



Studentische Zeitschrift  
für Rechtswissenschaft Heidelberg  
Wissenschaft Online

AUFSÄTZE

*Isabella Rick*

Rechtsstaat in Gefahr? – Begriff und Verfassungswidrigkeit der „drohenden Gefahr“ in Artikel 11 Absatz 3 BayPAG

*Elias Haacke*

Vorschläge zur Schaffung eines GbR-Registers mit freiwilliger Registrierungsmöglichkeit

*Dario Wind*

Welche Folgen ergäben sich aus einer Öffnung der KG für Freiberufler?

*Tobias Ahlering*

Bedeutung und Wandel des Arguments der Duldungsvollmacht seit der Entstehung des BGB

*Paul Mey*

Behinderung des Internetabsatzes durch Drittplattformverbote

*Michael Hempelmann*

Das Klimaübereinkommen von Paris  
Erfolgsaussichten im Mehrebenensystem? Eine deutsch-französische Perspektive

*Erik Tuchtfeld*

Das Recht auf Schutz der Privatsphäre im Cyberspace

REZENSIONEN

*Johannes Tegel*

Buchrezension: Autonomes Fahren – Rechtsfolgen, Rechtsprobleme, technische Grundlagen

# Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft Heidelberg

## Redaktion

Chefredaktion: Benedikt Bien, Leo Krause-Wichmann, Lina Rees  
Ressortleitung WissOn: Niels Elsner, Johannes Tegel

Joel Ackermann	Nicolas Hodgson	Safak Sarıççek
Nicolas Avramov	Selina Keller	Fabienne Schlachter
Alina Beckmann	Yoo Jin Kim	Florian Schmid
Amelie Berz	Nathanael Klosowski	Violetta Sefkow-Werner
Elif Dabazoglu	Garry Konrath	Anna Souhradová
Sarah Dinges	Oskar Luong	Aaron Waible
Sebastian Duske	Till Meier	Alexander Walker
Stella Elemental	Rebecca Militz	Johanna Wiegand
Paulina Fecht	Anton Müller	Moritz Winkler
Jakob Feldkamp	Amelie Peter	Roman Wolf
Esther Gothein	Alicia Pointner	Valentine Wanbing Zheng
Vanessa Grifo	Jasmin Rauch	Lisa Yu
Tamara Herrmann	Laura Ries	Anna Zitt

## Wissenschaftlicher Beirat

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

## Ehemalige Chefredakteure:

Nicolas Nohlen, Thomas Straub, Caspar Behme, Anna-Katharina Hübler, Louisa Hansen, Till Wansleben, Laura Vásárhelyi-Nagy, Dominik Braun, Jan-Willem Prügel, Jonas von Göler, Björn Centner, Alexander Schäfer, Sebastian Schwind, David Carnal

# **StudZR-WissOn 2/2018**

**Studentische Zeitschrift für  
Rechtswissenschaft Heidelberg  
Wissenschaft Online**

Zweite Ausgabe des Jahres 2018  
Erschienen im Dezember 2018  
Seiten 232 bis 427

## **Herausgeber**

Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft Heidelberg e.V.

Juristisches Seminar

Friedrich-Ebert-Anlage 6–10

69117 Heidelberg

[www.studzr.de](http://www.studzr.de)

E-Mail: [verein@studzr.de](mailto:verein@studzr.de)

**Zitiervorschlag:** *Autor*, Titel, StudZR-WissOn 2018, S.

# Inhaltsverzeichnis

## Aufsätze

### **Isabella Rick**

Rechtsstaat in Gefahr? – Begriff und Verfassungswidrigkeit der „drohenden Gefahr“ in Artikel 11 Absatz 3 BayPAG 232

### **Elias Haacke**

Vorschläge zur Schaffung eines GbR-Registers mit freiwilliger Registrierungsmöglichkeit 252

### **Dario Wind**

Welche Folgen ergäben sich aus einer Öffnung der KG für Freiberufler? 274

### **Tobias Ahlering**

Bedeutung und Wandel des Arguments der Duldungsvollmacht seit der Entstehung des BGB 296

### **Paul Mey**

Behinderung des Internetabsatzes durch Drittplattformverbote 324

### **Michael Hempelmann**

Das Klimaübereinkommen von Paris  
Erfolgsaussichten im Mehrebenensystem?  
Eine deutsch-französische Perspektive 349

### **Erik Tuchtfeld**

Das Recht auf Schutz der Privatsphäre im Cyberspace 389

## Rezensionen

### **Johannes Tegel**

Buchrezension: Autonomes Fahren – Rechtsfolgen,  
Rechtsprobleme, technische Grundlagen 420



Isabella Rick\*

## Rechtsstaat in Gefahr? – Begriff und Verfassungswidrigkeit der „drohenden Gefahr“ in Artikel 11 Absatz 3 BayPAG

### Abstract

Die Änderung des bayerischen Polizeiaufgabengesetzes (BayPAG) hat erheblichen Widerstand hervorgerufen. Kernstück der Novellierung ist eine neue Generalbefugnisklausel in Art. 11 Abs. 3 BayPAG, welche die Polizei zu einem Einschreiten bei „drohender Gefahr“ berechtigt. Der folgende Beitrag zeigt, dass sich die Novellierung in eine allgemeine Entwicklung einfügt, mit der das Polizeirecht sich mehr und mehr von den klassischen Konzepten der konkreten Gefahr und der Störereigenschaft löst und ein größeres Augenmerk auf polizeiliches Vorfeldhandeln legt. Dies ist nach der Rechtsprechung des *Bundesverfassungsgerichts* nicht per se mit dem Grundgesetz unvereinbar. Die neue bayerische Generalbefugnisklausel aber verstößt in ihrer konkreten Ausgestaltung gegen das Bestimmtheitsgebot und den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Sie ist nicht nur verfassungswidrig, sondern auch potentiell geeignet, besorgniserregende gesellschaftliche Folgen zu zeitigen.

---

\* Die Verfasserin studiert Rechtswissenschaft im achten Fachsemester an der Humboldt-Universität zu Berlin. Ihr besonderer Dank gilt Herrn *Dr. Alexander Tischbirek* für seine freundliche Hilfe und seine wertvollen Verbesserungsvorschläge.

## A. Ein Polizeigesetz als Politikum

Mit dem Inkrafttreten des „Gesetzes zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen“<sup>1</sup> am 1.8.2017 wurde eine neue Kategorie der Gefahr in das bayerische Polizeirecht eingeführt, die, hoch umstritten, insbesondere nach den Vorstellungen von Bundesinnenminister *Seebofer* als Vorbild für die Polizeigesetze anderer Länder dienen soll.<sup>2</sup> Die Novelle hat ungewohnt massive Proteste gegen die Ausweitung der polizeilichen Befugnisse hervorgerufen, während Befürworter kritisierten, die öffentliche Debatte basiere auf einer verfälschenden Darstellung des Gesetzesinhalts.<sup>3</sup>

Im Folgenden soll die neue Generalbefugniklausel, die Überwachungs- und Eingriffsbefugnisse bei „drohender Gefahr“ normiert, aus polizeirechtsdogmatischer und verfassungsrechtlicher Sicht beleuchtet werden. Dazu wird Art. 11 Abs. 3 bayerisches Polizeiaufgabengesetz (BayPAG) zunächst analysiert (**B. I.**) und mit klassischen Gefahrenbegriffen verglichen (**B. II.**). Dabei zeigt sich, dass die Norm sich in eine größere Entwicklung hin zu einer höheren Vorfeldorientierung einfügt (**C.**). Schließlich wird gezeigt, dass die Norm aufgrund des mit dieser Vorverlagerung einhergehenden Verlustes an Bestimmtheit und ihrer unverhältnismäßigen Weite verfassungswidrig ist (**D.**).

## B. „Drohende Gefahr“ – Was ist das?

### I. Der Wortlaut der neuen Generalklausel des Art. 11 Abs. 3 BayPAG

Die neue Vorschrift lautet wie folgt:

Die Polizei kann unbeschadet der Abs. 1 und 2 die notwendigen Maßnahmen treffen, um den Sachverhalt aufzuklären und die Entstehung einer Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut zu verhindern, wenn im Einzelfall

1. das individuelle Verhalten einer Person die konkrete Wahrscheinlichkeit begründet oder

---

<sup>1</sup> Gesetz zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen v. 24.7.2017, BayGVBl. 2017, S. 388 ff.

<sup>2</sup> *Lutz*, Die innere Sicherheit im Land ist ein Flickenteppich, *Die Welt*, 4.8.2018, abrufbar unter: <https://www.welt.de/politik/deutschland/article180535920/Polizeigesetze-Die-innere-Sicherheit-im-Land-ist-ein-Flickenteppich.html> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

<sup>3</sup> *AFP*, Joachim Herrmann wirft Gegnern von Polizeigesetz Lügenpropaganda vor, *Die Welt*, 11.5.2018, abrufbar unter: <https://www.welt.de/politik/deutschland/article176261458/Bayern-Joachim-Herrmann-wirft-Gegnern-von-Polizeigesetz-Luegenpropaganda-vor.html> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

2. Vorbereitungshandlungen für sich oder zusammen mit weiteren bestimmten Tatsachen den Schluss auf ein seiner Art nach konkretisiertes Geschehen zulassen, wonach in absehbarer Zeit Angriffe von erheblicher Intensität oder Auswirkung zu erwarten sind (drohende Gefahr), soweit nicht die Art. 12 bis 65 die Befugnisse der Polizei besonders regeln. Bedeutende Rechtsgüter sind:
  1. der Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes,
  2. Leben, Gesundheit oder Freiheit,
  3. die sexuelle Selbstbestimmung,
  4. erhebliche Eigentumspositionen oder
  5. Sachen, deren Erhalt im besonderen öffentlichen Interesse liegt.

### 1. Tatbestand

*a) Individuelles Verhalten einer Person begründet die konkrete Wahrscheinlichkeit (Art. 11 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BayPAG)*

Die Formulierung der ersten Tatbestandsalternative ist sehr weit: Selbst Befürworter der Novelle geben zu, dass fast jedem menschlichen Verhalten eine gewisse Wahrscheinlichkeit einer Schutzgutsverletzung immanent ist.<sup>4</sup>

Unsicherheit stiftet zum einen die Verwendung des Adjektivs „konkret“; schon die Gesetzesbegründung<sup>5</sup> unter Bezugnahme auf das Urteil des BVerfG zum BKA-Gesetz<sup>6</sup> macht deutlich, dass die „konkrete Wahrscheinlichkeit“ eben nicht der konkreten Gefahr entsprechen soll, sondern im Sinne einer niedrigeren Eingriffsschwelle konzipiert ist: die Einführung der „drohenden Gefahr“ „als zusätzliche Gefahrbegriffskategorie“ diene „zur besseren Erfassung vor allem von Vorbereitungshandlungen“;<sup>7</sup> „eine, im Einzelfall auch langanhaltende Überwachung“ werde „immer wichtiger, [...] gerade auch dann, wenn sich noch keine konkreten Straftaten einschließlich strafbarer Vortaten gesichert nachweisen lassen, [...] die von einer Person ausgehende Gefahr aber erneut bzw. nach wie vor hoch ist.“<sup>8</sup> An die „konkrete Wahrscheinlichkeit“ des Art. 11 Abs. 3 BayPAG dürften somit geringere Anforderungen zu stellen sein als an

<sup>4</sup> *Brodmerkel*, Der Gesetzesentwurf zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen – gelungen mit Einschränkungen, BayRVR, 9.3.2017, abrufbar unter: <https://bayrvr.de/2017/03/09/der-gesetzesentwurf-zur-effektiveren-ueberwachung-gefaehrlicher-personen-gelungen-mit-einschraenkungen/> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

<sup>5</sup> BayLT-Drucks. 17/16299, S. 9.

<sup>6</sup> BVerfGE 141, 220 (220 ff.).

<sup>7</sup> BayLT-Drucks. 17/16299, S. 2.

<sup>8</sup> Ebd., S. 1.

die hinreichende Wahrscheinlichkeit der konkreten Gefahr.<sup>9</sup>

Zum anderen ist die Formulierung „individuelles Verhalten einer Person“ redundant;<sup>10</sup> denn das Verhalten einer bestimmten Person ist immer individuell, und ein Verhalten im Sinne eines Handelns oder Unterlassens stets einer bestimmten Person zuzuordnen.

*b) [...] oder Vorbereitungshandlungen lassen für sich oder zusammen mit weiteren bestimmten Tatsachen den Schluss auf ein seiner Art nach konkretisiertes Geschehen zu [...] (Art. 11 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BayPAG)*

Bei der zweiten Tatbestandsalternative ist vor allem fraglich, welche Bedeutung dem Begriff „Vorbereitungshandlungen“ zukommen soll. Denn auf was sind die Vorbereitungshandlungen gerichtet? Auf ein „seiner Art nach konkretisiertes Geschehen“? Oder auf „Angriffe von erheblicher Intensität oder Auswirkungen“? Ist dieses Geschehen mit dem Angriff identisch, oder handelt es sich um einen dreistufigen Aufbau, bei dem zunächst „Vorbereitungshandlungen“ vorliegen müssen, die auf ein nicht näher beschriebenes, aber „seiner Art nach konkretisiertes Geschehen“ gerichtet sein müssen, welches wiederum die Begehung von Angriffen zum Ziel haben?

„Vorbereitungshandlungen“ setzen jedenfalls etwas Vorzubereitendes voraus. Die „drohende Gefahr“ zeichnet sich gerade dadurch aus, dass der zu einem Schaden führende Kausalverlauf nicht so vorhersehbar ist wie bei einer konkreten Gefahr; worauf die Vorbereitungshandlungen sich beziehen, kann somit vor dem Ergreifen von Aufklärungsmaßnahmen noch gar nicht bekannt sein.<sup>11</sup> Interpretiert man „Vorbereitungshandlungen“ als bloße „Handlungen“, nimmt man dem Tatbestandsmerkmal jede begrenzende Wirkung, die darüber hinausgeht, dass es sich um menschliches Verhalten handeln muss (wodurch gleichzeitig der Unterschied zu Nr. 1 verschwimmen würde)<sup>12</sup>; legt man den Begriff jedoch restriktiv aus, sodass ein vorzubereitendes Geschehen bereits absehbar sein muss, so wird der Unterschied zur konkreten Gefahr weitgehend eingeebnet. Eine solche liegt schon vor, wenn Straftaten vorbereitet werden; sind Vorbereitungshandlungen ausnahmsweise selbstständig strafbewehrt, liegt sogar schon eine Störung vor.<sup>13</sup>

<sup>9</sup> *Waechter*, Bayern: Polizeirecht in neuen Bahnen, NVwZ 2018, 458 (460).

<sup>10</sup> *Löffelmann*, Das Gesetz zur effektiven Überwachung gefährlicher Personen – Sicherheitsrecht am Rande der Verfassungsmäßigkeit und darüber hinaus, BayVBl 2018, 145 (148).

<sup>11</sup> *Ebd.*

<sup>12</sup> *Waechter* (Fn. 9), S. 460 sieht Nr. 1 darum als Grundtatbestand.

<sup>13</sup> Vgl. *Eser/Bosch*, in: Schönke/Schröder, 29. Aufl. 2014, Vorb. §§ 22 ff. Rn. 13 f.

Unklar ist, ob derselbe Wahrscheinlichkeitsmaßstab anzulegen ist wie in Art. 11 Abs. 3 S. 1 Nr. 1.<sup>14</sup> Die Formulierung „den Schluss zulassen“ ist nach dem natürlichen Sprachgebrauch weiter als „die konkrete Wahrscheinlichkeit begründen“. Weder Normtext noch Gesetzesbegründung geben allerdings Hinweise zum Wahrscheinlichkeitsmaßstab.<sup>15</sup>

Auch bezüglich der Kriterien, nach denen das „seiner Art nach konkretisierte Geschehen“ konkretisiert sein muss, hüllt das Gesetz sich in Schweigen: Muss ein Ort oder ein bestimmtes Angriffsobjekt bekannt sein, oder das Mittel, mit dem angegriffen wird, etwa Sprengstoff oder Schusswaffen? Oder geht es eher um die Angreifer, etwa ihre Gesinnung und (falls vorhanden) ihren ideologischen Hintergrund?<sup>16</sup>

*c) [...] wonach in absehbarer Zeit Angriffe von erheblicher Intensität oder Auswirkungen zu erwarten sind*

Art. 11 Abs. 3 S. 1 BayPAG fordert, dass Angriffe von erheblicher Intensität oder Auswirkungen zu erwarten sind. Dem Wortlaut nach setzt dies nicht unbedingt physische Gewalttaten voraus; erfasst sein sollen auch etwa Cyberangriffe oder Stalking.<sup>17</sup> Dies stellt eine Ausweitung gegenüber dem Gesetzesentwurf der Landesregierung dar, der von „Gewalttaten von erheblicher Intensität oder Auswirkungen“ spricht.<sup>18</sup>

Ob sich der Angriff gegen ein bedeutendes Rechtsgut nach Art. 11 Abs. 3 S. 2 BayPAG richten muss, ist unklar. Dem Wortlaut nach beziehen die bedeutenden Rechtsgüter sich nur auf die Zielsetzung oder Rechtsfolge der Maßnahmen („um [...] die Entstehung einer Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut zu verhindern“), nicht aber auf die befürchteten „Angriffe von erheblicher Intensität oder Auswirkungen“ – welche für sich genommen kein besonders begrenzendes Merkmal sind.<sup>19</sup> Zum Teil wird aber auch davon ausgegangen, dass auch die Angriffe sich gegen ein bedeutendes Rechtsgut richten müssen.<sup>20</sup>

---

<sup>14</sup> *Waechter* (Fn. 9), S. 460.

<sup>15</sup> *Brodmerkel* (Fn. 4) etwa bezeichnet Nr. 2 als restriktiver als Nr. 1.

<sup>16</sup> *Löffelmann* (Fn. 10) S. 148 mit Fn. 49.

<sup>17</sup> *Müller*, Das Gesetz zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen und die daraus erwachsenen neuen Befugnisse der Bayerischen Polizei, BayVBl 2018, 109 (112).

<sup>18</sup> BayLT-Drucks. 17/16299, S. 5.

<sup>19</sup> *Löffelmann* (Fn. 10), S. 148.

<sup>20</sup> *Holzner*, in: BeckOK-PolR Bayern, Ed. 8, Stand: 1.4.2018, Art. 11 PAG Rn. 154; *Möstl*, Polizeibefugnisse bei drohender Gefahr, BayVBl 2018, 156 (160); *Waechter* (Fn. 9), S. 460.

Ein anderes wesentliches Problem der „drohenden Gefahr“ liegt darin, dass ihr Prognosegegenstand – bei der konkreten Gefahr ein Schaden – nicht klar ist. Dazu trägt auch die sprachlich unschöne Verknüpfung mit „wonach“ bei. Ist bei Art. 11 Abs. 3 BayPAG im Sinne eines dreistufigen Aufbaus aufgrund tatsächlicher Umstände zunächst ein bestimmtes, eine konkrete Gefahr begründendes Geschehen und auf Grundlage dessen ein Schaden zu prognostizieren?<sup>21</sup> Oder muss ein schädigender Angriff direkt prognostiziert werden?

Im ersten Fall muss eine längere Kausalkette zwischen der Situation zum Zeitpunkt der Prognose und dem möglichen Schadenseintritt betrachtet werden als bei der konkreten Gefahr, im zweiten sind die Wahrscheinlichkeitsanforderungen an diesen im Vergleich zur konkreten Gefahr gesenkt. Die Prognosefaktoren Vorhersehbarkeit des Kausalverlaufs und Wahrscheinlichkeit fallen oft zusammen (je mehr unterschiedliche Kausalverläufe zu erwarten sind, desto geringer wird die Wahrscheinlichkeit jedes einzelnen). Dementsprechend wird die Unterscheidung in der Literatur zum polizeirechtlichen Gefahrenbegriff kaum thematisiert.<sup>22</sup> Im Einzelfall kann die Differenzierung aber durchaus einen Unterschied machen, wie folgende Beispiele verdeutlichen sollen:

Beispiel 1: A, der im Internet sporadisch Sympathien für den sogenannten *Islamischen Staat* geäußert hat, kauft in der Apotheke Chemikalien, die zum Bau von Bomben geeignet sind, wozu es aber noch weiterer Chemikalien und einiger Arbeit bedürfte. Hier ist eine relativ lange Kausalkette bis zu potentiell Schaden zu prognostizieren, dieser erscheint aber nicht unwahrscheinlich.

Beispiel 2: B mietet einen LKW an. Der Polizei ist bekannt, dass B psychisch labil ist, aber auch, dass er plant, umzuziehen. Hier wäre die Kausalkette bis zu einem potentiellen Schaden relativ kurz, da B mit dem Laster an einem belebten Ort in eine Menschenmenge fahren könnte, ohne weitere Vorbereitungen treffen zu müssen. Die Wahrscheinlichkeit dafür ist aber gering.

In welchem der beiden Fälle wäre nach Art. 11 Abs. 3 BayPAG nun eine polizeiliche Maßnahme rechtmäßig? In beiden? In keinem?

Um Art. 11 Abs. 3 BayPAG sinnvoll anwenden zu können, wäre es zumindest vorteilhaft, zu wissen, was prognostiziert werden muss, und wie der zu erwartende Angriff sich zu den übrigen Tatbestandsmerkmalen verhält.

---

<sup>21</sup> So *Waechter* (Fn. 9), S. 459.

<sup>22</sup> Etwa *Holzner*, in: BeckOK-PolR Bayern (Fn. 20), Art. 11 PAG Rn. 161; differenzierend aber *Möstl* (Fn. 20), S. 157 f.

*d) Bedeutende Rechtsgüter (Art. 11 Abs. 3 S. 2 BayPAG)*

Mit der Aufnahme von Gesundheit (Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 Var. 2 BayPAG), sexueller Selbstbestimmung (Nr. 3), erheblichen Eigentumspositionen (Nr. 4) und Sachen, deren Erhalt im besonderen öffentlichen Interesse liegt (Nr. 5) in den Katalog der bedeutenden Rechtsgüter geht der bayerische Gesetzgeber über die im Urteil zum BKA-Gesetz aufgezählten Rechtsgüter hinaus<sup>23</sup> – das *BVerfG* listet Leib, Leben und Freiheit der Person sowie Bestand und Sicherheit des Bundes oder eines Landes auf.<sup>24</sup> Ist diese Aufzählung auch nicht (ausdrücklich) abschließend, so gibt sie doch den Schweregrad der zu berücksichtigenden Rechtsgüter vor. Diesen können nicht alle der in Art. 11 Abs. 3 S. 2 BayPAG aufgeführten Rechtsgüter – obgleich zweifellos ebenfalls schützenswert – per se erreichen: beispielsweise umfasst „Gesundheit“ den Schutz vor lebensgefährlichen Seuchen, aber eben auch vor einer alltäglichen Sommergrippe.<sup>25</sup>

Beim Schutz von „Sachen, deren Erhalt im besonderen öffentlichen Interesse liegt“ ist zudem völlig unklar, welche Sachen das sein sollen. Das *BVerfG* nennt in seinem Urteil zur Online-Durchsuchung über Leib, Leben, Freiheit und Bestand und Sicherheit des Staates hinaus auch die Funktionsfähigkeit wesentlicher Teile existenzsichernder öffentlicher Versorgungseinrichtungen.<sup>26</sup> Verglichen mit dieser Formulierung ist Art. 11 Abs. 3 S. 2 Nr. 5 BayPAG viel weniger konkret und potentiell viel weiter.

## 2. Rechtsfolgen

Art. 11 Abs. 3 S. 1 des BayPAG erlaubt es der Polizei sowohl, Aufklärungsmaßnahmen zu ergreifen, als auch, in den Kausalverlauf einzugreifen, um das Entstehen einer Gefahr für ein bedeutendes Rechtsgut zu verhindern. Die Generalklausel umfasst also nicht nur informationelles, sondern auch physisch geprägtes Eingriffshandeln. Darüber hinaus nehmen mehrere Standardbefugnisklauseln Bezug auf die „drohende Gefahr“ (Art. 13 Abs. 1 Nr. 1 lit. b; Art. 14 Abs. 1 Nr. 3; Art. 16 Abs. 1 S. 1 Nr. 2, Abs. 2 S. 1; Art. 21 Abs. 1 Nr. 3; Art. 32 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 lit. b; Art. 32a Abs. 2 S. 1 BayPAG). Zum Teil werden Gefahrenaufklärung und Verhinderung der Entstehung einer konkreten Gefahr aufgrund der finalen Konjunktion „um“ als Zweckbestimmungen anstatt als Teil der Rechtsfolge eingeordnet.<sup>27</sup>

<sup>23</sup> *Löffelmann* (Fn. 10), S. 147.

<sup>24</sup> *BVerfGE* 141, 220 (Rn. 108).

<sup>25</sup> *Löffelmann* (Fn. 10), S. 147.

<sup>26</sup> *BVerfGE* 120, 274 (Rn. 247).

<sup>27</sup> *Waechter* (Fn. 9), S. 459.

## II. Vergleich mit klassischen Gefahrenbegriffen

### 1. Konkrete Gefahr

Eine konkrete Gefahr ist eine Sachlage, die bei ungehindertem Ablauf des objektiv zu erwartenden Geschehens im Einzelfall in absehbarer Zeit mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einem Schaden für ein polizeiliches Schutzgut führt.<sup>28</sup> Ebenso wie die konkrete Gefahr ist auch die „drohende Gefahr“ einzel-fallbezogen; die Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit bzw. den Kausalverlauf sind aber reduziert.<sup>29</sup> Die Unterscheidung zwischen beiden relativiert sich, wenn man sich die „Je-desto-Formel“ in Erinnerung ruft: Diese besagt, dass die Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts umso geringer sind, je größer der zu erwartende Schaden und je höher der Rang des gefährdeten Rechtsgut zu veranschlagen sind.<sup>30</sup> Einige der Fälle, die als Beispiele für die „drohende Gefahr“ genannt werden, könnten somit bereits unter den Begriff der konkreten Gefahr zu subsumieren sein.<sup>31</sup>

### 2. Abstrakte Gefahr

Schon das klassische Polizeirecht kennt aber weitere, dem Regelungsanliegen der „drohenden Gefahr“ eventuell besser entsprechende Gefahrenbegriffe. Einer davon ist die abstrakte Gefahr. Maßgebliches Unterscheidungskriterium zwischen konkreter und abstrakter Gefahr ist der Einzelfallbezug: eine abstrakte Gefahr liegt schon vor, wenn einer nach allgemeinen Merkmalen beschriebenen Situation typischerweise die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts immanent ist.<sup>32</sup> *Heidebach* subsumiert die „drohende Gefahr“ des BayPAG unter den Begriff der abstrakten Gefahr.<sup>33</sup> Anders als bei der klassischen abstrakten Gefahr bezieht sich die „drohende Gefahr“ aber gerade nicht auf allgemein umschriebene Sachlagen, sondern muss im Einzelfall festgestellt werden.<sup>34</sup> Der beabsichtigte Einzelfallbezug steht allerdings in einem gewissen Spannungs-

<sup>28</sup> BVerfGE 141, 220 (Rn. 111).

<sup>29</sup> *Holzner*, in: BeckOK-PolR Bayern (Fn. 20), Art. 11 PAG Rn. 161.

<sup>30</sup> *Ebd.*, Art. 11 PAG Rn. 28; vgl. auch *Trurnit*, in: BeckOK-PolR BW, Ed. 11., Stand: 15.6.2018, § 1 PolG Rn. 20.

<sup>31</sup> *Bautze*, Wie gefährlich sind „Gefährder“?, KJ 2018, 205 (210), führt das Beispiel *Anis Amris* an, der den Anschlag auf den Weihnachtsmarkt am Breitscheidplatz beging und über welchen den Sicherheitsbehörden bereits relevante Erkenntnisse vorlagen.

<sup>32</sup> *Denninger*, in: Lisken/Denninger, HdB Polizeirecht, 6. Aufl. 2018, Rn. D 42.

<sup>33</sup> *Heidebach*, Der Gesetzesentwurf zur effektiveren Überwachung gefährlicher Personen – Wider rechtsstaatliche Kernsätze des Polizeirechts, BayRVR, 13.3.2017, abrufbar unter: <https://bayrvr.de/2017/03/13/der-gesetzesentwurf-zur-effektiveren-ueberwachung-g-gefaehrlicher-personen-wider-rechtsstaatliche-kernsaetze-des-polizeirechts/> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

<sup>34</sup> *Holzner*, in: BeckOK-PolR Bayern (Fn. 20), Art. 11 PAG Rn. 151, 159.

verhältnis zu der Vorverlagerung ins Gefahrenvorfeld: durch diese werden zwangsläufig mehr menschliche Handlungen potentiell für die Polizei relevant als bei der konkreten Gefahr. Dies führt zu einer zumindest potentiell höheren Streubreite der polizeilichen Maßnahmen aufgrund „drohender Gefahr“.

Im Gegensatz zu den klassischen Gefahrenbegriffen ist die „drohende Gefahr“ personen- statt situationsbezogen.<sup>35</sup> Dies wird besonders in Art. 11 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BayPAG deutlich, trifft aber auch auf Nr. 2 zu, da es Vorbereitungs-*handlungen* immanent ist, von Menschen auszugehen. Daraus ergibt sich, dass bei der „drohenden Gefahr“ im Gegensatz zu den meisten Fällen der abstrakten Gefahr kaum belastbares, über die polizeiliche Intuition hinausgehendes Expertenwissen verfügbar ist.<sup>36</sup>

### 3. Gefahrenverdacht

Die „drohende Gefahr“ des BayPAG scheint auf den ersten Blick Ähnlichkeit mit dem Gefahrenverdacht<sup>37</sup> zu haben. Dieser zeichnet sich dadurch aus, dass zwar Anhaltspunkte gibt, die auf das Bestehen einer Gefahr hindeuten, eine hinreichend sichere Prognose mangels Gewissheit über tatsächliche Gegebenheiten oder einschlägige Erfahrungssätze aber nicht möglich ist.<sup>38</sup> Diese Unsicherheit muss über die in der Regel in gewissem Maße auch bei konkreten Gefahren vorhandenen Zweifel hinausgehen.<sup>39</sup> Auch die „drohende Gefahr“ ist mit einem solchen Defizit der Beurteilungsmöglichkeiten behaftet.<sup>40</sup>

Die „drohende Gefahr“ zeichnet sich wesentlich durch ihren Personenbezug aus.<sup>41</sup> Die klassischen Fälle des Gefahrenverdachts stammen hingegen überwiegend aus dem Umweltrecht – so etwa das Lehrbuchbeispiel, in dem Chemikalien in die Erde gesickert sind und nicht feststeht, ob diese ins Grundwasser gelangt sind oder von einer Lösschicht im Boden aufgehalten werden.<sup>42</sup> In einer solchen Situation kann die Sachlage mit den entsprechenden technischen

<sup>35</sup> So *Bäcker*, Das halte ich für verfassungswidrig, *Süddeutsche Zeitung*, 16.5.2018, abrufbar unter: <https://www.sueddeutsche.de/politik/polizeiaufgabengesetz-das-halte-ich-fuer-verfassungswidrig-1.3981681> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

<sup>36</sup> Vgl. *Hanschmann*, „Gefährder“ – eine neue alte Figur im Öffentlichen Recht, *KJ* 2017, 434 (440).

<sup>37</sup> Zum Gefahrenverdacht *Poscher*, Der Gefahrverdacht. Das ungelöste Problem der Polizeirechtsdogmatik, *NVwZ* 2001, 141 (141 ff.); terminologisch unterscheidet *Hanschmann* (Fn. 36) zwischen hergebrachtem Gefahrenverdacht und abstrakterem Gefahrverdacht, S. 442.

<sup>38</sup> *Schenke*, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 10. Aufl. 2018, Rn. 83.

<sup>39</sup> Vgl. *Denninger*, in: *Lisken/Denninger* (Fn. 32), Rn. D 47.

<sup>40</sup> *Hanschmann* (Fn. 36), S. 439 zum Gefährderbegriff.

<sup>41</sup> Siehe oben **C. II. 2.**

<sup>42</sup> Vgl. *Kingreen/Poscher*, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 10. Aufl. 2018, § 8 Rn. 52.

Mitteln eindeutig geklärt werden. In vielen von Art. 11 Abs. 3 BayPAG erfassten Fällen wird es hingegen maßgeblich auf innere Tatsachen ankommen, wie etwa die Intention, einen Anschlag zu begehen. Solche Informationen sind nach dem aktuellen Stand der Wissenschaft nicht objektiv und zuverlässig nachprüfbar. Menschen mit ihren individuellen Motiven lassen sich nicht einfach mit Erde oder Grundwasser vergleichen.<sup>43</sup>

Auch die Rechtsfolgende zeigt Unterschiede auf: Ein Gefahrenverdacht ermächtigt (die übrigen Rechtmäßigkeitsanforderungen vorausgesetzt) grundsätzlich nur zu Gefahrforschungseingriffen;<sup>44</sup> Art. 11 Abs. 3 BayPAG geht darüber hinaus, indem er auch zu Maßnahmen ermächtigt, die notwendig sind, um die Entstehung einer Gefahr für ein in Satz 2 gelistetes bedeutendes Rechtsgut zu verhindern. Eine Vielzahl von Standardbefugnissen nimmt zudem auf die „drohende Gefahr“ Bezug und ermächtigt etwa zu Platzverweisen und Aufenthaltsverboten (Art. 16 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BayPAG), zu elektronischer Aufenthaltsüberwachung (Art. 34 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BayPAG) und indirekt, über den Verweis auf diese beiden Normen, zu Präventivhaft (Art. 17 Abs. 1 Nr. 4, 5 BayPAG) – dabei handelt es sich um Maßnahmen, die, ungeachtet ihrer unterschiedlichen Eingriffstiefen im Einzelfall, in der Regel wesentlich eingriffintensiver sind als Gefahrforschungsmaßnahmen bei Gefahrenverdacht.

#### 4. Anscheinsgefahr

Bei der Anscheinsgefahr gehen die handelnden Beamten subjektiv davon aus, dass eine Gefahr vorliegt, objektiv ist dies aber nicht der Fall. Im Gegensatz zur Putativ- oder Scheingefahr entspricht die Prognose der eines zuverlässigen Durchschnittsbeamten. Polizeiliche Maßnahmen aufgrund einer Anscheinsgefahr sind nach h. M. auf Primärebene (bezüglich der Gefahr) rechtmäßig.<sup>45</sup> Anders als bei der Anscheinsgefahr ist es bei der „drohenden Gefahr“ schwierig bis unmöglich, nachträglich das objektive Vorliegen einer Bedrohungslage zu überprüfen:<sup>46</sup> Da die Situation häufig ambivalent sein wird und es oft auf innere Tatsachen des Inanspruchgenommenen ankommen wird, können im Nachhinein zwar andere Deutungen angestellt werden. Eine stichhaltige, wissenschaftlich fundierte Überprüfung der – zumal zum Überprüfungszeitpunkt bereits in der Vergangenheit liegenden – Lage auf ihr tatsächliches Bedrohungspotential ist in solchen Fällen aber nicht möglich.

<sup>43</sup> Vgl. *Hanschmann* (Fn. 36), S. 439.

<sup>44</sup> *Kingreen/Poscher* (Fn. 42), § 8 Rn. 59.

<sup>45</sup> *Kingreen/Poscher* (Fn. 42), § 8 Rn. 49, 63.

<sup>46</sup> *Hanschmann* (Fn. 36), S. 440: kein ex post-Zeitpunkt zur Kontrolle der Richtigkeit der Prognose.

### C. Einordnung in einen größeren Entwicklungszusammenhang – polizeirechtliche Dogmatik im Wandel

Die Abkehr von der klassischen Orientierung an konkreter Gefahr und Störereigenschaft zeichnet sich schon seit längerem ab. Damit einher geht eine Hinwendung zu weitreichenderen Vorfeldbefugnissen.<sup>47</sup> Diese wird häufig als „Entgrenzung“ des Polizeirechts bezeichnet.<sup>48</sup> Vielfach wird eine neue, zeitgemäße Polizeirechtsdogmatik gefordert.<sup>49</sup>

Das Vordringen ins Vorfeld wird im Wesentlichen mit zwei Faktoren begründet: Zum einen sehen die Polizei- und Sicherheitsbehörden sich mit neuen Bedrohungslagen konfrontiert. Dazu zählen insbesondere Selbstmordanschläge, aber auch Angriffe mit chemischen oder biologischen Waffen oder Cyberangriffe. Dies sind Anschläge mit historisch neuen Mitteln, die Einzelne zu verheerender Zerstörung befähigen.<sup>50</sup> Wie zahlreiche Anschläge seit Beginn des Jahrtausends, von 9/11 bis zu dem Anschlag auf den Weihnachtsmarkt am Berliner Breitscheidplatz, gezeigt haben, ist diese Bedrohungslage durchaus real. Das subjektive kollektive Unsicherheitsgefühl ist aber im Vergleich zu der tatsächlichen Wahrscheinlichkeit, Opfer eines Terroranschlags zu werden, in überproportionalem Maße gestiegen.<sup>51</sup> Angst, Misstrauen und Verunsicherung zu schaffen, stellt ein Ziel und Wesensmerkmal des Terrorismus dar.<sup>52</sup> Zum anderen spielen auch die Erweiterung des Eingriffsbegriffs und die Sensibilität für informationelle Eingriffe eine Rolle, die mit der Entdeckung, Entwicklung oder Erfindung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung durch das *BVerfG* entstanden ist: Zwar hat die Polizei schon immer im Vorfeld Informationen gesammelt, diese sind aber erst durch die ebenfalls entgrenzte Grundrechts-

---

<sup>47</sup> Dazu *Kral*, Die polizeilichen Vorfeldbefugnisse als Herausforderung für Dogmatik und Gesetzgebung des Polizeirechts, 2011, S. 21 ff.; *Möstl*, Die neue dogmatische Gestalt des Polizeirechts. Thesen zur Integration eines modernen informationellen Vorfeldrechts in das klassische rechtsstaatliche Gefahrenabwehrrecht, DVBl 2007, 581 (581 f.).

<sup>48</sup> Beispielsweise *Baldus*, Entgrenzungen des Sicherheitsrechts – neue Polizeirechtsdogmatik?, Die Verwaltung 2014, 1 (1 ff.).

<sup>49</sup> So etwa *ebd.*, S. 16 ff.; *Möstl* (Fn. 47), S. 581 f.; *Park*, Wandel des klassischen Polizeirechts zum neuen Sicherheitsrecht, 2013, 169 f.

<sup>50</sup> *Baldus* (Fn. 48), S. 8.

<sup>51</sup> *Baldus* (Fn. 48), S. 8 f.; *Denninger*, in: Lisken/Denninger (Fn. 32), Rn. D 7; vgl. allg. *Hummelsheim-Doss*, Objektive und subjektive Sicherheit in Deutschland, Bundeszentrale für politische Bildung, 4.8.2017, abrufbar unter: <http://www.bpb.de/apuz/253609/objektive-und-subjektive-sicherheit-in-deutschland?p=all> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

<sup>52</sup> *Kugelmann*, Der polizeiliche Gefahrenbegriff in Gefahr?, DÖV 2003, 781 (782); *Park* (Fn. 49), S. 131 f.

dogmatik als Eingriff eingeordnet worden.<sup>53</sup>

Es besteht zwar Uneinigkeit, ob Freiheit und Sicherheit als abstrakte Werte einander widersprechen oder sich ergänzen,<sup>54</sup> doch kann kaum bestritten werden, dass ein an Prävention im Vorfeld konkreter Gefahren orientiertes Polizeirecht anderen Funktionslogiken folgt als das klassische abwehrrechtliche Modell.<sup>55</sup>

Der Zusammenhang zwischen Vorfeldhandeln und Eingriffen in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist ein wesentliches Merkmal der Ausweitung von polizeilichem Vorfeldhandeln.<sup>56</sup> Häufig sind diese Eingriffe umso sensibler, da viele Bürger sie mangels technischer Kenntnisse nicht vollends erfassen und kontrollieren können, selbst wenn sie offen und nicht verdeckt erfolgen.<sup>57</sup> Doch auch Terrorismus und organisierte Kriminalität, die durch Vorfeldbefugnisse bekämpft werden sollen, sind von schwer greifbaren Kausalzusammenhängen und einer Vielzahl von Verursachern geprägt. Beides trägt zur hohen Komplexität polizeilicher Vorfeldeingriffe bei.<sup>58</sup>

Bei höherer Personenorientierung<sup>59</sup> ist gleichzeitig der Zurechnungszusammenhang zwischen Adressaten polizeilicher Maßnahmen und befürchtetem Schaden loser und weist typischerweise eine größere Streubreite auf; Unbeteiligte, die nach den klassischen Begrifflichkeiten weder Störer noch Nichtstörer sind, werden verstärkt in Anspruch genommen.<sup>60</sup> Aufgrund der Ambivalenz der äußeren Umstände, die ebenso gut auf die Planung von Straftaten wie auf ein harmloses Geschehen hindeuten können,<sup>61</sup> wird es häufig auf die Pläne und Absichten der Adressaten, d. h. auf innere Tatsachen, ankommen.<sup>62</sup> Diese Mehrdeutigkeit der Tatsachenbasis und die schwierigere Absehbarkeit noch unsicherer zukünftiger Kausalverläufe führen notwendig zu einem erhöhten Risiko von Fehlprognosen.<sup>63</sup> Dass auch das Bedrohungspotential in seiner Gestalt und Schwere kaum

<sup>53</sup> Baldus (Fn. 48), S. 9 f.; Park (Fn. 49), S. 163.

<sup>54</sup> Zu Freiheit und Sicherheit im GG umfassend Park (Fn. 49), S. 38 ff.; für letztere Auffassung insbesondere Baldus (Fn. 48), S. 12: Nach einem materiellen Rechtsstaatsverständnis sei „echte“ Freiheit nicht nur solche vom Staat, sondern vor allem Freiheit durch den Staat; dazu sei bemerkt, dass auch Sicherheit solche durch den Staat wie vor dem Staat sein kann.

<sup>55</sup> Vgl. Denninger, in: Litsken/Denninger (Fn. 32), Rn. D 5.

<sup>56</sup> Park (Fn. 49), S. 151 *et passim*; vgl. auch Kugelmann (Fn. 52), S. 781 f.

<sup>57</sup> Park (Fn. 49), S. 162.

<sup>58</sup> *Ebd.*, S. 159.

<sup>59</sup> Vgl. Kugelmann (Fn. 52), S. 785.

<sup>60</sup> Park (Fn. 49), S. 153.

<sup>61</sup> BVerfGE 110, 33 (Rn. 123, 125); 113, 348 (Rn. 121).

<sup>62</sup> Vgl. BVerfGE 110, 33 (Rn. 122).

<sup>63</sup> Dagegen – aber ohne nähere Begründung – Märtl (Fn. 47), S. 586.

sicher einzuschätzen ist, macht eine einzelfallbezogene Güterabwägung unter möglicher Vermeidung von Fehlprognosen äußerst schwierig.<sup>64</sup>

Zudem ist im Vorfeld tendenziell eine Aufweichung der Unterscheidung von Gefahrenvorsorge (also der Verhinderung der Entstehung von Gefahren), Straftatenverhütung (also die vorbeugende Bekämpfung der Begehung von Straftaten) und Strafverfolgungsvorsorge (also die vorbeugende Erleichterung der Verfolgung künftiger Straftaten), mithin von Repression und Prävention, zu beobachten.<sup>65</sup>

#### D. Verfassungsmäßigkeit

Das *BVerfG* hat die Abkehr vom Begriff der konkreten Gefahr unter bestimmten Voraussetzungen für verfassungsgemäß erklärt.<sup>66</sup> Die – nach eigenen Angaben an das BKAG-Urteil angelehnte –<sup>67</sup> Ausgestaltung des bayerischen Gesetzgebers genügt den Anforderungen des Grundgesetzes hinsichtlich Bestimmtheit und Verhältnismäßigkeit aber nicht, wie im Folgenden deutlich werden soll.

#### I. Bestimmtheitsgebot

Nach der *BVerfG*-Rechtsprechung müssen Handlungsvoraussetzungen auch bei Vorfeldmaßnahmen so eng gefasst sein, dass ein Standard an Kontrollierbarkeit und Vorhersehbarkeit entsteht, der dem bei überkommenen Aufgaben der Gefahrenabwehr und der Strafverfolgung entspricht.<sup>68</sup> Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe sind zwar zulässig,<sup>69</sup> aber die Betroffenen müssen die Rechtslage so erkennen können, dass sie ihr Verhalten danach ausrichten können; erhöhte Anforderungen gelten, wenn die Unklarheit die Ausübung von Grundrechten erschwert.<sup>70</sup> Je schwerwiegender die Auswirkungen einer Regelung sind, desto genauer muss sie bestimmt sein.<sup>71</sup> Dabei dienen Bestimmtheit und Normenklarheit auch dazu, die Verwaltung zu binden und ihr Handeln nach Inhalt, Zweck und Ausmaß zu begrenzen.<sup>72</sup>

---

<sup>64</sup> *Kral* (Fn. 47), S. 117.

<sup>65</sup> Dazu *ebd.*, S. 97 ff.

<sup>66</sup> *Heidebach* (Fn. 33) interpretiert die maßgebliche Passage des BKAG-Urteils im Sinne eines Regel-Ausnahme-Verhältnisses zugunsten der konkreten Gefahr, von der nur punktuell und ausnahmsweise abgewichen werden darf.

<sup>67</sup> BayLT-Drucks. 17/16299, S. 1; *Müller* (Fn. 17), S. 110.

<sup>68</sup> BVerfGE 110, 33 (Rn. 113) – Zollkriminalamt.

<sup>69</sup> *Sommerrmann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG II, 7. Aufl. 2018, Art. 20 Rn. 289.

<sup>70</sup> BVerfGE 113, 348 (Rn. 117).

<sup>71</sup> *Sommerrmann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck II (Fn. 69), Art. 20 Rn. 290.

<sup>72</sup> BVerfGE 113, 348 (Rn. 118).

Da die Generalklausel – das Nichteingreifen einer spezielleren Befugnisnorm vorausgesetzt – die Polizei zu schwerwiegenden informationellen wie physisch geprägten Maßnahmen ermächtigt, gelten hohe Bestimmtheitsanforderungen. Zwar sind polizeiliche Generalklauseln zur Gewährleistung einer effektiven Gefahrenabwehr nötig; die ausreichende Bestimmtheit herkömmlicher polizeilicher Generalklauseln (z. B. Art. 11 Abs. 1 BayPAG, § 17 Abs. 1 ASOG Berlin) wird kaum noch angezweifelt;<sup>73</sup> diese setzen aber eine konkrete Gefahr voraus.

Wie gesehen, bleiben bei der Legaldefinition der „drohenden Gefahr“ in Art. 11 Abs. 3 BayPAG hinsichtlich der Bedeutung der vielen unbestimmten Rechtsbegriffe und ihrem Verhältnis zueinander viele Fragen offen. Selbstverständlich kann die neu eingeführte Norm nicht auf eine so langjährige gerichtliche Konkretisierung zurückblicken wie die Gefahrenbegriffe des klassischen Polizeirechts. Doch ist fraglich, ob eine verfassungsgemäße Bestimmung der Norm überhaupt möglich wäre. Wenn die konkrete Gestalt eines Schadens noch gar nicht feststehen muss, wie können dann etwa auf diesen gerichtete „Vorbereitungshandlungen“ identifiziert werden? Und wie soll ein noch so pflichtbewusster Durchschnittsbeamter eine „absehbare Zeit“ absehen können, wenn noch nicht einmal ein konkreter Schaden in Sichtweite ist? In ihren Anforderungen an Wahrscheinlichkeit und Vorhersehbarkeit des Kausalverlaufs gelockert, schwebt die Vorfeldbefugnis des Art. 11 Abs. 3 BayPAG zwangsläufig in leerem Raum. Auch sind „individuelles Verhalten“, „bestimmte Tatsachen“ und das „seiner Art nach konkretisiertes Geschehen“ so weit gefasst, dass diesen Merkmalen praktisch keine begrenzende Wirkung zukommt.

Es ist zu erwarten, dass den Anwendungsfällen des Art. 11 Abs. 3 BayPAG hochgradig ambivalente und komplexe Lebenssachverhalte zugrunde liegen werden, die der Polizei zunächst nur bruchstückhaft bekannt sein werden. Wie die handelnden Beamten auf der Grundlage des Wortlautes des Art. 11 Abs. 3 BayPAG ermessensfehlerfrei entscheiden sollen, ob und wie sie gegen eine Person vorgehen, ist schleierhaft. Ebenso schleierhaft ist, wie Bürger ihr Verhalten nach einer solchen Norm ausrichten können sollen.

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Einzelfall stellt auch keine ausreichende Begrenzung der polizeilichen Handlungsmöglichkeiten dar. Dafür sind die Abwägungstopoi, vor allem das Ausmaß des möglichen Schadens, im Vorfeld schlicht zu unklar. Und es ist nicht zu vergessen, dass jeder Polizeibeamte jede konkrete Situation ein wenig anders einschätzen wird als seine Kollegen – was nur menschlich ist, aber zeigt, dass die oft beschworene Verhältnismäßigkeit im

---

<sup>73</sup> Holzner, in: BeckOK-PolR Bayern (Fn. 20), Art. 11 PAG Rn. 134.

Einzelfall<sup>74</sup> ein notwendiger, aber kein hinreichender Kontrollmechanismus staatlichen Handelns ist. Die Anforderung des *BVerfG*, dass die Entscheidung über die Grenzen der Freiheit der Bürger nicht einseitig im Ermessen der Verwaltung liegen dürfen,<sup>75</sup> ist damit bei Art. 11 Abs. 3 BayPAG nicht erfüllt.<sup>76</sup>

Dass „[e]ine konkrete Prüfung im Einzelfall [...] aufgrund des Gebots, allgemeingültige Normen zu schaffen, nicht im Vorfeld abstrakt im Gesetzeswege vorweggenommen werden“ kann,<sup>77</sup> hat, soweit ersichtlich, niemand je bestritten. Dass aber eine Einzelfallprüfung anhand der vorliegenden Norm nicht einmal in einfachen Fällen gelingt,<sup>78</sup> kann nur dafür sprechen, dass die Norm dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot nicht genügt.

Gegen die mangelnde Bestimmtheit kann auch nicht argumentiert werden, dass der bayerische Gesetzgeber sich nahe an die Formulierung des *BVerfG* im BKAG-Urteil angelehnt hat und man nicht „erstlich vom Gesetzgeber verlangen [können], dass er klüger ist als das *BVerfG*, wenn dieses [...] Leitsätze für die zulässige Fassung von Vorfeldtatbefugnissen formuliert.“<sup>79</sup> Denn es gilt zu beachten, dass das *BVerfG*, obwohl es sich gerne als Nebengesetzgeber betätigt,<sup>80</sup> dazu da ist, über die spezifische Auslegung der Verfassung in den ihm vorliegenden Fällen zu entscheiden. Diese Auslegung ist für den Gesetzgeber verbindlich (§ 31 Abs. 1 Var. 1 BVerfGG), doch sich bei der Gesetzgebung nur auf das *BVerfG* zu stützen, genügt nicht. Über Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 3 Var. 1 GG ist er direkt an das Grundgesetz gebunden.

## II. Verhältnismäßigkeit

Art. 11 Abs. 3 BayPAG wurde vor allem als Reaktion auf die Terroranschläge der letzten Jahre erlassen.<sup>81</sup> Dass Terrorismus ein erhebliches Problem unserer Gesellschaft darstellt, ist nicht zu bestreiten. Schon mit einfachen Mitteln kann verheerende Zerstörung angerichtet werden, wodurch Leben und körperliche Unversehrtheit von vielen Menschen auf einmal verletzt und Staat und verfas-

<sup>74</sup> So baut Möstl (Fn. 20), S. 163 *et passim* stark auf eine verfassungskonforme Auslegung und eine verhältnismäßige Anwendung im Einzelfall.

<sup>75</sup> BVerfGE 113, 348 (Rn. 118).

<sup>76</sup> Vgl. Löffelmann (Fn. 10), S. 149.

<sup>77</sup> Müller (Fn. 17), S. 112.

<sup>78</sup> Vgl. dazu oben B. I. 1. c).

<sup>79</sup> So Möstl (Fn. 20), S. 159.

<sup>80</sup> Vgl. Böckenförde, Staat, Verfassung, Demokratie: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht, 2. Aufl. 1992, S. 159. Zur Legitimität verfassungsgerichtlicher Kontrolle unter dem Aspekt der Gewaltenteilung Möllers, Die drei Gewalten, 2008, S. 146 f.

<sup>81</sup> BayLT-Drucks. 17/16299, S. 1; Müller (Fn. 17), S. 109; Waechter (Fn. 9), S. 458.

sungsmäßige Ordnung angegriffen werden können.<sup>82</sup> Ähnlich problematisch sind Verbrechen im Rahmen der organisierten Kriminalität oder Amokläufe. Die Rechtsgüter Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 Var. 1 und 2 GG), den Bestand des Staates und die verfassungsmäßige Ordnung zu schützen, ist ein wichtiges und legitimes Ziel.

Die Generalklausel des Art. 11 Abs. 3 BayPAG ist grundsätzlich geeignet, der bayerischen Polizei die frühzeitige Verhinderung terroristischer und anderer Anschläge zu erleichtern. Das Ausmaß dieser Eignung sollte allerdings nicht überschätzt werden. Die Vorverlagerung der polizeilichen Prognose führt dazu, dass mehr Menschen und ihr Verhalten als potentiell relevant betrachtet werden müssen, bevor „ausgesiebt“ wird.<sup>83</sup> Um aber tatsächlich Schäden zu verhindern, ist eine Auswertung der durch Überwachungsmaßnahmen generierten enormen Datenmenge notwendig, die nicht immer effizient durchgeführt wird und umso schwerer durchführbar ist, je größer die Datenmenge wird.<sup>84</sup>

Bei gleicher Wirksamkeit könnte es mildere Mittel – weniger eingriffsintensive Alternativen – geben. Auffällig ist, dass sich über das Ziel, gerade terroristische Anschläge zu verhindern, eigentümlich wenig im Gesetzestext wiederfindet. Eine mildere Lösung wäre die tatbestandliche Begrenzung auf Terrorismus, die bezüglich der Terrorismusdefinition z. B. auf Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 S. 1 des europäischen Rahmenbeschlusses zur Terrorismusbekämpfung rekurren könnte.<sup>85</sup> Dies wäre allerdings bezüglich anderer Fallgestaltungen, etwa nicht extremistisch motivierter Amokläufe, weniger wirksam.

Möglicherweise hätte aber die bereits bestehende Generalklausel des Art. 11 Abs. 1 BayPAG ausgereicht. Wie *Möstl* ausführt, wurde der konkrete Gefahrenbegriff auch schon einmal weiter ausgelegt als jüngst im BKAG-Urteil des *BVerfG*: Somit könnten viele Situationen, in denen ein Schaden absehbar ist, ohne dass bekannt wäre, wo, wann und wie genau er eintreten wird, unter die konkrete Gefahr subsumiert werden.<sup>86</sup> Bei der konkreten Gefahr ist abzuwägen: die Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit des befürchteten Schadens sind umso geringer, je schwerwiegender dieser ist und je wertvoller das ge-

---

<sup>82</sup> Vgl. BVerfGE 141, 220 (Rn. 96).

<sup>83</sup> *Möstl* (Fn. 47), S. 585 f.

<sup>84</sup> Vgl. die massenhafte Überwachung durch die NSA, die nicht einmal einen einzigen Terroranschlag nachweisbar verhindert hat, *Greenwald*, Die globale Überwachung, 2014, S. 286 ff.

<sup>85</sup> *Rat der Europäischen Union*, Rahmenbeschluss des Rates v. 13.6.2002 zur Terrorismusbekämpfung (2002/475/JI), AblEG 2002, Nr. 164. Kritisch zum fehlenden Terrorismusbezug auch *Heidebach* (Fn. 33).

<sup>86</sup> *Möstl* (Fn. 20), S. 158 f.

schützte Rechtsgut („Je-desto-Formel“<sup>87</sup>).<sup>88</sup>

Zudem erfährt der Begriff der konkreten Gefahr mit der zunehmenden Erfassung abstrakt gefährlicher Situationen in anderen Gesetzen über das Schutzgut der öffentlichen Sicherheit von allein eine Ausweitung.<sup>89</sup> Trotz, ja wegen der immensen durch Terrorismus drohenden Schäden würde die Flexibilität des klassischen Gefahrenbegriffs wohl schon genügen, um dieser Bedrohung zu begegnen. Doch selbst wenn man aufgrund der dem Gesetzgeber zustehenden Einschätzungsprärogative die Erforderlichkeit bejaht, ist die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne fraglich.

Die Tauglichkeit des Verhältnismäßigkeitsprinzips zur rechtsstaatlichen Eingrenzung von Eingriffen im Gefahrenvorfeld ist bezweifelt worden, da der Schaden noch völlig unklar und damit potentiell unermesslich hoch sei, die Abwägung somit immer zugunsten der polizeilichen Maßnahme ausfallen müsse.<sup>90</sup> Bei der Abwägung ist aber auch die Schadenswahrscheinlichkeit zu berücksichtigen: Ungeachtet der medialen Fixierung auf das Thema, ist die Wahrscheinlichkeit, Opfer eines Terroranschlags zu werden gering, wenn man sie ins Verhältnis zu anderen Todesursachen setzt.<sup>91</sup> Die weltweiten „Hotspots des Terrorismus“ liegen auch nicht in Westeuropa.<sup>92</sup>

Für die Unangemessenheit der Norm spricht, dass sie geradezu eine Einladung zu Gleichheitsverstößen darstellt: ist die Norm auch nicht auf islamistischen Terrorismus beschränkt, so ist sie doch im Hinblick auf diesen entstanden. Bereits im zweiten Satz der Gesetzesbegründung wird explizit auf den Islamismus Bezug genommen.<sup>93</sup> Auch dominiert dieser den öffentlichen Diskurs. Anschläge wie im Juli 2016 in Ansbach oder im Dezember 2016 am Breitscheidplatz in

<sup>87</sup> Siehe oben **B. II. 1.**

<sup>88</sup> *Bautze* (Fn. 31), S. 208 f.; *Schenke* (Fn. 38), Rn. 77.

<sup>89</sup> *Denninger*, in: *Lisken/Denninger* (Fn. 32), Rn. D 19.

<sup>90</sup> *Volkmann*, *Polizeirecht als Sozialtechnologie*, NVwZ 2009, 216 (220); vgl. auch *Waechter* (Fn. 9), S. 461; dagegen *Baldus* (Fn. 48), S. 13.

<sup>91</sup> O.V., „So hoch ist die Gefahr wirklich, Opfer des Terrors zu werden“, *Huffington Post* v. 22.7.2016, abrufbar unter: [www.huffingtonpost.de/der-querdenker/terrorstatistik-deutschland-wahrscheinlichkeit-anschlag\\_b\\_11103556.html](http://www.huffingtonpost.de/der-querdenker/terrorstatistik-deutschland-wahrscheinlichkeit-anschlag_b_11103556.html) (zuletzt abgerufen am 17.12.2018); zu den häufigsten Todesursachen *WHO*, *Causes of death, by WHO Region*, abrufbar unter: [http://www.who.int/gho/mortality\\_burden\\_disease/causes\\_death/region/en/](http://www.who.int/gho/mortality_burden_disease/causes_death/region/en/) (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

<sup>92</sup> *Global Terrorism Database*, *Terrorist Attacks 2017, Concentration and Intensity*, abrufbar unter: [www.start.umd.edu/gtd/images/START\\_GTD\\_Heat\\_Map\\_2017.jpg](http://www.start.umd.edu/gtd/images/START_GTD_Heat_Map_2017.jpg) (zuletzt abgerufen am 17.12.2018); *Renn*, *Kein Grund, so viel Angst zu haben*, *Zeit Online*, 19.7.2016, abrufbar unter: <https://www.zeit.de/wissen/2016-07/terror-in-europa-nizza-attentat-risiko-angst/komplettansicht> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

<sup>93</sup> *BayLT-Drucks. 17/16299*, S. 1.

Berlin dürften dazu beigetragen haben, dass sich das Bild des Dihadisten als Prototyp des Terroristen verfestigt hat. Ist es auch bis zu einem gewissen Grad sinnvoll, in dem entsprechenden Milieu zu ermitteln, besteht doch ein großes Risiko, ungerechtfertigterweise nach der Religionszugehörigkeit oder ethnischen Zuschreibungen zu differenzieren. Eine solche Diskriminierung aufgrund der Abstammung, Rasse, Heimat und Herkunft, des Glaubens oder religiöser oder politischer Anschauungen würde gegen Art. 3 Abs. 1, 3 GG verstoßen.

Art. 11 Abs. 3 BayPAG ist auch geeignet, eine stigmatisierende Wirkung zu lasten von Personen, Orten und Verhaltensweisen zu entfalten. So können Menschen davon abgeschreckt werden, bestimmte Orte, etwa eine bestimmte Moschee, aufzusuchen, sich mit Bekannten zu treffen, die extremistische Tendenzen zeigen, Mitglied in Rockerbanden, Rechts-Rockbands oder radikalen Tierschutzorganisationen sind, oder Produkte zu kaufen, die neben ihren gewöhnlichen, harmlosen Verwendungszwecken auch als Waffen gebraucht werden können (etwa bestimmte Chemikalien, die zur Herstellung von Sprengstoffen geeignet und – wenn auch in geringer Dosierung – auch in Apotheken erhältlich sind). Das *BVerfG* hat in seinem BKAG-Urteil ausdrücklich festgestellt, dass ein fundamentalistisches Religionsverständnis nicht ausreicht, um Überwachungsmaßnahmen zu rechtfertigen.<sup>94</sup> Auch solche religiösen Ansichten, auch extreme politische Meinungen und Organisationen, so unsympathisch sie sind, fallen grundsätzlich in die Schutzbereiche der Art. 4 Abs. 1, 2 bzw. Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 und Art. 8 Abs. 1 GG. Dass über die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) hinausgehend auch speziellere Grundrechte betroffen sein können, spricht für die Unangemessenheit der Norm.

Gegen diese Argumente kann auch nicht eingewendet werden, dass die Norm aufgrund ihres Einzelfallbezugs keine ausreichend große Streubreite hätte, um stigmatisierende Wirkung zu entfalten. Dem wäre nur zuzustimmen, wenn die Norm von ihren Tatbestandsvoraussetzungen eng begrenzt wäre. Der Wortlaut ist aber so weit, dass die Polizei schon der Praktikabilität halber nur auf einen Teil der „drohenden Gefahren“ reagieren kann, und ihr Entschließungsermessen darum eine besonders große Rolle spielt. Da die eine „drohende Gefahr“ begründenden Tatsachen der Polizei erst einmal bekannt werden müssen, ist es wahrscheinlich, dass sich die Ermittlungen, in bestimmten Milieus begonnen, weiterhin auf diese fokussieren werden und eine einmal eingeschlagene Ermittlungsrichtung sich selbst verstärken wird. Konkret ist zu erwarten, dass unverhältnismäßig häufig im fundamental-islamischen Milieu ermittelt werden

---

<sup>94</sup> BVerfGE 141, 220 (Rn. 113).

wird,<sup>95</sup> da islamistischer Terrorismus den öffentlichen Diskurs und (wohl in-  
folgedessen) auch die Ratio der Gesetzesänderung dominiert.<sup>96</sup> Islamismus soll-  
te selbstverständlich in keiner Weise verharmlost werden. Doch mit einer ein-  
seitigen Fokussierung auf eine Schlagrichtung des Terrorismus ist weder der  
allgemeinen Sicherheit gedient, noch entspricht sie den in Art. 3 Abs. 1, 3 GG  
niedergelegten Grundwerten der Rechtsordnung.

Zudem ist nicht ersichtlich, wie angesichts der Unsicherheit der Tatsachenbasis  
nicht auf polizeiliche Erfahrungen und Intuition rekurriert werden soll – was  
wegen der trotz allem bestehenden Notwendigkeit tatsächlicher Anhaltspunkte  
nicht zulässig wäre. Sowohl auf Seiten der Polizei als auch bei den Polizeipflich-  
tigen droht die „drohende Gefahr“ erhebliche Unsicherheit zu verursachen.

Problematisch ist außerdem die Ausweitung der besonders geschützten Rechts-  
güter über die vom *BVerfG* aufgezählten Rechtsgüter. Dies sind in erster Linie  
Leben, körperliche Unversehrtheit, Freiheit und Güter der Allgemeinheit, deren  
Bedrohung zugleich den Bestand des Staates bedroht.<sup>97</sup>

Auch hinsichtlich der Rechtsfolge ist die Norm eventuell unverhältnismäßig.  
Das *BVerfG* hat die Zulässigkeit einer Vorverlagerung ins Gefahrenvorfeld aus-  
drücklich nur für Überwachungsmaßnahmen, also informationelle Eingriffe,  
erlaubt.<sup>98</sup> Der Umkehrschluss, dass daher aktionelle, den Kausalverlauf unter-  
brechende Eingriffe nicht erlaubt sein sollen, ist zwar nicht logisch zwingend.  
Er liegt aber nahe, da solche Maßnahmen regelmäßig eine höhere Eingriffs-  
intensität haben. Auch der Vergleich mit dem Gefahrenverdacht spricht dafür.<sup>99</sup>

Ein wichtiges Argument ist, dass es für die Adressaten von Vorfeldmaßnahmen  
praktisch unmöglich ist, sich zu entlasten: dass die Positivprognose einer „dro-  
henden Gefahr“ fehlerhaft war, ist ex post nicht nachweisbar; dass kein Scha-  
den eingetreten ist, kann immer auch auf die polizeiliche Maßnahme zurückzu-  
führen sein; und wie soll ein in Anspruch Genommener nachweisen, dass durch  
sein Verhalten nie auch nur eine Gefahr bestanden hat? Beweisen lassen sich  
höchstens Negativprognosen, wenn sich ein nicht in Anspruch Genommener  
doch als gefährlich erweist.<sup>100</sup> Auch Verfahrensanforderungen können Unbe-  
stimmtheit und Unverhältnismäßigkeit der Norm also nicht kompensieren.

---

<sup>95</sup> BayLT-Drucks. 17/16299, S. 1.

<sup>96</sup> Siehe oben Text zu Fn. 93.

<sup>97</sup> BVerfGE 120, 274 (Rn. 247); *Löffelmann* (Fn. 10), S. 147.

<sup>98</sup> BVerfGE 141, 220 (Rn. 112); *Heidebach* (Fn. 33).

<sup>99</sup> Siehe oben **B. II. 3.**

<sup>100</sup> *Wächter* (Fn. 9), S. 462 mit Fn. 19.

## E. Zusammenfassung

Art. 11 Abs. 3 BayPAG kann als dogmatisch völlig verfehlt bezeichnet werden; wie er in der Praxis konsistent und ermessensfehlerfrei gehandhabt werden soll, ist schleierhaft. Seine Einführung entspricht jedoch einer allgemeinen Entwicklungsrichtung hin zu personen- oder ortsbezogenen, meist informationell geprägten Eingriffsbefugnissen im Gefahrenvorfeld, die nicht in die klassische, auf konkrete Gefahren ausgerichtete Polizeirechtsdogmatik passen. Eine solche Entwicklung sollte schon grundsätzlich mit Vorsicht betrachtet werden, da Sicherheit und Prävention nie erreicht, sondern immer noch weiteroptimierbar und damit „tendenziell totalitäre Begriffe“<sup>101</sup> sind. Eine Ausweitung der Vorfeldbefugnisse ist zwar nach dem *BVerfG* nicht per se mit dem Grundgesetz unvereinbar, ihre Ausgestaltung obliegt dem demokratisch legitimierten (Landes-)Gesetzgeber. Im Falle der neuen bayerischen Generalbefugniklausel für Vorfeldmaßnahmen sind aber weder die verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsanforderungen noch der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gewahrt. Die „moderate, von den Voraussetzungen her eng begrenzte Arrondierung des polizeilichen Gefahrenbegriffs“<sup>102</sup> führt zu einer uferlosen Ausweitung der polizeilichen Befugnisse, sie bringt den Rechtsstaat in Gefahr und begünstigt die Entwicklung zu einem Überwachungsstaat. Die Proteste gegen die Novelle zeigen, dass diese Sicht von vielen Bürgern geteilt wird.<sup>103</sup> Es bleibt zu hoffen, dass das *BVerfG*<sup>104</sup> und der *BayVerfGH*<sup>105</sup> das ähnlich sehen werden.

<sup>101</sup> *Fischer* im Interview mit *Hipp/Lakotta*, „Ein Rest von Rache“, *Der Spiegel* 42/2018, 13.10.2018.

<sup>102</sup> BayLT-Drucks. 17/16299, S. 9; zustimmend *Möstl* (Fn. 20), S. 158; *Heidebach* (Fn. 33) bemerkt hingegen treffend, die Formulierung grenze an Neusprech.

<sup>103</sup> *Ratzesberger/Stegemann*, 30.000 Menschen demonstrieren gegen Polizeigesetz, *Süddeutsche Zeitung*, 10.5.2018, abrufbar unter: <https://www.sueddeutsche.de/muenchen/massenproteste-in-muenchen-menschen-demonstrieren-gegen-polizeigesetz-1.3974427> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

<sup>104</sup> Vgl. *Braun*, Ein ungleiches Trio gegen die CSU, *Süddeutsche Zeitung*, 10.9.2018, abrufbar unter: [www.sueddeutsche.de/politik/bayerisches-polizeiaufgabengesetz-ein-ungleiches-trio-kaempft-gegen-die-csu-1.4123809](http://www.sueddeutsche.de/politik/bayerisches-polizeiaufgabengesetz-ein-ungleiches-trio-kaempft-gegen-die-csu-1.4123809); Antrag auf Normenkontrolle einsehbar unter: [https://freiheitsrechte.org/home/wp-content/uploads/2018/10/GFF\\_Verfassungsbeschwerde\\_BayPAG\\_anonym.pdf](https://freiheitsrechte.org/home/wp-content/uploads/2018/10/GFF_Verfassungsbeschwerde_BayPAG_anonym.pdf) (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

<sup>105</sup> Vgl. *dpa*, „SPD klagt gegen Polizeiaufgabengesetz“, *Süddeutsche Zeitung*, 5.9.2018, abrufbar unter: <https://www.sueddeutsche.de/bayern/pag-bayern-spd-klage-polizei-aufgabengesetz-1.4118631>; Beschwerdeschrift einsehbar unter <https://katharina-schulze.de/wp-content/uploads/2018/04/Klageschrift-BayPAG-Novelle-2017.pdf> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

Elias Haacke \*

## Vorschläge zur Schaffung eines GbR-Registers mit freiwilliger Registrierungsmöglichkeit

### Abstract

Im Jahr 2001 hat der *BGH* in seiner Entscheidung „ARGE Weißes Ross“ die (Teil)Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts anerkannt. Seitdem sind sich Wissenschaft und Praxis weitgehend einig, dass der Sicherheit des Rechtsverkehrs mit der Schaffung von Registerpublizität für dieses neuartige Rechtssubjekt geholfen wäre. Dieser Beitrag unterbreitet einen Regelungsvorschlag zur Einrichtung und Gestaltung eines freiwilligen Registers für die GbR. Das dabei entworfene Modell strebt nach einem Ausgleich zwischen dem Erhalt der GbR-spezifischen Flexibilität und der Gewährleistung von Verkehrssicherheit insbesondere im Bereich von in Registern eingetragenen Rechten.

---

\* Der Verfasser studiert seit dem Wintersemester 2015/2016 Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg und absolviert derzeit ein Auslandsjahr an der University of Cambridge. Der Beitrag beruht auf einer Arbeit, die 2018 im Rahmen des Berliner Blockseminars „Reform des Personengesellschaftsrechts – ein Gesetzgebungsprojekt“ bei Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter Hommelhoff sowie Dr. Eberhard Schollmeyer, LL.M. angefertigt wurde.

## A. Einleitung

Mit seiner Entscheidung zur „ARGE Weißes Ross“<sup>1</sup> beendete der BGH im Jahr 2001 die damals seit rund dreißig Jahren schwelenden dogmatischen Streitigkeiten zur Rechts- und Parteifähigkeit der BGB-Gesellschaft<sup>2</sup> in der Weise, dass er die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) als vollwertiges Rechtssubjekt anerkannte, soweit sie als solche am Rechtsverkehr teilnimmt. Er löste mit der Entscheidung einige Probleme betreffend die GbR,<sup>3</sup> schuf gleichzeitig aber auch eine Reihe neuer Schwierigkeiten, die bis heute nicht bewältigt sind. Viele dieser Folgeprobleme hängen damit zusammen, dass mit der rechtsfähigen GbR ein Rechtssubjekt ohne eigene Publizität geschaffen worden ist.<sup>4</sup>

Dem Rechtsverkehr entstehen daraus bei Geschäften mit BGB-Gesellschaften erhebliche Unsicherheiten bezüglich Existenz, Identität, Vertretung und Haftung der Vertragspartnerin.<sup>5</sup> Der Gesetzgeber hat, wie beispielsweise im Grundstücksrecht mit der Schaffung von § 899a BGB und § 47 Abs. 2 GBO, der die Eintragung der Namen der Gesellschafter in das Grundbuch vorsieht, korrigierend eingegriffen. Diese Vorschriften sollten eine Entwertung des Grundbuchs durch die Eintragung von BGB-Gesellschaften mit nichts als ihrem eigenen Namen verhindern,<sup>6</sup> erwiesen sich aber als schwer handhabbar und haben darum teils scharfe Kritik erfahren.<sup>7</sup>

---

<sup>1</sup> BGHZ 146, 341 (341 ff.).

<sup>2</sup> K. Schmidt, Die BGB-Außengesellschaft: rechts- und parteifähig, NJW 2001, 993 (993); Ulmer, Die höchstrichterlich „enträtselte“ Gesellschaft bürgerlichen Rechts, ZIP 2001, 585 (585).

<sup>3</sup> Vgl. dazu Habersack, Die Anerkennung der Rechts- und Parteifähigkeit der GbR und der akzessorischen Gesellschafterhaftung durch den BGH, BB 2001, 477 (477 ff.); Wicke, Referat, Rechtsfähigkeit der GbR von ihrer Registereintragung abhängig machen, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages, Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages, 2016, Band 2.1, S. O 31 (O 32).

<sup>4</sup> Röder, Reformüberlegungen zum Recht der GbR, AcP 215 (2015), 450 (453); vgl. auch Westermann, Überlegungen zu Reformen des Personengesellschaftsrechts, NJW 2016, 2625 (2627).

<sup>5</sup> Schäfer, Gutachten, Empfiehlt sich eine grundlegende Reform des Personengesellschaftsrechts?, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages, Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages, 2016, Band 1, S. E 3 (E 61).

<sup>6</sup> BT-Drucks. 16/13437, S. 24; Kohler, in: MüKo-BGB VII, 7. Aufl. 2017, § 899a Rn. 2; Krüger, Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts und das Grundbuch – causa infinita, NZG 2010, 801 (802).

<sup>7</sup> Z.B. Altmeyden, Rechtsentwicklung der GbR trotz § 899a BGB nicht aufzuhalten, NJW 2011, 1905 (1909): „im BGB ein [...] Augiasstall“; Krüger (Fn. 6), S. 805: „Schildbürgerstreich“.

Systematisch stimmig und vor allen Dingen auch für die anderen Bereiche des Rechtsverkehrs lassen sich die entstandenen Publizitätsdefizite nur durch die Schaffung von Registerpublizität für die GbR beheben.<sup>8</sup> Dieser Beitrag untersucht, welche Regelungen erforderlich wären, um eine Registrierung von BGB-Gesellschaften künftig zu ermöglichen. Dabei wird er sich zunächst mit der formalen Einrichtung eines Registers befassen (**B.**), bevor dessen inhaltliche Ausgestaltung, das Registerverfahren und ausgewählte Rechtsfolgen der Eintragung beleuchtet werden (**C.**). Den Abschluss der Untersuchung bilden sodann einige Überlegungen zum Übergangsrecht (**D.**). Leitbild aller Vorschläge soll dabei eine Lösung sein, die Rechtssicherheit schafft, gleichzeitig aber rechtlich wie praktisch so gut handhabbar ist, dass die BGB-Gesellschaft als Rechtsform attraktiv bleibt und vor zukünftigen Entwicklungen des Personengesellschaftsrechts bestand hat.

## **B. Einrichtung eines GbR-Registers**

### **I. Standort eines GbR-Registers**

Eine Antwort auf die Frage nach den zur Schaffung eines GbR-Registers notwendigen Regelungen setzt eine Befassung mit der Frage voraus, wo ein solches Register angesiedelt werden soll. So lässt sich anschließend der zu bearbeitende oder zu schaffende Normenbestand bestimmen.

Eine mögliche Lösung liegt in der Nutzung bereits vorhandener Strukturen, namentlich also der Eintragung der GbR als solche in das Handelsregister.<sup>9</sup> Dort finden sich allerdings bislang nur (ggf. gemäß § 2 S. 1 HGB) Handelsgewerbetreibende, also Kaufleute i. S. d. § 1 Abs. 1 HGB. Denn die Kaufmannseigenschaft ist zwar keine Voraussetzung der Eintragung – gemäß § 2 S. 1 HGB aber für Gewerbetreibende stets deren Folge, mitsamt der Anwendbarkeit der meisten handelsrechtlichen Vorschriften. Die Rücksicht auf Schnelligkeit und Sicherheit des Handelsverkehrs gebietet, dass das Auffinden eines Geschäftspartners im Handelsregister die Anwendbarkeit der verkehrsbeschleunigenden Vorschriften (beispielsweise §§ 343 ff. HGB) sicher signalisiert. Freiberuflern hingegen, die sich nicht selten in Form der GbR organisieren, ist die Eintragung in das Handelsregister mangels Gewerbebetriebes völlig verwehrt. Ziel einer

---

<sup>8</sup> *Ulmer*, Die rechtsfähige GbR – auf Umwegen im Grundbuch angekommen, ZIP 2011, 1689 (1691); *Krüger* (Fn. 6), S. 804.

<sup>9</sup> Dafür *Wicke* (Fn. 3), S. O 33; *K. Schmidt*, Gesellschaft bürgerlichen Rechts – Welche Änderungen und Ergänzungen sind im Recht der BGB-Gesellschaft geboten?, in: Bundesminister der Justiz, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band 3, 1983, S. 413 (508).

