



Studentische Zeitschrift
für Rechtswissenschaft Heidelberg
Wissenschaft Online

AUFSÄTZE

Trystan Stahl

§ 6 Bundeswahlgesetz. Zwischen der Verzerrung des Wählerwillens und der Arbeitsfähigkeit des Parlaments – das Sitzzuteilungsverfahren für die Wahl zum Deutschen Bundestag.

Johannes Miebling

Straßenrecht und Klimaschutz: Auf Heizpilz folgt Carsharing
Zur Berücksichtigungsfähigkeit klimaschutzrechtlicher Ziele in straßenrechtlichen Auswahl- und Erlaubnisverfahren nach den jüngsten Gesetzesänderungen zum stationsbasierten Carsharing

Mihail Kolev

Die Einführung des Piloturteilsverfahrens durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, *Broniowski v. Polen*, Urt. v. 22.6.2004, Rs. 31443/96

Patricia Sugg

Außenpolitik unter dem Deckmantel des Verbraucherschutzes? –
Besprechung von *EuGH, C-363/18*

Melissa Sehringer

Die internationale Zuständigkeit für Insolvenzannexverfahren im Transportrecht,
Urteilsbesprechung: *OLG Düsseldorf, 12 U 46/17*

Jonathan Drücker

Deutsche Finanzierungsmodelle im Profifußball – zukunftsfähig oder
nur „zweite Liga“?

Christoph Lauer

Führerprinzip und Gemeinschaftsbeschwörungen
Das Arbeitsordnungsgesetz (1934) als Neuausrichtung des Arbeitsrechts in Abkehr
von den Prinzipien des Bürgerlichen Rechts

Fabian Eichmeier

Die Verfassungs- und Grundrechtstheorie in der DDR in den Schriften von
Hermann Klenner und Eberhard Poppe

Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft Heidelberg

Redaktion

Chefredaktion: Patricia Sugg, Stella Elmentaler, Fabienne Schlachter
Ressortleitung WissOn: Patricia Sugg, Louise Kunovic

Alice Ballach	Maximilian Funk	Laura Ries
Moritz Barth	Tamara Herrmann	Safak Sarıççek
Alina Beckmann	Jan-Erik Jürgens	Viola Sauter
Julia Bierlein	Selina Keller	Lenhart Schiek
Regine Brünner	Yoo Jin Kim	Anna Souhradová
Elif Dabazoglu	Nathanael Klosowski	Huy Lan Tran
Henning Dieckow	Henrik-Hugo Kohlhas	Andreas Warchal
Sarah Dinges	Sophia Lehr	Johanna Wiegand
Sebastian Duske	Sarah Löffler	Moritz Winckler
Johanna Ewerhart	Oskar Luong	Lisa Yu
Paulina Fecht	Till Meier	Valentine Wanbing Zheng
Jakob Feldkamp	Amelie Peter	Anna Zitt
	Alicia Pointner	

Wissenschaftlicher Beirat

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

Ehemalige Chefredakteure:

Nicolas Nohlen, Thomas Straub, Caspar Behme, Anna-Katharina Hübler, Louisa Hansen, Till Wansleben, Laura Vásárhelyi-Nagy, Dominik Braun, Jan-Willem Prügel, Jonas von Göler, Björn Centner, Alexander Schäfer, Sebastian Schwind, David Carnal, Benedikt Bien, Johannes Tegel, Lina Rees, Amelie Berz, Leo Krause-Wichmann

Vorstand des StudZR e.V.:

Benedikt Bien, Niels Elsner, Garry Konrath

StudZR-WissOn 2/2020

**Studentische Zeitschrift für
Rechtswissenschaft Heidelberg
Wissenschaft Online**

Zweite Ausgabe des Jahres 2020
Erschienen im Dezember 2020
Seiten 168 bis 387

eISSN

2629-7132

DOI

10.11588/srzwo.2020.2

Herausgeber

Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft Heidelberg e.V.

Juristisches Seminar

Friedrich-Ebert-Anlage 6–10

69117 Heidelberg

www.studzr.de

E-Mail: vereinsvorstand@studzr.de

Zitiervorschlag: *Autor*, StudZR-WissOn 2020, S.

