



StudZR

Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft Heidelberg

Ausgabe 1/2014

AUFSÄTZE

Franziska Meier 01
Urheberrechtliche Probleme bei der Facebook-Nutzung

Jonathan Platz 22
Der Grundsatz der Vertraulichkeit des Schiedsverfahrens - Grundlagen und Grenzen

Kerstin König 45
**Undue influence als Fallgruppe der Sittenwidrigkeit?
Ein rechtsvergleichender Ansatz unter besonderer Berücksichtigung des Kreditsicherungsrechts**

Laura Kiefer 71
Warum schützt das Recht die biologische Vielfalt?

RECHTSPRECHUNG

Désirée Wollenschläger 90
**Europäisches Beihilfenrecht:
Das Problem der Staatlichkeit der gewährten Mittel - zugleich Anmerkung zu dem Urteil des EuGH vom 30.5.2013 – Rs. C- 677/11 (Doux Elévage)**

REZENSIONEN

Marcel Kahl 100
Buchrezension: „Subsumtion“ – eine Annäherung an den Begriff aus 16 Blickwinkeln

Franziska Maier*

Urheberrechtliche Probleme bei der Facebook-Nutzung

Abstract

Die sich fortentwickelnden technischen Möglichkeiten, insbesondere im Bereich des Internets, stellen die Rechtswissenschaften vor immer neue Herausforderungen. Es stellt sich die Frage wie mit unseren bestehenden Rechtsnormen diesen Herausforderungen zu begegnen ist. Der nachfolgende Aufsatz beschäftigt sich mit urheberrechtlichen Problemen im sozialen Netzwerk Facebook, welches in Deutschland in den letzten Jahren einen hohen Beliebtheitsgrad erreicht hat. Im Schwerpunkt wird der Frage nachgegangen, inwieweit der Inhaber einer Facebook-Pinnwand für urheberrechtswidrige Pinnwandeinträge von Dritten haften muss und ob im Falle einer Haftung des Pinnwandinhabers ein Rückgriff auf das Unternehmen Facebook möglich ist.

* Die Verfasserin ist seit dem Wintersemester 2010/2011 Studentin der Rechtswissenschaften mit wirtschaftswissenschaftlicher Zusatzausbildung an der Universität Bayreuth. Der Beitrag entstand im Rahmen des Seminars „Mein Zivilrecht (iLaw)“ bei Herrn Prof. *Dr. Rupprecht Podszun*.

I. Einleitung

Facebook - mit 1,1 Milliarden Nutzern mittlerweile das am meisten genutzte soziale Netzwerk weltweit.¹ Allein in Deutschland gibt es knapp 26 Millionen registrierte Nutzer.² Für Viele ist es nicht mehr aus dem Alltag wegzudenken, Inhalte wie Texte, Bilder und Videos mit Freunden auf der Facebook-Pinnwand zu teilen. Jedoch gibt es auch sich mehrende kritische Meinungen zu Facebook. Neben immer wieder auftauchenden datenschutzrechtlichen Streitfragen spielen zunehmend persönlichkeits- und urheberrechtliche Verletzungen durch Nutzer eine Rolle. Besonders Letztere führten in der Vergangenheit immer wieder zu Abmahnungen.

Dies widerspricht dem Interesse der zahlreichen Facebook-Nutzer, die das soziale Netzwerk als private Austauschplattform zur Kommunikation mit Freunden nutzen möchten und dabei Inhalte tauschen wollen, ohne mit teuren Abmahnungen rechnen zu müssen. Es ist auch nicht im Sinne von Facebook, dass durch zunehmende Abmahnungen Nutzer abgeschreckt werden, bzw. Facebook sich selbst der Gefahr aussetzt, für urheberrechtliche Verstöße seiner Nutzer in die Haftung genommen zu werden. Dem gegenüber stehen die Interessen der Urheber, die möchten, dass ihr Werk auch in sozialen Netzwerken vor unbefugter Verwendung geschützt wird, da sie regelmäßig darauf angewiesen sind, dass sich durch eine entgeltliche Verwertung ihres Werkes die Aufwendungen für ihr Schaffen amortisieren.³ Lösungen, wie dieses Spannungsfeld von Allgemeininteressen und dem Schutz des geistigen Eigentums zu lösen ist, bietet das Urheberrechtsgesetz (UrhG).⁴

Erst in jüngster Vergangenheit sorgte eine Abmahnung für einen urheberrechtswidrigen Pinnwandeintrag für Wirbel, der nicht vom Pinnwandinhaber selbst stammte, sondern von einem Dritten.⁵ Es stellt sich nunmehr die Frage, inwieweit der Pinnwandinhaber auch für die urheberrechtswidrigen Pinnwandbeiträge von Dritten haften muss bzw. ob auch

¹ Stand: Mai 2013, abrufbar unter: <http://www.statista.com/statistics/37545/number-of-active-facebook-users/> (allezierten Internetquellen wurden zuletzt am 27.8.2013 abgerufen).

² Stand: Juni 2013, abrufbar unter: <http://allfacebook.de/userdata/>.

³ Dreier, in: Heermann/Ohly (Hrsg.), *Verantwortlichkeit im Netz*, 2003, S. 60.

⁴ Wild, in: Schricker/Loewenheim *Kommentar zum Urheberrecht*, 4. Aufl. 2010, Vor § 97 Rn. 3; Dreier (Fn. 3), S. 62.

⁵ *LG Halle*, Urteil v. 1.6.2012, Az. 2 O 3/12, das Vorliegen eines materiell-rechtlichen Anspruchs aus § 97 UrhG wurde allerdings offengelassen, da die auf Unterlassen gerichtete einstweilige Verfügung schon wegen fehlender Eilbedürftigkeit abgelehnt wurde.

Facebook zur Haftung herangezogen werden kann. Mit dieser umstrittenen Problematik beschäftigt sich der nachfolgende Beitrag.

II. Haftung des Facebook-Nutzers

1. Anspruchsgrundlagen

Für eine Haftung des Facebook-Nutzers für urheberrechtswidrige Pinnwandeinträge eines Dritten müssten dem Urheber des betroffenen Werkes zunächst entsprechende Anspruchsgrundlagen zur Seite stehen. Denkbar ist unter anderem ein Anspruch auf Unterlassen und Beseitigung gemäß § 97 Abs. 1 UrhG und §§ 823 Abs. 1 i.V. mit 1004 Abs. 1 analog BGB und ein Anspruch auf Schadensersatz gemäß § 97 Abs. 2 UrhG und § 823 Abs. 1 BGB. Die Ansprüche aus dem UrhG sind dabei als *leges speciales* gegenüber den Ansprüchen aus dem BGB vorrangig.⁶

2. Tatbestandvoraussetzungen

a) Anwendbarkeit deutsches Urheberrecht

Zunächst müsste das deutsche Urheberrecht überhaupt anwendbar sein. Auch wenn Facebook ein von den Vereinigten Staaten von Amerika geführtes soziales Netzwerk ist, folgt aus dem vom Territorialprinzip abgeleiteten Schutzlandprinzip⁷, dass bei Verletzungen von Rechten des geistigen Eigentums das Recht des Staates Anwendung findet, für dessen Gebiet der Schutz beansprucht wird, Art. 8 Abs. 1 Rom II-Verordnung. Somit ist hier das deutsche Urheberrecht anwendbar.

b) Urheberrechtsverletzung

Damit der Urheber eines Werkes überhaupt urheberrechtlichen Schutz durch das UrhG genießt, muss ein Werk eine persönliche geistige Schöpfung im Sinne des § 2 Abs. 2 UrhG darstellen. Zudem muss der Anspruchsteller aktivlegitimiert sein. Die Erfüllung dieser Voraussetzungen wird bei der nachfolgenden Prüfung unterstellt.

Um zu der Frage zu kommen, ob der Pinnwandinhaber für die urheberrechtswidrigen Pinnwandeinträge von Dritten haftbar gemacht werden kann, müsste zunächst in dem „Posten“ des Werkes an die Facebook-Pinnwand eine Urheberrechtsverletzung liegen.

⁶ *Schricker/Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim Kommentar zum Urheberrecht*, 4. Aufl. 2010, S. 62 ff. Rn. 42 ff.

⁷ *Lauber-Rönsberg*, in: *Ahlberg/Götting (Hrsg.) Beck'scher Onlinekommentar zum UrhG*, 2. Aufl. 2013, Sonderbereiche, Rn. 7.

Das Urheberrechtsgesetz nennt in den §§ 15 ff. verschiedene Verwertungshandlungen, die ausschließlich dem Urheber zustehen. In § 15 Abs. 2 i.V. mit § 19a UrhG wird das Recht auf öffentliche Zugänglichmachung geschützt. Das heißt, der Urheber hat das alleinige Recht, das Werk drahtgebunden oder drahtlos der Öffentlichkeit in einer Weise zugänglich zu machen, dass es Mitgliedern der Öffentlichkeit von Orten und Zeiten ihrer Wahl zugänglich ist. Indem das urheberrechtlich geschützte Werk an der Facebook-Pinnwand auch für andere Nutzer sichtbar gemacht wird, könnte also das Recht des Urhebers auf öffentliche Zugänglichmachung im Sinne des § 19a UrhG verletzt sein. Gemäß § 15 Abs. 3 S. 1 UrhG ist die Wiedergabe öffentlich, wenn sie für eine Mehrzahl von Mitgliedern der Öffentlichkeit bestimmt ist. Für eine Mehrzahl von Mitgliedern der Öffentlichkeit genügen nach Ansicht der Rechtsprechung des *BGH* und der Literatur schon zwei Personen.⁸ Zur Öffentlichkeit gehören gemäß § 15 Abs. 3 S. 2 UrhG aber nur die, die nicht mit demjenigen, der das Werk verwertet, durch persönliche Beziehungen verbunden sind.

Gegen eine Verletzungshandlung durch öffentliches Zugänglichmachen könnte sprechen, dass die Facebook-Pinnwand im Regelfall nicht öffentlich sichtbar ist und zum Austausch mit einem abgegrenzten Personenkreis verwendet wird, der durch die „Freundefunktion“ eingeschränkt wird. Es könnte hierin eine persönliche Verbundenheit liegen. Nach der Rechtsprechung kommt es für die persönliche Verbundenheit darauf an, wie groß der Personenkreis ist und auf die Art der Beziehung. Die persönliche Verbundenheit muss nicht auf einer familiären oder freundschaftlichen Beziehung beruhen, sondern es genügt ein enger geistiger Kontakt, der bei den „Beteiligten das Bewusstsein hervorruft, persönlich miteinander verbunden“ zu sein.⁹

Für die Facebook-Nutzung wurde von der Rechtsprechung noch nicht entschieden, inwiefern zwischen den Facebook-Nutzern und denen, die ihre Pinnwand einsehen können, eine persönliche Verbundenheit anzunehmen ist.¹⁰

⁸ *BGH*, GRUR 1996, 875 (876) - Zweibettzimmer im Krankenhaus; *Lettl*, Urheberrecht 2013, § 4 Rn. 40; *Schulze*, in: Dreier/Schulze Kommentar zum Urheberrechtsgesetz, 4. Aufl. 2013, § 15 Rn. 39.

⁹ *BGH*, GRUR 1974, 33 (34) - Alters-Wohnheim; GRUR 1984, 734 (735) - Vollzugsanstalten; GRUR 1996, 875 (876) - Zweibettzimmer im Krankenhaus.

¹⁰ <http://www.klicksafe.de/themen/downloaden/urheberrecht/irights/inhalte-auf-facebook-veroeffentlichen/teil-1-ist-posten-auf-facebook-oeffentlich-oder-privat/>

Zum Teil wird aber vertreten, dass nur eine Freundeszahl von 100 Personen als zum Familien- und Freundeskreis zugehörig für glaubwürdig zu erachten ist.¹¹ Bei einer durchschnittlichen Anzahl von 130 Freunden pro Nutzer wird diese Zahl jedoch meist überschritten. Außerdem kann auch durch die Aktivierung der Sichtbarkeit von Beiträgen für Freunde von Freunden schnell ein Personenkreis von mehreren tausend Personen erreicht werden.¹² Folgt man also der Ansicht, dass nur eine Anzahl von 100 Personen glaubwürdigerweise als zum Familien- und Freundeskreis zugehörig zu erachten sei, liegt regelmäßig ein öffentliches Zugänglichmachen nach § 19a UrhG und somit eine Verletzung des Verwertungsrechts des Urhebers vor.

Allerdings wird von dieser Ansicht nicht begründet, warum gerade 100 Personen noch zum Familien- und Freundeskreis gehören sollen. Die Zahl stellt vielmehr einen nicht verifizierbaren Schätzwert dar. Außerdem wird die Definition der persönlichen Verbundenheit sehr eng gefasst. Für eine persönliche Verbundenheit ist nach der Rechtsprechung, wie bereits dargestellt, eine familiäre oder freundschaftliche Beziehung keine zwingende Voraussetzung. Es genügt, dass ein geistiger Kontakt besteht, der das Gefühl der persönlichen Verbundenheit hervorruft. Von solch einem Kontakt könnte man auch zwischen dem Facebook-Nutzer und seinem Facebook-Freundeskreis ausgehen, da jede neue Person erst über die Bestätigung oder Versendung von Freundschaftsanfragen in den Kreis der Personen aufgenommen werden muss, der die Pinnwand einsehen kann.

Jedoch ergibt sich aus der Gesetzesbegründung zum Urheberrecht, dass die persönliche Verbundenheit unabhängig von einer rein technischen Verbundenheit bestehen muss.¹³ Eine Verbundenheit über die Facebook-Freundschafts-Funktion genügt den Anforderungen daher nicht,¹⁴ insbesondere dann nicht, wenn die Sichtbarkeit der Inhalte auch für Freunde von Freunden freigeschaltet ist. Zwar ist es kaum möglich die Abgrenzung der persönlichen Beziehung zur Öffentlichkeit an einer absoluten Zahl fest zu machen, es wird aber im Regelfall schwer glaubhaft gemacht werden können, dass der von der Rechtsprechung geforderte enge geistige Kontakt zu wirklich allen durchschnittlich mehr als 130 Facebook-Freunden besteht. Das öffentliche Zugänglichmachen im Sinne des § 19a UrhG ist

¹¹ Verbraucherzentrale Bundesverband, http://www.surfer-haben-rechte.de/cps/rde/xchg/digitalrechte/hs.xsl/75_2568.htm.

¹² *Ebd.*

¹³ BT-Dr. 15/38, S. 17; ebenso: *Brinkel*, Filesharing 2006, S. 91; *Hoeren*, in: Loewenheim (Hrsg.), Handbuch des Urheberrechts, 2. Aufl. 2010, § 21 Rn. 25; *Schapiro*, Die neuen Musiktauschbörsen unter »Freunden«, ZUM 2008, 273 (276); *Gey*, Das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung, 2009, S. 84.

¹⁴ Zu dem gleichem Ergebnis kommt: *Bauer*, User Generated Content, 2011, S. 147.

daher zu bejahen, wenn nicht der Nachweis erbracht werden kann, dass der enge geistige Kontakt zu allen Facebook-Freunden besteht.

c) Passivlegitimation

Weitaus problematischer ist hingegen die Frage nach dem richtigen Beklagten, wenn der Pinnwandinhaber nicht selbst die Verletzungshandlung vornimmt, sondern ein Dritter. Grundsätzlich haftet, wer Täter oder Teilnehmer der Verletzungshandlung ist, vgl. § 830 BGB. Allerdings könnte, da es sich bei Facebook um einen elektronischen Informations- und Kommunikationsdienst im Sinne des § 1 Abs. 1 S. 1 Telemediengesetz (TMG) handelt, die aus den allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften folgende Verantwortlichkeit für die Urheberrechtsverletzung durch die §§ 7 ff. TMG ausgeschlossen sein. Den Regelungen kommt eine „Filterfunktion“ zu.¹⁵ Das TMG (vormals Teledienstgesetz TDG) wurde als Umsetzung der E-Commerce-Richtlinie geschaffen und soll einen freien Verkehr der Dienste der Informationsgesellschaft zwischen den Mitgliedsstaaten der EU gewährleisten.¹⁶ Die §§ 7 ff. TMG regeln die Verantwortlichkeit der Diensteanbieter für eigene, beziehungsweise fremde Informationen. Während sich die Haftung für eigene, bereitgehaltene Informationen gemäß § 7 TMG nach den allgemeinen Gesetzen richtet, regeln die §§ 8- 10 TMG das Eingreifen von Haftungsprivilegierungen für den Fall, dass es sich um eine für den Diensteanbieter fremde Information handelt, die dieser übermittelt, speichert oder zu der dieser den Zugang vermittelt.¹⁷

Damit die Vorschriften des TMG überhaupt anwendbar sind, müssten zunächst die Facebook-Nutzer als Diensteanbieter im Sinne des § 2 S. 1 Nr.1 TMG zu qualifizieren sein. Nach der Legaldefinition sind Diensteanbieter alle natürlichen oder juristischen Personen, die eigene oder fremde Telemedien zur Nutzung bereithalten, oder den Zugang zur Nutzung vermitteln. Ein eigener Server ist nicht notwendig. Es kommt darauf an, wer über den Inhalt des Angebots bestimmen kann.¹⁸ Facebook-Nutzer gestalten ihre Pinnwand selbst, bestimmen darüber, welche Inhalte sie hochladen und ob auch Dritte ihre Pinnwand zum Veröffentlichen von Werken nutzen können. Die Facebook-Nutzer sind daher als

¹⁵ BT-Drs. 14/6098, S. 23; *Maly*, Das Verhältnis zwischen Störerhaftung und Filterfunktion des Telemediengesetzes bezüglich Host-Provider, 2010, S. 31; *Rinscheid*, Diensteanbieter und das Urheberrecht, 2010, S. 22; *Heckmann*, Internetrecht, 2. Aufl. (2009), S. 94 Rn. 66.

¹⁶ *Müller-Broich*, in: Nomos-Kommentar zum TMG, 2012, Einleitung Rn 1 ff.

¹⁷ *Ebd.*, Vor §§ 7-10 TMG Rn 1.

¹⁸ *Ebd.*, § 2 TMG Rn. 1.

Diensteanbieter im Sinne des § 2 S. 1 Nr. 1 TMG zu qualifizieren.¹⁹ Somit richtet sich die Verantwortlichkeit des Diensteanbieters nach den §§ 7 ff. TMG.

aa) Haftung auf Unterlassen nach § 97 Abs. 1 UrhG

Die Regelungen des TMG sind nach stetiger Rechtsprechung und nach überwiegender Auffassung im Schrifttum jedoch nicht unmittelbar auf Unterlassungsansprüche anwendbar. Dies folge aus § 7 Abs. 2 S. 2 TMG, sowie Art. 14 Abs. 3 und Erwägungsgrund 46 der E-Commerce-Richtlinie.²⁰ Für die Unterlassungsansprüche richtet sich die Frage nach der Passivlegitimation daher nach den allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen.

Wie bereits festgestellt, haftet grundsätzlich wer Täter oder Teilnehmer einer Verletzungshandlung ist. Eine Täterschaft ist hier jedoch zu verneinen, weil die Urheberrechtsverletzung gerade nicht von dem Pinnwandinhaber selbst begangen wird, sondern von einem Dritten. Für eine Teilnehmerschaft wird es regelmäßig sowohl an dem erforderlichen Teilnahmebeitrag als auch am Vorsatz bezüglich der rechtswidrigen Urheberrechtsverletzung fehlen.

Allerdings haftet auch, wer ohne Täter oder Teilnehmer zu sein, in irgendeiner Weise willentlich und adäquat kausal an der Herbeiführung der rechtswidrigen Beeinträchtigung mitgewirkt hat, als sogenannter Störer.²¹ Die Störerhaftung wurde in Analogie zu § 1004 BGB entwickelt.²² Ein Verschulden ist für sie nicht erforderlich.²³

Bei den Facebook-Nutzern wird die Störereigenschaft dadurch begründet, dass sie die Facebook-Pinnwand willentlich auch für Beiträge von Dritten zur Verfügung stellen und somit kausal die Möglichkeit für den Urheberrechtsverstoß schaffen.

Die Figur der Störerhaftung ist in der Literatur heftig umstritten. Kritisiert wird dabei vor allem, dass die Störerhaftung eine reine Kausalitätshaftung für Rechtsverstöße Dritter darstelle und im Gesetz nicht ausreichend festgemacht

¹⁹ *Biermann*, <http://www.zeit.de/digital/internet/2012-05/facebook-forenhaftung>.

²⁰ *BGH*, GRUR 2010, 616 (618) - Marions-Kochbuch, NJW 2004, 3102 (3104) - Internetversteigerung I; *Heckmann* (Fn. 15), S. 96 Rn. 75; *Wandtke*, in: *Wandtke Urheberrecht*, 3. Aufl. (2010), S. 353; *Hartmann*, Unterlassungsansprüche im Internet, 2009, S. 131 f; *Rinscheid* (Fn. 15), S. 27.

²¹ *BGH*, GRUR 2001, 1038 (1039) - ambiente.de; GRUR 2002, 618 - Meißner Dekor; GRUR 1999, 144 (145) - Möbelklassiker; NJW 2004, 3102 (3103) - Internetversteigerung I; NJW 2007, 2636 (2639) - Internetversteigerung II; GRUR 2008, 702 (706) - Internetversteigerung III.

²² *Reese*, in: *Heermann/Ohly* (Hrsg.) *Verantwortlichkeit im Netz*, 2003, S. 182.

²³ *Hoeren*, in: *Hoeren/Sieber Multimedia-Recht* 33. Erg. (2012), Teil 18.2 Rn. 18.

werden könne.²⁴ Die Rechtsprechung hat mittlerweile auf die Kritik der Literatur reagiert und verlangt nun, um eine uferlose Ausweitung der Haftung für den nur mittelbar Verantwortlichen zu vermeiden, dass zumutbare Prüfpflichten verletzt worden sind.²⁵ Was im Einzelfall als zumutbar anzusehen ist, richtet sich nach den Grundsätzen von Treu und Glauben.²⁶ Unter anderem spielt eine Rolle, welche technischen und wirtschaftlichen Möglichkeiten dem Anspruchsgegner zur Verfügung stehen, aber auch welchen Stellenwert die betroffenen Rechtsgüter haben.²⁷

Unterschieden werden kann weiterhin zwischen Vorabprüfpflichten und ex-post-Prüfpflichten.²⁸ Während eine Pflicht zur Prüfung der Inhalte vor der öffentlichen Zugänglichmachung von der Rechtsprechung überwiegend abgelehnt wird, können nachträgliche Prüfpflichten dadurch ausgelöst werden, dass auf einen urheberrechtlichen Verstoß hingewiesen wird.²⁹ Hat ein solcher Verstoß tatsächlich stattgefunden, muss der Seitenbetreiber Vorkehrungen treffen, die vermeiden, dass ein „kerngleicher“ Verstoß erneut begangen wird.³⁰ Übertragen auf die Facebook-Nutzer heißt dies, dass die Nutzer zwar nicht vorab die Rechtmäßigkeit der einzelnen Beiträge von Dritten überprüfen müssen, bei einem Hinweis auf eine Urheberrechtsverletzung aber ex post zur Überprüfung und gegebenenfalls unverzüglich zur Entfernung des urheberrechtswidrigen Beitrags verpflichtet sind. Dies ist dem Einzelnen auch zuzumuten, da der Aufwand für einen privaten Nutzer, auf einen solchen Hinweis zu reagieren, aufgrund der Überschaubarkeit einer privaten Facebook-Pinnwand nicht übermäßig hoch ist. Zieht man die Rechtsprechung konsequent heran, heißt das aber auch, dass dem Facebook-Nutzer auferlegt wird, für die Zukunft kerngleiche Rechtsverstöße zu verhindern. Will sich der Facebook-Nutzer also nicht erneut einer Unterlassungshaftung aussetzen, bleibt nur die Möglichkeit, die Pinnwand für Beiträge von Dritten zu sperren. Verletzt der Pinnwandinhaber die vorgenannten Prüfpflichten, kann er folglich als Störer durch den Urheber auf Unterlassen in Anspruch genommen werden.

²⁴ Hoeren (Fn. 23), Teil 18.2 Rn. 19; Hartmann (Fn. 20), S. 52; Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG-Kommentar, 31. Aufl. 2013, § 8 Rn. 2.2 ff.

²⁵ Köhler (Fn. 24), § 8 Rn. 2.2a; krit.: Hartmann (Fn. 20), S. 57.

²⁶ BGH, GRUR 1984, 54 (55) - Kopierläden; Volkemann, Der Störer im Internet 2005, S. 117; von Wolff, in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.) Praxiskommentar zum Urheberrecht, 3. Aufl. (2009), § 97 UrhG Rn. 16; Schlüter, in: Raue/Hegemann (Hrsg.) Münchner Anwaltshandbuch zum Urheber- und Medienrecht, 2011, § 34 Rn. 45.

²⁷ Heckmann (Fn. 15), S. 98 Rn. 89, Weidert/Molle, in: Ensthaler/Weidert (Hrsg.) Handbuch Urheberrecht und Internet, 2. Aufl. 2010, S. 398 Rn. 131.

²⁸ Weidert/Molle (Fn. 27), S. 397 Rn. 128 ff.

²⁹ BGH, GRUR 2007, 890 (894) - Jugendgefährdende Medien.

³⁰ BGH, GRUR 2007, 890 - Jugendgefährdende Medien.

bb) Haftung auf Schadensersatz nach § 97 Abs. 2 UrhG

Des Weiteren könnte auch eine Haftung des Pinnwandinhabers auf Schadensersatz gemäß § 97 Abs. 2 UrhG in Frage kommen. Im Gegensatz zum Unterlassungsanspruch sind hier die Regelungen über die Verantwortlichkeit nach den §§ 7 ff. TMG anwendbar.³¹ Dem Facebook-Nutzer könnte somit die Haftungsprivilegierung des Diensteanbieters gemäß § 10 S. 1 TMG zugute kommen.

Wie bereits festgestellt ist der Facebook-Nutzer als Diensteanbieter im Sinne des TMG zu qualifizieren. Für die Haftungsprivilegierung des § 10 TMG ist des Weiteren erforderlich, dass es sich um eine für den Diensteanbieter fremde Information handelt und nicht um eine eigene Information im Sinne des § 7 Abs. 1 TMG. Unter eigene Informationen fallen neben den Inhalten, die der Diensteanbieter selbst geschaffen hat, auch die Inhalte, die sich der Diensteanbieter „zu eigen macht“.³²

(1) Haftung für eigene Inhalte gemäß § 7 Abs. 1 TMG

Wann ein sich „zu eigen Machen“ vorliegt, ist umstritten. Zum Teil wird vertreten, dass es darauf ankomme, ob der Diensteanbieter einen wirtschaftlichen Nutzen aus den Inhalten ziehe.³³ Das „zu eigen Machen“ an den wirtschaftlichen Nutzen der Inhalte zu knüpfen, würde aber dazu führen, dass von der Umsetzung innovativer internetbasierter Konzepte abgeschreckt werden würde. Dies hätte den falschen Innovationsanreiz zur Folge und würde zudem dem Gesetzeszweck des TMG zuwiderlaufen, das gerade einen freien Dienstleistungsverkehr über das Internet gewährleisten möchte.³⁴ Zudem wäre das Kriterium des wirtschaftlichen Nutzens für eine Vielzahl von Diensteanbietern einschlägig.³⁵ Eine andere Ansicht entscheidet danach, ob eine bewusste Auswahl der Inhalte und zugleich eine bewusste Verantwortungsübernahme stattfindet.³⁶ Diese Ansicht führt aber zu Abgrenzungsschwierigkeiten, da sie an schwer nachprüfbar, subjektive Kriterien anknüpft. Die Rechtsprechung stellt für die Abgrenzung zwischen fremden und eigenen Inhalten auf eine „objektive Sicht auf

³¹ Siehe dazu oben Abschnitt II. 2.c) aa).

³² BT-Dr 13/7385, S. 20; BGH GRUR 2010, 616 (618) - Marions-Kochbuch; OLG Köln, NJW-RR 2002, 1700 (1701); a.A.: Sieber/Höfjinger, in: Hoeren/Sieber Multimedia-Recht 33. Erg. (2012), Teil 18.1 Rn. 39; Altenbain, in: MünchKomm StGB VI 2010, Vor § 7 ff. TMG Rn. 20.

³³ Freytag, Haftung im Netz, 1999, S. 174.

³⁴ Müller-Broich, Nomos-Kommentar zum TMG, 2012, Einleitung Rn. 1.

³⁵ Leupold/Glossner, in: Leupold/Glossner Münchner Anwaltshandbuch zum IT-Recht, 2. Aufl. 2011, S. 210 Rn. 466.

³⁶ Sieber, Verantwortlichkeit im Netz, 1999, Rn. 302 ff.

der Grundlage einer Gesamtbetrachtung aller relevanten Umstände“ ab. Es muss aus der Sicht eines objektiven Nutzers erkennbar werden, dass der Diensteanbieter die Verantwortung für die Inhalte übernehmen will.³⁷ Für eine solche Übernahme der Verantwortung und somit für ein zu eigen Machen spreche beispielsweise, wenn der Diensteanbieter die Inhalte kontrolliert und bewusst auswählt bevor diese hochgeladen werden oder er die Inhalte redaktionell aufbereitet, indem er sie etwa mit einem eigenen Emblem versieht.³⁸ Für den Empfängerhorizont ist dabei ein verständiger, informierter Durchschnittsnutzer zu unterstellen.³⁹

Es stellt sich also die Frage, ob aus der Sicht eines informierten, durchschnittlichen Facebook-Nutzers der Gesamteindruck vermittelt wird, dass der Pinnwandinhaber sich die Pinnwandinhalte zu eigen macht, die von einem Dritten stammen. Gegen ein solches zu eigen Machen spricht, dass weiter zu erkennen ist, dass der Inhalt nicht von dem Pinnwandinhaber selbst stammt. Der Inhalt des Dritten wird zwar in die jeweilige Pinnwand eingebunden, Name und gegebenenfalls Profilbild lassen aber weiter erkennen, von wem der Inhalt ursprünglich stammt.

Teilweise wird vertreten, dass auch wenn auf der Pinnwand erkennbar bleibe, dass der Eintrag von einem Dritten stammt, dies nicht ausreicht, um von einem fremden Inhalt auszugehen. Allerdings verlangt auch diese Ansicht, genau wie der *BGH*⁴⁰, dass eine eigene Handlung, etwa in Form einer bewussten Auswahl, hinzutritt.⁴¹ Der Pinnwandinhaber handelt aber nicht selbst, da die Beiträge des Dritten ohne dessen Zustimmung und ohne Möglichkeit einer vorherigen Einwirkung auf den konkreten Inhalt an der Pinnwand veröffentlicht werden können. Zudem findet keine Bearbeitung der Inhalte durch den Pinnwandinhaber statt. Daher kann unter objektiven Gesichtspunkten nicht auf eine Verantwortungsübernahme geschlossen werden. Allein die Tatsache, dass der Pinnwandinhaber auch die Möglichkeit für Beiträge von Dritten eröffnet, reicht noch nicht für eine Haftung aus.⁴² Zudem kann nicht von einem zu eigen Machen ausgegangen werden, wenn eine offensichtlich fremde Information von dem Pinnwandinhaber für eine gewisse Zeit ohne eigene Kommentierung bereitgehalten wird, da dies zur Folge hätte, dass den Pinnwandinhaber vor der

³⁷ *Spindler*, Haftungsrechtliche Grundprobleme der neuen Medien, NJW 1997, 3193 (3196).

³⁸ *BGH*, GRUR 2010, 616 (619) - Marions-Kochbuch.

³⁹ *BGH*, GRUR 2010, 616 (619) - Marions-Kochbuch; *Schwenke*, Social Media Marketing & Recht, 2012 S. 434.

⁴⁰ *BGH*, GRUR 2010, 616 (618) - Marions-Kochbuch.

⁴¹ *OLG Brandenburg*, MMR 2004, 330 - Onlineauktionshaus; *Spindler* (Fn. 37) NJW 1997, 3193 (3196); *Dustmann*, Die privilegierten Provider 2001, S. 143; *Volkmann* (Fn. 26), S. 110.

⁴² A.A.: *LG Hamburg*, MMR 2007, 450; krit.: *Heckmann* (Fn. 15), S. 110 Rn. 23; *Weidert/Molle* (Fn. 26), S. 374.

Zugänglichmachung eine aktive Überwachungspflicht treffe.⁴³ § 7 Abs. 2 S. 1 TMG regelt jedoch ausdrücklich, dass den Diensteanbieter eine solche Verpflichtung nicht trifft.

Schwieriger gestaltet sich die Frage allerdings, wenn mit dem Drücken des Gefällt-Mir Buttons oder durch einen Kommentar die Zustimmung für den Beitrag des Dritten zum Ausdruck gebracht wird. Eventuell könnte darin ein sich zu eigen Machen liegen. So verurteilte kürzlich das *LG Stuttgart* einen Facebook-Fanseitenbetreiber, der ein von einem Dritten gepostetes Bild auf seiner Pinnwand kommentierte und den Gefällt-Mir Button drückte, zum Unterlassen der öffentlichen Zugänglichmachung, zur Auskunft und zum Schadensersatz. Die Entscheidung blieb allerdings ohne Begründung, da es sich um ein Versäumnisurteil handelte.⁴⁴

Das *Arbeitsgericht Dessau-Roßlau* entschied in einem Fall, in dem die Rechtmäßigkeit einer Kündigung wegen persönlichkeitsrechtlicher Verletzung auf Facebook in Frage stand, dass die Betätigung des Facebook-Buttons „bei Facebook-Nutzern in der Regel eine spontane Reaktion ohne nähere Überlegung darstellt und in ihrem Bedeutungsgehalt nicht zu hoch eingeschätzt werden sollte“.⁴⁵ Diese Aussage kann auch für das hier zugrundeliegende Problem herangezogen werden. Da an ein zu eigen Machen die strengeren Rechtsfolgen des § 7 Abs. 1 TMG geknüpft sind, ist es nicht überzeugend, eine von der Rechtsprechung als spontane ohne nähere Überlegung eingeordnete Reaktion als ausreichend zu erachten, um damit gemäß § 7 TMG eine Haftung nach den allgemeinen Gesetzen zu begründen, ohne eine Haftungsprivilegierung eingreifen zu lassen.⁴⁶

Bei Kommentaren wird vielfach danach unterschieden, ob sie ihre Distanzierung oder ihre Zustimmung zu dem urheberrechtswidrigen Inhalt zum Ausdruck bringen.⁴⁷ So wurde vom *LG Frankfurt* in seiner Twitter-Entscheidung angenommen, dass in einem zustimmenden Kommentar zu einem rechtswidrigen Link ein zu eigen Machen zu sehen ist.⁴⁸ Übertragen auf Facebook würde dies bedeuten, dass der Pinnwandinhaber sich mit einem zustimmenden Kommentar zu einem urheberrechtswidrigen Beitrag eines Dritten, sich diesen zu eigen machen

⁴³ Hoffmann, in: Spindler/Schuster Recht der elektronischen Medien, 2. Aufl. 2011, § 7 TMG § 16; a.A.: *LG Trier*, MMR 2002, 694 (695) - Internetgästebuch; *LG Düsseldorf*, MMR 2003, 61 (Ls.) - Internetgästebuch.

⁴⁴ *LG Stuttgart*, Urteil v. 20.7.2012, Az. 17 O 303/12.

⁴⁵ *ArbG Dessau-Roßlau*, BeckRS 2012, 69099.

⁴⁶ A.A.: *Bauer/Günther*, Kündigung wegen beleidigender Äußerungen auf Facebook, NZA 2013, 67 (71).

⁴⁷ *Schwenke* (Fn. 39), S. 437.

⁴⁸ *LG Frankfurt/Main*, Beschluss v. 20.4.2010, Az. 3 08 O 46/10.

würde und gemäß § 7 Abs. 1 TMG für den Inhalt des Dritten wie für einen eigenen Inhalt haften müsste.

Dies ist allerdings kritisch zu betrachten. Wenn für zu eigen gemachte Inhalte der gleiche, strenge Haftungsmaßstab wie für eigene Inhalte gelten soll, sind richtigerweise an die zu eigen gemachten Inhalte die gleich hohen Anforderungen zu stellen wie an eigene Inhalte.⁴⁹ Da eigene Inhalte grundsätzlich solche sind, die vom Inhaber selbst geschaffen wurden, ist es nicht überzeugend bereits eine Kommentierung für ein zu eigen Machen als ausreichend zu erachten, wenn nicht noch eine Handlung, wie eine bewusste Auswahl der zugänglich gemachten Inhalte hinzukommt, die die Inhalte des Dritten mit den eigenen Inhalten auf eine Stufe stellt. Fasst man das Zueigenmachen so weit wie das *LG Frankfurt*, würde dies eine Ausuferung der Konstruktion des Zueigenmachens bedeuten, was zur Folge hätte, dass für die Anwendung des § 10 TMG nahezu kein Raum mehr bliebe.

Der Pinnwandinhaber macht sich daher die Inhalte des Dritten nicht zu eigen und haftet daher auch nicht nach § 7 Abs. 1 TMG nach den allgemeinen Vorschriften.

(2) Haftung für fremde Inhalte gemäß § 10 TMG

Geht man von keinem Zueigenmachen des rechtswidrigen Inhalts durch den Facebook-Nutzer aus, könnte sich die Verantwortlichkeit aber aus § 10 TMG ergeben. Danach sind Diensteanbieter für fremde Informationen, die sie für einen Nutzer speichern, verantwortlich, sofern sie Kenntnis von der rechtswidrigen Handlung oder der Information haben und ihnen im Falle von Schadensersatzansprüchen auch Tatsachen oder Umstände bekannt sind, aus denen die rechtswidrige Handlung oder die Information offensichtlich wird oder sie nicht unverzüglich tätig geworden sind, um die Information zu entfernen oder den Zugang zu ihr zu sperren, sobald sie Kenntnis erlangt haben.

Erforderlich ist also zunächst positive Kenntnis der rechtswidrigen Handlung oder der Information.⁵⁰ Eine rechtswidrige Handlung liegt vor, wenn ein an sich zulässiger Inhalt in unzulässiger Weise verwendet wird, zum Beispiel durch urheberrechtswidrige Verbreitung gemäß § 17 UrhG oder durch Vervielfältigung gemäß § 16 UrhG. Bei einer rechtswidrigen Information ist schon der Inhalt der Information zum Beispiel aufgrund gewaltverherrlichender Inhalte rechtlich beanstanden.⁵¹ Regelmäßig wird in den Facebook-Fällen zwar ein rechtlich zulässiger Inhalt vorliegen, die unzulässige Verwendung besteht allerdings in dem öffentlichen Zugänglichmachen im Sinne des § 19a UrhG. Die Kenntnis muss sich

⁴⁹ *Stadler*, Haftung für Informationen im Internet, 2002, Rn. 74; *Dustmann* (Fn. 41), S. 142.

⁵⁰ *Wandtke* (Fn. 20), S. 353; *Hoffmann* (Fn. 43), § 10 TMG Rn. 18.

⁵¹ *Heckmann* (Fn. 15), S. 183 Rn. 14 ff.

daher auf diese Handlung beziehen. Positive Kenntnis ist jedenfalls dann gegeben, wenn der Pinnwandinhaber den Beitrag mit dem Gefällt-Mir Button kennzeichnet und kommentiert. Allerdings muss sich die positive Kenntnis auch auf die Rechtswidrigkeit der Handlung beziehen.⁵² Die Rechtswidrigkeit kann für den einzelnen Facebook-Nutzer im Zweifelsfall schwer zu bestimmen sein, da nicht immer erkennbar ist, ob der Dritte der Urheber des Inhalts ist oder nicht. Für einen Schadensersatzanspruch genügt bereits, wenn dem Pinnwandinhaber Tatsachen oder Umstände bekannt sind, aus denen die Rechtswidrigkeit der Handlung offensichtlich wird.⁵³ Solche Tatsachen sind jedenfalls dann offensichtlich, wenn der Pinnwandinhaber abgemahnt wird oder in sonstiger Weise auf die Rechtswidrigkeit hingewiesen wird.

Liegt eine Kenntnis der rechtswidrigen Handlung vor, kann die Haftung aber immer noch dadurch ausgeschlossen werden, dass der Pinnwandinhaber gemäß § 10 S. 1 Nr. 2 TMG den urheberrechtswidrigen Beitrag unverzüglich löscht (sog. notice-and-takedown-Grundsatz).⁵⁴ Für die Unverzüglichkeit gilt § 121 Abs. 1 S. 1 BGB.

Wird der Beitrag allerdings verspätet oder trotz Kenntnis nicht gelöscht, macht sich der Pinnwandinhaber gemäß § 97 Abs. 2 UrhG gegenüber dem in seinem Verwertungsrecht verletzten Urheber des jeweiligen Werkes schadensersatzpflichtig.

d) Weitere Tatbestandsvoraussetzungen

Die Rechtswidrigkeit der Urheberrechtsverletzung wird durch die Tatbestandsverwirklichung indiziert.⁵⁵ Sie würde allerdings bei Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes entfallen. Denkbar wäre eine Einwilligung, wenn der Urheber sein Werk bereits selbst im Internet zugänglich gemacht hat. Allerdings kam der BGH in seiner Entscheidung zur Google-Bildersuche zu dem Ergebnis, dass allein in dem Umstand, dass der Urheber sein Werk bereits im Internet zugänglich gemacht hat, keine Einwilligung gesehen werden könne, selbst wenn der Urheber keine technischen Schutzmaßnahmen ergreife, um sein Werk vor einer unbefugten Verwendung zu schützen.⁵⁶ Andere Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich.

⁵² Müller-Broich (Fn. 34), § 10 TMG Rn. 4.

⁵³ Hoffmann (Fn. 43), § 10 TMG Rn. 18.

⁵⁴ Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 5. Aufl. 2010, § 21 Rn. 772; Solmecke, in: Hoeren/Sieber Multimedia-Recht, 33. Erg. 2012, Teil 21.1 Rn. 64.

⁵⁵ Lettl (Fn. 8), § 11 Rn. 23.

⁵⁶ BGH, GRUR 2010, 628 - Google-Bildersuche.

Für einen Unterlassungsanspruch müsste zudem eine Wiederholungsgefahr bestehen. Wiederholungsgefahr wird bei einer bereits begangenen Urheberrechtsverletzung vermutet.⁵⁷ Sie würde nur bei Unterzeichnen einer strafbewehrten Unterlassungserklärung entfallen.⁵⁸ Ein Anspruch scheidet daher auch nicht an diesen Voraussetzungen.

e) Schrankenregelungen

Das Urheberrecht unterliegt als geistiges Eigentum gemäß Art. 14 Abs. 1 GG dem Schutz des Grundgesetzes. Allerdings ist das geistige Eigentum, genau wie das Eigentum an körperlichen Gegenständen, gemäß Art. 14 Abs. 2 GG der Sozialpflichtigkeit unterworfen.⁵⁹ Während die Allgemeinheit eine möglichst erlaubnisfreie Nutzung urheberrechtlich geschützter Werke möchte, hat der Urheber ein Interesse daran, dass sich die Investitionen für sein Werk durch die Verwertung amortisieren. Um den Interessenwiderstreit zwischen Allgemeinheit und Urheber auszugleichen, wurden für das Urheberrecht in den §§ 44a ff. UrhG verschiedene, eng auszulegende Schranken entwickelt, die den urheberrechtlichen Schutz an Werken begrenzen.⁶⁰ Wenn eine Schrankenregelung einschlägig wäre, würde dies zur Zulässigkeit des öffentlichen Zugänglichmachens im Sinne des § 19a UrhG führen. Es läge folglich keine urheberrechtswidrige Verwertungshandlung vor und der Facebook-Nutzer müsste daher nicht für den Pinnwandeintrag des Dritten haften.

aa) Erschöpfung

Es wäre denkbar, dass, wenn der Urheber sein Werk bereits im Internet öffentlich zugänglich gemacht hat, Erschöpfung eingetreten ist. Erschöpfung ist immer dann anzunehmen, wenn der Urheber das Werk mit seiner Zustimmung in Verkehr gebracht hat. Danach kann er nicht mehr auf die weitere Verbreitung des konkreten Werkes einwirken.⁶¹

Dies steht aber im Widerspruch zu dem Verwertungsrecht des Urhebers an der öffentlichen Zugänglichmachung im Sinne des § 19a UrhG, da dieses Recht ins Leere laufen würde, wenn der Urheber bei einer öffentlichen Zugänglichmachung

⁵⁷ *Rachow*, in: Limper/Musiol Handbuch des Fachanwalts Urheber- und Medienrecht, 2011, S. 1418 Rn. 67; *Lettl* (Fn. 8), § 11 Rn. 33.

⁵⁸ *Kefferpütz*, in: Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 3. Aufl. 2012, § 97a Rn. 22.

⁵⁹ *Götting*, in: Loewenheim Handbuch des Urheberrechts, 2. Aufl. 2010, § 30 Rn. 1.

⁶⁰ *Grosskopf*, in: Limper/Musiol Handbuch des Fachanwalts Urheber- und Medienrecht, 2011, S. 185 Rn. 701; *Dreier* (Fn. 6), Vor § 44 Rn. 7.

⁶¹ *Loewenheim*, in: Loewenheim (Hrsg.) Handbuch des Urheberrechts, 2. Aufl. 2010, § 20 Rn. 33 ff.

im Internet mit der Erschöpfung seines Urheberrechtsschutzes rechnen müsste.⁶² Zudem ergibt sich auch ausdrücklich aus Art. 3 Abs. 3 der Informationsgesellschaftsrichtlinie, der die Grundlage für die Neuaufnahme des § 19a UrhG in das UrhG war, dass durch die drahtgebundene oder drahtlose öffentliche Zugänglichmachung keine Erschöpfung eintreten kann.

bb) Privatgebrauch

§ 53 UrhG regelt die Zulässigkeit der Vervielfältigung zum privaten Gebrauch. Allerdings besteht hier die Urheberrechtsverletzungshandlung in einem öffentlichen Zugänglichmachen. Es liegt daher gerade kein privater Gebrauch mehr vor. Da die Schrankenregelungen eng auszulegen sind, kann § 53 UrhG auch nicht entsprechend angewandt werden, da ansonsten die Gefahr bestünde, dass die Rechte der Urheber unterlaufen werden würden.

cc) Weitere Schrankenregelungen

Speziell für das Recht auf öffentliche Zugänglichmachung nach § 19a UrhG in das UrhG eingeführte Schranken §§ 46, 48, 50, 51, 52a, 56, 58, 59 UrhG⁶³ sind nicht einschlägig.

f) Ergebnis

Unter den bei der Passivlegitimation ausgeführten Voraussetzungen macht sich der Facebook-Nutzer somit auch für die Pinnwandeinträge von Dritten auf Unterlassen und Beseitigung gemäß § 97 Abs. 1 UrhG und auf Schadensersatz gemäß § 97 Abs. 2 haftbar.

III. Haftung von Facebook

Da Facebook die Plattform zur Verfügung stellt, auf der es zu den Urheberrechtsverstößen kommt, wäre zudem denkbar, dass der Pinnwandinhaber bei der Haftung auf Facebook als „Mitstörer“ im Wege einer gesamtschuldnerischen Haftung nach den §§ 840, 421 BGB zurückgreifen und gegenüber Facebook einen Ausgleichsanspruch gemäß § 426 Abs. 1 S. 1 BGB geltend machen kann.

⁶² Dreyer, in: Dreyer/Kotthoff/Meckel, Urheberrecht Kommentar, 3. Aufl. 2013, § 19a UrhG Rn. 5.

⁶³ Bullinger, in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.) Praxiskommentar zum Urheberrecht, 3. Aufl. 2009, § 19a Rn. 37 ff.

1. Gesamtschuldnerische Haftung

Für eine gesamtschuldnerische Haftung müsste zunächst auch Facebook für Urheberrechtsverletzungen seiner Nutzer haftbar gemacht werden können.

Für die Haftung von Facebook gelten die obigen Ausführungen entsprechend. Facebook trägt durch die willentliche Bereitstellung der Serverkapazitäten und der technischen Möglichkeiten kausal zu den Urheberrechtsverletzungen seiner Nutzer bei. Zwar trifft Facebook, genau wie den Nutzer, keine proaktive Überwachungspflicht, allerdings muss auch Facebook Hinweisen auf mögliche Urheberrechtsverstöße seiner Nutzer nachgehen und urheberrechtswidrige Inhalte möglichst unverzüglich entfernen, selbst wenn der jeweilige Pinnwandinhaber den Inhalt nicht selbst an seine Pinnwand gepostet hat sondern ein Dritter. Geschieht dies nicht, haftet Facebook, genau wie der Nutzer, als Störer gemäß § 97 Abs. 1 UrhG auf Unterlassen und gemäß § 97 Abs. 2 UrhG auf Schadensersatz.

Sowohl der Pinnwandinhaber als auch Facebook können demnach durch dieselbe Verletzungshandlung des Dritten auf Unterlassen und Schadensersatz haftbar gemacht werden. Sie sind daher Gesamtschuldner gemäß §§ 840, 421 BGB. Dies gilt jedoch nur für Schadensersatzansprüche, nicht dagegen für Unterlassungsansprüche.⁶⁴

Aus § 426 Abs. 1 S.1 BGB folgt, dass die Gesamtschuldner grundsätzlich im Verhältnis zueinander zu gleichen Anteilen verpflichtet sind, soweit nicht ein anderes bestimmt ist. Da meist der Pinnwandinhaber als der besser Greifbare in die Haftung genommen wird, wäre es denkbar, dass der Pinnwandinhaber für den Haftungsanteil von Facebook einen Ausgleichsanspruch gemäß § 426 Abs. 1 S. 1 BGB geltend machen kann.

2. Ausschluss durch AGB

Allerdings könnte die Möglichkeit eines Ausgleichsanspruchs gemäß § 426 Abs. 1 S. 1 BGB durch Ziffer 16.2 der Facebook-Nutzungsbestimmungen ausgeschlossen sein. Diese lautet wie folgt:

„Wenn jemand einen Anspruch bezüglich deiner Handlungen, deiner Inhalte oder deiner Informationen auf Facebook gegen uns erhebt, wirst du uns von sämtlichen Schäden, Verlusten und Ausgaben (einschließlich angemessener Anwaltshonorare und Rechtskosten) schadlos halten [...]“.⁶⁵ Facebook überträgt also die vollständige Verantwortung für Ansprüche aufgrund von Urheberrechtsverletzungen auf seine Nutzer.

⁶⁴ OLG Karlsruhe, MMR 2009, 503 (I.s.).

⁶⁵ Stand: 11. Dezember 2012, abrufbar unter: <https://www.facebook.com/terms/provisions/german/index.php>.

a) Eröffnung des Anwendungsbereichs der §§ 305 ff. BGB

Bei der genannten Klausel handelt es sich um eine Allgemeine Geschäftsbedingung (AGB) im Sinne des § 305 Abs. 1 BGB, da die Nutzungsbedingungen von Facebook für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen sind, die Facebook als Verwender der AGB den Nutzern bei Abschluss des Nutzungsvertrages stellt. Die Anwendung der §§ 305 ff. BGB ist auch nicht durch § 310 BGB ausgeschlossen, da kein Ausschlussstatbestand des § 310 BGB einschlägig ist.

b) Einbeziehungskontrolle

Um die AGB der Wirksamkeitskontrolle nach den §§ 307 ff. BGB unterziehen zu können, müssen die AGB zunächst wirksam in den Vertrag zwischen Facebook und dem jeweiligen Nutzereinbezogen worden sein.

aa) Wirksame Einbeziehung gemäß § 305 Abs. 2 BGB

Für eine wirksame Einbeziehung müsste die andere Vertragspartei gemäß § 305 Abs. Nr. 1 BGB ausdrücklich, oder wenn ein ausdrücklicher Hinweis wegen der Art des Vertragsschlusses nur unter unverhältnismäßigen Schwierigkeiten möglich ist, durch deutlich sichtbaren Aushang am Orte des Vertragsschlusses auf die AGB hingewiesen haben.

Über dem „Registrieren-Button“, durch dessen Anklicken der endgültige Vertragsschluss zustande kommt, wird durch farbliche Hervorhebung auf die Nutzungsbedingungen von Facebook hingewiesen. Zudem wird deutlich gemacht, dass mit der Registrierung den Nutzungsbedingungen zugestimmt wird.⁶⁶ Es liegt somit ein ausdrücklicher Hinweis auf die AGB vor.

Der anderen Vertragspartei müsste es zudem nach § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB in zumutbarer Weise möglich sein, von dem Inhalt der AGB Kenntnis nehmen zu können. Dabei genügt nach der Rechtsprechung bei einem Vertragsschluss im Internet, dass die AGB über einen gut sichtbaren Link aufgerufen werden können,⁶⁷ was bei den Facebook-AGB der Fall ist.

bb) Keine überraschende Klausel § 305c BGB

Es dürfte sich bei der in Frage stehenden Klausel auch nicht um eine überraschende Klausel handeln. Es ist nicht ungewöhnlich, dass in Allgemeinen

⁶⁶ <https://www.facebook.com/>.

⁶⁷ BGH, NJW 2006, 2976 (2977).

Geschäftsbedingungen Klauseln vereinbart werden, die den Verwender der AGB im Falle einer Haftung begünstigen oder freistellen. Eine überraschende Klausel liegt somit nicht vor. Die AGB werden wirksam in den Vertrag einbezogen.

c) Auslegung der AGB

Die Auslegung der AGB-Klausel orientiert sich an den allgemeinen zivilrechtlichen Regeln. Daher sind für die Auslegung die §§ 133, 157 BGB heranzuziehen. Zu unterstellen ist das Verständnis eines Durchschnittskunden, also hier, das eines durchschnittlichen Facebook-Nutzers.⁶⁸

Zweck der zu überprüfenden AGB ist es, Facebook vor finanziellen Einbußen zu schützen, die durch rechtswidriges Verhalten seiner Nutzer entstehen. Die Verantwortung für Rechtsverstöße wird auf den Nutzer durch die Klausel vollständig übertragen.

Die Ausgleichspflicht gemäß § 426 Abs. 1 S. 1 BGB gegenüber dem Facebook-Nutzer wird ausgeschlossen. Es handelt sich demzufolge um eine vertragliche Freistellungsvereinbarung die aber, aufgrund der Relativität der Schuldverhältnisse und des Verbots eines Vertrags zu Lasten Dritter, nur im Innenverhältnis, also zwischen Facebook und dem jeweiligen Facebook-Nutzer, Wirkung entfalten kann.⁶⁹ Daraus folgt, dass der in seinem Verwertungsrecht verletzte Urheber zwar auch weiterhin Facebook in die Haftung nehmen könnte, Facebook aber im Innenverhältnis am Inhaber der jeweiligen Pinnwand Regress nehmen kann. Durch die AGB-Klausel wird demnach nicht nur die Möglichkeit eines Ausgleichanspruches des Facebook-Nutzers gegen Facebook ausgeschlossen, sondern auch ein Anspruch von Facebook gegen die Facebook-Nutzer begründet, der, unabhängig von der in § 280 Abs. 1 BGB geforderten Pflichtverletzung und unabhängig vom Vertretenmüssen, allein dadurch entsteht, dass Facebook von einem Dritten in die Haftung genommen wird.

d) Inhaltskontrolle

Fraglich ist, ob eine solche Klausel wirksam ist. Gemäß § 307 Abs. 3 S. 1 BGB ist eine Inhaltskontrolle nur auf Bestimmungen in den AGB anzuwenden, durch die von den Rechtsvorschriften abweichende oder ergänzende Regelungen vereinbart werden. Durch die AGB-Klausel wird zum einen von § 280 Abs. 1 BGB, als auch von der in § 426 Abs. 1 S. 1 BGB geregelten Ausgleichspflicht abgewichen. Die Klausel ist somit einer Inhaltskontrolle zugänglich. Da die §§ 308, 309 BGB keine Regelungen bezüglich der Wirksamkeit enthalten, könnte sich eine Unwirksamkeit

⁶⁸ Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 36. Aufl. 2012, Rn. 231.

⁶⁹ Staudinger/Jagmann, II 2009, Vor §§ 328 ff. Rn. 44 ff.

nur aus der Generalklausel des § 307 BGB ergeben. Danach sind Bestimmungen in AGBs unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. In § 307 Abs. 2 BGB werden zwei Fälle aufgeführt, wann eine solche Benachteiligung im Zweifel anzunehmen ist.

Gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB liegt eine unangemessene Benachteiligung vor, wenn die Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist. Nach der Rechtsprechung ist hierfür erforderlich, dass das Bestehen der Norm nicht nur auf Zweckmäßigkeitserwägungen beruht, sondern auch eine Ausprägung des Gerechtigkeitsgebots darstellt.⁷⁰

Dass eine Schadensersatzhaftung nur ausgelöst wird, wenn ein Verschulden des Schuldners vorliegt, stellt laut ständiger Rechtsprechung eine Ausprägung des Gerechtigkeitsgebots dar.⁷¹ Eine Abweichung zu Lasten der Vertragspartei innerhalb der AGB ist nur möglich, wenn sie durch höherrangige Interessen des AGB-Verwenders gerechtfertigt ist oder durch die Gewährung anderer rechtlicher Vorteile für den Verwendungsgegner ausgeglichen wird.⁷²

Eine Gewährung solcher rechtlicher Vorteile findet in den AGB allerdings nicht statt, vielmehr versucht sich Facebook auch in anderen Klauseln rechtliche Vorteile aus dem Vertragsverhältnis mit seinen Nutzern einzuräumen. So versucht Facebook sich in Ziffer 2.1 seiner Nutzungsbedingungen ein Nutzungsrecht an den Pinnwandinhalten seiner Nutzer einzuräumen.⁷³ Auch höherrangige Interessen, die die verschuldensunabhängige Haftung zu Gunsten von Facebook rechtfertigen, sind nicht ersichtlich. Die Klausel stellt daher gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB eine unangemessene Benachteiligung dar.

e) Ergebnis

Die AGB-Klausel ist somit unwirksam. Facebook kann keine Ansprüche, unabhängig von einer Pflichtverletzung und einem Verschulden, aus § 280 Abs. 1 BGB gegen seine Nutzer geltend machen. Gleichzeitig hat der Facebook-Nutzer die Möglichkeit im Rahmen der gesamtschuldnerischen Haftung einen

⁷⁰ BGH, GRUR 2012, 1031 (1038); NJW-RR 1996, 1009; NJW 1991, 2414 (2415).

⁷¹ BGH, NJW 2006, 47 (49); 1992, 3158 (3161); 1991, 2414 (2415).

⁷² BGH, NJW 2006, 47 (50); 1992, 3158 (3161).

⁷³ Die Wirksamkeit dieser Klausel ablehnend, sofern die Rechteeinräumung nicht zur Erfüllung des Vertragszwecks, also der Nutzung der Social-Media-Plattform, notwendig ist: *Berberich*, Der Content „gehört“ nicht Facebook! AGB-Kontrolle der Rechteeinräumung an nutzergenerierten Inhalten, MMR 2010, 736 ff.

Ausgleichsanspruch aus § 426 Abs. 2 S. 1 BGB gegen Facebook geltend zu machen, soweit beide eine Verantwortlichkeit für die Urheberrechtsverletzung trifft.

IV. Interessenanalyse und Fazit

Ziel war es festzustellen, inwieweit Facebook-Nutzer für urheberrechtswidrige Pinnwandeinträge von Dritten haften müssen und ob auch Facebook zur Haftung herangezogen werden kann.

Zusammenfassend ist zu sagen, dass Facebook-Nutzer auch für die Inhalte von Dritten in die Haftung genommen werden können. Insbesondere ab Kenntnis des urheberrechtswidrigen Eintrags besteht die Gefahr vom Urheber auf Unterlassen oder Schadensersatz in Anspruch genommen zu werden. Facebook kann dagegen nicht sein Haftungsrisiko über die AGB-Klausel auf die Nutzer abwälzen. Das Urheberrecht schützt somit in einem hohen Maße die Interessen des Urhebers, während dem Facebook-Nutzer nur geringe Privilegierungen seitens des TMG zur Seite stehen. Dem Interesse des Urhebers am wirtschaftlichen Nutzen seines Werkes wird einen höheren Stellenwert eingeräumt als den Facebook-Nutzern, die die urheberrechtlich geschützten Werke innerhalb des sozialen Netzwerks ohne Gefahr von Abmahnungen verwenden möchten.

Fraglich ist jedoch, ob dieses Ergebnis unter dem Gesichtspunkt der wachsenden Bedeutung des Internets und der sozialen Netzwerken noch interessengerecht ist, oder ob nicht zumindest innerhalb dieses, in der Sichtbarkeit eingeschränkten, Kommunikationsbereichs Einschränkungen der weit gefassten Haftung vorzunehmen sind.

So wäre zum einen die Schaffung einer Generalklausel denkbar, die an das im anglo-amerikanischen Urheberrecht in Artikel 107 des *Copyright Act* verwurzelte *fair-use*-Konzept anknüpft und ermöglicht, einzelne Verwertungshandlungen von der Haftung freizustellen,⁷⁴ zum anderen die Einführung eines speziellen Privilegierungstatbestandes, der den Austausch von urheberrechtlich geschützten Inhalten in sozialen Netzwerken privilegiert, sofern die Facebook-Pinnwand nur einem eingeschränkten Personenkreis zugänglich ist.⁷⁵ Auch wenn in Deutschland schon über die Einführung einer Schrankenregelung ähnlich dem *fair-use*-Konzept diskutiert wurde,⁷⁶ hat sich der Gesetzgeber doch für einen festen Schrankenkatalog in den §§ 44a ff. UrhG entschieden.⁷⁷ Zudem sind momentan auch keine Bestrebungen des Gesetzgebers erkennbar, einen speziellen

⁷⁴ Dazu: Förster, Fair Use 2008, S. 214.

⁷⁵ Bauer (Fn. 14), S. 394 ff.

⁷⁶ Claus, Hyperlinks und die Nutzung und Verwertung von geschützten Inhalten im Internet, 2004, S. 336 ff.; Förster (Fn. 74), S. 214; Bauer (Fn. 14), S. 394.

⁷⁷ Götting (Fn. 59), § 30, Rn. 4.

Privilegierungstatbestand für die Nutzung urheberrechtlich geschützten Materials in sozialen Netzwerken zu schaffen.

Nach der momentanen Gesetzeslage gilt es also die eigene Pinnwand kritisch zu prüfen, auch oder gerade dann, wenn der Inhalt von einem Dritten stammt. Möchte man die Gefahr einer Haftung für Inhalte von Dritten gänzlich ausschließen, bleibt nur die Möglichkeit die Pinnwand für Beiträge von Dritten zu sperren. Doch gilt es trotz der Kritik zu sagen, dass Abmahnungen für eine private Facebook-Pinnwand bisher die absolute Ausnahme darstellen, wohl auch aufgrund der Tatsache, dass die Privatsphäre-Einstellungen der meisten Nutzer bisher verhindern, dass Außenstehende auf die private Pinnwand zugreifen und Urheberrechtsverstöße feststellen können.

Jonathan Platz *

Der Grundsatz der Vertraulichkeit des Schiedsverfahrens – Grundlagen und Grenzen

Abstract

Gegenüber dem ordentlichen Rechtsweg ist der Grundsatz der Vertraulichkeit einer der wichtigsten Vorteile des Schiedsverfahrens. Eine etwaige Verpflichtung der Parteien, im Rahmen des Verfahrens erhaltene Informationen vertraulich zu behandeln, bewahrt gerade juristischen Personen davor, sensible Daten über die Grenzen des Prozesses hinaus preisgeben zu müssen. Gleichwohl steht die rechtliche Verankerung dieses Grundsatzes auf wackligen Füßen und wird zunehmend kritisch betrachtet. Der Beitrag unterzieht verschiedene juristische Ansätze zur Sicherung des vertraulichen Ablaufs des Schiedsverfahrens einer kritischen Würdigung. Schließlich wird eine aus Sicht des Autors vorzugswürdige Auffassung dargestellt, die der Bedeutung des Grundsatzes der Vertraulichkeit gerecht wird, gleichzeitig aber flexible Einschränkungen ermöglicht, um die Wahrung der Interessen aller Betroffenen zu gewährleisten.

* *Jonathan Platz LL.B.* ist Student der Rechtswissenschaft im achten Semester an der Universität Mannheim. Der folgende Beitrag entstand als Seminararbeit im Rahmen des Seminars zum Recht des internationalen Warenkaufs und zur Schiedsgerichtsbarkeit im Herbstsemester 2012 bei Prof. Dr. *Ulrich G. Schroeter* und wurde mit 16 Punkten bewertet.

I. Einführung

Der alternativen Streitbeilegung in Form des Schiedsverfahrens kommt im internationalen Wirtschaftsverkehr mit zunehmender Komplexität der Sachverhalte und Handelsbeziehungen eine immer bedeutendere Rolle zu. 90% aller internationalen Verträge enthalten Schiedsklauseln¹. Schiedsgerichte, also vertraglich einbezogene Privatgerichte, tätig anstelle der staatlichen Gerichte², bieten den beteiligten Parteien gegenüber dem ordentlichen Gerichtsweg eine Reihe von Vorteilen, die in der Wahl des Rechtsweges eine wichtige Rolle einnehmen.

Das Schiedsverfahren wird innerhalb des deutschen Rechts im 10. Buch der Zivilprozessordnung geregelt. Als Grundlage für die Neuregelung der deutschen Schiedsgerichtsbarkeit diente das UNCITRAL-Modellgesetz³, das zur Harmonisierung der Vorschriften zur Schiedsgerichtsbarkeit in vielen Rechtsordnungen Einlass fand⁴. § 1055 ZPO verleiht dem Schiedsspruch unter den Parteien die Wirkung eines rechtskräftigen gerichtlichen Urteils.

Innerhalb der Schiedsgerichtsbarkeit gibt es regelmäßig nur eine Instanz. Dies verhindert langwierige Rechtsverfahren und führt zur raschen Streitbeilegung.⁵ Schiedsverfahren ermöglichen es den Beteiligten, die Schiedsrichter nach ihrer fachlichen Qualifikation auszuwählen. Gerade bei komplexen Materien bietet die spezielle Sachkunde der Schiedsrichter einen erheblichen Vorteil.⁶

Die überwiegende Mehrheit der Beteiligten identifiziert die Vertraulichkeit als wichtigstes Merkmal des Schiedsverfahrens.⁷ Wie diese im Wesen der Schiedsgerichtsbarkeit verankert ist, wen sie wie betrifft und an welche Grenzen sie stößt, soll Gegenstand dieser Arbeit sein.

¹ *Gottwald*, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, Arbitrage International 1997, S. 3 m.w. N.

² *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit: Systematischer Kommentar zu den Vorschriften der Zivilprozessordnung, des Arbeitsgerichtsgesetzes, der Staatsverträge und der Kostengesetze über das privatrechtliche Schiedsgerichtsverfahren, 2005, Rn. 1.

³ UNCITRAL-Modellgesetz der Vereinten Nationen über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit aus dem Jahr 1985.

⁴ *Hartmann*, in: Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann Kommentar zur ZPO, 69. Aufl. 2011, Einf. zu § 1025 Rn. 1.

⁵ *Schütze/Tscherning/Wais*, Handbuch des Schiedsverfahrens: Praxis der deutschen und internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, 1990, Rn. 4.

⁶ *Schwab/Walter* (Fn. 2), Rn. 8.

⁷ *Pritting*, Vertraulichkeit in der Schiedsgerichtsbarkeit und in der Mediation in: Recht der Internationalen Wirtschaft und Streiterledigung im 21. Jahrhundert, Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel, 2001, S. 629.

Die nachfolgende Untersuchung erforscht den Grundsatz der Vertraulichkeit auf Grundlage des deutschen Rechts. Dabei muss anlässlich der Internationalität des Schiedsverfahrensrechts auch Augenmerk auf ausländische Entwicklungen gelegt werden, um ein möglichst umfangreiches Meinungsbild bei der Analyse der nationalen Rechtslage zugrundelegen zu können. Hauptbezugspunkt dieser Arbeit ist die Ad-Hoc-Schiedsgerichtsbarkeit ohne Einbezug einer bestimmten Schiedsordnung. Damit soll die grundlegende gesetzliche Rechtslage unter Hinzuziehung der Erkenntnisse von Literatur und Rechtsprechung erforscht werden.

II. Begriffsbestimmung

Hinsichtlich der Vertraulichkeit innerhalb der Schiedsgerichtsbarkeit müssen zwei Sphären differenziert betrachtet werden. Die Grundlage des Schutzes der Privatsphäre im Schiedsverfahren erfolgt durch die Nichtöffentlichkeit des Verfahrens (*Privacy*). Hierunter versteht man den grundsätzlichen Ausschluss nicht zur Durchführung des Verfahrens zwangsläufig benötigter Personen.⁸

Der Grundsatz der Vertraulichkeit (*Confidentiality*) verpflichtet alle beteiligten Parteien zur Verschwiegenheit über den Inhalt des Prozesses, währenddessen erhobener Dokumente und Urkunden oder durch die Beweisführung erlangter Informationen.⁹

Die Grundsätze der Nichtöffentlichkeit und Vertraulichkeit des Schiedsverfahrens ermöglichen den Aufbau eines vertrauensvollen Verhältnisses zwischen den streitenden Parteien und erhöhen die Wahrscheinlichkeit einer gütlichen Einigung.¹⁰

In Streitigkeiten mit vertraulichem Inhalt werden Parteien regelmäßig den Weg vor öffentliche Gerichte scheuen. Die Schiedsgerichtsbarkeit bietet für diese Fälle eine geeignete Atmosphäre, um Konflikte effizient zu beseitigen.

III. Grundsatz der Nichtöffentlichkeit

Die logische Vorstufe des Prinzips der Vertraulichkeit ist der Grundsatz der Nichtöffentlichkeit des Verfahrens.

⁸ *Cimmino*, Das UNCITRAL-Modellgesetz über internationale ADR-Verfahren in Wirtschaftsstreitigkeiten, S. 204; *Geiben*, Die Privatsphäre und Vertraulichkeit im Schiedsverfahren: Eine rechtsvergleichende Untersuchung des deutschen, englischen und US-amerikanischen Schiedsrechts, 2001, S. 10 (16).

⁹ *Ebbing*, Private Zivilgerichte: Möglichkeiten und Grenzen privater (schiedsgerichtlicher) Zivilrechtsprechung, 2003, S. 89 f.

¹⁰ *Leisinger*, Vertraulichkeit in internationalen Schiedsverfahren, 2012, S. 38 f.

Im Gegensatz zum Vertraulichkeitsprinzip besteht innerhalb der deutschen und internationalen Rechtslehre weitgehend Einigkeit über das Bestehen der Nichtöffentlichkeit des Schiedsverfahrens.¹¹ Gleichwohl wird über die dogmatische Begründung der Nichtöffentlichkeit nur selten diskutiert, der Grundsatz vielmehr als gegeben hingenommen.¹²

In Einklang mit dem Prinzip der Privatautonomie können die Parteien gem. § 1042 Abs. 3 ZPO die Form und den Ablauf des Verfahrens frei wählen. Eine Übereinkunft kann sowohl ausdrücklich als auch konkludent erfolgen. Kann hiernach keine getroffene Regelung festgestellt werden, fällt § 1042 Abs. 4 ZPO die Entscheidungsbefugnis über den Ablauf des Verfahrens dem Schiedsgericht zu. Grundsätzlich können die Parteien oder (subsidiär) das Schiedsgericht also auch die Öffentlichkeit des Verfahrens bestimmen.¹³

Zu beachten ist, dass die Regelung des § 1042 ZPO als Ausfluss der Privatautonomie nicht zum Nachteil der Parteien führen darf. Angesichts der anerkannt hohen Bedeutung der Nichtöffentlichkeit des Schiedsverfahrens entsteht dann kein befriedigendes Ergebnis, wenn die Parteien (unwissentlich) keine wirksame Übereinkunft zur Nichtöffentlichkeit des Schiedsverfahrens getroffen haben und folglich abhängig von der Entscheidung des Schiedsrichters sind. Dies würde für die Parteien zu einer nicht gewollten Rechtsunsicherheit über ein essentielles Merkmal des Verfahrens führen. Eine Ermessensentscheidung des Schiedsrichters hinge regelmäßig von der Person des Schiedsrichters selbst sowie den Gegebenheiten des Einzelfalls ab. Von einer verlässlichen Regelung, die den Parteien den privaten Verfahrensverlauf zusichern würde, könnte nicht ausgegangen werden.¹⁴

Um diesen Zustand der Rechtsunsicherheit zu vermeiden, muss grundsätzlich von einer konkludenten Einigung der Parteien über die Nichtöffentlichkeit des Verfahrens ausgegangen werden. Die Einbeziehung der Nichtöffentlichkeit wird demnach vermutet, wenn kein entgegenstehender Parteiwille erkennbar ist.

In anderen Rechtsordnungen wird der Grundsatz der Nichtöffentlichkeit ebenfalls anerkannt.¹⁵ Als Rechtsgrundlage wird hierbei regelmäßig die konkludente Einbeziehung auf Grundlage der Schiedsklausel angeführt.¹⁶

¹¹ *Münch*, in: MünchKomm ZPO, Band III, 3. Aufl. 2008, vor § 1025, Rn. 57; *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2008, Rn. 144.

¹² *Prütting* (Fn. 7), S. 630.

¹³ *Wolf* (Fn. 11), § 169 GVG Rn. 21.

¹⁴ *Holder*, Vertraulichkeit im Schiedsverfahren nach deutschem Recht: Unter Berücksichtigung der Rechtslage in England, Australien, Schweden und Neuseeland, 2009, S. 18 f.

¹⁵ Vgl. Ausführungen zu *Oxford Shipping Case*, in: *Holder* (Fn. 14), S. 65 f. m.w.N.

Der trotz Nichtöffentlichkeit zugelassene Personenkreis bestimmt sich nach verschiedenen Grundsätzen. Gemäß der Natur des Verfahrens und dem Anspruch auf rechtliches Gehör¹⁷ sind die Streitparteien selbst zum Prozess zugelassen. Diese bestimmen ihre rechtlichen Vertreter, die gem. § 1042 Abs. 2 ZPO nicht vom Prozess ausgeschlossen werden dürfen. Weitere Personen sind dem Verfahren dann zuzulassen, wenn ihre Anwesenheit der Natur des Verfahrens nach für eine ordentliche Durchführung erforderlich ist. Dies betrifft neben dem Schiedsrichter auch etwaige für das Verfahren notwendige Dritte.

IV. Grundsatz der Vertraulichkeit

Neben der anerkannten Nichtöffentlichkeit des Schiedsverfahrens können die Parteien daran interessiert sein, dass bestimmte Interna des Verfahrens nicht an die Öffentlichkeit gelangen. Dabei kann es sich um vertrauliche Informationen, Zeugenaussagen oder gar (Zwischen-)Schiedssprüche selbst handeln.

Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit befindet sich als Form der grenzübergreifenden Streitschlichtung regelmäßig in einem Spannungsfeld zwischen verschiedenen Rechtsordnungen. Insb. die Unterschiede zwischen common und civil law führen zu einigen Schwierigkeiten in der Auslegung und Anerkennung einer allgemeinen Geheimhaltungspflicht. Je nach Rechtsordnung variieren die Ausführungen von Lehre und Judikative zum Thema Vertraulichkeit im Schiedsverfahren.

1. Verschwiegenheitspflicht der Parteien

Um die Vertraulichkeit des Schiedsverfahrens zu wahren, wird es regelmäßig vonnöten sein, dass die teilnehmenden Parteien keine Internader Verhandlungen an die Öffentlichkeit weitergeben. Dieses Ziel kann nur dann zuverlässig erreicht werden, wenn alle Teilnehmer verbindlich zur Verschwiegenheit verpflichtet sind. Eine solche Verpflichtung kann auf verschiedenen Wegen angenommen werden.

a) Ausdrückliche vertragliche Vereinbarung

§ 1042 Abs. 3 ZPO weist den Parteien auch im Bereich der Vertraulichkeit des Schiedsverfahrens in Einklang mit dem Grundsatz der Parteiautonomie¹⁸ die grundsätzliche Gestaltungsfreiheit über den Ablauf des Verfahrens zu. So bleibt es den Parteien vorbehalten, sich in der Schiedsvereinbarung oder einem weiteren,

¹⁶ *Dolling Baker v. Merrett* (1990) 1 W.L.R. 1205.

¹⁷ § 1042 Abs. 1 ZPO.

¹⁸ *Böckstiegel*, Die Anerkennung der Parteiautonomie in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, Wege zur Globalisierung des Rechts, in: FS für Schütze, 1999, S. 141 f.

auf das Schiedsverfahren bezogenen Vertrag zur Verschwiegenheit zu verpflichten. Liegt eine solche Vereinbarung vor, müssen staatliche Gerichtsbarkeit und Schiedsgerichte die Verschwiegenheit in den zu erörternden Grenzen¹⁹ anerkennen und gerichtlich durchsetzen.

b) *Vorliegen einer konkludenten Vereinbarung*

Fehlt eine ausdrückliche Vereinbarung, muss das Bestehen weiterer rechtlicher Grundlagen für die Annahme einer Vertraulichkeitspflicht erforscht werden. Seit längerem besteht ein großer Streitpunkt in Literatur und Rechtsprechung zur internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, ob bereits qua Rechtsnatur der Schiedsvereinbarung eine konkludente Vereinbarung der Parteien zur Geheimhaltung und Verschwiegenheit besteht. Je nach Rechtsordnung werden von Literatur und Rechtsprechung unterschiedliche Meinungen vertreten.

aa) *Befürworter einer konkludenten Vereinbarung*

Vor englischen Gerichten wird seit geraumer Zeit von einer konkludent vereinbarten Verschwiegenheitspflicht ausgegangen, die in gewissen Bereichen ihre Grenzen finden soll.²⁰ Diese immanente Pflicht wird durch Auslegung der Schiedsvereinbarung herausgearbeitet.

In der Grundsatzentscheidung *Dolling-Baker v. Merrett*²¹ wurde vom *Court of Appeal* zum ersten Mal eine allgemeine Geheimhaltungspflicht bejaht. Im Rahmen des Schiedsverfahrens eines Versicherungsnehmers gegen dessen Versicherungsgeber wurde die beklagte Versicherung vom Schiedsgericht zur Offenlegung von Dokumenten eines früheren Schiedsverfahrens verpflichtet, in dem ein für sie tätiger Versicherungsmakler als Schiedspartei beteiligt war. Der angerufene *Court of Appeal* erklärte die Anordnung des Schiedsgerichts für nichtig, da Dokumente mit vertraulichem Charakter grundsätzlich auch so zu behandeln seien.

Dies begründete der leitende Richter *Parker* mit einer gemäß der Natur des Verfahrens bestehenden „Verpflichtung, die im Schiedsverfahren genutzten Dokumente nicht zu veröffentlichen und für keine andere[n] Zwecke als die Verwendung im Schiedsverfahren zu gebrauchen“.²² Dieser Grundsatz sollte nur dann eingeschränkt werden, wenn die betroffenen Dokumente von entscheidender Bedeutung für das Verfahren seien.

¹⁹ Siehe dazu unten in Abschnitt IV. 4. b).

²⁰ *Dolling Baker v. Merrett* (1990) 1 W.L.R. 1205; *Hassneh Insurance Company of Israel & Others v. Steuart J Mew* (1993) 2 Lloyd's Rep. 243; *Ali Shipping Corporation v. Shipyard Trogir* (1998) 1 Lloyd's Rep. 643.

²¹ *Ebd.*

²² *Geiben* (Fn. 8), S. 103 m.w.N.

Wichtige Ausnahmen des Grundsatzes wurden von Richter *Colman* im erstinstanzlichen Urteil *Hassneh Insurance Company of Israel & Others v. Stuart J. Men*²³ entwickelt. Verschiedene Interna des Schiedsverfahrens seien demnach aufgrund ihres Wesens zu unterscheiden.

Hinsichtlich Schiedsurteilen gebe es dann ein Recht der Parteien diese zu veröffentlichen, wenn dies zur Verteidigung eigener Rechte im Streit mit dritten Parteien vonnöten sei. Müsste also ein Versicherungsnehmer dem Versicherungsgeber eine eigene Pflichtverletzung darlegen, die innerhalb eines Schiedsverfahrens festgestellt wurde, um den eigenen Anspruch auf Versicherungsleistung geltend zu machen, so sei die Mitteilung des Schiedsurteils ausnahmsweise geboten. Argumentativ führte Richter *Colman* an, dass das Schiedsurteil der Aufsicht von staatlichen Gerichten unterliege und Voraussetzung der Urteilsvollstreckung die Anerkennung durch die staatliche Gerichtsbarkeit sei. Unter bestimmten Voraussetzungen sei der Öffentlichkeit hinsichtlich Urteil und Begründung also schon aufgrund der Natur der Schiedsgerichtsbarkeit Zugang zu gewähren. Dies müsse auch in den Fällen der Verteidigung eigener Rechte durch die Parteien gelten.²⁴

In darauf folgenden Entscheidungen konkretisierte die englische Rechtsprechung weitere Ausnahmen der Verschwiegenheitspflicht. Der Vertraulichkeitsgrundsatz gelte demnach auch nicht in Fällen, in denen eine Partei aufgrund gesetzlicher Pflichten zur Offenlegung verpflichtet ist.²⁵ Stimme die andere Schiedspartei der Veröffentlichung zu oder wurde die Offenlegung von Informationen durch ein staatliches Gericht erlaubt, wird ebenfalls von einer Ausnahme der Verschwiegenheitspflicht gemäß englischem Recht ausgegangen. Schließlich verzichtet die englische Rechtsprechung auch dann auf eine implizite Verschwiegenheitspflicht, wenn diese dem öffentlichen Interesse²⁶ i.S. des allgemeinen Gerechtigkeitsinteresses widerstrebe.

bb) Gegner einer immanenten Verschwiegenheitspflicht

Für große Irritation, insbesondere in der angelsächsischen Rechtslehre, sorgte die Entscheidung des *High Court of Australia* im Urteil *Esso/BHP v. Plowman*.²⁷

²³ Siehe Fn. 20.

²⁴ Der Entscheidung von Richter *Colman* zustimmend äußerte sich auch das *Privy Council* in dem Urteil *Associated Electric & Gas Insurance Services Ltd v. European Reinsurance Co of Zurich* von 2003; siehe dazu Holder (Fn. 14), S. 72 ff.

²⁵ *Hassneh Insurance Company of Israel & Others v. Stuart J Mew* (1993) 2 Lloyd's Rep. S. 243, (249).

²⁶ Richter *Mance J.*, in: *London & Leeds Estates Ltd v. Paribas Ltd (No 2)* (1995) 1, Estates Gazette Law Reports, 102.

²⁷ *Esso/BHP v. Plowman* (1995), Arb. Int. Vol. 11, No. 3, S. 235.

Esso und BHP hatten mit zwei öffentlichen Versorgungsunternehmen Gaslieferungsverträge unter Einbeziehung von Klauseln abgeschlossen, die es Esso und BHP erlaubten, unter gewissen Voraussetzungen die Lieferpreise anzupassen. Im Gegenzug sollten Esso und BHP bei Preisanpassungen detaillierte Informationen über die Berechnungsgrundlage der neuen Gaspreise offenlegen. Als es nach einer Erhöhung des Lieferpreises seitens Esso und BHP ohne gleichzeitige Kalkulationsoffenlegung zu einem Schiedsverfahren kam, klagte der australische Minister für Energie und Bodenschätze, *James Plonman*, vor einem staatlichen Gericht auf Feststellung, dass die im Schiedsverfahren vorgebrachten Informationen von den Versorgungsunternehmen an ihn und Dritte weitergegeben werden dürften. Hiergegen wandten sich Esso und BHP mit Feststellungsklage dahingehend, dass das Schiedsverfahren unter Ausschluss der Öffentlichkeit stattfinden sollte und alle im Verfahren eingebrachten Dokumente und Informationen von den Parteien vertraulich zu behandeln seien.

Der *High Court of Australia* bestätigte die Nichtöffentlichkeit eines Schiedsverfahrens einstimmig.²⁸ Hinsichtlich einer immanenten Verschwiegenheitspflicht eines Schiedsverfahrens entschied sich das Gericht mit knapper Mehrheit gegen eine solche Verpflichtung und wandte sich damit von der bisher herrschenden englischen Rechtsprechung ab.

Die Gründe gegen eine immanente Verschwiegenheitspflicht leitete das Gericht aus verschiedenen Gegebenheiten ab. Zum einen könnte eine konkludente Einigung der Parteien über gegenseitige Verschwiegenheit keine Zeugen verpflichten; ein Vertrag zulasten Dritter sei nicht denkbar. Daher könnten diese die im Verfahren gewonnenen Erkenntnisse mit anderen Personen beliebig teilen und so eine Vertraulichkeit des Schiedsverfahrens konterkarieren.

Weiterhin könnten der ergangene Schiedsspruch oder Teile der Verhandlung Gegenstand von staatlichen Gerichtsprozessen werden, die wiederum der Öffentlichkeit unterlägen. Die Vollstreckung des Schiedsurteils obliege staatlichen Gerichten, so dass in gewissem Rahmen zwangsläufig eine Konnektivität zu öffentlichen Verfahren bestünde.

Zudem erkannte das Gericht die Ausnahmen einer Verschwiegenheitspflicht²⁹ als so wichtig an, dass auch diese der Annahme einer konkludent vereinbarten Verpflichtung entgegenstünden.

Ähnlich wurde die Frage von dem höchsten schwedischen Gericht *Högsta Domstolen* beantwortet. Im Sachverhalt hatte eine der streitenden Parteien in Kooperation mit den Schiedsrichtern ein Zwischenurteil des Verfahrens

²⁸ *Holder* (Fn. 14), S. 75 f.

²⁹ Siehe Argumentation der englischen Gerichte oben in Abschnitt IV. 1. b) aa).

veröffentlichen lassen. Die davon betroffene, im Zwischenurteil unterlegene Partei wandte sich an die schwedischen Gerichte und sah den Grundsatz der Vertraulichkeit des Schiedsverfahrens verletzt. Äußerte sich das erstinstanzliche Gericht noch wohlwollend gegenüber einer immanenten Verschwiegenheitspflicht, so lehnten Berufungsgericht und die höchstrichterliche Rechtsprechung eine solche Pflicht entschieden ab. Es beständen zu viele Ausnahmen einer Geheimhaltungspflicht, um von einer konkludenten Einigung der Parteien auszugehen.

Die deutsche Literatur spricht sich mehrheitlich gegen das Vorliegen einer konkludent vereinbarten Verschwiegenheitspflicht aus.³⁰ Als Argumente werden angeführt, dass eine Schiedspartei die im Verfahren erlangten Informationen über die Gegenseite zwangsläufig erhalte und diese nach dem Prozess gedanklich nicht wieder auslöschen könne. In einem folgenden Prozess gegen die Gegenseite würde diese Partei ihr Handeln also unter Berücksichtigung der gewonnenen Kenntnisse ausrichten³¹.

cc) Stellungnahme

Die Diskussion über das Bestehen einer immanenten Verschwiegenheitspflicht wird von beiden Seiten mit ähnlichen Argumenten geführt. Es wird generell anerkannt, dass unter gewissen Umständen – beispielsweise bei Bestehen gesetzlicher Offenlegungspflichten oder eines öffentlichen Interesses – Einzelheiten der Verhandlungen an Parteien außerhalb des Schiedsverfahrens weitergereicht werden müssen.

Lediglich in der rechtlichen Konsequenz wird unterschieden: Nehmen die englischen Gerichte eine immanente Geheimhaltungspflicht an und sehen die genannten Punkte als Ausnahmen, so wollen die australische und schwedische Rechtsprechung diese als Argumente gegen eine Verschwiegenheitspflicht sehen und eine Verpflichtung nur durch ausdrückliche Vereinbarung gelten lassen.

Es wird anerkannt, dass allgemein nicht von einer absoluten Verschwiegenheitspflicht ausgegangen werden kann. Unter noch zu erörternden³² Voraussetzungen müssen die Parteien trotz Vertraulichkeitspflicht eine Veröffentlichung von Informationen dulden; in diesen Fällen kommen beide Ansichten zum gleichen Ergebnis. Entscheidend ist vielmehr der Fall, in dem keine der Ausnahmen gegeben ist. Würde man hier auf eine immanente

³⁰ *Lionnet*, Handbuch der internationalen und nationalen Schiedsgerichtsbarkeit - Systematische Darstellung der privaten Handelsschiedsgerichtsbarkeit für die Praxis der Parteien, 2004, S. 458; *Prittting* (Fn. 7), S. 635; *Geiben* (Fn. 8), S. 35.

³¹ *Prittting* (Fn. 7), S. 635.

³² Siehe dazu unten in Abschnitt IV. 4. b).

Verschwiegenheitspflicht verzichten, dürften die Parteien regelmäßig alle Inhalte eines Schiedsverfahrens an Dritte weitergeben, selbst wenn keine rechtfertigende Ausnahme bestünde.³³ Hiervon wären auch vertrauliche Dokumente und Betriebsgeheimnisse der Schiedsparteien betroffen. Die Parteien müssten im Rahmen eines Schiedsverfahrens daher regelmäßig alle für die Entscheidung des Verfahrens relevanten Beweismittel einbringen, könnten über deren Weitergabe ohne explizite Vertraulichkeitsvereinbarung aber nicht entscheiden. Die Schiedsgerichtsbarkeit würde aufgrund dieser fehlenden Rechtssicherheit massiv an Attraktivität einbüßen.

Mit dem Abschluss einer ausdrücklichen Vertraulichkeitsvereinbarung gehen gleichzeitig weitere Probleme einher. Umfangreiche Verhandlungen für den Fall des Scheiterns der Vertragsbeziehung schon während der Vertragsanbahnung, könnten das Vertrauensverhältnis der Parteien belasten: „*Parties may not want to talk about the funeral while negotiating the terms of the marriage*“.³⁴

Die konkrete Formulierung einer Vertraulichkeitsvereinbarung könnte den Parteien zudem Schwierigkeiten bereiten. Vor Beginn des Vertragsverhältnisses sind die Umstände eines späteren Schiedsverfahrens häufig nicht bekannt, so dass Situationen auftreten können, die von der konkreten Vereinbarung nicht erfasst wurden und zu weiteren Streitigkeiten führen.³⁵ Denkbar wäre eine allgemein gefasste Vertraulichkeitsvereinbarung, die das Schiedsgericht mit der Aufgabe der konkreten Handhabung und Auslegung während des Schiedsverfahrens beauftragt.³⁶

Das Argument, dass die Parteien einmal im Verfahren erworbene Kenntnisse über die Gegenseite nicht auslöschen könnten und diese in künftigen Verfahren zwangsläufig nutzen würden,³⁷ überzeugt nicht. Zwar soll eine Verschwiegenheitspflicht auch davor schützen, der Gegenseite sensible Betriebsgeheimnisse offenlegen zu müssen.³⁸ Viel entscheidender ist es für die Parteien jedoch, dass offengelegte Dokumente den Personenkreis des Schiedsverfahrens nicht verlassen. Eine auf den gewonnenen Kenntnissen aufgebaute Argumentation einer der Seiten

³³ So auch *Leisinger* (Fn. 10), S. 142.

³⁴ *Brown*, Presumption Meets Reality: An Exploration of the Confidentiality Obligation in International Commercial Arbitration, *American University International Law Review* 2001, Volume 16, S. 970 (990).

³⁵ *Oldenstam/von Pachelbel*, Confidentiality and Arbitration - a few reflections and practical notes, *SchiedsVZ* 2006, 31, (34).

³⁶ *Leisinger* (Fn. 10), S. 108.

³⁷ *Prütting* (Fn. 7), S. 635.

³⁸ Dazu ausführlich *Günther*, Einschränkungen der Erhebung von Dokumentenbeweisen aufgrund von Vertraulichkeit und Geschäftsgeheimnissen in: *FS für Sandrock*, 2000, S. 341 ff.

in einem Folgeverfahren steht dem nicht entgegen. Die geschützten Informationen werden hierdurch keinen unbeteiligten Personen zugänglich gemacht

Letzen Endes muss im Zweifelsfall abgewogen werden, ob die Sonderfälle im Rahmen der Vertraulichkeit als so stark qualifiziert werden, um eine generelle Geheimhaltungspflicht auszuschließen oder ob man diese als Ausnahme der Regel betrachtet.³⁹

Nach deutschem Recht ist das Bestehen einer konkludenten Verschwiegenheitspflicht der Parteien hinlänglich, da bereits auf anderer Rechtsgrundlage eine solche Verpflichtung besteht.⁴⁰

c) Weitere rechtliche Grundlagen

Lehnt man im Rahmen dieser Abwägung das Bestehen einer konkludent vereinbarten Verschwiegenheitspflicht ab, so stellt sich die Frage, welche weiteren Möglichkeiten bestehen, die einer solchen als rechtliche Grundlage dienen könnten.

aa) Internationales Abkommen

In ihrer Funktion als internationales Streitentscheidungsmedium steht die Schiedsgerichtsbarkeit in einem Regelungsumfeld verschiedenster Rechtsordnungen. Um den Regelungsgehalt des Schiedsverfahrens mit möglichst vielen nationalen Interessen in Einklang zu bringen, bestehen zu diesem Gebiet eine Reihe von internationalen Konventionen.⁴¹ Über das Bestehen einer allgemeinen Verschwiegenheitspflicht konnte – auch angesichts der internationalen Uneinigkeit bezüglich des Themas – keine Übereinkunft erzielt werden.

bb) Gesetzliche Regelung

Zudem könnte eine Verschwiegenheitspflicht auf Grundlage einer nationalen Gesetzesnorm Teil jedes Schiedsverfahrens sein. Im internationalen Vergleich enthalten die neuseeländische⁴², spanische⁴³, philippinische⁴⁴ und französische⁴⁵ Schiedsgerichtsordnung eine solche Regelung.

³⁹ Dazu ausführlich *Holder* (Fn. 14), S. 107 ff.

⁴⁰ Dazu sogleich unten in Abschnitt IV.1. c) dd).

⁴¹ Siehe etwa New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche von 1958, abrufbar unter http://www.newyorkconvention.org/userfiles/documenten/nyc-texts/21_english.pdf

⁴² Sec. 14 des Neuseeländischen Arbitration Act.

⁴³ Art. 24 Nr. 2 Ley 60/2003 de diciembre, de Arbitraje.

⁴⁴ Sec. 23 ADR Act, Republic Act Nr. 9285.

⁴⁵ Art. 1464 Abs. 4 Nouveau Code de Procédure Civile.

In der deutschen Rechtsordnung käme für solch eine Regelung das 10. Buch der Zivilprozessordnung infrage. Im Zuge der Inkorporierung des UNCITRAL-Modellgesetzes fand in die deutsche Rechtsordnung keine gesetzlich normierte Verschwiegenheitspflicht Einzug.

cc) Gewohnheitsrecht

Des Weiteren wäre eine Begründung durch Gewohnheitsrecht denkbar. Dies würde erfordern, dass die Verschwiegenheitspflicht „durch längere tatsächliche Übung entstanden ist, die dauernd und ständig, gleichmäßig und allgemein war und von den beteiligten Rechtsgenossen als verbindliche Rechtsnorm anerkannt wurde“.⁴⁶ Angesichts der unterschiedlichen nationalen und internationalen Auffassungen muss eine solche Übung klar abgelehnt werden.

dd) Vertraulichkeit als vertragliche Nebenpflicht

Auf Grundlage des deutschen Rechts bleibt zu erörtern, ob eine Pflicht zur Vertraulichkeit als Neben(leistungs)pflcht der vertraglichen Schiedsvereinbarung zu qualifizieren ist. Dieser Ansatz wird in der neueren Literatur⁴⁷ als Möglichkeit aufgeführt, um eine Vertraulichkeitspflicht auch dann annehmen zu können, wenn eine ausdrückliche Vereinbarung der Parteien fehlt. Nebenleistungspflichten ergänzen die Hauptleistung; sie wirken vorbereitend sowie unterstützend. Sie tragen zur Sicherung und Durchführung dieser bei und sind selbständig einklagbar.⁴⁸

Nebenpflichten⁴⁹ gemäß § 241 Abs. 2 BGB sind nicht unmittelbar auf eine Leistung gerichtet⁵⁰, sondern dienen dem Schutz und Erhalt bereits gesicherter Rechtspositionen des Vertragspartners. Sie verpflichten die Parteien zur Rücksichtnahme auf die Rechtsgüter der anderen Seite und sichern den personen- und vermögensrechtlichen status quo.⁵¹

Hinsichtlich einer Pflicht zur Vertraulichkeit muss zwischen unterschiedlichen Zeiträumen differenziert werden⁵²: Während des laufenden Schiedsverfahrens diene der Schutz vertraulicher Informationen dem ordnungsgemäßen Ablauf des Verfahrens und fördere die Durchführung und die Erreichung des durch die

⁴⁶ BVerfGE 28, 28 (28 f.).

⁴⁷ Holder (Fn. 14), S. 26 ff.; Leisinger (Fn. 10), S. 142 ff.

⁴⁸ Mansel, in: Jauernig BGB, 14. Aufl. 2011, § 241 Rn. 9.

⁴⁹ Zur Terminologie siehe Olzen, in: Staudinger BGB VII 2009, § 241 Rn. 154 f.

⁵⁰ Bachmann, in: MünchKomm BGB II, 6. Aufl. 2012, § 241 Rn. 33.

⁵¹ Palandt/Grüneberg, 72. Aufl. 2012, § 241 Rn. 6; Olzen (Fn. 49), § 241 Rn. 378.

⁵² Leisinger (Fn. 10), S. 145 f.

Schiedsvereinbarung angestrebten Zwecks.⁵³ Habe das Verfahren einen erfolgreichen Abschluss gefunden, stehe vielmehr der Schutz der Rechts- und Vermögenssphäre der ehemaligen Schiedsparteien im Vordergrund.

Um die Annahme einer Geheimhaltungspflicht als vertragliche Nebenpflicht zu rechtfertigen und damit den Pflichtenkreis der Parteien im Wege der Auslegung bzw. Vertragsergänzung zu erweitern, muss ein angemessener Rechtfertigungsgrund bestehen. Daher muss die Schiedsvereinbarung durch Auslegung gemäß §§ 133, 157 BGB hinsichtlich des hypothetischen Willens der Parteien untersucht werden. Damit dies zulässig ist, muss eine Schiedsvereinbarung neben ihrem prozessrechtlichen Charakter auch materiell-rechtliche Pflichten aufweisen, allgemeine Grundsätze des materiellen Rechts müssen also Anwendung finden.

Hinsichtlich der Rechtsnatur der Schiedsvereinbarung bestehen seit jeher Meinungsverschiedenheiten innerhalb der Lehre.⁵⁴ Gegenüber der lange vorherrschenden Qualifizierung der Schiedsvereinbarung als materiellen Vertrag über prozessrechtliche Beziehungen⁵⁵, scheint heute die Ansicht als Prozessvertrag mit materiell-rechtlichen Nebenpflichten überwiegend vertreten⁵⁶ Durch den Ausschluss der staatlichen Gerichte und die damit verbundene prozesshindernde Einrede⁵⁷ entfalte die Schiedsvereinbarung ihre unmittelbare Hauptwirkung im Prozessrecht.

Die exakte rechtliche Qualifizierung der Schiedsvereinbarung bleibe letztendlich jedoch hinlänglich. Dass diese trotz eventueller prozessrechtlicher Natur auch materiell-rechtliche Züge beinhalten könne, sei unbestritten.⁵⁸ Folgt man dieser Ansicht, so können privatrechtliche Vorschriften auf die Schiedsvereinbarung Anwendung finden, falls keine besondere prozessuale Norm vorliegt. Der Rückgriff auf das allgemeine Schuldrecht ist aufgrund einer fehlenden gesetzlichen Regelung innerhalb der ZPO⁵⁹ also zulässig.

Neben der grundsätzlichen Zulässigkeit der Regeln des allgemeinen Schuldrechts bedarf die Annahme einer Pflicht zur Vertraulichkeit einer angemessenen Rechtfertigung. Daher muss im Rahme dieser Theorie erörtert werden, ob eine solche Pflicht aus dem Charakter der Schiedsvereinbarung abgeleitet werden kann.

⁵³ Kritisch hierzu *Holder* (Fn. 14), S. 27 ff.

⁵⁴ *Schütze*, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 2007, Rn. 107.

⁵⁵ *Voit*, in: Musielak ZPO, 9. Aufl. 2012, § 1029 Rn. 3; *Münch* (Fn. 11), § 1029 Rn. 12; RGZ 144, 96 (98); 156, 101 (104); 157, 106 (114); BGHZ 23, 198 (200).

⁵⁶ *Schwab/Walter* (Fn. 2), Kap. 7 Rn. 37 m.w.N.; *Schlösser*, in: Stein/Jonas ZPO IX, 22. Aufl. 2009, § 1029 Rn. 1 m.w.N.

⁵⁷ *Schwab/Walter* (Fn. 2), Kap. 7 Rn. 37 m.w.N.

⁵⁸ *Leisinger* (Fn. 10), S. 145 m.w.N.

⁵⁹ Siehe dazu oben in Abschnitt IV. 1. c) bb).

Weiterhin ist zu entscheiden, ob eine solche Pflicht dem hypothetischen Willen der beteiligten Parteien entspricht.

(1) Vertraulichkeit als Eigenschaft der Schiedsvereinbarung

Gemäß ihrer Rechtsnatur enthält eine Schiedsvereinbarung die Hauptpflicht, Streitigkeiten als Substitut der staatlichen Gerichtsbarkeit vor privaten Schiedsgerichten auszutragen.⁶⁰

Im Rahmen der Untersuchung des Bestehens einer Vertraulichkeitspflicht muss Bezug auf das konkrete Schuldverhältnis genommen werden. Unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls müssen neben inhaltlichen Aspekten die zeitliche Dauer bis zur Erreichung des angestrebten Zwecks sowie die charakterliche Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses zu Rate gezogen werden.⁶¹ Von entscheidender Bedeutung ist hierbei, mit welcher Intensität die Parteien in ein Verhältnis des sozialen Kontakts treten.⁶²

Die Annahme einer Verschwiegenheitspflicht sei schon aufgrund des gemeinsamen Zwecks der Streitschlichtung geboten.⁶³ Die Parteien gingen mit der Schiedsvereinbarung eine Sonderverbindung ein, aus der ihnen bestimmte Schutzpflichten gegenüber der Gegenseite erwachsen.⁶⁴ Die Parteien treffe eine Loyalitäts- und Verfahrensförderungspflicht, der im Falle der Weitergabe von sensiblen Informationen der Gegenseite nicht nachgekommen werden könne. Eine auch über das Ende des Schiedsverfahrens hinaus wirkende Geheimhaltungspflicht erhöhe zudem die Bereitschaft zu kooperativem Handeln während des Verfahrens.

Das intensive Näheverhältnis der Parteien und deren „Rechtskreiseröffnung“⁶⁵ für die Gegenseite gebiete die vertrauliche Handhabung in den Prozess eingebrachter Dokumente. Auch der freiwillige Abschluss einer Schiedsvereinbarung und der damit einhergehende Verzicht auf die Öffentlichkeit eines staatlichen Prozesses spreche für das Bestehen einer Vertraulichkeitspflicht.

(2) Hypothetischer Parteiwille

⁶⁰ *Stacher*, Die Rechtsnatur der Schiedsvereinbarung: Merkmale und Wesen der verpflichtenden und der gestaltenden Elemente der Schiedsvereinbarung, 2007, S. 3.

⁶¹ *Olzen* (Fn. 49), § 241 Rn. 407 f.

⁶² *BGH*, NJW 1983, 2813 (2814).

⁶³ *Leisinger* (Fn. 10), S. 150.

⁶⁴ *Ebd.*, S. 148.

⁶⁵ *Ebd.*, S. 151 m. w. N.

Neben der allgemeinen dogmatischen Vereinbarkeit einer Vertraulichkeitspflicht mit der Schiedsabrede muss als weitere Voraussetzung der hypothetische Wille der Schiedsparteien für die Begründung der Verschwiegenheit sprechen.

Es wird angeführt, dass bereits die Auswahl des Schiedsverfahrens der Parteien für die berechtigte Annahme einer Pflicht zur Vertraulichkeitspflicht spreche.⁶⁶ Bei Abschluss der Schiedsvereinbarung hätten beide Seiten Interesse an einer ordentlichen Durchführung eines möglichen Schiedsverfahrens und wollten missbräuchliches Verhalten hinsichtlich vertraulicher Informationen verhindern. Die Geheimhaltungspflicht erhöhe die Kooperationsbereitschaft aller Beteiligten und führe zu sachgerechteren Ergebnissen, so dass beide Partiseiten von ihr profitierten.

Auch könnten dadurch mögliche Folgeverfahren zur Klärung der Frage des Bestehens einer solchen Pflicht eingespart und dafür anfallende Kosten vermieden werden.⁶⁷ Letztendlich seien keine Gründe ersichtlich, die sich der Annahme des hypothetischen Parteiwillens entgegenstellten.

(3) Kritische Würdigung

Die aufgeführte Ansicht vermittelt einen denklögen Ansatz, um eine Geheimhaltungspflicht konform zur deutschen Rechtsordnung zu begründen.

Voraussetzung für die weder ausdrücklich vertraglich vereinbarte, noch gesetzlich vorgesehene Pflicht zur Verschwiegenheit ist ein besonderes Vertrauensverhältnis der Beteiligten. Die Schiedsparteien müssten der jeweiligen Gegenseite also eine solche intensive Eingriffsmöglichkeit auf die eigenen Rechtsgüter gewähren, dass diese eine besondere Schutzbedürftigkeit rechtfertigt.⁶⁸ Dies muss anhand des Wertungsmaßstabs von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB beurteilt werden.

Eine solche Schutzbedürftigkeit ist im Fall des Schiedsverfahrens gegeben. Die Parteien eröffnen der Gegenseite durch den Gang vor ein Schiedsgericht weitreichende Einsicht in die eigenen Rechts- und Vermögensverhältnisse. Je nach Wahl des Beweiserhebungsverfahrens – man denke lediglich an den Einbezug der anglo-amerikanischen *discovery*⁶⁹ – kann der vertrauenswidrige Umgang mit erhaltenen Informationen weitreichende Konsequenzen mit sich bringen. Insb. bei der Beteiligung börsennotierter Unternehmen kann schon die Veröffentlichung

⁶⁶ *Ebd.*, S. 156 m. w. N.

⁶⁷ *Ebd.*, S. 157.

⁶⁸ *Mansel* (Fn. 48), § 242 Rn. 24; *BGH*, NJW 1983, 2813 (2814).

⁶⁹ *Günther* (Fn. 38), S. 344 ff.

des Bestehens eines laufenden Schiedsverfahrens zu sensiblen Reaktionen des Kurses und damit des Unternehmenswertes führen⁷⁰.

Missbräuchliches Verhalten könnte letztendlich die Vertrauensbasis des Schiedsverfahrens massiv beeinträchtigen und so der Pflicht der Parteien zur Förderung des Verfahrens entgegenstehen.⁷¹ Schon durch die anerkannte Nichtöffentlichkeit des Schiedsverfahrens⁷² wird eine vertrauensvolle Atmosphäre geschaffen, in der die Parteien eine wesentlich engere Verbindung eingehen als diejenigen im staatlichen Prozess.⁷³ Eine Geheimhaltungspflicht würde diese Atmosphäre unterstützen und den Parteien die nötige Rechtssicherheit bieten, um alle zur effektiven und kostengünstigen Durchführung des Verfahrens benötigten Informationen einzubringen.

Auch die Ausführungen bezüglich des abstrakten Parteiwillens überzeugen. Zu berücksichtigen ist hierbei, dass der hypothetische Parteiwille durch Auslegung gemäß der Grundsätze von Treu und Glauben unter Hinzuziehung der konkreten Umstände des Einzelfalls und mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu erforschen ist. Es muss auf den hypothetischen Willen einer redlichen und objektiven Schiedspartei abgestellt werden.

Abstrakt betrachtet bietet eine Abwägung der Vor- und Nachteile einer Verschwiegenheitspflicht im Rahmen des Schiedsverfahrens einer redlichen Partei regelmäßig nennenswerte Vorteile. Zwar wird die Partei durch die Geheimhaltungspflicht in ihrer Handlungsfreiheit eingeschränkt und dadurch in ihren Rechten beschränkt. Dies bedeutet gleichwohl nicht, dass den Interessen einer redlichen Partei nicht mehr Rechnung getragen wird: Eine Verschwiegenheitspflicht ist nicht absolut; Ausnahmen sind gerade dann anzunehmen, wenn eine Interessenabwägung ergibt, dass die Partei die Geheimhaltungspflicht zur Wahrung eigener Pflichten oder Vermögenspositionen durchbrechen muss. Die Wertungskompetenz wird vielmehr den staatlichen Gerichten (von ihnen werden Ausnahmen der Verschwiegenheitspflicht entwickelt) übertragen. Die Parteien werden nur dann in ihrer Handlungsfreiheit begrenzt, wenn der Zweck einer Offenlegung unredlich wäre. In allen anderen Fällen wird ein Gericht ein berechtigtes Offenlegungsinteresse mit einer Ausnahme der Pflicht würdigen.

Auch ein Blick auf die Schiedsordnungen institutioneller Schiedsgerichte lässt eine generelle Tendenz erkennen. Häufig sind Regelungen zur Verschwiegenheit

⁷⁰ Holder (Fn. 14), S. 33.

⁷¹ Krebs, Sonderverbindung und außerdeliktsche Schutzpflichten, 2000, S. 220.

⁷² Siehe dazu oben in Abschnitt III.

⁷³ Leisinger (Fn. 10), S. 153.

während des Schiedsverfahrens enthalten.⁷⁴ Dies tut der Beliebtheit institutioneller Schiedsordnungen gleichwohl keinen Abbruch.

2. Verschwiegenheitspflicht der Schiedsrichter

Hinsichtlich einer Verpflichtung zur Vertraulichkeit der ernannten Schiedsrichter muss zwischen zwei verschiedenen Pflichten differenziert werden, die unterschiedliche Rechtssphären zu schützen versuchen. Zum einen soll Bestehen und Inhalt eines möglichen Beratungsgeheimnisses⁷⁵ erörtert werden. Ein solches dient dem Schutz der Entscheidungsfreiheit der Schiedsrichter vor der Einwirkung Dritter.

Eine allgemeine Vertraulichkeitspflicht der Schiedsrichter verbietet es diesen, von den Parteien im Rahmen des Schiedsverfahrens erlangten Informationen an Dritte weiterzugeben. Die Vertraulichkeitspflicht trägt dem Bedürfnis der Schiedsparteien vor Offenlegung sensibler Informationen Rechnung.

a) Beratungsgeheimnis

Durch das Beratungsgeheimnis wird jedem Schiedsrichter das Recht zugesprochen, über die Beratung und Abstimmung des Gerichts zu schweigen.⁷⁶ Das Recht dient der Unabhängigkeit der Schiedsrichter während des Schiedsverfahrens.⁷⁷ Erfasst werden hiervon neben allen schriftlichen Unterlagen, die bei der Beratung und Entscheidungsfindung während des internen Diskurses entstehen auch sämtliche Konversationen mit der den Schiedsrichter benennenden Partei.⁷⁸

Die Rechtsgrundlage des Beratungsgeheimnisses leitet sich nach überwiegender Meinung⁷⁹ aus einer Analogie zum Beratungsgeheimnis eines staatlichen Richters gemäß § 43 DRiG⁸⁰ her. Eine diesbezügliche Regelungslücke liegt zweifelsohne vor. Fraglich ist, ob im vorliegenden Fall von einer vergleichbaren Interessenlage ausgegangen werden kann. Der Schiedsrichter müsste in seiner Funktion demnach dem staatlichen Richter gleichzustellen sein. Dies ist der Fall. Das Schiedsgericht ersetzt das staatliche Gerichtsverfahren und erlässt ein Schiedsurteil, das durch §

⁷⁴ Art. 43 DIS-SchO; Art. 30 LCIA-SchO; Art. 20 Abs. 7 ICC-SchO.

⁷⁵ Voit (Fn. 55), § 1035 Rn. 24; § 1052 Rn. 3.

⁷⁶ Leisinger (Fn. 10), S. 81.

⁷⁷ Prütting, Zur Rechtsstellung des Schiedsrichters – dargestellt am richterlichen Beratungsgeheimnis, in: FS für Schwab, 1990, S. 413.

⁷⁸ Prütting (Fn. 77), S. 418.

⁷⁹ Lachmann (Fn. 11), Rn. 4289; Prütting (Fn. 77), S. 409 (414); Geiben (Fn. 8), S. 71.

⁸⁰ § 45 Abs. 1 S. 3 DRiG; § 30 Abs. 1 S. 1 BVerfGG; § 55 VwGO; § 9 Abs. 2 ArbGG; § 61 Abs. 2 SGG.

1055 ZPO urteilsgleiche Wirkung erhält.⁸¹ Folglich besteht für Schiedsrichter ein dem des staatlichen Richters gleichwertiges Bedürfnis nach Unabhängigkeit und Autorität bei der Urteilsfindung. Dieses wird durch eine analoge Anwendung des § 43 DRiG befriedigt.

b) Verschwiegenheitspflicht

Allgemein anerkannt ist weiterhin eine Verschwiegenheitspflicht der Schiedsrichter über die im Verfahren erlangten Informationen. Hinsichtlich der Rechtsgrundlage muss diese Verpflichtung vom Beratungsgeheimnis unterschieden werden. Neben den vertretenen Ansichten, dass sich eine solche Pflicht aus der allgemeinen Stellung als Richter ergebe⁸² oder aus einer Analogie zu § 46 DRiG i. V. mit § 61 BBG über die Amtsverschwiegenheit des Richters⁸³ hergeleitet werden müsse, erscheint eine andere Ansicht vorzugswürdig.

Eine Verschwiegenheitspflicht der Schiedsrichter ist vielmehr schon auf Grundlage des Schiedsrichtervertrages zwischen Schiedsrichter und Schiedsparteien geschuldet. Aus ihm leiten sich die besonderen Rechte und Pflichten der Schiedsrichter ab.⁸⁴ Eine der Pflichten des Schiedsrichtervertrages ist es, jegliches für die Parteien schädliche Verhalten zu unterlassen.⁸⁵ Dies verpflichtet die Schiedsrichter auch zur Verschwiegenheit über Informationen aus dem Schiedsverfahren.

Rechtlich ist diese Pflicht als Nebenpflicht des Schiedsrichtervertrages zu qualifizieren.⁸⁶ Die Vertragsparteien verpflichten sich zur gegenseitigen Rücksichtnahme auf die Interessen der jeweils anderen Seite. Der Schiedsrichter hat folglich die Pflicht, Rechte und Rechtsgüter der Schiedsparteien durch Verschwiegenheit über die Kenntnisse aus dem Schiedsverfahren zu schützen.

Ausnahmen der Pflicht ergeben sich in zwei Fällen. Hat der Schiedsrichter eigene Rechte zu schützen, so ist er dazu berechtigt ausnahmsweise Interna der Urteilsfindung preiszugeben.⁸⁷ Kollidiert die Verschwiegenheitspflicht des Schiedsrichters mit seiner Pflicht, alles ihm Mögliche zu unternehmen, um den Bestand des Schiedsurteils zu sichern, kann gegebenenfalls auch in dieser Konstellation auf Teile der Verschwiegenheit verzichtet werden.⁸⁸ Letztlich

⁸¹ *Münch* (Fn. 11), § 1055 Rn. 1.

⁸² *Glossner/Bredow/Bühler*, Das Schiedsgericht in der Praxis, 1990, Rn. 288.

⁸³ *Prütting* (Fn. 7), S. 633.

⁸⁴ *Glossner/Bredow/Bühler* (Fn. 82), Rn. 239.

⁸⁵ *Strieder*, Rechtliche Einordnung und Behandlung des Schiedsrichtervertrages, 1984, S. 102.

⁸⁶ *Lionnet* (Fn. 30), S. 456 f.; *Strieder* (Fn. 85), S. 101 f.

⁸⁷ *Geiben* (Fn. 8), S. 75.

⁸⁸ *Leisinger* (Fn. 10), S. 90.

können die Schiedsparteien gemeinsam mit dem Schiedsrichter auch auf die Verschwiegenheitspflicht verzichten.

3. Verschwiegenheitspflicht Dritter

Auch zur Verschwiegenheitspflicht Dritter existiert innerhalb der deutschen Rechtsordnung keine gesetzliche Regelung. Bei Dritten kann es sich beispielsweise um Zeugen, Sachverständige oder sonstige Mitarbeiter der beteiligten Parteien handeln.

Nach allgemeinen Grundsätzen ist anerkannt, dass weder durch die Parteien noch den Schiedsrichter Dritte zur Verschwiegenheit im Rahmen eines Vertrags zulasten Dritter verpflichtet werden können.⁸⁹ Um die Verschwiegenheit von Dritten zu gewährleisten, ist vielmehr regelmäßig eine privatautonome Einigung zwischen Schiedsparteien und Dritten notwendig.

Personengruppen wie Arbeitnehmer oder Organe von Gesellschaften werden häufig zur Verschwiegenheit gegenüber derjenigen Schiedspartei verpflichtet sein, für die sie tätig werden. Arbeitnehmer sind über eine Nebenpflicht des Arbeitsvertrages auch über das Ende des Arbeitsverhältnisses hinaus zur Verschwiegenheit über Betriebsgeheimnisse ihres Arbeitgebers verpflichtet.⁹⁰

Mit Zeugen und Sachverständigen sollten die Parteien regelmäßig Vertraulichkeitsvereinbarungen abschließen.⁹¹

4. Gegenstand und Grenzen

Nachdem eine Verschwiegenheitspflicht der Parteien gemäß deutschem Recht nachgewiesen wurde, müssen schlussendlich der Inhalt einer solchen Pflicht erörtert und deren Ausnahmen beleuchtet werden.

a) Inhalt

Inhaltlich müssen verschiedene Kategorien von potentiell geheimhaltungsbedürftigen Tatsachen unterschieden werden.

Schon die Offenlegung der Existenz eines Schiedsverfahrens kann für die Parteien erhebliche Auswirkungen mit sich bringen. Speziell bei börsennotierten Unternehmen kann dies in bestimmten Situationen zu empfindlichen finanziellen

⁸⁹ Lachmann (Fn. 11), Rn. 146; Geiben (Fn. 8), S. 56.

⁹⁰ Wolff, Der verfassungsrechtliche Schutz der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, NJW 1997, 98 (98).

⁹¹ Pritting (Fn. 7), S. 636.

Schäden führen.⁹² Daher ist schon über das Bestehen eines Schiedsverfahrens Verschwiegenheit zu wahren.⁹³

Dies gilt im Grundsatz auch für Schieds- und Zwischenurteile. Wie kein Zweiter ist dieser Bereich gleichwohl geprägt von Ausnahmen der Regel. § 1059 ZPO verleiht den staatlichen Gerichten die Kompetenz zur Revision und Aufhebung von Schiedssprüchen. Kommt es zu solch einem staatlichen Verfahren, verliert die schiedsgerichtliche Vertraulichkeit regelmäßig ihre Bedeutung. Hier ist daher in jedem Einzelfall eine genaue Abwägung der sich entgegenstehenden Interessen durchzuführen. Zwar unterliegt ein Schiedsspruch dem potentiellen Zugriff staatlicher Gerichte, jedoch ist auch hier eine umfassende Gewichtung der Interessen notwendig.

Bei Dokumenten, die von Parteien in das Verfahren eingebracht werden, ist gemäß der hier vertretenen Ansicht Folgendes zu beachten: Grundsätzlich besteht die Vermutung, dass alle in das Schiedsverfahren eingebrachten Dokumente und Informationen vertraulich zu behandeln sind.⁹⁴ Ausgenommen hiervon werden Informationen, die offenkundig sind oder die unter einen der anerkannten Ausnahmetatbestände fallen. Ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse und der parteiliche Geheimhaltungswille⁹⁵ sind im Schiedsverfahren – im Gegensatz zum Zivilprozess – grundsätzlich zu bejahen.

Einzelne Dokumente werden bereits durch den Grundsatz der Nichtöffentlichkeit geschützt. Hierbei handelt es sich um Zeugenaussagen, Abschriften der Beweisaufnahme sowie parteiliche Schriftsätze und Anträge.⁹⁶ Sie werden nicht in den Prozess eingebracht sondern entstehen vielmehr innerhalb des nichtöffentlichen Verfahrens.

Von einer Geheimhaltungspflicht sind insb. Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse erfasst, also Dokumente und Tatsachen, die nur einem begrenzten Personenkreis bekannt und nicht offenkundig sind, die auf das Geschäft oder den Betrieb Bezug nehmen und an denen der Betriebs- oder Geschäftsinhaber ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse und einen berechtigten Geheimhaltungswillen hat.⁹⁷

⁹² Siehe Beispiele bei *Dessemontet*, *Arbitration and Confidentiality*, *American Review of International Arbitration* 1996, Volume 7, 308.

⁹³ *Ebd.*, 316.

⁹⁴ *Ebd.*, 308; *Neill*, *Confidentiality in Arbitration*, *Arbitration International* 1996, Volume 12, 308 (308 f.).

⁹⁵ *Köhler/Bornkamm*, *Kommentar zum UWG*, 30. Aufl. 2012, § 17 Rn. 4.

⁹⁶ *Leisinger* (Fn. 10), S. 186.

⁹⁷ *Köhler/Bornkamm* (Fn. 95), § 17 Rn. 4; *Krapfl*, *Die Dokumentenvorlage im internationalen Schiedsverfahren: Ein deutsch-US-amerikanischer Vergleich*, 2007, S. 44.

Dies bietet den Parteien einen umfassenden Schutz, um in vollem Umfang am Schiedsverfahren mitzuwirken.

b) Ausnahmen

Wie bereits mehrfach angesprochen, beansprucht der Grundsatz der Vertraulichkeit des Schiedsverfahrens keine absolute Geltung, sondern wird durch verschiedene Ausnahmen präzisiert.

Hinsichtlich dieser Tatbestände besteht international weitgehend Konsens. Die hier aufgeführten Ausnahmen wurden hauptsächlich durch die englische Rechtsprechung entwickelt und von der internationalen Lehre ergänzt. Daher sei auf die Ausführungen zu einer konkludenten Vertraulichkeitsvereinbarung der Parteien verwiesen.⁹⁸

§ 1042 Abs. 3 ZPO kodifiziert die parteiautonome Gestaltungsfreiheit der Parteien hinsichtlich des Ablaufes des Verfahrens. Entscheiden die Parteien also einvernehmlich, von der Vertraulichkeitspflicht keinen Gebrauch machen zu wollen, oder gibt der Geheimnisträger zu erkennen, dass er auf eine vertrauliche Behandlung seiner Dokumente verzichtet, liegt kein berechtigtes Bedürfnis für die Annahme einer Vertraulichkeitspflicht vor.

Die weiteren Ausnahmetatbestände der Vertraulichkeitspflicht haben gemein, dass dem Geheimhaltungsbedürfnis der Parteien ein zusätzliches Interesse entgegensteht, dem im konkreten Einzelfall höhere Bedeutung zugesprochen wird.

Die Vertraulichkeitspflicht wird dann berechtigterweise durchbrochen, wenn eine gesetzliche Pflicht zur Offenlegung bestimmter Inhalte des Schiedsverfahrens besteht. Dies ist nach deutschem Recht insb. im gesellschaftsrechtlichen Bereich denkbar. § 118 HGB, § 51a GmbHG und § 131 AktG beinhalten Auskunftsrechte der Gesellschafter und Aktionäre, die die Geschäftsführung der jeweiligen Gesellschaft zur Auskunft über Bestehen und Inhalt möglicher Schiedsverfahren verpflichtet.

Eine Ausnahme ist auch dann gegeben, wenn eine der Parteien Inhalte des Schiedsverfahrens offenlegen muss, um eigene Rechte zu wahren. Zu denken ist hier an vertragliche Pflichten einer Partei, beispielsweise zum Erhalt des Anspruchs gegen eine Versicherung.⁹⁹

In diesen Fällen muss regelmäßig eine Abwägung erfolgen, in der das Erfordernis der Offenlegung zur Wahrung eines parteilichen Interesses einerseits mit dem

⁹⁸ Siehe dazu oben in Abschnitt IV. 1. b).

⁹⁹ Siehe dazu schon oben in Abschnitt IV. 1. b) aa).

Schutzbedürfnis der Vertraulichkeit andererseits verglichen wird.¹⁰⁰ Ist das erstgenannte Interesse höher zu bewerten, so liegt eine berechnigte Ausnahme vor. Voraussetzung ist, dass die zu veröffentlichende Information für die Partei bedeutsam, also zur Wahrung ihrer Interessen fähig ist.¹⁰¹ Auch muss das Offenlegungsinteresse umso höher sein, je sensibler die zu veröffentlichenden Dokumente sind.

Schließlich muss eine Verschwiegenheitspflicht regelmäßig einer Abwägung mit dem allgemeinen öffentlichen Interesse an der Offenlegung der Informationen aus dem Schiedsverfahren standhalten. Solche Konstellationen sind dann vorstellbar, wenn eine der Schiedsparteien ein Staat oder ein staatlich beherrschtes Unternehmen ist. Dieser Tatbestand gewann durch das Urteil *Esso/BHP v. Plowman* an Bedeutung und ist seither allgemein anerkannt.

Staaten müssen zur Wahrung demokratischer Prinzipien ihren Bürgern beizeiten Informationen zur Verfügung stellen, die in einem Schiedsverfahren eigentlich vertraulich behandelt werden müssten. Grundsätzlich muss jedoch auch das private Interesse an einer vertraulichen Behandlung der eigenen Dokumente beachtet werden. Von dieser Ausnahme werden also nur Informationen erfasst, die zur Befriedigung des öffentlichen Interesses tatsächlich notwendig sind.

Ob eine gerechnifertigte Ausnahme vorliegt, wird regelmäßig unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls zu beurteilen sein. Dies ermöglicht den Schiedsgerichten und -parteien auch bei Bejahung einer Vertraulichkeitspflicht die Flexibilität, um den Interessen aller Seiten gerecht zu werden.

V. Fazit – Abschlussthese

In Einklang mit der vorhergehenden Untersuchung werden folgende Thesen vertreten:

- Der Grundsatz der Nichtöfentlichkeit ist essentieller Bestandteil jedes Schiedsverfahrens (III.).
- Es bestehen gute Argumente für die Annahme einer konkludent vereinbarten Verschwiegenheitspflicht der Parteien – nach deutschem Recht kann eine Entscheidung offen bleiben (IV. 1. b cc)).
- Nach deutschem Recht besteht eine Vertraulichkeitspflicht als Nebenpflicht des Schiedsvertrags gemäß § 241 Abs. 2 BGB(IV. 1. c dd (3)).

¹⁰⁰ *Raeschke-Kessler/Berger*, Recht und Praxis des Schiedsverfahrens, 1999, Rn. 686.

¹⁰¹ *Leisinger* (Fn. 10), S. 248.

- Schiedsrichter sind durch eine analoge Anwendung des § 43 DRiG zur Verschwiegenheit verpflichtet (IV. 2.).
- Um Dritte zur Verschwiegenheit zu verpflichten, ist regelmäßig eine vertragliche Vereinbarung notwendig (IV. 3.).
- Es besteht die Vermutung, dass alle in das Schiedsverfahren eingebrachten Inhalte vertraulich zu behandeln sind (IV. 4. a)).
- In bestimmten Ausnahmen kann die Vertraulichkeitspflicht durchbrochen werden; insb. bei (IV. 4. b)):
 - Zustimmung des Geheimnisträgers,
 - gesetzlichen Offenlegungspflichten,
 - höherrangigen Interessen zur Verteidigung eigener Rechte,
 - höherrangigen öffentlichen Interessen.

Kerstin König*

Undue influence als Fallgruppe der Sittenwidrigkeit? Ein rechtsvergleichender Ansatz unter besonderer Berücksichtigung des Kreditsicherungsrechts

Abstract

Ein Vertragsschluss sollte auf der freien Willensentscheidung jeder Vertragspartei beruhen. Der Privatautonomie kommt weitreichender Schutz zu. Doch gibt es Grenzen, bei deren Überschreiten Gerichte eingreifen müssen? Im englischen Recht zieht die Lehre der undue influence eine Grenze, ab wann eine zulässige Einflussnahme auf eine Vertragspartei in eine unzulässige umschlägt. Hauptanwendungsfeld sind dabei Kreditsicherungsverträge. Es wird untersucht, ob es einen vergleichbaren Ansatz im deutschen Recht gibt und aufgezeigt, worin die Unterschiede und Gemeinsamkeiten zwischen den beiden Rechtsordnungen in diesem Bereich liegen. Welche Erkenntnisse kann man aus diesem Vergleich gewinnen?

* Die Verfasserin studiert im siebten Semester Jura an der Universität Heidelberg. Die folgende Arbeit ist im Rahmen eines von Herrn *Dr. Piotr Tereszkiewicz, M.Jur. (Oxford)* veranstalteten Seminars im Wintersemester 2012/13 entstanden und mit 15 Punkten bewertet worden. Herrn *Dr. Piotr Tereszkiewicz* sei an dieser Stelle noch einmal herzlich für die Unterstützung gedankt.

I. Einleitung

“*In everyday life people constantly seek to influence the decisions of others*”, so Lord Nicholls.¹ Damit ist ein Grundproblem des alltäglichen Rechtsverkehrs schon grob umrissen: Im Alltag versuchen die Parteien häufig, die Entscheidungen anderer zu beeinflussen. Auch wenn dies den Eindruck der Alltäglichkeit hinterlässt, kann es doch Situationen geben, in denen die Einflussnahme so weit geht, dass die beeinflusste Partei keine eigene Entscheidung mehr trifft, sondern sich nur von der anderen Partei leiten lässt. Wo wird die Grenze zwischen zulässiger und unzulässiger Einflussnahme gezogen? Wann sollte eine von der Gesellschaft verabschiedete Ordnung bei solchen Problemen einschreiten, wie geht sie damit um?

In einer Gesellschaft gibt es verschiedene Sollensordnungen: Neben der Rechtsordnung gibt es außerdem Sitten, Ethik und Moral.² Jedoch ist nur die Rechtsordnung derart in den Staat eingebunden, dass aus ihr Sanktionen hervor gehen können.³ Inwiefern dürfen oder müssen dann die Wertungen aus den anderen Ordnungen Berücksichtigung finden? Im hier aufgeworfenen Problem geht es im Kernbereich um die Privatautonomie. Auch wenn diese meist in den Rechtsordnungen fest verwurzelt ist, so ist sie dennoch nicht absolut, sondern durch weitere Werte der Gesellschaft beschränkt, um „die Geltung von Rechtsgeschäften zu verhindern, die für eine Rechtsgemeinschaft unerträglich sind“.⁴ Doch sowohl die Rechtsordnung als auch die weiteren Werte der genannten „Sollensordnungen“ sind von Gesellschaft zu Gesellschaft bzw. von Land zu Land unterschiedlich.

Die folgende Arbeit bezieht sich auf die deutsche und englische Rechtsordnung und darauf, wie in diesen beiden Ländern jeweils mit dem Problem der unzulässigen Einflussnahme umgegangen wird. Obwohl Deutschland und die Länder des englischen Rechtskreises (England und Wales) sowohl geographisch als auch politisch vergleichsweise nah beieinander liegen, ist doch die Rechtstradition denkbar unterschiedlich: Während Deutschland dem *Civil Law* zugeordnet werden kann, ist England das Ausgangsland des *Common Law*, das so auch in Wales Anwendung findet. Die grundlegenden Unterschiede zwischen diesen beiden Traditionen sind, dass im *Common Law* der Fall im Mittelpunkt steht und den Richtern mehr Ermessen eingeräumt wird, um auf die speziellen Probleme des einzelnen Falls eingehen zu können; das *Civil Law* beruht dagegen auf der

¹ *Royal Bank of Scotland v Etridge (No 2)* (2002) 2 A.C. 773 (794).

² *Armbrüster*, in: Münchener Kommentar I, 6. Aufl. 2012, § 138 Rn. 11.

³ *Armbrüster* (Fn. 2), § 138 Rn. 11.

⁴ *Armbrüster* (Fn. 2), § 138 Rn. 1.

Kodifizierung abstrakter Prinzipien, die den Spielraum des Richters einschränken.⁵ Diese Unterscheidung verliert an Schärfe, im *Common Law* durch das System der Präzedenzfälle, das - je nach Ranghöhe - den Richter an vorangegangene Entscheidungen höherer Gerichte bindet und im *Civil Law* durch Generalklauseln, die auch hier den Richtern mehr Spielraum zugestehen.

Im Speziellen wird das Problem der unzulässigen Einflussnahme bzw. undue influence Gegenstand weiterer Ausführungen sein. Dabei führt eine Annäherung zunächst über die allgemeine Lehre der Sittenwidrigkeit und die Darstellung des Prinzips *Equity*, ehe die einzelnen Aspekte der *undue influence* mit Bezug zum Fallrecht und unter Vergleich mit dem deutschen Recht dargestellt werden. Besonderes Augenmerk wird auf *undue influence* bei Kreditsicherungsverträgen in Deutschland und in England und Wales gelegt. Abschließend sind im Fazit die herausgearbeiteten Unterschiede und Gemeinsamkeiten der Regelungen in den unterschiedlichen Rechtsordnungen nochmals festgehalten und der Versuch einer Wertung wird unternommen, um so dem Ziel der Rechtsvergleichung nach *Rabel*, „Erkenntnis“, nahe zu kommen.

II. Annäherung an das Problem

Zuerst erfolgt eine Annäherung an das gesellschaftliche Problem der gegenseitigen Einflussnahme im Voraus von Verträgen. Zunächst im Rahmen der „bekannten“ deutschen Rechtsordnung, um anschließend die Rahmenbedingungen der „unbekannten“ englischen Rechtsordnung zu erläutern.

1. Allgemeine Lehre der Sittenwidrigkeit in Deutschland

Art. 2 Abs. 1 GG garantiert die allgemeine Handlungsfreiheit. Eine Ausprägung dieser ist die Vertragsfreiheit, mit dem Ziel, Privatautonomie zu schaffen.⁷ Prinzipiell sollte also jeder frei darin sein, ob (Abschlussfreiheit) und wie (Inhaltsfreiheit) er einen Vertrag schließt.⁸ Dieser Grundrechtsschutz gilt für alle Teilnehmer am Rechtsverkehr. Zwangsläufig kollidiert der Schutz des einen mit dem Schutz des anderen. Es ist nicht im Interesse des Staates, dass stets der Stärkere seine Vertragsfreiheit voll ausschöpfen kann und der andere sich dem anpassen muss. Daher kann aus Art. 2 Abs. 1 GG auch ein Gegenpol hergeleitet werden: Der Schutz vor Fremdbestimmung.⁹ Dieser findet seine Ausprägung

⁵ *Slapper/Kelly*, The English Legal System, 12. Aufl. 2011, S. 5.

⁶ *Rabel*, Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung, 1924, S. 6.

⁷ *Epping*, Grundrechte, 5. Aufl. 2012, Rn. 566 ff.

⁸ *Faust*, Bürgerliches Gesetzbuch Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2007, § 1 Rn. 5.

⁹ *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, 39. Lieferung 2001, Art. 2 Rn. 111.

insbesondere in den §§ 134, 138, 139, 142 BGB, die Wirksamkeitshindernisse von privaten Vereinbarungen darstellen.

Gemäß § 138 BGB ist ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, nichtig. Den Begriff der Sittenwidrigkeit zu definieren, ist äußerst schwierig, sodass man von der anfänglichen Formel, dem „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“¹⁰, mittlerweile weitgehend abgekommen ist und weitere Definitionsversuche unternommen hat, die aber vielmehr dazu führen, dass man „von einer Formel zur nächsten gelangt“¹¹. So hat sich nun in Deutschland in Bezug auf die Sittenwidrigkeit ein Fallgruppensystem durchgesetzt.

2. “Equity” und allgemeine Lehre der Sittenwidrigkeit im englischen Recht

Wie bereits oben dargestellt, folgt das englische Recht einer anderen Rechtstradition. Es ist die Rechtsordnung, auf der das *Common Law* beruht. Dieses findet seinen Ursprung in der Mitte des 12. Jahrhunderts, als eine Gerichtsreform die an dem britischen Lehenswesen orientierten lokalen *Baron Courts* zurückdrängte und stattdessen königliche Gerichte einführte.¹² Dieses neue Rechtssystem war das erste einheitliche, nationale Rechtssystem unter der Leitung der zentralen Gewalt des Königs.¹³ Zu dieser Zeit reisten die Richter des Königs durch das Land, brachten das neue System zu den Bürgern und formten dabei die Basis des neuen Systems, indem sie sich die besten lokalen Gewohnheitsrechte zu eigen machten. Die Bezeichnung *Common Law* gibt es seit der Mitte des 13. Jahrhunderts, als sich das königliche Richterrecht endgültig durchgesetzt hat und auch durch das Präzedenzfallsystem funktionsfähig wurde.¹⁴ An den sodann etablierten Gerichtshöfen *Courts of Exchequer*, *Common Pleas* und *King’s Bench* galten klare formelle Bedingungen, um erfolgreich über das Aktionenrecht einen Anspruch durchzusetzen.¹⁵ Um Recht gesprochen zu bekommen, musste die richtige Klageformel verwendet werden. Diese strengen formellen Voraussetzungen führten dazu, dass nicht in jedem Einzelfall Schutz geboten wurde. Um dieser Ungerechtigkeit zu entgehen, wurde parallel zum Aktionenrecht das flexiblere System der Equity entwickelt, das denjenigen, die mit ihren Klagen in keinem der genannten Gerichtshöfe Gehör fanden, die Möglichkeit bot, ihr Anliegen direkt an den Souverän bzw. den *Lord Chancellor* als dessen Vertreter zu richten.¹⁶

¹⁰ RGZ 48, 114 (124).

¹¹ *Armbrüster* (Fn. 2), Rn. 15, dort auch zum folgenden Text.

¹² *Graf von Bernstorff*, Einführung in das englische Recht, 4. Aufl. 2011, S. 3 f.

¹³ *Slapper/Kelly* (Fn. 5), S. 6, dort auch zum folgenden Text.

¹⁴ *Graf von Bernstorff* (Fn. 12), S. 3.

¹⁵ *Graf von Bernstorff* (Fn. 12), S. 4 f., zum System der *writs* siehe S. 4.

¹⁶ *Slapper/Kelly* (Fn. 5), S. 6.

Mit der Zeit wurden die Formulierungen im Aktionenrecht komplexer und damit die Gerichtshöfe noch unzugänglicher für das breite, ungleichmäßige Spektrum an anfallenden Rechtsstreitigkeiten. Es wurden immer mehr Anliegen an den *Lord Chancellor* direkt gerichtet, sodass schon bald Gerichtshöfe für diese Sparte der Rechtsprechung geschaffen wurden, die mit einem vergleichbaren Präzedenzfallsystem arbeiteten, um so die Ermessensspielräume der Richter einzuschränken.¹⁷ *Equity* und *Common Law* bestanden lange Zeit unter der Grundentscheidung nebeneinander, dass beim Konflikt *Equity* Vorrang hatte (*equity shall prevail*).¹⁸ Mit dem *Judicature Act 1873* wurden die Gerichtsstränge erstmals vereint, sodass man sich nicht mehr im Voraus entscheiden musste, ob man seine Klage unter *Common Law* oder *Equity* erheben möchte, sondern dass nun jeder Gerichtshof beide Rechtssprechungsarten zur Anwendung bringen konnte.¹⁹ Über die Jahre hinweg haben sich diese beiden Stränge immer weiter angenähert und werden sich weiter annähern, sodass die ursprünglichen geschichtlichen Unterschiede immer unbedeutender werden.²⁰ Ein bleibender Unterschied ist der, dass die Verwendung der *Equity* im Ermessen des Richters steht und daher auch Fairness, Gleichheit und Sitten berücksichtigt werden, wohingegen das *Common Law* jedem Rechtssubjekt von Rechtswegen zur Verfügung steht.²¹ Von daher kommen bei sittenwidrigen Geschäften traditionell die Regeln der *Equity* zum Tragen.²²

3. Undue influence

Wie bereits erwähnt, waren früher das *Common Law* und die Regeln der *Equity* noch voneinander getrennt. Das *Common Law* gab bei Drohung gegen Leib und Leben (*duress*) dem Bedrohten die Möglichkeit, Klage zu erheben, bzw. den Vertrag anzufechten.²³ Daneben gibt es jedoch auch Situationen, in denen das bedrohte Gut zwar nicht Leib oder Leben, sondern ein wirtschaftliches Interesse, gegebenenfalls sogar die Existenzgrundlage ist. Solche Drohungen wurden zu Beginn nicht von *duress* erfasst.²⁴ Da aber in solchen Situationen die Drohung mindestens genauso sehr die freie Willensbildung ausschließt, wurden sie unter die

¹⁷ *Slapper/Kelly* (Fn. 5), S. 6.

¹⁸ *Graf von Bernstorff* (Fn. 12), S. 7.

¹⁹ *Slapper/Kelly* (Fn. 5), S. 6 f.

²⁰ *Mason*, The place of equity and equitable remedies in the contemporary common law world, LQR 1994, S. 258.

²¹ *Mason* (Fn. 20), S. 239; *Slapper/Kelly* (Fn. 5), S. 7.

²² *Angelo/Ellinger*, Unconscionable Contracts: A Comparative Study of the Approaches in England, France, Germany and the United States, Loyola of Los Angeles International & Comparative Law Journal 1992, S. 455 (460).

²³ *Barton v Armstrong* (1973) UKPC 2, (1976) A.C. 104.

²⁴ *Koffman/Macdonald*, The Law of Contract, 7. Aufl. 2010, Rn. 14.3.

Regel der *Equity* gefasst: *undue influence*²⁵. Mit diesem Mittel wurde dem Bedrohten Schutz geboten. In der neueren Rechtsprechung²⁶ wird *duress* jedoch weiter gefasst, sodass auch Drohung gegen wirtschaftliche Interessen (*economic duress*) darunter fällt. Was aus dieser Zeit bleibt, ist, dass *duress* und *undue influence* sich in solchen Bereichen überschneiden.²⁷ Doch soll dieser Teil der *undue influence*, bei der eine Partei bedroht wird, vorliegend außer Betracht gelassen werden. Denn neben der Anwendbarkeit bei Drohungen gibt es einen zweiten Teil²⁸ der *undue influence* als etabliertes Mittel der *Equity*, um bei sittenwidrigen Geschäften einzuschreiten.²⁹

Undue influence setzt hierbei stets voraus, dass zwischen zwei Parteien ein Vertrauensverhältnis besteht und dass dieses von der unterlegenen Partei in die andere Partei gesetzte Vertrauen ausgenutzt wird.³⁰ So zum Beispiel, wenn man entgegen seiner Erwartung von seiner Vertrauensperson nicht loyal beraten oder vollständig informiert wird.³¹ Je nach Beweislast werden zwei Gruppen unterschieden: *actual* und *presumed undue influence*.

Bei der *actual undue influence* hat der sich auf die Ausnutzung Berufende sowohl das Bestehen eines Vertrauensverhältnisses als auch das Ausnutzen darzulegen und zu beweisen.³² Der Vertrag muss hierbei nicht zum Nachteil des Anfechtungsberechtigten gehen.³³ *Actual undue influence* ist somit vom Inhalt der getroffenen Regelung unabhängig. Als 1887 ein Fall von heimtückischer spiritueller Tyrannei vor die Gerichte kam, stellte man fest, dass man nicht immer die Ausnutzung des Vertrauensverhältnisses beweisen kann.³⁴ Im Zuge dessen führte man eine zweite Kategorie der *undue influence* mit Beweiserleichterungen ein: *presumed undue influence*. Hierbei gibt es drei Voraussetzungen: Ein Vertrauensverhältnis muss vorliegen, es muss ausgenutzt worden sein und die Vereinbarung muss fragwürdig bzw. erklärungsbedürftig³⁵ sein. Es gibt dabei zwei Untergruppen, die sich in den Vermutungsregelungen unterscheiden.

²⁵ Vgl. *Royal Bank of Scotland plc v Etridge (No 2)* (2002) 2 A.C. 773 (794 f.).

²⁶ Vgl. *Adam Opel GmbH v Mitras Automotive (UK) Ltd* (2008) Bus. L.R. D55 (D56).

²⁷ Vgl. *Schindler*, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und Drohung, 2005, S. 136 ff.

²⁸ Vgl. *Royal Bank of Scotland plc v Etridge (No 2)* (2002) 2 A.C. 773 (794).

²⁹ *McMurtry*, Unconscionability and undue influence: an interaction? *Conveyancer and Property Lawyer*, 2000, S. 573.

³⁰ *Hellwege*, Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge als einheitliches Problem, 2004, S. 179.

³¹ *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 1996, S. 322.

³² *Bank of Credit and Commerce International SA v Aboody* (1990) 1 QB 923 (924).

³³ *Virgo*, The principles of the Law of Restitution, 1999, S. 256.

³⁴ *Allcard v Skinner* (1887) 36 Ch D 145 (183 f.).

³⁵ “[C]alls for explanation” or “not readily explicable by the relationship of the parties” (*Royal Bank of Scotland v Etridge (No 2)* (2002) 2 A.C. 773 (796, 798)); *Allcard v Skinner* (1887) L.R. 36 Ch. D. 145 (185).

Die Kategorie 2a (*double presumption*) erfasst typisierte Vertrauensverhältnisse (Eltern-Kind; Vormund-Mündel; Arzt-Patient; Anwalt-Klient; „trustee“-Begünstigter; religiöser Berater-Gläubiger),³⁶ bei denen schon das Bestehen eines solchen Vertrauensverhältnisses nicht vom Anfechtungsberechtigten bewiesen werden muss, sondern unwiderlegbar von Rechts wegen vermutet wird. Das Ausnutzen des Vertrauensverhältnisses wird dann widerlegbar vermutet, wenn der abgeschlossene Vertrag erklärungsbedürftig ist.

Bei der Kategorie 2b (*single presumption*) muss das Vorliegen eines Vertrauensverhältnisses nachgewiesen werden. Ist der abgeschlossene Vertrag nicht aus diesem Vertrauensverhältnis zu erklären, wird auch hier das Ausnutzen des Vertrauensverhältnisses widerlegbar vermutet.³⁷

Auffällig ist, dass Ehegatten nicht in die Kategorie 2a fallen, also das Bestehen des Vertrauensverhältnisses nicht unwiderlegbar vermutet wird.³⁸ Das war nicht schon immer so.³⁹ Der Zweck der dahinter steckt, dass zwischen Ehemann und Ehefrau ein Vertrauensverhältnis bewiesen werden muss, ist der Schutz des der Ausnutzung beschuldigten Teils. Der Grund des Schutzes ist wohl darin zu sehen, dass zwischen Eheleuten im Vergleich zu den genannten Vertrauensverhältnissen hinzukommt, dass sie ein gemeinsames Schicksal teilen. Das heißt, nutzt beispielsweise der Ehemann das Vertrauen der Ehefrau aus, um für sich eine wirtschaftlich vorteilhafte Situation herbeizuführen, so kann dies unter Umständen auch für die Ehefrau gut sein, da sie im Normalfall ebenfalls ein Interesse an diesem Vorteil hat.⁴⁰ Deshalb soll hier kein Fall der *undue influence* 2a vorliegen. Diese Unterteilung in 2a und 2b wurde im Fall *Barclays Bank plc v O'Brien*⁴¹ eingeführt.

Die *presumption* der *undue influence* kann widerlegt werden, indem die Partei, die von dem abgeschlossenen Vertrag profitieren würde, darlegt, dass die vermeintlich beeinflusste Partei aus freiem Willen gehandelt hat: *free exercise of independent will*. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Partei unabhängigen, vollumfänglichen rechtlichen Rat vor Abschluss der Vertrags erhalten hat.⁴² Welche Vorkehrungen insbesondere Banken bei Sicherungsverträgen treffen

³⁶ *Royal Bank of Scotland plc v Etridge (No 2)* (2002) 2 A.C. 773 (797).

³⁷ Vgl. *Lloyd's Bank v Bundy* (1975) QB 326 (333).

³⁸ *Bank of Montreal v Stuart* (1911) A.C. 120 (123 ff.).

³⁹ Vgl. *Martens*, Durch Dritte verursachte Willensmängel, 2007, S. 263.

⁴⁰ *Royal Bank of Scotland plc v Etridge (No 2)* (2002) 2 A.C. 773 (799).

⁴¹ *Barclays Bank plc v O'Brien* (1994) 1 A.C. 180 (189).

⁴² *Treitel*, The Law of Contract, 12. Aufl. 2007, Rn. 10.023.

müssen, wurde ausführlich in *Barclays Bank plc v O'Brien*⁴³ diskutiert und wird im Folgenden noch dargestellt.

Die Folge von *undue influence* ist, dass die beeinflusste Partei ein Recht zur Auflösung des Vertrags (*rescission*) hat. Also vergleichbar mit einer Berechtigung zur Anfechtung.⁴⁴

4. Undue influence als Untergruppe der Sittenwidrigkeit?

Bleibt die schon zu Beginn aufgeworfene und unter dem Aspekt der Rechtsvergleichung interessante Frage, ob *undue influence* als Mittel dafür, bei sittenwidrigen Verträgen einzuschreiten, Untergruppe eines Prinzips ist, das mit unserer Sittenwidrigkeit zu vergleichen ist.

Es wird ganz klar gesagt, dass das englische Recht gerade keine allgemeine Lehre der *unconscionability* kennt.⁴⁵ Grund hierfür ist wohl, dass das englische Recht als Grundgedanken, neben der Vertragsfreiheit, auch *objectivity*⁴⁶ ansieht: Die objektive Sicht auf Verträge. Dabei befasst sich das Gericht ausschließlich mit der verfahrensrechtlichen formellen Fairness, also mit den Rahmenbedingungen des Vertragsschlusses. Die materiell-rechtliche Fairness, also das, was tatsächlich innerhalb der Rahmenbedingungen vereinbart wurde, unterliegt nicht der Kontrolle.⁴⁷ Dennoch hat sich eine Lehre durchgesetzt, die es den Gerichten ermöglicht, gegen sittenwidrige Verträge einzuschreiten: *doctrine of the unconscionable bargain*.⁴⁸ Auch wenn diese nur selten bei Gericht Anwendung fand.⁴⁹ 1888 fasste Kay J hierzu zusammen: "Where a purchase is made from a poor and ignorant man at a considerable undervalue, the vendor having no independent advice, a Court of Equity will set aside the transaction."⁵⁰ Damit umschreibt er die Voraussetzungen der *unconscionable bargain* Lehre, wie sie sich auch aus weiteren Fällen herausarbeiten lassen: Eine besondere Benachteiligung einer Partei (*poor and ignorant man*), eine erhebliche Unterbewertung (*considerable undervalue*) und das Fehlen einer unabhängigen Beratung (*no independent advice*).⁵¹

⁴³ *Barclays Bank plc v O'Brien* (1994) 1 A.C. 180 (196).

⁴⁴ *Hellwege* (Fn. 30), S. 180, 291 f.

⁴⁵ *Thames Trains Ltd v Adams* (2006) EWHC 3291 (QB) Rn. 31; *McMurtry* (Fn. 29), S. 573.

⁴⁶ *Lord Denning*, in: *Storer v Manchester City Council* (1974) 3 All ER 824 (828): "In contracts you do not look into the actual intent in a man's mind. You look at what he said and did".

⁴⁷ *Koffman/Macdonald* (Fn. 24), Rn. 16.2.

⁴⁸ *McMurtry* (Fn. 29), S. 573.

⁴⁹ *Capper*, Undue influence and unconscionability: a rationalization, *Law Quarterly Review* 1998, S. 479.

⁵⁰ *Fry v Lane* (1889) L.R. 40 Ch. D. 312 (312).

⁵¹ So auch *Devenny/Chandler*, Unconscionability and the taxonomy of undue influence, *Journal of Business Law* 2007, S. 543 (543 f.).

Wie bereits erwähnt, wurde die Lehre des *unconscionable bargain* nur selten von Gerichten angewandt - die Entscheidungen, in denen die Lehre zur Anwendung kam, sind zudem schon vor mehreren Jahrzehnten gefällt worden.⁵² Daher ist es nicht überraschend, dass in neueren Fällen die Idee einer allgemeinen Sittenwidrigkeitslehre wieder aufkam.⁵³ *Lord Denning* gab den Anstoß, als er die Meinung vertrat, dass mehrere Rechtsprinzipien im englischen Recht (z.B. *fraud, unconscionable transactions, misrepresentation, undue influence*) auf ein gemeinsames, übergreifendes Prinzip zu bringen sind: *inequality of power*. Nach *Lord Denning* wird dabei dem Schutz gewährt, der (1.) ohne unabhängige Beratung (2.) einen Vertrag unter unfairen Bedingungen schließt oder für eine unangemessene Gegenleistung ein Grundstück überträgt, (3.) in seiner Verhandlungsposition - aufgrund eigener Bedürfnisse oder Wünsche oder aufgrund seiner eigenen Ignoranz oder Schwäche - erheblich beeinträchtigt ist, und (4.) unter unzulässiger Einflussnahme oder Druck stand, der vom Geschäftspartner oder zu dessen Vorteil ausgeübt wurde.⁵⁴ Erstmals wurde von einem Richter das Augenmerk derart auf die Schutzbedürftigkeit der in der Verhandlungsposition unterlegenen Partei gelegt.⁵⁵ Jedoch vertrat nur *Lord Denning* diese Meinung, die anderen beiden Richter folgten ihm in diesem Punkt nicht, sodass seine Ansicht nicht zur *ratio decidendi* gehört und damit andere Gerichte nicht bindet. Doch im gleichen Jahr hat auch *Lord Diplock* eine vergleichbare Meinung vertreten.⁵⁶ Daher wurde in anderen Entscheidungen dazu Stellung genommen.

Im Fall *National Westminster Bank v Morgan*⁵⁷ hielt *Lord Scarman* fest, dass eine ungleiche Verhandlungsposition zwar bei *undue influence* von Bedeutung sein mag, aber keine Basis für eine allgemeine Sittenwidrigkeitslehre darstellen kann. Ebenso macht *Dillon LJ* klar, dass Gleichheit in den Verhandlungspositionen äußerst selten ist und damit lediglich als Indiz gelten kann und nur in Ausnahmefällen für gerichtliche Intervention ausreicht: Im Fall *Alec Lobb Garages Ltd v Total Oil (Great Britain) Ltd* war das Verhalten der einen Partei nicht schon sittenwidrig, weil die andere Partei aus wirtschaftlichen Gründen sich gezwungen sah, den Vertrag zu schließen. Vielmehr hätte noch Druck vonseiten der Vertragspartei oder fehlende unabhängige Beratung hinzu kommen müssen.⁵⁸ Zudem würde eine derart breit formulierte Lehre der *inequality of bargaining power* als übergreifende

⁵² *Chesterfield v Jansen* (1750) 95 ER 621 (622); *Fry v Lane* (1889) LR 40 Ch. D. 312 (312 ff.); *Dunnage v White* (1818) 36 ER 329 (334 ff.); *Wood v Abrey* (1818) 3 Madd. 417 (422 ff.).

⁵³ *Angelo/Ellinger* (Fn. 22), S. 466.

⁵⁴ *Lloyds Bank Ltd v Bundy* (1974) Q.B. 326 (339).

⁵⁵ *Koffman/Macdonald* (Fn. 24), Rn. 16.24.

⁵⁶ *Schroeder Music Publishing Co. v Macaulay* (1974) 3 All ER 616 (623), ebenfalls zur Schutzbedürftigkeit der schwächeren oder gefährdeten Partei.

⁵⁷ *National Westminster Bank v Morgan* (1985) 1 All ER 821 (830).

⁵⁸ *Alec Lobb (Garages) Ltd. v Total Oil (Great Britain) Ltd* (1985) 1 W.L.R. 173 (183).

Sittenwidrigkeitslehre zu viel Entscheidungsspielraum und Eingriffsmöglichkeiten für die Richter darstellen und damit die Vertragsfreiheit gefährden.⁵⁹

Dies macht deutlich, dass sich die Richter im englischen Recht heutzutage mit dem Formulieren einer allgemeinen Sittenwidrigkeitslehre schwer tun, auch um der Bestimmtheit und Einzelfallgerechtigkeit wegen. Stattdessen wird auf die verschiedenen einzelnen Lehren (z.B. *fraud*, *unconscionable transactions*, *misrepresentation*, *undue influence*) zurückgegriffen und nur vereinzelt wird in einer Urteilsbegründung auf Sittenwidrigkeit Bezug genommen.⁶⁰ Zu erwähnen bleibt, dass *Lord Denning's* Meinung in anderen Teilen des Commonwealth (z.B. Australien und Nordirland) auf mehr Gehör stieß und sich eine allgemeine Lehre der Sittenwidrigkeit etablierte.⁶¹

In diesen Staaten stellt sich die Frage, wie sich *undue influence* und *unconscionability* zueinander verhalten. Vereinzelt wird hierbei vertreten, dass *undue influence* der *unconscionability* keinen eigenen Anwendungsbereich mehr lässt und sie somit verdrängt.⁶² Einflussreicher ist wohl die Meinung, dass die beiden Lehren nebeneinander stehen, da *undue influence* Kläger-bezogen, *unconscionability* hingegen beklagtenbezogen sei.⁶³ Diese Unterteilung wird jedoch kritisiert,⁶⁴ sodass die wohl vorherrschende Meinung in der *unconscionability* ein übergreifendes Prinzip erachtet, das *undue influence* umfasst.⁶⁵ Dieser Meinungsstreit hat jedoch, mangels allgemeiner Sittenwidrigkeitslehre, in England keine Bedeutung, sodass dieses Verhältnis vorliegend nicht geklärt werden muss. Zudem ist fraglich, ob es eine praktische Auswirkung auf die Regelung der *undue influence* hätte. Denn bereits die Tatsache, dass *undue influence* eine Regelung der *Equity* ist, macht deutlich, dass den Richtern hierbei Ermessen zusteht und Aspekte der Fairness, Gleichheit und Sitten berücksichtigt werden. Ob es ein übergreifendes Prinzip der *unconscionability* gibt, stellt daher vielmehr eine dogmatische als eine die Praxis betreffende Frage dar.

⁵⁹ *Koffman/Macdonald* (Fn. 24), Rn. 16.26.

⁶⁰ Vgl. *Alec Lobb (Garages) Ltd v. Total Oil (Great Britain) Ltd* (1985) 1 W.L.R. 173 (182 ff.), auch wenn hier Sittenwidrigkeit verneint wurde.

⁶¹ *Mason* (Fn. 20), S. 250; Vgl. auch für Ghana: *CFC Construction Co (WA) Ltd and Another v Attisogbe* (2006) 3 LRC 1 (17).

⁶² *Thompson*, in: *Morrill v Wonham* (1994) Conv. 233.

⁶³ *Birks/Chin*, On the Nature of 'undue influence', in: *Beatson/Friedmann, Good Faith and Fault in Contract Law*, 1995, S. 76.

⁶⁴ *Virgo* (Fn. 33), S. 253: „*undue influence* ist sowohl Kläger-, als auch Beklagten-bezogen, weil zum einen zwar grundsätzliches Merkmal ist, dass der Kläger keinen freien Willen betätigt, doch zum anderen dies nicht vom Beklagtenverhalten getrennt beurteilt werden kann und somit auch zu ihm Bezug besteht.“

⁶⁵ *Phang*, Undue influence methodology, sources and linkages, *Journal of Business Law* 1995, S. 552 (567 ff.); *Capper* (Fn. 49), S. 480 ff.

III. Undue influence bei Kreditsicherungsleistungen am Fall *Royal Bank of Scotland v Etridge*

Bei Kreditsicherungsverträgen wie Bürgschaften liegt meistens ein Dreipersonenverhältnis vor. Im Zusammenhang mit *undue influence* sieht diese Konstellation folgendermaßen aus: Der Sicherungsgeber sichert bei einer Bank (Kreditgeber) eine Forderung, die sie gegen den Kreditnehmer hat, zu dem der Sicherungsgeber ein Vertrauensverhältnis hat. Wirkt nun der Kreditnehmer in unzulässiger Weise auf den Sicherungsgeber ein, entsteht das Problem, dass es zwei unschuldige und somit schutzbedürftige Parteien (die Bank und den Bürgen) gibt. Wie wirkt sich die Beeinflussung eines Dritten also aus?

Zur besseren Verdeutlichung ist ein Fallbeispiel (*Royal Bank of Scotland plc v Etridge*⁶⁶) hilfreich: Der Ehemann hat geschäftliche Kreditverpflichtungen gegenüber einer Bank, die hierfür eine zusätzliche Sicherung verlangt. Die Ehefrau war alleinige Eigentümerin des gemeinsamen Hauses, das nun verkauft wird. Das neu zu kaufende Haus wird auch in ihrem alleinigen Eigentum stehen. Als Sicherung des Kredits des Ehemanns will die Bank das neue Haus hypothekarisch belasten. Der Kaufvertrag für das neue Haus und auch die Bestellung der Hypothek werden bei einer Anwaltskanzlei von der Ehefrau unterschrieben. Die Hypothek dient nicht ausschließlich der Sicherung des Kredits des Ehemanns, sondern auch als finanzieller Vorschuss, der erst den Kauf des Hauses möglich macht. Der Anwalt fügt dem Bestellsdokument noch den Hinweis hinzu, dass er der Ehefrau das Dokument erklärt habe und sie bestätigt habe, alles verstanden zu haben. Jedoch wurde die Ehefrau entgegen dieses Schreibens des Anwalts zu keiner Zeit von ihm beraten und auch nicht über den Inhalt der Dokumente, die sie unterzeichnete, aufgeklärt.

Als der Ehemann zahlungsunfähig wird und die Bank in das Grundstück vollstrecken will, trägt die Ehefrau jedoch vor, dass sie von ihrem Ehemann beeinflusst worden wäre. Sie habe nicht gewusst, dass sie einer Hypothek zustimme. Jedenfalls habe aber die Bank Kenntnis von der Beeinflussung gehabt, sodass die Ehefrau nicht an die Bestellung der Hypothek gebunden sein könne.⁶⁷

1. Lösungsansatz in Deutschland

Zunächst ist zu klären, wie in Deutschland mit einem solchen Kreditsicherungsvertrag umgegangen wird. Als mögliche Wirksamkeitshindernisse kommen in der vorliegenden Situation vor allem eine Anfechtung wegen arglistiger

⁶⁶ Vgl. *Royal Bank of Scotland plc v. Etridge (No 2)* (2002) 2 A.C. 773 (851 ff.).

⁶⁷ Vgl. *Royal Bank of Scotland plc v. Etridge (No 2)* (2002) 2 A.C. 773 (853).

Täuschung oder Drohung, Unwirksamkeit wegen Wuchers oder Unwirksamkeit wegen Sittenwidrigkeit in Betracht.

a. Arglistige Täuschung und Drohung § 123 BGB

§ 123 BGB schützt die Entscheidungsfreiheit, sobald die andere Partei vorsätzlich täuscht oder droht und sich der Beeinflussung bewusst ist.⁶⁸ Auf den Inhalt des Rechtsgeschäfts kommt es nicht an.

Die Tatsache, dass sich die Ehefrau auf die hypothekarische Belastung einlässt, ist nicht darauf zurück zu führen, dass in ihr vorsätzlich ein Irrtum erregt wurde oder der Ehemann sie gar bedroht hat, sondern darauf, dass sie wahrscheinlich in der Situation so gefühlt hat, als ob sie sich gar nicht anders entscheiden könnte. Diese Art der Beeinflussung durch den Ehemann genügt nicht, um den Tatbestand des § 123 BGB zu erfüllen.

b. Wucher § 138 Abs. 2 BGB

Wucher schützt vor wirtschaftlicher Ausbeutung bei gegenseitigen Geschäften, also vor einem Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung⁶⁹

Die hypothekarische Belastung stellt eine Sicherungsabrede dar. Eine solche ist einseitig verpflichtend, da nur die Ehefrau leisten muss (Zahlung der Geldsumme, vgl. § 1113 Abs. 1 BGB), hierfür aber keine Gegenleistung erhält. Mangels Gegenleistung kommt eine Unwirksamkeit wegen Wuchers also nicht in Betracht.⁷⁰

c. Sittenwidrigkeit

Anfang der 90er Jahre legte der BGH bei Bürgschaften naher Angehöriger das Hauptaugenmerk darauf, dass die Privatautonomie geschützt wird: Jeder trage für sich selbst Verantwortung und es sei nicht Aufgabe der Rechtsordnung, vor der Übernahme überfordernder Verpflichtungen zu schützen.⁷¹ Der Inhalt des abgeschlossenen Bürgschaftsvertrages bleibt unberücksichtigt. Das *BVerfG* wurde im Anschluss mit einer Verfassungsbeschwerde konfrontiert, in deren Urteilsbegründung das Gericht den Schutz der Privatautonomie des Bürgen unter einem weiteren Gesichtspunkt betonte: Bei der Bürgschaft naher Angehöriger kann ein Vertragspartner ungewöhnlich stark belastet werden und daher in Bezug auf seine Verhandlungsstärke so unterlegen sein, dass er in der grundrechtlich

⁶⁸ *Wendland*, in: Bamberger/Roth, 3. Aufl. 2012, § 123 Rn. 17 ff.

⁶⁹ *Wendland* (Fn. 68), § 138 Rn. 40; *Armbrüster* (Fn. 2), § 138 Rn. 144.

⁷⁰ *Horn*, in: Staudinger, §§ 765 - 778 Bürgschaft 2012, § 765 Rn. 176.

⁷¹ BGH, NJW 1989, 830 (831).

gewährleisteten Privatautonomie eingeschränkt ist. Somit bestehe für das Gericht in diesem Fall eine Pflicht zur Inhaltskontrolle des Bürgschaftsvertrags, um festzustellen, ob der Angehörige ungewöhnlich stark belastet wird.⁷²

In der Folge hat auch der *BGH* die Gefahr erkannt, dass nahe Angehörige aus emotionaler Bindung zum Kreditnehmer oder einer finanziellen Abhängigkeit von ihm oft „Inhalt, Tragweite und Risiko der verlangten Mitverpflichtung“ nicht erkennen und so Verpflichtungen eingehen, die sie im Nachhinein bereuen und sie finanziell überfordern.⁷³ Deshalb hat er seither in ständiger Rechtsprechung anerkannt, dass solche Personalsicherheiten aufgrund von Sittenwidrigkeit gemäß § 138 Abs. 1 BGB unwirksam sein können.⁷⁴ Hierfür genügen ein bloßes Näheverhältnis und kein eigener unmittelbarer wirtschaftlicher Vorteil jedoch noch nicht.⁷⁵ Vielmehr sei die Sittenwidrigkeit im Rahmen einer Gesamtwürdigung zu beurteilen: Zentraler Punkt ist die finanzielle Überforderung, die anhand einer Zukunftsprognose zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses beurteilt wird.⁷⁶ Diese Inhaltskontrolle wurde ja so auch vom *BVerfG* gefordert. Zusätzlich zur finanziellen Überforderung müssen noch weitere sittenwidrigkeitsbegründende Umstände hinzukommen, die sich zumeist aus der Art und Weise der Vertragsanbahnung ergeben, wie zum Beispiel „Alter, Schul- und Berufsausbildung sowie etwaige besondere familiäre oder vergleichbare Belastungen“.⁷⁷ Im Zusammenhang mit Ehegatten hat der *BGH* Sittenwidrigkeit angenommen, wenn die Ehefrau einkommens- und vermögenslos⁷⁸ ist, bzw. „nur den Haushalt und die Kinder“ betreut⁷⁹.

Zusammenfassend lässt sich in Bezug auf Bürgschaften sagen: Bürgt ein naher Angehöriger ohne eigenes wirtschaftliches Interesse und lässt sich dabei auf eine krasse finanzielle Überforderung ein, besteht - vor allem wegen der finanziellen Überforderung⁸⁰ - eine widerlegbare Vermutung dafür, dass die Bürgschaft ausschließlich aufgrund der emotionalen Bindung eingegangen wurde, diese Bindung also ausgenutzt wurde und daher der Vertrag als sittenwidrig einzustufen ist.⁸¹

⁷² *BVerfG*, NJW 1994, 36 (38).

⁷³ *BGH*, DStR 1994, 911 (912).

⁷⁴ *BGH*, NJW 2005, 971 (972).

⁷⁵ *BGH*, NJW 2001, 2466 (2467).

⁷⁶ *BGH*, NJW 1993, 322 (323).

⁷⁷ *BGH*, NJW 2005, 971 (972), m. w. n.

⁷⁸ *BGH*, NJW 1993, 322 (323 f.); mit Anmerkungen *Reinicke*, NJW 1995 S. 1449 (1451).

⁷⁹ *BGH*, NJW 1991, 923 (925).

⁸⁰ *BGH*, NJW 2009, 2671 (2672 ff.).

⁸¹ Vgl. insbesondere: *Horn* (Fn. 70), § 765 Rn. 177 m.w.N.

Im genannten Beispiel handelt es sich jedoch nicht um einen Fall, in dem die Ehefrau mit ihrem gesamten Privatvermögen haftet. Sie hat aus dem Vertrauensverhältnis heraus einer hypothekarischen Belastung des Hauses zugestimmt. Die Ehefrau haftet also ausschließlich dinglich mit dem Haus als Haftungsgegenstand. Ein vergleichbares krasses Übersteigen der finanziellen Verhältnisse der Ehefrau zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses, wie oben bei der Bürgschaft als wichtigstes Element vorausgesetzt, kann hier also nicht vorliegen. Aus diesem Grund hat der BGH in Bezug auf Realsicherheiten festgelegt, dass die zur Bürgschaft von nahen Angehörigen entwickelten Grundsätze der Sittenwidrigkeit nicht übertragbar sind.⁸² Denn schließlich soll im Zusammenhang mit Bürgschaften § 138 Abs. 1 BGB eingreifen, um den Bürgen vor einer zukünftigen Verschuldung zu schützen, und nicht zum Schutze seines bereits vorhandenen Vermögens.⁸³ Somit wäre im vorliegenden Fall einer hypothekarischen Bestellung des Wohnhauses nach deutschem Recht nicht sittenwidrig.

2. Lösung im englischen Recht

Das oben genannte Fallbeispiel wurde so, zusammen mit sieben vergleichbaren Sachverhalten, dem *House of Lords* zur Entscheidung vorgelegt.⁸⁴ Grundsätze dafür, wie ein Sicherungsvertrag eines nahen Angehörigen zu beurteilen ist, wurden aber auch bereits zuvor von der Rechtsprechung entwickelt.

a. *Undue influence*

Wie oben dargestellt, gibt es verschiedene Kategorien dafür, die Grenze zwischen zulässiger und unzulässiger Einflussnahme zu ziehen. Bei Ehegatten, wie im vorliegenden Fall, kommt presumed *undue influence* der Kategorie 2b in Betracht. Die erste Voraussetzung ist das Bestehen eines Vertrauensverhältnisses. Ein ausreichendes Verhältnis liegt dabei dann vor, wenn zwischen den Parteien *trust and confidence*⁸⁵ besteht. *Lord Scott* sagt in dem Zusammenhang auch, dass dies bei zusammenlebenden Eheleuten in der Regel der Fall ist. Es sind hier keine entgegenstehenden Anhaltspunkte gegeben. Ein Vertrauensverhältnis besteht also. Damit die widerlegbare Vermutung für die zweite Voraussetzung, das Ausnutzen des Vertrauensverhältnisses, greift, muss die eingegangene Verbindlichkeit rein aus

⁸² Insbesondere in Bezug auf Grundschulden: BGH, NJW 2002, 2633 (2633 f.); *Clemente*, Neuere Entwicklungen im Recht der Grundschulden, BKR 2002, 975 (976).

⁸³ *Clemente* (Fn. 82), S. 976 m. w. n.

⁸⁴ *Royal Bank of Scotland plc v Etridge (No 2)* (2002) 2 A.C. 773 (773).

⁸⁵ Vgl. auch *Royal Bank of Scotland plc v Etridge (No 2)* (2002) 2 A.C. 773 (842).

dem Vertrauensverhältnis nicht erklärbar sein.⁸⁶ Dies hat *Lord Bingham* klar gestellt und im Zuge dessen der Forderung nach einem *manifest disadvantage* widersprochen, weil ein solcher Nachteil nicht eindeutig zu bestimmen sei: Zum einen könnte man argumentieren, dass es nachteilig für die Ehefrau ist, eine ernstzunehmende finanzielle Verpflichtung einzugehen, ohne im Gegenzug etwas unmittelbar dafür zu erhalten. Andererseits könnte man aber auch sagen, dass die Schicksale der Ehegatten so sehr zusammenhängen, insbesondere wenn der Ehemann durch dieses Unternehmen die Familie ernährt, dass die Ehefrau dadurch automatisch auch ein eigenes Interesse an der Kreditgewährung hat und die Verpflichtung somit nicht nachteilig ist.⁸⁷

Nach *Lord Bingham* ist deshalb zu fragen, ob die hypothekarische Bestellung im vorliegenden Fall allein aus dem Ehegattenverhältnis heraus erklärbar ist. Die Ehefrau unterschreibt die Kreditsicherung, die zum einen dem Unternehmen des Ehemanns zugutekommt und zum anderen auch den Kauf des gemeinsamen Hauses erst ermöglicht hat. Beide diese Zwecke können sowohl vorteilhaft als auch unvorteilhaft sein. Sie sind jedoch nicht so unvorteilhaft, dass sie nicht aus dem Ehegattenverhältnis allein zu erklären sind. Demnach liegt keine *undue influence* vor. Auch im englischen Recht wäre diese Sicherungsbestellung wirksam.⁸⁸

In der Entscheidung des als Beispiel genannten Falles endeten die Ausführungen jedoch nicht damit, dass das Nichtvorliegen von *undue influence* festgestellt wurde. Zum einen wurde noch eine mögliche *misrepresentation* angesprochen und abgelehnt und zum anderen wurde der Fall unter der Annahme, es läge *undue influence* vor, weitergedacht.

b. Agency Theory

Wie bereits erwähnt gibt es bei solchen Mehrpersonenverhältnissen immer zwei schutzbedürftige Parteien: Die Ehefrau, die vor der unzulässigen Einflussnahme des Ehemanns geschützt werden soll und die Bank, die auf die Sicherungsbestellung vertrauen können soll. Einzig der Dritte, der beeinflussende Ehemann, ist nicht schutzbedürftig. Fraglich ist, inwiefern sein Verhalten zur Unwirksamkeit der Sicherungsbestellung führen kann, sodass die Ehefrau geschützt wird, aber ohne dass es für die Bank unverhältnismäßig wäre.

⁸⁶ *Royal Bank of Scotland v Etridge (No 2)* (2002) 2 A.C. 773 (796, 798); *Allcard v Skinner* (1887) L.R. 36 Ch. D. 145 (185).

⁸⁷ *Royal Bank of Scotland v Etridge (No 2)* (2002) 2 A.C. 773 (797).

⁸⁸ *Royal Bank of Scotland v Etridge (No 2)* (2002) 2 A.C. 773 (854).

In *Barclays Bank plc v O'Brien* wurde hierzu die *agency theory* entwickelt.⁸⁹ Hiernach wirkt sich das Verhalten des Ehemanns auf die Wirksamkeit der Sicherungsbestellung aus, wenn entweder die Bank das Verhalten des Ehemanns zu verantworten hat, oder die Bank von seiner Einflussnahme wusste bzw. fahrlässig nicht wusste (*actual oder constructive notice*).

Die erste Variante, dass die Bank für den Dritten, hier den Ehemann, verantwortlich war, ist einleuchtend, da ein Geschäftsherr stets für seine *agents* verantwortlich ist.⁹⁰ Unsicher ist jedoch, wann genau jemand agent der Bank ist. Mag das für solche Personen, die bewusst und gewollt eingesetzt und mit Aufgaben betreut wurden noch unproblematisch der Fall sein, so herrscht darüber hinaus wenig Einigkeit. Deshalb wurde die *agency theory* heftig kritisiert und schließlich vom *House of Lords*⁹¹ für Fälle wie der vorliegende weitgehend abgeschafft.⁹²

Bei tatsächlicher Kenntnis von der Einflussnahme des Ehemanns, *actual notice*, wäre die Bank nicht mehr schutzwürdig und die Ehefrau wäre demnach voll geschützt, indem die Bestellung unwirksam wäre.⁹³

Constructive notice greift ein, so *Lord Scott*, wenn die Bank von der Einflussnahme durch den Ehemann hätte wissen müssen.⁹⁴ Sobald Anhaltspunkte für eine möglicherweise bestehende Einflussnahme vorliegen, muss die Bank zusätzliche Schritte einleiten (*put on inquiry*).⁹⁵ Da die Bank, wie gesehen, auch schutzbedürftig ist, kann diese Pflicht zu weiteren Schritten nicht so weit gehen, dass sie eigene Nachforschungen anstellen muss. Vielmehr werden *reasonable steps* von ihr erwartet. Reasonable sind für die Bank solche Schritte, die erforderlich sind, um sicher zu gehen, dass die Ehefrau verstanden hat, auf was sie sich bei dem Vertrag einlässt.⁹⁶ Seit *Barclays Bank plc v O'Brien* steht fest, dass die Bank der Ehefrau das Risiko, das sie eingeht, nahe bringen muss, ihr also die anstehende Verpflichtung und ihre Wirkungen erläutern und vor allem ihr raten muss, unabhängigen Rat aufzusuchen, insbesondere ohne Anwesenheit des Ehemanns.⁹⁷ Nur so entgeht sie einer *constructive notice*, die zur Unwirksamkeit der Kreditsicherung führen könnte.

⁸⁹ *Barclays Bank plc v O'Brien* (1994) 1 A.C. 180 (187).

⁹⁰ Vgl. *Martens* (Fn. 39), S. 293, dort auch zum Folgenden.

⁹¹ *Barclays Bank plc v O'Brien* (1994) 1 A.C. 180 (194).

⁹² *Martens* (Fn. 39), S. 294 f. m. w. n.

⁹³ *Banco Exterior Internacional SA v Thomas* (1997) 1 W.L.R. 221 (229).

⁹⁴ *Royal Bank of Scotland v Etridge (No 2)* (2002) 2 A.C. 773 (838).

⁹⁵ *Royal Bank of Scotland v Etridge (No 2)* (2002) 2 A.C. 773 (838).

⁹⁶ *Royal Bank of Scotland v Etridge (No 2)* (2002) 2 A.C. 773 (838 f.).

⁹⁷ Vgl. *Barclays Bank plc v O'Brien* (1994) 1 A.C. 180 (196).

Der Fall *Royal Bank of Scotland v Etridge* ereignete sich bereits vor der *O'Brien*-Entscheidung, sodass die eben genannten Maßstäbe noch keine Anwendung fanden, sondern vielmehr die *reasonability* von den Umständen des Falls abhing.⁹⁸

c. Einschaltung eines Anwalts

Bei *Royal Bank of Scotland v Etridge* kam zur Beurteilung, ob die Bank gegebenenfalls constructive notice gehabt hätte, erschwerend hinzu, dass sie zwar grundsätzlich das Risiko einer Beeinflussung durch den Ehemann gesehen hat, aber auf die Anmerkung des Anwalts des Ehepaars, dass er beide aufgeklärt habe, vertraute. Aus der Sicht der Bank liegt ein Schreiben des Anwalts vor, dass die Ehefrau anwaltlich beraten wurde, sodass das Risiko der Beeinflussung in ihren Augen erheblich verringert wurde. Die Ehefrau entgegnet dem, dass sie nie beraten wurde. Doch dies steht der Annahme des Gerichts, die Bank habe damit reasonable steps erfüllt, nicht entgegen: Das Wissen um die anwaltliche Vertretung des Ehepaars und zusätzlich die Bescheinigung des Anwalts, dass er die Ehefrau beraten habe, sorgen dafür, dass die Bank schutzwürdig ist und es nicht reasonable wäre, in dieser Situation noch weitere Schritte zu unternehmen.⁹⁹ *Lord Scott* hat in seiner Urteilsbegründung auch ganz allgemein festgehalten, dass es reasonable für die Bank ist, auf pflichtgetreue Ausführungen der Aufgaben durch Anwälte zu vertrauen.¹⁰⁰

3. Zusammenfassung

Bei der Bürgschaft naher Angehöriger im deutschen Recht greift § 138 Abs. 1 BGB ein, sodass das Rechtsgeschäft gegebenenfalls nichtig ist. Ausgangspunkt ist hierbei eine finanzielle Überforderung, also ein auf den Inhalt des Vertrages bezogenes Kriterium. Überfordert sich ein naher Angehöriger in einer Bürgschaft finanziell, spricht eine Vermutung dafür, dass er dies nur aus emotionaler Verbundenheit tat und diese Verbundenheit vom Kreditgeber ausgenutzt wurde.¹⁰¹ Diese Vermutung wird durch Umstände, die in der Art und Weise der Vertragsanbahnung liegen, gestützt und kann dadurch widerlegt werden, dass das Kreditinstitut darlegt, der Bürge habe aus freiem Willensentschluss gehandelt.¹⁰² Diese Grundsätze sind nicht auf Realsicherheiten übertragbar.

Im englischen Recht kommt vorliegend *presumed undue influence* zur Anwendung: Kann zwar das Bestehen eines Vertrauensverhältnisses, aber nicht das Ausnutzen

⁹⁸ *Royal Bank of Scotland v Etridge (No 2)* (2002) 2 A.C. 773 (843 f.).

⁹⁹ *Royal Bank of Scotland v Etridge (No 2)* (2002) 2 A.C. 773 (855).

¹⁰⁰ *Royal Bank of Scotland v Etridge (No 2)* (2002) 2 A.C. 773 (846).

¹⁰¹ Vgl. zusammenfassend auch: BGH, NJW 2005, S. 971 (972 f.).

¹⁰² Vgl. BGH, NJW 2009, S. 2671 (2672).

nachgewiesen werden, kommt der Ehefrau, wenn der Vertrag inhaltlich erklärungsbedürftig ist (nicht zwingend offensichtlich nachteilig), eine Beweiserleichterung in Form der widerlegbaren Vermutung der Einflussnahme zugute. Das beeinflussende Verhalten des Ehemanns, das zur Auflösung des Vertrages berechtigt, geht zu Lasten der Bank, solange sie *actual* oder *constructive notice* hatte. Seit *O'Brien* kann die Bank dem entgegen, indem sie die Ehefrau über die Risiken aufklärt, ihr alles erklärt und ihr empfiehlt, sich unabhängigen Rat einzuholen. Sie muss dies nicht selbst durchführen: Wenn ein Anwalt ihr versichert, die Frau aufgeklärt zu haben, darf sie sich darauf verlassen.

Die Klage der Ehefrau in *Royal Bank of Scotland plc v Etridge* wurde im englischen Recht abgewiesen, da die eingegangene Verpflichtung nicht so erklärungsbedürftig war, dass sie *undue influence* auslösen würde. Im deutschen Recht wäre der Fall am mangelnden krassen Missverhältnis gescheitert.

IV. Abschließender Vergleich

Während sich die Ausführungen in den vorangegangenen Abschnitten auf eine Darstellung des in der Einleitung aufgeworfenen Problems in der englischen bzw. deutschen Rechtsordnung begrenzt, wird nun der Versuch unternommen, die gefundenen Ergebnisse zu vergleichen und zu bewerten .

1. Vergleich der gefundenen Ergebnisse

Auch in diesem Bereich erfolgt die Annäherung vom Allgemeinen zum Speziellen. Im Grunde genommen müsste man nun beim Vergleich des englischen und des deutschen Rechtssystems beginnen. Dies würde jedoch zum einen den Rahmen dieser Arbeit sprengen und zum anderen ließe dies auch den Bezug zum Problem ein wenig vermissen.

2. Rechtsquellen der Rechtssysteme

Bezug zur Sittenwidrigkeit bei Kreditsicherungsverträgen besteht jedoch, wenn man die Rechtsquellen der Systeme betrachtet. Wie bereits dargestellt, stehen im englischen Recht *case law* und *Equity* nebeneinander. Zudem sind auch noch Statutes zu erwähnen, denen jedoch eine eher untergeordnete Rolle zukommt.¹⁰³ Im deutschen Recht hingegen stehen die Gesetze, also *statutes*, im Vordergrund, das *case law* ist weniger bedeutend. Fraglich ist, inwiefern das Prinzip der *Equity* im deutschen Rechtssystem einen Gegenpart findet. Begreift man *Equity* als Recht der Billigkeit und Moral,¹⁰⁴ so findet man diesen Einfluss auch im deutschen Rechtssystem: Vor allem Generalklauseln in den Gesetzen, insbesondere die

¹⁰³ Graf von Bernstorff (Fn. 12), S. 9.

¹⁰⁴ Vgl. Zweigert/Kötz (Fn. 31), S. 184.

Sittenwidrigkeit, geregelt in § 138 Abs. 1 BGB, gestehen dem Richter einen Ermessensspielraum zu, innerhalb dessen Billigkeit und Moral Berücksichtigung finden. Hierzu hat die Rechtsprechung Fallgruppen entwickelt,¹⁰⁵ um dem Erfordernis nach Rechtssicherheit gemäß Art. 20 Abs. 3 GG gerecht zu werden.¹⁰⁶ Hiermit ist der erste grundlegende Unterschied in Bezug auf die Basis der *undue influence* oder einer vergleichbaren Lehre in den Rechtsordnungen aufgezeigt: Undue influence konnte aus dem Bedürfnis nach Gerechtigkeit, das Aufgabe der equity ist, entwickelt werden. Im deutschen Recht sind den Richtern im Rahmen des § 138 Abs. 1 BGB festere Grenzen aufgezeigt.¹⁰⁷ Dieser Unterschied ist historisch bedingt und auf die ganz allgemeinen Grundsätze des *common law*-Systems bzw. *civil law*-Systems (Rolle des Richters, geschriebenes Gesetz, usw.) zurückzuführen.

a. Grund des Einschreitens der Gerichte bei dieser Fallkonstellation

Im englischen Recht ist hier zwischen *actual* und *presumed undue influence* zu unterscheiden. Wie gezeigt schreitet ein englisches Gericht bei *actual undue influence* allein aufgrund der beeinflussten Entscheidungsfreiheit der unterlegenen Partei im Rahmen der Vertragsanbahnung ein, ohne dass es auf den Inhalt der eingegangenen Verpflichtung ankommt. Bei der *presumed undue influence* wird bei Bestehen eines Vertrauensverhältnisses und einer erklärungsbedürftigen Verpflichtung eine Beeinflussung vermutet. Demnach wird zwar der Inhalt der Verpflichtung berücksichtigt, der eigentliche Grund des Einschreitens ist aber vielmehr prophylaktischer Art: Typisierte Personenkonstellationen scheinen prädestiniert dafür zu sein, dass, wenn sie zu einem erklärungsbedürftigen Vertragsschluss führen, in der Vertragsanbahnung unzulässig Einflussnahme vorlag.¹⁰⁸ Der Grund des Einschreitens ist also der Schutz einer Partei bei typisierten Personenverhältnissen vor Beschränkung ihrer Entscheidungsfreiheit. Im deutschen Recht hingegen wird im Rahmen des § 138 Abs. 1 BGB entscheidend auf die wirtschaftliche Überforderung, also den Inhalt der eingegangenen Verpflichtung abgestellt. Der vorliegend nicht einschlägige § 123 BGB stellt hingegen allein auf die Art und Weise des Zustandkommens des Vertrages ab, fordert hierfür aber bei der Täuschung Vorsatz und bei der Drohung das Bewusstsein des Täters über den ausgeübten Druck, sowie den Willen, die Erklärung des Beeinflussten zu erzwingen.¹⁰⁹ Verwirklicht der die

¹⁰⁵ Jauernig, in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 14. Aufl. 2011, § 138 Rn. 12 ff.

¹⁰⁶ Grzeszick, in: Maunz/Dürig, 51. Erg.-Lieferung 2007, Art. 20 III, Rn. 50 ff., insbesondere Rn. 62.

¹⁰⁷ Vor allem ist die Bindung an Recht und Gesetz zu berücksichtigen, Art. 20 III GG.

¹⁰⁸ So auch Schindler (Fn. 27), S. 187.

¹⁰⁹ Faust (Fn. 8), § 22 Rn. 18.

Entscheidungsfreiheit Beeinträchtigung jedoch kein solches subjektives Tatbestandsmerkmal, sondern beruht die Einschränkung der Entscheidungsfreiheit auf der Situation, insbesondere dem Vertrauensverhältnis zum Dritten, und führt zu keiner finanziellen Überforderung, bietet das deutsche Recht keinen Schutz. Insbesondere kann § 138 Abs. 1 BGB nicht auf die Sittenwidrigkeit allein in der Vertragsanbahnung angewandt werden, weil dies systematisch nicht mit § 123 BGB vereinbar wäre: Die nicht vorsätzliche oder fahrlässige Beeinflussung wäre nicht ausreichend, um § 123 BGB zu erfüllen, aber im Rahmen des § 138 Abs. 1 BGB würde an sie, mit der Nichtigkeit des Vertrages, eine strengere Rechtsfolge geknüpft.¹¹⁰

Insofern besteht im deutschen Recht eine Lücke.¹¹¹ Die *undue influence* sorgt für besseren Schutz solcher Parteien, die aus dem Vertrauensverhältnis heraus eine Verpflichtung eingehen. Darauf, ob diese Lücke im deutschen Recht unter Heranziehung der im englischen Recht entwickelten Grundsätze zu schließen ist, wird unten Bezug genommen werden.

b. Zurechnung des Verhaltens des Dritten

Unter dem Hinweis, dass es ja schließlich zwei schutzwürdige Parteien in der vorliegenden Konstellation gebe, wurde im englischen Recht nach einem *balance point* zwischen diesen beiden bestehenden Schutzbedürfnissen gesucht. Dieser wurde in der *constructive notice* gefunden.¹¹² Denn bei *actual notice* der Einflussnahme ist die Bank in der vorliegenden Konstellation nicht schutzwürdig. Bei der *constructive notice* hat es die Bank selbst in der Hand: Wenn sie mit einer Einflussnahme rechnen musste und nichts dagegen unternommen hat (*reasonable steps*), ist ihr Schutzinteresse im Vergleich zu dem der Ehefrau geringer. Damit haben die Banken für die Zukunft einen guten Leitfaden, der dafür sorgen soll, dass die Banken ihr Schutzbedürfnis nicht verlieren und auf das Bestehen der Verpflichtung vertrauen können.

Im deutschen Recht wurde von der Rechtsprechung nicht ausdrücklich angesprochen, warum das Verhalten des Ehemanns zum Nachteil der Bank den Kreditsicherungsvertrag unwirksam macht. Ihr Schutzbedürfnis wird nicht erwähnt. Die Zurechnung erfolgt wohl aus der Mitwirkung der Bank.¹¹³ Inwiefern die Bank dem entgegen kann, wird ebenfalls nicht angesprochen. Der *BGH* sagt

¹¹⁰ BAG, NJW 2005, 3164 (3167).

¹¹¹ Lorenz, Sittenwidrigkeit und Vertragsanbahnung - „procedural unconscionability“ im deutschen Recht?, in: FS für Canaris, 2007, S. 777, 779, 782.

¹¹² Koffman/Macdonald (Fn. 24), Rn. 14.51.

¹¹³ Blaurock, Nahe Angehörige als Sicherheitengeber, ZEuP 1996, S. 314 (323).

vielmehr, dass die Bank keine Aufklärungspflicht treffe.¹¹⁴ Aus diesem Urteil des *BGH* schließt ein Teil der Lehre jedoch, dass die Bank über Haftungsrisiken aufklären muss. Denn wie sonst soll die Bank einer Sittenwidrigkeit in der Form, dass die Ehefrau die Risiken nicht kannte und nicht unabhängig beraten wurde, und der widerlegbaren Vermutung für eine Beeinflussung entgegenwirken?¹¹⁵

Es wäre erstrebenswert, dass auch in der Entscheidung im deutschen Recht die Grundlage der Zurechnung und die Möglichkeiten die Zurechnung zu verhindern, besser dargestellt werden würden. Die Annäherung des Problems aus Sicht der Schutzwürdigkeit und der Suche nach einem Ausgleich der Interessen, wie im englischen Recht, ist gelungen. Ist es für den *BGH* zu selbstverständlich und gedankenlogisch, um erwähnt zu werden? Jedenfalls wären unter dem Aspekt der Rechtssicherheit genauere Ausführungen wünschenswert.

c. Rechtsfolge

Der letzte zu vergleichende Aspekt ist die Rechtsfolge. Im englischen Recht ist die Folge der *undue influence* das Recht zur Auflösung des Vertrages (*rescission*). Dies ist gleichzusetzen mit dem deutschen Rechtsinstitut der Anfechtung.¹¹⁶ Grund für diese Rechtsfolge ist, dass selbst wenn die Ehefrau in der Vertragsanbahnung in ihrer Entscheidungsfreiheit beschränkt wurde (vor allem bei der *actual undue influence*), das nicht bedeuten muss, dass der Vertrag nicht für sie wünschenswert ist. In dieser Situation bietet die *rescission* die Möglichkeit, von ihrem Recht der Auflösung des Vertrages keinen Gebrauch zu machen. Im deutschen Recht folgt auf § 138 Abs. 1 BGB die Nichtigkeit. Die Ehefrau kann sich also nicht aussuchen, ob sie an den Vertrag gebunden sein will oder nicht. Dies folgt daraus, dass, wie oben bereits gezeigt, die Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB ja schon als solche die krasse finanzielle Überforderung voraussetzt, sodass die Ehefrau jedenfalls kein Interesse am Vertrag haben wird. Die Rechtsfolgen sind zwar unterschiedlich, dies ist aber dem unter 2. aufgeführten unterschiedlichen Grund für das Einschreiten des Gerichts geschuldet.

3. Möglichkeit *undue influence* in das deutsche Recht zu übertragen

Eine weitere Bewertung der beiden Lösungswege kann erfolgen, indem man bei einem von ihm Schwachstellen findet und diese versucht, anhand der Erkenntnisse des anderen Lösungswegs auszubessern. Das deutsche Recht bietet keinen Schutz, wenn die einflussnehmende Partei kein subjektives Tatbestandsmerkmal des § 123 BGB verwirklicht und sich die beeinflusste Partei nicht finanziell überfordert.

¹¹⁴ *BGH*, NJW 1994, 1278 (1281).

¹¹⁵ *Blaurock* (Fn. 113), S. 314 (323).

¹¹⁶ *Martens* (Fn. 39), S. 270.

Fraglich ist, ob diese Lücke durch Heranziehung der Grundsätze der *undue influence* geschlossen werden kann bzw. muss.

a. Culpa in contrahendo

Teilweise wird angenommen, *undue influence* knüpfe an die Vertragsanbahnung an und man könne deshalb ihre Grundsätze im deutschen Recht im Rahmen der culpa in contrahendo (§§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB) berücksichtigen.¹¹⁷ Voraussetzung für die culpa in contrahendo ist die Verletzung einer vorvertraglichen Pflicht. Die Einschränkung der Entscheidungsfreiheit durch eine einschüchternde Atmosphäre wurde vom Bundesarbeitsgericht nicht als sittenwidrig eingestuft, sondern es verstoße allenfalls gegen ein „Gebot fairen Verhandeln“.¹¹⁸ Fraglich ist, ob ein solches Gebot von der culpa in contrahendo erfasst ist. Spätestens seit der Schuldrechtsreform (und der Einfügung des „Interesses“ in § 311 Abs. 2 BGB) geht die Lehre davon aus, dass die Entscheidungsfreiheit auch im Zeitraum der Vertragsanbahnung geschützt wird und ein Verstoß hiergegen im Wege der Naturalrestitution gemäß § 249 BGB einen Anspruch auf Vertragsaufhebung gewährt.¹¹⁹

Diesem Ansatz zufolge könnte bei einem Verstoß gegen das faire Verhandeln in Form der Beeinträchtigung der freien Entschließungsfreiheit die beeinträchtigte Partei gemäß §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2, 249 BGB im Wege der Naturalrestitution einen Anspruch auf Vertragsaufhebung haben. In diesem Rahmen könnten dann die im englischen Fallrecht entwickelten Grundsätze der *undue influence* auf das deutsche Recht übertragen werden.

Wie gezeigt, geht dieser Ansatz davon aus, dass *undue influence* an der Vertragsanbahnung ansetzt. Dem ist zu widersprechen: Bei der Bürgschaft naher Angehöriger, also bei *presumed undue influence*, knüpft die Haftung nicht an eine Einflussnahme des Ehegatten und der mangelnden Eigenverantwortlichkeit der Ehefrau an, sondern bereits prophylaktisch an der Gefahr dieser Einflussnahme. Liegt eines der typisierten Vertrauensverhältnisse vor, schützt *undue influence* vor dieser Gefahr und nicht vor der tatsächlichen Einflussnahme bei der Vertragsanbahnung. Schon dieser Anknüpfungspunkt ist zu kritisieren.

Weiter ist zwar zuzustimmen, dass seit der Einführung des „Interesses“ in § 311 Abs. 2 BGB die Entscheidungsfreiheit von der culpa in contrahendo geschützt wird, doch ist fraglich, ob dies losgelöst von einem Vermögensschaden der Fall ist.

¹¹⁷ Vgl. Lorenz (Fn. 111), S. 777.

¹¹⁸ BAG, NJW 2005, 3164 (3167): Hier ging es um ein Arbeitsverhältnis. Dieses wird auch von *undue influence* erfasst: *Credit Lyonnais Bank Nederland NV v Burch* (1997) 29 H.L.R. 513 (514 ff.).

¹¹⁹ Lorenz (Fn. 111), S. 786 f. m.w.N.

Bei *undue influence* ist der Eintritt eines Vermögensschadens nicht Voraussetzung. Culpa in contrahendo ist hingegen ein Rechtsinstitut der schadensrechtlichen Rückabwicklung und zielt somit auf den Vermögensschutz ab.¹²⁰ Fraglich ist, ob durch die Neueinfügung des „Interesses“ ein Vermögensschaden nicht mehr erforderlich ist. Zum einen sah der Gesetzgeber im Vorfeld der Neueinfügung keinen Reformbedarf und zum anderen kann durch die Einfügung nicht automatisch die bisherige Argumentation des *BGH*, dass ein Vermögensschaden erforderlich ist, unbeachtet bleiben.¹²¹ Zudem sollte durch die Einfügung hauptsächlich festgehalten werden, dass culpa in contrahendo nicht auf die absoluten Rechte des § 823 Abs. 1 beschränkt ist, sondern auch das Vermögen schützt.¹²² Zwar wird vom Gesetzgeber hier auch die Entscheidungsfreiheit aufgeführt, doch ist dies im Widerspruch zur eigentlichen Ansicht des Gesetzgebers, dass die culpa in contrahendo keine „erkennbare und reformbedürftige Mängel“¹²³ habe und somit keine weitreichende Neuregelung durch die Einfügung eines weiten Begriffes des Interesses beabsichtigt sein kann. Vielmehr ist der Begriff einschränkend auszulegen.¹²⁴ Der bisherigen Rechtsprechung, die einen Vermögensschaden fordert, ist also trotz Einfügung des „Interesses“ zu folgen: Culpa in contrahendo dient in erster Linie dem Schutz des Vermögens, sodass ein Vermögensschaden Grundvoraussetzung für eine Haftung bei Vertragsanbahnungen ist.¹²⁵ Die bloße Entscheidungsfreiheit wird nicht geschützt. Insofern können die Grundsätze der *undue influence* nicht im Rahmen der culpa in contrahendo Einfluss auf das deutsche Recht entwickeln.

b. Bedarf es überhaupt des weitergehenden Schutzes des Bürgen?

Dennoch gibt es im deutschen Recht eine Lücke. Wie kann man dem Bürgen diesen Schutz, den er im englischen Recht durch die *undue influence* erfährt, gewähren?

Wie gezeigt, setzt *undue influence* an typisierte Vertrauensverhältnisse an. Diese emotionale Zwangslage könnte man einer Überrumpelung gleich setzen, bei der man auch das Gefühl hat, sich nicht anders entscheiden zu können. Insofern könnte man, in vergleichbarer Art wie § 312 Abs. 1 S. 1 BGB, an diese bestimmten Vertrauensverhältnisse anknüpfend, den Beeinflussten vertragstypbezogenen Widerrufsrechte zugestehen.

¹²⁰ *BGH*, NJW 1998, 302 (303 f.).

¹²¹ *Schindler* (Fn. 27), S. 191 m.w.N.

¹²² BT-Drucks. 14/6040, S. 163.

¹²³ BT-Drucks. 14/6040, S. 161.

¹²⁴ *Schindler* (Fn. 27), S. 191; *Mankowski*, Beseitigungsrecht - Anfechtung, Widerruf und verwandte Institute, 2003 S. 198 f.

¹²⁵ *Schindler* (Fn. 27), S. 192 m.w.N.

Doch selbst wenn man einen Weg finden würde, im deutschen Recht den unzulässig Beeinflussten wie im englischen Recht zu schützen, bliebe immer noch die Frage offen, ob dies mit der Schutzbedürftigkeit der Bank in Einklang zu bringen ist. Denn die Einflussnahme auf den Bürgen ist nicht so ausgeprägt, dass sie in den Tatbestand des § 123 BGB oder § 138 BGB fällt. Der Wertung unserer geltenden Normen entsprechend, ist das Schutzbedürfnis des Beeinflussten also nicht groß genug, um Schutz zu erfahren. Insofern trifft unsere Rechtsordnung im Ausgleich der aufeinandertreffenden Schutzinteressen der Bank und des Bürgen keine eindeutige Entscheidung für den Schutz des Bürgen. Fraglich ist, ob somit überhaupt eine Lücke vorliegt, oder ob dies genau so gewollt ist.

Die Voraussetzung der finanziellen Überforderung mag zwar das Gefühl vermitteln, dass Mittellose dadurch mehr geschützt werden und diejenigen, die die nötigen Mittel haben, in ihrer Entscheidungsfreiheit geringer geschützt werden. Jedoch ist dies zum einen daraus zu erklären, dass bei Bürgen, die sich nicht finanziell überfordern, sondern über die nötigen Mittel verfügen, um den Vertrag zu erfüllen, die Abgrenzung zwischen wirtschaftlichem Interesse und emotionalen Beweggründen schwerer fällt. Denn wenn die finanziellen Mittel gegeben sind, kann es auch durchaus sein, dass man sich bewusst wirtschaftlich dafür entschieden hat, den nahen Angehörigen zu unterstützen. Die vom *BGH* aufgestellte Vermutung für ein Handeln aus emotionaler Zwangslage heraus würde sich hier also nicht so leicht begründen lassen.

Zum anderen schützt die Privatautonomie in erster Linie die Freiheit zum Abschluss jeder Vertragsart. Man kann also finanziell nachteilige Verträge schließen und ist dafür selbst verantwortlich. Es ist nicht die Aufgabe des Gerichts schon hier einzugreifen. Nach dem *BVerfG* soll erst bei einem strukturellen Ungleichgewicht in der Vertragsanbahnung eingegriffen werden. Also wenn die Entscheidungsfreiheit durch Ungleichheit in den Verhandlungsstärken beschränkt wird. Verhandlungsstärken sind äußerst selten gleich. Wann sind sie also so ungleich, dass die Entscheidungsfreiheit einer Partei beschränkt wird? Wie groß die Stärke einer Partei, bzw. die Schwäche der anderen war, sieht man am Ausgang der Vertragsverhandlungen, also dem Inhalt der eingegangenen Verpflichtung. Die Verhandlungsstärke einer Partei war sehr schwach, wenn sie eine sehr nachteilige Verpflichtung, also z.B. eine krasse finanzielle Überforderung eingeht. Ist jedoch keine derartige Überforderung vorhanden, mag zwar die Verhandlungsstärke dieser Partei der Verhandlungsstärke der anderen unterlegen sein, doch das kommt tagtäglich vor. Um den Grundsatz *pacta sunt servanda* nicht erheblich einzuschränken, soll ein Gericht also nur dann eingreifen, wenn tatsächliche Anzeichen (finanzielle Überforderung) dafür vorliegen, dass eine Partei dermaßen

in ihrer Verhandlungsstärke unterlegen war, dass in ihre Entscheidungsfreiheit eingegriffen wurde.

Insofern bin ich der Meinung, dass im deutschen Recht keine Lücke besteht, sondern der fehlende Schutz aus dem Grundsatz der Privatautonomie erklärbar ist.

c. Pflichten für die Bank

In den Erwägungen deutscher Gericht wurde die Bank als beteiligte Partei meistens nicht weiter berücksichtigt. Insofern sollten die im englischen Recht entwickelten Grundsätze im deutschen Recht berücksichtigt werden.

Anstatt weiter nach einer Norm zu suchen, die sich eindeutig für den Schutz des Bürgen ausspricht, könnte man sich stattdessen dem „Problem“ auch aus einer anderen Richtung nähern, indem man den *balancing point* der *constructive notice* aus dem englischen Recht zu Hilfe zieht. So könnte der deutsche Gesetzgeber im Rahmen der Vorschriften für Verbraucherdarlehensverträge (§§ 491 ff. BGB) tätig werden und diese auch auf Kreditsicherungsverträge bei typisierten Vertrauensverhältnissen für anwendbar erklären. Ein Teil der *reasonable steps* der *undue influence* ist hier bereits zu finden: Gemäß § 491a Abs. 3 BGB muss der Darlehensgeber den Darlehensnehmer so aufklären, dass er den Darlehensvertrag versteht und beurteilen kann. Um weiter die Gefahr des Abschlusses eines Kreditsicherungsvertrages mit beschränkter Entscheidungsfreiheit zu verkleinern, könnte der Bank eine weitere Pflicht der *reasonable steps* auferlegt werden: In der Konstellation der Bürgschaft naher Angehöriger oder sonstiger im Vertrauensverhältnis zueinander Stehender soll die Bank dem Darlehensnehmer zur unabhängigen anwaltlichen Beratung raten.

Erfüllt die Bank diese Pflichten, überwiegt ihr Schutzinteresse gegenüber dem des vollaufgeklärten, unabhängig beratenen Darlehensnehmers, solange dieser sich nicht aufgrund vorsätzlicher oder fahrlässiger Beeinflussung auf § 123 BGB berufen kann. Auf § 138 BGB könnte er sich bei Pflichterfüllung der Bank nicht berufen, weil durch die Aufklärung und Beratung jedenfalls die Vermutung für den Abschluss des Kreditsicherungsvertrages ausschließlich aufgrund der emotionalen Zwangslage widerlegt wäre.

4. Fazit

Wie gesehen, unterscheiden sich das englische und das deutsche Recht bei der Regelung der unzulässigen Einflussnahme schon in der Herleitung des Prinzips: Während *Equity* im englischen Recht eine Rechtsordnung neben dem eigentlichen *case law* darstellt und *undue influence* darunter fällt, es aber keine allgemeine Sittenwidrigkeitslehre gibt, kommt im deutschen Recht die in § 138 BGB geregelte

Sittenwidrigkeit als Generalklausel mit herausgearbeiteten Fallgruppen am nächsten. Um auf die in der Überschrift aufgeworfene Frage zurückzukommen, kann man also sagen, dass *undue influence* im englischen Recht eine Untergruppe der durch Sitten, Fairness und Gleichheit geprägten *Equity* Rechtsprechung ist, es jedoch keine Sittenwidrigkeitslehre gibt. Im deutschen Recht werden entsprechende Fälle hauptsächlich im Rahmen der Sittenwidrigkeit aufgegriffen. Jedoch kann man auch hier nicht pauschal sagen, dass die *undue influence* eine Fallgruppe des § 138 Abs. 1 BGB wäre: § 138 BGB greift nämlich nur ein, wenn ein Kreditsicherungsvertrag inhaltlich sittenwidrig ist. Die *undue influence* bietet also, wie gezeigt, weitreichenden Schutz und wurde im Fallrecht so ausgiebig besprochen, dass auch die Zurechnung des Verhaltens des Dritten zur Bank und mögliche Schritte der Bank, diese Zurechnung zu verhindern, dargestellt sind. Im deutschen Recht sind die Ausführungen der Gerichte zum Grund der Zurechnung und zu möglichen Gegenschritten der Bank eher dürftig.

Zusammenfassend scheint hier die Lösung des englischen Rechtssystems also vorzuzugswürdig. Die vermeintliche Lücke im deutschen Recht ist aus dem Grundsatz der Privatautonomie erklärbar, sodass man nicht nach einer Erweiterung des Schutzes des Sicherungsgebers suchen muss, sondern sich der Gefahr der beschränkten Entschließungsfreiheit von der anderen Seite nähern sollte: Man sollte dem Sicherungsgeber weitere Pflichten, angelehnt an die *reasonable steps* der *undue influence*-Lehre, auferlegen. Das dient vor allem dem eigenen Interesse des Sicherungsnehmers, da er bei Erfüllung dieser Pflichten auf das Bestehen des Sicherungsvertrages vertrauen kann.

Die Rechtsvergleichung des deutschen und englischen Rechts hat im vorliegenden Fall also zu der Erkenntnis geführt, dass der Schutz in der englischen Lösung des aufgeworfenen gesellschaftlichen Problems weiter reicht als der in der deutschen. Auch wenn das englische Recht aus einer völlig anderen Rechtstradition kommt und daraus entwickelte Grundsätze hat, die man so im deutschen Recht nicht kennt, kann man sich trotzdem an diesen Grundsätzen orientieren und sie als Modell für mögliche Verbesserung im deutschen Recht heranziehen.

Laura Kiefer *

Warum schützt das Recht die biologische Vielfalt?

Abstract

Der Verlust an biologischer Vielfalt schreitet mit hoher Geschwindigkeit voran – nach Schätzungen sterben weltweit jedes Jahr 15.000 bis 30.000 Pflanzen- und Tierarten aus. Das internationale, europäische und deutsche Recht will dieser Entwicklung entgegenwirken und die Biodiversität sichern. Was aber sind die Beweggründe des Gesetzgebers hierfür? Welche Zwecke verfolgt dieser mit dem Schutz der biologischen Vielfalt? Diesen grundsätzlichen Fragen soll im Folgenden aus einer primär juristischen (naturschutzrechtlichen) Perspektive, unter Beachtung der sonstigen umweltwissenschaftlichen Bezüge, nachgegangen werden. Es wird zunächst geklärt, welche umweltethische Konzeption hinter den aktuellen Bestimmungen zur Sicherung der Biodiversität steht (I.). Des Weiteren wird untersucht, ob der gegenwärtig verfolgte Ansatz zum Schutz der Biodiversität rechtlich (II.) und rechtspolitisch (III.) zu überzeugen vermag oder ob insoweit Handlungsbedarf de lege ferenda festzustellen ist. Ein kurzes Fazit schließt die Überlegungen ab (IV.).

* Die Autorin ist cand. iur. und studentische Hilfskraft an der Universität Heidelberg (Institut für deutsches und europäisches Verwaltungsrecht; Prof. Dr. Wolfgang Kahl, M.A.). Der Aufsatz stellt eine gekürzte und überarbeitete Fassung der Studienarbeit der Autorin aus dem Wintersemester 2012/2013 dar.

I. Warum schützt das Recht die biologische Vielfalt?

1. Das Schutzgut „biologische Vielfalt“ im rechtlichen Mehrebenensystem

Die biologische Vielfalt ist heute anerkanntes Schutzobjekt auf allen Ebenen des rechtlichen Mehrebenensystems. Dabei wird unter „biologische Vielfalt“ die Summe dessen verstanden, was zum Reichtum der belebten Natur beiträgt. Sie umfasst somit die Artenvielfalt, die genetische Vielfalt und die Vielfalt von Lebensgemeinschaften.¹ Zahlreiche völkerrechtliche Konventionen haben ihren Schutz zum Ziel (z.B. die UN-Konvention über die biologische Vielfalt²). Als völkerrechtliche Verträge, die einer Umsetzung in das nationale Recht bedürfen, sind sie jedoch kein unmittelbar geltendes Recht in Deutschland.³ Im Europarecht finden sich naturschutzrechtliche Instrumente zum Schutz der biologischen Vielfalt vor allem in Richtlinien,⁴ die grundsätzlich nicht Bestandteil des unmittelbar geltenden nationalen Rechts sind, da sie der Umsetzung in nationales Recht bedürfen (Art. 288 Abs. 2 AEUV).⁵ Auf verfassungsrechtlicher Ebene wird die biologische Vielfalt von der Staatszielbestimmung des Art. 20a GG als Teilrechtsgut der „natürlichen Lebensgrundlagen“ miterfasst.⁶ Relevant für konkrete Sicherungsmaßnahmen sind jedoch in erster Linie die einfachgesetzlichen Regelungen. Maßnahmen zum Biodiversitätsschutz finden sich vor allem im Bundesnaturschutzgesetz (BNatSchG), in dem der Schutz der biologischen Vielfalt in § 1 Abs. 1 ausdrücklich als Ziel des Gesetzes genannt wird sowie in den Landesnaturschutzgesetzen und im Umweltschadensgesetz (USchadG).⁷

2. Schutzmotive nach dem BNatSchG (Überblick)

Im BNatSchG finden sich in § 1 Abs. 1 neben dem Gesetzeszweck auch Angaben zu den Gründen, warum der Schutz zu erfolgen hat.⁸ Konkret werden drei Gründe für den Schutz der biologischen Vielfalt genannt: Der Schutz soll zum einen aufgrund des eigenen Wertes der biologischen Vielfalt und zum anderen wegen

¹ Nationale Strategie zur biologischen Vielfalt vom 7.11. 2007, S. 5 (BT-Drs. 16/7082); Vgl. auch die Legaldefinition in § 7 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG.

² Übereinkommen über die biologische Vielfalt vom 05.06.1992 (BGBl. 1993 II, S.1741).

³ Schmidt/Kahl, Umweltrecht, 8. Aufl. 2010, § 9 Rn. 12 f.

⁴ Relevant sind insbesondere die Vogelschutzrichtlinie und die FFH-Richtlinie; Vgl. Meßerschmidt, Europäisches Umweltrecht, 2011, § 13 Rn. 1 ff.

⁵ Herdgen, Europarecht, 15. Aufl. 2013, § 8 Rn. 45.

⁶ BVerfG, NuR 2011, 39 (40); Huster/Rux in Epping/Hillgruber GG, Edition 19 (Stand: 01.11.2013), Art. 20a Rn. 12.

⁷ Gellermann, in: Hansmann/Sellner, Grundzüge des Umweltrechts, 4. Aufl. 2012, Kapitel 10 Rn. 14; Petersen, USchadG, Kommentar 2013, Einl. Rn. 22.

⁸ Becker, Das Neue Umweltrecht, 2010, Rn. 301 ff.; Kloepfer, in: Kloepfer Anthropozentrik, Freiheit und Umweltschutz in rechtlicher Sicht, 1995, S. 28.

ihrer Bedeutung als Grundlage für Leben und Gesundheit der Menschen sowie der künftigen Generationen erfolgen.⁹ In den Landesnaturschutzgesetzen finden sich ähnliche Begründungen für den Schutz der biologischen Vielfalt (vgl. z.B. § 1 Abs. 1 BWNatSchG).

3. Eigenwert der biologischen Vielfalt

Der vom Gesetz an erster Stelle genannte Grund für die Sicherung der biologischen Vielfalt ist ihr Eigenwert. Die Formulierung in § 1 Abs. 1 BNatSchG deutet somit auf eine über das menschliche Interesse hinaus reichende **ökozentrische** Begründungsstrategie hin.¹⁰ In der umweltethischen und juristischen Diskussion steht der Ökozentrismus¹¹ für eine Abkehr vom Menschen als alleinigen Maßstab für den Umgang mit Natur und Landschaft.¹² Bei einem ökozentrischen Ansatz wird die biologische Vielfalt allein um ihrer selbst willen gesichert.¹³ Hierdurch soll ein umfassender Schutz erreicht werden, der sich auch auf Dimensionen erstreckt, die aus der Sicht des Menschen keinen (erkennbaren) Nutzen für sein Wohlempfinden und seine (wirtschaftliche und soziale) Entwicklung haben.¹⁴

4. Grundlage für Leben und Gesundheit des Menschen

Der in § 1 Abs. 1 BNatSchG ebenfalls enthaltene Bezug auf die Funktion der biologischen Vielfalt als Grundlage für Leben und Gesundheit des Menschen ist hingegen Ausdruck eines **anthropozentrischen** Ansatzes – der Schutz der biologischen Vielfalt erfolgt insoweit allein um des Menschen willen.¹⁵ Der Grundgedanke dieses Ansatzes beruht darauf, dass der Mensch von der Natur abhängig ist, da er sie zur Befriedigung seiner physischen und psychischen Bedürfnisse benötigt.¹⁶ Aus der Sicht des anthropozentrischen Ansatzes hat die Biodiversität vor allem einen instrumentellen Wert.¹⁷ Funktionsabläufe in der

⁹ Gellermann, in: Landmann/Rohmer BNatSchG, 69. Erg.-Lfg. 2013, § 1 Rn. 4; Krohn, in: Kolodziejczok/Endres/Krohn BNatSchG, Erg. Lfg. 4/13, § 1 Rn. 16.

¹⁰ Kloepfer, Umweltrecht, 3. Aufl. 2004, § 11 Rn. 33; Schmidt/Kabl (Fn. 3), § 7 Rn. 10.

¹¹ Näher zur Unterscheidung zwischen Anthropozentrismus und Ökozentrismus Brenner, Umweltethik, 2008, S. 124 ff.; Lanzerath, DRZE Biodiversität, 2008, S. 148 ff.

¹² Mengel, in: Frenz/Müggenborg BnatSchG, 2011, § 1 Rn. 24; A. Schumacher/J. Schumacher, in: Schumacher/Fischer-Hüftle BnatSchG, 2. Aufl. 2011, § 1 Rn. 14.

¹³ Krohn, in: Kolodziejczok/Endres/Krohn (Fn. 9), § 1 Rn. 17; Sparmasser/Engel/Voßkuhle, Umweltrecht, 5. Aufl. (2003), § 6 Rn. 59.

¹⁴ Lütke, in: Lütke/Ewer BNatSchG 2011, § 1 Rn. 18; Wolf, in: Schlacke, BnatSchG, 2012, § 1 Rn. 8.

¹⁵ Erbguth/Schlacke, Umweltrecht, 4. Aufl. 2012, § 10 Rn. 17; Kloepfer Umweltschutzrecht 2. Aufl. 2011, § 1 Rn. 19.

¹⁶ BT-Drs. 16/12274, S. 50; Krohn, in: Kolodziejczok/Endres/Krohn (Fn. 9), § 1 Rn. 19.

¹⁷ Krebs, in: Nutinger, Naturschutz – Ethik – Ökonomie 1996, S. 1 ff.

Natur dienen als Vorbild für technische Erfindungen und die genetischen Informationen von Tieren und Pflanzen können unter anderem zur Entwicklung neuer Medikamente oder zu Zwecken der Ernährung verwendet werden.¹⁸ Daneben erbringt eine intakte Natur auch zahlreiche Ökosystemdienstleistungen wie die Regulierung des Wasserhaushaltes, die Bestäubung von Pflanzen und die Speicherung von CO₂, von denen der Mensch profitiert.¹⁹ Daneben spielt im anthropozentrischen Ansatz auch der ästhetische Wert der Natur eine Rolle.²⁰ Da ausgestorbene Arten unwiderruflich dem Erleben und Wahrnehmen des Menschen entzogen sind, ist ein Schutz der Biodiversität auch um ihres Betrachters willen angezeigt.²¹

5. In Verantwortung für die künftigen Generationen

Als dritten Grund für den Schutz der biologischen Vielfalt nennt das Gesetz die Verantwortung für die künftigen Generationen. Hierdurch wird klargestellt, dass die aktuellen Nutzungsinteressen des Menschen nicht alleine im Vordergrund stehen sollen, sondern auch die Auswirkungen auf die zukünftig lebenden Menschen mitbedacht werden müssen.²² Da aus der gegenwärtigen Perspektive noch nicht genau beurteilt werden kann, welche genetischen Informationen oder Eigenschaften in welchem Zusammenhang später einmal nützlich werden könnten, ist es unter dem Gesichtspunkt der intergenerationellen Gerechtigkeit und des Vorsorgeprinzips notwendig, die Biodiversität möglichst weitgehend zu bewahren.²³

6. Zwischenergebnis

Dem deutschen Naturschutzrecht liegt hinsichtlich der Sicherung der Biodiversität ein „gemischter“ Ansatz zugrunde. Die biologische Vielfalt wird zum einen im Interesse des Menschen geschützt. Da nicht nur die Lebensgrundlage der heutigen Menschen, sondern auch die der künftigen Generationen geschützt werden soll, kann man von einem anthropozentrischen Ansatz mit Nachhaltigkeitselement

¹⁸ Gruber, Biodiversitätsschutz als Forderung intergenerationeller Gerechtigkeit, NuR 2011, S. 468 (469); Spitzberger, Östr. BMU, Wie viele Arten braucht der Mensch?, 2010, S. 35 ff.; WGBU, Hauptgutachten – Welt im Wandel 2011, S. 23, 42.

¹⁹ BfN, Warum brauchen wir biologische Vielfalt?; Nationale Strategie zur biologischen Vielfalt, S. 6 (BT-Drs. 16/7082); WGBU (Fn. 18), S. 41.

²⁰ Birnbacher, in: Ingensiep/Jax, Mensch Umwelt und Philosophie, S. 90; Krebs, in: Nutzinger (Fn. 17), S. 35.

²¹ Langerath (Fn. 11), S. 156; Mengel, in: Frenz/Müggenborg (Fn. 12), § 1 Rn. 27.

²² BT-Drs. 14/6378, S. 34.

²³ Krohn, in: Kolodziejczok/Endres/Krohn (Fn. 9), § 1 Rn. 20; Mengel, in: Frenz/Müggenborg (Fn. 12), § 1 Rn. 31; Schlacke/Krohn in: Schlacke (Fn. 14), Einl. Rn. 12.

oder von einem weiten anthropozentrischen Ansatz sprechen.²⁴ Daneben erfolgt der Schutz der Biodiversität auch aufgrund des Eigenwertes der biologischen Vielfalt und somit aus ökozentrischen Gründen. Der dem geltenden Recht zugrunde liegende Ansatz kann somit als gemischt anthropozentrischer-ökozentrischer Ansatz bezeichnet werden.

II. Ist der „gemischt“ anthropozentrisch-ökozentrische Ansatz rechtlich überzeugend?

1. Vereinbarkeit mit Art. 191 Abs. 1 AEUV und der Biodiversitätskonvention

Für die EU legt Art. 191 Abs. 1 AEUV die Ziele der Umweltpolitik fest. Zwar wird die Sicherung der biologischen Vielfalt dort nicht explizit genannt, jedoch ist in dem Ziel, die Umwelt zu erhalten und zu schützen, auch die Sicherung der Artenvielfalt und der ökologischen Systeme enthalten.²⁵ In der Norm findet sich jedoch keine Aussage zu dem Grund für den Schutz der Umwelt. Das Unionsrecht legt sich insoweit weder auf einen anthropozentrischen noch auf einen ökozentrischen Ansatz fest.²⁶

In der Präambel des UN-Übereinkommens über die biologische Vielfalt wird auf den Eigenwert der biologischen Vielfalt, auf ihren Wert in ökologischer, sozialer, wirtschaftlicher, wissenschaftlicher, erzieherischer, kultureller und ästhetischer Hinsicht sowie auf ihre Erholungsfunktion Bezug genommen. Es handelt sich hierbei um einen „gemischt“ anthropozentrisch-ökozentrischen Ansatz. Durch die Übernahme dieses Ansatzes in § 1 Abs. 1 BNatSchG kam Deutschland seiner Verpflichtung aus der Konvention nach.²⁷

2. Vereinbarkeit mit Art. 20a GG

Für die Frage, ob der Ansatz in § 1 Abs. 1 BNatSchG mit dem GG vereinbar ist, muss zunächst ermittelt werden, welcher Ansatz dem Art. 20a GG zugrunde liegt. Dies ist sehr umstritten. Mit dem Argument, dass der Wortlaut des Art. 20a GG nicht ausdrücklich auf die Lebensgrundlage des Menschen beschränkt sei, wird die Auffassung vertreten, dass die Norm ebenfalls einen „gemischt“ anthropozentrisch-ökozentrischen Ansatz verfolge.²⁸ Die wohl überwiegende Meinung ist hingegen der Ansicht, dass sich aus einer verfassungssystematischen Gesamtbetrachtung eine Beschränkung des Umweltschutzes auf den Menschen ergebe, sodass Art. 20a GG jedenfalls primär ein anthropozentrischer Ansatz zu

²⁴ *Meferschmidt*, BNatSchG, 116. Erg.-Lfg. 2013, Einf. Rn. 11.

²⁵ *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, AEUV, 50. Erg.-Lfg. 2013, Art. 191 Rn. 67.

²⁶ *Kotzur*, in: Geiger/Khan/Kotzur, AEUV, 5. Aufl. 2010, Art. 191 Rn. 6.

²⁷ *Schlacke/Krohn*, in: Schlacke (Fn. 14), Einl. Rn. 14.

²⁸ *Murswiek*, in: Sachs GG, 6. Aufl. 2011, Art. 20a Rn. 22 ff.; *Schmidt/Kabl* (Fn. 3), § 2 Rn. 4.

Grunde liege.²⁹ Folgt man der h.M., so reicht der Ansatz in § 1 Abs. 1 BNatSchG über das verfassungsrechtlich festgelegte Maß hinaus.³⁰ Es besteht daher zumindest ein gewisser Wertungswiderspruch.³¹ Art. 20a GG verpflichtet den Gesetzgeber jedoch nur dazu, Vorschriften zu erlassen, die geeignet sind, die natürliche Lebensgrundlage auch in Verantwortung für die künftigen Generationen zu schützen, und verbietet somit lediglich einen Rückschritt gegenüber dem verfassungsrechtlich vorgegebenen Mindestmaß.³² Indem § 1 Abs. 1 BNatSchG auf den Schutz des Menschen als Zweck der Biodiversitätssicherung Bezug nimmt, wird das von Art. 20a GG geforderte Mindestmaß erfüllt. Dass daneben in § 1 Abs. 1 BNatSchG gleichberechtigt ein ökozentrischer Ansatz tritt, stellt keinen Rückschritt dar, sondern ist vom Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers umfasst und daher kein Verfassungsverstoß.³³ Zu beachten ist jedoch, dass § 1 Abs. 1 BNatSchG als einfaches Gesetz bei Naturschutzmaßnahmen, die mit einem Grundrechtseingriff verbunden sind, nicht maßstabsbildend sein kann, sondern es in diesem Fall auf Art. 20a GG ankommt.³⁴

3. Bedeutung für die Rechtsanwendung

a) Generelle Bedeutung des § 1 Abs. 1 BNatSchG

Der § 1 Abs. 1 BNatSchG stellt die Grundlage für das gesamte BNatSchG dar und kann daher als Leitvorschrift bezeichnet werden.³⁵ Die Norm enthält zwar eine normative Aussage, jedoch ist sie nicht unmittelbar anwendbar, sondern ihr kommt nur eine maßstabsbildende Funktion zu.³⁶ § 1 Abs. 1 BNatSchG hat zunächst Bedeutung bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe.³⁷ Durch die explizite Nennung der drei Gründe für den Biodiversitätsschutz kann der

²⁹ *Epiney*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck GG, 6. Aufl. 2010, Art. 20a Rn. 24 ff.; *Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, 69. Erg.-Lfg. (2013), Art. 20a Rn. 39; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier GG Bd. II, 2. Aufl. (2006), Art. 20a Rn. 29.

³⁰ *Gassner*, in: Gassner/Bendmir-Kahlo/Schmidt-Räntsch, BnatSchG, 2. Aufl. 2003, § 1 Rn. 1b.

³¹ *Nusser*, Zweckbestimmungen in Umweltschutzgesetzen, Diss. Baden-Baden 2007, S. 70; *v. d. Pfordten*, Nida-Rümelin/v. d. Pfordten Ökologische Ethik und Rechtstheorie, 2. Aufl. (2010), S. 56.

³² *Murswiek*, in: Sachs (Fn. 28), Art. 20a Rn. 40; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Fn. 29), Art. 20a Rn. 71.

³³ *Berendt*, Die Bedeutung von Zweck- und Zielbestimmungen für die Verwaltung, Diss. Baden-Baden 2001, S. 78; *Nusser* (Fn. 31), S. 70.

³⁴ *Meßerschmidt* (Fn. 24), § 1 Rn. 34; *Nusser* (Fn. 31), S. 194 f.

³⁵ *Schöber*, Der Zweck im Verwaltungsrecht, Diss. Tübingen 2007, S. 49 ff.; *Wolf/Krohn*, in: Schlacke (Fn. 14), Vorb. §§ 1-7 Rn. 1.

³⁶ *Lütke* (Fn. 14), § 1 Rn. 1; *Wolf*, in: Schlacke (Fn. 14), § 1 Rn. 1.

³⁷ *Petersen*, Umweltethik, UPR 2003, S. 201 (203); *A. Schumacher/J. Schumacher*, in: Schumacher/Fischer-Hüftle (Fn. 12), § 1 Rn. 2.

Rechtsanwender den Zweck objektiv eindeutig erkennen, ohne das Gesetz auslegen oder Gesetzesbegründungen zu Rate ziehen zu müssen.³⁸ Die Gesetzesmotive entfalten durch die Nennung im Gesetz auch eine stärkere normative Wirkung, als wenn sie lediglich außerhalb des BNatSchG genannt würden.³⁹ Immer dann, wenn bei der Interpretation von Einzelvorschriften des BNatSchG mehrere Deutungsmöglichkeiten offen stehen, hat der Rechtsanwender diejenige als maßgeblich heranzuziehen, die dem Gesetzeszweck am besten gerecht wird.⁴⁰ Des Weiteren können die Gesetzesmotive auch eine Rolle bei Ermessensentscheidungen spielen.⁴¹ Auch sind Abwägungsentscheidungen im Licht der Leitvorschrift vorzunehmen.⁴²

b) Einzelelemente des „gemischten“ Ansatzes

aa) Grundlage für Leben und Gesundheit der lebenden Menschen

Die Rechtsadressaten (insbesondere die Behörden, aber auch die Bürger) verbinden mit der Formulierung „Grundlage für Leben und Gesundheit“ relativ konkrete Vorstellungen. Derartige Vorstellungen sind für die Rechtsanwendung hilfreicher als abstrakte Ideen, da sie fassbarer und juristisch besser operationalisierbar sind.⁴³ Ist bei einer Abwägungsentscheidung die Sicherung der biologischen Vielfalt als Belang einzustellen, wird der Rechtsanwender ihr in der Tendenz mithin ein stärkeres Gewicht zuerkennen. Auch bei Ermessensentscheidungen oder bei der Auslegung (insbesondere unbestimmter Rechtsbegriffe) kann das anthropozentrische Gesetzesmotiv die Bedeutung der Biodiversität gegenüber anderen Belangen verstärken. Vor allem in Grenzfällen kann der anthropozentrische Ansatz den Ausschlag für eine Entscheidung oder Auslegung geben, die den Schutz der Biodiversität positiv berücksichtigt.⁴⁴ Ihm kommt somit eine eigenständige Bedeutung bei der Rechtsanwendung zu

bb) Grundlage für Leben und Gesundheit der künftigen Generationen

Das Interesse der künftigen Generationen zu bestimmen ist schwierig, da es vom heutigen Standpunkt unmöglich ist genau vorherzusehen, welche konkreten Bedürfnisse heute noch nicht geborene Menschen einmal haben werden.⁴⁵

³⁸ Nusser (Fn. 31), S. 157; Schober (Fn. 35), S. 66.

³⁹ Meßerschmidt (Fn. 24), § 1 Rn. 8.

⁴⁰ Berendt (Fn. 33) S. 24; Nusser (Fn. 31), S. 157 f.

⁴¹ Krohn, in: Kolodziejczok/Endres/Krohn (Fn. 9), § 1 Rn. 2; Nusser (Fn. 31), S. 153.

⁴² Lütke (Fn. 14), § 1 Rn. 3; Mengel, in: Frenz/Müggenborg (Fn. 12), § 1 Rn. 9; Meßerschmidt (Fn. 24), § 1 Rn. 3.

⁴³ Vgl. Bosselmann, Eigene Rechte für die Natur?, KJ 1986, S. 1 (8).

⁴⁴ Meßerschmidt (Fn. 24) § 1 Rn. 6.

⁴⁵ Gruber (Fn. 18), S. 474; Mengel, in: Frenz/Müggenborg (Fn. 12), § 1 Rn. 27.

Mangels besseren Wissens muss man vermuten, dass dies im Wesentlichen die gleichen Bedürfnisse sind wie die der aktuell lebenden Menschen.⁴⁶ Daher wird im Zweifel ein weitgehender, umfassender Schutz der Biodiversität am ehesten den Interessen der künftigen Generationen gerecht, da ihnen hierdurch die meisten Optionen offen gehalten werden.⁴⁷ Ist das Interesse der Lebenden und das potentielle Interesse der künftig Lebenden gleich, wird dem Belang „Sicherung der biologischen Vielfalt“ ein stärkeres Gewicht verliehen, mit der Folge, dass er bei einer Abwägungsentscheidung gegenüber anderen Belangen besonders durchsetzungskräftig ist. Auch bei einer Auslegung oder Ermessensentscheidung kann sich ein doppeltes Interesse am Schutz der Biodiversität positiv für eine Schutzmaßnahme auswirken.

Problematisch ist es, wenn die Interessen der heute lebenden Menschen und die der künftigen Generationen in einem Spannungsverhältnis stehen.⁴⁸ Da die Entscheidungsträger der gegenwärtigen Generation angehören, besteht stets die Gefahr, dass sie im Zweifel den für ihre Generation „greifbaren“, kurzfristigen Interessen ein stärkeres Gewicht beimessen als den Interessen zukünftiger Generationen.⁴⁹ Um sicherzustellen, dass die Interessen der künftigen Generationen gewahrt bleiben, wäre es sinnvoll, Institutionen zu schaffen, deren Aufgabe es ist, diese zu vertreten (z.B. einen Nachhaltigkeitsrat im parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren).⁵⁰

cc) Eigener Wert der biologischen Vielfalt

(1) Begriff des eigenen Wertes

Um die rechtliche Tragweite des Schutzzwecks „eigener Wert der biologischen Vielfalt“ beurteilen zu können ist vorab der Begriff des eigenen Werts im Sinne von § 1 Abs. 1 BNatSchG zu klären.

(a) Objektiver und absoluter Eigenwert

⁴⁶ v. Bubnoff, Der Schutz der künftigen Generationen im deutschen Umweltrecht, Diss. Berlin 2001, S. 16.

⁴⁷ Gruber (Fn. 18), S. 477; Schlacke/Krohn, in: Schlacke (Fn. 14), Einl. Rn. 12.

⁴⁸ A. Schumacher/J. Schumacher, in: Schumacher/Fischer-Hüftle (Fn. 12), § 1 Rn. 18; Langerath (Fn. 11), S. 153 ff.

⁴⁹ Gruber (Fn. 18), S. 474.

⁵⁰ Deter, Nationale Nachhaltigkeitsstrategie und Grundgesetz, ZUR 2012, S. 157 (158); Kloepfer (Fn. 11), § 3 Rn. 15; Schomerus, Nachhaltigkeit braucht Institutionen, NuR 2011, S. 1 ff.

Eigenwert wird im allgemeinen Sprachgebrauch als ein Wert definiert, der einer Person oder Sache innewohnt.⁵¹ Das Verb innewohnen kann in dem Sinne verstanden werden, dass die Person oder Sache aus ihrer eigenen Existenz heraus, also von Natur aus, über einen Wert verfügt.⁵² Legt man dem Begriff des eigenen Wertes in § 1 Abs. 1 BNatSchG dieses Verständnis zu Grunde, würde dies bedeuten, dass die biologische Vielfalt schon kraft ihrer Existenz über einen rechtlich geschützten Wert verfügt.⁵³ Dieser Wert kann, da er von Anfang an vorgegeben ist und somit unabhängig von der Setzung durch ein Subjekt existiert, als objektiv beziehungsweise absolut bezeichnet werden.⁵⁴ Da ein absoluter Wert jedoch nicht vom Menschen zuerkannt ist, kann er folglich auch nicht zu dessen Disposition stehen.⁵⁵ Der Wert der biologischen Vielfalt darf nach diesem Verständnis daher weder rechtlich beschränkt noch entzogen werden, sodass die Sicherung der biologischen Vielfalt als Wert immer absolut zu berücksichtigen wäre und somit alle anderen Interessen, Werte und Güter zurücktreten müssten.⁵⁶ Solch ein absoluter, nicht beschränkbarer Wert ist jedoch problematisch, da das BNatSchG auf eine derartige Konzeption nicht angelegt ist.⁵⁷ Nach § 2 Abs. 3 BNatSchG unterliegen Maßnahmen, die zur Verwirklichung der Zielbestimmungen ergriffen werden, vielmehr einer Abwägung mit allen naturschutzinternen und -externen Belangen.⁵⁸ Da beim Ergreifen von konkreten Maßnahmen somit immer eine Gewichtung der drei Zieldimensionen sowie eine Abwägung untereinander sowie mit anderen öffentlichen und privaten Belangen notwendig ist,⁵⁹ kann es sein, dass die Zielbestimmung „Sicherung der biologischen Vielfalt“ im Einzelfall hinter andere Belange zurückzutreten hat.⁶⁰ Mit anderen Worten: Im Rahmen der Abwägung muss erst anhand der konkreten Umstände des Einzelfalles entschieden werden, was der Eigenwert der biologischen Vielfalt ist und vor allem welches Gewicht ihm beizumessen ist. Der Umfang des Eigenwerts muss somit vom Menschen definiert werden.⁶¹ In dem

⁵¹ Definition von „Eigenwert“ in: Duden, Deutsches Universalwörterbuch, 7. Aufl. 2011, S. 473.

⁵² Jax, in: Laufener Seminarbeiträge 2/02, Warum soll Biodiversität geschützt werden?, S. 130

⁵³ Gassner, in: Gassner/Bendmir-Kahlo/Schmidt-Räntsch (Fn. 30), § 1 Rn. 1; Krohn, in: Kolodziejczok/Endres/Krohn (Fn. 9), § 1 Rn. 18.

⁵⁴ Jax (Fn. 52), S. 130; Krebs (Fn. 17), S. 32 f.

⁵⁵ Gassner, in: Gassner/Bendmir-Kahlo/Schmidt-Räntsch (Fn. 30), § 1 Rn. 1a.

⁵⁶ Jax (Fn. 52), S. 130; Kloepfer (Fn. 11), § 1 Rn. 21.

⁵⁷ Gassner, in: Gassner/Bendmir-Kahlo/Schmidt-Räntsch (Fn. 30), § 1 Rn. 1a.

⁵⁸ Gellermann, Naturschutzrecht nach der Novelle des BNatSchG, NVwZ 2010, S. 73 (75); Lütke (Fn. 14), § 2 Rn. 10.

⁵⁹ Maß/Schütte, in: Koch, Umweltrecht, 4. Aufl. 2014, § 7 Rn. 37; Wolf, in: Schlacke (Fn. 14), § 2 Rn. 6.

⁶⁰ Lütke (Fn. 14), § 2 Rn. 11; Wolf, in: Schlacke (Fn. 14), § 2 Rn. 6.

⁶¹ Meßerschmidt (Rn. 24), Einf. Rn. 11.

Moment, in dem der Mensch aber darüber entscheidet, welches Gewicht der Eigenwert der Biodiversität hat, kann der Eigenwert nicht mehr absolut sein. Das BNatSchG geht somit offensichtlich selbst nicht von einem absoluten Wert aus. Ein weiteres Problem bei der Annahme eines objektiven Eigenwerts besteht auf erkenntnistheoretischer Ebene. Um rechtlich mit dem „eigenen Wert“ der biologischen Vielfalt arbeiten zu können, reicht ein abstrakter Begriff nicht aus, sondern der Rechtsanwender muss konkrete Vorstellungen haben, was unter Eigenwert zu verstehen ist. Weder Biotope noch die einzelnen Arten sind aber in der Lage, ihre Interessen zu artikulieren, sodass sie den Umfang des Eigenwertes nicht selbst festlegen können.⁶² Folglich muss der Mensch bestimmen, was unter dem objektiven Eigenwert zu verstehen ist.⁶³ Er ist hierbei jedoch erkenntnistheoretisch auf den menschlichen Wahrnehmungshorizont beschränkt, sodass die Wertungen, die er vornimmt, immer vom menschlichen Blickwinkel geprägt sind.⁶⁴ Die Annahme eines objektiven Wertes führt aufgrund dieses erkenntnistheoretischen Problems zu dem widersprüchlichen Ergebnis, dass ein Wert, der unabhängig von einem Subjekt und seinem Bewusstsein existieren soll,⁶⁵ von einem Subjekt bestimmt werden muss, um bei der Rechtsanwendung von ihm Gebrauch machen zu können.

Folglich ist festzuhalten, dass der Ausdruck „auf Grund ihres eigenen Wertes“ in § 1 Abs. 1 BNatSchG zwar auf einen objektiven, unantastbaren Wert der biologischen Vielfalt hindeutet und damit einen Maximalschutz suggeriert,⁶⁶ dieses Versprechen jedoch bei der Rechtsanwendung nicht gehalten werden kann, da ein absoluter Schutz der biologischen Vielfalt in der auf Interessenausgleich ausgerichteten Rechtsordnung nicht vorgesehen ist. Es verwundert daher nicht, dass viele Stimmen im Schrifttum so weit gehen und der Nennung des Eigenwertes in § 1 Abs. 1 BNatSchG vor allem eine symbolische Bedeutung⁶⁷ attestieren oder die Formulierung sogar als „hohlen Pathos“⁶⁸ kritisieren.

(b) Subjektiver Eigenwert der biologischen Vielfalt

Das Verständnis des Eigenwertes als absoluter Wert ist, wie soeben gezeigt, rechtlich nicht überzeugend. Dies muss jedoch nicht zwangsläufig bedeuten, dass die Sicherung der biologischen Vielfalt auf Grund ihres eigenen Wertes lediglich

⁶² *Meßerschmidt* (Fn.24), Einf. Rn. 11.

⁶³ *Gassner*, in: *Gassner/Bendomir-Kahlo/Schmidt-Räntsch* (Fn. 30), § 1 Rn. 73.

⁶⁴ *v. Bubnoff* (Fn. 46), S. 64; *Meßerschmidt* (Fn. 24), Einf. Rn. 11.

⁶⁵ Definition von „objektiv“ in: *Duden* (Fn. 51), S. 1276.

⁶⁶ *Jax* (Fn. 52), S. 130.

⁶⁷ *Louis*, *Das BNatSchG NeuregG*, NuR 2002, S. 385 (385); *Lütke*, *Die Novelle des BNatSchG*, BauR 2003, S. 983 (984); *Schober* (Fn. 35), S. 226.

⁶⁸ *Gassner*, in: *Gassner/Bendomir-Kahlo/Schmidt-Räntsch*, (Fn. 30), § 1 Rn. 1a.

einen symbolhaften Charakter hat. Der Begriff des eigenen Wertes könnte auch noch in einem anderen als in einem objektiven Sinn zu verstehen sein. Für ein anderes Verständnis ist es zunächst hilfreich, sich zu vergegenwärtigen, welche Idee hinter dem ökozentrischen Ansatz steht. Das Ziel des Ökozentrismus ist es, einen engen Schutzansatz, der die biologische Vielfalt nur in einem begrenzten Maß sichert, zu überwinden.⁶⁹ Schutzmaßnahmen sollen auch dann ergriffen werden können, wenn dies nicht dem konkreten oder dem in naher Zukunft zu erwartenden Nutzen für den Menschen entspricht.⁷⁰ Geht man von diesem Verständnis aus, kann man den Begriff des eigenen Wertes in § 1 Abs. 1 BNatSchG auch in der Weise interpretieren, dass die Biodiversität unabhängig von aktuellen menschlichen Vorlieben und Nutzungsansprüchen geschützt werden soll.⁷¹ Ihre Erhaltung soll nicht nur Mittel zum Erreichen von Zielen, sondern auch selbst Ziel sein.⁷² Der Biodiversität wird somit eine eigene Geltung zuerkannt.⁷³ Ein so verstandener eigener Wert kann, da seine Anerkennung durch den Menschen erfolgt, als subjektiver Eigenwert bezeichnet werden.⁷⁴ Ein Wert, der vom Menschen gesetzt wurde, kann von diesem auch wieder eingeschränkt werden, sodass er auch einer Abwägung zugänglich ist.⁷⁵ Deutet man „eigenen Wert“ im BNatSchG in diesem Sinne, so bestehen keine Widersprüche wie es bei der Annahme eines absoluten Wertes der Fall wäre. Rechtlich kann daher mit einem subjektiven Eigenwert gearbeitet werden.

Für die Kritiker eines ökozentrischen Ansatzes ist die Notwendigkeit, den „eigenen Wert“ in § 1 Abs. 1 BNatSchG als einen vom Menschen zuerkannten Wert zu qualifizieren, ein Beleg dafür, dass letztlich auch der Ökozentrismus nur anthropozentrisch funktioniert.⁷⁶ Da sowohl das Anerkenntnis eines eigenen Wertes als auch der Schutz der biologischen Vielfalt im Rahmen der vom Menschen geschaffenen Rechtsordnung gewährt würden, sei der Schutz der Biodiversität im Grundsatz immer nur anthropozentrisch.⁷⁷ Richtig an dieser Aussage ist, dass ein Schutz der biologischen Vielfalt immer durch den Menschen erfolgt und der Eigenwert, um operabel zu sein, der Konkretisierung durch den Menschen bedarf. Die Konzeption in § 1 Abs. 1 BNatSchG ist deswegen jedoch

⁶⁹ Gellermann, Das modernisierte Naturschutzrecht, NVwZ 2002, S. 1025 (1026).

⁷⁰ Menge, in: Frenz/Müggenborg, (Fn. 12), § 1 Rn. 25.

⁷¹ Krohn, in: Kolodziejczok/Endres/Krohn (Fn. 9), § 1 Rn. 18; SRU, Umweltgutachten 2002, Rn. 25; Wolf, in: Schlacke (Fn. 14) § 1 Rn. 8.

⁷² Jax (Fn. 52), S. 130.

⁷³ Bosselmann, in: Nida-Rümelin/v. d. Pfordten (Fn. 31), S. 218; Nusser (Fn. 31), S. 50 f.

⁷⁴ Jax (Fn. 52), S. 130.

⁷⁵ Jax (Fn. 52), S. 130.

⁷⁶ Kloepfer (Fn. 11), § 3 Rn. 14; Ders. (Fn. 8), S. 26.

⁷⁷ Gassner, in: Gassner/Bendmir-Kahlo/Schmidt-Räntsch (Fn. 30), § 1 Rn. 73; Krohn, in: Kolodziejczok/Endres/Krohn (Fn. 9), § 1 Rn. 18.

noch nicht zwingend anthropozentrisch, sondern zunächst einmal nur **anthroporelational**.⁷⁸ Anthroporelational bedeutet, dass es der Mensch ist, der der Natur einen Wert beimisst, und dieser Wert daher auch immer nur in Relation zum Menschen, der ihn zuspricht und achtet, gesehen werden kann.⁷⁹ Beim Anthropozentrismus wird der biologischen Vielfalt ein instrumenteller und ästhetischer Wert zugesprochen. Da sich der Ansatz hierbei auf den Menschen beschränkt, wird er als **exklusiv-anthroporelationale** Konzeption bezeichnet.⁸⁰ Der Ökozentrismus erkennt hingegen explizit Schutzpflichten gegenüber nichtmenschlichen Lebewesen und Strukturen an und ist daher eine **trans-anthroporelationale** Konzeption.⁸¹ Geht man von diesem Verständnis aus, besteht der Unterschied zwischen Ökozentrismus und Anthropozentrismus letztlich in dem Wert, der geschützt werden soll, und nicht darin, wer den Wert bestimmt und schützt. Die Ansicht, die einen ökozentrischen Teilansatz in § 1 Abs. 1 BNatSchG ablehnt, da die Wertsetzung und der Schutz erst durch den Menschen erfolgt, verwechselt mithin anthropozentrisch mit anthroporelational. Der Mensch ist durchaus in der Lage, der biologischen Vielfalt einen eigenen, nutzungsunabhängigen Wert zuzuerkennen und ihn zu schützen.⁸² Auch bei einem subjektiven Verständnis des Eigenwerts steht die biologische Vielfalt um ihrer selbst willen und nicht der Mensch im Mittelpunkt. Der subjektive Eigenwert ist daher Ausdruck eines ökozentrischen Ansatzes.

(2) Bedeutung des ökozentrischen Ansatzes bei der Rechtsanwendung

Im Gegensatz zu den anderen Schutzgründen in § 1 Abs. 1 BNatSchG wird die Bedeutung des „eigenen Wertes“ vielfach als rechtlich gering erachtet.⁸³ Auch ein **aufgeklärter anthropozentrischer** Ansatz, der die Interessen der künftigen Generationen berücksichtige, könne einen umfassenden Schutz gewährleisten, sodass die Aufnahme des ökozentrischen Ansatzes rechtlich nicht notwendig gewesen sei.⁸⁴ Ein aufgeklärter anthropozentrischer Ansatz sichert zwar die biologische Vielfalt weitgehend, da es nicht auf den Nachweiseines unmittelbaren, aktuellen Nutzens für den Menschen ankommt, jedoch ist immer zumindest ein

⁷⁸ *Lanzerath* (Fn. 11), S. 149; *v. d. Pfordten* *Ökologische Ethik*, 1996, S. 29 ff.

⁷⁹ DRZE, Module zum Blickpunkt Biodiversität: „anthroporelational“ (<http://www.drze.de/im-blickpunkt/biodiversitaet/module/anthroporelational> (zuletzt aufgerufen am 17.01.2014)).

⁸⁰ *Lanzerath* (Fn. 11), S. 149.

⁸¹ *Lanzerath* (Fn. 11), S. 149.

⁸² *Gruber* (Fn. 18), S. 474; *Heselhaus*, in: *Hansmann/Sellner* (Fn. 7), 1 Rn. 33.

⁸³ *Gassner*, in: *Gassner/Bendmir-Kahlo/Schmidt-Räntsch* (Fn. 30), § 1 Rn. 1; *Kotulla*, *Umweltrecht*, 5. Aufl. (2010), 7. Teil Rn. 4; *Schwartzmann/Pabst*, *Umweltrecht*, 2. Aufl. 2011, Rn. 155a.

⁸⁴ *Krohn*, in: *Kolodziejczok/Endres/Krohn* (Fn. 9), § 1 Rn. 17; *Mesßerschmidt* (Fn. 24), Einf. Rn. 11.

potentieller Nutzen für die künftige Generation notwendig. Der Schutz auf Grund eines eigenen Wertes ist hingegen vollständig nutzenunabhängig und somit von seinem Schutzzumfang her nicht vollkommen identisch mit einem aufgeklärten anthropozentrischen Ansatz. Die doppelte teleologische Fundierung in § 1 Abs. 1 BNatSchG ist deshalb nicht sinnlos.⁸⁵ Durch die Normierung des Eigenwertes der biologischen Vielfalt wird klar zum Ausdruck gebracht, dass die biologische Vielfalt auch wegen eines vom Nutzen des Menschen unabhängigen Wertes zu bewahren ist.⁸⁶ Für den Rechtsanwender ist der Schutzauftrag offensichtlich.⁸⁷ Er muss anders als beim anthropozentrischen Ansatz nicht überlegen, ob die Sicherung einen zumindest mittelbaren Nutzen für den Menschen oder die künftigen Generationen haben kann. Dies ist vor allem dann vorteilhaft, wenn es um Arten oder Biotope geht, deren Nutzen nicht klar erkennbar ist.⁸⁸ Im Rahmen von Abwägungs- oder Ermessensentscheidungen oder bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe kommt der Berücksichtigung des Eigenwertes der biologischen Vielfalt daher ebenso wie den beiden anderen Gründen eine Bedeutung zu.⁸⁹ Dem ökozentrischen Ansatz kann damit eine (begrenzte) rechtliche Relevanz nicht abgesprochen werden. Er ist insbesondere nicht überflüssig.

(3) Eigenwert und Eigenrechte

Da die einzelnen Arten, Biotope und Ökosysteme nicht in der Lage sind, ihren zuerkannten eigenen Wert selbst geltend zu machen oder zu verteidigen, wird befürchtet, dass ohne die zusätzliche Zuerkennung von Eigenrechten, die von einem Treuhänder vor Gericht geltend gemacht werden können, der eigene Wert der Natur nicht hinreichend beachtet werde.⁹⁰ Ohne auf die Probleme einzugehen, die die Zuerkennung von Eigenrechten an die Natur mit sich bringt,⁹¹ kann festgestellt werden, dass das geltende Recht Möglichkeiten vorsieht, die eine Beachtung des Eigenwertes der biologischen Vielfalt sicherstellen. Zum einen können anerkannte Naturschutzvereinigungen in Entscheidungsverfahren Mitwirkungsmöglichkeiten wahrnehmen (§ 63 BNatSchG; §§ 9 Abs. 1, 14 Abs. 1 i.V.m. § 2 Abs. 6 UVPG), zum anderen können diese unabhängig von der Verletzung eigener Rechte in gesetzlich festgelegten Fällen gegen die

⁸⁵ *Meßerschmidt* (Fn. 24) § 1 Rn. 34.

⁸⁶ *Gellermann*, in: Landmann/Rohmer (Fn. 9), § 1 Rn. 6; *Lütke*s (Fn.14), § 1 Rn. 19.

⁸⁷ *Nusser* (Fn. 31), S. 69.

⁸⁸ *Marzik*, in: Marzik/Wilrich, BNatSchG, 2004, § 1 Rn. 18; *Meßerschmidt* (Fn. 24), § 1 Rn. 34.

⁸⁹ *Lütke*s (Fn. 67) S. 984.

⁹⁰ *Bosselmann* (Fn. 73), S. 201 ff.; v. *Lersner*, Gibt es Eigenrechte der Natur?, NVwZ 1988, S. 988 (991 f.).

⁹¹ Siehe *Meßerschmidt* (Fn. 24), Einf. Rn. 11.

Beeinträchtigung von Natur und Landschaft klagen (§ 64 BNatSchG, § 2 UmwRG, § 11 Abs. 2 USchadG).⁹² Ein durchsetzungsfähiger Eigenwert ist nach geltendem Recht somit auch ohne zusätzliche Zuerkennung von Eigenrechten der Natur möglich.

4. Zwischenergebnis und rechtspolitischer Normierungsvorschlag

Bei dem im BNatSchG gewählten Ansatz ist vor allem der Begriff des eigenen Wertes problematisch. Um eine Unvereinbarkeit mit dem System des BNatSchG und erkenntnistheoretische Widersprüche zu vermeiden, muss er als ein vom Menschen zuerkannter Wert verstanden werden. Um dies klarzustellen, wäre eine Begriffsbestimmung in einem § 7 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG n.F. denkbar. Hierdurch könnten Missverständnisse und unrealistische Erwartungen an das Recht vermieden werden. Sie könnte wie folgt lauten:

§ 7 Begriffsbestimmungen

(1) Für dieses Gesetz gelten folgende Begriffsbestimmungen:

1. eigener Wert von Natur und Landschaft

in der Erkenntnis, dass Natur und Landschaft um ihrer selbst willen schützenswert sind, wird ihnen im Rahmen dieses Gesetzes ein rechtlich eigenständiger Wert zuerkannt

Durch das Zugrundelegen eines zuerkannten eigenen Wertes würde der ökozentrische (Teil-) Ansatz des § 1 Abs. 1 BNatSchG rechtlich operationabler. Zuzugeben ist freilich, dass es für die Rechtsanwendung nur einen graduellen Unterschied macht, ob man von einem weiten anthropozentrischen Ansatz, einem ökozentrischen Ansatz oder einem „gemischten“ Ansatz ausgeht. Die Erkenntnis, dass Ökosysteme äußerst komplex sind und es daher häufig nicht vorhersagbar ist, wie sich Eingriffe in die Natur auswirken werden, führt dazu, dass fast keine Situation mehr denkbar ist, in der die Sicherung der biologischen Vielfalt nicht zumindest von mittelfristigem oder langfristigem Nutzen sein könnte.⁹³ Daher gelangen letztlich alle drei genannten Ansichten im Grundsatz zu der Notwendigkeit eines umfassenden Schutzes der biologischen Vielfalt. Ein „gemischter“ Ansatz ist aus rechtlicher Sicht folglich nicht mehr oder weniger überzeugend als ein weiter anthropozentrischer Ansatz. Der rechtliche Vorteil eines gemischten Ansatzes besteht aber darin, dass häufig nicht nur ein Grund,

⁹² *Erbguth/Schlacke* (Fn. 15), § 6 Rn. 6, 15; *Schmidt/Kabl* (Fn. 3), § 1 Rn. 107 ff., § 7 Rn. 86 ff.

⁹³ *Erbguth/Schlacke* (Fn. 15), § 1 Rn. 11; *Spitzenberger* (Fn. 18), S. 44 f.

sondern zwei für den Schutz der biologischen Vielfalt sprechen werden und somit das Gewicht der Zielbestimmung erhöht wird.

Da § 1 Abs. 1 BNatSchG keine unmittelbar anwendbare Norm ist, ist die Bedeutung des gemischt anthropozentrischen-ökozentrischen Ansatzes bei der Rechtsanwendung jedoch auf eine indirekte Wirkung beschränkt. Lediglich in Grenzfällen kann der im Gesetz normierte Ansatz den Ausschlag für eine positive Entscheidung für den Biodiversitätsschutz geben („Zünglein an der Waage“).

III. Ist der „gemischte“ anthropozentrisch-ökozentrische Ansatz rechtspolitisch überzeugend?

1. Motive des Gesetzgebers

Das Motiv, Natur und Landschaft auch auf Grund ihres eigenen Wertes zu schützen, wurde durch die BNatSchG Novelle 2002⁹⁴ in das Gesetz aufgenommen und von dem BNatSchG 2010⁹⁵, in dem erstmals explizit die Sicherung der biologischen Vielfalt als eigene Zielbestimmung aufgeführt wird, beibehalten. Vor der Novelle 2002 war die Sicherung der Lebensgrundlage des Menschen der einzige Grund für den Schutz von Natur und Landschaft.⁹⁶ Der Gesetzesänderung von 2002 ist ein jahrelanger Streit vorausgegangen, welche ökologische Ethik für die Begründung des Naturschutzes heranzuziehen sei.⁹⁷ Auch im Gesetzgebungsprozess selbst stand lange nicht fest, welchem Ansatz gefolgt werden sollte. Das gleichberechtigte Nebeneinander der beiden Ansätze in § 1 Abs. 1 BNatSchG kann daher als klassischer gesetzgebungspolitischer Kompromiss angesehen werden.⁹⁸ Die beiden umweltethischen Positionen werden nicht als Gegensätze, sondern als sich ergänzende Ansätze betrachtet. Durch diese „Sowohl-als-auch-Strategie“ konnte der jahrelange Grundsatzstreit um den richtigen ethischen Ansatz befriedet werden.⁹⁹

Die Aufnahme des „gemischten“ Ansatzes in § 1 Abs. 1 BNatSchG wird vom Gesetzgeber damit begründet, dass die Abkehr von einem rein anthropozentrischen Ansatz einem modernen und zukunftsorientierten Naturschutzverständnis entspreche.¹⁰⁰ Die Gesetzesbegründung bleibt insofern freilich recht allgemein und enthält keine näheren Aussagen dazu, welche

⁹⁴ BNatSchG vom 25.3.2002 (BGBl. I S. 1193).

⁹⁵ BNatSchG vom 29.7.2009 (BGBl. I S. 2542).

⁹⁶ Vgl. BNatSchG vom 21.9.1998 (BGBl. I S. 2994).

⁹⁷ *Mengel*, in: Frenz/Müggenborg (Fn. 12), § 1 Rn. 24.

⁹⁸ *Lütke*s (Fn. 14), § 1 Rn. 19.

⁹⁹ *Mengel*, in: Frenz/Müggenborg (Fn. 12), § 1 Rn. 24; *Meßerschmidt* (Fn. 24), § 1 Rn. 33.

¹⁰⁰ BT-Drs. 14/6878, Anlage 2, S. 7.

(rechtliche) Funktion dem „gemischten“ Ansatz zukommen soll.¹⁰¹ Dies spricht dafür, dass es dem Gesetzgeber weniger um eine unmittelbare rechtliche Stärkung des Naturschutzes, sondern vor allem um die Außenwirkung ging.¹⁰² Durch die Betonung des Eigenwertes sollte ein Zeichen gesetzt werden, dass der Mensch nicht mehr alleiniger Maßstab für den Naturschutz ist.¹⁰³ Rechtspolitisch ist dies auch deshalb zu begrüßen, weil der „gemischte“ Ansatz die überwiegende Ansicht in der Gesellschaft widerspiegelt. In einer Studie zum Naturbewusstsein der Bevölkerung aus dem Jahre 2011 gaben 92 % der Befragten an, dass der Schutz der biologischen Vielfalt wichtig sei, da auch Tiere und Pflanzen ein Recht auf eine eigene Existenz haben.¹⁰⁴ Indem der „gemischte“ Ansatz sowohl dem wissenschaftlichen Stand der Erkenntnis als auch der gesellschaftlich ganz überwiegenden Ansicht Rechnung trägt ist er Ausdruck eines zeitgemäßen Verständnisses von Naturschutz.¹⁰⁵

2. Effektivität des „gemischten“ Ansatzes

Indem § 1 Abs. 1 BNatSchG auf den Eigenwert der biologischen Vielfalt und auf ihre Bedeutung als Lebensgrundlage für die heute lebenden und künftigen Menschen Bezug nimmt, liefert er eine Begründung für die im Gesetz vorgesehenen Naturschutzmaßnahmen. Das BNatSchG will durch die Nennung der in § 1 Abs. 1 aufgeführten Gründe Bürger wie Rechtsanwender von der Bedeutung und Notwendigkeit des Biodiversitätsschutzes überzeugen.¹⁰⁶ Die Schutzgründe sind Leitlinien, die dem Bürger und dem Rechtsanwender helfen, die Normen des Gesetzes besser zu verstehen und den Sinn von Schutzmaßnahmen zu erfassen.¹⁰⁷ Versteht der Bürger, warum er eine Naturschutzmaßnahme zu dulden hat, führt dies in der Tendenz zu einer höheren Akzeptanz gegenüber der Maßnahme.¹⁰⁸ Aber auch für die Rechtsanwendung ist es förderlich, wenn der vollziehende Beamte selbst „innerlich“ von der Sinnhaftigkeit der von ihm zu vollziehenden Maßnahme überzeugt ist.¹⁰⁹

¹⁰¹ *Schober* (Fn. 35), S. 227.

¹⁰² *Schober* (Fn. 35), S. 227.

¹⁰³ *Meßerschmidt* (Fn. 24), § 1 Rn. 34.

¹⁰⁴ BMU/BfN, Naturbewusstsein 2011, S. 77.

¹⁰⁵ *Gellermann* (Fn. 69), S. 1026; *A. Schumacher/J. Schumacher*, in: *Schumacher/Fischer-Hüftle* (Fn. 12), § 1 Rn. 14.

¹⁰⁶ *Berendt* (Fn. 33), S. 23.

¹⁰⁷ *Schober* (Fn. 35), S. 68.

¹⁰⁸ *Schober* (Fn. 35), S. 68.

¹⁰⁹ *Gassner*, in: *Gassner/Bendmir-Kahlo/Schmidt-Räntsch* (Fn. 30), § 1 Rn. 72; Näher zur Bedeutung des Vorverständnisses für die Rechtsanwendung *Larenz*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl. 1991, S. 206 ff.

Die Akzeptanz gegenüber einer Maßnahme beziehungsweise die Bereitschaft, sich in Grenzfällen für eine Schutzmaßnahme zu entscheiden, ist natürlich zunächst am größten, wenn der Mensch einen daraus resultierenden Nutzen für sich erkennt.¹¹⁰ Es ist motivierend zu wissen, dass durch den Erhalt der biologischen Vielfalt vielleicht schon in naher Zukunft lebensrettende Medikamente oder nützliche Technologien entwickelt werden können. Aber auch das Bewusstsein, dass durch Biodiversitätsschutz wirtschaftlicher Wohlstand und Lebensqualität erhalten bleiben,¹¹¹ trägt zu einer erhöhten Akzeptanz gegenüber naturschutzrechtlichen Maßnahmen bei. In der Studie zum Naturbewusstsein 2011 gaben immerhin drei Viertel der Befragten an, dass die biologische Vielfalt ihr Wohlbefinden und ihre Lebensqualität fördere und dass sie Einbußen ihrer Lebensqualität fürchten, wenn die Biodiversität weiter in solch einem Maß abnehme.¹¹² Die Mehrheit der Deutschen nimmt die Vorteile und den Nutzen der biologischen Vielfalt jedoch nicht nur für sich selbst wahr, sondern ist sich deren Relevanz auch für die ihnen nachfolgenden Generationen bewusst. 90% der Befragten sind der Meinung, dass die biologische Vielfalt auch für die künftigen Generationen erhalten werden sollte.¹¹³ Durch die explizite Bezugnahme auf die biologische Vielfalt als Grundlage für Leben und Gesundheit des Menschen und der künftigen Generationen ruft das Gesetz dem Menschen die Vorteile einer umfassenden Biodiversität ins Bewusstsein. Der anthropozentrische Teilansatz kann somit zu einer positiven Einstellung des Bürgers gegenüber dem Biodiversitätsschutz beitragen, was sich wiederum positiv auf die Bereitschaft, Schutzmaßnahmen zu dulden oder gar selbst unterstützend tätig zu werden, auswirken kann. Auch bei der Rechtsanwendung selbst wirkt es sich positiv aus, wenn der Entscheidungsträger den Schutz der biologischen Vielfalt als eine für den Menschen nützliche Maßnahme ansieht, da diese Einstellung, wenn unter Umständen auch nur unbewusst, mit in die Entscheidungen einfließen wird. Der ökozentrische Teilansatz hat vor allem eine edukatorische Funktion.¹¹⁴ Durch die ausdrückliche Zuerkennung eines eigenen Wertes „belehrt“ das Gesetz den Bürger oder Entscheidungsträger darüber, dass es nicht nur Nützlichkeitsabwägungen sein sollten, die den Menschen bei dem Schutz der

¹¹⁰ Gruber (Fn. 18), S. 471; Meßerschmidt (Fn. 24), Einf. Rn. 11.

¹¹¹ Nach dem Zwischenbericht der Studie „Die Ökonomie von Ökosystemen und Biodiversität“ haben die Ökosystemdienstleistungen der weltweiten Schutzgebiete einen jährlichen Wert von etwa 4,4 bis 5,2 Billionen US-Dollar, vgl. Europäische Kommission/BMU, Zwischenbericht 2008, S. 52 (http://www.teebweb.org/wp-content/uploads/Study%20and%20Reports/Additional%20Reports/Interim%20report/TEEB%20Interim%20Report_German.pdf (zuletzt aufgerufen am 17.01.2014)).

¹¹² BMU/BfN (Fn. 104), S. 62 f.

¹¹³ BMU/BfN (Fn. 104), S. 62 f.

¹¹⁴ Siehe bezüglich der edukatorischen Funktion von Art. 20a GG: Murswiek, in: Sachs (Fn. 28), Art. 20a Rn. 25; Schulze-Fielitz, in: Dreier (Fn. 29), Art. 20a Rn. 25.

biologischen Vielfalt leiten. Der Mensch soll lernen, die biologische Vielfalt an sich als einen Wert zu begreifen und zu schätzen.¹¹⁵ Im besten Fall kann der ökozentrische Ansatz im Gesetz den Menschen sogar dazu anregen, darüber nachzudenken, welches Recht der Mensch, der doch selbst nur eine von mehreren Millionen Arten ist, dazu hat, andere Arten durch seine Lebensweise auszurotten.¹¹⁶ Dank des Reflexionsprozesses hierüber kann es dazu kommen, dass Bürger naturschutzrechtliche Maßnahmen eher dulden und unterstützen (Akzeptanzsteigerung) und darüber hinaus im Idealfall sogar ihr eigenes bisheriges Verhalten ändern. Das Ziel der Nationalen Strategie zur biologischen Vielfalt, dass sich bis zum Jahr 2015 mindestens zwei Drittel der Bürger der Bedeutung der biologischen Vielfalt bewusst sind und ihr Handeln zunehmend auch daran ausrichten,¹¹⁷ kann daher am ehesten mit einem gemischt anthropozentrischen-ökozentrischen Schutzkonzept erreicht werden.

Indem das BNatSchG den anthropozentrischen Ansatz mit dem ökozentrischen Ansatz kombiniert, schafft es eine breite Legitimationsbasis für die Instrumente, die der Sicherung der biologischen Vielfalt dienen.¹¹⁸ Ein rein ökozentrischer Ansatz würde Durchsetzungsschwächen aufweisen, da der Mensch im Zweifel zunächst an sich denkt.¹¹⁹ Ein rein anthropozentrischer Ansatz hingegen würde vermitteln, dass Schutzanstrengungen nur insoweit notwendig sind, wie sie für den Menschen von Nutzen sind.¹²⁰ Durch die Kombination beider Ansätze werden deren jeweilige Schwächen dagegen ausgeglichen und ein ganzheitlicher Ansatz geschaffen.

IV. Fazit

Die wichtigsten Regelungen zum Schutz der biologischen Vielfalt finden sich im BNatSchG. Das BNatSchG gibt jedoch nicht nur das „Wie“ des Biodiversitätsschutzes vor, sondern beantwortet in § 1 Abs. 1 auch die Frage des „Warum“. Sowohl der eigene Wert der biologischen Vielfalt als auch deren Bedeutung für den Menschen und die künftigen Generationen werden als Gründe genannt. Das Gesetz entscheidet sich somit aus umweltethischer Sicht für einen gemischt anthropozentrischen-ökozentrischen Ansatz. Aus rechtspolitischer Sicht ist dieser Ansatz zu begrüßen. Er setzt ein klares Zeichen, dass ein Umdenken im Naturschutzrecht notwendig ist. Nicht mehr allein Vorteile und Nutzen für den

¹¹⁵ *Murswiek*, in: Sachs (Fn. 28), Art. 20a Rn. 25; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Fn. 29), Art. 20a Rn. 25.

¹¹⁶ *Baur*, Biodiversität 2010, S. 78.

¹¹⁷ Nationale Strategie zur biologischen Vielfalt vom 07.11.2007, S. 32 (BT-Drs. 16/7082).

¹¹⁸ *Gellermann*, in: Landmann/Rohmer (Fn. 9), § 1 Rn. 5.

¹¹⁹ *Kloepfer*, (Fn. 8), S. 25; *Meßerschmidt* (Fn. 24), Einf. Rn. 11.

¹²⁰ *Brenner* (Fn. 11), S. 120 f.

Menschen dürfen für ein modernes Naturschutzverständnis eine Rolle spielen, sondern auch die Achtung der Natur und ihrer Vielfalt um ihrer selbst willen. Gleichwohl darf die Leistungsfähigkeit des „gemischten“ Ansatzes im BNatSchG nicht überbewertet werden. Bei der Rechtsanwendung besteht seine Bedeutung vor allem darin, dass er der Zielbestimmung „Sicherung der biologischen Vielfalt“ bei Ermessens- oder Abwägungsentscheidungen Gewicht zu verleihen und bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe im Einzelfall sogar einmal den Ausschlag für eine „biodiversitätsfreundliche“ Interpretation zu geben vermag. Da sich jedoch nach beiden ethischen Ansätzen ein umfassender Schutz der biologischen Vielfalt begründen lässt, macht es letztlich juristisch keinen erheblichen Unterschied, ob das Gesetz von einem weitem anthropozentrischen oder einen „gemischten“ Ansatz ausgeht. Für den Schutz der biologischen Vielfalt ist es im Übrigen ohnehin nicht primär wichtig, aus welchem ethischen Ansatz dieser erfolgt, sondern dass er überhaupt hinreichend erfolgt, was letztlich eine Frage des politischen Willens zum hinreichend effektiven naturschützenden Handeln ist. Zur Steigerung dieses Willens bei den zuständigen politischen Akteuren vermag auch ein theoretisch noch so überzeugendes Schutzkonzept in § 1 BNatSchG nur sehr wenig beizutragen.

Désirée Wollenschläger*

**Europäisches Beihilfenrecht: Das Problem der
Staatlichkeit der gewährten Mittel
- zugleich Anmerkung zu dem Urteil des EuGH
vom 30.5.2013 – Rs. C- 677/11 (Doux Elévage)**

Abstract

Das Verbot staatlicher Beihilfe gem. Art. 107 Abs. 1 AEUV lässt aufgrund eines unpräzisen Wortlautes – verboten sind „staatliche Beihilfen“ und „aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen“ – Raum für allerlei Interpretationen. Dies ist einerseits begrüßenswert, da bei einem weit gefassten Wortlaut auch sämtliches staatliche Handeln von diesem erfasst wird und somit einer Umgehung durch die Mitgliedstaaten vorgebeugt wird. Andererseits widerspricht es der Grundidee der Europäischen Union als einem Verbund souveräner Staaten, wenn jegliches Staatshandeln der Aufsicht der Europäischen Kommission unterfällt. Der folgende Beitrag setzt sich mit der Frage auseinander, wo die Grenzen des Beihilfenverbots angesichts dieses Spannungsverhältnisses sinnvollerweise zu ziehen sind. Es wird aufgezeigt, dass ein Mindestmaß staatlichen Einflusses auf den Mittelfluss zu fordern ist, um den Bogen nicht zu überspannen.

* Die Autorin ist Studentin an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Der Beitrag basiert auf einer im Rahmen des Schwerpunktgebietes Europäisches Wirtschaftsrecht verfassten Studienarbeit bei Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter-Christian Müller-Graff.

I. Einleitung

Gem. Art. 107 Abs. 1 AEUV ist die finanzielle Unterstützung bestimmter Unternehmen durch den Staat verboten, da andernfalls Wettbewerbsverzerrungen drohen. Hiervon erfasst sind jedenfalls direkte Subventionen durch eine staatliche Stelle. Wie verhält es sich jedoch, wenn der Staat einem Unternehmen Steuerersparnisse gewährt? Oder finanzielle Mittel von einer staatlich eingerichteten privaten Einrichtung vergeben werden? Oder ein Mittelfluss einfach nur staatlich angeordnet wird?

Die Möglichkeiten des Staates, bestimmte Unternehmen finanziell zu unterstützen, sind unendlich. Dementsprechend problematisch ist die Frage, welches staatliche Handeln von Art. 107 Abs. 1 AEUV erfasst wird und welches nicht. Der recht offen formulierte Wortlaut verbietet „staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen“ und hilft insoweit nicht weiter. Die konkrete Ausgestaltung des Beihilfenverbots obliegt somit der Europäischen Gerichtsbarkeit. Im Folgenden wird anhand des Urteils *Doux Élevage*¹ aufgezeigt, wie diese das Kriterium der „staatlichen Mittel“ konkretisiert hat.

II. Die Rechtsache *Doux Élevage*

Gegenstand des Urteils ist ein Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 267 AEUV des französischen *Conseil d'État*. Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Die französischen Behörden erklärten die von einer Branchenorganisation (Branchenausschuss für die französische Pute, im Folgenden: CIDEF) erhobenen Beiträge zur Finanzierung der von dieser Organisation beschlossenen Tätigkeiten für allgemeinverbindlich. Die durch diese Beiträge finanzierten Tätigkeiten sind im Gesamtinteresse der Putenbranche, wie z.B. Öffentlichkeitsarbeit oder Maßnahmen zur Verkaufsförderung. Die Kläger, die Doux Élevage SNC sowie die landwirtschaftliche Genossenschaft UKL-ARREE machen geltend, dass es sich bei dem von allen Branchenangehörigen erhobenen Pflichtbeitrag um eine staatliche Beihilfe handle.

III. Das Kernproblem des Ausgangsrechtsstreits

Das dahinter stehende Kernproblem ist, ob aufgrund staatlicher Regelung erhobene Pflichtbeiträge privater Wirtschaftsteilnehmer an privatrechtliche Einrichtungen eine unzulässige staatliche Beihilfe gem. Art. 107 Abs. 1 AEUV

¹ *EuGH*, Rs. C-677/11 (*Doux Élevage*) [noch nicht in der amtlichen Sammlung abgedruckt].

darstellen.² Indem die zuständige Behörde die Beiträge für alle Angehörigen der Putenbranche unabhängig davon, ob sie Mitglieder des CIDEF sind, für allgemeinverbindlich erklärt, liegt eine staatliche Intervention vor. Sowohl der *EuGH* als auch Generalanwalt *Wathelet* sind jedoch der Auffassung, dass das Tatbestandsmerkmal der „staatlichen Mittel“ zu verneinen sei.³

1. Vorteil unmittelbar aus staatlichen Mitteln

Unproblematisch werden Vorteile, die direkt aus staatlichen Mitteln stammen, vom Beihilfenbegriff umfasst.⁴ Umstritten ist jedoch, wie weit das Merkmal der „Staatlichkeit“ der Mittel zu fassen ist. Die Abgrenzung gleicht einer Gratwanderung: Einerseits darf das Europäische Beihilfenrecht nicht zu einer Kontrolle allgemeiner wirtschaftspolitischer Maßnahmen der Mitgliedstaaten ausufern, andererseits soll keine Regelungslücke geschaffen werden, die diesen die Möglichkeit der Umgehung bietet.⁵

a) *Sämtliche staatliche Vorteilsgewährung*

Nach einer weiten Auffassung stellt sämtliches staatliche Verhalten, welches bestimmten Unternehmen einen geldwerten Vorteil verschafft, eine staatliche Beihilfe dar.⁶ Danach fallen staatlichen Maßnahmen, die aus öffentlichen Mitteln finanziert werden, unter die zweite Tatbestandsalternative der „aus staatlichen Mitteln gewährten Beihilfe“, während alle anderen, nicht aus staatlichen Mitteln finanzierten Maßnahmen, von der ersten Tatbestandsalternative der „staatlichen Beihilfe“ umfasst sind.⁷

b) *Rechtsprechung: Belastung des Staatshaushalts als zwingendes Kriterium*

Nach der Rechtsprechung der Europäischen Gerichte ist eine finanzielle Belastung des Staatshaushalts erforderlich.⁸ Danach umfasst „staatliche Beihilfe“ alle Begünstigungen, welche direkt von einem staatlichen Organ gewährt werden,

² *Wernicke*, Anmerkung zu *EuGH*, Rs. C-677/11 (*Doux Elévage*), *EuZW* 2013, S. 584.

³ *EuGH*, Rs. C-677/11 (*Doux Elévage*), Rn. 32, 36; *GA Wathelet*, Rs. C-677/11 (*Doux Elévage*), Rn. 60 f., 64 [jeweils noch nicht in amtlicher Slg.].

⁴ *Kühling/Koenig/Paul*, in: *Streinz EUV/AEUV*, 2. Aufl., Art. 107 AEUV Rn. 58.

⁵ *Kruse*, Staatlichkeit der Beihilfe, *ZHR* 165 (2001), S. 576 (579); *Ruge*, staatliche Zurechenbarkeit, *WuW* 2001, S. 560 (569).

⁶ *Richter*, Die Unvereinbarkeit des Stromeinspeisungsgesetzes mit europäischem Beihilferecht, *RdE* 1999, S. 23 (25).

⁷ *GA Jacobs*, Rs. C-379/98 (*Preussen Elektra*), *Slg.* 2001, I-2099, Rn. 115.

⁸ *EuGH*, verb. Rs. C-72/91 und C-73/91 (*Sloman Neptun*), *Slg.* 1993, I-927, Rn. 21; bestätigt in *EuGH*, Rs. C-189/91 (*Kirsammer-Hack*), *Slg.* 1993, I-6185, Rn. 16 und *EuGH*, verb. Rs. C-52-54/97 (*Viscido u.a.*), *Slg.* 1998, I-2629, Rn. 13.

wohingegen „aus staatlichen Mitteln“ solche Beihilfen meint, die von einer nichtstaatlichen Stelle gewährt, jedoch aus staatlichen Mitteln finanziert werden.⁹

c) *Überzeugt die Anwendung des Kriteriums der „Belastung des Staatshaushalts“?*

Da der *EuGH* in seinem Urteil *Doux Elévages* die Staatlichkeit der gewährten Mittel mangels Belastung des Staathaushalts verneint hat, soll im Folgenden erörtert werden, ob dieses Kriterium überzeugt.

aa) Schutz des Wettbewerbs vor Verfälschungen

Für eine weite Auffassung der staatlichen Mittel sprechen Sinn und Zweck der bestehenden Wettbewerbsordnung, nämlich der Schutz des Wettbewerbs vor Verfälschungen. Sobald eine staatliche Regelung dazu führt, dass Beiträge an bestimmte Unternehmen gezahlt werden, herrschen ungleiche Wettbewerbsbedingungen und zwar unabhängig davon, ob diese Zahlungen von Privatpersonen oder öffentlichen Stellen getätigt werden.¹⁰ Der staatliche Charakter einer Beihilfe ist gegeben, wenn die **Wettbewerbsverzerrung**, also die Auswirkungen des Mitteltransfers, dem Staat zuzurechnen sind; wer die Beihilfe finanziert, ist hingegen irrelevant.¹¹ Danach erscheint es geboten, den Beihilfenbegriff möglichst weit auszulegen.¹² Auch das vorlegende *Landgericht Kiel* sowie die Kommission in der Rechtssache *Preussen Elektra* waren der Ansicht, dass die Beihilfevorschriften umgangen würden, wenn der Staat einer Subvention den Beihilfencharakter nehmen könne, indem er die Finanzierung wenigen Unternehmen zwangsweise auferlegt, ohne dass diese eine entsprechende Gegenleistung erhalten.¹³ Es könne keinen Unterschied machen, ob die Verteilung

⁹ *Bär-Bouyssière*, in: Schwarze, EU-Kommentar, 3. Aufl., Art. 107 AEUV Rn. 42; *Kühling/Koenig/Paul* (Fn. 4), Art. 107 AEUV Rn. 58; *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. (2004), § 3 Rn. 68; *von Wallenberg/Schütte*, in: GHN, 50. Aufl., Art. 107 AEUV Rn. 33.

¹⁰ *GA Darmon*, verb. Rs. C-72/91 und C-73/91 (*Sloman Neptun*), Slg. 1993, I-887, Rn. 40 f.; so auch die frühere Ansicht der *Kommission*, dargestellt in *EuGH*, verb. Rs. C-72/91 und C-73/91 (*Sloman Neptun*), Slg. 1993, I-927, Rn. 17. Diese Ansicht hat die *Kommission* aber mittlerweile aufgegeben, s. *Kommission*, Vademecum der Gemeinschaftsvorschriften über staatliche Beihilfen v. 17. 07. 2008, S. 3.

¹¹ *Castillo De La Torre/Baquero Cruz*, A Note on Preussen Elektra, ELR 2001, S. 489 (492); *GA Darmon* (Fn. 10), Rn. 40 f.; *Richter* (Fn. 6), S. 25.

¹² *Gündisch*, Preisgarantie für Strom aus Windkraftanlagen keine Beihilfe, NJW 2001, 3686 (3687); *Kühling*, Die deutsche Energierechtsordnung im Koordinatensystem des Europäischen Beihilfenrechts, RdE 2001, S. 93 (98).

¹³ *LG Kiel*, EuZW 1999, 29 (32); *Bartosch*, EG-Beihilfenkontrolle, NJW 2002, 3588 (3591).

über staatliche Stellen erfolge oder die Mittel mit gleicher Wirkung direkt von dem belasteten an das begünstigte Unternehmen ausgezahlt würden.¹⁴

bb) Systematisches Argument

Gegen eine weite Auslegung spricht zunächst die Systematik der Vorschrift: Art. 107 Abs. 1 AEUV hat als erste Tatbestandsalternative die Gewährung „staatlicher Beihilfen“ und als zweite Tatbestandsalternative „aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen“. Fasst man den Beihilfebegriff nun weit auf, fällt **irgendein** begünstigendes Verhalten des Staates unter die erste Tatbestandsalternative, die Gewährung staatlicher Mittel hingegen unter die zweite. Eine Regelung, in welcher der Auffangtatbestand vor dem eigentlichen Tatbestand aufgeführt ist, widerspricht jedoch jeder Logik und der üblichen Vorgehensweise bei der Gesetzgebung.¹⁵

cc) Uferlosigkeit des weiten Beihilfenbegriffs

Des Weiteren würde die weite Auslegung dazu führen, dass alle Rechtsvorschriften, die Beziehungen zwischen Unternehmen regeln, beihilfenrechtlich überprüft werden müssten.¹⁶ Dies ist angesichts der begrenzten personellen und sachlichen Ressourcen der Kommission ein schwieriges Unterfangen und weder wünschenswert noch von den Artikeln 107, 108 AEUV gewollt.¹⁷ Verzichtet man auf die Belastung des öffentlichen Haushalts im Rahmen der staatlichen Mittel, könnte nur noch das Tatbestandsmerkmal der „Selektivität“ dem Beihilfebegriff Einhalt gebieten.¹⁸ Jedoch ist dieses Kriterium aufgrund seiner Unschärfe im Ergebnis untauglich.¹⁹

dd) Keine drohenden Schutzlücken bei der engen Auslegung

Auch drohen bei der engen Auslegung keine Regelungslücken, da Maßnahmen mit negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb und den innerstaatlichen Handel

¹⁴ *LG Kiel*, EuZW 1999, 29 (32), zustimmend *Heidenhain*, in: Heidenhain, Europäisches Beihilfenrecht, 2003, § 4 Rn. 30.

¹⁵ *GA Jacobs* (Fn. 7), Rn. 153.

¹⁶ *GA Jacobs* (Fn. 7), Rn. 157; *Ritgen*, Stromeinspeisungsgesetz und europäisches Beihilfenaufsichtsrecht, RdE 1999, S. 176 (180); *Soltész*, Belastung des Staatshaushalts, EuZW 1998, S. 747 (751).

¹⁷ *Kommission*, Vademecum der Gemeinschaftsvorschriften über staatliche Beihilfen v. 30. 09. 2008, S. 5; *Kruse* (Fn. 5), S. 585; *Soltész* (Fn. 16), S. 750.

¹⁸ *Soltész* (Fn. 16), S. 751.

¹⁹ *Mestmäcker/Schweitzer* (Fn. 9), § 43 Rn.63; *Soltész* (Fn. 16), S. 751.

gegen andere Vorschriften verstoßen.²⁰ Das Beihilfenrecht ist nur ein Teil des Instrumentariums zum Schutz des Binnenmarktes; daneben gelten noch die Regeln über die Grundfreiheiten sowie die Rechtsangleichung.²¹ Ebenso wenig überzeugt das Argument, dass die Beihilfenvorschriften und die Grundfreiheiten parallel angewendet werden können.²² Im Gegenteil erscheint eine klare Abgrenzung der Vorschriften unter Zuständigkeits- und Rechtssicherheitsaspekten angemessen: Während Grundfreiheiten unmittelbar anwendbar sind, muss die Unvereinbarkeit einer Beihilfe erst durch die Kommission festgestellt werden.²³

ee) Praktische Schwierigkeiten bei der Rückforderung

Schließlich ergeben sich weitere Probleme bei der Rückforderung einer Beihilfe. Nach ständiger Rechtsprechung des *EuGH* ist eine rechtswidrig gewährte Beihilfe zurückzufordern.²⁴ Als Adressat des Beihilfeaufsichtsverfahrens muss daher der Staat die gewährten Vorteile herausverlangen.²⁵ Dies ist jedoch schwer durchsetzbar, wenn die entsprechende Beihilfe von einem Unternehmen an ein anderes ausgezahlt wurde.²⁶

d) Fazit

Es sprechen die besseren Gründe dafür, die Belastung des Staatshaushalts als zwingendes Kriterium anzusehen.

Dem CIDEF werden keine direkten öffentlichen Mittel gewährt. Ihm kommen lediglich die von Privaten erhobenen Beiträge zu. Da es sich bei dem CIDEF selbst um eine private Einrichtung handelt, werden die Mittel durch Aufnahme in dessen Haushalt auch nicht öffentlich.²⁷ Sie behalten also, wie der *EuGH*

²⁰ GA *Jacobs* (Fn. 7), Rn. 158; *Mederer/Triantafyllou*, in: von der Groeben/Schwarze, EUV/EGV, 6. Aufl., Art. 87 EG Rn. 28; *Müller-Graff* Erscheinungsformen der Leistungssubventionstatbestände, ZHR 152 (1988), S. 403 (424).

²¹ *Soltész* (Fn. 16), S. 751.

²² *Cremer*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl., Art. 107 AEUV Rn. 82; a.A. der *EuGH*, Rs. 18/84 (*Kommission/Frankreich*), Slg. 1985, 1339, Rn. 13; Rs. C-21/88 (*Kommission/Italien*), Slg. 1990, I-889, Rn. 21.

²³ *Soltész* (Fn. 16), S. 751.

²⁴ *EuGH*, Rs. C-39/94 (*SFEI*), Slg. 1996, I-3547, Rn. 68; Rs. C-71/04 (*Xunta de Galicia*), Slg. 2005, I-7419, Rn. 49.

²⁵ *Kruse* (Fn. 5), S. 584.

²⁶ GA *Jacobs* (Fn. 7), Rn. 156; a.A. *Kühling* (Fn. 12), S. 98: Schwierigkeiten bei der Rückabwicklung seien durch das innerstaatliche Recht zu lösen, könnten aber eine restriktive Tatbestandsauslegung nicht rechtfertigen.

²⁷ Die Kommission trägt vor, dass die Tätigkeiten des CIDEF teilweise aus öffentlichen Geldern finanziert werden und dass mangels gesonderter Buchführung somit alle Gelder des CIDEF staatliche Mittel seien. Dies lehnen jedoch sowohl der *EuGH* als auch GA *Wathelet* ab. Im Übrigen erstreckt sich die Vorlagefrage nur auf die erhobenen

zutreffend formuliert, „auf ihrem gesamten Erhebungs- und Verwendungsweg ihren privatrechtlichen Charakter“.²⁸ Auch kommt es zu keiner Vermögenseinbuße auf Seiten des Staates durch Verzicht auf Steuern, Gebühren oder Abgaben.²⁹ Demnach ist dem *EuGH* darin zuzustimmen, dass eine staatliche Beihilfe gemäß Art. 107 Abs. 1 Alt. 1 AEUV mangels Gewährung von Mitteln unmittelbar aus dem Staatshaushalt nicht gegeben ist.

2. Vorteil mittelbar aus staatlichen Mitteln

Belässt man es bei dem soeben festgestellten Ergebnis, wären jedoch der Umgehung der Beihilfavorschriften durch die Mitgliedstaaten Tür und Tor geöffnet. So könnte ein Staat ganz einfach über andere Einrichtungen Mittel an Unternehmen auszahlen, die sich wie Subventionen auswirken.³⁰ Deshalb umfasst der Beihilfebegriff nicht nur unmittelbar vom Staat gewährte Beihilfen, sondern auch jene, die durch vom Staat benannte oder errichtete öffentliche oder private Einrichtungen gewährt werden.³¹ Staatliche Mittel liegen demnach auch dann vor, wenn ein Haushalt belastet wird, auf den der Staat lediglich mittelbar Zugriff oder Einfluss hat.³²

a) Vorliegen staatlicher Kontrolle

Die Anforderungen an die staatliche Zurechenbarkeit sind aufgrund der Umgehungsgefahr niedrig anzusetzen.³³ Geraten private Gelder unter öffentliche Kontrolle, sind sie dem Staat zurechenbar.³⁴ Staatliche Kontrolle ist nach dem Urteil *Stardust Marine* jedenfalls dann zu bejahen, wenn der Staat einen solch beherrschenden Einfluss hat, dass er die Verwendung der Mittel steuern kann.³⁵ Jedoch reicht die Tatsache, dass ein Unternehmen unter staatlicher Kontrolle steht, allein nicht aus, um in jedem Fall die Zurechenbarkeit zum Staat zu bejahen. Vielmehr muss die staatliche Kontrolle im konkreten Fall auch ausgeübt werden.³⁶

Beiträge, weshalb eventuelle dem CIDEF zur Verfügung stehende öffentliche Mittel nicht Gegenstand der Untersuchung sind; vgl. *EuGH*, Rs. C-677/11 (*Doux Elévage*), Rn. 42 ff.

²⁸ *EuGH*, Rs. C-677/11 (*Doux Elévage*), Rn. 32.

²⁹ *EuGH*, Rs. C-677/11 (*Doux Elévage*), Rn. 32; GA *Wathelet* (Fn. 3), Rn. 60.

³⁰ *EuGH*, Rs. C-482/99 (*Stardust Marine*), Slg. 2002, I-4397, Rn. 23; GA *Jacobs* (Fn. 7), Rn. 152; *Kruse* (Fn. 5), 584; *Mederer/Triantafyllou* (Fn. 20), Art. 87 EG Rn. 23.

³¹ *EuGH*, verb. Rs. C-72/91 und C-73/91 (*Sloman Neptun*), Slg. 1993, I-927, Rn. 19.

³² *Mestmäcker/Schweitzer* (Fn. 9), § 43, Rn. 67.

³³ *Koenig/Paul*, in: Streinz EUV/AEUV, 2. Aufl., Art. 107 AEUV Rn. 65.

³⁴ *Bär-Bouyssière* (Fn. 9), Rn. 42; *Mestmäcker/Schweitzer* (Fn. 9), § 43, Rn. 71.

³⁵ *EuGH*, Rs. C-482/99 (*Stardust Marine*), Slg. 2002, I-4397, Rn. 38.

³⁶ *EuGH*, Rs. C-482/99 (*Stardust Marine*), Slg. 2002, I-4397, Rn. 52.

b) Die Beihilfenqualität von Zwangsbeiträgen

Aus dem Urteil *Pearle*³⁷ ergibt sich zudem, dass im Fall von Zwangsbeiträgen über die staatliche Erhebung hinaus weitere Elemente staatlicher Zurechenbarkeit gegeben sein müssen.³⁸ Hier hat der *EuGH* die von dem öffentlich-rechtlichen Berufsverband der Optiker erhobenen Pflichtbeiträge, die der Finanzierung einer gemeinsamen Werbekampagne dienen sollten, nicht als staatliche Mittel qualifiziert. Nach Ansicht des *Gerichtshofs* liegen deshalb keine Mittel, die staatlichen Stellen zur Verfügung belassen wurden, vor, weil die Finanzierung der Werbemaßnahmen ausschließlich über die von den Mitgliedern erhobenen Beiträge erfolgt und diese ausschließlich zu diesem Zweck erhoben wurden.³⁹ Des Weiteren stellt der *EuGH* fest, dass die Werbekampagne auf Initiative der privaten Vereinigung der Optiker veranstaltet wurde und der Berufsverband lediglich als Instrument für die Erhebung und Verwendung der eingenommenen Mittel diene.⁴⁰ Dahinter stehe jedoch nicht die von den niederländischen Behörden definierte Politik.⁴¹

c) Bedeutung für die Rechtssache Doux Elévage

Zunächst ist festzuhalten, dass es sich bei dem CIDEF um eine private Einrichtung handelt, die in keinerlei Verbindung zum Staat steht. Eine staatliche Kontrolle seiner Mittelvergabe lässt sich demnach nicht aus einer Stellung als Teil der Verwaltung, einer staatlichen Anteilsschaft⁴², der staatlichen Ernennung des Leitungsorgans⁴³, dem Erfordernis einer staatlichen Genehmigung⁴⁴ oder ähnlich gewichtiger staatlicher Beteiligung herleiten. Auch verleiht keine Bestimmung des zugrunde liegenden Code rural den Behörden die Befugnis, die Verwendung der Mittel zu beeinflussen.⁴⁵

Die offensichtliche Übereinstimmung der Rechtssachen *Pearle* und *Doux Elévage* liegt darin, dass auch bei letzterer die Beiträge streng zweckgebunden erhoben

³⁷ *EuGH*, Rs. C-345/02 (*Pearle u.a.*), Slg. 2004, I-7139.

³⁸ *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht, 2009, Art. 87, Rn. 119; *Jaeger*, Grenzen der staatlichen Zurechenbarkeit, *EuZW* 2004, S. 558 (560).

³⁹ *EuGH*, Rs. C-345/02 (*Pearle u.a.*), Slg. 2004, I-7139, Rn. 36; *Koenig/Paul* (Fn. 33), Art. 107 AEUV Rn. 60.

⁴⁰ *EuGH*, Rs. C-345/02 (*Pearle u.a.*), Slg. 2004, I-7139, Rn. 37.

⁴¹ *EuGH*, Rs. C-345/02 (*Pearle u.a.*), Slg. 2004, I-7139, Rn. 37. Darin liegt nach Ansicht des *EuGH* der Unterschied zur Rs. *Steinike & Weinlig* (78/76), in welcher der betreffende Fonds Instrument zur Umsetzung einer vom Staat festgelegten Politik ist, Rn. 38.

⁴² *EuGH*, verb. Rs. 67/68/70/85 (*van der Kooy*), Slg. 1985, I-1313.

⁴³ *EuGH*, Rs. C-305/89 (*Kommission/Italien*), Slg. 1991, I-1603, Rn. 14.

⁴⁴ *EuGH*, Rs. 290/83 (*Kommission/Frankreich*), Slg. 1985, I-439, Rn. 15.

⁴⁵ So auch *GA Wathelet* (Fn. 3), Rn. 70.

werden und im Endeffekt lediglich den Beitragspflichtigen selbst wieder zugutekommen. So zählt die Branchenvereinbarung abschließend die Tätigkeiten auf, die durch die vom CIDEF erhobenen Beiträge finanziert werden, wobei es sich um Tätigkeiten wie Verkaufsförderung, Öffentlichkeitsarbeit oder Interessenverteidigung, also Tätigkeiten im Gesamtinteresse, handelt.⁴⁶ Darüber hinaus beruft sich der vorlegende *Conseil d'État* darauf, dass die Branchenvereinbarungen bezüglich der Verbindlichkeit und der Höhe der Beiträge aufgrund einstimmiger Entscheidung der Branchengruppen erlassen wurden.⁴⁷ Die Einstufung der Branchenbeiträge als Pflichtbeiträge dient somit im Sinne des Urteils *Pearle*⁴⁸ lediglich „als Instrument [...] zu Gunsten eines von den Angehörigen des betreffenden Berufszweigs im Voraus festgelegten kommerziellen Zieles“.⁴⁹ Dies mag zwar auch im Interesse der französischen Behörden sein, jedoch ist GA *Wathelet* darin zuzustimmen, dass der *Gerichtshof* im Urteil *Pearle* mit dem Kriterium „staatlich definierter Politik“ wohl auf etwas Konkretes als die allgemeine staatliche Wirtschaftspolitik Bezug genommen hat.⁵⁰ Auch ist gerade keine wettbewerbsbeeinflussende Motivation des Staates zu erkennen, da die Intervention im Ergebnis sogar dazu führt, gleiche Wettbewerbsverhältnisse zu schaffen. Die vom CIDEF durchgeführten Werbemaßnahmen kommen der gesamten Putenbranche zugute und keinesfalls nur seinen Mitgliedern. Folgerichtig müssen alle Branchenangehörigen dafür aufkommen. Andernfalls läge eine Besserstellung derjenigen vor, die nicht Mitglieder des CIDEF sind.⁵¹

IV. Zusammenfassung

Für die Qualifizierung einer Maßnahme als Beihilfe i.S. des Art. 107 Abs. 1 AEUV kommt es entscheidend darauf an, ob es sich bei den gewährten Vorteilen um staatliche Mittel handelt.⁵² Hiervon erfasst sind zum einen Mittel, die direkt aus dem Staatshaushalt stammen. Zum anderen sind solche Mittel staatlich, die zwangsweise erhoben werden oder auf deren Erhebung und Verwendung der Staat maßgeblichen Einfluss hat. Diese Kriterien sind in der vorliegenden Rechtssache jedoch alle aufgrund dessen, dass die zuständige Behörde keinerlei Mitsprachebefugnisse bezüglich der Verwendung der Mittel hat, nicht gegeben.

⁴⁶ *EuGH*, Rs. C-677/11 (*Doux Elévage*), Rn. 20.

⁴⁷ *EuGH*, Rs. C-677/11 (*Doux Elévage*), Rn. 20.

⁴⁸ *EuGH*, Rs. C-345/02 (*Pearle u.a.*) Slg. 2004, I-7139, Rn. 37.

⁴⁹ So auch der *EuGH*, Rs. C-677/11 (*Doux Elévage*), Rn. 40.

⁵⁰ GA *Wathelet* (Fn. 3), Rn. 85.

⁵¹ GA *Wathelet* (Fn. 3), Rn. 65 spricht insoweit von der Gewährleistung des „level playing field“ durch den Staat.

⁵² *Ritgen* (Fn. 16), S. 183.

Somit ist GA *Wathelet* und dem *EuGH* darin zuzustimmen, dass der in Rede stehende Mitteltransfer nicht staatlicher Natur ist.

V. Schlussbemerkung

Das Urteil des *Gerichtshofs* in der Rechtssache *Doux Elevation* überzeugt. Zum einen fügt es sich in die bisherige Linie der Rechtsprechung ein, indem der *EuGH* erneut klarstellt, dass eine staatliche Beihilfe i.S. des Art. 107 Abs. 1 AEUV nur dann vorliegt, wenn ein Mindestmaß an staatlichem Einfluss bei der Mittelherhebung und -verwendung gegeben ist. Dieser einschränkende Betrachtung des Tatbestandsmerkmals der „staatlichen Beihilfe“ ist zuzustimmen, da andernfalls sämtliches staatliche Handeln der Beihilfenkontrolle unterstellt wäre. Zum anderen führt es zu einem fairen Ergebnis. Maßnahmen im Gemeininteresse müssen von der Gemeinschaft finanziert werden und nicht von Einzelnen.⁵³ In diesem Fall muss staatliche Intervention nicht verboten, sondern geboten sein. Sonst läge im Endeffekt das vor, was das Beihilfenrecht gerade versucht zu verhindern: gleiche Vorteile unter ungleichen Voraussetzungen.

⁵³ GA *Wathelet* (Fn. 3), Rn. 65; *Wernicke* (Fn. 2), S. 585.

Marcel Kahl*

Buchrezension: „Subsumtion“ – eine Annäherung an den Begriff aus 16 Blickwinkeln

Abstract

Rezension zum Buch von *Gottfried Gabriel* und *Rolf Gröschner* (Hrsg.): Subsumtion. Schlüsselbegriff der Juristischen Methodenlehre, Verlag Mohr Siebeck, Tübingen 2012. VIII, 468 Seiten, POLITIKA 7, fadengeheftete Broschur, 59,00 €.

* Der Verfasser studiert seit dem Wintersemester 2011/12 Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg und verbringt zurzeit zwei Auslandssemester am Trinity College Dublin. Der Autor dankt *Violetta Seifkon-Werner* für ihre vielen hilfreichen Anmerkungen.

1. Einführung

Subsumtion ist wohl regelmäßig der Fachbegriff, der schon ganz zu Beginn des Jurastudiums durch die Hörsäle schallt und dessen sonstige Unerhörtheit den deutschen Jurastudenten nicht nur vom übrigen Volk der Kommilitonen abhebt, sondern der auch Anlass für erste fachbezogene Streitgespräche ist. Darüber hinaus bleibt die Bedeutung der Subsumtion über das Studium hinweg bis zum ersten Staatsexamen gleichmäßig hoch, geht sie doch mit der Auslegung von Sachverhalt und Rechtsnormen, dem Auffinden von Problemen sowie dem Ausfechten von Streitigkeiten einher und ist damit letztlich Bestandteil des Hauptgeschäfts des Rechtsgutachtens: Die Arbeit mit Gesetz und Fall, bis der jeweilige Gutachter eine vertretbare Lösung vorzuzeigen vermag.

Erklärt wird der Begriff regelmäßig auf zwei Arten. In der ersten Alternative bedeutet Subsumtion die Bildung des Untersatzes im Syllogismus. Als Beispiel darf zumeist die im Dreischritt festgestellte Sterblichkeit des *Sokrates* herhalten. Was an Subsumtion dann eigentlich noch kompliziert sein soll und wieso man Subsumtion nicht gleich ganz durch Syllogismus ersetzt, bleibt in der Regel zunächst offen. Die zweite Alternative nimmt das juristische Zauberwort linguistisch in Angriff: Subsumtion stammt aus dem Lateinischen von „sub“ für „unter“ und „sumere“ für „nehmen“. Lateiner mögen sich denken, dass es dann eigentlich Subsumption heißen müsse, Germanisten vorschlagen, man solle doch lieber „unterordnen“ verwenden, und Sprachpedanten milde lächeln, wenn es heißt „unter etwas subsumieren“. Gefolgert wird aus dem linguistischen Ansatz jedenfalls das Folgende: Subsumtion ist das Nehmen des Falles unter die Norm. Auch hiernach scheint jede weitere Erklärung entbehrlich.

Das ist tatsächlich der Fall. Ohne etwas Subsumtionspraxis, also ohne die Erkenntnis, was man eigentlich macht, wenn man subsumiert, hat eine tiefergehende theoretische Betrachtung wenig Sinn. Dementsprechend empfiehlt sich ein Blick ins Werk wohl eher nicht innerhalb der ersten drei Semester. Für alle höheren Semester allerdings bietet das besprochene Buch die Gelegenheit, sich mit dieser täglich gebrauchten handwerklichen Methode der Subsumtion aus einer theoretischen, nicht notwendigerweise anwendungsbezogenen Perspektive auseinanderzusetzen.

Entgegen dem, was der Titel des von *Gottfried Gabriel* und *Rolf Gröschner* herausgegebenen Sammelwerkes nahelegt, wird dieser „Schlüssbegriff der Juristischen Methodenlehre“, wie er in der Unterüberschrift benannt wird, im Werk weder einheitlich definiert, noch in anderer Weise einer kohärenten Erklärung zugeführt. Stattdessen bietet der Band 7 aus der Mohr Siebeck'schen Reihe POLITIKA 16 interdisziplinäre Aufsätze, von denen ein jeder das Thema

Subsumtion aus einer anderen Richtung angeht. Dabei positioniert sich ein Teil der Beiträge zwischen den zwei Extremen Subsumtion als Ordnung des Falles unter das Gesetz und Subsumtion als enthymematisches Urteil sowie als Kunst des rhetorischen Überzeugens. Andere Artikel verwerfen die Subsumtion und bieten neue Lösungsansätze. Die ersten fünf Aufsätze sind verfasst von Vertretern der Philosophie; die weiteren elf stammen aus der Rechtswissenschaft. Da das Sammelwerk sich insofern insgesamt als Collage zeigt, ist eine angemessene Besprechung des Buches als Einheit nicht möglich. Die Rezension geht deshalb so vor, dass sie einen Überblick über die Inhalte der Beiträge gibt, um dadurch die Auswahl eines dem eigenen Interesse entsprechenden Beitrags zu erleichtern. Im Folgenden findet sich daher eine knappe Zusammenfassung jedes Aufsatzes sowie eine anschließende Analyse mit Blick darauf, welche Erkenntnisse sich für das juristische Studium verwenden lassen und inwiefern der jeweilige Aufsatz aus studentischer Sicht lesenswert scheint. Ganz am Ende der Besprechung steht ein kurzes Fazit.

2. Zusammenfassungen und Analysen

a) *Gottfried Gabriel: Subsumierende und reflektierende Urteilskraft (S. 1-23)*

Ziel des Beitrags von *Gottfried Gabriel* ist es, die Bedeutung der reflektierenden Urteilskraft für den Justizsyllogismus herauszuarbeiten. Seine Kernthese lautet, dass nicht allein die subsumierende Urteilskraft für die Falllösung von Bedeutung sei, sondern die reflektierende Urteilskraft erstens benötigt werde, um den zum Fall passenden Obersatz aufzufinden, zweitens um zu bestimmen, ob ein vom Obersatz an sich nicht erfasster Fall im Wege der Analogie unter diesen zu subsumieren ist. Dabei erklärt *Gabriel* zunächst den Justizsyllogismus mittels traditioneller Logik (Modus ponens, Modus Barbara) und anschließend mithilfe der Quantorenlogik ($\forall x(S(x) \rightarrow P(x))$). *Gabriels* Vorgehen erfolgt im Vierschritt. Als erstes erklärt er, die Logik sei darauf beschränkt, Argumentationen formal zu überprüfen. Es folgt eine Rückführung der reflektierenden Urteilskraft auf *Kant*. Anschließend befasst *Gabriel* sich mit erzählender Literatur, die bei der Ausbildung der reflektierenden Urteilskraft behilflich sei. Er schließt mit der Bedeutung, die die reflektierende Urteilskraft bei der Vermittlung zwischen Allgemeinem und Besonderem habe. Die Bildung von Ober- und Untersatz vollziehe sich als ein „Wechselspiel zwischen subsumierender und reflektierender Urteilskraft“ (S. 14). Dabei betont er die gesteigerte Rolle der reflektierenden Urteilskraft in anglo-amerikanischen Rechtssystemen sowie in der Verfassungsgerichtsbarkeit.

Es beeindruckt, mit welcher Leichtigkeit *Gabriel* zeigt, dass die Bildung des juristischen Urteils keine Einbahnstraße ist von der Rechtsnorm zum Sachverhalt,

sondern dass beide Prämissen des Urteils nur gemeinsam gebildet werden können. Insofern erschließt sich, dass das Schema der gutachterlichen Methode, Einleitungssatz – Definition – Sachverhaltsauszug, nur die Darstellung des bereits vollzogenen Denkprozesses ist und nicht dieser selbst. *Gabriels* Aufsatz ist durchzogen von Abschweifungen sowie Seitenhieben, und auch die fehlende Untergliederung in Abschnitte erschwert das Verständnis. Vor allem aber im Hinblick auf die anderen Beiträge, in denen ein Verständnis von der reflektierenden Urteilskraft oft vorausgesetzt wird, ist der Aufsatz äußerst lesenswert. Darüber hinaus wird im Aufsatz deutlich, wieso das Fallstudium so wichtig ist: Es dient dazu, die für den Justizsyllogismus notwendige reflektierende Urteilskraft zu schulen.

b) Temilo van Zantwijk: Subsumtion in aristotelischer Tradition (S. 25-42)

Laut *van Zantwijk* orientiert sich die juristische Methodenlehre bei der Rechtfertigung von Urteilen an der aristotelischen Syllogistik, einer Theorie des logisch gültigen Begründungsschemas. Diese sei allerdings für die ihr zugeordnete Aufgabe ungeeignet. Denn im juristischen Urteil komme es gerade darauf an, die mögliche Ordnung des Falls unter eine Norm nachzuweisen. *Van Zantwijk* nimmt sich vor, die Untauglichkeit des Syllogismus zu zeigen und mit *Aristoteles* eine Alternative anzubieten: Die rhetorische Argumentation des Enthymems. Dafür grenzt er im ersten von fünf Abschnitten seines Aufsatzes den Syllogismus mit seinem logisch gültigen Fall des Modus Barbara von Enthymemen ab. Enthymeme zeichneten sich dadurch aus, dass sie gültige oder wahrscheinliche Schlüsse (Protasen- bzw. Topen-Enthymem) aus nicht notwendig wahren Prämissen (endoxa) seien, von denen nicht alle explizit aufgeführt sind. Anschließend zeigt *van Zantwijk*, dass Enthymeme nach *Humes* Wissenschaftstheorie induktive Schlüsse und nach *Aristoteles* deduktive Argumente sind (II.). Dieses Spannungsverhältnis zwischen De- und Induktivität des Enthymems führt er im folgenden Abschnitt fort (III.). Dort geht es darum, was das Verhältnis zwischen Subordination und Subsumtion für Enthymeme bedeutet; außerdem vergleicht *van Zantwijk* Enthymeme mit Beispielen. Während Enthymeme sich auf eine Teil-Ganzes-Relation bezögen, befassten Beispiele sich mit Teil-Teil-Relationen. Gemeinsam sei beiden, dass sie Projektionen auf ein weiteres, nicht notwendig extensionsgleiches Prädikat seien. Daraufhin grenzt er noch einmal deutlicher rhetorische von mathematischer Wahrscheinlichkeit ab; jene bezeichne eine Zustimmung unter Vorbehalt (IV.). Abschließend spricht der Autor sich dafür aus, den Begriff der Deduktion so weit zu fassen, dass darunter auch Enthymeme zu fassen sind, die logische Ableitungen oder allein Aussagen über die Verträglichkeit von Sätzen sein können (V.).

Wie wohl schon aus der Zusammenfassung deutlich wird, handelt *van Zantwijk* so viele verschiedene Gebiete (man nehme als Beispiele nur: Endoxa, *Humes* Wissenschaftstheorie und Verträglichkeit) in einer solchen Knappheit ab, dass der Aufsatz für Jurastudenten wohl zu komplex ist, um ihn ohne einen unverhältnismäßig hohen Aufwand vollständig erfassen zu können. Die (mehrfache) Lektüre des außerordentlich fremdwortreichen Aufsatzes lohnt sich dennoch unter zwei Gesichtspunkten: Erstens geht aus dem Text hervor, inwiefern andere Argumentationsformen neben der klassisch syllogistischen möglich sind. Darüber hinaus liefert der Aufsatz eine Erklärung, weshalb in Meinungsstreitigkeiten verschiedene Lösungsmöglichkeiten konsistent nebeneinander stehen können, ohne einander logisch zu widersprechen.

c) *Pirmin Stekeler-Weithofer: Subsumtion bei Hegel (S. 43-71)*

In seinem in sechs Abschnitte unterteilten Beitrag unternimmt *Stekeler-Weithofer* es zu zeigen, dass die Subsumtion eines Falls unter eine allgemeine Norm nicht der schematischen Zuordnung eines Gegenstand zu einem klassifikatorischen Prädikat entspricht, sondern einer versuchten Zuordnung eines Einzelfalls zu einer generischen Inferenz. Mit anderen Worten: Anders als z.B. bei Tieren, die in verschiedene Rassen oder Arten aufgeteilt werden, sei die Einordnung von Sachverhalten nicht durch klar definierte Klassen vorgegeben. Vielmehr seien Sachverhalte durch sogenannte Dispositionsbegriffe (Veranlagungen eines Gegenstands, sich in bestimmter Weise zu verhalten) sowie sogenannte dichte Begriffe (Wertungen, z.B. Tapferkeit) charakterisiert. Infolgedessen beziehe sich die in Betracht kommende Subsumtion lediglich auf Normalfälle, deren Vorliegen aber wiederum selbst überprüft werden müsse. Insofern hänge die Zuordnung des Einzelfalls immer von der bestimmenden Urteilskraft ab, die sich mit besonderen Zusatzbedingungen zu Standardkriterien befasse. Es geht *Stekeler-Weithofer* also darum, mithilfe von *Hegel* einen dynamischen, von ihm als „vernünftig“ (S. 68) bezeichneten Umgang mit Regeln zu begründen.

Stekeler-Weithofer schreibt offensichtlich nicht für den juristischen Leser. Während er mit Begriffen wie „Taxonomie“, „mereologisch“ oder „Extension“ arglos jongliert und wiederholt zwischen *Kant*, *Hegel* und gelegentlich griechischen Philosophen hin- und herwechselt, erläutert er juristische Grundprinzipien wie *nulla poena sine lege*. Dennoch ist zumindest die Lektüre der Abschnitte vier und fünf lohnend. Die Einsichten *Stekeler-Weithofers* aus der Logik des *Aber* (IV.) lassen sich auf den Umgang mit Sachverhalten anwenden: Liegen Ausnahmen zu den Normalfallinferenzen vor, hat der jeweilige Sprecher darauf hinzuweisen. Im fünften Abschnitt legen zwei Beispiele dar, inwieweit die Standarddefinitionen

begründet und abhängig vom vorliegenden Sachverhalt angepasst bzw. aufgrund externer Erwägungen Ausnahmen von diesen geschaffen werden müssen.

d) *Oliver W. Lembcke: Urteilskraft in der Praxis des Bundesverfassungsgerichts (S. 73-107)*

Lembcke verfolgt mit seinem Aufsatz zwei Hauptziele: Erstens erklärt er, wie sich die Autorität des Bundesverfassungsgerichts rechtfertigen lasse; dafür zeigt er zweitens anhand der Praxis des Bundesverfassungsgerichts die Bedeutung des von *Hannah Arendt* im Anschluss an *Kants* reflektierende Urteilskraft entwickelten Begriffs der Einbildungskraft. In den ersten zwei Abschnitten befasst *Lembcke* sich unter anderem mit dem von *Carl Schmitt* vertretenen Dezisionismus (Recht ist, was als Recht gesetzt wird) und *Arendts* Einbildungskraft. Nach *Schmitt* sei Autorität allein auf faktischer Macht begründet. *Arendt* dagegen sehe Autorität als in der Öffentlichkeit, das heißt im öffentlichen Prozess der Meinungsbildung, zustande gekommenes Ansehen. Dieses Ansehen entstehe, wenn der betroffene Entscheidungsprozess sowie die Entscheidung selbst den öffentlichen Erwartungen entsprächen. Hier komme *Arendts* Einbildungskraft ins Spiel: Sie sei das Vermögen, sich in die Position anderer hineinzuversetzen, dadurch die Erwartungen anderer einzubeziehen und so zu einem repräsentativen Urteil zu gelangen. Im letzten Abschnitt (IX.) greift *Lembcke* die Konzeption der Einbildungskraft noch einmal auf und erklärt, dass diese repräsentatives Denken für die Beziehungen zwischen Verfassungsgericht und Verfassung sowie Verfassungsgericht und Bürgern fördere und damit auch die Rechtfertigung der Autorität des Verfassungsgerichts. In den übrigen Abschnitten widmet er sich den Merkmalen der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung, mitunter dem Judiz der Richter am Anfang einer Entscheidung (III.), der fehlenden Festlegung auf bestimmte juristische Methoden (IV.), der Zeitumstände und Folgenerwägungen einer Entscheidung zum Einzelfall (V.), dem notwendig politischen Kalkül des Bundesverfassungsgerichts (VI.) sowie der Selbstkontrolle (VII.) und Selbstbindung (VIII.) der Richter.

Im Vergleich zu *van Zantwijk* und *Stekeler-Weithofer* ist *Lembckes* Aufsatz leichte Kost, insbesondere weil der Mittelteil (III. bis VIII.) unabhängig von *Lembckes* Ausführungen über Dezisionismus und Einbildungskraft gut verständlich ist. Verwunderlich ist allerdings, dass das Wort „Subsumtion“ im gesamten Text kein einziges Mal erwähnt ist. Insofern könnte man schließen, dass Subsumtion entweder überhaupt kein Thema des Beitrages ist oder – wohl näherliegend – dass es sich bei der besprochenen Urteilspraxis um eine so besondere handelt („exemplarische Gültigkeit“, S.103), dass der Begriff der Subsumtion dem Kerncharakter dieser Urteilspraxis nur abträglich wäre. Interessant für das Studium ist der Aufsatz aus zwei Blickwinkeln: Zum einen enthält er einige Aussagen von

Bundesverfassungsrichtern, wieso sie dieses oder jenes tun oder eben auch gerade nicht (beispielsweise, wieso sie sich gerade nicht auf Methoden festlegen wollen). Diese Erkenntnisse erleichtern mit Sicherheit die Lektüre verfassungsgerichtlicher Urteile. Denn so ist klar, dass an einigen Stellen gerade nicht mehr an Begründung zu erwarten ist, man nichts überlesen hat, und auch, weshalb keine Begründung gegeben ist. Zum anderen wird noch einmal deutlich, wie sehr das Bundesverfassungsgericht in seiner Autorität vom Zeitgeist abhängt und wie wichtig damit der öffentliche Prozess in der Entscheidungsfindung ist.

e) *Matthias Jung: Applikation zwischen Subsumtion und Abduktion (S. 109-127)*

In seinem Aufsatz nimmt sich *Jung* vorzu belegen, dass Sinnverstehen in der Hermeneutik abduktiv und deshalb kreativ sei. Damit wendet er sich gegen die Kernthese aus *Hans-Georg Gadamer's* Werk „Wahrheit und Methode“¹, die nach *Jung* besagt, dass Verstehen in der Anwendung (Applikation) überlieferter Texte bestehe; beispielhaft sei die Subsumtion des Besonderen unter das Allgemeine in der juristischen Hermeneutik. Dafür stellt *Jung* zunächst *Gadamer's* Konzept der Applikation dar (I.). Der Sinn eines (historischen) Textes lasse sich nicht aus einer neutralen Perspektive erfassen. Stattdessen sei der jeweilige Interpret immer selbst von den Umständen der Gegenwart beeinflusst. Wegen dieser Umstände wolle er herausfinden, wie er Texte für die Anwendung in der Gegenwart fruchtbar machen könne. Daraufhin kritisiert *Jung* *Gadamer's* Hermeneutik aufgrund deren Traditionalismus, nach dem das Neue sich in der neuen Gestalt des Alten erschöpfe, und Theoretizismus, der sich durch *Gadamer's* fehlendes Interesse an primären Formen des Verstehens auszeichne. *Gadamer* lasse zudem Zäsuren in der Geschichte außer Acht, die eine Überlieferung als Einheit unglaubhaft machten, und übersehe, dass das Konzept der Horizontverschmelzung auf das Subsumtionsurteil nicht anwendbar sei. Im zweiten Abschnitt erklärt *Jung* *Gadamer's* Situationsbegriff für verfehlt, weil *Gadamer* diesen auf die Beziehung des Neuen zum Alten beschränke und damit das Neue ausschließe, was nicht bloß als neu eingekleidetes Altes auftritt. Er entwirft ein Gegenmodell, demzufolge Verstehen aus der Situation heraus erfolgt, die immer neue Handlungsprobleme aufwerfe und deshalb eine kreative Leistung erfordere. Damit leitet *Jung* über auf den dritten Abschnitt, der von der Abduktion handelt. Diese sei nach *Peirce* der Schluss von einer Beobachtung auf eine allgemeine Regel sowie auf einen Einzelfall. Im Ergebnis stellt er dort fest, dass Applikation und damit Subsumtion nicht beispielhaft für das Verstehen als solches sei, sondern nur die Wiederverwendung des bereits vorher abduktiv-kreativ Verstandenen.

¹ *Gadamer, Wahrheit und Methode - Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, 4. Aufl. 1975.

Setzt man *Jungs* Beitrag in Bezug zum Titel des Sammelwerkes, so ergibt sich für die Erschließung des Begriffs der Subsumtion nur die Einsicht, was diese nicht ist: nämlich erstens paradigmatisch für Hermeneutik, zweitens Verstehen. Entgegen dem, was der Autor in seiner Einführung ankündigt, findet sich im Text keine ausführliche Darstellung von *Gadamer*.² Stattdessen geht *Jung* nach zwei Absätzen in eine Mischform aus Darstellung und Kritik über, in der man leicht übersieht, was *Gadamer* eigentlich vertritt. Wenn man eine Relevanz für das juristische Studium finden möchte, so ist das die immer wieder durchscheinende Rolle der Gesetzesauslegung in einem Gesamtprozess der Rechtsentwicklung.

f) *Ulrich Schroth: Juristische und philosophische Hermeneutik (S. 129-148)*

*Schroth*s viergliedrige Kernthese, die sich im letzten Abschnitt seines Aufsatzes findet (VI., S. 145 f.), lautet: erstens existierten Sachverhalte und Normen nicht nur als Fakten, sondern müssten schon vorverstanden sein und würden bei der Rechtsanwendung aneinander angepasst; zweitens sei Rechtsanwendung nicht allein das Verstehen von Texten, sondern auch von sozialen Handlungen; drittens werde Rechtsanwendung nicht allein durch die Norm bestimmt, sondern auch durch das Verstehen gesellschaftlicher Zusammenhänge sowie das Verstehen dieses Verstehens; viertens seien Gesetze immer relativ, also notwendigerweise vom Verstehen der Lebenswelt und Zeit abhängig. Diese Feststellungen entwickelt *Schroth* innerhalb der Frage, wie Sachverhalt und Norm jeweils mit Bezug aufeinander interpretiert werden könnten. Um zu den vier Behauptungen zu gelangen, setzt *Schroth* sich in den ersten fünf Abschnitten mit der philosophischen Hermeneutik auseinander. Zunächst beschreibt er die Entwicklung der Hermeneutik durch die vier Autoren *Schleiermacher*, *Dilthey*, *Heidegger* und *Gadamer* (I.). Nach *Schleiermacher* sei Hermeneutik die Kunst, Missverständnisse zu vermeiden, ihm gehe es vor allem darum, die Textinterpretation als Wiederverstehen der Interpretation des Autors zu begreifen. *Gadamer* hingegen sehe Textinterpretation vom Vorverständnis geleitet und damit ausgerichtet auf produktive Applikation des Textes auf eine gegenwärtige Fragestellung. Daraufhin erklärt *Schroth*, dass Hermeneutik nach *Marquard* die Antwort sei auf die Endlichkeit des Lebens, Veränderung sowie die angebliche Existenz eines absoluten Textes (II.). Er fährt fort, die Schritte des Auslegungsprozesses darzulegen: Feststellung der Auslegungsbedürftigkeit, Aufstellen von Auslegungshypothesen, Überprüfung der Hypothesen mittels Auslegungskanon, Begründung der Entscheidung für eine Hypothese (III.). Im vierten Abschnitt behandelt *Schroth* die Probleme, die die Abhängigkeit des Verstehens vom Vorverständnis mit sich bringt. Danach greift er noch einmal *Gadamers* These vom

² Siehe dazu sogleich Abschnitt 2. f).

ausschließlichen Neuverstehen auf und argumentiert, wieso Verstehen auch Wiederverstehen sein könne (V.).

In seinem Aufsatz kondensiert *Schroth* die Erkenntnisse aus der philosophischen Hermeneutik. Sein Ziel ist, dadurch das Verständnis der juristischen Hermeneutik zu erleichtern, deren Kernthesen am Anfang der Zusammenfassung aufgelistet sind. Wer aber *Gadamer's* Hermeneutik und Hermeneutik insgesamt besser erfassen möchte, sollte sich eher diesem als *Jungs* Aufsatz zuwenden. Besonders bemerkenswert ist *Schroth's* Feststellung, dass das Erlernen juristischen Denkens nicht nur in der Auslegung von Rechtsnormen besteht, sondern auch in der Auslegung von Sachverhalten und damit der Interpretation gesellschaftlicher Zusammenhänge.

g) *Stephan Meder: Auslegung als Kunst bei Savigny (S. 149-177)*

In seinem Beitrag unternimmt es *Meder*, Parallelen zwischen *Savignys* Methode der juristischen Entscheidungsfindung und der Kunst zu zeigen. Dabei liegt sein Schwerpunkt auf der reflektierenden Urteilskraft, der Rechtsquellenlehre sowie der Rhetorik. Zunächst geht *Meder* auf *Savigny* selbst und die Wirkung der von diesem begründeten Historischen Rechtsschule sowie deren Lehren ein (I.-II.). Dieser zufolge werde das Recht entgegen der Naturrechtslehre durch die Gesellschaft erzeugt. Dabei spielten die Idee von Quellenmehrheit sowie die Vorstellung, dass Recht erst durch Übergang von Regeln ins Leben entstehe, eine zentrale Rolle. Anschließend skizziert *Meder Savignys* Vergleich von Kunst (Ästhetik) und Recht, wobei er drei Aspekte hervorhebt (III.). Erstens sei ein Urteil über Kunst niemals im Sinne von Subsumtion die Ableitung des Besonderen aus etwas Allgemeinem. Zweitens gebe es für Urteile über das Schöne wie auch für Auslegung keine klaren Regeln. Vielmehr würden die dafür notwendigen Fähigkeiten durch Beispiele ausgebildet. Schließlich seien Kunst und Recht kulturelle Schöpfungen der Gesellschaft. Damit übe *Savigny* Kritik sowohl am Vernunftrecht, nach dem Recht absolut sei, wie auch am Kodifikationsdrang, der die Entwicklung der Gesellschaft missachte. Daraufhin geht *Meder* auf *Savignys* Bemühungen ein, die von *Kant* allein für die Ästhetik entworfene reflektierende Urteilskraft auch für das Recht fruchtbar zu machen (IV.). Reflektierende Urteilskraft sei das Vermögen, das Allgemeine zum Besonderen zu finden. Die tragende Rolle der reflektierenden Urteilskraft sehe *Savigny* darin, dass Fälle oftmals nicht mit Gesetzen, sondern allein durch die Ergänzung dieser entschieden werden könnten. Auch bei vergrößerter Quellenanzahl steige die Rolle der reflektierenden Urteilskraft. Von der bestimmenden Urteilskraft, die das unter das Allgemeine zu subsumierende Besondere bestimme, unterscheide sie sich durch den Bezugspunkt nicht zu einem „Gesetzesallgemeinen“, sondern allgemeinen Ganzen, in dem alle Bestandteile des

Rechts zu einer Einheit verbunden seien. Außerdem könne die reflektierende Urteilskraft keine objektive, sondern nur intersubjektive Allgemeingültigkeit beanspruchen. Ausgehend von *Arendts* Idee des politischen Urteils, dessen Qualität auf der Fähigkeit beruhe, die Standpunkte anderer einzunehmen (VI.), kommt *Meders* schließlich auf die Relevanz der Rhetorik zu sprechen (VIII.). Diese ver helfe den Prozessvertretern dazu, dem Richter den Standort der Parteien zu vermitteln; den Richter unterstütze sie dabei, das gefundene Ergebnis der (nichtjuristischen) Außenwelt annehmbar zu vermitteln.

Meders Beitrag kann mit seinen Ausführungen zur bestimmenden (subsumierenden) und reflektierenden Urteilskraft (IV.) als eine Fortsetzung von *Gabriels*,³ mit seinen Erläuterungen zu *Hannah Arendts* politischem Urteil (VI.) als Weiterführung von *Lembokes* Aufsatz gesehen werden.⁴ Bisweilen ist sein Artikel insofern wenig übersichtlich, als dieser mit historischen Entwicklungen und Nebeninformationen durchsetzt ist, unter denen man die zentralen Gedanken *Meders* leicht übersieht. Für rechtshistorisch interessierte Leser ist der Beitrag sicherlich lohnend. Wer den Aufsatz jedoch mit dem Anspruch liest, Methode als solche besser zu verstehen, sollte sich auf die Abschnitte VI. und VIII. konzentrieren, aus denen der Prozess der Entscheidung mit Blick auf Akzeptanz des Urteils hervorgeht.

b) Martin Morlok: Die vier Auslegungsmethoden – was sonst? (S. 179-214)

Morlok verfolgt mit seinem Aufsatz das Ziel zu erklären, weshalb die vier Auslegungsmethoden der *savignyschen* Quart in der Jurisprudenz so vorherrschend sind. Dafür schildert er im ersten einführenden Abschnitt zunächst den Grund für den Gebrauch von Auslegungsmethoden: Im Recht würden begrenzte Texte auf eine schier unbegrenzte Anzahl an Situationen angewandt; verschiedene Auslegungsmethoden zu benutzen, erhöhe das Antwortpotenzial des Textes auf die Situationen. Anschließend kritisiert *Morlok* die Auslegungsmethoden insgesamt als willkürlich, die eigentliche Entscheidungsgrundlage verbergend sowie gegeneinander ausgerichtet. Im folgenden Abschnitt stellt er zunächst jeder der vier Methoden ausführlich dar (II.), um sie anschließend jeweils einzeln auf ihre Vor- und Nachteile hin zu analysieren (III.). Im letzten Abschnitt hält er fest, weshalb sich die Methoden trotz der Kritik nach wie vor durchsetzten. Die klassische Quart sei im Wesentlichen diejenige Methode, die sich in einer schriftlich fixierten Rechtsordnung aufdränge; es gebe praktisch keine andere Möglichkeit, sich der Bedeutung einer Norm zu nähern. Eine Besonderheit der juristischen Auslegung seien zudem die notwendige Verbindlichkeit

³ Siehe dazu oben Abschnitt 2. a).

⁴ Siehe dazu oben Abschnitt 2. d).

Verlässlichkeit und Vorhersehbarkeit von Interpretationen. Hinzu komme die gesellschaftliche Erwartung, eine Entscheidung müsse richtig getroffen werden. Abschließend vermutet *Morlok* das Erfolgsgeheimnis der Auslegungsmethoden in deren ökonomischem Wert: Unter Zeitdruck sowie Ressourcenmangel böten diese eine Möglichkeit, einen Disput –wenn auch bei oberflächlicher Betrachtung – weitgehend zufriedenstellend abzuhandeln.

Wer sich noch nicht eingehend aus theoretischer Perspektive mit den Auslegungsmethoden beschäftigt hat, sollte *Morloks* in weiten Teilen brillanten Aufsatz unbedingt lesen. Die Abschnitte II. und III. bilden hierbei das Kernstück, auch wenn obige Zusammenfassung diese aus Platzgründen gerade einmal andeutet. Bisweilen erscheint *Morloks* Kritik an den Auslegungsmethoden zwar etwas kurz gegriffen, so z. B. wenn er die Orientierung am Wortlaut wegen des juristischen Fachsprachencharakters wegfällen lassen möchte (S. 196), dabei aber die mögliche Orientierung am zumindest teilweise sicheren umgangssprachlichen Ausdruck, die er vorher eingeführt hat, missachtet. Insgesamt lässt sich jedoch die Funktionsweise der einzelnen Auslegungsmethoden erfassen, was im Rechtsgutachten sicherlich zu einem bewussteren Gebrauch der Methoden führt.

i) Joachim Bung: Der juristische Syllogismus in der Methodenlehre von Larenz (S. 215-225)

Bung verfolgt in seinem Aufsatz das Ziel, mit der Lehre von *Larenz* zu zeigen, dass Subsumtion im juristischen Syllogismus eine Methode der Darstellung ist, bei der die Prämissen sowie die folgernden Übergänge klar gekennzeichnet werden. Damit würden sowohl die Nachvollziehbarkeit wie auch Überprüfbarkeit des Gedankengangs erleichtert. Zunächst beschreibt *Bung* den juristischen Syllogismus als Darstellungsform (I.). Der Syllogismus beruhe auf dem Grundsatz der Wahrheitserhaltung: Die Wahrheit der Prämissen werde auf die Konklusion übertragen. Das führe zum sogenannten Jörgensen-Dilemma. Nach diesem könnten Rechtsnormen nicht mittels eines die Wahrheit betreffenden Schemas behandelt werden, da Rechtsnormen weder wahr noch falsch sein könnten. Lösung für das Dilemma sei entweder eine spezifische Logik für Normen (deontische Logik) oder die Widerlegung der Wahrheitsunfähigkeit von Normen. Daraufhin geht *Bung* auf *Larenz*'s Theorie ein (II. bis III.). Nach dieser sei zwischen Aussagesätzen und Rechtssätzen zu unterscheiden. Erstere beträfen größtenteils die Objekte der Welt und deren Eigenschaften, sie unterlägen damit einem Wahrheitskriterium. Letztere verbänden Tatbestand und Rechtsfolge, man könne nur nach ihrer Gültigkeit in einer Rechtsordnung fragen. Allerdings seien nicht alle Rechtssätze auch vollständig. Vollständig bedeute, dass sich aus dem betreffenden Rechtssatz die genaue Rechtsfolge ermitteln lasse. Aus dieser Idee folge, dass ein Ergebnis nichts enthalten dürfte, was sich nicht bereits aus den Prämissen ergebe.

Der Syllogismus ermögliche, diesen Begründungszusammenhang offen darzulegen. Im letzten Teil des Aufsatzes kritisiert *Bung* unter anderem die unnötige Epistemologisierung des Subsumtionsmodells durch die Einführung sogenannter Rohsachverhalte sowie die fehlende Klärung der Wahrheitsfrage von Rechtssätzen in Bezug auf das Jörgensen-Dilemma an *Larenz'* Methodenlehre.

Im Wesentlichen ist *Bungs* Artikel zu kurz, um die darin angesprochenen Probleme angemessen verstehen zu können. Zwar ist seine Darstellung von *Larenz'* Unterscheidung zwischen Aussagesätzen und (vollständigen) Rechtssätzen zunächst einleuchtend. Weshalb sie aber seine These des juristischen Syllogismus allein als Darstellungsform stützen sollte, bleibt im Dunkeln. Auch die Subsumtion als Begriff allein auf die Bedeutung als Darstellung zu beschränken und dabei alle anderen Verwendungsweisen als „unscharf, unklar und irreführend“ (S. 224) zu verwerfen, mag erst einmal sinnvoll klingen. Letztlich erscheint es aber eher als Zuflucht zum sicher Greifbaren statt einer Auseinandersetzung mit dem „Eigentliche[n] und Eigentümliche[n] des Umgangs mit dem Recht“, was im „Subsumtionsschema gar nicht zu Ausdruck“ (S. 215) kommt.

j) Jan Schapp: Der Fall in der juristischen Methodenlehre (S. 227-257)

Schapp unternimmt in seinem Beitrag, die verminderte Bedeutung der Subsumtion durch die Einführung seiner Lehre vom Fall zu zeigen. Dafür skizziert er diese Lehre im ersten Abschnitt: Das Gesetz entscheide den Fall. Dabei beziehe es sich auf eine Reihe zukünftiger Fälle. Die vom Gesetz getroffene Entscheidung sei im Tatbestand verankert. In einem Gespräch mit dem Gesetzgeber, in das auch die Prozessparteien einbezogen seien, habe der Richter nun festzustellen, ob sich der ihm vorliegende Fall in diese zukünftige Fallreihe einordnen lasse. Daraufhin setzt *Schapp* sich mit dem Verhältnis von Fall und Unrecht auseinander (II.). Das Recht sei die Wiedergutmachung von Unrecht. Behilflich dabei sei die Lehre vom Anspruch, die den Gang vom Unrecht im Tatbestand zum Recht in der Rechtsfolge beschreibe. Im dritten Abschnitt erklärt *Schapp*, dass durch die Betrachtung des Gesetzes als einer Reihe von Fällen *Aristoteles'* Gattungsdenken als Grundlage der Subsumtion abgelöst werde. Anschließend konkretisiert er das zivilrechtliche Gesetz als Lösung von Fallaspekten (IV.). Falllösungsaspekte seien dabei alle Normen, die im Anspruchsaufbau Verwendung fänden. Weil der Richter einen ganzen Fall zu entscheiden habe und nicht allein Aspekte, sei das Gesetz nur als Hilfestellung zu betrachten; hinzu kämen andere Quellen des Rechts, die sowohl das Gesetz wie auch den Richter beeinflussten. Im letzten, weitaus längsten Abschnitt setzt sich *Schapp* im Wesentlichen damit auseinander, wie der Richter das Recht durch die Bildung und Überprüfung sogenannter Anspruchshypothesen auf den Fall anwendet und inwieweit er dabei das

Parteivorbringen – in tatsächlicher und rechtlicher Art – sowie die bisherige Rechtsprechung zu berücksichtigen hat und auch berücksichtigen kann.

Schapps Beitrag tritt als eine Zusammenfassung seiner bisherigen Arbeit auf. Zwar sind die Absätze (und bisweilen auch Abschnitte) jeweils in sich verständlich. Allerdings reißt er so viele Dinge (z.B. die Lehre vom Anspruch oder das Verfahren zur Bildung der Anspruchshypothese) nur an und wirft viele Fragen zunächst auf, um sie dann aus Platzgründen unbeantwortet zu lassen, dass sein Aufsatz in weiten Teilen kryptisch bleibt. Es ermangelt dem Beitrag auch eines klaren (oder auffindbaren) Ergebnisses, wie es sich denn nun nach Betrachtung der Lehre vom Fall mit der Subsumtion verhalte. Wer Verständnis für seine Kritik an oft sinnlosen Leitsätzen der Obergerichte sucht, möge V.4. lesen. Darüber hinaus ist der Aufsatz wohl nur lohnend, wenn man sich anderweitig tiefergehend mit dem Autor auseinandergesetzt hat.

↳ *Joachim Lege: Subsumtion pragmatisch: Deduktion, Induktion und Abduktion (S. 259-280)*

Das erklärte Ziel von *Leges* Aufsatz ist, die Subsumtion als logische Unternehmung zu verteidigen (I.). Dabei sei schon an dieser Stelle erwähnt, dass *Lege* mit Logik nicht allein zwingende Schlüsse (Deduktionen) meint, sondern darunter auch Induktionen und Abduktionen fasst (VII. 4.). Zunächst setzt der Autor sich mit dem deduktiven Justiz-Syllogismus und dem sogenannten Vollständigen Juristischen Syllogismus (im Folgenden „VJS“) auseinander (II.). Den aus Justizsyllogismus und Subsumtions-Syllogismus bestehenden VJS führt er anhand des Beispiels eines gemäß § 211 StGB möglicherweise heimtückischen Mordes vor: A erstickte seine sehr geliebte F und T, als diese schliefen, um ihnen damit Entehrung und Not zu ersparen (BGHSt 9, 385). Dabei sei der innere Subsumtions-Syllogismus als Schluss von der Definition des Tatbestandsmerkmals Heimtücke und der Fallhandlung Ersticken auf die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals ein nicht-deduktiver Schluss. Diesen Umstand beschreibt *Lege* im dritten Abschnitt einerseits als Vorteil, denn dadurch werde ein Interpretationsraum eröffnet, andererseits als Nachteil, weil der Interpretationsraum eine Interpretation vom Ergebnis her ermögliche. Im Folgenden versucht er, die klassische Rechtfertigungsmittels Wertungsjurisprudenz durch eine logische Rechtfertigung mittels Abduktion zuersetzen (IV.). Abduktion sei, kurz gesagt, der Schluss von einem neuen, überraschenden Ereignis auf mehrere Prämissen. Sie erfolge jeweils durch die Zuordnung eines konkreten Sachverhalts zu einem bereits bekannten Begriff. Allerdings sei sie extrem fehlbar, weil ein Fall eben nur als Routinefall erscheinen könne. Wie man mit dieser Fehlbarkeit umzugehen habe, beschäftigt *Lege* anschließend (V.). Schlüssel für die

Anpassung einer Subsumtion sei die Juristische Ästhetik. Sie setze sich zusammen aus dem Gefühl für die Wertung eines Falles und dem Gefühl für die richtige Konstruktion des Ergebnisses im Rahmen des VJS. Diese Gefühle solle man nicht ausblenden, sondern sie zum Anlass nehmen, eine Entscheidung zu überprüfen. Bei widerstreitenden Syllogismen wie im Beispiel – nämlich Rechtssicherheit versus Einzelfallgerechtigkeit – erfolge die Entscheidung danach, welcher Syllogismus als besser gelungen anzusehen sei.

Oberflächlich betrachtet, beeindruckt *Leges* Beitrag durch seine Klarheit, insbesondere die seiner Sprache. Bei genauem Hinsehen allerdings und vor allem bei Untersuchung der Beispiele, die abstrakt eine Reihe bilden, konkret aber nicht in Zusammenhang stehen, fällt sein Aufsatz wohl skizzenhafter aus als von ihm beabsichtigt. Es ist etwas ernüchternd, dass *Lege* den Begriff der Logik von zwingenden Schlüssen auf wahrscheinliche bzw. naheliegende ausweitet. Dass *Sokrates* ein Mensch ist, nur weil er zwei Beine hat, ist nämlich nicht logisch, wie man das Wort im gewöhnlichen Sprachgebrauch verwenden würde. Darüber hinaus erfolgt die letzte Entscheidung zwischen den widerstreitenden Interessen nach *Leges* eigener Erklärung gerade nicht nach logischen Kriterien, sondern sei zumindest mithilfe eines Gefühls möglich. Was für diese letzten Entscheidung daneben an logischen Kriterien brauchbar sei, erwähnt *Lege* nicht. Zudem bleibt sein Subsumtions-Syllogismus als nicht-deduktiver Schlussunklar ebenso wie seine Erklärung der Abduktion. Insgesamt dürfte *Lege* seinem Anspruch, die Logik zu verteidigen, also nicht gerecht werden. Abgesehen vom Schnellüberblick im Thesenabschnitt (VII.) ist der Artikel deshalb zu empfehlen, weil daran erkenntlich wird, wie schwierig es ist, die Subsumtion als logisches Unterfangen zu schützen.

l) Ralph Christensen: Konkretisierung des Gesetzes – linguistisch betrachtet (S. 281-310)

In seinem Aufsatz befasst sich *Christensen* mit der Bedeutung der Sprache für die Gesetzesanwendung, insbesondere der Wortlautgrenze. Seine Kernthese lautet, dass Sprache keine der Subsumtion vorgeordnete Regel liefere, die zur Bildung der Begriffe im Obersatz benutzt werden könne, sondern die Bedeutung von Begriffen bei der Bildung des Obersatzes argumentativ herausgearbeitet werden müsse. Dafür geht *Christensen* im ersten Abschnitt auf das Verhältnis von Logik, Sprache und Argumentation ein. Irrigerweise betrachteten Juristen ihre Arbeit regelmäßig als auf Logik reduziert. Dabei gehe es im Rechtsstreit gerade darum, die Voraussetzungen für einen logischen Schluss zu schaffen. Um Begriffe einander logisch zuordnen zu können, müssten diese zunächst durch Argumente weiterentwickelt oder stabilisiert werden. Daraufhin erklärt *Christensen*, wie es dazu komme, dass weder Wörterbücher noch die eigene Sprachkompetenz Regel lieferten, unter die subsumiert werden könne (II.). Im dritten Abschnitt beschäftigt

er sich mit den alternativen Erklärungsansätzen für sprachliche Verständigung. Dabei kommt er über die Idee des Idiolekts (der Sprache des Einzelnen) zu dem Ergebnis, dass Wortbedeutungen nicht durch Regeln, sondern kommunikative Erfolge entstünden. Insofern bestehe die Erarbeitung von Bedeutungen darin, Beispiele gelungener Kommunikation herauszufinden und zu bewerten (IV.). Das eigene Sprachgefühl, Kommentare sowie Wörterbücher dienen daher als Einstieg in die Diskussion um die Bedeutung von Begriffen (V.). Die Frage nach der Wortlautgrenze könne nicht auf außerjuristische Gebiete verlagert werden, sondern ergebe sich aus einer Kombination von Konvention und Aktualität von Bedeutung, die im juristischen Verfahren erst ermittelt werde.

Bemerkenswert an *Christensens* Aufsatz ist, dass er darin andere wissenschaftliche Erkenntnisse, namentlich die der Sprachwissenschaft, für die Jurisprudenz fruchtbar zu machen sucht. Er zeigt, inwieweit Juristen die Suche nach der Bedeutung von Begriffen gerade nicht auslagern können, sondern selbst in die Hand nehmen müssen. Außerdem geht aus seinem Beitrag hervor, welche große Rolle die Argumentation gegenüber der Logik in dem System der Sprache hat, dessen Stabilität gerade nicht feststeht. Zwar ist der Mittelteil von *Christensens* Artikel außerordentlich komplex (III.-IV.). Allerdings sollte man die Lektüre unbedingt wagen, wenn man die Wortlautargumente anderer leicht auszuhebeln lernen und selbst einen naiven Umgang mit Sprache vermeiden will.

m) Ulfried Neumann: Subsumtion als regelorientierte Fallentscheidung (S. 311-334)

Die Kernthese von *Neumanns* Beitrag lautet, dass Subsumtion als Regelbindung der Entscheidung wesentlich sei für richterliche Entscheidungen. Zunächst erklärt er Subsumtion als deterministisches Modell für ungenügend (I.). Die Vorstellung, Auslegung sei nur die Erkenntnis dessen, was bereits im Normtext liege, sei schon allein wegen der Vielfalt der Auslegungsmethoden und der dadurch möglichen unterschiedlichen Auslegungsergebnisse falsch (II.). Stattdessen müssten sowohl die Norm als Rechtsregel wie auch der Fall zuerst hergestellt werden. Dementsprechend bietet *Neumann* als Alternative zum Subsumtionsdeterminismus an, die Subsumtion als regelorientierte Fallentscheidung zu sehen (III.). Ausgangspunkt einer Entscheidung sei der Fall. Der Richter habe zu diesem die passenden Normen zu finden und die Anwendung dieser zu begründen. Die Gerechtigkeit fordere dabei zum einen die Gleichbehandlung von Fällen und damit die Unterscheidung von relevanten und indifferenten Kriterien des Lebenssachverhalts. Zum anderen seien eine Generalisierung von einer gewissen Abstraktionshöhe sowie ein bestimmter Plausibilitätsgrad der angewandten Rechtsregel erforderlich, um Willkür zu vermeiden. Eine Rechtsregel sei regelmäßig nicht die Wiedergabe eines Normtextes, sondern könne z.B. aus der

Auslegung oder Ergänzung des jeweiligen Normtextes hervorgehen. Sie müsse dabei aber immer auf das Gesetz oder eine Regel von höherem Allgemeinheitsgrad, z.B. die Verfassungsrechtliche Ordnung, zurückführbar sein. Im letzten Abschnitt befasst *Neumann* sich mit der Konzeption von Prinzipien, bei denen keine Subsumtion im Sinne einer Unterordnung, sondern vielmehr nur eine Zuordnung möglich sei. Außerdem behandelt er dort hyperkomplexe Einzelfälle, bei denen nur aus einer Gesamtschau der Umstände eine Entscheidung hervorgehen könne. Hierbei sei es lediglich möglich, Relevanzregeln aufzustellen, die angeben, welche Gesichtspunkte im Allgemeinen als relevant zu berücksichtigen sind.

In seinem Aufsatz zeigt *Neumann*, dass Subsumtion nicht alles ist, sondern dieser auch im Kern der juristischen Arbeit – der Anwendung des Gesetzes auf den Fall – Grenzen gesetzt sind. Daneben ist bemerkenswert, wie er aufschlüsselt, dass Juristen gerade keine „Subsumtionsautomaten“ sein können. Die Idee, dass sowohl die anzuwendenden Normen wie auch der Fall durch die Rechtsanwender erst hergestellt werden, veranschaulicht die Komplexität juristischen Arbeitens. Auch wenn sein in der Zusammenfassung nicht erwähnter Part über den sozialen und nicht idealen Charakter von Regeln etwas kurz gerät und ohne rechtsphilosophische Vorkenntnisse wohl weitgehend als unbewiesene Behauptung stehen bleibt (III. 4.), ist sein Aufsatz gerade auch mit Blick darauf, wieso Regeländerungen durch Gerichte stattfinden können, unbedingt lesenswert.

n) Hans-Joachim Strauch: Mustererkennung und Subsumtion im Erkenntnisverfahren (S. 335-377)

In seinem Beitrag zielt *Strauch* darauf ab, die Mustererkennung für die juristische Methodenlehre fruchtbar zu machen. Mustererkennung sei das Herausfiltern der rechtlich relevanten Strukturen aus den Daten, die im Prozess vorgetragen würden. Diese Strukturen seien für den Richter nur erkenntlich, wenn dieser sie als Muster bereits kenne. *Strauch* argumentiert dafür, dass die Mustererkennung generell neben der Subsumtion und dieser gegenüber sogar zum Teil als überlegen anerkannt werden müsse. Er sieht die Relevanz der Mustererkennung vor allem in der Praxis und nimmt daher einen Wechsel der Perspektive von der dogmatischen Rechtswissenschaft zum Erkenntnisverfahren vor, das für ihn als Beispiel für eben diese Praxis steht. Im ersten Abschnitt befasst *Strauch* sich mit den Folgen, die der Perspektivwechsel mit sich bringt. Daraufhin behandelt er das Verhältnis von Mustererkennung und Subsumtion (II.). Während Subsumtion (im engeren Sinne) die Ordnung eines Begriffs unter einen anderen sei, gehe die Mustererkennung vom Fall aus und erkenne zu diesem ein passendes Allgemeines als Muster wieder. Insofern sei die Mustererkennung der Subsumtion vorgelagert. Denn vor der

eigentlichen Prüfung von Tatbestandsmerkmalen müssten diese zunächst entwickelt werden. Bisweilen könne die Mustererkennung die Subsumtion sogar vollständig ersetzen, was *Strauch* an zwei Beispielen erläutert. Im dritten Abschnitt geht es um die Rolle von Mustern und Mustererkennung im Prozess. Hierbei erläutert *Strauch* die verschiedenen Muster, mit denen Richter beim Verstehen des Falles sowie dem Erstellen der Lösung arbeiten. Anschließend typologisiert *Strauch* Muster nach ihren jeweiligen Funktionen (IV.). Er unterscheidet zwischen Einordnungs-, Interpretations- und Problem-Lösungsmuster auf der rechtlichen Seite und Mustern bei der Herstellung des Sachverhalts andererseits. Im letzten Abschnitt erläutert *Strauch*, wie es zu diesen Mustern eigentlich komme. Dabei legt er seinen Fokus auf ein kognitionswissenschaftliches Erklärungsmodell.

Mit seiner Idee der Mustererkennung bietet *Strauch* eine Möglichkeit, juristisches Arbeiten deutlich vielschichtiger zu erklären, als das gewöhnlich getan wird. Auch geht durch seine Theorie das Schematische verloren: Ähnlich wie bei *Thomas Kubns* Wissenschaftstheorie der Paradigmenwechsel können auch Muster sich durch Rechtsfortbildung und Rechtsänderungen wandeln. Aufgrund der Funktion von Normen, als Konfliktlösung zu dienen, müssen diese den veränderten Umständen der Lebenswelt angepasst werden. Die direkten Bezüge zum juristischen Studium sind hoch. Lässt man sich auf *Strauchs* Theorie ein, so ist das Hauptanliegen des Studiums nicht das Erlernen der Subsumtion als juristisches Handwerkszeug, sondern die Schulung der Mustererkennung. Insgesamt dürfte der äußerst lesenswerte Artikel in einer Reihe stehen mit den Beiträgen von *Christensen* und *Neumann* und den darin enthaltenen Ideen sogar einen Rahmen geben.

o) Katharina Gräfin von Schlieffen: Subsumtion als Darstellung der Herstellung juristischer Urteile (S. 379-419)

Gräfin von Schlieffen nimmt sich für ihren Beitrag vor, die Subsumtion als Form der Darstellung juristischer Urteile zu beschreiben. Im ersten Abschnitt trifft sie dazu einige theoretische Erwägungen. Im Kern erläutert *Schlieffen* einem rhetorischen Ansatz folgend Subsumtion als Darstellung der Herstellung des Urteils. HerstellungsDarstellungen dienen dazu, das juristische Urteil zu legitimieren. Daraufhin setzt sie sich mit Subsumtion in der gerichtlichen Praxis auseinander (II.). Subsumtion sei eine von mehreren Methoden der Rechtserkenntnis. Dennoch finde sie in Urteilen keine erklärende Erwähnung. Vielmehr werde sie von Gerichten als selbstverständlich vorausgesetzt und angewendet. Sie sei gekennzeichnet einerseits durch eine wandelbare Ausführlichkeit in der Anwendung je nach Anforderungen an die Tiefe der Subsumtion, andererseits durch die Voraussetzungen eines Hierarchyverhältnisses zwischen Norm und Fall. *Schlieffen* veranschaulicht ihre weiteren Thesen anhand eines Musterbeispiels der

Subsumtion, das sie durch zahlreiche Abbildungen weiter erläutert und schematisiert. Nach einigen Zwischenbemerkungen (III.) – unter anderem der Frage, welcher Teil der Rechtsanwendung denn genau Subsumtion sei, mit vier verschiedenen Antworten darauf – bezieht *Schlieffen* im nächsten Abschnitt die Subsumtion in der gerichtlichen Praxis auf die juristische Lehre (IV.). Zuerst behandelt sie die nach ihrer Aussage heute nicht mehr zeitgemäße Lehre *Karl Larenz*, die mehr als jede andere Methodenlehre Einfluss auf die Praxis ausgeübt habe. Laut *Larenz* sei Subsumtion einer von vielen Normanwendungsvorgängen. Im (logischen) Syllogismus erhalte der Untersatz das Ergebnis des Subsumtionsurteils. Dieses bestehe in der Erkenntnis, dass ein Besonderes ein Fall des (dieses Besondere bereits enthaltenden) allgemeineren Begriffs sei. Als dieses Schema durchbrechend sehe *Larenz* unter anderem die Gleichsetzung von Tatbestand und Sachverhalt aufgrund von Wertungen. Als Zweites nennt *Schlieffen* ein Modell nach *Koch* und *Rißmann*. Diesem zufolge ergebe sich das Urteil aus einer endlichen Anzahl von Prämissen, von denen nicht alle notwendigerweise allein aus Fall und Gesetz hergeleitet sein müssten. Drittens befasst sie sich mit dem Rationalismus. Die Rechtsprechung verwende heute für Zwecke der Definition noch immer das Modell *genus proximum et differentia specifica*. *Kants* nicht durch logische Regeln geformte Konzeption der Urteilskraft sei unbeachtet geblieben. Stattdessen bedienten sich Richter Autoritäten und anerkannten Meinungen (*endoxa*), fragliche Prämissen würden im dialektischen Verfahren (zwar...aber) plausibel gemacht. Im letzten Abschnitt fasst *Schlieffen* die Kerninhalte ihres Beitrages noch einmal zusammen (V.) und schließt mit einer Kritik an der unzeitgemäßen Form der Subsumtion.

Der Beitrag von *Schlieffen* lässt sich wohl am ehesten als Kritik an der Subsumtionspraxis der Rechtsprechung durch Beschreibung der Subsumtionspraxis der Rechtsprechung verstehen. Ihr kurzer Einführungsabschnitt sowie der gesamte erste Abschnitt sind aufgrund der vielen nur in Kürze angesprochenen Themen eher verwirrend. Auch bei der weiteren Lektüre ist die Gefahr nicht gering, sich zu fragen, was *Schlieffen* eigentlich mit ihrem Aufsatz verfolgt und darin vertritt. Die Antwort auf Letzteres: Vordergründig nichts; gerade aber in V. 6., wo sie ihr Erstaunen über die Unzeitgemäßheit der Subsumtion dartut, ist ihre Skepsis gegenüber der gerichtlichen Subsumtionspraxis klar herauszulesen. Insgesamt ist das, was man für das Studium mitnehmen kann, beschränkt; am ehesten ist Nützliches wohl zu finden in II. 3. (Musterbeispiel der Subsumtion), III. 1. („Welcher Teil der Rechtsanwendung wird Subsumtion genannt?“) und IV. 1. (*Larenz*‘ Methodenlehre).

p) *Rolf Gröschner: Logik und Dialogik der Subsumtion (S. 421-455)*

Die Kernthese von *Gröschners* Beitrag lautet, dass „Juristen subsumieren, indem sie subordinieren“ (S. 425). Subsumtion meint dabei das Fallen eines Gegenstands unter einen Begriff (z.B. dieses Tisches dort unter den Begriff des Tisches); Subordination die Ordnung eines Begriffs unter einen anderen (des Begriffs des Tisches unter den Begriff des körperlichen Gegenstands i. S. des § 90 BGB). Um zu dieser These zu gelangen, setzt sich *Gröschner* im ersten Abschnitt unter Bezug auf *van Zantwijk's* Beitrag⁵ mit der Syllogismus- und Enthymem-Lehre des *Aristoteles* auseinander. Während die aristotelische Syllogistik das wahrheitserhaltende Schließen lehre und insofern auf gültige Subordinationsverhältnisse beschränkt sei, würden in der enthymematischen Rhetorik gültige Argumente auf Grundlage anerkannter Meinungen (*endoxa*) formuliert. Der wesentliche Unterschied zwischen beiden Formen des Schließens liege darin, dass beim Syllogismus die Prämissen als wahr unterstellt würden, beim Enthymem jedoch zunächst gerechtfertigt werden müssten. Im folgenden Abschnitt behandelt *Gröschner* unter Bezugnahme auf *Gabriels* und *Stekeler-Weithofers* Beiträge⁶ *Kant* und *Hegel* (II.). *Kants* reflektierende Urteilskraft sei notwendig, um das Gesetz entsprechend dem Besonderen des Falles kreativ interpretieren zu können. Nach *Hegel* erfolge das Schließen ebenfalls im Dreischritt vom Einzelnen über das Besondere zum Allgemeinen. Anders aber als beim Syllogismus sei das vermittelnde Besondere kein Mittelbegriff als selbstständiges Element. Vielmehr könne dieses Besondere nur „im dialektischen Wechselspiel mit dem Allgemeinen und Besonderen“ (S. 439) bestimmt werden. Das erläutert er am Beispiel einer Gesundheitsschädigung (Allgemeines) infolge eines Knock Outs (Besonderes) mittels Kinnhaken (Einzelnes). Über eine Auseinandersetzung mit den Philosophen *Peirce*, *Frege* und *Wittgenstein* sowie ein Beispiel von einem Hocker, der möglicherweise als Begriff es Hockers dem Begriff des Stuhls zu subordinieren ist, gelangt *Gröschner* zu bereits oben aufgeführter Kernthese (III.). Der Umgang mit einem Fall erfolge zweischrittig: Zunächst würde ein Gegenstand einem Alltagsbegriff subsumiert; anschließend würde der Alltagsbegriff einem Rechtsbegriff subordiniert. Letzteres mache den eigentlichen Kern juristischen Streitens aus.

Bedenkt man *Gröschners* letzte Folgerung, nämlich dass die eigentlich juristische Arbeit im subordinieren bestehe, ist seine Kernthese nicht ganz korrekt. Für diese bieten sich zwei Lesarten an: Einmal könnte man verstehen, dass Subordination das Mittel zur Subsumtion ist. Nach *Gröschners* eigenem Verständnis aber laufen die beiden Vorgänge nacheinander ab und stehen in keiner Zweck-Mittel-Relation, wie es das „indem“ nahelegt. Zum anderen könnte man das „subsumieren“ untechnisch begreifen, also nicht als Fallen von Gegenständen unter Begriffe,

⁵ Siehe dazu oben Abschnitt 2. b).

⁶ Siehe dazu oben Abschnitte 2. a) und 2. c).

sondern z. B. als bestimmte Tätigkeit der Juristen. Dann wäre die These aber in dieser Form zu verhalten und müsste eher lauten: Das, was Juristen (untechnisch) Subsumtion nennen, ist eigentlich Subordination. Abgesehen von diesem Rätsel am Ende seines Beitrags ist *Gröschners* Aufsatz durchweg empfehlenswert. Er greift vieles aus den vorherigen Aufsätzen nochmals auf und erklärt es zum Teil ausführlicher und damit sogar besser als im Original, mitunter weil erweniger Vorwissen voraussetzt. Insgesamt kann sein Aufsatz wohl in Ansätzen als Zusammenschau des Sammelwerkes gesehen werden, womit sich die Lektüre sowohl unabhängig von anderen Aufsätzen wie auch als Ergänzung dieser lohnt.

3. Fazit

Sicherlich eignet sich der Sammelband weder als juristische Bettlektüre noch, um neben etwaigen Lehrbüchern ins Regal eingereiht zu werden. Denn dafür sind die Anschaffungskosten sowie die Hürden zu hoch, sich ohne besonderen Grund von einer Seite des Buchrückens zur anderen durchzukämpfen.

Aber es ist wohl nicht zu gewagt zu behaupten: Die Lektüre eines jeden einzelnen Artikels treibt den Leser heraus auf ein unbestimmtes Feld des Nachdenkens und Widersprechens, des Verstehens und Unverständnisses, kurz: in ein Gebiet akademischer Freiheit, die fernab von Gliederungsschemata der Vertretbarkeit keine Grenzen setzt. Insofern lautet die Empfehlung: Mutig sein, in die Bibliothek gehen und ein bisschen Rechtswissenschaft aufsaugen.