Reform soll aber gerade die Schaffung von Publizität für rechtsfähige GbR auch ohne die Folge der Kaufmannseigenschaft oder die Voraussetzung des Gewerbebetriebs sein. Die GbR soll auch in Zukunft als Trägerin solcher Unternehmen in Frage kommen, deren Gründer nicht über kaufmännische Erfahrung verfügen und nicht Kaufleute sein wollen.<sup>10</sup> *Karsten Schmidt* hat zur organisatorischen Trennung von GbR und Handelsgesellschaften vorgeschlagen, die GbR in eine neu zu schaffende Abteilung C des Handelsregisters einzutragen.<sup>11</sup> Diese Lösung vermag aber ebenfalls nicht zu überwinden, dass § 2 S. 1 HGB jedes in „das Handelsregister“ eingetragene Gewerbe als Handelsgewerbe gelten lässt. Der selbst von seinem Urheber mittlerweile aufgegebene<sup>12</sup> Vorschlag ist aber auch aus einem anderen Grund überholt: Es wäre vor dem Hintergrund der Existenz des Partnerschaftsregisters inkonsequent und für den Rechtsverkehr verwirrend, die Partnerschaftsgesellschaft als Personengesellschaft, die kein Handelsgewerbe betreibt (§ 2 Abs. 1 S. 2 PartGG), in einem eigenen Register zu führen, während sich ebenfalls nicht-handelsgewerbliche BGB-Gesellschaften, möglicherweise unter Modifikation des § 2 S. 1 HGB, im Handelsregister fänden. Eine Integration der GbR in das Handelsregister wäre nach alledem nur unter der Prämisse einer Reform sinnvoll, die die Personengesellschaften für jeden Zweck öffnet und sich von der Verknüpfung von Handelsregister und der Anwendbarkeit von Sonderprivatrecht löst.

Es drängt sich daher auf, für BGB-Gesellschaften ein eigenes Register nach dem Vorbild des Partnerschaftsregisters zu schaffen und die Registergerichte mit dessen Führung zu betrauen, die auch Handels- und Partnerschaftsregister führen.<sup>13</sup> Ein Einwand gegen diesen Weg könnten die Kosten sein, die aus erstmaliger Schaffung und späterer Bereithaltung der elektronischen und personellen Infrastruktur des Registers entstünden.<sup>14</sup> Von den überwiegenden Vorteilen für die Sicherheit des Rechtsverkehrs abgesehen<sup>15</sup> ließe sich dieser aber dadurch entkräften, dass sich entsprechende Befürchtungen bezüglich des Partnerschaftsregisters<sup>16</sup> als unbegründet erwiesen haben und die überschaubaren Kos-

---

<sup>10</sup> *Schäfer*, Wortmeldung, in: Diskussionsprotokoll der wirtschaftsrechtlichen Abteilung des 71. Deutschen Juristentages, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages, Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages, 2016, Band 2, S. O 115 (O 146).

<sup>11</sup> *K. Schmidt* (Fn. 9), S. 508.

<sup>12</sup> *K. Schmidt*, Neuregelung des Rechts der Personengesellschaften?, ZHR 177 (2013), 712 (716).

<sup>13</sup> *Röder* (Fn. 4), S. 482; *Schäfer* (Fn. 5), S. E 65.

<sup>14</sup> Vgl. *Schäfer* (Fn. 5), S. E 64.

<sup>15</sup> Für das Partnerschaftsregister: BT-Drucks. 12/6152, S. 29 f.

<sup>16</sup> *Schäfer* (Fn. 5), S. E 65.

ten<sup>17</sup> durch Gebühren für die Eintragung wohl gedeckt werden könnten.<sup>18</sup> Bezüglich der Einsichtnahme müsste dem Rechtsverkehr kein Mehraufwand entstehen: Durch Ergänzung des § 8b HGB könnte das GbR-Register mit dem Unternehmensregister synchronisiert und zusätzlich über das Registerportal der Länder einsehbar gemacht werden.

## II. Errichtung des Registers

Zur erstmaligen Errichtung des Registers könnte man wie bei der Einrichtung des Partnerschaftsregisters vorgehen. Dazu wäre das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz durch Änderung des § 387 Abs. 2 FamFG zu ermächtigen, eine der Verordnung über die Einrichtung und Führung des Partnerschaftsregisters (PRV) funktional entsprechende „Verordnung über die Einrichtung und Führung des Registers der Gesellschaften bürgerlichen Rechts“ zu erlassen.<sup>19</sup> Sinnvoll wäre dabei eine Anlehnung an die Verordnung über die Einrichtung und Führung des Handelsregisters (HRV) entsprechend § 1 Abs. 1 PRV, um einen Gleichlauf zwischen den Registerverfahren zu erreichen.<sup>20</sup> Zur Regelung der Führung durch die Registergerichte müssten die Aufzählungen in den §§ 374, 376, 377, 379, 380, 382, 387, 388 und 394 Abs. 4 FamFG jeweils um das Register der GbR ergänzt werden. Wie (nachträglich) bei dem Gesetz zur Schaffung von Partnerschaftsgesellschaften<sup>21</sup> sollte der Gesetzgeber darauf achten, die Verordnungsermächtigung für die Registerverordnung mit einem gewissen Vorlauf in Kraft zu setzten, damit den Ländern frühzeitig Rechtssicherheit für die Vorbereitung der Registerverfahren gegeben werden kann.

## C. Ausgestaltung des GbR-Registers

Während über die Notwendigkeit eines Registers für GbR Einigkeit herrscht,<sup>22</sup> gibt es höchst unterschiedliche Vorstellungen darüber, wie genau dieses auszugestalten wäre. Eine sinnvolle Gestaltung muss sich dabei am übergeordneten Ziel erhöhter Rechtssicherheit orientieren. Ein Register steigert diese, wenn es die nötigen Informationen enthält und möglichst viele BGB-Gesellschaften sich

---

<sup>17</sup> Bayer/Koch, Podiumsdiskussion – Empfiehlt sich die Einführung eines GbR-Registers?, in: Bayer/Koch, Die BGB-Gesellschaft im Grundbuch, 2011, 95 (96).

<sup>18</sup> Schäfer (Fn. 5), S. E 64; BT-Drucks. 12/6152, S. 2, 8.

<sup>19</sup> Schäfer (Fn. 5), S. E 68.

<sup>20</sup> Röder (Fn. 4), S. 482.

<sup>21</sup> Schäfer, in: MüKo-BGB VI, 7. Aufl. 2017, Vorb. § 1 PartGG Rn. 8; Römermann, in: Michalski/Römermann, PartGG, 4. Aufl. 2014, Einführung Rn. 29.

<sup>22</sup> Vgl. nur Westermann (Fn. 4), S. 2627 m. w. N.

auch tatsächlich registrieren.<sup>23</sup> Es ist demnach auch im Sinne des Rechtsverkehrs, die Gestaltung des Registers nicht nur an genuinen Verkehrsschutzwägungen auszurichten, sondern sich gleichzeitig darum zu bemühen, eine Eintragung für die Gesellschaften selbst möglichst attraktiv zu machen.

## I. Registerinhalt

Zunächst soll hier untersucht werden, welchen Inhalt ein etwaiges Register haben müsste, um den Anforderungen des Rechtsverkehrs an die Transparenz der GbR gerecht zu werden.

### 1. Registerfähigkeit

Eintragungsfähig können dem Zweck des Registers, aber auch der Logik nach nur Außengesellschaften sein.<sup>24</sup> Nur diese sind rechtsfähig, weshalb nur bei ihnen ein Interesse an Publizität besteht. Die Abgrenzung von Außen- und Innengesellschaft richtet sich nach herrschender Meinung nach dem Entschluss der Gesellschafter, nach außen als Gesellschaft aufzutreten.<sup>25</sup> Unabhängig davon, ob diese Abgrenzung gesetzlich festgehalten oder woran sie letztendlich festgemacht wird, sollte der Vorschlag umgesetzt werden, den Willen zur Außengesellschaft ab der Registeranmeldung unwiderleglich zu vermuten.<sup>26</sup> Wäre dies so geregelt, bliebe dem Register eine mühsame Prüfung des Einzelfalls, möglicherweise gar eines formlosen Gesellschaftsvertrages, zumindest bezüglich der Eintragungsfähigkeit erspart und das Verfahren würde beschleunigt.

### 2. Inhalt der Einträge

Der Inhalt der einzelnen Einträge müsste geeignet sein, die oben aufgezeigten Publizitätsdefizite<sup>27</sup> zu beheben. Die dabei naheliegende und schon häufig vorgeschlagene Lösung<sup>28</sup> zum Umfang der Anmeldung ist angesichts der weitgehend identischen Funktion des Handelsregisters eine Anlehnung an § 106 HGB. Die Eintragung der Identität der Gesellschafter entsprechend § 106 Abs. 2 Nr. 1 HGB wäre die Antwort auf die bislang stets bestehende Unsicherheit über die für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftenden Personen.<sup>29</sup>

---

<sup>23</sup> Schäfer (Fn. 5), S. E 65.

<sup>24</sup> *Ebd.*, S. E 67.

<sup>25</sup> *Sernatius*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, § 705 BGB Rn. 7; Schäfer, in: MüKo-BGB VI (Fn. 21), § 705 Rn. 305.

<sup>26</sup> Schäfer (Fn. 5), S. E 67.

<sup>27</sup> Siehe dazu oben **A**.

<sup>28</sup> Vgl. nur Schäfer (Fn. 5), S. E 67 f.; Röder (Fn. 4), S. 487.

<sup>29</sup> *Wertenbruch*, Die Parteifähigkeit der GbR- die Änderungen für die Gerichts- und Vollstreckungspraxis, NJW 2002, 324 (329).

Eine Zustellung gemäß § 170 Abs. 3 ZPO würde erleichtert. Auch der Sitz der Gesellschaft sollte entsprechend § 106 Abs. 2 Nr. 2 HGB eingetragen werden müssen, um Klarheit über den Gerichtsstand zu schaffen, vgl. § 17 Abs. 1 ZPO. Unabhängig davon, ob man Personengesellschaften *de lege lata* bereits die Möglichkeit der freien Wahl des Registersitzes einräumt oder nicht,<sup>30</sup> sollte die GbR hinsichtlich seiner Festlegung jedenfalls anderen Personengesellschaften gleichgestellt werden. Die Eintragung einer Geschäftsanschrift würde die Kommunikation mit der Gesellschaft im Rechtsverkehr erleichtern. Andererseits ist wegen der Abs. 2 und 3 des § 170 ZPO die Zustellung an die GbR auch ohne Geschäftsanschrift möglich. Um den Aufwand für eine Eintragung so gering wie möglich zu halten, sollte die Festlegung einer Geschäftsanschrift daher (wie für Partnerschaftsgesellschaften nach § 5 Abs. 2 PartGG) fakultativ sein. Eine Eintragung der Vertretungsverhältnisse entsprechend § 106 Abs. 2 Nr. 4 HGB gäbe dem Rechtsverkehr Sicherheit und würde in Zukunft Konstruktionen wie § 899a BGB, § 47 Abs. 2 GBO oder § 162 Abs. 1 S. 2 HGB unter Umständen<sup>31</sup> überflüssig machen. Die europarechtlich notwendige Eintragung der Vertretung nach dispositivem Gesetzesmodell<sup>32</sup> müsste nicht eigens angeordnet werden, da sie sich aus einer unionsrechtskonformen Auslegung einer § 106 Abs. 2 Nr. 4 HGB entsprechenden Regelung ergäbe.

Problematischer ist die Frage, ob BGB-Gesellschaften dazu verpflichtet werden sollen, bei Wahl der Registereintragung entsprechend § 106 Abs. 2 Nr. 2 HGB einen Namen in das Register eintragen zu lassen. Die Wahl einer „Firma“ steht wegen § 17 Abs. 1 HGB nur Kaufleuten offen, wobei man es ob der sauberen Trennung zwischen Kaufleuten und Nichtkaufleuten auch belassen sollte.<sup>33</sup> Während § 64 BGB für den Verein und § 3 Abs. 2 Nr. 1 PartGG für die Partnerschaftsgesellschaft bestimmt, dass ein Name einzutragen ist, fehlt den §§ 705 ff. BGB eine solche Regelung naturgemäß. Die GbR darf einen Namen führen, muss es aber nicht.<sup>34</sup> Im Rahmen der Grundbucheintragung hat die Rechtsprechung bislang angenommen, dass eine GbR als Eingetragene schon hinreichend identifiziert sei, wenn sämtliche Gesellschafter mit dem Zusatz „in

---

<sup>30</sup> Dagegen *Langhain*, in: MüKo-HGB II, 4. Aufl. 2016, § 106 Rn. 26; dafür *Lieder*, in: Oetker, HGB, 5. Aufl. 2017, § 106 Rn. 23; *Koch*, Freie Sitzwahl für Personengesellschaften, ZHR 173 (2009), 101 ff.; *Wicke* (Fn. 3), S. O 43 f. sieht darin ein Desiderat *de lege ferenda*.

<sup>31</sup> Vgl. dazu unten **C. IV**.

<sup>32</sup> *EuGH*, Urt. v. 12.11.1974, C-32/74, *Friedrich Haaga GmbH*; BGHZ 63, 261 (263).

<sup>33</sup> Siehe dazu oben **B. I**.

<sup>34</sup> BGHZ 179, 102 (102 ff.); *Habersack* (Fn. 2), S. 479.

GbR“ eingetragen sind.<sup>35</sup> Denkbar wäre also, eine Eintragung in ein GbR-Register nach demselben Muster zuzulassen. Dafür spräche das grundsätzliche Bestreben, die Registrierung auf das Nötigste zu beschränken. Andererseits bedeutet das Ersinnen eines Namens kaum Mehraufwand, schon gar keinen unzumutbaren. Für eine „Benennungspflicht“ spricht weiter die Unterscheidbarkeit verschiedener Gesellschaften mit identischem Gesellschafterbestand.<sup>36</sup> Der letzte Gesichtspunkt ist relevant, weil andere Register (Grundbuch, Handels-, Marken- oder Patentregister) sich auf das GbR-Register beziehen würden<sup>37</sup> und eine eindeutige Zuordnung der Einträge dort zu einer registrierten GbR möglich sein muss. Zu registrierende GbR sollten sich deshalb einen einzutragenden Namen geben müssen,<sup>38</sup> auf den die firmenrechtlichen Grundsätze nach dem Vorbild des § 2 Abs. 2 PartGG angewendet werden sollten.<sup>39</sup>

Ebenfalls nach dem Vorbild der Regelungen über den Inhalt von Handels- und Partnerschaftsregister (§§ 106 HGB; § 5 PartGG) sollte die Regelung über den Inhalt der Eintragung im materiellen Recht, also im BGB, getroffen werden. Sollte die Rechtsfähigkeit der Außengesellschaft positiv festgehalten werden, könnte in einem folgenden Paragraphen die Möglichkeit der Eintragung samt des erforderlichen Inhalts geregelt werden. Zur Gewährleistung der Richtigkeit des Registers müssten die Gesellschafter ferner zur Anmeldung eingetretener Änderungen verpflichtet werden.<sup>40</sup>

## II. Verfahren bei der Eintragung

Die Regelungen zum Verfahren bei der Eintragung in das GbR-Register sollten sich an den bewährten Grundsätzen des Verfahrens bei Handels- und Partnerschaftsgesellschaften orientieren. Einer BGB-Vorschrift nach dem Vorbild von § 5 Abs. 2 PartGG und dem Verweis auf die HRV in der Verordnung über das GbR-Register steht insoweit nichts entgegen. Das Verfahren sollte aber geändert werden, wo es dazu dient, die Eintragung attraktiver zu machen.<sup>41</sup>

---

<sup>35</sup> BGHZ 179, 102 (102 ff.); *Kesseler*, Die GbR und das Grundbuch, NJW 2011, 1909 (1912); BT-Drucks. 16/13437, S. 24.

<sup>36</sup> *Röder* (Fn. 4), S. 482.

<sup>37</sup> *Roßkopf*, Referat, Haftungsprivileg des § 708 BGB abschaffen, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages, Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages, 2016, Band 2.1, S. O 11 (O 13 f.).

<sup>38</sup> So auch *Ulmer*, Die (Außen-) BGB-Gesellschaft – Eine rechtsfähige Personengesellschaft, in: Bayer/Koch, Die BGB-Gesellschaft im Grundbuch, 2011, S. 10 (31).

<sup>39</sup> *Röder* (Fn. 4), S. 482.

<sup>40</sup> *Schäfer* (Fn. 5), S. E 67.

<sup>41</sup> Vgl. *Röder* (Fn. 4), S. 481.

## 1. Mitwirkung des Notars

Nach § 12 Abs. 1 S. 1 HGB muss die Anmeldung zum Handelsregister in öffentlich beglaubigter Form erfolgen. Gleiches gilt nach § 5 Abs. 2 PartGG für das Partnerschaftsregister. Der Notar erfüllt im Anmeldeverfahren zwei Funktionen: Die erste besteht in einer Prüfung der Identität der Anmeldenden, um die Richtigkeit des Publizitätsmittels Register in dieser Hinsicht zu gewährleisten.<sup>42</sup> Dass diese Prüfung vom Notar und nicht vom Registergericht vorgenommen wird, erklärt sich daraus, dass der Notar sie im Rahmen seiner „Filterfunktion“ miterledigt. Diese zweite, weiter gefasste Funktion erschöpft sich allerdings nicht in der Auslagerung der Identitätsprüfung. Vielmehr soll der Notar dafür sorgen, dass die Anmeldung formal korrekt eingereicht wird und dadurch die Registergerichte entlasten.<sup>43</sup> Es scheint zumindest vorstellbar, auf eine Mitwirkung des Notars bei der Registrierung der GbR aus Vereinfachungsgründen zu verzichten. Voraussetzung dafür wäre allerdings, dass dessen Funktionen anderweitig erfüllt werden können.

### a) Online-Registrierung

Als neue, einfache Möglichkeit zur Registeranmeldung auch ohne notarielle Beglaubigung wird die Online-Registrierung genannt.<sup>44</sup> Zu Recht verweisen einige Autoren dabei darauf, dass gemäß § 18 Abs. 1 PAuswG mittlerweile die Identität elektronisch mittels der „neuen“ Personalausweise nachgewiesen werden kann,<sup>45</sup> zumal gemäß des Abs. 4 auch Maßnahmen gegen Missbrauch vorgesehen sind. Auch die Filterfunktion ließe sich in ein Online-Verfahren integrieren. Wie zuvor dargestellt, würde sich eine Anmeldung zum GbR-Register auf wenige Angaben beschränken. Es ist deshalb durchaus vorstellbar, ein Online-Formular zu programmieren, das nur das Absenden formaler korrekter Anmeldungen erlaubt. Mit Blick auf die Zukunft des Gesellschaftsrechts ergeben sich weitere Gründe für die Möglichkeit der Online-Anmeldung: Zum einen sieht der Vorschlag der Kommission für eine neue SUP-Richtlinie vor, dass selbst die Anmeldung bestimmter Kapitalgesellschaften online möglich sein soll.<sup>46</sup> Zum anderen gibt es in anderen Staaten bereits Verfahren zur

<sup>42</sup> Koch, in: Staub, HGB I, 5. Aufl. 2009, § 12 Rn. 1.

<sup>43</sup> Limmer, in: Würzburger Notarhandbuch, 5. Aufl. 2018, S. 36; Koch, in: Staub I (Fn. 42), § 12 Rn. 24.

<sup>44</sup> Röder (Fn. 4), S. 483 f.; auch Wertbruch, Wortmeldung, in: Diskussionsprotokoll der wirtschaftsrechtlichen Abteilung des 71. Deutschen Juristentages, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages, Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages, 2016, Band 2, S. O 115 (O 122 f.).

<sup>45</sup> Z.B. Röder (Fn. 4), S. 484.

<sup>46</sup> COM (2014) 212 final, Art. 14 Abs. 3.

Online-Registrierung, so beispielsweise beim britischen *Companies House*.<sup>47</sup> Die Öffnung des Registerrechts für Online-Verfahren würde also nicht nur der Orientierung hin zur Verfahrenstechnik der Zukunft, sondern auch der Wettbewerbsfähigkeit des Registerstandortes Deutschland innerhalb der Europäischen Union und weltweit dienen. Insbesondere aber wäre ein solches Online-Verfahren schneller, unkomplizierter und kostengünstiger als die Einschaltung eines Notars, sodass die Eintragung in das GbR-Register attraktiver würde.<sup>48</sup> Es gibt also gute Gründe, auf einen zwingenden Verweis auf § 12 Abs. 1 HGB im Recht des GbR-Registers zu verzichten und eine Selbstregistrierung zuzulassen.

*b) Alternative Anmeldung durch den Notar*

Gleichwohl sollte die Möglichkeit, eine Anmeldung zum GbR-Register durch den Notar vornehmen zu lassen, auch nicht völlig verwehrt werden. Dafür sprechen mehrere Gründe: Zum einen ist es durchaus denkbar, dass Gesellschafter einen individuellen Beratungswunsch haben. Leistet ein Notar die gewünschte Beratung, sollte er die sich aus seiner Gestaltung ergebende Anmeldung auch durchführen können. Zum anderen wird es früher oder später zu Anmeldekonstellationen kommen, die für eine Online-Anmeldung zu komplex sind oder vorab schlicht nicht bedacht wurden. Da es aber nicht zur technischen Unmöglichkeit einer zulässigen Anmeldung kommen darf, sollte für solche Fälle die Kompetenz der Notare genutzt werden. Die Anmeldung im Verfahren entsprechend § 12 Abs. 1 HGB sollte deshalb als Wahlmöglichkeit der Gesellschafter neben dem Online-Verfahren zur Verfügung gestellt werden.

## 2. Mitwirkung der Gesellschafter

Sowohl zum Handels- wie auch zum Partnerschaftsregister ist die Anmeldung durch alle Gesellschafter zu bewirken, §§ 108 HGB, 4 Abs. 1 PartGG. Zweck dieser Vorschriften ist zum einen, eine Zurechenbarkeit der angemeldeten Tatsachen zu allen Gesellschaftern zu erreichen, da sie alle sich gemäß § 15 HGB daran werden festhalten lassen müssen.<sup>49</sup> Zum anderen wird durch die Mitwirkung aller Betroffenen deren materielle Zustimmung zum Eintragungsinhalt

---

<sup>47</sup> Dort kostet die Online-Registrierung einer Private Limited Company 12 Pfund und wird, trotz formeller Prüfung durch das Register gemäß Section 14 Companies Act 2006, regelmäßig innerhalb von 24 Stunden abgeschlossen; siehe dazu unter: <https://www.gov.uk/limited-company-formation/register-your-company> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

<sup>48</sup> Röder (Fn. 4), S. 484.

<sup>49</sup> Langhein, in: MüKo-HGB II (Fn. 30), § 108 Rn. 1; Schäfer, in: Staub, HGB III, 5. Aufl. 2009, § 108 Rn. 1.

festgehalten.<sup>50</sup> Diese Ziele können und sollten auch bei einem mit öffentlichem Glauben versehenen Register für BGB-Gesellschaften erreicht werden, weswegen eine dem § 108 HGB vergleichbare Vorschrift geschaffen werden sollte.

Es gibt darüber hinaus Vorschläge, den Gesellschaftern die Möglichkeit zu geben, bei der Erstanmeldung gemeinschaftlich festzulegen, dass künftige Anmeldungen auch von dazu ermächtigten Gesellschaftern allein vorgenommen werden können.<sup>51</sup> Im Rahmen des § 108 HGB ist umstritten, ob den Gesellschaftern die Möglichkeit gegeben ist, schon im Gesellschaftsvertrag eine generelle Vollmacht zur Vornahme von Anmeldungen zu erteilen.<sup>52</sup> Um eine zumindest registerrechtliche Vorabvollmacht geht es auch in dieser Sache. Für die GbR ergäbe sich aus dieser Möglichkeit ein Flexibilitätsgewinn: Im Rahmen eines Online-Verfahrens müssten sich andernfalls jedes Mal alle Gesellschafter mittels ihres Personalausweises identifizieren, je nach technischer Ausgestaltung sogar am selben Ort. Dieser Aufwand würde die Attraktivitätssteigerung konterkarieren, die das GbR-Register durch die Möglichkeit der Online-Anmeldung erführe. Nach der *lex lata* können andere Personen durch öffentlich beglaubigte Vollmacht zu Handelsregisteranmeldungen ermächtigt werden, § 12 Abs. 1 S. 2 HGB. Dieses Erfordernis einer öffentlichen Beglaubigung der Anmeldevollmacht ist unter der Prämisse einer elektronischen Selbstanmeldung zum GbR-Register nicht sinnvoll. Gegen eine (gesellschaftsvertragliche) Vorab-Generalvollmacht zur Anmeldung wird bezüglich der Handelsgesellschaften angeführt, dass sie das Ziel des § 108 HGB untergrabe: Nur die Beteiligung sämtlicher Gesellschafter an jeder Anmeldung biete genug Sicherheit, um dem Register eine materielle Richtigkeitsprüfung zu ersparen.<sup>53</sup> Andererseits hätten an der erstmaligen Anmeldung samt Bevollmächtigung nach zuvor Gesagten alle Gesellschafter mitgewirkt, sodass die Richtigkeit der Vollmacht gewährleistet wäre.<sup>54</sup> Der Rechtsverkehr wäre durch die Publizitätswirkung eines Registers geschützt und die Gesellschafter wären selbst dafür verantwortlich, dass ihnen der Inhalt künftiger Anmeldungen zugerechnet würde.<sup>55</sup> Gegen die General-

---

<sup>50</sup> BGH, NJW-RR 1986, 28 (29).

<sup>51</sup> Röder (Fn. 4), S. 483.

<sup>52</sup> Dafür Roth, in: Baumbach/Hopt, HGB mit GmbH & Co., 38. Aufl. 2018, § 108 HGB Rn. 3; OLG Frankfurt a. M., OLGZ 1973, 270 (271), wohl beide unter der Bedingung des notariell beurkundeten Gesellschaftsvertrages; differenzierend Langbein, in: MüKo-HGB II (Fn. 30), § 108 Rn. 15, dagegen Schäfer, in: Staub III (Fn. 49), § 108 Rn. 13.

<sup>53</sup> Schäfer, in: Staub III (Fn. 49), § 108 Rn. 13.

<sup>54</sup> Vgl. zur entsprechenden Wirkung der beglaubigten Vollmacht Langbein, in: MüKo-HGB II (Fn. 30), § 108 Rn. 15.

<sup>55</sup> Vgl. Röder (Fn. 4), S. 485.

vollmacht spricht also allein die „abstrakte“ Gefahr einer erhöhten Zahl unrichtiger Anmeldungen, ohne dass diese für die Gläubiger einer konkreten GbR nachteilig wären. Zudem würde eine registergerichtliche Kontrolle gemäß § 26 FamFG durch das Verfahren der Eintragung nicht ausgeschlossen. Diese wäre aber weit weniger zeit- und kostenintensiv als ein präventives Mitwirkungserfordernis.<sup>56</sup> Insgesamt erscheint es daher vorzugswürdig, für das GbR-Register festzuschreiben, dass im Rahmen der Erstanmeldung zumindest einzelnen Gesellschaftern, gegebenenfalls aber auch Dritten, die Befugnis zu selbstständigen Registeranmeldungen für die Zukunft übertragen werden kann.

### III. Rechtsfolgen der Eintragung

Besondere Auswirkungen auf die Attraktivität der Eintragung in das Register hat indes die Frage, welche Rechtsfolgen unmittelbar daran oder eben an deren Unterlassung geknüpft sind.

#### 1. Konstitutive Eintragung

Die effektivste Möglichkeit, BGB-Gesellschaften zur Registrierung anzuhalten wäre wohl die Knüpfung der Rechtsfähigkeit an den Registereintrag.<sup>57</sup> „Freiwillig“ wäre die Eintragung dann nur noch insoweit, als dass keine Gesellschaft gezwungen würde, rechtsfähig zu sein.<sup>58</sup> Seine Verfechter führen für dieses Modell ins Feld, dass nur auf diese Weise der Rechtsverkehr sicher vor den Folgen der fehlenden Publizität einer rechtsfähigen GbR geschützt werden könne.<sup>59</sup> Eine seiner Folgen wäre jedenfalls das Ende der GbR als publizitätsloses Rechtssubjekt, dessen Existenz rechtsvergleichend ein Sonderweg ist.<sup>60</sup> Dies wäre vorteilhaft, sollte der europäische Gesetzgeber entgegen aktuellen Erwartungen<sup>61</sup> beginnen, sich um Harmonisierungen im Personengesellschaftsrecht zu bemühen.

Andere Folgen der Verknüpfung von Publizität und Rechtsfähigkeit sehen sich aber erheblichen Einwänden ausgesetzt. Nicht registrierte Gesellschaften würden mit allen Konsequenzen, die überhaupt zu dieser Entscheidung führten,

<sup>56</sup> Für Handelsgesellschaften *Langhein*, in: MüKo-HGB II (Fn. 30), § 108 Rn. 15.

<sup>57</sup> Dafür *Röder* (Fn. 4) S. 471 ff.; *Wicke* (Fn. 3), S. O 33.

<sup>58</sup> *Röder* (Fn. 4) S. 472.

<sup>59</sup> *Wicke* (Fn. 3), S. O 33; *Röder* (Fn. 4) S. 467; *dies.*, Wortmeldung in: Diskussionsprotokoll der wirtschaftsrechtlichen Abteilung des 71. Deutschen Juristentages, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages, Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages, 2016, Band 2, S. O 149 ff.; O 120 ff.

<sup>60</sup> *Röder*, (Fn. 4) S. 472 f.; *Wicke* (Fn. 3) S. O 33.

<sup>61</sup> *K. Schmidt* (Fn. 12), S. 719; *Wicke*, Reform des Personengesellschaftsrechts aus Sicht der Gestaltungspraxis, DNotZ 2017, 261 (261).

auf die Rechtslage vor der Entscheidung „ARGE Weißes Ross“ zurückgeworfen.<sup>62</sup> Genannt sei hier nur die fehlende Möglichkeit des identitätswahrenden Wechsels zur OHG. Dabei gibt es im Wirtschaftsleben durchaus das Bedürfnis, sich zur spontanen Entfaltung nichtgewerblicher Aktivitäten zur GbR zusammenzuschließen und als solche auch am Rechtsverkehr teilzunehmen.<sup>63</sup> In einem frisch gegründeten Unternehmen möchten die Gründer ihre Partnerschaft und ihr Geschäftsmodell regelmäßig aber zunächst ausprobieren, bevor diese durch einen Registereintrag verfestigt werden.<sup>64</sup> Die häufig als zu schwach ausgeprägt kritisierte Gründerkultur in Deutschland<sup>65</sup> würde durch eine Registerpflicht noch weiter behindert. Auch wäre der administrative Aufwand für bloße Gelegenheitsgesellschaften wohl unzumutbar.<sup>66</sup>

Darüber hinaus ist die GbR nicht das einzige publizitätslose Rechtssubjekt der Rechtsordnung:<sup>67</sup> Auch die nicht eingetragene OHG (§§ 105 Abs. 1, 123 Abs. 2 HGB) und die Vorgesellschaften von Kapitalgesellschaften sind ohne Registereintrag rechtsfähig,<sup>68</sup> ohne dass der Rechtspraxis daraus unzumutbare Schwierigkeiten entstehen. Eine konstitutive Eintragung ist für die GbR also nicht nur systematisch nicht erforderlich, es sollte aus genannten Gründen sogar von diesem Erfordernis abgesehen werden.

## 2. Freies Wahlrecht

Nach einem genau gegensätzlichen Vorschlag<sup>69</sup> soll die Eintragung den Gesellschaften umfassend freigestellt werden. Rechtsfolge soll nur sein, dass die Gesellschafter für die fortgesetzte Richtigkeit zu sorgen und einzustehen haben. Ansonsten soll auf unmittelbare Folgen für den alltäglichen Rechtsverkehr verzichtet werden. Was die Eintragungsfreudigkeit der GbR angehe, so müsse

---

<sup>62</sup> *Roßkopf* (Fn. 37), S. O 14; vgl. auch *Wertenbruch* (Fn. 44), S. O 122 und *Wilbelmi*, Wortmeldung, in: Diskussionsprotokoll der wirtschaftsrechtlichen Abteilung des 71. Deutschen Juristentages, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages, Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages, 2016, Band 2, S. O 129.

<sup>63</sup> *Richter*, Die BGB-Gesellschaft im Vergleich zu den französischen Zivilgesellschaften, 2009, S. 283.

<sup>64</sup> *Schöpflin*, Primäre Registerpflicht der Gesellschaft bürgerlichen Rechts?, NZG 2003, 606 (607 f.).

<sup>65</sup> Vgl. *Sternberg/Wallisch/Gorynia-Pfeffer/Bloh/Babarian*, Global Entrepreneurship Monitor, Unternehmensgründungen im weltweiten Vergleich, Länderbericht Deutschland 2017/2018, S. 59.

<sup>66</sup> *Schäfer* (Fn. 5) S. E 65; *Roßkopf* (Fn. 37), S. O 15.

<sup>67</sup> *K. Schmidt*, (Fn. 9), S. 509.

<sup>68</sup> *Merkel*, in: MüKo-GmbHG I, 3. Aufl. 2018, § 11 Rn. 11; *Heidinger*, in: Spindler/Stilz, AktG I, 3. Aufl. 2018, § 41 Rn. 28.

<sup>69</sup> *Schäfer*, (Fn. 5) S. E 66.

man, um Schwierigkeiten innerhalb des bestehenden Systems zu vermeiden, darauf vertrauen, dass der Rechtsverkehr schon bald nur noch mit registrierten Gesellschaften werde kontrahieren wollen. Es ist allerdings fraglich, ob allein diese „weichen“ Vorteile ausreichen würden, um die Mehrheit der Gesellschaften zur Registrierung zu bewegen.<sup>70</sup> Fehlende Kenntnis von der Möglichkeit der Registrierung, Unvernunft oder unlautere Absichten könnten eine Eintragung weiter hindern. Zudem würden die Unsicherheiten des aktuellen Rechtszustandes nicht beseitigt, sondern nur um weitere Gestaltungsformen ergänzt, denn es gäbe sicher immer Gesellschaften, die sich gegen eine Registrierung entscheiden.<sup>71</sup>

Um bei der Umsetzung des Wahlmodells die Rechtssicherheit zu gewährleisten, müsste das Regelungsmodell des § 899a BGB auch auf die anderen Objektregister erstreckt werden.<sup>72</sup> Bei Gelegenheit der Reform sollte dann aber ein kondiktionsfester Erwerb klar geregelt werden, um den aktuellen Schwierigkeiten mit dieser Norm ein Ende zu bereiten.<sup>73</sup> Durch die Verfahren bei den Objektregistern, die bei jeder Änderung der Gesellschaft selbst nötig würden, wäre ein wirtschaftlicher Anreiz geschaffen, diese durch Eintragung im GbR-Register zu bündeln.<sup>74</sup> Gleichzeitig spricht aber gegen diesen Ansatz, dass er aus einer erwiesenermaßen problematischen Behelfslösung einen generellen Regelungsansatz machen möchte.

### 3. Verknüpfungslösung

Ein Mittelweg zwischen beiden Ansätzen wäre die Verknüpfung von sekundärer (Objekt-) und primärer (Subjekt-)Publizität.<sup>75</sup> Dabei wäre der GbR die Registrierung im Grunde freigestellt. Sie würde nur forciert, wenn diese registrierte Rechte halten, also solche Rechtspositionen einnehmen will, die wie die Eigentümerstellung an einem Grundstück, die Position als Gesellschafterin ei-

---

<sup>70</sup> Richter, (Fn. 63) S. 284; Habersack, Wortmeldung, in: Diskussionsprotokoll der wirtschaftsrechtlichen Abteilung des 71. Deutschen Juristentages, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages, Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages, 2016, Band 2, S. O 128.

<sup>71</sup> Röder (Fn. 4), S. 468.

<sup>72</sup> Schäfer (Fn. 5), S. E 69 und E 70; Träger, Gesetzgebung im Recht der Personengesellschaften, JZ 2016, 834 (842); siehe auch Wicke (Fn. 3) S. O 38 f.

<sup>73</sup> Schäfer (Fn. 5), S. E 68 und E 70; Träger (Fn. 72), S. 842.

<sup>74</sup> Schäfer (Fn. 5), S. E 69.

<sup>75</sup> Richter (Fn. 63), S. 284; Weber, Wortmeldung, in: Diskussionsprotokoll der wirtschaftsrechtlichen Abteilung des 71. Deutschen Juristentages, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages, Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages, 2016, Band 2, S. O 125; siehe auch K. Schmidt (Fn. 2), S. 1002.

ner anderen Gesellschaft oder Inhaberin gewerblicher Schutzrechte selbst eine Registrierung verlangen. Dazu könnte in Anlehnung an § 106 Abs. 1 HGB schlicht die Pflicht normiert werden, eine GbR zum Register anzumelden, sobald sie in ein Objektregister eingetragen wird. Damit wäre auch dem Einwand Rechnung getragen, es dürfe nicht sein, dass eine an sich rechtsfähige, nur nicht registrierte GbR bestimmte Rechte nicht erwerben könne.<sup>76</sup> Auf diese Weise entstünden aber genügend Fälle, in denen GbR ihrer Registrierungspflicht, und sei es wieder nur aus Unkenntnis, nicht nachkämen. Die herrschende Rechtsunsicherheit würde fortgesetzt.

Effektiver wäre dagegen, die Eintragung einer GbR in jedes andere Register an den Nachweis der Eintragung in das GbR-Register zu knüpfen.<sup>77</sup> Es ist schließlich dem Gesetzgeber überlassen, den Erwerb von Rechten durch Rechtssubjekte zu regeln und Voraussetzungen dafür aufzustellen. Auch vor dem Hintergrund von Art. 3 Abs. 1 GG hätte die Lösung wohl bestand: Jeder andere Rechtsträger muss zur Eintragung in ein Register entweder über natürliche Publizität oder Registerpublizität verfügen. Durch eine solche Regelung würde die GbR gerade dort in die Subjektpublizität gezwungen, wo dem Rechtsverkehr Information besonders wichtig ist, weswegen schon Objektpublizität hergestellt wurde. Auch kann davon ausgegangen werden, dass eine GbR, die den Aufwand einer Objektregistrierung bewältigen kann, durch die Eintragung in das GbR-Register nicht überfordert wäre. Es würde damit eine Steigerung der Rechtssicherheit durch einen nur punktuellen Eingriff in das derzeitige Recht der GbR erreicht.

Zur Verwirklichung des letztgenannten Ansatzes müsste das Erfordernis eines Registrierungsnachweises bei weiteren Registeranmeldungen normiert werden. Zur Herstellung der gewünschten Publizität bezüglich der Haftungs- und Vertretungsverhältnisse genügt es aber nicht, wenn die Registrierung der GbR dem Objektregister nachgewiesen wird. Vielmehr muss ein Verweis auf den Eintrag im GbR-Register zu dessen Inhalt werden. Die Angaben zur Registrierung müssten für GbR also schlicht zum notwendigen Anmeldungsinhalt erklärt werden. Konkret würde das bedeuten, in § 47 Abs. 2 GBO einen neuen Satz 1,

---

<sup>76</sup> *Nollig*, Wortmeldung, in: Diskussionsprotokoll der wirtschaftsrechtlichen Abteilung des 71. Deutschen Juristentages, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages, Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages, 2016, Band 2, S. O 123; *Roßkopf*, Wortmeldung, in: Diskussionsprotokoll der wirtschaftsrechtlichen Abteilung des 71. Deutschen Juristentages, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages, Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages, 2016, Band 2, S. O 204; allgemeiner: BGHZ 179, 102 (109).

<sup>77</sup> *Weber* (Fn. 75), S. O 125.

in §§ 11, 12 Schiffsregisterordnung jeweils eine Nr. 6a, in § 106 Abs. 1 HGB eine Nr. 1a, in § 32 Abs. 2 MarkenG und § 34 Abs. 3 PatG eine Nr. 1a, in § 67 Abs. 3 AktG einen Satz 2 und in § 40 Abs. 1 GmbHG einen neuen Satz 2 einzufügen, in dem oder der festgehalten wird, dass Gesellschaften bürgerlichen Rechts bei der Anmeldung Angaben zu ihrer Registereintragung zu machen haben. Der §§ 899a BGB, 47 Abs. 2 GBO und 162 Abs. 1 S. 2 HGB bedürfte es in Zukunft nicht mehr, denn das GbR-Register würde die Publizität der eingetragenen Gesellschaften gewährleisten. Auch § 5 Abs. 1 Nr. 2 lit. b MarkenV und § 4 Abs. 2 Nr. 1 lit. b S. 3 PatV könnten ersatzlos entfallen.

#### 4. Parteifähigkeit

Noch darüberhinausgehend könnte auch die aktive Parteifähigkeit im Zivilprozess auf registrierte BGB-Gesellschaften beschränkt werden. Allerdings sind Rechtsfähigkeit und (aktive wie passive) Parteifähigkeit zwingend miteinander verbunden, denn die eine ist ohne die jeweils andere wertlos.<sup>78</sup> Eine Verknüpfung mit der Registrierung liefe deshalb auf die Folgen einer konstitutiven Eintragung hinaus, wie sie oben<sup>79</sup> aufgezeigt wurden. Eine elegante Lösung wäre, in § 50 ZPO klarzustellen, dass die Klage einer unregistrierten GbR nur zulässig ist, wenn die Gesellschafter, die im Fall des Unterliegens haften, angegeben werden.<sup>80</sup> Damit wäre das prozessrechtlich relevante Publizitätsdefizit behoben und die Möglichkeit jeder GbR zur Durchsetzung der eigenen Rechte gewahrt.

#### IV. Löschung aus dem Register

Schließlich wäre das Verfahren zu regeln, in dem Löschungen aus dem Register der BGB-Gesellschaften erfolgen. In technischer Hinsicht sind keine Gründe ersichtlich, die ein Abweichen vom bewährten Verfahren beim Handelsregister nahelegen, weswegen vom allgemeinen Verweis auf die Vorschriften der HRV nicht abgewichen werden muss. Auch die Vorschriften zur Berichtigung des Registers von Amts wegen sollten übernommen oder sinngemäß angewendet werden, um die Funktion des Registers als Vertrauensgrundlage<sup>81</sup> zu erhalten.

---

<sup>78</sup> *Wagner*, Grundprobleme der Parteifähigkeit, ZZZ 117 (2004), 305 (333 f.); BGHZ 146, 341 (348).

<sup>79</sup> Siehe dazu oben **C. III. 1.**

<sup>80</sup> So schon *de lege lata* BGHZ 146, 341 (356 f.); siehe auch *K. Schmidt* (Fn. 12), S. 734; *Roßkopf* (Fn. 37), S. O 14.

<sup>81</sup> *Lutter*, Die Eintragung anfechtbarer Hauptversammlungsbeschlüsse im Handelsregister, NJW 1969, 1873 (1876); *Kindler*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB I, 3. Aufl. 2014, § 2 Rn. 26.

## 1. Pflicht zur Löschung bei Abwicklung

Da eine GbR aus dem Register jedenfalls dann zu löschen wäre, wenn sie nach Auflösung und Auseinandersetzung gemäß §§ 723 ff., 730 ff. BGB erloschen ist, müssten in das materielle Recht der GbR Regelungen aufgenommen werden, die die Anmeldepflichten nach der Auflösung einer registrierten GbR adressieren. So müsste nach dem Vorbild des § 143 HGB vorgeschrieben werden, dass die Auflösung der Gesellschaft und damit ihre laufende Auseinandersetzung zum Register anzumelden sind. Immerhin steht nach der Auflösung die Geschäftsführung in der Abwicklungsgesellschaft gemäß § 730 Abs. 2 S. 2 BGB allen Gesellschaftern gemeinsam unabhängig davon zu, welche Regelungen für die werbende Gesellschaft getroffen worden waren. Dieser Umstand oder abweichend vereinbarte Konstellationen müssten zum Schutz des Rechtsverkehrs eingetragen werden. Auch darüber hinaus gibt es ein wirtschaftliches Interesse potentieller Vertragspartner daran, zu erfahren, dass ihr Gegenüber in der Auseinandersetzung begriffen ist. Entsprechend müsste auch die Fortsetzung der Gesellschaft nach ihrer Auflösung anzumelden sein, vgl. § 144 Abs. 2 HGB. Nach Abschluss der Auseinandersetzung müsste schließlich eine Anmeldepflicht bezüglich des Erlöschens der Gesellschaft wie in § 157 Abs. 1 HGB vorgesehen werden.

## 2. Freiwillige Löschung

Ist die Eintragung in das GbR-Register freiwillig, so könnte über die genannten Löschungspflichten hinaus eine Möglichkeit zur freiwilligen Löschung geschaffen werden, wie sie auch für Kannkaufleute gemäß § 2 S. 3 HGB besteht.<sup>82</sup> Dem Grunde nach greift nämlich für die GbR dieselbe Überlegung wie für den Kleingewerbetreibenden: Ihre Registrierung ist erwünscht, wenn diese die Gesellschafter allerdings reut, beispielsweise wegen des mit der Anmeldung von Änderungen verbundenen Aufwands, soll die Aufgabe ihrer Tätigkeit nicht der einzige Weg sein, sie zu beenden.<sup>83</sup> Eine solche „Rückfahrkarte“<sup>84</sup> wäre ein geeigneter Weg, insbesondere kleinen, jungen BGB-Gesellschaften die Entscheidung für eine Registrierung zu erleichtern.

Probleme mit Bezug zur Möglichkeit der freiwilligen Löschung träten allerdings bei Umsetzung der Verknüpfungslösung<sup>85</sup> auf. Die Verknüpfung von Subjekt-

<sup>82</sup> Ulmer (Fn. 38) S. 31; Tröger (Fn. 72), S. 842.

<sup>83</sup> Für den Kannkaufmann BT-Drucks. 13/8444, S. 32, Kindler, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn I (Fn. 81), § 2 Rn. 21.

<sup>84</sup> K. Schmidt, Das Handelsrechtsreformgesetz, NJW 1998, 2161 (2163).

<sup>85</sup> Siehe zu dieser oben **C. III. 3.**

und Objektpublizität kann nämlich nur dann tatsächlich gewährleistet werden, wenn auch die freiwillige Löschung nicht ohne Weiteres möglich ist, solange registrierte Rechte gehalten werden. Andernfalls liefen viele Verweise in den Objektregistern alsbald ins Leere und es wäre für Geschäfte mit den gelöschten Gesellschaften gegenüber der *lex lata* nichts gewonnen.

*a) Keine gesetzliche Regelung*

Dennoch scheint es möglich, von einer besonderen Regelung dieser Problematik abzusehen und darauf zu vertrauen, dass es im wirtschaftlichen Interesse einer GbR liegt, im Register zu stehen, wenn sie registrierte Rechte hält. Andernfalls würden potentielle Abnehmer des Rechts wohl von dem Geschäft Abstand nehmen, wenn sie feststellen, dass die bei der Eintragung des Rechts noch vorgeschriebene Registrierung danach gelöscht wurde. Wenn aber andererseits bei der Frage der Löschung auf die Wirkmacht vom Verkehr gesetzter Anreize vertraut werden soll, könnte dies genauso bei der Frage der Eintragung geschehen, sodass die Verknüpfungslösung letzten Endes inkonsequent und überflüssig wäre. Es wäre dann das rein freiwillige Modell mit den oben dargestellten Nachteilen<sup>86</sup> umzusetzen.

*b) Negativbescheinigung als Löschungsvoraussetzung*

Dass BGB-Gesellschaften, die ein registriertes Recht halten, auch gleichzeitig im GbR-Register eingetragen sind, könnte mit absoluter Sicherheit wohl nur erreicht werden, wenn vor der Antragslöschung einer GbR kontrolliert würde, ob diese registrierte Rechte hält. Dazu könnte eine Negativbescheinigung der Objektregister verlangt werden. Zwar erscheint es durchaus denkbar, dass in einem konsequent digitalisierten Verfahren das GbR-Register auf den Löschungsantrag und die Zahlung einer entsprechenden Bearbeitungsgebühr hin eine automatisierte Abfrage der mittlerweile durchgehend elektronisch geführten Objektregister<sup>87</sup> durchführt. Allerdings müsste hierzu ein ganz erheblicher Aufwand nicht nur für die Schaffung der entsprechenden digitalen Infrastruktur, sondern auch für die Überprüfung solcher Gesellschaften betrieben werden, die niemals registrierte Rechte gehalten haben.

---

<sup>86</sup> Siehe dazu oben **C. III. 2.**

<sup>87</sup> Das Handelsregister gemäß § 8a Abs. 2 HGB, abrufbar über das gemeinsame Registerportal der Länder, gemäß § 8b Abs. 2 Nr. 1 HGB auch über das Unternehmensregister; das Grundbuch gemäß § 126 ff. GBO, abrufbar über die Grundbuchportale der Länder; Marken- und Patentregister werden gemäß § 24 MarkenV, § 32 Abs. 1 PatG vom Deutschen Patent- und Markenamt zentral elektronisch geführt.

*c) Faktischer Zwang durch Registerverfahren*

Die Lösung des Problems könnte darin liegen, die Rechtsfolgen der Löschung so zu gestalten, dass diese für Gesellschaften mit registrierten Rechten nicht nur unattraktiv, sondern der Rechtsverkehr auch stärker vor unsicheren Geschäften gelöschter Gesellschaften geschützt wird. Ansatzpunkt hierfür könnte die registerrechtlich notwendige Identifikation bei Anmeldungen zum Objektregister sein: Will eine GbR zwecks oder in Folge einer Verfügung eine Änderung des Objektregisters bewirken, so muss sie gegenüber diesem als Voraussetzung einer wirksamen Verfahrenserklärung ihre Existenz, Identität und die Vertretungsmacht der für sie Handelnden nachweisen<sup>88</sup> oder glaubhaft machen. Mangels eines GbR-Registers geschieht dies nach der *lex lata* mittels diverser Hilfskonstruktionen, so z.B. durch die Nutzung der Fiktion der §§ 899a BGB, 47 Abs. 2 GBO.<sup>89</sup> Diese Regelung würde aber, wie auch § 162 Abs. 1 S. 2 HGB, mit der Verknüpfungslösung entfallen.<sup>90</sup> Es müsste dann in den jeweiligen Registerverfügungen geregelt werden, dass die genannten Umstände durch einen Auszug aus dem GbR-Register nachzuweisen sind. Für das Grundbuch ergäbe sich diese Lösung nach dem Wegfall von § 899a BGB wohl schon aus einem ergänzten § 32 GBO; für das Handelsregister könnte § 24 HRV ergänzt werden. Ein Erwerb von einer unregistrierten GbR durch konstitutive Eintragung wäre dann nicht mehr möglich, die folgenden Probleme für den Rechtsverkehr abgewendet. Bei deklaratorischen Eintragungen griffe dieser strikte Schutz zwar nicht, allerdings würde sich wegen Vorschriften wie § 16 Abs. 1 GmbHG, § 67 Abs. 2 AktG oder § 28 Abs. 2 MarkenG niemand auf einen Erwerb ohne Eintragung einlassen. Darüber hinaus unterläge die ausgeschiedene GbR aufgrund der Publizitätswirkungen eines Objektregisters unter Umständen weiter der Haftung.<sup>91</sup> Durch die registerrechtliche Immobilisierung der gehaltenen Rechte wäre das Hemmnis für eine Antragslöschung der anderweitig eingetragenen GbR aus dem GbR-Register immens erhöht.

**D. Übergangsrecht**

Zuletzt bleibt zu erwägen, wie der Übergang von der *lex lata* zu einem Recht der BGB-Gesellschaft, das über ein Register verfügt, gestaltet werden könnte.

---

<sup>88</sup> *Krafka/Kühn*, Registerrecht, 9. Aufl. 2013, Rn. 155 für das Handelsregister; *Knothe*, in: Bauer/v. Oefele, GBO, 3. Aufl. 2013, § 29 Rn. 39 für das Grundbuch.

<sup>89</sup> *Knothe*, in: Bauer/v. Oefele (Fn. 88), § 29 Rn. 39e ff.

<sup>90</sup> Siehe zu dieser oben **C. III. 3.**

<sup>91</sup> *Röder* (Fn. 4), S. 485 f.

Im Fall der Entscheidung für ein „rechtsfolgenloses“ Eintragungswahlrecht ergäbe sich neben der Einführung des Registers kein Regelungsbedarf. Da die nicht registrierte GbR weiter genau wie eine registrierte stünde, bedürfte es, neben den oben erwogenen Ergänzungen,<sup>92</sup> weiterhin der aktuellen Regelungen, die Publizitätsdefizite der GbR adressieren (§§ 899a BGB, 47 Abs. 2 GBO, 162 Abs. 1 S. 2 HGB). Damit wäre für Bestandsgesellschaften ein problemloser Übergang zur neuen Rechtslage möglich, ob sie sich nun registrieren oder nicht.

Komplizierter würde sich der Übergang wiederum gestalten, wenn in Zukunft eine Eintragung in ein Objektregister von einer Registrierung der GbR abhinge, denn es gäbe weiterhin BGB-Gesellschaften, die beispielsweise bereits in das Grundbuch eingetragen wurden, ohne registriert zu sein. Auch wenn § 899a BGB nach diesem Modell für zukünftige Eintragungen nicht mehr benötigt würde, wäre seine sofortige Abschaffung doch verfrüht: Bezüglich der nicht registrierten, aber eingetragenen Gesellschaften bedürfte es weiterhin der Erstreckung der Wirkungen der §§ 892 ff. BGB auf die Eintragung der Gesellschafter. Andernfalls droht zum einen die zuvor herrschende materielle Rechtsunsicherheit, zum anderen aber – der oben vorgeschlagenen registerrechtlichen Immobilisierung wegen – auch die Unmöglichkeit der Veräußerung. Bestandsgesellschaften, die eine eingetragene Rechtsposition, möglicherweise gar zwecks Auseinandersetzung, veräußern wollen, sollte aber nicht eigens dafür eine Registrierung auferlegt werden. Stattdessen sollte § 899a BGB vorerst in Kraft bleiben, seinem Anwendungsbereich nach aber auf Grundbucheintragungen beschränkt werden, die vor dem Inkrafttreten der Registrierungsmöglichkeit vorgenommen wurden. Ebenso wäre darauf zu achten, dass Gesellschaften, die vor der Reform andere registrierte Rechte erworben haben, ihre Legitimation gegenüber dem Register auch ohne eigenen Registereintrag nachweisen können.

Um den Vorteil, dass der systematisch wenig stimmige § 899a BGB an sich nach diesem Modell nicht mehr benötigt würde, nicht vollständig zu verlieren, sollte seine Fortgeltung allerdings beschränkt werden. Sein Außerkrafttreten nach einer Übergangsfrist könnte schon im Reformgesetz bestimmt werden. Danach müssten weiterhin unregistrierte Gesellschaften alle Nachteile fehlender Publizität tragen, was einen weiteren Anreiz zur Eintragung darstellen dürfte.<sup>93</sup>

---

<sup>92</sup> Siehe dazu oben **C. III. 2.**

<sup>93</sup> Vgl. zum Ganzen auch die Argumentation von *Vetter*, Wortmeldung, in: Diskussionsprotokoll der wirtschaftsrechtlichen Abteilung des 71. Deutschen Juristentages, in:

## E. Ergebnisse

Das zu schaffende Register für BGB-Gesellschaften sollte nach Art des Partnerschaftsregisters selbstständig bei den bestehenden Registergerichten eingerichtet werden.

Materiellrechtlich wäre zunächst der Inhalt von Eintragungen in das neue Register zu regeln. Dazu empfiehlt es sich, in die §§ 705 ff. BGB eine Vorschrift nach dem Vorbild des § 106 HGB aufzunehmen. Diese sollte über den Eintragungsinhalt hinaus festlegen, dass die Eintragung freiwillig ist („kann“). Im Anschluss sollte eine Regelung wie § 2 S. 3 HGB folgen, die eine Löschung auf Antrag ermöglicht. Anmeldungen sollten in öffentlich beglaubigter Form, aber auch in Form eines Online-Verfahrens möglich sein. Die technischen Einzelheiten des Online-Verfahrens sollten dabei dem Verordnungsgeber der Registerverordnung überlassen bleiben. Im Anschluss an den Inhalt der Eintragung und die Form der Anmeldung sollten die weiteren Anmeldepflichten, beispielsweise bei Änderungen oder Auflösung, geregelt sein. Wegen der Formalien des Registerverfahrens sollte eine Vorschrift nach dem Vorbild des § 5 Abs. 2 PartGG auf das HGB verweisen, um das BGB nicht mit redundanten Vorschriften zu belasten – allerdings mit Ausnahme des § 12 Abs. 1 HGB. Je nach Anzahl der dem BGB letztendlich hinzugefügten Vorschriften sollte erwogen werden, der registrierten GbR einen eigenen Abschnitt zu widmen. Das Verfahren bei dem GbR-Register inklusive der Online-Anmeldung und des Nachweisverfahrens bei der Antragslöschung sollte nach dem Vorbild von Handels- und Partnerschaftsregister in einer Verordnung geregelt werden. Wie in § 1 PRV könnte dabei auf die HRV verwiesen werden, soweit diese nicht handelsrechtsspezifisch ist.

Der Reformgesetzgeber sollte davon absehen, die Rechtsfähigkeit der GbR zukünftig an die Eintragung in ein Register zu knüpfen. Dies wäre erstens ein „Rückfall“ in die Zeit vor „ARGE Weißes Ross“, zweitens aber auch ein Hindernis für die eigentlich zu fördernde Gründerkultur in Deutschland.

Um die Publizität der GbR an den entscheidenden Stellen zu steigern, sollte stattdessen die Eintragung einer GbR als Berechtigte in andere Register von ihrer eigenen Registrierung abhängig gemacht werden. Auf diese Weise bliebe alle nötige Flexibilität für junge, dynamische Gesellschaften erhalten. Da ein Verweis auf das GbR-Register ohnehin Inhalt jedes Objektregisters sein muss-

---

Ständige Deputation des Deutschen Juristentages, Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages, 2016, Band 2, S. O 142.

te, erscheint es systematisch sinnvoll, schlicht den Nachweis der Registrierung zum Eintragungsinhalt zu machen, sodass der Rechtserwerb mittelbar davon abhinge.

Dieses Regelungsmodell sollte allerdings nur gewählt werden, wenn die Löschung auf Antrag<sup>94</sup> die Konsequenz hätte, dass anderweitig noch registrierte Rechte verkehrsunfähig gemacht werden. Andernfalls wäre für den Informationswert der Register wenig gewonnen. Ist dieser Vorschlag nicht realisierbar, so sollte nach dem Modell verfahren werden, bei dem die (Nicht-)Eintragung von unmittelbaren Rechtsfolgen frei wäre, während die wirtschaftlichen Vorteile der Registrierung diese so attraktiv wie möglich machen sollen.

Übergangsweise sollte die Vorschrift des § 899a BGB beibehalten werden, während nichtregistrierte BGB-Gesellschaften langsam durch Veräußerung oder Auflösung als Berechtigte aus dem Grundbuch verschwinden. Entscheidet man sich aber entgegen dieses Beitrags für ein rechtsfolgenfreies Eintragungswahlrecht, so ist denjenigen zuzustimmen, die für diesen Fall sogar die Ausweitung dieses Regelungsmodells auf andere Objektregister fordern. Nur so würde der Verkehrsschutz verbessert – gleichzeitig ist aber die Notwendigkeit, eine Notlösung noch auszuweiten, ein starkes Argument gegen das rein freiwillige Modell.

---

<sup>94</sup> Wie unter **C. IV. 2. c)** vorgeschlagen.

Dario Wind\*

## Welche Folgen ergäben sich aus einer Öffnung der KG für Freiberufler?

### Abstract

Im Jahr 2007 wurde das österreichische HGB einer Reform unterzogen, welche zu einer weiten Öffnung der KG führte. Nunmehr steht es auch Freiberuflern offen, sich dieser Rechtsform zu bedienen. In Deutschland blieb es mit der Partnerschaftsgesellschaft hingegen bei einer eigenen Rechtsform für Freiberufler. Ausgehend davon stellt sich die Frage, ob auch die deutsche KG für Freiberufler geöffnet werden sollte. Auf dem 71. Deutschen Juristentag wurde sich dafür in Beschluss Nr. 30 positiv ausgesprochen. Dieser Beitrag untersucht die Folgen, welche hieraus entstehen würden. Vorangestellt wird ein Rechtsformenvergleich zwischen der KG und den bisher für Freiberufler zugängigen Rechtsformen. Im Anschluss wird untersucht, wie die Öffnung der KG gesetzestechnisch zu vollziehen ist und welche rechtssystematischen Probleme sich daraus ergeben.

---

\* Der Verfasser studiert Rechtswissenschaft im siebten Fachsemester an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg mit dem Schwerpunkt Gesellschaftsrecht. Dieser Beitrag beruht auf einer Seminararbeit, die von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter Hommelhoff in Kooperation mit Dr. Eberhard Schollmeyer, LL.M. im Sommersemester 2018 gestellt wurde.

## A. Einleitung

Im Jahre 2007 wurde in Österreich die Unterscheidung zwischen gewerblichen und sonstigen unternehmerischen, insbesondere freiberuflichen Unternehmensgegenständen, durch die Einführung eines Unternehmensgesetzbuches aufgehoben.<sup>1</sup> Seither stellt sich auch in Deutschland zunehmend die Frage, ob die Dreiteilung des Personengesellschaftsrechts zwischen BGB-Gesellschaft, Handelsgesellschaft und Berufsausübungsgesellschaft durch eine Zweiteilung in BGB-Gesellschaft und Unternehmenspersonengesellschaft abgelöst werden sollte.<sup>2</sup> Zur Beantwortung dieser Frage müssen zunächst die Auswirkungen herausgearbeitet werden, die eine Öffnung der Personenhandelsgesellschaften für andere Berufsgruppen als Gewerbetreibende hätte. Dieser Beitrag befasst sich deshalb mit den Folgen, welche die Öffnung der Kommanditgesellschaft für Freiberufler mit sich bringt.

Die Beantwortung dieser Frage wird dreigliedrig herausgearbeitet. Zunächst werden die Folgen der neuen Organisationsfreiheit für die Praxis anhand eines Rechtsformenvergleichs mit den bisher für Freiberufler zugänglichen Gesellschaftsformen aufgezeigt (**B.**). Anschließend werden die gesetzlichen Möglichkeiten der Öffnung der KG diskutiert, um sodann zu untersuchen, welche dogmatischen und gesetzestechnischen Probleme sich daraus ergeben würden. Weiter werden Lösungsvorschläge, für die sich ergebenden Herausforderungen evaluiert (**C.**). Zuletzt wird anhand der aufgezeigten Folgen und Probleme ein Fazit dahingehend gezogen, ob die Öffnung der KG unter der derzeitigen Gesetzeslage zu empfehlen ist (**D.**).

## B. Folgen neuer Organisationsfreiheit

### I. Freiberuflern bisher zugängliche Gesellschaftsformen

Die Vorschriften in den verschiedenen Berufsrechten der Freiberufler treffen verschiedenartige Bestimmungen über die Organisationsfreiheit in Gesellschaftsformen. Dementsprechend ist nicht jede Gesellschaftsform jeder freiberuflichen Tätigkeit in gleichem Maße zugänglich. Sofern ein vertieftes Eingehen auf die Berufsrechte erforderlich ist, wird dies zur Wahrung des Umfangs des Beitrags auf das Berufsrecht der Rechtsanwälte beschränkt.

---

<sup>1</sup> *Schäfer*, Gutachten, Empfiehlt sich eine grundlegende Reform des Personengesellschaftsrechts?, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages, Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages, 2016, Band 1, S. E 3 (E 10).

<sup>2</sup> *K. Schmidt*, Neuregelung des Rechts der Personengesellschaften? – Vorüberlegungen für eine konsistente Reform, ZHR 2013, 712 (728); *Schäfer* (Fn. 1), S. E 10.

## 1. Personengesellschaften

### a) Gesellschaft bürgerlichen Rechts

Jedem Freiberufler steht die GbR als Gesellschaftsform offen. Diese ist durch eine analog § 128 HGB unbeschränkte persönliche Haftung der Gesellschafter neben der Gesellschaft gekennzeichnet.<sup>3</sup> Der Gesellschaftsvertrag kann formlos geschlossen werden<sup>4</sup> und die GbR ist eine universell einsetzbare Rechtsform. Es bestehen keine besonderen Publizitäts- und Bilanzerfordernisse und der Gesellschaftsvertrag kann weitgehend autonom gestaltet werden.<sup>5</sup>

### b) PartG und PartG mbB

Die Partnerschaftsgesellschaft (PartG) ist gemäß § 1 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 PartGG jeder freiberuflichen Tätigkeit geöffnet, wenn das Ständerecht dies gestattet. Insoweit wird nur Apothekern gemäß § 8 Apothekengesetz untersagt, sich in einer PartG zu organisieren.<sup>6</sup> In der PartG haften nach § 8 Abs. 1 S. 1 PartGG die Gesellschaft und die Gesellschafter persönlich für Geschäftsschulden. Charakteristisch ist jedoch, dass gemäß § 8 Abs. 2 PartGG die persönliche Haftung insofern auf eine Handelndenhaftung konzentriert wird, als für berufliche Fehler nur diejenigen Partner persönlich haften, welche mit der Bearbeitung des entsprechenden Auftrages befasst waren. Hervorzuheben ist auch, dass die als Personengesellschaft besteuerte PartG keine Gewerbesteuer kraft Rechtsform gemäß § 2 Abs. 2 GewStG zahlen muss.

Als Variante der PartG<sup>7</sup> wurde im Jahre 2013 die PartG mbB als Alternative zur englischen LLP eingeführt.<sup>8</sup> Sie ermöglicht gemäß § 8 Abs. 4 S. 1 PartGG den Ausschluss der persönlichen Haftung der Gesellschafter für fehlerhafte Berufsausübung, wenn die Partnerschaft zum Ausgleich dieser Schäden eine zusätzliche Berufshaftpflichtversicherung unterhält. Somit haftet den Gläubigern für Berufsausübungsfehler nur das Gesellschaftsvermögen, während für andere Geschäftsschulden weiterhin die Gesellschafter neben der Gesellschaft persönlich haften.

---

<sup>3</sup> BGH, NJW 2001, 1056 (1061); Grunewald, Gesellschaftsrecht, 10. Aufl. 2017, § 1 Rn. 113.

<sup>4</sup> Servatius, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, § 705 HGB Rn. 17.

<sup>5</sup> Schücking, in: MHdb GesR I, 4. Aufl. 2014, § 1 Rn. 1; Saenger, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2018, § 3 Rn. 109.

<sup>6</sup> Schäfer, in: Ulmer/Schäfer, GbR PartG, 7. Aufl. 2017, § 1 PartGG Rn. 79 f.

<sup>7</sup> OLG Nürnberg, NZG 2014, 422 (422).

<sup>8</sup> Henssler, Die LLP die bessere Alternative zur PartG mbB?, NJW 2014, 1761 (1761).

§ 8 Abs. 4 S. 1 PartGG fordert aber eine Komplementärvorschrift im jeweiligen Berufsrecht, die besondere Regelungen für die nötige Berufshaftpflichtversicherung enthält. Die Gesetzgebungskompetenz für die Berufsrechte liegt teils beim Bund und teils bei den Ländern, welche sich mit der Schaffung entsprechender Regelungen zurückhielten.<sup>9</sup> Bei Einführung der PartG mbB sahen lediglich die Berufsrechte der Rechts- und Patentanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer eine solche Versicherung vor.<sup>10</sup> Nachfolgend wurde diese bundeslandabhängig auch für Architekten,<sup>11</sup> beratende Ingenieure<sup>12</sup> und Heilberufe<sup>13</sup> eingefügt. Deswegen ist der Weg in eine PartG mbB nur länder- und berufsgruppenabhängig eröffnet.

*c) Ausländische Rechtsformen – insbesondere die britische LLP*

Als Folge der europäischen Niederlassungsfreiheit können Freiberufler sich auch in Gesellschaftsformen anderer europäischer Länder organisieren und ihren effektiven Verwaltungssitz in Deutschland behalten. Als besonders beliebte Organisationsform von Freiberuflern ist die LLP britischen Rechts hervorzuheben.<sup>14</sup>

Die LLP ist dadurch gekennzeichnet, dass sie keine Mindestkapitalisierung erfordert und zudem für jegliche Gesellschaftsverbindlichkeiten nur das Gesellschaftsvermögen haftet.<sup>15</sup> Sie wurde im System des britischen Rechts entworfen und wird dort dadurch ergänzt, dass sich aus dem Institut des *tort of negligence* eine Vertrauenshaftung für berufliche Fehler ergibt.<sup>16</sup> Diese Haftung ist im deutschen Vertragsrecht jedoch so nicht existent. Eine persönliche Haftung der Gesellschafter kann in Deutschland allein in den Ausnahmefällen einer Haftung aus Delikt entstehen.<sup>17</sup> Darüber hinaus unterliegt die LLP in Deutschland auf-

<sup>9</sup> Eine Übersicht zu den bestehenden berufsrechtlichen Regeln findet sich bei: *Lieder/Hoffmann*, Die PartG mbB – Rechtstatsachen und Rechtsprobleme, NJW 2015, 897 (900 f.).

<sup>10</sup> Z.B. § 10 BauKAG NRW; Art. 9 Abs. 3 i. V. m. Art. 8 Abs. 5 BayBauKAG.

<sup>11</sup> § 4b Abs. 3 S. 3 NArchG.

<sup>12</sup> § 7 Abs. 2 S. 6 NIngG.

<sup>13</sup> Art. 18 Abs. 2 BayHKaG.

<sup>14</sup> *Hensler/Mansel*, Die Limited Liability Partnership als Organisationsform anwaltlicher Berufsausübung, NJW 2007, 1393 (1393).

<sup>15</sup> *Bank*, Die britische Limited Liability Partnership: Eine attraktive Organisationsform für Freiberufler?, 2006, S. 94.

<sup>16</sup> *House of Lords, Donoghue v. Stevenson*; 26.5.1932, [1932] A.C. 562; *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*, 28.5.1963, [1964] A.C. 465; *Williams v. Natural Life Health Foods Ltd.*, 30.4.1998, [1998] 2 All ER 577.

<sup>17</sup> *Triebel/Sihny*, Die persönliche Haftung der Gesellschafter einer in Deutschland tätigen englischen Rechtsanwalts-LLP, NJW 2008, 1034 (1035).

grund ihrer Vergleichbarkeit mit der PartG auch einer ähnlichen Besteuerung<sup>18</sup> und hat keine besonderen Buchführungs- und Publizitätspflichten.

## 2. Kapitalgesellschaften

Auch GmbH,<sup>19</sup> AG<sup>20</sup> und KGaA<sup>21</sup> stehen Freiberuflern zur Verfügung. Diese Kapitalgesellschaften ermöglichen, mit Ausnahme der KGaA, allesamt den Ausschluss der persönlichen Haftung der Gesellschafter. Im Gegenzug bestehen aber erhöhte Gründungsanforderungen, das Erfordernis einer Mindestkapitalisierung, Buchführungs- und Publizitätspflichten und eine Besteuerung als Kapitalgesellschaft. Zudem muss eine zusätzliche Berufshaftpflichtversicherung abgeschlossen werden und es besteht gemäß § 2 Abs. 2 GewStG kraft Rechtsform eine Gewerbesteuerpflicht.

## II. Die „Freiberufler-KG“ und deren Gestaltungsformen

### 1. „Reine“ Freiberufler-KG

Das Handelsrecht bestimmt in §§ 161 Abs. 1, 2, 105 Abs. 2 S. 1 HGB, dass die KG eine zweckgebundene Rechtsform ist,<sup>22</sup> die nur bei Ausübung eines Handelsgewerbes, Kleingewerbes oder zur Vermögensverwaltung gegründet werden kann. Freiberufliche Tätigkeiten fallen nicht unter den herkömmlichen Gewerbebegriff<sup>23</sup> und können aus diesem Grund nicht in der Rechtsform der KG ausgeübt werden. Wird die Kommanditgesellschaft *de lege ferenda* für freiberufliche Tätigkeiten geöffnet, können sich Freiberufler in dieser Gesellschaftsform organisieren. Ihr Wesensmerkmal besteht darin, dass es gemäß § 161 Abs. 1 HGB zwei Gruppen von Gesellschaftern gibt. Die Komplementäre, die gemäß §§ 161 Abs. 2, 128 S. 1 HGB persönlich unbeschränkt haften, und die Kommanditisten, deren persönliche Haftung sich gemäß § 171 Abs. 1 HGB auf ihre Einlage beschränkt.

Freiberuflern wird somit im Fall einer Beteiligung als Kommanditist ermöglicht, ihre persönliche Haftung auf ihre Einlage zu beschränken. Zwar sind die Kommanditisten gemäß § 164 S. 1 HGB von der Geschäftsführung ausgeschlossen und gemäß § 170 HGB nicht zur Vertretung befugt, jedoch kann ihnen im Ge-

<sup>18</sup> Hensler/Mansel (Fn. 14), S. 1400.

<sup>19</sup> §§ 59c ff. BRAO.

<sup>20</sup> Nicht kodifiziert, aber u. a. in BGH, NJW 2005, 1568 (1570) zugelassen.

<sup>21</sup> BGH, NJW 2005, 1568 (1570).

<sup>22</sup> BGH, NZG 2011, 1063 (1665).

<sup>23</sup> Kindler, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB I, 3. Aufl. 2014, § 1 Rn. 38 f.; Roth, in: Koller/Kindler/Roth/Morck, HGB, 8. Aufl. 2015, § 1 Rn. 13 ff.

sellschaftsvertrag die Befugnis zur Geschäftsführung eingeräumt<sup>24</sup> und rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht erteilt werden.<sup>25</sup>

## 2. Freiberufler-GmbH & Co. KG

Bei einer Öffnung der KG für Freiberufler stellt sich die Anschlussfrage, ob sich auch Freiberufler, denen eine GmbH & Co. KG bisher nicht offenstand, in einer personengleichen GmbH & Co. KG organisieren können. Personengleichheit meint, dass dieselben Personen Gesellschafter der GmbH und der KG sind. Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern stand die KG schon gemäß § 27 Abs. 2 WPO und § 49 Abs. 2 StBerG insofern zur Verfügung, als dass zumindest neben dem prägenden Gesellschaftsgegenstand die Treuhandtätigkeit verfolgt werden musste, welche die gesamte Tätigkeit als Gewerbe qualifizierte.<sup>26</sup> Die Kombination mit § 28 Abs. 1 S. 2 WPO und § 50 Abs. 2 S. 3 StBerG ermöglicht für sie auch die personengleiche GmbH & Co. KG.

Diese mit dem Stichwort der „Treuhandtätigkeit“ gerechtfertigte Ungleichbehandlung zu anderen Freiberuflern ist besonders gewichtig unter dem Aspekt, dass bisher nicht in jedem Berufsrecht die Vorschrift zur Berufshaftpflichtversicherung gemäß § 8 Abs. 4 S. 1 PartGG eingefügt wurde und demzufolge nicht jeder Freiberuflergruppe eine Personengesellschaft, die eine Haftungsbeschränkung zulässt, zugänglich ist.<sup>27</sup>

Die Zulässigkeit einer Freiberufler-GmbH & Co. KG bestimmt sich nach den jeweiligen Berufsrechten der Freiberufler, welche die Organisationsfähigkeit in den zur Verfügung gestellten Gesellschaften regeln.<sup>28</sup> Nachfolgend wird das Berufsrecht von Rechtsanwälten untersucht. Wird eine GmbH Komplementärin einer Rechtsanwalts-KG, ist zu untersuchen, welcher Natur die GmbH sein darf. § 59c Abs. 2 der Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO) untersagt es einer Rechtsanwalts-gesellschaft, sich an einer berufsgleichen Gesellschaft zu beteiligen. Eine Rechtsanwalts-GmbH könnte demnach nicht als Komplementärin auftreten, wenn die Kommanditisten gleichläufig den Rechtsanwaltsberuf ausüben.

---

<sup>24</sup> Haas/Mock, in: Röhrich/Graf v. Westphalen/Haas, HGB, 4. Aufl. 2014, § 164 Rn. 14.

<sup>25</sup> Grunewald (Fn. 3), § 17 Rn. 16.

<sup>26</sup> Zur näheren Begründung, weshalb die partielle Treuhandtätigkeit eine Tätigkeit als Gewerbe qualifizieren soll: BGH, NZG 2014, 1179 (1180 ff.).

<sup>27</sup> Henssler, Brauchen wir ein zusätzliches sozietätsspezifisches Berufsrecht? 12 Thesen zum Reformbedarf im Recht der anwaltlichen Berufsausübungsgesellschaften, AnwBl 2014, 762 (762).

<sup>28</sup> Brüggemann, in: Feuerich/Weyland, BRAO, 9. Aufl. 2016, § 59a Rn. 9.

Ebenfalls wären vermögensverwaltende oder sonstige GmbH als Komplementärin gemäß § 59e BRAO unzulässig. § 59e BRAO bestimmt, dass nur natürliche Personen,<sup>29</sup> die sozietätsnahen Berufen gemäß § 59a Abs. 1 S. 1, 2 BRAO angehören, sich an einer Rechtsanwalts-gesellschaft beteiligen dürfen. Somit ist jede „Kapitalgesellschaft & Co. Rechtsanwalts-KG“ von der BRAO untersagt. Die verbleibende Möglichkeit besteht darin, dass sich die Rechtsanwälte nicht in der KG, sondern in der GmbH organisieren, welche sich dann selbst als Komplementärin an einer KG beteiligt, die eine andere sozietätsnahe Tätigkeit ausübt.<sup>30</sup> Dem entspräche z. B. die Beteiligung an einer Wirtschaftsprüfungs- oder Steuerberatungs-KG.

Im Ergebnis sind eine personengleiche Rechtsanwalts-GmbH & Co. KG und auch andere personengleiche Rechtsanwalts-Kapitalgesellschaften & Co. KG selbst bei einer Öffnung der KG für Freiberufler nicht möglich. Allerdings zeigt schon der Vergleich von Rechtsanwälten zu Wirtschaftsprüfern und Steuerberatern, dass die Öffnung der personengleichen Freiberufler-GmbH & Co. KG allein von den jeweiligen Berufsrechten abhängig ist. So wäre es z. B. bayerischen Apothekern nach der Öffnung der KG möglich, eine GmbH & Co. KG zu betreiben. Eine derart willkürliche Ungleichbehandlung der Freiberuflergruppen, ausgelöst durch Berufsrechte, bei deren Schaffung die Organisationsfreiheit in der GmbH & Co. KG noch nicht von Relevanz war, ist allerdings nicht mit Art. 3 Abs. 1 GG zu vereinbaren.

### 3. Einhergehende Öffnung der OHG?

Die Öffnung der KG könnte auch eine Öffnung der OHG für Freiberufler erforderlich machen. Dann müsste auch § 105 HGB, der die Zweckgebundenheit der OHG bestimmt und sie nur für Gewerbetreibende öffnet, *de lege ferenda* angepasst werden. Für eine einheitliche Öffnung der OHG spricht, dass der Wegfall der Kommanditisten normalerweise dazu führt, dass sich die KG in eine OHG wandelt. Zudem gibt es keine Gründe dafür, zwischen den Öffnungsvoraussetzungen einer OHG und einer KG zu unterscheiden.

### III. Rechtsformenvergleich

Im Folgenden werden die Charakteristika der Freiberufler-KG und Freiberufler-GmbH & Co. KG mit den bisher für Freiberufler zugänglichen Gesell-

<sup>29</sup> Brüggemann, in: Feuerich/Weyland (Fn. 28), § 59e Rn. 1.

<sup>30</sup> Keller, Rechtsanwalts-gesellschaft, GmbH & Co. KG, freier Beruf, Handelsgewerbe, EWiR 2011, 705 (706); Henssler/Streck, Handbuch Sozietätsrecht, 2. Aufl. 2011,

schaftsformen verglichen. Dabei wird insbesondere auf das Haftungsregime (1.), die Besteuerung (2.) und die Kosten der einzelnen Gesellschaftsformen (3.) eingegangen. Es wird untersucht, ob eine Gesellschaftsform besonders vorteilhaft für Freiberufler ist.

## 1. Haftung

Die bisher umfassendste Haftungsbeschränkung für Freiberufler besteht dann, wenn sie sich in einer LLP zusammenschließen. Eine persönliche Haftung ist – mit Ausnahme der Haftung aus unerlaubter Handlung – ausgeschlossen. Auch die Kapitalgesellschaften und die GmbH & Co. KG sehen einen völligen Ausschluss der persönlichen Haftung vor. Die reine KG birgt den Haftungs- nachteil, dass zwingend ein Komplementär vorhanden sein muss, der persönlich haftet und die PartG mbB beschränkt die Haftung nur auf berufliche Fehler und nicht auf sonstige Gesellschaftsverbindlichkeiten. Bei einem reinen Haftungsvergleich sind demnach die LLP, die GmbH & Co. KG und die Kapitalgesellschaften besonders vorteilhaft.

## 2. Besteuerung

Für einen Besteuerungsvergleich der Gesellschaftsformen muss zwischen Personen- und Kapitalgesellschaften unterschieden werden. Die Personengesellschaften unterliegen der transparenten Besteuerung, bei welcher der Gewinn den Gesellschaftern zugerechnet wird, wohingegen die Kapitalgesellschaften selbstständige Steuerrechtssubjekte sind.<sup>31</sup>

Vorteile in der Besteuerung als Personengesellschaften bestehen zunächst darin, dass die Gesellschafter einer Personengesellschaft gemäß § 15a EStG eine Verlustverrechnung aufstellen können, was Gesellschaftern einer Kapitalgesellschaft verwehrt ist.<sup>32</sup> Die Verlustverrechnung erfolgt bei beschränkt haftenden Gesellschaftern zwar nur bis zur Höhe der Einlage, kann aber auch mit zukünftigen Gewinnen verrechnet werden.<sup>33</sup> Darüber hinaus bietet die Besteuerung als Personengesellschaft gemäß § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 GewStG einen Freibetrag i. H. v. 24.500 € für die Gewerbesteuer.

---

S. 529 ff.; *Henssler*, Keine Organisationsfreiheit für Rechtsanwälte – Das Verbot der Rechtsanwalts-GmbH & Co. KG, NZG 2011, 1121 (1123).

<sup>31</sup> *Beck/Daumke/Perbey/Radeisen*, Grundriss des deutschen Steuerrechts, 7. Aufl. 2015, S. 237.

<sup>32</sup> *Birk/Desens/Tappe*, Steuerrecht, 20. Aufl. 2017, § 6 Rn. 1164.

<sup>33</sup> *Ebd.*, § 6 Rn. 1165.

Die PartG und LLP unterliegen allerdings nicht gemäß § 2 Abs. 2 GewStG kraft Rechtsform der Gewerbesteuer. Liegen tatsächlich nur Einnahmen aus freiberuflicher Tätigkeit vor, besteht nach §§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 Nr. 2 GewStG, § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG keine Gewerbesteuerpflicht. Im Gegensatz hierzu sind Kapitalgesellschaften gemäß § 2 Abs. 2 GewStG in vollem Umfang kraft Rechtsform gewerbesteuerpflichtig. Dies wirkt sich auch auf eine Freiberufler-GmbH & Co. KG aus. Einkünfte werden nur dann als solche aus freiberuflicher Tätigkeit qualifiziert, wenn alle Gesellschafter einen freien Beruf i. S. d. § 18 EStG ausüben. Erfüllt auch nur ein Gesellschafter diese Voraussetzungen nicht, gilt er als Berufsfremder und die Einkünfte werden vollumfänglich als gewerblich qualifiziert.<sup>34</sup>

Wird eine GmbH, welche gemäß § 2 Abs. 2 S. 1 GewStG kraft Rechtsform der Gewerbesteuer unterliegt, als Komplementärin einer KG eingesetzt, prägt sie nur dann nicht die Einkunftsart, wenn sie keine Mitunternehmerstellung hat. Die Mitunternehmerstellung wird anhand der Merkmale Mitunternehmerinitiative und Mitunternehmerisiko beurteilt.<sup>35</sup> Diese liegen bei der Komplementär-GmbH, die alleinige Komplementärin ist, aber zwingend in jeder Sachverhaltsgestaltung vor, weil ihre Vertretungsmacht gemäß §§ 125, 170 HGB nicht ausgeschlossen werden kann und ein ständiges Haftungsrisiko besteht. Die Freiberufler-GmbH & Co. KG unterliegt also in jeder Konstellation der Gewerbesteuer.<sup>36</sup> Die Gewerbesteuer kann jedoch in Teilen auf die Einkommenssteuer angerechnet werden, was dazu führt, dass in Gemeinden mit einem Gewerbesteuerhebesatz von bis zu 400 % die Belastung durch die Gewerbesteuer vollständig durch Anrechnung auf die Einkommenssteuer aufgewogen wird.<sup>37</sup>

Im Ergebnis bedeutet dies, dass die GmbH & Co. KG mit der PartG, LLP und KG steuerlich nur in Gemeinden konkurrenzfähig ist, in denen die Gewerbesteuer vollständig auf die Einkommenssteuer angerechnet werden kann. Des Weiteren unterliegen die ausschüttenden Kapitalgesellschaften, welche um ca. 2,4 Prozentpunkte höher besteuert werden als laufend besteuerte Personengesellschaften, beim Besteuerungsvergleich, insoweit sie keine Thesaurierungsziele verfolgen.<sup>38</sup>

<sup>34</sup> *Salger*, in: MHdb GesR I (Fn. 5), § 37 Rn. 10.

<sup>35</sup> *BFH*, DStR 2012, 2532 (2534).

<sup>36</sup> *Kubata/Riegler/Straßen*, Zur Gewerblichkeit freiberuflich tätiger Personengesellschaften, DStR 2014, 1949 (1953).

<sup>37</sup> *Henssler* (Fn. 30), S. 1126.

<sup>38</sup> *Grashoff/Kleinmanns*, Aktuelles Steuerrecht 2017, 13. Aufl. 2017, Kap. 2 Rn. 362.

### 3. Kosten

Der Kostenvergleich lässt sich auf die Parameter der Versicherungs-, Gründungs- und Betriebskosten erstrecken. Bei den Versicherungskosten zeigt sich, dass sowohl für die PartG mbB gemäß § 51a BRAO, als auch für die Kapitalgesellschaften<sup>39</sup> gemäß § 59j BRAO bei Rechtsanwälten eine zur Berufshaftpflichtversicherung zusätzliche Versicherung abgeschlossen werden muss, die einen Deckungsbetrag von je 2,5 Mio. € pro Schadensfall und mind. 10 Mio. € Jahreshöchstleistung vorsehen.

§ 59j BRAO galt zwar ursprünglich für die GmbH,<sup>40</sup> wurde jedoch auf alle Kapitalgesellschaften ausgeweitet.<sup>41</sup> Der Regelungszweck der §§ 59j und 51a BRAO – die nicht vorhandene persönliche Haftung einer natürlichen Person auszugleichen<sup>42</sup> – wäre auch auf die GmbH & Co. KG, bei der auch keine natürliche Person persönlich haftet, zutreffend und bei einer Öffnung dieser Rechtsform für Anwälte analog darauf anzuwenden. Eine analoge Anwendung kann aber nicht auf die LLP stattfinden, weil der Gesetzgeber eine diesbezügliche Regelung bewusst nicht vorgenommen hat.<sup>43</sup> Somit bestehen die erhöhten Versicherungskosten für Anwälte nicht bei der GbR, PartG, LLP und der reinen KG.

Die Gesellschaftsverträge der Kapitalgesellschaften bedürfen im Unterschied zu den Gesellschaftsverträgen der Personengesellschaften zudem einer notariellen Beurkundung, vgl. § 2 Abs. 1 S. 1 GmbHG, § 23 Abs. 1 S. 1 AktG und erfordern ein gezeichnetes Kapital in gewisser Höhe, vgl. § 5 Abs. 1 GmbHG, § 7 AktG. Gründungskosten und Mindestkapitalisierung liegen somit weit über denen der Personengesellschaften. Darüber hinaus bestehen bei den Kapitalgesellschaften Buchführungspflichten und die Publizitätspflicht, welche einen zusätzlichen Kostenfaktor darstellen.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Personengesellschaften, bei denen eine natürliche Person persönlich haftet und die LLP in der Errichtung, Versicherung und dem Betrieb am kostengünstigsten sind.

---

<sup>39</sup> BGH, MittBayNot 2005, 324 (327); *Kempter/Kopp*, Zulässigkeit und berufsrechtliche Zulassung der Rechtsanwalts-Aktiengesellschaft, NZG 2005, 582 (583).

<sup>40</sup> *Römermann*, in: BeckOK-BORA, Ed. 21, Stand: 1.9.2018, § 59j BRAO Rn. 5; *Kleine-Cosack*, BRAO 7. Aufl. 2015, § 59j Rn. 4.

<sup>41</sup> BGH, MittBayNot 2005, 324 (327).

<sup>42</sup> *BVerfG*, NJW 2001, 1560 (1561).

<sup>43</sup> BT-Drucks. 17/10487, S. 13 ff.

#### IV. Ergebnis

Im Rechtsformenvergleich lässt sich feststellen, dass die Kapitalgesellschaften schon aufgrund ihrer Besteuerung und der hohen Gründungs- und Publizitätsanforderungen nachteilsbelastet sind. Im Rahmen der Personengesellschaften ist die fehlende Möglichkeit zur Haftungsbeschränkung bei der GbR und PartG abträglich. Die reine KG ist insofern auch belastet, weil es Schwierigkeiten geben wird, innerhalb einer Freiberufler-KG eine Person zu finden, die gleichermaßen für die Arbeit aller anderen in der KG tätigen Freiberufler einstehen möchte. Die Entscheidung für eine Kapitalgesellschaft, GbR, PartG oder KG wird somit nur aus Gesichtspunkten der höheren Reputation der Gesellschaften im Rechtsverkehr fallen können.

Des Weiteren lässt sich feststellen, dass diejenigen Freiberuflergruppen, deren Berufsrecht nicht gegen eine personengleiche GmbH & Co. KG spricht, den Vorteil erlangen, der Besteuerung als Personengesellschaft zu unterliegen und ihre persönliche Haftung komplett ausschließen zu können. Dieselbe Möglichkeit bestand sonst ausschließlich innerhalb der LLP und in modifizierter Form – nicht auf sonstige Geschäftsschulden bezogen – bei der PartG mbB. Jedoch wirkt sich die Gewerbesteuerpflichtigkeit in Gebieten ab einem Gewerbesteuerhebesatz von ca. 400 % negativ aus. Abzuwägen ist auch, dass die Gründungskosten, die Mindestkapitalisierung und der Betrieb einer Komplementärs-GmbH erhöhte Aufwendungen mit sich bringen, welche bei der PartG mbB und LLP entfallen. Bei den Berufsgruppen, denen die GmbH & Co. KG nicht offensteht, stehen sich maßgeblich die PartG mbB und die LLP gegenüber. Bei Rechtsanwältinnen ist zu beachten, dass die LLP nicht den Abschluss einer zusätzlichen Berufshaftpflichtversicherung beinhaltet.

Es lässt sich festhalten, dass die reine KG wegen des Erfordernisses eines persönlich haftenden Komplementärs voraussichtlich nur geringen Zuspruch finden wird. Der Zulauf zur GmbH & Co. KG wird gemindert, weil sie nicht jeder Freiberuflergruppe offensteht und darüber hinaus, weil der Betrieb der Komplementärs-GmbH erhöhte Kosten mit sich bringt und zwingend Gewerbesteuer gezahlt werden muss. Die vorteilhafteste Rechtsform bleibt somit die LLP britischen Rechts, gefolgt von der PartG mbB. Zu beachten ist allerdings, dass im Falle eines unregelmäßigen Ausscheidens des Vereinigten Königreichs aus der Europäischen Union die LLP mit hoher Wahrscheinlichkeit in eine PartG transformiert wird.<sup>44</sup> Aufgrund dieser Unsicherheit und der Mög-

---

<sup>44</sup> *Teichmann/Knaier*, Brexit – Was nun? Auswirkungen des EU-Austritts auf englische Gesellschaften in Deutschland, IWRZ 2016, 243 (244).

lichkeit zur vollen Haftungsbeschränkung wird die GmbH & Co. KG gebietsweise zwar einer gewissen Nachfrage unterliegen, jedoch wird sie nicht an die Stelle der PartG mbB oder LLP rücken können.

### C. Gesetzssystematische Folgen der Öffnung der KG

Um festzustellen, welche weitergehenden Auswirkungen die Öffnung der KG für Freiberufler mit sich bringt, muss zunächst untersucht werden, wie die Öffnung gesetzlich ausgestaltet werden kann. Die unterschiedlichen Gestaltungsmöglichkeiten werden einer Folgenabwägung unterzogen, aus welcher dann ein Gestaltungsvorschlag entwickelt werden wird.

#### I. Notwendige Gesetzesänderungen

Die Öffnung einer KG für Freiberufler erfordert sowohl eine Anpassung des jeweiligen Berufsrechts (1.) als auch des Handelsrechts (2.).

##### 1. Berufsrechtliche Aspekte

Das Berufsrecht formt die Organisationsrechte, die das Gesellschaftsrecht zur Verfügung stellt, aus und hat insoweit Vorrang.<sup>45</sup> Exemplarisch wird hier das Berufsrecht der Rechtsanwälte untersucht.

In der BRAO ist gesetzlich lediglich geregelt, dass sich Rechtsanwälte in einer GmbH, vgl. § 59c BRAO, und in einer GbR organisieren dürfen. Aus der Rechtsprechung zur Anerkennung der GmbH schon vor der Einfügung des § 59c BRAO und der Zulässigkeit anderer Rechtsanwalts-Kapitalgesellschaften geht jedoch hervor, dass Art. 12 Abs. 1 GG gebietet, dass sich die Anwaltschaft in jeder nicht gesetzlich verbotenen Gesellschaft organisieren darf.<sup>46</sup> Allerdings folge daraus, dass die §§ 59a, 59c BRAO nur BGB-Gesellschaften und GmbHs betreffen, nicht, dass ansonsten auf eine gänzliche Freiheit der Gesellschaftsformen geschlossen werden könne.<sup>47</sup> Zur Vermeidung von Unstimmigkeiten ist deshalb eine Öffnungsklausel, ähnlich § 27 Abs. 2 WPO, erforderlich. Sie könnte in § 59c Abs. 1 BRAO folgendermaßen aufgenommen werden: „Gesellschaften mit beschränkter Haftung und Kommanditgesellschaften, deren Unternehmensgegenstand die Beratung und Vertretung in Rechtsangelegenheiten ist, können als Rechtsanwaltsgesellschaften zugelassen werden.“

<sup>45</sup> *Brüggemann*, in: Feuerich/Weyland (Fn. 28), § 59a Rn. 9.

<sup>46</sup> BayOLG, NJW 2000, 1647 (1647); *BGH*, NJW 2005, 1568 (1579).

<sup>47</sup> *Brüggemann*, in: Feuerich/Weyland (Fn. 28), Vorb. § 59c Rn. 8.

Für eine homogene Öffnung der KG für Freiberufler müsste eine solche Öffnungsklausel auch in die Berufsrechte derjenigen Freiberufler aufgenommen werden, deren Berufsrecht die Organisation in einer KG bisher verbietet.

## 2. Handelsrechtliche Aspekte

Die in § 161 Abs. 1 HGB angeordnete Zweckgebundenheit der KG versagt es Rechtsanwältinnen, sich in ihr zu organisieren.

### a) Möglichkeiten der Öffnung

Soll die KG für Freiberufler geöffnet werden, ergibt sich entweder die Möglichkeit, die freiberufliche Tätigkeit in § 161 Abs. 1 HGB aufzunehmen oder auf „den Betrieb eines Handelsgewerbes“ als Abgrenzungskriterium zu verzichten. Infolge der zweiten Möglichkeit könnte auf ein Abgrenzungskriterium gänzlich verzichtet werden, oder ein neues, weiteres Abgrenzungskriterium eingefügt werden. Dafür kommt ein Unternehmensbegriff nach österreichischem Vorbild in Betracht.<sup>48</sup>

### b) Abwägung der Ausgestaltungsmöglichkeiten

Wird auf das Abgrenzungsmerkmal „Betrieb eines Handelsgewerbes“ verzichtet, steht die Organisationsform KG nicht nur Freiberuflern, sondern pauschal jeder Tätigkeit wie z. B. sonstiger selbstständiger Tätigkeit offen. Für welche Berufsgruppen die KG insgesamt geöffnet werden soll, kann im Rahmen dieses Beitrags allerdings nicht umfassend diskutiert werden.

Auch die Einfügung des Unternehmensbegriffes, unter welchen in Österreich jede auf Dauer angelegte Organisation selbständiger wirtschaftlicher Tätigkeit zu fassen ist,<sup>49</sup> würde den Umfang der Öffnung erweitern. Dieses Abgrenzungskriterium ist weiter als die Aufnahme des Freiberuflerbegriffes, nähert sich diesem allerdings stärker an. Im Folgenden wird deshalb der Schwerpunkt der Abwägung nicht darin liegen, inwieweit die KG geöffnet werden sollte, sondern welcher Umsetzungsakt die geringsten praktischen Schwierigkeiten verursacht.

Die Einführung des Unternehmensbegriffes führt zunächst die Schwierigkeit herbei, festzustellen und den Rechtsanwendern publik zu machen, welche Tätigkeiten darunter zu fassen sind.<sup>50</sup> Zwar kommt der Unternehmerbegriff schon in unterschiedlichen Gesetzen vor, vgl. §§ 1, 19, 20 GWB; Art. 101, 102

---

<sup>48</sup> K. Schmidt (Fn. 2), S. 728.

<sup>49</sup> Schäfer (Fn. 1), S. E 19.

<sup>50</sup> Ebd., S. E 32.

EUV; §§ 15-20 AktG, aber können dessen Grenzen nicht exakt bestimmt werden.<sup>51</sup> Auch in Österreich führte die Einführung des Unternehmensbegriffes zu erheblichen Abgrenzungsschwierigkeiten.<sup>52</sup>

Prinzipiell unterliegt auch der Begriff der freiberuflichen Tätigkeiten Abgrenzungsschwierigkeiten, jedoch wurden diese wegen der langjährigen Unterscheidung von Gewerbetreibenden und Freiberuflern schon weitestgehend geklärt. Den Freiberuflerbegriffes in § 161 Abs. 1 HGB einzufügen, würde daher geringere Abgrenzungsschwierigkeiten in der Umsetzung hervorrufen als die Neueinführung des Unternehmensbegriffes und ebenfalls einer Rechtsunsicherheit vorbeugen.

Darüber hinaus spricht für die Einfügung der freiberuflichen Tätigkeit in § 161 Abs. 1 HGB, dass in der Folge weitere Regelungen im HGB entweder an den Unternehmensgegenstand Freiberuflichkeit oder Betrieb eines Handelsgewerbes anknüpfen und speziellere Regelungen diesbezüglich statuieren können. Dadurch würde der Problematik, ob und in welchem Umfang die Vorschriften über Kaufleute auch auf Freiberufler anzuwenden sind, konsequent Rechnung getragen werden können.

### 3. Ergebnis

Der etablierte Freiberuflerbegriff vermeidet das Aufkommen von Rechtsunsicherheit und vereinfacht somit den Umsetzungsakt der Öffnung der KG für Freiberufler. Zudem lässt er differenzierte Folge Regelungen zu. Im Ergebnis überwiegen die Vorteile, die das Einfügen des Freiberuflerbegriffes in § 161 Abs. 1 HGB herbeiführt gegenüber dem neu zu etablierenden Unternehmerbegriff.

## II. Auswirkungen der Aufnahme von Freiberuflern in § 161 Abs. 1 HGB

Ausgehend von den erörterten Gesetzesänderungen für die Öffnung der KG werden die gesetzessystematischen Folgen herausgestellt, welche die Aufnahme des Freiberuflerbegriffes in § 161 Abs. 1 HGB bei der derzeitigen Rechtslage bewirkt.

### 1. Freiberufler-KG als Kaufmann?

Die Aufnahme der Freiberufler in § 161 Abs. 1 HGB könnte zur Folge haben, dass Freiberufler-KG zu Kaufleuten werden. Eine KG ist kein Formkaufmann

<sup>51</sup> *Weller/Pritting*, Handels- und Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2016, § 1 Rn. 2.

<sup>52</sup> *Schäfer* (Fn. 1), S. E 32, E 37.

gemäß § 6 Abs. 2 HGB.<sup>53</sup> Allerdings ist sie Handelsgesellschaft, womit für sie § 6 Abs. 1 HGB gilt. Nach einer Ansicht verleiht § 6 Abs. 1 HGB selbst die Kaufmannseigenschaft.<sup>54</sup> Diese Auffassung wird jedoch damit begründet, dass OHG und KG das Betreiben eines Handelsgewerbes voraussetzen, weshalb die Prüfung der §§ 1-3 HGB der Annahme einer Personenhandelsgesellschaft vorausgehen und die Kaufmannseigenschaft nicht noch einmal als Folge des § 6 Abs. 1 HGB geprüft werden muss.<sup>55</sup> Ist der Betrieb eines Handelsgewerbes nun jedoch nicht mehr einziges Abgrenzungskriterium der KG, ist diese Argumentationskette nicht mehr schlüssig. Die Prüfung der Kaufmannseigenschaft müsste aufgrund des Verweises in § 6 Abs. 1 HGB nach den allgemeinen Vorschriften stattfinden. § 6 Abs. 1 HGB besagt nämlich nicht wie § 6 Abs. 2 HGB, dass eine Gesellschaftsform ohne Rücksicht auf ihren Gegenstand Kaufmann ist,<sup>56</sup> sondern verweist lediglich auf die Vorschriften, die für Kaufleute gelten, weshalb die etwaige Kaufmannseigenschaft der Handelsgesellschaft selbst noch nach den §§ 1-5 HGB beurteilt werden muss.<sup>57</sup> § 1 Abs. 1 HGB verlangt aber den Betrieb eines Handelsgewerbes, um Kaufmann zu sein. Hiernach ist die Freiberufler-KG nicht als Kaufmann anzusehen.

Anders könnte dies jedoch mit Blick darauf beurteilt werden, dass die Freiberufler-KG in das Handelsregister eingetragen werden muss, um die persönliche Haftung des Kommanditisten auch gegenüber Gläubigern, denen diese Position nicht bekannt war, auf seine Einlage zu begrenzen, vgl. § 176 Abs. 1 S. 1 HGB. Abzustellen ist hier auf § 5 HGB, welcher bestimmt, dass das unter einer eingetragenen Firma betriebene Gewerbe gegenüber einem Dritten, der sich auf die Eintragung beruft, als Handelsgewerbe anzusehen ist. Es könnte angenommen werden, dass § 5 HGB zur Schaffung von Rechtsklarheit dahingehend rechtsfortbildend ausgelegt werden muss, dass jede im Handelsregister eingetragene Gesellschaft ein Handelsgewerbe betreibt.<sup>58</sup> Dagegen spricht aber der eindeutige Wortlaut des § 5 HGB, nach welchem zwingende Voraussetzung

---

<sup>53</sup> *Enstbaler*, HGB mit UN-Kaufrecht, 8. Aufl. 2015, § 6 HGB Rn. 3; *Roth*, in: Koller/Kindler/Roth/Morck (Fn. 23), § 6 Rn. 6; *Emmerich*, in: Heymann, HGB I, 2. Aufl. 1995, § 6 Rn. 6; a. A.: nur *K. Schmidt*, in: MüKo-HGB I, 4. Aufl. 2016, § 6 Rn. 17.

<sup>54</sup> *Canaris*, Handelsrecht, 24. Aufl. 2006, § 3 Rn. 42; *Kindler*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn I (Fn. 23), § 6 Rn. 1; *Emmerich*, in: Heymann I (Fn. 53), § 6 Rn. 1; *K. Schmidt*, in: MüKo-HGB I (Fn. 53), § 6 Rn. 1.

<sup>55</sup> *Canaris* (Fn. 54), § 3 Rn. 45.

<sup>56</sup> *Oetker*, in: Staub, HGB I, 5. Aufl. 2009, § 6 Rn. 5.

<sup>57</sup> *Ebd.*

<sup>58</sup> *K. Schmidt*, in: MüKo-HGB I (Fn. 53), § 5 Rn. 22.

ist, dass unter der Firma zumindest ein Gewerbe betrieben wird.<sup>59</sup> Dieser Gesetzeswortlaut wurde auch im Rahmen des Handelsrechtsreformgesetzes diskutiert und beibehalten.<sup>60</sup> An der Tatbestandsvoraussetzung des Gewerbes ist somit festzuhalten. Ist eine Firma im Handelsregister eingetragen, bleibt der Einwand, es handele sich nicht um einen Kaufmann, weil eine freiberufliche Tätigkeit ausgeübt wird, also wirksam.<sup>61</sup> Somit hat die Freiberufler-KG kraft handelsrechtlicher Vorschriften nicht die Position eines Kaufmanns.

## 2. Freiberufler-KG als Scheinkaufmann

Dennoch könnte sie sich aufgrund der Eintragung nach der Lehre von der Rechtsscheinhaftung von Dritten wie ein Kaufmann behandeln lassen müssen. Die Eintragung im Handelsregister, obwohl kein Gewerbe betrieben wird, setzt einen zurechenbaren Rechtsschein dahin, dass als Kaufmann agiert wird.<sup>62</sup> Ist ein Dritter in seinem gewerblichen Verhalten nun schutzwürdig und vertraute auf den gesetzten Rechtsschein,<sup>63</sup> muss sich auch eine eingetragene Freiberufler-KG behandeln lassen, als wäre sie Kaufmann. Somit bestünde für eine Freiberufler-KG bei der momentanen Rechtslage das permanente Risiko, sich im Geschäftsverkehr als Kaufmann behandeln lassen zu müssen.

## 3. Folgen der Eigenschaft als Scheinkaufmann

Die Tragweite der Möglichkeit, dass eine Freiberufler-KG als Scheinkaufmann angesehen werden kann, lässt sich nur mit Blick auf die daraus resultierenden Folgen beurteilen. Ein Kaufmann kraft Rechtsscheins wird gegenüber demjenigen Dritten, der sich auf den Rechtsschein beruft, so behandelt als wäre er Kaufmann.<sup>64</sup>

Zunächst kommt die Anwendung der allgemeinen Vorschriften für Kaufleute gemäß der §§ 238 ff. HGB in Betracht. Diese enthalten die Buchführungs- und Inventarführungspflicht. Der Scheinkaufmannstatbestand löst aber nicht die-

---

<sup>59</sup> *Weller/Pritting* (Fn. 51), § 4 Rn. 111; *Oetker*, in: Staub I (Fn. 56), § 5 Rn. 8; *Emmerich*, in: Heymann I (Fn. 53), § 5 Rn. 3; *Röhricht*, in: Röhricht/Graf v. Westphalen/Haas (Fn. 24), § 5 Rn. 15.

<sup>60</sup> BT Drucks. 13/8444, S. 34.

<sup>61</sup> *Oetker*, in: Staub I (Fn. 56), § 5 Rn. 8; *Hopt*, in: Baumbach/Hopt, HGB mit GmbH & Co., 38. Aufl. 2018, § 5 HGB Rn. 5; *Kindler*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn I (Fn. 23), § 5 Rn. 20; *Röhricht*, in: Röhricht/Graf v. Westphalen/Haas (Fn. 24), § 5 Rn. 17, 34.

<sup>62</sup> *Oetker*, in: Staub I (Fn. 56), § 5 Rn. 26; *Kindler*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn I (Fn. 23), § 5 Rn. 53.

<sup>63</sup> *Hopt*, in: Baumbach/Hopt (Fn. 61), § 5 HGB Rn. 12 f.

<sup>64</sup> *Schwartzke*, in: BeckOK-HGB, Ed. 21, Stand: 15.7.2018, § 5 Rn. 57.

selben Rechtsfolgen aus wie die Kaufmannseigenschaft als solche, sondern bringt nur einzelne Vorschriften zugunsten einzelner Verkehrsteilnehmer zur Anwendung.<sup>65</sup> Die Pflicht zur ordnungsgemäßen Buchführung ist jedoch keine konkrete Pflicht gegenüber einem anderen Verkehrsteilnehmer, sondern eine Pflicht, die primär dem Zweck der eigenen Information dient und deren Verletzung deshalb vor der Insolvenz keine Folgen nach sich zieht.<sup>66</sup> Der Scheinkaufmann ist somit nicht verpflichtet, Bücher und Inventar zu führen.

Allerdings finden die Vorschriften über Handelsgeschäfte gemäß §§ 343 ff. HGB auch Anwendung auf den Scheinkaufmann.<sup>67</sup> Die Freiberufler-KG träge z. B. die Untersuchungs- und Rügeobliegenheit gemäß § 377 HGB, ihr könnten kaufmännische Bestätigungsschreiben übermittelt werden und ihr Schweigen könnte gemäß § 362 HGB als Annahme gewertet werden. Des Weiteren sind die Regeln des ersten Buches des HGB über die Prokura gemäß §§ 48 ff. HGB und die Handlungs- und Ladenvollmacht gemäß §§ 54, 56 HGB anwendbar.

#### 4. Evaluation

Die Freiberufler-KG wird nach einer Auffassung als Kaufmann angesehen, auf welche die Vorschriften über Kaufleute unmittelbar anzuwenden sind.<sup>68</sup> Nach der hier vertretenen Auffassung gilt die Freiberufler-KG nicht als Kaufmann, kann aber jederzeit als Kaufmann kraft Rechtsscheins angesehen werden, obwohl es sich um eine zulässige Organisationsform handelt. Somit entsteht die Problematik, dass die reine Öffnung der KG mit dem bisherigen System des HGB und der Kaufmannseigenschaft nicht in Einklang steht.

Die Vorschriften über Kaufleute passen zumindest nicht zu den Eigenarten der freien Berufe.<sup>69</sup> Zwischen Freiberuflern existieren keine Handelsbräuche, es wird lediglich untereinander konkurriert, nicht interagiert und es wird nicht miteinander gehandelt.<sup>70</sup> Das HGB verfolgt das Ziel der Einfachheit und Schnelligkeit des Handelsverkehrs,<sup>71</sup> welches z. B. für die rechtsberatenden Berufe nicht

---

<sup>65</sup> K. Schmidt, in: MüKo-HGB I (Fn. 53), § 5 Rn. 30.

<sup>66</sup> Weller/Pritting (Fn. 51), § 24 Rn. 603.

<sup>67</sup> K. Schmidt, in: MüKo-HGB I (Fn. 53), § 343 Rn. 10; Weller/Pritting (Fn. 51), § 33 Rn. 838.

<sup>68</sup> K. Schmidt, in: MüKo-HGB I (Fn. 53), § 5 Rn. 22.

<sup>69</sup> Hensler, Wortmeldung, in: Diskussionsprotokoll der wirtschaftsrechtlichen Abteilung des 71. Deutschen Juristentages, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages, Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages, 2016, Band 2, S. O 87.

<sup>70</sup> *AnnGH München*, NJW-RR 2011, 562 (563 f.).

<sup>71</sup> Hopt, in: Baumbach/Hopt (Fn. 61), § 1 HGB Rn. 5.

relevant ist.<sup>72</sup> Die Vorschriften über die Prokura treffen sinngemäß nicht zu, weil gemäß § 48 Abs. 1 HGB nur derjenige, der ein Handelsgewerbe betreibt, eine Prokura ausstellen kann.

Die KG muss jedoch in das Handelsregister eingetragen werden, um die gewünschte Haftungsbeschränkung zu erreichen. Hat dies zur Folge, dass auf jegliche Arten von Freiberuflern mittelbar oder unmittelbar die Vorschriften über Kaufleute anwendbar sind, entsteht ein Systembruch, der gerade die freien Berufe betrifft, die gewöhnlich nicht in Kontakt mit Vorschriften über Kaufleute kommen. Die reine Öffnung der KG, ohne weitergehende Anpassung der Vorschriften über Kaufleute, führt somit nicht – wie ursprünglich vorgesehen – zu einer Vereinheitlichung des Rechts, sondern zu Gesetzes- und Wertungswidersprüchen. Sollte die KG also geöffnet werden, ist dies nur einhergehend mit einer Anpassung des Handelsrechts zu vollziehen.

### III. Lösungsansätze

Diese Wertungswidersprüche sind in zwei Schritten zu lösen. In einem ersten Schritt muss geregelt werden, dass die unpassenden Vorschriften über Kaufleute nicht unmittelbar auf die Freiberufler-KG anzuwenden sind. In einem zweiten Schritt muss das Problem des Kaufmannes kraft Rechtsscheins aufgrund der Eintragung im Handelsregister gelöst werden.

#### 1. Regeln bezogen auf den Unternehmensgegenstand

Zur Beseitigung der Wertungswidersprüche, die eine Anwendung der Vorschriften über Kaufleute auf Freiberufler mit sich bringt, liegen zwei Möglichkeiten nahe. Zum einen könnte eine Ausnahme der freiberuflichen Tätigkeiten unmittelbar in denjenigen Vorschriften für Kaufleute vorgesehen werden, die nicht sinnvoll auf die freiberuflichen Tätigkeiten anzuwenden sind. So wird z. B. eine Aufnahme von Freiberuflern in § 241a HGB, welcher für Einzelkaufleute mit geringem Jahresüberschuss das Wegfallen der Buchführungspflicht statuiert, gefordert.<sup>73</sup> Zum anderen besteht jedoch auch die Möglichkeit, die §§ 1-6 HGB insofern anzupassen, als dass sie klarstellen, dass eine Freiberufler-Personenhandelsgesellschaft kein Kaufmann ist und die Vorschriften über Kaufleute somit generell nicht für sie gelten.

Die erste Möglichkeit erfordert eine detaillierte Prüfung der Anwendbarkeit jeder Vorschrift für Kaufleute auf die unterschiedlichen Freiberuflergruppen und

---

<sup>72</sup> *AnnGH München*, NJW-RR 2011, 562 (564).

<sup>73</sup> *K. Schmidt* (Fn. 2), S. 729.

im Endeffekt eine differenzierte Ausgestaltung der Regelungen je nach Unternehmensgegenstand. Zudem ergäbe dies die weitergehende Konsequenz, dass spezifische Regelungen für Freiberufler im HGB aufgenommen werden müssten. Einzelne Regelungen bezüglich der beruflichen Eigenarten wird es immer bedürfen, weil sich Freiberuf und Gewerbe unterscheiden.<sup>74</sup> Die Aufnahme von Sonderregelungen für unterschiedliche Unternehmensgegenstände im Handelsgesetzbuch führt aber nicht zu einer Vereinfachung des geltenden Rechts, was auch Ziel einer möglichen Reform ist,<sup>75</sup> sondern zu einer Zweckentfremdung des Handelsgesetzbuchs.

Angeknüpft werden sollte deshalb an die zweite Möglichkeit, welche die Vorschriften über Kaufleute gänzlich unberührt lässt und Unstimmigkeiten mit dem Charakter der freien Berufe vermeidet. Sie macht sich zu eigen, dass die KG zwar eine Handelsgesellschaft ist, die für Kaufleute konzipiert wurde, die Vorschriften über Kaufleute jedoch nur gelten, weil sie auf dasselbe Abgrenzungskriterium wie die KG – den Betrieb eines Handelsgewerbes – abstellen. Die Eigenarten der freien Berufe, welche spezifische Regeln erfordern, müssten dann in den einzelnen Berufsrechten je nach freiberuflicher Tätigkeit geregelt werden.<sup>76</sup> Anzuführen ist hier z. B. § 9 Abs. 3 PartGG, welcher problemlos als allgemeine Vorschrift in die BRAO übernommen werden könnte.

Im Ergebnis bedeutet dieser Lösungsansatz, dass das HGB nicht komplizierter wird, indem es an unterschiedliche Unternehmensgegenstände, betrieben in derselben Gesellschaftsform, unterschiedliche Regelungen knüpft. Er birgt das Potential, dass das HGB nur die Gesellschaftsform stellt, spezielle Vorschriften für einzelne Berufsgruppen – ausgenommen der Kaufleute – aber nicht getroffen werden.

## 2. Registereintrag

Der Eintrag im Handelsregister kann zu einer Behandlung der Freiberufler-KG als Kaufmann kraft Rechtsscheins führen. Ein Verzicht auf die Eintragung ist aufgrund des Schutzes des Rechtsverkehrs und des § 176 Abs. 1 S. 1 HGB nicht möglich. Auch die Abschaffung des Kaufmanns kraft Rechtsscheins bei einem bestehenden Eintrag im Handelsregister kann aufgrund des öffentlichen Vertrauens an das Handelsregister<sup>77</sup> nicht stattfinden. Es verbleiben folgende Lösungsmöglichkeiten: Die Freiberufler-KG wird im Partnerschaftsregister ein-

---

<sup>74</sup> Henssler (Fn. 69), S. O 62.

<sup>75</sup> Schäfer (Fn. 1), S. E 10.

<sup>76</sup> Henssler (Fn. 69), S. O 88 f.

<sup>77</sup> Weller/Pritting (Fn. 51), § 2 Rn. 41.

getragen, es wird ein neues umfassendes Unternehmensregister geschaffen, in dem es eine Spalte für freiberufliche Kommanditgesellschaften gibt, oder die Nichtkaufmannseigenschaft wird im Handelsregister eintragungsfähig gemacht.

Bei einer Eintragung in das Partnerschaftsregister entstehen zumindest nicht die Rechtsscheinsfolgen, die die Eintragung im Handelsregister mit sich bringt. Allerdings besteht im Partnerschaftsregister nicht die Möglichkeit, einzutragen, wer Komplementär und wer Kommanditist ist, wie hoch die Einlage des Kommanditisten ist und ob einem Kommanditisten Prokura eingeräumt wurde. Im Partnerschaftsregister müssen zudem die Berufe der Partner eingetragen werden, wohingegen im Handelsregister nur die Firma eintragungsfähig ist. Die Möglichkeit, eine KG im Partnerschaftsregister einzutragen, ist somit zu verwerfen.

Die Eigenschaft als Nichtkaufmann im Handelsregister eintragungsfähig zu machen, löst die geringsten Umsetzungsschwierigkeiten aus, weil nur ein schon vorhandenes Register leicht modifiziert werden muss. Allerdings widerspräche die Eintragungsfähigkeit von Nicht-Handelsgesellschaften im Handelsregister dem Grundgedanken des Handelsregisters. Es soll Auskunft über Tatsachen geben, die bei kaufmännischen Unternehmen bedeutsam für den Handelsverkehr sind.<sup>78</sup> Eine Vermischung von Handelsgesellschaften und Nicht-Handelsgesellschaften innerhalb des etablierten, in sich geschlossenen Handelsregisters ist somit auch nicht zu vollziehen.

Ein neues Unternehmensregister nach österreichischem Vorbild zu etablieren, in welchem es u. a. ein Register für kleinunternehmerische und freiberufliche Gesellschaften gibt, würde in sich ein stringentes und geschlossenes Registersystem ergeben. Es gäbe im Gegensatz zu den anderen Lösungsmöglichkeiten keine Widersprüche mit etablierten Prinzipien. Die Neueinführung eines Unternehmensregisters würde zwar die gänzliche Umstrukturierung der vorhandenen Register erfordern, wäre jedoch bei Öffnung der KG empfehlenswert für eine konsistente Reform.

#### **IV. Empfehlungen**

Zur Vermeidung der Wertungswidersprüche, die eine Anwendung der Vorschriften für Kaufleute auch auf Freiberufler verursacht, ist zu empfehlen, die Anwendbarkeit dieser Vorschriften zum einen dadurch auszuschließen, dass Freiberufler-KG ausdrücklich zu Nicht-Kaufleuten bestimmt werden. Zum an-

---

<sup>78</sup> *Ries*, in: Röhricht/Graf v. Westphalen/Haas (Fn. 24), § 8 Rn. 2; *Roth*, in: Koller/Kindler/Roth/Morck (Fn. 23), § 8 Rn. 1.

deren sollte das Entstehen des Rechtsscheintatbestandes durch die Einführung eines neuen Registersystems vermieden werden. Spezifische Regelungen, derer die einzelnen freiberuflichen Tätigkeiten bedürfen, sollten innerhalb ihrer Berufsrechte getroffen werden und nicht in das Handelsregister aufgenommen werden, damit dieses nicht zweckverfremdet und unübersichtlich wird.

#### D. Fazit

Aufgrund der Divergenzen in den Berufsrechten der Freiberufler ergeben sich aus der Öffnung der KG verschiedene Auswirkungen – insbesondere im Hinblick auf die Zugänglichkeit der GmbH & Co. KG. Zum Teil bestehen solche Unterschiede schon jetzt, diese werden jedoch noch verstärkt, wenn die KG für Freiberufler geöffnet wird. Beispielhaft ist hier anzuführen, dass Rechtsanwälte die personengleiche GmbH & Co. KG verschlossen bleibt, bayerischen Apothekern diese aber zur Verfügung gestellt wird. Eine Ungleichbehandlung von Freiberuflern bezüglich der Organisationsfreiheit in Gesellschaftsformen ist aber kaum unter Art. 3 Abs. 1 GG zu rechtfertigen.<sup>79</sup> Aus diesem Grund ist eine Harmonisierung der Berufsrechte empfehlenswert, wenn Freiberuflern die KG zur Verfügung gestellt wird.

Für die Öffnung der KG spricht zwar, dass ein Bedarf der Praxis für die Öffnung insoweit besteht, als dass noch nicht allen Freiberuflern die PartG mbB offensteht und eine deutsche Personengesellschaft mit Haftungsbeschränkungsmöglichkeit diesen zugutekommen würde. Allerdings überwiegen selbst bei Zugänglichkeit der GmbH & Co. KG die Vorteile der britischen LLP, die innerhalb der Konkurrenz der Gesellschaftsformen die meisten Vorteile aufweist.

Gegen die reine Öffnung der KG für Freiberufler spricht des Weiteren, dass jegliche Freiberufler mit den Vorschriften über Kaufleute in Kontakt kommen können. Dadurch werden Wertungswidersprüche im Handelsrecht ausgelöst und dessen Grundgedanken missachtet. Wird die KG für Freiberufler geöffnet, sollte einhergehend die Anwendbarkeit der Vorschriften für Kaufleute ausgeschlossen werden und Regelungen, welche für die einzelnen Freiberufe notwendig sind, in deren Berufsrechten getroffen werden. Außerdem müsste ein neues, in sich stringentes Register eingeführt werden, in welchem die Freiberufler-KG eintragungsfähig ist.

Im Ergebnis ist die isolierte Öffnung der KG für Freiberufler aufgrund der oben genannten Gründe nicht zu empfehlen. Im Falle der Öffnung müssten im

---

<sup>79</sup> Hensler (Fn. 30), S. 1125 ff.

Rahmen einer konsistenten Reform einhergehend das Handelsgesetzbuch, die Berufsrechte und das Register angepasst werden.

**Tobias Ahlering\***

## **Bedeutung und Wandel des Arguments der Duldungsvollmacht seit der Entstehung des BGB**

### **Abstract**

Dieser Beitrag thematisiert die historische Entwicklung des Instituts der Duldungsvollmacht ab dem Ende des 19. Jahrhunderts. Die durch den wachsenden Handel zunehmend auftretende Problematik der Vollmacht durch Duldung wird – insbesondere im Hinblick auf deren dogmatische Begründung – bereits seit dieser Zeit kontrovers diskutiert. Aufgezeigt wird ein Wandel von der stillschweigenden Bevollmächtigung hin zur Rechtsscheinvollmacht und damit von einer Fiktions- zu einer Zurechnungslösung. Erörtert wird außerdem, weswegen die Entscheidung zugunsten der Rechtsscheinvollmacht zur Zeit der nationalsozialistischen Diktatur – entgegen mancher Stimmen in der Literatur – durchaus in die nationalsozialistische Ideologie passt.

---

\* Der Verfasser ist Student der Rechtswissenschaft im zehnten Semester mit dem Schwerpunkt Arbeits-, Sozialversicherungs-, Versicherungs-, Medizin- und Gesundheitsrecht an der Universität zu Köln. Dieser Beitrag wurde als Seminararbeit im Rahmen des rechtshistorischen Seminars „Privatrecht im 20. Jahrhundert“ im Wintersemester 2017/18 bei Prof. Dr. Hans-Peter Haferkamp verfasst.

## A. Einführung

Die Möglichkeit der Stellvertretung ist sowohl für den nationalen und internationalen Wirtschafts- als auch für den privaten Rechtsverkehr unentbehrlich geworden. Seit langem hat diese im Rechtsverkehr eine große Bedeutung. Schon im Römischen Reich gab es eine Art der Stellvertretung: Handlungen des Sklaven wurden seinem Herrn zugerechnet.<sup>1</sup> Ab dem 16. Jahrhundert entstand die gewillkürte Stellvertretung – insbesondere als Reaktion auf die Anforderungen des Handelsverkehrs.<sup>2</sup> Bei der Entwicklung des Bürgerlichen Gesetzbuches Ende des 19. Jahrhunderts wurde die Relevanz erkannt: So heißt es in den Motiven der ersten BGB-Kommission bereits, dass „[d]ie grundsätzliche Zulässigkeit der Vornahme von Rechtsgeschäften durch Vertreter [...] für den heutigen Verkehr unabweisbares Bedürfnis“<sup>3</sup> ist. Eine Form<sup>4</sup> der für eine Stellvertretung benötigten Vertretungsmacht ist die Vollmacht, die in § 166 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuches als eine „durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht“ definiert ist.

Im Folgenden wird eine spezielle Art der Vollmacht thematisiert: die Duldungsvollmacht. Diese wird relevant, sobald ein nicht ausdrücklich bevollmächtigter Vertreter für den vermeintlich Vertretenen mehrfach Rechtsgeschäfte abschließt, dieser im Wissen um die Handlungen des Vertreters untätig bleibt und der Geschäftsgegner das Verhalten der beiden kennt und nach Treu und Glauben davon ausgehen durfte, dass der Vertreter eine ordnungsgemäße Vollmacht hat.<sup>5</sup> Aufgrund der fehlenden gesetzlichen Normierung der Tatbestände dieses Falles stand die Rechtsprechung vor der Aufgabe, eine Lösung zu finden und eigenständige Anforderungen an die Duldungsvollmacht zu entwickeln. Eine Analyse der Argumente und Geschichte der Duldungsvollmacht ist lohnenswert wegen der unterschiedlichen Interessenlagen der Personen, die an mittels Stellvertretern abgeschlossenen Rechtsgeschäften beteiligt sind. Sind Analogien oder ein Rückgriff auf Treu und Glauben gemäß § 242 BGB nötig, bedürfen Gerichtsentscheidungen, in welchen sich Gerichte für diese rechtliche Lösungsvariante entscheiden, überzeugender Begründungen.

---

<sup>1</sup> Hierzu *Schmoekel*, in: HKK-BGB I, 2003, §§ 164-181 Rn. 3. Zur Stellvertretung im römischen Privatrecht vgl. auch: *Kaser/Knützel/Lohsse*, Römisches Privatrecht, 21. Aufl. 2017, § 11 S. 84 ff.

<sup>2</sup> Vgl. *Coing*, Europäisches Privatrecht, Band 1: Älteres Gemeines Recht (1500-1800), 1985, S. 430.

<sup>3</sup> *Mugdan*, Motive I, S. 475.

<sup>4</sup> Die andere Form der Vertretungsmacht ist die gesetzliche Vertretungsmacht, wie die der Eltern für ihr Kind (§§ 1629 Abs. 1, 1626 BGB). Weitere Beispiele hierfür finden sich in § 1357 BGB, § 1793 Abs. 1 S. 1 BGB und § 1902 BGB.

<sup>5</sup> *Schubert*, in: MüKo-BGB I, 8. Aufl. 2018, § 167 Rn. 105 f.

Die rechtsgeschichtliche Entwicklung der Duldungsvollmacht seit der Entstehungszeit des Bürgerlichen Gesetzbuches wird bis zu ihrer heutigen Form untersucht. Dafür wird auf die relevante Fallkonstellation eingegangen, es werden historische Sichtweisen dargestellt und es wird analysiert, inwiefern sich die Duldungsvollmacht seit dem Ende des 19. Jahrhunderts verändert hat. Sodann werden die gegenwärtigen Anforderungen an die Duldungsvollmacht benannt und abschließend die Entwicklung zusammengefasst und kritisch kommentiert.

### **B. Ausgangslage für die Entstehung der Duldungsvollmacht**

Die Möglichkeit, durch Stellvertretung Rechtsgeschäfte abzuschließen, ist durch die Anforderungen des Rechtsverkehrs unverzichtbar geworden.<sup>6</sup> Es ist nahezu unmöglich, dass ein Kaufmann stets alle Geschäfte selbst abschließt, ohne sich eines Stellvertreters zu bedienen. Gleichzeitig birgt dies aber eine große Missbrauchsgefahr. Somit stehen der Gesetzgeber und die Rechtsprechung vor der Aufgabe, die Interessen aller Beteiligten in Einklang miteinander zu bringen.

Um die heutige Erscheinungsform der Duldungsvollmacht als mögliche Vertretungsmacht zu verstehen, ist das zugrundeliegende Problem zu untersuchen: Jemand handelt, ohne ausdrücklich bevollmächtigt worden zu sein, für einen anderen und tätigt in dessen Namen Rechtsgeschäfte. Wenn der andere dieses Verhalten dennoch duldet – also Kenntnis davon hat – bewegt man sich im Problembereich der Duldungsvollmacht. Hier kollidieren Interessen des *Vertretenen* mit denen des Geschäftsgegners. Durch den wachsenden Handel und die steigende Anzahl an Rechtsgeschäften kommt es auch häufiger zu dem Fall, dass Vertreter für einen Geschäftsherrn Geschäfte abschließen. Dieser Umstand schließt jedoch die Möglichkeit ein, dass Vertreter auch ohne Vollmacht tätig werden; hier bedarf es rechtlicher Regelungen, welche die Haftung klar definieren. Weiterhin hat die Entscheidung des Gesetzgebers bzw. der Rechtsprechung für oder wider die Duldungsvollmacht eine besondere Bedeutung für die Beteiligten, da in solchen Fällen das Schweigen bzw. Untätigsein der Vertretenen große Auswirkungen haben kann – insbesondere, wenn ein Geschäft nicht im Sinne des Vertretenen ist.

### **C. Historische Entwicklung**

Historisch sind für die Vertretungsmacht in Fallkonstellationen, bei denen heute vom Vorliegen einer Duldungsvollmacht ausgegangen wird, aber andere dogmatische Begründungsversuche bemüht worden. Dabei gab es vor allem in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts eine grundlegende Änderung der Sichtweise in Rechtsprechung und Literatur, die im Folgenden aufgezeigt werden soll.

---

<sup>6</sup> Vgl. *Stoffels*, in: NK-BGB I, 3. Aufl. 2016, § 164 Rn. 4 f.

## I. Situation vor dem Inkrafttreten des BGB

Die Möglichkeit der Stellvertretung ist nicht seit jeher anerkannt. In der Zeit vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches im Jahr 1900 herrschte Uneinigkeit, ob die Stellvertretung überhaupt zulässig ist<sup>7</sup> – insbesondere durch die Wiederentdeckung und Übernahme des römischen Rechts in die Lehre im 19. Jahrhundert<sup>8</sup> – und durch die Anwendung von Rechtsgrundsätzen der Antike. Das römische Recht kannte unsere heutige Form der Stellvertretung nicht.<sup>9</sup> Es gab nur ausnahmsweise die Möglichkeit, Rechte durch Dritte – vor allem durch Sklaven – zu erwerben.<sup>10</sup> Diese galten als vermögensunfähig, weswegen „was immer sie erwerben, sei es durch förmliche Geschäfte, soweit sie ihnen offen stehen, sei es durch formlose oder auf sonstige Weise, [...] notwendig dem Gewalthaber zu[fällt]“.<sup>11</sup> Wurde der Gewalthaber, also der Geschäftsherr, durch einen Sklaven vertreten, konnte der Geschäftsgegner seine Rechte aus diesem Geschäft durch eine Klage direkt gegen den Geschäftsherrn geltend machen.<sup>12</sup> Ansonsten galt, dass vertragliche Verpflichtungen nur selbst eingegangen werden konnten.<sup>13</sup> Es gab im römischen Recht jedoch die Möglichkeit, sich indirekt vertreten zu lassen. Hierbei schloss der indirekte Stellvertreter im Auftrag eines Vertretenen mit dem Geschäftspartner ein Rechtsgeschäft im eigenen Namen ab – er war somit selbst vertraglich gebunden – im Innenverhältnis mit dem Vertretenen wurde aber vereinbart, dass die Rechtsfolgen auf diesen übergehen.<sup>14</sup> Dennoch erkannte der Gesetzgeber die Notwendigkeit der Stellvertretung in der Entstehungszeit des BGB. Dabei sollte es nicht nur Stellvertretung im Verkehr zwischen Händlern, sondern auch im Verkehr zwischen

<sup>7</sup> Zu der geschichtlichen Entwicklung der Vollmacht an sich vgl. u. a.: *Schmoeckel*, in: HKK-BGB I (Fn. 1), §§ 164-181 Rn. 1 ff.

<sup>8</sup> Vgl. z. B. *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts in drei Bänden, 1862.

<sup>9</sup> Vgl. z. B. Digesten 44, 7, 11: „*Quaecumque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inanem actum nostrum efficiunt: et ideo neque stipulari neque emere vendere contrahere, ut alter suo nomine recte agat, possumus*“ („Alles, was wir unternehmen, macht, wenn es aus einem unsererseits abgeschlossenen Contracte seinen Ursprung nimmt, unsere Handlung zu einer völlig wirkungslosen, sobald der Ursprung der Verbindlichkeit nicht mit unserer Person zusammenhängt, und darum können wir weder stipulieren, noch kaufen, verkaufen, contrahieren, sodass ein Anderer daraus im eigenen Namen klagen könnte“, Übersetzung entnommen aus: *Otto/Schilling/Sintenis*, Das Corpus Juris Civilis in's Deutsche übersetzt von einem Vereine Rechtsgelehrter IV, 1832, S. 578); ähnlich auch in Digesten 50, 17, 73, 4.

<sup>10</sup> Hierzu *Schmoeckel*, in: HKK-BGB I (Fn. 1), §§ 164-181 Rn. 3. Zur Stellvertretung im römischen Privatrecht im Detail: *Kaser/Knüttel/Lobsse* (Fn. 1), § 11 S. 84 ff.

<sup>11</sup> *Kaser/Knüttel/Lobsse* (Fn. 1), § 11 S. 85.

<sup>12</sup> *Ebd.*, § 11 S. 86 sowie § 49 S. 304.

<sup>13</sup> *Müller*, Die Entwicklung der direkten Stellvertretung und des Vertrages zugunsten Dritter, 1969, S. 18.

<sup>14</sup> *Kaser/Knüttel/Lobsse* (Fn. 1), § 11 S. 84.

Privaten geben. Die Ausgestaltung der Stellvertretung hing vor dem Jahr 1900 vom geltenden Recht der verschiedenen deutschen Landesteile ab. Oft gab es sogar Regelungen für den Fall, dass eine Vollmachterteilung im Innenverhältnis widerrufen wurde, ohne dass es eine Kundgabe nach außen gab,<sup>15</sup> was eine Rechtsscheinsituation darstellt.

### 1. Bundes-, Reichsoberhandelsgericht 1870-1879

Im Gebiet des Norddeutschen Bundes war das *Bundesoberhandelsgericht* (BOHG) bzw. ab dem Jahr 1871 mit der Entstehung des Deutschen Reiches das *Reichsoberhandelsgericht* (ROHG) genannte Gericht ab Mitte 1870 die oberste Instanz in handels- und wechselrechtlichen Streitigkeiten<sup>16</sup> – die frühe Rechtsprechung zu der Duldungsvollmacht betrifft daher nur den Handelsverkehr. Das *Reichsoberhandelsgericht* schuf mit seinen Urteilen erste Grundlagen für die in den kommenden Jahrzehnten geführte Diskussion bezüglich der Duldungsvollmacht.

Die erste Entscheidung<sup>17</sup> des *Bundesoberhandelsgerichts* zu einer Fragestellung, die nach heutiger Anschauung in den Problembereich der Duldungs- oder Anscheinsvollmacht fällt, stammt aus dem Jahr 1870. Zu dieser Zeit galten die Normen des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches (ADHGB) auf dem Gebiet des Norddeutschen Bundes<sup>18</sup> bzw. später des Deutschen Reiches,<sup>19</sup> auf dessen Normen jedoch nicht näher eingegangen werden soll. Ein Geschäftsreisender, der nicht handlungsbevollmächtigt (Art. 47 ADHGB<sup>20</sup>) war, hatte für seinen Auftraggeber Verträge geschlossen und das dadurch erhaltene Geld nicht weitergeleitet. Der Auftraggeber verlangte nun von einem Geschäftspartner die Zahlung. Das *Bundesoberhandelsgericht* lehnte eine Zahlungspflicht ab und verwies darauf, „daß dem Auftraggeber die Verpflichtung aufliegt, zur Vermeidung der sonst unausbleiblichen Benachtheiligung dritter Personen Vorkehrungen zu treffen, welche solche Benachtheiligungen [...] verhindern“.<sup>21</sup> Dies auch, weil der Auftraggeber „der Verkehrs-Sicherheit schuldigen [...] Rücksicht“ nehmen

---

<sup>15</sup> Z. B. in Art. 2005 Code Civil (galt u. a. in der Rheinprovinz) und § 1327 SächsBGB (galt im Königreich Sachsen).

<sup>16</sup> Jachmann, in: Maunz/Dürig, 84. EL 2018, Art. 95 Rn. 30.

<sup>17</sup> BOHGE 1, 149-153.

<sup>18</sup> BGBl. des Norddeutschen Bundes 1869, Nr. 32, S. 379-602.

<sup>19</sup> § 2 Verfassung des Deutschen Reiches (RGBl. 1871, Nr. 16, S. 63).

<sup>20</sup> Art. 47 ADHGB: „Wenn ein Prinzipal Jemanden ohne Ertheilung der Prokura, sei es zum Betriebe seines ganzen Handelsgewerbes oder zu einer bestimmten Art von Geschäften oder zu einzelnen Geschäften, in seinem Handelsgewerbe bestellt (Handlungsbevollmächtigter), so erstreckt sich die Vollmacht auf alle Geschäfte und Rechtshandlungen, welche der Betrieb eines derartigen Handelsgewerbes oder die Ausführung derartiger Geschäfte gewöhnlich mit sich bringt. [...]“.

<sup>21</sup> BOHGE 1, 149 (151).

müsse.<sup>22</sup> Es hat den Anschein, als erachtete das *Gericht* den Vertragspartner in einer solchen Konstellation als schützenswerter – ein Auftraggeber muss nach Ansicht der Richter selbst Sorge tragen, dass seine Mitarbeiter nicht als Bevollmächtigte auftreten.

In einem Urteil aus dem Jahr 1873<sup>23</sup> hatte das *Reichsoberhandelsgericht* darüber zu entscheiden, ob ein Vertrag, den der bei der Handelsfrau angestellte Ehemann für sie abschließt, verbindlich ist. Er war zwar zum Vertragsschluss mit bestimmten Firmen bevollmächtigt, tätigte aber darüber hinaus Käufe bei dem Kläger, der nicht zu einer dieser Firmen gehörte. Dies war seiner Frau auch bekannt. Das erkennende *Gericht* bejahte nun die Verpflichtung der Ehefrau durch den Vertrag mit dem Hinweis auf Treu und Glauben sowie Prinzipien<sup>24</sup> aus dem römischen Recht.<sup>25</sup> Aus diesen beiden Komponenten entwickelte das *Gericht*, dass die missbräuchliche Übertretung einer Vollmacht durch den Bevollmächtigten zulasten des Geschäftsherrn geht.<sup>26</sup> Weiterhin führte das *Gericht* aus, die Handelsfrau hätte ihrem Geschäftspartner bereits früher bei der Zahlung anderer Käufe darauf hinweisen müssen, dass ihr Mann zum Abschluss von Verträgen nicht bevollmächtigt sei.<sup>27</sup> Auch hier wird deutlich, dass der Schutz des Geschäftspartners für das *Gericht* ein entscheidendes Argument darstellte – insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Handelsfrau um die mehrmalige Überschreitung der Vollmacht durch ihren Ehemann wusste. Bemerkenswert ist, dass eine ähnliche Konstellation<sup>28</sup> unter einem anderen Aspekt – der *Senat* bejahte eine Willenserklärung – vom *Reichsoberhandelsgericht* gewürdigt wurde. Hier trat wieder der Ehemann einer Handelsfrau für diese auf, ohne aber ausdrücklich bevollmächtigt worden zu sein, bestimmte Handlungen im Namen der Handelsfrau vorzunehmen. Auch in diesem Fall wusste die Handelsfrau davon und schwieg dazu. Das *Reichsoberhandelsgericht* nahm jedoch an, dass es sich dabei um eine stillschweigende – also eine durch „Willenserklärung

---

<sup>22</sup> BOHGE 1, 149 (151).

<sup>23</sup> ROHGE 10, S. 141 (141-144).

<sup>24</sup> So sind im römischen Recht Fälle ähnlich, in denen ein Geschäftsherr für die missbräuchlichen Handlungen seines Angestellten haftbar ist, vgl. Digesten 14, 1, 1, 12: „*Sed et si in pretiis rerum emptarum sefellit magister, exercitoris erit damnum, non creditoris*“ („Aber auch wenn der Schiffer bei den Preisen der eingekauften Dinge Betrug gemacht hat, wird der Rheder und nicht der Gläubiger den Schaden zu tragen haben“, Übersetzung entnommen aus: *Otto/Schilling/Sintenis*, Das Corpus Juris Civilis in's Deutsche übersetzt von einem Vereine Rechtsgelehrter II, 1831, S. 141).

<sup>25</sup> ROHGE 10, 141 (142 f.).

<sup>26</sup> Ebd., 143; *Thöl*, Das Handelsrecht, 1841, S. 98 f.; S. 104.

<sup>27</sup> ROHGE 10, 141 (142 f.).

<sup>28</sup> ROHGE 8, 314 (314-316).

aus Umständen entnommen[e]“ – Bevollmächtigung handle.<sup>29</sup>

Entgegen der in späteren Jahren herrschenden Einschätzung, dass *Bundes-* und *Reichsoberhandelsgericht* eine gefestigte Rechtsprechung zugunsten der stillschweigenden Bevollmächtigung verfolgten,<sup>30</sup> wird deutlich, dass es durch Bezugnahme auf Treu und Glauben sowie auf den Verkehrsschutz auch erste Tendenzen in Richtung einer Rechtsscheinvollmacht<sup>31</sup> gab, jedoch ohne die Rechtsscheinvollmacht klar von der stillschweigenden Bevollmächtigung zu trennen.<sup>32</sup> Das *Bundes-* bzw. *Reichsoberhandelsgericht* schien vor allem das Ergebnis im Blick gehabt zu haben, ohne sich mit dem Weg dorthin beschäftigen zu wollen. Es zeigt sich, dass die Abgrenzung zwischen stillschweigender Bevollmächtigung – wie sie in einem nur beispielhaft genannten Fall vom 3.1.1873 angenommen wurde – und der im Urteil vom 26.5.1873 gewählten Lösung, bei dem sich das *Gericht* hauptsächlich auf Treu und Glauben berief, nicht vorgenommen wurde. Bei der Entscheidung dieser Frage wurde noch nicht einheitlich vorgegangen.

## 2. *Reichsgericht*: Zwischen stillschweigender Bevollmächtigung und Rechtsscheinvollmacht

Ab dem Jahr 1879 stellte das *Reichsgericht* die oberste Instanz der ordentlichen Gerichtsbarkeit im Deutschen Reich dar.<sup>33</sup> Damit war es zugleich der Nachfolger des *Reichsoberhandelsgerichts*, entschied aber auch über andere Streitigkeiten im Zivilrecht. Auch das *Reichsgericht* war mit Verfahren konfrontiert, die sich im Problemkreis der Rechtsscheinvollmacht bewegen. Auffällig ist, dass das *Reichsgericht* – ähnlich wie das *Reichsoberhandelsgericht* – oftmals die auftretenden Probleme solcher Fallkonstellationen nur oberflächlich behandelte und sich nicht vertieft mit den Sachverhalten sowie deren rechtlicher Bewertung auseinandersetzte. Dies führte zu dogmatisch wenig ergiebigen Urteilen: Es hätte bereits damals einer Abgrenzung bedurft, ob es sich tatsächlich um eine rechtsgeschäftliche, auf Basis einer Willenserklärung erteilte Vollmachterteilung handelt, oder ob der Vertretene durch sein Dulden bzw. seine Unkenntnis der Handlungen des Vertreters einen Rechtsschein erzeugt.

<sup>29</sup> ROHGE 8, 314 (315).

<sup>30</sup> Dies wird z. B. vertreten von *Krause*, Schweigen im Rechtsverkehr. Beitrag zur Lehre vom Bestätigungsschreiben, von der Vollmacht u. von der Verwirkung, 1933, S. 23.

<sup>31</sup> „Die Haftung nach Rechtsscheingrundsätzen ist ein spezieller Anwendungsfall des venire contra factum proprium, wonach jemand, der das Vertrauen anderer in das Bestehen einer bestimmten Rechtslage erweckt, sich daran festhalten lassen muss“, *Schubert*, in: MüKo-BGB II, 7. Aufl. 2016, § 242 Rn. 333.

<sup>32</sup> Vgl. *Bader*, Duldungs- und Anscheinsvollmacht. Zur Entwicklung in d. Rechtsprechung d. Zivilgerichte u. zur dogmatischen Einordnung, 1978, S. 14.

<sup>33</sup> § 135 GVG (RGBl. 1877, Nr. 4, S. 66) i. V. m. § 1 ff. EGGVG (RGBl. 1877, Nr. 4, S. 77-80).

In dem Fall, dass eine Duldungsvollmacht einschlägig sein könnte, also jemand für einen Dritten wiederholt auftritt und rechtsgeschäftlich tätig wird, ohne bevollmächtigt zu sein, favorisierte das *Reichsgericht* die Lösung, eine stillschweigende Bevollmächtigung anzunehmen. So z. B. in einem Urteil aus dem Jahr 1879<sup>34</sup>: Hier war ein Angestellter im Namen des Vertretenen als handlungsbevollmächtigt gegenüber Dritten aufgetreten und schloss so auch Geschäfte ab. Sofern der Geschäftsherr nun zuließ, „daß T. [der Angestellte] sich als Handlungsbevollmächtigter gerierte, so ist darin [...] eine stillschweigende Bestellung [...] zu finden“<sup>35</sup>. Das *Reichsgericht* stellte fest, dass das ganze „unter den Augen“<sup>36</sup> des Vertretenen stattgefunden hatte, ging jedoch in diesem Urteil nicht näher darauf ein, ob er von dem Auftreten seines Angestellten als Bevollmächtigter wusste und ob solch ein Wissen erforderlich ist, um eine stillschweigende Bestellung anzunehmen. Eine dogmatische Abgrenzung zur Rechtscheinvollmacht blieb aus.

Drei Jahre später präziserte das *Reichsgericht* eine Anforderung der Duldungsvollmacht: Es genügte jedenfalls eine bloß mögliche Kenntnis der Handlungen des Vertreters nicht – das *Gericht* forderte für die Vollmacht durch Duldung eine tatsächliche Kenntnis des Vertretenen.<sup>37</sup>

### 3. Standpunkte in der Literatur

Die Lösungen des *Bundes-* und *Reichsoberhandelsgerichts* und des *Reichsgerichts* waren nicht einheitlich und auch in der Literatur gab es Kontroversen. Das *Reichsgericht* etwa fingierte in seinen Urteilen meist eine tatsächlich nicht abgegebene Willenserklärung des Geschäftsherrn, um zur stillschweigenden Bevollmächtigung zu gelangen.<sup>38</sup> Rechtswissenschaftlich war eine solche Fiktionslösung<sup>39</sup> umstritten. Während *Bülow* Fiktionen scharf kritisierte und der Auffassung war, sie seien Ausdruck davon, dass der Richter sich etwas vorstellen solle, was nicht

---

<sup>34</sup> RGZ 1, 8 (8).

<sup>35</sup> Ebd.

<sup>36</sup> Ebd.

<sup>37</sup> RGZ 28, 389 (390).

<sup>38</sup> Abzugrenzen ist dies zu der generellen Frage, wie eine Stellvertretung wirkt. So wollte z. B. *Buchka*, Die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen, 1852, S. 239, fingieren, der Geschäftsherr habe das Rechtsgeschäft, welches eigentlich durch einen Dritten getätigt wurde, selbst vorgenommen. („Wenn der Vertrag von dem Mandatar wirklich aufgrund einer Vollmacht eingegangen ist und in Folge dessen vermöge rechtlicher Fiction als der des Mandanten angesehen wird, [...]“).

<sup>39</sup> Eine Fiktion ist „die normative Annahme eines Sachverhalts als gegeben, der in Wirklichkeit nicht besteht [...], um hieraus die Ableitung sonst nicht möglicher Rechtsfolgen vornehmen zu können“, Artikel „Fiktion“, in: Bundeszentrale für politische Bildung, Recht A-Z, 2015, S. 174.

wahr sei<sup>40</sup> – also nicht den Parteiwillen abbildet –, waren sie für *v. Savigny* ein wichtiges Erbe der römischen Rechtswissenschaft. *V. Savigny* vertrat den Standpunkt, Fiktionen seien deswegen bedeutend, da, wenn eine neue Rechtsform (also z. B. eine Rechtsfigur wie die Duldungsvollmacht) entstünde, dieselbe so unmittelbar an eine alte, bestehende angeknüpft würde.<sup>41</sup> Da vor dem Inkrafttreten des BGB vor allem das Lehrbuch von *Buchka*,<sup>42</sup> der sich der Fiktion bediente, bei der Falllösung unter Juristen und der Lehre herangezogen wurde, konnte sich die Kritik hieran nicht durchsetzen. Erst die Kodifizierung des Rechts im BGB führte zu großen Kontroversen.

## II. 1900-1945

Am 1.1.1900 trat das Bürgerliche Gesetzbuch im Deutschen Reich in Kraft.<sup>43</sup> Dessen § 167 Abs. 2 BGB regelt, dass Vollmachten grundsätzlich formfrei erteilt werden können<sup>44</sup>; es gibt somit weiterhin die Möglichkeit der konkludenten Vollmachterteilung. Nun hatte die Rechtswissenschaft die §§ 164-181 BGB als neu geschaffene Grundlage für Fragen rund um die Vollmachterteilung zur Verfügung. Die §§ 170-173 BGB regeln zum Schutz des Geschäftspartners Rechtsscheinsituationen – sie waren abschließend und als Ausnahme gedacht, da der gutgläubige Geschäftspartner nach Ansicht der Kodifikatoren des Bürgerlichen Gesetzbuches keinen Schutz wegen eines Rechtsscheins über die §§ 170 ff. BGB hinaus genießen sollte.<sup>45</sup>

### 1. *Reichsgericht* bis Ende der 1920er Jahre: Stillschweigende Bevollmächtigung

Auch nach 1900 bejahte das *Reichsgericht* in Fallkonstellationen, in denen eine Duldungsvollmacht einschlägig sein könnte, oftmals eine stillschweigende Bevollmächtigung. Doch es scheint, als entwickelte sich bei den Richtern ein verstärktes Bewusstsein für die Problematik. So hatte das *Reichsgericht* einen Fall zu entscheiden, bei dem der Geschäftsherr keine Kenntnis von dem Auftreten des Vertreters gegenüber Dritten hatte.<sup>46</sup> Laut *Reichsgericht* kam es hier auf das „in

<sup>40</sup> *Bülow*, Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten, AcP 62 (1879), 1 (8).

<sup>41</sup> *v. Savigny*, Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 1814, S. 32.

<sup>42</sup> *Buchka* (Fn. 37).

<sup>43</sup> Art. 1 EGBGB (RGBl. 1896, Nr. 21, S. 604).

<sup>44</sup> Es gibt anerkannte Ausnahmen, hierzu *Schubert*, in: MüKo-BGB I (Fn. 5), § 167 Rn. 14-39.

<sup>45</sup> *Schmoeckel*, in: HKK-BGB I (Fn. 1), § 164-181 Rn. 4 f.

<sup>46</sup> RGZ 65, 292 (292-299), hier käme heute eine Anscheinsvollmacht in Betracht (die auch Vollmacht kraft Rechtsscheins ist), zu deren Voraussetzungen vgl. *Ackermann*, in: NK-BGB I (Fn. 6), § 167 Rn. 82-90.

die äußere Erscheinung getretene [...] Verhalten<sup>47</sup> des Geschäftsherrn an, nicht jedoch auf „den Willen [...], damit ein gleiches Verfahren auch für zukünftige Fälle gutzuheißen“.<sup>48</sup> Unerheblich war damit laut *Reichsgericht* auch, ob der Geschäftsherr von den Handlungen „Kenntnis gehabt hat“<sup>49</sup> – vielmehr müsse beachtet werden, wie die Geschäftspartner „nach Treu und Glaube“<sup>50</sup> die Situation begriffen. Hier schien es aus heutiger Sicht abermals Tendenzen hin zur Rechtsscheinvollmacht zu geben.

Bisher hatten zunächst das *Bundes-* und das *Reichsoberhandelsgericht*, dann das *Reichsgericht* die Möglichkeit einer stillschweigenden Bevollmächtigung nur im Rechtsverkehr zwischen Kaufleuten im Handelsrecht bejaht. Zum ersten Mal entschied das *Reichsgericht* 1927, dass die stillschweigende Bevollmächtigung durch Duldung nicht nur zwischen Kaufleuten Anwendung finde, sondern darüber hinaus auch analog bei einem Betrieb, der „nicht zu den kaufmännischen gehört, aber in kaufmännischer Art geleitet wird“.<sup>51</sup> Dies war eine erstmalige Ausweitung der Duldungsvollmacht. Gemein hatten die Urteile zum Problembereich der Duldungsvollmacht aus dieser Zeit, dass das *Reichsgericht* zunächst einen nicht vorhandenen Willen des Geschäftsherrn fingierte, um im Ergebnis eine stillschweigende Bevollmächtigung und somit eine Vertretungsmacht anzunehmen.

## 2. *Reichsgericht* ab Ende der 1920er Jahre: Wandel zur Rechtsscheinvollmacht

Während der *Zweite Senat* des *Reichsgerichts* bereits im Jahr 1920 anhand des „äußeren Anschein[s]“ eine Vollmacht bejahte,<sup>52</sup> nahm er in einem späteren Urteil vom Mai 1927 wiederum an: Der „Geschäftsherr [ermächtigt] einen Angestellten stillschweigend, [...] indem er wissentlich oder infolge von Fahrlässigkeit duldet“<sup>53</sup>, dass der Vertreter für ihn handelte. Hier wird deutlich, dass es bereits früh erste Anzeichen eines Wandels weg von der Fiktion der stillschweigend erteilten Bevollmächtigung hin zur Rechtsscheinvollmacht gab, das Gericht aber die stillschweigende Bevollmächtigung nicht gänzlich aufgeben wollte. Anders als der *Zweite Senat* argumentierte hingegen zwei Monate später im Juli 1927 der *Vierte Senat* des *Reichsgerichts*: Er vertrat, es sei in Rechtsprechung und Schrifttum anerkannt, dass jemand für die Handlungen einer

---

<sup>47</sup> RGZ 65, 292 (295).

<sup>48</sup> Ebd.

<sup>49</sup> Ebd.

<sup>50</sup> Ebd.

<sup>51</sup> RG, JW 1927, 1089 (Nr. 8).

<sup>52</sup> RGZ 100, 48 (48 f.).

<sup>53</sup> RGZ 117, 164 (167).

anderen Person haftbar gemacht werden könne.<sup>54</sup> Nämlich dann, wenn er ein Verhalten habe, das bei Dritten die Meinung hervorzurufen geeignet sei, dass er den anderen zum Handeln in seinem Namen bevollmächtigt habe.<sup>55</sup> Der Vertretene hafte also, wenn er das Verhalten eines anderen dulde und dies bei Außenstehenden die Meinung erwecken müsse, der andere sei zum Abschluss von Geschäften im Namen des Vertretenen bevollmächtigt.<sup>56</sup> Die Haftung des Vertretenen, also des Geschäftsherrn, reicht laut *Viertem Senat* des *Reichsgerichts* so weit, als ob er dem Vertreter eine Vollmacht erteilt hätte.<sup>57</sup> Hieraus lässt sich ableiten, dass das *Reichsgericht* keine stillschweigende Bevollmächtigung annahm, also keinen Willen zur Bevollmächtigung aufseiten des Vertretenen fingierte, sondern ging vielmehr davon aus, dass in Wirklichkeit keine Vollmacht bestehe, wollte aber gleichwohl deren Rechtsfolgen eintreten lassen. Hierfür genügte diesem nun eindeutig, dass der Vertretene beim Dritten den (Rechts-)Schein einer Bevollmächtigung hervorrief und dieser darauf vertraute.

In einem Urteil aus dem Jahr 1930 stellte das *Reichsgericht* fest, dass eine mögliche Rechtsscheinvollmacht dahingehend eingeschränkt werden müsse, dass es zwar auf die Außenwirkung des Handelns des Vertretenen ankomme, aber zusätzlich zur Annahme einer Rechtsscheinvollmacht noch etwas notwendig sei:<sup>58</sup> Es müsse überhaupt die Möglichkeit bestanden haben, dass der Geschäftsherr die Handlungen des Vertreters hätte unterbinden können.<sup>59</sup> Im Jahr 1932 sprach der *Siebte Senat* dann auch von einer „Vollmacht kraft Rechtsscheins“ und von einer „Rechtsscheinshaftung“.<sup>60</sup> Auffällig ist, dass in Reichsgerichtsurteilen, in welchen (im Grunde) Vollmachten kraft Rechtsscheins behandelt werden, oft frühere Rechtsprechung in Bezug genommen wird.<sup>61</sup> Allerdings erfolgte weder in diesen noch im eigentlichen Urteil eine zufriedenstellende dogmatische Einordnung der Duldungsvollmacht. Es scheint, als würden Urteile gesprochen, die sich des Problems der fehlenden Willenserklärung entziehen, indem mittels des Verweises auf Treu und Glauben und den Verkehrsschutz eine Vollmachtstellung bejaht wird, um so in jedem Falle im Ergebnis den Geschäftspartner zu schützen.

Deutlich wird, dass das *Reichsgericht* dazu überging – anders als früher – nicht mehr eine abgegebene Willenserklärung zu fingieren, sondern nun dem Ge-

---

<sup>54</sup> RG, JW 1927, 2114 (Nr. 13).

<sup>55</sup> *Ebd.*

<sup>56</sup> *Ebd.*

<sup>57</sup> *Ebd.*

<sup>58</sup> RG, HRR 1931, Nr. 529.

<sup>59</sup> *Ebd.*

<sup>60</sup> RGZ 138, 265 (269).

<sup>61</sup> So z. B. RGZ 65, 292 (295); RG, JW 1927, 2114 (Nr. 13).

schäftsherrn die Wirkung seines Verhaltens (also das Erwecken von Vertrauen beim Geschäftsgegner durch Duldung des Auftretens vom Vertreter) zurechnete und so im Ergebnis zu einer Vertretungsmacht gelangte. Das *Reichsgericht* nahm diese Zurechnung vor, da die duldende Haltung des Geschäftsherrn gerade erst dazu führt, dass der Geschäftsgegner mit dem Vertreter ein Rechtsgeschäft abschließt und auf eine ordnungsgemäße Bevollmächtigung vertraut.

### 3. Standpunkte in der Literatur

Rund um Fälle der heutigen Duldungsvollmacht gab es auch in den ersten Jahren der Geltung des Bürgerlichen Gesetzbuches verschiedene Ansichten in der Literatur. In der Diskussion gab es vier unterschiedliche Auffassungen, von denen jedoch nur zwei weit verbreitet waren.

#### a) *Stillschweigende Bevollmächtigung*

Unter den Anhängern der Theorie der stillschweigenden Bevollmächtigung – in neuerer Literatur auch „Rechtsgeschäftstheorie“<sup>62</sup> genannt – vertrat u. a. *Hamburger* 1930 die Meinung, „daß ein Geschäftsherr gegebenenfalls auch für in seinem Namen von einem Dritten abgeschlossene Rechtsgeschäfte haftbar sein muß“<sup>63</sup>; er hatte dabei vor allem „die Fälle, in denen der Geschäftsherr weiß und nicht verhindert, daß ein anderer in seinem Namen Geschäfte abschließt, und der Dritte, auf die Vollmacht des Abschließenden vertrauend, sich auf den Abschluß einläßt“<sup>64</sup> im Sinn. Dies sind für ihn Fälle, in denen „eine Vollmacht auch stillschweigend erteilt werden [...] kann“<sup>65</sup> wenn „jemand einen anderen in der Weise für ihn tätig sein läßt, daß nach Treu und Glauben eine Ermächtigung anzunehmen ist“.<sup>66</sup> *Tuhr* äußerte sich bereits 1914 dahingehend, dass eine Willenserklärung durch Unterlassen – hierunter fasst er auch Schweigen – abgegeben werden könne.<sup>67</sup> Dies, „wenn jemand, der den Anlaß und die Möglichkeit hat, etwas zu tun, diese Handlung nicht vorzunehmen beschließt“.<sup>68</sup> Hierunter kann auch die Duldung der Handlungen eines vollmachtlosen Vertreters gefasst werden.

---

<sup>62</sup> *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 40.

<sup>63</sup> *Hamburger*, Treu und Glauben im Verkehr, 1930, S. 156 f.

<sup>64</sup> *Ebd.*, S. 157.

<sup>65</sup> *Ebd.*, S. 158.

<sup>66</sup> *Ebd.*

<sup>67</sup> *Tuhr*, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts II, 1914, S. 420 f.

<sup>68</sup> *Ebd.*

*Danz* vertrat, es habe „eine Rechtswirkung [...] nach verkehrsüblicher Bedeutung einzutreten“. <sup>69</sup> Die gemeinte stillschweigende Bevollmächtigung liege vor, wenn der Geschäftsherr die Handlungen eines Vertreters durch Worte oder Handlungen dulde, welche einen Dritten auf eine Bevollmächtigung schließen lassen. <sup>70</sup> *Danz* wollte damit keine Willensfiktion bejahen, sondern qualifiziert die Handlungen des Geschäftsherrn als Willenserklärung, dessen Inhalt nach der „verkehrsübliche[n] Bedeutung“ <sup>71</sup> des Verhaltens zu bestimmen sei.

Im Jahr 1933 übte *Krause* <sup>72</sup> scharfe Kritik an der stillschweigenden Bevollmächtigung. Er stellte dar, dass es bei einer „Bevollmächtigung durch Duldung“ an einer Willenserklärung fehle, da weder nach der Willenstheorie noch nach der Erklärungstheorie „das Vorliegen einer Willenserklärung“ <sup>73</sup> des Geschäftsherrn angenommen werden könne, vor allem, wenn diesem die „Schlüssigkeit seines Schweigens“ <sup>74</sup> nicht bekannt sei. Für den Fall, dass innerer Wille und äußere Erklärung auseinanderfallen, scheitere die Wirksamkeit der Willenserklärung nach den Vertretern der Willenstheorie allein deswegen, dass die Erklärung nicht durch einen übereinstimmenden Willen getragen wird. <sup>75</sup> Laut Erklärungstheorie ist für eine wirksame Willenserklärung allein der äußere Erklärungseinhalt, nicht der Wille des Erklärenden, relevant, also wie ein objektiver Dritter die Erklärung verstehen durfte. Hier soll das Vertrauen Dritter geschützt werden. <sup>76</sup> *Krause* hielt Befürwortern einer intern erteilten, stillschweigenden Bevollmächtigung entgegen, dass der Erklärungsempfänger bei dieser der Vertreter sei und dieser in den allermeisten Fällen wisse, dass der Geschäftsherr ihn nicht bevollmächtigen möchte – im Rahmen der Erklärungstheorie ist es für die intern erteilte Vollmacht irrelevant, wie ein Dritter (in diesem Falle der Geschäftsgegner) das Verhalten des Geschäftsherrn interpretiert. <sup>77</sup> Doch auch eine stillschweigende Bevollmächtigung gegenüber dem Geschäftsgegner sei nicht anzunehmen, da – so *Wellspacher* – vom Geschäftsgegner „nicht ein Schluß aus einem bestimmten äußeren Verhalten auf einen rechtsgeschäftlichen Willen gezogen wird, sondern [...] der Dritte lediglich auf eine irgend einmal stattgefundenene Vollmachterteilung, also auf ein bestehendes Vollmachtverhältnis

---

<sup>69</sup> *Danz*, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte. Zugleich ein Beitrag zur Rechts- und Tatfrage, 2. Aufl. 1906, S. 47.

<sup>70</sup> *Ebd.*, S. 47 f.

<sup>71</sup> *Ebd.*, S. 49.

<sup>72</sup> *Krause* (Fn. 30), S. 22 ff.; S. 138 ff.

<sup>73</sup> *Ebd.*, S. 139.

<sup>74</sup> *Ebd.*, S. 139.

<sup>75</sup> *Feuerborn*, in: NK-BGB I (Fn. 6), Vorb. §§ 116-144 Rn. 3; ein bekannter Vertreter war *v. Savigny*, System des heutigen römischen Rechts III, 1840, S. 257 ff.

<sup>76</sup> *Feuerborn*, in: NK-BGB I (Fn. 6), Vorb. §§ 116-144 Rn. 3.

<sup>77</sup> *Krause* (Fn. 30), S. 139.

schließt“.<sup>78</sup>

*b) Rechtsscheinvollmacht*

Eine andere Ansicht besagt, dass es sich bei der Problematik rund um die Duldungsvollmacht – welche damals noch nicht ihre heutige Bezeichnung hatte, sondern stets als Rechtsscheinvollmacht bezeichnet wurde – um Fälle des Rechtsscheins ähnlich der kundgetanen Vollmacht (§ 171 BGB) handele.<sup>79</sup> Allgemein gesagt könne man „im rechtsgeschäftlichen Verkehr von Rechtsschein da reden, wo für den Eintritt einer Rechtswirkung nicht das wirkliche Vorhandensein aller dazu erforderlichen Voraussetzungen nötig ist, sondern der bloße Schein ihres Vorhandenseins genügt“.<sup>80</sup> Erforderlich sei laut *Krause* ferner, dass der durch die Wirkung Begünstigte auf den Schein vertraue – ihn als Wirklichkeit angesehen habe<sup>81</sup> – und der Geschäftsherr für das Entstehen des Rechtsscheins verantwortlich sei.<sup>82</sup> Zur Wertung zog er § 56 HGB<sup>83</sup> heran, welcher einem Angestellten eine Vollmacht kraft Stellung im Laden einräumt – die mehrmalige Duldung von Vertretungshandlungen könne unter Umständen auch eine solche Stellung begründen.<sup>84</sup> § 56 HGB erachtete *Krause* als vorzugswürdigen Anknüpfungspunkt gegenüber den §§ 171, 172 BGB.<sup>85</sup>

Andere Literaturmeinungen qualifizierten die Duldungsvollmacht ebenfalls als Rechtsscheinvollmacht, stützten sich dabei aber auf die §§ 171 ff. BGB. So wollte beispielsweise *Rümelin* § 171 BGB analog anwenden, wenn der Geschäftsherr „z. B. ein Selbständigwerdenlassen von Angestellten in Dingen, die nicht ohne Weiteres in ihrem Geschäftskreis liegen“<sup>86</sup> zulässt und so einen Rechtsschein verursacht – offenbar genügte ihm dieses Verhalten jedoch nicht, um eine Kundgebung i. S. d. § 171 BGB zu bejahen, weswegen er sich einer Analogie bediente. Andere leiteten die Duldungsvollmacht daneben zusätzlich analog § 172 BGB her.<sup>87</sup> § 172 BGB begründet eine Rechtsscheinvollmacht, wenn der Geschäftsherr die Vollmacht zwar dem Vertreter gegenüber wider-

<sup>78</sup> *Wellspacher*, Das Vertrauen auf äußere Tatbestände im bürgerlichen Rechte, 1906, S. 97.

<sup>79</sup> Vgl. *Rümelin*, Das Handeln in fremdem Namen im bürgerlichen Gesetzbuch, AcP 93 (1902), 131 (301).

<sup>80</sup> *Krause* (Fn. 30), S. 144.

<sup>81</sup> *Ebd.*

<sup>82</sup> *Ebd.*, S. 150 f.

<sup>83</sup> § 56 HGB: „Wer in einem Laden oder in einem offenen Warenlager angestellt ist, gilt als ermächtigt zu Verkäufen und Empfangnahmen, die in einem derartigen Laden oder Warenlager gewöhnlich geschehen.“

<sup>84</sup> *Krause* (Fn. 30), S. 151.

<sup>85</sup> *Ebd.*, S. 155.

<sup>86</sup> *Rümelin* (Fn. 79), S. 301.

<sup>87</sup> Dies wird z. B. vertreten von *Baer*, Haftung aus Scheinvollmacht, 1929, S. 27 f.

rief, die Vollmachtsurkunde aber noch nicht zurückgegeben oder gemäß § 176 BGB für kraftlos erklärt wurde.<sup>88</sup> Daran wurde nun angeknüpft und vertreten, dass analog zu den §§ 171, 172 BGB der Geschäftspartner auch dann schützenswert sei, wenn der Geschäftsherr das Auftreten des Vertreters als Bevollmächtigter duldet.<sup>89</sup> Kritik wurde hierbei jedoch an der Übernahme der Bezeichnung „Vertretungsmacht“ geübt. *Wellspacher* ging der Begriff zu weit, er bevorzugte hierfür „Legitimation“.<sup>90</sup> Hierauf nahm *Brülle* 1916 Bezug und konkretisierte, dadurch, dass der Vertreter meist im Wissen der fehlenden Vollmacht handle, wolle ihm das Gesetz nicht auch noch eine Macht hierzu verleihen, sondern es komme allein auf den Schutz des Geschäftsgegners an.<sup>91</sup>

Sowohl *Wellspacher*<sup>92</sup> als auch *Brülle*<sup>93</sup> kamen zu dem Ergebnis, dass der Geschäftsgegner durch den entstandenen Rechtsschein einen Anspruch gegen den Geschäftsherrn habe. Dies und der Schutz des Verkehrs standen auch bei der 1906 geäußerten Ansicht *Seelers* im Vordergrund.<sup>94</sup> Er lehnte aber eine Beurteilung von Rechtsscheinvollmachten „nach den Regeln über Rechtsgeschäfte“<sup>95</sup> ab und verneinte so implizit die Anfechtbarkeit einer solchen Vollmacht.

#### c) Culpa in contrahendo

Eine dritte Ansicht formulierte *Titzge*, der eine Haftung des Geschäftsherrn aus *culpa in contrahendo*<sup>96</sup> annahm.<sup>97</sup> Er zielte so auf eine Umgehung der Problematiken bezüglich der Anfechtbarkeit der Vollmacht ab – am Ende würde er bei den beiden vorherig genannten Ansichten eine Anfechtbarkeit bejahen: Denn, wenn „man den Vertretenen eine Vollmacht erklären läßt, die er nicht hat erklären wollen“, müsse er „darum zur Anfechtung der Vollmacht und damit zur Vernichtung des Vertrages berechtigt sein“.<sup>98</sup> *Titzge* meinte, seine Ansicht vermeide die Komplikationen hinsichtlich der Anfechtung von vorneherein und käme zum selben Ergebnis: Einer negativen Interessenhaftung,<sup>99</sup> also der

<sup>88</sup> Vgl. *Schubert*, in: MüKo-BGB I (Fn. 5), § 172 Rn. 1.

<sup>89</sup> *Baer* (Fn. 87), S. 28; so auch *Schmidt-Rimpler*, Anmerkung zu RG, Urteil vom 24.6.1926, 49/26, JW 1927, 1249 (1249 f.).

<sup>90</sup> *Wellspacher* (Fn. 78), S. 87.

<sup>91</sup> *Brülle*, Der Rechtsschein bei den gesetzlichen Vollmachten des Privatrechts, 1916, S. 45.

<sup>92</sup> *Wellspacher* (Fn. 78), S. 100 f.

<sup>93</sup> *Brülle* (Fn. 91), S. 42 ff.

<sup>94</sup> *Seeler*, Vollmacht und Scheinvollmacht, ArchBürgR 28 (1906), 2 (4 f.; 36 f.).

<sup>95</sup> *Ebd.*, S. 36.

<sup>96</sup> „Verschulden bei Vertragsschluss“ oder „Verschulden bei Vertragsverhandlungen“, *Emmerich*, in: MüKo-BGB II (Fn. 32), § 311 Rn. 35.

<sup>97</sup> *Titzge*, Anmerkung zu RG, Urt. v. 27. März 1925, 207/24 II, JW 1925, 1753 (1753).

<sup>98</sup> *Ebd.*

<sup>99</sup> *Ebd.*

Haftung dafür, dass der Geschäftspartner auf das Bestehen der Vollmacht vertraute. Es handelt sich jedoch um eine selten vertretene Auffassung.<sup>100</sup>

*d) Vorsätzliche sittenwidrige Schädigung*

Baer schlug vor, Fälle der Duldungsvollmacht über § 826 BGB zu lösen.<sup>101</sup> Er vertrat die Ansicht, ein Geschäftsherr, der „duldet oder nicht verhindert, daß jemand für ihn Geschäfte abschließt, schädigt in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise das Vermögen des Dritten“<sup>102</sup> und sei ihm zum Schadensersatz verpflichtet. Diese extensive Anwendung des § 826 BGB wurde von vielen Stimmen in der Literatur abgelehnt, da so die Anforderungen an eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung äußerst gering wären.<sup>103</sup> So ist es schon fraglich, ob die Duldung „gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt“.<sup>104</sup> Zusätzlich müsste sich der Vorsatz des Geschäftsherrn noch darauf richten, das Vermögen des Geschäftspartners zu schädigen.

#### 4. Ideologische Einflüsse auf die Rechtsfortbildung

Während der nationalsozialistischen Herrschaft ergingen viele ideologische Gesetzesbeschlüsse und Gerichte betrieben eine der Weltanschauung der Nationalsozialisten entsprechende Rechtsfortbildung.<sup>105</sup> Auch die Vollmacht kraft Rechtsscheins entwickelte sich zu einem etablierten Institut, obwohl sie in den vorherigen Jahrzehnten nicht nur Zuspruch in der Rechtsprechung erhielt – das Rechtsinstitut des Rechtsscheins war bis zum Jahr 1900 sogar unbekannt.<sup>106</sup> Gerade im Nationalsozialismus gab es einen eindeutigen Wandel von der fingierten Willenserklärung hin zum Rechtsschein, der sich in der Rechtsprechung und der Literatur widerspiegelte.<sup>107</sup> Damit einher ging, dass der tatsächliche Wille des Geschäftsherrn zugunsten des Schutzes des Geschäftsverkehrs zurücktrat. Mancher Meinung nach war dies nicht spezifisch den Einflüssen der nationalsozialistischen Ideologie geschuldet,<sup>108</sup> Vertreter des Rechts-

<sup>100</sup> Dies meint auch Bader (Fn. 32), S. 90.

<sup>101</sup> Baer (Fn. 87), S. 28.

<sup>102</sup> Ebd.

<sup>103</sup> So z. B. Krause (Fn. 30), S. 37 mit Fn. 135.

<sup>104</sup> So die Definition des *Bundesgerichtshofes* von Sittenwidrigkeit, siehe nur BGH, NJW 2014, 1380 (1380).

<sup>105</sup> Fischer, Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht, 2007, S. 163-166.

<sup>106</sup> Schmoeckel, in: HKK-BGB I (Fn. 1), §§ 164-181 Rn. 21.

<sup>107</sup> So wird die Aktualität des Themas Rechtsschein in den 1930er Jahren anhand der unzähligen Dissertationen hierüber deutlich. Beispiele dafür sind: Schmidt-Colinet, Die Scheinvollmacht, 1931; Breinig, Vollmacht und Scheinvollmacht im bürgerlichen Recht und Handelsrecht, 1935; Erner, Die Haftung aus Rechtsschein (Verschuldenshaftung?), 1937.

<sup>108</sup> So z. B. Fischer (Fn. 105), S. 161-163.

scheingedankens gab es immerhin auch schon viel früher. Nichtsdestotrotz ist ein Zusammenhang zwischen dem Meinungswandel und den Anforderungen an die Justiz zur Zeit des Nationalsozialismus plausibel: Ein einzelner Wille musste sich unterordnen<sup>109</sup> und das Recht sollte sich weniger mit individuellen Ansprüchen befassen, als vielmehr mit dem Ausdruck von „Rassenmoral“ und „Volksempfinden“.<sup>110</sup> In Bezug auf Fiktionen und die stillschweigende Willenserklärung vertrat *Larenz* die Meinung, dass die Rechtsprechung in diesen Fällen den nicht vorhandenen Parteiwillen übertrieben betone.<sup>111</sup> Dies korrespondiert auch mit einer 1935 geäußerten, generellen Ansicht von *Larenz*: „Nicht als Individuum, als Mensch schlechthin oder als Träger einer abstrakt-allgemeinen Vernunft habe ich Rechte und Pflichten und die Möglichkeit, Rechtsverhältnisse zu gestalten, sondern als Glied einer sich im Recht ihre Lebensform gebenden Gemeinschaft, der Volksgemeinschaft“.<sup>112</sup> Argumentiert wurde oft mit dem Schutz des Rechtsverkehrs und der Generalklausel Treu und Glauben. Letztere bot den Richtern im Nationalsozialismus eine häufig genutzte Möglichkeit, das geschriebene Recht im Sinne der Ideologie auszulegen und anzuwenden, da Treu und Glauben – als unbestimmter Rechtsbegriff – dem Richter Wertungsmöglichkeiten gibt.<sup>113</sup> Dass solche unbestimmten Begriffe ein beliebtes Instrument der Nationalsozialisten war, zeigt sich auch bei dem neu in Gesetze aufgenommenen Begriff des „gesunden Volksempfindens“, der als Generalklausel ideologisch beeinflusste Urteile im Zivil- und auch im Strafrecht

---

<sup>109</sup> So z. B. *Larenz*, in: Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, 1935, S. 244 f., dass der Inhalt der Gemeinschaftsordnung „nicht in erster Linie ein Wollendürfen oder Können, sondern ein Sollen, das aus einem Sein, nämlich dem Glied-Sein des Rechtsgenossen, fließt; sie ist eine Aufgabe, eine Funktion, ein Teilhaben“ und die Rechtsstellung einer Person sei zu verstehen als „Stellung eines Rechts- (Volks-)genossen im objektiven Recht, seines ‚Ortes‘ in der Gemeinschaft“.

<sup>110</sup> *Burleigh*, Die Zeit des Nationalsozialismus. Eine Gesamtdarstellung, 2000, S. 188 f.

<sup>111</sup> *Larenz*, Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie, 1934, S. 14; hierzu auch *Haferkamp*, „Methodenehrlichkeit“? – Die juristische Fiktion im Wandel der Zeit, in: FS Horn, 2006, S. 1077 (1084).

<sup>112</sup> *Larenz* (Fn. 111), S. 241. Er übernahm in dieser Abhandlung rassenideologische Forderungen aus dem 25-Punkte-Programm der Nationalsozialistischen Deutschen Arbeiterpartei, das in den Punkten vier und fünf proklamierte, dass Staatsbürger nur sein könne, wer Volksgenosse sei. Volksgenosse könne nur sein, wer deutschen Blutes sei (womit Juden nach nationalsozialistischer Auffassung ausgeschlossen waren) und wer nicht Staatsbürger sei, müsse unter Fremden-Gesetzgebung stehen. *Larenz* (Fn. 111), S. 241, schlug in seiner Abhandlung vor, den § 1 BGB, welcher den Beginn der Rechtsfähigkeit jedes Menschen festlegt, dahingehend zu ändern, dass nur noch die soeben erwähnten Volksgenossen auch Rechtsgenossen sein können und alle anderen außerhalb des Rechts stünden. Obgleich *Larenz* keine völlige Entrechtung von „Nicht-Volksgenossen“ intendiert, wird seine – zumindest im Nationalsozialismus vertretene – ideologische Grundhaltung diesen gegenüber deutlich.

<sup>113</sup> Hierzu im Detail *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, 8. Aufl. 2017.

ermöglichte.<sup>114</sup>

Auch *Haupt* lehnte fingierte Willenserklärungen ab: „Fehlt es [...] an [...] Willenserklärungen und spricht das Urteil dennoch von ihnen, so werden sie [die Parteien des Rechtsstreits] argwöhnen, daß ihr Vorbringen nicht richtig verstanden worden sei“.<sup>115</sup> Es entbehre der Überzeugungskraft, wenn das Gericht diese Lücke aus angeblich stillschweigender Vereinbarung ausfülle.<sup>116</sup> Für ihn war die äußere Erscheinung der Handlung entscheidend; es gebe faktische Verträge, die nicht auf Willenserklärungen beruhten, sondern allein auf tatsächlichen Vorgängen<sup>117</sup> und der „Einordnung in ein Gemeinschaftsverhältnis“.<sup>118</sup>

Ähnliches gilt für die heutige Praxis: *Kähler* zufolge hat die zunächst vertretene fingierte Willenserklärung den Ruf des Künstlichen – jedoch dem jeweiligen Parteiinteresse am nächsten Entsprechenden.<sup>119</sup> So hebt er hervor, dass durch die Willensfiktion die Ausgestaltung eines Vertrages den Interessen der Parteien gerecht werde und nicht einem ungezügelter gesetzgeberischen oder richterlichen Ermessen unterliege.<sup>120</sup> Genau jenem „ungezügelter [...] richterlichen Ermessen“<sup>121</sup> bot die neue Rechtsscheinelösung allerdings über die Berufung auf den äußeren Anschein sowie Treu und Glauben ein Einfallstor für beliebige Urteile, die nicht dem Willen des Geschäftsherrn entsprechen. Hinzu kommt, dass das BGB von Beginn an immer wieder als „undeutsch“ und starr kritisiert wurde<sup>122</sup> – durch richterliche Rechtsfortbildung konnten die Nationalsozialisten dies, ohne notwendigerweise das Gesetz zu ändern, in ihrem Sinne korrigieren. Kritisch merkte 1937 *Erner* an, dass die Gerichte nicht „das Recht der ‚Rechtsschöpfung‘“<sup>123</sup> haben sollten und lehnte Rechtsfolgen ab, die „nur aus dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben“ bestimmt werden, da dies den „vom Gesetzgeber bewußt gezogene[n] Rahmen“ sprengt und so „der Weg der

---

<sup>114</sup> So normierte zwischen 1935 und 1946 der § 2 Abs. 1 StGB: „Bestraft wird, wer eine Tat begeht, [...] die nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und nach gesundem Volksempfinden Bestrafung verdient.“ Dadurch wurde das bis dahin dort geregelte Gesetzlichkeitsprinzip (keine Strafe ohne Gesetz) beseitigt. Auch Testamente, Erbverträge und sogar die gesetzliche Erbfolge ließen sich mit Rückgriff auf das „gesunde Volksempfinden“ kontrollieren und korrigieren, siehe *Rückert*, Das „gesunde Volksempfinden“ – eine Erbschaft Savignys?, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung, 1986, S. 199 (217).

<sup>115</sup> *Haupt*, Über faktische Vertragsverhältnisse, in: FS Siber II, 1943, S. 1 (37).

<sup>116</sup> *Ebd.*

<sup>117</sup> *Ebd.*, S. 8 ff.

<sup>118</sup> *Ebd.*, S. 16.

<sup>119</sup> *Kähler*, Begriff und Rechtfertigung abdingbaren Rechts, 2012, S. 278.

<sup>120</sup> *Ebd.*

<sup>121</sup> *Ebd.*

<sup>122</sup> So z. B. *Gierke*, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs, 1889, S. 3; 13; 23.

<sup>123</sup> *Erner*, Die Haftung aus Rechtsschein, 1937, S. 25.

„Billigkeitsentscheidung“ eingeschlagen“ werde.<sup>124</sup> Trotz dieser Anmerkungen bejahte *Ermer* eine mögliche Haftung aus Rechtsschein und diskreditierte die Fiktion als „willkürlich“ und „unpersönlich“, da sie eine unzweifelhaft nicht vorhandene Tatsache als vorhanden unterstelle.<sup>125</sup> Er übersah hierbei, dass das *Reichsgericht* in seinen Entscheidungen gerade zur Rechtsscheinvollmacht oft reine Billigkeitserwägungen zugunsten des Geschäftsgegners vornahm, da – wie aufgezeigt – eine hinreichende dogmatische Begründung ausblieb und die Urteilsgründe vielmehr geradezu floskelhaft auf Treu und Glauben sowie den Verkehrsschutz verwiesen. Der Wunsch nach richterlichen Werturteilen und die Ablehnung von Fiktionen wurde auch 1940 bei *Esser* deutlich: „Die Methode [...] aus der Existenz juristischer Tatsachen und ihrer begriffsmäßigen Fortbildung abzuleiten, führt [...] zu Fehlurteilen: [...] Zu der [...] Wirklichkeitsfremdheit der Jurisprudenz“<sup>126</sup> – Juristen seien durch die Methoden „gänzlich gefangen“<sup>127</sup>, was für *Esser* bedeutet, dass sie nicht in der Lage seien, eine „Bewertung der Sozialwirklichkeit“<sup>128</sup> vorzunehmen. Dies verdeutlicht die Ablehnung der Fiktionslösung – es sollte vielmehr die Judikative weitreichende Wertungsmöglichkeiten erhalten. Zwangsläufig schuf dies eine Gelegenheit, ideologische Ansichten in Urteile einfließen zu lassen.

Vermutlich rührt die Einordnung als nicht spezifisch nationalsozialistische Rechtsfortbildung daher, dass eine rassistisch diskriminierende Komponente fehlte, wie sie in anderen Anwendungsgebieten von Treu und Glauben, also des § 242 BGB, deutlich wurde.<sup>129</sup> Dennoch hätte für das *Reichsgericht* hypothetisch auch die Möglichkeit bestanden, z. B. bei einem jüdischen Geschäftsgegner die Notwendigkeit des Verkehrsschutzes zu verneinen und ihm auch – anhand des Maßstabs der nationalsozialistischen Ideologie – nach Treu und Glauben einen Anspruch zu verwehren. Oft genug ist, wie *Rüthers* untersuchte,<sup>130</sup> deutlich geworden, wie die Anwendung des § 242 BGB im nationalsozialistischen Ungeist zu Ergebnissen zum Nachteil nicht tolerierter Menschen (bzw. ganzer gesellschaftlicher und religiöser Gruppen) verholfen hat.

### III. 1945-1949

In der Übergangszeit zwischen dem Deutschen Reich und der Bundesrepublik blieb die höchstrichterliche Rechtsprechung durch Auflösung des *Reichsgerichts*

---

<sup>124</sup> *Erme* (Fn. 123), S. 26.

<sup>125</sup> *Ebd.*, S. 19.

<sup>126</sup> *Esser*, Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen, 1940, S. 134.

<sup>127</sup> *Ebd.*

<sup>128</sup> *Ebd.*, S. 135.

<sup>129</sup> *Rüthers* (Fn. 113), S. 224 ff.

<sup>130</sup> *Ebd.*

aus. Jedoch beschäftigten sich andere Gerichte mit der Duldungsvollmacht. So unter anderem das *Oberlandesgericht Gera*, welches Anfang 1948 feststellte, dass derjenige, der „den Rechtsschein einer erteilten Vollmacht [...] nach außen verursacht, [...] diesen Rechtsschein zugunsten seines [Geschäftsgegners] [...] gegen sich gelten lassen“<sup>131</sup> müsse. Auch hier wurde das Problem somit nicht über die Konstruktion einer stillschweigenden Bevollmächtigung gelöst, sondern dem Rechtsschein, für dessen Hervorrufen der Vertretene verantwortlich ist, wurde eine eigenständige Bedeutung zuerkannt.

#### IV. Ab 1949

In der Zeit nach 1949 gab es ebenso Kontroversen um die Duldungsvollmacht, auch weil es zwischen der Rechtsprechung und Literatur in dogmatischen Aspekten unterschiedliche Auffassungen gab und gibt.

##### 1. *Bundesgerichtshof*

In der Bundesrepublik Deutschland nahm im Oktober 1950 der *Bundesgerichtshof* als oberstes Gericht der ordentlichen Gerichtsbarkeit seine Arbeit auf.<sup>132</sup> Auch er beschäftigt sich bis heute mit Fällen der Duldungsvollmacht.

Im Jahr 1951 stellte der *Fünfte Senat* des *Bundesgerichtshofes* klar, dass die „Vollmacht durch [...] Rechtsschein [...] im Interesse der Rechtssicherheit“ gilt.<sup>133</sup> Sie sei nicht auf kaufmännische Betriebe und den kaufmännischen Verkehr zu beschränken, sondern wegen § 242 BGB allgemein anzuerkennen;<sup>134</sup> auch der *Bundesgerichtshof* verwies somit auf Treu und Glauben. So stellte sich das *Gericht* auf den Punkt, dass die Rechtsscheinvollmacht – entgegen der ursprünglichen Auffassung, dass Dritte nur ausnahmsweise im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften schützenswert vor „Vertretern [sind, die] zu Unrecht eine Vertretungsmacht behaupt[e]n“<sup>135</sup> – auch im Rechtsverkehr zwischen Privaten als Rechtsinstitut anwendbar sein kann. Der *Senat* verwies zu dieser Ansicht auf Urteile des *Reichsgerichts*,<sup>136</sup> ging aber darüber hinaus in keiner Weise auf Unterschiede zwischen stillschweigender Bevollmächtigung und Rechtsscheinvollmacht ein. Auch hier lässt sich kritisieren, dass somit eine hinreichende dogmatische Einordnung der Duldungsvollmacht ausblieb und nur auf ebenfalls

---

<sup>131</sup> *OLG Gera*, Rbl. Thüringen II 1948, S. 130.

<sup>132</sup> Grundlage war eine Änderung des Gerichtsverfassungsgesetzes (BGBl. 1950, Nr. 40, S. 455-468; S. 513-532).

<sup>133</sup> *BGH*, NJW 1951, 309 (309 f.).

<sup>134</sup> *Ebd.*

<sup>135</sup> *Schmoeckel*, in: HKK-BGB I (Fn. 1), § 164-181 Rn. 5.

<sup>136</sup> RGZ 117, 165; 118, 240; 133, 100; 138, 265; 145, 155 und 170, 284 (zitiert nach NJW 1951, 309 f.)

wenig dogmatisch begründende Urteile verwiesen wurde. In einem anderen Urteil lässt sich hingegen ein Abgrenzungskriterium finden: Der *Bundesgerichtshof* meinte, die schlüssige, stillschweigende Bevollmächtigung benötige zumindest einen entsprechenden Willen zur Bevollmächtigung beim Vertretenen.<sup>137</sup> Ein solcher Wille sei bei einer Duldungsvollmacht hingegen nicht notwendig.<sup>138</sup>

Dogmatisch weist der *Bundesgerichtshof*, trotz dieser anfänglichen Unklarheiten, inzwischen eine relativ beständige Rechtsprechung in Bezug auf die Duldungsvollmacht auf: So nimmt er noch in jüngster Zeit<sup>139</sup> auf frühere Urteile Bezug – beispielsweise auf eine Entscheidung aus dem Jahr 1952: Hier wurde die Duldungsvollmacht ebenfalls aus dem Rechtsschein, welcher aus der Duldung für den Dritten entsteht, hergeleitet.<sup>140</sup>

Der *Bundesgerichtshof* vertritt zur Wirkung der Duldungsvollmacht die Auffassung, dass ein Rechtsschein – in diesem Fall das Vertrauen Dritter auf das tatsächliche Bestehen einer Vollmacht – die fehlende Vollmacht ersetzt.<sup>141</sup> Als Rechtsfolge erkennt der *Gerichtshof* das Bestehen eines Erfüllungsanspruches seitens des Geschäftspartners, sobald ein Vertreter im Rahmen einer Duldungsvollmacht mit ihm ein Rechtsgeschäft abschließt.<sup>142</sup> Gegen den Vertretenen entfaltet der § 164 BGB seine Wirkung, während der Vertreter nicht nach § 179 BGB haftet,<sup>143</sup> da er durch die Duldungsvollmacht eine Vertretungsmacht hat. Der *Bundesgerichtshof* stellt den vertrauenden Geschäftspartner mithin so, als habe eine Vollmacht tatsächlich bestanden.<sup>144</sup>

## 2. Standpunkte in der Literatur

Auch nach 1949 ist man sich in der Literatur uneins, wie die Duldungsvollmacht dogmatisch einzuordnen ist. Vorwiegend werden die bereits angesprochenen<sup>145</sup> Möglichkeiten der stillschweigenden Bevollmächtigung sowie der Rechtsscheinvollmacht diskutiert.

Im Jahr 1965 stellte sich *Flume* gegen die Auffassung des *Bundesgerichtshofes* und vertrat die Meinung, dass es sich bei der Duldungsvollmacht nicht um eine Rechtsscheinvollmacht handelt: Wenn jemand einen anderen als Vertreter agie-

---

<sup>137</sup> *BGH*, NJW 1952, 217 (218).

<sup>138</sup> *BGH*, NJW 1997, 312 (314).

<sup>139</sup> *BGH*, NJW 2007, 987 (988).

<sup>140</sup> *BGH*, NJW 1952, 657 (658).

<sup>141</sup> *BGH*, NJW 1952, 217 (218).

<sup>142</sup> *BGH*, NJW 1955, 985 (985 f.).

<sup>143</sup> *Conrad*, Die Vollmacht als Willenserklärung, 2012, S. 152.

<sup>144</sup> *BGH*, NJW 2003, 2091 (2092).

<sup>145</sup> Siehe dazu oben **C. II. 3. a)** und **b)**.

ren lasse, sei es nicht Schein, sondern Wirklichkeit, dass der Vertretene Vertretungsmacht kundtue.<sup>146</sup> Er qualifizierte die Duldungsvollmacht vielmehr als Fall der kundgetanen Vollmacht gemäß § 171 BGB – jemand, der also „bewußt einen anderen als Vertreter agieren läßt, gibt damit kund, daß er ihn als seinen Vertreter anerkennt, daß der als Vertreter Handelnde Vertretungsmacht hat“.<sup>147</sup> Anders als die herrschende Meinung, welche den § 171 BGB als Fall der Rechtsscheinhaftung einordnet,<sup>148</sup> vertrat *Flume*: „Mit ‚Rechtsschein‘ hat aber die sogenannte Duldungsvollmacht wie allgemein die Vollmachtserteilung nach § 171 [BGB] nichts zu tun“.<sup>149</sup> Damit teilte er den Standpunkt, dass die Duldungsvollmacht eine Vollmacht kraft rechtsgeschäftlichen, privatautonomen Handels sei und bejahte so für jene Fälle die Anwendbarkeit des § 171 BGB – direkt und nicht analog.<sup>150</sup> Auch meinte *Flume*, dass es sich um „die Problematik des § 173 [BGB]“ handle, wenn „der Vertretene, nachdem er den Vertreter eine Zeitlang hat agieren lassen, nun in einem Falle die Vertretungsmacht nicht gelten lassen will“.<sup>151</sup> Zu deuten ist dies vermutlich so, dass er der Ansicht war, die §§ 171, 173 BGB regelten zur Genüge den Fall einer Duldungsvollmacht, wodurch sich ein Analogieschluss erübrige. Sowohl der Fall, dass die Vollmacht kundgetan (was nach *Flume* bei der Duldungsvollmacht der Fall ist<sup>152</sup>) und widerrufen wurde, als auch die Folgen einer Kenntnis des Erlöschens der Vollmacht beim Dritten sind hier normiert.

*Pawlowski* nahm in der Diskussion die Position ein, dass Willenserklärungen auch ohne Erklärungsbewusstsein des Vertretenen als solche qualifiziert werden können, wenn sie für den Dritten wie eine Willenserklärung wirken.<sup>153</sup> Er beabsichtigte, vom äußeren Anschein auf eine Willenserklärung zu schließen, was im Ergebnis zur Duldungsvollmacht als rechtsgeschäftliche Bevollmächtigung führt. *Köhler* wendet ein, dass zwar ein Erklärungsbewusstsein nicht erforderlich sei, der Unterschied zur konkludenten Bevollmächtigung liege aber darin, dass der Erklärungswert des äußeren Verhaltens nicht dahin gehe, dass eine Vollmacht erteilt werde, sondern dass sie früher erteilt worden sei, weswegen ein Fall der Rechtsscheinvollmacht anzunehmen sei.<sup>154</sup>

---

<sup>146</sup> *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts II, 1965, S. 828.

<sup>147</sup> *Ebd.*

<sup>148</sup> *Steffen*, in: RGRK-BGB, 12. Aufl. 1982, § 167 Rn. 11.

<sup>149</sup> *Flume* (Fn. 146), S. 828.

<sup>150</sup> *Ebd.*, S. 832.

<sup>151</sup> *Ebd.*, S. 828.

<sup>152</sup> *Ebd.*

<sup>153</sup> *Pawlowski*, Die gewillkürte Stellvertretung, JZ 1996, 125 (128).

<sup>154</sup> *Köhler*, BGB AT, 42. Aufl. 2018, § 11 Rn. 43.

Gegen eine stillschweigende Bevollmächtigung stellt sich beispielsweise *Canaris*, der unter anderem *Krause* und *Wellspacher* zustimmt, und vertritt, dass in Fällen der Duldungsvollmacht weder eine konkludente Innen- noch Außenvollmacht vorliegt;<sup>155</sup> vielmehr habe das Dulden des Vertretenen „*deklatorischen*, nicht *konstitutiven* Charakter“.<sup>156</sup> *Canaris* hebt außerdem eine wichtige Unterscheidung vor: Von einer Duldungsvollmacht sei nur dann zu sprechen, wenn „es für den Vertreter deutlich [ist], daß eine Innenvollmacht nicht gewollt ist, für den Dritten dagegen [...] der Eindruck [entsteht], daß eine solche in der Vergangenheit erteilt worden ist“.<sup>157</sup> Dagegen liegt keine Duldungsvollmacht im eigentlichen Sinne vor, wenn „das Verhalten des Geschäftsherrn dem Vertreter als schlüssige Erteilung einer Innenvollmacht oder dem Dritten als schlüssige, konstitutive Erteilung einer Außenvollmacht [erscheint]; dann liegt echte, d. h. rechtsgeschäftliche Vollmacht vor“.<sup>158</sup>

## V. Zusammenfassung

Das Institut der Duldungsvollmacht war einem grundlegenden Wandel ausgesetzt: Griff man zunächst vor allem auf die Willensfiktion zurück und kam so zu einer stillschweigenden Bevollmächtigung, präferierte man in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts zunehmend die Zurechnung des vom Vertretenen gesetzten Rechtsscheins. Vor allem in den 1930er und 1940er Jahren war die juristische Fiktion als solche größer werdender Kritik ausgesetzt; diese ablehnende Haltung ist bis heute in der Rechtsprechung und weiten Teilen der Literatur unverändert. Dies bedingt, dass heute die dogmatische Einordnung der Duldungsvollmacht als Rechtsscheinvollmacht vorherrschend ist. Rückblickend betrachtet ist es bemerkenswert, wie selbstverständlich der *Bundesgerichtshof* die Duldungsvollmacht als Vollmacht kraft Rechtsscheins anerkannte und als allgemein anerkannt ansieht – sowohl im Handels- als auch im privaten Rechtsverkehr. Eine wirklich kritische Auseinandersetzung mit der dogmatischen Einordnung seitens der Rechtsprechung ist kaum erfolgt. Auch die Literaturmeinungen – vor allem zwischen 1930 und 1940 – diskreditieren die juristische Fiktion in teils polemischer Weise. Die damaligen Rechtswissenschaftler hatten Erfolg damit, die Fiktionslösung weitestgehend zu verdrängen.

---

<sup>155</sup> *Canaris* (Fn. 62), S. 40 f.

<sup>156</sup> *Ebd.*, S. 41 (Hervorhebungen im Original).

<sup>157</sup> *Ebd.*, (Hervorhebungen im Original).

<sup>158</sup> *Ebd.*

## D. Die Duldungsvollmacht heute

### I. Voraussetzungen der Duldungsvollmacht nach heutiger Rechtsprechung

Nach der Darstellung der dogmatischen Diskussion soll nun darauf eingegangen werden, welche Mindestvoraussetzungen – ohne hier auf eine mögliche zukünftige Rechtsfortbildung einzugehen – die Rechtsprechung heute an das Vorliegen einer Duldungsvollmacht stellt. Diese Anforderungen stehen in der Tradition der Rechtsprechung der obersten deutschen Gerichte und vereinen Aspekte der am weitesten verbreiteten Literaturmeinungen.

#### 1. Keine tatsächliche Vollmacht

Zunächst darf keine tatsächliche Vollmacht, also ausdrücklich oder konkludent, erteilt worden sein.<sup>159</sup> Dies ist noch vor den eigentlichen Voraussetzungen der Duldungsvollmacht zu prüfen, da sich das Vorliegen einer tatsächlichen Vollmacht und die Duldungsvollmacht gegenseitig ausschließen.

#### 2. Rechtsschein

Eine weitere Voraussetzung ist, dass der Geschäftsgegner auf eine tatsächlich bestehende Vollmacht vertrauen durfte. Dieses Vertrauen stützt sich auf einen Rechtsschein, der dadurch entsteht, dass der Geschäftsherr das Verhalten des vollmachtlosen Vertreters duldet und so ein Dritter daraus nach Treu und Glauben schließt, dass tatsächlich eine Vollmacht besteht.<sup>160</sup> Ob ein Rechtsschein vorliegt, „ist aus der Perspektive des Geschäftsgegners [...] zu beurteilen“,<sup>161</sup> es kommt also „darauf an, ob der Gegner das nach außen in Erscheinung getretene Verhalten des Vertretenen [...] so verstehen durfte, dass es den Schluss auf eine Bevollmächtigung des Vertreters erlaubt“. <sup>162</sup> Die Möglichkeiten, ein solches Vertrauen zu erwecken, sind äußerst vielseitig. Insbesondere, da „eine Willenserklärung des Vertretenen oder eine ihr gleichzusetzende Willensbetätigung [...] nicht erforderlich“<sup>163</sup> ist. So kann auch Schweigen zu Handlungen des Vertreters einen Rechtsschein erzeugen.<sup>164</sup>

---

<sup>159</sup> Köhler (Fn. 154), § 11 Rn. 43.

<sup>160</sup> BGH, NJW 2002, 2325 (2327); vgl. auch BGH, NJW-RR 2004, 1275 (1277).

<sup>161</sup> Ackermann, in: NK-BGB I (Fn. 6), § 167 Rn. 83.

<sup>162</sup> Ebd.

<sup>163</sup> BGH, NJW 1997, 312 (314).

<sup>164</sup> Vgl. Ebd.

### 3. Zurechenbarkeit

Zurechenbar wird das Verhalten, wenn der Geschäftsherr dieses über einen gewissen Zeitraum oder wiederholt<sup>165</sup> duldet ohne dagegen vorzugehen, obwohl er Kenntnis vom Handeln des Vertreters hat.<sup>166</sup>

### 4. Vertrauenstatbestand beim Geschäftsgegner

Dem Geschäftsgegner muss das andauernde Duldungsverhalten des Geschäftsherrn bekannt gewesen sein, damit er sich nach Treu und Glauben auf den entstandenen Rechtsschein – und damit auf das Vertrauen auf eine tatsächliche Vollmacht – berufen kann.<sup>167</sup> Hat der Geschäftsgegner hingegen von der fehlenden Bevollmächtigung gewusst, besteht diese Möglichkeit durch Fehlen des guten Glaubens nicht.<sup>168</sup> Zusätzlich bedarf es einer Kausalität des erzeugten Vertrauens für das rechtsgeschäftliche Verhalten des Vertragspartners.<sup>169</sup>

### 5. Abgrenzung zur Anscheinsvollmacht

Abzugrenzen ist die Duldungsvollmacht von der sogenannten Anscheinsvollmacht. Bei dieser hat der Geschäftsherr im Gegensatz zur Duldungsvollmacht keine Kenntnis vom vollmachtlosen Auftreten des Vertreters in seinem Namen, hätte hiervon jedoch bei sorgfaltsgemäßigem Verhalten Kenntnis nehmen können und müssen.<sup>170</sup> Für die Annahme einer Anscheinsvollmacht ist zusätzlich – und im Gegensatz zur Duldungsvollmacht wohl unumstritten – notwendig, dass das Verhalten des Geschäftsherrn, „aus dem der Geschäftsgegner auf die Bevollmächtigung des Dritten glaubt schließen zu können, von einer gewissen Dauer und Häufigkeit ist“.<sup>171</sup>

## II. Anfechtbarkeit der Duldungsvollmacht

Welche Auswirkung die dogmatische Einordnung der Duldungsvollmacht hat, wird unter anderem in Bezug auf deren Anfechtbarkeit deutlich. So können nach den §§ 119 ff., 142 ff. BGB grundsätzlich nur fehlerhafte Willenserklärungen angefochten werden. Ob bei der Duldungsvollmacht eine solche Willen-

---

<sup>165</sup> Anders: *OLG Hamm*, NJW 2007, 611 (612). Diesem genügt bereits die einmalige, wissentliche Duldung seitens des Geschäftsherrn.

<sup>166</sup> *BGH*, NJW 2003, 2091 (2092); *Eisenhardt*, Einführung in das Bürgerliche Recht, 7. Aufl. 2018, S. 162 Rn. 2.

<sup>167</sup> *BGH*, NJW 1956, 460 (460 f.); vgl. auch *BGH*, NJW 2002, 2325 (2327); 2003, 2091 (2092).

<sup>168</sup> *BGH*, NJW 1956, 460 (460 f.); vgl. auch *BGH*, NJW 2002, 2325 (2327); 2003, 2091 (2092).

<sup>169</sup> *Rüthers/Stadler*, BGB AT, 19. Aufl. 2017, § 30 Rn. 43.

<sup>170</sup> *BGH*, NJW 1981, 1727 (1728).

<sup>171</sup> *BGH*, NJW 2011, 2421 (2422).

serklärung seitens des Geschäftsherrn überhaupt vorliegt, ist – wie aufgezeigt – jedoch umstritten. Folgt man der Ansicht, dass die Duldungsvollmacht als stillschweigende Bevollmächtigung zu qualifizieren ist – eine Willenserklärung des Vertretenen somit bejaht wird – kann sie angefochten werden.<sup>172</sup> Stimmt man aber der Ansicht zu, dass die Duldungsvollmacht eine Vollmacht kraft Rechtscheins ist, so gehen die Meinungen auseinander: Teilweise wird vertreten, dass eine Rechtsscheinvollmacht durchaus anfechtbar ist. Unter anderem, weil sie den Geschäftsherrn nicht strenger binden soll, als es eine rechtsgeschäftliche Vollmacht würde.<sup>173</sup> Die §§ 119 ff. BGB sollen deshalb zumindest analog anwendbar sein – eine direkte Anwendbarkeit scheidet aus, weil es bei einer Rechtsscheinvollmacht kein Abweichen von Wille und Erklärem wie beim Erklärungs- oder Inhaltsirrtum geben könne.<sup>174</sup> Andere verneinen die Anfechtbarkeit hingegen insgesamt, da die Rechtsscheinvollmacht ein Vertrauenstatbestand sei, der auf einem tatsächlichen Verhalten des Vertretenen beruhe.<sup>175</sup> Solche „tatsächliche[n] Verhaltensweisen können keinem Willensmangel unterliegen“.<sup>176</sup> Diese Ansicht wird jedoch als wertungswidersprüchlich kritisiert.<sup>177</sup> Der *Bundesgerichtshof* hatte bisher noch nicht zu entscheiden, ob und wie eine Duldungsvollmacht angefochten werden kann. Sehr wohl erkannt hat er aber, dass „aus dem Vertrauen auf einen Rechtsschein [...] niemand weitergehende Ansprüche herleiten [kann], als er haben würde, wenn der Rechtsschein der wirklichen Rechtslage entspräche“.<sup>178</sup> Daraus könnte man schließen, dass eine irgendwie geartete Anfechtung jedenfalls möglich sein muss, da der Geschäftspartner sonst besser gestellt würde, als es bei einer tatsächlichen Vollmachterteilung der Fall sein würde. Vorzugswürdig scheint mithin die Ansicht, dass eine Duldungsvollmacht angesichts der ansonsten bestehenden Privilegierung des Geschäftspartners analog §§ 119 ff. BGB anfechtbar ist.

### III. Bedeutung der Duldungsvollmacht

Insbesondere im Handelsrechtsverkehr kommt der Duldungsvollmacht eine größere Bedeutung zu – strukturell bedingt gibt es eine große Anzahl an

<sup>172</sup> *Mansel*, in: Jauernig, 16. Aufl. 2015, § 167 Rn. 8; *Eisenhardt* (Fn. 166), S. 162 Rn. 3.

<sup>173</sup> So z. B. *Ackermann*, in: NK-BGB I (Fn. 6), § 167 Rn. 94; *Krebs*, in: MüKo-HGB I, 4. Aufl. 2016, § 48 Rn. 65; *Ellenberger*, in: Beck'scher Kurzkommentar BGB, 76. Aufl. 2017, § 172 Rn. 16; zum Ergebnis der Anfechtbarkeit kommt u. a. auch *Canaris* (Fn. 62), S. 43 ff.

<sup>174</sup> *Schubert*, in: MüKo-BGB I (Fn. 5), § 167 Rn. 147. Zu den Irrtümern *Rüthers/Stadler* (Fn. 169), § 25 Rn. 23 ff.

<sup>175</sup> *Schäfer*, in: BeckOK-BGB, 48. Ed. Stand: 1.11.2018, § 167 Rn. 20.

<sup>176</sup> *Ebd.*

<sup>177</sup> *Selter*, Die Entstehung und Entwicklung des Rechtsscheinsprinzips im deutschen Zivilrecht, 2006, S. 109 f.; *Krebs*, in: MüKo-HGB I (Fn. 173), § 48 Rn. 65.

<sup>178</sup> *BGH*, NJW 1954, 793 (793 f.).

Rechtsgeschäften, die durch Angestellte getätigt werden. So hat durch eine stetige Vergrößerung von Unternehmen wohl unzweifelhaft auch die Anzahl der Angestellten über die letzten Jahrzehnte und Jahrhunderte zugenommen. Für Ladengeschäfte tritt die Bedeutung der Duldungsvollmacht hinter die Vermutungsregel des § 56 HGB – nach welcher jeder, der in einem Laden oder offenen Warenlager angestellt ist, als zur Vornahme üblicher Handlungen wie Verkäufen oder Empfangnahmen ermächtigt gilt – weitestgehend zurück. Im Privatrechtsverkehr kommt es nur vereinzelt zu Situationen, in denen tatsächlich eine Duldungsvollmacht vorliegt; dies spiegelt sich auch in der Zahl der Urteile wider. Ein möglicher Grund hierfür mag sein, dass sich im Privatverkehr seltener eines Vertreters bedient wird bzw. ein mehrmaliges Auftreten als Vertreter für den Vertretenen in den meisten Fällen nicht geduldet, sondern unterbunden wird. Im Handelsverkehr kommt es dagegen häufiger vor, dass beispielsweise ein Angestellter – ohne bevollmächtigt worden zu sein – Rechtsgeschäfte für seinen Arbeitgeber tätigt und dieser dieses Verhalten duldet, solange es nicht nachteilig für ihn ist. So entstehen in solchen Konstellationen des Öfteren Duldungsvollmachten.

### E. Schlussbetrachtung

Am Ende der untersuchten historischen Entwicklung steht die Duldungsvollmacht als Vollmacht kraft Rechtsscheins. Wie aufgezeigt bedeutet dies, dass dem Geschäftsherrn die Wirkung seines Verhaltens zugerechnet wird. Gemeint ist der durch die Duldung gesetzte Rechtsschein, welcher wiederum zum Vertrauen auf eine Vollmacht beim Geschäftspartner führt. Dies unterscheidet sich grundlegend von der vor allem im 19. und Anfang des 20. Jahrhunderts vertretenen Lösung, eine Bevollmächtigung zu fingieren, ohne dass tatsächlich ein Wille dazu bestand. Die Fiktion wird von weiten Teilen der Literatur abgelehnt, insbesondere seit den 1930er Jahren haben Literatur und Rechtsprechung diese zunehmend und nachhaltig in Misskredit gebracht. Der Wandel des Arguments der Duldungsvollmacht kann als Entwicklung von der juristischen Fiktion zur Zurechnung des nach außen sichtbaren Verhaltens beschrieben werden.

Erkennbar sind im historischen Rückblick auch die argumentativen Mängel in der höchstrichterlichen Rechtsprechung: Gängige Praxis des *Reichsgerichts* und des *Bundesgerichtshofes* war es, in Fällen der Duldungsvollmacht auf frühere Urteile zu verweisen, um so den Eindruck einer gefestigten Rechtsprechung zu erwecken. Tatsächlich ist in den meisten Urteilen jedoch nur oberflächlich auf die mit der Duldungsvollmacht einhergehenden Probleme eingegangen worden und eine klare dogmatische Einordnung ist unterblieben. Deutlich wird dies auch sowohl an den Urteilen des *Reichsoberhandelsgerichts* sowie des *Reichsgerichts*:

Die *Senate* gingen unterschiedlich vor bzw. es gab selbst innerhalb eines *Senates* unterschiedliche Urteilsgründe für die Lösung ähnlicher Fallkonstellationen, welche die Duldungsvollmacht betreffen. Entschied das *Gericht* sich in einem Urteil für die stillschweigende Bevollmächtigung, fingierte es also eine Willenserklärung, so verwiesen die Richter in einem anderen Urteil hingegen auf Treu und Glauben sowie den Verkehrsschutz, im Ergebnis also auf eine Zurechnung des einen Rechtsschein begründenden Verhaltens – beide Lösungen unterscheiden sich grundlegend. Es ist also zumindest zweifelhaft, wenn im Zusammenhang mit der Duldungsvollmacht – insbesondere in den ersten Jahren des *Bundesgerichtshofes* – von einer gefestigten Rechtsprechung die Rede ist.

Der Wandel von der stillschweigenden Bevollmächtigung zur Rechtsscheinvollmacht lässt sich zwar – wie des Öfteren vertreten – durchaus mithilfe der §§ 171 ff. BGB begründen. Streitig ist dabei, ob ein Analogieschluss notwendig ist. Jedoch überwiegen in der Diskussion die missbilligende Kritik an der stillschweigenden Bevollmächtigung und der Fiktion sowie der Wunsch nach richterlicher Wertungsmöglichkeit.

Auch ist im Rahmen dessen noch einmal anzumerken, dass durchaus von einer der nationalsozialistischen Ideologie entsprechenden Rechtsfortbildung gesprochen werden kann. Der Verweis auf Treu und Glauben stellt ein Einfallstor für ideologische Urteileinflüsse dar. Auch wenn im Ergebnis die Haftung des Geschäftsherrn, der die Handlungen eines für ihn als Vertreter Auftretenden duldet, bejaht oder sogar begrüßt werden kann, bedarf es seitens der Justiz vor dem Hintergrund der Auslegung von Treu und Glauben zur Zeit des Nationalsozialismus stets einer besonders aufmerksamen Untersuchung, ob ein Rückgriff auf § 242 BGB angemessen ist und wie dieser abstrakte Grundsatz konkretisiert wird. Im Fall der Rechtsscheinvollmachten besteht aus heutiger Sicht kaum noch Missbrauchsrisiko – die Justiz ist heute nicht mehr ideologisch gebunden und es gibt zahlreiche Möglichkeiten, um Urteile überprüfen zu lassen.

Die grundsätzliche Kritik, dass ein Missbrauch auch bei einer Rechtsscheinelösung möglich ist, für die ein Rückgriff auf Treu und Glauben konstituierend ist, bleibt jedoch bestehen. Die Entscheidung darüber, wann ein Rechtsschein tatsächlich besteht und wann jemand darauf vertrauen durfte, obliegt dem Richter und kann von ihm weit oder eng gefasst werden. Einen Willen zu fingieren ist auch nicht vorzuziehen und kommt schlussendlich zum selben Ergebnis, wenngleich es bei dieser weniger Probleme in Bezug auf die Anfechtung gibt. Der Gesetzgeber könnte diese Regelungslücke noch schließen – bis dahin übernimmt dies die Rechtsprechung durch richterliche Rechtsfortbildung.

Paul Mey\*

## Behinderung des Internetabsatzes durch Drittplattformverbote

### Abstract

Dieser Beitrag behandelt die kartellrechtliche Bewertung sog. Drittplattformverbote: Bei solchen verbieten Markenhersteller ihren Vertriebshändlern, ihre Produkte auf Drittplattformen wie *Amazon Marketplace* zu vertreiben. Die kartellrechtliche Problematik liegt darin, dass so der Angebotswettbewerb auf Plattformmärkten reduziert wird, deren Rolle im weltweiten Vertrieb von Produkten exponentiell zunimmt. Der Beitrag nimmt zunächst eine Unterscheidung nach den möglichen Vertriebssystemen vor und arbeitet dabei die kartellrechtlichen Einzelaspekte des Themas heraus. Vor allem wird ein Schwerpunkt auf die Frage gelegt, wie der Imageschutz von Markenprodukten möglicherweise die Beschränkung des Wettbewerbs auf Plattformmärkten rechtfertigen kann. Dabei wird auch die einschlägige *EuGH*-Rechtsprechung aus *Pierre Fabre* und jüngst *Coty Germany* behandelt.

---

\* Der Verfasser hat Unternehmensjura an der Universität Mannheim studiert. Nachdem er im siebten Fachsemester den Studiengang „Unternehmensjurist, LL.B.“ abgeschlossen hat, strebt er nun im Rahmen des Aufbaustudiengangs der Universität Mannheim das Erste Staatsexamen an. Seinen universitären Schwerpunkt hat er im Kartellrecht absolviert. Der Beitrag entstand als Bachelorarbeit im Rahmen eines kartellrechtlichen Seminars bei Prof. Dr. Jens-Uwe Franck, LL.M. (Yale) im Frühjahrssemester 2018.

## A. Einführung

Online-Plattformen haben in der jüngeren Vergangenheit die digitale Wirtschaft erheblich beeinflusst und bergen immense Vorteile für Verbraucher und Unternehmer.<sup>1</sup> Verbraucher profitieren von geringeren Transaktionskosten, mehr Transparenz, einer größeren Auswahl an Angeboten und einem daraus resultierenden geringeren Preisniveau.<sup>2</sup> Unternehmer profitieren ebenfalls von geringeren Transaktionskosten und gerade kleinere und mittlere Unternehmen profitieren von geringeren Marktzutrittsschranken, da sie so ihre Produkte einfacher grenzüberschreitend anbieten können.<sup>3</sup>

Trotz dieser immensen Vorteile stellt der Handel über Online-Plattformen ein Risiko für Markenhersteller dar. Diese haben unter Umständen erhebliche Investitionen in den Aufbau eines Markenimages oder eines Vertriebssystems getätigt, das eine ausreichende Qualitätssicherung gewährleisten soll. Dies sei am Beispiel des Schmuckherstellers *Swarovski* verdeutlicht: Zum einen hat *Swarovski* einen selektiven Vertrieb mit ausgewählten Juwelieren aufgebaut, die eine fachmännische Beratung in vorgeschriebener Produktpräsentation gewährleisten sollen, was bei Online-Plattformen nur eingeschränkt oder gar nicht möglich ist.<sup>4</sup> Zum anderen lebt *Swarovski* von seinem Luxusimage, welches besonderen Schaden erleiden würde, wenn *Swarovski*-Produkte nun zu einem niedrigeren Preisniveau auf Plattformen wie *eBay* angeboten würden.<sup>5</sup>

Die Hersteller haben also mit Drittplattformverboten reagiert. Den Händlern in ihren Vertriebsketten verbieten sie, ihre Produkte auf Drittplattformen von Intermediären anzubieten, wie *eBay* oder *Amazon Marketplace*.<sup>6</sup>

Die wirtschaftliche Relevanz von Drittplattformverboten sei an dem Ergebnis der Sektoruntersuchung zum elektronischen Handel der Europäischen Kom-

---

<sup>1</sup> *Europäische Kommission*, Online-Plattformen im digitalen Binnenmarkt, 25.5.2016, COM(2016) 288 final, S. 2.

<sup>2</sup> *Bundeskartellamt*, Hintergrundpapier v. 10.10.2013, Vertikale Beschränkungen in der Internetökonomie, 10.10.2013, S. 16 f., abrufbar unter: [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions\\_Hintergrundpapier/Bundeskartellamt%20-%20Vertikale%20Beschr%C3%A4nkungen%20in%20der%20Internet%C3%B6konomie.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions_Hintergrundpapier/Bundeskartellamt%20-%20Vertikale%20Beschr%C3%A4nkungen%20in%20der%20Internet%C3%B6konomie.pdf?__blob=publicationFile&v=2) (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

<sup>3</sup> *Europäische Kommission* (Fn. 1), S. 13; *Bundeskartellamt* (Fn. 2), S. 17.

<sup>4</sup> Vgl. zu *Swarovski* unter: <http://retailpartner.swarovski.com/Content.Node/index.php> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018); siehe auch *NZZ* (o. V.), Das Geheimnis der funkelnden Kristalle, 3.4.2002, abrufbar unter: <https://www.nzz.ch/article814UF-1.382482> (zuletzt abgerufen am 17.12.18).

<sup>5</sup> Vgl. *Swarovski* (Fn. 4); siehe auch *NZZ* (Fn. 4.).

<sup>6</sup> *Seeliger*, in: *Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts*, 3. Aufl. 2016, § 11 Rn. 192.

mission veranschaulicht: Drittplattformverbote stellten 2017 18 % der Vertriebsbeschränkungen innerhalb Europas dar; in Deutschland waren es sogar 32 %.<sup>7</sup>

Je nachdem wie weit man den Begriff „Drittplattformverbot“ fasst, kann man darunter auch das Verbot der Nutzung von Preissuchmaschinen verstehen. Da sich dieser Beitrag aber auf das Verbot der Nutzung von Online-Marktplätzen fixiert, wird auf diese Thematik nicht eingegangen. Soweit in diesem Beitrag von Drittplattformen die Rede ist, sind damit Online-Marktplätze wie *eBay* gemeint.

Um die Frage beantworten zu können, ob und in welchen Grenzen Drittplattformverbote kartellrechtlich zulässig sind, muss unterschieden werden, ob das Verbot Teil eines selektiven (**B.**) oder nicht-selektiven (**C.**) Vertriebs ist.<sup>8</sup> Bei den selektiven Vertriebssystemen ist fraglich, ob das Verbot eine Wettbewerbsbeschränkung darstellt, die unter das Verbot des Art. 101 I AEUV bzw. § 1 GWB fällt (**B. I.**).<sup>9</sup> Innerhalb dieses Schrittes wird dieser Beitrag schwerpunktmäßig darauf eingehen, ob und unter welchen Bedingungen das Image eines Produktes ein Verbot objektiv rechtfertigen kann (**B. I. 1.**). Sofern das etwaige Verbot eine Wettbewerbsbeschränkung darstellt, ist fraglich, ob dann eine Gruppenfreistellung möglich ist (**B. II.**). Wird dies verneint, stellt sich die Frage nach einer Einzelfreistellung (**B. III.**).<sup>10</sup>

## B. Selektiver Vertrieb

Zunächst sei die Rechtslage im selektiven Vertrieb dargestellt.

Selektiver Vertrieb ist in Art. 1 Abs. 1 lit. e Vertikal-GVO legaldefiniert und zeichnet sich dadurch aus, dass die Händler, im Folgenden Wiederverkäufer genannt, anhand festgelegter Merkmale ausgewählt werden und sich verpflichten, die betreffenden Waren oder Dienstleistungen nicht an Händler zu verkaufen, die innerhalb des vom Anbieter für den Betrieb dieses Systems festgelegten Gebiets nicht zum Vertrieb zugelassen sind.

---

<sup>7</sup> *Europäischen Kommission*, Abschlussbericht über die Sektoruntersuchung zum elektronischen Handel, 10.5.2017, COM(2017) 229 final, Rn. 40.

<sup>8</sup> *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht II, 5. Aufl. 2014, § 1 GWB Rn. 331.

<sup>9</sup> *Kling/Thomas*, Kartellrecht, 2. Aufl. 2016, § 19 Rn. 133.

<sup>10</sup> *Ebd.*, Rn. 134.

## I. Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung

Bezüglich der Anwendbarkeit des Kartellverbots muss zwischen quantitativ und qualitativ selektiven Vertriebssystemen unterschieden werden. Quantitative Vertriebssysteme beinhalten mengenmäßige Beschränkungen für die Wiederverkäufer, qualitative beschränken hingegen die Art und Weise des Wiederverkaufs.<sup>11</sup> Quantitativ selektive Vertriebssysteme fallen grundsätzlich unter das Kartellverbot, qualitativ selektive nur, wenn sie bestimmte Voraussetzungen nicht erfüllen.<sup>12</sup>

Nach ständiger Rechtsprechung des *EuGH* und Auffassung der Kommission können Vorgaben in qualitativ selektiven Vertriebssystemen ein mit Art. 101 Abs. 1 AEUV vereinbarer Bestandteil des Wettbewerbs sein, wenn die sog. „Metro-Kriterien“ erfüllt sind: Erstens müssen die Wiederverkäufer aufgrund objektiver Kriterien qualitativer Art ausgewählt werden, die diskriminierungsfrei angewandt werden. Zweitens muss die Beschaffenheit des fraglichen Produkts einen selektiven Vertrieb erfordern, um die Qualität und die Gewährleistung des richtigen Gebrauchs des Produktes zu wahren. Drittens dürfen die aufgestellten Kriterien nicht über das Erforderliche hinausgehen.<sup>13</sup>

### 1. Das Drittplattformverbot als objektives Kriterium qualitativer Art

Es stellt sich also zunächst die Frage, ob Drittplattformverbote objektive Kriterien qualitativer Art im Sinne der Metro-Kriterien sind, die einheitlich und unterschiedslos angewandt werden.

Objektive Kriterien sind Anforderungen, deren Erfüllbarkeit nicht einer Auslegung durch den Hersteller zugänglich, sondern unabhängig von seiner individuellen Sicht zu beurteilen sind.<sup>14</sup> Ein allgemeines, für alle Wiederverkäufer geltendes Verbot, Waren nicht über Online-Marktplätze zu verkaufen, ist ein klares, unabhängig vom Herstellerwillen bestimmbares Verbot und damit ein

---

<sup>11</sup> *Kling/Thomas*, Kartellrecht, 2. Aufl. 2016, § 5 Rn. 191.

<sup>12</sup> *Hengst*, in: *Langen/Bunte*, Europäisches Kartellrecht, 13. Aufl. 2018, Art. 101 AEUV Rn. 215; *Krauß*, in: *Langen/Bunte*, Deutsches Kartellrecht, 13. Aufl. 2018, § 1 Rn. 296.

<sup>13</sup> *EuGH*, Urt. v. 25.10.1977, C-26/76, *Metro SB-Großmärkte ./. Kommission der Europäischen Gesellschaften*, Rn. 20; Urt. v. 11.12.1980, C-31/80, *L'Oréal ./. PVBA „De Nieuwe AMCK“*, Rn. 16; Urt. v. 25.10.1983, C-107/82, *AEG-Telefunken ./. Kommission der Europäischen Gesellschaften*, Rn. 35; *EuG*, Urt. v. 27.2.1992, T-19/91, *Société d'hygiène dermatologique de Vichy ./. Kommission der Europäischen Gesellschaften*, Rn. 65; *Europäische Kommission*, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. EU 2010 Nr. C 130, Rn. 175.

<sup>14</sup> *Dieselhorst/Luhn*, Kartellrechtliche Zulässigkeit der Untersagung des Vertriebs über eBay, WRP 2008, 1306 (1307).

objektives Kriterium.<sup>15</sup>

Des Weiteren müssten Plattformverbote Kriterien qualitativer Art sein. Dafür müssten sie Anforderungen an die „Art und Weise“<sup>16</sup> des Vertriebs sein, das heißt an die fachliche Eignung des Wiederverkäufers, seines Personals und seiner sachlichen Ausstattung.<sup>17</sup> Deutsche Instanzgerichte haben sich bereits mit der Frage, was Kriterien qualitativer Art sind, auseinandergesetzt, allen voran das *LG Berlin*<sup>18</sup> und das *OLG Karlsruhe*<sup>19</sup>. Beide kamen zu gegensätzlichen Ergebnissen.<sup>20</sup> Dementsprechend ist immer noch umstritten, ob Plattformverbote Kriterien qualitativer Art sind.

a) *Überwiegende Ansicht*

Sowohl ein Teil der Rechtsprechung als auch der überwiegender Teil der Literatur sehen ein Plattformverbot als qualitatives Kriterium an.<sup>21</sup> Das *OLG Karlsruhe* hatte in Bezug auf die Entscheidung des *LG Berlin* dargelegt, dass das zentrale qualitative Merkmal des Wiederverkäufers die Art und Weise sei, wie er Markenprodukte präsentiere, anbiete und vertreibe.<sup>22</sup> Die sachliche Ausstattung eines Wiederverkäufers im Sinne der Metro-Kriterien, welche im stationären Handel Eigenschaften wie bspw. die Größe der Schaufenster umfasse, beziehe sich im Internet auf das Gesamtbild und die Umgebung einer Website, auf der die Produkte platziert werden.<sup>23</sup> Dementsprechend sei der Vertrieb eines Wiederverkäufers auf Online-Marktplätzen ein Qualitätsmerkmal von ihm.<sup>24</sup>

---

<sup>15</sup> *Dieselhorst/Lubn* (Fn. 14), S. 1307; *Kumkar*, Online-Märkte und Wettbewerb, 2017, S. 322.

<sup>16</sup> *Ebd.*

<sup>17</sup> *EuGH*, Urt. v. 25.10.1977, C-26/76, *Metro SB-Großmärkte ./. Kommission der Europäischen Gesellschaften*, Rn. 20.

<sup>18</sup> *LG Berlin*, BB 2009, 1381 (1381-1383).

<sup>19</sup> *OLG Karlsruhe*, WuW 2010, 205 (205-214).

<sup>20</sup> Bejahend: *OLG Karlsruhe*, WuW 2010, 205 (Rn. 59); verneinend: *LG Berlin*, BB 2009, 1381 (Rn. 38).

<sup>21</sup> *OLG Frankfurt*, NZKart 2016, 84 (85 ff.); *OLG Karlsruhe*, WuW 2010, 205 (205-214); mit anderem Ergebnis: *KG*, WuW/E DE-R 4019 (4023 und 4026); *Franck*, Zum Schutz des Produktimages im selektiven Vertrieb, WuW 2010, 772 (774); *Gayk*, Selektivvertrieb im Internet, in: Oberender, Wettbewerbsprobleme im Internet, 2015, S. 52 (64); *Peeperkorn/Heimann*, Keine Neuigkeiten für Drittplattformverbote. Die Bedeutung des „Pierre Fabre“-Urteils des EuGH für den Onlinevertrieb, GRUR 2014, 1175 (1178); *Kirchhoff*, in: Wiedemann (Fn. 6), § 11 Rn. 400.

<sup>22</sup> *OLG Karlsruhe*, WuW 2010, 205 (Rn. 59).

<sup>23</sup> *Franck* (Fn. 21), S. 774.

<sup>24</sup> *Ebd.*

*b) Teilweise vertretene Ansicht*

Dagegen wird vertreten, dass ein Drittplattformverbot kein Kriterium qualitativer Art sei und deshalb die Metro-Kriterien nicht anwendbar seien.<sup>25</sup> Qualitative Kriterien müssten unmittelbar an die Beschaffenheit des Produktes anknüpfen. Dies sei nicht der Fall bei einem generellen Verbot für Online-Märkte, da der Verkauf über solche keine Verbindung zu bestimmten Produkteigenschaften aufweise.<sup>26</sup>

*c) Stellungnahme*

Der Vergleich zum stationären Handel ist wichtig und relevant, um abzugrenzen, wann qualitative Kriterien vorliegen. Wenn im stationären Handel konkrete Vorgaben bezüglich der Schaufenstergröße oder der Produktpräsentation zum Imageschutz zulässig sind,<sup>27</sup> kann im Internethandel nichts anderes gelten.<sup>28</sup> Die Website eines Online-Marktplatzes oder eines Online-Händlers ist die digitale Variante eines Schaufensters. In dieser Hinsicht ist der ersten Ansicht zuzustimmen.

Zudem leuchtet es nicht ein, warum ein Kriterium nur dann qualitativer Art sein soll, wenn es unmittelbar an die Beschaffenheit der Sache anknüpft. Das *LG Berlin* hatte in seiner knappen Entscheidung bei dieser Formulierung auf keine Quelle verwiesen.<sup>29</sup> Vertreter dieser Auffassung haben diese Formulierung mit Verweis nur auf dieses Urteil aufgegriffen.<sup>30</sup> Die Metro-Kriterien selbst, wie sie vom *EuGH* entwickelt wurden, enthalten diese Formulierung nicht.<sup>31</sup> Vielmehr ist erst bei der zweiten Voraussetzung zu prüfen, ob die Beschaffenheit des Produktes ein selektives Vertriebssystem erfordert. Deshalb ist es dogmatisch sinnvoller, so zu subsumieren, dass auch Kriterien, die nicht unmittelbar an die Produktbeschaffenheit anknüpfen, qualitativer Art sind. Sodann können sie aber unter Umständen keinen selektiven Vertrieb erfordern. Damit ist es vorzugswürdig, Drittplattformverbote als qualitative Kriterien zu sehen.

---

<sup>25</sup> *LG Berlin*, BB 2009, 1381 (Rn. 38); *Bundeskartellamt*, Fallbericht v. 19.8.2014, B3-137/12, Adidas gibt pauschale Verkaufsverbote über Online-Marktplätze auf, S. 3 f.; *Baron*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht, 3. Aufl. 2016, 7. Teil, B. Rn. 273; *Spieker*, Anmerkung zu OLG München, Urt. v. 2.7.2009, U (K) 4842/08, GRUR-RR 2009, 394 (397).

<sup>26</sup> *LG Berlin*, BB 2009, 1381 (Rn. 38); *Spieker* (Fn. 25), S. 397.

<sup>27</sup> *Kirchhoff*, in: Wiedemann (Fn. 6), § 11 Rn. 358 ff.

<sup>28</sup> Vgl. *Europäische Kommission* (Fn. 13), Rn. 56.

<sup>29</sup> *LG Berlin*, BB 2009, 1381 (Rn. 38).

<sup>30</sup> *Spieker* (Fn. 25), S. 397.

<sup>31</sup> Siehe die Auflistung in Fn. 13.

*d) Diskriminierungsfreie Anwendung*

Des Weiteren muss das Plattformverbot diskriminierungsfrei angewendet werden, damit ein objektives Kriterium qualitativer Art vorliegt. Der Hersteller darf keinen Wiederverkäufer unmittelbar oder mittelbar aus unsachlichen Gründen benachteiligen oder bevorteilen. Eine Diskriminierung liegt bspw. vor, wenn der Hersteller seine Produkte selbst über Online-Marktplätze vertreibt, deren Benutzung er seinen Wiederverkäufern untersagt. Eine Diskriminierung kann aber auch dann bejaht werden, wenn der Hersteller seine Produkte über Discounter vertreibt. So hatte das *KG* in seiner „Schulranzen-Entscheidung“ eine Wettbewerbsbeschränkung bejaht, weil der Hersteller seine Produkte selbst über einen Discounter vertrieb, während er seinen Wiederverkäufern den Vertrieb über *eBay* untersagte.<sup>32</sup>

Ferner liegt eine Diskriminierung vor, wenn der Hersteller das Verbot uneinheitlich anwendet, er also bestimmten Wiederverkäufern den Vertrieb über Online-Marktplätze erlaubt und anderen nicht.

**2. Erforderlichkeit – Imageschutz als Rechtfertigung?**

Als zweite Voraussetzung der Metro-Kriterien muss die Beschaffenheit des Produktes das selektive Vertriebssystem erfordern. Ein Drittplattformverbot müsste also als Teil des selektiven Vertriebs erforderlich sein.

Damit ist die Frage aufgeworfen, ob der Imageschutz eines Produktes ein Drittplattformverbot rechtfertigen kann. Denn, wie anfangs bereits ausgeführt,<sup>33</sup> halten die Markenhersteller Plattformverbote vor allem für erforderlich, um ihr Image zu schützen. Die Erforderlichkeit darf jedoch nicht lediglich aus Herstellersicht beurteilt werden. Sinn und Zweck des Kartellrechts ist es gerade, die Funktionsfähigkeit von Märkten und Wettbewerb im öffentlichen Interesse, also vor allem dem Interesse der Konsumenten, zu gewährleisten.<sup>34</sup> Das Verbot muss also aus Sicht der Marktgegenseite, der Verbraucher, erforderlich sein. Dies hat das *EuG* auch treffend in *Leclerc* formuliert.<sup>35</sup>

Kartellrechtlich ergeben sich zwei Möglichkeiten, um die Erforderlichkeit über Imageschutz zu begründen. Zum einen kann bei Produkten das ihnen anhaftende Image den Charakter eines Produktbestandteils erlangen, indem es psychologische und soziale Geltungsbedürfnisse des Konsumenten befriedigt.

<sup>32</sup> *KG*, WuW/E DE-R 4019 (4023, 4026).

<sup>33</sup> Siehe dazu oben **A**.

<sup>34</sup> *Franck* (Fn. 21), S. 777.

<sup>35</sup> *EuG*, GRUR Int 1998, 149 (Rn. 117 f.).

Zum anderen kann es als Marktmechanismus fungieren, mit dem hohe Produktqualität signalisiert wird.<sup>36</sup> Der erste Fall betrifft am häufigsten das Luxusimage, der zweite Fall das hier sog. Qualitätsimage.

a) Keine Rechtfertigung möglich aufgrund Pierre Fabre?

Bevor auf die verschiedenen Möglichkeiten eingegangen wird, wie Drittplattformverbote aufgrund Imageschutz erforderlich sein könnten, muss geklärt werden, ob eine solche Rechtfertigung überhaupt möglich ist. Nach *Pierre Fabre*<sup>37</sup> war dies lange Zeit fraglich.

Der *EuGH* hatte in *Pierre Fabre* entschieden, dass Regelungen in selektiven Vertriebssystemen, die de facto ein Totalverbot des Internetvertriebs bewirken, nicht durch den Schutz eines prestigeträchtigen Markenimages gerechtfertigt werden können.<sup>38</sup> *Pierre Fabre* hat weiterhin Relevanz für ein Totalverbot des Internets.<sup>39</sup> Fraglich ist, ob diese Relevanz auch bei Drittplattformverboten gegeben ist. In Randnummer 46 seiner Entscheidung erklärte der *EuGH*:

„Das Ziel, den Prestigecharakter zu schützen, kann kein legitimes Ziel zur Beschränkung des Wettbewerbs sein und kann es daher nicht rechtfertigen, dass eine Vertragsklausel, mit der ein solches Ziel verfolgt wird, nicht unter Art. 101 I AEUV fällt.“<sup>40</sup>

Durch diese unglückliche Formulierung schuf der *Gerichtshof* unabsichtlich mehr Rechtsunsicherheit, da unklar war, wie diese zu verstehen ist. In der „Post-Pierre-Fabre-Ära“<sup>41</sup> ab 2011 wurde in Literatur und Praxis ausgiebig diskutiert, wie weit diese Formulierung zu verstehen sei.

aa) Universelle Auslegung

Vertreter der universellen Auslegung sind der Ansicht, die Ausführungen des *EuGH* seien universal zu verstehen, womit eine Rechtfertigung über den Schutz von Luxusimage nicht möglich sei.<sup>42</sup> Einzelne Stimmen in der Literatur

<sup>36</sup> Franck (Fn. 21), S. 778.

<sup>37</sup> *EuGH*, Urt. v. 13.10.2011, C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique* ./ *Président de l’Autorité de la concurrence, Ministre de l’Économie, de l’Industrie et de l’Emploi*.

<sup>38</sup> *Ebd.*, Rn. 46.

<sup>39</sup> *Kling/Thomas* (Fn. 9), § 5 Rn. 198 ff.

<sup>40</sup> *EuGH*, Urt. v. 13.10.2011, C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique* ./ *Président de l’Autorité de la concurrence, Ministre de l’Économie, de l’Industrie et de l’Emploi*, Rn. 46.

<sup>41</sup> Verwendet von *Rohrßen*, Internetvertrieb in der EU 2018 ff. – Online-Vertriebsvorgaben von Asics über BMW bis Coty, *ZVertriebsR* 2017, 274 (279).

<sup>42</sup> *Bonacker*, Fälle zur Regulierung des Internethandels in selektiven und sonstigen Vertriebssystemen, *GRUR-Prax* 2012, 4 (5); *Baron*, in *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann* (Fn. 25), 7. Teil, B. Rn. 273; *Neubauer*, An-

gingen sogar so weit, dass eine Rechtfertigung über Imageschutz im Ganzen nicht möglich sei.<sup>43</sup> Vertreten wurde dies im Hintergrund der vorher ergangenen *Leclerc*-Entscheidung des *EuG*.<sup>44</sup> Demnach konnte lediglich der Schutz des Luxusimages gerechtfertigt sein.<sup>45</sup> In *Pierre Fabre* drücke der *EuGH* aus, dass er diese Ansicht ablehne und sogar Vertriebsbeschränkungen zum Schutz des Luxusimages keinen selektiven Vertrieb rechtfertigen könnten.<sup>46</sup> Auch das Bundeskartellamt vertrat diese weite Auslegung in seinem *ASICS*-Beschluss.<sup>47</sup>

#### bb) Eingeschränkte Auslegung

Die Gegenansicht will den *EuGH* nur im Kontext der Entscheidung verstehen.<sup>48</sup> Die isolierte Betrachtung erwecke zwar den Eindruck, die Ausführungen des *EuGH* seien universell zu verstehen. Der *EuGH* nehme aber mit seiner Formulierung Bezug auf den vorherigen Absatz. Dort führe er aus, dass mit den Wettbewerbsbeschränkungen auf verhältnismäßige Weise legitime Ziele nach den Metro-Kriterien verfolgt werden müssen. Damit meine er also, dass ein Totalverbot des Internetvertriebs aufgrund des Imageschutzes unverhältnismäßig sei.<sup>49</sup>

Auch sei merkwürdig, dass der *EuGH* die bisherige Entscheidungspraxis der europäischen Gerichte, die gegensätzlich war,<sup>50</sup> in einem so kurzen Absatz einfach über Bord wirft, ohne sich näher über diese Rechtsprechungsänderung zu

---

merkung zur Entscheidung des KG Berlin - Urteil vom 19.09.2013 (2 U 8/09; EuZW 2013, 873) - Zur Frage des Verbotes des Warenvertriebs über eBay, EuZW 2013, 879 (880); *Rudowicz*, Plattformverbote in selektiven Vertriebssystemen: Kritische Auseinandersetzung mit dem Urteil des KG in der Sache Sternjakob, NZKart 2014, 253 (256); *Telle*, Besprechung zu einer Entscheidung des LG Frankfurt, Urteil vom 31.07.2014 – 2-03 O 128/13 - Plattformverbot für Luxusparfüms, NZKart 2015, 229 (229 ff.).

<sup>43</sup> *Neubauer*, Internetvertrieb im Kartellrecht, 2014, S. 77 ff.; *Rudowicz* (Fn. 42) S. 256.

<sup>44</sup> *EuG*, GRUR Int 1998, 149 (Rn. 110 f.).

<sup>45</sup> *Ebd.*, Rn. 114.

<sup>46</sup> So *Rudowicz* (Fn. 42), S. 257.

<sup>47</sup> *Bundeskartellamt*, Beschl. v. 26.8.2015, BeckRS 2016, 09244 – *ASICS*; deutlich wird dies auch in seinem Hintergrundpapier v. 10.10.2013 (Fn. 2), S. 24 ff.

<sup>48</sup> *OLG Frankfurt*, NZKart 2016, 84 (86); *Lubberger*, Plattformverbote verboten?, WRP 2015, 14, (16 und 18); *Nolte*, Vertriebskanal Internet: Grenzen der Steuerungshoheit des Lieferanten und die Notwendigkeit von Vertragsstandards, BB 2014, 1155 (1161); *Peeperkorn/Heimann* (Fn. 21), S. 1177.

<sup>49</sup> *Lubberger* (Fn. 48), S. 16; *Peeperkorn/Heimann* (Fn. 21), S. 1177.

<sup>50</sup> *EuGH*, Urt. v. 28.1.1986, C-161/84, *Pronuptia de Paris ./. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*, Rn. 17 und 27; Urt. v. 23.4.2009, C-59/08, *Copad ./. Christian Dior couture*, Rn. 27 f.; *EuG*, GRUR Int 1998, 149 (Rn. 110 f.).

äußern, wie er es in der Vergangenheit des Öfteren tat.<sup>51</sup>

cc) Beendigung der Post-Pierre-Fabre-Ära: *Coty Germany*

Die aus *Pierre Fabre* folgende Auslegungsunsicherheit hat der *EuGH* durch seine Entscheidung *Coty Germany*<sup>52</sup> beendet:

In *Coty Germany* musste sich der *EuGH* mit der Zulässigkeit von Drittplattformverboten zum Schutz des Luxusimages befassen. Die Entscheidung hat weitreichende Folgen für die Bewertung von Drittplattformverboten.

Relevant ist an dieser Stelle jedoch, dass der *EuGH* sich in *Coty Germany* auch zu seinen Ausführungen in *Pierre Fabre* geäußert hat. Zunächst geht der *Gerichtshof* auf seine bisherige Rechtsprechung zu Luxuswaren ein.<sup>53</sup> Sodann stellt er fest, dass diese Rechtsprechung nicht durch *Pierre Fabre* entkräftet werde.<sup>54</sup> Weiter führt er aus, dass Randnummer 46 von *Pierre Fabre* im Kontext der damaligen Entscheidung zu sehen sei und nicht den Schluss zulasse, dass der Imageschutz eine Wettbewerbsbeschränkung nicht mehr rechtfertigen könne.<sup>55</sup>

Der *EuGH* erteilt damit der Auffassung, eine Rechtfertigung über Imageschutz sei nicht möglich, eine deutliche Absage. Da diese Auffassung aber gerade auf den Ausführungen des *EuGH* in Randnummer 46 von *Pierre Fabre* fußte, die der *EuGH* nunmehr entkräftet hat, wurde ihr jeglicher argumentativer Boden entzogen. Dementsprechend ist die erstgenannte Ansicht, die *Pierre Fabre* universell ausgelegt hat, im Hinblick auf *Coty Germany* nun unvertretbar.

Eine Rechtfertigung über Imageschutz ist nach wie vor möglich. Dies führt nun zu den einzelnen Varianten, wie Imageschutz gerechtfertigt werden könnte.

b) *Das Image als Produktbestandteil – das Luxusimage*

Hersteller können durch Investitionen im Marketing ihr Produkt mit einer Konnotation (bspw. Freiheit, Luxus, ökologische Nachhaltigkeit) aufladen, die vom Nachfrager geschätzt wird. Das Image des Produktes wird damit zur Produkteigenschaft, einem Bestandteil, den der Kunde mit erwirbt.<sup>56</sup>

---

<sup>51</sup> So auch *OLG Frankfurt*, NZKart 2016, 84 (86); *Kumkar* (Fn. 15), S. 315; *Gayk* (Fn. 21), S. 71.

<sup>52</sup> *EuGH*, Urt. v. 6.12.2017, C-230/16, *Coty Germany* ./ Parfümerie Akzente.

<sup>53</sup> *Ebd.*, Rn. 25-29.

<sup>54</sup> *Ebd.*, Rn. 30.

<sup>55</sup> *Ebd.*, Rn. 35.

<sup>56</sup> *Franck* (Fn. 21), S. 778.

Der *EuGH* hatte schon in seiner markenrechtlichen Rechtsprechung festgestellt, dass auch der Prestigecharakter eines Produktes Qualitäts- und Produktmerkmal sein kann.<sup>57</sup> Er hatte also anerkannt, dass ein Produkt nicht nur materielle, sondern auch immaterielle Eigenschaften haben kann.

In *Coty Germany* hat der *EuGH* nun auf diese markenrechtliche Rechtsprechung verwiesen und damit klargestellt, dass sie bei Plattformverboten eine entsprechende Geltung hat. Der *EuGH* sieht das Luxusimage damit als immaterielle Produkteigenschaft.<sup>58</sup> Leidet dieses Image, stellt dies dementsprechend auch eine Verschlechterung der Warenqualität dar.

aa) Begründungsansatz des *EuGH* in *Coty Germany*

Der *EuGH* äußert sich in *Coty Germany* dazu, ob er ein Plattformverbot aufgrund des Schutzes des Luxusimages für erforderlich hält.<sup>59</sup> Er bejaht dies mit zwei Gründen:

Zum einen sei das Verbot erforderlich, um die von den Verbrauchern geschätzte Exklusivität zu wahren. Würde das betroffene Produkt gemeinsam mit „Waren aller Art“ auf Drittplattformen angeboten, wäre eine Aufrechterhaltung des Luxusimages erschwert.<sup>60</sup>

Zum anderen erlaube das Verbot dem Hersteller zu überprüfen, ob seine Qualitätsanforderungen eingehalten werden. Mangels vertraglicher Beziehung zwischen Hersteller und Betreiber der Drittplattform sei ihm dies ohne Verbot nicht möglich.<sup>61</sup> Die fehlende Möglichkeit, vom Betreiber der Drittplattform die Einhaltung der Qualitätsvorgaben zu verlangen, berge eine Gefahr der Verschlechterung des Luxusimages.<sup>62</sup>

Im Ergebnis hält der *EuGH* Drittplattformverbote für mit dem Binnenmarkt vereinbar, wenn sie diskriminierungsfrei, zum Schutz des Luxusimages und verhältnismäßig angewendet werden.<sup>63</sup>

Auch wenn zu begrüßen ist, dass der *EuGH* endlich Position zu Plattformverboten bezogen hat, lässt seine kurze Begründung zu wünschen übrig. Zum

---

<sup>57</sup> *EuGH*, Urt. v. 23.4.2009, C-59/08, *Copad* ./ *Christian Dior couture*, Rn. 24.

<sup>58</sup> *EuGH*, Urt. v. 6.12.2017, C-230/16, *Coty Germany* ./ *Parfumerie Akzente*, Rn. 46.

<sup>59</sup> *Ebd.*, Rn. 37 ff.

<sup>60</sup> *Ebd.*, Rn. 50.

<sup>61</sup> *Ebd.*, Rn. 47 ff.

<sup>62</sup> *Ebd.*, Rn. 49.

<sup>63</sup> *Ebd.*, Rn. 58.

einen geht er nicht auf diverse Begründungsansätze ein, die vorher in Literatur und Rechtsprechung diskutiert wurden. Zum anderen geht er nur marginal darauf ein, inwiefern Plattformverbote aus Verbrauchersicht erforderlich sein könnten. Bevor also zur Begründung des *EuGH* Stellung genommen wird, seien zunächst die anderen Begründungsansätze kurz dargestellt.

bb) Andere diskutierte Begründungsansätze

In der Literatur wird zum einen die sog. Trittbrettfahrerproblematik diskutiert.<sup>64</sup> Eine Gefahr von Drittplattformen läge darin, dass sich Kunden im stationären Handel ausführlich beraten ließen und sodann die Ware im Internet auf Drittplattformen kaufen würden. Langfristig hätte dies zur Folge, dass die Wiederverkäufer im stationären Handel Investitionen in Beratung, Service und Markenimage unterlassen würden, da sich im stationären Handel diese Kosten nicht amortisieren.<sup>65</sup> Dies stellt auch eine Gefahr für das Luxusimage dar. Das Trittbrettfahrerproblem hat große Relevanz und wird noch beim Qualitätsimage eine Rolle spielen.<sup>66</sup>

Diskutiert werden auch negative Abstrahlungseffekte des Plattformimages. Plattformen wie *eBay* werde ein „Flohmarkt-Image“<sup>67</sup> nachgesagt. Auf ihnen würden neben gebrauchten Waren auch Fälschungen angeboten werden.<sup>68</sup> Der Kunde sei sich dieses Images bewusst und würde es negativ mit dem jeweiligen Hersteller assoziieren, sodass dieses negative Image auf ihn abstrahlen könnte.<sup>69</sup>

Auch wird angeführt, das Luxusimage basiere auf der Hochpreisigkeit der Ware. Werde diese zu einem geringeren Preisniveau auf Online-Marktplätzen angeboten, leide folglich das Luxusimage.<sup>70</sup>

---

<sup>64</sup> So bspw. bei *Franck* (Fn. 21), S. 776; *Kumkar* (Fn. 15), S. 277; grundlegend zum Trittbrettfahrerproblem: *Telser*, Why Should Manufacturers Want Fair Trade?, *The Journal of Law & Economics* 1960, 86 (91).

<sup>65</sup> *Kumkar* (Fn. 15), S. 277.

<sup>66</sup> Siehe dazu unten **B. I. 2. e**).

<sup>67</sup> *OLG Karlsruhe*, WuW/E DE-R 2789 (2797) = *OLG Karlsruhe*, WuW 2010, 205 ff.; *KG*, WuW/E DE-R 4019 (4026); *Neubauer* (Fn. 43), S. 67 f.; *Rösner*, Aktuelle Probleme der Zulässigkeit von Selektivvertriebssystemen vor dem Hintergrund der Reform der Vertikal-GVO, WRP 2010, 1114 (1121).

<sup>68</sup> *LG München*, Urt. v. 24.6.2008, BeckRS 2009, 07108, Rn. 5 c).

<sup>69</sup> *KG*, EuZW 2013, 873 (876).

<sup>70</sup> *Kuntze-Kaufhold*, Vertriebsverbote für Internetplattformen können zur Vielfalt im Wettbewerb beitragen. Anmerkung zu *KG Berlin*, Urt. v. 19.9.2013, 2 U 8/09 Kart - Schulranzen und -rucksäcke (WuW/E DE-R 4019), WuW 2014, 476 (479).

Zugunsten der Verbraucher wird angeführt, durch das Luxusimage könnten psychologische, an Status anknüpfende Bedürfnisse der Verbraucher erfüllt werden.<sup>71</sup> Der Konsum ermögliche dem Konsumenten, sich eine Identität zu verschaffen und diese seinen Mitmenschen zu kommunizieren; dieses „demonstrative Konsumverhalten“ könne soziale Beziehungen begründen und so wohlfahrtsfördernd wirken.<sup>72</sup>

### cc) Stellungnahme

Bezüglich der Abstrahlungswirkung des Plattformimages muss auf die individuelle Plattform eingegangen werden. Während *eBay* in der Tat bei Konsumenten ein schlechtes Image hat, kann dies von *Amazon* nicht gesagt werden.<sup>73</sup> Ein pauschales Verbot wird mit diesem Argument nur schwer begründbar sein.

Ebenso wenig kann die Hochpreisigkeit als Argument herhalten. Zwar orientieren sich Verbraucher am Preis und erkennen Luxuswaren gerne daran, es ist aber nur einer der Wege, wie Verbraucher ein Luxusimage wahrnehmen können. Verbraucher können auch an der luxuriösen Gestaltung des Vertriebsweges oder der Ware selbst diese als solche wahrnehmen.

Überzeugender ist es, darauf einzugehen, dass der Verbraucher Luxuswaren aufgrund des demonstrativen Konsumverhaltens schätzt. Dies wurde bei „Frauenkosmetik“ bspw. empirisch belegt.<sup>74</sup> Hier wäre es kontraintentional, wenn das Kartellrecht verbieten würde, das Luxusimage zu schützen, eben gerade weil der Verbraucher dieses so schätzt und es braucht, um seine Geltungsbedürfnisse zu stillen.

Mit der fehlenden vertraglichen Bindung nennt der *EuGH* sein stärkstes Argument. Die Krux des Plattformvertriebs liegt darin, dass die Gestaltung der Plattform dem Betreiber obliegt. Der Hersteller kann dem Betreiber keine vertraglichen Vorgaben machen, sondern nur seinem Wiederverkäufer, der auf die Präsentation auf der Plattform nur minimalen oder keinen Einfluss hat. Alternativ kann er seinem Wiederverkäufer nur den Vertrieb über die Plattform

---

<sup>71</sup> *Franck* (Fn. 21), S. 778.

<sup>72</sup> *Ebd.*; vertiefend zum „demonstrativen Konsumverhalten“: *Haucap*, Werbung und Marktorganisation, 1998, S. 203-217; *Veblen*, The Theory of the Leisure Class (Great Minds Series), New York 1998, Kap. 4 S. 68 ff.

<sup>73</sup> Vgl. *Ibi research*, Online-Marktplätze als Vertriebskanal, 2015 S. 37 (43), abrufbar unter: <https://www.ecommerce-leitfaden.de/studien/item/online-marktplaetze-als-vertriebskanal/> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

<sup>74</sup> *Chao/Schor*, Empirical tests of status consumption: Evidence from women's cosmetics, *Journal of Economic Psychology* 1998, 107 (109-112 und 114-121).

verbieten oder abstrakte Vorgaben an die Produktpräsentation machen, die faktisch dann wie ein Verbot wirken. Für den Hersteller führt also in der Praxis kein Weg am Plattformverbot vorbei, wenn er eine luxuriöse Gestaltung gewährleisten will. Ohne Verbot ist er der Abstrahlungswirkung von Plattformen mit schlechtem Image ausgesetzt.

Der Plattformvertrieb stellt damit eine Gefahr für das Luxusimage dar. Da dieses Luxusimage aber, wie bereits gezeigt, für den Verbraucher von hoher Bedeutung ist, erfordert sein Schutz ein Plattformverbot.

*c) Eine Frage der Abgrenzung: was ist eine Luxusware?*

Es bleibt noch die Frage, wann ein Luxusimage vorliegt. Der *EuGH* selbst spricht in *Coty Germany* von Luxuswaren, die ein Luxusimage haben, lässt aber offen, wie er eine Luxusware definiert.<sup>75</sup> Vereinzelt wird in der Literatur vertreten, er definiere Luxuswaren in Randnummer 25 seines Urteils,<sup>76</sup> das kann aber nicht überzeugen. Er verweist hierbei nur auf seine bisherige markenrechtliche Rechtsprechung, worauf auch der Wortlaut schließen lässt.<sup>77</sup> Der *EuGH* hatte also nicht die Intention, in Randnummer 25 eine Definition vorzunehmen. Und selbst wenn man darin eine Definition sähe, wäre es eine unzureichende Definition, die mehrere Kernelemente offenlässt. Wann läge bspw. der luxuriöse Charakter einer Ware vor? Eine Definition von Luxuswaren steht damit noch aus.

Die pauschale Verwendung dieses Begriffes erweckt auch den Eindruck, der *EuGH* meine eine abgrenzbare Produktkategorie. Dass das nicht richtig sein kann, zeigt die Tatsache, dass auch normale Produkte des täglichen Bedarfs luxuriös sein können (bspw. japanisches Edel-Mineralwasser<sup>78</sup>). Fernab von Produktkategorien ist eine Luxusware demnach als eine Ware zu definieren, die ein Luxusimage hat. Es bleibt jedoch noch immer die Frage offen, wann ein Luxusimage vorliegt.

Der *EuGH* liefert in *Coty Germany* mit der von den Verbrauchern geschätzten Exklusivität einen guten Startpunkt.<sup>79</sup> Die Ware muss exklusiv in luxuriöser Weise vertrieben werden, das heißt nicht über alle Vertriebswege erwerbbar sein, sondern über selektiv ausgewählte Vertriebswege, die luxuriös gestaltet

<sup>75</sup> *EuGH*, Urt. v. 6.12.2017, C-230/16, *Coty Germany* ./ . Parfümerie Akzente, Rn. 29.

<sup>76</sup> *Rohrßen*, Vertriebsvorgaben im E-Commerce 2018: Praxisüberblick und Folgen des „Coty“-Urteils des *EuGH*, GRUR-Prax 2018, 39 (41).

<sup>77</sup> *EuGH*, Urt. v. 6.12.2017, C-230/16, *Coty Germany* ./ . Parfümerie Akzente, Rn. 25.

<sup>78</sup> Siehe <http://www.fillico.com/fa/01/index.html> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

<sup>79</sup> *EuGH*, Urt. v. 6.12.2017, C-230/16, *Coty Germany* ./ . Parfümerie Akzente, Rn. 50.

sind. Ferner muss sie sich im Hochpreissegment ihrer Produktkategorie befinden.<sup>80</sup> Da der Verbraucher Luxuswaren vor allem aufgrund des „demonstrativen Konsumverhaltens“ schätzt, muss der Konsum oder zumindest der Erwerb der Sache beobachtbar sein.<sup>81</sup> Auch zeichnen sich Luxuswaren dadurch aus, dass sie disponibler Natur sind. Der ideelle Wert, den der Verbraucher der Sache zumisst, muss den materiellen Wert der Sache erheblich übersteigen.<sup>82</sup> Diese Luxuseigenschaften treten erst zu Tage, wenn der Hersteller offen damit wirbt, das Luxusimage also im Marketing eingesetzt wird.

Eine Ware, die diese Voraussetzungen erfüllt, hat ein Luxusimage, das zur tatbestandlichen Privilegierung der Metro-Kriterien herangezogen werden kann.

#### d) Ausweitung auf andere Imageformen

In der Literatur wurde vorgeschlagen, dass Hersteller ihr Produkt nicht nur mit der Konnotation Luxus aufladen können, sondern auch mit anderen, vergleichbaren Imageformen.<sup>83</sup> In Frage kommen bspw. „Erotik“ oder „ökologische Nachhaltigkeit“.

Dafür ist zunächst festzustellen, dass nicht ersichtlich ist, warum nur das Luxusimage eine immaterielle Eigenschaft sein sollte. Bei der schier unendlichen Menge an Marken, die existieren und alle jeweils unterschiedliche Reize ansprechen, ist dieser Gedanke nicht abwegig. Auch der *EuGH* zeigt sich in *Coty Germany* diesem Gedanken gegenüber offen, dadurch dass er seine markenrechtliche Rechtsprechung bezüglich immaterieller Produkteigenschaften nun auch bei Drittplattformverboten anerkennt.<sup>84</sup>

Um die Erforderlichkeit bei diesen Imageformen ebenfalls bejahen zu können, müssen sie aus Verbrauchersicht erforderlich sein. Beim Luxusimage ergibt sich dies aus den psychologischen Geltungsbedürfnissen, die der Verbraucher hat. Das jeweilige Image müsste ein psychologisches Bedürfnis befriedigen, das als ebenso schützenswert erachtet wird. Des Weiteren muss der Handel über Drittplattformen dieses Image in ähnlicher Weise gefährden wie beim Luxusimage.

---

<sup>80</sup> *Franck* (Fn. 21), S. 779.

<sup>81</sup> *Ebd.*, S. 780.

<sup>82</sup> *Ebd.*

<sup>83</sup> *Ebd.*, S. 778; so auch *Beil/Hohmann/Kullas*, *cepStudie: Vertikale Beschränkungen und offene Online-Marktplätze*, 2014, S. 10 f., als „ideelles Image“ bezeichnet, abrufbar unter: <http://www.markenverband.de/publikationen/studien/cep-Studie%20Vertikale%20Beschraenkungen%20und%20offene%20Online-Marktplaetze.pdf> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

<sup>84</sup> *EuGH*, Urt. v. 6.12.2017, C-230/16, *Coty Germany* ./ *Parfümerie Akzente*, Rn. 25.

Erfüllt eine Imageform beide Voraussetzungen, so kann sie ein Drittplattformverbot objektiv rechtfertigen.

*e) Das Qualitätsimage als Marktmechanismus*

Neben dem Luxusimage können Produkte noch ein Image haben, das hohe Qualität ausstrahlt. Das Qualitätsimage unterscheidet sich vom Luxusimage dahingehend, dass es nicht Produktbestandteil ist. Stattdessen stellt es einen Marktmechanismus dar: Diese Imageform funktioniert als Qualitätssignal an die Marktgegenseite, das Informationsasymmetrien reduziert und damit einer adversen Selektion vorbeugt.<sup>85</sup>

Die adverse Selektion wurde zuerst von *Akerlof* beschrieben.<sup>86</sup> Bei Erfahrungs- und Vertrauensgütern weiß der Verbraucher vorher nicht, ob das fragliche Produkt gut ist und seine Versprechungen einhält. Deswegen ist es für ihn rationaler, seine Entscheidung rein preisbasiert zu treffen. Das führt zu einem Marktversagen, da die Produkte mit überdurchschnittlicher Qualität vom Markt verdrängt werden.<sup>87</sup> Durch Investitionen in das Image des Produktes signalisiert der Hersteller dem Verbraucher, dass sein Produkt gut ist. Denn wenn es das nicht wäre, würden Wiederkäufe in Zukunft ausbleiben und die Investitionen des Herstellers in sein Image würden sich nicht rentieren.<sup>88</sup> Das Qualitätsimage ist also eine Art „Versicherung“ an den Kunden.<sup>89</sup>

Diese Reputation, die der Hersteller aufgebaut hat, könnte bei einem Vertrieb über Drittplattformen leiden. Hier spielt das bereits dargestellte Trittbrettfahrerproblem eine große Rolle: Es verringert für die Wiederverkäufer den Anreiz, durch entsprechende Produktpräsentation und Beratungsservice das Qualitätsimage des Herstellers zu wahren. Auf langfristige Sicht kommt es zu einer Vermehrung des Internetvertriebs. Wenn die Wiederverkäufer vermehrt über das Internet vertreiben und dabei nicht mehr die Reputation des Herstellers wahren, könnte es aufgrund hoher Informationsasymmetrie zu einem Marktversagen kommen. Ebenso stellt sich die Frage, ob die Signalisierung hoher Qualität in gleicher Weise im Internetvertrieb möglich ist. Ein Plattform-

---

<sup>85</sup> *Monopolkommission*, Sondergutachten 68 – Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, Rn. 424, abrufbar unter: [https://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/SG68/S68\\_volltext.pdf](https://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/SG68/S68_volltext.pdf) (zuletzt abgerufen am 17.12.2018); *Franck* (Fn. 21), S. 781 ff.

<sup>86</sup> *Akerlof*, The Market for “Lemons”: Quality uncertainty and the market mechanism, *Quarterly Journal of Economics* 1970, 488 (488-500).

<sup>87</sup> *Ebd.*, S. 488 ff.; der Effekt ist auch bekannt unter der Metapher „*Market for Lemons*“.

<sup>88</sup> *Haucap* (Fn. 72), S. 183 ff.

<sup>89</sup> *Monopolkommission* (Fn. 85), Rn. 424; *Franck* (Fn. 21), S. 782.

verbot kann freilich nur dann erforderlich sein, wenn es tatsächlich eine gleich hohe Informationsasymmetrie im Online-Handel gibt.

Drittplattformen bieten die Möglichkeit von Kundenbewertungen und Rezensionen, die potentiellen Kunden helfen und damit Informationsasymmetrien verringern.<sup>90</sup> Bei vielen Plattformen gibt es auch die Möglichkeit, dem Verkäufer direkt Fragen zu stellen. Die Verkäufer können sich mit detaillierten Produktbeschreibungen, hochauflösenden Bildern und Videos aus verschiedenen Perspektiven von anderen Verkäufern abgrenzen und so weiter Informationsasymmetrien abbauen.<sup>91</sup> Darüber hinaus gibt es sogar die Möglichkeit individueller Beratungsgespräche via Online-Telefonie.<sup>92</sup>

All diese Möglichkeiten verdeutlichen, dass die Signalisierung hoher Produktqualität im Online-Handel möglich ist. Die Informationsasymmetrien sind zu gering, um ein Marktversagen herbeizuführen. Damit ist auch nicht die Notwendigkeit eines Verbots beim Qualitätsimage gegeben.

*f) Lösungsansatz bei Mischimage*

Fraglich bleibt noch, wie bei Produkten zu verfahren ist, die mehrere Imageformen in sich vereinigen (hier im Folgenden als Mischimage bezeichnet). Da nach der hier vertretenen Auffassung ein Plattformverbot bei einem Qualitätsimage nicht erforderlich ist, stellt sich die Frage, ab welchem Anteil des Luxusimages Plattformverbote zum Schutz eines Mischimages erforderlich sind.

Richtigerweise wird ein Verbot dann erforderlich sein, wenn das Mischimage überwiegend, also mehr als 50 %, luxuriöser Natur ist. Für vergleichbare Imageformen gilt dies entsprechend. Es wäre nicht interessengerecht, wenn Hersteller von Produkten mit Qualitätsimage diese zu einem minimalen Anteil mit einem Luxusimage aufladen könnten, nur um unter den schützenden Schirm von *Coty Germany* zu gelangen.

Dies entspricht auch dem Ansatz, den der *EuGH* in *Coty Germany* gewählt hat. Dort wird deutlich, dass ein Drittplattformverbot nur dann mit dem Binnenmarkt vereinbar ist, wenn es „im Wesentlichen“ das Luxusimage schützt.<sup>93</sup>

---

<sup>90</sup> *Kumkar* (Fn. 15), S. 288.

<sup>91</sup> So auch *ebd.*

<sup>92</sup> *Bundeskartellamt* (Fn. 2), S. 25.

<sup>93</sup> *EuGH*, Urt. v. 6.12.2017, C-230/16, *Coty Germany ./. Parfümerie Akzente*, Rn. 58.

### 3. Verhältnismäßigkeit

Das Drittplattformverbot darf nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die Privilegierung der Metro-Kriterien zu genießen. Hier erscheinen vor allem pauschale Verbote, die alle Online-Marktplätze per se ausschließen, bedenklich, da es eine schiere Masse an Online-Marktplätzen gibt, von denen einzelne selbst luxuriöser Natur sind.<sup>94</sup> Vereinzelt wurde vorgetragen, abstrakte Vorgaben bezüglich der Gestaltung des Vertriebs seien verhältnismäßiger und damit vorzugswürdig.<sup>95</sup> Das kann aber auch hinsichtlich der fehlenden vertraglichen Bindung zum Plattformbetreiber nicht überzeugen. Selbst bei luxuriösen Plattformen gibt es für den Hersteller keine Möglichkeit, vertraglich gegen den Betreiber vorzugehen, wenn er die Waren nicht mehr in einer luxuriös ansprechenden Weise präsentiert. Er ist dann dem Risiko ausgesetzt, dass der Betreiber seine Produktpräsentation ändert. Mit dem Argument der fehlenden vertraglichen Bindung erklärt auch der *EuGH* ein pauschales Verbot für verhältnismäßig.<sup>96</sup>

### 4. Bezweckte Wettbewerbsbeschränkung

Fraglich bleibt noch, ob Drittplattformverbote, die nicht die Privilegierung der Metro-Kriterien genießen, bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen darstellen. In *Pierre Fabre* und *AEG* hatte der *Gerichtshof* festgestellt, dass selektive Vertriebssysteme, die nicht die Metro-Kriterien erfüllen, bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen seien.<sup>97</sup> Dies muss auch für Drittplattformverbote gelten. Zwar ging es in beiden Entscheidungen nicht um diese, die Aussagen haben aber allgemeine Geltung, da jeweils von „Vereinbarungen, die ein selektives Vertriebssystem begründen“ gesprochen wird.<sup>98</sup> Dies wird auch nicht durch *Coty Germany* revidiert, da der *Gerichtshof* hier feststellt, dass nur die Randnum-

---

<sup>94</sup> Bspw. das Portal Net-a-Porter, siehe unter: <https://www.net-a-porter.com/de/de/> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

<sup>95</sup> *Beil/Hobmann/Kullas* (Fn. 83), S. 37 f.; *Klauß/Scheidtmann*, Pauschales Verbot des Vertriebs über Internetplattformen und der Nutzung von Suchmaschinen in selektivem Vertriebssystem unzulässig, GWR 2014, 331 (331).

<sup>96</sup> *EuGH*, Urt. v. 6.12.2017, C-230/16, *Coty Germany* ././ *Parfümerie Akzente*, Rn. 55 f.

<sup>97</sup> *EuGH*, Urt. v. 13.10.2011, C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique* ././ *Président de l'Autorité de la concurrence, Ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi*; *AEG*, Rn. 39; Urt. v. 25.10.1983, C-107/82, *AEG-Telefunken* ././ *Kommission der Europäischen Gesellschaften*, Rn. 33.

<sup>98</sup> *EuGH*, Urt. v. 13.10.2011, C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique* ././ *Président de l'Autorité de la concurrence, Ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi*, Rn. 39; Urt. v. 25.10.1983, C-107/82, *AEG-Telefunken* ././ *Kommission der Europäischen Gesellschaften*, Rn. 33.

mer 46 von *Pierre Fabre* im Kontext der damaligen Entscheidung zu sehen ist; zur Frage der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung äußert er sich nicht.<sup>99</sup>

Plattformverbote in selektiven Vertrieben sind damit richtigerweise als bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen einzuordnen.<sup>100</sup>

Abschließend lässt sich festhalten, dass nach der hier vertretenen Ansicht Drittplattformverbote, die diskriminierend angewendet oder nicht zum Schutz des Luxusimages oder eines vergleichbaren Images eingesetzt werden, eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung darstellen.

## II. Gruppenfreistellung

Für die Plattformverbote in selektiven Vertrieben, die eine Wettbewerbsbeschränkung darstellen, könnte eine Gruppenfreistellung nach Art. 2 Abs. 1 Vertikal-GVO bzw. § 2 Abs. 2 1 GWB, Art. 2 Abs. 1 Vertikal-GVO in Betracht kommen. Das gilt freilich nur für Vertikalvereinbarungen, deren Beteiligte unter der Marktanteilsschwelle des Art. 3 Abs. 1 Vertikal-GVO liegen. Auch bei bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen ist eine Gruppenfreistellung grundsätzlich möglich.<sup>101</sup> Eine Gruppenfreistellung scheitert aber, wenn das Drittplattformverbot eine Kernbeschränkung darstellt. In Frage kommen Kernbeschränkungen nach Art. 4 lit. b Var. 2 und lit. c Vertikal-GVO.

### 1. Ansicht des *EuGH* in *Coty Germany*

Der *EuGH* sieht in einem Verbot zum Schutz des Luxusimages, sollte es doch eine Wettbewerbsbeschränkung sein, keine Kernbeschränkung nach Art. 4 lit. b Var. 2 oder lit. c Vertikal-GVO.<sup>102</sup> In seiner kurzen Begründung argumentiert er, dass es den Wiederverkäufern nicht verwehrt sei, Werbung in Suchmaschinen zu betreiben und die Ware in ihren eigenen Online-Shops zu verkaufen.<sup>103</sup>

*Robrßen* legt den *EuGH* dabei, entgegen der eindeutigen Formulierung, der nur von Luxuswaren spricht, so aus, dass jegliches Plattformverbot keine Kern-

---

<sup>99</sup> *EuGH*, Urt. v. 6.12.2017, C-230/16, *Coty Germany* ./ *Parfümerie Akzente*, Rn. 30, 59 ff.

<sup>100</sup> So auch *Bundeskartellamt* (Fn. 47), Rn. 250 f.; *Kumkar* (Fn. 15), S. 263; *Velte*, Verbot des Vertriebs von Produkten über das Internet als Wettbewerbsbeschränkung, *EuZW* 2012, 19 (21); a. A. *Robrßen* (Fn. 76), S. 41; *Spanner/Kiani*, Selektive Vertriebssysteme und Internetvertrieb – Der neue Prüfungsmaßstab des Bundeskartellamtes im ASICS-Verfahren, *NZKart* 2016, 208 (209).

<sup>101</sup> *Grave/Nyberg*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann (Fn. 25), 6. Teil, D. 3. Rn. 272-273.

<sup>102</sup> *EuGH*, Urt. v. 6.12.2017, C-230/16, *Coty Germany* ./ *Parfümerie Akzente*, Rn. 69.

<sup>103</sup> *Ebd.*, Rn. 67.

beschränkung sei.<sup>104</sup> Wäre der *EuGH* tatsächlich so zu verstehen, dass er sich nur auf Luxuswaren beziehe, irritierte die Aussage des *Gerichtshofs* sehr. Denn fernab davon, was das Verbot schützen soll, wirkt es doch in seiner Beschränkung von Kundengruppen oder Endverbrauchern gleich. Richtigerweise ist also die Schlussfolgerung so zu ziehen, dass der *EuGH* in einer Entscheidung zum Qualitätsimage genauso entscheiden würde.

Auch hier lässt die Begründung des *EuGH* zu wünschen übrig. Vor allem eine Klarstellung bezüglich der grammatikalischen Auslegung<sup>105</sup> von Art. 4 lit. b Var. 2 Vertikal-GVO wäre erwartbar gewesen. Eine dezidierte Auseinandersetzung mit beiden Normen ist deshalb vonnöten.

## 2. Beschränkung der Kundengruppe

Art. 4 lit. b Var. 2 Vertikal-GVO sieht keine Freistellung für vertikale Vereinbarungen vor, die eine Beschränkung der Kundengruppe, an die der Wiederverkäufer Vertragswaren verkaufen darf, bezwecken. Der Vorbehalt in Art. 4 lit. b Vertikal-GVO für nicht zugelassene Niederlassungen greift für Plattformverbote nicht, da nach Auslegung des *EuGH* nur Verkaufsstellen, in denen stationäre Verkäufe vorgenommen werden, Niederlassungen sind.<sup>106</sup> Ebenso scheidet die Rückausnahme in Art. 4 lit. b Ziff. i Vertikal-GVO, da eine Beschränkung des aktiven Vertriebs bei den selektiven Vertriebssystemen immer eine Kernbeschränkung nach Art. 4 lit. c Vertikal-GVO darstellt.<sup>107</sup>

Die deutsche Rechtsprechung zu diesem Punkt war uneinheitlich: *KG* und *OLG Schleswig* bejahten eine Kernbeschränkung;<sup>108</sup> das *OLG München* verneinte eine solche.<sup>109</sup> Umstritten ist im Rahmen von Art. 4 lit. b Var. 2 Vertikal-GVO nicht nur, ob Plattformkunden eine Kundengruppe darstellen (*a*) sondern auch, wie schwerwiegend die Beschränkung sein muss (*b*).

### *a) Kundengruppe*

Überwiegend wird die Einordnung von Plattformkunden als Kundengruppe abgelehnt.<sup>110</sup> Normzweck des Art. 4 lit. b Vertikal-GVO sei es, eine Marktauf-

---

<sup>104</sup> *Rohrßen* (Fn. 76), S. 41.

<sup>105</sup> Siehe dazu unten **B. II. 2. a**).

<sup>106</sup> *EuGH*, Urt. v. 13.10.2011, C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique* ./.. *Président de l'Autorité de la concurrence, Ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi*, Rn. 56.

<sup>107</sup> *Europäische Kommission* (Fn. 13), Rn. 57.

<sup>108</sup> *KG*, WuW/E DE-R 4019 (4030); *OLG Schleswig*, NJW 2014, 3104 (3108 f.).

<sup>109</sup> *OLG München*, GRUR-RR 2009, 394 (395).

<sup>110</sup> *OLG München*, GRUR-RR 2009, 394 (395); *OLG Schleswig*, NJW 2014, 3104 (3108); *Lubberger* (Fn. 47), S. 21; *Pichler/Hertfelder*, Verbot des Vertriebs über Internetplat-

teilung durch die Hersteller zu verhindern, womit es den Herstellern obliegen müsse, zu definieren, welche Kunden eine eigene Kundengruppe darstellen. Das ergebe sich auch aus einer systematischen Betrachtung des Art. 4 lit. b Vertikal-GVO: In der Rückausnahme i) ist die Möglichkeit für den Hersteller geregelt, sich den aktiven Verkauf an eigens von ihm definierte Kundengruppen vorzubehalten. Diese Rückausnahme ergebe nur Sinn, wenn man die Definition der Kundengruppe dem Hersteller überlasse.<sup>111</sup>

Dagegen wird in der Literatur vertreten, Plattformkunden seien eine Kundengruppe.<sup>112</sup> Es dürfe an diesen Begriff keine hohe Anforderung gestellt werden. Dabei wird auf andere Sprachfassungen der Norm verwiesen, in denen nur von „Kunden“ die Rede ist.<sup>113</sup>

In der Tat ist die deutsche Fassung des Art. 4 lit. b Vertikal-GVO sprachlich missglückt. Das zeigt nicht nur ein Vergleich mit anderen Sprachfassungen sondern auch ein historischer Vergleich mit der Vertikal-GVO 1999. Die „Kundengruppe“ taucht zweimal im Art. 4 lit. b n.F. Vertikal-GVO auf: einmal im Grundtatbestand und einmal in der Rückausnahme i). In der alten GVO war im Grundtatbestand noch vom „Kundenkreis“ die Rede. Erst mit der Neufassung der GVO kam es zum Begriffswechsel.<sup>114</sup> Dass mit der jetzigen „Kundengruppe“ im Grundtatbestand etwas anderes gemeint ist als mit jener in der Rückausnahme, zeigt wieder der Vergleich mit anderen Sprachfassungen: In der englischen und spanischen Variante ist im Grundtatbestand von „*Customers*“ und „*Clientelas*“ (Kunden) die Rede und in der Rückausnahme von „*Customer Group*“ und „*grupo de clientes*“ (Kundengruppe).<sup>115</sup> Dementsprechend ist der Begriff „Kundengruppe“ im Grundtatbestand weit auszulegen. Auf die „Gruppen“-Eigenschaft kommt es im Grundtatbestand nicht an. Wie *Kumkar* richtig erkannt hat, ist dieser Punkt aber nicht relevant. Vielmehr ist der Fokus auf die

---

formen Dritter im Rahmen des qualitativ-selektiven Vertriebs – zugleich Anmerkungen zum Urteil des KG „Schulranzen“, NZKart 2014, 47 (50); *Seeliger*, in: Wiedemann (Fn. 6), § 11 Rn. 195.

<sup>111</sup> In diese Richtung argumentierend *Kuntze-Kaufbold* (Fn. 70), S. 478.

<sup>112</sup> *Dieselhorst/Lahn* (Fn. 14), S. 1310; *Mäger/v. Schreitter*, Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen und das Internet: Schutz des Verbrauchers oder Behinderung effizienter Vertriebsstrukturen?, NZKart 2015, 62 (66).

<sup>113</sup> *Mäger/v. Schreitter* (Fn. 112), S. 66.

<sup>114</sup> *Kumkar* (Fn. 16), S. 333 f.

<sup>115</sup> *Schultze/Pautke/Wagener*, Vertikal-GVO, 3. Aufl. 2011, Art. 4 lit. b Rn. 591; *Schweda/Rudowicz*, Verkaufsverbote über Online-Handelsplattformen und Kartellrecht, WRP 2013, 590 (598).

andere Voraussetzung des Art. 4 lit. b Vertikal-GVO zu legen.<sup>116</sup>

*b) Bezweckte Beschränkung*

Hinsichtlich der bezweckten Beschränkung ist umstritten, ob bereits eine wesentliche Erschwernis der Kundenansprache<sup>117</sup> oder die vollständige Nichterreichbarkeit<sup>118</sup> eine Beschränkung darstellen.

Richtigerweise stellt nur eine vollständige Nichterreichbarkeit eine Beschränkung dar. Das zeigen Wortlaut, Systematik und Zweck der Norm. Die deutsche Fassung spricht von der „Beschränkung [...] der Kundengruppe [...] an die [der Wiederverkäufer] [...] verkaufen darf“, ebenso wie die englische<sup>119</sup>. Die Norm adressiert also das Verbot, an bestimmte Kunden überhaupt verkaufen zu dürfen.<sup>120</sup> Systematisch betreffen die Rückausnahmen i) – iv) ausschließlich Fälle, in denen der Hersteller versucht, den Weiterkauf an Kunden so weit wie möglich einzuschränken.<sup>121</sup> Zuletzt ist es die *ratio legis* des Art. 4 lit. b Vertikal-GVO, eine Marktaufteilung nach Gebieten oder Kundengruppen zu verhindern; er soll die Kundenauswahlfreiheit der Wiederverkäufer schützen. Eine Beschränkung der Kundenauswahl kann aber nur angenommen werden, wenn Kunden gar nicht mehr erreichbar sind für die Händler.<sup>122</sup> Wie der *EuGH* erkannt hat, sind die Internetkunden aber weiterhin über Preissuchmaschinen und eigene Online-Shops erreichbar.<sup>123</sup> Das wird auch durch das Ergebnis der Sektoruntersuchung unterstrichen: So betreiben 90 % der Online-Händler ihren eigenen Shop.<sup>124</sup>

---

<sup>116</sup> *Kumkar* (Fn. 15), S. 339.

<sup>117</sup> *KG*, WuW/E DE-R 4019 (4030); *OLG Schleswig*, NJW 2014, 3104 (3108); *Dieselhorst/Luhn* (Fn. 14), S. 1310; *Ellger*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht I, 5. Aufl. 2012, Art. 4 Vertikal-GVO Rn. 43; *Mäger/v. Schreitter* (Fn. 112), S. 67; *Neubauer* (Fn. 43), S. 89 ff.; *Rudowicz* (Fn. 43), S. 259.

<sup>118</sup> *OLG München*, GRUR-RR 2009, 394 (395); *Herrlinger*, Zur Auslegung der „Beschränkung der Kundengruppe“ in Art. 4 lit. b Vertikal-GVO, NZKart 2014, 92 (94); *Pahnke*, Anmerkung zu *OLG Schleswig*, Urt. v. 5.6.2014, 16 U (Kart) 154/13, NJW 2014, 3109 (3109); *Pichler/Hertfelder* (Fn. 110), S. 50.

<sup>119</sup> „The restriction [...] of the customers to whom, a buyer party to the agreement [...] may sell the contract goods or services“ Art. 4 lit. b Vertikal-GVO EN.

<sup>120</sup> So auch *Pichler/Hertfelder* (Fn. 110), S. 50.

<sup>121</sup> *Ebd.*, S. 50.

<sup>122</sup> *Europäische Kommission* (Fn. 13), Rn. 50; so auch *Kumkar* (Fn. 15), S. 342 f.; *Pichler/Hertfelder* (Fn. 110), S. 50.

<sup>123</sup> *EuGH*, Urt. v. 6.12.2017, C-230/16, *Coty Germany ./ Parfümerie Akzente*, Rn. 67.

<sup>124</sup> *Europäische Kommission* (Fn. 7), Rn. 39.

Damit ist eine Kernbeschränkung nach Art.4 lit. b zu verneinen. Eine Bejahung wird auch dadurch erschwert, dass das Plattformverbot eine solche Beschränkung der Kunden nach dem Wortlaut der Norm bezwecken muss.

### 3. Beschränkung des Verkaufs an Endverbraucher

Auch eine Kernbeschränkung nach Art. 4 lit. c ist abzulehnen. Der Vorbehalt gemäß Art. 4 lit. c Halbs. 2 für nicht zugelassene Niederlassungen greift hier wieder nicht.<sup>125</sup> Art. 4 lit. c hat zwar einen strengeren Maßstab, da nur die Beschränkung des Verkaufs erforderlich ist und nicht die Beschränkung einer Kundengruppe an sich. Wie die Kommission ausführt, soll es den Wiederverkäufern freistehen, sowohl aktiv als auch passiv und mit Hilfe des Internets an alle Endverbraucher zu verkaufen.<sup>126</sup>

Das heißt aber nicht, dass schon jede Einschränkung des Internetvertriebs eine Beschränkung darstellt. Das erkennt auch die Kommission an. Im Rahmen des Äquivalenztests darf der Hersteller qualitative Vorgaben machen, solange diese mit dem stationären Handel vergleichbar sind.<sup>127</sup> Im stationären Handel darf der Hersteller bereits anerkanntermaßen hohe qualitative Anforderungen stellen, weshalb ein Plattformverbot diesen Test in der Regel bestehen würde.<sup>128</sup> Dann kann es aber auch keine Beschränkung i. S. d. Art. 4 lit. c darstellen.<sup>129</sup>

Da Plattformverbote im Ergebnis keine Kernbeschränkungen darstellen, ist eine Gruppenfreistellung für sie möglich.

### III. Einzelfreistellung

Sofern die Voraussetzungen für eine Gruppenfreistellung nicht vorliegen, ist noch eine Einzelfreistellung nach Art.101 Abs. 3 AEUV bzw. §2 Abs. 1 GWB denkbar. Eine Begründung ist dabei insbesondere auch über den Schutz des Qualitätsimages möglich. Wurde nach *Pierre Fabre* vereinzelt vertreten, der Imageschutz sei nicht mehr berücksichtigungsfähig bei der Einzelfreistellung,<sup>130</sup> dürfte auch diese Ansicht nach *Coty Germany* kein Gehör mehr finden. Inwiefern eine Einzelfreistellung möglich ist, wird aber vom jeweiligen Einzelfall abhängen.

---

<sup>125</sup> Siehe dazu oben **B. II. 2.**

<sup>126</sup> *Europäische Kommission* (Fn. 13), Rn. 56.

<sup>127</sup> *Ebd.*

<sup>128</sup> Siehe dazu oben **B. I. 1. a)** und *c)*.

<sup>129</sup> So auch *Kumkar* (Fn. 15), S. 362.

<sup>130</sup> *Knibbe*, Selective distribution and the ECJ's judgment in *Pierre Fabre*, *European Competition Law Review* 2012, 450, (451); wohl auch *Bundeskartellamt* (Fn. 2), S. 25.

## C. Nicht-selektiver Vertrieb

Nun soll die Rechtslage bei nicht selektiven Vertriebssystemen geklärt werden.

### I. Wettbewerbsbeschränkung

Im nicht-selektiven Vertrieb ist das Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung einfacher zu beantworten, da eine Privilegierung durch die Metro-Kriterien nicht möglich ist. Die vom *EuGH* entwickelten Kriterien sind nur auf qualitativ selektive Vertriebssysteme anwendbar.

Plattformverbote im nicht-selektiven Vertrieb stellen eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung dar, da sie den Wiederverkäufern den Zugang zum Vertriebskanal der Online-Plattformen verbieten und den Intra-brand-Wettbewerb beschränken.<sup>131</sup>

### II. Gruppenfreistellung

Im nicht-selektiven Vertrieb findet Art. 4 lit. c keine Anwendung, womit sich die Frage einer Gruppenfreistellung an Art. 4 lit. b orientiert. Eine Zulässigkeit des Verbotes über die Rückausnahme in i) würde voraussetzen, dass es sich beim Plattformvertrieb um einen aktiven Verkauf handelt.

Die Kommission sieht die eigene Website jedoch als Form des passiven Verkaufs an.<sup>132</sup> Für Angebotsseiten auf Plattformen muss dasselbe gelten. Das ist im Ergebnis auch richtig, da Verbraucher die Plattformen nutzen, um gezielt nach Angeboten zu suchen. Von ihnen geht die Initiative für den Kaufvorgang aus.<sup>133</sup> Damit ist der Plattformvertrieb als passiver Verkauf zu betrachten, womit die Rückausnahme in i) scheitert. Im Übrigen gilt das bereits beim selektiven Vertrieb Gesagte.<sup>134</sup>

### III. Einzelfreistellung

Hier gilt das bereits beim selektiven Vertrieb Gesagte.<sup>135</sup> Auch beim nicht-selektiven Vertrieb wird es auf den jeweiligen Einzelfall ankommen.

---

<sup>131</sup> *OLG München*, GRUR-RR 2009, 394 (395); *OLG Schleswig*, NJW 2014, 3104 (3107); *Bundeskartellamt* (Fn. 47), Rn. 599 ff.; *Neubauer* (Fn. 43), S. 98; *Thyri*, Zum unbestimmten Qualitätsbegriff bei der Bewertung von Marktplatzverboten im Binnenmarkt, *EuZW* 2017, 424 (429).

<sup>132</sup> *Europäische Kommission* (Fn. 13), Rn. 52.

<sup>133</sup> *Schweda/Rudowicz* (Fn. 115), S. 599.

<sup>134</sup> Siehe dazu oben **B. II.**

<sup>135</sup> Siehe dazu oben **B. III.**

#### D. Ergebnissicherung und Resümee

Drittplattformverbote in selektiven Vertrieben, die mehrheitlich zum Schutz des Luxusimages oder eines vergleichbaren Images diskriminierungsfrei eingesetzt werden, stellen keine Wettbewerbsbeschränkung dar.

Für die restlichen Verbote ist grundsätzlich eine Gruppenfreistellung möglich, falls der Marktanteil der Beteiligten jeweils unter 30 % liegt, sonst eine Einzel- freistellung.

Die nach *Pierre Fabre* herrschende Rechtsunsicherheit wurde in weiten Teilen durch *Coty Germany* beendet. Strittig ist weiterhin, wann eine Luxusware vorliegt und wieweit insbesondere eine Gruppenfreistellung möglich ist.

Richtigerweise ist eine Luxusware eine Ware, die ein Luxusimage hat. Ein Luxusimage liegt vor, wenn die Ware in exklusiver Weise vertrieben wird, hochpreisig und disponibel ist und ihr Konsum beobachtbar ist.

Im Rahmen des Art. 4 lit. b kommt es nicht auf die Frage an, ob Plattformkunden eine abgrenzbare Kundengruppe sind. Nach richtiger Lesart stellt nur die bezweckte Nichterreichbarkeit bestimmter Kunden eine Kernbeschränkung nach Art. 4 lit. b dar. Eine Kernbeschränkung nach Art. 4 lit. c scheitert am Äquivalenztest.

Die weitere Entwicklung dieser Thematik kann mit Spannung erwartet werden. Das Bundeskartellamt, das Plattformverboten kritisch gegenübersteht, hat in einer ersten Stellungnahme auf *Coty Germany* reagiert: Markenhersteller hätten nach wie vor keinen Freibrief und das Urteil nur begrenzte Auswirkung auf die Praxis des Bundeskartellamtes.<sup>136</sup> Demgegenüber steht der *EuGH*, aber auch die Kommission, die Plattformverbote für grundsätzlich zulässig erachtet.<sup>137</sup> Es wird wahrscheinlich eines zweiten Urteils bedürfen, um vollständige Rechtsicherheit zu schaffen.

---

<sup>136</sup> Siehe dazu den „Tweet“ des *Bundeskartellamtes*, Twitter 6.12.17, abrufbar unter: [twitter.com/Kartellamt/status/938358382431555584](https://twitter.com/Kartellamt/status/938358382431555584) (zuletzt abgerufen am 17.12.18).

<sup>137</sup> Vgl. *Europäische Kommission* (Fn. 13), Rn. 54.

Michael Hempelmann\*

## Das Klimaübereinkommen von Paris Erfolgsaussichten im Mehrebenensystem? Eine deutsch-französische Perspektive

### Abstract

Das Klimaübereinkommen von Paris gilt als Meilenstein des internationalen Klimaschutzes. Dieser Beitrag skizziert zentrale Vereinbarungen des Abkommens und vollzieht kritisch seinen Regelungsgehalt sowie seine Umsetzung auf den verschiedenen Rechtssetzungsebenen nach. Dabei zeigen sich in der Einhaltung von Klimaschutzziele der selbsterklärten Vorreiterstaaten Deutschland und Frankreich Defizite, die den gefeierten Verhandlungserfolg langfristig schmälern könnten.

L'Accord de Paris est considéré comme une étape très importante dans la protection internationale du climat. Cet article décrit les dispositions-clés de l'Accord et examine de manière critique son contenu juridique et sa mise en œuvre aux différents niveaux législatifs. La non-atteinte des objectifs climatiques par les états précurseurs auto-proclamés, l'Allemagne et la France, est susceptible de nuire à long terme au succès des négociations célébrées à Paris en 2015.

---

\* Der Verfasser studiert Rechtswissenschaft im siebten Fachsemester an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg und arbeitet als wissenschaftliche Hilfskraft am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht. Der Beitrag entstand während eines Auslandsaufenthaltes im Studienjahr 2017/2018 an der Université Toulouse I Capitole und wurde als Studienarbeit im Schwerpunktbereich Völkerrecht der Universität Heidelberg anerkannt. Das Thema stellte Prof. *Dr. Aurre Gaillet*.

## A. Einleitung

Am Ende flossen fast Tränen. *Laurent Fabius*, seinerzeit Außenminister der Französischen Republik, verkündete zum Abschluss der UN-Klimakonferenz am 12.12.2015 sichtlich gerührt und mit gebrochener Stimme das Ergebnis: Was viele für unmöglich gehalten hätten, sei gelungen – die Erarbeitung eines Entwurfs für ein „differenziertes, gerechtes, nachhaltiges, dynamisches, ausgeglichenes und rechtlich bindendes“ Klimaabkommen. Dieses Abkommen sei notwendig für die ganze Welt und für „jedes unserer Länder“.<sup>1</sup> Das Übereinkommen von Paris (PÜ) ist der aktuellste und wohl ehrgeizigste<sup>2</sup> Rechtstext zum globalen Klimaschutz. Der völkerrechtliche Vertrag gibt in erster Linie ein Ziel und die Grundstruktur eines kaskadenförmigen Umsetzungsprozesses vor, der alle Rechtssetzungsebenen betrifft.

Diesen Prozess analytisch nachzuvollziehen, ist das Ziel dieses Beitrags.

Bevor dies geschieht, sind in einem ersten Teil die Aufgabe des Rechts für den Klimaschutz und der Hintergrund des PÜ näher zu beleuchten (**B.**). Danach steht speziell das Zusammenspiel zwischen Völkerrecht und der jeweiligen Rechtsordnung und Klimaschutzpolitik Frankreichs bzw. Deutschlands im Fokus (**C.**). Am Ende blickt die Untersuchung auf die Rolle der Rechtsprechung im globalen Klimaschutz (**D.**), ehe die Ergebnisse zusammengefasst werden (**E.**).

Obwohl vergleichende Elemente an verschiedenen Stellen auftauchen werden, handelt es sich bei diese Analyse nicht um einen Rechtsvergleich im eigentlichen Sinne. Sie wird nicht – etwa mithilfe eines Vergleichs deutscher und französischer Umweltschutzgesetzgebung – die beste oder praktikabelste Lösung<sup>3</sup> zur Erfüllung des PÜ herausdestillieren. Beim Versuch, die über die Rechtsgebiete verteilten Normen und anderweitigen Einflussfaktoren in ein kohärentes Bild zu rücken, wäre ein Scheitern gewiss. Vielmehr will dieser Beitrag Orientierungspunkte im Klimaschutzrecht markieren. Dieses Rechtsgebiet ist in

---

<sup>1</sup> „*Ce texte, qui est nécessairement un texte équilibré, contient les principales avancées dont beaucoup d'entre nous pensaient qu'elles seraient peut-être impossibles à obtenir. Le projet d'accord proposé est différencié, juste, durable, dynamique, équilibré, et juridiquement contraignant. [...] Cet accord est nécessaire à la fois pour le monde entier et pour chacun de nos pays.*“ – *Laurent Fabius*, Abschlussrede zur UN-Klimakonferenz 2015, abrufbar unter: <https://co.ambafrance.org/Discours-de-Laurent-Fabius-lors-de-la-cloture-de-la-COP-21> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

<sup>2</sup> Vgl. *Kloepfer*, Umweltrecht, 4. Aufl. 2016, § 17 Rn. 122.

<sup>3</sup> *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 1996, § 2 S. 23 f., die als wichtige Funktion der Rechtsvergleichung „[...] die Vorbereitung von Projekten einer übernationalen Rechtsvereinheitlichung“ ansehen.

seiner Vielfalt und seiner Abhängigkeit von Ergebnissen empirischer Wissenschaften ebenso komplex wie der globale Regelungsgegenstand, auf den es sich bezieht.

## **B. Völkerrechtliche Problemkonstellation im Falle von Klimaabkommen**

Zunächst ist „das Klima“ als Regelungsgegenstand näher zu bestimmen und zu fragen, auf welcher wissenschaftlichen Basis das PÜ geschlossen wurde (**I.**). Sodann werden einzelne Problemkreise des globalen Klimaschutzes und seiner Verrechtlichung näher beleuchtet (**II.**), um das PÜ schließlich in diesen Prozess einzuordnen (**III.**).

### **I. Klima und Klimawandel**

Die juristische Auseinandersetzung erfordert eine Klärung des Klimabegriffs (**1.**). Der Klimaschutz setzt menschliche Einflussmöglichkeiten auf dasselbe voraus (**2.**).

#### **1. Klima als Regelungsgegenstand**

Der Einfluss, den der Zustand des Klimas auf die Geschehnisse menschlicher Zivilisationen hatte, kann selbst Jahrhunderte später noch nachvollzogen werden. Als im Jahr 1815 der im heutigen Indonesien gelegene Vulkan Tambora ausbricht und sein Wolkenschleier die Sonneneinstrahlung auf der Erde minimiert, sinkt in den Folgejahren die globale Durchschnittstemperatur um 1 ° C. In der Tausende von Kilometern entfernten chinesischen Provinz Yunnan wird das Wirtschaftsleben dadurch auf den Kopf gestellt: Die Menschen erleben einen verheerenden Ernteausfall wegen erhöhter Niederschläge und ungewohnt kühler Sommermonate. Anstatt Reis bauen sie bald vor allem Mohn an, den sie exportieren und dafür ihre Grundnahrungsmittel anderweitig beziehen können. Einige Jahrzehnte später wird dies dazu führen, dass Yunnan sich zu einem Versorgungszentrum des weltweiten Drogenhandels entwickelt. Denn aus Mohn lassen sich Opium und Heroin herstellen. Zu dieser Zeit kann die britische Kolonialmacht durch die Einnahmen aus dem räuberischen Opiumhandel mit China seine Expansionspolitik finanzieren.<sup>4</sup> Dieses historische Beispiel illustriert, wie geringe weltweite Temperaturveränderungen regional ganze Gesellschaften verändern können, wie Klima zum globalen Politikum wird.

Um auch bei späteren Überlegungen zu konkreten Umsetzungsmaßnahmen genauer unterscheiden zu können, muss der Klimabegriff präzisiert werden. Im Gegensatz zum Begriff des Wetters beschreibt der Begriff des Klimas eine

---

<sup>4</sup> Beispiel übernommen von *Mycinski*, Tambora, L'effet papillon d'une éruption, *Le Monde Histoire et Civilisation* 29 (2017), 52 (52 f.).

Langzeitperspektive, da er Mittelwerte abbildet. Das Klima umfasst dabei die Gesamtheit meteorologischer Ursachen, die für den längerfristigen durchschnittlichen Zustand der Erdatmosphäre bzw. des Wetters an einem Ort verantwortlich sind. Das Mikroklima bezieht sich auf Kleinflächen, beispielsweise einige Straßenzüge in einer Stadt. Von Mesoklima spricht man bei Aussagen über die Zustände in Regionen mit einer Fläche von maximal mehreren Hundert Quadratkilometern Fläche. Im Fokus des PÜ steht schließlich das Makroklima. Es erfasst kontinentale und globale Zusammenhänge.<sup>5</sup>

Unmittelbar mit dem Klima verbunden ist die Atmosphäre. Sie ist die Lufthülle der Erde, in der sich – untechnisch ausgedrückt – Wetter- und Klimavorgänge abspielen. Es gilt als unbestritten, dass die Luftschichten unmittelbar über dem Territorium eines Staates zu dessen Staatsgebiet gehören (Luftraum).<sup>6</sup> Darüber liegende Atmosphärenschichten und der Weltraum entziehen sich dem genuinen Einflussbereich eines Staates.<sup>7</sup> Die Atmosphäre als Rechtsbegriff ist daher unscharf, da sie Teile umfasst, die staatlicher Souveränität unterfallen, und solche, die es nicht tun. Der über diese Frage entbrannte Streit soll hier nicht weiter interessieren. Für die Beschäftigung verschiedener Rechtsetzungsebenen des internationalen Klimaschutzrechts bietet sich die Charakterisierung der Atmosphäre als *res communis omnium* an.<sup>8</sup>

All dies verdeutlicht, dass der Klimabegriff im Einzelnen differenziert zu betrachten ist und dass die Atmosphäre nicht einem einzelnen Staat zugeordnet werden kann. Damit ist Klimaschutz eine Aufgabe der Weltgemeinschaft.

## 2. Wissenschaftliche Erkenntnis als Voraussetzung für globales Handeln

Ein grundlegender Konflikt bei der rechtlichen Einkleidung des Klimaschutzes liegt in der Abhängigkeit des Rechts von erst sukzessive gewonnener wissenschaftlicher Erkenntnis. Ohne einen Konsens über die anthropogene Verursachung des Klimawandels ist der Abschluss multilateraler Klimaabkommen unmöglich.<sup>9</sup>

---

<sup>5</sup> Definitionen und Differenzierung bei Gärditz, Schwerpunktbereich – Einführung in das Klimaschutzrecht, JuS 2008, 324 (324 f.).

<sup>6</sup> Shaw, International Law, 8. Aufl. 2017, S. 403.

<sup>7</sup> v. Arnould, Völkerrecht, 3. Aufl. 2016, Rn. 74.

<sup>8</sup> In der englischsprachigen Literatur *area of common concern*, vgl. Birnie/Boyle/Redgwell, International Law and the Environment, 3. Aufl. 2009, S. 338 f., die ebenso den Streitstand ausführlich darstellen; als deutsches Pendant spricht v. Arnould (Fn. 7), Rn. 74 von einem „gemeinsamen Anliegen aller“.

<sup>9</sup> Allg. für Klimaschutzgesetzgebung Gärditz, Wissenschaftlicher Dissens als Rechtsproblem – Zwischen institutionalisiertem Freiheitsschutz und der Bewältigung epistemi-

Dem PÜ liegen die Erkenntnisse des Zwischenstaatlichen Ausschusses für Klimaänderungen (engl. *Intergovernmental Panel on Climate Change*, IPCC) maßgeblich zugrunde. Dieser besteht aus Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern aus der ganzen Welt und legt alle sechs bis sieben Jahre neuste Untersuchungen vor, die als Grundlage für die Entscheidungsbildung der Staatenlenker dienen.<sup>10</sup>

Der im Zeitpunkt des Vertragsschlusses des PÜ aktuellste Bericht des IPCC von 2014 bezeichnete den menschlichen Einfluss auf das Makroklima als Tatsache.<sup>11</sup> Wenngleich es seit jeher periodischen Schwankungen unterlag, erfolgt der derzeitige Wandel in nie dagewesener Geschwindigkeit. Bereits im Jahr 2000 prägte der Chemienobelpreisträger *Paul Josef Crutzen* den Begriff des Anthropozäns als Beschreibung eines neuen geologischen Zeitalters, welches nachhaltig durch menschliche Einflussnahme bestimmt ist.<sup>12</sup>

Grund für diesen Wandel sind insbesondere der seit der Industrialisierung zu verzeichnende enorme Anstieg der Konzentration sog. Treibhausgase (THG) in der Erdatmosphäre.

Sie sind in der ersten Atmosphärenschicht (Troposphäre) enthalten und lassen die ultraviolette Strahlung der Sonne zur Erdoberfläche durchdringen. Von dort wird sie in Form von Infrarotstrahlung reflektiert und von den THG als Energie aufgenommen. Dies sorgt für eine derzeitige globale Durchschnittstemperatur von ca. 14 °C, die menschliches Leben ermöglicht.<sup>13</sup> Eine höhere Konzentration der Gase (u. a. Kohlenstoffdioxid, Methan, Nitrogenoxid etc.)

---

scher Kontingenz in Verfahren, DÖV 2017, 41 (42); speziell zum PÜ *Hautereau-Boutonnet/Majjean-Dubois*, *Après l'accord de Paris, quels droits face au changement climatique – Introduction*, RJE 2017, 9 (10 f.).

<sup>10</sup> *Fischlin*, in: *The Paris Agreement on Climate Change, Analysis and Commentary*, 2017, S. 8.

<sup>11</sup> *IPCC*, 2014: *Synthesis Report, Contribution of Working Groups I, II and III to the Fifth Assessment Report*, S. 2, abrufbar unter:

[https://archive.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar5/syr/AR5\\_SYR\\_FINAL\\_SPM.pdf](https://archive.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar5/syr/AR5_SYR_FINAL_SPM.pdf) (zuletzt abgerufen am 17.12.2018); vor Erscheinen des Beitrags ist ein neuer Bericht des IPCC erschienen, der den menschlichen Einfluss auf eine Temperaturspanne von 0,8-1,2 Grad Celsius quantifiziert: *IPCC*, 2018: *Summary for Policymakers, Global warming of 1.5°C, an IPCC Special Report [...]*, World Meteorological Organization, Geneva, S. 6, abrufbar unter: [https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/sites/2/2018/07/SR15\\_SPM\\_High\\_Res.pdf](https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/sites/2/2018/07/SR15_SPM_High_Res.pdf) (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

<sup>12</sup> *Crutzen/Stoermer*, *Global Change Newsletters* 2000, 17 (17); ebenso im französischen Sprachraum *Fressoz*, *La révolution de l'antropocène, Les apprentis sorciers du climat, Le Monde Histoire et Civilisation* 29 (2017), 44 (44 ff.); oder im deutschen Sprachraum *Winter*, *Rechtsprobleme im Anthropozän*, ZUR 2017, 267 (267).

<sup>13</sup> In der Eiszeit des Pleistozäns lag die Durchschnittstemperatur auf der Erde bei ca. 9 °C, *Dupuy/Vinuales*, *International Environmental Law*, 2. Aufl. 2018, S. 172.

führt zu einer erhöhten Aufnahme der Infrarotstrahlung und zu einem graduellen Anstieg der weltweiten Durchschnittstemperatur.<sup>14</sup> Die Klimaforschung hat regional unzählige Folgen feststellen können. Dazu gehören häufiger auftretende und länger andauernde Dürren, eine Versäuerung der Weltmeere oder der Anstieg der Meeresspiegel.<sup>15</sup> Das Wissen über die Wechselwirkungen der Klimafaktoren ist im Einzelnen rudimentär und beruht oftmals auf Prognosen.<sup>16</sup> Anders als dies die öffentliche Debatte suggeriert, kann die Wissenschaft allein keinen Temperaturwert bestimmen, der negative Folgen des Klimawandels kleinhält.<sup>17</sup>

Deshalb sind die Entscheidungen über Art und Umfang der in Angriff zu nehmenden Maßnahmen vor allem politischer Art. Kompromisse müssen in rechtsverbindliche Vorgaben übersetzt werden.

## II. Klima und internationales Recht

Zu erörtern ist, ob dafür bisher wirksame Rechtsinstrumente entwickelt worden sind.

### 1. Lösungsansätze im Völkergewohnheitsrecht

Im Zentrum steht das Problem, zu welchem Klimaschutzbeitrag der einzelne Staat verpflichtet werden sollte. Im klassischen Völkerrecht besteht mit dem Prinzip der Staatenverantwortlichkeit ein wirksames Rechtsinstitut, um die Interessen der Staaten in ein Gleichgewicht zu bringen: Jede Verletzung einer völkerrechtlichen Pflicht zieht die Verpflichtung zu einer angemessenen Wiedergutmachung nach sich.<sup>18</sup>

Auf der Suche nach einer betroffenen Rechtspflicht, wird man – so scheint es erst – schnell fündig. Wurde Ende des 19. Jahrhundert noch prominent vertreten, jeder Staat sei frei, auf seinem Territorium ungeachtet der Auswirkungen auf andere Staaten zu tun und zu lassen, wie ihm beliebt (Harmon-Doktrin),<sup>19</sup>

---

<sup>14</sup> Seit 1880 ist die globale Durchschnittstemperatur bereits um 1 °C angestiegen: *Samset*, *Science* 2018, 148 (149).

<sup>15</sup> IPCC, 2014: Synthesis Report, Contribution of Working Groups I, II and III to the Fifth Assessment Report, S. 10, abrufbar unter: [https://archive.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar5/syr/AR5\\_SYR\\_FINAL\\_SPM.pdf](https://archive.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar5/syr/AR5_SYR_FINAL_SPM.pdf) (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

<sup>16</sup> Vgl. z. B. eine aktuelle Studie, wonach die Reduktion bestimmter THG auch zu einer Erwärmung insbesondere urbaner Räume führen könnte, *Samset* (Fn. 14), S. 149.

<sup>17</sup> *Fischlin* (Fn. 10), S. 9 bzgl. des 1,5 bis 2 Grad-Ziels in Art. 2 Abs. 1 lit. a des PÜ.

<sup>18</sup> Grundlegend dazu *PCIJ*, Case concerning the factory at Chorzów (*Germany v. Poland*), Series A, Nr. 9, S. 5 ff.; *Shaw* (Fn. 6), S. 591.

<sup>19</sup> *Arbour/Lavallee/Sohnle/Trudeau*, *Droit international de l'environnement*, Bd. 1, 3. Aufl. 2016, S. 528.

gilt selbst bei Abwesenheit einer vertraglichen Verpflichtung mittlerweile der völkergewohnheitsrechtliche Grundsatz des Verbots erheblicher grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigung.<sup>20</sup> Dieses beinhaltet auch die Pflicht zur aktiven Schadensvorbeugung, wie der *Internationale Gerichtshof (IGH)* in seinem Gutachten zum Einsatz von Nuklearwaffen ausdrücklich feststellt.<sup>21</sup>

Dass in einem Staat durch den Ausstoß von THG in einem anderen Staat erhebliche Umweltschäden drohen, gilt nach den oben geschilderten Prognosen als sicher. Nur bestehen große Zweifel, dass Ursache und Wirkung rechtlich eindeutig zurechenbar sind. Eine Möglichkeit besteht daher darin, auf kooperative Formen zu setzen und dem Unsicherheitsfaktor mit dem Vorsorgeprinzip zu begegnen: Nach diesem darf der Mangel an wissenschaftlicher Gewissheit kein Grund dafür sein, kostenwirksame Maßnahmen zur Vermeidung von Umweltverschlechterungen aufzuschieben, wenn schwerwiegende oder bleibende Schäden drohen.<sup>22</sup> Das Prinzip kann grundsätzlich Handlungs- und Unterlassungspflichten für einen Staat begründen, obwohl ihm Umweltschäden nicht präzise zugeschrieben werden können. Wenngleich sich in vielen Dokumenten des internationalen Rechts Hinweise auf die Existenz des Vorsorgeprinzips finden, ist sein Status als Völkergewohnheitsrecht i. S. d. Art. 38 Abs. 1 lit. b IGH-Statut strittig.<sup>23</sup>

Problematisch wäre es auch, alle Staaten im selben Maße zur Vorsorge zu verpflichten. Denn das Makroklima wird zwar durch die Summe aller Emissionen beeinflusst. Ungleich ist indes der Anteil, den Menschen weltweit seither dazu beigetragen haben. Auch heute emittiert ein wohlhabender Bürger aus einem Industriestaat noch ca. tausend Mal mehr THG als ein unvermögender Bürger eines Entwicklungsstaates.<sup>24</sup>

---

<sup>20</sup> *Trail Smelter* Schiedsgericht (1938/1941), RIAA III, S. 1965 f.; IGH, *Case concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)*, Urt. v. 25.9.1997, ICJ Reports 1997, 7, § 53 f.

<sup>21</sup> IGH, *Advisory Opinion, Threat or Use of Nuclear Weapons*, ICJ Reports 1996, § 29; v. *Arnault* (Fn. 7), Rn. 877; *Shaw* (Fn. 6), S. 646.

<sup>22</sup> *Kreuter-Kirchhof*, *Das Pariser Klimaschutzübereinkommen und die Grenzen des Rechts – eine neue Chance für den Klimaschutz*, DVBl. 2017, 97 (98).

<sup>23</sup> Vgl. Rio-Erklärung v. 13.6.1992, UN-Doc. A/CONF.151/26. Rev 1, Prinzip 15; die *Meeresbodenkammer des Internationalen Seegerichtshofs* sieht hierin wohl Völkergewohnheitsrecht: *Responsibilities and obligations of States with respect to activities in the Area*, Gutachten v. 1.2.2011, ITLOS Reports 2011, S. 10, §§ 125-135; demgegenüber eher zurückhaltend: IGH, *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Urt. v. 20.4.2010, ICJ Reports 2010, S. 14, § 164, der eine Beweislastumkehr auf Grundlage des Vorsorgegedankens zulasten eines Staats, der riskante Technologien einsetzt, ablehnt; Überblick bei *Birnie/Boyle/Redgwell* (Fn. 8), S. 377.

<sup>24</sup> *Fressoz* (Fn. 12), S. 49.

Ohne Beiträge aller Staaten sind Klimaziele andererseits nicht umsetzbar.<sup>25</sup> Aus dieser Erkenntnis rührt das Prinzip der gemeinsamen, aber unterschiedlichen Verantwortlichkeit der Staaten im Umweltvölkerrecht.<sup>26</sup>

Diese abstrakten Ausführungen deuten an, welche Aspekte die politischen Akteure in der Konsensfindung zu verhandeln haben. Um die Konzeptionierung des PÜ einordnen zu können, sind zumindest die Grundzüge der vorherigen Kompromissergebnisse nachzuvollziehen.

## 2. Die Entwicklungen vor der UN-Klimakonferenz 2015

Am Ende des 19. und Anfang des 20. Jahrhunderts sah man auf internationaler Ebene die Natur nur als schutzwürdig an, soweit sie Teil fremden Staatsgebiets war, folglich der Souveränität eines anderen Staates unterfiel. Für nicht-staatliche Naturgüter (etwa auf Hoher See) war das Völkerrecht „blind“. Im modernen Umweltvölkerrecht hingegen ist die Natur selbst primäres Schutzobjekt.<sup>27</sup>

Diese Entwicklung geht zurück auf die Umweltbewegung, die sich in den 1960er Jahren in Protest gegen massive Umweltschäden in vielen Staaten der Erde formierte.<sup>28</sup> Als Reaktion auf das gestiegene Umweltbewusstsein in den Gesellschaften verabschiedete die Generalversammlung der Vereinten Nationen die Resolution 2398 (XXIII) zu Problemen der menschlichen Umwelt.<sup>29</sup> Auf der Konferenz der Vereinten Nationen über die Umwelt des Menschen 1972 formulierten die UNO-Staaten in Stockholm erstmals einen umfassenden *soft law*-Text zum Umweltschutz. In der Folge entwickelten sich auch einige bereichsspezifische *hard law*-Regelwerke, die entweder den Umweltschutz als Hauptregelungszweck vorsahen<sup>30</sup> oder aber neben anderen umweltschutzrelevanten Regeln<sup>31</sup> beinhalteten.<sup>32</sup>

---

<sup>25</sup> Larrère, Comment lire l'Accord de Paris?, in: Torre-Schaub, Bilan et perspectives de l'accord de Paris (COP 21), 2017, S. 19 (25 f.).

<sup>26</sup> Vgl. Art. 3 Abs. 1 United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC).

<sup>27</sup> Dupuy/Vituales (Fn. 13), S. 3.

<sup>28</sup> Vgl. z. B. Meadows/Meadows/Randers/Behrens III, The Limits to Growth, 1972.

<sup>29</sup> Problems of the Human Environment, 3.12.1968, UN-Doc. 2398 (XXIII).

<sup>30</sup> Z. B. Übereinkommen über Feuchtgebiete, insbesondere als Lebensraum für Wasser- und Watvögel, von internationaler Bedeutung v. 2.2.1971; Umweltschutzprotokoll zum Antarktisvertrag v. 4.10.1991, in Kraft seit 14.1.1998.

<sup>31</sup> Siehe dazu etwa die Artikel 192-237 United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS).

<sup>32</sup> Dupuy/Vituales (Fn. 13), S. 11 f.

Dem Bedürfnis nach Umweltschutz stand gleichsam von Beginn an die Notwendigkeit und das Recht wirtschaftlicher Entwicklung gegenüber.<sup>33</sup> So trug die im Jahr 1992 abgehaltene Konferenz in Rio de Janeiro den Titel „Konferenz über Umwelt und Entwicklung“. In ihrer Abschlusserklärung heißt es, Umweltschutzgründe sollten nicht vorgeschoben werden, um den Handel einzuschränken.<sup>34</sup> Auf derselben Konferenz unterzeichneten über einhundert Staaten das Klimarahmenabkommen der Vereinten Nationen (engl. *United Nations Framework Convention on Climate Change*, UNFCCC).<sup>35</sup> Zu diesem Zeitpunkt bestand in der Wissenschaft noch kein einhelliger Konsens über den menschlichen Beitrag zum Klimawandel.<sup>36</sup> Das UNFCCC enthält deshalb als solches noch keine bindenden Rechtspflichten, sondern erst in Verbindung mit ggf. später getroffenen zusätzlichen Vereinbarungen.<sup>37</sup>

Eine solche stellt das sog. Kyoto-Protokoll<sup>38</sup> (KP) von 1997 dar. Als dessen wichtigste Regelung verpflichteten sich einige Industriestaaten, ihre THG-Emissionen auf einen festgelegten Prozentsatz zum Vergleichsjahr 1990 zu begrenzen.<sup>39</sup> Zunächst galt dies für den Zeitraum von 2008 bis 2012 und wurde auf der Konferenz von Durban (2011) bis 2020 durch ein Änderungsprotokoll verlängert, welches bisher allerdings nicht in Kraft treten konnte.<sup>40</sup>

Entwicklungsländer und bedeutende Emittenten wie die USA, China oder auch Kanada sind nicht durch das KP gebunden. Die KP-Vertragsstaaten sind heute für weniger als 15 % der weltweiten jährlichen Emissionen verantwortlich.<sup>41</sup>

---

<sup>33</sup> Beispielhaft dafür steht die auf brasilianischer Initiative beruhende Resolution A/RES/2849 (XXVI) von 1971, in der die negativen Auswirkungen von Umweltpolitiken auf die Entwicklung armer Länder problematisiert wurden; *Dupuy/Viñuales* (Fn. 13), S. 9; in diesen Kontext wurde auch das Konzept einer *nachhaltigen Entwicklung* eingebettet, vgl. den Brundtland-Bericht UN-Doc. A/42/427 von 1987, § 49.

<sup>34</sup> Rio-Erklärung v. 13.6.1992 (Fn. 23), Prinzip 10.

<sup>35</sup> Mittlerweile hat das Abkommen 197 Vertragsstaaten, siehe zum aktuellen Stand: [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=IND&mtdsg\\_no=XXVII-7&chapter=27&Temp=mtdsg3&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=IND&mtdsg_no=XXVII-7&chapter=27&Temp=mtdsg3&clang=_en) (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

<sup>36</sup> *Dupuy/Viñuales* (Fn. 13), S. 174.

<sup>37</sup> Zum Begriff des Rahmenübereinkommens *Hilf*, in: v. d. Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht IV, 7. Aufl. 2015, Art. 186 AEUV Rn. 12.

<sup>38</sup> Protokoll von Kyoto zum Rahmenübereinkommen der Vereinten Nationen über Klimaänderungen v. 11.12.1997.

<sup>39</sup> Art. 3 Abs. 1 i. V. m. Anhang B KP.

<sup>40</sup> Nur 122 von 144 für das Inkrafttreten notwendigen Staaten haben das Änderungsprotokoll ratifiziert, siehe zum aktuellen Stand: [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XXVII-7-c&chapter=27&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVII-7-c&chapter=27&clang=_en) (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

<sup>41</sup> *Kreuter-Kirchhof* (Fn. 22), S. 98.

Es war folglich nicht gelungen, einen Kompromiss zu einem effektiven Klimaschutzregime zu schließen. Oberstes Ziel für das PÜ musste es daher sein, möglichst alle Staaten zu verpflichten. Die größte Hürde in den Verhandlungen bestand darin, die bisher nicht gebundenen Staaten zur Aufgabe ihrer Privilegien zu bewegen.<sup>42</sup>

Vor diesem Hintergrund kam in Paris eine Einigung zustande.

### III. Das Pariser Übereinkommen als Fortschreibung internationalen Klimaschutzrechts

Am 4.11.2016, weniger als ein Jahr nach der Erarbeitung des Entwurfs, trat das PÜ in Kraft. Denn es hatten gemäß Art. 21 Abs. 1 PÜ „mindestens 55 Vertragsparteien des Rahmenübereinkommens, auf die insgesamt ein geschätzter Anteil von mindestens 55 vom Hundert der gesamten weltweiten Emissionen von Treibhausgasen entfällt, ihre Beitrittsurkunde [...] hinterlegt“.<sup>43</sup> Aktuell haben 195 Staaten das Abkommen unterzeichnet. Davon sind 176 bereits durch innerstaatliche Zustimmungsverfahren Vertragsparteien geworden.<sup>44</sup> Hierzu gehören auch die USA<sup>45</sup>, China und Kanada. Seine Regelungen greifen vollumfänglich ab dem Jahr 2020.<sup>46</sup>

Das Ziel, die Globalität des Übereinkommens herzustellen, ist damit erreicht worden.<sup>47</sup> Dies wirft die Frage auf, wie die Verhandlungspartner die zuvor<sup>48</sup> aufgezeigten Hindernisse für einen Kompromiss überwinden konnten.

---

<sup>42</sup> *Markus*, Die Problemwirksamkeit des internationalen Klimaschutzrechts, ZaöRV 2016, 715 (744).

<sup>43</sup> Art. 21 Abs. 1 PÜ.

<sup>44</sup> Siehe zum aktuellen Stand: [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XXVII-7-d&chapter=27&lang=\\_en&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVII-7-d&chapter=27&lang=_en&clang=_en) (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

<sup>45</sup> Obgleich der Präsident der USA *Donald Trump* am 1.6.2017 verkündete, das PÜ kündigen zu wollen, und die US-Regierung am 4.8.2017 ein entsprechendes offizielles Schreiben an die UN übermittelte, kann die Kündigung rechtlich gemäß Art. 28 Abs. 1 und 2 PÜ erst drei Jahre nach Inkrafttreten des Abkommens erklärt werden. Des Weiteren bedarf die Erklärung der schriftlichen Notifikation an den UN-Generalsekretär und entfaltet erst ein Jahr später endgültig Wirkung. Ein Austritt der USA ist damit frühestens zum 4.11.2020 möglich. Die nächste Präsidentschaftswahl findet planmäßig einen Tag vor diesem Datum statt; ausführlich dazu *Stäsebe*, Entwicklungen des Klimaschutzrechts und der Klimaschutzpolitik 2016/17, EnWZ 2017, 308 (310 f.).

<sup>46</sup> Siehe UN-Doc. FCCC/CP/2015/10/Add.1 (Decision 1/CP.21), Rn. 23 f.

<sup>47</sup> So *Kreuter-Kirchhof* (Fn. 22), S. 97 ff.

<sup>48</sup> Siehe oben **B. II.**

## 1. National festgelegte Beiträge als Kern des Pariser Übereinkommens

Art. 2 Abs. 1 lit. a PÜ nennt als Hauptziel des PÜ, den Anstieg der durchschnittlichen Erdtemperatur deutlich unter 2 °C über dem vorindustriellen Niveau zu halten und den Temperaturanstieg möglichst auf 1,5 °C über dem vorindustriellen Niveau zu begrenzen.

Art. 3 PÜ sieht vor, dass die Staaten zur Verwirklichung dieses Ziels national festgelegte Beiträge (engl. *nationally determined contribution*, NDC) unternehmen und an das nach Art. 8 des UNFCCC eingerichtete Sekretariat übermitteln (vgl. Art. 4 Abs. 12 i. V. m. Art. 17 Abs. 1 PÜ). Im Jahr 2013 war bereits in Warschau beschlossen worden, dass die Vertragsstaaten vorgesehene national festgelegte Beiträge (*intended nationally determined contribution*, INDC) im Vorfeld der COP 21<sup>49</sup> einreichen sollten.<sup>50</sup> Soweit Vertragsstaaten dies getan haben, werden diese ohne anderweitige Äußerungen des Staates als NDC betrachtet.<sup>51</sup> Ab dem Jahr 2020 sind alle fünf Jahre neue NDCs an das Sekretariat zu übermitteln (Art. 4 Abs. 9 PÜ), die jeweils eine Steigerung zu den jeweils bis dahin bestehenden Beiträgen darstellen werden (Art. 4 Abs. 3 PÜ).

Im Vergleich zu Regelungen früherer Abkommen im Umweltvölkerrecht wie dem Montrealer Protokoll über Stoffe, die zu einem Abbau der Ozonschicht führen<sup>52</sup> oder dem KP<sup>53</sup> stellt diese prozedural ausgerichtete Vorgehensweise im PÜ einen Paradigmenwechsel dar: Statt feste Emissionsbegrenzungswerte zu vereinbaren, richten die Staaten immer ehrgeizigere Zielvorgaben an sich selbst.

Dieser *bottom-up*-Ansatz<sup>54</sup> belässt den Staaten die Wahl ihres konkreten Beitrags und war daher konsensfähig.<sup>55</sup> Zum anderen bietet er Spielraum für die Diffe-

<sup>49</sup> „COP 21“ steht für die 21. Konferenz der Staaten des UN-Klima-Rahmenabkommens (engl. *Conference of the Parties*), in dessen Zusammenhang der Entwurf für das PÜ entstand.

<sup>50</sup> Beschl. COP 19, Doc. FCCC/CP/2013/10/Add.1, Decision 1/CP.19, Rn. 2 lit. b.

<sup>51</sup> Beschl. COP 21, Doc. FCCC/CP/2015/10/Add.1, Decision 1/CP.21, Rn. 23 f.

<sup>52</sup> Hier insbesondere der Art. 2A Abs. 1 Montrealer Protokoll, welcher i. V. m. dessen Anlage A den Vertragsstaaten die Pflicht auferlegt, den Verbrauch bestimmter Gase auf den Richtwert derselbigen von 1986 zu begrenzen.

<sup>53</sup> Art. 3 Abs. 1 i. V. m. Anlage B KP.

<sup>54</sup> Vgl. etwa *Franzjusz*, Das Paris-Abkommen zum Klimaschutz, ZUR 2017, 515 (519); *Hellio*, Les « contributions déterminées au niveau national », instruments au statut juridique en devenir, RJE 2017, 33 (36).

<sup>55</sup> Neben dem allgemeinen Problem, politischen Konsens unter den Staats- und Regierungschefs herzustellen, drohte darüber hinaus eine Blockade im US-Kongress, dessen Republikaner sich mehrheitlich gegen das PÜ aussprachen. Der US-Präsident kann multilaterale Abkommen nur allein ratifizieren, wenn sie lediglich Dinge regeln, für die nationale Gesetzgebung bereits vorhanden ist. In der amerikanischen Gesetzgebung gab es jedoch keine Emissionsminderungsziele. Der damalige Präsident *Obama* konnte

renzung der Beiträge einzelner Staaten nach dem Prinzip der gemeinsamen, aber unterschiedlichen Verantwortlichkeit.<sup>56</sup> Möglicherweise büßt das PÜ aber dadurch an Effektivität ein. Dies wird sich erst in einigen Jahren praktisch zeigen. Rechtlich ist mit Blick auf die Verbindlichkeit des Abkommens und den Freiheitsspielraum der Staaten schon heute eine Einschätzung möglich.

## 2. Das Erfolgspotential des gefundenen Kompromisses

Die nachfolgenden Erwägungen konzentrieren sich auf die NDCs und lassen Aspekte, wie etwa finanzielle Beiträge der Staaten gemäß Art. 9 PÜ i. V. m. Art. 4 UNFCCC, bewusst aus. Dies geschieht erstens, da die NDCs, wie gesehen, das Zentrum des PÜ bilden und seinen spezifischen Charakter ausmachen. Zweitens verspricht die Betrachtung der Umsetzung der NDC im einzelstaatlichen Recht einen größeren Erkenntnisgewinn für den sich anschließenden vergleichenden Teil.<sup>57</sup>

### a) Die rechtliche Verbindlichkeit des Pariser Übereinkommens

Was *Fabius* in seinem eingangs zitierten Satz vorausgesetzt hat – die rechtliche Verbindlichkeit des PÜ – ist bei genauerem Hinsehen ambivalent.

Auch wenn anfängliche Zweifel an dem formalen Status des PÜ als völkerrechtlichem Vertrag i. S. d. Art. 2 Abs. 1 lit. a WVK mittlerweile ausgeräumt sind,<sup>58</sup> ist eine materielle Verpflichtung der Vertragsstaaten aus einzelnen Bestimmungen des PÜ weniger klar.<sup>59</sup> Wahrnehmbar sind Unterschiede vor allem anhand sprachlicher Feinheiten: Art. 4 Abs. 2 PÜ enthält die Pflichten, eine NDC aufzustellen und Maßnahmen zu ergreifen, um die selbst gesetzten Ziele umzusetzen. In der englischen Fassung steht an dieser Stelle das Wort *shall*.<sup>60</sup>

---

also nur ein Abkommen ratifizieren, das keine solchen enthielt, vgl. Hintergrund der Bundesregierung zur COP 21, S. 8, abrufbar unter: [http://m.bmu.de/fileadmin/Daten\\_BMU/Download\\_PDF/Klimaschutz/cop21\\_hintergrundpapier\\_bf.pdf](http://m.bmu.de/fileadmin/Daten_BMU/Download_PDF/Klimaschutz/cop21_hintergrundpapier_bf.pdf) (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

<sup>56</sup> Auf der Kopenhagener Konferenz hatte die unterschiedliche Interessenlage noch zum Scheitern der Verhandlungen geführt, *Hellio* (Fn. 54), S. 36.

<sup>57</sup> Siehe unten C.

<sup>58</sup> Dieser entstand vor allem dadurch, dass die Vertragsparteien nicht auf Art. 17 der UNFCCC rekurrierten und nicht die dort vorgesehenen Formalia einhielten, wie im Fall des KP; eindeutig wurde es, als später ein Zustimmungs- und Ratifikationsprozess in den einzelnen Staaten folgte, vgl. *Stoll/Krüger*, in: Proelß, Internationales Umweltrecht 2017, 9. Abschn. Rn. 82.

<sup>59</sup> *Nückel*, Rechtlicher Charakter des Pariser Übereinkommens – hard law oder soft law, ZUR 2017, 525 (526 ff.).

<sup>60</sup> Im deutschen wie auch im französischen Text wird der Indikativ Präsens verwendet „erarbeitet, übermittelt und behält [...] bei“ und „ergreifen [...] innerstaatliche Maßnahmen“ bzw. „établit, communique et actualise“ und „prennent des mesures“.

Dieses markiert in völkerrechtlichen Verträgen in der Regel eine bindende Pflicht. Sie zielt gleichwohl nur auf ein Handeln und nicht auf ein Ergebnis ab.<sup>61</sup> Die Staaten werden also nicht dazu verpflichtet, die selbstgesteckten Ziele auch zu erreichen.

Schaut man sich demgegenüber die Formulierung in Art. 4 Abs. 3 PÜ zur sukzessiven Steigerung der NDC an, heißt es im dortigen englischen Text abschwächend *will*.<sup>62</sup> Daran wird deutlich, dass es sich eher um eine soft-law-Bestimmung in Form einer politischen Zielvorgabe handelt und nicht um *hard law*.<sup>63</sup>

Festzuhalten ist, dass die NDCs aus Perspektive des Völkerrechts nicht als bindende Pflichten der Staaten qualifizierbar sind.<sup>64</sup> Sie werden beim Sekretariat hinterlegt, aber nicht als Annex dem PÜ beigelegt.<sup>65</sup>

Dies ist Ausdruck der neuartigen Regelungstechnik des PÜ und vor dem Hintergrund der letztlich unbefriedigenden Resultate des KP als *top-down*-Abkommen zu bewerten, das eindeutige Reduktionsziele für jeden einzelnen Staat bereits im Vertragswortlaut selbst vorsah. Es gibt daher auch zunehmend Vertreter, die als entscheidend für die Effektivität eines internationalen Umweltschutzregimes nicht nur seine Verbindlichkeit, sondern auch die Anzahl der beteiligten Staaten sowie den Anspruch seiner Verpflichtungen ansehen.<sup>66</sup> Dies bewirkt eine Politisierung des Rechts,<sup>67</sup> die den Staaten enorme Freiheitsspielräume überlässt.

#### *b) Die Freiheit der Staaten als Erfolgsbemmnis?*

Wegen fehlender Gestaltungsvorgaben hinsichtlich der NDCs führen die Differenzierungsmöglichkeiten der Staaten zu sehr unterschiedlichen Beiträgen, was folgende Beispiele verdeutlichen.

---

<sup>61</sup> Böhringer, Das neue Pariser Klimaübereinkommen, *ZaöRv* 2016, 753 (780).

<sup>62</sup> Im Deutschen und Französischen wird ebenfalls das Futur benutzt: „wird [...] darstellen“ und „représentera“.

<sup>63</sup> Böhringer (Fn. 61), S. 781.

<sup>64</sup> Wenngleich dies nach nationalem Recht der Fall sein mag, vgl. Frank, Anmerkungen zum Pariser Klimavertrag aus rechtlicher Sicht – insbesondere zu den „(I)NDCs“, der 2 °/1,5 °Celsius-Schwelle und „loss and damage“ im Kontext völkerrechtlicher Klimaverantwortung, *ZUR* 2016, 352 (355).

<sup>65</sup> So hingegen zuletzt bei den Emissionsreduktionswerten im KP, *Hellio* (Fn. 54), S. 39.

<sup>66</sup> Proelß, Klimaschutz im Völkerrecht nach dem Paris Agreement: Aufbruch oder Stillstand?, *ZfU* 2016, 58 (64); Bodansky, The Legal Character of the Paris Agreement, *RECIEL* 2016, 142 (148 ff.).

<sup>67</sup> So Franzjusz (Fn. 54), S. 519.

Referenzjahr für Monaco ist etwa 1990. Im Vergleich zu diesem Jahr möchte das Fürstentum bis 2030 die Hälfte seiner bisherigen THG-Emissionen einsparen.<sup>68</sup> Australien möchte bis 2030 26 bis 28 % weniger THG ausstoßen, allerdings im Vergleich zu 2005.<sup>69</sup> Israel gibt an, seine Pro-Kopf-CO<sub>2</sub>-Emissionen bis 2030 von 10,4 Tonnen im Jahr 2005 auf 7,7 Tonnen zu reduzieren.<sup>70</sup> Katar hingegen sieht keinerlei Reduktionen vor, verweist jedoch allgemein auf Anpassungsmechanismen, den Ausbau von effizienteren Technologien, Bildung und eine Verbesserung des Wassermanagements.<sup>71</sup> Togo wiederum will bis 2030 im Vergleich zum Jahr 2010 mindestens 11 % THG-Emissionen einsparen. Einen höheren Beitrag verknüpft der Staat mit der Bedingung, dabei durch andere Staaten finanziell unterstützt zu werden.<sup>72</sup>

Es fällt schwer, die Beiträge miteinander zu vergleichen und in ein transparentes Gesamtbild zu setzen, da ihre Gestaltung, die Referenzwerte und Maßnahmen uneinheitlichen Schemata folgen.<sup>73</sup> Zwar gibt es Berechnungen, nach denen die bis Mai 2016 eingereichten INDCs die Erderwärmung lediglich auf 2,7 ° bis 3,5 °C begrenzen.<sup>74</sup> Ob eine solche Prognose belastbar ist, muss aber wegen kaum vergleichbarer Maßstäbe bezweifelt werden.<sup>75</sup> Art. 12 Abs. 8 PÜ schreibt vor, dass „[b]ei der Übermittlung ihrer national festgelegten Beiträge alle Vertragsparteien die erforderlichen Informationen zur Gewährleistung der

---

<sup>68</sup> INDC Monaco, abrufbar unter: [https://www4.unfccc.int/sites/submissions/INDC/Published%20Documents/Monaco/1/Monaco\\_INDC.pdf](https://www4.unfccc.int/sites/submissions/INDC/Published%20Documents/Monaco/1/Monaco_INDC.pdf) (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

<sup>69</sup> INDC Australien, abrufbar unter: <https://www4.unfccc.int/sites/submissions/INDC/Published%20Documents/Australia/1/Australias%20Intended%20Nationally%20Determined%20Contribution%20to%20a%20new%20Climate%20Change%20Agreement%20-%20August%202015.pdf> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

<sup>70</sup> INDC Israel, abrufbar unter: <https://www4.unfccc.int/sites/submissions/INDC/Published%20Documents/Israel/1/Israel%20INDC.pdf> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

<sup>71</sup> INDC Katar, abrufbar unter: <https://www4.unfccc.int/sites/submissions/INDC/Published%20Documents/Qatar/1/Qatar%20INDCs%20Report%20-English.pdf> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

<sup>72</sup> INDC Togo, abrufbar unter: [https://www4.unfccc.int/sites/submissions/INDC/Published%20Documents/Togo/1/INDC%20Togo\\_english%20version.pdf](https://www4.unfccc.int/sites/submissions/INDC/Published%20Documents/Togo/1/INDC%20Togo_english%20version.pdf) (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

<sup>73</sup> *Pauw/Klein/Mbeva/Dzebo/Cassanmagnago/Rudloff*, Beyond headline mitigation numbers: we need more transparent and comparable NDCs to achieve the Paris Agreement on climate change, *Climate Change* 2018, 23 (23); so auch *Kreuter-Kirchhof* (Fn. 22), S. 100.

<sup>74</sup> *Siehe* UN-Doc. FCCC/CP/2016/2, S. 4.

<sup>75</sup> Anfang Mai 2018 kam es auf der Klimakonferenz zur Vorbereitung der COP 24 in Kattowitz zu Auseinandersetzungen zwischen Industrie- und Entwicklungsstaaten über einheitliche Messmethoden, *McGrath*, Rising levels of 'frustration' at UN climate stalemate, *BBC Science & Environment*, abrufbar unter: [www.bbc.com/news/science-environment-43949423](http://www.bbc.com/news/science-environment-43949423) (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

Eindeutigkeit, Transparenz und Verständlichkeit zur Verfügung“ stellen. Ein Leitfaden zur Auslegung oder eine einheitliche Interpretation dieser Begriffe besteht indessen nicht.<sup>76</sup>

Die Gesamtschau gibt aus rechtlicher Perspektive Anlass, an dem Erfolgspotential des PÜ zumindest für sich genommen zu zweifeln. Beachtet werden muss gleichsam, dass das Abkommen es bewusst von den Staaten abhängig macht, welche Schritte sie konkret einleiten. In dem nun folgenden Vergleich wird näher darauf eingegangen, wie den allgemeinen Zielen des PÜ verbindlicher Geltung verschafft werden kann.

### C. Umsetzung des Übereinkommens in Deutschland und Frankreich

Nationale Gesetzgebung ist im europäischen Kontext oftmals europarechtlich vorgeprägt. Eigendenn dessen ist zunächst die europäische Ebene (**I.**) und dann die Situation in den nationalen Rechtsordnungen zu begutachten (**II.**).

#### I. Die Umsetzung auf europäischer Ebene

Deutschland und Frankreich haben beim Klimasekretariat mit den anderen 26 Mitgliedstaaten der EU eine gemeinsame INDC vorgelegt.<sup>77</sup> Es steht deshalb zunächst die Klimaschutzgesetzgebung auf EU-Ebene im Fokus (**1.** und **2.**). Auch soll die Frage beantwortet werden, welche europäischen Einrichtungen und Instrumente außerhalb der Union dabei Einfluss auf die Mitgliedstaaten haben können (**3.**).

##### 1. Ausgangssituation

Vorab sind der Inhalt der INDC (*a*) und die Emissionen der EU (*b*) näher zu beleuchten.

###### *a) Gemeinsamer INDC der EU*

Der INDC der EU sieht u. a. die Verpflichtung zu einer Reduzierung der internen THG-Emissionen bis 2030 um mindestens 40 % im Vergleich zum Wert von 1990 vor. Grundlage dafür ist ein Beschluss des Europäischen Rates vom Oktober 2014, der daneben weitere Emissionsminderungen bis 2050 um 80 bis 95 % im Vergleich zu 1990 vorgibt.<sup>78</sup> Diese Praxis beruht auf der Möglichkeit einer *joint implementation*, also einer gemeinschaftlichen Umsetzung des Abkom-

<sup>76</sup> Paauw/Klein/Mbeva/Dzebo/Cassanmagnago/Rudloff (Fn. 73), S. 24.

<sup>77</sup> INDC der EU und ihrer Mitgliedstaaten, S. 1, abrufbar unter: <https://www4.unfccc.int/sites/submissions/INDC/Published%20Documents/Latvia/1/LV-03-06-EU%20INDC.pdf> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

<sup>78</sup> *Europäischer Rat*, Dokument SN 79/14, Nr. 2.

mens gemäß Art. 4 Abs. 16 PÜ.<sup>79</sup> Verantwortlich für eine etwaige Nichterreichung der eingereichten Emissionsziele ist nach Art. 4 Abs. 18 PÜ „jeder Mitgliedstaat [...] einzeln [...] zusammen mit der Organisation der regionalen Wirtschaftsintegration<sup>80</sup> [...]“.

Grundsätzlich kann sich dies für die beteiligten Staaten sowohl vorteilhaft, als auch nachteilhaft auswirken.<sup>81</sup> Vorteilhaft ist es, weil der einzelne Staat mehr Flexibilität gewinnt, hinter seinen eigenen Verpflichtungen zurückzubleiben. Zum Ausgleich muss aber ein anderer Mitgliedstaat mehr Emissionen einsparen, als in der ursprünglichen Vereinbarung festgelegt. Ein Nachteil kann sich für Frankreich und Deutschland als große Emittenten in der EU ergeben. Sie verpflichten sich durch das gemeinsame Vorgehen zu ehrgeizigeren Reduktionszielen als konkurrierende Industrienationen wie die USA oder Japan.<sup>82</sup>

Das abstrakte 1,5 bis 2 Grad-Ziel im PÜ wird in die INDC der EU in Emissionsminderungswerte übersetzt. Diese lassen sich nur mit Blick auf die bisherigen Emissionswerte der EU verstehen.

#### b) Die EU als Emittent von THG

Die Europäische Union in ihrer Gesamtheit war im Jahr 2014 nach der Volksrepublik China und den USA der drittgrößte Emittent von THG weltweit.<sup>83</sup>

---

<sup>79</sup> Dies entspricht bereits der im Kyoto-Protokoll vorhandenen Möglichkeit nach dem dortigen Art. 4 Abs. 1; zum Begriff der *joint Implementation* vgl. Winkler, Mitigation, in: The Paris Agreement on Climate Change, Analysis and Commentary, 2017, S. 141 (161).

<sup>80</sup> Bisher ist die Europäische Union der einzige im Pariser Übereinkommen als „Organisation der regionalen Wirtschaftsintegration“ bezeichnete Zusammenschluss an Staaten, die ein gemeinsames Ziel vorgelegt haben, vgl. Winkler (Fn. 79), S. 161.

<sup>81</sup> In Bezug auf das Kyoto-Protokoll Davies, Climate Change and the European Community, in: Cameron/Zillman, Kyoto: From Principles to Practice, 2001, S. 27 (29).

<sup>82</sup> Vgl. den INDC der USA, abrufbar unter: <https://www4.unfccc.int/sites/submissions/INDC/Published%20Documents/United%20States%20of%20America/1/U.S.%20Cover%20Note%20INDC%20and%20Accompanying%20Information.pdf> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018), der eine Reduktion bis 2025 um maximal 28 % vorsieht oder den INDC Japans, abrufbar unter: [https://www4.unfccc.int/sites/submissions/INDC/Published%20Documents/Japan/1/20150717\\_Japan's%20INDC.pdf](https://www4.unfccc.int/sites/submissions/INDC/Published%20Documents/Japan/1/20150717_Japan's%20INDC.pdf) (zuletzt abgerufen am 17.12.2018), der eine Reduktion um 25,4 % vorsieht; wohlge-merkt bezieht sich die Reduktion in beiden Fällen auf das Referenzjahr 2005 und nicht wie in Deutschland und Frankreich auf 1990. 1990 waren die Emissionen der USA und Japans jeweils niedriger als 2005, sodass dies den Unterschied zwischen den Verpflichtungen der EU und den USA/Japans noch vergrößert.

<sup>83</sup> So die Zahlen von 2014 der internationalen tätigen Nicht-Regierungs-Organisation *World Resources Institute (WRI)* Total GHG Emissions Including Land-Use Change and Forestry - 2014 (MtCO<sub>2</sub>e), abrufbar über: <https://www.wri.org/our-work/project/cait-climate-data-explorer/data-availability> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018); die EU war damit im Jahr 2014 für 8,86 % der globalen Emissionen verantwortlich. Gleichzeitig

Die Pro-Kopf-CO<sub>2</sub>-Emissionen lagen EU-weit in diesem Jahr bei durchschnittlich 8,04 Tonnen.<sup>84</sup> EU-Bürger emittieren damit statistisch gesehen zwar weniger CO<sub>2</sub> als Staatsbürger Australiens (25,14 Tonnen), der USA (20 Tonnen) oder Chinas (8,73 Tonnen). Global gehören sie dennoch zur Spitzengruppe der größten Emittenten. Unter den Mitgliedstaaten gibt es große Differenzen:

Der größte Emittent von CO<sub>2</sub> innerhalb der EU ist Deutschland, das 2015 einen Anteil von 20,8 % der unionsweiten Emissionen aufwies, gefolgt vom Vereinigten Königreich, das 12,1 % ausmachte, und Frankreich mit 10,7 %.<sup>85</sup> Während insbesondere die baltischen Staaten ihre Emissionen zwischen 1990 und 2015 um jeweils über 50 % reduzieren konnten, stiegen sie im selben Zeitraum in anderen EU-Staaten wie Zypern (plus 44 %) oder Spanien (plus 19 %) drastisch an.<sup>86</sup> Wiederum anders stellt sich die Lage mit Blick auf jährlichen Pro-Kopf-CO<sub>2</sub>-Emissionen dar: Dabei lagen 2015 die luxemburgischen Bürger mit 20,5 Tonnen an der Spitze, gefolgt von Estland (13,8 Tonnen) und Irland (13,3 Tonnen). Ein Deutscher emittierte in demselben Jahr durchschnittlich 11,3 Tonnen CO<sub>2</sub>, wohingegen ein Franzose mit 7,1 Tonnen im Durchschnitt ungefähr eine Tonne CO<sub>2</sub> weniger emittierte als der EU-Mittelwert.<sup>87</sup>

Die größten Anteile an den EU-weiten THG-Emissionen verzeichneten im Jahr 2015 der Energiesektor (55 %), der Verkehrssektor (23 %), die Landwirtschaft (10 %) sowie der Bereich Industrieprozesse und Produktverwendung

---

machte die Bevölkerung der EU im Jahr 2015 6,91 % der Gesamtweltbevölkerung aus, vgl. dazu: *UN DESA*, Weltbevölkerung von 1950 bis 2015 (in Milliarden), in: Statista – Das Statistik-Portal, abrufbar unter: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1716/umfrage/entwicklung-der-weltbevoelkerung/> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018); *Eurostat*, Demography report – 2015 edition, S. 4, abrufbar unter: <http://ec.europa.eu/eurostat/documents/3217494/6917833/KE-BM-15-003-EN-N.pdf/76dac490-9176-47bc-80d9-029e1d967af6> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

<sup>84</sup> Pro-Kopf-Treibhausgasemissionen nach ausgewählten Ländern weltweit im Jahr 2014 (in Tonnen CO<sub>2</sub>-Äquivalent), in: Statista – Das Statistik-Portal, abrufbar unter: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/311811/umfrage/treibhausgasemissionen-pro-kopf-nach-ausgewaehlten-laendern-weltweit/> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

<sup>85</sup> *Eurostat*, Total greenhouse gas emissions by countries (including international aviation and indirect CO<sub>2</sub>, excluding LULUCF), 1990 - 2015 (million tonnes of CO<sub>2</sub> equivalents) updated, abrufbar unter: [https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=File:Total\\_greenhouse\\_gas\\_emissions\\_by\\_countries\\_\(including\\_international\\_aviation\\_and\\_indirect\\_CO2,\\_excluding\\_LULUCF\),\\_1990\\_-\\_2015\\_\(million\\_tonnes\\_of\\_CO2\\_equivalents\)\\_updated.png](https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=File:Total_greenhouse_gas_emissions_by_countries_(including_international_aviation_and_indirect_CO2,_excluding_LULUCF),_1990_-_2015_(million_tonnes_of_CO2_equivalents)_updated.png) (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

<sup>86</sup> *Eurostat*, Greenhouse gas emission statistics – emission inventories, abrufbar unter: [http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Greenhouse\\_gas\\_emission\\_statistics\\_-\\_emission\\_inventories](http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Greenhouse_gas_emission_statistics_-_emission_inventories) (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

<sup>87</sup> *Eurostat*, Treibhausgasemissionen pro Kopf, Tonnen CO<sub>2</sub>-Äquivalent pro Kopf, abrufbar unter: [http://ec.europa.eu/eurostat/tgm/graph.do?tab=graph&plugin=1&language=de&code=t2020\\_rd300&toolbox=type](http://ec.europa.eu/eurostat/tgm/graph.do?tab=graph&plugin=1&language=de&code=t2020_rd300&toolbox=type) (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

(8 %).<sup>88</sup>

Die aufgezeigten Disparitäten setzen sich im Hinblick auf die Anteile der einzelnen Sektoren in den Nationalstaaten fort.<sup>89</sup> Der EU ist deshalb die Aufgabe gestellt, unter den Mitgliedstaaten zu differenzieren, ohne dabei den Anspruch einer einheitlichen Klimaschutzpolitik zu verlieren.

## 2. Die Umsetzung des Pariser Übereinkommens als EU-Gemeinschaftsaufgabe

Klärungsbedürftig ist zunächst die kompetenzielle Zuständigkeit der EU (a)), um anschließend auf die bestehende EU-Gesetzgebung zum Klimaschutz eingehen zu können (b)).

### a) Klimaschutzpolitik im Kompetenzsystem der Europäischen Union

Für ihre Rolle im internationalen Klimaschutz sind die Motive der EU richtungsweisend.

#### aa) Motive für eine EU-weite Klimaschutzpolitik

Oben wurde bereits die Notwendigkeit grenzüberschreitender Zusammenarbeit für den Klimaschutz verdeutlicht.<sup>90</sup> Mithin liegt die tatsächliche Erwägung nahe, auch auf europäischer Ebene gemeinsame Klimaschutzpolitik zu betreiben.

Hinzu kommt ein rechtliches Bedürfnis, welches aus dem Binnenkonzept der EU als Wirtschaftsgemeinschaft erwächst: Sofern keine unionsweite Vereinheitlichung der Klimaschutzgesetzgebung stattfände, könnten die Mitgliedstaaten wirtschaftliche Aktivitäten mit Verweis auf „zwingende umweltrechtliche Erfordernisse“ regulieren.<sup>91</sup> Die Grundfreiheiten würden eingeschränkt; die Verwirklichung des Binnenmarktes wäre gefährdet. Um dieser Überlegung zu begegnen, sehen die aktuellen Regelungen zur Rechtsangleichung nach Art. 114 AEUV vor, dass die Mitgliedstaaten von Kommissionsvorschlägen zum Umweltschutz „nach oben hin“ nur nach deren Genehmigung abweichen dürfen (Abs. 3-6).<sup>92</sup> Die Verwirklichung der Grundfreiheiten aber führt zu mehr wirtschaftlicher Aktivität, die z. B. in steigendem Gütertransport und damit zusätz-

<sup>88</sup> Eurostat, Greenhouse gas emissions, analysis by source sector, EU-28, 1990 and 2015 (percentage of total) new, abrufbar unter: [http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=File:Greenhouse\\_gas\\_emissions,\\_analysis\\_by\\_source\\_sector,\\_EU-28,\\_1990\\_and\\_2015\\_\(percentage\\_of\\_total\)\\_new.png](http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=File:Greenhouse_gas_emissions,_analysis_by_source_sector,_EU-28,_1990_and_2015_(percentage_of_total)_new.png) (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

<sup>89</sup> Siehe dazu unten **C. II. 1. b)**.

<sup>90</sup> Siehe dazu oben **B. I.**

<sup>91</sup> *Epiney*, Umweltrecht der Europäischen Union, 3. Aufl. 2013, 2. Kap. Rn. 3.

<sup>92</sup> *Epiney* (Fn. 91), 3. Kap. Rn. 3.

lichen THG-Emissionen resultieren kann.<sup>93</sup> Hieran wird wie schon mit Blick auf Entwicklungsstaaten<sup>94</sup> die Herausforderung des Zusammenhangs zwischen wirtschaftlicher Entwicklung und Klimaschutz deutlich, der sich auch die EU stellen muss.<sup>95</sup>

Schließlich lässt sich auch die im Abschluss des PÜ zum Ausdruck kommende Außenausrichtung der EU in Klimaschutzfragen aus ihrem Eigenwesen heraus erklären. Ihr diesbezügliches Sendungsbewusstsein auf internationaler Ebene ist bereits an den Zielen zur nachhaltigen Entwicklung in Art. 21 Abs. 2 lit. f EUV und Art. 3 Abs. 5 S. 2 EUV erkennbar<sup>96</sup> und lässt sich problemlos in einen Kontext mit anderen Unionspolitiken stellen: Eine wirksame Klimaschutzpolitik kann der massenhaften Immigration von sog. Klimaflüchtlingen vorbeugen und bietet gleichzeitig Anreize für ökonomisches Wachstum einer europäischen *green economy*.<sup>97</sup> Die Union ruft in ihrer INDC gerade große Industrienationen zur aktiven Mitarbeit im Klimaschutz auf.<sup>98</sup> Sie hat dabei sicherlich auch die Konkurrenzfähigkeit europäischer Unternehmen im Blick. Für diese könnten Klimaschutzmaßnahmen gegenüber Wettbewerbern leicht zum Nachteil werden, wenn andere Staaten im Klimaschutz nicht mitzögen.<sup>99</sup>

#### bb) Umwelt und Klimaschutz im europäischen Primärrecht

Das Primärrecht sieht Kompetenzen zur Umwelt seit der einheitlichen Europäischen Akte (1987) vor. Es galt lange der Grundsatz, dass Umweltschutz den Mitgliedstaaten obliege. Das wird daran deutlich, dass die EG-Staaten für die Ausübung der Kompetenzen im Umweltbereich zum ersten Mal überhaupt auch das Subsidiaritätsprinzip in den Verträgen festschrieben. Erst später im Maastrichter Vertrag (1992) erhielt jenes eine allgemeine, das gesamte EU-Recht prägende Bedeutung (heute Art. 5 Abs. 3 AEUV).<sup>100</sup>

---

<sup>93</sup> Zu diesem Einfluss der Güterkraftpolitik *Jahns-Böhm/Breier*, Güterverkehrspolitik und Umweltschutz nach dem EWG-Vertrag – Überrollt der Straßengüterverkehr die Umweltschutzerfordernisse der Europäischen Gemeinschaft?, *EuZW* 1991, 523 (525 f.).

<sup>94</sup> Siehe dazu oben **B. II. 2.**

<sup>95</sup> Wobei die EU selbst beteuert, sie koppele ihr Wirtschaftswachstum von THG-Emissionen zunehmend ab: *Europäische Kommission*, Bericht der Kommission 2017, Dokument COM(2017) 646 final/2, S. 6.

<sup>96</sup> *Sinou*, Le droit répressif de l'environnement et l'alternative diplomatique ou *hard law* vs. *soft law*: Le cas de l'Union européenne, *RJE* 2018, 71 (72).

<sup>97</sup> *Bogojević*, Climate Change and Policy in the European Union, in: *Oxford Handbook of international climate change law*, S. 674 (682 f.).

<sup>98</sup> INDC der EU und ihrer Mitgliedsstaaten (Fn. 77), S. 5.

<sup>99</sup> *Bogojević* (Fn. 97), S. 682 f.

<sup>100</sup> *Bazjadobly*, La politique européenne de l'environnement, 2014, S. 40 f.

Nach dem Lissabon-Vertrag liegt die Umweltpolitik in der geteilten Zuständigkeit von Union und Mitgliedstaaten, Art. 4 Abs. 2 lit. e AEUV. In Art. 192 Abs. 1 AEUV erhält die EU eine Gesetzgebungskompetenz nach dem ordentlichen Verfahren. Dessen Abs. 2 lit. c schreibt demgegenüber ein besonderes Gesetzgebungsverfahren für Maßnahmen vor, die „die Wahl eines Mitgliedstaats zwischen verschiedenen Energiequellen und die allgemeine Struktur seiner Energieversorgung erheblich berühren“. Das ist mit Rücksicht auf die Bedeutung des Energiesektors für die Klimaschutzpolitik eine wichtige Einschränkung. Ebenso verhält es sich in dem Kompetenztitel für den Bereich „Energie“ in Art. 194 AEUV. Zwar will die EU nach dessen Abs. 1 lit. c die „Energieeffizienz und Energieeinsparung sowie die Entwicklung neuer und erneuerbarer Energiequellen fördern“. Letztlich relativiert der nachfolgende Zusatz in UAbs. 2 des Abs. 2 dieses Ziel aber, indem es den Handlungsspielraum in der Energiegesetzgebung wie bereits in dem soeben zitierten Art. 192 Abs. 2 lit. c AEUV von dem einvernehmlichen Willen der betroffenen Mitgliedstaaten abhängig macht.

Für das auswärtige Handeln steht der EU gemäß Art. 191 Abs. 1 Spiegelstrich 4, Abs. 4 S. 2 i. V. m. Art. 218 AEUV die ausdrückliche Kompetenz zu, internationale Klimaschutzabkommen abzuschließen. Im Falle der Umsetzung des PÜ haben weder die Mitgliedstaaten noch die EU alleine die hierfür erforderlichen Kompetenzen. Daher haben die Mitgliedstaaten und die EU gleichermaßen das PÜ ratifiziert (gemischtes Abkommen).<sup>101</sup>

#### *b) Die EU-Gesetzgebung zum Klimaschutz*

Kraft ihrer Gesetzgebungskompetenz kann die EU sämtliche Handlungsformen des Art. 288 AEUV zur Verwirklichung von Klimaschutzpolitiken ausschöpfen.<sup>102</sup>

#### *aa) Aktuelle Klimaschutzpolitik und ihre Instrumente*

Für die laufende Periode gelten die EU-eigenen sog. „20-20-20-Ziele“<sup>103</sup> des Klima- und Energiepakts 2020: Bis zu diesem Jahr sollen die THG-Emissionen gegenüber dem Stand von 1990 um 20 % gesenkt werden, es sollen 20 % der Energie in der EU aus erneuerbaren Quellen stammen und die Energieeffizienz soll um 20 % verbessert werden.<sup>104</sup>

---

<sup>101</sup> BT-Drucks. 427/16, S. 33.

<sup>102</sup> Clément, *Droit européen de l'environnement*, 2. Aufl. 2012, S. 585, Punkt 4.

<sup>103</sup> Vgl. *Wissenschaftliche Dienste des Bundestags*, Aktuelle Klimaschutzziele auf internationaler, europäischer und nationaler Ebene, Az. WD 8-3000-009/18, S. 9.

<sup>104</sup> *Europäischer Rat*, Schlussfolgerungen des Vorsitzes des Europäischen Rates, Doku-

Für den darauffolgenden Zeitraum greift der EU-Rahmen für die Klima- und Energiepolitik bis 2030, welcher Grundlage für die INDC der EU ist.<sup>105</sup> Er führt die Ziele des Klima- und Energiepakts fort und sieht diesen gegenüber eine weitere Senkung der THG-Emissionen um 20 %, die Steigerung der Strommenge aus erneuerbaren Quellen sowie eine Verbesserung der Energieeffizienz um jeweils 7 % vor.

In diesen beiden Klimaplänen sind sekundärrechtliche Klimaschutzakte gebündelt.<sup>106</sup> Sie können aufgrund ihrer Vielzahl und Komplexität hier nur überblicksartig behandelt werden. Grundsätzlich ist zwischen den Sektoren des Treibhausgas-Emissionszertifikate-Handels (TEH) und sonstigen Sektoren zu unterscheiden. Beide Bereiche umfassen jeweils ca. 50 % der EU-weiten THG-Emissionen.<sup>107</sup>

#### (1) TEH-Sektoren

Das System des TEH besteht seit der Richtlinie zur Erfüllung der Reduzierungspflichten aus dem Kyoto-Protokoll seit 2003.<sup>108</sup> Es fußt auf dem Verursacherprinzip, wonach derjenige, der die Umwelt belastet, die Kosten für die Beseitigung des Umweltschadens tragen muss, vgl. Art. 191 Abs. 2 S. 2 AEUV.<sup>109</sup> Für einen bestimmten Zeitraum (Handelsperiode) wird die Menge der EU-weiten THG-Emissionen festgelegt (*cap*).<sup>110</sup> Betreiber der dem TEH-System unterfallenden Anlagen erhalten bzw. ersteigern für jede Handelsperiode sog. THG-Berechtigungen (Zertifikate). Ein Zertifikat entspricht gemäß Art. 3 lit. a RL 2003/87 einer Tonne CO<sub>2</sub>. Jeder Betreiber darf nur in dem Umfang THG in dem Handelssystem emittieren, wie er Zertifikate vorweisen kann. Die Zertifikate können auf dem Markt gehandelt werden (*trade*). Der Preis bestimmt sich nach Angebot und Nachfrage.<sup>111</sup> Neben Anlagen der energieinten-

---

ment 7224/1/07, Nr. 6, 7, 32.

<sup>105</sup> *Europäischer Rat*, Schlussfolgerungen zum Rahmen für die Klima- und Energiepolitik bis 2030, Dokument SN 79/14, Nr. 2.

<sup>106</sup> *Bogojenić* (Fn. 97), S. 675.

<sup>107</sup> *Epiney* (Fn. 91), 9. Kap. Rn. 14.

<sup>108</sup> RL 2003/87/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 13.10.2003 über ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Gemeinschaft und zur Änderung der RL 96/61/EG des Rates, ABl. EG 2003, Nr. L 275/32.

<sup>109</sup> *Kreuter-Kirchhof*, Klimaschutz durch Emissionshandel? Die jüngste Reform des europäischen Emissionshandelssystems, *EuZW* 2017, 412 (418); im frz. Sprachgebrauch *principe pollueur-payeur*, vgl. *Romi*, *Droit de l'environnement*, 9. Aufl. 2016, Rn. 69.

<sup>110</sup> *Kreuter-Kirchhof* (Fn. 109), S. 413 f.

<sup>111</sup> Die Funktionsweise des TEH im Überblick erklärt bei *Jans/Vedder*, *European Environmental Law*, After Lisbon, 4. Aufl. 2012, S. 434-440; ebenso *Epiney* (Fn. 91), Kap. 9 Rn. 10-15.

siven Industrie und der Energiewirtschaft nimmt auch der europäische Luftverkehr<sup>112</sup> am TEH teil. Nach der Grundidee soll damit ein wirtschaftlicher Anreiz für THG-Einsparungen gesetzt werden: Wer weniger emittiert, kann mehr Zertifikate auf dem Markt verkaufen, bzw. muss weniger Zertifikate ersteigern.

## (2) Weitere Sektoren

Die Sektoren außerhalb des TEH (z. B. der Verkehrssektor) werden durch eine Vielzahl unterschiedlicher Rechtsakte geregelt,<sup>113</sup> welche auf die Festlegungen der EU-Lastenteilungs-Entscheidung (*burden sharing agreement*)<sup>114</sup> ausgerichtet sind. Maßgeblich für den Zeitraum bis 2020 ist dafür eine Entscheidung des Europäischen Parlaments und des Rates von 2009.<sup>115</sup> Nach dessen Art. 3 Abs. 1 muss jeder Mitgliedstaat seine THG-Emissionen bis zum Jahr 2020 unter einem in Anhang II individuell festgesetzten Prozentsatz gegenüber 2005 halten. Für Frankreich und Deutschland bedeutet dies eine Reduktionspflicht von jeweils 14 Prozent. Andere Mitgliedstaaten (z. B. Bulgarien) können ihren THG-Ausstoß indessen erhöhen. Dies gilt als Ausdruck innereuropäischer Solidarität.<sup>116</sup> Zugleich wird hieran deutlich, wie zwischen den Mitgliedstaaten EU-intern eine Differenzierung zur Erreichung der einheitlichen INDC aus dem PÜ möglich ist. Für die Periode 2021-2030 haben EU-Parlament und Rat Ende Mai 2018

---

<sup>112</sup> RL 2008/101/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 19.11.2008 zur Änderung der RL 2003/87/EG zwecks Einbeziehung des Luftverkehrs in das System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Gemeinschaft; ABl. EU 2009, Nr. L 8/3.

<sup>113</sup> Z. B. im Bereich erneuerbare Energien: RL 2009/28/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 23.4.2009 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen und zur Änderung und anschließenden Aufhebung der RL 2001/77/EG und 2003/30/EG, ABl. EG 2009, Nr. L 140/16; Energieeffizienz und Emissionsbeschränkung: VO 2009/443/EG v. 23.4.2009 zur Festsetzung von Emissionsnormen für neue Personenkraftwagen im Rahmen des Gesamtkonzepts der Gemeinschaft zur Verringerung der CO<sub>2</sub>-Emissionen von Personenkraftwagen und leichten Nutzfahrzeugen, ABl. EU, Nr. L 140/1 und RL 2009/33/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 23.4.2009 über die Förderung sauberer und energieeffizienter Straßenfahrzeuge, ABl. EU 2009, Nr. L 120/5 sowie RL 2010/30/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 19.5.2010 über die Angabe des Verbrauchs an Energie und anderen Ressourcen durch energieverbrauchsrelevante Produkte mittels einheitlicher Etiketten und Produktinformationen, ABl. EU 2010, Nr. L 153/1.

<sup>114</sup> Winkler (Fn. 79), S. 161.

<sup>115</sup> Entscheidung 406/2009/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 23.4.2009 über die Anstrengungen der Mitgliedstaaten zur Reduktion ihrer Treibhausgasemissionen mit Blick auf die Erfüllung der Verpflichtungen der Gemeinschaft zur Reduktion der Treibhausgasemissionen bis 2020, ABl. EU 2009, Nr. L 140/136.

<sup>116</sup> Jans/Vedder (Fn. 111), S. 433.

eine Verordnung verabschiedet.<sup>117</sup> Auch hier sind jedem Mitgliedstaat „verbindliche nationale Jahresziele“ vorgeschrieben. Frankreich und Deutschland müssen gemäß Art. 4 Abs. 1 i. V. m. Anhang I ihre THG-Emissionen bis zum Jahr 2030 gegenüber 2005 um 37 %, respektive 38 % verringern.

Nach dem jüngsten Bericht der EU-Kommission vom Dezember 2017 werden die Emissionen der EU im Jahr 2020 um 26 % unter den Emissionen des Jahres 1990 liegen. Sie liegt damit auch im Zeitplan, um ihre internationalen Verpflichtungen aus der zweiten Kyoto-Phase zu erfüllen.<sup>118</sup>

#### bb) Problematisierung der bisherigen Maßnahmen

Dennoch sind die Maßnahmen der EU nicht kritiklos geblieben. Mit Blick auf den Emissionshandel waren aufgrund der gedrosselten Wirtschaftsleistung im Zuge der Krisenjahre 2008 und 2009 deutlich weniger THG-Emissionen entstanden als erwartet. Damit befand sich eine große Menge an überschüssigen Zertifikaten auf dem Markt und die Preise verfielen. Wirksame Anreize zur Emissionsbegrenzung gab es somit keine mehr.<sup>119</sup>

Außerhalb des TEH-Systems bemängeln einige immer wieder die Bevorzugung des Verkehrssektors, der immerhin ein Viertel der EU-Emissionen ausmacht. Art. 5 Abs. 1 der RL 2009/33/EG sieht etwa vor, dass Betreiber öffentlicher Verkehrsmittel beim Kauf von Straßenfahrzeugen Energie- und Umweltauswirkungen der Fahrzeuge „berücksichtigen“. Die Mitgliedstaaten sind also lediglich zur Implementierung einer Berücksichtigungspflicht angehalten. Das führt bei öffentlichen Ausschreibungen nicht zwangsläufig dazu, dass umweltfreundliche Fahrzeuge angeschafft werden.<sup>120</sup> Die VO 443/2009/EG<sup>121</sup> über die Beschaffenheit von Neufahrzeugen steht in der Kritik, weil sie lediglich Emissionswerte,

---

<sup>117</sup> VO 2018/842/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 30.5.2018 zur Festlegung verbindlicher nationaler Jahresziele für die Reduzierung der Treibhausgasemissionen im Zeitraum 2021 bis 2030 als Beitrag zu Klimaschutzmaßnahmen zwecks Erfüllung der Verpflichtungen aus dem Übereinkommen von Paris sowie zur Änderung der VO 525/2013/EU, ABl. EU 2018, Nr. L 156/26.

<sup>118</sup> *Europäische Kommission* (Fn. 95), S. 6.

<sup>119</sup> *Kreuter-Kirchhof* (Fn. 109), S. 413, die auch auf den Entwurf der mittlerweile novellierten Richtlinie hinweist (RL 2018/410/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 14.3.2018 zur Änderung der RL 2003/87/EG zwecks Unterstützung kosteneffizienter Emissionsreduktionen und zur Förderung von Investitionen mit geringem CO<sub>2</sub>-Ausstoß und des Beschl. (EU) 2015/1814, ABl. EU 2018, Nr. L 76/3); zu dadurch entstandenen Wettbewerbsverzerrungen *Alves*, *Le marché, instrument de justice climatique (au sein) de l'UE?*, in: Michelot, *Justice climatique/climate Justice, Enjeux et perspectives/Challenges and perspectives*, 2016, S. 175 (183 f.).

<sup>120</sup> *Epiney* (Fn. 91), 9. Kap. Rn. 25.

<sup>121</sup> Das betrifft insbesondere die Regelung des Art. 4 der VO.

nicht aber die Motorleistung und den Kraftstoffverbrauch berücksichtigt.<sup>122</sup>

Schließlich werden einige Mitgliedstaaten, darunter Deutschland, ihre Klimavorgaben nicht erreichen.<sup>123</sup> Um nicht vertragsbrüchig zu werden, müssen sie Flexibilitätsmöglichkeiten nutzen und z. B. Emissionszertifikate von anderen Mitgliedstaaten erwerben, die ihre Ziele übererfüllt haben.<sup>124</sup> Bei aller Kritik lässt sich für den internationalen Klimaschutz auch Positives hervorheben: So ist zu beobachten, dass der Kommissionsvorschlag für die Periode 2021-2030 im Rat teilweise heftig umstritten war. Das deutet an, dass die Mitgliedstaaten die Rechtsqualität der Vorgaben der EU-Klimaschutzvorgaben als verbindlich einordnen, was mittelbar internationale Abkommen wie das PÜ effektiviert.<sup>125</sup>

### 3. Europäische Umsetzungsmechanismen außerhalb der EU

Neben der EU sind Frankreich und Deutschland in den Europarat und die Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (*Organisation for Economic Co-operation and Development*, OECD) eingebunden. Zudem sind sie Vertragsstaaten der sog. Aarhus-Konvention<sup>126</sup>.

#### a) EMRK als Instrument für den Klimaschutz?

Als Mitglieder des Europarats sind Deutschland und Frankreich der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)<sup>127</sup> unterworfen. Diese enthält zwar an keiner Stelle das Wort „Umwelt“, jedoch ist schon seit einigen Jahren in der Rechtsprechung des EGMR insbesondere zu Art. 8 EMRK, der dem Schutz des Familienlebens gewidmet ist, eine Orientierung an Umweltbelangen zu beobachten.<sup>128</sup> Dabei berufen sich Bürger oftmals auf verletzte Sorgfaltspflichten des Staates in der Handhabung von Umweltschäden, Lärmbelastung, aber auch Luftverschmutzung. Erfolgreich war im Jahr 1994 z. B. die Klage eines Spaniers, der ein staatliches Versäumnis darin sah, Abgase einer Industrieanlage nicht

---

<sup>122</sup> *Epiney* (Fn. 91), 7. Kap. Rn. 144; zudem werden LKW und bereits im Verkehr befindliche PKW nicht berücksichtigt, vgl. *Krämer*, *Droit de l'environnement de l'Union européenne*, 2011, S. 239 f.

<sup>123</sup> *Zaremba*, Deutschland verpasst auch Klimaziel der EU, *Der Tagesspiegel* v. 23.1.2018, abrufbar unter: <https://www.tagesspiegel.de/wirtschaft/co2-bilanz-deutschland-verpasst-auch-klimaziel-der-eu/20877780.html> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

<sup>124</sup> *Europäische Kommission* (Fn. 95), S. 7 f.

<sup>125</sup> *Saurer*, Klimaschutz global, europäisch, national – Was ist rechtlich verbindlich?, *NVwZ* 2017, 1574 (1578).

<sup>126</sup> Übereinkommen über den Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten v. 25.6.1998.

<sup>127</sup> Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten v. 4.11.1950.

<sup>128</sup> Einen Überblick bietet u. a. *Boyle*, *Human Rights and the Environment: Where Next?*, *EJIL* 2012, 613 (615 ff.).

ausreichend einzudämmen.<sup>129</sup> Nicht zulässig war dagegen 2009 die Klage des Vereins *Greenpeace e.V.* Dieser wollte festgestellt wissen, dass deutsche Behörden Menschenrechte dadurch verletzen, indem sie keine wirksamen Maßnahmen gegen schädliche Dieselausgasungen in deutschen Städten ergreifen.<sup>130</sup> Ein Bezug zu internationalem Klimaschutz kann hier nur indirekt ausgemacht werden. Beachtet man aber die Pflichten, die der *EGMR* den Staaten gegenüber seinen Bürgern auferlegt, namentlich Informations- und Aufklärungspflichten,<sup>131</sup> so bildet diese Rechtsprechung zumindest einen Baustein für einzelne Akteure, Schäden am Mikro- oder Mesoklima zu rügen. Bedenkt man die aktuellen Zahlen der Weltgesundheitsorganisation, wonach jährlich weltweit sieben Millionen Menschen aufgrund von Luftverschmutzung sterben, ist nicht ausgeschlossen, dass sich solche Fälle mehren werden.<sup>132</sup> Der *EGMR* könnte die Staaten auf diese Weise mittelbar zu mehr Klimaschutz zwingen.

#### b) Standardsetzung durch die OECD

Meist sind es private Unternehmen, etwa der Energiebranche, die für die Emissionen direkt verantwortlich sind und nicht etwa der Staat unmittelbar.<sup>133</sup> Innerhalb der OECD haben die Mitgliedstaaten bereits vor Jahrzehnten Leitsätze für multinationale Unternehmen entwickelt, die 2011 überarbeitet wurden.<sup>134</sup> Sie enthalten neben allgemeinen Grundsätzen im 6. Kapitel auch Maßgaben zur Beachtung von Umweltbelangen. Des Weiteren ist die Einrichtung einer nationalen Kontaktstelle vorgesehen, bei der ein Verstoß gegen die Leitsätze gerügt werden kann. Die in Deutschland beim Wirtschaftsministerium angesiedelte Kontaktstelle hatte bisher über zwei Beschwerden zu Klimaschutzfragen zu entscheiden, in denen jeweils eine Nichtregierungsorganisation die Unternehmenspraxis von deutschen Firmen angriff.<sup>135</sup> Beide Beschwerden wurden mit

<sup>129</sup> *EGMR, López Ostra v. Spain*, Urt. v. 9.12.1994, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57905> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

<sup>130</sup> *EGMR, Entscheidung über die Zulässigkeit der Individualbeschwerde v. 2.5.2009*, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-92809&filename=001-92809.pdf&TID=> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

<sup>131</sup> *EGMR, Vilnes u. a. v. Norwegen*, Urt. v. 2.12.2013, § 235 abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-138597> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

<sup>132</sup> *WHO, Neuf personnes sur 10 respirent un air pollué dans le monde*, Pressemitteilung v. 2.5.2018, abrufbar unter: <http://www.who.int/fr/news-room/detail/02-05-2018-9-out-of-10-people-worldwide-breathe-polluted-air-but-more-countries-are-taking-action> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

<sup>133</sup> *Verbeyen/Zengerling, International Dispute Settlement*, in: *Oxford Handbook of international climate change law*, 2016, S. 417 (421).

<sup>134</sup> *OECD, Leitsätze für multinationale Unternehmen 2011*, abrufbar unter: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264122352-de> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

<sup>135</sup> *Nationale OECD-Kontaktstelle Deutschlands*, Stellungnahme v. 20.11.2007 zur Beschw. v. 7.5.2007, *Germanwatch e.V./Volkswagen AG* und Stellungnahme v. 15.3.2010

Verweis auf die Einhaltung nationalen Rechts durch die betreffenden Unternehmen abgelehnt.<sup>136</sup> Ohnehin sind die Leitsätze keine völkerrechtlichen Bestimmungen.<sup>137</sup> Obwohl die Fälle breite öffentliche Aufmerksamkeit erlangten, lassen sie nicht erkennen, dass sie einen Mechanismus zur wirksamen Förderung der Durchsetzung von internationalen Klimaabkommen bieten.

*c) Die Green-Access-Rights<sup>138</sup> der Aarhus-Konvention*

Wie im Falle des PÜ spricht man auch mit Blick auf die Aarhus-Konvention von einem *bottom-up*-Ansatz. Die Idee entspricht prinzipiell der des *EGMR* in seiner Rechtsprechung. Jedoch sind es hier die Staaten selbst, die sich international verpflichten, ihren Bürgern Zugang zu Informationen, Auskünften und Rechtsschutz in Umweltangelegenheiten zu gewähren.<sup>139</sup> Es handelt sich um prozedurale Garantien, die einer weitaus größeren Öffentlichkeit zukommen können,<sup>140</sup> als die subjektiven Rechte der EMRK, bei der die Kläger für die Zulässigkeit einer Klage stets ihre persönliche Betroffenheit nachweisen müssen.

Die Aarhus-Konvention hat auf diese Weise die europäische Gesetzgebung stark beeinflusst.<sup>141</sup> Sie dient nicht genuin dem Klimaschutz. Dennoch befähigt sie Einzelne und gesellschaftliche Gruppen, staatliches Handeln im Bereich des Klimaschutzes kritisch zu begleiten. In diesem Zusammenhang ist die Rede von Umweltdemokratie.<sup>142</sup>

## II. Die Umsetzung auf nationaler Ebene

Bei der nun folgenden Auseinandersetzung mit der nationalen Umsetzung des PÜ ist es zunächst notwendig, den landesspezifischen Kontext transparent zu machen (1.). Sodann stehen die Rechtsquellen im Fokus (2.), um zuletzt den rechtspolitischen Diskurs in Deutschland und Frankreich zu betrachten (3.).

---

zur Beschw. v. 29.10.2009, siehe unter: [https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/A/abgelehnte-beschwerden-der-nationalen-kontaktstelle.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=5](https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/A/abgelehnte-beschwerden-der-nationalen-kontaktstelle.pdf?__blob=publicationFile&v=5) (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

<sup>136</sup> *Verbeyen/Zengerling* (Fn. 133), S. 426.

<sup>137</sup> *Ebd.*, S. 425; *OECD* (Fn. 134), S. 3.

<sup>138</sup> Begriff nach *Okubo*, *Climate Change Litigation: A Global Tendency*, in: *Ruppel/Ruppel-Schlichting, Climate Change: International Law and Global Governance*, Vol. 1: *Legal Responses and Global Responsibility*, 2013, S. 741 (742).

<sup>139</sup> Vgl. Art. 4, 6-8 und 9 Aarhus-Konvention.

<sup>140</sup> Vgl. nur Voraussetzungen der „betroffenen Öffentlichkeit“ in Art. 2 Abs. 5 Aarhus-Konvention.

<sup>141</sup> Zum Einfluss der Aarhus-Konvention auf die EU-Gesetzgebung *Saurer* (Fn. 125) S. 1577.

<sup>142</sup> *Environmental democracy* bei *Mason*, *Information Disclosure and Environmental Rights: The Aarhus Convention*, *GEP* 2010, 10 (26).

## 1. Ausgangssituation

### a) Unterschiede aufgrund monistischer/ dualistischer Tradition?

Die Ratifikation des PÜ setzte verfassungsrechtlich sowohl in Deutschland als auch in Frankreich ein innerstaatliches Zustimmungsverfahren voraus: Nach Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG geschah dies durch ein Zustimmungsgesetz von Bundestag und Bundesrat.<sup>143</sup> Ebenso verabschiedeten die französische Nationalversammlung und der Senat ein Ermächtigungsgesetz zur Ratifikation des PÜ durch den Präsidenten.<sup>144</sup> Letzteres war wegen Art. 53 Var. 4 der französischen Verfassung (frz. *Constitution Française*, CF) einerseits notwendig, da das Abkommen finanzielle Verpflichtungen für die Vertragsstaaten vorsieht. Zum anderen erfordert die Ratifikation gemäß Art. 53 Var. 5 CF eine gesetzliche Ermächtigung, sofern *dispositions de nature législative* geändert werden. Das PÜ tut dies, indem es *principes fondamentaux de la préservation de l'environnement* i. S. d. Art. 34 CF aufstellt, welche nur Gesetze regeln können.<sup>145</sup>

Im Falle des PÜ zeigt sich damit exemplarisch, dass die Unterschiede zwischen einer eher monistischen Verfassungstradition in Frankreich und einem „gemäßigten Dualismus“<sup>146</sup> in Deutschland verwischen.<sup>147</sup>

Zur grundsätzlichen Frage des Ranges völkerrechtlicher Verträge in den nationalen Verfassungsordnungen bestehen zwischen Deutschland und Frankreich Unterschiede, die aber im Ergebnis die rechtliche Umsetzung des PÜ nicht nennenswert beeinflussen.<sup>148</sup> Ohnehin sind die Pflichten Deutschlands und Frankreichs aus dem PÜ weitestgehend europarechtlich aufgeladen, da sich die

<sup>143</sup> Gesetz zu dem Übereinkommen von Paris vom 12. Dezember 2015 vom 28. September 2016, BGBl. 2016 II Nr. 26, S. 1082.

<sup>144</sup> Loi no. 2016-786 du 15 juin 2016 autorisant la ratification de l'accord de Paris adopté le 12 décembre 2015. JORF n° 0139 du 16 juin 2016 texte n° 1.

<sup>145</sup> Rapport de l'Assemblée Nationale 2016, S. 31.

<sup>146</sup> Begriff bei *v. Arnould* (Fn. 7), Rn. 518.

<sup>147</sup> *Petersen*, Determining the Domestic Effect of International Law through the Prism of Legitimacy, *ZaöRV* 2012, 223 (256 ff.); *Wendel*, in: Marsch/Villain/Wendel, *Französisches und deutsches Verfassungsrecht, Ein Rechtsvergleich*, 2015, § 8 Rn. 13.

<sup>148</sup> So erlangen völkerrechtliche Verträge in Frankreich nach Art. 55 CF höhere Rechtskraft als einfache Gesetze, was nach dem französischen Verfassungsrat (frz. *Conseil constitutionnel*, CC) von den Fachgerichten sicherzustellen ist, CC, 12 mai 2010, n° 2010-605 DC, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, Rn. 11; demgegenüber haben sie nach dem deutschen GG gemäß Art. 59 Abs. 2 S. 1 formal die Form eines Bundesgesetzes. Das wiederum wird relativiert durch den Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des GG, nach dem selbst Verfassungsnormen allgemein völkerrechtskonform auszulegen sind, vgl. z. B. in Bezug auf Art. 20 Abs. 1 GG: BVerfGE 63, 343 (370).

Erfüllung ihrer NDC nach europäischen Maßgaben richtet.<sup>149</sup>

*b) Emissionen der beiden Länder im Vergleich*

Der große Abstand bei den Pro-Kopf-Emissionen beider Länder lässt sich aufgrund unterschiedlicher Formen der Energiegewinnung erklären: Im Jahr 2012 erzeugte der Energiesektor den mit Abstand größten Anteil von THG in beiden Staaten (83,7 % in Deutschland und 71,9 % in Frankreich).<sup>150</sup> Darunter fallen auch die Bereiche Stromproduktion und Verkehr. In Deutschland war erstere für fast die Hälfte der Emissionen im Energiesektor verantwortlich, während der Verkehrssektor ca. 20 % ausmachte. In Frankreich hingegen lag der Anteil der Stromproduktion lediglich bei 15 Prozent. Den größten Anteil machte hier der Verkehr mit annähernd 40 % aus. Im Jahr 2016 produzierten Atomkraftwerke über 70 % des Stroms in Frankreich. Erneuerbare Energien trugen ca. 18 % bei, während lediglich 1,4 % aus Kohle gewonnen wurde.<sup>151</sup> Anders in Deutschland: Hier machten erneuerbare Energien etwa ein Drittel der Stromproduktion aus, worauf Braun- (22 %) bzw. Steinkohle (16 %) und Kernenergie (12 %) folgten.<sup>152</sup>

Diese Zahlen bilden die energiepolitischen Grundentscheidungen der letzten Jahrzehnte in beiden Staaten ab, die noch näher zur Sprache kommen werden.<sup>153</sup> Zunächst sind aber die Quellen des nationalen Rechts für Klimaschutzmaßnahmen kursorisch zu identifizieren.

## 2. Rechtsquellen des nationalen Klimaschutzes

*a) Klimaschutz in der Verfassung?*

In den Verfassungen beider Staaten finden sich Anhaltspunkte für Pflichten des Staates in Bezug auf die Umwelt. Von besonderer Bedeutung ist dabei das

---

<sup>149</sup> Siehe dazu oben **C. I. 1. a)**.

<sup>150</sup> UN-Klimasekretariat, Summary of GHG Emissions for Germany, 1990-2012, abrufbar unter: [https://unfccc.int/files/ghg\\_emissions\\_data/application/pdf/deu\\_ghg\\_profile.pdf](https://unfccc.int/files/ghg_emissions_data/application/pdf/deu_ghg_profile.pdf) (zuletzt abgerufen am 17.12.2018); Summary of GHG Emissions for France, 1990-2012, abrufbar unter: [https://unfccc.int/files/ghg\\_emissions\\_data/application/pdf/fra\\_ghg\\_profile.pdf](https://unfccc.int/files/ghg_emissions_data/application/pdf/fra_ghg_profile.pdf) (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

<sup>151</sup> Réseau de Transport d'Électricité (RTE) France, Anteil der Energieträger an der Stromerzeugung in Frankreich im Jahr 2016, in: Statista – Das Statistik-Portal, abrufbar unter: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/182173/umfrage/struktur-der-bruttostromerzeugung-in-frankreich/> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

<sup>152</sup> BDEW, Anteil der einzelnen Energieträger an der Nettostromerzeugung in Deutschland im Jahr 2016, in: Statista – Das Statistik-Portal, abrufbar unter: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/75405/umfrage/stromerzeugung-in-deutschland-seit-2008/> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

<sup>153</sup> Siehe dazu unten **C. II. 3.**

Nachhaltigkeitsprinzip, welches in Art. 20a GG „als Verantwortung für zukünftige Generationen“ anklingt.<sup>154</sup> Auf französischer Seite wird in der seit 2005 mit Verfassungsrang<sup>155</sup> geltenden Umweltcharta die Wichtigkeit des Vorsorgeprinzips (*principe de précaution*)<sup>156</sup> betont. Außerdem werden in Art. 6 die *politiques publiques* der Förderung nachhaltiger Entwicklung verpflichtet. Wenngleich damit in beiden Ländern der Staat grundsätzlich zu Klimaschutzmaßnahmen angehalten sein wird, ergeben sich daraus (bisher jedenfalls)<sup>157</sup> diesbezüglich keine genauen Vorgaben.

*b) Klimaschutz im einfachen Recht*

Weder in Deutschland noch in Frankreich gibt es ein landesweit einheitliches Klimaschutzgesetzbuch. Das mag praktisch in der Überschneidung verschiedener Regelungszwecke begründet liegen. Neben dem Klimaschutz begünstigt zum Beispiel der verringerte Ausstoß gewisser THG auch die menschliche Gesundheit.<sup>158</sup>

Da das Gros der Emissionen im Energiesektor entsteht, behandeln einige das Klimaschutzrecht im Zusammenhang mit (Umwelt-) Energierecht,<sup>159</sup> obgleich sich freilich nicht alle Klimaschutzmaßnahmen auf den Energiesektor beziehen und das Energierecht nicht nur den Klimaschutz im Blick hat.<sup>160</sup> Der französische Code de l'énergie schreibt die Klimaziele des Landes gesetzlich fest, Art. L100-4. Dazu gehören u. a. die Minderung der THG-Emissionen um 40 % bis 2030 im Vergleich zu 1990 (Nr. 1), die Verringerung des Anteils der Atomenergie an der Stromproduktion auf 50 % bis 2025 (Nr. 2) sowie weitere Ziele wie die Erhöhung des Anteils erneuerbarer Energien am Strommix bis 2025 auf 23 % (Nr. 4). Die Vorschrift des Art. L222-1 A des Code de l'environnement flankiert diese *objectifs de la politique énergétique*, indem sie alle fünf Jahre den Erlass eines Dekrets zur Festsetzung einer jährlichen Emissionsobergrenze

---

<sup>154</sup> BVerfGE 118, 79 (110).

<sup>155</sup> Décision n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, Rn. 18.

<sup>156</sup> Dazu bereits oben **B. II. 1.**

<sup>157</sup> Die dt. Literatur diskutiert teilweise eine am Vorbild der Schuldenbremse gemäß Art. 109 Abs. 3 orientierte Verankerung von Emissionshöchstwerten im GG, vgl. *Groß*, Klimaschutzgesetz im europäischen Vergleich, ZUR 2011, 171(177).

<sup>158</sup> So enthält der frz. Code de l'environnement neben Bestimmungen zum Klimaschutz – dazu sogleich – in Art. L222-9 die an die Regierung gerichtete Vorschrift zur Aufstellung eines Plan national de réduction des émissions de polluants atmosphériques, der ausdrücklich erlassen wird „[a]fin d'améliorer la qualité de l'air et de réduire l'exposition des populations aux pollutions atmosphériques“ – und damit nicht zum Klimaschutz.

<sup>159</sup> Vgl. z. B. bei *Schmidt/Kabl/Gärditz*, Umweltrecht, 10. Aufl. 2017, § 6 Rn. 1 ff.

<sup>160</sup> *Kloepfer* (Fn. 2), § 17 Rn. 24.

vorschreibt.<sup>161</sup> Aktuelle Schätzungen gehen davon aus, dass Frankreich diese im Jahr 2016 um 3,6 % verfehlt hat.<sup>162</sup>

Den deutschen Klimaschutzplan 2050 veröffentlichte das Regierungskabinett nach einem Beschluss im November 2016.<sup>163</sup> Die rechtliche Verbindlichkeit von derartigen Plänen ist im Einzelnen ungeklärt.<sup>164</sup> Jedenfalls entfalten sie aber keine Außenwirkung etwa für Unternehmen oder Bürger.<sup>165</sup> Die aktuellen deutschen Klimaziele bis 2020 werden aller Voraussicht nach verfehlt.<sup>166</sup>

Schon länger gibt es in Deutschland die Forderung nach einer gesetzlichen Festschreibung der Emissionsziele,<sup>167</sup> der der neue Koalitionsvertrag nun entspricht. Bis zum Jahr 2019 wollen die CDU/CSU und die SPD ein Gesetz verabschieden, „das die Einhaltung der Klimaschutzziele 2030 gewährleistet“, um „eine rechtlich verbindliche Umsetzung“ zu erreichen.<sup>168</sup> Dass der Staat Klimaziele trotz Kodifizierung nicht unbedingt effektiver umsetzt, zeigt der Vergleich mit Frankreich. Des Weiteren lässt ein Blick in die Klimaschutzgesetze einzelner Bundesländer nicht erwarten, dass zukünftig ein Verfehlen der Ziele Sanktionen nach sich ziehen könnte.<sup>169</sup>

---

<sup>161</sup> Aktuell: Décret n° 2015-1491 du 18 novembre 2015 relatif aux budgets carbone nationaux et à la stratégie nationale bas-carbone.

<sup>162</sup> *Ministère de la Transition écologique et solidaire*, Suivi de la Stratégie Nationale Bas-Carbone, Document 1/4, Indicateurs de résultats, Januar 2018, S. 4, abrufbar unter: [www.ecologie-solidaire.gouv.fr/sites/default/files/Indicateurs%20SNBC%20-%20résultats.pdf](http://www.ecologie-solidaire.gouv.fr/sites/default/files/Indicateurs%20SNBC%20-%20résultats.pdf) (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

<sup>163</sup> *Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit*, Klimaschutzplan 2050 – Klimaschutzpolitische Grundsätze und Ziele der Bundesregierung, November 2016, abrufbar unter: [https://www.bmu.de/fileadmin/Daten\\_BMU/Download\\_PDF/Klimaschutz/klimaschutzplan\\_2050\\_bf.pdf](https://www.bmu.de/fileadmin/Daten_BMU/Download_PDF/Klimaschutz/klimaschutzplan_2050_bf.pdf) (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

<sup>164</sup> Vgl. schon den Dissens bei *Erler/Obermeyer/Imboden/Thieme*, Das Grundgesetz und die öffentliche Gewalt internationaler Staatengemeinschaften, Der Plan als verwaltungsrechtliches Institut, Berichte und Aussprache zu den Berichten in den Verhandlungen der Tagung der deutschen Staatsrechtslehrer zu Erlangen vom 7. bis 9. Oktober 1959, *VVDStRL*, 1968, S. 113 ff.

<sup>165</sup> *Saurer* (Fn. 125), S. 1578.

<sup>166</sup> *Balser*, Aus 2020 wird 2030, *Süddeutsche Zeitung* v. 6.2.2018, abrufbar unter: <http://www.sueddeutsche.de/politik/klima-aus-wird-1.3856319> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

<sup>167</sup> Vgl. den Gesetzesentwurf der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen v. 5.6.2013, BT-Drucks. 17/13757.

<sup>168</sup> Koalitionsvertrag v. 12.3.2018, S. 141 Rn. 6651 ff.

<sup>169</sup> Z. B.: Gesetz zur Förderung des Klimaschutzes in Baden-Württemberg v. 23.7.2013, *GBL BW* 2013 S. 229; krit. zur Effektivität des NRW-Klimaschutzgesetzes *Thomas*, Klimaschutz auf Landesebene, *NVwZ* 2013, 679 (682), der ein Bundesklimaschutzgesetz für sinnvoller erachtet.

Bei alledem ist im deutschen wie im französischen Kontext fraglich, inwieweit die Bündelung der klimaschutzrelevanten Bundesgesetze in einem Klimaschutzgesetz mehr Übersichtlichkeit herstellen kann. Einerseits haben europarechtliche Bestimmungen, wie gesehen,<sup>170</sup> einen erheblichen Einfluss. Andererseits ist in Deutschland der Bund nicht allein für den Klimaschutz zuständig. Einen Bezug hierzu weisen verschiedene Gesetzeskompetenzen auf; im Bereich der ausschließlichen Gesetzgebungskompetenzen des Bundes etwa die Nutzung der Kernenergie, Art. 71, 73 Nr. 14 GG. Eine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz hat der Bund nach Art. 72 Abs. 1, 74 Abs. 1 Nr. 24 Var. 2 GG für die Luftreinhaltung bzw. nach Nr. 11 für das Recht der (Energie-)Wirtschaft inne. Letztere unterfällt dabei der Erforderlichkeitsklausel des Art. 72 Abs. 2 GG. Es ist gut möglich, dass gewisse Bereiche bei den Ländern verbleiben und damit eine bundesgesetzliche Kodifikation die Klimaschutzgesetzgebung nicht in Gänze abbilden könnte.<sup>171</sup>

In Frankreich definiert nicht ausschließlich die Zentralregierung die Klimaschutzmaßnahmen. Seit 2011 müssen gemäß Art. L229-25 Code de l'environnement neben größeren Unternehmen auch die Gebietskörperschaften (*collectivités territoriales*) mit mehr als 50.000 Einwohnern mindestens alle drei Jahre eine THG-Emissionsbilanz vorlegen. In diesen plan climat-air-énergie territorial (PCAET) sind neben der ausgestoßenen Menge von THG auch Maßnahmenpläne für die Emissionsbegrenzung enthalten. Dazu gehören Strategien zur Steigerung der Energieeffizienz und Kontrollverfahren.<sup>172</sup>

Nach einzelnen Sektoren quantifizierte Klimaziele existieren in beiden Staaten mit unterschiedlichen Verbindlichkeitsgraden, jedoch vergleichbarer – mangelhafter – Befolgung. Es wird deutlich, dass Klimaschutz beiderseits bisher als eines unter verschiedenen staatlichen Anliegen anzusehen ist, das in großer Abhängigkeit von politischer Prioritätensetzung steht.

### 3. Klimaschutzrecht als Ergebnis politischen Diskurses

Deshalb ist im Folgenden zumindest ein flüchtiger Blick auf die politischen Debatten in Deutschland und Frankreich zu werfen.

#### a) *Rechtspolitische Weichenstellungen im Bereich der Stromgewinnung*

In der Bundesrepublik Deutschland ist seit dem 29.3.1983 mit unterschiedlichen Namen durchgängig eine Partei im Parlament vertreten, welche schwer-

---

<sup>170</sup> Siehe dazu oben **C. I. 2.**

<sup>171</sup> Abweichungsmöglichkeiten betonen *Klinger/Wegener*, Klimaschutzziele in der Raumordnung, NVwZ 2011, 905 (907 ff.).

<sup>172</sup> *Malinrey*, Droit de l'environnement, 6. Aufl. 2016, S. 273 f.

punktmäßig umweltpolitische Themen ins Zentrum ihrer Arbeit rückt. Nicht zuletzt ihre Regierungsbeteiligung zwischen 1998 und 2005 hat wesentliche Weichen in der deutschen Energie- und Klimapolitik gestellt: In die Legislaturperiode ihrer ersten Regierungsbeteiligung fielen im Jahr 2000 die Verabschiedung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes, welches erstmals den Ökostromvorrang gesetzlich fest schrieb, und die gesetzliche Fixierung des Ausstiegs aus der Atomenergie.<sup>173</sup> In den Verhandlungen um eine sog. Jamaika-Koalition setzte sich Bündnis 90/Die Grünen Ende 2017 stark für einen baldigen Kohleausstieg ein.<sup>174</sup> Die Koalition kam letztlich nicht zustande.

Einen solchen Stellenwert haben grüne Parteien in Frankreich bisher nicht erlangt, obgleich das Umweltbewusstsein im Land hoch ist. Im Jahr 2015 waren 59 % der französischen Bevölkerung der Meinung, dass sich ihre Lebensweise ändern müsse, um den Treibhauseffekt einzudämmen.<sup>175</sup> In jenem Jahr verabschiedete das französische Parlament während der Präsidentschaft des Sozialisten *Hollande* das Gesetz „de transition énergétique pour la croissance verte“ mit den oben bereits geschilderten Klimazielen. Wie oben<sup>176</sup> erwähnt, sieht es auch eine Minderung des Anteils der Atomenergie vor, was öffentlich teils heftige Kritik erfahren hat und mittlerweile als nicht mehr umsetzbar gilt.<sup>177</sup> Für Frankreich war die friedliche Nutzung der Kernenergie lange Garant für Versorgungsautonomie und gleichzeitig Prestigeprojekt.<sup>178</sup> Während der Unfall von Tschernobyl (1986) für den deutschen Umweltminister *Jürgen Trittin* im Jahr 2002 (16 Jahre danach) den Hauptgrund für den Atomausstieg darstellte,<sup>179</sup>

---

<sup>173</sup> Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien sowie zur Änderung des Energiewirtschaftsgesetzes und das Mineralölsteuergesetzes v. 29.3.2000, BGBl. 2000 I Nr. 13, S. 305; Gesetz zur geordneten Beendigung der Kernenergienutzung zur gewerblichen Erzeugung von Elektrizität v. 22.4.2002, BGBl. 2002 I Nr. 26, S. 1351.

<sup>174</sup> *Bauchmüller*, Jamaika im Kohle-Dilemma, *Süddeutsche Zeitung* v. 9.10.2017, abrufbar unter: <http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/regierungsbildung-knackpunkt-kohle-1.3699740> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

<sup>175</sup> *Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie*, Les Chiffres Clés 2015 Climat, Air et Énergie, Grafik i37, S. 207, abrufbar unter: <https://www.ademe.fr/sites/default/files/assets/documents/chiffres-cles-climat-air-energie-8705-bd.pdf> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

<sup>176</sup> Siehe **C. II. 2.**

<sup>177</sup> *Institut de France - Académie des sciences*, La question de la transition énergétique est-elle bien posée dans les débats actuels?, abrufbar unter: [http://www.academie-sciences.fr/pdf/rapport/lpdv\\_190417.pdf](http://www.academie-sciences.fr/pdf/rapport/lpdv_190417.pdf) (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

<sup>178</sup> Noch heute wird die Atomkraft in der französischsprachigen Literatur als *énergie incontournable* (dt. etwa: alternativlose Energiequelle) bezeichnet, vgl. *Du Castel*, Transition énergétique et changement climatique, 2017, S. 24 f.

<sup>179</sup> *Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit*, Atomausstieg ist die konsequente Antwort auf Tschernobyl, Pressemitteilung 097/02 v. 25.4.2002, abrufbar unter: <https://www.bmu.de/pressemitteilung/neues-atomgesetz-tritt-in-kraft/>

änderte das Unglück die Energiepolitik in Frankreich trotz einiger Debatten nicht grundlegend.<sup>180</sup> Stattdessen setzten sich französische Politiker international lange Zeit dafür ein, die Atomkraft als erneuerbare Energiequelle anzuerkennen, was die Vertreter anderer EU-Staaten 2008 in den Verhandlungen zum europäischen Klimaschutzplan 2020 ablehnten.<sup>181</sup>

Nach der Fukushima-Katastrophe hat Deutschland 2011 den Atomausstieg endgültig besiegt<sup>182</sup> und in der Folge ist die Energiewende zu einem eigenen Rechtsbegriff zur Beschreibung des Übergangs eines Staates zur Stromproduktion aus erneuerbaren Quellen geworden.<sup>183</sup>

In Frankreich hielt man hingegen an der Atomenergie fest. Dies hat heute positive Folgen für die Emissionsbilanz, bedeutet aber nicht, dass das Land längerfristig nicht auch den Übergang zu anderen Stromquellen anvisiert.<sup>184</sup>

Beide, Frankreich und Deutschland, sehen sich als die Vorreiter im europäischen Klimaschutz.<sup>185</sup> Beide werden ihren ambitionierten Zielen dabei nicht immer gerecht und beide unterscheidet maßgeblich die Orientierung an unterschiedlichen Elektrizitätsquellen.

---

(zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

<sup>180</sup> Vgl. dazu den Rechtsstreit über vermeintliche Fehlinformationen der Öffentlichkeit durch den Strahlenschutzexperten *Pierre Pellerin*, dem der Satz in den Mund gelegt worden war: *Le nuage s'est arrêté à la frontière* (dt. etwa: Die (Nuklear-) Wolke machte an der Grenze halt.); vgl. Cass. Crim., 13 novembre 2012, n° 11-87.531, publié au bulletin.

<sup>181</sup> Rede des französischen Präsidenten *Sarkozy* am 24.9.2007 in New York: „*Il faut parler, du nucléaire comme de toutes les autres énergies renouvelables.*“ (dt. etwa: Wir müssen über Atomkraft reden, wie über alle anderen erneuerbaren Energien.), siehe unter: <http://dis.cours.vie-publique.fr/notices/077002818.html> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

<sup>182</sup> Nur wenige Monate nach der Verlängerung der Laufzeiten wurde das 13. Änderungsgesetz zum Atomgesetz vom 31.7.2011, BGBl. 2011 I Nr. 43, S. 1704 verabschiedet, das u. a. die sofortige Aussetzung des Betriebes mehrerer Atommeiler vorsah.

<sup>183</sup> Auch in EU-Dokumenten findet sich der Begriff, vgl. COM(2016) 860 final, S. 13.

<sup>184</sup> Vgl. oben das Ziel zur Reduktion des Anteils auf 50 Prozent, wobei dies voraussichtlich nicht eingehalten wird: *La République en Marche*, Concilier lutte contre le réchauffement climatique et engagements sur le nucléaire, abrufbar unter: <https://en-marche.fr/articles/actualites/baisser-le-nucl%C3%A9aire> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

<sup>185</sup> Im „Plan Climat“ des *Ministère de la Transition écologique et Solidaire*, abrufbar unter: [https://www.ecologique-solidaire.gouv.fr/sites/default/files/2017.07.06%20-%20Plan%20Climat\\_0.pdf](https://www.ecologique-solidaire.gouv.fr/sites/default/files/2017.07.06%20-%20Plan%20Climat_0.pdf) (zuletzt abgerufen am 17.12.2018) heißt es, Frankreich solle zur Nummer 1 einer *l'économie verte* (dt. grüne Wirtschaft) werden (S. 10); der *BMUB*, Klimaschutzplan 2050 (Fn. 163), S. 23, hebt den internationalen Einsatz Deutschlands für verbindliche Klimaziele hervor.

*b) Maßnahmen außerhalb der Stromgewinnung*

Neben dieser Grundsatzentscheidung gibt es klimaschutzdienliche Ansätze in einer Vielzahl von Bereichen. Meist sind sie auf Effizienzsteigerung etwa von Gebäuden<sup>186</sup> oder auf die Vermeidung klimaschädlichen Verhaltens beispielsweise der übermäßigen Ressourcenverschwendung<sup>187</sup> gerichtet, umfassen aber auch die Einspeicherung von THG im Erdboden durch sog. CO<sub>2</sub>-Sequestrierung<sup>188</sup> oder die Erhaltung natürlicher sog. Senken<sup>189</sup>. Die rechtlichen Instrumente sind dabei verschieden und reichen von Richtlinien bei der Neuanschaffung von Fahrzeugen<sup>190</sup>, Steueranreizen<sup>191</sup>, Informationspflichten<sup>192</sup> etc. Was *Romi* für das Umweltrecht allgemein feststellt, setzt sich im Klimaschutzrecht fort: Es greift ohne nachvollziehbare Ordnung verschiedene Rechtsgebiete auf, was den Juristen beim Versuch, sich einen Überblick zu verschaffen, an den Rand seiner Aufnahmekapazitäten treibt.<sup>193</sup> Dabei sind nicht alle Ansätze immer umsetzbar oder effektiv.

In Frankreich scheiterte 2010 ein prominenter Vorstoß, mit der Einführung einer Ökosteuer für LKW die Emissionen im Verkehrsbereich zu senken. Zwar gab der Staatsrat (frz. *Conseil d'Etat*, CE) in seiner Entscheidung vom 24.6.2011 grünes Licht für die Beauftragung des italienischen Unternehmens *Autostrade* zur Eintreibung der Abgaben an Mautstationen.<sup>194</sup> Nach einer großangelegten Protestaktion in der Bretagne wurde das Vorhaben jedoch noch vor Inkrafttreten aufgegeben.<sup>195</sup> Kritische Stimmen bemängeln, dass dies eine vergeudete Chance gewesen sei, auf diese Weise das Verursacherprinzip im Bereich des

---

<sup>186</sup> Gesetz zur Einsparung von Energie in Gebäuden, BGBl. 2005 I Nr. 56, S. 2684.

<sup>187</sup> Art. L541-1 Abs. 1 Nr. 5 Code de l'environnement schreibt Verbesserungen im Bereich der Wiederverwendung von Materialien im Wohnungsbau vor.

<sup>188</sup> Art. L229-31 code de l'environnement.

<sup>189</sup> Plan Climat (Fn. 185), Nr. 15.

<sup>190</sup> Art. L224-8 Code de l'environnement sieht vor, dass ab 2025 alle vom Staat neu angeschafften Fahrzeuge, die einen geringen Schadstoffausstoß haben bzw. Elektrofahrzeuge.

<sup>191</sup> Vgl. § 3b Kraftfahrzeugsteuergesetz, BGBl. 2002 I Nr. 71, S. 3818.

<sup>192</sup> Um das Umweltbewusstsein im Verkehrssektor zu wecken, ist in Art. 1431-3 des Code des transports seit 2015 vorgeschrieben, dass Verkehrsunternehmen ihren Kunden die THG-Menge einer jeden Fahrt anzeigen müssen.

<sup>193</sup> *Romi* (Fn. 109), Rn. 7 spricht gar von einem „*sentiment de suffocation chez les juristes*“ (dt. etwa: Erstickungsgefühl).

<sup>194</sup> CE, 24 juin 2011, n° 347720, *Ministre de l'Écologie, du Développement durable, des Transports et du Logement*, mentionné dans les tables du recueil Lebon.

<sup>195</sup> *Cabiten*, L'écotaxe suspendue au moins jusqu'en 2015, France Bleu v. 19.11.2013, abrufbar unter: <https://www.francebleu.fr/infos/economie-social/l-ecotaxe-suspendue-au-moins-jusqu-en-2015-1384849570> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

Verkehrssektors durchzusetzen.<sup>196</sup> Das Gesetz Grenelle 2 vom 12.7.2010 belässt es bei einer Ausrichtung der Höhe der Autobahnmautgebühren an der jeweiligen Emissionsklasse nach der Euro-Norm der Richtlinie 1999/62/EG.<sup>197</sup>

In Deutschland, wo der Verkehrssektor mit Blick auf die THG-Emissionen anteilig nicht so sehr wie in Frankreich ins Gewicht fällt, finden sich an verschiedenen Stellen planungsrechtliche Regeln, wie die von § 17 S. 2 des Bundesfernstraßengesetz (FStrG), wonach bei der Planfeststellung von Bauvorhaben die berührten „öffentlichen und privaten Belange einschließlich der Umweltverträglichkeit [...] zu berücksichtigen“ sind. In *concreto* werden dabei Aspekte des Mikro- und Mesoklimas in die rechtliche Abwägung einfließen können. Die Leistungsfähigkeit solcher Anknüpfungspunkte für den globalen Klimaschutz ist indessen fraglich. Die Verwaltungsbehörden dürften im Einzelfall kaum in der Lage sein, andere abwägungsrelevante öffentliche Belange in einen nachvollziehbaren Ausgleich mit Erwägungen zum komplexen Gesamtzusammenhang des Makroklimas zu bringen.<sup>198</sup>

Auch nicht zuletzt durch den sog. Abgasskandal in den Mittelpunkt gerückte Vorschläge zur Verschärfung von Vorschriften zum Erlass von Grenzwerten für Fahrzeuge (insbesondere in Innenstädten) mögen zur Verbesserung der Gesundheit oder des Mesoklimas beitragen, sind aber in ihrer Zielrichtung von Umsetzungsmaßnahmen des PÜ zu trennen.<sup>199</sup>

#### **D. Rechtsprechung als Garant der Einhaltung völkerrechtlicher Pflichten?**

Zuletzt ist fraglich, welche Rolle Gerichte in dem Umsetzungsprozess einnehmen können.

#### **I. Internationale und europäische Gerichte**

Das PÜ selbst enthält einen *Non-Compliance*-Mechanismus, der jedoch gemäß Art 15 Abs. 2 PÜ ausdrücklich „nicht Streitig angelegt und nicht auf Strafen ausgerichtet“ ist. Daneben findet sich in Art. 24 ein Verweis auf Art. 14 des UNFCCC, der eine Klage vor dem *IGH* zulässt. Bis dato hat der *IGH* keinen solchen Fall entschieden, obwohl er das einzige internationale Gericht mit einer generellen sachlichen Zuständigkeit ist, vgl. Art. 36 Abs. 1, 38 *IGH*-Statut.<sup>200</sup>

---

<sup>196</sup> *Prieur*, *Droit de l'environnement*, 7. Aufl. 2016, Rn. 883.

<sup>197</sup> Vgl. dazu Art. L119-7 Abs. 2 *Code voirie routière*.

<sup>198</sup> *Schmidt/Kabl/Gärditz* (Fn. 159), § 6 Rn. 38.

<sup>199</sup> Vgl. § 3 Abs. 1 der 39. Durchführungsverordnung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes (BGBl. 2010 I Nr. 41, S. 1065), wonach die Grenzwerte ausdrücklich dem Schutz der menschlichen Gesundheit dienen.

<sup>200</sup> Denkbar wären u. a. sowohl nicht bindende *Advisory Opinions*, auf Antrag von UN-

Neben der bereits oben<sup>201</sup> erwähnten Rechtsprechung des *EGMR* finden sich vereinzelt auch in anderen regionalen Menschenrechtsregimen Ansätze dafür, negative Umweltbeeinflussung als Menschenrechtsproblem zu interpretieren und daraus Schutzpflichten der Staaten abzuleiten.<sup>202</sup>

Der *EuGH* entschied bereits mehrfach Fälle, in denen Unternehmen mit Verweis auf ihre Grundrechte gegen europäische Rechtsakte zum Klimaschutz und deren nationale Umsetzung klagten.<sup>203</sup> Im Ergebnis bekräftigte der *Gerichtshof* die Bedeutung des Klimaschutzes, indem er die Klagen unter Verweis auf die Einschätzungsprärogative der Legislative abwies. Zugleich machte er etwa mit Blick auf den Gleichheitssatz deutlich, dass stets auch die wirtschaftlichen Folgen für die Betreiber gegenüber indirekten Konkurrenten anderer Sektoren in der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu berücksichtigen seien.<sup>204</sup> Bemerkenswerterweise ließ der *EuGH* erkennen, dass er die Union im Falle von Flugzeugemissionen grundsätzlich selbst dann als rechtsetzungsbefugt ansieht, wenn nur ein geringer Anteil der Flugzeit im europäischen Luftraum stattfindet.<sup>205</sup> Dies bietet nicht zuletzt für die eingangs dargestellte Problematik der Extraterritorialität von klimaschädigenden Aktivitäten und ihrer Zurechenbarkeit einen Lösungsansatz.<sup>206</sup>

Umgekehrt finden sich auch Beispiele dafür, wie der *EuGH* aus Sekundärrecht die Mitgliedstaaten dazu verpflichtet, etwa eigene Immissionsgrenzwerte mit Blick auf verletzte individuelle oder kollektive Rechte konsequenter durchzuset-

---

Organen sowie die Entscheidung über Rechtsstreite zwischen Staaten mit Blick auf Schadensersatz durch menschengemachten Klimawandel: *Verbeyen/Zengerling* (Fn. 133), S. 427.

<sup>201</sup> Siehe dazu **C. I. 3. a)**.

<sup>202</sup> *AKMR*, Entscheidung in der 30. Ordentlichen Sitzung v. 13.-27. Oktober 2001 – Nr. 155/96, *The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights/Nigeria*; vor dem interamerikanischen Menschenrechtsgerichtshof: *LAGHMR, Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador*, Urt. v. 27.6.2012 – Series C Nr. 245; zu den Perspektiven im asiatisch-pazifischen Kontext *Boer*, *Climate Change and Human Rights in the Asia-Pacific: a Fragmented Approach*, in: Quirico/Boumghar, *Climate Change and Human Rights*, 2015, S. 236 (255).

<sup>203</sup> *CE*, 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine*, n° 287110, publié au recueil *Lebon*.

<sup>204</sup> *EuGH*, Urt. v. 16.12.2008, C-127/07, *Arcelor Atlantique et Lorraine et autres ./.* *Premier ministre, Ministre de l'Écologie et du Développement durable, Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, Rn. 58 ff.; *CC*, 29 décembre 2009, n° 2009-599 DC, *Loi de finances pour 2010*.

<sup>205</sup> *EuGH*, Urt. v. 21.12.2011, C-366/10, *Air Transport Association of America ./.* *Secretary of State for Energy and Climate Change*, Rn. 129; die Bedeutung der Entscheidung hervorhebend *Clément*, (Fn. 102), S. 590, Punkt 16.

<sup>206</sup> Vgl. dazu oben **A. II. 1.**

zen.<sup>207</sup> Ähnlich wie in der Rechtsprechung vor internationalen Menschenrechtsgerichtshöfen ist dabei in letzteren Fällen bisher ein Bezug zum Mikro- und Meso-, nicht aber zum Makroklima feststellbar.

## II. Nationale Gerichte

Auch nationale Gerichte gehen in ihren Entscheidungen auf Klimaschutzbelange ein.

### 1. Zivilrechtliche Verfahren

Der Schutz des Makroklimas ist ausdrücklich Gegenstand eines prominenten Falls in den Niederlanden. Die gemeinnützige *Urgenda* Stiftung war vor einem *Zivilgericht in Den Haag* erstinstanzlich mit der Klage erfolgreich, den niederländischen Staat zur Einhaltung konkreter Emissionsminderungswerte zu verpflichten. Das *Gericht* sah die Stiftung und ihre Mitkläger zu Ansprüchen aus einer Norm des niederländischen Haftungsrechts berechtigt. Insbesondere verletze der Staat seine in der Verfassung niedergelegte Fürsorgepflicht, indem er seiner Verantwortung für den Klimawandel nicht gerecht wurde. Das *Gericht* argumentierte auch mit Bezügen zu internationalen Klimaschutzabkommen wie dem KP, ohne dabei aus diesen subjektive Ansprüche abzuleiten.<sup>208</sup> Relevant ist der Fall auch für Deutschland<sup>209</sup> und Frankreich<sup>210</sup>, da er dem Diskurs über Klagemöglichkeiten privater Verbände in den hiesigen Rechtsordnungen Aufwind verschafft hat.

Vor dem *OLG Hamm* ist derweil die Klage eines peruanischen Bauern gegen das Energieunternehmen *RWE* anhängig.<sup>211</sup> Das Abschmelzen eines Gletschers in den Anden bedroht seine Existenz. Berechnungen von Experten ergaben,

---

<sup>207</sup> *EuGH*, Urt. v. 25.7.2008, C-237/07, *Janecek* ./.. *Freistaat Bayern*; siehe zu dieser Entwicklung auch *Saurer/Purnbagen*, Klimawandel vor Gericht – Der Rechtsstreit der Nichtregierungsorganisation *Urgenda* gegen die Niederlande und seine Bedeutung für Deutschland, ZUR 2016, 16 (20).

<sup>208</sup> *Rechtbank Den Haag*, Urt. v. 24.6.2015 – Rs. C/09/456689, HA ZA 13-1396, Rn. 4.66, abrufbar unter: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBD HA:2015:7196> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018); dazu *de Graaf/Jans*, The Urgenda Decision: Netherlands Liable for Role in Causing Dangerous Global Climate Change, *JEnvL* 2015, 517 (517); im Oktober 2018 bestätigte das Revisionsgericht die Entscheidung, *Gerechtsbof Den Haag*, Urt. v. 9.10.2018 – Rs. C/09/456689/ HA ZA 13-1396, abrufbar unter: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:GHD HA:2018:2610> (zuletzt abgerufen: 17.12.2018).

<sup>209</sup> *Saurer/Purnbagen* (Fn. 207), S. 20 ff.

<sup>210</sup> *Tabau/Cournil*, Nouvelles perspectives pour la justice climatique, *RJE* 2015, 672 (677); grundsätzlich schon: *Boré*, Action collective et protection de l'environnement, in: Boskovic, *L'efficacité du droit de l'environnement*, 2010, S. 47 (47 ff.).

<sup>211</sup> *OLG Hamm*, ZUR 2018, 118 (118f.).

dass das *RWE* für 0,47 % der globalen CO<sub>2</sub>-Emissionen verantwortlich ist. Der Kläger, unterstützt von einer Nicht-Regierungsorganisation, verlangt festzustellen, dass die *RWE AG* anteilig die Kosten für künftige Schutzmaßnahmen tragen muss. Die Klage fußt im Wesentlichen auf dem Unterlassungsanspruch aus § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB. Mit der Eröffnung der Beweisaufnahme hat ein deutsches Gericht erstmals bejaht, dass prinzipiell ein privates Unternehmen für seinen Anteil an der Verursachung klimabedingter Schäden verantwortlich sein kann.

## 2. Verwaltungsrechtliche Verfahren

Das *OVG Berlin-Brandenburg* lehnte 2011 die Klage eines Gastronomiebetriebs auf Erteilung einer Genehmigung zum Aufstellen sog. Heizpilze ab. In der Begründung räumten die Richter dem öffentlichen Interesse am Klimaschutz den Vorrang gegenüber den wirtschaftlichen Belangen des Betreibers ein. Anhaltspunkte boten ihnen dafür Art. 20a GG und Art. 31 der Berliner Verfassung sowie Deutschlands völkerrechtliche Verpflichtungen zur Reduktion von CO<sub>2</sub>, denen der Einsatz von Gasheizungen im Freien erkennbar entgegenstehe.<sup>212</sup> Das *OVG* machte indess deutlich, dass die Ziele des KP kein subjektiv-öffentliches Recht auf die Reduktion von Treibhausgasen zu vermitteln vermögen.<sup>213</sup>

In Frankreich lehnte die *Cour administrative d'appel de Bordeaux* die Berücksichtigung von Bestimmungen des KP gegen die Rechtmäßigkeit eines Verkehrsprojekts im Großraum Bordeaux ab. Damit waren in erster Instanz Umweltorganisationen noch erfolgreich gegen eine Entscheidung des Verkehrsministeriums vorgegangen.<sup>214</sup>

Im Streit um die Verlängerung einer Bohrungserlaubnis zur Erdölförderung in der Gemeinde Pau begründete das französische Umweltministerium unter *Ségolène Royal* die Fristversäumnis zur Erteilung eines positiven Bescheids damit, dass sich die Rechtslage durch das Gesetz „de la transition énergétique pour la croissance verte“ und den Abschluss des PÜ geändert habe und einer grundsätzlichen Neubewertung bedürfe. Diese Argumentation lehnte wiederum die *Cour administrative d'appel de Bordeaux* ab. Die Bestimmungen des PÜ gäben keinerlei Anlass dazu, von der bisherigen Rechtslage abweichend eine Erlaubnis zu

<sup>212</sup> *OVG Berlin-Brandenburg*, Urt. v. 3.11.2011 – 1 B 65/10, Rn. 30 (juris).

<sup>213</sup> Ähnlich *HessVGH*, Urt. v. 21.8.2009 – 11 C 227/08.T, Rn. 1053 (juris); *VGH München*, Urt. v. 19.2.2014, BeckRS 2014, 47560.

<sup>214</sup> *CAA Bordeaux*, plén., 3 décembre 2008, Ministre des transports, de l'équipement, du tourisme et de la mer, n° 07BX00912.

verweigern.<sup>215</sup>

### E. Fazit

Die vorliegende Untersuchung kommt zu einer nüchterneren Einschätzung der Charaktermerkmale des Übereinkommens von Paris als *Fabius* bei seinem emotionalen Auftritt am Ende der COP 21. Der große Erfolg der Konferenz besteht darin, dass nahezu alle Staaten einen gemeinsamen Fixpunkt bestimmt haben, namentlich den Temperaturanstieg bis 2100 auf möglichst 1,5 °C und jedenfalls deutlich unter zwei Grad zu begrenzen.

„Gerechte, nachhaltige und ausgeglichene“ Ergebnisse wird es aber nur geben, wenn die Staaten größere Bereitschaft zeigen, etwas für den Klimaschutz zu tun, als sich „rechtlich verbindlich“ darauf zu verpflichten.<sup>216</sup> Dies haben die Staaten nämlich auf völkerrechtlicher Ebene – abgesehen von einigen prozeduralen Pflichten, die bereits kraft des PÜ unbestritten *hard law* darstellen – anders als *Fabius* es beschwört, nicht getan.

Methodisch ist der Rechtssetzungsprozess im Klimaschutz auf internationaler, europäischer wie auch auf nationaler und ggf. föderaler Ebene in zwei Schritte unterteilt:

Den Ausgang bilden erst sektorenspezifische Politiken vor allem in Form von Emissionsquoten. Dann gießt der Gesetzgeber diese Vorgaben – vielgestaltig und unterschiedlichste Rechtsgebiete adressierend – in konkrete Normen und Entscheidungen.<sup>217</sup> So werden Veränderungen ganzer Wirtschaftssysteme angebahnt, die diverse Komponenten umfassen: erneuerbare Energiequellen, neue Transportmittel, eine Änderung des Konsumverhaltens, Investitionen in emissionsarme Produkte etc.<sup>218</sup> Erforderlich ist dabei Differenzierung; rechtspolitisch entfaltet dies Dynamik. Beides ist im PÜ allein, anders als *Fabius* meint, wenn überhaupt nur in der erwähnten Zwei-Stufen-Methode vorgezeichnet.

Der Jurist oder die Juristin kann den Klimaschutz im Blick auf die verschiedenen Rechtssetzungsebenen nur in einer Querschnittsperspektive einfangen.<sup>219</sup>

---

<sup>215</sup> *CAA Bordeaux*, 6.2.2018, *Investaq Energie et Celtique Energie Limited*, n° 17BX01169, Erwägungsgrund 3.

<sup>216</sup> *Stoll/Krüger* (Fn. 58), 9. Abschn. Rn. 85.

<sup>217</sup> *Winter* (Fn. 12), S. 267 f.

<sup>218</sup> Vgl. *Romi* (Fn. 109), Rn. 264; weitere konkrete Maßnahmen benennen *Rockström/Gaffney/Rogelj/Meinshausen/Nakicenovic/Schellhuber*, A roadmap to rapid decarbonization, *Science* 2017, S. 1269 ff.

<sup>219</sup> *Schmidt/Kahl/Gärditz* (Fn. 159), § 6 Rn. 9; diese Einsicht findet sich mit dem Hinweis auf privat- wie öffentlich-rechtliche Fragestellungen auch in der französischsprachigen

Dabei zeigt sich die Rechtsprechung grundsätzlich offen, dem Klimaschutz in der Gesamtschau der einschlägigen Normen Geltung zu verschaffen. Die Lektüre der Entscheidungen führt aber auch zu der Einsicht, dass die Gesetzgeber Klimaschutzziele klarer konturieren müssen, damit diese einklagbar sind.<sup>220</sup>

Insgesamt mangelt es an einer Koordinierung der einzelnen Maßnahmen. Das zeigen Konstellationen wie jene, dass die nationale Förderung zum Ausbau erneuerbarer Energien in Teilen einen Bruch mit europäischem Beihilfenrecht darstellt.<sup>221</sup>

Die Notwendigkeit gemeinsamen Handelns betonte auch *Fabius* am Ende seiner Rede: Der Erfolg sei nur in greifbarer Nähe, wenn alle an einem Strang zögen.<sup>222</sup> Eingedenk der Verfehlung von Klimazielen durch die selbsterklärten Vorreiternationen, Deutschland und Frankreich, möchte man mit dem Ökonomen *Ernst Friedrich Schumacher* ergänzen: Eine Unze Handeln ist regelmäßig mehr wert als eine Tonne Theorie.<sup>223</sup>

---

Literatur, dazu *Schmidt/Kabl/Gärditz* (Fn. 159), § 6 Rn. 5 ff.

<sup>220</sup> v. *Arnauld* (Fn. 7), Rn. 902.

<sup>221</sup> Zum Beihilfenrecht: *Kreuter-Kirchhof* (Fn. 109), S. 418; zur Notwendigkeit einer kohärenten Umsetzungspraxis allgemein: *Strydom*, Some Perspectives on Global Governance, Judicial Review and Climate Change in: Ruppel/Ruppel-Schlichting, Climate Change: International Law and Global Governance, Vol. 1: Legal Responses and Global Responsibility, 2013, S. 687 (690 ff.).

<sup>222</sup> „Le succès est à portée de toutes nos mains réunies.“ – *Laurant Fabius*, Abschlussrede zur COP 21, siehe unter: <https://co.ambafrance.org/Discours-de-Laurent-Fabius-lors-de-la-cloture-de-la-COP-21> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

<sup>223</sup> Frei übersetzt nach *Schumacher*, Small is beautiful, 1973, S. 39; im englischen Original: „An ounce of practice is generally worth more than a ton of theory.“

Erik Tuchtfeld\*

## Das Recht auf Schutz der Privatsphäre im Cyberspace

### Abstract

Der Beitrag stellt das Mehrebenensystem des internationalen Menschenrechtsschutzes am Beispiel des Rechts auf Schutz der Privatsphäre im Cyberspace dar. Neben Normen des globalen Menschenrechtsschutzes werden Besonderheiten des regionalen Menschenrechtsschutzes anhand der EMRK sowie des Unionsrechts behandelt. Ein Schwerpunkt des Beitrags liegt dabei auf der Frage nach der Anwendbarkeit etablierter völkerrechtlicher Verträge im Bereich des Cyberspace. Problematisiert wird außerdem die Zurechnung der Handlungen privater Akteure zu Staaten. Ferner wird die EU-Datenschutzgrundverordnung als Beispiel für eine konkrete Ausformung der staatlichen Pflicht zum Schutz der Privatsphäre im Cyberspace vorgestellt. Abschließend werden Maßnahmen zur Verbesserung der tatsächlichen Durchsetzung des Rechts auf Privatsphäre im Cyberspace vorgeschlagen.

The paper presents the multi-level system of international Human Rights protection, using the right to privacy in cyberspace as an example. Beside norms of global human rights law, particularities of regional human rights law based on the ECHR as well as European Union law are addressed. One of the main focuses of this paper is the question of the applicability of established international treaties in the field of cyberspace. In addition, the attribution of the actions of private actors to states is problematized. Furthermore, the EU General Data Protection Regulation is introduced as an example of a concrete implementation of the state's obligation to protect privacy in cyberspace. Finally, measures are proposed to improve the actual enforcement of the right to privacy in cyberspace.

---

\* Der Verfasser studiert Rechtswissenschaft im siebten Fachsemester an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg und ist wissenschaftliche Hilfskraft am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht im Bereich von Prof. Dr. Armin von Bogdandy, M.A. Der Beitrag entstand als Seminararbeit im Sommersemester 2018 im Rahmen des Seminars „Völkerrecht im Cyberspace“ bei Prof. Dr. Anne Peters, LL.M. (Harvard).

## A. Einleitung

Nachdem *Edward Snowden* im Juni 2013 Dokumente über das weltweite Überwachungsprogramm des US-amerikanischen Geheimdienstes *NSA* veröffentlichte, hat die Sorge über den Zustand der Privatsphäre im Cyberspace neue Ausmaße angenommen. Die Dokumente haben gezeigt, dass die *NSA*, aber auch andere Geheimdienste, systematisch nahezu den gesamten Internetverkehr überwachen und detaillierte Profile einzelner Menschen angelegt haben. Heute, fünf Jahre später, ist immer noch unklar, inwieweit diese Praxis seitdem überarbeitet oder eingestellt wurde. Gleichzeitig hat der Cyberspace als Ort der privaten und öffentlichen Kommunikation weiter an Bedeutung gewonnen und bietet damit auch eine Vielzahl von Möglichkeiten, unkompliziert in die „digitale Privatsphäre“ von Menschen einzudringen.

Dieser Beitrag setzt sich auseinander mit dem Recht auf Schutz der Privatsphäre im Cyberspace. Cyberspace im Sinne dieses Beitrags ist der globale Datenraum Internet, in dem Informationen zur Verfügung gestellt und übertragen werden. Dies umfasst unter anderem das Bereitstellen und Abrufen von Webseiten sowie die Nutzung digitaler Kommunikationsdienste wie Emails oder anderer Online-Messenger. Zunächst wird die Gewährleistung dieses Rechts im internationalen Menschenrechtsschutz analysiert, insbesondere mit dem Fokus auf Fragen der (extra-territorialen) Anwendbarkeit der einschlägigen Menschenrechtsinstrumente (**B.**). Darauffolgend wird das Recht auf Privatsphäre im europäischen Menschenrechtsschutz beleuchtet, auch im Hinblick auf die Datenschutzgrundverordnung der Europäischen Union, die derzeit für viel Aufsehen sorgt (**C.**).

## B. Das Recht auf Privatsphäre im Cyberspace im internationalen Menschenrechtsschutz

Das Recht auf Schutz der Privatsphäre beschäftigt spätestens seit dem Ende des Zweiten Weltkriegs auch das Völkerrecht als Teil des internationalen Menschenrechtsschutzes.<sup>1</sup> Die Anwendung dieses Rechts im Cyberspace wirft besondere Fragen auf. „Der Cyberspace“ stellt einen permanent globalen Raum dar, dessen Regulierung deshalb auch in ganz besonderen Maßen völkerrechtlicher Vereinbarungen bedarf.

### I. Rechtsgrundlagen für das Recht auf Schutz der Privatsphäre

Das internationale Völkerrecht kennt (noch) keine expliziten, rechtsverbindlichen Verträge zum Recht auf Schutz der Privatsphäre im Cyberspace. Im Fol-

---

<sup>1</sup> *Schiedermair*, Der Schutz des Privaten als internationales Grundrecht, 2012, S. 59 ff.

genden werden daher zunächst die Rechtsgrundlagen für das allgemeine Recht auf Schutz der Privatsphäre vorgestellt, bevor im Weiteren das einschlägige, rechtlich nicht verbindliche *soft law*, wie bspw. Resolutionen der Generalversammlung der Vereinten Nationen (UN) und des UN-Menschenrechtsrates, dargestellt und auf die Besonderheiten der Anwendung und des Umfangs des Rechts auf Schutz der Privatsphäre im Cyberspace eingegangen wird.

### **1. Art. 12 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte**

Bereits in Art. 12 der am 10.12.1948 von der UN-Generalversammlung verabschiedeten Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte (AEMR) heißt es, dass „[n]iemand willkürlichen Eingriffen in sein Privatleben, seine Familie, seine Wohnung und seinen Schriftverkehr oder Beeinträchtigungen seiner Ehre und seines Rufes ausgesetzt werden“ darf. Art. 12 Abs. 2 AEMR manifestiert, dass jeder Mensch Anspruch auf Rechtsschutz gegen solche Eingriffe und Beeinträchtigungen hat. Die AEMR selbst ist kein rechtlich bindendes Dokument, die in ihr kodifizierten Rechte stellen jedoch teilweise schon zuvor existierendes oder nachträglich entstandenes Völkergewohnheitsrecht dar, welches als solches bindend ist.<sup>2</sup> Das in Art. 12 AEMR kodifizierte Recht umfasst neben dem Schutz des Privaten bzw. der Privatsphäre (Privatleben, Familie, Wohnung und Schriftverkehr) auch den Schutz der Persönlichkeit (Ehre und Ruf). Es ist ferner nicht nur ein reines Abwehrrecht, also ein Recht gegen staatliche Eingriffe, sondern gewährt auch explizit einen individuellen Anspruch auf rechtlichen Schutz gegen willkürliche Eingriffe (in das Privatleben) oder Beeinträchtigungen (der Persönlichkeit), die nicht zwingend staatlicher Natur sein müssen.<sup>3</sup> Die allgemeine Formulierung eines Anspruchs auf Rechtsschutz macht bereits in dieser ersten Kodifizierung des Rechts auf Schutz der Privatsphäre deutlich, dass es sich hierbei nicht nur um ein Recht handelt, welches das Verhältnis der Menschen zum Staat betrifft, sondern welches dem Staat Pflichten zur Durchsetzung des Rechts auch im Verhältnis von Privaten untereinander auferlegt.<sup>4</sup>

### **2. Art. 17 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte**

Hieran knüpft auch der nahezu wortgleiche Art. 17 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte (IPbPR) an. Dieser wurde am 16.12.

---

<sup>2</sup> Gesonderte Stellungnahme Vize-Präsident *Ammoun*, in: IGH, Gutachten v. 21.6.1971, *Namibia*, ICJ-Reports 1971, 67 (76); IGH, *United States of America v. Iran*, Urte. v. 24.5.1980, ICJ-Reports 1980, 3 (Rn. 91); *Herdegen*, Völkerrecht, 17. Aufl. 2018, § 47 Rn. 3.

<sup>3</sup> *Fassbender*, Menschenrechteerklärung, 2009, S. 107; *Ziemele*, Privacy, Right to, International Protection, MPEPIL, März 2009, Rn. 2.

<sup>4</sup> *Ziemele* (Fn. 3), Rn. 2.

1966 von der UN-Generalversammlung verabschiedet und trat am 23.3.1976, nachdem ihn 35 Staaten ratifiziert hatten, gemäß Art. 49 Abs. 1 IPbpR in Kraft. Als völkerrechtlicher Vertrag ist er für die derzeit 172 Vertragsstaaten<sup>5</sup> bindend.

Art. 17 IPbpR verbietet rechtswidrige und willkürliche Eingriffe in das Privatleben sowie den Schriftverkehr. Die ebenfalls geschützte Familie und Wohnung sind für das Recht auf Schutz der Privatsphäre im Cyberspace nicht von besonderer Bedeutung. Die Diskussion um Hasskommentare im Netz und ihrer Bekämpfung betrifft zwar auch den Anwendungsbereich des Schutzes der Ehre und des Rufs nach Art. 17 IPbpR, würde aber – insbesondere aufgrund ihrer Bezüge zur Meinungsfreiheit nach Art. 19 und dem Verbot der Hassrede nach Art. 20 IPbpR –<sup>6</sup> den Rahmen dieses Beitrags sprengen. Das Recht auf Privatsphäre im Sinne dieses Beitrags bezieht sich deshalb nur auf den Schutz des Privatlebens inklusive der persönlichen Kommunikation, nicht aber auf den Persönlichkeitsschutz im Sinne des Schutzes der Ehre und des Rufs.

Gemäß der Interpretation des UN-Menschenrechtsausschusses sollen staatliche Behörden ausschließlich Zugriff auf solche privaten Informationen erhalten, an deren Bekanntheit für die Behörden ein essenzielles gesellschaftliches Interesse besteht.<sup>7</sup> Der Schutz des Privatlebens umfasst auch den Datenschutz. So dürfen persönliche Informationen nicht ohne gesetzliche Grundlage gesammelt oder verarbeitet werden.<sup>8</sup> In Bezug auf die Sammlung durch staatliche Stellen zeigt sich hier die menschenrechtliche Dimension als Abwehrrecht, die Notwendigkeit einer gesetzlichen Grundlage für die Sammlung durch Private ist dagegen Ausfluss der staatlichen Schutzpflicht.<sup>9</sup> Zudem steht jeder Person ein Auskunftsanspruch gegenüber dem Verantwortlichen zu, ob und welche personenbezogenen Daten von ihr gesammelt wurden.<sup>10</sup> Der Schutz des „Schriftverkehrs“ (engl. *correspondence*) umfasst nicht nur das geschriebene Wort, sondern den Schutz der Vertraulichkeit und Integrität jeglicher Form der Kommunikation, die grundsätzlich keinen Überwachungsmaßnahmen ausgesetzt sein darf.<sup>11</sup>

---

<sup>5</sup> OHCHR, Status of Ratification, Stand: 1.12.2018, abrufbar unter: <http://indicators.ohchr.org> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

<sup>6</sup> Siehe zur Bedeutung sowie dem Zusammenspiel von Art. 19 und Art. 20 IPbpR im Kontext von Hassrede im Internet *Gagliardone/Gal/Alves/Martinez*, Countering Online Hate Speech, 2015, S. 19 ff.; zur Debatte im Rahmen der EMRK *Weber*, Manual on Hate Speech, 2009.

<sup>7</sup> UN-Menschenrechtsausschuss, CCPR General Comment No. 16, 8.4.1988, Rn. 7; *Schiedermaier* (Fn. 1), S. 90.

<sup>8</sup> UN-Menschenrechtsausschuss (Fn. 7), Rn. 10.

<sup>9</sup> *Ebd.*

<sup>10</sup> *Ebd.*

<sup>11</sup> *Ebd.*, Rn. 8.

Art. 17 IPbpR schützt sowohl vor staatlichen, als auch vor Eingriffen natürlicher oder juristischer Personen.<sup>12</sup> Dem Staat wird durch Art. 17 Abs. 2 IPbpR die Pflicht aufgegeben, wirksamen Rechtsschutz gegen Eingriffe in das Recht auf Privatleben einzurichten.<sup>13</sup> Dies gilt gleichermaßen für Eingriffe staatlicher wie auch privater Akteure.<sup>14</sup> Er hat u. a. dafür Sorge zu tragen (wenn auch mit weitem Spielraum), dass private Telekommunikationsunternehmen ausreichende Sicherheitsstandards einhalten, um die Vertraulichkeit der Kommunikation zu gewährleisten.<sup>15</sup> Es zeigt sich somit, dass das Recht auf Privatsphäre nicht nur negativ – als Abwehrrecht – Schutz vor staatlichen Eingriffen bietet, sondern aufgrund des Rechts auf „*protection of the law*“ vor Eingriffen eine positive Schutzpflicht des Staates im Bereich des horizontalen Verhältnisses Privater untereinander begründet wird.

### 3. *Soft Law* bezüglich des Rechts auf Schutz der Privatsphäre im Cyberspace

In den letzten Jahren haben die UN-Generalversammlung, der UN-Menschenrechtsrat und der vom Menschenrechtsrat eingesetzte Sonderberichterstatter zum Recht auf Privatsphäre<sup>16</sup> eine Vielzahl an Resolutionen und Berichten veröffentlicht, die als *soft law* die – in Teilen vertretene – Rechtsauffassung der Staatengemeinschaft darstellen und für die Entwicklung gewohnheitsrechtlicher Normen bzw. der Definition des Schutzbereiches des Rechts auf Privatsphäre relevant werden könnten. *Soft law* stellt, trotz seiner missverständlichen Bezeichnung, selbst kein bindendes Recht dar, kann aber als Initiator bei der Herausbildung bindender völkerrechtlicher Normen dienen oder als Rechtskenntnisquelle bei der Auslegung völkerrechtlicher Verträge Bedeutung gewinnen.<sup>17</sup>

Bereits in der ersten Resolution zum Thema „*right to privacy in the digital age*“, noch unter unmittelbarem Eindruck der Snowden-Veröffentlichungen zu den

---

<sup>12</sup> UN-Generalversammlung, Annotations on the Draft of International Covenants on Human Rights, 1.7.1955, A/2929, Chapter VI, Rn. 100 f.; UN-Menschenrechtsausschuss (Fn. 7), Rn. 1.

<sup>13</sup> Nowak, CCPR Commentary, 2. Aufl. 2005, Art. 17 Rn. 6 f.

<sup>14</sup> Ebd.

<sup>15</sup> Schiedermaier (Fn. 1), S. 74 f.

<sup>16</sup> Der *Special Rapporteur on the Right to Privacy* wurde durch Beschluss des Menschenrechtsrats v. 26.3.2015 (A/HRC/RES/28/16) für einen Zeitraum von drei Jahren eingesetzt. Das Amt hat seit Juli 2015 der Malteser Prof. *Joseph Cannataci* inne. Am 22.3.2018 wurde das Mandat um drei weitere Jahre verlängert, A/HRC/RES/37/2. Weitere Informationen über die Arbeit des Sonderberichterstatters, insbesondere auch seine Jahresberichte, sind abrufbar unter: <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Privacy/SR/Pages/SRPrivacyIndex.aspx> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

<sup>17</sup> v. Arnald, Völkerrecht, 3. Aufl. 2016, Rn. 277 f.; Herdegen, Völkerrecht, 17. Aufl. 2018, § 14 Rn. 5, § 20 Rn. 4.

Massenüberwachungsprogrammen der USA und anderer Staaten, zeigte sich die Generalversammlung „tief besorgt über die nachteiligen Auswirkungen, die das Überwachen [...], einschließlich des extraterritorialen Überwachens [...], auf die Ausübung und den Genuss der Menschenrechte haben können“ und forderte die Staatengemeinschaft auf, das Recht auf Privatheit zu achten und zu schützen sowie Maßnahmen zu ergreifen, um den Verletzungen dieser Rechte ein Ende zu setzen.<sup>18</sup> Diese Aufforderung wurde auch in einer weiteren Resolution nochmals bekräftigt.<sup>19</sup> Auch der Menschenrechtsrat der Vereinten Nationen behandelte das Thema in mehreren Resolutionen<sup>20</sup> und beschloss im März 2015 schließlich die Ernennung eines Sonderberichterstatters für das Recht auf Privatheit, der dem Menschenrechtsrat und der Generalversammlung einen jährlichen Bericht vorlegen soll<sup>21</sup> und inzwischen auch eine Vielzahl nationaler Gesetzgebungsverfahren mit Bezug zum Recht auf Privatsphäre kommentiert hat.<sup>22</sup> Von besonderer Bedeutung ist außerdem noch der von Generalversammlung in seiner ersten Resolution zu diesem Thema angeforderte Bericht der Hohen Kommissarin der UN für Menschenrechte.<sup>23</sup> Die Berichte und die Resolutionen werden an dieser Stelle nicht einzeln ausführlich dargestellt, weil sie – wie oben bereits dargestellt – als *soft law* selbst nicht rechtlich verbindlich sind. Da sie aber Anhaltspunkte für die Interpretation rechtlich verbindlicher Völkerrechtsnormen, wie Art. 17 IPbPR, bieten, wird auf sie im Folgenden immer wieder verwiesen werden.

## II. Besonderheiten im Cyberspace

Bei der Anwendung des Rechts auf Privatsphäre im Cyberspace gibt es einige Besonderheiten. Diese betreffen (1.) Abgrenzungsfragen, ab wann bereits – insbesondere bei der Auswertung von Metadaten – ein Eingriff in das Recht vorliegt, (2.) inwieweit aufgrund der globalen Gestalt des Cyberspace die einschlägigen Normen der Menschenrechtsverträge auch extraterritorial gelten und (3.) ob bei der Anwendbarkeit eine Unterscheidung zwischen Staatsbürgerinnen

---

<sup>18</sup> *UN-Generalversammlung*, The right to privacy in the digital age, 18.12.2013, A/RES/68/167.

<sup>19</sup> *UN-Generalversammlung*, The right to privacy in the digital age 18.12.2014, A/RES/69/166.

<sup>20</sup> *UN-Menschenrechtsrat*, The promotion, protection and enjoyment of human rights on the Internet, 26.6.2014, A/HRC/RES/26/13, sowie *UN-Menschenrechtsrat*, The right to privacy in the digital age, 26.3.2015, A/HRC/RES/28/16.

<sup>21</sup> Siehe hierzu Fn. 16.

<sup>22</sup> Siehe hierzu die Veröffentlichungen auf der Webseite des Sonderberichterstatters, abrufbar unter: <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Privacy/SR/Pages/CommentsLegislationPolicy.aspx> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

<sup>23</sup> *OHCHR*, The right to privacy in the digital age, 30.6.2014, A/HRC/27/37.

und Staatsbürgern auf der einen Seite und Ausländerinnen und Ausländern auf der anderen Seite zulässig ist.

## 1. Eingriffe

Art. 17 IPbPR schützt die Vertraulichkeit und Integrität jeglicher Form der Kommunikation und verbietet anlasslose Überwachung. Korrespondenz soll den Empfänger oder die Empfängerin erreichen, ohne dass sie in der Zwischenzeit geöffnet oder gelesen wurde.<sup>24</sup> Dies umfasst – auch wenn ihre Bedeutung in diesem Maße mit Sicherheit nicht von den Vertragsparteien vorhergesehen wurden – jedenfalls auch den Inhalt elektronischer Kommunikation.<sup>25</sup> Zu einer anderen Bewertung könnte man bei der Sammlung und Auswertung von Metadaten wie des Kontaktdatums des Empfängers, des Zeitpunkts der Kontaktaufnahme, des Aufenthaltsorts (bzw. der IP-Adresse) des Senders und ähnlichem, kommen, also solchen Daten, die keine unmittelbaren Informationen über den Inhalt der Kommunikation offenbaren.<sup>26</sup> Regelmäßig werden sie auch bei grundsätzlich verschlüsselter Kommunikation, da sich die Verschlüsselung hierbei auf den Inhalt bezieht, unverschlüsselt übertragen.<sup>27</sup> Durch die Sammlung einer größeren Menge an Metadaten lassen sich exakte Persönlichkeitsprofile anlegen, die Informationen über den persönlichen Lebensstil, Krankheiten oder den Umgang mit Drogen enthalten.<sup>28</sup> Der Schutz des Privatlebens nach Art. 17 IPbPR umfasst deshalb auch den Schutz vor der massenhaften Sammlung und Auswertung von Metadaten.<sup>29</sup> Gleiches gilt für die Überwachung des Surfverhaltens einer Person. Es handelt sich hierbei zwar nicht um Kommunikation zwischen Menschen, sondern nur um das Abrufen von Informationen. Durch die Analyse großer Datensätze (*Big Data Analysis*) von Informationen, die einzeln betrachtet noch vergleichsweise unproblematisch, vielleicht sogar unpersönlich, sind, können jedoch exakte Persönlichkeits-

---

<sup>24</sup> UN-Menschenrechtsausschuss (Fn. 7), Rn. 8

<sup>25</sup> Nowak (Fn. 13), Art. 17 Rn. 47.

<sup>26</sup> Meister, Was sind eigentlich Metadaten?, Heinrich-Böll-Stiftung, 22.7.2014, abrufbar unter: <https://www.boell.de/de/2014/07/22/was-sind-eigentlich-metadaten> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

<sup>27</sup> Ebd.

<sup>28</sup> Adler, What Metadata Reveals About You, The Century Foundation, 21.7.2016, abrufbar unter: <https://tcf.org/content/facts/what-metadata-reveals-about-you/> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

<sup>29</sup> OHCHR (Fn. 23), Rn. 19 f.; zustimmend Peters, Privacy, Rechtsstaatlichkeit, and the Legal Limits on Extraterritorial Surveillance, in: Privacy and Power: A Transatlantic Dialogue in the Shadow of the NSA-Affair, 2017, S. 145 (149 f.).

profile erstellt werden.<sup>30</sup> Deshalb handelt es sich auch bei der Überwachung des Internetverkehrs, der nicht der inter-personalen Kommunikation zuzuordnen ist, um Eingriffe in das Privatleben einer Person.

## 2. Extraterritoriale Anwendung des Rechts auf Schutz der Privatsphäre im Cyberspace

Gemäß Art. 2 Abs. 1 IPbPR sind die Vertragsstaaten verpflichtet, die im Pakt anerkannten Rechte zu achten und sie allen in ihrem Gebiet (engl. *territory*) befindlichen und ihrer Herrschaftsgewalt (engl. *jurisdiction*) unterstehenden Personen zu gewährleisten. Das Zusammenspiel und die Interpretation der beiden Bedingungen ist umstritten. Insbesondere bei der Anwendung im Cyberspace zeigen sich außerordentliche Probleme. Der Wortlaut des Art. 2 Abs. 1 IPbPR stellt auf den Aufenthaltsort der betroffenen Person ab. Es ist also nicht die Frage von Bedeutung, ob durch eine Maßnahme selbst Hoheitsgewalt ausgeübt wird, sondern ob die von der Maßnahme betroffene Person der Hoheitsgewalt des agierenden Staates untersteht.<sup>31</sup> Bei Überwachungsmaßnahmen im Cyberspace fallen der Aufenthaltsort des Individuums und der Ort der staatlichen Maßnahme aber regelmäßig auseinander. So griff bspw. die NSA zum einen (in Kooperation mit dem BND) auf Internetknotenpunkte in Deutschland,<sup>32</sup> zum anderen jedoch auch auf unter anderem in den USA gelegenen Servern von *Google*, *Microsoft* und anderen Unternehmen zu.<sup>33</sup> Von beiden Maßnahmen waren aber auch deutsche Staatsbürger, die sich nicht auf US-amerikanischem Territorium aufhielten, betroffen. Ob und ggf. inwieweit die Verpflichtung zur Beachtung und Gewährleistung des Rechts auf Privatsphäre trotzdem greift, ist umstritten. Es haben sich im Wesentlichen vier verschiedene Ansätze herausgebildet:

---

<sup>30</sup> *Fenwick*, Psychographics: How big data is watching you, Hult International Business School, 2.2018, abrufbar unter: <http://www.hult.edu/blog/psychographics-big-data-watching/> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

<sup>31</sup> *Talmon*, Der Begriff der "Hoheitsgewalt" in Zeiten der Überwachung des Internet- und Telekommunikationsverkehrs durch ausländische Nachrichtendienste, JZ 2014, 783 (785).

<sup>32</sup> *Benth*, BND und NSA: Ein neues Teil im Überwachungspuzzle, ZEIT Online, 26.6.2014, abrufbar unter: <https://www.zeit.de/digital/datenschutz/2014-06/bnd-da-tenweiterleitung-nsa-seit-2004> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

<sup>33</sup> *Ackermann*, Surveillance: US tech giants knew of NSA data collection, agency's top lawyer insists, The Guardian, 19.3.2014, abrufbar unter: <https://www.theguardian.com/world/2014/mar/19/us-tech-giants-knew-nsa-data-collection-rajesh-de> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

*a) Streng territorialer Ansatz*

Vor allem die USA vertreten, dass ein kumulatives Vorliegen beider Bedingungen notwendig sei, um den Geltungsbereich des IPbpR zu eröffnen. Ein Staat sei demnach nur zur Gewährleistung der Rechte des Paktes für diejenigen Personen verpflichtet, die sich innerhalb seines Staatsgebietes *und* unter seiner Herrschaftsgewalt befinden. Die US-amerikanische Regierung begründet diese Ansicht mit der Entstehungsgeschichte des IPbpR, bei der die amerikanische Vertreterin *Eleanor Roosevelt* deutlich machte, dass es nicht möglich sei, die Rechte des Paktes in komplexen Situation wie dem besetzten Deutschland zu garantieren.<sup>34</sup> Dieser Argumentation folgend lehnt die US-amerikanische Regierung bis heute die Anwendbarkeit der im IPbpR garantierten Rechte auf extraterritoriale Gefangenenlager oder Besatzungen fremden Territoriums ab.<sup>35</sup> Wendet man das Konzept auf Überwachungsmaßnahmen im Cyberspace an, gilt auch hier, dass der Schutz auf die Personen begrenzt, die sich in den USA aufhalten.<sup>36</sup> Für Menschen mit Aufenthaltsort außerhalb des US-amerikanischen Territoriums greift der Schutz dagegen nicht.

*b) Extraterritoriale Anwendung bei der Ausübung von Herrschaftsgewalt*

Diese Ansicht weisen u. a. der *IGH* und der UN-Menschenrechtsausschuss zurück. Hoheitsgewalt könne auch außerhalb des eigenen Staatsgebietes ausgeübt werden.<sup>37</sup> Art. 5 IPbpR verbiete es, Bestimmungen des Paktes auf eine Art und Weise auszulegen, in der sie dem Sinn und Zweck der im Pakt garantierten Rechte zuwiderlaufen.<sup>38</sup> Eine Auslegung von Art. 2 IPbpR, die Handlungen des Staates auf fremden Territorium erlaubt, welche ihm auf seinem eigenen Territorium verboten wären, sei deshalb unzulässig.<sup>39</sup> Die historische Auslegung von Art. 2 IPbpR unter Beachtung der *travaux préparatoires* mache deutlich, dass die konkrete Formulierung keinesfalls dafür gedacht war, Staaten von ihrer Verpflichtung zur Beachtung der Menschenrechte auf fremden Territorium zu ent-

<sup>34</sup> *UN-Wirtschafts- und Sozialrat*, Draft international covenant on human rights, 6.4.1950, E/CN.4/SR.138, Rn. 33 ff.

<sup>35</sup> *US-Bundesregierung*, Reply of the Government of the United States of America to the Report of the Five UNHCR Special Rapporteurs on Detainees in Guantánamo Bay, Cuba, 10.3.2006, International Legal Materials 2006, S. 742 (752 f.).

<sup>36</sup> So auch *Daskal*, Extraterritorial Surveillance Under the ICCPR ... The Treaty Allows It!, Just Security, 7.3.2014, abrufbar unter: <https://www.justsecurity.org/7966/extraterritorial-surveillance-iccpr-its-allowed> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

<sup>37</sup> *IGH*, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion v. 9.7.2004, ICJ-Reports 2004, 136 (Rn. 107 ff.).

<sup>38</sup> *UN-Menschenrechtsausschuss*, *Burgos*, Auffassung v. 29.7.1981, Nr. 52/1979, CCPR/C/OP/1, S. 88, Rn. 12.3.

<sup>39</sup> *Ebd.*

binden.<sup>40</sup> Das Ziel sei lediglich gewesen, dass sich Staatsbürgerinnen und Staatsbürger, die sich außerhalb ihres Heimatstaates aufhalten, nicht gegenüber ihrem Heimatstaat auf Rechte berufen können, zu deren Durchsetzung und Beachtung der Heimatstaat verpflichtet sei.<sup>41</sup> Dies führe dazu, dass „Gebiet“ und „Herrschaftsgewalt“ alternative Bedingungen seien.<sup>42</sup> Wann immer ein Mensch sich innerhalb des Staatsgebietes einer Vertragspartei des Paktes aufhält, sei der Staat demnach zur Achtung der im Pakt verbürgten Rechte verpflichtet. Aber auch außerhalb seines Territoriums greife diese Verpflichtung, sofern die Menschen dort seiner Herrschaftsgewalt unterstehen. Dies sei bspw. bei einer Besetzung oder unmittelbarer physischer Gewalt der Fall.<sup>43</sup>

Die Anwendung dieser Ansicht im Cyberspace führt in der Literatur zu unterschiedlichen Ergebnissen:

aa) Keine Anwendung von Herrschaftsgewalt im Cyberspace

In Bezug auf den Cyberspace vertreten u. a. *Paust* und *Talmon*, dass eine Besetzung oder die Anwendung unmittelbarer physischer Gewalt die einzigen Ausnahmen vom Prinzip der Territorialität seien. Sofern sich ein von Überwachung betroffenes Individuum nicht im Territorium des handelnden Staates aufhalte und keine der beiden Ausnahmen greife, unterliege es auch nicht der Hoheitsgewalt des Staates. Auch in einer digitalisierten zunehmend auch virtuellen Welt führe das reine Abhören von Personen zu keiner Beschränkung ihrer Handlungsmöglichkeiten und könne dementsprechend auch keine Form der (virtuellen) Kontrolle darstellen.<sup>44</sup> Dies führe dazu, dass die Rechte aus dem IPbPR nicht anwendbar seien.<sup>45</sup>

bb) Virtuelle Kontrolle im Cyberspace

*Peters* hält dem entgegen, es komme nicht auf den Ort der Menschenrechtsverletzung an, sondern darauf, ob eine Beziehung zwischen dem Individuum und dem Staat besteht.<sup>46</sup> Sie rekurriert dabei auf die Auffassung des UN-Menschen-

---

<sup>40</sup> *IGH*, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion v. 9.7.2004, ICJ-Reports 2004, 136 (Rn. 109).

<sup>41</sup> *Ebd.*

<sup>42</sup> So auch *Peters* (Fn. 29), S. 152.

<sup>43</sup> *IGH*, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion v. 9.7.2004, ICJ-Reports 2004, 136 (Rn. 111); *UN-Menschenrechtsausschuss, Burgos*, Auffassung v. 29.7.1981, Nr. 52/1979, CCPR/C/OP/1, S. 88, Rn. 12.3.

<sup>44</sup> *Paust*, Can You Hear Me Now?: Private Communication, National Security, and the Human Rights Disconnect, *Chicago Journal of International Law* 2015, 612 (625).

<sup>45</sup> *Talmon* (Fn. 31), S. 784 ff.

<sup>46</sup> *Peters* (Fn. 29), S. 152.

rechtsausschusses in *Burgos*, in dem es um die Entführung eines uruguayischen Staatsbürger in Buenos Aires, Argentinien durch den uruguayischen Geheimdienst ging.<sup>47</sup> Hier hat der Menschenrechtsausschuss festgehalten, dass eine Handlung, die auf eigenem Territorium aufgrund der Bestimmung des IPbPR unzulässig sei, auf fremden Territorium nicht erlaubt sein könne.<sup>48</sup> Entscheidend sei also nach *Peters*, ob eine tatsächliche, kausale Verknüpfung (engl. *factual causal link*) zwischen dem Staat und der Menschenrechtsverletzung bestehe, um seine Verantwortung für den Schutz der im Pakt gewährleisteten Rechte auszulösen.<sup>49</sup> Unmittelbare Überwachungsmaßnahmen, abhängig vom Ausmaß und der Intensität der Überwachung, stellten deshalb zwar keine Form der physischen Kontrolle dar, mündeten jedoch in eine virtuelle Kontrolle (engl. *virtual control*), die einer Ausübung von Herrschaftsgewalt entspreche.<sup>50</sup>

*c) Unterscheidung zwischen positiven und negativen Pflichten*

Ein anderer Ansatz möchte auf die Unterscheidung zwischen positiven und negativen Pflichten des Staates abstellen. Die positive Pflicht des Staates, Menschenrechtsverletzungen von Dritten zu verhindern (Schutzpflicht), ist nur dann gegeben, wenn das entsprechende Gebiet einer effektiven Kontrolle unterliegt.<sup>51</sup> Negative Verpflichtungen zur Achtung von Menschenrechten, also die Verpflichtung des Staates, nicht ungerechtfertigt in Rechte von Individuen einzugreifen, griffen dagegen ohne territoriale Limitierung, da Staaten stets und überall in der Lage seien, Menschenrechtsverletzungen ihrer eigenen Organe und Vertretungen zu verhindern.<sup>52</sup> Auch hierbei falle deshalb jede Form der globalen Massenüberwachung unter den Anwendungsbereich des Paktes und bedürfe einer Rechtfertigung.<sup>53</sup>

<sup>47</sup> UN-Menschenrechtsausschuss, *Burgos*, Auffassung v. 29.7.1981, Nr. 52/1979, CCPR/C/OP/1, S. 88, Rn. 2.1-2.8.

<sup>48</sup> *Ebd.*, S. 88, Rn. 12.3.

<sup>49</sup> *Peters* (Fn. 29), S. 152 f.

<sup>50</sup> *Ebd.*, S. 156; *Peters*, Surveillance without Borders: The Unlawfulness of the NSA Panopticon, Part II, EJIL: Talk!, 4.11.2013, abrufbar unter: <https://www.ejiltalk.org/surveillance-without-borders-the-unlawfulness-of-the-nsa-panopticon-part-ii/> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018). Dabei beruft sie sich auch auf die OHCHR (Fn. 23), Rn. 33, 34.

<sup>51</sup> *Milanovic*, Human Rights Treaties and Foreign Surveillance: Privacy in the Digital Age, Harvard International Law Journal 2015, 81 (118 f.).

<sup>52</sup> *Ebd.*, S. 119.

<sup>53</sup> *Milanovic*, Foreign Surveillance and Human Rights, Part 4: Do Human Rights Treaties Apply to Extraterritorial Interferences with Privacy?, EJIL: Talk!, 29.11.2013, abrufbar unter: <https://www.ejiltalk.org/foreign-surveillance-and-human-rights-part-4-do-human-rights-treaties-apply-to-extraterritorial-interferences-with-privacy> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

## d) Eigene Stellungnahme

Das Konzept, welches die Möglichkeit der Anwendung von Herrschaftsgewalt im Cyberspace grundsätzlich verneint, verkennt meines Erachtens die heutige Bedeutung des Cyberspace. Tatsächliche Kontrolle über eine Person liege demnach nur bei der Möglichkeit des physischen Zugriffs auf die Person vor.<sup>54</sup> Tatsächlich ist es jedoch bei bestimmten Menschenrechten, wie bspw. dem Recht auf Eigentum oder strafrechtlichen Verfahrensregeln, völlig anerkannt, dass der Staat auch ohne direkte Einwirkungsmöglichkeiten auf die Person Herrschaftsgewalt ausüben kann. Dies ist bspw. der Fall, wenn das Eigentum einer sich im Ausland befindlichen Person konfisziert wird<sup>55</sup> oder wenn Strafverfahren in Abwesenheit des Angeklagten durchgeführt werden.<sup>56</sup> Es kommt also nicht darauf, ob physisch auf eine Person zugegriffen werden kann, sondern ob es dem Staat möglich ist, in ihre absolut geschützten Rechtspositionen einzugreifen – unabhängig von ihrem tatsächlichen Aufenthaltsort. Wer die Daten einer Person kontrolliert, hat Macht über sie. Spätestens wenn diese Daten genutzt werden – sei es zur zielgerichteten Werbung (engl. *targeted advertising*) im Privatsektor, zur Manipulation von Wahlen<sup>57</sup> oder zur Kontrolle von Volksgruppen<sup>58</sup> – zeigt sich, dass aufgrund gesammelter Daten massiv auf Personen eingewirkt werden kann, sie also der Herrschaftsgewalt des Datenbesitzenden unterstehen.

Überzeugend sind deshalb die Ansätze der *virtual control* sowie der Unterscheidung zwischen positiven und negativen Pflichten des Staates, die regelmäßig wohl zum gleichen Ergebnis führen. Als Indiz für die effektive Kontrolle eines Staates über eine Person kann die kausale Verknüpfung zwischen dem Eingriff und einer Handlung dieses Staates dienen. Ist es einem Staat möglich, in einer

<sup>54</sup> So im Ergebnis *Talmon* (Fn. 31), S. 784 f.

<sup>55</sup> *Nyst*, Interference-Based Jurisdiction Over Violations of the Right to Privacy, EJIL: Talk!, 21.11.2013, abrufbar unter: <https://www.ejiltalk.org/interference-based-jurisdiction-over-violations-of-the-right-to-privacy/> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018). Unter anderem bezieht sie sich hierbei auch auf *EGMR, Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Irland*, Urt. v. 30.6.2005, Rs. 45036/98, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-69564> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

<sup>56</sup> Ständige Rechtsprechung des *EGMR*, u. a. in *Colozza v. Italien*, Urt. v. 12.2.1985, Rs. 9024/80, Rn. 27 ff., abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57462> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018); *Poitrimol v. Frankreich*, Urt. v. 23.11.1993, Rs. 14032/88, Rn. 35, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57858> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

<sup>57</sup> *Benth*, US-Wahl: Facebooks versteckter Fingerzeig auf Russland, ZEIT Online, 28.4.2017, abrufbar unter: <https://www.zeit.de/digital/internet/2017-04/us-wahl-face-book-russland-manipulation> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

<sup>58</sup> *Lee*, China: Die AAA-Bürger, ZEIT Online, 30.11.2017, abrufbar unter: <https://www.zeit.de/digital/datenschutz/2017-11/china-social-credit-system-buergerbewertung> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

gewissen Intensität auf die Rechtsgüter einer Person einzuwirken, befindet sich diese unter seiner Herrschaftsgewalt. Der Aufenthaltsort in einem bestimmten Staatsgebiet kann in einer Welt, in der räumliche Distanzen zunehmend irrelevant werden, lediglich als Indiz für das Vorliegen von Herrschaftsgewalt dienen, nicht jedoch notwendiges Kriterium sein. Gleichzeitig dürfte solch eine Einwirkung auch stets ein Handeln des Staates darstellen, er sich also in seinem negativen Pflichtenbereich bewegen, sodass der Anwendungsbereich auch nach der zweiten der beiden Ansichten eröffnet ist.

### 3. Personeller Anwendungsbereich des Rechts auf Schutz der Privatsphäre

Neben der Frage der Territorialität wird auch die Frage des personellen Anwendungsbereichs des Rechts auf Schutz der Privatsphäre im Cyberspace diskutiert.

So vertreten die USA den Ansatz, dass US-Staatsbürger und Einwohner der USA einem besonderen Schutz unterlägen, der jedoch nicht für Ausländer bzw. nicht in den USA sesshafte Personen gelte.<sup>59</sup> Grundsätzlich ist eine Differenzierung nach Staatsbürgerschaft bei Grundrechten, die durch nationale Verfassungen garantiert werden, durchaus üblich.<sup>60</sup> Anders sieht es dagegen bei den durch internationale Verträge garantierten Menschenrechten aus. So gebietet Art. 2 Abs. 1 IPbpR, dass die im Pakt verbürgten Rechte unabhängig von „Rasse, Hautfarbe, [...] nationaler Herkunft, [...] oder des sonstigen Status“ einer Person gewährleistet werden müssen. Eine Unterscheidung auf Basis der Nationalität bzw. der Staatsbürgerschaft ist damit nur bei politischen Rechten nach Art. 25 IPbpR zulässig.<sup>61</sup> Sachliche Gründe für eine Differenzierung beim Recht auf Privatsphäre sind aber nicht erkennbar, da es sich hierbei nicht um spezifisch politische Rechte handelt.<sup>62</sup> Der UN-Menschenrechtsausschuss hat insbesondere beim Recht auf Privatsphäre im Cyberspace deutlich gemacht, dass dieses unabhängig vom Aufenthaltsort oder der Nationalität von Individuen gewährleistet werden muss.<sup>63</sup> Die Unterscheidung zwischen In- und Ausländern bei der Überwachungstätigkeit von Geheimdiensten ist mithin nicht mit dem IPbpR vereinbar. Das Recht auf Privatsphäre gewährleistet somit unabhängig von der Staatsangehörigkeit der betroffenen Person, ihrem Aufenthalts-

<sup>59</sup> Diskussion bei *Milanovic* (Fn. 51), S. 87 ff.

<sup>60</sup> So kennt bspw. auch die deutsche Verfassung „Deutschen-Grundrechte“ wie u. a. die Versammlungsfreiheit (Art. 8 GG), die Vereinigungsfreiheit (Art. 9 GG) und die Berufsfreiheit (Art. 12 GG). Fast ausnahmslos ist weltweit bspw. auch das Wahlrecht an die Staatsbürgerschaft einer Person geknüpft.

<sup>61</sup> UN-Menschenrechtsausschuss, CCPR General Comment No. 18, Rn. 7 f.

<sup>62</sup> So auch *Peters* (Fn. 29), S. 162 f.

<sup>63</sup> UN-Menschenrechtsausschuss, Concluding Observations on the Fourth Periodic Report of the United States of America, 23.4.2014, CCPR/C/USA/CO/4, Rn. 22.

ort oder dem Ort, an dem die Überwachungsmaßnahme durchgeführt wird, grundsätzlich Schutz vor staatlichen Eingriffen.

### III. Schranken des Rechts auf Schutz der Privatsphäre

Das Recht auf Schutz der Privatsphäre wird jedoch nicht schrankenlos gewährleistet. Eingriffe in Art. 17 IPbPR können gerechtfertigt sein, sofern sie keine „willkürlichen oder rechtswidrigen“ Eingriffe darstellen. Sie bedürfen einer Gesetzesgrundlage, die selbst mit den Zielen des Paktes vereinbar sein muss, und keinesfalls den Kern des Rechts beeinträchtigen darf.<sup>64</sup> Das Verbot des willkürlichen Eingriffs betrifft nicht nur prozessuale Fragen, sondern gebietet auch die Erforderlichkeit und Angemessenheit der durchgeführten Maßnahme.<sup>65</sup> Der UN-Menschenrechtsausschuss sowie die Hohe Kommissarin für Menschenrechte haben betont, dass auch für die Umsetzung des Rechts auf Privatsphäre im Cyberspace die Prinzipien der Legalität, Geeignetheit und Angemessenheit beachtet werden müssen.<sup>66</sup>

Eine anlassbezogene Einzelfallüberwachung könnte wohl – je nach konkretem Fall – regelmäßig diese Kriterien erfüllen. Eine anlasslose Massenüberwachung kann dies, wie im Folgenden gezeigt wird, nicht: So fehlte bspw. für das Überwachungsprogramm der NSA schon eine ausreichende Gesetzesgrundlage, so dass die Überwachung den Grundsatz der Legalität verletzte.<sup>67</sup> Ferner ist zweifelhaft, ob die Analyse solch enormer Datenmengen überhaupt möglich ist.<sup>68</sup> Die Datensammlung ist also auch nicht bzw. nur sehr begrenzt geeignet, das Ziel der Bekämpfung des globalen Terrorismus zu erfüllen. Zwar sieht bspw. *Peters* dies als Argument dafür, dass die massenhafte Speicherung von Daten nicht *per se* unverhältnismäßig sei, gerade weil Geheimdienste nicht in der Lage seien, jedes einzelne Datum zu überprüfen.<sup>69</sup> Dem ist jedoch nicht zu folgen. Sofern man das Argument konsequent weiterdenkt, könnte sogar eine totale Überwachung jedes Lebensbereichs verhältnismäßig sein, solange der Zugriff auf die Daten ausreichend reguliert wird. Überwachung zeichnet sich aber zunächst durch die Speicherung der Daten, nicht erst durch ihre Auswertung aus.

<sup>64</sup> UN-Menschenrechtsausschuss (Fn. 7), Rn. 3; *Peters* (Fn. 29), S. 157, sich auf UN-Menschenrechtsausschuss, General Comment No 27, Rn. 13 beziehend.

<sup>65</sup> UN-Menschenrechtsausschuss, *Canepa*, Auffassung v. 3.4.1997, Nr. 558/1993, CCPR/C/59/D/558/1993, Rn. 11.4; *Schiedermair* (Fn. 1), S. 78; in Bezug auf Eingriffe in das Recht auf Privatsphäre im Cyberspace *Peters* (Fn. 29), S. 157; OHCHR (Fn. 23), Rn. 23.

<sup>66</sup> UN-Menschenrechtsausschuss (Fn. 63), Rn. 22; OHCHR (Fn. 23), Rn. 23.

<sup>67</sup> *Peters* (Fn. 29), S. 158.

<sup>68</sup> *Maass*, Inside NSA, Officials Privately Criticize “Collect It All” Surveillance, The Intercept, 28.5.2015, abrufbar unter: <https://theintercept.com/2015/05/28/nsa-officials-privately-criticize-collect-it-all-surveillance> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

<sup>69</sup> *Peters* (Fn. 29), S. 161.

Sie entfaltet unmittelbar einen einschüchternden Effekt (engl. *chilling effect*), der Auswirkung auf die Handlungen und insbesondere die Meinungsfreiheit von Individuen hat.<sup>70</sup> Des Weiteren bringt eine umfangreiche Datensammlung auch in einer demokratischen Gesellschaft stets ein immenses Missbrauchsrisiko mit sich, weil immer die Gefahr des Zugriffs durch Unberechtigte oder eines gesellschaftlichen Wandels hin zu autoritären Strukturen besteht. Auch die derzeit technisch begrenzten Auswertungsmöglichkeiten werden sich zukünftig durch *Big Data* und die Nutzung künstlicher Intelligenz deutlich erweitern.<sup>71</sup>

Das anlasslose, massenhafte Sammeln von Daten, das einen Eingriff in das Recht auf Privatsphäre von Millionen, wenn nicht Milliarden von Individuen darstellt, kann deshalb nicht gerechtfertigt werden.

#### IV. Rechtsschutz bei Verletzungen des Rechts auf Schutz der Privatsphäre

Rechtsschutzmöglichkeiten bei Verletzungen des Rechts auf Schutz der Privatsphäre ergeben sich auf zwei Ebenen: So manifestiert Art. 17 Abs. 2 IPbPR den Anspruch auf effektiven Rechtsschutz auf nationaler Ebene. Inwieweit ein solcher Rechtsschutz tatsächlich gewährleistet ist, richtet sich nach der Umsetzung in den jeweiligen nationalen Rechtsordnungen. Grundsätzlich gilt hierbei, dass im Rahmen der Klagebefugnis die persönliche Betroffenheit von einem Überwachungsprogramm mangels entsprechender Möglichkeit des Nachweises nicht bewiesen werden muss.<sup>72</sup> Die bloße Existenz eines Überwachungsprogramms reicht – aufgrund des *chilling effects*, den es u. a. für die Meinungsfreiheit entwickelt – aus, um einen Eingriff in das Recht auf Privatsphäre zu manifestieren.<sup>73</sup>

Abgesehen von den nationalen Rechtsschutzmöglichkeiten haben 116 Staaten das Fakultativprotokoll zum IPbPR vom 16.12.1966 (Fakultativprotokoll) ratifiziert.<sup>74</sup> Art. 2 des Fakultativprotokolls ermöglicht es Individuen, Beschwerden über die Verletzung von Menschenrechten durch den jeweiligen Staat, nach

---

<sup>70</sup> Siehe bspw. zu den Auswirkungen der Veröffentlichung der Überwachung durch die NSA auf die Nutzung von *Wikipedia*: *Penney*, *Chilling Effects: Online Surveillance and Wikipedia Use*, Berkeley Tech. Law Journal 2016, 117 ff.

<sup>71</sup> Siehe hierzu bspw. *Ferguson*, *The High-Definition, Artificially Intelligent, All-Seeing Future of Big Data Policing*, American Civil Liberties Union, 4.4.2018, abrufbar unter: <https://www.aclu.org/issues/privacy-technology/surveillance-technologies/high-definition-artificially-intelligent-all> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

<sup>72</sup> So jedenfalls u. a. die ständige Rechtsprechung des EGMR, siehe dazu unten **C. I. 4**. Teilweise wird erfordert, dass wenigstens die Wahrscheinlichkeit, von einer Überwachung betroffen zu sein, hinreichend dargelegt wird, siehe hierzu bzgl. Deutschland *BVerfG*, Urt. v. 20.4.2016 – 1 BvR 966/09, Rn. 81 ff. (juris).

<sup>73</sup> OHCHR (Fn. 23), Rn. 20.

<sup>74</sup> OHCHR (Fn. 5).

Ausschöpfung aller innerstaatlichen Rechtsmittel, vor den Menschenrechtsausschuss zu bringen. Dieser veröffentlicht daraufhin eine Auffassung zu der jeweiligen Beschwerde, die zwar kein rechtlich bindendes Urteil darstellt, von den Vertragsstaaten jedoch nach den Grundsätzen von Treu und Glauben beachtet werden muss.<sup>75</sup> Somit bietet sich auch für von Überwachung betroffene Personen, nach Ausschöpfung des nationalen Rechtswegs, die Möglichkeit einer Mitteilung an den Menschenrechtsausschuss. Zu beachten ist jedoch, dass das Fakultativprotokoll nur für die Staaten gilt, die es ratifiziert haben. Trotz der insgesamt großen Verbreitung gehören hierzu u. a. nicht China, die USA und Großbritannien.<sup>76</sup>

## V. Zurechnung der Handlungen privater Akteure

Die durch die *Snowden*-Enthüllungen bekanntgewordenen Überwachungsprogramme zeichnen sich dadurch aus, dass nicht nur unmittelbare staatliche Überwachung, bspw. durch technische Installationen zum Abhören von Internetkabeln, stattfindet, sondern auch umfangreich mit Privatfirmen kooperiert wird.<sup>77</sup> Diese Kooperation, wenn auch noch unklar ist, ob sie vonseiten der Unternehmen freiwillig oder aufgrund gesetzlicher Verpflichtungen erfolgte, ist ein essenzieller Baustein der *NSA*-Überwachung.<sup>78</sup>

Die Zurechnung der Handlungen privater Akteure zu einem Staat erfordert gemäß Art. 8 der Articles on State Responsibility (ASR), dass eine Person im Auftrag oder unter der Leitung und Kontrolle des Staates handelt. Die ASR wurden von der UN-Völkerrechtskommission entwickelt und später von der Generalversammlung in einer Resolution verabschiedet.<sup>79</sup> Sie sind selbst nicht rechtsverbindlich, stellen aber teilweise, wie Art. 8 ASR,<sup>80</sup> Völkergewohnheitsrecht dar.<sup>81</sup> Insofern Private im Auftrag eines Staates i. S. v. Art. 8 ASR handeln, agieren sie dabei nicht als *de facto*-Staatsorgane, sondern als Private. Ihre Handlungen rufen jedoch die Verantwortlichkeit des Staates bzw. der Organe, welche

---

<sup>75</sup> Tomuschat, Human Rights Committee, MPEPIL, Oktober 2010, Rn. 14.

<sup>76</sup> OHCHR (Fn. 5).

<sup>77</sup> Ackermann (Fn. 33).

<sup>78</sup> Groll, How American Companies Enable NSA Surveillance, Foreign Policy, 4.10.2016, abrufbar unter: <http://foreignpolicy.com/2016/10/04/how-american-companies-enable-nsa-surveillance> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

<sup>79</sup> UN Generalversammlung, Verantwortlichkeit der Staaten für völkerrechtswidrige Handlungen, 12.12.2001, A/RES/56/83.

<sup>80</sup> IGH, *Genocide Convention* (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Urt. v. 26.2.2007, ICJ-Reports 2007, 43 (Rn. 398).

<sup>81</sup> Kees, Responsibility of States for Private Actors, MPEPIL, März 2011, Rn. 11 ff.

die Instruktionen geben, hervor.<sup>82</sup> Dies gilt jedoch nur, sofern der Staat hierbei tatsächliche Kontrolle (engl. *effective control*) über die Privaten ausübt oder zumindest klare Anweisungen bezüglich jeder einzelnen Handlung, die zu einer Menschenrechtsverletzung führt, gibt.<sup>83</sup>

Dies lässt sich bei den genannten Kooperationen zwischen Geheimdiensten und privaten Unternehmen wohl nicht annehmen. Diese dürften hierbei regelmäßig für eigene oder vertragliche Zwecke, bspw. für personalisierte Werbung, als E-Mail- oder Cloud-Provider, persönliche Daten der Nutzerinnen und Nutzer gesammelt und diese darauffolgend, teilweise aufgrund gerichtlicher Verfügungen, teilweise auf freiwilliger Basis, den Geheimdiensten zur Verfügung gestellt haben.<sup>84</sup> Da die Sammlung selbst aber nicht im Auftrag des Staates oder aufgrund der Kontrolle durch ihn stattfand, ist eine Zurechnung der Handlungen dieser privaten Akteure zum Staat nicht möglich. Sofern der Staat die Daten später jedoch anfordert und auswertet, handelt es sich hierbei um einen Eingriff – ggf. sogar eine Verletzung – des Rechts auf Schutz der Privatsphäre, die unmittelbar durch ihn erfolgt und keiner Zurechnung bedarf.

### **C. Recht auf Privatsphäre im Cyberspace im europäischen Menschenrechtsschutz**

Nicht nur der internationale Menschenrechtsschutz, sondern auch regionale Instrumente des Menschenrechtsschutzes kennen das Recht auf Privatsphäre. Im nicht-europäischen regionalen Menschenrechtsschutz ist das Recht auf Privatsphäre u. a. in Art. 11 der Amerikanischen Menschenrechtskonvention (AMRK) anerkannt. In der Afrikanischen Charta der Menschenrechte und der Rechte der Völker wird dagegen bemerkenswerterweise – und in Abgrenzung zum IPbPR, der EMRK und der AMRK – lediglich die Familie, nicht jedoch die Privatsphäre des Einzelnen als schützenswert anerkannt.<sup>85</sup> Es überstiege aber den Rahmen dieses Beitrags, auch diese beide Menschenrechtsinstrumente zu behandeln. Im Folgenden wird deshalb ausschließlich das Recht auf Schutz der Privatsphäre im Cyberspace in der EMRK und dem Primärrecht der EU analysiert. Als Beispiel für die Umsetzung staatlicher Schutzpflichten wird zudem die Datenschutzgrundverordnung der EU dargestellt. Ebenfalls nicht eingegangen werden kann auf die Konvention 108 des Europarates; das Übereinkommen zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten.

---

<sup>82</sup> IGH, *Genocide Convention* (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Urt. v. 26.2.2007, ICJ-Reports 2007, 43 (Rn. 397).

<sup>83</sup> *Ebd.*, Rn. 400.

<sup>84</sup> *Groll* (Fn. 78).

<sup>85</sup> *Schiedermair* (Fn. 1), S. 114 f.

## I. Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention

In Art. 8 der EMRK heißt es, dass jede Person „das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung und ihrer Korrespondenz“ hat. Art. 8 EMRK stellt zunächst ein klassisches Abwehrrecht dar, das vor staatlicher Einflussnahme auf den privaten Lebensbereich schützen soll.<sup>86</sup> Dies zeigt auch Art. 8 Abs. 2 EMRK, der als Schrankenregelung die Möglichkeiten eines staatlichen Eingreifens in dieses Recht definiert. Ferner umfasst Art. 8 EMRK positive Pflichten, also Schutz- und Gewährleistungspflichten. Der Staat ist verpflichtet, auch im horizontalen Verhältnis zwischen Privaten einen ausreichenden Schutz vor Verletzungen des Rechts auf Privatsphäre zu bieten.<sup>87</sup>

### 1. Schutzbereich

Die EMRK unterscheidet, wie auch der IPbPR, zwischen dem Recht auf Achtung des Privatlebens und der Achtung der privaten Korrespondenz. Diese Unterscheidung kann in einigen Bereichen aber nicht trennscharf formuliert werden. Dem Begriff der Korrespondenz unterfallen nicht nur der Schriftverkehr, sondern auch moderne Kommunikationsformen wie Telefonie und E-Mails.<sup>88</sup> Dementsprechend stellt die Beschlagnahme elektronisch gespeicherter Daten einen Eingriff in das Recht auf Achtung der Korrespondenz dar.<sup>89</sup> Auch die Sammlung personenbezogener Daten stellt einen Eingriff in den Schutzbereich des Rechts auf Achtung des Privatlebens dar. Dies ist unabhängig davon der Fall, ob auf die gespeicherten Informationen später auch zugegriffen wird.<sup>90</sup> So stellt bspw. eine systematische GPS-Überwachung zum Zwecke der Erstellung eines Bewegungsprofils einen Eingriff in Art. 8 EMRK dar.<sup>91</sup> Auch die Speicherung von Metadaten, die im Rahmen elektronischer Kommunika-

---

<sup>86</sup> *Schiedermair* (Fn. 1), S. 170.

<sup>87</sup> *Meyer-Ladewig/Nettesheim*, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/v. Raumer, EMRK, 4. Aufl. 2017, Art. 8 Rn. 2, 5.

<sup>88</sup> *EGMR, Klass u.a. v. Deutschland*, Urt. v. 6.9.1978, Rs. 5029/71, Rn. 41, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57510> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018); *Schiedermair* (Fn. 1), S. 221.

<sup>89</sup> *EGMR, Wieser u. Bicos Beteiligungen GmbH v. Österreich*, Urt. v. 16.10.2007, Rs. 74336/01, Rn. 45, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-82711> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

<sup>90</sup> *EGMR, Leander v. Schweden*, Urt. v. 26.3.1987, Rs. 9248/81, Rn. 48, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57519> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018); *EGMR, Amann v. Schweiz*, Urt. v. 16.2.2000, Rs. 27798/95, Rn. 69, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58497> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

<sup>91</sup> *EGMR, Big Brother Watch v. Vereinigtes Königreich*, Urt. v. 13.9.2018, Rs. 58170/13, 62322/14, 24960/15, Rn. 355 f., abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-186048> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

tion oder des Surfens im Internet entstehen, ist ein Eingriff in Art. 8 EMRK.<sup>92</sup> Der *Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR)* hat insbesondere deutlich gemacht, dass Metadaten keinesfalls *per se* weniger sensibel und deshalb weniger schützenswert als der Inhalt der Kommunikation sind.<sup>93</sup> Ein Eingriff liegt regelmäßig auch bei der Videoüberwachung öffentlicher Orte vor. Dies ist nur dann nicht der Fall, wenn die Aufnahmen nicht gespeichert werden. Bei der systematischen Speicherung solcher Aufnahmen, insbesondere wenn diese auch noch mit Gesichtserkennungssoftware verbunden wird,<sup>94</sup> handelt es sich dagegen um einen – je nach Ausmaß und Verarbeitung der Videoüberwachung – intensiven Eingriff in das Recht auf Privatsphäre.<sup>95</sup>

## 2. Territorialer und personeller Anwendungsbereich der EMRK

Gemäß Art. 1 EMRK verpflichten sich die Vertragsstaaten, allen unter ihrer Hoheitsgewalt stehenden Personen die Rechte und Freiheiten der EMRK zukommen zu lassen. Der *EGMR* hat sich in seiner Rechtsprechung umfassend mit der Frage des territorialen Anwendungsbereichs auseinandergesetzt. Außerhalb des Staatsgebietes kann eine Person dann der Hoheitsgewalt eines Staates unterliegen, wenn sie sich in einem vom Staat effektiv kontrollierten Gebiet aufhält.<sup>96</sup> Der *EGMR* hat 2001 in *Bankovic* – im Rahmen der Zulässigkeit einer Beschwerde bezüglich des Bombardements eines Radio- und Fernsehsenders während des Kosovo-Krieges – entschieden, dass dieses Kriterium nicht erfüllt sei, wenn lediglich die Ursache und Wirkung einer staatlichen Handlung eine Person treffen und diese sich nicht in einem ansonsten effektiv kontrolliertem Gebiet aufhält.<sup>97</sup> In späteren Entscheidungen scheint der *EGMR* diese Kriterien jedoch wieder etwas aufgeweicht zu haben und primär darauf abzustellen, inwiefern eine Menschenrechtsverletzung einem Staat eindeutig zurechenbar ist,

<sup>92</sup> *EGMR, Big Brother Watch v. Vereinigtes Königreich*, Urte. v. 13.9.2018, Rs. 58170/13, 62322/14, 24960/15, Rn. 355 f., abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-186048> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

<sup>93</sup> *EGMR, Uzun v. Deutschland*, Urte. v. 2.9.2010, Rs. 35623/05, Rn. 51 f., abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-100293> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

<sup>94</sup> Zum Pilotprojekt einer Videoüberwachung mit Gesichtserkennung in Deutschland siehe *Jens Wienung*, Gesichtserkennung am Südkreuz: Sicherheit - zu Lasten der Grundrechte, tagesschau.de, 15.12.2017, abrufbar unter: <https://www.tagesschau.de/inland/gesichtserkennung-141.html> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

<sup>95</sup> *EGMR, Peck v. Vereinigtes Königreich*, Urte. v. 28.1.2003, Rs. 44647/98, Rn. 59, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60898> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

<sup>96</sup> *EGMR, Loizidou v. Türkei (Preliminary Objections)*, Urte. v. 23.3.1995, Rs. 15318/89, Rn. 62, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58007> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

<sup>97</sup> *EGMR, Bankovic et al. v. Belgien und 16 weitere Staaten*, Entscheidung über die Zulässigkeit v. 12.12.2001, Rs. 52207/99, Rn. 75, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-22099> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

um als *jurisdictional link*, also eine die Jurisdiktion der EMRK begründende Verknüpfung, zu wirken.<sup>98</sup> Der EGMR hat zudem festgestellt, dass die EMRK zu einem europäischen *ordre public* gehört. Deshalb ist ein Konventionsstaat, auch wenn er auf dem Hoheitsgebiet eines anderen Konventionsstaates – innerhalb des europäischen *espace juridique* – handelt, bspw. im Falle einer Besetzung, zur Achtung der Rechte und Freiheiten der EMRK verpflichtet sei.<sup>99</sup>

Bei Achtung des Rechts auf Privatsphäre im Cyberspace sind die beiden letzten Konzepte, der *jurisdictional link* sowie der europäische *ordre public*, von besonderer Bedeutung. So ließe sich der Gedanke eines europäischen *ordre public*, einer europäischen öffentlichen Ordnung, der für den Zustand der Besetzung eines Territoriums einer anderen Vertragspartei entwickelt wurde, zu einer generellen Verpflichtung der Beachtung der EMRK für solche Handlungen weiterentwickeln, die Wirkung für Personen entfalten, welche der unmittelbaren Hoheitsgewalt eines anderen Konventionsstaates unterliegen.<sup>100</sup> So wäre jedenfalls der menschenrechtliche Schutz innerhalb aller Vertragsstaaten der EMRK, auch vor Überwachungsmaßnahmen anderer Mitgliedstaaten, sichergestellt.

Noch weiter ginge die Anwendung des Konzepts des *jurisdictional links* im Cyberspace. Sofern es nur auf die Verursachung bzw. Zurechnung einer Menschenrechtsverletzung zu einem Staat ankommt, damit eine Person dessen Hoheitsgewalt untersteht, könnte sich der EGMR einem weiten Konzept der Hoheitsgewalt im Cyberspace öffnen.<sup>101</sup> In der Folge wären die Konventionsstaaten verpflichtet, auch bei (internationalen) Überwachungsmaßnahmen, die

---

<sup>98</sup> Ausschließlich auf die Kausalität einer Handlung des Staates für das Vorliegen von Hoheitsgewalt abstellend EGMR, *Pad et al. v. Türkei*, Entscheidung über die Zulässigkeit v. 28.6.2007, Rs. 60167/00, Rn. 53 f., abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-81672> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018); das Konzept des *jurisdictional links* wurde darauffolgend in EGMR, *Al-Skeini et al. v. Vereinigtes Königreich*, Urt. v. 7.7.2011, Rs. 55721/07, Rn. 150, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-105606> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018) entwickelt.

<sup>99</sup> EGMR, *Zyperm v. Türkei*, Urt. v. 10.5.2001, Rs. 25781/94, Rn. 78, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59454> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

<sup>100</sup> So *Schübel-Pfister*, in: Karpenstein/Mayer, EMRK, 2. Aufl. 2015, Art. 1 Rn. 32.

<sup>101</sup> Jedenfalls als eine Möglichkeit der Begründung für eine Konventionsbindung aufwerfend: *ebd.*; basierend auf EGMR, *Al-Skeini et al. v. Vereinigtes Königreich*, Urt. v. 7.7.2011, Rs. 55721/07, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-105606> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018), wo der EGMR ausschließlich auf die Verursachung des Tods der beteiligten Personen abgestellt hat, um eine Bindung des Vereinigten Königreich an die EMRK zu bejahen (Rn. 150): „*It is not disputed that the deaths [...] were caused by the acts of British soldiers [...]. It follows that in all these cases there was a jurisdictional link for the purposes of Article 1 of the Convention between the United Kingdom and the deceased.*“ [Hervorhebung durch den Verfasser].

nicht ihre Einwohnerinnen und Einwohner betreffen, die in der Konvention verbrieften Rechte zu gewährleisten.

Im personellen Anwendungsbereich ist wie auch beim IPbPR eine Differenzierung nach Herkunft oder Nationalität einer Person nicht zulässig. Das in Art. 14 EMRK kodifizierte Diskriminierungsverbot ist dabei nahezu wortgleich mit Art. 2 Abs. 1 IPbPR.

### 3. Schranken nach Art. 8 Abs. 2 EMRK

Die Schranken des Rechts auf Achtung des Privatlebens definiert Art. 8 Abs. 2 EMRK. Demnach ist ein Eingriff zulässig, sofern er gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist für die nationale oder öffentliche Sicherheit, für das wirtschaftliche Wohl des Landes, zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer. Der *EGMR* hat festgestellt, dass die gesetzliche Grundlage nicht nur abstrakt vorliegen, sondern auch qualitativ eine hinreichende Bestimmtheit und Reglungsdichte vorweisen muss.<sup>102</sup> Folglich müssen die Gesetze zur Überwachung von Individuen einer Vielzahl von Bedingungen genügen: Sie müssen hinreichend klar formuliert sein, sodass für die Bürgerinnen und Bürger ersichtlich ist, unter welchen Voraussetzungen Behörden auf Überwachungsmaßnahmen zurückgreifen können.<sup>103</sup> Ferner muss der möglicherweise von den Überwachungsmaßnahmen betroffene Personenkreis bereits im Gesetz klar abgrenzbar definiert werden.<sup>104</sup> Eine geheime Überwachung der Kommunikation, die vom *EGMR* als „für den Polizeistaat typisch“ beschrieben wird,<sup>105</sup> kann zwar durchaus erforderlich sein, um das Interesse einer demokratischen Gesellschaft zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zu gewährleisten,<sup>106</sup> muss dabei aber auch unbedingt notwendig für den Erhalt demokratischer Einrichtungen sein.<sup>107</sup> Diese unbedingte Notwendigkeit der Maßnahme ist unter zweierlei Gesichtspunkten Voraussetzung: zum einen im Allgemeinen zum Erhalt der demokratischen Einrichtungen, zum anderen im Speziellen zum

<sup>102</sup> *EGMR*, *Malone v. Vereinigtes Königreich*, Urt. v. 2.8.1984, Rs. 8691/79, Rn. 67, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57533> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

<sup>103</sup> *Ebd.*; *EGMR*, *Bykov v. Russland*, Urt. v. 10.3.2009, Rs. 4378/02, Rn. 78 f., abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-91704> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

<sup>104</sup> *EGMR*, *Szabó und Vissy v. Ungarn*, Urt. v. 12.1.2016, Rs. 37138/14, Rn. 66, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-160020> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

<sup>105</sup> *Ebd.*, Rn. 54.

<sup>106</sup> *EGMR*, *Klass u.a. v. Deutschland*, Urt. v. 6.9.1978, Rs. 5029/71, Rn. 48, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57510> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

<sup>107</sup> *EGMR*, *Szabó und Vissy v. Ungarn*, Urt. v. 12.1.2016, Rs. 37138/14, Rn. 54, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-160020> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

Erlangen der für die Operation notwendigen Informationen.<sup>108</sup> Die Genehmigung der Überwachungsmaßnahme muss von einer politisch von der Exekutive unabhängigen Instanz erfolgen, wenn auch nicht zwingend als Richtervorbehalt ausgestaltet sein.<sup>109</sup> Insbesondere eine nachträgliche Information über die erfolgte Überwachung, verbunden mit der Möglichkeit der richterlichen Überprüfung der Rechtmäßigkeit, ist notwendig, um das Vertrauen der Bürgerinnen und Bürger in den demokratischen Rechtsstaat zu stärken.<sup>110</sup> Etwas anders sieht der *EGMR* dies jedoch bei anlassloser Vorratsdatenspeicherung. Grundsätzlich handele es sich dabei um eine Maßnahme, die vom weiten Ermessensspielraum des Gesetzgebers im Bereich des Schutzes der nationalen Sicherheit gedeckt ist.<sup>111</sup> Zwar müsse auch hier eine unabhängige Kontrolle der Überwachungsmaßnahmen gewährleistet sein,<sup>112</sup> eine spätere Benachrichtigung des betroffenen Individuums über die erfolgte Überwachung sei jedoch ebenso wie ein konkreter Tatverdacht – da dies mit dem Wesen der Vorratsdatenspeicherung nicht vereinbar sei – nicht notwendig.<sup>113</sup>

#### 4. Rechtsschutz

Gemäß Art. 34 EMRK kann der *EGMR* von jeder natürlichen Person mit der Behauptung, in einem in der EMRK verbürgten Recht verletzt zu sein, angerufen werden. Notwendig ist jedoch gemäß Art. 35 Abs. 1 EMRK die vorherige Ausschöpfung aller nationalen Rechtsbehelfe. Eine Besonderheit bei der Geltendmachung einer Verletzung des Rechts auf Privatsphäre ist neben der genannten Notwendigkeit der Möglichkeit einer gerichtlichen Überprüfung, dass die bloße Existenz verdeckter Maßnahmen bzw. einer Gesetzgebung, die verdeckte Maßnahmen erlaubt, für die Klagebefugnis genügt, ohne dass eine unmittelbare Betroffenheit der beschwerdeführenden Person vorliegen muss.<sup>114</sup> Während der *EGMR* in seiner früheren Rechtsprechung noch wenigstens die Darlegung einer begründeten Wahrscheinlichkeit der Überwachung für erfor-

---

<sup>108</sup> *EGMR, Szabó und Vissy v. Ungarn*, Urt. v. 12.1.2016, Rs. 37138/14, Rn. 73, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-160020> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

<sup>109</sup> *Ebd.*, Rn. 75 f.

<sup>110</sup> *Ebd.*, Rn. 78 ff.

<sup>111</sup> *EGMR, Big Brother Watch v. Vereinigtes Königreich*, Urt. v. 13.9.2018, Rs. 58170/13, 62322/14, 24960/15, Rn. 314 ff., abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-186048> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

<sup>112</sup> *Ebd.*, Rn. 346 f.

<sup>113</sup> *Ebd.*, Rn. 317.

<sup>114</sup> *EGMR, Klass u.a. v. Deutschland*, Urt. v. 6.9.1978, Rs. 5029/71, Rn. 34, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57510> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018); *EGMR, Szabó und Vissy v. Ungarn*, Urt. v. 12.1.2016, Rs. 37138/14, Rn. 33 ff., abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-160020> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

derlich hielt,<sup>115</sup> lässt er es in der jüngeren Rechtsprechung genügen, dass eine Überwachung nicht ausgeschlossen ist.<sup>116</sup>

Insbesondere im Bereich der anlasslosen bzw. nur an geringe Voraussetzungen geknüpfte (Massen-)Überwachung dürfte die Klagebefugnis also in aller Regel gegeben sein.

## II. Art. 7 und Art. 8 der Grundrechtecharta der Europäischen Union; Art. 16 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union

Das Recht auf Schutz der Privatsphäre findet sich im Primärrecht der Europäischen Union (EU) in einer Vielzahl von Vorschriften. So normiert Art. 7 der Grundrechtecharta der EU (GrCh) ein allgemeines Recht auf Achtung des Privatlebens und der Kommunikation, vergleichbar mit Art. 8 EMRK sowie Art. 17 IPbPR. Mit Art. 8 GrCh besteht sogar ein explizites Recht der Menschen auf Schutz der sie betreffenden personenbezogenen Daten, welches als „Datenschutzrecht“ mit seinem besonderen Bezug zum Cyberspace ein Alleinstellungsmerkmal im Vergleich zu dem in der EMRK bzw. im IPbPR verbürgten, allgemeinen Recht auf Privatsphäre hat. Datenschutzrecht und das Recht auf Privatsphäre sind nicht identisch, aber verwandt und haben viele Überschneidungen. So schützt das Datenschutzrecht bspw. jedes personenbezogene Datum, also auch solche Daten, die nicht der Privatsphäre zuzuordnen sind.<sup>117</sup> In Bezug zu Art. 8 GrCh steht Art. 7 GrCh im Bereich des Schutzes personenbezogener Daten, die der Privatsphäre zuzuordnen sind, dementsprechend in Idealkonkurrenz.<sup>118</sup> Die beiden Rechte verstärken sich gegenseitig.<sup>119</sup> Bemerkenswert ist zudem Art. 16 Abs. 1 AEUV, welcher ebenfalls ein Grundrecht auf Datenschutz normiert. Warum eine solche Dopplung des Datenschutzgrundrechts im EU-Primärrecht erfolgte, ist unklar.<sup>120</sup> Beide Rechte sind jedoch deckungsgleich, insbesondere unterliegen sie den gleichen Schranken.<sup>121</sup> Die

<sup>115</sup> *EGMR, Halford v. Verein. Königreich*, Urt. v. 25.6.1997, Rs. 20605/92, Rn. 55 ff., abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58039> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

*EGMR, Szabó und Visy v. Ungarn*, Urt. v. 12.1.2016, Rs. 37138/14, Rn. 38, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-160020> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

<sup>117</sup> Siehe zu den Ähnlichkeiten, aber auch Unterscheidungen ausführlich *Kokott/Sobotta*, The distinction between privacy and data protection in the jurisprudence of the CJEU and the ECtHR, *International Data Privacy Law* 2013, S. 222 ff.

<sup>118</sup> *Jarass*, Charta der Grundrechte der EU, 3. Aufl. 2016, Art. 8 Rn. 4; *EuGH*, Urt. v. 8.4.2014, C-293/12, *Digital Rights ./.* Ireland, Rn. 29.

<sup>119</sup> *Jarass* (Fn. 118), Art. 8 Rn. 4; *EuGH*, Urt. v. 8.4.2014, C-293/12, *Digital Rights ./.* Ireland, Rn. 53.

<sup>120</sup> *Kingreen*, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 16 AEUV Rn. 3.

<sup>121</sup> *Brühmann*, in: v. d. Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 16 AEUV Rn. 30 ff., 37.

nachfolgende Analyse wird sich auf Art. 7 und Art. 8 GrCh konzentrieren, gilt aber entsprechend auch für Art. 16 AEUV.

Zu beachten ist ferner, dass der europarechtliche Datenschutz eine doppelte Zielrichtung verfolgt. So stellt er einerseits einen individualrechtlichen Abwehranspruch des einzelnen Bürgers bzw. der einzelnen Bürgerin gegenüber dem Staat dar und konstituiert eine Schutzpflicht des Staates, andererseits ist Ziel des europäischen Datenschutzes aber auch immer der freie, ungehinderte Datenverkehr innerhalb der EU.<sup>122</sup>

### 1. Schutzbereich des Art. 7 und Art. 8 GrCh

Art. 7 GrCh ist von seiner gesamten Struktur und seinem Wortlaut stark an Art. 8 Abs. 1 EMRK angelehnt. Statt von „Korrespondenz“ wird in der GrCh der Begriff der „Kommunikation“ verwendet. Dies soll jedoch keine Änderung des Schutzbereiches bewirken, sondern vielmehr nur den neuen technischen Entwicklungen Rechnung tragen.<sup>123</sup> Ferner kommt die Regelung des Art. 52 Abs. 3 GrCh zum Tragen, nach dem Rechte der Charta, die Rechten der EMRK entsprechen, mindestens den gleichen Schutz bieten. Mithin hat Art. 7 GrCh weitgehend den gleichen Schutzbereich wie Art. 8 EMRK,<sup>124</sup> wobei sich bspw. im Bereich der Vorratsdatenspeicherung ein gesteigertes Schutzniveau unter der GrCh anzudeuten scheint.<sup>125</sup>

Der Schutz personenbezogener Daten nach Art. 8 GrCh umfasst nicht nur Daten aus dem Privat- oder Intimbereich, die also unmittelbar der Privatsphäre zuzuordnen sind, sondern generell sämtliche Daten mit Personenbezug. Es gibt folglich kein belangloses Datum mehr<sup>126</sup> und es kommt auch nicht darauf an, ob eine Information sensiblen Charakter hat oder ob der betroffenen Person durch die Maßnahme Nachteile entstehen.<sup>127</sup> Dies macht deutlich, dass Art. 7 und Art. 8 GrCh zwar im Ergebnis wohl den gleichen Schutzbereich wie Art. 8 EMRK haben – jedenfalls sofern dieser weit ausgelegt wird –, sie aber explizit und unmissverständlich jede Form der personenbezogenen Daten schützen, während bei Art. 8 EMRK erst Gerichte die – in Zeiten von *Big Data* wohl

<sup>122</sup> Siehe Art. 39 EUV sowie Art. 16 Abs. 2 AEUV, die sich jeweils explizit auf den freien Datenverkehr beziehen. Hierzu auch *Frenz*, Handbuch Europarecht IV: Europäische Grundrechte, 2009, Rn. 1357 ff.

<sup>123</sup> Erläuterungen zur GrCh, Amtsblatt der EU v. 14.12.2007, 2007/C 303, S. 2

<sup>124</sup> Ebd., S. 20.

<sup>125</sup> Zu Unterschieden in Bezug auf die Speicherung von Daten von Personen, die keinen Bezug zu Straftaten haben, siehe unten **C. II. 4.**

<sup>126</sup> Die Rechtsprechung des deutschen *BVerfG* zustimmend zitierend *Augsberg*, in: v. d. Groeben/Schwarze/Hatje (Fn. 121), Art. 8 GrCh Rn. 6.

<sup>127</sup> *EuGH*, Urt. v. 8.4.2014, C-293/12, *Digital Rights ./. Ireland*, Rn. 33.

regelmäßig bestehende – Bedeutung für die Privatsphäre des Individuums aufzeigen müssen. Konsequenterweise stellt auch die Speicherung von Metadaten einen Eingriff in Art. 7 und Art. 8 GrCh dar, der bei einer anlasslosen Vorratsdatenspeicherung als besonders schwerwiegend anzusehen ist.<sup>128</sup> Eine massenhafte Speicherung von Inhaltsdaten der Kommunikation würde sogar den absolut geschätzten Wesensgehalt von Art. 7 und Art. 8 GrCh berühren.<sup>129</sup>

Besonders hervorzuheben ist das vom *EuGH* entwickelte „Recht auf Vergessenwerden“. In *Google Spain* entschied der *EuGH*, dass sich aus Art. 7 und Art. 8 GrCh ergebe, dass eine Person nicht hinnehmen müsse, dass in den Ergebnislisten der Suchmaschinen Informationen über sie – jedenfalls sofern sie veraltet und nicht mehr von Bedeutung sind – angezeigt werden.<sup>130</sup> Die GrCh entfaltete hierbei eine mittelbare Drittwirkung im Rahmen der Auslegung der strittigen Normen der damals gültigen Datenschutzrichtlinie 95/46/EG. Eine weitere Ausformung der sich aus Art. 7 und Art. 8 GrCh ergebenden Schutzpflicht des Staates ist die am 25.5.2018 gültig gewordene EU-Datenschutzgrundverordnung (DSGVO), die weit auch in das horizontale Verhältnis von Privaten untereinander hineinwirkt. Auf sie wird im Folgenden noch detaillierter eingegangen werden.<sup>131</sup>

## 2. Überwachung durch unabhängige Behörden nach Art. 16 Abs. 2 S. 2 AEUV

Wenn auch kein subjektives Recht darstellend, ist doch bemerkenswert, dass die Einhaltung des Rechts auf Schutz personenbezogener Daten gemäß Art. 16 Abs. 2 S. 2 AEUV durch eine unabhängige Stelle gewährleistet werden muss. Warum diese Verpflichtung aus Art. 16 AEUV auch die Mitgliedstaaten (Plural: „unabhängige[n] Behörden“) trifft, Art. 8 GrCh als Teil des unionsrechtlichen Grundrechtsschutzes dagegen explizit nur die Union verpflichtet (Singular: „unabhängige Stelle“), ist unklar. Im Ergebnis ist dies aber auch nicht von Bedeutung, da das Bestehen der entsprechenden Verpflichtung sowohl für die Mitgliedstaaten als auch für die Union selbst unstrittig ist.<sup>132</sup> Der *EuGH* hat in mehreren Entscheidungen hervorgehoben, dass die politische Unabhängigkeit der Aufsichtsstelle von großer Bedeutung ist und sie deshalb keiner (mitglied-)

<sup>128</sup> *EuGH*, Urt. v. 8.4.2014, C-293/12, *Digital Rights ./.* Ireland, Rn. 35 ff.

<sup>129</sup> *Ebd.*, Rn. 38 f.

<sup>130</sup> *EuGH*, Urt. v. 13.5.2014, C-131/12, *Google Spain ./.* Spanien, Rn. 99.

<sup>131</sup> Siehe unten **C. III.**

<sup>132</sup> *Kingreen*, in: Callies/Ruffert (Fn. 120), Art. 8 GrCh Rn. 18.

staatlichen Rechts- oder Fachaufsicht unterstellt sein darf, aber natürlich trotzdem der gerichtlichen Kontrolle unterliegt.<sup>133</sup>

### 3. Anwendungsbereich

Die Besonderheit des EU-Grundrechtsschutzes liegt darin, dass er nicht konsequent auf alle unter ihm liegenden Ebenen durchschlägt, sondern unmittelbar nur die Organe der Union sowie gemäß Art. 51 Abs. 1 GrCh die Mitgliedstaaten bei der Durchführung von Unionsrecht bindet.<sup>134</sup> Da die Europäische Union auch nicht über einen Geheimdienst oder einen eigenen Polizeiparapparat verfügt, stellen sich viele der klassischen Fragen bei der Gewährleistung des Rechts auf Schutz der Privatsphäre des Individuums, in welches oftmals durch geheime Überwachungsmaßnahmen staatlicher Sicherheitsapparate eingegriffen wird, nicht auf EU-Ebene. Die umfangreichen sekundärrechtlichen Regelungen zum Datenschutz führen aber dazu, dass bspw. nationale Regelungen zur Vorratsdatenspeicherung in den Bereich der Durchführung von Unionsrecht fallen und der *EuGH* in der Vergangenheit bereits entschieden, dass diese nicht mit Unionsrecht vereinbar seien.<sup>135</sup> Auch die deutsche Vorratsdatenspeicherung, die derzeit ausgesetzt ist<sup>136</sup> und vor dem *Bundesverfassungsgericht* angegriffen wird, soll nach dem Willen der Bundesregierung vom *EuGH* auf ihre Europarechtskonformität überprüft werden.<sup>137</sup>

Der generelle Anknüpfungspunkt ist also nicht – wie bei der EMRK und dem IPbPR – die Frage der Hoheitsgewalt, sondern ob eine Handlung eines Mitgliedstaates im Rahmen der Durchführung von Unionsrecht vollzogen wird. Dementsprechend sind die Staaten auch bei extra-territorialen Akten, sofern sie einen Vollzug von Unionsrecht darstellen, an die GrCh gebunden.<sup>138</sup>

---

<sup>133</sup> *EuGH*, Urt. v. 9.3.2010, C-518/07, *Kommission ./ . Deutschland*, Rn. 42.

<sup>134</sup> *Jarass* (Fn. 118), Art. 8 Rn. 3.

<sup>135</sup> *EuGH*, Urt. v. 21.12.2016, C-203/15, *Tele2 Sverige ./ . Schweden*, Rn. 73 ff., 106, 125.

<sup>136</sup> *Bundesnetzagentur*, Verkehrsdatenspeicherung: Mitteilung zur Speicherverpflichtung nach § 113b TKG, Stand: 28.6.2017, abrufbar unter: [https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen\\_Institutionen/Anbieterpflichten/OeffentlicheSicherheit/Umsetzung110TKG/VDS\\_113aTKG/VDS.html](https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen_Institutionen/Anbieterpflichten/OeffentlicheSicherheit/Umsetzung110TKG/VDS_113aTKG/VDS.html) (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

<sup>137</sup> *Steiner*, Überwachung: Regierung will Vorratsdatenspeicherung vom *EuGH* prüfen lassen, Deutschlandfunk, 31.8.2018, abrufbar unter: [https://www.deutschlandfunk.de/ueberwachung-regierung-will-vorratsdatenspeicherung-vom.1773.de.html?dram:article\\_id=426891](https://www.deutschlandfunk.de/ueberwachung-regierung-will-vorratsdatenspeicherung-vom.1773.de.html?dram:article_id=426891) (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

<sup>138</sup> So auch *Jarass* (Fn. 118), Art. 51 Rn. 39 m. w. N.

#### 4. Schranken

Auch im Europarecht wird das Grundrecht auf Achtung des Privatlebens bzw. des Schutzes personenbezogener Daten nicht schrankenfrei gewährt. So kann gemäß Art. 52 Abs. 1 GrCh in die in der Charta garantierten Rechte und Freiheiten auf Basis einer gesetzlichen Grundlage eingegriffen werden, sofern der Eingriff erforderlich ist und dem Gemeinwohl dient bzw. ein Erfordernis für Schutz der Rechte anderer darstellt. Eingriffe in Art. 7 und Art. 8 GrCh müssen dabei – gemäß Art. 52 Abs. 3 GrCh in Anlehnung an die Schranken von Art. 8 EMRK – auf das absolut Notwendige beschränkt werden.<sup>139</sup> Anders als der *EGMR*<sup>140</sup> hat der *EuGH* jedoch entschieden, dass eine pauschale, anlasslose Speicherung, die keinerlei Differenzierung zwischen Personen vornimmt, die – wenn auch nur mittelbar oder entfernt – im Zusammenhang mit einer Straftat stehen, und solchen, die als vollkommen unverdächtig einzustufen sind, nicht mit den in Art. 7 und Art. 8 GrCh garantierten Rechten vereinbar ist.<sup>141</sup>

#### 5. Rechtsschutz

Grundsätzlich existiert keine direkte Klagemöglichkeit für einzelne Bürgerinnen und Bürger vor dem *EuGH*. Fragen der Auslegung oder der Gültigkeit von Unionsrechtsakten bzw. nationalen Gesetzen, die eine Durchführung von Unionsrecht i. S. d. Art. 51 Abs. 1 GrCh darstellen, können bzw. müssen in Verfahren vor den nationalen Gerichten der Mitgliedstaaten der EU gemäß Art. 267 AEUV an den *EuGH* gestellt werden. Dieses Verfahren hat inzwischen eine überragende Bedeutung für den Individualrechtsschutz gewonnen.<sup>142</sup>

### III. Datenschutzgrundverordnung der Europäischen Union

Der Zweck der DSGVO ist nach Art. 1 zum einen der Schutz der Grundrechte und Grundfreiheiten, zum anderen aber auch der freie Verkehr von Daten. Sie ist dabei gemäß Art. 2 Abs. 2 lit. d sachlich nicht anwendbar auf den äußerst grundrechtssensiblen Bereich der Verhütung, Ermittlung und Verfolgung von Straftaten.<sup>143</sup> Dieser Bereich wird stattdessen über eine eigene Richtlinie<sup>144</sup> unter Beachtung der einschlägigen in der GrCh garantierten Rechte reguliert.<sup>145</sup> Dies

<sup>139</sup> *EuGH*, Urt. v. 7.11.2013, C-473/12, *IPI* ./ *Englebert*, Rn. 39; Urt. v. 6.12.2008, C-73/07, *Satakunnan Markkinapörssi und Satamedia* ./ *Tietosuojavaltutettu*, Rn. 56.

<sup>140</sup> Siehe hierzu oben **C. I. 3**.

<sup>141</sup> So bereits in *EuGH*, Urt. v. 8.4.2014, C-293/12, *Digital Rights* ./ *Ireland*, Rn. 57 f., explizit später im Urt. v. 21.12.2016, C-203/15, *Tele2 Sverige* ./ *Schweden*, Rn. 105 ff., 106, 125.

<sup>142</sup> *Wegener*, in: Callies/Ruffert (Fn. 120), Art. 267 AEUV Rn. 1.

<sup>143</sup> Siehe hierzu auch Erwägungsgrund 19 der DSGVO.

<sup>144</sup> RL2016/680/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 27.4.2016.

<sup>145</sup> *Ernst*, in: Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 2 DSGVO Rn. 22 f.

zeigt, dass die DSGVO zwar sowohl einfachrechtlicher Ausfluss der abwehrrechtlichen Dimension als auch der Schutzpflicht der Grundrechte auf Privatsphäre und Datenschutz ist, der Schwerpunkt wohl aber bei letzterem liegt. Die Regulierung des horizontalen Verhältnisses Privater untereinander wird durch die DSGVO weitgehend abschließend<sup>146</sup> einheitlich innerhalb der EU betrieben, ihr Anwendungsbereich im Verhältnis Staat zu Bürger nimmt jedoch ausgerechnet den Strafverfolgungsbereich, wo besonders intensive Eingriffe zu befürchten sind, aus und unterwirft diesen einem anderem Regelungsregime.

Der Anknüpfungspunkt zur Eröffnung des Anwendungsbereichs hat im Bereich der Datenverarbeitung im Unionsrecht zwei Ausprägungen. Die Verordnung findet gemäß Art. 3 Abs. 1 DSGVO unabhängig vom Ort der Datenverarbeitung Anwendung, sofern sie im Rahmen der Tätigkeit eines in der Union ansässigen Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiters<sup>147</sup> erfolgt. Art. 3 Abs. 2 DSGVO konstituiert zudem, dass die Verordnung auch immer dann anwendbar ist, wenn nicht-europäische Verantwortliche oder Auftragsverarbeiter Waren oder Dienstleistungen in der Union anbieten oder das Verhalten von Personen in der Union beobachten. Hier lässt sich hier klar das Konzept eines *factual links*<sup>148</sup> zwischen Eingriff (ggf. durch Private) und betroffener Person erkennen. Sobald es also einen Bezugspunkt zur Europäischen Union gibt, greift die Verordnung als Ausprägung der menschenrechtlichen Schutzpflicht und reguliert den durch die Verarbeitung personenbezogener Daten stattfindenden Eingriff in Art. 7 und Art. 8 GrCh.

Inhaltlich kodifiziert die Verordnung sowohl Grundsätze für die Verarbeitung personenbezogener Daten<sup>149</sup> als auch den Einwilligungsvorbehalt der betroffenen Person als eine der Voraussetzungen unter denen die generell unzulässige Verarbeitung von Daten zulässig sein kann.<sup>150</sup> Auch das vom *EuGH* entwickelte „Recht auf Vergessenwerden“ wurde in Art. 17 der Verordnung explizit aufgenommen.

---

<sup>146</sup> Zur Ausnahme vom Grundsatz der abschließenden Regelung siehe bspw. die Öffnungsklausel des Art. 85 Abs. 2 DSGVO.

<sup>147</sup> Zu den Legaldefinitionen siehe Art. 4 Nr. 7, 8 DSGVO.

<sup>148</sup> Siehe dazu auch oben **B. II. 2. d)** bzw. **B. II. 2. f)**.

<sup>149</sup> Art. 5 DSGVO, u. a. die Rechtmäßigkeit und Zweckbindung der Daten sowie Datenminimierung und einen Anspruch auf Richtigkeit der Daten.

<sup>150</sup> Art. 6 DSGVO, neben der Einwilligung kommt u. a. auch eine Rechtfertigung nach einer Abwägung zwischen den berechtigten Interessen der datenverarbeitenden Stelle bzw. eines Dritten und denen der betroffenen Person in Betracht (Art. 6 Abs. 1 lit. f). Die Einwilligung kann gemäß Art. 7 Abs. 3 DSGVO jederzeit widerrufen werden.

Insgesamt lässt sich sagen, dass es sich bei der DSGVO um das weltweit wohl ausgefeilteste und weitgehendste Datenschutzrecht handelt, das bisher kodifiziert wurde. Insbesondere aufgrund des weiten Anwendungsbereichs, dem mindestens die rund 511 Millionen Einwohnerinnen und Einwohner der EU<sup>151</sup> unterfallen, entfaltet es eine enorme Wirkung für den Schutz der Privatsphäre im Cyberspace im horizontalen Verhältnis Privater untereinander.

#### D. Fazit

Das Recht auf Schutz der Privatsphäre im Cyberspace ist *de jure* sowohl im internationalen als auch im regionalen Völkerrecht umfassend gegeben.

Für den internationalen Menschenrechtsschutz durch den IPbPR hat der UN-Menschenrechtsausschuss in seinen *General Comments* den Schutzbereich des Rechts auf Privatsphäre bzw. auf Schutz der Korrespondenz schon früh so weit gezogen, dass die Subsumtion von Sachverhalten aus dem digitalen Zeitalter unter dieses Recht grundsätzlich keine besonderen Schwierigkeiten bereitet. Problematisch bleibt die Frage des Anwendungsbereiches. Auch wenn sich – bis auf wenige Ausnahmen – die Wissenschaft und auch die Generalversammlung einig zu sein scheint, dass im Cyberspace keine Schutzlücke für die Privatsphäre aufgerissen werden darf, nur weil sich Überwacher, überwachte Person und das überwachte Objekt – die Daten – nicht am gleichen Ort befinden, ist derzeit noch unklar, wie die Weitung des Anwendungsbereiches dogmatisch begründet wird.

Trotz der im Vergleich guten rechtlichen Position, ist die Rechtsdurchsetzung im internationalen Kontext mangelhaft. Weltweit gibt es – politisch gerechtfertigt durch einen globalen *War on Terror* – umfassende Überwachungsprogramme durch Geheimdienste und Sicherheitsbehörden. In Ermangelung eines Rechtsprechungsorgans, das den IPbPR rechtsverbindlich und authentisch für die Parteien auslegt, können sich die Staaten unproblematisch auf eine eigene, restriktive Auslegung zurückziehen und haben – außer Kritik an ihrer Position – keine Konsequenzen zu befürchten.<sup>152</sup>

---

<sup>151</sup> Eurostat, Bevölkerung am 1. Januar, Stand 2017, abrufbar unter: <http://ec.europa.eu/eurostat/tgm/table.do?tab=table&init=1&plugin=1&language=de&pcode=tps00001> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

<sup>152</sup> Siehe als Beispiel für die durchaus harsche Ablehnung solcher Kritik – hier in Bezug auf die extra-territoriale Anwendung des IPbPR: *US-Bundesregierung* (Fn. 35), S. 754: „*These non-binding authorities [the Human Rights Committee with its General Comment and the ICJ] with its advisory opinion] cannot rewrite the binding obligations undertaken and consented to by States Parties upon ratification of the ICCPR. “Soft Law” cannot amend hard law, as much as some might wish it were so.*“

Umso bedeutsamer ist daher der Bereich des regionalen Menschenrechtsschutzes, der insbesondere in Europa deutlich wirkmächtiger ist. Mit Spannung ist hierbei das Verhältnis von *EGMR* und *EuGH* zu beobachten: In der Frage der anlasslosen, massenhaften Überwachung der Einwohnerinnen und Einwohner europäischer Staaten durch die Vorratsdatenspeicherung hat der sich der *EuGH* zunächst für einen umfassenden Grundrechtsschutz stark gemacht,<sup>153</sup> während die darauffolgende *Big Brother Watch*-Entscheidung des *EGMR* zurückhaltender wirkt.<sup>154</sup> Die Entscheidungen des *EuGH* zu den derzeit anhängigen Vorabentscheidungsverfahren<sup>155</sup> hinsichtlich nationaler Gesetzgebung zur Vorratsdatenspeicherung wird deshalb wegweisend für die Frage sein, welches Gericht für den Schutz der Bürgerinnen und Bürger Europas zukünftig eine größere Rolle spielen wird.

Grund zum Optimismus verleiht die Aufmerksamkeit, die das Thema der digitalen Überwachung in der Diplomatie und den Internationalen Organisationen erhält. Der Bericht der Hohen Kommissarin zum Recht auf Privatsphäre im digitalen Zeitalter und die Einsetzung des Sonderberichterstatters zeigen, dass es ernst genommen wird.

Trotzdem besteht noch Handlungsbedarf:

Der UN-Menschenrechtsausschuss könnte einen *General Comment* zur Anwendbarkeit der Menschenrechte im Cyberspace veröffentlichen,<sup>156</sup> der klarstellende Wirkung entfalten würde. Denkbar wäre auch die Einholung eines IGH-Gutachtens zu dieser Rechtsfrage.

Das in der EU-Grundrechtecharta verbürgte Recht auf den Schutz personenbezogener Daten sollte explizit auch in internationale Menschenrechtsverträge, bspw. durch Fakultativprotokolle, aufgenommen werden.

Die Staaten müssen ihre menschenrechtlichen Schutzpflicht ernster nehmen. Hierzu gehört die kritische Überprüfung geheimdienstlicher Kooperationen,<sup>157</sup>

---

<sup>153</sup> Siehe dazu oben **C. II. 1.** und **3.**

<sup>154</sup> Siehe dazu oben **C. I. 3.**

<sup>155</sup> Zur Vorlage des *belgischen Verfassungsgerichtes* siehe *Verbruggen/Royer/Severijns*, Reconsidering the blanket-data-retention-taboo, for human rights' sake?, European Law Blog, 1.10.2018, abrufbar unter: <https://europeanlawblog.eu/2018/10/01/reconsidering-the-blanket-data-retention-taboo-for-human-rights-sake> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018); zur evtl. Vorlage durch das *BVerfG* siehe *Steiner* (Fn. 137).

<sup>156</sup> So auch *Peters* (Fn. 29), S. 177 f.

<sup>157</sup> Auch wenn der *EGMR* grundsätzlich das Teilen von Informationen unter Geheimdiensten als zulässig erachtet hat, so hat er doch betont, dass in dem Empfangen solcher Informationen ein Eingriff in das Recht auf Privatsphäre liege und der empfangen-

aber auch die Regulierung des privaten Datenmarkts, insbesondere im Kontext der zunehmenden Auswertung von *Big Data*. Die DSGVO ist hierbei ein erster Meilenstein, der als Vorbild bei der Einführung ähnlicher Instrumente in anderen Regionen, bspw. durch völkerrechtliche Abkommen, dienen kann.

Die Bedeutung des Internets für die Freiheit des Individuums kann nicht überschätzt werden. Der Cyberspace ist ein Ort der Kommunikation, der Information und der Selbstverwirklichung. Wird das Internet aber flächendeckend überwacht, so wird die Gesellschaft flächendeckend überwacht und die Axt an die Grundfesten demokratischer Freiheiten gelegt.

---

de Staat sicherstellen muss, das die vorherige Sammlung nicht unter Missachtung menschenrechtlicher Standards durchgeführt wurde: *EGMR, Big Brother Watch v. Vereinigtes Königreich*, Urt. v. 13.9.2018, Rs. 58170/13, 62322/14, 24960/15, Rn. 421-424, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-186048> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

Johannes Tegel\*

## **Buchrezension: Autonomes Fahren – Rechtsfolgen, Rechtsprobleme, technische Grundlagen**

### **Abstract**

Rezension des Werkes „Autonomes Fahren – Rechtsfolgen, Rechtsprobleme, technische Grundlagen“ von *Bernd H. Oppermann/Jutta Stender-Vorwachs* (Hrsg.), erschienen im C.H.BECK-Verlag, München 2017. XII, 349 Seiten, 59,00 €.

---

\* Der Verfasser leitet das Ressort „Wissenschaft Online“ (WissOn) der Studentischen Zeitschrift für Rechtswissenschaft Heidelberg (StudZR). Er studiert Rechtswissenschaft im siebten Fachsemester an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg und ist wissenschaftliche Hilfskraft am Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht (Lehrstuhl Prof. *Dr. Dr. h.c. Thomas Pfeiffer*).

## A. Einführung

Autonomes Fahren ist in aller Munde. Erste Prototypen selbstfahrender Kfz sind bereits auf deutschen Straßen unterwegs. So legte im Jahr 2013 eine selbstständig fahrende *Mercedes Benz S-Klasse* die etwa 100 km lange historische Berta Benz-Route von Mannheim nach Pforzheim zurück.<sup>1</sup> Der US-amerikanische Autohersteller *Tesla* gibt auf seiner Website sogar an, dass alle in seinem Werk hergestellten Modelle bereits mit der notwendigen Hardware für autonomes Fahren ausgerüstet seien.<sup>2</sup> Dass die notwendige *Hardware* für autonomes Fahren jedoch eine sichere Verwendung des Fahrzeugs im vollautonomen Modus auf öffentlichen Straßen heute noch nicht gewährleistet, zeigt der tödliche Unfall eines *Tesla Model S* in Florida im Mai 2016. Bei dem Unfall verwechselte der Autopilot des Wagens offenbar die weiße Flanke eines Sattelzugs mit dem hellen Himmel oder mit einem Verkehrsschild, sodass das Fahrzeug ungebremst mit dem Lkw kollidierte.<sup>3</sup>

Obwohl der Stand der Technik ein hinreichend sicheres Fahren im öffentlichen Straßenverkehr offenbar noch nicht gewährleisten kann, sind vollautonome Kfz bereits heute Realität. So hat der kalifornische Gesetzgeber das dortige *Department of Motor Vehicles* seit dem 2.4.2018 dazu ermächtigt, Zulassungen für Fahrzeuge ohne Menschen am Steuer zu erteilen.<sup>4</sup> In Deutschland kündigte unlängst der *Volkswagen*-Konzern an, 44 Mrd. € und damit ein Drittel der Gesamtausgaben bis zum Jahr 2023 in Elektroautos und autonomes Fahren zu investieren.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> *Daimler AG*, Pionierleistung: Autonome Langstreckenfahrt im Überland- und Stadtverkehr: Mercedes-Benz S-Klasse INTELLIGENT DRIVE fährt autonom auf den Spuren von Bertha Benz, 9.9.2013, abrufbar unter: <https://media.daimler.com/marsMediaSite/ko/de/9904223> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

<sup>2</sup> *Tesla Germany GmbH*, Volles Potenzial für autonomes Fahren, abrufbar unter: [https://www.tesla.com/de\\_DE/autopilot](https://www.tesla.com/de_DE/autopilot) (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

<sup>3</sup> *Hengstenberg/Hucko*, Tödlicher Unfall in den USA – Wie gefährlich sind selbstfahrende Autos?, Spiegel Online, 1.7.2016, abrufbar unter: <http://www.spiegel.de/auto/aktuell/tesla-die-wichtigsten-fakten-zum-toedlichen-unfall-in-den-usa-a-1100803.html> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

<sup>4</sup> *State of California Department of Motor Vehicles*, Driverless Testing of Autonomous Vehicles, abrufbar unter: <https://www.dmv.ca.gov/portal/dmv/detail/vr/autonomous/auto> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

<sup>5</sup> *Pätsch*, Pressekonferenz zur Planungsrunde 67 – Strategische Weichenstellungen des Volkswagen Konzerns, 16.11.2018, abrufbar unter: [https://uploads.volkswagen-newsroom.com/system/production/uploaded\\_files/13751/file/98de4bac54832014e8d8aaa845d605bdbc91d8ecd/Gesamt\\_pdf\\_deutsch.pdf?1542375906](https://uploads.volkswagen-newsroom.com/system/production/uploaded_files/13751/file/98de4bac54832014e8d8aaa845d605bdbc91d8ecd/Gesamt_pdf_deutsch.pdf?1542375906) (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

Im öffentlichen Diskurs präsent sind auch die sogenannten „Dilemma-Fälle“<sup>6</sup>. Gemeint sind damit Situationen, in denen das autonome Fahrzeug nicht gleichzeitig eine Gefährdung der Insassen des Kfz *und* der anderen Verkehrsteilnehmer ausschließen kann, ein Unfall also – etwa, weil das Fahrzeug weder bremsen noch ausweichen kann – unvermeidbar ist.<sup>7</sup> Ein interessantes Experiment zu diesen Situationen bietet die Online-Plattform „*Moral Machine*“, die von der *Scalable Cooperation Group* unter der Führung *Iyad Rahmans* am Massachusetts Institute of Technology kreiert wurde. Auf der Plattform kann der Nutzer verschiedene Dilemma-Situationen durchspielen und muss sich dabei stets entscheiden, wen er verschonen würde.<sup>8</sup>

Eine umfassende Analyse der Rechtsfolgen, Rechtsprobleme und technischen Grundlagen des autonomen Fahrens liefern die Autoren des Sammelbands „Autonomes Fahren – Rechtsfolgen, Rechtsprobleme, technische Grundlagen“ unter der Herausgeberschaft von *Bernd H. Oppermann* und *Jutta Stender-Vorwachs*. Das Gemeinschaftswerk der juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover bringt dabei Rechtsfragen zur Sprache, die nahezu alle Rechtsgebiete berühren – vom Zivilrecht über das Strafrecht bis hin zum öffentlichen Recht inklusive der jeweiligen Teilrechtsgebiete. Im Folgenden soll der Inhalt der einzelnen Beiträge kurz wiedergegeben werden.

## B. Inhalt

Im ersten Beitrag des Sammelwerks (S. 1-32) widmet sich *Bernardo Wagner* als einziger nicht-juristischer Autor des Sammelbands der Technik autonomer Fahrzeuge. Der Autor steigt mit dem bereits beschriebenen tödlichen Unfall des *Tesla* in seinen Beitrag ein. Er zieht daraus die Erkenntnis, dass der derzeitige Stand der Technik den Fahrer lediglich zu unterstützen vermöge, einem autonomen Fahren auf öffentlichen Straßen jedoch noch viel Forschung und Entwicklung vorausgehen haben werde. Dass selbststeuernde Systeme ab-

---

<sup>6</sup> Aus juristischer Perspektive siehe dazu: *Hörnle/Woblers*, *The Trolley Problem Reloaded – Wie sind autonome Fahrzeuge für Leben-gegen-Leben-Dilemmata zu programmieren?*, GA 2018, 12 ff.; *Sander/Hollering*, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit im Zusammenhang mit automatisiertem Fahren*, NStZ 2017, 193 (201 ff.); *Weber*, *Dilemmasituationen beim autonomen Fahren*, NZV 2016, 249 ff.; sowie im Einzelnen die Beiträge des hier rezensierten Sammelbands, siehe unter **B**.

<sup>7</sup> *Köppe*, *Einer muss sterben – nur wer?*, Spiegel Online, 24.10.2018, abrufbar unter: <http://www.spiegel.de/wissenschaft/technik/unfaelle-mit-selbstfahrenden-autos-wer-soll-leben-wer-soll-sterben-a-1234901.html> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018); siehe auch *Ethik-Kommission Automatisiertes und vernetztes Fahren*, Bericht Juni 2017, S. 17, abrufbar unter: [https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Publikationen/DG/bericht-der-ethik-kommission.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Publikationen/DG/bericht-der-ethik-kommission.pdf?__blob=publicationFile) (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

<sup>8</sup> Siehe unter: <http://moralmachine.mit.edu/> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

seits öffentlicher Straßen aber bereits heute einsatzfähig und technisch möglich sind, zeigt *Wagner*, indem er auf selbstfahrende Gabelstapler oder auch schienengeführte Personentransportsysteme, die etwa zur Anbindung eines zweiten Terminals an Flughäfen genutzt werden, verweist.

Der zweite Beitrag stammt von *Susanne Beck*, die sich mit aktuellen Problemen der Fahrlässigkeitshaftung in Bezug auf selbstfahrende Kraftfahrzeuge auseinandersetzt (S. 33-57). Eine Strafbarkeit wegen fahrlässiger Körperverletzung gemäß § 229 StGB, fahrlässiger Tötung gemäß § 222 StGB und Gefährdung des Straßenverkehrs gemäß § 315c StGB könne auf der Herstellung, dem Vertrieb oder dem Gebrauch des autonomen Fahrzeuges beruhen. Die Autorin dekliniert sodann die verschiedenen Gesichtspunkte der strafrechtlichen Fahrlässigkeitsdogmatik durch. *Beck* zufolge seien primär zunächst Regeln aufzustellen, wann die Benutzung eines autonomen Kraftfahrzeugs ein erlaubtes Risiko darstellt. Sie fordert während der Testphase, in der autonome Fahrzeuge noch nicht zahlreich auf der Straße vertreten sind, eine besondere Vorsicht aller Beteiligten und eine stetige Bereitschaft des Menschen, notfalls in den Fahrvorgang einzugreifen.

Auf die ersten beiden Beiträge folgt ein „Block“ zivilrechtlicher Beiträge, beginnend mit der Analyse der zivilrechtlichen Haftung von Fahrer und Halter bei (teil-)autonem Fahren (*Petra Buck-Heeb* und *Andreas Dieckmann*, S. 59-91). Dieser schließen sich Abhandlungen zur produkt- und produzentenhaftungsrechtlichen Komponente dieses Problemfelds an (*Martin Ebers*, S. 93-125) sowie zu privatversicherungsrechtlichen (*Jan Eichelberger*, S. 127-155), datenschutzrechtlichen (*Nikolaus Forgó*, S. 154-171) und verbraucher- wie kartellrechtlichen Fragestellungen (*Bernd H. Oppermann*, S. 173-208). Diese Beiträge behandeln Rechtsfragen wie, wer *de lege lata* „Führer des Kraftfahrzeugs“ i. S. d. § 18 Abs. 1 StVG bei einem autonomen Auto ist oder wie die „Achillesferse des autonomen Fahrens“, mithin die Produkt- und Produzentenhaftung, ausgestaltet werden sollte, wenn in Zukunft eine verstärkte Inanspruchnahme der Kfz-Hersteller zu erwarten ist (*Ebers*). Es sei davon auszugehen, dass es durch die Verbreitung autonomer Fahrzeuge zu einem Rückgang der Unfälle im Straßenverkehr kommen werde, wenngleich eine „Vision Zero“ ohne Unfälle wohl eine Utopie bleiben werde. Daher werde auch die Haftpflichtversicherung in Zukunft nicht obsolet werden (*Eichelberger*). Datenschutzrechtlich habe sich die Situation durch den Erlass der neuen Datenschutz-Grundverordnung im Bereich des autonomen Fahrens verbessert: Der Datenschutz werde durch die neue Verordnung gestärkt und die bisherigen Problembereiche würden durch die neue Verordnung „passender“ geregelt (*Forgó*). Im Verbraucherschutz sowie im Kartellrecht gelte das, was viele der Autoren in den jeweiligen Beiträgen

feststellen: Eine überstürzte oder gar unsinnige gesetzgeberische Reaktion sei unbedingt zu vermeiden (*Oppermann*).

Die arbeitsrechtliche Perspektive bilde „gewiss nicht den Kern der rechtlichen Problemstellung automatisierten Fahrens, lohne aber durchaus einen näheren Blick“, wie *Roland Schwarze* im achten Beitrag des Sammelwerkes (S. 209-252) resümiert. Er klammert dabei zukünftige Probleme in Hinblick auf die Beendigung von Arbeitsverhältnissen aus, die der Autor aufgrund der Ersetzung von Arbeitskräften durch die neue Technik prognostiziert und widmet sich ausgewählten Fragen, die sich beim berufsmäßigen Fahren im Personen- und Güterverkehr stellen. Besonders hervorzuheben ist dabei seine Überlegung, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen es sich bei dem Führen eines (teil-)autonomen Kfz um „Lenken“ i. S. d. Art. 4 lit. f LenkzeitVO handelt. Maßgeblich sei der Grad der Automatisierung: Während *teil*automatisiertes Fahren als „Lenken“ einzustufen sei, handele es sich beim *hoch*automatisierten Fahren nur noch um „Lenk-Arbeitsbereitschaft“, beim *voll*automatisierten Fahren um „Lenk-Bereitschaftsdienst“ und beim Fahren, das vollkommen ohne menschliche Beteiligung auskommt, um bloße „Lenk-Rufbereitschaft“.

Als zweite Herausgeberin des Sammelbands setzt sich *Jutta Stender-Vorwachs* gemeinsam mit *Hans Steege* mit grundrechtlichen Vorgaben für autonomes Fahren auseinander (S. 253-292). Eine Frage, mit der sich die Autoren beschäftigen, ist die nach der Gestaltung einer verfassungsmäßigen Programmierung autonomer Kfz. Anhand der Vorgaben, die das BVerfG in der Luftsicherheitsgesetz-Entscheidung<sup>9</sup> entwickelt hat, diskutieren sie, inwieweit der Gesetzgeber die bereits genannten Dilemma-Situationen regeln kann. Im Ergebnis scheidet sowohl eine Abwägung Leben gegen Leben als auch die Programmierung eines Zufallsgenerators aus, da beide Alternativen einen Menschenwürdeverstoß implizieren. Einen Ausweg aus dem Dilemma bleiben *Stender-Vorwachs* und *Steege* dem Leser dabei schuldig.

*Antje von Ungern-Sternberg* wagt den Blick über den nationalen Tellerrand und widmet sich völker- und europarechtlichen Implikationen des autonomen Fahrens (S. 293-334). In diesem Bereich sei besonders das Wiener Übereinkommen über den Straßenverkehr von 1968 (WÜV) von Bedeutung. *De lege lata* muss der Fahrer gemäß Art. 8 Abs. 5, 13 Abs. 1 S. 1 WÜV das Fahrzeug unter allen Umständen beherrschen können. Der neue Art. 8 Abs. 5<sup>bis</sup> WÜV ermögliche nach der Lesart von *Ungern-Sternbergs* nun das *hoch*automatisierte Fahren, während das Erfordernis eines Fahrzeugführers nach Art. 8 Abs. 1 WÜV weiterhin bestehe.

---

<sup>9</sup> BVerfGE 115, 118 ff.

*De lege lata* sei das *voll*automatische Fahren daher noch nicht mit dem WÜV vereinbar und bedürfe einer weiteren Anpassung des Abkommens.

Der Sammelband schließt mit dem Beitrag *Christian Wolfs* und *Nassim Eslamis*, der den Titel „Autonomes Fahren – Autonome Rechtsprechung?“ trägt (S. 335-349). In dem Beitrag widmen sich die Autoren zivilprozessualen Beweislastfragen. Die in § 18 Abs. 1 S. 2 StVG vorgesehene Beweislastumkehr, wonach ein Verschulden des Fahrers vermutet wird, sei demnach im Bereich des autonomen Fahrens zu überdenken. Auch könne die Obliegenheit des Halters, Fahrers oder der Versicherung, einen Fehler am Kfz nachzuweisen, für autonom fahrende Fahrzeuge nicht aufrechterhalten werden, da die Fehlerquelle aus der Sphäre des Herstellers stamme und dieser über umfangreichere Zugriffsmöglichkeiten auf beweisrelevante Daten verfüge. *De lege ferenda* sollte daher nach der Ansicht *Wolfs* und *Eslamis* eine Beweislastumkehr zulasten des Herstellers gelten. Diese hätte zur Folge, dass der Hersteller zunächst darlegen müsste, dass er kein fehlerhaftes Fahrzeug in den Umlauf gebracht hat. Sofern der Kläger diese Darlegungen angreifen und erschüttern kann, sollte es demnach dem Hersteller obliegen, einen Entlastungsbeweis zu erbringen.

### C. Fazit

Autonomes Fahren – *quo vadis?* Auf diese Frage Antworten zu finden, wird in Zukunft sowohl die Aufgabe von Ingenieuren als auch von Ethikern und Juristen sein. Die letztgenannte Gruppe hat nun – vertreten durch einen beachtlichen Teil der hannoverischen Juristenfakultät – eine ausführliche Antwort auf diese Frage gegeben. Die Autoren analysieren nicht bloß aktuelle Herausforderungen im Bereich des autonomen Fahrens, sondern loten auch aus, in welchen Bereichen das geltende Recht bereits für zukünftige Herausforderungen gewappnet ist und wo noch Handlungsbedarf auf gesetzgeberischer Ebene besteht. Interessant ist zudem, dass einige der Autoren inzwischen das *Interdisziplinäre Institut für Automatisierte Systeme e. V.* (RifaS) gegründet haben.<sup>10</sup> Man darf gespannt sein, ob das Institut in Zukunft noch häufiger von sich reden machen wird. Jedenfalls lässt sich festhalten, dass die hannoverische Fakultät mit dem Sammelband bereits einen bedeutenden Beitrag zur Diskussion über das autonome Fahren geleistet hat.

Die Herausgeber geben Versicherungen, Rechtsabteilungen der Automobilhersteller, Bedienstete in Ministerialverwaltung und Gesetzgebung, Verbände, Rechtsanwälte und Juristen aus Justiz und Wirtschaft als Zielgruppe des Werks

<sup>10</sup> Homepage des RifaS: <http://www.interdisziplinäres-institut-für-automatisierte-systeme.de/home> (zuletzt abgerufen am 17.12.2018).

an. Der Sammelband ist auch für Studierende interessant, die Freude an Technik haben oder einen rechtlichen Einblick in das Gebiet des autonomen Fahrens erlangen möchten. Als leichte Nachtlektüre taugt es natürlich nicht – die Beiträge sind sehr technisch geschrieben, was bei der behandelten Materie naturgemäß wenig überrascht. Für Mai 2019 ist bereits die zweite Auflage des Buchs angekündigt. Begrüßenswert wäre, wenn dort einige Aspekte im Zusammenhang mit dem autonomen Fahren noch ausführlicher behandelt werden. Konkret ist etwa das Schreckensszenario „Cyber-Angriff“ zu nennen. Hier stellen sich etwa die Fragen: Wie gut können diese Angriffe technisch abgewehrt werden? Handelt es sich bei einem Cyberangriff um einen die Ersatzpflicht ausschließenden Fall höherer Gewalt i. S. d. § 7 Abs. 2 StVG oder wird durch den Angriff der strafrechtliche Zurechnungszusammenhang ausgeschlossen?

Bis zum Erscheinen der Neuauflage wäre ferner die Überarbeitung einiger Details wünschenswert. So fällt etwa auf, dass *Wagner, Beck, Buck-Heeb* und *Dieckmann* sowie *Oppermann* ihre Beiträge jeweils mit einer (mehr oder weniger) ausführlichen Schilderung des *Tesla*-Unfalls im Jahr 2016 einleiten. Auch wenn die Herausgeber dem im Vorwort bereits vorgreifen: „[...] unbeschadet der vorgenommenen thematischen Abgrenzungen [waren] gelegentliche inhaltliche Überschneidungen nicht völlig zu vermeiden“ (S. VII), würde eine stärkere Abstimmung der einzelnen Beiträge aufeinander dem Werk guttun. Für den Leser ist es auch im ersten Moment verwirrend, wieso auf die ersten vier zivilrechtlichen Beiträge ein Beitrag mit dem Titel „Einige zivilrechtliche Fragen im Kontext automatisierter Fahrsysteme auf dem Markt“ (*Oppermann*) folgt. Diesem Beitrag wünscht man einen prägnanteren Titel, bei dem klar ersichtlich ist, dass verbraucher- und kartellrechtliche Fragen im Vordergrund stehen. Auch könnte der einleitende Teil dieses Beitrags deutlich gestrafft werden, da er im Wesentlichen bereits Gesagtes wiederholt. Zudem wünscht sich der Leser an manchen Stellen etwas mehr Mut der Autoren, eigene Ansätze zu entwickeln. *Stender-Vorwachs* und *Steege* etwa legen zwar dar, dass der Einsatz eines Zufallsgenerators zum Umgang mit den Dilemma-Fällen zu problematischen, da in ihren Augen menschenwürdevidrigen Ergebnissen führe, geben aber keine Antwort darauf, wie alternativ mit diesen Situationen umgegangen werden könnte. Dabei ist Rechtssicherheit gerade in diesen Situationen besonders relevant für die weitere Entwicklung des autonomen Fahrens. Nicht, weil zu erwarten ist, dass diese Dilemma-Situationen häufig auftreten werden, ganz im Gegenteil. Jedoch sind es diese Situationen, die den Bürger als potenziellen Insassen besonders interessieren, denn er trägt unter Umständen das straf- und zivilrechtliche Risiko im Fall eines Unfalls. Die Zukunft des autonomen Fahrens hängt eben ganz entscheidend davon ab, ob die Menschen, für die die autonom fahrenden Fahrzeuge entwickelt werden, diese auch nutzen.

Wie stark der Sammelband die rechtliche Diskussion auf dem Gebiet des autonomen Fahrens beeinflussen wird, bleibt abzuwarten und kann an dieser Stelle realistischerweise nicht beurteilt werden. Jedenfalls ist der Autorenschaft zuzugestehen, dass sie auf dem Gebiet des autonomen Fahrens Pionierarbeit leistet und viele Denkanstöße gibt, die dazu einladen, sich selbst noch eingehender mit dem Thema auseinanderzusetzen.

Im Bereich des autonomen Fahrens sind rasante Fortschritte zu verzeichnen, wie die eingangs geschilderten Entwicklungen – insbesondere in den USA – zeigen. Es bleibt mit Spannung abzuwarten, ob sich die Prognose *Eichelbergers* bewahrheitet, der davon ausgeht, „dass auf absehbare Zeit niemand ernsthaft in Erwägung ziehen wird, sich ausschließlich vollautomatisiert im Verkehr bewegen zu wollen“ (S. 133) oder ob autonome Fahrzeuge bereits in naher Zukunft auch auf deutschen Straßen Realität sein werden.