Inhaltsverzeichnis

Aufsätze

Trystan Stahl

§ 6 Bundeswahlgesetz. Zwischen der Verzerrung des
Wählerwillens und der Arbeitsfähigkeit des Parlaments – das
Sitzzuteilungsverfahren für die Wahl zum Deutschen Bundestag. 168

Johannes Miehling

Straßenrecht und Klimaschutz: Auf Heizpilz folgt Carsharing
Zur Berücksichtigungsfähigkeit klimaschutzrechtlicher Ziele in
straßenrechtlichen Auswahl- und Erlaubnisverfahren nach den
jüngsten Gesetzesänderungen zum stationsbasierten Carsharing 212

Mihail Kolev

Die Einführung des Piloturteilsverfahrens durch den *Europäischen
Gerichtshof für Menschenrechte, Bronionski v. Polen*, UrT. v. 22.6.2004,
Rs. 31443/96 238

Patricia Sugg

Außenpolitik unter dem Deckmantel des Verbraucherschutzes? –
Besprechung von *EuGH, C-363/18* 265

Melissa Sehringer

Die internationale Zuständigkeit für Insolvenzzannexverfahren im
Transportrecht, Urteilsbesprechung: *OLG Düsseldorf, 12 U 46/17* 296

Jonathan Drücker

Deutsche Finanzierungsmodelle im Profifußball – zukunftsfähig
oder nur „zweite Liga“? 321

Christoph Lauer

Führerprinzip und Gemeinschaftsbeschwörungen
Das Arbeitsordnungsgesetz (1934) als Neuausrichtung des
Arbeitsrechts in Abkehr von den Prinzipien des Bürgerlichen
Rechts 343

Fabian Eichmeier

Die Verfassungs- und Grundrechtstheorie in der DDR in den
Schriften von *Hermann Klenner* und *Eberhard Poppe* 365

Trystan Stahl*

§ 6 Bundeswahlgesetz. Zwischen der Verzerrung des Wählerwillens und der Arbeitsfähigkeit des Parlaments – das Sitzzuteilungsverfahren für die Wahl zum Deutschen Bundestag.

Abstract

Zur aktuellen Problematik der Größe des Deutschen Bundestages werden seit einigen Jahren rechtspolitische Debatten geführt. Der vorliegende Beitrag gibt eine Darstellung des aktuell gültigen Sitzzuteilungsverfahrens und ermöglicht es dem Leser, die Sitzverteilung nach der nächsten Bundestagswahl, in Kenntnis der rechnerischen Mechanik des Wahlsystems, eigenständig replizieren zu können.

Die Ursachen der Wahlrechtsreformen seit 2008 werden umfassend dargestellt. Stärken des Status Quo und weiterer Reformbedarf werden aufgezeigt. Der Entwurf der Oppositionsfraktionen Bündnis90/Die Grünen, FDP und DIE LINKE vom 6.11.2019 wird als eine geeignete Alternative zum bestehenden Wahlrecht verortet. Es wird für ein Ende des bayrischen Sonderweges im Wahlrecht appelliert.

Der Beitrag greift damit eine aktuelle Problematik auf, vermittelt die Ursachen für die Größe des Deutschen Bundestages mit 709 Abgeordneten und hilft aktuelle rechtspolitische Debatten zur Wahlrechtsreform einzuordnen.

* Der Verfasser ist Politikwissenschaftler und studiert Rechtswissenschaft im zehnten Fachsemester an der Universität Potsdam mit Schwerpunkt Religionsverfassungsrecht. Er ist bei Fragen und Anmerkungen unter bstahl@uni-potsdam.de zu erreichen. Dem vorliegenden Beitrag liegt wesentlich eine Hausarbeit im Seminar zu aktuellen Fragen des Staatsrechts im Wintersemester 2019/2020 bei Prof. Dr. Thorsten Ingo Schmidt zugrunde.

A. Problemaufriss

Im demokratischen Gemeinwesen sollte es einem breiten Bevölkerungsteil möglich sein, den Prozess von der eigenen Stimmabgabe hin zur Bestimmung der politischen Vertreter im Parlament nachzuvollziehen. Umso mehr muss dies für den öffentlich-rechtlich und rechtspolitisch interessierten Juristen gelten. Von einer „normenklare[n] und verständliche[n] Grundlage“¹ könnte der für das Sitzzuteilungsverfahren zum Deutschen Bundestag maßgebliche § 6 BWahlG indes kaum entfernt sein.

Ursächlich ist der auch für Juristen nicht leicht zugängliche, empirische Anteil des „Berechnung-“verfahrens. Die selbstkritische Aussage von *Josef Isensee*, die Probleme im Wahlsystem wiesen „über die Kompetenz des Juristen hinaus und forderten die „Kompetenz des Statistikers“², geht gleichwohl zu weit. Das grundlegende Verständnis der inneren Mechanik des § 6 BWahlG erfordert keine statistischen Methoden und lässt sich mit den vier Grundrechenarten und einfachen Intervallangaben bewältigen. Die Schwierigkeit besteht vielmehr darin, ein rechnerisches Verfahren in einen Gesetzestext zu gießen und *vice versa* dieses Verfahren für Juristen reproduzierbar zu machen. Der vorliegende Text will diese Brücke zwischen den Wissenschaftsdisziplinen didaktisch schlagen.

Dafür werden zunächst das Phänomen negativen Stimmgewichts durch listeninternen Überhang und die Novellen des Bundeswahlgesetzes der Jahre 2011 und 2013 vorgestellt und rechtlich verortet (**B.**). Im Anschluss wird das aktuell gültige Sitzzuteilungsverfahren anhand des Wahlergebnisses der Bundestagswahl 2017 vollständig berechnet (**C.**). Die Stärken der Reform von 2013 werden aufgezeigt (**D.**), wie auch weiterer Reformbedarf (**E.**). Abschließend wird diskutiert, ob der aktuelle Reformentwurf der Oppositionsfraktionen im Deutschen Bundestag den Anforderungen an ein verfassungskonformes und rechtspolitisch tragfähiges Wahlrecht genügen kann (**F.**).

B. Wahlrechtsreformprozess der Jahre 2008 bis 2013

I. Nachwahl im Wahlkreis Dresden I

Am 7.9.2005, elf Tage vor dem Termin zur Wahl des 16. Deutschen Bundestages, verstarb im Wahlkreis Dresden I die Direktkandidatin der NPD *Lorenz*.³

¹ BVerfGE 121, 266 (316); vgl. *Isensee*, Funktionsstörung im Wahlsystem: das negative Stimmgewicht. Denkbare Lösungen eines Dilemmas, DVBl. 2010, 269 (271).

² *Isensee* (Fn. 1), S. 271.

³ *Badura*, in: BK-GG, 193. EL 2018, Anh. z. Art. 38: BWahlG Rn. 67, 80; v. *Arnim*, Verfassungswidrigkeit des Bundeswahlgesetzes aufgrund des "negativen

Die rechtzeitige Zulassung eines neuen Kreiswahlvorschlages spätestens am 58. Tag vor der Wahl gemäß § 26 Abs. 1 BWahlG war damit ausgeschlossen. Auch für die Möglichkeit nach § 43 Abs. 2 S. 2 BWahlG die Wahl im Wahlkreis mit einem neuen Wahlvorschlag am Tag der Hauptwahl als Nachwahl⁴ stattfinden zu lassen,⁵ verblieb nicht mehr genügend Zeit. Durch die Landeswahlleiterin wurde daher eine Nachwahl gemäß § 43 Abs. 1 Nr. 2 BWahlG für den 2.10.2005 angesetzt.⁶ Zu diesem Zeitpunkt enthielt § 43 BWahlG keine Regelung zum zeitlichen Ablauf zwischen der Bekanntgabe des vorläufigen Ergebnisses der Hauptwahl und dem amtlichen Endergebnis einschließlich der Nachwahl.⁷ Der Bundeswahlleiter veröffentlichte das vorläufige amtliche Endergebnis der Bundestagswahl am 19.9.2005, einen Tag nach der Hauptwahl, und damit 13 Tage vor der Nachwahl im Wahlkreis Dresden I.⁸

Aufgrund der vorliegenden Daten hatten in diesem Wahlkreis die Wähler bei der Nachwahl einen taktischen Vorteil. Konkret war absehbar, dass die CDU bei zu vielen Zweitstimmen im Wahlkreis Dresden I ein Überhangmandat in Sachsen verlieren und dadurch insgesamt mit einem Abgeordneten weniger in den Deutschen Bundestag einziehen würde.⁹ Tatsächlich erhielt die CDU bei der Nachwahl im Wahlkreis Dresden I 38.208 Zweitstimmen.¹⁰ Bei mehr als 41.226 Zweitstimmen wäre ein Direktmandat der CDU in Sachsen als bisheriges Überhangmandat durch einen regulären Proporzstimmensitz gedeckt gewesen, damit der Überhang entfallen und die CDU mit einem Abgeordneten weniger in den Deutschen Bundestag eingezogen.¹¹ Wer die CDU unterstützen wollte, durfte die CDU nicht wählen und blieb bei der Nachwahl zu Hause.¹²

Stimmgewichts", RuP 2008, 136 (136); *Ridder*, Die erneute Reform des Bundeswahlgesetzes. Verfassungskonformer „großer Wurf“ oder erneutes Stückwerk?, GWP 2013, 47 (49).

⁴ Bei *Badura* sprachlich ungenau als „Neuwahl“ bezeichnet, siehe *Badura*, in: BK-GG (Fn. 3), Anh. z. Art. 38: BWahlG Rn. 80.

⁵ Siehe *Klein*, in: Maunz/Dürig, 86. EL 2019, Art. 38 Rn. 185.

⁶ *Badura*, in: BK-GG (Fn. 3), Anh. z. Art. 38: BWahlG Rn. 67, 80.

⁷ Zur Rechtlage heute siehe § 43 Abs. 4 BWahlG, geändert durch Gesetz zur Änderung des Wahl- und Abgeordnetenrechts (WahlAbgRÄndG) vom 17.3.2008, BGBl. 2008 I, S. 394.

⁸ Bundeswahlleiter, Wahl zum 15. Deutschen Bundestag am 18. September 2005, Heft 2: Vorläufige Ergebnisse nach Wahlkreisen, 2005, S. 9.

⁹ Vgl. *Klein*, in: Maunz/Dürig (Fn. 5), Art. 38 Rn. 185.

¹⁰ *v. Arnim* (Fn. 3), S. 136.

¹¹ Eigene Berechnung; *v. Arnim* (Fn. 3), S. 136 nennt (ohne Quellenangabe) minimal abweichend 41.225 Zweitstimmen.

¹² Vgl. *Krüper*, Wahlrechtmathematik als gesetzgeberische Gestaltungsaufgabe. Das zweite Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum »negativen Stimmgewicht«, JURA

II. Rechtsmittel gegen das Ergebnis der Wahl zum 16. Deutschen Bundestag

Angesichts der Veröffentlichung des Ergebnisses der Hauptwahl vor dem Termin der Nachwahl und des Phänomens, einer Partei die Stimme verweigern zu müssen, damit diese Partei nicht einen Sitz verliert, wurde das Ergebnis der Bundestagswahl 2005 mit einer Wahlprüfungsbeschwerde angegriffen, zunächst ohne Erfolg vor dem Wahlprüfungsausschuss des Deutschen Bundestages,¹³ dann erfolgreich vor dem *BVerfG*. Am 3.7.2008 erklärte das *BVerfG* § 6 Abs. 4 und 5 BWahlG für verfassungswidrig, ohne die Bundestagswahl von 2005 für ungültig zu erklären, und gab dem Gesetzgeber eine Frist zur Neuregelung bis zum 30.6.2011.¹⁴ Damit konnte die Bundestagswahl 2009 noch nach dem verfassungswidrigen BWahlG durchgeführt werden.

III. Negatives Stimmgewicht durch listeninternen Überhang

Das dem Urteil des *BVerfG* zugrundeliegende Phänomen negativen Stimmgewichts – als ein inverser, weil den Wählerwillen umkehrender, Erfolgswert der Zweitstimme – wird in seinem konkreten Zustandekommen durch listeninterne Überhangmandate nachfolgend erläutert.

1. Das Problem der Überhangmandate

a) Einfachgesetzliches Wahlsystem

Art. 38 Abs. 3 GG verweist für die nähere Ausgestaltung des Wahlrechts auf einfaches Bundesrecht. Der Gesetzgeber kann und soll ein Wahlrecht frei schaffen,¹⁵ das den Wahlgrundsätzen des Art. 38 Abs. 1 GG genügt.¹⁶ Mit dem BWahlG hat der Gesetzgeber ein kompensatorisches System aus Listenwahl und Direktwahl geschaffen.¹⁷ In diesem System sind Überhangmandate als eine Folge der personalisierten Verhältniswahl verfassungskonform, soweit hierdurch nicht Wahlgrundsätze aus Art. 38 Abs. 1 GG verletzt werden.¹⁸

2013, 1147 (1147); *Pauland/Rolfsen*, Aktuelle Probleme des Wahl(prüfungs)rechts, JURA 2010, 677 (681).

¹³ BT-Drucks. 16/3600, S. 89 ff., 93 ff.

¹⁴ BVerfGE 121, 266 (310, 316); *v. Arnim* (Fn. 3), S. 137; *Schreiber*, Das Neunzehnte Gesetz zur Änderung des Bundeswahlgesetzes vom 25. November 2011, DÖV 2012, 125.

¹⁵ Vgl. *Morlok*, in: Dreier II, 3. Aufl. 2015, Art. 38 Rn. 106; *Klein*, in: Maunz/Dürig (Fn. 5), Art. 38 Rn. 158 f.; *Badura*, in: BK-GG (Fn. 3), Anh. z. Art. 38: BWahlG Rn. 52; *Schreiber*, in: Friauf/Höfling, 58. EL 2019, Art. 38 Rn. 262.

¹⁶ Vgl. *Meyer*, Demokratische Wahl und Wahlsystem, in: HStR III, 2005, § 45 Rn. 31-35.

¹⁷ *Schreiber*, in: Friauf/Höfling (Fn. 15), Art. 38 Rn. 263.

¹⁸ *Ebd.*, Art. 38 Rn. 269.

b) Gleichheit der Wahl

Nach Art. 38 Abs. 1 GG werden die Abgeordneten des Deutschen Bundestages in gleicher Wahl gewählt. Die Gleichheit der Wahl ist geprägt von der Zählwertgleichheit und der Erfolgswertgleichheit. Alle Stimmen haben in der Auszählung das gleiche Gewicht (Zählwert) und beeinflussen in gleicher Weise die Sitzzuteilung im Deutschen Bundestag (Erfolgswert).¹⁹

aa) Zählwert und Erfolgswert

Jeder Wahlberechtigte hat nach § 4 BWahlG eine Erststimme und eine Zweitstimme, welche jeweils einmal und mit dem gleichen Gewicht in das Wahlergebnis eingerechnet werden. Im Zählwert bietet das BWahlG daher absolute Gleichheit.²⁰ Anders verhält es sich beim Erfolgswert. Wähler, welche mit ihrer Erststimme einen Kandidaten unterstützt haben, der im Wahlkreis die relativ meisten Erststimmen auf sich vereinen konnte und damit in den Deutschen Bundestag einzieht, hatten einen größeren Erfolgswert als jene Wähler, deren Kandidat im Wahlkreis nicht gewählt wurde.²¹ Die Erststimmen für erfolglose Kandidaten verfallen.

Soweit mit der Erststimme nur die personelle Zusammensetzung, nicht aber das Kräfteverhältnis der Parteien beeinflusst wird, ist diese Erfolgswertungleichheit als Teil des personalisierten Verhältniswahlrechts im einfachgesetzlichen Ausgestaltungsrahmen des Art. 38 Abs. 3 GG hinzunehmen.²² Anders kann es sich verhalten, wenn mit der Erststimme auch das Kräfteverhältnis der Parteien beeinflusst wird. Dazu kann es durch listeninternen Überhang kommen.

bb) Listeninterner Überhang

Erreicht eine Partei in einem Bundesland über die Erststimme in mehr Wahlkreisen die relative Mehrheit, als der Landesliste dieser Partei überhaupt Sitze für dieses Bundesland nach dem Zweitstimmenverhältnis zustehen, dann bleiben diese Sitze gemäß § 6 Abs. 4 S. 2 BWahlG als Überhang erhalten.²³ Jedes Überhangmandat berührt dabei den Wahlgrundsatz der Gleichheit der Wahl aus Art. 38 Abs. 1 GG.²⁴ Wähler, welche eine überhängende Landesliste unterstützt

¹⁹ *Badura*, in: BK-GG (Fn. 3), Anh. z. Art. 38: BWahlG Rn. 12; *Grzeszick*, Verfassungsrechtliche Grundsätze des Wahlrechts, JURA 2014, 1110 (1115).

²⁰ *Schreiber*, in: Friauf/Höfling (Fn. 15), Art. 38 Rn. 122.

²¹ *Klein*, in: Maunz/Dürig (Fn. 5), Art. 38 Rn. 175; *Müller*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, 7. Aufl. 2018, Art. 38 Rn. 145.

²² Vgl. BVerfGE 131, 316 (354 f.).

²³ *Badura*, in: BK-GG (Fn. 3), Anh. z. Art. 38: BWahlG Rn. 55.

²⁴ *Müller*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 21), Art. 38 Rn. 157.

haben, konnten nicht nur mit ihrer Zweitstimme, sondern auch mit ihrer Erststimme das Kräfteverhältnis der Parteien im Deutschen Bundestag beeinflussen. Diese Erfolgswertungleichheit erstreckt sich über den Wähler hinaus auch auf eine Ungleichheit zwischen den Parteien. Dadurch, dass sich die Zahl der Abgeordneten des Deutschen Bundestages zugunsten einer Partei mit Überhangmandaten erhöht, sinkt die Anzahl der Zweitstimmen, die diese Partei im Mittelwert benötigt, um einen Sitz im Deutschen Bundestag zu erhalten (der „Preis“ in Zweitstimmen pro Sitz).²⁵ An dieser Stelle lässt sich aus Überhangmandaten politischer Nutzen ziehen. Je mehr Überhangmandate eine Partei erhält, desto weniger Zweitstimmen muss diese Partei generieren, um insgesamt die gleiche Zahl an Sitzen im Deutschen Bundestag zu erhalten. Mit Erststimmen werden Zweitstimmen kompensiert.

cc) Zulässigkeit von Überhangmandaten

Aufgrund der freien Gestaltung eines Wahlsystems nach Art. 38 Abs. 3 GG verbleibt dem Gesetzgeber ein Raum für eine Differenzierung innerhalb der Gleichheit der Wahl.²⁶ Dieser Raum ist eng bemessen.

Ein Eingriff in die Gleichheit der Wahl bedarf eines von der Verfassung legitimierten und im Verhältnis zur Gleichheit der Wahl mindestens gleichwertigen zwingenden Grundes.²⁷ Ein solcher Grund kann in der mit der Wahl verfolgten Verwirklichung des Demokratieprinzips aus Art. 20 Abs. 1 GG liegen.²⁸ Zum Demokratieprinzip gehört insbesondere der repräsentative Charakter der Wahl als Integrationsvorgang von der politischen Willensbildung des Volkes hin zu einer parlamentarischen Vertretung.²⁹ Überhangmandate entstehen durch die besondere Zustimmung zu Kandidaten im Wahlkreis und sind damit Ausdruck des politischen Willens des Volkes, von einem bestimmten Kandidaten im Deutschen Bundestag vertreten zu werden. Diese Vertretung ermöglicht die Integration des Willens des Volkes in den parlamentarischen Diskurs.³⁰

²⁵ Vgl. BVerfGE 131, 316 (354).

²⁶ BVerfGE 131, 316 (338); 129, 300 (320 ff.); 121, 266 (297); 6, 84 (90 f.).

²⁷ BVerfGE 121, 266 (297 f.); 131, 316 (338); vgl. *Trute*, in: v. Münch/Kunig, 6. Aufl. 2012, Art. 38 Rn. 54; *Klein*, in: Maunz/Dürig (Fn. 5), Art. 38 Rn. 86; *Badura*, in: BK-GG (Fn. 3), Anh. z. Art. 38: BWahlG Rn. 20; „unter den Bedingungen der Verhältnismäßigkeit“ wohl auch *Morlok*, in *Dreier II* (Fn. 15), Art. 38 Rn. 106.

²⁸ Vgl. BVerfGE 121, 266 (295); 131, 316 (334).

²⁹ BVerfGE 121, 266 (298, 305); 131, 316 (335, 367).

³⁰ BVerfGE 121, 266 (298); 131, 316 (335).

Als eine notwendige Folge der personalisierten Verhältniswahl sind Überhangmandate ein zulässiger Teil des nach Art. 38 Abs. 3 GG vom Gesetzgeber geschaffenen Wahlsystems.³¹ Allerdings nimmt durch ein zunehmendes „Stimmensplitting“ auch die Zahl der Überhangmandate zu. Dabei wird mit der Erststimme der Direktkandidat einer anderen Partei gewählt als mit der Zweitstimme. Überhangmandate sind diesem Stimmensplitting immanent, Stimmensplitting ist notwendige, aber nicht hinreichende Bedingung von Überhangmandaten.³² Mit steigender Zahl an Überhangmandaten nimmt auch der ungleiche Erfolgswert der Erststimmen und damit die Beeinträchtigung des Grundsatzes der Gleichheit der Wahl zu. Hinzu tritt die Entscheidung des Gesetzgebers mit dem BWahlG für eine Verhältniswahl, die durch Elemente der Personenwahl lediglich ergänzt wird.³³

Mit zunehmender Zahl an Überhangmandaten erhält aber die Personenwahl ein zunehmendes Gewicht und kann den Charakter des BWahlG als einer im Grundsatz auf Verhältniswahl angelegten Regelung³⁴ aufheben.³⁵ Fraglich ist daher, bis zu welcher quantitativen Obergrenze Überhangmandate noch verfassungskonform sind.

dd) Quantitative Obergrenze

Als eine solche Grenze kommt die im Rahmen der Sperrklausel nach § 6 Abs. 3 BWahlG genutzte Grenze von 5 % der gültigen Zweitstimmen in Betracht.³⁶ Eine solche Grenze ist nicht mathematisch starr zu verstehen, sondern dient als möglicher Bezugspunkt in einem in sich stringenten Wahlsystem. Nach § 6 Abs. 3 BWahlG werden Zweitstimmen für verbundene Landeslisten, die in der Summe nicht 5 % der insgesamt gültigen Zweitstimmen erreichen, nicht berücksichtigt und können die Zusammensetzung des Deutschen Bundestages nicht beeinflussen.³⁷ Damit wird eine übermäßige Fragmentierung des Parlaments durch eine Vielzahl vertretenen Parteien verhindert und die Erhaltung

³¹ BVerfGE 131, 316 (365 f.).

³² Es beruhen im Wahlrecht zum Deutschen Bundestag alle Überhangmandate auf der Aufspaltung von Erststimme und Zweitstimme; irrtümlich: *Meyer*, Die Zukunft des Bundestagswahlrechts. Zwischen Unverstand, obiter dicta, Interessenskalkül und Verfassungsverstoß, 2010, S. 103.

³³ BVerfGE 121, 266 (297); 131, 316 (359).

³⁴ *Morlok*, in: Dreier II (Fn. 15), Art. 38 Rn. 102.

³⁵ BVerfGE 95, 335 (361); 131, 316 (339 f.); *Klein*, in: Maunz/Dürig (Fn. 5), Art. 38 Rn. 179a; *Schreiber*, in: Friauf/Höfling (Fn. 15), Art. 38 Rn. 123; *Müller*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 21), Art. 38 Rn. 158.

³⁶ Als möglicher Richtwert erstmals in BVerfGE 95, 335 (366).

³⁷ Vgl. *Badura*, in: BK-GG (Fn. 3), Anh. z. Art. 38: BWahlG Rn. 24.

der Funktionsfähigkeit der Volksvertretung in der parlamentarischen Arbeit gesichert.³⁸ Durch die verfassungskonforme³⁹ Sperrklausel kommt es zu einer verfassungskonformen Erfolgswertungleichheit. Im quantitativen Rahmen dieser Ungleichheit können auch andere erfolgswertungleiche Regelungen im BWahlG verfassungskonform sein. Allerdings steht die Rechtfertigung der Fünf-Prozent-Sperrklausel in keinem inhaltlichen Zusammenhang mit der durch Überhangmandate beeinträchtigten Gleichheit der Wahl und ist damit als systemimmanenter Bezugspunkt untauglich.⁴⁰

Es kommt als eine Obergrenze noch verfassungskonformer Überhangmandate aber auch die Fraktionsstärke nach § 10 Abs. 1 GO-BT in Betracht. Die Fraktionen sind ein wesentlicher Faktor der politischen Willensbildung im Deutschen Bundestag.⁴¹ Erreicht die Zahl der Überhangmandate Fraktionsstärke, kommt ihnen ein Gewicht zu, das einer eigenständigen politischen Kraft im Deutschen Bundestag entspräche.⁴² Gleichwohl ist das Anliegen einer proportionalen Abbildung des Zweitstimmenergebnisses angemessen in Ausgleich zu bringen mit dem mit der Personenwahl verbundenen Erhalt personal direkt legitimierter Wahlkreiskandidaten, wobei beiden Positionen ähnliches Gewicht zukommt.⁴³ Die Fraktionsstärke, als systemimmanenter Bezugspunkt, ist daher um das Element der Personenwahl hälftig zu mindern. Der Grundcharakter der Wahl als der einer Verhältniswahl ist i. E. dann nicht mehr gewahrt, wenn die Zahl der Überhangmandate die Hälfte, die für die Bildung einer Fraktion erforderlichen Abgeordneten übersteigt.⁴⁴

³⁸ Vgl. BVerfGE 131, 316 (344); kritisch: Müller, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 21), Art. 38 Rn. 150 ff.

³⁹ Klein, in: Maunz/Dürig (Fn. 5), Art. 38 Rn. 126; Morlok, in: Dreier II (Fn. 15), Art. 38 Rn. 112; BVerfGE 131, 316 (344); 120, 82 (111); 95, 408 (419); 95, 335 (366); 82, 322 (338); als den Grundsatz der Gleichheit der Wahl verletzend und somit verfassungswidrig bei Meyer (Fn. 16), § 45 Rn. 39 und § 46 Rn. 37 f.

⁴⁰ BVerfGE 131, 316 (368 f.).

⁴¹ Ebd., S. 369.

⁴² Ebd.

⁴³ Ebd.

⁴⁴ BVerfGE 131, 316 (316 f., 369 f.). Mit dieser Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht BVerfGE 95, 335 (366) neu bewertet und konkretisiert; vgl. Klein, in: Maunz/Dürig (Fn. 5), Art. 38 Rn. 130a; Morlok, in: Dreier II (Fn. 15), Art. 38 Rn. 118; siehe auch Pukelsheim, 589 Sitze im Bundestag statt 709? 200 Wahlkreise statt 299!, DVBl 3 (2018), 153 (157).

c) Zwischenergebnis

Überhangmandate verletzen den Grundsatz der Gleichheit der Wahl, soweit ihnen nach ihrer Zahl die Möglichkeit innewohnt, innerhalb des vom Gesetzgeber nach Art. 38 Abs. 3 GG geschaffenen Wahlsystems den Charakter der Wahl als einer Verhältniswahl aufzuheben.⁴⁵ Dieser Charakter wird beim Auftreten von Überhangmandaten im Umfang von einer halben Fraktionsstärke nach § 10 Abs. 1 GO-BT aufgehoben. Eine Fraktion besteht nach § 10 Abs. 1 GO-BT aus mindestens 5 % der (nach § 1 Abs. 1 BWahlG regulär 598) Mitglieder des Deutschen Bundestages, mithin 30, bei halber Fraktionsstärke 15, Abgeordneten.

d) Kritik an der höchstrichterlichen Rechtsprechung

Das *BVerfG* prüft nicht *ex ante*, vor der Wahl, die Regelungen des Bundeswahlgesetzes an den verfassungsrechtlichen Maßstäben,⁴⁶ sondern erst *ex post* Auftreten und Umfang empirischer Verzerrungen bei einer konkreten Wahl. Das *BVerfG* missachtet bei seiner Entscheidung, dass die Anzahl der durch § 6 Abs. 4 und 5 BWahlG verursachten Überhangmandate vom Wählerwillen abhängt. Ein Wahlergebnis der Bundestagswahl 2005 mit 15 oder weniger Überhangmandaten wäre wohl verfassungskonform gewesen. Dieser Problematik scheint sich das *BVerfG* insoweit bewusst zu sein, als es im Leitsatz nur von „etwa einer halben Fraktionsstärke“⁴⁷ spricht und offen eingesteht, „die Zahl von 15 Überhangmandaten“ könne „nicht vollständig begründet werden“.⁴⁸ Mit dieser starren Grenze wird ein politisch variables Ergebnis zum Maßstab einer juristischen Prüfung gemacht. Das Wahlrecht ist aber die Voraussetzung der Wahl. Das Wahlrecht kann nicht erst durch die demokratische Entscheidung des Wählers für die eine oder für die andere Partei verfassungswidrig werden.⁴⁹ Dass das Wahlrecht bei einem bestimmten Wählerverhalten verfassungskonform und bei einem anderen Wählerverhalten verfassungswidrig sei, lässt, mit einer vom *BVerfG* selbst genutzten Formulierung,⁵⁰ den demokratischen Wettstreit der Parteien um Stimmen widersinnig erscheinen. Das Bundeswahlgesetz ist allein vor der Wahl abschließend verfassungskonform *oder* verfassungswidrig.

⁴⁵ BVerfGE 131, 316 (339 f.).

⁴⁶ Gleichwohl das *Bundesverfassungsgericht* eine Betrachtung *ex ante* für die gleiche Erfolgchance der Stimme eines jeden Wahlberechtigten selbst für maßgeblich hält, vgl. BVerfGE 95, 335 (353); siehe auch *Trute*, in: v. Münch/Kunig (Fn. 27), Art. 38 Rn. 52.

⁴⁷ BVerfGE 131, 316 (363, 368).

⁴⁸ Ebd., S. 370.

⁴⁹ In diesem Sinne legt das *Bundesverfassungsgericht* bei der Bewertung inverser Erfolgswerte den Maßstab an die Unmittelbarkeit der Wahl selbst an: BVerfGE 121, 266 (307 f.).

⁵⁰ BVerfGE 121, 266 (299).

2. