutreffend, dass der Schutzbereich von Computerprogrammen nicht die Variableninhalte erfasst, die nur im Arbeitsspeicher zwischengespeichert und im Ablauf des Programms verwendet werden, soweit dieser Inhalt nicht die Vervielfältigung oder spätere Entstehung eines solchen Programms ermöglicht. Aus systematischer Sicht stellt eine Veränderung dieser Inhalte der Variablen auch keine zustimmungsbedürftige Umarbeitung dar, wie Szpunar in Einklang mit der Einschätzung des BGH betont. Im Gegensatz zum BGH wählt zumindest Szpunar auch eine deutlich detailliertere technische Herangehensweise, die eine präzisere Einordnung in den komplexen technischen Hintergrund ermöglicht.

Mit Blick auf den weiteren Prozessverlauf steht der erste Senat des BGH nun vor der Aufgabe, die Auslegung des EuGH zur RL 2009/24/EG auf den noch anhängigen Rechtsstreit anzuwenden und Rechtsklarheit zu schaffen. Damit wird der BGH im Ergebnis nicht nur ein langwieriges Verfahren abschließen, sondern auch konkret aufzeigen, in welchem Umfang Interoperabilität urheberrechtlich künftig möglich ist. Angesichts des skizzierten Wandels in der Programmierertechnik und des technologischen Fortschritts ist dennoch davon auszugehen, dass derart komplexe Bewertungen auch in Zukunft stets vom konkreten Einzelfall abhängen werden.<sup>239</sup>

<sup>238</sup> Zur Rolle der Schlussanträge vgl. *Ullenboom*, Die Auslegung von EuGH-Entscheidungen – ein Blick aus der Gerichtspraxis, ZEuP 2024, S. 636 (644).

<sup>239</sup> So auch *Molle*, EuGH-Vorlage zur urheberrechtlichen Zulässigkeit einer sog. „Cheat-Software“, GRUR-Prax 2023, S. 304 (304).

## Hubert Malik: Die Einführung elektronischer Aktien durch das ZuFinG

Der Autor ist Student der Rechtswissenschaft im 11. Fachsemester (Universität Bayreuth). Der Beitrag ist im Rahmen des studienbegleitenden Seminars Unternehmen, Kapital & Strukturierung bei Prof. Dr. Jessica Schmidt, LL.M. (Nottingham) (Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, deutsches, europäisches und internationales Unternehmens- und Kapitalmarktrecht) entstanden.

### A. Einführung: Wohlstandssicherung durch das ZuFinG

„Wir haben Know-how. Wir haben Kapital. Wir haben großartige Unternehmen. Und wenn die schneller zueinander finden, dann heißt es in Zukunft hoffentlich auch immer häufiger nicht Zukunft made in California [...], sondern immer häufiger Zukunft made in Germany.“<sup>1</sup> Mit diesen Worten beendete der damalige Justizminister Buschmann seinen Beitrag in der ersten Beratung des Regierungsentwurfs zum später erlassenen ZuFinG<sup>2</sup>. Sie symbolisieren die Motive und Ziele, die der Gesetzgeber mit diesem zu erreichen vermag.

Deutschland ist erheblichem Investitionsbedarf ausgesetzt – für 2024 ist mit Steuermindereinnahmen von 595 Mio. EUR zu rechnen, die Tendenz der Folgejahre ist steigend.<sup>3</sup> Um dem gerecht zu werden und Wohlstand auch in Zukunft zu sichern, soll das ZuFinG „die Leistungsfähigkeit des deutschen Kapitalmarkts stärken und die Attraktivität des deutschen Finanzstandortes als bedeutenden Teil eines starken Finanzplatzes Europa erhöhen“.<sup>4</sup> Besonders die Rechtsform der Aktiengesellschaft soll attraktiver werden, um die Zahl börsennotierter Unternehmen in Deutschland zu erhöhen.<sup>5</sup> Diesen ist nämlich ein eindeutiger Abwärtstrend zu attestieren: im letzten Jahrzehnt hat sich ihre Zahl in Deutschland halbiert,<sup>6</sup> zugleich ist immer häufiger eine Entscheidung deutscher Unternehmen gegen die inländischen Kapitalmärkte und für einen Börsengang in den USA zu erkennen.<sup>7</sup>

Konkret setzt das ZuFinG auf einen umfassenden Ansatz im Sinne der Digitalisierung, Entbürokratisierung und Internationalisierung, von dem neben finanzmarktrechtlichen Anpassungen das Gesellschafts- und Steuerrecht betroffen sind.<sup>8</sup> Im Gesellschaftsrecht wird neben Erleichterungen beim

Börsengang und bei Kapitalerhöhungen sowie der Einführung von Mehrstimmrechtsaktien das deutsche Recht für elektronische Aktien geöffnet.<sup>9</sup>

Die Einführung elektronischer Aktien durch das ZuFinG ist Gegenstand der vorliegenden Arbeit. Zunächst erfolgt eine Bestandsaufnahme, die sich der Bedeutung und Historie der Aktienurkunde sowie der rechtlichen Einordnung der Übertragung von Aktien widmet. Im Anschluss werden die Neuerungen zur elektronischen Aktie dargestellt und nebst einem Blick auf Implikationen für die aktienrechtliche Praxis vor dem Hintergrund der Zielsetzung des ZuFinG beurteilt. Zuletzt erfolgt eine Evaluation, die sich auf Grundlage der gewonnenen Erkenntnisse mit der These beschäftigt, das deutsche Wertpapierrecht müsse grundlegend reformiert werden, und diese in Bezug zum ZuFinG setzt.

### B. Bestandsaufnahme

#### I. Die Aktienurkunde

Für das Verständnis der Motive und des Rechtsrahmens elektronischer Aktien ist es geboten, zunächst die Historie der Aktienurkunde zu umreißen.

##### 1. Wirkung und Zweck der Verbriefung

Das AktG<sup>10</sup> geht traditionell davon aus, dass die Mitgliedschaftsrechte der Aktionäre in Urkunden verbrieft werden.<sup>11</sup> Indes ist die Verbriefung keine Wirksamkeitsvoraussetzung für das Entstehen der Aktie und daher lediglich deklaratorischer Natur.<sup>12</sup> Gesetzlich lässt sich dies aus § 214 IV 1 AktG ableiten, der die Existenz von Aktiengesellschaften ohne Aktienurkunden

<sup>1</sup> BT-PIPr. 20/122, S. 15021A.

<sup>2</sup> Gesetz zur Finanzierung von zukunftssichernden Investitionen (Zukunftsfinanzierungsgesetz – ZuFinG) v. 14.12.2023, BGBl. I Nr. 354.

<sup>3</sup> Bundestag billigt das Zukunftsfinanzierungsgesetz, <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2023/kw46-de-zukunftsfinanzierungsgesetz-976556> [Stand: 18.2.2025].

<sup>4</sup> BegrRegE ZuFinG, BR-Drs. 362/23, S. 1.

<sup>5</sup> BegrRegE ZuFinG, BR-Drs. 362/23, S. 1.

<sup>6</sup> Denga, Die e-Aktie, AG 2024, S. 137.

<sup>7</sup> BT-PIPr. 20/122, S. 15021D.

<sup>8</sup> BegrRegE ZuFinG, BR-Drs. 362/23, S. 1.

<sup>9</sup> BegrRegE ZuFinG, BR-Drs. 362/23, S. 1 f.

<sup>10</sup> Aktiengesetz v. 6.9.1965, BGBl. I, 1089.

<sup>11</sup> Koch, AktG, 18. Aufl. 2024, § 10 Rn. 3a.

<sup>12</sup> RGZ 31, 17 (22); RGZ 34, 110 (115); Heider in: MüKoAktG, 6. Aufl. 2024, § 10 Rn. 8.

anerkennt.<sup>13</sup> Aktien entstehen bereits mit der konstitutiv wirkenden Eintragung der Gesellschaft oder einer durchgeführten Kapitalerhöhung im Handelsregister (vgl. §§ 41 I 1, 189, 203 I 1 AktG).<sup>14</sup> Im Grundsatz besteht daher aktienrechtlich auch keine Pflicht, Urkunden auszugeben.<sup>15</sup> Ungeachtet dessen kann die Gesellschaft einem Anspruch auf Verbriefung ausgesetzt sein.<sup>16</sup> Jedem Aktionär steht ein solcher grundsätzlich zu,<sup>17</sup> da erst die Verbriefung der Aktie eine wirksame Legitimation gegenüber der Gesellschaft und Dritten ermöglicht und sie die Verkehrsfähigkeit der Aktie steigert,<sup>18</sup> die ihrerseits zum Strukturmerkmal der aktienrechtlichen Mitgliedschaft zählt.<sup>19</sup> Ohne Urkunde kann das Mitgliedschaftsrecht nur durch Abtretung (§§ 413, 398 BGB<sup>20</sup>) übertragen werden, bei der ein gutgläubiger Erwerb nicht möglich ist.<sup>21</sup> Ein dafür nötiger Rechtsscheintatbestand ist erst bei Vorlage einer Aktienurkunde gegeben.

## 2. Depotgeschäft und Globalurkunde

Die Ausgabe einzelner Urkunden an Aktionäre hat in der Vergangenheit allerdings erheblich an Bedeutung verloren, sodass die Vorstellung des AktG von der Einzelverbriefung die Rechtswirklichkeit nur noch geringfügig widerspiegelt.<sup>22</sup> Bereits im 19. Jahrhundert fungierten Banken als Lager- und Verwaltungsstellen für die Aktienurkunden (Depotgeschäft), um Aufbewahrungs- und Transportrisiken bei der Verwahrung durch die Aktionäre selbst zu vermeiden.<sup>23</sup> Aufgrund immer kleinerer Stückelung von Aktien ist die Praxis zur Vermeidung von Stückmassen ferner dazu übergegangen, die Aktionärsrechte einer Gesellschaft in einer einzigen Global- oder Sammelurkunde zusammengefasst zu verbrieften, ohne dass die Einzelrechte dabei ihre Selbstständigkeit verlieren.<sup>24</sup> Die Begebung von Globalurkunden wurde mit § 9a DepotG<sup>25</sup> gesetzlich anerkannt.<sup>26</sup> Mit § 10 V AktG wurde ferner die

Möglichkeit geschaffen, die Einzelverbriefung satzungsmäßig auszuschließen, wobei nach überwiegender Auffassung den Aktionären bisher auch in einem solchen Fall stets ein Anspruch auf Ausstellung einer Globalurkunde verblieb.<sup>27</sup>

## 3. Die Girosammelverwahrung

Die gesetzliche Regelform der Verwahrung bildet heute die Girosammelverwahrung (vgl. § 2 I Hs. 2 DepotG). Bei ihr werden vertretbare Wertpapiere oder Globalurkunden durch eine Wertpapiersammelbank verwahrt (§§ 5 I 1, 9a I 1 DepotG). Die Vertretbarkeit (§ 91 BGB) ist bei Inhaberaktien stets gegeben, Namensaktien müssen hierfür blankoindossiert sein.<sup>28</sup> Die einzige Wertpapiersammelbank i. S. v. § 1 III DepotG ist in Deutschland die Clearstream Banking AG mit Sitz in Frankfurt am Main („CBF“).<sup>29</sup> Da Kunden der CBF nur Kreditinstitute sein können, muss die Einlieferung der Urkunde über eine Depotbank erfolgen.<sup>30</sup> Es liegt somit eine Drittverwahrung i. S. d. § 3 DepotG vor, bei der die Urkunde für den Aktionär von einer Depotbank bei der CBF verwahrt ist. Neben der Normierung als gesetzlicher Regelfall ist die Girosammelverwahrung auch deshalb von hervorgehobener Bedeutung, da sie die Grundlage für einen börslichen Handel der Aktien ist. Sie ermöglicht den Handel ohne körperliche Übergabe von Urkunden, der allein im Wege von Umbuchungen bei den beteiligten Depotbanken erfolgt (Effektengiroverkehr).<sup>31</sup> Der Einbezug in den Effektengiroverkehr ist wiederum gem. Art. 3 I CSDR<sup>32</sup> Voraussetzung für den Handel an regulierten Handelsplätzen.

<sup>13</sup> Omlor, Elektronische Aktien nach dem Zukunftsfinanzierungsgesetz, RD i 2024, S. 19 f.; Vatter in: BeckOGK AktG, Stand 1.10.2024, § 10 Rn. 36.

<sup>14</sup> BGH NJW 1993, 1983 (1987); Heider in: MüKoAktG (Fn. 12), § 10 Rn. 5; eine Ausnahme gilt bei der Ausgabe von Aktien im Rahmen bedingter Kapitalerhöhungen, die zwingend der Verbriefung bedarf, vgl. Koch, AktG (Fn. 11), § 199 Rn. 2.

<sup>15</sup> Vatter in: BeckOGK AktG (Fn. 13), § 10 Rn. 37.

<sup>16</sup> Omlor, RD i 2024, S. 19 (20).

<sup>17</sup> RGZ 94, 61 (64); Koch, AktG (Fn. 11), § 10 Rn. 3.

<sup>18</sup> Heider in: MüKoAktG (Fn. 12), § 10 Rn. 10.

<sup>19</sup> Koch, AktG (Fn. 11), § 10 Rn. 3.

<sup>20</sup> Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) v. 2.1.2002, BGBI. I, 42, 2909; 2003 I, 378.

<sup>21</sup> RGZ 86, 154 (157); BGH NJW 1993, 1983 (1986).

<sup>22</sup> Koch, AktG (Fn. 11), § 10 Rn. 3a.

<sup>23</sup> Noack/Zetsche, Die Legitimation der Aktionäre bei Globalaktien und Depotverbuchung, AG 2002, S. 651 (652).

<sup>24</sup> Zöllner, Die Zurückdrängung des Verkörperungselements bei den Wertpapieren in: Baur, Fritz/Esser, Josef/Kübler, Friedrich/Steindorff, Ernst [Hrsg.], Festschrift für Ludwig Raiser, 1974, S. 251 (252 f.); Kumpan in: Hopt, HGB, 43. Aufl. 2024, DepotG § 9a Rn. 1.

<sup>25</sup> Gesetz über die Verwahrung und Anschaffung von Wertpapieren (Depotgesetz – DepotG) v. 11.1.1995, BGBI. I, 34.

<sup>26</sup> Zöllner in: Festschrift für Ludwig Raiser (Fn. 24), S. 251 (253 f.).

<sup>27</sup> OLG München NZG 2005, 756 (757); statt aller Vatter in: BeckOGK AktG (Fn. 13), § 10 Rn. 2, 127.

<sup>28</sup> Vatter in: BeckOGK AktG (Fn. 13), § 10 Rn. 47; Einsele in: MüKoHGB, 5. Aufl. 2024, Depotgeschäft Rn. 49; beim Blankoindossament wird der Erwerber des Wertpapiers (Indossatar) nicht benannt, § 68 Abs. 1 S. 2 AktG i. V. m. Art. 13 Abs. 2 S. 1 WG. Hinsichtlich der Übertragung nähert sich die Namensaktie so der Inhaberaktie an, Vatter in: BeckOGK AktG (Fn. 13), § 10 Rn. 89. Zur Übertragung sogleich II.

<sup>29</sup> Kumpan in: Hopt, HGB (Fn. 24), DepotG § 1 Rn. 7; die Begriffe „Wertpapiersammelbank“ und „CBF“ werden nachfolgend synonym benutzt.

<sup>30</sup> Hagemann/Jannott in: Frodermann/Jannott, HdB AG, 9. Aufl. 2017, Grundlagen Rn. 165.

<sup>31</sup> Einsele in: MüKoHGB (Fn. 28), Depotgeschäft Rn. 56.

<sup>32</sup> VO (EU) Nr. 909/2014.

## II. Übertragung von Aktien

Bei der rechtlichen Einordnung der Übertragung von Aktien ergeben sich Unterschiede zwischen Inhaber- und Namensaktien sowie zu Girosammelverwahrten Aktien.

### 1. Verbriefte, unverwahrte Aktien

Inhaberaktien sind Inhaberpapiere, bei denen die Übertragung des verbrieften Rechts durch Übertragung des Eigentumsrechts an der Urkunde nach den allgemeinen sachenrechtlichen Regeln, einschließlich der Möglichkeit gutgläubigen Erwerbs (§§ 929 ff. BGB), erfolgt – es gilt: „das Recht aus dem Papier folgt dem Recht am Papier.“<sup>33</sup> Namensaktien hingegen sind Orderpapiere, bei denen insofern eine Besonderheit gilt, als dass das Recht an der Urkunde allein noch keine Berechtigung zur Ausübung des hierin verbrieften Rechts herbeiführt.<sup>34</sup> Die Übertragung setzt neben der Übereignung der Aktienurkunde als rechtsverstärkende Handlung das Indossament (§ 68 I AktG), eine schriftliche Übertragungserklärung auf dieser, voraus.<sup>35</sup> Auch hier ist ein gutgläubiger Erwerb möglich (§ 68 I 2 AktG i. V. m. Art. 16 WG<sup>36</sup>).

Verbrieft Aktien können ferner durch Abtretung übertragen werden, wobei ein gutgläubiger Erwerb dann nicht in Betracht kommt.<sup>37</sup>

### 2. Aktien in Girosammelverwahrung

Trotz des Umstandes, dass die Übertragung Girosammelverwahrter Aktien im Effekten giroverkehr faktisch nur in Form von Umbuchungen erfolgt, wird sie rechtlich in den hergebrachten Figuren des Sachenrechts verortet. Die Drittverwahrung und die fehlende körperliche Übergabe der Urkunde führen indes zu einem dogmatisch recht konstruierten Gebilde.

Mit Einlieferung der (Global-)Urkunde(n) bei der CBF entsteht für die Aktionäre Miteigentum nach Bruchteilen am

Sammelbestand (§§ 6 I 1, 9a II DepotG). Der Aktionär hat im Rahmen des mehrstufigen Verwahrungsverhältnisses Herausgabeansprüche in Höhe des für ihn verwahrten Anteils am Sammelbestand gegenüber seiner Depotbank sowie der CBF (§§ 7 I, 8 I, 9a II DepotG),<sup>38</sup> sodass sich Besitzmittlungsverhältnisse ergeben, die zu folgender Besitzkonstellation an der Aktienurkunde führen: der Aktionär ist mittelbarer Eigenbesitzer zweiter Stufe, die Depotbank mittelbare Fremdbesitzerin erster Stufe und die CBF unmittelbare Fremdbesitzerin.<sup>39</sup>

Die Übertragung eines Girosammelanteils im Effekten giroverkehr erfolgt gem. § 929 I BGB.<sup>40</sup> Zwischen Inhaber- und Namensaktien besteht hier kein Unterschied, da sammelverwahrte Namensaktien blankoindossiert sind und ihre Übertragung dann wie bei Inhaberaktien erfolgt.<sup>41</sup> Die dingliche Einigung zwischen Veräußerer und Erwerber erfolgt durch Einschaltung der jeweiligen Depotbanken als Verkaufs- bzw. Einkaufskommissionärin sowie der CBF als Empfangsvertreterin der Erwerberdepotbank.<sup>42</sup> Die Übergabe wird durch die Umbuchung von Depotgutschriften ersetzt,<sup>43</sup> indem das Besitzmittlungsverhältnis mit der CBF auf Anweisung der Veräußererdepotbank durch die CBF auf die Depotbank des Erwerbers und damit auf diesen umgestellt wird.<sup>44</sup> Die Umstellung des Besitzmittlungswillens der CBF manifestiert sich nach außen durch Belastung des Kontos der Veräußererdepotbank und Erteilung einer Gutschrift auf dem Konto der Erwerberdepotbank.<sup>45</sup>

Die Konstruktion stößt an ihre dogmatischen Grenzen, wenn der Anspruch der Aktionäre auf Einzelverbriefung nach § 10 V AktG ausgeschlossen ist, da in diesem Fall die Auslieferungsansprüche des Aktionärs gem. § 9a III 2 DepotG nicht bestehen. Ein Teil des Schrifttums lehnt die Annahme mittelbaren Besitzes an der Aktienurkunde daher in diesen Fällen ab, mit der Folge, dass der beschriebene Weg der

<sup>33</sup> Vogel in: BeckOGK BGB, Stand 1.10.2024, § 793 Rn. 22 f.; Solveen in: Hölters/Weber, AktG, 4. Aufl. 2022, § 10 Rn. 14.

<sup>34</sup> Habersack in: MüKoBGB, 9. Aufl. 2024, Vor § 793 Rn. 17.

<sup>35</sup> Bayer in: MüKoAktG (Fn. 12), § 68 Rn. 3; Busche in: Staudinger, 2022, § 413 BGB Rn. 17.

<sup>36</sup> Wechselgesetz v. 21.6.1933, RGBl. I, 399.

<sup>37</sup> BGHZ 160, 253, Rn. 15 (für Namensaktien); vgl. BGH NZG 2013, 903 (zur Inhaberschuldverschreibung); Solveen in: Hölters/Weber, AktG (Fn. 33), § 10 Rn. 14; Vatter in: BeckOGK AktG (Fn. 13), § 10 Rn. 84; str. ist, ob die Übergabe der Aktienurkunde erforderlich ist, vgl. Koch, AktG (Fn. 11), § 68 Rn. 3 m.w.N.

<sup>38</sup> Eder, Die rechtsgeschäftliche Übertragung von Aktien, NZG 2004, S. 107 (110 f.); eine Globalurkunde muss insoweit durch einzelne Wertpapiere ersetzt werden, als dies für die Auslieferung nötig ist, § 9a Abs. 3 S. 1 Hs. 1 DepotG.

<sup>39</sup> Mentz/Fröhling, Die Formen der rechtsgeschäftlichen Übertragung von Aktien, NZG 2002, S. 201 (205); BGH NJW 1997, 2110 (2111).

<sup>40</sup> BGHZ 160, 121, Rn. 12; Canaris, Bankvertragsrecht, 2. Aufl. 1981, Rn. 2020; K. Schmidt in: MüKoBGB (Fn. 34), § 747 Rn. 22.

<sup>41</sup> Solveen in: Hölters/Weber, AktG (Fn. 33), § 10 Rn. 15.

<sup>42</sup> Mentz/Fröhling, NZG 2002, S. 201 (206); Eder, NZG 2004, S. 107 (111).

<sup>43</sup> BGH NZG 2016, 187 (189).

<sup>44</sup> Eder, NZG 2004, S. 107 (112); Mentz/Fröhling, NZG 2002, S. 201 (206); Einsele in: MüKoHGB (Fn. 28), Depotgeschäft Rn. 116.

<sup>45</sup> Scholz, Die Übertragung von Aktien im sachenrechtlichen Korsett, WM 2022, S. 1104 (1107); Clearstream Banking AG, Allgemeine Geschäftsbedingungen, September 2024, XXV (1): <https://www.clearstream.com/resource/blob/4028260/c4c7983bab16bfd9c34031fa813021c0/gtcs-cbf-september-2024-deutsch-pdf-data.pdf> [Stand: 18.2.2025].

Übereignung gem. § 929 I BGB nicht gangbar ist.<sup>46</sup> Indes ist die Rechtsprechung bestrebt, Verfügungen über Aktien auch dann in sachenrechtlichen Bahnen zu ermöglichen, was jedoch stark gekünstelt wirkt.<sup>47</sup> So behilft sich der BGH mit der Annahme eines Besitzmittlungsverhältnisses auf Grundlage eines Herausgabeanspruches des Aktionärs, der sich zwar nicht auf die Ausgabe einzelner Urkunden richtet, sondern auf Vornahme der beschriebenen Umbuchung bei der CBF.<sup>48</sup> Besitzrechtlich überzeugt dies nicht, da die CBF wegen § 9a III 2 DepotG dauerhaft zum unmittelbaren Besitz berechtigt bleibt.<sup>49</sup>

### III. Fazit: Bedeutungsverlust der Aktienurkunde

Es zeigt sich, dass die Aktienurkunde bereits vor dem Zeitalter der Digitalisierung erheblich an Bedeutung verloren hat. Aus Aktionärssicht stellt die Aktie heute mehr eine Buchungsposition auf einem Depotauszug als ein physisches Wertpapier dar.<sup>50</sup> Zugespielt formuliert besteht die Aufgabe der Aktienurkunde nur noch darin, als Grundlage – man mag sogar sagen als „geistige Krücke“<sup>51</sup> – der Verortung von Buchungen im sachenrechtlichen Konstrukt zu dienen, die ihrerseits nur durch erhebliche „dogmatische Klimmzüge“ möglich ist.<sup>52</sup> Sehr treffend beschreibt die Diskrepanz zwischen Recht und Wirklichkeit bereits 1942 (!) *Opitz*, der behauptet, „daß der Effektenverkehr [...] auch ohne das Drucken von Wertpapierurkunden auskommt“ und „man nicht aus juristischen Gründen an der althergebrachten Verbriefung festzuhalten hat“.<sup>53</sup> Unterdessen wird seit geraumer Zeit gefordert, das deutsche Wertpapierrecht grundlegend zu reformieren und unter Abkehr von der Verkörperung in Urkunden und Loslösung vom Sachenrecht zu entmaterialisieren.<sup>54</sup>

## C. Die Neuerungen des ZuFinG

Der Arbeitstitel stellt eine solche Entmaterialisierung der Aktie prima facie in Aussicht. Ob dem tatsächlich so ist, soll unter

Zugrundelegung der zunächst folgenden Darstellung des neuen Rechtsrahmens zur elektronischen Aktie an späterer Stelle untersucht werden. Die Befürchtung, dass ein entscheidender Entmaterialisierungserfolg ausbleibt, kommt jedoch schon mit einem Blick auf die Regelungstechnik des ZuFinG auf: die Öffnung des deutschen Rechts für elektronische Aktien erfolgt auf Grundlage eines minimalinvasiven Ansatzes, der sich auf punktuelle Änderungen des AktG, des DepotG und des eWpG<sup>55</sup> beschränkt.<sup>56</sup> Der Schwerpunkt liegt dabei mit Art. 16 ZuFinG im eWpG; die Anpassungen des AktG und des DepotG begrenzen sich auf Einzelheiten.<sup>57</sup>

### I. Elektronische Aktien im eWpG

Mit dem eWpG wurde in Anerkennung der Finanzmarktpraxis, die die traditionelle Publizitätsfunktion des Besitzes an Papierurkunden faktisch durch elektronische Buchungen ersetzt hat, beabsichtigt, einen Rechtsrahmen für die elektronische Begebung von Wertpapieren zu errichten.<sup>58</sup> Der Anwendungsbereich war dabei auf Inhaberschuldverschreibungen beschränkt (§ 1 eWpG a.F.). Aktien wollte der Gesetzgeber zunächst mit dem Hinweis auf erhebliche gesellschaftsrechtliche Auswirkungen bewusst nicht aufnehmen, was seinerzeit auf erhebliche Kritik gestoßen ist und in den vereinzelt aktienrechtlichen Anpassungen des ZuFinG in Bezug auf elektronische Aktien nun auch keinen Anklang mehr findet.<sup>59</sup> Mit dem eWpG wurde aber der Anspruch erhoben, dass eine spätere, in Aussicht gestellte Öffnung für Aktien regelungstechnisch problemlos umzusetzen sei.<sup>60</sup>

Dies ist mit dem ZuFinG erfolgt. Kern der Anpassung des eWpG ist die Ausweitung des Anwendungsbereiches, von dem fortan auch Aktien erfasst sind (§ 1 Nr. 2, 3 eWpG) und somit

<sup>46</sup> *Habersack/Mayer*, Globalverbriefte Aktien als Gegenstand sachenrechtlicher Verfügungen? – Ein (weiteres) Plädoyer für die Ablösung der Globalurkunde durch Wertrechte, WM 2000, S. 1678 (1681); *Mentz/Fröhling*, NZG 2002, S. 201 (210); *Eisele* in: MüKoHGB (Fn. 28), Depotgeschäft Rn. 102.

<sup>47</sup> *Berger*, Verpfändung und Verwertung von Aktien, WM 2009, S. 577 (581); *Scholz*, WM 2022, S. 1104 (1108).

<sup>48</sup> BGH NJW 2005, 1275; BGH NJW-RR 2005, 1135 (1136); BGH NZG 2016, 187 (189).

<sup>49</sup> *Guntermann*, Die elektronische Aktie und das eWpG, AG 2021, S. 449 (450).

<sup>50</sup> *Heider* in: MüKoAktG (Fn. 12), § 10 Rn. 11.

<sup>51</sup> *Zöllner* in: Festschrift für Ludwig Raiser (Fn. 24), S. 251 (255).

<sup>52</sup> *Geurts*, Elektronische Aktien nach dem ZuFinG, ZdiW 2023, S. 181 (184); *Guntermann*, Vorhang auf für die e-Aktie, AG 2023, S. 426 (434).

<sup>53</sup> *Opitz*, Die Vervollkommnung des Effektenverkehrs, in: ders. [Hrsg.], Fünzig depotrechtliche Abhandlungen, 1954, S. 494 (513).

<sup>54</sup> *Zahn/Kock*, Die Emission von unverbrieften Schuldtiteln durch die Europäische Zentralbank, WM 1999, S. 1955 (1960 ff.); *Habersack/Mayer*, WM 2000, S. 1678 (1684); *Segna*, Bucheffekten, 2018, S. 601 ff.

<sup>55</sup> Gesetz über elektronische Wertpapiere (eWpG) v. 3.6.2021, BGBl. I, 1423.

<sup>56</sup> *Poelzig/von Zehmen*, Kryptoaktien nach dem Referentenentwurf des Zukunftsfinanzierungsgesetzes, RD 2023, S. 333.

<sup>57</sup> *Omlor*, RD 2024, S. 19.

<sup>58</sup> BegrRegE eWpG, BT-Drs. 19/26925, S. 1, 38.

<sup>59</sup> *Lehmann*, Zeitenwende im Wertpapierrecht, BKR 2020, S. 431 (432); *Reger/Langheld/Haagen*, Elektronische Aktien, RD 2021, S. 83 (87).

<sup>60</sup> *Segna*, Elektronische Wertpapiere im zentralen Register – Anmerkungen zum BMF-/BMJV-Referentenentwurf vom 10.8.2020 aus wertpapier- und depotrechtlicher Sicht, WM 2020, S. 2301; BegrRegE eWpG, BT-Drs. 19/26925, S. 38.

als elektronische Wertpapiere (elektronische Aktien)<sup>61</sup> begeben werden können (§ 2 I 1 eWpG). Im Übrigen wurden die bestehenden Normen nur insoweit geändert, als dies durch aktienspezifische Besonderheiten gegenüber Inhaberschuldverschreibungen erforderlich war.<sup>62</sup>

## 1. Änderung der Begebungsform

Festzuhalten ist zunächst, dass die elektronische Aktie keine neue Aktienart bildet, die das Wesen der Aktiengesellschaft oder das Verhältnis zwischen ihr und dem Aktionär verändert.<sup>63</sup> Sie entfaltet daher grundsätzlich dieselbe Rechtswirkung wie eine solche, die mittels Urkunde begeben worden ist (§ 2 II eWpG). Funktionell ist das Mitgliedschaftsrecht daher auch bei der elektronischen Aktie „verbrieft“.<sup>64</sup> Der Unterschied ist allein, dass eine elektronische Aktie dadurch begeben wird, dass der Emittent an Stelle der Ausstellung einer Urkunde eine Eintragung in ein elektronisches Wertpapierregister bewirkt (§ 2 I 2 eWpG). Im Übrigen bestehen Spezialregelungen nur dann, wo es die Art der elektronischen Begebungsform erfordert, weil die Vorschriften der urkundlichen Begebung insoweit nicht übertragbar sind und ein rechtlicher Gleichlauf geschaffen werden muss.<sup>65</sup> Das Fehlen des körperlichen Bezugsobjekts wird etwa durch eine Sachfiktion kompensiert: gem. § 2 III eWpG gilt ein elektronisches Wertpapier als Sache i. S. d. § 90 BGB.

## 2. Elektronische Wertpapierregister

Das eWpG unterscheidet zwei Arten elektronischer Wertpapierregister: zentrale Register (§§ 4 I Nr. 1, 12 ff. eWpG) und Kryptowertpapierregister (§§ 4 I Nr. 2, 16 ff. eWpG). Elektronische Wertpapiere in zentralen Registern sind Zentralregisterwertpapiere, während diejenigen in Kryptowertpapierregistern als Kryptowertpapiere gelten (§ 4 II, 3 eWpG). Die Register sind exklusiv – ein Zentralregisterwertpapier kann nicht zugleich ein Kryptowertpapier sein.<sup>66</sup> Innerhalb beider Register stehen ferner die Eintragungsmodalitäten der Sammel- bzw. Einzeleintragung zur Verfügung (§ 8 I eWpG).

Elektronische Aktien unterliegen mithin einer zweifachen Dichotomie, sowohl in Bezug auf das Register als auch die Eintragungsmodalität.<sup>67</sup>

### a) Zentrale Register

Zentrale Register dienen gem. § 12 I eWpG der zentralen Eintragung und Publizität von Zentralregisterwertpapieren. Bestimmend für die Einordnung als zentral ist, dass ausschließlich die registerführende Stelle als Letztverantwortliche entscheidet, ob und mit welchem Inhalt ein Wertpapier im Register eingetragen, geändert oder gelöscht wird.<sup>68</sup> Die Integrität einer Urkunde wird beim zentralen Register durch das Vertrauen in die Integrität des Registerführers ersetzt.<sup>69</sup> Die Registerführung muss danach Stellen vorbehalten sein, die ein hohes Maß an Vertrauenswürdigkeit und Zuverlässigkeit bieten.<sup>70</sup> Entsprechend sind dafür gem. § 12 II eWpG nur Wertpapiersammelbanken und Verwahrer ermächtigt. Wertpapiersammelbank i. S. v. § 4 V eWpG ist in Deutschland – wie nach § 1 III DepotG – die CBF. Verwahrer müssen gem. § 4 VI eWpG über eine Erlaubnis zum Betreiben des Depotgeschäfts verfügen. In Betracht kommen dafür Kreditinstitute mit einer KWG<sup>71</sup>-Erlaubnis.<sup>72</sup>

Die Eintragung einer Aktie in das zentrale Register setzt gem. § 4 IV eWpG die Aufnahme der nach § 13 I, II eWpG erforderlichen Angaben voraus, namentlich u.a. eine Wertpapierkennnummer, den Emittenten, oder, ob es sich um Namens- oder Inhaberaktien handelt. Ferner verlangt § 4 IV eWpG eine Bezugnahme auf die Emissionsbedingungen, die zuvor bei der registerführenden Stelle niederzulegen sind (§ 5 I 1 eWpG i. V. m. § 4 VII eWpG). Aktien verfügen aber in der Regel über keine begleitenden Emissionsbedingungen, sodass dies häufig gegenstandslos sein wird.<sup>73</sup> Die Satzung ist nicht niederzulegen

<sup>61</sup> Das eWpG verwendet einheitlich den Begriff „Wertpapier“ und nicht „Aktie“; die Begriffe werden hier synonym benutzt. Zum Wertpapierbegriff: *Bartlitz* in: Conreder/Meier, eWpG, 2023, § 2 Rn. 8 ff.

<sup>62</sup> Vgl. BegrRegE ZuFinG, BR-Drs. 362/23, S. 141 f. („Folgeänderungen“).

<sup>63</sup> BegrRegE ZuFinG, BR-Drs. 362/23, S. 119.

<sup>64</sup> *Omlor*, RD i 2024, S. 19 (20): die Terminologie aus § 10 Abs. 5 AktG mit ihrem engen körperlichen Verbriefungsbegriff ist daher überholt.

<sup>65</sup> BegrRegE eWpG, BT-Drs. 19/26925, S. 39.

<sup>66</sup> BegrRegE eWpG, BT-Drs. 19/26925, S. 42.

<sup>67</sup> *Meier*, Einführung der elektronischen Aktie in Deutschland, WM 2023, S. 2035 (2036 f.).

<sup>68</sup> *Dieckmann* in: Conreder/Meier, eWpG (Fn. 61), § 12 Rn. 7.

<sup>69</sup> BegrRegE eWpG, BT-Drs. 19/26925, S. 54.

<sup>70</sup> *Segna*, WM 2020, S. 2301 (2305).

<sup>71</sup> Gesetz über das Kreditwesen (Kreditwesengesetz – KWG) v. 9.9.1998, BGBl. I, 2776.

<sup>72</sup> BegrRegE eWpG, BT-Drs. 19/26925, S. 43.

<sup>73</sup> BegrRegE ZuFinG, BR-Drs. 362/23, S. 141.

(§ 5 V eWpG), da sie bereits aus dem Handelsregister ersichtlich ist.<sup>74</sup>

### aa) Sammeleintragung

Eine zentrale Angabe ist die zum Inhaber des elektronischen Wertpapiers. Inhaber ist gem. § 3 I eWpG derjenige, der im Register als solcher eingetragen ist. Das Recht aus dem Wertpapier geht daraus nicht hervor. Ein solches hat nur der Berechtigte inne, der insofern vom Inhaber zu differenzieren ist (§ 3 II eWpG).

Inhaberschaft und Berechtigung können somit auseinanderfallen, insbesondere im Kontext der Sammeleintragung, bei der als Inhaber eine Wertpapiersammelbank oder ein Verwahrer eingetragen wird (§ 8 I Nr. 1 eWpG). Die Wertpapiersammelbank oder der Verwahrer hat dabei selbst kein Recht aus dem Wertpapier, sondern verwaltet die Sammeleintragung für die Berechtigten (§ 9 II 1 eWpG).<sup>75</sup> Elektronische Wertpapiere in Sammeleintragung gelten als Wertpapiersammelbestand, an dem die Berechtigten Miteigentümer nach Bruchteilen sind (§ 9 I eWpG). Ferner ordnet der neue § 9b I 1 DepotG die sinngemäße Geltung der depotrechtlichen Vorschriften über die Sammelverwahrung an. Die Parallele zur herkömmlichen Sammelverwahrung von physischen (Global-)Aktienurkunde(n) ist damit eindeutig. Noch klarer wird dies mit Blick auf § 12 III eWpG, der für elektronische Wertpapiere, die in ein von der CBF geführtes Register eingetragen werden und als dessen Inhaber die CBF selbst eingetragen wird, die Abwicklung im Effekten giro anordnet. Nach den Worten der Gesetzesbegründung zum eWpG handelt es sich bei dieser Eintragsform „um die digitale Abbildung des Effekten giroverkehrs, bei dem im derzeit praktisch relevantesten Fall die Dauerglobalurkunde durch die Wertpapiersammelbank verwahrt wird“.<sup>76</sup> Sie ist das Äquivalent zu einer herkömmlichen Emission mit dem alleinigen Unterschied, dass anstelle der Ausstellung und Einlieferung einer Urkunde bei der CBF eine Eintragung mit der CBF als Inhaber in ein von dieser geführtes zentrales Register bewirkt wird.<sup>77</sup> Sofern ein Verwahrer als Inhaber eingetragen ist, ist ein Einbezug in den Effekten giro aufgrund des insofern eindeutigen Wortlauts von § 12 III eWpG nicht

möglich. Derartig begebene elektronische Aktien sind insofern nicht kapitalmarktauglich, sodass diese Eintragsform nur für solche Aktien in Betracht kommt, die nicht an regulierten Handelsplätzen, sondern auf privaten Kapitalmärkten gehandelt werden sollen.<sup>78</sup>

### bb) Einzeleintragung

Sofern der am Wertpapier Berechtigte in das Register eingetragen wird, spricht man von der Einzeleintragung (§ 8 I Nr. 2 eWpG). Im Fall der elektronischen Aktie ist der Inhaber damit stets Aktionär. Ein Einbezug in den Effekten giro ist nicht möglich und damit auch hier nur ein Handel auf privaten Kapitalmärkten denkbar. An der wirtschaftlichen Relevanz von Einzeleintragungen in zentralen Registern wurde deshalb bereits in der Gesetzesbegründung zum eWpG gezweifelt.<sup>79</sup> Auch bei diesen bleibt es nämlich bei der Zentralität des Registers in Form der Letztentscheidungsbefugnis des Registerführers. Der private Kapitalmarkt möchte darauf jedoch in der Regel verzichten, sodass für diesen wohl überwiegend Kryptowertpapierregister genutzt werden.<sup>80</sup>

### b) Kryptowertpapierregister

Kryptowertpapierregister werden nämlich gerade nicht von einem Intermediär mit Letztentscheidungsbefugnis, sondern dezentral geführt.<sup>81</sup> Maßgeblich für das Kryptowertpapierregister ist gem. § 16 I eWpG, dass es auf einem fälschungssicheren Aufzeichnungssystem geführt wird, in dem Daten in der Zeitfolge protokolliert und gegen unbefugte Löschung sowie nachträgliche Veränderung geschützt gespeichert werden. Das Vertrauen in die Integrität einer physischen Urkunde wird dabei nicht wie bei zentralen Registern durch die Integrität des Registerführers, sondern durch die des Aufzeichnungssystems ersetzt.<sup>82</sup> Die Anforderungen an das Aufzeichnungssystem (§ 4 XI eWpG) sind technikoffen formuliert und vor dem Hintergrund des jeweiligen Entwicklungsstandes zu interpretieren.<sup>83</sup> Der Gesetzgeber hatte jedoch in erster Linie Systeme auf Basis der Distributed-Ledger-Technologie (DLT), insbesondere die

<sup>74</sup> BegrRegE ZuFinG, BR-Drs. 362/23, S. 141.

<sup>75</sup> Jedenfalls, soweit es sich nicht um eigene Bestände handelt, *Wieneke/Kunz*, Das Gesetz zur Einführung von elektronischen Wertpapieren, NZG 2021, S. 316 (319).

<sup>76</sup> BegrRegE eWpG, BT-Drs. 19/26925, S. 49.

<sup>77</sup> *Wieneke/Kunz* (Fn.75), S. 316 (319).

<sup>78</sup> *Dieckmann* in: *Conreder/Meier*, eWpG (Fn. 61), § 12 Rn. 4.

<sup>79</sup> BegrRegE eWpG, BT-Drs. 19/26925, S. 50.

<sup>80</sup> *Conreder/Diederichsen/Okonska*, Das neue Gesetz über elektronische Wertpapiere – digitale Zeitenwende im Wertpapierbereich, DStR 2021, S. 2594 (2595); *BegrRegE eWpG*, BT-Drs. 19/26925, S. 50.

<sup>81</sup> *BegrRegE eWpG*, BT-Drs. 19/26925, S. 41.

<sup>82</sup> *Gleske/Raetz* in: *Hopt/Seibt*, SchuldverschreibungsR, 2. Aufl. 2023, eWpG § 4 Rn. 16.

<sup>83</sup> *BegrRegE eWpG*, BT-Drs. 19/26925, S. 41, 59.

Blockchain-Technologie, vor Augen.<sup>84</sup> Die Vision dieser ist gerade die eines dezentral verteilten Systems (Blockchain), das Transaktionen unmittelbar zwischen Teilnehmern des Netzwerks ohne die Einschaltung von Intermediären ermöglicht.<sup>85</sup> Vermögenswerte werden dabei als Token digital auf der Blockchain abgebildet, die in chronologischer Reihenfolge alle Transaktionen enthält und bei allen Teilnehmern des Netzwerks mit identischem Inhalt vorliegt.<sup>86</sup> Transaktionen der Token erfolgen auf Grundlage der „Public-Key-Kryptographie“ unter Verwendung von Private und Public Keys.<sup>87</sup> Dabei wird eine Transaktion zunächst mittels des Private Key, der die Verfügungsberechtigung über den Token enthält, durch die beteiligten Parteien autorisiert.<sup>88</sup> Danach sendet der übertragende Nutzer eine Nachricht an das Blockchain-Netzwerk, deren Teilnehmer mittels des Public Key die Authentizität der Transaktion überprüfen.<sup>89</sup> Sofern eine Mehrheit die Transaktion validiert, wird sie unter Zuordnung des Empfängers in der Blockchain gespeichert.<sup>90</sup> Dabei muss die Blockchain-Technologie die im Vergleich zum zentralen Register fehlende zentrale Instanz durch einen Algorithmus ersetzen, der gewährleistet, dass nur autorisierte Transaktionen eingetragen werden.<sup>91</sup>

Trotz der automatisierten Registerführung bedarf es auch bei Kryptowertpapierregistern einer registerführenden Stelle, die zwar nichts an der Dezentralität ändert, aber als verantwortliches Rechtssubjekt hinsichtlich der Registerführung und damit einhergehender Pflichten (vgl. § 7 eWpG) zur Verfügung stehen soll.<sup>92</sup> Der Kreis zur Führung des Registers Berechtigter ist indes größer: nach § 16 II eWpG ist registerführende Stelle, wer vom Emittenten gegenüber dem Inhaber als solche benannt ist (S. 1); unterbleibt die Benennung, gilt der Emittent als registerführende Stelle (S. 2). Gleichwohl werden operativ tätige Gesellschaften bei der Ausgabe von Kryptoaktien für die Registerführung wohl auf einen

Dienstleister setzen, da auch hier eine KWG-Erlaubnis vorausgesetzt ist.<sup>93</sup>

Die Eintragung einer Aktie in ein Kryptowertpapierregister erfolgt analog zur der in ein zentrales Register durch Aufnahme der hierfür nach § 17 I, II eWpG erforderlichen Angaben.

### aa) Ausklammerung von Inhaberaktien

Wesentlicher Unterschied dabei ist die Angabe nach § 17 I Nr. 8 lit. a) eWpG nicht ob, sondern dass die Aktie auf den Namen lautet. Inhaberaktien können nicht als Kryptoaktien begeben werden, sondern kommen nach § 1 Nr. 3 eWpG sowie dem neuen § 10 I S. 2 Nr. 3 AktG nur als Zentralregisteraktien in Betracht. Grund dafür sind geldwäscherechtliche Bedenken des Gesetzgebers: Inhaberaktien seien als tendenziell risikobehaftetes Instrument einzuordnen, bei dem es entscheidend auf die Nachvollziehbarkeit von Übertragungsvorgängen ankomme, was bei der intermediärlosen Blockchain-Technologie erschwert sei.<sup>94</sup> Substantiiert ist diese Befürchtung jedoch nicht. Im Fall einer Sammeleintragung von Kryptoaktien sind Wertpapiersammelbanken oder Kreditinstitute als eingetragene Inhaber beteiligt, die eine Ermittlungspflicht (ggf. entlang einer Depotkette) des wirtschaftlichen Aktionärs trifft (§ 2 I Nr. 1 GwG<sup>95</sup>).<sup>96</sup> Bei Einzeleintragungen muss die Bezeichnung des zugleich berechtigten Inhabers zumindest unter einer eindeutigen Kennung erfolgen (§ 17 II 2 eWpG), die eine eindeutige Zuordnung ermöglicht.<sup>97</sup> Der wirtschaftlich Berechtigte i. S. v. § 3 GwG lässt sich damit stets nachvollziehen. Eine Erweiterung um Inhaberaktien soll jedoch nach Finalisierung der Geldwäsche-VO<sup>98</sup> überprüft werden.<sup>99</sup>

### bb) Sammel-/Einzeleintragung

Die Sammeleintragung von Kryptoaktien ist möglich, führt jedoch zur Beteiligung von Intermediären, die die privaten

<sup>84</sup> BegrRegE eWpG, BT-Drs. 19/26925, S. 42; die Begriffe „DLT“ und „Blockchain-Technologie“ werden nachfolgend synonym benutzt.

<sup>85</sup> Blockchain-Strategie der Bundesregierung, [https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Publikationen/Digitale-Welt/blockchain-strategie.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=22](https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Publikationen/Digitale-Welt/blockchain-strategie.pdf?__blob=publicationFile&v=22) [Stand: 18.2.2025], S. 3.

<sup>86</sup> *Eckhold/F. Schäfer* in: Assmann/Schütze/Buck-Heeb, KapAnlR-HdB, 6. Aufl. 2024, § 17 Rn. 1 f.; *Reger/Langheld/Haagen*, RD 2021, S. 83 (84).

<sup>87</sup> *Dieckmann* in: Conreder/Meier, eWpG (Fn. 61), WpPG § 4 Rn. 9; *Eckhold/F. Schäfer* in: Assmann/Schütze/Buck-Heeb, KapAnlR-HdB (Fn. 86), § 17 Rn. 8.

<sup>88</sup> *Fromberger/Zimmermann*, in Maume/Maute, HdB Kryptowerte, 2020, § 1 Rn. 15 ff.; *Reger/Langheld/Haagen*, RD 2021, S. 83 (84).

<sup>89</sup> *Schwemmer*, Das Tokensachstatut – Zur kollisionsrechtlichen Behandlung der Übertragung von Bitcoin, Kryptowertpapieren und anderen Kryptotoken, IPRax 2022, S. 331 (333).

<sup>90</sup> *Buhl*, Die dingliche Zuordnung von Kryptowerten im Kollisionsrecht, RD 2024, S. 74 (75); *Schrey/Thalhofer*, Rechtliche Aspekte der Blockchain, NJW 2017, S. 1431 (1432).

<sup>91</sup> *Reger/Langheld/Haagen*, RD 2021, S. 83 (84).

<sup>92</sup> *Poelzig/von Zehmen*, RD 2023, S. 333 (335); *Denga*, AG 2024, S. 137 (139).

<sup>93</sup> *Eisenschmidt*, Die Einführung der elektronischen Aktie, NZG 2023, S. 825 (828).

<sup>94</sup> RefE ZuFinG,

[https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Gesetzestexte/Gesetze\\_Gesetzesvorhaben/Abteilungen/Abteilung\\_VII/20\\_Legislaturperiode/2023-04-12-ZuFinG/1-Referentenentwurf.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Gesetzestexte/Gesetze_Gesetzesvorhaben/Abteilungen/Abteilung_VII/20_Legislaturperiode/2023-04-12-ZuFinG/1-Referentenentwurf.pdf?__blob=publicationFile&v=2) [Stand: 18.2.2025], S. 92.

<sup>95</sup> Gesetz über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten (Geldwäschegesetz – GwG) v. 23.6.2017, BGBl. I, 1822.

<sup>96</sup> *Lübke*, Das Gesellschaftsrecht der elektronischen Aktie, in: Möslein, Florian/Omlor, Sebastian [Hrsg.], Kryptoaktien, 2024, S. 39 (47 f.); *Geurts*, ZdiW 2023, S. 181 (188).

<sup>97</sup> BegrRegE eWpG, BT-Drs. 19/26925, S. 61.

<sup>98</sup> COM(2021) 420; zu dessen Implikationen für Kryptoinhaberaktien *Lübke* in: Kryptoaktien (Fn. 96), S. 39 (49 f.).

<sup>99</sup> BegrRegE ZuFinG, BR-Drs. 362/23, S. 119.

Kapitalmärkte, auf die Kryptowertpapierregister ausgerichtet sind, in der Regel vermeiden möchten. Mangels einer mit § 12 III eWpG vergleichbaren Vorschrift ist ein Einbezug in den Effektenmarkt nicht möglich. Die Einzeleintragung und der Handel auf privaten Kapitalmärkten werden daher den Regelfall darstellen.<sup>100</sup>

### cc) Exkurs: DLT-Pilot

Aufgrund Letzteren wurde die Befürchtung geäußert, dass mangels ausreichenden Rechtsrahmens für einen Handel von Kryptowertpapieren und dem Verweis auf die privaten Kapitalmärkte allenfalls der unregulierte, graue Markt gefördert werde.<sup>101</sup> Zwischenzeitlich hat der europäische Gesetzgeber mit der DLT-Pilot-VO<sup>102</sup> in einer sog. Sandkasten-Lösung jedoch einen Rechtsrahmen geschaffen, um die Entwicklung von DLT-basierten Infrastrukturen – mithin auch Kryptowertpapieren – für Kapitalmärkte zu erproben.<sup>103</sup> Eine solche „regulatory sandbox“ ist ein Testrahmen unter reduzierten regulatorischen Vorgaben, der den Adressaten Spielraum bietet, innovative Tätigkeiten zu schaffen.<sup>104</sup> In der DLT-Pilot-VO betrifft dies insbesondere das Erfordernis der Einbuchung im Effektenmarktverkehr (Art. 3 I CSRD), von dem nach Art. 5 II DLT-Pilot-VO auf Antrag von der zuständigen Behörde befreit werden kann. Im Rahmen des Testregimes kann somit ein funktionsfähiger Sekundärmarkt für Kryptoaktien erprobt werden, wobei perspektivisch insbesondere interessant ist, ob ein DLT-basiertes System als „dezentrale Version eines Zentralverwahrers“ verwendet werden oder die Blockchain-Technologie gar als Ersatz des Effektenmarktverkehrs dienen könnte.<sup>105</sup>

## II. Übertragung elektronischer Aktien

### 1. Elektronische Aktien in Sammeleintragung

Die Übertragung elektronischer Aktien in Sammeleintragung erfolgt aufgrund der Sachfiktion und der gesetzlichen Anordnungen über den Sammelbestand nach sachenrechtlichen Grundsätzen.<sup>106</sup> Heranzuziehen sind insbesondere die im

Effektenmarkt bekannten Rechtsfiguren, insbesondere die Anerkennung des Anspruchs auf Umbuchungen als Herausgabeanspruch für das vom Aktionär zur CBF reichende Besitzmittlungsverhältnis.<sup>107</sup> Die Übertragung ändert den Berechtigten, nicht jedoch den Inhaber aufgrund der fortbestehenden Eintragung der CBF bzw. des Verwahrers im Register. Übertragungen von Aktien in Sammeleintragung erfolgen daher außerhalb des Registers „off-chain“.<sup>108</sup>

### 2. Elektronische Aktien in Einzeleintragung

Für elektronische Aktien in Einzeleintragung existiert mit den §§ 24–27 eWpG ein eigenes Regime, das auf den Verfügungstatbeständen des Zivilrechts aufbaut und diese ergänzt.<sup>109</sup> Aufgrund der Identität von Inhaberschaft und Berechtigung dokumentieren Register in dieser Eintragungsmodalität alle wertpapierrelevanten Transaktionen und die materielle Rechtslage.<sup>110</sup> Um ein Auseinanderfallen der Rechtswirklichkeit mit der Registerpublizität zu vermeiden, sollen sich Übertragungen daher auf der Infrastruktur des Registers vollziehen.<sup>111</sup> § 24 eWpG setzt für wirksame Verfügungen über elektronische Wertpapiere die Umtragung auf den neuen Inhaber (§ 4 VIII eWpG) voraus. Es gilt der Grundsatz „keine Verfügung außerhalb des Registers“,<sup>112</sup> Übertragungen vollziehen sich stets „on-chain“. Im Übrigen erfolgt die Übertragung im Grundsatz nach § 929 I BGB, wobei die Übergabe der Urkunde durch die Umtragung ersetzt wird.<sup>113</sup> Solange die Umtragung auf Weisung des Veräußerers nicht erfolgt, verliert dieser sein Eigentum nicht (§ 25 I 2 eWpG). Ein Unterschied zwischen Inhaber- und Namensaktien ergibt sich hierbei nicht; § 25 III 2 eWpG stellt klar, dass eine Übertragung von elektronischen Namensaktien in Einzeleintragung durch Indossament nicht möglich ist. Sofern letztere einer Vinkulierung unterliegen, darf die registerführende Stelle die Umtragung jedoch erst nach Zustimmung der Gesellschaft vornehmen (§ 25 III 1 eWpG). Darüber hinaus ist auch ein gutgläubiger Erwerb gesichert: zugunsten des gutgläubigen rechtsgeschäftlichen Erwerbers gilt

<sup>100</sup> Wöckener/Becker in: BeckOGK eWpG, Stand 1.1.2024, § 8 Rn. 35.

<sup>101</sup> Blockchain Bundesverband, Stellungnahme zum Referentenentwurf des BMJV und des BMF eines Gesetzes zur Einführung von elektronischen Wertpapieren, [https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Gesetzestexte/Gesetze\\_Gesetzesvorhaben/Abteilungen/Abteilung\\_VII/19\\_Legislaturperiode/2021-06-09-einfuehrung-elektronische-wertpapiere/Stellungnahme-blockchain.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Gesetzestexte/Gesetze_Gesetzesvorhaben/Abteilungen/Abteilung_VII/19_Legislaturperiode/2021-06-09-einfuehrung-elektronische-wertpapiere/Stellungnahme-blockchain.pdf?__blob=publicationFile&v=1) [Stand: 18.2.2025].

<sup>102</sup> VO (EU) 2022/858.

<sup>103</sup> Poelzig/von Zehmen, RD 2023, S. 333 (341).

<sup>104</sup> Poelzig/von Zehmen, RD 2023, S. 333 (341).

<sup>105</sup> ErwG 9 S. 3 COM(2020) 594; Poelzig, Elektronische Aktien im Kapitalmarktrecht, in: Möslin, Florian/Omlor, Sebastian [Hrsg.], Kryptoaktien, 2024, S. 75 (85 f.).

<sup>106</sup> Vgl. BegrRegE eWpG, BT-Drs. 19/26925, S. 50.

<sup>107</sup> Gleske/Raetz in: Hopt/Seibt, SchuldverschreibungsR, (Fn. 82), eWpG § 9 Rn. 6.

<sup>108</sup> Omlor/Wilke/Blöcher, Zukunftsfinanzierungsgesetz, MMR 2022, S. 1044 (1047).

<sup>109</sup> BegrRegE eWpG, BT-Drs. 19/26925, S. 65.

<sup>110</sup> Kleinert/Mayer, Der deutsche Weg zum elektronischen Wertpapier, EuZW 2020, S. 1059 (1062).

<sup>111</sup> BegrRegE eWpG, BT-Drs. 19/26925, S. 66.

<sup>112</sup> BegrRegE eWpG, BT-Drs. 19/26925, S. 66.

<sup>113</sup> BegrRegE eWpG, BT-Drs. 19/26925, S. 66.

nach § 26 I eWpG der Inhalt des elektronischen Wertpapierregisters als vollständig und richtig sowie der Inhaber als Berechtigter. Eine Übertragung ist zudem durch Abtretung denkbar, für die Wirksamkeit der Verfügung tritt jedoch auch hier die konstitutive Umtragung hinzu.<sup>114</sup>

### III. Implikationen für Aktiengesellschaften

#### 1. Begebung elektronischer Aktien

Mit Inkrafttreten der Regelungen des ZuFinG zur elektronischen Aktie ohne Übergangszeit (Art. 35 I ZuFinG) können sie sich Aktiengesellschaften seit dem 15.12.2023 zunutze machen. Eine Pflicht hierzu trifft sie jedoch nicht, der Gebrauch der neuen Ausgabeform steht zur Dispositionsbefugnis der Gesellschaft. Für die Ausgabe ist eine Satzungsbestimmung erforderlich, die die Verbriefung der elektronisch begebenen Aktien ausschließt (§ 10 VI 1 AktG). Denkbar ist nach dessen Wortlaut („für solche Aktien ausschließen“) auch ein Teilausschluss, etwa bei der Vornahme einer Kapitalerhöhung, bei der existierende, urkundliche Aktien bestehen bleiben und lediglich die jungen Aktien elektronisch begeben werden. Möglich ist somit ein Mischbestand mit teils urkundlichen, teils elektronischen Aktien innerhalb einer Gesellschaft, wobei fraglich ist, wie dies operationell darzustellen wäre.<sup>115</sup> Gleichsam kann der Anspruch auf Verbriefung nunmehr vollständig ausgeschlossen werden, sodass entgegen der bisherigen Rechtslage dann auch kein Anspruch auf Ausstellung einer Globalurkunde mehr verbleibt.<sup>116</sup> Möchte die Gesellschaft Kryptoaktien ausgeben, muss die Satzung dies ausdrücklich zulassen, sodass ein reiner Ausschluss der Verbriefung hier nicht genügt (§ 10 VI 2 AktG). Nach Auffassung des Gesetzgebers sei dies nötig, da viele Menschen mit den für die Begebung von Kryptoaktien nötigen Technologien nicht vertraut seien und deshalb Vorbehalte bestehen könnten.<sup>117</sup> Urkundliche Aktien können zudem durch ihr elektronisches Pendant ersetzt werden, auch wenn sie vor Inkrafttreten des ZuFinG begeben wurden (§ 33 I eWpG). Neben den beschriebenen Satzungsbestimmungen kann hierfür im Einzelfall die Zustimmung des jeweiligen Aktionärs erforderlich sein (§ 6 III, IV 1 eWpG). Mit Eintragung in das Register werden die Urkunden kraftlos (§ 6 III 2, IV 2 eWpG). Möglich ist in praktisch selten denkbaren Fällen wiederum auch

die Ersetzung einer elektronischen Aktie durch eine urkundliche (§ 6 II eWpG).

Für Aktiengesellschaften besteht somit vorbehaltlich der erforderlichen Hauptversammlungsbeschlüsse für die Satzungsbestimmungen ein sehr liberales Regime zur Handhabung der neuen Begebungsform.

#### 2. Mittelbare Auswirkungen

Jenseits der neuen Begebungsform können sich mit der digitalen Registerlösung mittelbare Auswirkungen für die aktienrechtliche Praxis ergeben, etwa hinsichtlich der Beteiligungstransparenz. Für Namensaktiengesellschaften lässt sich die Datenerfassung im elektronischen Register für die Zwecke des Aktienregisters nutzen.<sup>118</sup> Nach § 67 I 7 AktG ist für die Übermittlung der hierzu erforderlichen Angaben ein Meldesystem mit der registerführenden Stelle einzurichten. § 30a 1 eWpG stellt ferner klar, dass die registerführende Stelle selbst mit der Führung des Aktienregisters beauftragt werden kann, was einer effizienteren Ausgestaltung des Aktienregisters, insbesondere ohne Zeitverzögerungen, zugutekommt.<sup>119</sup> Vorteile können sich zudem für Gesellschaften mit Inhaberaktien ergeben, bei denen kein Aktienregister zu führen ist. Insbesondere nicht börsennotierte Gesellschaften, denen die gesetzlichen Mittel zur Lüftung der Anonymität ihrer Aktionäre nicht zur Verfügung stehen (§ 67d AktG, §§ 33 ff. WpHG<sup>120</sup>),<sup>121</sup> könnten sich hierfür im Fall der Einzeleintragung die Registerinträge zunutze machen. Als Teilnehmerin des elektronischen Wertpapierregisters i. S. v. § 10 I eWpG steht dem Emittenten ein Auskunftsanspruch gegen den Registerführer nach Abs. 2 zu (vgl. § 2 I Nr. 1 eWpRV<sup>122</sup>). Zwar kann die Angabe im Register, auf die sich der Anspruch richtet, auch unter einer eindeutigen Kennung, also ohne Klarnamen erfolgen (§ 13 II 2 eWpG). Sollte eine rechtssichere Kommunikation mit den Aktionären dadurch nicht bereits gewährleistet sein, kommt auf Grundlage eines berechtigten Interesses gem. § 10 III eWpG auch ein weitergehender Auskunftsanspruch in Betracht.<sup>123</sup> Ferner haben insbesondere Kryptoaktien Potenzial für eine intensiviertere Digitalisierung der Aktiengesellschaft. Perspektiven, die sich auf Grundlage der DLT bieten, sind etwa eine automatisierte Dividendenauskehr oder die Kommunikation mit Aktionären

<sup>114</sup> BegrRegE eWpG, BT-Drs. 19/26925, S. 66.

<sup>115</sup> BegrRegE ZuFinG, BR-Drs. 362/23, S. 119; *Liebert/Bauer* in: *Conreder/Meier*, eWpG (Fn. 61), § 9 Rn. 14.

<sup>116</sup> *Koch*, AktG (Fn. 11), § 10 Rn. 16.

<sup>117</sup> BegrRegE ZuFinG, BR-Drs. 362/23, S. 119.

<sup>118</sup> *Vatter* in: *BeckOGK AktG* (Fn. 13), § 10 Rn. 77.

<sup>119</sup> *Eisenschmidt*, NZG 2023, S. 825 (831); *Guntermann*, AG 2023, S. 426 (432).

<sup>120</sup> Gesetz über den Wertpapierhandel (Wertpapierhandelsgesetz – WpHG) v. 9.9.1998, BGBl. I, 2708.

<sup>121</sup> *Eisenschmidt*, NZG 2023, S. 825 (831).

<sup>122</sup> Verordnung über Anforderungen an elektronische Wertpapierregister (eWpRV) v. 24.10.2022, BGBl. I, 39.

<sup>123</sup> *Lübke* in: *Kryptoaktien* (Fn. 96), S. 39 (65).

über die Blockchain einschließlich der Berufung der Hauptversammlung, die ihrerseits bereits de lege lata virtuell stattfinden kann (§ 118a AktG).<sup>124</sup> Dies ist jedoch einer Entwicklung durch die Emittenten innerhalb des bestehenden gesetzlichen Rahmens vorbehalten, neue Regelungen schafft das ZuFinG hierfür nicht.<sup>125</sup>

#### IV. Beurteilung

Die Einführung elektronischer Aktien ist initial positiv zu bewerten. Die neue Fassung des eWpG schafft den überfälligen Rechtsrahmen für die elektronische Begebung von Inhaberschuldverschreibungen und Aktien, der gängigsten kapitalmarktlichen Finanzinstrumente. Ob sie allerdings mit Hinblick auf die Primärziele des ZuFinG einen signifikanten Beitrag leistet, ist disputabel.

##### 1. Kostenvorteile?

Mit der elektronischen Aktie kann fortan auf die Herstellung und Verwahrung einer physischen Urkunde verzichtet werden, wodurch zunächst eine Kostensenkung bei Aktienemissionen antizipiert werden könnte,<sup>126</sup> was die Rechtsform der Aktiengesellschaft attraktiver machen könnte. Hingegen dürften auch die Gebühren der Registereintragung und dessen fortlaufender Führung einen nicht unerheblichen Kostenposten darstellen, vergewagt man sich insbesondere die in § 7 eWpG niedergelegten Pflichten der registerführenden Stelle.<sup>127</sup> Bedeutende Kostenvorteile sind deshalb zu bezweifeln, vor allem für zentrale Register, die von einer Wertpapiersammelbank oder einem Verwahrer geführt werden müssen. Kryptowertpapierregister kann der Emittent zwar auch selbst führen, die erforderliche KWG-Erlaubnis wird hierbei allerdings ein beträchtliches Hindernis darstellen. Liegt diese bereits vor oder wird sie eingeholt, ist indes ein erheblicher Instandhaltungsaufwand des Aufzeichnungssystems angezeigt, da die Anforderungen hieran vor dem jeweiligen Stand der Technik zu interpretieren sind. Echte Vorteile können jedoch durch den Einsatz der DLT im Rahmen von Kryptoaktien entstehen. Die intermediärlose, automatisierte Abwicklung von Transaktionen kann zu wesentlichen Zeitersparnissen führen, wodurch die Opportunitätskosten im Vergleich zur

Einschaltung von Depotbanken namhaft niedriger sind.<sup>128</sup> Praktisch verdeutlicht dies eine Blockchain-basierte Emission durch Continental, Siemens und die Commerzbank, bei der die Erzeugung und der Handel eines Geldmarktwertpapiers in Minuten statt Tagen vollzogen werden konnte.<sup>129</sup>

##### 2. Praktische Bedeutung von Kryptoaktien

Jenseits des Potentials von Kryptoaktien stellt sich allerdings die Frage, in welchem Umfang ihnen eine praktische Bedeutung tatsächlich zukommt und ihre Vorteile somit von beachtlichem Nutzen sind. Vereitelt wird dies zumindest teilweise aufgrund der Ausklammerung von Inhaberaktien. Zweifel ergeben sich ferner aufgrund der fehlenden Möglichkeit zum Einbezug in den Effektenmarkt und des damit verbundenen Verweises des Gesetzgebers auf die privaten Kapitalmärkte. Innerhalb des DLT-Pilot-Regimes besteht zwar die Möglichkeit, einen funktionsfähigen Sekundärmarkt für Kryptoaktien zu entwickeln. Dessen Reichweite ist indes aufgrund seines Testcharakters zeitlich sowie kapitalmäßig begrenzt.<sup>130</sup> Im Vorfeld wurde daher abgesehen, dass Kryptoaktien praktische Relevanz vornehmlich zunächst für kleinere und mittlere börsenferne Gesellschaften erlangen.<sup>131</sup> Für diese Gesellschaften ist aber fraglich, ob überhaupt ein relevantes Interesse an der Ausgabe von Kryptoaktien besteht. Die Befürchtung bestätigt ein Blick auf die von der BaFin zu veröffentlichende Liste über Kryptowertpapiere (§ 20 III eWpG), der zeigt, dass sich seither nur eine sehr überschaubare Zahl von Gesellschaften für die Ausgabe von Kryptoaktien entschieden hat.<sup>132</sup> Das Potential von Kryptoaktien scheint daher, jedenfalls in nennenswertem Umfang, aktuell ungenutzt zu bleiben.

##### 3. Wohlstandssicherung durch elektronische Aktien?

Einen signifikanten Beitrag zu den Primärzielen des ZuFinG scheint die elektronische Aktie nicht zu leisten. Insbesondere entsteht durch das bloße Entfallen der Herstellung und Einlieferung einer physischen Urkunde bei Zentralregisteraktien, die in den Effektenmarkt einbezogen werden sollen, kein vermehrter Anreiz für eine

<sup>124</sup> Spindler, Gesellschaftsrecht und Digitalisierung, ZGR 2018, S. 17 (50 f.); Lübke in: Kryptoaktien (Fn. 96), S. 39 (66 f.).

<sup>125</sup> Vgl. Guntermann, Krypto-Aktie & Co., AG 2024, S. 13 (21).

<sup>126</sup> Preuße/Wöckener/Gillenkirch, Der Gesetzesentwurf zur Einführung elektronischer Wertpapiere, BKR 2020, S. 551 (555); BegrRegE eWpG, BT-Drs. 19/26925, S. 49.

<sup>127</sup> So auch Denga, AG 2024, S. 137 (143).

<sup>128</sup> Vgl. Preuße/Wöckener/Gillenkirch, BKR 2020, S. 551 f.

<sup>129</sup> Continental, Commerzbank und Siemens testen erfolgreich Blockchain-Technologie im Geldmarkt, <https://www.continental.com/de/presse/pressemitteilungen/blockchain> [Stand: 18.2.2025].

<sup>130</sup> Art. 3 Abs. 1 lit. a), Abs. 2 und ErWG 48 DLT-Pilot-VO.

<sup>131</sup> Poelzig/von Zehmen, RD 2023, S. 333 (343).

<sup>132</sup> BaFin, Kryptowertpapierliste nach eWpG, [https://www.bafin.de/DE/PublikationenDaten/Datenbanken/Kryptowertpapiere/kryptowerte\\_node.html](https://www.bafin.de/DE/PublikationenDaten/Datenbanken/Kryptowertpapiere/kryptowerte_node.html) [Stand: 18.2.2024]; nur bei zwei Einträgen kann eindeutig auf Aktien geschlossen werden.

Börsennotierung in Deutschland. Die Einführung der Kryptoaktie ist zwar chancenreich, birgt aber aufgrund der eingeschränkten Nutzbarkeit und des Fehlens etablierter Märkte zumindest noch kein hinreichendes Potential, den deutschen Finanzstandort in dem erforderlichen Umfang zu stärken. Eine Wohlstandssicherung allein auf Grundlage der elektronischen Aktie ist deshalb nicht abzusehen. Einen derartigen Anspruch erhob das ZuFinG indes nicht. Vielmehr ist es mit seinem umfassenden Ansatz als Gesamtkonstrukt zu sehen, das von der Summe seiner Einzelregelungen und ihrer Korrelation profitieren soll. In der elektronischen Aktie sah der Gesetzgeber jedoch eine Fortschreibung der Digitalisierung im Kapitalmarkt. Dies mag durch die Einführung von Kryptoaktien geschehen sein, im Fall der praktisch derzeit relevanteren Zentralregisteraktien erfolgen Transaktionen im Effektenverkehrsverkehr ohnehin bereits digital. Der nun mögliche Verzicht auf die Herstellung und Einlieferung einer physischen Urkunde ändert daran wenig.

## D. Entmaterialisierungserfolg der elektronischen Aktie

### I. Elektronische Aktien als Sachen

In Rückbesinnung auf den eingangs dargestellten Bedeutungsverlust der Aktienurkunde ist zuletzt die Frage aufzuwerfen, ob mit der Einführung der elektronischen Aktie der Forderung nach einer Entmaterialisierung nachgekommen wurde. Bejahen kann man dies insofern, als die Ausstellung von Urkunden für die Verkehrsfähigkeit der Aktie nicht mehr zwingend ist. Aufgrund der weitläufigen Liberalität, die Emittenten hinsichtlich der Begebung elektronischer Aktien trifft, kann auf diesem Standpunkt jedoch allenfalls von einer optionalen Dematerialisierung gesprochen werden.<sup>133</sup> Ein eindeutiges Nein muss aber für den Umstand geäußert werden, dass elektronische Aktien im Regime des eWpG als Sachen gelten und – in den Worten des eWpG-Gesetzgebers – „deshalb mit dem hergebrachten sachenrechtlichen Denken des deutschen Wertpapierrechts verknüpft sind“.<sup>134</sup> Zwar stellt die Sachfiktion keine Eigentümlichkeit elektronischer Aktien dar, da § 2 III eWpG mit dem ZuFinG keine Änderung erfuhr. Dessen Ausweitung führt die einhergehenden Probleme nun jedoch auf der Ebene von Aktien fort. Insbesondere bei

Zentralregisteraktien, denen das Regime der §§ 24–27 eWpG nicht zur Verfügung steht, werden die dogmatischen Zweifel, die an der Einpassung der Übertragung girosammelverwahrter Wertpapiere in das sachenrechtliche Konstrukt bereits seit dem letzten Jahrhundert bestehen, auf einen neuen Höhepunkt gebracht,<sup>135</sup> der nunmehr nur über den weiteren gedanklichen Zwischenschritt, elektronische Registerinträge seien fernab jeglicher Körperlichkeit Sachen, zu erreichen ist. Erfreulicherweise wurde in den Gesetzesbegründungen zum eWpG sowie zum ZuFinG aber klargestellt, dass die Sachfiktion die – in den Gesetzesbegründungen zugleich angekündigte – Diskussion über eine Reform des Wertpapier- und Depotrechts nicht beenden solle und das hiesige Konzept deshalb gegebenenfalls als Brückenlösung zu betrachten sei.<sup>136</sup> Als mögliche Grundlage einer deutschen Reform erkennt der Gesetzgeber das Schweizer Bucheffektengesetz<sup>137</sup> (BEG) an.<sup>138</sup> Die „Bucheffekte“ ist ein Vermögensobjekt sui generis und erlaubt eine vom Sachenrecht gelöste Ordnung intermediär verwahrter Wertpapiere.<sup>139</sup> Ein geeignetes Vorbild für das deutsche Recht ist die Bucheffekte vor allem deshalb, da ihr sowohl physische Wertpapiere als auch reine Registerwertrechte – das Pendant zu den Kryptowertpapieren des eWpG<sup>140</sup> – zugrunde liegen können (Art. 6 I BEG) und ihr darüber hinaus der Status eines absoluten Rechts zukommt (Art. 3 II BEG). Eine Annäherung hieran erscheint für das deutsche Wertpapierrecht mit den verschiedenen Begebungsformen (urkundliche und elektronische Wertpapiere) sowie seiner eigentumsgestützten Konzeption umsetzbar.<sup>141</sup>

### II. Reform des Wertpapierrechts: Eine Aufgabe des ZuFinG?

Die Entmaterialisierung der Aktie ist mit dem ZuFinG nicht erfolgt. Ein Anspruch des Gesetzgebers hierauf wurde indes nicht erhoben. Zudem ist fraglich, ob das ZuFinG den geeigneten Kontext für einen grundlegenden Umbruch des Wertpapierrechts mit seiner sachenrechtlichen Konzeption geboten hätte. Ein Teil des Schrifttums bejahte dies im Gesetzgebungsprozess zum ZuFinG und forderte mit seinem Erlass eine umfassende Reform, statt ein „eWpG 2.0 mit

<sup>133</sup> So *Linardatos*, Elektronische Schuldverschreibungen auf den Inhaber – des Wertpapiers neue Kleider, ZBB 2020, S. 329 (331).

<sup>134</sup> *BegrRegE eWpG*, BT-Drs. 19/26925, S. 40.

<sup>135</sup> *Lübke* in: Kryptoaktien (Fn. 96), S. 39 (57); *Guntermann*, AG 2023, S. 426 (434); zur Inhaberschuldverschreibung bereits *Lahusen*, Das Sachenrecht der elektronischen Wertpapiere, RD 2021, S. 161 (166 ff.).

<sup>136</sup> *BegrRegE eWpG*, BT-Drs. 19/26925, S. 40; *BegrRegE ZuFinG*, BR-Drs. 362/23, S. 140.

<sup>137</sup> Bundesgesetz über Bucheffekten v. 10.10.2008 (Bucheffectengesetz, BEG), SR 957.1.

<sup>138</sup> *BegrRegE eWpG*, BT-Drs. 19/26925, S. 40.

<sup>139</sup> *Kuhn*, Wertpapierrecht als Technikregulierung: zehn Jahre Reform des schweizerischen Depotrechts, EuZW 2018, S. 409.

<sup>140</sup> *Dubovitskaya*, Gesetzesentwurf zur Einführung von elektronischen Wertpapieren: ein zaghafter Schritt nach vorn, ZIP 2020, S. 2551 (2559).

<sup>141</sup> *Casper*, Elektronische Schuldverschreibung: es ist Zeit für einen grundlegenden gesetzlichen Neustart, BKR 2019, S. 209 (213); zur Übernahme des BEG *Segna*, Bucheffekten (Fn. 54), S. 621 ff.

Aktien“ zu schaffen.<sup>142</sup> Dem mag für eine isolierte Betrachtung der elektronischen Aktie zwar möglicherweise beizupflichten sein. Außer Betracht wird dabei jedoch gelassen, dass die Einführung der elektronischen Aktie nur einen einzelnen Regelungsbereich im Rahmen eines weitaus umfassenderen Ansatzes darstellt. Ein grundlegender Bruch mit der Konzeption des Wertpapierrechts im Rahmen des ZuFinG wäre Gefahr gelaufen, für die Praxis nur schwer vermittelbar zu sein, zumal diese eine faktische Dematerialisierung von Wertpapieren im Effektenmarkt bereits lange vollzogen hat und dahingehende Reformforderungen insofern insbesondere dogmatisch indiziert sind. Der gerade gewünschte Ansatz des ZuFinG in Form von Erleichterung und Entbürokratisierung wäre vor diesem Hintergrund möglicherweise vereitelt worden. Dass mit dem ZuFinG keine weitreichendere Reform des Wertpapierrechts vorgenommen wurde, ist deshalb zu begrüßen. Der Gesetzgeber sollte sich einer solchen, wie angekündigt, gesondert annehmen.<sup>143</sup>

## E. Ausblick

Letztlich ist die Einführung der elektronischen Aktie zu befürworten, auch wenn damit beträchtliche Effizienzgewinne und ein signifikanter Beitrag zur gewünschten Wohlstandssicherung nach aktuellem Stand nicht abzusehen sind. Zu beobachten wird insbesondere sein, wie sich die neue Ausgabeform im Zusammenspiel mit den anderen Regelungsbereichen des ZuFinG auf eine Stärkung des Finanzstandorts Deutschland auswirkt und, auf europäischer Ebene, sich im Rahmen des DLT-Pilot-Testregimes ein funktionsfähiger Sekundärmarkt für Kryptoaktien entwickelt, sodass deren Potential auch in einem größeren Umfang realisiert werden kann. Zu einer wesentlichen Entmaterialisierung der Aktie hat das ZuFinG zwar nicht beigetragen, jedoch hätten dessen Regelungszweck und -ansatz ohnehin nicht den geeigneten Kontext dafür geboten. Es bleibt indes zu hoffen, dass die angekündigte Reform des Wertpapierrechts nicht mehr lange auf sich warten lässt und diese unter Emanzipation vom Sachenrecht die kapitalmarktliche Realität schließlich auch rechtlich aufgreift.

<sup>142</sup> *Omlor/Wilke/Blöcher*, MMR 2022, S. 1044 (1046); in diese Richtung auch *Eisenschmidt*, NZG 2023, S. 825 (828).

<sup>143</sup> Im Ergebnis so auch *Guntermann*, AG 2021, S. 449 (456 f.); *Casper*, Das Gesetz über elektronische Wertpapiere (eWpG), AG 2022, S. 714 (724).

## Luca Maria Holst: Der digitale Zugang der Gewerkschaften zum „Homeoffice“

Die Autorin ist Studentin der Rechtswissenschaft im 10. Fachsemester (Universität Bayreuth). Der Beitrag ist im Rahmen des studienbegleitenden Seminars „Unternehmen und Arbeit“ bei Prof. Dr. Adam Sagan MJur (Oxon) (Lehrstuhl Zivilrecht II - Bürgerliches Recht, europäisches und deutsches Arbeitsrecht) entstanden.

### A. Einführung

Das Problem fehlender Mitglieder in Gewerkschaften ist kein Neues: Während 1999 noch 62 % der Beschäftigten in branchentarifgebundenen Betrieben beschäftigt waren, waren es 2020 nur noch 43 %.<sup>1</sup> Mit der Zunahme mobiler Arbeit und des Homeoffice rückt die Frage nach der Zukunft gewerkschaftlicher Arbeit in den Vordergrund, da herkömmliche Werbe- und Informationsmittel zur Erreichung von Arbeitnehmern nicht mehr ausreichend effizient erscheinen. Daraufhin wurde vielfach der Bestand eines digitalen Zugangsrechts von Gewerkschaften zum Betrieb diskutiert. Dies ging bis hin zu einem Antrag der GRÜNEN, ein solches Zugangsrecht auch explizit gesetzlich zu regeln<sup>2</sup>, was jedoch vielfach auf Ablehnung aufgrund mangelnden Bedarfs wegen ausreichender Ausgestaltung des gewerkschaftlichen Zugangsrechts durch die Rechtsprechung stieß.<sup>3</sup> Ende Januar 2025 bekam das BAG eine Gelegenheit, sich zu einzelnen Fragen des digitalen Zugangsrechts von Gewerkschaften zu äußern (Az. 1 AZR 33/24) – und verneinte ein solches in großen Teilen. Entscheidungsgründe liegen derzeit noch nicht vor.

Im Folgenden wird unter Bezugnahme auf die bislang spärlichen Informationen aus der vom BAG veröffentlichten Pressemitteilung<sup>4</sup> eine abweichende Position zur Reichweite eines digitalen Zugangsrechts dargestellt, die insbesondere die Besonderheiten der Erreichbarkeit der Arbeitnehmer im Homeoffice ins Auge fasst. Dabei werden die Gewerkschaftswerbung und -information im Grundsatz behandelt, spezifische Inhalte wie die Streikmobilisierung<sup>5</sup>, Wahlbeeinflussung sowie Haftungsrisiken des Arbeitgebers für

gewerkschaftliche Inhalte bleiben außer Acht. Als Mittel des Zugangsrechts werden lediglich die prominentesten Mittel – Nutzung betrieblicher E-Mail-Adressen und des Intranets – thematisiert, nicht der Zugang zu Messenger-Diensten oder digitalen Videokonferenzen über ein betriebliches Netzwerk<sup>6</sup>. Eine Abhandlung über die privatrechtliche Ausgestaltung eines gewerkschaftlichen Zugangsrechts durch Tarifvertrag, Sozialpartnervereinbarung, etc. unterbleibt ebenso.

Die Frage, der sich gewidmet wird, lautet demnach wie folgt: Haben Gewerkschaften zu Werbe- und Informationszwecken ein Zugangsrecht zu betrieblicher E-Mail und Intranet im Homeoffice?

### B. Zugangsrecht aus § 2 II Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG)

In § 2 II BetrVG ist ein gewerkschaftliches Zugangsrecht zum Betrieb geregelt. Auf Grundlage dessen wurde teils ein Zugangsrecht auch zum „digitalen“ Betrieb diskutiert. Richtigerweise scheidet eine direkte Anwendung des § 2 II BetrVG aber daran, dass der „Betrieb“ einen körperlichen Zutritt zur Betriebsstätte voraussetzt und nicht den Zugang zur organisatorischen Einheit erfasst.<sup>7</sup> Der Gesetzgeber kann bei Erlass dieser Norm mangels Wissens über die zukünftige Digitalisierung auch keinen Willen dazu gehabt haben, einen digitalen Zugang zu ermöglichen.<sup>8</sup>

Eine Analogie kommt nicht in Betracht. Zunächst scheidet es an der Planwidrigkeit der Regelungslücke, da mit dem Betriebsrätemodernisierungsgesetz von 2021 keine Änderung

<sup>1</sup> Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung, Ausschussdr. 19 (11) 1180, S. 13.

<sup>2</sup> BT-Drs. 19/27444.

<sup>3</sup> Zentralverband des deutschen Handwerks, Ausschussdr. 19 (11) 1180, S. 24; Gesamtverband der Arbeitgeberverbände der Metall- und Elektro-Industrie e.V., Ausschussdr. 19 (11) 1180, S. 48; Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände, Ausschussdr. 19 (11) 1180, S. 59; a. A. Deutscher Gewerkschaftsbund, Ausschussdr. 19 (11) 118, S. 70.

<sup>4</sup> Klöse/Klug, Digitales Zugangsrecht einer Gewerkschaft zum Betrieb, <https://www.bundesarbeitsgericht.de/presse/digitales-zugangsrecht-einer-gewerkschaft-zum-betrieb/> [Stand: 21.2.2025].

<sup>5</sup> Dazu insb. BAG, Beschl. v. 15.10.2013 – 1 ABR 31/12, NZA 2014, 319; Hartmann, Zugriff auf betriebliche Ressourcen bei der Streikmobilisierung in der analogen und der digitalen Arbeitswelt in: Brose/Greiner/Rolfs/Sagan/Schneider/Stoffels/Temming/Ulber [Hrsg.], Festschrift für Ulrich Preis zum 65. Geburtstag, 2021, S. 419–431; Meyer, Digitales Zugangsrecht der Gewerkschaft zum Betrieb, NZA 2022, 1567 (1577).

<sup>6</sup> Zu diesen Möglichkeiten s. Stoffels, Digitale Zugangsrechte für Betriebsräte und Gewerkschaften zum Betrieb, ZfA 2023, 561 (587 f.).

<sup>7</sup> Dumke, Aufdrängen gewerkschaftlicher Informationen auf elektronischem Wege – Ansprüche der Gewerkschaften auf Nutzung betrieblicher E-Mail-Adressen und Intranetsseiten?, RdA 2009, 77 (77); Gola, Betriebliche IuK-Technik für Betriebsrats- und Gewerkschaftsinformationen, MMR 2005, 17 (20), Göpfert/Stöckert, Digitaler Zugang der Gewerkschaft zum Betrieb?, NZA 2021, 1209 (1210); Maschmann in: Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, 17. Auflage 2022, § 2 Nr. 122.

<sup>8</sup> Dumke, RdA 2009, 77 (77); Stoffels (Fn. 6), ZfA 2023, 561 (585).

des § 2 BetrVG erfolgte,<sup>9</sup> obwohl zuvor mehrfach dafür plädiert wurde<sup>10</sup>. Auch besteht keine Vergleichbarkeit der Interessenlage. Der Wortlaut des § 2 II BetrVG fordert als Zugangszweck die „Wahrnehmung [der gewerkschaftlichen betriebsverfassungsrechtlichen] Aufgaben und Befugnisse“. Diese Voraussetzung liegt bei dauerhafter, anlassunabhängiger Präsenz via Internet und E-Mail nicht vor.<sup>11</sup> Ein räumliches und ein digitales Zugangsrecht sind wegen der Berührung unterschiedlicher Belange des Betroffenen folglich sachlich zu verschieden.<sup>12</sup> Teils wird angeführt, dass eine vorige Unterrichtung des Arbeitgebers als Voraussetzung für ein Zugangsrecht nach § 2 II BetrVG bei einem digitalen Zugangsrecht inkl. regelmäßigen Mail-Verkehrs unterlaufen würde.<sup>13</sup> Die Annahme, ein digitales Zugangsrecht schließe eine vorherige Unterrichtung von vornherein aus, erscheint aber unbegründet. Ungeachtet dessen ergibt sich ein digitales Zugangsrecht für Gewerkschaften nicht aus § 2 II BetrVG.

### C. Zugangsrecht aus Art. 9 III GG

Ein nicht anlassbezogenes Zugangsrecht der Gewerkschaften wurde von der Rechtsprechung im Wege richterlicher Rechtsfortbildung anerkannt.<sup>14</sup> Sollte auch ein digitales Zugangsrecht bestehen, könnten aufgrund der Drittwirkung des Grundrechts<sup>15</sup> auch Arbeitgeber zur Duldung verpflichtet werden.

#### I. Garantie der Koalitionsfreiheit

Nachdem bis 1995 aufgrund eines BVerfG-Urteils<sup>16</sup> davon ausgegangen wurde, dass die Koalitionsfreiheit nur in einem Kernbereich geschützt sei, stellte das BVerfG klar, dass dieses Kriterium in Form der „Unerlässlichkeit“ gewerkschaftlicher Betätigung für die Erhaltung und Sicherung der Existenz der Koalitionsbetätigung erst auf Ebene der Grundrechtsbeschränkung zu prüfen sei, nicht den

Schutzbereich von vornherein begrenze; vielmehr erstrecke sich dieser auf alle koalitionspezifischen Verhaltensweisen.<sup>17</sup> Die Koalitionsfreiheit schütze auch nicht nur die Koalition, sondern auch einzelne Mitglieder.<sup>18</sup> Die Wahl der Mittel zur Ausübung ihrer Koalitionsfreiheit inkl. der Mitgliederwerbung überlasse Art. 9 III GG grundsätzlich den Koalitionen selbst.<sup>19</sup> Damit gehört zum Schutzbereich auch die digitale Präsenz der Gewerkschaften im Betrieb.<sup>20</sup>

Da der Koalitionsbegriff Gegnerunabhängigkeit voraussetzt,<sup>21</sup> wird diskutiert, ob Gewerkschaften noch unter den Koalitionsbegriff des Art. 9 III GG fallen können, sofern sie die betriebliche Infrastruktur des Arbeitgebers nutzen. Gegnerabhängigkeit liegt vor, wenn die Abhängigkeit in der Vereinigungsstruktur verfestigt ist und die selbstständige Wahrnehmung der Interessen der Koalition ernsthaft gefährdet ist.<sup>22</sup> Dies ist nur der Fall, wenn der Arbeitgeber durch die Bereitstellung der Technologie den Willensbildungsprozess und die wirksame Interessenswahrnehmung beeinflussen würde, was regelmäßig nicht der Fall sein dürfte, da den Gewerkschaften weiterhin andere Möglichkeiten zur Verfügung stehen, um neue Mitglieder anzuwerben und das Überleben zu sichern<sup>23</sup> (z.B. durch Installation einer eigenen Website, etc.). Aufgrund gegebener Gegnerunabhängigkeit ist der Schutzbereich eröffnet. Ein Anspruch besteht, soweit nicht schützenswerte Rechte des Arbeitgebers in nicht hinnehmbarer Art verletzt werden.<sup>24</sup>

#### II. Schranken der Koalitionsfreiheit

Die Koalitionsfreiheit findet ihre Grenze dort, wo sie mit anderen Rechtsgütern von Verfassungsrang kollidiert.<sup>25</sup> Konfligierende Rechtsgüter sind gegeneinander abzuwägen, ohne dass ein Rechtsgut gegenüber dem anderen verabsolutiert wird.<sup>26</sup>

<sup>9</sup> So auch *Göpfert/Stöckert* (Fn. 7), NZA 2021, 1209 (1210); *Stoffels* (Fn. 6), ZfA 2023, 561 (586).

<sup>10</sup> *Kummert* in: Ausschussdr. 19 (11) 1135, S. 59; *Deutscher Gewerkschaftsbund* in: Ausschussdr. 19 (11) 1135, S. 81; *dbb Beamtenbund und Tarifunion* in: Ausschussdr. 19 (11) 1135, S. 191.

<sup>11</sup> *Däubler*, Interessenvertretung durch Betriebsrat und Gewerkschaften im digitalen Betrieb, 1. Auflage 2021, S. 16; *Dumke* (Fn. 7), RdA 2009, 77 (77); *Göpfert/Stöckert* (Fn. 7), NZA 2021, 1209 (1210); *Hopfner/Schrock*, Die Gewerkschaften im elektronischen Netzwerk des Arbeitgebers, DB 2004, 1558 (1558); *Stoffels* (Fn. 6), ZfA 2023, 561 (569).

<sup>12</sup> So auch BAG, Urt. v. 20.1.2009 – 1 AZR 515/08, NJW 2009, 1990 (1993); iE auch *Gola* (Fn. 7), MMR 2005, 17 (20).

<sup>13</sup> *Stoffels* (Fn. 6), ZfA 2023, 561 (586).

<sup>14</sup> So auch BAG, Urt. v. 20.1.2009 – 1 AZR 515/08, NJW 2009, 1990; *Linsenmaier* in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 24. Auflage 2024, GG Art. 9 Rn. 41; *Fitting* in: Betriebsverfassungsgesetz, 31. Auflage 2022, § 2 Rn. 85b; *Stoffels* (Fn. 6), ZfA 2023, 561 (583).

<sup>15</sup> Str., ob mittel- oder unmittelbar, im Einzelnen dazu: *Jarass* in: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 18. Auflage 2024, Art. 9 Rn. 49.

<sup>16</sup> BVerfG; Beschl. v. 26.5.1970 – 2 BvR 664/65, NJW 1970, 1635 (1635).

<sup>17</sup> BVerfG, Beschl. v. 14.11.1995 – 1 BvR 601/92, NJW 1996, 1201 (1202).

<sup>18</sup> BVerfG, Beschl. v. 14.11.1995 – 1 BvR 601/92, NJW 1996, 1201 (1202).

<sup>19</sup> BVerfG, Beschl. v. 10.9.2004 – 1 BvR 1191/03, NZA 2004, 1338 (1339); BAG, Urt. v. 28.2.2006 – 1 AZR 460/04, NZA 2006, 798 (802).

<sup>20</sup> iE auch *Däubler* (Fn. 11), S. 74.

<sup>21</sup> *Waas* in: Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht, 72. Edition 2024, TVG § 2, Rn. 11.

<sup>22</sup> BAG, Beschl. v. 14.12.2004 – 1 ABR 51/03, NZA 2005, 697 (700).

<sup>23</sup> So auch *Kaya*, Nutzung betrieblicher E-Mail- und Intranet-Systeme für gewerkschaftliche Zwecke, 2007, S. 113 f.

<sup>24</sup> *Klebe/Wedde*, Gewerkschaftsrechte auch per E-Mail und Intranet?, AuR 2000, 401 (405).

<sup>25</sup> BVerfG, Urt. v. 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15, NZA 2017, 915 (918).

<sup>26</sup> *Däubler* (Fn. 11), S. 61; *Hamacher/van Laak* in: Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 5. Auflage 2021, § 71 Rn. 33.

## 1. Verletzung von Arbeitgeberrechten

### a) Eingriff in das Eigentumsrecht

Das Eigentumsrecht nach Art. 14 I GG gewährleistet eine grundsätzliche Verfügungsbefugnis des Eigentümers.<sup>27</sup> In diese wird bei einem digitalen Zugangsrecht durch Inanspruchnahme betrieblicher Einrichtungen des Arbeitgebers eingegriffen. Bei Nutzung des Mail-Systems nehmen gewerkschaftliche E-Mails Speicherplatz auf dem betrieblichen Server<sup>28</sup> und auf dem für das Homeoffice grundsätzlich vom Arbeitgeber gestellten Arbeitscomputer<sup>29</sup> in Anspruch.<sup>30</sup> Bei gewerkschaftlicher Nutzung des Intranets fällt Speicherplatz auf Web-Servern des Arbeitgebers an.<sup>31</sup> Teils wird angenommen, der Eingriff in das Eigentumsrecht erstreckt sich auch auf eine Anrechnung des Umfangs der Gewerkschaftsnutzung hinsichtlich Anschaffung von Hard- und Software sowie Elektrizitätsbedarf und Netzwerkbetrieb.<sup>32</sup> Gibt es wegen Nichtbestehens einer aktiven Förderungspflicht des sozialen Gegenspielers doch kein Recht auf erstmalige Einrichtung von Mail- oder Intranet-Systemen,<sup>33</sup> erscheinen Anschaffungskosten kaum als der Gewerkschaft zurechenbar.

Einen Streitpunkt bilden die Druckkosten für den Fall, dass Arbeitnehmer über ihre betriebliche E-Mail-Adresse verbreitete Gewerkschafts-informationen ausdrucken. Es wird vertreten, die Druckkosten stellen eine Realisierung der durch die Versendung der E-Mails geschaffenen naheliegenden Gefahr dar, die der Gewerkschaft zurechenbar sei.<sup>34</sup> Dem wird entgegengehalten, der Vorgang entspringe der eigenen Entscheidung der Arbeitnehmer und Gewerkschaften könnten davon ausgehen, dass sich Arbeitnehmer pflichtkonform verhielten.<sup>35</sup> Ein Streitentscheid ist nur nötig, wenn der im Homeoffice des Arbeitnehmers befindliche Drucker ein Betriebsmittel darstellt. Es überzeugt, dass Gewerkschaftsinformationen nicht dazu angelegt sind, ausgedruckt zu werden. Selbst versandte Beitrittsformulare können nunmehr oft online ausgefüllt und signiert werden,

weshalb ein Druck auch hier den Gewerkschaften nicht zugerechnet werden kann.

Erwogen wird, ob eine durch den Arbeitgeber gestattete Privatnutzung betrieblicher Systeme die gewerkschaftliche Nutzung erfasst.<sup>36</sup> Zwar wird eingewandt, dass gewerkschaftliche- und Privatnutzung nicht gleichzustellen seien, da bei gewerkschaftlicher Nutzung ein Interessengegensatz in Form der Förderung des sozialen Gegenspielers vorliege, weshalb eine Gestattung der Privatnutzung nur die Information von Gewerkschaftsmitgliedern erfasse.<sup>37</sup> Dies überzeugt nicht. Der Arbeitgeber kann nicht darüber befinden, welche Privatnutzung im Einzelnen seinen Interessen widerspricht, weshalb eine gestattete Privatnutzung gewerkschaftliche Nutzung erfasst.

Grundsätzlich liegt folglich ein Eingriff in die Eigentumsfreiheit des Arbeitgebers durch Gestaltung eines digitalen Zugangsrechts für Gewerkschaften wegen Inanspruchnahme von Speicherplatz auf den betrieblichen Systemen vor, nicht aber hinsichtlich etwaiger Druckkosten und soweit der Arbeitgeber den Arbeitnehmern eine Privatnutzung betrieblicher Systeme gestattet hat.

### b) Eingriff in die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit

Die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit wird teils aus Art. 12 I GG<sup>38</sup>, teils aus Art. 2 I GG<sup>39</sup> oder beiden<sup>40</sup> hergeleitet und ist insbesondere bei einer Störung des Betriebsablaufs oder Betriebsfriedens berührt<sup>41</sup>. Eine Störung des Betriebsfriedens liegt nicht in der Gefahr der digitalen Gewerkschaftswerbung bzw. -information selbst begründet, sondern ist von deren Inhalt abhängig, der jedoch nicht Teil dieser Arbeit sein soll.

Im Folgenden werden mögliche Störungen des Betriebsablaufs evaluiert. Arbeitsablauf ist die organisatorische, räumliche und zeitliche Gestaltung des Arbeitsprozesses im Zusammenwirken

<sup>27</sup> BVerfG, Urt. v. 6.12.2016 – 1 BvR 2821/11, NJW 2017, 217 (221).

<sup>28</sup> BAG, Urt. v. 20.1.2009 – 1 AZR 515/08, NJW 2009, 1990 (1991).

<sup>29</sup> Aufwendungsersatzanspruch des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber, sofern die Verrichtung der Arbeit im Homeoffice in dessen Interesse steht, gem. BAG Urt. v. 12.4.2011 – 9 AZR 14/10, NZA 2012, 97 (99).

<sup>30</sup> Dumke (Fn. 7), RdA 2009, 77 (79); Kaya (Fn. 23), S. 118; iE auch Lelley, Die Grenzen digitaler Gewerkschaftsrechte im Betrieb, BB 2002, 252 (255).

<sup>31</sup> Dumke (Fn. 6), RdA 2009, 77 (79); Kaya (Fn. 23), S. 118; iE auch Lelley (Fn. 29), BB 2002, 252 (255).

<sup>32</sup> Hopfner/Schrock (Fn. 11), DB 2004, 1558 (1560).

<sup>33</sup> Kaya (Fn. 23), S. 115.

<sup>34</sup> Kaya (Fn. 23), S. 158; iE wohl auch Hopfner/Schrock (Fn. 11), DB 2004, 1558 (1560); Meyer (Fn. 5), NZA 2022, 1567 (1576).

<sup>35</sup> BAG, Urt. v. 20.1.2009 – 1 AZR 515/08, NJW 2009, 1990, (1991 f.); Däubler, Digitalisierung und Arbeitsrecht, 6. Auflage 2018, S. 350; Däubler, Gewerkschaftsrechte, 11. Auflage 2010, S. 244; Däubler (Fn. 11), S. 62.

<sup>36</sup> Dafür: ArbG Brandenburg v. 1.12.2004 – 3 Ca 1231/04, BeckRS 2004, 16822, Rn. 43; Däubler, Gewerkschaftsrechte (Fn. 35), S. 243; Däubler (Fn. 11), S. 60; Gola (Fn. 7), MMR 2005, 17 (19 f.).

<sup>37</sup> Kaya (Fn. 23), S. 127 ff.

<sup>38</sup> Kaya (Fn. 23), S. 131.

<sup>39</sup> BVerfG, Beschl. v. 3.5.1994 – 1 BvR 737/94, NJW 1994, 1784 u.a.

<sup>40</sup> BAG, Urt. v. 20.1.2009 – 1 AZR 515/08, NZA 2009, 615 (619 f.).

<sup>41</sup> BVerfG, Beschl. v. 14.11.1995 – 1 BvR 601/92, NZA 1996, 381 (383).

von Menschen und Betriebsmitteln.<sup>42</sup> Für eine Störung reicht dabei bereits eine typischerweise bestehende Gefährlichkeit.<sup>43</sup>

### aa) Arbeitszeit

Vertreten wird, dass die Nutzung betrieblicher Mail- und Intranetsysteme sich regelmäßig während der Arbeitszeit der Arbeitnehmer vollziehe,<sup>44</sup> da diese Systeme nur vom Arbeitsplatz aus während der Arbeitszeit abrufbar seien<sup>45</sup>. Im Rahmen des Homeoffice dürfte diese Grenze derweil verschwimmen, da Arbeitnehmer auch außerhalb ihrer Arbeitszeit Zugriff auf ihren Arbeitsplatzrechner haben.<sup>46</sup> Teils wird sogar angenommen, dass eine Beeinträchtigung des Arbeitgebers bereits vorliege, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Mails innerhalb der Arbeitszeit gelesen werden, da der Arbeitgeber diesbezüglich keine Kontrollmöglichkeit habe.<sup>47</sup> Das Fehlen einer Kontrollmöglichkeit kann aber kaum darauf schließen lassen, dass es der Gewerkschaft zurechenbar sei, dass Arbeitnehmer die Informationen während der Arbeitszeit lesen. Es ist Sache der Arbeitnehmer, Gewerkschaftstexte zu speichern und in der Pause zu lesen, wobei die Gewerkschaft auf ein pflichtgemäßes Verhalten der Arbeitnehmer vertrauen darf.<sup>48</sup> Eine entgegenstehende Ansicht, die davon ausgeht, die Gewerkschaft sei auch mittelbare Störerin, wenn Arbeitnehmer sich pflichtwidrig verhalten würden, da die Informationen nur vom Arbeitsplatz aus abrufbar seien<sup>49</sup>, schlägt unter dem Gesichtspunkt der dauerhaften Abrufbarkeit der Informationen im Homeoffice fehl. Entscheidend ist jedoch, dass Arbeitnehmer bei E-Mails, die sie über ihre betriebliche Mail-Adresse erreichen, davon ausgehen, dass diese ihre dienstlichen Aufgaben betreffen, weshalb sie diese E-Mails im Rahmen

ihrer arbeitsvertraglichen Pflichten auf ihre Wichtigkeit zu überprüfen haben, was Arbeitszeit in Anspruch nimmt.<sup>50</sup>

Die Arbeitszeit der Arbeitnehmer ist ebenfalls betroffen, wenn betriebsangehörige Gewerkschaftsmitglieder selbst einen Intranet-Auftritt für die Gewerkschaft erstellen,<sup>51</sup> genauso, wenn die Gewerkschaft Zugriff auf einen betrieblichen Mail-Verteiler erhält, der regelmäßig aktualisiert werden muss.<sup>52</sup>

Fraglich bleibt der erforderliche Umfang der Bindung von Arbeitszeit von Beschäftigten für eine Beeinträchtigung des ungestörten Betriebsablaufs. Es wird vertreten, dass bereits bei jeder Störung eine Beeinträchtigung vorliege.<sup>53</sup> Dementgegen wird teils eine relevante Störung von Arbeitsergebnissen oder ein Ausfall ganzer Arbeitsschichten, jedenfalls mindestens ein Übersteigen eines sozialüblichen Maßes vorausgesetzt.<sup>54</sup> Richtigerweise fordert das BVerfG eine Berücksichtigung beider Interessen,<sup>55</sup> was nahelegt, dass nicht jede Störung einen Eingriff in die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit begründen kann. Wegen der Ausuferungsgefahr von E-Mails je nach Häufigkeit, Verbreitung und Umfang droht zwar eine Kumulation der Arbeitsunterbrechungen.<sup>56</sup> Das resultierende Maß an Unterbrechungen kann eine relevante Störung des Betriebsablaufs aber nicht begründen, da der Arbeitgeber im Arbeitsumfeld auch keine kurzen privaten Gespräche zwischen Mitarbeitern verhindern kann. Das Maß kurzer privater Gespräche dürfte Gewerkschafts-E-Mails wohl nicht übersteigen.<sup>57</sup> Hinzu kommt, dass es für Gewerkschaften unmöglich ist, herauszufinden, wann Mitarbeiter im Homeoffice Pause haben,<sup>58</sup> um Gewerkschaftsinformationen nur in diesen Pausen zu versenden – anders als beim Präsenzbetrieb. Einen Eingriff in die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit des Betriebes aufgrund Inanspruchnahme von Arbeitszeit der Arbeitnehmer liegt folglich beim Zusenden

<sup>42</sup> Ahrendt in: Arbeitsrechts-Handbuch, 20. Auflage 2023, § 230, Rn. 13.

<sup>43</sup> Kaya (Fn. 23), S. 131.

<sup>44</sup> Dumke (Fn. 7), RdA 2009, 77 (79); Göpfert/Stöckert (Fn. 7), NZA 2021, 1209 (1211); Kaya (Fn. 23), S. 136; iE Meyer (Fn. 5), NZA 2022, 1567 (1573).

<sup>45</sup> Göpfert/Stöckert (Fn. 7), NZA 2021, 1209 (1211); Kaya (Fn. 23), S. 136; Rieble/Gutzeit, Gewerkschaftliche Selbstdarstellung im Internet und Intranet, ZfA 2001, 341 (374).

<sup>46</sup> Dagegen Kaya (Fn. 23), S. 138: Lesen erfolge dennoch während der Arbeitszeit.

<sup>47</sup> Göpfert/Stöckert (Fn. 7), NZA 2021, 1209 (1211); Kleinebrink, Das Recht der Gewerkschaften auf Werbung im Betrieb – Physische und digitale Möglichkeiten heute und morgen, DB 2022, 1002 (1005); dagegen: ArbG Brandenburg Urt. v. 1.12.2004 – 3 Ca 1231/04, BeckRS 2004, 16822, Rn. 44.

<sup>48</sup> So auch Däubler, Digitalisierung ArbR (Fn. 35), S. 349; Däubler, Gewerkschaftsrechte (Fn. 35), S. 244; Däubler (Fn. 11), S. 62; Hjort/Mamerow, Für einen erweiterten Begriff des digitalen Zugangsrechts der Gewerkschaften, NZA 2021, 1758 (1760)

<sup>49</sup> Kaya (Fn. 23), S. 139.

<sup>50</sup> Göpfert/Stöckert (Fn. 7), NZA 2021, 1209 (1211); Hopfner/Schrock (Fn. 11), DB 2004, 1558 (1560); Kaya (Fn. 23), S. 137; Klägersseite in: BAG, Urt. v. 20.1.2009 – 1 AZR 515/08, NJW 2009, 1990 (1992).

<sup>51</sup> Däubler, Digitalisierung ArbR (Fn. 35), S. 353 f.; Däubler, Gewerkschaftsrechte (Fn. 35), S. 246; wohl auch Berg in: Kommentar BetrVG, 18. Auflage 2022, § 2 Rn. 129; Meyer, Digitaler Zugang der Gewerkschaft zum Betrieb? – Besprechungsaufsatz zum Urteil des ArbG Bonn vom 11.05.2022 – 2 Ca 93/22, SAE 2023, S. 27 (35); Meyer (Fn. 5), NZA 2022, 1567 (1576).

<sup>52</sup> So auch LAG Nürnberg, Urt. v. 26.9.2023 – 7 Sa 344/22, MMR 2024, 439, Rn. 80 f.; ArbG Bonn, Urt. v. 11.5.2022 – 2 Ca 93/22, NZA-RR 2022, 351, Rn. 41.

<sup>53</sup> Kaya (Fn. 23), S. 135; iE wohl auch Lelley (Fn. 30), BB 2002, 252 (255).

<sup>54</sup> BAG, Urt. v. 20.1.2009 – 1 AZR 515/08, NJW 2009, 1990 (1992 f.); Däubler, Digitalisierung ArbR (Fn. 35), S. 349; Heilmann, Probleme des virtuellen Betriebes: Gewerkschaftliche Zutrittsrechte – Bestimmung des Betriebes bei Betriebswahlen in: Klapp/Linck/Preis/Reinhard/Wolf [Hrsg.], Die Sicherung der kollektiven Ordnung – Festschrift für Ingrid Schmidt, 2021, S. 140; Klebe/Wedde (Fn. 24), AuR 2000, 401 (403); Meyer (Fn. 51), SAE 2023, 27 (35).

<sup>55</sup> BVerfG, Beschl. v. 14.11.1995 – 1 BvR 601/92, NZA 1996, 381 (383).

<sup>56</sup> Hopfner/Schrock (Fn. 11), DB 2004, 1558 (1560); Kaya (Fn. 23), S. 137.

<sup>57</sup> So auch BAG, Urt. v. 20.1.2009 – 1 AZR 515/08, NZA 2009, 615 (618).

<sup>58</sup> So auch Heilmann in: FS für Schmidt (Fs. 54), S. 141.

gewerkschaftlicher E-Mails grundsätzlich nicht vor, wohl aber bei Einsatz betriebsangehöriger Gewerkschaftsmitglieder zur Aktualisierung eines gewerkschaftlichen Mail-Verteilers oder zur Erstellung einer gewerkschaftlichen Intranetseite.

### bb) Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Systeme

Die Funktionsfähigkeit betrieblicher Systeme könnte durch das Versenden von Gewerkschafts-E-Mails an betriebliche E-Mail-Adressen von Arbeitnehmern dadurch beeinträchtigt werden, dass bei zahlreichen E-Mails bzw. großen Anhängen die Speicherkapazität der Systeme<sup>59</sup> und die Netzwerkbandbreite<sup>60</sup> überlastet werden könnten. Bei Ausfall des E-Mail-Servers könnte gar ein unwiederbringlicher Verlust an E-Mails eintreten, wodurch Arbeitsaufgaben nicht erledigt werden könnten.<sup>61</sup> Zwar wird eingewandt, dass Mailserver bereits aus Datensicherungsgründen über ausreichende Kapazitätsreserven verfügen, um für Auslastungsspitzen gerüstet zu sein.<sup>62</sup> Obwohl dies regelmäßig der Fall sein dürfte, brächte massenhafte Gewerkschaftswerbung die Server dennoch der Auslastungsgrenze näher, sodass bei zusätzlich hohem Aufkommen anderweitiger E-Mails dennoch eine Gefahr der Überlastung bestehen könnte. Bei der Versendung von Gewerkschafts-E-Mails in größerem Umfang besteht ferner die Gefahr versehentlichen Löschsens betrieblicher E-Mails wegen Verwechslung mit Gewerkschafts-E-Mails.<sup>63</sup> Diese Gefahr ist in der E-Mail-Versendung von Gewerkschafts-E-Mails über E-Mail-Adressen, die sonst nur betriebliche Aufgaben betreffen, strukturell angelegt. Eine Ausuferungsgefahr durch massenhaftes Weiterleiten der E-Mails<sup>64</sup> ist hingegen nicht in der Versendung von Gewerkschafts-E-Mails begründet und damit der Gewerkschaft nicht zurechenbar.

Eine Überlastung der Netzwerkbandbreite könnte bei einer Gewerkschaftsseite im Intranet zwar bei unverhältnismäßig vielen parallelen Zugriffen anzunehmen sein,<sup>65</sup> außer bei erster Eröffnung ist diese Gefahr aber nicht in der gewerkschaftlichen Nutzung des Intranets begründet.

Demnach liegt eine einen Eingriff in die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit des Arbeitgebers begründende Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Systeme nicht grundsätzlich, vielmehr nur im Ausnahmefall der massenhaften Gewerkschaftswerbung per E-Mail vor.

### cc) Risiko für Systemsicherheit und Geschäftsgeheimnisse

Durch Nutzung des Intranets oder E-Mail-Systems durch Gewerkschaften könnten Viren ins interne Netz transportiert werden.<sup>66</sup> Richtigerweise ist dies jedoch ein der digitalen Kommunikation immanentes Risiko, das nie auszuschließen ist, weshalb kein Absender von der Nutzung ausgeschlossen werden darf, solange kein konkreter Verdacht der Störung der Systemsicherheit besteht.<sup>67</sup> Üblicherweise wird die betriebliche E-Mail-Adresse von Mitarbeitern auch Kunden des Unternehmens als Kontaktadresse zugänglich gemacht. Auch dort besteht ein Sicherheitsrisiko. Zwar kommt durch den Zugang der Gewerkschaft ein Risikofaktor hinzu. Dass spezifisch daraus aber eine Störung der Betriebsabläufe hervorgehen soll, ist unter Berücksichtigung des bereits allgemein bestehenden Risikos nicht schlüssig. Auch der Aufwand an Programmierarbeiten<sup>68</sup> zur Erhaltung der Systemsicherheit geht nicht über ein Maß hinaus, das bei E-Mails von Kunden ebenfalls angesetzt wird.

Anders verhält es sich hinsichtlich Intranet-Inhalten. Da außer der Gewerkschaft nur das Unternehmen selbst Administratorrechte besitzt, besteht hier ein außerordentliches Risiko. Dabei kann z. B. die Prüfung der gewerkschaftsseitigen Einhaltung der Sicherheitsanforderungen einen besonderen Aufwand für das Unternehmen darstellen.<sup>69</sup> Ebenso eröffnete die Einräumung von Administratorrechten<sup>70</sup> der Gewerkschaft unerwünschte Einsichtsmöglichkeiten ins Intranet.<sup>71</sup> Eine Einschränkung der Zugriffsrechte, sodass die Gewerkschaft Inhalte einstellen, aber keine Einsichtsmöglichkeiten hätte,

<sup>59</sup> *Lelley* (Fn. 30), BB 2002, 252 (255); *Kaya* (Fn. 23), S. 142; *Meyer* (Fn. 51), SAE 2023, 27 (35 f.); *Meyer* (Fn. 5), NZA 2022, 1567 (1575); a. A. *Berg* in: Kommentar BetrVG (Fn. 51), § 2 Rn. 127.

<sup>60</sup> *Kaya* (Fn. 23), S. 141; *Meyer* (Fn. 51), SAE 2023, 27 (36).

<sup>61</sup> So auch *Kaya* (Fn. 23), S. 142; ähnlich *Meyer* (Fn. 5), NZA 2022, 1567 (1575).

<sup>62</sup> *Klebe/Wedde* (Fn. 24), AuR 2000, 401 (404).

<sup>63</sup> *Dumke* (Fn. 7), RdA 2009, 77 (82); *Kaya* (Fn. 23), S. 143; *Meyer* (Fn. 5), NZA 2022, 1567 (1575); ähnlich im analogen Kontext BAG Urt. v. 23.9.1984 – 1 AZR 597/85, NZA 1987, 164 (165).

<sup>64</sup> Vertreten von *Meyer* (Fn. 5), NZA 2022, 1567 (1575).

<sup>65</sup> *Kaya* (Fn. 23), S. 141; *Meyer* (Fn. 51), SAE 2023, 27 (36).

<sup>66</sup> LAG Nürnberg, Urt. v. 26.9.2023 – 7 Sa 344/22, MMR 2024, 439, Rn. 81; *Dumke* (Fn. 7), RdA 2009, 77 (80); *Kaya* (Fn. 23), S. 144; *Kleinebrink* (Fn. 47), DB 2022, 1002 (1007); *Meyer* (Fn. 51), SAE 2023, 27 (36); *Meyer* (Fn. 5), NZA 2022, 1567 (1573).

<sup>67</sup> *Däubler* (Fn. 11), S. 62 f.

<sup>68</sup> LAG Nürnberg, Urt. v. 26.9.2023 – 7 Sa 344/22, MMR 2024, 439, Rn. 81.

<sup>69</sup> *Göpfert/Stöckert* (Fn. 7), NZA 2021, 1209 (1212).

<sup>70</sup> Wie vorgeschlagen von *Stück*, Digitales Zugangsrecht der Gewerkschaft zum Betrieb in: Knappertsbusch/Wisskirchen [Hrsg.], Die Zukunft der Arbeit, 201 (206).

<sup>71</sup> LAG Nürnberg, Urt. v. 26.9.2023 – 7 Sa 344/22, MMR 2024, 439, Rn. 95; *Kaya* (Fn. 23), S. 144; *Stoffels* (Fn. 6), ZfA 2023, 561 (597).

wäre für den Arbeitgeber mit Aufwand verbunden.<sup>72</sup> Stattdessen einem betriebsinternen Gewerkschaftsmitglied Zutritt zu verleihen,<sup>73</sup> ist nicht umsetzbar, wenn sich die Systeme in Obhut eines Systemadministrators befinden, der Sicherheit und Funktionsfähigkeit der Systeme zu verantworten hat und dessen Rechte somit meist nicht übertragen werden.<sup>74</sup> Würde man dem Systemadministrator gewerkschaftliche Informationen zur Einrichtung und Aktualisierung überlassen, würde dies wiederum Arbeitszeit in Anspruch nehmen.<sup>75</sup> Infolgedessen liegt ein Eingriff in die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit des Arbeitgebers durch Schaffung eines Risikos für die Systemsicherheit und die Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen bei gewerkschaftlichem Zugang zum Intranet – außer bei Platzierung eines Links zu einer externen Gewerkschaftswebseite im Intranet – vor, nicht aber zu betrieblichen E-Mail-Adressen.

Mithin dürfte ein digitales Zugangsrecht der Gewerkschaften auf betriebliche E-Mail-Adressen in Form der Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Systeme den Betriebsablauf stören. Hingegen bereitet der Zugriff auf betriebliches Intranet hinsichtlich des Risikos für Systemsicherheit und Geschäftsgeheimnisse Bedenken. Besondere Probleme ergeben sich hinsichtlich der Inanspruchnahme von Arbeitszeit nur je nachdem, inwiefern betriebsinterne Gewerkschaftsmitglieder mit der Gestaltung des Zugangs für die Gewerkschaften während ihrer Arbeitszeit befasst werden. Unproblematisch ist jedenfalls die Platzierung eines Links auf eine Gewerkschaftswebseite im Intranet.

### c) Eingriff in die Koalitionsfreiheit

Weiter ist ein Eingriff in die Koalitionsfreiheit des Arbeitgebers nach Art. 9 III GG in Form einer Inanspruchnahme von Arbeitszeit und der unfreiwilligen Unterstützung des sozialen Gegenspielers in Betracht zu ziehen. Da die Gewerkschaftswerbung dazu dient, mit neuen Mitgliedern die Verhandlungsstärke zu erhöhen und Forderungen so mehr Nachdruck zu verleihen,<sup>76</sup> ist eine aktive Förderung

gewerkschaftlicher Betätigung dem Arbeitgeber aufgrund des Spannungsverhältnisses zwischen Sozialpartnern grundsätzlich unzumutbar.<sup>77</sup>

#### aa) Indienstnahme des Arbeitgebers

Es wird vertreten, dass eine aktive Handlungspflicht schon vorläge, wenn der Arbeitgeber eigene Ressourcen zur Weiterleitung einer E-Mail an alle Beschäftigten aufwenden müsste.<sup>78</sup> Daran wird kritisiert, dass die Abgrenzung von Duldung und aktivem Tun nur graduell sei; auch bei körperlichem Zugang sei ein „Türöffnen“ durch den Arbeitgeber nötig und fällt dennoch unter die Duldungspflicht.<sup>79</sup> Zudem könne nicht wegen noch so geringfügigem aktivem Tun schon ein Überwiegen der Arbeitgeberrechte angenommen werden.<sup>80</sup> Für eine regelmäßige Weiterleitung von E-Mails müsste der Arbeitgeber aber kostenaufwändiges Personal heranziehen, was als unzulässige aktive Förderung kategorisiert werden kann. Alternativ wird die Übermittlung eines E-Mail-Verteilers an die Gewerkschaft erwogen.<sup>81</sup> Selbst dies wird teils aber als aktive Förderung betrachtet.<sup>82</sup> Die einmalige Weitergabe eines Verteilers inkl. Aktualisierung kann aber kaum als einschneidend genug für eine Indienstnahme betrachtet werden. Zulässig ist die Platzierung eines Links zur Webseite der Gewerkschaft im Intranet.<sup>83</sup>

Würde der Arbeitgeber eine Intranetseite für die Gewerkschaft erstellen und aktualisieren, liegt aufgrund des erheblichen Aufwands auch eine unzumutbare Indienstnahme vor.<sup>84</sup>

#### bb) Mittelbare Gegnerfinanzierung

Je mehr die für die Anschaffung und Unterhaltung der Systeme entstandenen Kosten der Gewerkschaft dienen, desto eher liegt eine mittelbare Gegnerfinanzierung vor.<sup>85</sup> Als dem Arbeitgeber anfallende Kosten führt *Kaya*<sup>86</sup> die Kosten für den Internet-Provider (bei volumenabhängiger Abrechnung), Mail-Übermittlungskosten und Server-, Einrichtungs- und Instandhaltungskosten für eine gewerkschaftliche Intranetseite

<sup>72</sup> *Kaya* (Fn. 23), S. 144; im konkreten Fall auch LAG Nürnberg v. 26.9.2023 – 7 Sa 344/22, MMR 2024, 439, Rn. 103.

<sup>73</sup> *Däubler* (Fn. 11), S. 69; *Kleinebrink* (Fn. 47), DB 2022, 1002 (1007).

<sup>74</sup> *Kaya* (Fn. 23), S. 144.

<sup>75</sup> *Kaya* (Fn. 23), S. 145.

<sup>76</sup> *Kaya* (Fn. 23), S. 149.

<sup>77</sup> *Böttcher*, Tarifliche Zuschläge für Gewerkschaftsangehörige, BB 1965, 1077 (1081).

<sup>78</sup> ArbG Bonn, Urt. v. 11.5.2022 – 2 Ca 93/22, NZA-RR 2022, 351, Rn. 40.

<sup>79</sup> *Hjort/Mamerow* (Fn. 48), NZA 2021, 1758 (1761).

<sup>80</sup> *Mamerow*, Anmerkung zu ArbG Bonn: Digitales Zugangsrecht von Gewerkschaften, NZA-RR 2022, 355 (355).

<sup>81</sup> *Berg* in: Kommentar BetrVG (Fn. 51), § 2 Rn. 126.

<sup>82</sup> *Kaya* (Fn. 23), S. 151; *Stoffels* (Fn. 6), ZfA 2023, 561 (597).

<sup>83</sup> *Stoffels* (Fn. 6), ZfA 2023, 561 (597); *Stück*, Digitales Zugangsrecht der Gewerkschaften zum Betrieb – Rechtlicher Rahmen und Musterbetriebsvereinbarung, ArbR Aktuell 2021, 516 (518).

<sup>84</sup> ArbG Hamburg, Urt. v. 31.3.2022 – 4 Ca 248/21, BeckRS 2022, 7027, Rn. 25 für eine Arbeitnehmervereinigung; *Kaya* (Fn. 23), S. 152; *Stoffels* (Fn. 6), ZfA 2023, 561 (596); a. A. *Däubler* (Fn. 11), S. 78.

<sup>85</sup> *Kaya* (Fn. 23), S. 150 f.

<sup>86</sup> (Fn. 23), S. 156 ff.

an, die den Gewerkschaften zulasten des Arbeitgebers erspart bleiben, weshalb sie die ersparte Summe in sonstige Tätigkeiten wie Streikfinanzierung investieren könnten. Daran ändert sich auch im Homeoffice nichts, da der Arbeitgeber dafür ebenfalls Aufwendersatz für z. B. Internetkosten erstatten muss.<sup>87</sup> Es wird sogar angenommen, dass bereits aufgrund des Arbeitszeitaufwands der Arbeitnehmer wegen Kenntnisnahme der Gewerkschaftsinformationen während der Arbeitszeit eine mittelbare Gegnerfinanzierung vorliegen soll.<sup>88</sup> Aufgrund der Möglichkeit der Kenntnisnahme auch außerhalb der Arbeitszeit<sup>89</sup> kann dem nicht gefolgt werden. Keine Kosten verursacht ebenfalls die Platzierung eines Links auf eine Gewerkschaftswebseite im Intranet.

Die restlichen genannten Kosten jedoch belasten den Arbeitgeber zusätzlich, da bei Werbemaßnahmen wie dem Schwarzen Brett die Kosten von den Gewerkschaften getragen werden müssen und der Arbeitgeber lediglich den Werbeplatz zur Verfügung stellen muss.<sup>90</sup> Darum wird angedacht, die Kosten den Arbeitnehmern zur Last zu legen, die ggf. Ersatz von der Gewerkschaft erhalten sollen.<sup>91</sup> Dies überzeugt nicht. Gewerkschaftswerbung erfolgt im Interesse der Gewerkschaft, nicht zwingenderweise in dem der Arbeitnehmer. Ihnen können dann in Anbetracht der negativen Koalitionsfreiheit nicht die Kosten für die ungewollte Werbung auferlegt werden. Eine direkte Kostenbeteiligung der Gewerkschaft erscheint angemessen,<sup>92</sup> wodurch eine mittelbare Gegnerfinanzierung ausgeschlossen werden könnte.

#### d) Rechtfertigung

Zwischen dem kollidierenden Grundrecht der Koalitionsfreiheit der Gewerkschaft und den Arbeitgebergrundrechten ist praktische Konkordanz herzustellen. Ein legitimer Zweck des Eingriffs liegt in der Mitgliederakquise zur Erhöhung der Verhandlungsstärke der Gewerkschaften, um eine Interessenvertretung der Arbeitnehmer im Rahmen der Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu ermöglichen. Ein digitales Zugangsrecht, sei es der Zugang zu betrieblichen E-

Mail-Adressen oder Intranet, ist geeignet, diesen Zweck zu erfüllen.

#### aa) Erforderlichkeit für die Mitgliederakquise

Als Erfordernis für eine Duldungspflicht des Arbeitgebers bedarf es nach der Rechtsprechung des BAG der Unerlässlichkeit: Ob gewerkschaftliche Maßnahmen unter Inanspruchnahme fremden Eigentums unerlässlich für die Erhaltung und Sicherung der Existenz der Gewerkschaft sind, richtet sich danach, ob sie ebenso gut auf andere Weise erfolgen können und dabei die Rechte anderer unberührt lassen.<sup>93</sup> Während teils Dienlichkeit<sup>94</sup> oder Effektivität<sup>95</sup> als Kriterien für die Beurteilung der Möglichkeit einer genauso guten Sicherung der Existenz angenommen werden, können diese Aspekte im Hinblick auf den Wortlaut der „Unerlässlichkeit“, der eben keine relative Verbesserung im Vergleich zu anderen Alternativen, sondern eine Notwendigkeit fordert, nicht überzeugen.<sup>96</sup>

#### (1) Erforderlichkeit digitaler Mittel

Offen ist, ob die Gewerkschaft digitale Mittel zur Durchführung ihrer Aufgaben benötigt. Meyer vertritt, trotz der Digitalisierung stelle der persönliche Kontakt auch in der Wohnung des Arbeitnehmers einen wichtigen Zugang dar.<sup>97</sup> Dies überzeugt nicht, weil die gewerkschaftsseitige Sammlung von privaten Adressen der Arbeitnehmer und das Aufsuchen ihrer Wohnungen einen unzumutbaren Eingriff in die Privatsphäre der Arbeitnehmer und die Unverletzlichkeit der Wohnung nach Art. 13 GG darstellen würde.<sup>98</sup> Das Argument, es bedürfe keines digitalen Zugangsrechts der Gewerkschaften, da bereits ein räumliches nach § 2 II BetrVG bestünde,<sup>99</sup> leuchtet ebenfalls nicht ein. Befinden sich Arbeitnehmer nämlich im Homeoffice, ist die IT-Anwendung die einzige Alternative zur Existenzsicherung, da die Möglichkeit persönlicher Ansprache oder Ausgabe von Flugblättern etc. im Betrieb diese Arbeitnehmer nicht erreichen kann.<sup>100</sup> Teils wird vertreten, dass Gewerkschaften auch früher bspw. Außendienstmitarbeiter nicht jederzeit mit herkömmlichen

<sup>87</sup> Kollmer, Das Recht der Tele- und Mobilen Arbeit im Lichte des Klimaschutzes 4.0, NJW 2023, 473 (478 f.).

<sup>88</sup> Kaya (Fn. 23), S. 160.

<sup>89</sup> S.o. unter C. II. 1. b) aa)

<sup>90</sup> Kaya (Fn. 24), S. 155.

<sup>91</sup> Däubler, Digitalisierung ArbR (Fn. 34), S. 356; Däubler (Fn. 11), S. 77.

<sup>92</sup> So auch Klebe/Wedde (Fn. 24), AuR 2000, 401 (404); Meyer (Fn. 5), NZA 2022, 1567 (1573).

<sup>93</sup> BAG, Urt. v. 23.9.1986 – 1 AZR 597/85, NZA 1987, 164 (165).

<sup>94</sup> Hjort/Mamerow (Fn. 48), NZA 2021, 1758 (1759).

<sup>95</sup> Berg, Ausgestaltung digitaler gewerkschaftlicher Kommunikation im Betrieb durch Gesetz und Tarifvertrag, AuR 2022, 424 (425).

<sup>96</sup> So auch LAG Nürnberg, Urt. v. 26.9.2023 – 7 Sa 344/22, MMR 2024, 439, Rn. 77; Kaya (Fn. 23), S. 172; Richardi/Bayreuther, Kollektives Arbeitsrecht, 5. Auflage 2023, § 2 Rn. 62.

<sup>97</sup> NZA 2022, 1567 (1572).

<sup>98</sup> Sogar dem Arbeitgeber wird zum Zweck der Gefährdungsbeurteilung des Homeoffice, also konkretem Wohnungsbezug des Besuchs, ein derartiges Zutrittsrecht verwehrt, s. Schöllmann, Mobile Working, Telearbeit, Desksharing, NZA-Beilage 2019, 81 (83).

<sup>99</sup> Lelley (Fn. 30), BB 2002, 252 (255).

<sup>100</sup> So auch Däubler (Fn. 11), S. 28; Klebe/Wedde (Fn. 24), AuR 2000, 401 (404).

Werbe- und Informationsmitteln erreichen konnten und dies heute für Arbeitnehmer im Homeoffice ebenso hingenommen werden müsse.<sup>101</sup> Jedoch erhöht sich durch das Ausmaß im Homeoffice Arbeitender der Anteil nicht im Betrieb Erreichbarer erheblich. Wird im Betrieb vornehmlich elektronisch kommuniziert<sup>102</sup> und befinden sich Arbeitnehmer überwiegend außerhalb der Betriebsstätten<sup>103</sup>, ist die digitale Kommunikationsmöglichkeit unter Berücksichtigung des Fehlschlags anderer Ansprachewege unerlässlich.

## (2) Erforderlichkeit der Inanspruchnahme von Mitteln des Arbeitgebers

Es ist zu fragen, ob die Gewerkschaft auf Ressourcen des Arbeitgebers zurückgreifen muss.<sup>104</sup> Bei der Sammlung privater E-Mail-Adressen von Arbeitnehmern<sup>105</sup> werden keine Arbeitgeberrechte berührt. Allerdings müssten Arbeitnehmer ihre E-Mail-Adresse erst aktiv in eine Liste der Gewerkschaft eintragen, ohne dass sie, sofern sie sich im Homeoffice befinden, auf diese Möglichkeit durch u. a. das Schwarze Brett hingewiesen werden könnten. Der Link zu der entsprechenden Liste müsste auf dem Intranet des Betriebs hochgeladen werden. Ansonsten kann dieses Mittel nicht als gleich geeignet betrachtet werden. Genauso bewertet werden muss der Vorschlag des BAG, Arbeitnehmer vor Ort im Betrieb nach ihrer betrieblichen E-Mail-Adresse zu fragen.<sup>106</sup>

Streitig ist, ob ein gewerkschaftseigener Zugang zum Intranet unerlässlich ist. Hier ist zwar das selbstständige Aktivwerden der Arbeitnehmer zur Suche nach gewerkschaftlichen Informationen erforderlich, es ist aber zu erwarten, dass Arbeitnehmer den Inhalten des Intranets ihres Betriebs ohnehin Aufmerksamkeit schenken und so in Berührung mit Gewerkschaftsinhalten kommen werden, ohne sich rein aus eigener Bestrebung damit zu befassen. Das Intranet ist darum mit einem Schwarzen Brett in digitaler Form vergleichbar.<sup>107</sup>

Gegen die Unerlässlichkeit des gewerkschaftseigenen Zugangs wird argumentiert, dass ein Internetauftritt der Gewerkschaft

zur Existenzsicherung ausreiche sowie ein milderer, ebenso geeignetes Mittel darstelle.<sup>108</sup> Arbeitnehmer könnten durch eine Suchmaschine auf diese Webseite gelangen.<sup>109</sup> Erforderlich wäre auch hier die Platzierung eines Links auf der Intranetseite des Betriebs. So würden Arbeitgeberrechte kaum berührt.<sup>110</sup> Die Platzierung im Intranet ist essenziell, da sonst auf die Eigeninitiative der Arbeitnehmer vertraut werden müsste. Gewerkschaftswerbung beruht zum Großteil aber darauf, Mitarbeiter, die *nicht* selbst aktiv werden, zu informieren, z. B. durch persönliche Ansprache. Das alleinige Erreichen der Gewerkschaftswebseite über eine Suchmaschine ohne einen Hinweis von betrieblicher Seite kann dem nicht gleichkommen. Die Platzierung eines Links im Intranet ist folglich das mildeste Mittel. Ob das Intranet einen Bereich mit Gewerkschaftsinformationen beinhaltet oder mit einem sichtbar platzierten Link auf die externe Gewerkschaftswebseite geleitet wird, sollte keinen wesentlichen Unterschied für die Aufnahme durch den Arbeitnehmer darstellen und ist damit gleich geeignet wie ein gewerkschaftseigener Zugang. Sofern die Gewerkschaft über ihr betriebspezifisches Programm nicht öffentlich informieren möchte, kann sie betriebsindividualisierte Log-in-Verfahren durchsetzen, also für jeden Betrieb einen einzigen Betriebszugang gestalten. Diese Zugangsdaten müssten ebenfalls im betrieblichen Intranet bekanntgegeben werden. Verlässt ein Arbeitnehmer den Betrieb, hat er die Zugangsdaten zu vernichten. Auf diese Vertragstreue kann die Gewerkschaft vertrauen.

Die Weitergabe gewerkschaftlicher Inhalte an den Arbeitgeber zur eigenständigen Einstellung in das betriebliche Intranet ist unzulässig – auch hier stellt die Onlinestellung eines Links zur Gewerkschaftswebseite das mildere, gleich geeignete Mittel dar.

Zu prüfen bleibt, ob ein gewerkschaftlicher Zugang zu betrieblichen E-Mail-Adressen unerlässlich ist. Den schwersten Eingriff stellt in dieser Hinsicht die arbeitgeberseitige Pflicht zur Weiterleitung von Gewerkschafts-E-Mails an die

<sup>101</sup> Kaya (Fn. 23), S. 175.

<sup>102</sup> Hjort/Mamerow (Fn. 48), NZA 2021, 1758 (1759); Eufinger, Kein Anspruch einer Arbeitnehmervereinigung auf Veröffentlichung im Intranet des Arbeitgebers, GWR 2022, 312 (312).

<sup>103</sup> Kaya (Fn. 23), S. 176.

<sup>104</sup> So z. B. LAG Nürnberg, Urt. v. 26.9.2023 – 7 Sa 344/22, MMR 2024, 439, Rn. 77.

<sup>105</sup> Dafür, dass dies ein milderer, gleich geeignetes Mittel sei: Dumke (Fn. 7), RdA 2009, 77 (81); Kaya (Fn. 23), S. 197; Meyer (Fn. 51), SAE 2023, 27 (34); Meyer (Fn. 5), NZA 2022, 1567 (1577).

<sup>106</sup> Klose/Klug, Digitales Zugangsrecht einer Gewerkschaft zum Betrieb, <https://www.bundesarbeitsgericht.de/presse/digitales-zugangsrecht-einer-gewerkschaft-zum-betrieb/> [Stand: 21.2.2025].

<sup>107</sup> So auch Däubler, Digitalisierung ArbR (Fn. 35), S. 355; Däubler, Gewerkschaftsrechte (Fn. 35), S. 247; Däubler (Fn. 10), S. 75; Klebe/Wedde (Fn. 24), AuR 2000, 401 (407).

<sup>108</sup> ArbG Hamburg, Urt. v. 31.3.2022 – 4 Ca 248/21, BeckRS 2022, 7027, Rn. 28, Zentralverband Deutsches Baugewerbe, Ausschussdr. 19 (11) 1180, S. 87; Dumke (Fn. 7), RdA 2009, 77 (80); Kaya (Fn. 23), S. 177; Meyer (Fn. 5), NZA 2022, 1567 (1577); Schönhöft/Klafki, Mitgliederwerbung von nicht tariffähigen Arbeitnehmervereinigungen im Betrieb, NZA-RR 2012, 393 (398).

<sup>109</sup> Kaya (Fn. 23), S. 177.

<sup>110</sup> So auch Klebe/Wedde (Fn. 24), AuR 2000, 401 (407); Kleinebrink (Fn. 47), DB 2022, 1002 (1007); Stoffels (Fn. 6), ZfA 2023, 561 (597); Stück (Fn. 83), ArbR Aktuell 2021, 516 (518).

Arbeitnehmer dar, da für die Weiterleitung regelmäßig Personal gebunden wird. Weniger Aufwand liegt in der Zurverfügungstellung der E-Mail-Adressen der einzelnen Arbeitnehmer oder eines E-Mail-Verteilers, wobei ein Aktualisierungsaufwand zu bedenken ist. Zwar wird argumentiert, dass im Falle des Bestehens eines Intranetzugangs bereits ein milderer, gleich geeignetes Mittel vorläge.<sup>111</sup> Allerdings werden im analogen Bereich auch zusätzlich zur Anbringung eines Schwarzen Bretts das Verteilen von Flugblättern und persönliche Gespräche gestattet, dass auch im digitalen Kontext nur die Verfügbarkeit mehrerer verschiedener Werbemittel zur Existenzsicherung der Gewerkschaft „ebenso gut geeignet“ ist. Der Zugang zu betrieblichen E-Mail-Adressen ist vergleichbar mit der Verteilung von Flugblättern,<sup>112</sup> obgleich er Arbeitgeberrechte in einem höheren Maß betrifft. Sofern sich ein Großteil der Arbeitnehmer im Homeoffice befinden, ist das Überlassen eines Verteilers oder einzelner E-Mail-Adressen das mildeste Mittel und zur Existenzsicherung gleich geeignet wie Flugblätter.

Folglich stellen die Verlinkung der Gewerkschaftswebseite im Betriebsintranet und die Ermöglichung der Kontaktierung über die betriebliche E-Mail-Adresse die erforderlichen Mittel dar.

#### bb) Angemessenheit der Mittel

Zur Prüfung der Angemessenheit der gewerkschaftlichen Mittel ist die Stärke der Rechtsbeeinträchtigung zu bestimmen. Die Beeinträchtigung beim E-Mail-Versand wird teils als gering betrachtet.<sup>113</sup> Die Kosten, die für die gewerkschaftliche Mitbenutzung bestehender Systeme entstehen, fielen nicht ins Gewicht bzw. bänden keine Mittel.<sup>114</sup> Insbesondere bei Zugang zu einem Mail-Verteiler, aus dem sich keine einzelnen Mail-Adressen ergeben, bestehe ein lediglich minimaler Aufwand für den Arbeitgeber.<sup>115</sup> Dagegen wird eingewandt, die Kosten würden sich für den Fall des Zugangs mehrerer Gewerkschaften im Betrieb potenzieren.<sup>116</sup> Richtigerweise ist die

Kostenbelastung und Gefahr der Systembeeinträchtigung nicht zu unterschätzen.<sup>117</sup> Ob diese im Einzelfall die Koalitionsfreiheit der Gewerkschaft überwiegen können, hängt jedoch sowohl von der Beteiligung der Gewerkschaft an Kosten für Arbeitszeit des benötigten Personals und Unterhaltung der Systeme als auch von Häufigkeit, Umfang und Inhalt der gewerkschaftlichen E-Mails ab.<sup>118</sup> Wird die Gewerkschaft an Kosten beteiligt, entstehen keine wirtschaftlichen Belastungen beim Arbeitgeber und es findet keine mittelbare Finanzierung der Gewerkschaft statt.<sup>119</sup> Bestehen Grenzen hinsichtlich Anhanggröße und Häufigkeit, führt der E-Mail-Verkehr meist nicht zu erheblichen Betriebsablaufstörungen.<sup>120</sup> Ebenso könnte die Versendung gewerkschaftlicher E-Mails in Zeiten gelegt werden, zu denen die Systeme weniger ausgelastet sind.<sup>121</sup> Unter diesen Umständen erscheint die Rechtebeeinträchtigung beim Arbeitgeber gering. Ein digitaler Zugang zu betrieblichen E-Mail-Adressen ist unter bestimmten Bedingungen also durchaus angemessen.<sup>122</sup> Hinsichtlich der Platzierung eines Links zur Gewerkschaftswebseite im Intranet liegt von vornherein keine Rechtsbeeinträchtigung vor. Die Arbeitszeit, die für die Platzierung benötigt wird, liegt bei einem Minimum.

Die parallele Nutzung herkömmlicher *und* digitaler Werbe- und Informationsmittel würde eine starke Beeinträchtigung betrieblicher Arbeitsabläufe bedeuten,<sup>123</sup> ist aber geboten. Nach dem Prinzip der Sachnähe muss Gewerkschaftswerbung und Gewerkschaftsinformation nämlich dort, wo sich das Arbeitsleben abspielt und Fragen auftauchen, die sich aus der Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und -nehmer ergeben, stattfinden.<sup>124</sup> Befindet sich ein großer Teil der Arbeitnehmer im Homeoffice, muss nach diesem Prinzip zusätzlich zum räumlichen oft ein digitales Zugangsrecht bestehen,<sup>125</sup> je nach den jeweiligen Gegebenheiten. Werden z. B. Betriebsversammlungen im Regelfall nach Hause gestreamt und betriebliche Informationen ausschließlich per E-Mail verteilt, indiziert dies ein Erfordernis eines digitalen Zugangsrechts der Gewerkschaft. Hinzu kommen

<sup>111</sup> ArbG Bonn, Urt. v. 11.5.2022 – 2 Ca 93/22, NZA-RR 2022, 351, Rn. 44.

<sup>112</sup> a. A. *Kaya* (Fn. 23), S. 183 f.

<sup>113</sup> BAG, Urt. v. 20.1.2009 – 1 AZR 515/08, NJW 2009, 1990 (1995); *Berg* (Fn. 95), AuR 2022, 424 (425); *Däubler*, Digitalisierung ArbR (Fn. 35), S. 348; *Picker*, Arbeiten im Homeoffice – Anspruch und Wirklichkeit, NZA-Beilage 2021, 4 (6); *Richardi/Bayreuther* (Fn. 96), Kollektives Arbeitsrecht, § 2 Rn. 62.

<sup>114</sup> LAG Berlin, Urt. v. 6.8.1985 – 8 Sa 38/85, BeckRS 1985, 30903217 (nicht rechtskräftig); *Berg* in: Kommentar BetrVG (Fn. 51), § 2 Rn. 127; wahrsch. auch *Hjort/Mamerow* (Fn. 48), NZA 2021, 1758 (1760); *Klebe/Wedde* (Fn. 24), AuR 2000, 401 (404).

<sup>115</sup> LAG Nürnberg, Urt. v. 26.9.2023 – 7 Sa 344/22, MMR 2024, 439, Rn. 90.

<sup>116</sup> *Meyer* (Fn. 5), NZA 2022, S. 1567 (1573).

<sup>117</sup> So auch *Hopfner/Schrock* (Fn. 11), DB 2004, 1558, (1560).

<sup>118</sup> *Göpfert/Stöckert* (Fn. 7), NZA 2021, 1209 (1211); Einzelfallbetrachtung auch nach *Gaul* in: Arbeitsrecht Kommentar, 11. Auflage 2024, BetrVG § 2 Rn. 14.

<sup>119</sup> Kriterium nach: *Kaya* (Fn. 23), S. 183; *Kloppenburg* in: Gesamtes ArbR, 1. Auflage 2016, § 2 Rn. 41.

<sup>120</sup> Kriterium nach: *Kaya* (Fn. 23), S. 183; *Kloppenburg* in: Gesamtes ArbR (Fn. 118), § 2 Rn. 41.

<sup>121</sup> *Klebe/Wedde* (Fn. 24), AuR 2000, 401 (404).

<sup>122</sup> a. A. *Klose/Klug*, Digitales Zugangsrecht einer Gewerkschaft zum Betrieb, <https://www.bundesarbeitsgericht.de/presse/digitales-zugangsrecht-einer-gewerkschaft-zum-betrieb/> [Stand: 21.2.2025].

<sup>123</sup> *Kaya* (Fn. 23), S. 174.

<sup>124</sup> BAG, Urt. v. 14.2.1967 – 1 AZR 494/65, NJW 1967, 843 (845); *Göpfert/Stöckert* (Fn. 7), NZA 2021, 1209 (1210); *Kaya* (Fn. 23), S. 173; *Meyer* (Fn. 51), SAE 2023, 27 (33).

<sup>125</sup> a. A. wohl für engere Auslegung der Sachnähe *Meyer* (Fn. 51), SAE 2023, 27 (28); *Meyer* (Fn. 5), NZA 2022, 1567 (1572).

Akzeptanzverluste der Gewerkschaft bei Ausschluss von betrieblicher digitaler Kommunikation bei ausgebauter IT-Struktur im Betrieb.<sup>126</sup>

## 2. Verletzung von Arbeitnehmerrechten

### a) Verletzung der Koalitionsfreiheit

Durch E-Mail-Zusendung kommt ein Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit von Nicht-Gewerkschaftsmitgliedern in Betracht. Für Arbeitnehmer gibt es keine ausreichende Möglichkeit der Verhinderung der Zusendung von Werbe-E-Mails,<sup>127</sup> insbesondere besteht oft eine Prüfungspflicht der E-Mails<sup>128</sup>. Demgegenüber steht, dass Art. 9 III GG kein Verschontbleiben von jeglicher Betätigung einer Koalition gewährt.<sup>129</sup> Solange die Informationen nicht über gütiges Zureden hinausgehen, sollen sie zumindest für den Erstkontakt mit dem Arbeitnehmer zur Ausübung seiner positiven Koalitionsfreiheit zulässig sein.<sup>130</sup> Aller darüberhinausgehender Kontakt richtet sich nach Häufigkeit und Umfang, ein dauernder Beschuss ist unzulässig.<sup>131</sup> Ein genereller Eingriff ohne Abwägung im Einzelfall ist jedenfalls nicht zu bejahen. Dieselben Erkenntnisse sind zu übertragen hinsichtlich eines Eingriffs in die positive Koalitionsfreiheit von in anderen Gewerkschaften organisierte Arbeitnehmer, deren Recht auf Fernbleiben von konkurrierenden Gewerkschaften insoweit zu beachten ist.<sup>132</sup>

Für ein Verbot der Gewerkschaftswerbung gegenüber anders und/oder nicht organisierten Arbeitnehmern müssten Arbeitnehmer auch ihre Gewerkschaftszugehörigkeit offenlegen. Es bestünde die Gefahr technischer Überwachung durch den Arbeitgeber, sodass Mitglieder Repressalien aufgrund ihrer Gewerkschaftsmitgliedschaft fürchten könnten.<sup>133</sup> Folglich ist der digitale Zugang auf *alle* Arbeitnehmer zu erstrecken.

Keine Probleme ergeben sich bei gewerkschaftlichem Auftritt im Intranet, da sich die Arbeitnehmer dazu Informationen aktiv selbst aus dem Netz beschaffen müssen, womit ihre Koalitionsfreiheit nicht betroffen ist.<sup>134</sup> Würde der Betriebsrat aber einen Link zu einer Gewerkschaftswebseite in seinem Bereich des Intranets posten, verstieße er gegen das Neutralitätsgebot aus §§ 74 III, 75 I BetrVG,<sup>135</sup> das der negativen Koalitionsfreiheit nicht organisierter und positiven Koalitionsfreiheit anders organisierter Arbeitnehmer Rechnung trägt.<sup>136</sup> Soweit eingewandt wird, dass analog § 9 III 2 Bundespersonalvertretungsgesetz (BPersVG) nur die Aufforderung zum Beitritt etc. ausgeschlossen sei, wird entgegnet, dass zwischen BetrVG und BPersVG zu große Unterschiede für eine analoge Anwendung bestehen und das kurz nach Einführung des BPersVG erlassene Betriebsrätemodernisierungsgesetz keine entsprechende Vorschrift enthält.<sup>137</sup>

Insgesamt ist folglich bei einem digitalen Zugang der Gewerkschaften auf betriebliche Systeme nicht von einer Verletzung der Koalitionsfreiheit der Arbeitnehmer auszugehen.

### b) Verletzung des Allgemeine Persönlichkeitsrechts

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG beinhaltet das informationelle Recht auf Selbstbestimmung,<sup>138</sup> das auch im Privatrecht zur Anwendung kommt<sup>139</sup>. Demnach kann der Einzelne grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten bestimmen.<sup>140</sup> Bei individualisierten E-Mail-Adressen der Arbeitnehmer handelt es sich um personenbezogene Daten i.S.d. Art. 4 Nr. 1 Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO).<sup>141</sup>

Die arbeitgeberseitige Weiterleitung gewerkschaftlicher E-Mails ist unbedenklich, da Arbeitnehmer regelmäßig in die Übermittlung von für das Arbeitsverhältnis relevanten Informationen durch den

<sup>126</sup> BAG, Urt. v. 20.1.2009 – 1 AZR 515/08, NJW 2009, 1990 (1995); *Berg* (Fn. 95), AuR 2022, 424 (424).

<sup>127</sup> *Dumke* (Fn. 7), RdA 2009, 77 (79); *Kaya* (Fn. 23), S. 191.

<sup>128</sup> *Kleinebrink* (Fn. 47), DB 2022, 1002 (1005); *Lelley*, Digitales Zugangsrecht für Gewerkschaften, AuA 2023, 38 (39).

<sup>129</sup> *Göpfert/Stöckert* (Fn. 7), NZA 2021, 1209 (1212); *Hjort/Mamerow* (Fn. 48), NZA 2021, 1758 (1761); *Sutterer-Kipping*, Digitales Zugangsrecht für Gewerkschaften, AuA 2023, 38 (39);

<sup>130</sup> *Göpfert/Stöckert* (Fn. 7), NZA 2021, 1209 (1212); *Hjort/Mamerow* (Fn. 48), NZA 2021, 1758 (1761).

<sup>131</sup> *Hjort/Mamerow* (Fn. 48), NZA 2021, 1758 (1761); *Meyer* (Fn. 51), SAE 2023, 27 (32 f.).

<sup>132</sup> *Kaya* (Fn. 23), S. 191; *Meyer* (Fn. 51), SAE 2023, 27 (32 f.).

<sup>133</sup> *Meyer* (Fn. 51), SAE 2023, 27 (37); *Meyer* (Fn. 5), NZA 2022, 1567 (1574).

<sup>134</sup> So auch *Kaya* (Fn. 23), S. 197; *Picker* (Fn. 113), NZA-Beilage 2021, 4 (6).

<sup>135</sup> So *Altenburg/v. Reinersdorff/Leister*, Betriebsverfassungsrechtliche Aspekte der Telekommunikation am Arbeitsplatz, MMR 2005, 222 (226); *Beckschulze*, Internet-, Intranet- und E-Mail-Einsatz am Arbeitsplatz – Rechte der Beteiligten und Rechtsfolgen bei Pflichtverletzungen, DB 2003, 2777 (2786); *Däubler*, Digitalisierung ArbR (Fn. 35), S. 354; *Däubler*, Gewerkschaftsrechte (Fn. 35), S. 246 f.; *Hopfner/Schrock* (Fn. 11), DB 2004, 1558 (1561); *Kaya* (Fn. 23), S. 76; *Rieble/Gutzeit* (Fn. 45), ZfA 2001, 341 (376); *Stoffels* (Fn. 6), ZfA 2023, 561 (617 f.).

<sup>136</sup> *Rolfs/Bütefisch*, Gewerkschaftliche Betätigung des Betriebsratsmitglieds im Arbeitskampf, NZA 1996, 17 (19); *Schönhöft/Weyhing*, Neutralitätspflicht und Koalitionsfreiheit des Betriebsrats, BB 2014, 762 (764).

<sup>137</sup> LAG Nürnberg, Urt. v. 26.9.2023 – 7 Sa 344/22, MMR 2024, 439, Rn. 84; *Däubler* (Fn. 11), S. 72; *Klose/Klug*, Digitales Zugangsrecht einer Gewerkschaft zum Betrieb, <https://www.bundesarbeitsgericht.de/presse/digitales-zugangsrecht-einer-gewerkschaft-zum-betrieb/> [Stand: 21.2.2025].

<sup>138</sup> BVerfG, Urt. v. 15.12.1983 – 1 BvR 209/83 u. a., NJW 1984, 419 (419).

<sup>139</sup> Str., ob mittel- (so *Martini*, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Spiegel der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, JA 2009, 839 (842)) oder unmittelbar (wohl *Simitis*, Die informationelle Selbstbestimmung – Grundbedingung einer verfassungskonformen Informationsordnung, NJW 1984, 398 (401)).

<sup>140</sup> *Weber* in: Rechtswörterbuch, 32. Edition 2024, Stichwort: Informationelle Selbstbestimmung.

<sup>141</sup> *Göpfert/Stöckert* (Fn. 7), NZA 2021, 1209 (1213); *Hjort/Mamerow* (Fn. 48), NZA 2021, 1758 (1760); *Neu* in: IT-Arbeitsrecht, 3. Auflage 2023, § 2 Rn. 375.

Arbeitgeber einwilligen.<sup>142</sup> Werden Arbeitnehmer-E-Mail-Adressen an die Gewerkschaft weitergegeben, handelt es sich aber um eine Verarbeitung i.S.d. Offenlegung nach Art. 4 Nr. 2 DSGVO.<sup>143</sup> Dafür bedarf es einer Gesetzesgrundlage.<sup>144</sup> Unproblematisch wäre dies nur bei Vorliegen einer Einwilligung der Arbeitnehmer in die Übermittlung, Art. 6 I lit. a DSGVO bzw. § 26 II Bundesdatenschutzgesetz (BDSG).

#### aa) § 26 I 1 BDSG

§ 26 I 1 BDSG kann nicht angewandt werden.<sup>145</sup> Er erlaubt nur eine Verarbeitung, wenn dies für u.a. die Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses oder zur Ausübung der Rechte und Pflichten der Interessenvertretung der Beschäftigung erforderlich ist. Der Austausch arbeitsvertraglich geschuldeter Leistungen ist auch ohne gewerkschaftliche Information möglich.<sup>146</sup> Der Gewerkschaftsbeitritt hat auf die Arbeitsbedingungen auch keinen *unmittelbaren* Einfluss, weshalb keine Erforderlichkeit für die Interessenvertretung vorliegt.<sup>147</sup>

#### bb) Art. 6 I lit. b DSGVO

Hinsichtlich betriebsangehöriger Gewerkschaftsmitglieder wird die Anwendung von Art. 6 I lit. b DSGVO diskutiert.<sup>148</sup> Eine Anwendung ist hierbei jedoch meist auszuschließen, da die Gewerkschaftswerbung bzw. -information regelmäßig nicht für die Vertragserfüllung erforderlich ist.

#### cc) Art. 6 I lit. f DSGVO

*Däubler* vertritt, dass bei einer öffentlichen Zugänglichmachung der E-Mail-Adressen oder Zugänglichmachung gegenüber allen Kunden ein berechtigtes Interesse der Gewerkschaft iSd Art. 6 I lit. f DSGVO aus dem Schutz für gewerkschaftliche Werbung und Information nach Art. 9 III GG folge und die Übermittlung damit ohne Einwilligung zulässig sei.<sup>149</sup> Dies kann nur gelten, wenn der betroffene Arbeitnehmer die E-Mail-Adresse selbst und nicht nur einem bestimmten Personenkreis wie den Kunden öffentlich gemacht hat.<sup>150</sup> Dafür spricht, dass eine Verarbeitung von sensiblen

Daten bei selbst erfolgter Veröffentlichung zulässig ist (Art. 9 II lit. e DSGVO), weshalb dies erst recht für sonstige Daten gelten muss. Dafür besteht ein berechtigtes Interesse der Gewerkschaft, insbesondere in Form des Zwecks der Direktwerbung nach ErwG 47 S. 7 DSGVO. Die Verarbeitung wegen Auffindung der E-Mail-Adressen in Suchmaschinen im Internet oder wegen leicht nachvollziehbarem Aufbau (vorname.nachname@unternehmen.de) ist ohne Veröffentlichung durch den Betroffenen selbst unzulässig.<sup>151</sup>

Zuletzt wird die allgemeine Anwendung von Art. 6 I lit. f DSGVO erwogen.<sup>152</sup> Dafür bedarf es einer Erforderlichkeit zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen. Ein berechtigtes Interesse ergibt sich aus der Aufgabe aus Art. 9 III GG<sup>153</sup> und ErwG 47 S. 7 DSGVO. Erforderlichkeit meint, dass die Datenverarbeitung objektiv tauglich und keine weniger invasive Alternative vorliegt oder eine solche dem Verantwortlichen nicht zumutbar ist.<sup>154</sup> Teils wird angenommen, Erforderlichkeit bestehe hinsichtlich digitaler Gewerkschaftswerbung nur, wo die betriebliche Organisation eine traditionelle Form der Kontaktaufnahme ausschließt.<sup>155</sup> Befinden sich die Beschäftigten alle im Homeoffice, dürfte dies der Fall sein. Als mildere Methode zur Herausgabe der einzelnen E-Mail-Adressen der Arbeitnehmer kommt die Überlassung eines E-Mail-Verteilers in Betracht, aus dem sich die E-Mail-Adressen der Arbeitnehmer nicht herauslesen lassen. Zwar wird der Arbeitgeber einen Verteiler über alle Arbeitnehmer üblicherweise selbst nutzen und fortlaufend aktualisieren. Zu beachten ist aber, dass es Mitarbeitern freisteht, dieser Datenverarbeitung zum Zweck der Gewerkschaftswerbung zu widersprechen, womit für die Gewerkschaft ein separater Mail-Verteiler vonnöten ist, aus dem widersprechende Arbeitnehmer entfernt werden müssten.<sup>156</sup> Dies stellt nunmehr einen erheblichen Zusatzaufwand für den Arbeitgeber dar. Jedoch kommt dieser Zusatzaufwand ebenso bei der Weitergabe aller einzelnen E-Mail-Adressen auf, da auch hier fortlaufend aktualisiert werden muss. Wegen Anonymisierung der Adressen im Mail-Verteiler ist die Überlassung eines Verteilers folglich weiterhin weniger

<sup>142</sup> *Stoffels* (Fn. 6), ZfA 2023, 561 (603).

<sup>143</sup> *Gola* (Fn. 7), MMR 2005, 17 (22).

<sup>144</sup> Abzulehnen ist darum die Ansicht von *Klebe/Wedde* (Fn. 24), AuR 2000, 401 (406), die Verarbeitung der E-Mail-Adressen sei immer zulässig, wenn kein Widerspruch erfolge.

<sup>145</sup> So auch *Stoffels* (Fn. 6), ZfA 2023, 561 (603); wohl auch *Picker* (Fn. 113), NZA-Beilage 2021, 4 (6).

<sup>146</sup> LAG Nürnberg, Urt. v. 26.9.2023 – 7 Sa 344/22, MMR 2024, 439, Rn. 71; *Stoffels* (Fn. 6), ZfA 2023, 561 (603); *Picker*, (Fn. 113), NZA-Beilage 2021, 4 (6).

<sup>147</sup> *Anders Hjort/Mamerow* (Fn. 48), NZA 2021, 1758 (1760).

<sup>148</sup> *Däubler*, Digitalisierung ArbR (Fn. 35), S. 348.

<sup>149</sup> Interessenvertretung im digitalen Betrieb, S. 66.

<sup>150</sup> *Dallmann/Busse*, Verarbeitung von öffentlich zugänglichen personenbezogenen Daten – Datenschutzrechtliche Voraussetzungen und Grenzen, ZD 2019, 394 (395); *Hackenberger* in: Handbuch Multimedia-Recht, 61. EL 2024, Teil 15.2, Rn. 17.

<sup>151</sup> Weitergehendes Verbot für alle Fälle, in denen Arbeitnehmer nicht an der Beschaffung beteiligt waren nach *Kaya* (Fn. 23), S. 201, ist als zu streng abzulehnen.

<sup>152</sup> *Berg* (Fn. 95), AuR 2022, 424 (425); *Däubler* (Fn. 11), S. 60, 65 f.; *Fitting* in: BetrVG (Fn. 14), § 2 Rn. 85; *Hjort/Mamerow* (Fn. 48), NZA 2021, 1758 (1760); *Sutterer-Kipping* (Fn. 129), AuA 2023, 38 (39).

<sup>153</sup> So auch *Däubler* (Fn. 11), S. 60.

<sup>154</sup> *Schulz* in: Datenschutz-Grundverordnung Bundesdatenschutzgesetz Kommentar, 3. Auflage 2022, DSGVO Art. 6, Rn. 20.

<sup>155</sup> LAG Nürnberg, Urt. v. 26.9.2023 – 7 Sa 344/22, MMR 2024, 439, Rn. 68; *Stoffels* (Fn. 6), ZfA 2023, 561 (602).

<sup>156</sup> *Neu* in: IT-Arbeitsrecht (Fn. 141), § 3 Rn. 378.

einschneidend und damit, sofern sich alle Mitarbeiter im Homeoffice befinden, erforderlich.

Weitere Probleme bestehen hinsichtlich Überwiegens von Gegeninteressen der betroffenen Person. Soweit *Däubler* hinsichtlich negativer Koalitionsfreiheit der Arbeitnehmer meint, die unerwünschte Mail sei mit einem Klick zu tilgen und Werbung sei zulässig, wenn der potenzielle Mitarbeiter mit ihr rechnen müsse,<sup>157</sup> muss dem entgegengehalten werden, dass Arbeitnehmer nicht damit rechnen können, ohne Einholung einer Einwilligung Gewerkschafts-E-Mails zu erhalten. Die negative Koalitionsfreiheit bleibt zudem betroffen, obwohl die E-Mail gelöscht werden kann, da die Belästigung so nicht beseitigt wird.<sup>158</sup>

Dennoch überwiegt die Koalitionsfreiheit der Gewerkschaft. Ein Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit der Arbeitnehmer liegt nämlich erst ab einem größeren Umfang und Häufigkeit der Gewerkschafts-E-Mails vor.<sup>159</sup> Denkbar stark ist aber der Eingriff in die Koalitionsfreiheit der Gewerkschaften, sofern Arbeitnehmer durch herkömmliche Werbung nicht erreicht werden, da sie sich im Homeoffice befinden. Dürfte die Gewerkschaft Arbeitnehmern keine E-Mails senden, müsste sie das Risiko tragen, dass Arbeitnehmer sich nicht selbstständig informieren, z. B. durch das Intranet oder durch Initiierung der Aufnahme der privaten E-Mail-Adresse in den gewerkschaftlichen E-Mail-Verteiler. Dies kann den Gewerkschaften nicht zugemutet werden. Folglich überwiegt das Interesse der Gewerkschaften, womit Art. 6 I lit. f DSGVO anwendbar und die Überlassung eines E-Mail-Verteilers an die Gewerkschaften zulässig ist. Ein Eingriff in die informationelle Selbstbestimmung liegt somit nicht vor.

### 3. Verletzung der Koalitionsfreiheit konkurrierender Gewerkschaften

Angedacht wird ein Eingriff in die Koalitionsfreiheit konkurrierender Gewerkschaften durch Gefährdung ihres Mitgliederbestands, sofern sich die digitale Werbung auch an in anderen Gewerkschaften organisierte Arbeitnehmer richtet.<sup>160</sup> Allerdings schützt Art. 9 III GG den Koalitionspluralismus,<sup>161</sup> womit die Gewerkschaft die mit der Mitgliederwerbung einer

konkurrierenden Gewerkschaft verbundene Gefährdung ihres Mitgliederbestands grundsätzlich hinzunehmen hat und ein Eingriff gerechtfertigt ist.<sup>162</sup>

Zu beachten ist, dass der Arbeitgeber aufgrund des Gleichheitsgebots verpflichtet sein wird, allen Gewerkschaften, bzw. zumindest solchen gleicher Größe und Repräsentativität, gleichermaßen digitalen Zugang zu gewährleisten.<sup>163</sup>

## D. Fazit und Ausblick

Festzuhalten ist somit, dass den Gewerkschaften grundsätzlich ein digitaler Zugang zum Betrieb aufgrund der durch Art. 9 III GG gewährten Koalitionsfreiheit, genauer, der Betätigungsfreiheit der Gewerkschaften, zugestanden werden muss. Gegenüber den betroffenen Grundrechten der Arbeitgeber und -nehmer überwiegt das Recht zur Mitgliederwerbung, dem auch dann ausreichend Rechnung getragen werden muss, soweit sich die Arbeitnehmer im Homeoffice befinden. Entgegen dem Urteil des BAG vom 28.1.2025 muss dies in Form des Zugangs zu einem betrieblichen, anonymisierten E-Mail-Verteiler erfolgen und die Platzierung eines Links zur Gewerkschaftswebseite im betrieblichen Intranet zulässig sein. Je nach Funktionsweise dürften die in den vorigen Ausführungen dargelegten Grundsätze auch auf andere betrieblich genutzte Kommunikationsmittel zu übertragen sein (z. B. wegen Vergleichbarkeit von Messenger-Diensten mit üblichen Mail-Programmen). Mit Spannung zu erwarten sind die Entscheidungsgründe zum Urteil des BAG, das sich den Entscheidungen des LAG und des ArbG Nürnberg zur Verweigerung einer Pflicht zur (1.) Herausgabe dienstlicher E-Mail-Adressen und eines E-Mail-Verteilers aller Beschäftigten an die Gewerkschaft, (2.) der Verschaffung eines Zugangs zu einer betrieblich genutzten „Community“ sowie (3.) der Verlinkung der Gewerkschaftswebseite zumindest auf der Startseite des Intranets anschloss.<sup>164</sup> Zu hoffen bleibt nun, dass der Gesetzgeber die Gelegenheit ergreift, ein digitales Zugangsrecht für Gewerkschaften ausdrücklich im Gesetz zu regeln, sodass den Gewerkschaften auch in Zeiten des Homeoffice effektive Wege zur Mitgliederwerbung offenstehen.

<sup>157</sup> Interessenvertretung im digitalen Betrieb, S. 65 f.

<sup>158</sup> So auch *Neu* in: IT-Arbeitsrecht (Fn. 141), § 3 Rn. 376.

<sup>159</sup> S.o. C. II. 2. a)

<sup>160</sup> *Kaya* (Fn. 23), S. 208.

<sup>161</sup> BAG Ur. v. 14.2.1997 – 1 AZR 494/65, NJW 1967, 843 (845).

<sup>162</sup> So auch *Kaya* (Fn. 23), S. 208; wohl auch *Stoffels* (Fn. 6), ZfA 2023, 561 (605).

<sup>163</sup> *Stoffels* (Fn. 6), ZfA 2023, 561 (605 f.); *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht, Band 1, 1997, S. 282.

<sup>164</sup> *Klose/Klug*, Digitales Zugangsrecht einer Gewerkschaft zum Betrieb, <https://www.bundesarbeitsgericht.de/presse/digitales-zugangsrecht-einer-gewerkschaft-zum-betrieb/> [Stand: 21.2.2025]; LAG Nürnberg, Ur. v. 26.9.2023 – 7 Sa 344/22, MMR 2024, 439; ArbG Nürnberg, Ur. v. 27.6.2022 – 10 Ca 2442/22, BeckRS 2022, 54653.

## Niklas Geiger: Die Klimafolgeentscheidungen des BVerfG: Zwei Schritte vor – Ein Schritt zurück?

Der Autor ist Student der Rechtswissenschaft im 6. Fachsemester (Universität Bayreuth). Der Beitrag ist im Rahmen des studienbegleitenden Seminars „Aktuelle Entwicklungen in der Verfassungsrechtsprechung“ bei Prof. Dr. Nils Grosche (Lehrstuhl für Recht und Ökonomik der Gesundheits- und Risikoregulierung) entstanden.

### A. Hinführung

Wohl kaum eine Gerichtsentscheidung erregte in den letzten Jahren so viel mediale und politische Aufmerksamkeit wie der häufig als „Klimabeschluss“ bezeichnete Beschluss des Bundesverfassungsgerichts im Jahre 2021, mit dem ein Teil des Klimaschutzgesetzes des Bundes für verfassungswidrig erklärt wurde.<sup>1</sup> In der öffentlichen Debatte standen zunächst die politischen Auswirkungen im Vordergrund. Etwa ein halbes Jahr vor einer Bundestagswahl, in der der Klimaschutz für die meisten Deutschen das wichtigste politische Thema war<sup>2</sup>, wurde der Beschluss allgemein als Niederlage der amtierenden Bundesregierung betrachtet. Aber die Auswirkungen machten bei Weitem nicht auf der politischen Ebene halt. Auch in der Rechtswissenschaft sparte man nicht mit Superlativen, um die Bedeutung dieses Beschlusses zu beschreiben. Von einem „historischen Beschluss“<sup>3</sup> war die Rede, andere sprachen von einer „epochalen Entscheidung“.<sup>4</sup> Und das nicht grundlos: Im Beschluss versteckte sich eine in der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts so noch nie dagewesene Argumentation, in der eine gerechte Verteilung von grundrechtlich geschützten Freiheiten über die Generationen hinweg verlangt wurde.<sup>5</sup> Im Schrifttum entbrannte sodann eine Debatte darüber, wie dieses Konstrukt in die Grundrechtsdogmatik einzuordnen ist. Dabei nahm eine gewichtige Zahl der Autoren an, es sei eine neue, intertemporale Grundrechtsdimension geschaffen worden.<sup>6</sup> Daran anknüpfend stellten sich einige Autoren die Frage, ob diese neue Dimension auch in anderen Bereichen eingesetzt werden kann. So wurde beispielsweise eine Übertragung in den

Bereich von Staatsschulden und Sozialversicherungssystemen erwogen.<sup>7</sup>

Sowohl Umweltaktivisten als auch einige Stimmen in der juristischen Literatur begrüßten, dass durch den Beschluss der Weg geöffnet worden sei, schnelleren und effektiveren Klimaschutz an der aus ihrer Sicht zu zögerlichen Politik vorbei zu erzwingen.<sup>8</sup> Bisweilen war sogar davon die Rede, das Gericht sei in Abgrenzung zu politischen Akteuren eine „Instanz der Vernunft“.<sup>9</sup>

Allerdings hat der Beschluss, anders als manche euphorischen Reaktionen vermuten ließen, auf den tatsächlichen Fortschritt beim Schutz des Weltklimas erst einmal keine spürbaren Auswirkungen. Erst im März dieses Jahres stellte der Weltklimarat der Vereinten Nationen einen neuen Bericht vor, in dem die Lage als zunehmend dramatisch dargestellt wird. Mittlerweile sei das auch vom BVerfG an vielen Stellen in der Entscheidung als Richtlinie dienende 1,5-Grad-Ziel nur noch mit starken Anstrengungen zu erreichen.<sup>10</sup> Genau das wollte das BVerfG mit seinem Beschluss doch eigentlich verhindern. Verkompliziert werden Klimaschutzmaßnahmen dabei von internationalen Abstimmungsproblemen und der gegenseitigen Zuweisung der Verantwortlichkeit zwischen den verschiedenen staatlichen Akteuren.<sup>11</sup> Diese Probleme finden sich im deutschen Föderalismus auch auf nationaler Ebene wieder. Dies zeigte sich auch bei anderen Problemfeldern wie der Corona-Pandemie. In diesem Zusammenhang steht eine weitgehend unbeachtete Kammerentscheidung des BVerfG aus dem Jahre 2022, in der die Beschwerdeführer Klimaschutzziele der Länder einfordern. Ein weiteres Problem ist, dass auf Ankündigungen nicht immer Taten folgen.

<sup>1</sup> BVerfG v. 24.3.21 – 1 BvR 2656/18 u.a., NJW 2021, 1723.

<sup>2</sup> *New/Pokorny*, Bundestagswahl in Deutschland am 26. September 2021, Monitor Wahl- und Sozialforschung der Konrad-Adenauer-Stiftung, <https://www.kas.de/documents/252038/11055681/Wahlanalyse+der+Bundestagswahl+in+Deutschland+am+26.+September+2021.pdf/4c1304ff-0d60-f09e-5432-85b6e3a288f1?version=1.12&t=1636043241943>, [Stand: 3.2.2025], S. 8.

<sup>3</sup> *Zenetti/Kohlrausch*, Der Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts – Rechtliche Einordnung und Perspektiven, ZUR 2021, 573 (573).

<sup>4</sup> *Eifert*, Verfassungsauftrag zum freiheitsschonenden Klimaschutz: Der Klimaschutz-Beschluss des BVerfG – Inhalte, Folgen und offene Fragen, JURA 2021, 1085 (1098).

<sup>5</sup> *Möllers/Weinberg*, Die Klimaschutzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts, JZ 2021, 1069 (1073).

<sup>6</sup> Siehe nur: *Möllers/Weinberg*, JZ 2021, 1069 (1074); *Köck/Kohlrausch*, Klimaschutzgesetzgebung im Bundesstaat – Zur Zukunft der Landesklimateilnahme, ZUR 2021, 610 (616).

<sup>7</sup> Eher kritische Diskussion: *Möllers/Weinberg*, JZ 2021, 1069, 1077.

<sup>8</sup> Beck-aktuell, Klimaschutzgesetz ist teilweise verfassungswidrig, <https://rsw.beck.de/aktuell/daily/meldung/detail/bverfg-erklart-klimaschutzgesetz-fuer-verfassungswidrig> [Stand: 3.2.2025].

<sup>9</sup> *Möllers/Weinberg*, JZ 2021, 1069, 1077.

<sup>10</sup> Synthesebericht zum Sechsten IPCC-Sachstandsbericht (AR 6), [https://www.de-ipcc.de/media/content/Hauptaussagen\\_AR6-SYR.pdf](https://www.de-ipcc.de/media/content/Hauptaussagen_AR6-SYR.pdf) [Stand: 3.2.2025], S.3.

<sup>11</sup> BVerfG v. 24.3.21 – 1 BvR 2656/18 u.a., NJW 2021, 1723 (1728, 1733, 1735 u. V. m.).

Umweltschutzverbände begnügten sich deshalb nicht mehr nur mit der politischen Forderung nach strengeren Zielen, sondern versuchten auf dem Gerichtsweg auch konkrete Maßnahmen zu erzwingen. In diese Richtung geht eine weitere Entscheidung aus 2022. In der zugrundeliegenden Verfassungsbeschwerde forderten die Beschwerdeführer ein Tempolimit auf Autobahnen. Beide Versuche sind gescheitert. Und auch im Schrifttum macht sich mittlerweile Ernüchterung über die mit Spannung erwartete Fortschreibung des justiziellen Klimaschutzes breit.<sup>12</sup>

Anhand dieser beiden Folgebeschlüsse stellt sich diese Arbeit daher den sich aufdrängenden Fragen: Wie viel ist vom „Klimabeschluss“ nach gerade mal etwas mehr als zwei Jahren noch übrig? Und was folgt aus den beiden neuen Entscheidungen für die Grundrechtsdogmatik und die (Verfassungs-)Rechtsprechung in Fragen des Klimaschutzes in der Zukunft?

## B. Der „Klimabeschluss“: Ausgangspunkt einer neuen Grundrechtsfigur

Der Klimabeschluss kam für viele Rechtswissenschaftler überraschend,<sup>13</sup> was nicht zuletzt an dem komplizierten Argumentationsweg liegt.

### I. Der Klimabeschluss und seine Gründe

In den zugrundeliegenden Verfassungsbeschwerden machten Bürger und ein Umweltschutzverband eine Verletzung ihrer Grundrechte durch unzureichenden Schutz vor dem Fortschreiten des Klimawandels geltend. Der im Klimaschutzgesetz (KSG) normierte Reduktionspfad sei nicht ausreichend, um das Ziel der Begrenzung der globalen Erwärmung auf 1,5°C zu erreichen.

Das BVerfG schränkte zunächst das ökologische Existenzminimum aus Art. 20a i. V. m. I GG auf „apokalyptische“ Zustände ein, die nicht ersichtlich sind.<sup>14</sup> Dann verwarf es die Verletzung von Schutzpflichten mit der Begründung, der Staat habe nicht von vornherein völlig unzureichende Maßnahmen getroffen, sondern bereits

Klimaschutzprogramme aufgelegt.<sup>15</sup> Dies wurde und wird in der Literatur vielfältig kritisiert.<sup>16</sup> Allerdings handelt es sich hier nur um eine konsequente Anwendung der seit jeher praktizierten Schutzpflichtdogmatik, nach der eine reine Evidenzkontrolle und keine Verhältnismäßigkeitsprüfung stattfindet.

### II. Die intertemporale Freiheitssicherung

Nun stellte das BVerfG allerdings auf die Gefährdung künftiger Freiheit ab und argumentiert wie folgt: Der durch Art. 20a GG begründete Auftrag zum Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen schließt den Schutz des Klimas als Grundlage eines funktionierenden Ökosystems ein.<sup>17</sup> Das genaue Schutzniveau ergibt sich aus der Norm zwar nicht, es ist aber vom Gesetzgeber durch die Ratifikation des Pariser Klimaschutzabkommens verfassungskonform konkretisiert auf die Begrenzung der Erderwärmung auf 1,5 – 2,0°C bis 2050.<sup>18</sup> Der Gesetzgeber ist hat sich also verpflichtet, die erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um diese Begrenzung einzuhalten. Um zu ermitteln, wie stark die Treibhausgasemissionen reduziert werden müssen, greift das BVerfG nun auf den wissenschaftlich allgemein anerkannten Budgetansatz zurück.<sup>19</sup> Es stellt sodann fest, dass die Einhaltung der errechneten verbleibenden gesamten Emissionsmenge für Deutschland erheblicher Reduzierungen bedarf. Bei ungestörtem Fortlaufen nach dem Reduktionspfad des KSG a.F. ist 2030 nur noch ein kleiner Teil des Budgets verfügbar. Dann wären bis 2050 gerade wegen der rechtlichen Handlungspflicht aus Art. 20a GG erhebliche Einschränkungen von Freiheitsbetätigungen, die CO<sub>2</sub> ausstoßen, erforderlich. Die in Zukunft zu erwartenden Einschränkungen wirken also, weil sie sicher eintreten müssen und nach dem Stand der Technik nicht mehr vermeidbar sind, bereits jetzt wie ein Eingriff. Dies stellt die so genannte *eingriffsgleiche Vorwirkung* dar.<sup>20</sup> Diese muss verhältnismäßig sein und wird dabei der heutigen Freiheit gegenübergestellt. Insbesondere muss geprüft werden, ob frühzeitigere Eingriffe ein milderer Mittel darstellen.<sup>21</sup> Wegen Unsicherheiten in der wissenschaftlichen Budgetberechnung kann das BVerfG letztlich nicht feststellen, dass der Reduktionspfad unverhältnismäßig ist. Allerdings konstruiert

<sup>12</sup> Groß, Zwei Jahre Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts: Eine Zwischenbilanz der weitgehenden Rezeptionsverweigerung, <https://verfassungsblog.de/zwei-jahre-klimabeschluss-des-bundesverfassungsgerichts/> [Stand: 3.2.2025].

<sup>13</sup> Calliess, Das „Klimaurteil“ des Bundesverfassungsgerichts: „Versubjektivierung“ des Art. 20a GG?, ZUR 2021, 355 (355).

<sup>14</sup> BVerfG v. 24.3.21 – 1 BvR 2656/18, NJW 2021, 1723 (1727).

<sup>15</sup> Ebd. (1731 ff., 1736ff.).

<sup>16</sup> Calliess, ZUR 2021, 355, 357; Callies, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Loseblattsammlung Stand 101. Ergänzungslieferung (Mai 2023), Art. 20a GG, Rn. 237f.

<sup>17</sup> Zustimmung Bickenbach, Subjektiv-öffentliches Recht auf Klimaschutz ?, JZ 2020, 168 (171).

<sup>18</sup> BVerfG v. 24.3.21 – 1 BvR 2656/18 u.a., NJW 2021, 1723 (1728).

<sup>19</sup> Erstmals aufgegriffen ebd. (1728f.); s. auch Kahl, BVerfG: Klimaschutzanstrengungen der Länder nicht grundrechtlich einklagbar – Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 18.1.2022, EnWZ 2022, 121 (123).

<sup>20</sup> BVerfG v. 24.3.21 – 1 BvR 2656/18, NJW 2021, 1723 (1737ff.).

<sup>21</sup> Eifert, JURA 2021, 1085 (1093); Möllers/Weinberg, JZ 2021, 1069 (1074).

das BVerfG sodann eine prozedurale Pflicht, den Reduzierungspfad nicht nur wie bislang bis 2030, sondern darüber hinaus bis zur Klimaneutralität fortzuschreiben.<sup>22</sup> Dadurch soll eine einseitige Verlagerung der Transformation in die Zukunft vermieden und ein gefestigter gesamtheitlicher Rahmen zur Orientierung gegeben werden. An diesem muss sich der Staat dann messen lassen.<sup>23</sup> Zudem verstoße die unbestimmte Verordnungsermächtigung, die Bundesregierung solle den Reduktionspfad selbst nach 2030 noch zweimal fortschreiben, wegen der besonderen Grundrechtsrelevanz gegen das Bestimmtheitsgebot des Art. 80 GG.<sup>24</sup> Somit wurden die §§ 3 I 2, 4 I 3 i. V. m. Anlage 2 KSG a.F. für nichtig erklärt.<sup>25</sup>

### III. Voraussetzungen der eingriffsgleichen Vorwirkung

Für die Annahme einer solchen Vorwirkung findet man im Klimabeschluss im Kern drei Bedingungen:

1. Vorliegen einer wissenschaftlich erwiesenen unumkehrbaren Gefährdung eines verfassungsrechtlich zu schützenden (Rechts-)Gutes, das
2. bereits hinreichend konkretisiert ist, um einen Maßstab für die Prüfung der Schutzvorkehrungen definieren zu können und
3. bei unzureichenden Maßnahmen verfassungsrechtlich vermittelt wird zu zwingenden Freiheitseingriffen.<sup>26</sup>

Diese Dogmatik dient als Grundlage für die weitere Untersuchung.

### C. Klimaschutz im Föderalismus – Müssen die Länder mitwirken?

Das BVerfG hat nun also erst einmal den Bund zur längerfristigen Fortschreibung seines KSG verpflichtet. Der Bund ist allerdings aufgrund der föderalen Kompetenzverteilung kaum in der Lage, Klimaschutz im Alleingang durchzuführen. Es stellt sich daher unausweichlich die Frage, inwieweit sich der Klimabeschluss auf die Länder und ggf. sogar auf Kommunen ausweiten lässt. Die Gelegenheit zur Stellungnahme bekam das BVerfG durch eine erneute Verfassungsbeschwerde mehrerer Bürger, die sich unter

Bezugnahme auf den Klimabeschluss gegen die Emissionsminderungsziele einiger Länder in ihren jeweiligen KSG bzw. gegen das Fehlen solcher Gesetze wendeten. Sie rügten insb. die Verletzung ihrer künftigen Freiheit in intertemporaler Dimension.<sup>27</sup>

#### I. Analyse des ersten Folgebeschlusses

Der Kernaspekt, an dem das BVerfG die mangelnden Erfolgsaussichten festmacht, ist das Fehlen einer auch nur wenigstens grob erkennbaren Restmenge an CO<sub>2</sub>, die die einzelnen Bundesländer noch verbrauchen dürfen.<sup>28</sup> Das ist deshalb ein entscheidendes Problem, weil im Rückgriff auf die oben ausgeführte Dogmatik der eingriffsgleichen Vorwirkung zwingend ein rechtlicher Zusammenhang zwischen der hohen Emission von Treibhausgasen heute und der Eingriffe in Freiheitsrechte morgen bestehen muss. Darauf ist im Kern die gesamte Argumentation aufgebaut. Einen rechtlichen Grund, sei es aus Art. 20a GG oder aus einem anderen verfassungsrechtlichen Aspekt, zu verpflichtenden Grundrechtseingriffen zur Reduktion von Treibhausgasen kann es aber nur dann geben, wenn es überhaupt eine Grenze für die Gesamtmenge an Emissionen gibt.<sup>29</sup> In Ermangelung eines Restbudgets für die Länder, das sich aus so einer Grenze ergeben würde, fehlt es also an einer Handlungspflicht zu mehr Klimaschutz und damit an einer rechtlichen Pflicht zum Eingriff in Freiheitsrechte. Damit kollabiert die Argumentation aus dem Klimabeschluss beim Versuch, diesen auf die Länder anzuwenden.<sup>30</sup>

Dies scheint erst einmal, die logische Fortschreibung zu sein, bei genauerem Hinsehen fallen dennoch mehrere Ungereimtheiten auf:

#### 1. Budgetberechnung zwischen Politik und Wissenschaft

Bei der Berechnung des Restbudgets hat das BVerfG im Klimabeschluss wiederholt und in aller Ausführlichkeit auf wissenschaftliche Erkenntnisse zurückgegriffen.<sup>31</sup> Auch diese Arbeit respektiert den wissenschaftlichen Konsens ausdrücklich, wonach sich zumindest in groben Zügen aus einem Ziel für die Temperaturerwärmung eine Menge an

<sup>22</sup> BVerfG v. 24.3.2 – 1 BvR 2656/18 u.a., NJW 2021, 1723 (1747ff.).

<sup>23</sup> Eifert, JURA 2021, 1085 (1094f).

<sup>24</sup> BVerfG v. 24.3.21 – 1 BvR 2656/18 u.a., NJW 2021, 1723 (1750f).

<sup>25</sup> Ebd. (1751).

<sup>26</sup> Möllers/Weinberg, JZ 2021, 1069 (1077f); Eifert, JURA 2021, 1085 (1092); Ruttloff/Freihoff, Intertemporale Freiheitssicherung oder doch besser „intertemporale Systemgerechtigkeit“? – auf Konturensuche, NVwZ 2021, 917 (918).

<sup>27</sup> BVerfG v. 18.1.2022 – 1 BvR 1565/21 u.a., NJW 2022, 844 (844).

<sup>28</sup> BVerfG v. 18.1.2022 – 1 BvR 1565/21 u.a., NJW 2022, 844 (845f.).

<sup>29</sup> Ebd. (846).

<sup>30</sup> Schomerus, Keine Restmenge, keine Vorwirkung: Der Nichtannahmebeschluss 1 BvR 1565/21 u.a. und das Bund-Länder-Verhältnis im Klimaschutzrecht, <https://verfassungsblog.de/keine-restmenge-keine-vorwirkung/> [Stand: 3.2.2025].

<sup>31</sup> Siehe nur BVerfG v. 24.3.21 – 1 BvR 2656/18, NJW 2020, 1723 (1728/1733ff.).

Treibhausgasen berechnen lässt, die in die Atmosphäre gelangen darf.<sup>32</sup> Dies ist mit Blick auf die Linearität des Zusammenhangs zwischen Emissionen und Erwärmung unbestritten,<sup>33</sup> wobei sich bei einer so umfassenden Thematik zwangsläufig gewisse Ungenauigkeiten ergeben.

#### a) Wer trägt welche Last? – Von globalen zu nationalen Minderungsvorgaben

Fraglich ist, wie man ausgehend von dem globalen Restbudget sodann die nationalen Restbudgets berechnen kann. Das BVerfG wählt hier den so genannten *formalen Ansatz*: Es wird die deutsche Bevölkerung in Verhältnis zur Weltbevölkerung gesetzt und anschließend Deutschland genau in diesem Verhältnis auch „Emissionsrechte“ zugesprochen.<sup>34</sup> Dies ist zunächst einfach nachzuvollziehen. Nicht mehr nachzuvollziehen ist hingegen, warum eine Umrechnung des nationalen deutschen Budgets in Länderbudgets nach der formalen Methode abgelehnt wird. Das BVerfG begründet dies damit, dass eine proportionale Verteilung auf die Länder nicht zwingend sei, sondern vielmehr auch eine sektorale Verteilung möglich sei.<sup>35</sup> Eine rechtliche Vorgabe, welche der beiden Methoden zu wählen ist, gibt es nicht. Das ist richtig. Allerdings gibt es auch keine rechtliche Vorgabe für die Umrechnung des globalen in nationale Budgets.

#### b) Widerspruch in der Herleitung

Das BVerfG bemüht in erster Linie das Pariser Klimaschutzabkommen (PA) zur argumentativen Herleitung des Temperaturziels, welches wiederum das Budget determiniert. Allerdings enthält dieses Abkommen eben gerade keine Verteilungsregel. Es ist lediglich davon die Rede, dass alle Länder einen Anteil daran leisten müssen.<sup>36</sup> Bei der Lastenverteilung ist eine Berücksichtigung der „unterschiedlichen Verantwortlichkeiten und jeweiligen Fähigkeiten“ vorgesehen, Art. 2 II PA. Über die Interpretation

dieser Regelung herrscht vielmehr Uneinigkeit: Gerade Länder des globalen Südens fordern mit Verweis auf die bisherigen Emissionen der Industriestaaten deutlich höhere Bemühungen der entwickelten Länder (*materiell-historischer Ansatz*).<sup>37</sup> Eine solche überproportionale Reduktionspflicht ist auch im PA festgelegt, so fordert Art. 4 IV 1 PA eine Führungsrolle dieser Industrienationen. Diese ließe sich gleichwohl auch anders erfüllen. Die Industrienationen können Entwicklungsländer, in denen aufgrund der geringen Energieeffizienz der dortigen Gebäude und Energieerzeugung besonders hohe Einsparpotenziale bestehen, unterstützen (vgl. Art. 3 PA) und erhalten dafür selbst ein größeres Budget (*politisch-realer Ansatz*).<sup>38</sup>

Bereits vor dem ersten Klimafolgebeschluss wies *Frenz* daraufhin, dass sich das nach der formalen Methode errechnete Restbudget von damals noch 6,7 Gigatonnen, auf das auch das BVerfG Bezug nimmt,<sup>39</sup> nicht aus unseren völkerrechtlichen Verpflichtungen ergibt. Selbst der den Berechnungen des Sachverständigenrats für Umweltfragen (SRU) zugrundeliegende IPCC-Bericht hat keine Verbindlichkeit erlangt.<sup>40</sup> Zurecht weist *Frenz* auf den Widerspruch zur wiederholten Mahnung des BVerfG hin, alle wesentlichen und konkretisierenden Entscheidungen müsse der Gesetzgeber selbst treffen.<sup>41</sup> Die Argumentation, diese Zielverpflichtung ergebe sich aus der internationalen Dimension des Art. 20a GG und dem dafür notwendigen gegenseitigen Vertrauen der Staatengemeinschaft<sup>42</sup>, die man innerstaatlich im Rahmen der Bundestreue anwenden könnte, vermag ebenfalls nicht zu überzeugen. Es ist nicht erkennbar, warum es ein geschütztes Vertrauen in die Treibhausgasminderung nach genau diesem Ansatz geben sollte, wenn die Staatengemeinschaft sich ausdrücklich gegenseitig zugebilligt hat, die globale Reduktionslast auch anders zu verteilen.

Das BVerfG setzt sich im Klimabeschluss darüber hinweg, dass es an einem rechtlich determinierten Verteilungsschlüssel fehlt

<sup>32</sup> SRU, Pariser Klimaziele erreichen mit dem CO<sub>2</sub>-Budget,

[https://www.umweltrat.de/SharedDocs/Downloads/DE/01\\_Umweltgutachten/2016\\_2020/2020\\_Umweltgutachten\\_Kap\\_02\\_Pariser\\_Klimaziele.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=7](https://www.umweltrat.de/SharedDocs/Downloads/DE/01_Umweltgutachten/2016_2020/2020_Umweltgutachten_Kap_02_Pariser_Klimaziele.pdf?__blob=publicationFile&v=7) [Stand: 3.2.2025], S. 39ff. m.w.N.

<sup>33</sup> SRU, Wie viel CO<sub>2</sub> darf Deutschland maximal noch ausstoßen? Fragen und Antworten zum CO<sub>2</sub>-Budget, Stellungnahme,

[https://www.umweltrat.de/SharedDocs/Downloads/DE/04\\_Stellungnahmen/2020\\_2024/2022\\_06\\_fragen\\_und\\_antworten\\_zum\\_co2\\_budget.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=33](https://www.umweltrat.de/SharedDocs/Downloads/DE/04_Stellungnahmen/2020_2024/2022_06_fragen_und_antworten_zum_co2_budget.pdf?__blob=publicationFile&v=33) [Stand: 3.2.2025], S. 5.

<sup>34</sup> BVerfG v. 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18, NJW 2020, 1723 (1744f.), gestützt auf SRU, Für eine entschlossene Umweltpolitik in Deutschland und Europa, Umweltgutachten,

[https://www.umweltrat.de/SharedDocs/Downloads/DE/01\\_Umweltgutachten/2016\\_2020/2020\\_Umweltgutachten\\_Entschlossene\\_Umweltpolitik.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.umweltrat.de/SharedDocs/Downloads/DE/01_Umweltgutachten/2016_2020/2020_Umweltgutachten_Entschlossene_Umweltpolitik.pdf?__blob=publicationFile&v=2) [Stand: 3.2.2025], S. 52, Rn. 111.

<sup>35</sup> BVerfG v. 18.1.22 – 1 BvR 1565/21 u.a., NJW 2022, 844 (846).

<sup>36</sup> *Bischof*, Das Pariser Klimaschutzabkommen, 2022, S. 130; *Winter*, Armando Carvalho et alii versus Europäische Union: Rechtsdogmatische und staatsrechtliche Probleme einer Klimaklage vor dem Europäischen Gericht, ZUR 2019, 259, (263f.); SRU (Fn. 34), S. 48; am deutlichsten *Bickenbach*, Staatlicher Klimaschutz unter CO<sub>2</sub>-Budgetvorbehalt?, DÖV 2022, 561 (566), der den nationalen Budgets deshalb ausdrücklich die Verbindlichkeit abspricht.

<sup>37</sup> *Bischof* (Fn. 36), S. 131–133 deutet eine solche erhöhte Pflicht an, lehnt aber eine genaue Bestimmung des erforderlichen Ambitionsniveaus ebenfalls ab.

<sup>38</sup> Überblick zu den Ansätzen und Argumenten: *Bickenbach*, DÖV 2022, 561, (562f.).

<sup>39</sup> BVerfG v. 24.3.21 – 1 BvR 2656/18, NJW 2021, 1723 (1744).

<sup>40</sup> *Frenz*, in: *Frenz*, Gesamtkommentar Klimaschutzrecht, 2. Auflage 2022, § 1 KSG, Rn. 106; so auch *Bickenbach*, DÖV 2022, 561 (562).

<sup>41</sup> *Frenz*, in: *Frenz* (Fn. 40), § 1 KSG, Rn. 113ff. (entsprechende Hinweise des BVerfG s. nur BVerfG v. 24.3.21 – 1 BvR 2656/18, NJW 2021, 1723 (1741,1750)).

<sup>42</sup> BVerfG v. 24.3.21 – 1 BvR 2656/18, NJW 2021, 1723 (1741).

und bestimmt ein zwingendes Restbudget für den Bund, während es bei der Umrechnung auf die Länder streng auf diesen fehlenden Verteilungsschlüssel verweist und deshalb keine Budgets für die Länder berechnet. Dies stellt einen Widerspruch dar.

Es handelt sich also im Kern um eine politisch umstrittene Gerechtigkeitsfrage.<sup>43</sup>

### c) Erklärungsversuche

Für diesen Widerspruch in den beiden Entscheidungen gibt es mehrere Erklärungsansätze: Das BVerfG selbst erkennt im Klimabeschluss zunächst die verschiedenen Verteilungsschlüssel an. Es argumentiert dann mit der Gefahr des Unterlaufens durch gegenseitige Verantwortungszuweisung, die mit dem internationalen Element des Art. 20a GG nicht vereinbar sei. Um dies zu stützen, wird auf völkerrechtliche „Anhaltspunkte“ (!) verwiesen, die dann ohne weitere Begründung zu einer verbindlichen Regel umgemünzt werden.<sup>44</sup> Besonders kritisch zu betrachten ist, dass die Richtigkeit des vom SRU berechneten nationalen Budgets damit begründet wird, dass seine Berechnungen „nachvollziehbar“ seien.<sup>45</sup> Nur weil diese Berechnungen nachvollziehbar sind, heißt das aber nicht zwingend, dass eine andere Berechnungsweise nicht genauso richtig ist. Das Gutachten des SRU als Basis der weiteren Argumentation gibt diesem Gremium somit auch eine wertende und damit politische Einflussmöglichkeit auf die Ausgestaltung des Art. 20a GG. Letztlich handelt es sich hier um Praktikabilitätserwägungen: Innerhalb Deutschlands erscheint eine länderspezifische Vorgabe nicht zwingend notwendig, da das BVerfG stets den Bund in die Pflicht nehmen kann. Reduzieren alle Länder zu wenig, so ist auch die gesamtdeutsche Reduktion zu gering. Dann ist der Bund dafür verantwortlich, dies zu korrigieren. Die praktische Ausgestaltung überlässt das Gericht der Politik. Auf internationaler Ebene hat das BVerfG hingegen keine Befugnisse. Ein Versagen der globalen Klimaschutzbemühungen kann ein deutsches Gericht nicht rügen. Es braucht vielmehr einen Verantwortlichen im Kompetenzbereich des BVerfG.

## 2. Dogmatische Schlussfolgerung

Der nun ergangene erste Folgebeschluss ist also eine konsequente Nachschärfung der entwickelten Dogmatik:<sup>46</sup> Erhalten bleibt die bereits bekannte<sup>47</sup> enge strukturelle Koppelung mit naturwissenschaftlichen Erkenntnissen zur Höhe des Budgets, dessen Bedeutung nochmals betont wird.<sup>48</sup> Es wird nun aber bedingungslos eine rechtliche Begründung für ein Budget verlangt, das dann auch nur durch eine rechtliche Pflicht zum Handeln in eine eingriffsgleiche Vorwirkung verwandelt wird. Insofern zieht sich das Gericht ein Stück weiter aus den politisch umkämpften Diskussionen zur gerechten Lastenverteilung zurück. Dies ist begrüßenswert, da die Frage der Gerechtigkeit, sowohl global als auch national, von vielen Faktoren wie Leistungsfähigkeit, Verursachungsbeitrag und Einsparpotenzial abhängt. Diese Faktoren müssen gerade vor dem Hintergrund einer möglichst grundrechtsschonenden Reduzierung, die beispielsweise in Ländern mit bisher niedrigen Standards durch geringere Eingriffe erreicht werden kann, sorgsam gegeneinander abgewogen werden. Dabei handelt es sich um eine genuin politische Entscheidung, die rein rechtlich nicht bestimmbar ist.

### II. Möglichkeiten der Einbeziehung der Länder

Eine komplette Übertragung der Verantwortung auf den Bund erscheint insbesondere in Anbetracht der erheblichen finanziellen und gesetzgeberischen Ressourcen der Länder nicht interessengerecht. Der erste Folgebeschluss eröffnet grundsätzlich mehrere Wege, die Länder in einen vertikalen oder sektoralen Ansatz mit einzubeziehen.

#### 1. Mitwirkungspflicht aus Bundestreue

Zunächst lässt sich diskutieren, inwieweit für die Länder eine Pflicht besteht, die Erfüllung der völkerrechtlichen Verpflichtungen des Bundes aus dem PA durch eigene Maßnahmen zu stützen.

*Wickel* wirft dabei die Möglichkeit auf, eine solche Pflicht aus dem Grundsatz der Bundestreue zu konstruieren. Dabei stellt er darauf ab, dass in Ermangelung einer aktiven Koordination des Bund-Länder-Verhältnisses durch den Bundesgesetzgeber zumindest das Ermessen der Länder, ihre Klimaschutzziele in ihren eigenen Landesklimaschutzgesetzen festzulegen, nicht

<sup>43</sup> *Flach/Pfeiffer/Pittel*, Fairness und Eigeninteresse im internationalen Klimaschutz, Wirtschaftsdienst 2022, Heft 13, 12 (12ff.) zeigt den Streitstand und die großen Unterschiede in den Budgets je nach Umrechnungsmethode auf; *Eifert*, JURA 2021, 1085 (1097f.).

<sup>44</sup> BVerfG NJW 2021, 1723, 1745; auch in der Literatur wird teils ohne richtige Begründung diese Umrechnung anerkannt, so z. B. in *Kahl*, EnWZ 2022, 121 (123).

<sup>45</sup> Ebd. (1744).

<sup>46</sup> So auch *Schomerus*, Verfassungsblog (Fn. 30).

<sup>47</sup> *Calliess*, ZUR 2021, 355 (356); *Faßbender*, Der Klima-Beschluss des BVerfG – Inhalte, Folgen und offene Fragen, NJW 2021, 2085 (2086).

<sup>48</sup> *Calliess*, in: *Dürig/Herzog/Scholz* (Fn. 16), Art. 20a GG, Rn. 236.

unendlich reichen könne. Vielmehr ist eine Mitwirkung zum Erreichen der vom Bund gesetzten Ziele anzudenken.<sup>49</sup> In der Literatur finden sich weitere vorsichtige Ansätze, den Spielraum der Länder zu verkleinern, damit diese nicht die Ziele des Bundes konterkarieren können.<sup>50</sup> Vor dem Hintergrund von Grundlagen und Ziele der Bundestreue erscheint dieser Ansatz jedoch untauglich: Die Bundestreue begrenzt akzessorisch durch die Verfassung garantierte Rechte und Pflichten der Gliedstaaten und des Bundes, um die Festigkeit und Stabilität des Bündnisses zu wahren.<sup>51</sup> Im Falle des Klimaschutzes könnte insbesondere aus den vom Bund eingegangenen völkerrechtlichen Verpflichtungen eine Treupflicht der Länder erforderlich sein, soweit der Bund entsprechende Pflichten wegen mangelnder Kompetenz nicht selbst erfüllen kann. Dieses Institut ist allgemein anerkannt.<sup>52</sup> Allerdings stellen sich die Länder der Erfüllung des PA nicht in den Weg. Vielmehr kommen dem Bund derart umfangreiche Gesetzgebungsbefugnisse in den Bereichen Umwelt, Wirtschaft, Verkehr und Energie zu, dass er zur Erfüllung seiner Pflichten selbst in der Lage ist und deshalb auch keine Konsultation der Länder vor Ratifikation vorgenommen hat. Solange das bundesstaatliche Verhältnis wie bei der Mitwirkung zum Klimaschutz nicht determiniert ist, kann der Kompetenzspielraum der Länder nicht allein durch eine Bindung an Verpflichtungen des Bundes ausgehebelt werden.<sup>53</sup> Es kann daher aus dem ohnehin nur akzessorisch wirkenden Prinzip der Bundestreue keine originäre Pflicht zum Erlass eigener mit den Wertungen des Bundesgesetzgebers vereinbar Ziele abgeleitet werden. Es lässt sich also feststellen: Wenngleich eine Angleichung der Ziele wünschenswert ist, um eine gemeinsame Basis für die gegenseitige Zusammenarbeit von Bund, Ländern und den Ländern untereinander zu schaffen, so lässt sie sich nicht durch die Bundestreue erreichen. Verschließen sich allerdings die Länder vollständig einer Mitwirkung auch in wichtigen Bereichen wie der Raumordnung (z. B. für Windradflächen), könnte die Bundestreue Wirkung entfalten.<sup>54</sup> Denkbar ist hingegen, die Länder daran zu hindern, konkreten Klimaschutzmaßnahmen des Bundes derart entgegenzutreten, dass diese jegliche Wirksamkeit verlieren. Ein solcher Fall ist bisher in der Praxis, nicht zuletzt wegen der umfassenden Bundeskompetenzen, die die Länder an einem gesetzlichen

Eingreifen hindern, noch nicht erkennbar in Erscheinung getreten. Zur Einbindung der Länder muss der Bundesgesetzgeber also aktiv tätig werden.

## 2. Einfachgesetzliche Vorgabe von Minderungszielen

Als vielversprechend erscheint zunächst mittels eines einfachen Bundesgesetzes Minderungsziele vorzugeben, die die einzelnen Länder durch eigene Umsetzungsmaßnahmen zu erreichen haben. Damit ließe sich eine einseitige Lastenverteilung auf den Bund und damit einseitige Einschränkungen in durch die Bundesgesetzgebungsbefugnis abgedeckten Bereichen vermeiden.

### a) § 14 I 1 KSG

Bereits vor dem ersten Folgebeschluss des BVerfG enthielt das KSG eine Vorschrift, die das Verhältnis der Klimaschutzgesetze der Länder regelt. § 13 I KSG bezieht sich dabei ausdrücklich nur auf den Verantwortungsbereich des Bundes und kann daher nur die Landesverwaltung bei Ausführung von Bundesrecht binden.<sup>55</sup> In § 14 I 1 KSG wird zunächst eine Fortgeltung bereits erlassener Landes-KSG und eine Befugnis zu deren Neuerlass eingeräumt. Sodann wird klargestellt, dass diese Gesetze mit dem Bundesrecht vereinbar sein müssen. Dies ist in Anbetracht des Art. 31 GG eine deklaratorische Klausel, wohl um einer Fehldeutung als Freibrief für eine völlig ungebundene Landesklimaschutzgesetzgebung vorzuzukommen.

Teilweise wird mit Blick auf das Vereinbarkeitserfordernis auch angenommen, die Ziele des KSG seien Mindestziele für die Länder und diese dementsprechend verpflichtet, entweder gleiche oder höherer Ziele zu setzen, um die Bestandskraft ihrer Gesetze zu erhalten.<sup>56</sup> Beachtenswert erscheinen in diesem Zusammenhang Ausführungen des niedersächsischen Landesgesetzgebers: Eine Ende 2020 vorgenommene Verschärfung der Landesziele wird hier als gebotene Anpassung an die in Reaktion auf den Klimabeschluss vorgenommene Nachschärfung des Bundes-KSG dargestellt und eine Angleichung an die Bundesziele vorgenommen.<sup>57</sup> Dies sei nach § 14 I 1 KSG zwingend. Eine nähere Begründung dieser Rechtsauffassung wird nicht vorgenommen. Es erscheint

<sup>49</sup> Wickel, ZUR 2021, 332 (337).

<sup>50</sup> So sprechen Scharlau/Swieykowski-Trzaska/Keimeyer/Klinski/Sina, Das Bundes-Klimaschutzgesetz, NVwZ 2020, 1 (8) von einem „föderalistischen Kooperationsgebot“ ohne allerdings konkret zu werden.

<sup>51</sup> Grzeszick, in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 16), Art. 20 IV, Rn. 128–133.

<sup>52</sup> BVerfG v. 26.3.1957, BVerfGE 6, 309 (361f.); Grzeszick, in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 16), Art. 20 IV, Rn. 142.

<sup>53</sup> Grzeszick, in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 16), Art. 20 IV, Rn. 144.

<sup>54</sup> Köck/Kohlrausch, ZUR 2021, 610 (616).

<sup>55</sup> Wickel, Das Bundes-Klimaschutzgesetz und seine rechtlichen Auswirkungen, ZUR 2021, 332 (336).

<sup>56</sup> Schink, in: Frenz (Fn. 40), § 14 KSG Rn. 102; Köck/Kohlrausch, ZUR 2021, 610 (615).

<sup>57</sup> Nds. LT-Drs. 18/8144, S. 8 und 10.

so, als versteht der Ausschuss den § 14 I 1 KSG dahingehend, dass zur „Vereinbarkeit“ zwingend eine Zielkongruenz erforderlich ist. Daraus leitet man also eine Art Kooperationspflicht ab, gemeinsam das gleiche Ziel zu verfolgen. Eine andere Interpretation liegt nahe: § 14 I 1 KSG lässt ausdrücklich die Möglichkeit für eigene Regelungsspielräume des Landesgesetzgebers offen. Diese Klausel ist schlichtweg erforderlich, wenn die Länder weiterhin einen gesetzlichen Rahmen für ihren eigenen Klimaschutz setzen dürfen sollen: Wegen der Zuordnung der Gesetzgebungskompetenz an den Bund (Art. 74 I Nr. 14 GG) im Rahmen der konkurrierenden Gesetzgebung wären solche Gesetze anderenfalls nichtig, Art. 72 I GG. Dagegen spricht zudem die vom BVerfG hervorgehobene Argumentation, eine vertikale Verteilung der Reduktionslasten in gleichen Teilen auf alle Länder sei nicht zwingend notwendig, sondern vielmehr auch eine horizontale, gesamtstaatliche Aufteilung auf verschiedene Sektoren denkbar.<sup>58</sup> Der Bundesgesetzgeber scheint einen solchen Ansatz mit Differenzierung zwischen den Ländern zu wählen, wie sich aus dem Kohleverstromungsbeendigungsgesetz ableiten lässt.<sup>59</sup> Dieses regelt unterschiedliche Stilllegungszeitpunkte verschiedener Kraftwerke, wobei jene in den strukturschwachen ostdeutschen Bundesländern deutlich über die anderen hinausreichen (s. Anlage 2 des Gesetzes). Sowohl in der Beschlussempfehlung<sup>60</sup> als auch in der dieser Entscheidung vorausgehenden medialen Debatte wurde dabei auf eine Berücksichtigung der unterschiedlichen Leistungsfähigkeiten und Auswirkungen solcher Klimaschutzmaßnahmen in verschiedenen Teilen Deutschlands Bezug genommen.<sup>61</sup> Dazu kommt, dass sich aus dem Wortlaut des § 14 I 2 KSG keine Pflicht zum Erlass eines solchen Gesetzes ergibt. Auch die amtliche Überschrift „Zusammenarbeit“ bestätigt diese Auffassung, eine separate Verpflichtung der Länder ist dem Gesetzestext nicht zu entnehmen. Es besteht also für die Länder die Möglichkeit, einfach überhaupt nicht zu handeln und sich gar keine Klimaschutzziele zu setzen. Vor diesem Hintergrund ist es widersprüchlich, dann aber Klimaschutzgesetze von Ländern aufzuheben, die zwar gehandelt haben, aber sich zu geringe Ziele gesetzt haben. Sie hätten nämlich zumindest einmal mehr getan und damit den Klimaschutz ein Stück weiter

vorangebracht. *Schink* vertritt, in Ermangelung ausreichender Ziele auf Landesebene träten die Ziele des KSG unmittelbar an die Stelle einer eigenen Landesvorschrift.<sup>62</sup> Diese Auffassung hat keinen Anhaltspunkt im Wortlaut. Die Auffassung des BVerfG, ein einfachgesetzliches Budget für die Länder existiere nicht, bestätigt die Gegenauffassung: Wären die Ziele des KSG für jedes Land als Mindestziel verbindlich, könnte man problemlos ein Budget berechnen. Insgesamt betrachtet fehlt dem KSG eine Regelung zur effektiven Koordination und Regulierung der zahlreichen Verflechtungen von Ländern, Kommunen und Bund.<sup>63</sup> Der Bund hat die wesentliche Zielentscheidung auf 1,5°C und nach der Argumentation des BVerfG damit auch die Konkretisierung des Art. 20a GG bereits vorgenommen. Das BVerfG hat nun klargestellt, dass dies nicht reicht, um die Länder direkt aus der Verfassung zu verpflichten.<sup>64</sup> Dies ist als implizite Aufforderung an den Bundesgesetzgeber zu verstehen, durch Zuständigkeits- und Organisationsregeln seinen Zielen zur effektiven Durchsetzung zu verhelfen.<sup>65</sup> Das bestehende Regelwerk reicht dafür aber nicht aus, es ist wie aufgezeigt an vielen Stellen zu unkonkret und unverbindlich.

#### b) Ausgestaltung einer vertikalen Bindung

Fraglich ist, wie der Bund die Länder einfachrechtlich zur Mitwirkung verpflichten und ihnen Ziele auferlegen kann. Dabei ist zu beachten, dass im Rahmen der verfassungsrechtlichen Kompetenzverteilung ein Zwiespalt besteht. Auf der einen Seite steht die Gesetzgebungskompetenz des Bundes auf dem gesamten Gebiet des Klimaschutzes, die sich wie allgemein anerkannt wird aus der Luftreinhaltung (Art. 74 I Nr. 24 GG) ergibt.<sup>66</sup> Auf der anderen Seite steht in zahlreichen Gebieten, die für einen effizienten Klimaschutz notwendig sind, die Gesetzgebungsbefugnis den Ländern zu.<sup>67</sup> Diese Bereiche sind demzufolge auch nicht von Art. 74 I Nr. 24 GG erfasst, da sonst eine nahezu alle denkbaren Lebensbereiche umfassende Bundeskompetenz entstehen würde.<sup>68</sup> Beispielhaft zu erwähnen ist nur die Raumplanung, Art. 72 III Nr. 4 GG. Zudem ist der Bund daran gehindert, Gemeinden Aufgaben zu übertragen, Art. 85 I 2 GG. Wie wichtig gerade die Einbeziehung der Gemeinden ist, zeigte sich nicht zuletzt erst dieses Jahr beim umstrittenen Heizungsgesetz.

<sup>58</sup> BVerfG v. 18.1.2022 – 1 BvR 1565/21 u.a., NJW 2022, 844 (846); *Köck/Kohlrausch*, ZUR 2021, 610 (615); *Kohlrausch*, Die deutschen Klimaschutzgesetze im Vergleich, ZUR 2020, 262 (271); so auch der baden-württembergische Gesetzgeber in BW LT-Drs. 16/8570, S. 70f.

<sup>59</sup> *Köck/Kohlrausch*, ZUR 2021, 610 (615f.).

<sup>60</sup> BT-Drs. 19/20714, S. 194ff.

<sup>61</sup> Deshalb schon vor dem jetzigen ersten Folgebeschluss ablehnend: *Wickel*, ZUR 2021, 332 (337).

<sup>62</sup> *Schink*, in: Frenz (Fn. 40), § 14 KSG, Rn. 102.

<sup>63</sup> *Köck/Kohlrausch*, ZUR 2021, 610 (616).

<sup>64</sup> BVerfG NJW 2021, 844 (845f.).

<sup>65</sup> *Braun/Gut*, Erfolgreiche Verfassungsbeschwerden zur landesgesetzlichen Nominierung eines THG-Reduktionspfades, IR 2022, 171 (172).

<sup>66</sup> *Seiler*, in: BeckOK GG, 56. Ed. 15.8.2023, Art. 74 GG, Rn. 89, 89.1; *Köck/Kohlrausch*, ZUR 2021, 610 (611f.).

<sup>67</sup> *Kahl*, EnWZ 2022, 121 (124).

<sup>68</sup> *Wiedmann*, Klimaziele im föderalen Staat – Zugleich eine Anmerkung zum Beschl. des BVerfG vom 18.1.2022 – 1 BvR 1565/21, ZUR 2022, 358 (361).

Es sieht in seiner nun beschlossenen Fassung eine kommunale Wärmeplanung als notwendige Voraussetzung für die Pflicht zum Einbau erneuerbarer Heizungstechnik vor, § 71 VIII GEG. Der Bund hat allerdings ohne Mitwirkung der Länder keine Befugnis, die Gemeinden zur Erstellung einer solchen Wärmeplanung zu verpflichten. Er darf dabei nicht so weit gehen, dass er den Ländern vorschreibt, welche Maßnahmen sie konkret zu ergreifen haben. Damit würden die Gesetzgebungsbefugnisse der Länder in allen klimarelevanten Bereichen ausgehöhlt werden und eine „Mega-Kompetenznorm“ für den Bund entstehen.<sup>69</sup> Das BVerfG lässt aber ausdrücklich die Möglichkeit offen, länderbezogene Reduktionsvorgaben zu etablieren.<sup>70</sup> Der Bund setzt also die Ziele (gemeinsamer äußerer Rahmen), die Länder wählen die Mittel. Im Prinzip entsteht hier eine Art „Rahmengesetzgebungsbefugnis“. Orientierung geben kann die bereits existierende Verteilungsregelung auf EU-Ebene, die den einzelnen Staaten verschiedene Ziele vorgibt<sup>71</sup> und dabei u.a. die aktuellen Emissionen berücksichtigt.<sup>72</sup> Dabei ist zu beachten, dass das BVerfG im Klimabeschluss vorausgesetzt hat, dass die Zielsetzung vom Gesetzgeber in einem transparenten und nachvollziehbaren Verfahren durchgeführt wird.<sup>73</sup> Eine Beteiligung der Länder scheint dabei geboten. Nur so werden die Ziele eine Konkretisierung des Art. 20a GG und ihre Verletzung justiziabel.

### c) Bewertung

Angesichts der Konzentration der Gesetzgebungsbefugnisse beim Bund und einer drohenden Verantwortungsverteilung auf zahlreiche Ministerien in Bund und Ländern sowie 17 Parlamente<sup>74</sup> erscheint es besser, den sektoralen Ansatz weiterzuerfolgen. Die Hauptverantwortung für Konkretisierung und Umsetzung des Staatsziels Klimaschutz bleibt nach den Ausführungen des BVerfG sowieso beim Bund. Das muss aber nicht heißen, dass die Länder keine Verantwortung trifft: Vielmehr sollte der Bund sie in den einzelnen Sektoren gezielt einbinden, etwa indem er der Landesverwaltung neue Planungsinstrumente in die Hand gibt.<sup>75</sup> Dies passt auch besser zum kooperativen deutschen

Föderalismusverständnis, wonach alle Akteure bei gemeinsamen Aufgaben ihre Bemühungen eng miteinander verzahnen.<sup>76</sup>

## D. Das Spannungsverhältnis zwischen Justiz und Politik

### I. Gibt es ein Grundrecht auf Tempolimit?

Eine der ersten Sorgen, die nach dem Klimabeschluss 2021 in der Literatur geäußert wurden, war die eines zunehmenden Übergriffes der Verfassungsgerichtsbarkeit in legislative und genuin politische Materien.<sup>77</sup> Von verschiedenen Seiten wurde aufgeworfen, ob sich die Möglichkeit ergibt, vom Staat nicht nur lose Ziele zu verlangen, sondern konkretes Handeln.<sup>78</sup> In diese Richtung schlägt auch der Versuch mehrerer Beschwerdeführer, ein allgemeines Tempolimit per Verfassungsbeschwerde durchzusetzen. Auch sie sind mit ihrem Versuch, gescheitert.

#### 1. Bisheriger Stand des BVerfG zur Aufgabenteilung mit dem Parlament

Bevor der kurze zweite Folgebeschluss genauer analysiert werden kann, lohnt sich ein Blick darauf, wie das BVerfG im Klimabeschluss seine Kompetenzen abgegrenzt hat. Voranzustellen ist zunächst, dass die Frage, wie man das Spannungsverhältnis zwischen der Verfassungsgerichtsbarkeit auf der einen und den politischen Entscheidungsträgern auf der anderen Seite auflösen soll, so alt ist, wie das BVerfG selbst.<sup>79</sup> Das BVerfG ist sich erkennbar bewusst, wie bedeutend diese Frage ist. Dies lässt sich zuallererst daran erkennen, dass im Klimabeschluss etliche Male darauf hingewiesen wird, dass der Gesetzgeber selbst die wesentlichen Entscheidungen treffen muss.<sup>80</sup> Auch bei der für die Argumentation wesentlichen Frage, ob Art. 20a GG ein bestimmtes Klimaziel vorgibt und damit ein Budget vorzeichnet, übt sich das BVerfG in Zurückhaltung: Das Ziel ergebe sich nur aus der vom Gesetzgeber selbst getroffenen Konkretisierung im KSG und nicht allein aus wissenschaftlichen Erkenntnissen oder

<sup>69</sup> *Hermes*, Klimaschutz durch neue Planungsinstrumente im föderalen System, EurUP 2021, 162 (170); *Scharlau/Swieykowski-Trzaska/Keimeyer/Klinski/Sina*, NVwZ 2020, 1 (7).

<sup>70</sup> BVerfG v. 18.1.2022 – 1 BvR 1565/21 u.a., NJW 2022, 844 (846); *Schomerus*, Verfassungsblog (Fn. 30).

<sup>71</sup> Nach Art. 4 III (EU 2018/842) reichen die Ziele von 0% (Bulgarien) bis 40% (Schweden).

<sup>72</sup> *Hermes*, EurUP 2021, 162 (171).

<sup>73</sup> BVerfG v. 24.3.21 – 1 BvR 2656/18, NJW 2021, 1723 (1743).

<sup>74</sup> Vgl. *Kahl*, EnWZ 2022, 121 (124).

<sup>75</sup> Vgl. *Hermes*, EurUP 2021, 162 (171).

<sup>76</sup> Vgl. *Scharlau/Swieykowski-Trzaska/Keimeyer/Klinski/Sina*, NVwZ 2020, 1 (7).

<sup>77</sup> U.a. in *Wagner*, Klimaschutz durch Gerichte, NJW 2021, 2256 (2256ff.).

<sup>78</sup> Die umfangreichen Versuche der Deutschen Umwelthilfe, die noch im selben Jahr ihren Ausgang nahmen, sind dokumentiert unter [www.duh.de/spenden/patenschaften/klimaklagen/](http://www.duh.de/spenden/patenschaften/klimaklagen/).

<sup>79</sup> *Komorowski/Bechtel*, Gesetzgebungs- oder Justizstaat? Zum (Macht-)Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Parlamentsgesetzgeber am Beispiel der aktuellen grundrechtsdogmatischen Entwicklung, Politische Vierteljahrszeitschrift Sonderheft 36, 282 (282).

<sup>80</sup> Siehe nur BVerfG v. 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18 u.a., NJW 2021, 1723 (1741/1750/1751).

völkerrechtlichen Verträgen.<sup>81</sup> Man kann hier von einer Selbstbindung der Legislativen sprechen.<sup>82</sup>

Insgesamt lässt sich im Klimabeschluss ein sehr prozeduraler Prüfungsmaßstab erkennen:<sup>83</sup> Bei der Zielfestlegung verlangt das BVerfG einen wissenschaftlich fundierten und transparenten Prozess.<sup>84</sup> So könne der Gesetzgeber die Ziele nicht einfach nach Belieben ändern, sondern nur in einem ebenso transparenten und wissenschaftlich vertretbaren Prozess wie er sie ursprünglich festgelegt hat. Dabei seien auch eingegangene völkerrechtliche Pflichten zu berücksichtigen.<sup>85</sup> Deutlich zeigt sich dies auch bei den beiden angenommenen Grundrechtsverletzungen (s.o.): Einmal besteht eine Verletzung, weil der Gesetzgeber die prozedurale Pflicht zur Festlegung eines verbindlichen Emissionspfades bis zur Klimaneutralität verletzt hat und deshalb keinen verlässlichen Planungsrahmen für den Klimaschutz geschaffen hat. Und zum anderen, weil die Verordnungsermächtigung zu unbestimmt war. Auch dabei handelt es sich um einen Fehler im Verfahren zur Festlegung der Minderungskmengen. Das BVerfG hat nur die Notwendigkeit, also das „Ob“ des Klimaschutzes bestimmt und die inhaltlichen Frage nach dem „Wie (viel)“ des Klimaschutzes offengelassen. Gleichzeitig wurde die Legislative dazu gezwungen, Verantwortung zu übernehmen und diese Frage zeitnah zu beantworten.<sup>86</sup> Mit diesem zur langfristigen Festlegung verpflichtenden prozeduralen Ansatz gelang es dem BVerfG bisher, gleichzeitig ungewisse, aus heutiger Sicht nicht sicher zu beantwortende Abwägungsentscheidungen der demokratischen Meinungsbildung im Parlament zu überlassen und die Nachteile des eher kurzfristig an der nächsten Wahl orientierten politischen Handelns und der damit zusammenhängenden Diskontinuität im Parlament zu überwinden.<sup>87</sup>

## 2. Kritik im Schrifttum: Wie viel Justiz verträgt der Klimaschutz?

Kritik an einer „Weltrettung per Gerichtsbeschluss“<sup>88</sup> ist im rechts-wissenschaftlichen Diskurs verbreitet. In Bezug auf den Klimabeschluss wird kritisiert, dass eine Verantwortungsverlagerung von der Politik zu den Gerichten

erfolgt und damit wesentliche Abwägungsentscheidungen im Zusammenspiel von Klimaschutz, Wirtschaft und Sozialem dem demokratischen Diskurs entzogen werden.<sup>89</sup> Dieser Vorwurf ist angesichts der bereits mehrfach aufgezeigten Zurückhaltung des BVerfG nicht sachgerecht.<sup>90</sup> Soweit Politiker selbst eine Einschränkung ihrer Handlungsmöglichkeiten bemängeln, findet man in den entsprechenden Reaktionen hauptsächlich politisch-gesellschaftliche Kritik, aber kaum eine fundierte juristische Auseinandersetzung mit dem Klimabeschluss.<sup>91</sup>

Dennoch scheint auch die Literatur mehrheitlich anzuerkennen, dass dem BVerfG hier ein guter Spagat gelungen ist: *Möllers* und *Weinberg* bezeichnen den Klimabeschluss gar als einen Verdienst, denn das BVerfG habe eben nicht wie in manch anderen Beschlüssen seine Wertungen in den wenig aussagekräftigen Gesetzestext des Art. 20a GG hineingelesen, sondern seinen Klimabeschluss gerade aus dem Ergebnis einer ausführlichen politischen Erörterung im Parlament abgeleitet.<sup>92</sup>

## 3. Die Entscheidung<sup>93</sup>

Das BVerfG nahm die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung an und verzichtete trotz der Bedeutung des Themas auf eine ausführliche Begründung. Das Unterlassen der Einführung eines Tempolimits sei allein schon deshalb keine Grundrechtsverletzung, weil die unverhältnismäßige Verlagerung von Freiheitsbeschränkungen in die Zukunft nur durch die Überschreitung der insgesamt zulässigen Gesamtmenge an Treibhausgasemissionen droht. Somit ist es der Regierung ausdrücklich freigestellt, wie und wo sie die bereits heute notwendigen Einsparungen erzielt. Dies stellt eine Bestätigung der bisherigen Linie des BVerfG dar, die Politik zwar deutlich zum Handeln zu bewegen, aber in die politisch im Einzelnen hochgradig umstrittenen Maßnahmen nicht einzutauchen.

Allerdings lässt der zweite Folgebeschluss Fragen offen: Eine Verfassungsbeschwerde müsse sich nämlich nur „grundsätzlich“ gegen die Gesamtheit der Emissionen richten, auch könne die eingriffsgleiche Vorwirkung nur „regelmäßig“ nicht durch das Unterlassen von

<sup>81</sup> *Eifert*, JURA 2021, 1085 (1087); *Bickenbach*, JZ 2020, 168 (175) spricht von „umfassenden Entscheidungsprärogativen“

<sup>82</sup> *Möllers/Weinberg*, JZ 2021, 1069 (1075).

<sup>83</sup> *Eifert*, JURA 2021, 1085 (1087/1094f.).

<sup>84</sup> BVerfG v. 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18 u.a., NJW 2021, 1723 (1743).

<sup>85</sup> Ebd. (1745) mit dem Versuch, aus Völkerrecht ein nationales Budget zu berechnen.

<sup>86</sup> *Köck/Kohlrausch*, ZUR 2021, 610 (616); *Möllers/Weinberg*, JZ 2021, 1069 (1077).

<sup>87</sup> *Sinder*, Anthropozänes Verfassungsrecht als Antwort auf den anthropogenen Klimawandel, JZ 2021, 1078 (1085).

<sup>88</sup> *Wegener*, Urgenda – Weltrettung per Gerichtsbeschluss?, ZUR 2019, 3 (10).

<sup>89</sup> *Wagner*, NJW 2021, 2256 (2259).

<sup>90</sup> S. oben S. 14f.

<sup>91</sup> So z. B. der damalige Bundestagspräsident Lammert in Welt, Lammert kritisiert Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts, <https://www.welt.de/politik/deutschland/article232411305/Norbert-Lammert-kritisiert-Klimabeschluss-des-Bundesverfassungsgerichts.html> [Stand: 4.2.2025].

<sup>92</sup> *Möllers/Weinberg*, JZ 2021, 1069 (1077).

<sup>93</sup> BVerfG v. 15.12.2022 – 1 BvR 2146/22, KlimR 2023, 57 (57).

Einzelmaßnahmen ausgelöst werden. Es wird also ein Einfallstor für Ausnahmen offengehalten. Eine Klarstellung, wann eine Ausnahme einschlägig ist, bleibt das BVerfG schuldig. Aus einem Umkehrschluss zur weiteren Begründung der Ablehnung lassen sich zumindest im Groben die Voraussetzungen erahnen, unter denen das Gericht umschwenken könnte. Zum einen muss nachgewiesen werden, dass die zukünftig drohenden Freiheitseinschränkungen verfassungsrechtlich zwingend genau den Sektor betreffen, in dessen Bereich die erstrebte Maßnahme fällt. Allein die Sektorenziele des KSG reichen dafür aber nicht aus. Zum zweiten muss dies auch ausschließlich gerade durch die Umsetzung eben jener Maßnahme verhindert werden können. Das Fehlen dieser beiden Voraussetzungen zieht das BVerfG nämlich zur Begründung seiner ablehnenden Entscheidung heran.<sup>94</sup> Ein Fall, der diese beiden Voraussetzungen erfüllt, ist momentan nicht ersichtlich.

#### 4. Bewertung

Dem zweiten Folgebeschluss fehlt es leider teilweise an der wünschenswerten Klarheit. Insgesamt betrachtet ist er eine konsequente und stimmige Fortschreibung des bisherigen Weges. Die bereits aufgezeigten großen Entscheidungsspielräume des Parlamentes bleiben weiterhin erhalten. Der zunächst als eine Art Bewertungskriterium für die Sachgerechtigkeit der Konkretisierung herangezogene Budgetansatz<sup>95</sup> ist auch in diesem Beschluss absoluter Kern der Argumentation. Er wird weiter zementiert und hat damit spätestens jetzt, wenn auch vom BVerfG so explizit nicht geäußert, *de facto* Verfassungsrang. Auch für die Konkretisierung des Art. 20a GG durch die gesetzgeberische Zielsetzung lassen sich wertvolle Erkenntnisse gewinnen: Während das 1,5-Grad-Ziel als verbindliche Konkretisierung des Klimaschutzgebotes verstanden wurde und somit Verfassungsrang erhielt, ist dies bei den sektorspezifischen Zielen, die sich im selben Gesetz befinden, schon nicht mehr der Fall. Daraus lässt sich ableiten, dass nur besonders wesentliche Grundsatzentscheidungen zur Konkretisierung in der Lage sind.<sup>96</sup> Auch die wissenschaftliche Plausibilität eines Ziels kommt als notwendiges Merkmal in Betracht. An dieser wird es bei Sektorenzielen im Regelfall fehlen, da die Frage, wo Reduktionen am besten erreicht werden, angesichts der mannigfaltigen Dimensionen der Klimapolitik (Sozialverträglichkeit, Wirtschaft, Kosten, etc.) kaum rational,

sondern nur politisch zu beantworten ist. Auch die fehlende internationale Verpflichtung zu Einsparungen gerade im Verkehrssektor kann eine Rolle gespielt haben. Die häufige Betonung der internationalen Dimension des Klimaschutzes im Klimabeschluss<sup>97</sup> und die argumentative Heranziehung des Pariser Abkommens lässt auch den Schluss zu, dass eine Einbettung eines Zieles in internationale Bemühungen zumindest als Indiz oder in der Praxis vielleicht sogar als erforderlich für die Wesentlichkeit betrachtet wird. Darauf ist das BVerfG hier nicht eingegangen, sodass diese Verflechtung auch weiterhin nicht vollständig geklärt ist.<sup>98</sup> Zusammenfassend lässt sich sagen, dass das BVerfG sich im Spannungsfeld zwischen Politik und Justiz weiter sehr zurückhaltend positioniert. Gleichzeitig hält es sich durch vage Formulierungen die Möglichkeit offen, stärker einzugreifen, falls eine politische Lösung ausbleibt.

## II. Folgen der Entscheidung

### 1. Verwaltungsgerichtliche Kontrolle

Auch die Verwaltungsgerichte können das Klimaschutzgebot berücksichtigen. Es besteht die Möglichkeit - ganz im Sinne des Klimabeschlusses- Verwaltungshandeln- oder Unterlassen der Verwaltung insoweit zu rügen, dass keine ausreichende Rücksicht auf die Belange des Klimaschutzes genommen wird. Eine solche Inkorporation des Klimabeschlusses in die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte ist nicht erkennbar. Mit Verweis auf eine eingriffsgleiche Vorwirkung hat noch kein Verwaltungsgericht die Verwaltung zu mehr Klimaschutz verpflichtet oder gar Rechtsakte für verfassungswidrig erklärt.<sup>99</sup> Mit Blick auf die beiden Folgebeschlüsse des BVerfG wird auch klar warum: Erstens unterliegen einzelne Verwaltungsträger gerade keinem erkennbaren Gesamtbudget. Und nach der nun eindeutigen Dogmatik gilt: Ohne Budget besteht auch keine verfassungsrechtliche Pflicht zum Klimaschutz (s. o.). Zweitens folgt aus den Erkenntnissen zum zweiten Folgebeschluss, dass Verwaltungshandeln, von Bebauungsplänen bis hin zu Raumordnungsverfahren, die Kläger nicht in ihren eigenen Rechten verletzt, selbst wenn es noch so klimaschädlich sind. Denn es gilt auch hier: Es muss nachgewiesen werden, dass gerade dieser eine gerügte Bebauungsplan das gesamtstaatliche Budget ins Wanken bringt. Da man aber immer auch an einer anderen Stelle zu Ausgleichsmaßnahmen greifen kann oder anderswo seine

<sup>94</sup> BVerfG v. 15.12.2022 – 1 BvR 2146/22, KlimR 2023, 57 (57).

<sup>95</sup> Köck/Kohlrausch, ZUR 2021, 573 (574) (Bericht über eine Einschätzung von Sabine Schlacke).

<sup>96</sup> Entsprechende Andeutungen schon in BVerfG v. 24.3.2021 – 1 BvR 2656 u.a., NJW 2021, 1723 (1746f.).

<sup>97</sup> BVerfG v. 24.3.2021 – 1 BvR 2656 u.a., NJW 2021, 1723 (1732/1740).

<sup>98</sup> Die Interpretationen reichen von Inkorporierung des Völkerrechts in das GG (Sinder, JZ 2021, 1078 (1083)) bis zur Indizwirkung im Rahmen einer Einbettung des Art. 20a in den internationalen Kontext (Eifert, JURA 2021, 1085, (1087)).

<sup>99</sup> Groß, Verfassungsblog (Fn. 12).

Bemühungen im Gegenzug verstärken kann, ist dies nicht nachweisbar.<sup>100</sup> Nach dem Klimabeschluss wurde erwogen, eine Verletzung zumindest dann anzunehmen, wenn rechtlich erhebliche Belastungen einseitig in die Zukunft verlagert werden.<sup>101</sup> Dies beruht aber auf dem Gedanken der Generationengerechtigkeit, den das BVerfG so nie statuiert hat<sup>102</sup> und der spätestens nach der eindeutigen Konzentration auf den Budgetansatz in den Folgebeschlüssen kaum mehr haltbar ist. Als Rechtfertigung für Grundrechtseingriffe wird der Art. 20a GG hingegen regelmäßig herangezogen.<sup>103</sup>

Es bleibt letztlich, die Klage auf einfaches Recht zu stützen. Dieses setzt jedoch derselbe einfache Gesetzgeber, der selbst das Klimaschutzgebot verletzt hat.

## 2. Jüngere Entwicklung durch das Urteil des OVG Berlin-Brandenburg<sup>104</sup>

Eine auf das KSG gestützte Klage strengte dann auch die Deutsche Umwelthilfe und der BUND in Form einer Leistungsklage auf Erlass eines Klimaschutzs Sofortprogrammes an. In einem solchen Sofortprogramm müssen die zuständigen Ministerien nach § 8 KSG a.F. bei Zielverfehlungen in einem Sektor Maßnahmepaketen darlegen. Auch hier ergibt sich also ein Ansatzpunkt, nicht nur auf Ziele, sondern auch auf deren effektive Umsetzung zu klagen. Auf die einfachrechtlichen Einzelheiten der Anforderungen eines solchen Programmes soll hier nicht weiter eingegangen werden. Aufmerksamkeit verdient hingegen die Klagebefugnis: Der Gesetzgeber hat in § 4 10 KSG a.F.<sup>105</sup> versucht eine Justiziabilität auszuschließen. Die Formulierung bezieht sich dabei aber nur auf eigene Rechtspositionen, die Umweltverbände gar nicht geltend machen müssen.<sup>106</sup> Allerdings sieht die an sich abschließende Aufzählung in § 1 I UmwRG keine Verbandsklagebefugnis für diesen Fall vor. Nur über eine teleologische Reduktion in Erfüllung der völker- und europarechtlichen Vorgaben, die hinter der Verbandsklagebefugnis stehen, kommt das OVG Berlin-Brandenburg letztlich zu dem Ergebnis, dass eine Klagebefugnis besteht und wegen der eklatanten Zielverfehlung in den Sektoren Gebäude und Verkehr dann

auch Anspruch auf ein Sofortprogramm besteht<sup>107</sup>. Auch wenn hier die Türe für eine gerichtliche Verfolgung der KSG-Ziele geöffnet wurde, sind die Auswirkungen überschaubar: Bei der Reform des KSG 2024 wurden die Sektorenziele gestrichen, § 4 I 1 KSG.

## 3. Übertragung der eingriffsgleichen Vorwirkung in andere Politikbereiche

Schon vor den Folgebeschlüssen herrschte in der Literatur Skepsis, ob auch in anderen Bereichen wie beispielsweise der Zukunft der Sozialversicherung eine eingriffsgleiche Vorwirkung möglich ist.<sup>108</sup> Bereits nach der ursprünglichen Dogmatik (s. B.III) ist das abzulehnen. Eine unumkehrbare Gefährdung scheint angesichts der gegenüber der Entwicklung des Weltklimas noch schwerer absehbaren wirtschaftlichen Entwicklung kaum anzunehmen sein. Mit der starken Betonung der gesetzgeberischen Einschätzungsprärogative in den Folgebeschlüssen besteht dafür nun endgültig kein Raum mehr. Welche Beitragssätze in mehreren Jahrzehnten fällig werden, lässt sich aufgrund der unklaren und sehr dynamischen Entwicklung bei der Migration, in der Weltwirtschaft und auf dem Arbeitsmarkt nicht wissenschaftlich vorhersagen.<sup>109</sup> Dazu kommt, dass auch die rechtliche Verpflichtung zu zwingenden Eingriffen zweifelhaft ist: Dem Gesetzgeber räumt das BVerfG wie im zweiten Folgebeschluss beschrieben bei der Wahl einzelner Maßnahmen große Freiheiten ein. Auch eine Reduzierung der Leistungen für die aktuell beitragszahlende Generation ist denkbar, sodass eine einseitige Belastung künftiger Generationen nicht zwingend ist. Für den Bereich der Staatsverschuldung kommt noch erschwerend hinzu, dass mit der „Schuldenbremse“ bereits eine Sonderregel zur Lastenverteilung existiert, die als abschließend betrachten werden kann. Zumal sich hier im Hinblick auf die Folgebeschlüsse die Frage stellt, wo die „Budgetgrenze“ sein soll. Die Staatsverschuldung ist rein finanzwirtschaftlich grenzenlos.<sup>110</sup> Die sich deutlich aufzeigende Zurückhaltung des BVerfG wird sich auch in diesen Bereichen durchschlagen: Eine Übertragung ist nach momentaner Rechtsprechung nicht

<sup>100</sup> Groß, Verfassungsblog (Fn. 12).

<sup>101</sup> Rutloff/Freihoff, NVwZ 2021, 917 (922).

<sup>102</sup> In der Literatur gab es zunächst einzelne Stimmen, die ein Einfallstor für die Generationengerechtigkeit sahen, so z. B. Sinder, JZ 2021, 1078 (1087).

<sup>103</sup> So auch das BVerfG bestätigend im Beschl. v. 24.3.2022 – 1 BvR 1187/17.

<sup>104</sup> OVG Berlin-Brandenburg v. 30.11.2023 – OVG 11 A 1/23, NVwZ 2024, 598.

<sup>105</sup> Jetzt § 4 I 6 KSG.

<sup>106</sup> Die Klausel ist deshalb auch rein deklaratorisch, da das KSG schon objektiv nicht den Sinn und Zweck hat, Rechtspositionen zu begründen, vgl. Frenz, in: Frenz (Fn. 40), § 4 KSG, Rn. 6.

<sup>107</sup> OVG Berlin-Brandenburg v. 30.11.2023 – OVG 11 A 1/23, NVwZ 2024, 598 (599); Welker, Rechtsbruch im Klimaschutz: Zur Verurteilung der Bundesregierung, ein Klimaschutz-Sofortprogramm vorzulegen, <https://verfassungsblog.de/rechtsbruch-im-klimaschutz/> [Stand: 4.2.2025].

<sup>108</sup> Eine reine „Sonderdogmatik“ sehen etwa Möllers/Weinberg, JZ 2021, 1069 (1078).

<sup>109</sup> Janda, Sozialstaat for Future, ZPR 2020, 149 (150ff.); Kholodilin/Silverstovs, Geben Konjunkturprognosen eine gute Orientierung?, DIW Wochenbericht Nr. 13/2019, 207 (208).

<sup>110</sup> Schachtschneider, Staatsschulden – Wider die Schuldenbremsen, <https://www.kaschachtschneider.de/wp-content/uploads/2019/09/Schuldenbremse2.pdf>, S. 72.

denkbar.<sup>111</sup> Zumal in diesen Bereichen anders als in der Klimapolitik noch besonders schwierige weitere Abwägungsfragen hinzukommen („Kann Staatsverschuldung die Wirtschaft von morgen ankurbeln?“). Diese Fragen sind derart politisch geprägt, dass das BVerfG sich hier nicht einmischen wird.

## E. Fazit

Aus den beiden Folgebeschlüssen ergeben sich zwei zentrale Erkenntnisse: Zum einen ist eine eingriffsgleiche Vorwirkung sowohl beim Klimaschutz als auch in anderen Bereichen nur denkbar, wenn der konkret Handelnde einem individuellen Budget unterliegt und damit jeder Verbrauch dieses Budgets unumkehrbar zu seiner Verpflichtung führt, die Budgetüberschreitung durch Grundrechtseingriffe zu verhindern. Zum anderen ist nur das Gesamtziel „Begrenzung der Erderwärmung“ eine derart wesentliche Grundentscheidung, dass es zu einer Konkretisierung des Art. 20a GG in der Lage ist und daher ins Verfassungsrecht inkorporiert wird. Für detaillierte Einzelregelungen wie Sektorenziele gilt dies nicht.

Das BVerfG beweist in beiden Beschlüssen Augenmaß: Es fängt allzu große Erwartungen an die Gerichte wieder ein,

mahnt aber gleichzeitig zu verbesserten Bemühungen. Es unterstreicht seine Stellung als Gericht, das zwar durchaus ein politischer Akteur ist, sich aber von tagespolitischen Kontroversen fernhält. Die Entscheidungen verlaufen entlang dem gesellschaftlichen Konsens: Während die Notwendigkeit des Klimaschutzes in Deutschland nur noch von Randgruppen bestritten wird, ist die Wahl der Maßnahmen Gegenstand großer politischer Kontroverse.<sup>112</sup> Welchen Weg Deutschland hier gehen wird, ist eine folgenreiche Entscheidung, die zurecht dem Parlament und damit letztlich dem Souverän zugewiesen wird.

Dabei bricht das BVerfG keineswegs mit seiner Dogmatik aus dem Klimabeschluss. Es schärft sie vielmehr nach, beseitigt einige Unklarheiten und schafft dadurch Sicherheit, wie die intertemporale Freiheitssicherung einzuordnen und anzuwenden ist. Dennoch verbleiben einzelne Widersprüche und durch die knapp gehaltenen Begründungen wurde die Chance verpasst, einige offene Fragen zu klären. Das kann freilich auch Kalkül sein: Sollte sich die Lage weiter zuspitzen, hält sich das BVerfG einen Weg offen, stärkeren Einfluss zu nehmen, ohne dabei von seiner bisherigen Linie abweichen zu müssen. Deshalb sind die Folgebeschlüsse auch kein Schritt zurück, sondern vielmehr ein weiterer nach vorne.

---

<sup>111</sup> So auch Janda, ZPR 2021, 149 (152f.).

<sup>112</sup> Zur gewünschten Transformationsgeschwindigkeit siehe nur DPA Presseportal, ARD-DeutschlandTrend: Relative Mehrheit findet, dass Heizungsgesetz zu weit geht, <https://www.presseportal.de/pm/6694/5552149> [Stand: 4.2.2025].

# Vincent Herbst: Der Schutz der Minderheitsgesellschafter bei grenzüberschreitenden Umwandlungen nach dem UmwG

Der Autor ist Student der Rechtswissenschaft im 10. Semester (Universität Bayreuth). Der Beitrag ist im Rahmen des studienbegleitenden Seminars „Unternehmen, Kapital & Strukturierung I“ bei Prof. Dr. Jessica Schmidt (Lehrstuhl Zivilrecht I - Bürgerliches Recht, deutsches, europäisches und internationales Unternehmens- und Kapitalmarktrecht) entstanden.

## A. Einleitung

Die Möglichkeit, Strukturänderungen von bereits bestehenden Rechtsträgern durch die vom UmwG<sup>1</sup> vorgesehenen Instrumentarien vorzunehmen (Umwandlung<sup>2</sup>), ohne dabei auf die zumeist umständlichen<sup>3</sup> Gestaltungsalternativen des allgemeinen Zivilrechts zurückgreifen zu müssen, ist sowohl aus dem nationalen als auch aus dem internationalen Gesellschaftsrecht nicht mehr wegzudenken.

Hierbei erlangte insb. die grenzüberschreitende Umwandlung aufgrund der Internationalisierung von Unternehmen in der Vergangenheit immer mehr an Bedeutung.<sup>4</sup> Neben den zahlreichen Vorteilen umwandlungsrechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten, bringen (grenzüberschreitende) Umwandlungen jedoch auch eine Reihe an Risiken und Gefahren für alle Stakeholder mit sich. Indes müssen insb. die mit Minderheitsanteilen beteiligten Gesellschafter vor quantitativer und qualitativer Verschlechterung ihrer Gesellschafterstellung geschützt werden.

Vor diesem Hintergrund soll im Folgenden die Forschungsfrage, ob das umfassend novellierte, durch das UmwG gewährleistete Schutzniveau bei grenzüberschreitenden Umwandlungen dem hohen Schutzbedürfnis von Minderheitsgesellschaftern Rechnung trägt, ins Zentrum der rechtlichen Analyse gerückt werden.

Dafür erfolgt zuvorderst ein kurzer Überblick über das den Minderheitsgesellschaftern zukommende Schutzbedürfnis, die europarechtlichen Vorgaben durch die GesRRRL<sup>5</sup> sowie deren nationale Umsetzung durch das UmRUG<sup>6</sup>. Sodann werden die einzelnen Schutzinstrumentarien des UmwG einer kritischen rechtlichen Analyse unterzogen, wobei jeweils in einem ersten

Schritt der vom UmwG vorgegebene rechtliche Rahmen skizziert und in einem zweiten Schritt zu ausgewählten Problemen Stellung bezogen wird. Die daraus hervorgehenden Ergebnisse werden anhand einer Gegenüberstellung von positiven Neuerungen und weiterhin bestehendem Verbesserungspotenzial des UmRUG abschließend in einem Fazit festgehalten.

## B. Überblick über den Schutz von Minderheitsgesellschaftern

### I. Schutzbedürfnis der Minderheitsgesellschafter

Umwandlungsrechtliche Strukturänderungen betreffen die Anteilsinhaber der an der Umwandlung beteiligten Rechtsträger in vielerlei Hinsicht. Im Rahmen von grenzüberschreitenden Umwandlungen stellt insb. die Tatsache, dass die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft einem Rechtswechsel unterliegen, ein erhebliches Risiko dar.<sup>7</sup>

Ein Rechtswechsel hat zur Folge, dass sich sowohl die Gesellschaft an sich als auch die jeweiligen mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten der einzelnen Gesellschafter nach der Rechtsordnung eines anderen Mitgliedstaates bestimmen.<sup>8</sup> Im Zuge dessen laufen die Anteilsinhaber der übertragenden Gesellschaft Gefahr, dass ihre Minderheitsrechte im Zielrechtsträger weniger stark

<sup>1</sup> Umwandlungsgesetz v. 28.10.1994, BGBl. I, 3210, ber. 1995 I, 428.

<sup>2</sup> Zur Definition s. *Aichberger/Groh* in: Weber, Rechtswörterbuch, 32. Ed. 2024, Umwandlung.

<sup>3</sup> Die Übertragung von Unternehmensverbindlichkeiten qua Einzelrechtsnachfolge erfordert im Gegensatz zu Gestaltungen nach dem UmwG die Zustimmung der jeweiligen Gläubiger, §§ 414, 415 BGB; vgl. Heinig, in: BeckOGK-BGB, 1.3.2024, § 415 Rn. 1; *Leisbrock* in Moll: Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 5. Aufl. 2021, § 39 Rn. 2; *Rasmussen-Bonne* in: Weitnauer, Handbuch Venture Capital, 7. Aufl. 2022, D. Rn. 210 f.

<sup>4</sup> Vgl. die Zahl der weltweiten cross-border merger and acquisition (M&A) deals, <https://www.statista.com/statistics/955594/worldwide-number-of-cross-border-merger-and-acquisition-deals/> [4.3.2024].

<sup>5</sup> RL (EU) 2017/1132 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 14.6.2017 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts (Kodifizierter Text), ABIEU v. 30.6.2017, L 169/46.

<sup>6</sup> Gesetz zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie und zur Änderung weiterer Gesetze v. 22.2.2023, BGBl. 2023 I Nr. 51.

<sup>7</sup> ErwG 18 S. 1 UmwRL.

<sup>8</sup> *Stelmaszczyk*, Grenzüberschreitende Spaltungen de lege lata und de lege ferenda, DK 2021, 48.

ausgeprägt sind als im Ausgangsrechtsträger (qualitative Verschlechterung).<sup>9</sup>

Obleich es für die Anteilshaber der übernehmenden Gesellschaft zu keinem Rechtswechsel kommt, werden die Interessen jener dadurch berührt, dass sich die Zahl der Mitgesellschafter vergrößert.<sup>10</sup>

Darüber hinaus besteht sowohl für die Gesellschafter des übertragenden als auch die des übernehmenden Rechtsträgers<sup>11</sup> die Gefahr einer Kapital- und Stimmrechtsverwässerung (quantitative Verschlechterung), wenn das Umtauschverhältnis<sup>12</sup> fehlerhaft bemessen ist – bspw. durch falsche Bewertung einer Gesellschaft oder durch Verwendung unterschiedlicher Bewertungsverfahren.<sup>13</sup>

Schließlich hat sich die Schutzbedürftigkeit von Minderheitsgesellschaftern mit der Einführung eines verschmelzungsrechtlichen Squeeze-Outs<sup>14</sup> – welcher über den Verweis in § 305 II UmwG auch auf grenzüberschreitende Umwandlungen Anwendung findet<sup>15</sup> – durch das 3. UmwÄndG<sup>16</sup> erneut erhöht.<sup>17</sup>

## II. Schutz der Minderheitsgesellschafter durch die GesRRL

### 1. Historischer Verlauf der europäischen Rechtslage

Vor Einführung der UmwRL<sup>18</sup> bestand der umwandlungsrechtliche Schutz von Minderheitsgesellschaftern auf europäischer Ebene primär in einem formalen Mitentscheidungsrecht in Form des Beschlusserfordernisses der Gesellschafterversammlung (Art. 126 I GesRRL a.F.) sowie in einem Informationsrecht hinsichtlich des Umwandlungs- und Prüfungsberichts (sog. Informationsmodell).<sup>19</sup>

Zudem sah das europäische Umwandlungsrecht gem. Art. 121 II 2 GesRRL a.F. eine Ermächtigung zum Erlass weiterer Schutzvorschriften vor, von welcher in den einzelnen Mitgliedstaaten – von einem völligen Verzicht in Großbritannien<sup>20</sup> bis zu einem ausdifferenzierten Schutzsystem in Deutschland<sup>21</sup> – höchst unterschiedlich Gebrauch gemacht wurde.<sup>22</sup>

Die aus den unterschiedlichen nationalen Schutzstandards resultierenden Konflikte sowie die lautstarken Forderungen der Wissenschaft<sup>23</sup> gaben der Legislative Anlass, das europäische

<sup>9</sup> *Lieder/Hilser*, Die Neuordnung des Rechtsschutzsystems gegen ein unangemessenes Umtauschverhältnis bei Umwandlungsmaßnahmen nach dem UmRUG, ZIP 2022, 2521 (2522); *M. Noack*, Grenzüberschreitende Umwandlungen nach der neuen Umwandlungsrichtlinie – Das Austrittsrecht gegen angemessene Barabfindung, ZGR 2020, 90 (91).

<sup>10</sup> *J. Schmidt* in: Lutter/Bayer, Umwandlungsgesetz, 7. Aufl. 2024, § 313 Rn. 4.

<sup>11</sup> S. zur vergleichbaren Schutzwürdigkeit *Martens*, Verschmelzung, Spruchverfahren und Anfechtungsklage in Fällen eines unrichtigen Umtauschverhältnisses, AG 2000, 301 (306 f.).

<sup>12</sup> S. zur Ermittlung des Umtauschverhältnisses: *Adolff*, Konkurrierende Bewertungssysteme bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung von Aktiengesellschaften, ZHR 173 (2009), 67 (69).

<sup>13</sup> *Bayer*, Kapitalerhöhung mit Bezugsrechtsausschluss und Vermögensschutz der Aktionäre nach § 255 Abs. 2 AktG, ZHR 163 (1999), 505 (527); *Habrigh*, Die Verbesserung des Umtauschverhältnisses mit Zusatzaktien – Eine kritische Würdigung des Regierungsentwurfs zur (überschießenden) Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie, AG 2022, 567 (Rn. 1); *Maier-Reimer*, Verbesserung des Umtauschverhältnisses im Spruchverfahren, ZHR 164 (2000), 563 (568); *J. Vetter*, Ausweitung des Spruchverfahrens – Überlegungen de lege lata und de lege ferenda, ZHR 168 (2004), 8 (40); *Winner*, Protection of Creditors and Minority Shareholders in Cross-Border Transactions, ECFR 2019, 44 (62).

<sup>14</sup> S. dazu ausführlich: *Klie/Wind/Rödter*, Praxisfragen des umwandlungsrechtlichen Squeeze-Out, DStR 2011, 1668; *Mayer*, Praxisfragen des verschmelzungsrechtlichen Squeeze-Out-Verfahrens NZG 2012, 561.

<sup>15</sup> *Kiefner/Brügel*, Der umwandlungsrechtliche Squeeze-Out, AG 2011, 525 (533); *Mayer* NZG 2012, 561 (564); *Habighorst* in: Böttcher/Habighorst/Schulte, Umwandlungsrecht, 3. Aufl. 2024, § 62 UmwG Rn. 59.

<sup>16</sup> Drittes Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes v. 11.7.2011, BGBl. 2011 I 1338.

<sup>17</sup> Vgl. *Gutkès* in: Sagasser/Bula, Umwandlungen, 6. Aufl. 2024, § 13 Rn. 345.

<sup>18</sup> RL (EU) 2019/2121 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 27.11.2019 zur Änderung der RL (EU) 2017/1132 in Bezug auf grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen, ABIEU v. 12.12.2019, L 321/1.

<sup>19</sup> RegBegr. UmRUG, BT-Drs. 20/3822, S. 45; *Bormann/Stelmaszczyk*, Grenzüberschreitende Verschmelzungen nach dem EU-Company Law Package, ZIP 2019, 300 (307); *Deck*, Rechtliche Grenzen der Missbrauchskontrolle von Zustimmungsbeschlüssen zu grenzüberschreitenden Strukturmaßnahmen, NZG 2021, 629 (630); *J. Schmidt*, Grenzüberschreitender Formwechsel in der EU – Eckpunkte des Rechtsrahmens und Herausforderungen bei der Umsetzung, ZEuP 2020, 565 (578 f.); *M. Noack* ZGR 2020, 90 (91).

<sup>20</sup> Vgl. *Bech-Bruun/Lexidale*, Study on the Application of the Cross-border Mergers Directive for the Directorate-General for the Internal Market and Services, 2013, UK-10, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/0291c60a-df7a-11e5-8fea-01aa75ed71a1/language-en> [4.3.2024]; van Gerwen/*Snaitth*, Cross-Border Mergers in Europe, Vol. I 2010, Rn. 17.35; *M. Noack*, Der Anfechtungsausschluss bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen nach der neuen Umwandlungsrichtlinie, AG 2019, 665 (666).

<sup>21</sup> Vgl. §§ 122h und 122i UmwG a.F.

<sup>22</sup> *J. Schmidt*, EU Company Law Package – Mehr Digitalisierung und Mobilität von Gesellschaften (Teil 1), DK 2018, 229 (236).

<sup>23</sup> Beschlüsse der Abteilung Wirtschaftsrecht des 72. DJT 2018, II. 10; *Baums*, Empfiehlt sich eine Neuregelung des aktienrechtlichen Anfechtungs- und Organhaftungsrechts, insbesondere der Klagemöglichkeiten von Aktionären?, Gutachten für den 63. DJT 2000, F, 120 ff.; *Bayer/J. Schmidt*, Die neue Richtlinie über die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften – Inhalt und Anregungen zur Umsetzung in Deutschland, NJW 2006, 401 (406); *Bayer/J. Schmidt*, Der Referentenentwurf zum 3. UmwÄndG: Vereinfachungen bei Verschmelzungen und Spaltungen und ein neuer verschmelzungsspezifischer Squeeze out, ZIP 2010, 953 (963); *Bork*, Beschlußverfahren und Beschlußkontrolle nach dem Referentenentwurf eines Gesetzes zur Bereinigung des Umwandlungsrechts, ZGR 1993, 343 (354); *DAV*, Stellungnahme zum Regierungsentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Umwandlungsgesetzes, NZG 2006, 737; *DAV*, Gesetzgebungsvorschlag zum Spruchverfahren bei Umwandlungen und Sachkapitalerhöhungen und zur Erfüllung des Ausgleichsanspruchs durch Aktien, NZG 2007, 497 (503); *Hoffmann-Becking*, Der materielle Gesellschafterenschutz: Abfindung und Spruchverfahren, ZGR 1990, 482 (484 ff.); *Hüffer*, Ausgleichsanspruch

Umwandlungsrecht einer umfassenden Harmonisierung zu unterziehen sowie den Stakeholderschutz auf ein einheitliches Mindestniveau anzuheben.

## 2. Schutzkonzept der GesRRL

Indem die GesRRL einerseits von den Mitgliedstaaten zwingend umzusetzende Vorgaben trifft und andererseits Gestaltungsspielraum für darüber hinausgehende nationale Schutzvorschriften lässt<sup>24</sup>, ist der Ausgestaltung des unionsrechtlichen Schutzes von Minderheitsgesellschaftern der Charakter eines EU-Mindeststandards<sup>25</sup> zuzuschreiben.

Ebendieses Schutzkonzept erstreckt sich auf alle grenzüberschreitenden Umwandlungsformen<sup>26</sup> und besteht i.W. aus drei Kernelementen.

Erstens wird den dissentierenden Gesellschaftern des Ausgangsrechtsträgers ein Austrittsrecht gegen Barabfindung eingeräumt (Art. 86i, 126a I–V, 160i I–V GesRRL).

Zweitens kommt bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen und Spaltungen<sup>27</sup> denjenigen Gesellschaftern, die über kein solches Austrittsrecht verfügten oder dieses nicht ausgeübt haben, ein Anspruch auf Verbesserung des Umtauschverhältnisses zu (Art. 126a VI–VII, 160i VI–VII GesRRL).

Drittens ist die Anfechtung des den jeweiligen Umwandlungsvorgang veranlassenden Gesellschafterversammlungsbeschlusses wegen Bewertungsmängeln ausgeschlossen (Art. 86h V, 126 IV, 160h V GesRRL).

## III. Umsetzung ins nationale Umwandlungsrecht durch das UmRUG

Entsprechend den sekundärrechtlichen Vorgaben der GesRRL hat der Umsetzungsgesetzgeber mit dem UmRUG sowohl die Mindeststandards bzgl. des Stakeholderschutzes im nationalen Umwandlungsrecht konsolidiert<sup>28</sup> als auch von der europarechtlichen Möglichkeit einer überschießenden Umsetzung<sup>29</sup> Gebrauch gemacht.

Während das Austrittsrecht gegen Barabfindung für alle grenzüberschreitenden Umwandlungsformen in den Vorschriften der § 313 UmwG bzw. §§ 327, 313 UmwG bzw. § 340 UmwG umgesetzt wurde<sup>30</sup>, findet sich der Anspruch auf Verbesserung des Umtauschverhältnisses für die grenzüberschreitende Verschmelzung in den §§ 305 II, 15 UmwG sowie für die grenzüberschreitende Spaltung in den §§ 320 II, 125 I 1, 15 UmwG.

Der Ausschluss der Anfechtung wegen Bewertungsmängeln wurde schließlich für die grenzüberschreitende Verschmelzung durch die §§ 305 II, 14 II und §§ 313 I 4, 32 UmwG, für die grenzüberschreitende Spaltung durch die §§ 320 II, 125 I 1, 14 II und §§ 327 1, 313 I 4, 32 UmwG sowie für den grenzüberschreitenden Formwechsel<sup>31</sup> durch die §§ 340 I 4, 210 UmwG kodifiziert.

Hierbei wird schnell deutlich, dass der Gesetzgeber bemüht war, die bereits bestehende Gesetzessystematik des nationalen Umwandlungsrechts aufrechtzuerhalten.<sup>32</sup> Dies zeigt sich insb. an der das UmwG prägenden Verweisungstechnik<sup>33</sup> von einer grenzüberschreitenden Umwandlungsvariante auf die Vorschriften der jeweiligen nationalen Umwandlungsform<sup>34</sup>

und Spruchverfahren statt Anfechtungsklage beim Verschmelzungs- oder Kapitalerhöhungsbeschluss des erwerbenden Rechtsträgers, ZHR 172 (2008), 8 (14 f.); Koch, Empfiehlt sich eine Reform des Beschlussmängelrechts im Gesellschaftsrecht?, Gutachten des 72. DJT 2018, F, 65.

<sup>24</sup> ErwG 17 S. 4 UmwRL.

<sup>25</sup> ErwG 18 S. 2 UmwRL; COM(2018) 241, S. 23; SWD(2018) 141, S. 73; Deck NZG 2021, 629 (637 f.); J. Schmidt, Cross-border Mergers, Divisions and Conversions, ECFR 2019, 222 (254); de Raet in: Kindler/Lieder, European Corporate Law, 1. Aufl. 2021, Art. 126a CLD Rn. 1; Papadopoulos, Protection of shareholders in cross-border mergers: the new harmonized rules, ECFR 2021, 980 (985).

<sup>26</sup> Eine Ausnahme stellt jedoch die grenzüberschreitende Spaltung in Form der Ausgliederung dar, Art. 160s GesRRL.

<sup>27</sup> Anders als die GesRRL regelt das deutsche Umwandlungsrecht sowohl die Spaltung zur Neugründung als auch zur Aufnahme, vgl. Bungert/Wansleben, Grenzüberschreitende Spaltungen nach dem Richtlinienentwurf der EU-Kommission, DB 2019, 2094 (2102).

<sup>28</sup> Vgl. die tabellarische Übersicht in J. Schmidt, Der UmRUG-Referentenentwurf: grenzüberschreitende Umwandlungen 2.0 – und vieles mehr (Teil 1), NZG 2022, 579 (581).

<sup>29</sup> Begriffsprägend wohl Habersack/Mayer, Die Überschießende Umsetzung von Richtlinien – Normauslegung und Rechtsweg im Grenzbereich zwischen deutschem und europäischem Privatrecht, JZ 1999, 913.

<sup>30</sup> Vgl. die tabellarische Übersicht in J. Schmidt (Fn. 10), § 313 Rn. 9.

<sup>31</sup> Die GesRRL spricht in der deutschen Fassung zwar von „Umwandlung“, der deutschen Terminologie entsprechend wird im UmwG jedoch der Begriff „Formwechsel“ verwendet.

<sup>32</sup> So bereits der Vorschlag in RefE UmRUG, S. 2, 52,

[https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/RefE/RefE\\_UmRUG.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=4](https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/RefE/RefE_UmRUG.pdf?__blob=publicationFile&v=4) [4.3.2024].

<sup>33</sup> J. Schmidt, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie (BT-Drs. 20/3822), Rn. 4; Römermann/Meister, MAH-GmbHR, 5. Aufl. 2023, § 22 Rn. 469; Rubner/Konstant, Neues Umwandlungsrecht 2023 – grenzüberschreitende Umwandlung, NJW-Spezial 2023, 527; Stelmaszczyk, Grenzüberschreitende Umwandlungen nach dem UmRUG (Teil 1), DNotZ 2023, 752 (753); bereits für das sog. „Baukastenprinzip“: M. Noack ZGR 2020, 90 (93).

<sup>34</sup> Soweit sich aus den Sonderregeln für die jeweilige Umwandlungsform nichts anderes ergibt, §§ 305 Abs. 2, 320 Abs. 2, 333 Abs. 2 UmwG.

sowie an dem Regelungsvorbild<sup>35</sup> der Verschmelzung für Spaltung und Formwechsel.

## C. Rechtliche Analyse der einzelnen Schutzinstrumente des UmwG

### I. Informationsmodell

Nach dem Informationsmodell sollen die Mitgliedschaftsrechte von Minderheitsgesellschaftern mit der prozeduralen Zuweisung der Entscheidungskompetenz an die einzuberufende Versammlung der Anteilsinhaber<sup>36</sup> – flankiert durch umfangreiche, den Verwaltungsorganen auferlegten Informationspflichten – in ihrem Bestand gesichert werden.

Die Wirksamkeit des jeweiligen Umwandlungsvorgangs hängt, mit Ausnahme von bestimmten grenzüberschreitenden Konzernumwandlungen nach § 312 II UmwG (sog. Konzernprivileg)<sup>37</sup>, gem. §§ 305 II, 13 I UmwG bzw. §§ 320 II, 125 I 1, 13 I UmwG bzw. §§ 333 II Nr. 1, 193 I UmwG von einem im Rahmen einer Gesellschafterversammlung gefassten Beschluss der Anteilsinhaber ab. Dabei ist für den Umwandlungsbeschluss mindestens eine qualifizierte  $\frac{3}{4}$ -Mehrheit der abgegebenen Stimmen<sup>38</sup> bzw. des vertretenen Grundkapitals<sup>39</sup> erforderlich.<sup>40</sup>

Ebendieses Mitbestimmungsrecht erfährt, dem Leitbild „Schutz durch Information“<sup>41</sup> entsprechend, durch die weiteren publizitätspflichtigen Erfordernisse von Umwandlungsplan<sup>42</sup>, Umwandlungsbericht<sup>43</sup>, Umwandlungsprüfungsbericht<sup>44</sup> sowie registergerichtlicher Kontrolle<sup>45</sup> – welche den Gesellschaftern vor der die Umwandlung beschließende Gesellschafterversammlung zur Verfügung stehen müssen<sup>46</sup> – eine materielle Absicherung.<sup>47</sup> Damit soll gewährleistet

werden, dass die Gesellschafter hinreichend informiert sind, um eine fundierte Entscheidung über die Umwandlungsmaßnahme treffen zu können.<sup>48</sup>

Das Schutzinstrumentarium der Präventivkontrolle erweist sich jedoch bei lediglich mit Minderheitsanteilen beteiligten Gesellschaftern als ineffektiv.<sup>49</sup> Zwar befinden sich die Minderheitsgesellschafter durch die umfangreichen Informationsrechte in Kenntnis aller relevanten Informationen, einen Umwandlungsbeschluss werden sie jedoch aufgrund der fehlenden Stimmrechte nur selten verhindern können. Dies nahm der Unionsgesetzgeber zum Anlass, zur Sicherung der Minderheitsgesellschafterstellung weitere Schutzinstrumentarien einzuführen.

### II. Austrittsrecht gegen Barabfindung

Die erste Säule des Schutzkonzepts für Minderheitsgesellschafter im Rahmen von grenzüberschreitenden Umwandlungen stellt das in den §§ 313, 327, 340 UmwG umfassend novellierte<sup>50</sup> Recht der Anteilsinhaber übertragender Gesellschaften dar, gegen Barabfindung aus der Gesellschaft auszutreten (sog. Deinvestitionsrecht).

#### 1. Rechtliche Rahmenbedingungen

##### a) Ratio

Der mit der grenzüberschreitenden Umwandlung zwangsläufig verbundene Statutenwechsel<sup>51</sup> kann den Gesellschaftern in Anlehnung an den allgemeinen Rechtsgedanken der Einwilligung (*volenti non fit iniuria*)<sup>52</sup> nicht wider ihren Willen zugemutet werden.<sup>53</sup> Dies birgt die Notwendigkeit einer

<sup>35</sup> RegBegr. UmRUG, BT-Drs. 20/3822, S. 45.

<sup>36</sup> Lutter/Bayer/J. Schmidt, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, 6. Aufl. 2018, 20.119, 22.140; Riesenhuber, Die Verschmelzungsrichtlinie: „Basisrechtsakt für ein Europäisches Recht der Strukturmaßnahmen“ – Zum Schutz durch Information im Europäischen Gesellschaftsrecht, NZG 2004, 15 (19); für innerstaatliche Umwandlungen: Habersack/Verse, Europäisches Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2019, § 8 Rn. 16, 18.

<sup>37</sup> Heckschen in: Beck'sches Notar-Handbuch, 8. Aufl. 2024, § 24 Rn. 350; J. Schmidt, Umwandlungen im Konzern nach dem UmRUG-RegE: Besonderheiten bei Bericht, Prüfung und Beschluss, DK 2022, 309 (314 ff.).

<sup>38</sup> S. für GmbH § 50 Abs. 1 S. 1 UmwG.

<sup>39</sup> S. für AG § 65 Abs. 1 S. 1 UmwG.

<sup>40</sup> Brandt/M. Schmidt, Die grenzüberschreitende Spaltung nach dem UmRUG, AG 2023, 297 (Rn. 42); Stelmaszczyk, Grenzüberschreitende Umwandlungen nach dem UmRUG (Teil 2), DNotZ 2023, 804 (806).

<sup>41</sup> Lutter/Bayer/J. Schmidt (Fn. 36), 20.29, 20.119.

<sup>42</sup> §§ 307 f., 322 f., 335 f. UmwG.

<sup>43</sup> §§ 309 f., 324, 337 UmwG.

<sup>44</sup> §§ 311, 325, 338 UmwG.

<sup>45</sup> §§ 315 ff., 329 ff., 342 ff. UmwG.

<sup>46</sup> Vgl. §§ 312 Abs. 3, 326 Abs. 2, 339 Abs. 2 UmwG.

<sup>47</sup> Deck NZG 2021, 629 (630); Lutter/Bayer/J. Schmidt (Fn. 36), 20.119, 22.29; Riesenhuber NZG 2004, 14 (15, 18 ff.).

<sup>48</sup> ErwG 50 GesRRL.

<sup>49</sup> Vgl. Stelmaszczyk DK 2021, 48.

<sup>50</sup> Schröter/Neubert, Die Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie ins deutsche Recht, jurisPR-HaGesR 4/2023, Anm. 1, II. 1.

<sup>51</sup> S. II. 1.

<sup>52</sup> Lieder/Hilser ZIP 2022, 2521 (2522).

<sup>53</sup> ErwG 18 S. 2 UmwRL; Bayer/J. Schmidt, Wer ist mit welchen Anteilen bei Strukturveränderungen abfindungsberechtigt?, ZHR 178 (2014), 150 (153); Bungert/Becker, Der finale EU-Richtlinienentwurf zu grenzüberschreitenden Formwechseln, Verschmelzungen und Spaltungen, DB 2019, 1609 (1614); Garcimartin/Gandia, Cross-Border Conversions in the EU: The EU Commission Proposal, ECFR 2019, 15 (20); Kindler, Unternehmensmobilität nach „Polbud“: Der grenzüberschreitende Formwechsel in Gestaltungspraxis und Rechtspolitik, NZG 2018, 1 (6); Papadopoulos ECFR 2021, 980 (987 f.); Wachter, Neues zum

Möglichkeit für die dissentierenden Gesellschafter, die Gesellschaft im Zuge einer grenzüberschreitenden Umwandlung zu verlassen und im Gegenzug den vollen Anteilswert ersetzt zu bekommen.<sup>54</sup>

### b) Anwendungsbereich

In Umsetzung der Richtlinienbestimmungen<sup>55</sup> kommt den Anteilshabern einer deutschen Gesellschaft ein Deinvestitionsrecht nur insoweit zu, als sie infolge der grenzüberschreitenden Umwandlung Anteilshaber einer Gesellschaft würden, die dem Recht eines anderen Mitgliedstaates unterliegt. Das Austrittsrecht findet folglich gem. § 313 I 1 UmwG auf Herausverschmelzungen<sup>56</sup>, gem. §§ 327 1, 313 I 1 UmwG<sup>57</sup> auf Herausspaltungen<sup>58</sup> sowie gem. § 340 I 1 UmwG auf jeden grenzüberschreitenden Formwechsel<sup>59</sup> Anwendung.

### c) Barabfindungsangebot

Ist der Anwendungsbereich eröffnet, so hat die übertragende bzw. formwechselnde Gesellschaft – mit Ausnahme von Konzernumwandlungen nach §§ 307 III, II Nr. 13 UmwG und Gesellschafterverzicht<sup>60</sup> – gem. §§ 313 I 1, 327 1, 340 I 1 UmwG jedem anspruchsberechtigten Anteilshaber eine angemessene Barabfindung im Umwandlungsplan oder dessen Entwurf anzubieten. Aufgrund der dem Austrittsrecht systemimmanenten Logik steht das Angebot gem. §§ 313 I 2, 340 I 2 UmwG unter der aufschiebenden Bedingung des Wirksamwerdens der jeweiligen Umwandlungstransaktion.

### d) Modalitäten der Annahme

Die Novellierung des europäischen Umwandlungsrechts brachte i.R.d. Deinvestitionsrechts wesentliche Änderungen bzgl. Modalität und Zeitpunkt der Annahme des Barabfindungsangebotes mit sich.

Während das nationale Umwandlungsrecht vormals eine einzelne Annahmeerklärung nach §§ 122i I 3, 31 UmwG a.F. genügen ließ, wurde mit dem UmRUG die sog. Aufspaltungslösung eingeführt.<sup>61</sup>

Nach diesem Modell müssen anspruchsberechtigte Anteilshaber gem. §§ 313 II, 340 II UmwG in einem ersten Schritt – nach unionsrechtlicher Vorgabe<sup>62</sup> – der Gesellschaft ihre Absicht, das Austrittsrecht gegen Barabfindung wahrnehmen zu wollen, innerhalb eines Monats nach dem Tag, an dem der Umwandlungsvorgang beschlossen wurde, unverbindlich<sup>63</sup> mitteilen.<sup>64</sup> Erst nach rechtzeitig erfolgter Absichtserklärung<sup>65</sup> können die Gesellschafter das Angebot gem. §§ 313 III 1, 340 III 1 UmwG in einem zweiten Schritt innerhalb von zwei Monaten nach dem Tag des Beschlusses<sup>66</sup> verbindlich annehmen.

### e) Modalitäten des Austritts

Des Weiteren gehen mit der Neufassung der Annahmemodalitäten erhebliche Änderungen in Bezug auf die Dogmatik des Austrittsrechts einher. Im Rahmen von grenzüberschreitenden Umwandlungen wird ein austretender Gesellschafter im Unterschied zu nationalen Umwandlungen<sup>67</sup> nicht zunächst Gesellschafter des Zielrechtsträgers, sondern scheidet nach Maßgabe des Sekundärrechts<sup>68</sup> gem. §§ 313 IV,

Europäischen Umwandlungsrecht (II) – Grenzüberschreitende Verschmelzungen, Spaltungen und Formwechsel, GmbH-StB 2018, 317 (321, 326); *Wollin*, Der Referentenentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie (UmRUG-E), ZIP 2022, 989 (991).

<sup>54</sup> RegBegr. 2. UmwÄndG, BT-Drs. 16/2919, S. 16; *European Company Law Experts*, The Commission's 2018 Proposal on Cross-Border Mobility – An Assessment, ECFR 2019, 196 (210 f.); *Herzog/Gebhard*, Grenzüberschreitende Verschmelzungen von Aktiengesellschaften nach dem UmRUG – Eine kritische Analyse, AG 2023, 310 (Rn. 18); *J. Schmidt*, Cross-border mergers and divisions, transfers of seat: Is there a need to legislate?, Study for the Juri Committee, PE 559.960, 2016, S. 20 f.; *Teichmann*, Grundlinien eines europäischen Umwandlungsrechts: Das „EU-Company Law Package 2018“, NZG 2019, 241 (244 f.); *Winner* ECFR 2019, 44 (68).

<sup>55</sup> Art. 126a Abs. 1 UAbs. 1, 160i Abs. 1 UAbs. 1 GesRRL.

<sup>56</sup> Sowohl zur Aufnahme als auch zur Neugründung sowie unabhängig von der Börsennotierung und der Rechtsform der ausländischen übernehmenden Gesellschaft, s. *Klett*, in: BeckOGK-UmwG 1.7.2024, § 313 Rn. 15.

<sup>57</sup> Die folgenden auf § 313 UmwG gestützten Aussagen beziehen sich aufgrund von § 327 S. 1 UmwG auch auf grenzüberschreitende Herausspaltungen.

<sup>58</sup> Bei einer Ausgliederung ist ein Abfindungsangebot gem. § 327 S. 2 UmwG nicht erforderlich, da gem. Art. 160r Abs. 3 lit. b) die übertragende Gesellschaft die Anteile erhält.

<sup>59</sup> Im Falle eines grenzüberschreitenden Formwechsels kommt es für alle Gesellschafter denknötwendig immer zu einem Rechtswechsel, vgl. *J. Schmidt* NZG 2022, 579 (581).

<sup>60</sup> *Vossius* in: Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, 212. EL Mai 2024, § 313 UmwG Rn. 26, 44 ff.

<sup>61</sup> *Arens*, Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie: Aufgeschoben, nicht aufgehoben, NWB 2023, 558 (561).

<sup>62</sup> Art. 86i Abs. 2, 126a Abs. 2, 160i Abs. 2 GesRRL.

<sup>63</sup> S. für die dogmatische Einschätzung der Absichtserklärung als Willensmitteilung: *Luy*, Die Austrittserklärung des Minderheitsgesellschafter nach dem Company Law Package, GmbHR 2019, 1105 (1105 ff.); als gesetzliche Wirksamkeitsvoraussetzung: *M. Noack* ZGR 2020, 90 (106 ff.); als materielle Anspruchsvoraussetzung: *Stelmaszczyk/Potyka* in: Herrler, Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 2. Aufl. 2021, § 15 Rn. 479.

<sup>64</sup> Mit Ausnahme der §§ 313 Abs. 3 S. 3, 340 Abs. 3 S. 3 UmwG.

<sup>65</sup> §§ 313 Abs. 3 S. 2, 340 Abs. 3 S. 2 UmwG.

<sup>66</sup> Bei innerstaatlichen Umwandlungen wird die Frist hingegen mit Eintragung der Umwandlung im Handelsregister ausgelöst, vgl. § 31 UmwG.

<sup>67</sup> §§ 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 1, 131 Abs. 1 Nr. 1 S. 1, 202 Abs. 1 Nr. 2 S. 1 UmwG; vgl. *Rieckers/Cloppenburg* in: Habersack/Wicke, Umwandlungsgesetz, 3. Aufl. 2023, § 20 Rn. 116.

<sup>68</sup> Art. 86r lit. b), 131 Abs. 1 lit. b), Abs. 2 lit. b), 160r Abs. 1 lit. b), Abs. 2 lit. b) GesRRL.

340 IV UmwG mit Wirksamwerden der Umwandlung aus der Gesellschaft aus. Die Geschäftsanteile des ausscheidenden Anteilsinhabers können dabei denklogisch nur auf den Zielrechtsträger übergehen.<sup>69</sup>

## f) Modalitäten der Zahlung

Die übernehmende Gesellschaft hat die Barabfindung als Anspruchsschuldnerin<sup>70</sup> gem. §§ 313 V 1, 340 V 1 UmwG spätestens zwei Wochen nach Wirksamwerden der Umwandlung an die austretenden Anteilsinhaber zu zahlen. Aufgrund der faktischen Vorleistungspflicht der ausscheidenden Gesellschafter, welche ihre Anteile mit dem Wirksamwerden der Umwandlung bereits vor Fälligkeit des Barabfindungsanspruchs verlieren, sieht § 313 V 2 i.V.m. § 314 UmwG die Berechtigung vor, eine Sicherheitsleistung zu verlangen.<sup>71</sup>

## 2. Stellungnahme zu ausgewählten Problemstellungen

Die Neufassung des Deinvestitionsrechts ist im Grundsatz gelungen, es bleibt jedoch auf das Verbesserungspotenzial einiger Detailregelungen hinzuweisen.

### a) Persönlicher Anwendungsbereich

Der Unionsgesetzgeber hat den Mitgliedstaaten zwar die Option<sup>72</sup> eingeräumt, das Austrittsrecht gegen Barabfindung für die Anteilsinhaber aller beteiligten Gesellschafter einzuführen, nach deutschem Recht sind jedoch lediglich die Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers anspruchsberechtigt. Entgegen vereinzelter Auffassungen in der Literatur<sup>73</sup> liegen

für diese legislative Entscheidung durchaus sachlich gerechtfertigte Gründe vor.

Erstens unterliegen die Gesellschafter übernehmender Rechtsträger keinem Rechtswechsel und sind indes nicht vom Schutzzweck des Deinvestitionsrecht erfasst.<sup>74</sup> Dem bloßen Risiko eines Vermögensverlusts der Gesellschafter des übernehmenden Rechtsträgers wird mit dem Nachbesserungsanspruch bereits hinreichend Rechnung getragen.<sup>75</sup>

Zweitens hätte die Ausweitung des Austrittsrechts einen weiteren Liquiditätsabfluss zur Folge<sup>76</sup>, was wiederum die Gefahr, dass das für die Zielrechtsform erforderliche Mindestkapital nicht mehr aufgebracht werden kann<sup>77</sup>, in sich birgt.

Drittens konfliktiert der Erwerb eigener Anteile durch die Gesellschaft stets mit den Grundsätzen der Kapitalerhaltung und muss mithin begrenzt bleiben.<sup>78</sup>

### b) Widerspruchslösung

Der Umsetzungsgesetzgeber macht allerdings von einer Mitgliedstaatenoption<sup>79</sup> dahingehend Gebrauch, dass der Anspruch auf Barabfindung einen förmlichen Widerspruch<sup>80</sup> zur Niederschrift gegen den Umwandlungsbeschluss in §§ 313 I 1, 340 I 1 UmwG voraussetzt. Ebendiese Widerspruchslösung erscheint insb. vor dem Hintergrund, dass eine fehlende Zustimmung oder eine bloße Inhaberschaft stimmrechtsloser Anteile die Ablehnung der Umwandlung nicht hinreichend zum Ausdruck bringt und die Gesellschaft den zu erwartenden Wertabfluss besser abschätzen kann, durchaus sachgerecht.<sup>81</sup>

<sup>69</sup> *Baschnagel/Hilser*, Grenzüberschreitende Umwandlungen und Austritt des dissentierenden Gesellschafters gegen Barabfindung – Mitwirkung des Notars notwendig?, *BWNotZ* 2023, 2 (4); *J. Schmidt*, Schutz der Minderheitsgesellschafter bei grenzüberschreitenden Umwandlungen: Vorgaben der GesRRL und Umsetzung durch den UmRUG-RegE, *ZGR-Sonderheft* 26, 2023, 229 (238).

<sup>70</sup> Als Gesamtrechtsnachfolgerin des Ausgangsrechtsträgers, vgl. *Klett* (Fn. 56), § 313 Rn. 19.

<sup>71</sup> *Baschnagel/Hilser*, Gläubigerschutz bei grenzüberschreitenden Umwandlungen nach dem UmRUG, *NZG* 2022, 1333 (1335); *Bungert/Strothotte*, Die Regierungsentwürfe zu grenzüberschreitenden Verschmelzungen, Spaltungen und Formwechseln, *DB* 2022, 1818 (1821); *Drinhausen/Keinath*, Referentenentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie, *BB* 2022, 1346 (1351).

<sup>72</sup> Art. 86i Abs. 1 UAbs. 2, 126a Abs. 1 UAbs. 2, 160i Abs. 1 UAbs. 2 GesRRL.

<sup>73</sup> *Bayer/J. Schmidt*, Der Regierungsentwurf zur Änderung des Umwandlungsgesetzes – Eine kritische Stellungnahme, *NZG* 2006, 841 (844); *Bayer/J. Schmidt*, BB-Gesetzgebungs- und Rechtsprechungsreport zum Europäischen Unternehmensrecht 2018/19 – Teil I: Company Law Package, *BB* 2019, 1922 (1931); *Maier-Reimer*, Erweiterung des Spruchverfahrens und Ausgleich in Aktien, in: *FS Schmidt* 2009, 1077 (1080); *M. Winter*, Die Anfechtung eintragungspflichtiger Strukturbeschlüsse de lege lata und de lege ferenda, in: *FS Ulmer* 2003, 699 (708 ff.).

<sup>74</sup> *ECL*, *ECFR* 2019, 196 (210); *Kindler* *NZG* 2018, 1 (6); *Mörsdorf*, Der Entwurf einer Richtlinie für grenzüberschreitende Umwandlungen – Meilenstein oder Scheinriese?, *EuZW* 2019, 141 (146); *Papadopoulos* *ECFR* 2021, 980 (989); *Stelmaszczyk* *DK* 2021, 48 (51); *Teichmann*, The Company Law Package – Content and State of Play, *ECFR* 2019, 3 (9); *Teichmann* *NZG* 2019, 241 (245); *Wachter* *GmbH-StB* 2018, 317 (332); *Winner* *ECFR* 2019, 44 (68).

<sup>75</sup> *Luy*, Grenzüberschreitende Umwandlungen nach dem Company Law Package, *NJW* 2019, 1905 (1906).

<sup>76</sup> *DAV*, Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie, *NZG* 2022, 849 (857).

<sup>77</sup> *Fuentes Naharro*, Cross-Border Conversions and the Company Law Package in: *Kovács/Winner*, Stakeholder Protection in Restructuring, 2019, 13 (37).

<sup>78</sup> *Baschnagel/Hilser* *BWNotZ* 2023, 2 (3); *J. Vetter*, Die Regelung der grenzüberschreitenden Verschmelzung im UmwG – Einige Bemerkungen aus Sicht der Praxis, *AG* 2006, 613 (623).

<sup>79</sup> Art. 86i Abs. 1 UAbs. 3 S. 2, 126a Abs. 1 UAbs. 3 S. 2, 160i Abs. 1 UAbs. 3 S. 2 GesRRL.

<sup>80</sup> Dem entsprechen Fälle, in denen ein Anteilsinhaber unberechtigterweise von der Gesellschafterversammlung ausgeschlossen, nicht ordnungsgemäß eingeladen oder der Beschlussgegenstand nicht ordnungsgemäß bekannt gemacht wurde, §§ 29 Abs. 2, 313 Abs. 1 S. 4, 340 Abs. 1 S. 4 UmwG.

<sup>81</sup> Vgl. *BR-Beschluss*, *BR-Drs.* 179/18, S. 8 f; *BStBK*, Stellungnahme zu einem Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der RL 2017/1132(EU) in Bezug auf grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen, 21.8.2018, S. 4; *DAV*, Stellungnahme zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der RL 2017/1132(EU) in Bezug auf grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen, *NZG* 2018, 857 (Rn. 27); *M. Noack*, Das Company Law Package – Vorschläge der Europäischen Kommission

Im Zuge dessen wird vom Gesetzgeber leider versäumt, die Frage, ob neben dem Widerspruch auch eine negative Stimmabgabe erforderlich ist, ausdrücklich zu beantworten. Unter Berücksichtigung der teleologischen und rechtsökonomischen Erwägungen – namentlich den dissentierenden Minderheitsgesellschaftern Schutz zu gewähren<sup>82</sup> und den dadurch verursachten Liquiditätsabfluss in Grenzen zu halten<sup>83</sup> – ist nur denjenigen Anteilsinhabern eine Anspruchsberechtigung einzuräumen, die gegen den Umwandlungsbeschluss gestimmt haben.<sup>84</sup> Schließlich wäre es höchst widersprüchlich, Anteilsinhaber, die im Einklang mit den Mehrheitsgesellschaftern für die Umwandlung gestimmt haben, in den Genuss des Austrittsrechts kommen zu lassen.

Im Rahmen dessen ist ungeachtet der erga omnes-Wirkung der Spruchverfahrensentscheidung (§ 13 SpruchG<sup>85</sup>) eine ablehnende Abstimmung mit sämtlichen Anteilen des Anteilsinhabers zu fordern.<sup>86</sup> Stimmrechtlose Anteilsinhaber<sup>87</sup> sind jedoch im Einklang mit dem Unionsrecht<sup>88</sup> konsequenterweise vom Widerspruchserfordernis auszunehmen.<sup>89</sup>

### c) Aufspaltungslösung

Die Aufspaltungslösung bedeutet nicht weniger als ein Paradigmenwechsel und steht in grundsätzlichem Widerspruch zum bisherigen deutschen Annahmesystem.<sup>90</sup> Die damit verbundene Ungleichbehandlung von innerstaatlichen und grenzüberschreitenden Umwandlungen ist dogmatisch

unsauber und führt zu Komplikationen, wie bspw. die parallele Anwendbarkeit<sup>91</sup> beider Systeme im Rahmen einer Spaltung.

Dieses vom europäischen Gesetzgeber wohl so nicht intendierte Modell beruht auf der legislativen Entscheidung, bei der Übertragung von GmbH-Anteilen nicht vom Formerfordernis des § 15 IV GmbHG<sup>92</sup> absehen zu wollen.<sup>93</sup> Eine gegenteilige Entscheidung hätte sich insoweit angeboten, als dann Veräußerungs- und Annahmeerklärung gemeinsam formlos hätten erfolgen können. Dies ist auch kein unbeschrittener Weg, wie die österreichische Parallelregelung des § 10 I öEU-VerschG<sup>94</sup> ausdrücklich zeigt.<sup>95</sup>

Während nach dem deutschen Modell die Mitteilung der Annahmeabsicht<sup>96</sup> sowie die Annahme des Barabfindungsangebotes einer AG, KGaA oder SE<sup>97</sup> formfrei erfolgen können, lässt sich die Anwendung des § 15 IV GmbHG auf die Annahmeerklärung gegenüber einer GmbH spätestens seit dem ausdrücklich normierten Verweis in §§ 313 III 4, 340 III 4 UmwG im Einklang mit der h.M.<sup>98</sup> nicht mehr bestreiten.

Sofern der Gesetzgeber – die durchaus plausiblen Einwände<sup>99</sup> außen vor lassend – auf seinem Standpunkt bleibt, den Schutzgütern der Beweiserleichterung, der Richtigkeitsgewähr der Beteiligungsverhältnisse sowie des Anlegerschutzes vor übereilter Entscheidung Vorrang zu gewähren<sup>100</sup>, sollte zumindest die Online-Beurkundung der Annahme der Barabfindung im Zeitgeist der Digitalisierung zugelassen werden.<sup>101</sup>

zur Harmonisierung des materiellen Schutzes der Minderheitsgesellschafter bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen, AG 2018, 780 (782); *Stelmaszczyk*, Der materielle Stakeholderschutz nach der neuen Umwandlungsrichtlinie, ZIP 2019, 2437 (2439); *Wicke*, Optionen und Komplikationen bei der Umsetzung des Richtlinienvorschlages zum grenzüberschreitenden Formwechsel (Teil II), DStR 2018, 2703 (2706 f.).

<sup>82</sup> RegBegr. UmRUG, BR-Drs. 371/22, S. 110 f.

<sup>83</sup> *Baschnagel/Hilser* BWNNotZ 2023, 2 (3).

<sup>84</sup> Vgl. Art. 126a Abs. 1, Art. 160i Abs. 1, Art. 86j Abs. 1 ST 5401/19; *Bayer/J. Schmidt* ZHR 178 (2014), 150, (156) m.w.N.; ebenso bei innerstaatlichen Umwandlungen: *Drinhausen/Keinath*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2024, § 207 UmwG Rn. 4.

<sup>85</sup> Gesetz über das gesellschaftsrechtliche Spruchverfahren v. 12.6.2003, BGBl. I S. 838.

<sup>86</sup> *Klett* (Fn. 56), § 313 Rn. 16.

<sup>87</sup> Diese werden in ErwG 18 S. 3 UmwRL ausdrücklich als Beispiel aufgeführt.

<sup>88</sup> Art. 86i Abs. 1 UAbs. 2, 126a Abs. 1 UAbs. 2, 160i Abs. 1 UAbs. 2 GesRRL.

<sup>89</sup> Vgl. *J. Schmidt* ZGR-Sonderheft 26, 2023, 229 (236).

<sup>90</sup> *Löbke*, Die grenzüberschreitende Umwandlung nach dem UmRUG, ZHR 187 (2023), 498 (504).

<sup>91</sup> Vgl. *J. Schmidt*, Der UmRUG-Referentenentwurf: grenzüberschreitende Umwandlungen 2.0 – und vieles mehr (Teil 2), NZG 2022, 635 (641).

<sup>92</sup> Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung v. 20.5.1898, RGBl. S. 846.

<sup>93</sup> *Thomale/Schmid*, Das neue Recht der grenzüberschreitenden Umwandlung – Eine Einführung (Teil I), NotBZ 2023, 91 (96).

<sup>94</sup> Bundesgesetz über die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften in der Europäischen Union v. 15.12.2007, BGBl. I Nr. 72/2007.

<sup>95</sup> *Thomale/Schmid* NotBZ 2023, 91 (97).

<sup>96</sup> *Heckschen* (Fn. 37), § 24 Rn. 351; *Brandi/M. Schmidt*, Der grenzüberschreitende Formwechsel nach dem RegE zum UmRUG, DB 2022, 1880 (1885); *J. Schmidt*, BB-Gesetzgebungs- und Rechtsprechungsreport zum Europäischen Unternehmensrecht 2021/2022, BB 2022, 1859 (1867).

<sup>97</sup> *Brandi/M. Schmidt*, Die grenzüberschreitende Spaltung nach dem UmRUG, AG 2023, 297 (Rn. 47).

<sup>98</sup> *Arens* NWB 2023, 558 (561); *Baschnagel/Hilser* BWNNotZ 2023, 2 (5 ff.); *Heckschen* (Fn. 37), § 24 Rn. 351; *Stelmaszczyk* (Fn. 56), § 327 Rn. 41; DNotV, Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie, 17.5.2022, S. 5; *Brandi/M. Schmidt* DB 2022, 1880 (1885); *J. Schmidt*, Die weitreichende Reform des Umwandlungsrechts, NJW 2023, 1241 (Rn. 29); *Luy* GmbH 2019, 1105 (1108).

<sup>99</sup> *Drinhausen/Keinath* BB 2022, 1346 (1351); *Löbke* ZHR 187 (2023), 498 (508); *Kals* in: Semler/Stengel/Leonard, Umwandlungsgesetz, 5. Aufl. 2021, § 31 Rn. 4; *Marsch-Barnier/Oppenhoff* in: Kallmeyer, Umwandlungsgesetz, 8. Aufl. 2024, § 31 Rn. 4; *Rebel*, in: Maulbetsch/Klump/Rose, Umwandlungsgesetz, 2. Aufl. 2017, § 209 Rn. 3; *M. Winter* in: Schmitt/Hörtnagl, Umwandlungsgesetz, 10. Aufl. 2024, § 31 Rn. 4, § 209 Rn. 3.

<sup>100</sup> RegBegr. UmRUG, BR-Drs. 371/22, S. 112.

<sup>101</sup> Vgl. Bericht Rechtsausschuss DiRUG, BT-Drs.19/30532 S. 99; *Heckschen/Knaier*, Größte Reform des Umwandlungsrechts – nicht nur Richtlinienumsetzung (Teil II), GmbHR 2022, 613 (Rn. 68); *Keller/Schümmer*, Digitale GmbH-Gründung, NZG 2021, 573 (578); *J. Schmidt*, DiRUG-RefE: Ein Digitalisierungs-Ruck für das deutsche Gesellschafts- und Registerrecht, ZIP 2021, 112 (117); a.A.: *Stelmaszczyk* DNotZ 2023, 752 (761).

## d) Vollzug des Austritts

In Bezug auf die durch das UmRUG novellierte Regelungssystematik des Vollzugs des Austritts wird vereinzelt<sup>102</sup> das von der Regierungsbegründung zugrunde gelegte Verständnis<sup>103</sup>, dass sich der Anteilsübergang kraft Gesetzes vollzieht, beanstandet. Zum einen wird auf den fehlenden ausdrücklichen Wortlaut in §§ 313 IV, 340 IV UmwG hingewiesen<sup>104</sup>, zum anderen auf die rechtsgeschäftliche Abtretung als Grundfall der Erfüllung schuldrechtlicher Verpflichtungen zur Übertragung von Geschäftsanteilen abgestellt.<sup>105</sup>

Diese Auffassung überzeugt aus Sicht des Verfassers nicht. Aus dem bloßen Fehlen einer ausdrücklichen Kodifizierung der Anteilsübertragung kraft Gesetzes lässt sich nicht unmittelbar der Schluss ziehen, dass es sich um den gesetzlichen Grundfall der rechtsgeschäftlichen Anteilsübertragung handeln muss, sofern sich aus dem Gesamtzusammenhang des gesetzgeberischen Konzepts ein anderes ergibt. Würde ein Anteilshaber, der das Barabfindungsangebot form- und fristgerecht angenommen hat, seiner schuldrechtlichen Verpflichtung zur rechtsgeschäftlichen Anteilsübertragung nicht (rechtzeitig) nachkommen, so würde er – nach Ansicht der kritischen Stimmen – mit Wirksamwerden der Umwandlung Anteilshaber des Zielrechtsträgers. Dieses Verständnis steht jedoch in evidentem Widerspruch zu dem vom Unionsgesetzgeber für das Desinvestitionsrecht gewählten System, nach welchem der ausscheidende Gesellschafter zu keinem Zeitpunkt Gesellschafter des Zielrechtsträgers werden soll.<sup>106</sup> Ungeachtet etwaiger schuldrechtlicher Pflichtverletzungen hinge der Austritt des Gesellschafters somit alleinig von seinem eigenen Handeln ab, was insb. vor dem Hintergrund, dass er als „Zwischenerwerber“ etwaigen Haftungsrisiken<sup>107</sup> ausgesetzt ist, aus Perspektive des Minderheitsgesellschaftereschutzes nicht zu akzeptieren ist.

Auch wenn diese Auffassung aus teleologischen Erwägungen zwingend erscheint, würde eine gesetzgeberische Anpassung des Wortlauts ein für alle Mal Klarheit verschaffen.

## III. Anspruch auf Verbesserung des Umtauschverhältnisses

Die zweite Säule und gleichzeitig das „Herzstück“<sup>108</sup> des Schutzkonzepts für Minderheitsgesellschafter umfasst den – über die Verweismormen der §§ 305 II, 320 II UmwG auch auf grenzüberschreitende Verschmelzungen und Spaltungen<sup>109</sup> anwendbaren<sup>110</sup> – Anspruch der Anteilshaber auf Verbesserung des Umtauschverhältnisses nach § 15 I 1 UmwG.

### 1. Rechtliche Rahmenbedingungen

#### a) Ratio

Der Möglichkeit, einen Ausgleich durch bare Zuzahlung im Wege des Spruchverfahrens geltend zu machen, liegt zum einen der den Anteilshabern immanente Begehrt der angemessenen Beteiligung am übernehmenden bzw. neuen Rechtsträger und zum anderen die Kompensation des Ausschlusses einer suspendierenden Klage nach § 14 II UmwG zugrunde.<sup>111</sup>

#### b) Anwendungsbereich

Der Nachbesserungsanspruch steht denjenigen Anteilseignern einer an der grenzüberschreitenden Verschmelzung oder Spaltung beteiligten deutschen Gesellschaft gegen den übernehmenden Rechtsträger als Anspruchsschuldner<sup>112</sup> zu, deren Recht auf Klage gegen die Wirksamkeit des Umwandlungsbeschlusses nach § 14 II UmwG ausgeschlossen ist.<sup>113</sup>

Auf Grundlage der Richtlinienbestimmungen<sup>114</sup> wurde der Anwendungsbereich nach dem UmwG sowohl für innerstaatliche<sup>115</sup> als auch für grenzüberschreitende Umwandlungen dahingehend erweitert, dass der deutsche Umsetzungsgesetzgeber von der bisherigen Differenzierung

<sup>102</sup> Stelmaszczyk (Fn. 56), § 327 Rn. 42.

<sup>103</sup> RegBegr. UmRUG, BR-Drs. 371/22, S. 112.

<sup>104</sup> Stelmaszczyk DNotZ 2023, 804 (819).

<sup>105</sup> Stelmaszczyk DNotZ 2023, 804 (820).

<sup>106</sup> Vgl. Baschnagel/Hilser BWNNotZ 2023, 2 (4 f.); Bungert/Reidt, Die (grenzüberschreitende) Verschmelzung nach dem RefE zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie, DB 2022, 1369 (1370); J. Schmidt BB 2022, 1859 (1867).

<sup>107</sup> Insb. §§ 24, 30, 31 GmbHG, vgl. Lölbe ZHR 187 (2023), 498 (506 f.).

<sup>108</sup> Habrich AG 2022, 567 (Rn. 4); Herzog/Gebhard AG 2023, 310 (Rn. 7); Veil, Aktionärsschutz bei der Verschmelzung von Aktiengesellschaften durch vertragliche und gesellschaftsrechtliche Haftung, FS Raiser 2005, 453 (455).

<sup>109</sup> Eine Ausnahme gilt erneut für Ausgliederungen, § 125 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 UmwG.

<sup>110</sup> Für grenzüberschreitende Formwechsel sieht das Umwandlungsrecht hingegen keinen Nachbesserungsanspruch vor, § 333 Abs. 4 UmwG.

<sup>111</sup> RegBegr. UmRUG, BR-Drs. 371/22, S. 81 f.

<sup>112</sup> Stelmaszczyk/Potyka (Fn. 63), § 15 Rn. 490.

<sup>113</sup> J. Schmidt (Fn. 10), § 313 Rn. 80 f.

<sup>114</sup> Art. 126a Abs. 6, 160i Abs. 6 GesRRL.

<sup>115</sup> S. dafür Habrich AG 2022, 567 (Rn. 5 ff.).

zwischen den Gesellschaftern der an der Umwandlung beteiligten Rechtsträgern absah und mit dem UmRUG auch den Gesellschaftern des Zielrechtsträgers einen Nachbesserungsanspruch einräumte.

### c) Voraussetzungen

Ist der Anwendungsbereich eröffnet, setzt § 15 I 1 UmwG lediglich die Unangemessenheit des der Umwandlung zugrunde liegenden Umtauschverhältnisses der Anteile voraus, welche durch Über- oder Unterbewertung einer der beteiligten Gesellschaften entstehen kann.<sup>116</sup>

### d) Anspruchsinhalt

Der Anspruch auf Verbesserung des Umtauschverhältnisses ist im Grundsatz auf

eine bare Zuzahlung gerichtet, § 15 I 1 UmwG.

In Umsetzung der GesRRL<sup>117</sup> hat der deutsche Gesetzgeber den übernehmenden Gesellschaften mit der Einführung des § 72a UmwG die vielfach geforderte<sup>118</sup> Möglichkeit eingeräumt, den anspruchsberechtigten Aktionären anstelle einer baren Zuzahlung zusätzliche Anteile zu gewähren. Dieser sog. Ersetzungsbefugnis ist der Telos, einen zu hohen Liquiditätsverlust im Falle der Nachbesserung durch bare Zuzahlung zu vermeiden, inhärent.<sup>119</sup> Dabei erfolgt die Erfüllung des Nachbesserungsanspruchs durch die Gewährung von Aktien qua Übertragung eigener Aktien oder gem. § 72b UmwG qua Ausgabe neuer Aktien im Wege der Kapitalerhöhung gegen Sacheinlage<sup>120</sup>.

## 2. Stellungnahme zu ausgewählten Problemstellungen

Neben der grds. zu begrüßenden systemkohärenten Umsetzung des Nachbesserungsanspruchs sind einzelne Ausgestaltungen en détail zu prüfen.

### a) Persönlicher Anwendungsbereich

Für die vormalige Beschränkung des Verbesserungsanspruchs des Umtauschverhältnisses auf die Anteilsinhaber der übertragenden Gesellschaft sind keine sachlich gerechtfertigten Gründe ersichtlich, zumal auch den Anteilsinhabern der übernehmenden Gesellschaft ein vergleichbares Interesse in zweierlei Hinsicht zukommt.<sup>121</sup> Zum einen kann sich die Beteiligung der Anteilsinhaber des übernehmenden Rechtsträgers mittelbar durch die zusätzliche Gewährung von Anteilen an die Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers verändern (Gefahr der Kapital- und Stimmrechtsverwässerung<sup>122</sup>), zum anderen liegt auch die Verhinderung einer Transaktionsblockade der Umwandlung durch Anfechtung wegen eines unangemessenen Umtauschverhältnisses im Interesse der Gesellschafter des Zielrechtsträgers.<sup>123</sup>

### b) Option der Gewährung von Aktien

Die mitunter als „zentrale Innovation“<sup>124</sup> charakterisierte Ersetzungsbefugnis findet im Schrifttum und bei den Berufsverbänden viel Anklang, die im UmRUG gewählte Dogmatik bleibt jedoch nicht unbeanstandet.

#### aa) Beschränkung auf bestimmte Kapitalgesellschaften

Im Gegensatz zu der zu begrüßenden Erweiterung des Anwendungsbereichs ist die gesetzgeberische Entscheidung, das Optionsrecht auf AG, KGaA<sup>125</sup> und SE<sup>126</sup> zu beschränken, nicht nachvollziehbar.

Die Argumentation<sup>127</sup>, dass für andere Gesellschaftsformen aufgrund ihrer personalistischen Prägung kein vergleichbarer praktischer Bedarf bestehe, greift dabei nur für Personengesellschaften. Kapitalistisch strukturierte GmbH sind dem Risiko des Liquiditätsabflusses hingegen in gleicher Weise ausgesetzt wie die erfassten Gesellschaftsformen, zumal die

<sup>116</sup> J. Schmidt (Fn. 10), § 313 Rn. 82.

<sup>117</sup> Art. 126a Abs. 7, 160i Abs. 7 GesRRL.

<sup>118</sup> DAV, Vorschläge zur Änderung des UmwG, NZG 2000, 802 (803); ders. NZG 2006, 737 (738); ders. NZG 2007, 497 (500 f.); Bayer, Fehlerhafte Bewertung: Aktien als Ausgleich bei Sachkapitalerhöhungen und Verschmelzungen, ZHR 172 (2008), 24; Maier-Reimer ZHR 164 (2000), 563 (574 ff.); Martens AG 2000, 301 (308); Philipp, Ist die Verschmelzung von Aktiengesellschaften nach dem neuen Umwandlungsrecht noch vertretbar?, AG 1998, 264 (271); Gehling (Fn. 99), § 15 Rn. 26; J. Vetter ZHR 168 (2004), 8 (42 ff.); J. Vetter AG 2006, 613 (625).

<sup>119</sup> RegBegr. UmRUG, BT-Drs. 20/3822, S. 74; Goette, Das Gesetz zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie – Ein Überblick, DStR 2023, 157 (159); Hommelhoff, Der Schutz des Anteilsinhaber-Vermögens bei Umwandlungen nach dem RefE UmRUG, NZG 2022, 683 (683); J. Schmidt, Der Schutz der Minderheitsgesellschafter bei Umwandlungen: Entwicklungslinien des europäischen Unternehmensrechts, FS Heidel 2021, 353 (367).

<sup>120</sup> Einlagegegenstand ist dabei der Anspruch der Aktionäre auf zusätzliche Aktien, § 72b Abs. 1 S. 2 UmwG.

<sup>121</sup> Vgl. nun auch RegBegr. UmRUG, BR-Drs. 371/22, S. 81.

<sup>122</sup> S. II. 1.

<sup>123</sup> Bungert/Becker DB 2019, 1609 (1614); DAV NZG 2018, 857 (Rn. 79); J. Schmidt ECFR 2019, 222 (258); M. Noack/Habrich, Grenzüberschreitende Verschmelzungen nach der neuen Umwandlungsrichtlinie, AG 2019, 908 (909); Stelmaszcyk ZIP 2019, 2437 (2441).

<sup>124</sup> J. Schmidt NZG 2022, 579 (585).

<sup>125</sup> Die Anwendung auf die KGaA folgt aus § 78 S. 1 UmwG.

<sup>126</sup> Die Anwendung auf die SE folgt aus Art. 9 Abs. 1 lit. c) ii) SE-VO.

<sup>127</sup> RegBegr. UmRUG, BR-Drs. 371/22, S. 85.

Gesellschaftsstruktur keinen Einfluss auf den Liquiditätsbedarf im Falle des Austritts eines Gesellschafter hat.<sup>128</sup>

Eine Ausweitung des persönlichen Anwendungsbereichs der Ersetzungsbefugnis auf Rechtsträger in der Form der GmbH ist auch im Hinblick auf die Möglichkeit, sich der Ausgleichspflicht in Aktien auf Grundlage des § 72a III Nr. 2 UmwG durch einen Formwechsel in eine GmbH zugunsten einer Barzahlungspflicht zu entziehen, wünschenswert.<sup>129</sup>

### bb) Keine Dispositionsbefugnis für Anteilsinhaber

Aus dem Lager der Anteilsinhaber wird oftmals angeführt, dass die alleinig der Gesellschaft zur Disposition stehende Aktiengewährungsoption den Anteilsinhabern die bei der Barauszahlung bestehende Möglichkeit nimmt, selbst über die Verwendung der liquiden Mittel entscheiden zu können.<sup>130</sup>

Dem kann jedoch entgegnet werden, dass den Anteilsinhabern im gesetzlich vorgesehenen Regelfall eines angemessenen Umtauschverhältnisses ebenfalls keine autonome Dispositionsbefugnis zukommt, zumal ihnen i.R.d. Umwandlung lediglich (angemessen) wertgleiche Anteile des Zielrechtsträgers zustehen. Dafür spricht auch der zivilrechtliche Grundsatz der Naturalrestitution: Mit der zusätzlichen Gewährung von Aktien am übernehmenden Rechtsträger werden die Gesellschafter so gestellt, wie sie bei Zugrundelegung eines angemessenen Umtauschverhältnisses von Anfang an stehen würden.<sup>131</sup>

Sollten die Anteilsinhaber ihre Wertanteile dennoch zur freien Verfügung liquidieren wollen, so sind zumindest die Anteilsinhaber der übertragenden Gesellschaft insoweit auf das Austrittsrecht gegen Barabfindung zu verweisen.

### cc) Zeitpunkt der Ausübung der Ersetzungsbefugnis

Des Weiteren erfährt das Erfordernis, dass die Art der Nachbesserung bereits rechtsverbindlich im Umwandlungsvertrag festgelegt werden muss (ex ante-

Modell)<sup>132</sup>, weitreichende Kritik. Diese frühzeitige Festlegung führt schließlich dazu, dass sich die Gesellschaften bereits für eine Art der Ausgleichsleistung entscheiden müssen, ohne den konkreten Liquiditätsabfluss sowie die Möglichkeit der Aufbringung der Aktien beurteilen zu können, woraus die Verlagerung der wirtschaftlichen Entwicklung in die Risikosphäre der Gesellschaft resultiert.<sup>133</sup>

Eine derartige Flexibilität würde durch die Wahl des Zeitpunktes der Ausübung der Option erst nach der gerichtlichen Entscheidung im Spruchverfahren i.S.d. § 15 I 2 UmwG i.V.m. § 11 SpruchG erreicht (ex post-Modell)<sup>134</sup>, wie dies in rechtsvergleichender Perspektive in Österreich gem. § 225e III, § 225j II 2 öAktG<sup>135</sup> i.V.m. § 3 II öEU-VerschG der Fall ist. Dem wird entgegengehalten, dass die Anteilsinhaber vor einer einseitigen Abwälzung des Risikos einer nach dem Bewertungsstichtag eintretenden Änderung des Unternehmenswertes durch die übernehmende Gesellschaft geschützt werden müssen.<sup>136</sup> Im Rahmen dessen ist jedoch sowohl fraglich, ob die Risikoabwälzung durch Gesellschaften zu erwarten ist, als auch, ob der spätere Zeitpunkt der Festlegung der Ausgleichsart den Anteilsinhabern zum Nachteil gereicht. Die Gesetzesbegründung geht von einem Verhalten der Gesellschaft aus, dass sie bei einem zwischenzeitlich gesunkenen Unternehmenswert Aktien, hingegen bei einem gestiegenen Unternehmenswert bare Zuzahlung gewährt.<sup>137</sup> Indes wird verkannt, dass die Gesellschaft keinen wirtschaftlichen Anreiz hat, die Art der Ausgleichsleistung vom Unternehmenswert abhängig zu machen.<sup>138</sup> Ferner übersieht der Umsetzungsgesetzgeber, dass das Interesse der Anteilsinhaber lediglich auf den Erhalt des ihnen zustehenden Vermögenswertes – unabhängig von der Leistungsform und dem Zeitpunkt deren Bekanntwerden – gerichtet ist.<sup>139</sup> Demnach fällt auch der dem ex ante-Modell zugesprochene Vorteil<sup>140</sup>, dass für alle Seiten von Anfang an Klarheit besteht, nicht ins Gewicht. Um den Erhalt des ursprünglichen Vermögenswertes zu gewährleisten, wurden in § 72a UmwG zahlreiche Kompensationsleistungen im Sinne einer fiktiven Teilhabe der Aktionäre in Bezug auf Kapitalerhöhungen (Abs.

<sup>128</sup> *Lieder/Hilser*, Die Ersetzungsbefugnis bei umwandlungsrechtlichen Nachbesserungsansprüchen nach dem UmRUG, ZIP 2023, 1 (11); *Gutkès* (Fn. 17), § 12 Rn. 46; *Vossius/Mayer* (Fn. 60), UmwR aktuell A. I. 1. c).

<sup>129</sup> Vgl. IDW, Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Umwandlungsrichtlinienumsetzungsgesetzes, 17.5.2022, S. 2.

<sup>130</sup> *Sagasser/Luke* (Fn. 17), § 9 Rn. 325.

<sup>131</sup> *Bayer ZHR* 172 (2008), 24 (38); *Bungert*, Das neue Recht der grenzüberschreitenden Spaltungen in der EU, FS Krieger 2020, 109 (129); *Hommelhoff/NZG* 2022, 683 (683).

<sup>132</sup> *Herzog/Gebhard AG* 2023, 310 (Rn. 10); *J. Schmidt* (Fn. 33), Rn. 34.

<sup>133</sup> *Bungert/Reidt DB* 2022, 1369 (1376); *Drinhausen/Keinath*, Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie, BB 2022, 1923 (1925); *Heckschen/Knaier*, Die Reform des Umwandlungsrechts kurz vor dem Ziel, ZIP 2022, 2205 (2208).

<sup>134</sup> *DAV NZG* 2007, 497 (503); *J. Schmidt* (Fn. 33), Rn. 33; dieses Modell begrüßend: *Bungert/Reidt*, 20 Jahre SE und zwei Jahre Mobilitätsrichtlinie: Versuch eines Cross-over, DB 2022, 311 (316).

<sup>135</sup> Bundesgesetz über Aktiengesellschaften v. 31.3.1965, BGBl. Nr. 98/1965.

<sup>136</sup> RegBegr. Verschmelzungsrichtlinie-Gesetz, BT-Drs. 9/1065, S. 21; RegBegr. UmRUG, BT-Drs. 20/3822, S. 74.

<sup>137</sup> RegBegr. UmRUG, BT-Drs. 20/3822, S. 74.

<sup>138</sup> *Habrich AG* 2022, 567 (Rn. 21); *Lieder/Hilser ZIP* 2023, 1 (6).

<sup>139</sup> *DAV NZG* 2022, 849 (851); *Drinhausen/Keinath BB* 2022, 1923 (1925).

<sup>140</sup> *J. Schmidt NJW* 2023, 1241 (Rn. 37).

2 S. 1), Bezugsrechte (Abs. 2 S. 2), Gewinnausschüttungen (Abs. 5) und Verzinsungen (Abs. 6) eingeführt.<sup>141</sup>

Daraus ist der Schluss zu ziehen, dass das in § 72a UmwG gewählte ex ante-Modell auch aus dem Blickwinkel der Minderheitsgesellschafter keinen Vorteil mit sich bringt, der übernehmenden Gesellschaft jedoch vermeidbare Unwägbarkeiten aufbürdet.

Mit der Entscheidung für das ex post-Modell sollte eine gesetzliche Ausschlussfrist für die Ausübung der Ersetzungsbefugnis determiniert werden.<sup>142</sup> Im Zuge dessen sollte der Gesetzgeber zu einer möglichst effektiven Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit ebenfalls vom derzeitigen „Alles-oder-nichts-Prinzip“ Abstand nehmen und eine partielle Kompensation durch Aktien zulassen.<sup>143</sup>

#### IV. Ausschluss der Anfechtung wegen Bewertungsmängeln

##### 1. Rechtliche Rahmenbedingungen

Die dritte Säule des Schutzkonzepts für Minderheitsgesellschafter besteht schließlich aus dem – durch die Eröffnung des Spruchverfahrens komplementierten – Ausschluss der Anfechtung<sup>144</sup> des Umwandlungsbeschlusses wegen Bewertungsmängeln.

Hintergrund ist die teleologische Erwägung, sämtliche durch missbräuchliche, lediglich das Ziel eines prozessbeendenden Vergleichs verfolgende Anfechtungsklagen<sup>145</sup> ausgelösten Registersperren (vgl. § 16 II 2 UmwG) im Sinne einer maximalen Verfahrenseffizienz zu vermeiden<sup>146</sup> sowie der Transaktionspraxis ein hohes Maß an Rechtssicherheit zu garantieren<sup>147</sup>.

Zur Gewährleistung dieser Zielsetzungen geht die UmwRL<sup>148</sup> über das als Vorlage dienende tradierte deutsche Recht hinaus und erweitert den Anwendungsbereich des Anfechtungsausschlusses von den bisher erfassten Gesellschaftern des übertragenden auch auf diejenigen des übernehmenden Rechtsträgers.<sup>149</sup> De lege lata erstreckt sich der auf grenzüberschreitende Umwandlungen anwendbare<sup>150</sup> Anfechtungsausschluss der §§ 14 II, 32, 72b VI UmwG nun auf alle Klagen gegen die Angemessenheit des Umtauschverhältnisses der Anteile (bzw. des Gegenwertes der Mitgliedschaft<sup>151</sup>), gegen die Angemessenheit des Barabfindungsangebotes und diesbezüglicher Informationsmängel<sup>152</sup> sowie gegen Kapitalerhöhungsbeschlüsse zur Schaffung neuer Aktien. Der Rechtsweg der Anfechtungsklage bleibt Anteilshabern selbst dann verschlossen, wenn das Umtauschverhältnis grob falsch oder vorsätzlich unangemessen niedrig bemessen wurde.<sup>153</sup>

Im Gegenzug wird im Sinne des Gebotes eines effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 IV GG<sup>154</sup>) sowohl den Anteilshabern des übertragenden als auch des übernehmenden Rechtsträgers bei grenzüberschreitenden Umwandlungen<sup>155</sup> über die Verweise der §§ 305 II, 313 I 4, 327 S. 1, 340 I 4 UmwG der Rechtsweg im Spruchverfahren für sämtliche vom Anfechtungsausschluss erfassten Bewertungsrügen eröffnet. Die jeweils anspruchsberechtigten Anteilshaber können die gerichtliche Bestimmung einer Zuzahlung, zusätzlich zu gewährender Aktien oder einer Barabfindung gem. §§ 15 I 2, 34 I, 212 I UmwG i.V.m. §§ 1 Nr. 4 SpruchG innerhalb von drei Monaten nach Wirksamwerden der grenzüberschreitenden Umwandlung (§ 4 I 1 Nr. 4 SpruchG) verlangen.

Im Unterschied zur vorherigen Rechtslage<sup>156</sup> besteht dieses Antragsrecht nun unabhängig davon, ob das einschlägige ausländische Recht ein vergleichbares Verfahren vorsieht oder

<sup>141</sup> *Bungert/Reidt* DB 2022, 1369 (1375); *Herzog/Gebhard* AG 2023, 310 (Rn. 30).

<sup>142</sup> Vgl. DAV, Stellungnahme zu Ergänzungen des Entwurfs der Aktienrechtsnovelle 2012, NZG 2013, 694 (Rn. 39); *Lieder/Hilser* ZIP 2023, 1, 7 (13).

<sup>143</sup> Vgl. *Bungert/Reidt* DB 2022, 1369, (1375); s. dafür die Formulierungsvorschläge in DAV NZG 2013, 694 (Rn. 43 ff.).

<sup>144</sup> Hierbei ist zu beachten, dass sich der Ausschluss auf sämtliche Klagearten und gerade nicht nur die Anfechtung bezieht, vgl. *M. Noack* AG 2019, 665 (667).

<sup>145</sup> Vgl. dazu *Nohlen*, Binnenmarktkonformer Minderheitenschutz, 2012, S. 56 ff.

<sup>146</sup> *Habrich* AG 2022, 567 (Rn. 6); *Herzog/Gebhard* AG 2023, 310 (Rn. 3); *M. Winter*, (Fn. 99), § 16 Rn. 22; *Schwanna* (Fn. 99), § 16 Rn. 19.

<sup>147</sup> *Bayer/J. Schmidt* NZG 2006, 841 (844); *Habrich* AG 2022, 567 (Rn. 7); *Klein*, Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, RNotZ 2007, 565 (599); vgl. für das SE-Recht *Teichmann*, Die Einführung der europäischen Aktiengesellschaft – Grundlagen der Ergänzung des europäischen Statuts durch den deutschen Gesetzgeber, ZGR 2002, 383 (428).

<sup>148</sup> Art. 86h Abs. 5, 126 Abs. 4, 160h Abs. 5 GesRRL.

<sup>149</sup> *Herzog/Gebhard* AG 2023, 310 (Rn. 9); *Luy/Redler*, Immer mit Plan – der Referentenentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie (UmRUG), notar 2022, 163 (164).

<sup>150</sup> S. II. 3.

<sup>151</sup> Dies betrifft Fälle, in denen kein Umtauschverhältnis zu ermitteln ist (z.B. bei Vereinen und Genossenschaften), s. *Heckschen* (Fn. 60), § 14 UmwG Rn. 65.

<sup>152</sup> Diese sind höchstrichterlich anerkannt seit BGH NJW 2001, 1425; vgl. außerdem *Henze*, Aspekte und Entwicklungstendenzen der aktienrechtlichen Anfechtungsklage in der Rechtsprechung des BGH, ZIP 2022, 97 (104); *Hirte*, Informationsmängel und Spruchverfahren, ZHR 167 (2003) 8 (10); *Kleindiek*, Abfindungsbezogene Informationsmängel und Anfechtungsausschluss, NZG 2001, 552 (554); *Klöhn*, Der Abfindungsanspruch des Aktionärs als Aufopferungsanspruch, AG 2002, 443 (449); *Gehling* (Fn. 99), § 32 Rn. 5.

<sup>153</sup> OLG Düsseldorf AG 1999, 418 (419); *Rieckers/Cloppenburg* (Fn. 56), § 14 Rn. 24; *Maulbetsch* (Fn. 99), § 14 Rn. 26.

<sup>154</sup> Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland v. 23.5.1949, BGBl. S. 1.

<sup>155</sup> Eine Ausnahme gilt für die Ausgliederung, vgl. *Brandi/M. Schmidt* AG 2023, 297 (Rn. 51).

<sup>156</sup> Vgl. § 122i Abs. 2 UmwG a.F.

die Anteilsinhaber der ausländischen Gesellschaft dem Spruchverfahren zustimmen.<sup>157</sup>

## 2. Stellungnahme

Zuvorderst ist der Erweiterung des persönlichen Anwendungsbereichs auf die Anteilseigner des Zielrechtsträgers beizupflichten, zumal für eine Differenzierung zwischen den Anteilseignern – ebenso wenig wie bei der früheren Beschränkung des Nachbesserungsanspruchs – keine sachlich gerechtfertigten Anhaltspunkte augenscheinlich sind.<sup>158</sup> An der vormaligen Differenzierung war insb. die Ungleichbehandlung nicht mehr aufrecht zu erhalten, dass die Gesellschafter des Zielrechtsträgers die Darlegungs- und Beweislast sowie das Kostenrisiko einer Anfechtung trugen, während die Gesellschafter des Ausgangsrechtsträgers vom Amtsermittlungsgrundsatz und der erga omnes-Wirkung der Spruchverfahrensentscheidung lukrierten.<sup>159</sup> Das Spruchverfahren als prozessuales Pendant zu Barabfindungs- und Nachbesserungsanspruch entspricht dem Anspruchsverlangen der Anteilsinhaber beider Rechtsträgers insoweit, als der einer Bewertungsfrage immanente Begehr durch einen vollen wirtschaftlichen Ausgleich zielgenau und rechtsschutzintensiv kompensiert werden kann.<sup>160</sup>

Ebenfalls zu begrüßen ist die dem Schutzzweck dienliche Erweiterung des Anfechtungsausschlusses in § 72b VI UmwG auf Klagen gegen Beschlüsse über die Kapitalerhöhung zur Schaffung neuer Aktien, zumal damit den lediglich das Wertverhältnis rügenden Anteilsinhabern die Möglichkeit genommen wird, die Umwandlungsmaßnahme mittels einer Beschlussanfechtung zu blockieren.<sup>161</sup>

Schließlich sind jedoch das aus der doppelten Überprüfungsmöglichkeit folgende Risiko sich widersprechender Entscheidungen und die damit verbundene Rechtsunsicherheit bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen und Spaltungen zur Aufnahme<sup>162</sup> zu monieren. Nach Art. 126a VI UAbs. 1 2 GesRRL ist das Gericht

des Mitgliedstaates, dessen Recht die jeweilige übertragende oder übernehmende Gesellschaft unterliegt, für die einzelnen Verfahren international ausschließlich zuständig. Dadurch ergibt sich die Möglichkeit mehrerer Überprüfungsverfahren, welche bei Zugrundlegung unterschiedlicher Bewertungen zu divergierenden Entscheidungen führen können.<sup>163</sup> Da dem Umsetzungsgesetzgeber die Kompetenz für eine grenzüberschreitende Verfahrensverbindung fehlt<sup>164</sup>, versucht er diese aufgrund der Interdependenz der Judikate nicht hinnehmbare<sup>165</sup> Gefahr mit der in § 6c II SpruchG verankerten Kooperationspflicht in Form eines Informationsaustausches (Nr. 1) und einer Beweismittelkonzentration (Nr. 2) zu begrenzen.<sup>166</sup> Diese „Reparaturlösung“<sup>167</sup> kann jedoch als bloße Soll-Vorschrift kein einheitliches Verfahren garantieren, weshalb im Schrifttum<sup>168</sup> der Vorschlag für im Umwandlungsplan vorab festzulegende Gerichtsstandvereinbarungen unterbreitet wurde. Die Nachbesserungspflicht trifft jedoch in erster Linie den EU-Gesetzgeber.

## D. Fazit

Durch die Neufassung der GesRRL und deren Umsetzung in das nationale Umwandlungsrecht wurde der Schutz von Minderheitsgesellschaftern bei grenzüberschreitenden Umwandlungen auf ein neues Niveau angehoben. Dabei ist insb. die überwiegend systemwahrende Ausgestaltung und die dadurch erreichte Kohärenz<sup>169</sup> zwischen innerstaatlichen und grenzüberschreitenden Umwandlungen positiv hervorzuheben. Im Rahmen der umwandlungsgesetzlichen Schutzinstrumentarien korrespondiert der novellierte Anfechtungsausschluss unmittelbar mit der Erweiterung des Nachbesserungsanspruchs sowie der Verlagerung von kompensatorischen Streitigkeiten in das Spruchverfahren und stellt somit den „Schlüssel zum Verständnis des neuen

<sup>157</sup> J. Schmidt NZG 2022, 579 (583 f.).

<sup>158</sup> Bzgl. des vergleichbaren Schutzbedürfnisses von Gesellschaftern des übernehmenden Rechtsträgers ist auf III. 3. b) aa) zu verweisen.

<sup>159</sup> Bayer ZHR 163 (1999), 505 (548 f.); Hommelhoff NZG 2022, 683 (683); Lieder/Hilser ZIP 2022, 2521 (2525).

<sup>160</sup> Holler, Das Verhältnis von Anfechtungsklage und Spruchverfahren, 2006, S. 39; Lieder/Hilser ZIP 2022, 2521 (2525).

<sup>161</sup> Vgl. Bungert/Reidt DB 2022, 1369 (1375 f.); Bungert/Reidt, Erweiterte Möglichkeit grenzüberschreitender Umwandlungsarten – nach Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens zum UmRUG, DB 2023, 54 (55); Heckschen/Knaier ZIP 2022, 2205 (2212).

<sup>162</sup> 160i Abs. 6 S. 2 GesRRL sieht zwar die ausschließliche Zuständigkeit des Wegzugstaates vor, die GesRRL regelt jedoch nur die Spaltung zur Neugründung; für die Spaltung zur Aufnahme sind hingegen nach § 332 S. 2 UmwG die Regelungen der Verschmelzung entsprechend anzuwenden.

<sup>163</sup> Bayer/J. Schmidt BB 2019, 1922 (1932); Habrich AG 2022, 567 (Rn. 11); Lieder/Hilser ZIP 2022, 2521 (2526 f.); Schollmeyer, Mehr als Umsetzung – Der Regierungsentwurf für das UmRUG liegt vor, NZG 2022, 937 (937).

<sup>164</sup> Stelmaszczyk ZIP 2019, 2437 (2442).

<sup>165</sup> J. Vetter ZHR 168 (2004), 8 (27 f.).

<sup>166</sup> RegBegr. UmRUG, BR-Drs. 371/22, S. 151.

<sup>167</sup> Thomale/Schmid NotBZ 2023, 91 (98).

<sup>168</sup> Bungert/Reidt DB 2022, 1369 (1373); Stelmaszczyk/Potyka (Fn. 63), § 15 Rn. 232; M. Noack/Habrich AG 2019, 908 (914 ff.); zur Zulässigkeit der Prorogation: J. Schmidt, Der Schutz der Minderheitsgesellschafter nach dem Company Law Package, FS Krieger 2020, 841 (850).

<sup>169</sup> Mit Ausnahme der Aufspaltungslösung, vgl. III. 2. b) cc).

Schutzkonzepts<sup>170</sup> dar. Der angestrebte Ausgleich<sup>171</sup> zwischen dem Interesse der Gesellschaft an einem reibungslosen Vollzug der beschlossenen Umwandelungsmaßnahme einerseits und dem Interesse der Minderheitsgesellschafter an einem effektiven Rechts- und Vermögensschutz andererseits gelingt.

Die Forschungsfrage aufgreifend ist im Ergebnis festzuhalten, dass das de lege lata vorzufindende umwandlungsgesetzliche Schutzniveau dem Schutzbedürfnis von Minderheitsgesellschaftern weitestgehend gerecht wird. Verbesserungsbedarf besteht indes nicht bezüglich des Schutzes von Minderheitsgesellschaftern, sondern vielmehr hinsichtlich vereinzelter gesetzgeberischer Entscheidungen im Sinne prozessualer Erleichterungen zur Optimierung umwandlungsrechtlicher Verfahren und damit einhergehend zur Attraktivitätssteigerung des deutschen Wirtschaftsstandort für Strukturänderungen vornehmende Gesellschaften.

Im Zuge dessen ist auf die i.R.d. Annahme des Barabfindungsangebotes wünschenswerte Möglichkeit einer Online-Beurkundung hinzuweisen. Im Hinblick auf die uneingeschränkt zu begrüßenden Einführung der Ersetzungsbefugnis ist die Erstreckung auch auf Rechtsträger in Form der GmbH desiderabel und das ex post-Modell in Bezug auf den Zeitpunkt der Optionsausübung vorzugswürdig. Insgesamt bleibt das UmRUG mit der Beschränkung auf Kapitalgesellschaften<sup>172</sup> und der fehlenden Harmonisierung von Gesellschaftskollisionsrecht<sup>173</sup> hinter ihrem Potenzial zurück, geht jedoch einen entscheidenden Schritt in die richtige Richtung.

Nun gilt es für die Rechtspraxis, die mit dem UmRUG einhergehenden Neuerungen vorteilhaft anzuwenden und für den Gesetzgeber, einzelne Detailregelungen anzupassen sowie bestehende Lücken zu schließen.

---

<sup>170</sup> M. Noack AG 2019, 665 (666).

<sup>171</sup> RegBegr. SpruchNOG, BT-Drs. 15/371, Anlage 1, S. 11; Dreier in: Dreier/Fritzsche/Verfürth, Spruchverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2016, Einleitung Rn. 5 ff.; M. Noack, Spruchverfahren nach dem SpruchG, 2014, S. 26.

<sup>172</sup> BNotK SN UmRUG-RefE v. 17.5.2022, S. 5 f.; Heckschen/Knaier, Das UmRUG auf der Zielgeraden, GmbHR 2022, R376 (R378); Schön, Die Personengesellschaft im europäischen Gesellschaftsrecht, ZHR 187 (2023), 123 (124 ff.); Luy, in: Stoye-Benk/Cutura, Handbuch Umwandlungsrecht, 4. Aufl. 2021, Kap. 7, Rn. 5.

<sup>173</sup> Bayer/J. Schmidt, BB-Gesetzgebungs- und Rechtsprechungsreport zum Europäischen Unternehmensrecht 2017/2019, BB 2018, 2562 (2572); Hübner, Eine ROM-VO für das internationale Gesellschaftsrecht, ZGR 2018, 149 (185); Kieninger, Die weitere Kodifikation des IPR, IPRax 2017, 200 (202 f.); J. Schmidt, EU Company Law Package – Mehr Digitalisierung und Mobilität von Gesellschaften (Teil 2), DK 2018, 273 (278); Schurr, Schutzbestimmungen und Verfahrensregeln in der neuen Richtlinie zu grenzüberschreitenden Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen, EuZW 2019, 539 (544).

## Rainer Markgraf Stiftung – Wissenschaftsförderung in der Region

*Ein besonderer Dank gebührt an dieser Stelle der Rainer Markgraf Stiftung, welche durch ihre Unterstützung die Veröffentlichung der Zeitschrift als Druckausgabe ermöglicht. Dies dient nicht nur der weiteren Etablierung der Bayreuther Zeitschrift für Rechtswissenschaft, sondern macht sie auch im wahrsten Sinne des Wortes greifbar für unsere Leser\*innen und Autor\*innen. Hier erfahren Sie mehr über die Stiftung und ihre Projekte:*

Die Rainer Markgraf Stiftung mit Sitz in Bayreuth fördert seit 2014 Bildung, Wissenschaft und Forschung in den Regionen Oberfranken und Oberpfalz. Mit ihrem regionalen Fokus erinnert die Stiftung an die Familie Markgraf. Über drei Generationen hinweg hat sie die Bauunternehmung Markgraf aufgebaut, weiterentwickelt und geführt. Um die Zukunft des Unternehmens zu sichern hat Rainer W. Markgraf (1956-2015) die Stiftung errichtet und ihr als vierte Generation die Verantwortung für das Erbe der Familie übergeben.



*Die Villa Markgraf in der Bayreuther Lisztstraße dient jetzt als Verwaltungssitz der Rainer Markgraf Stiftung. Hier finden auch Veranstaltungen der Stiftung statt.*

Die Familie Markgraf begann ihr unternehmerisches Wirken mit der Gründung der einer Bauunternehmung im Jahr 1932 in Eger (CZ). Nach der Vertreibung aus Eger führte Wilhelm Markgraf unter schwierigsten Bedingungen das Unternehmen in Immenreuth (Oberpfalz) weiter. So entwickelte sich Markgraf über drei Generationen hinweg zu einem mittelständischen Familienunternehmen.

Insbesondere die enge Bindung zur Region inspirierte die Familie zur Gründung einer Stiftung. Diese Idee setzte Rainer W. Markgraf mit der Errichtung seiner Stiftung am 1. Juli 2014 um. Heute hält die die Rainer Markgraf Stiftung 100 Prozent der Anteile an der Bauunternehmung und sichert damit den Fortbestand von über 1.000 Arbeitsplätzen in der Region.

Ihrem Stiftungszweck folgend, unterstützt die Rainer Markgraf Stiftung Bildung, Wissen und Forschung sowie Infrastrukturprojekte in Oberfranken und der Oberpfalz. Sie vergibt Stipendien für Ausbildung, Studium und berufliche Qualifikation und fördert verschiedenste Projekte. Langjährige Partner zeichnet die Stiftung als Leuchtturm-Projekte aus. Sie zeichnen sich durch stetiges herausragendes Engagement in den Bereichen Bildung, Wissenschaft und Forschung für die Region und Gesellschaft aus. Einmal jährlich vergibt die Stiftung, in Erinnerung an ihren Gründer, den Rainer-Markgraf-Preis. Er ist mit 20.000 Euro dotiert und würdigt kreative Köpfe, die sich mit regionalem und überregionalem Engagement besonderen Verdienste in den Bereichen Bildung, Wissenschaft und Forschung erworben haben.

Neue Horizonte eröffnen aber auch kleine Projekte und leisten einen wichtigen Beitrag: So ist die Bayreuther Zeitschrift für Rechtswissenschaft ein gelungenes Beispiel für überdurchschnittliches Engagement von Studierenden. Deshalb fördert die Stiftung gerne die Herausgabe der Zeitschrift, um die erarbeiteten Beiträge interessierten Leser\*innen zugänglich zu machen. Bemerkenswert ist die Tatsache, dass die Beiträge von Studierenden verfasst sind und auch die redaktionelle Arbeit ausschließlich von Studierenden der Universität Bayreuth geführt wird.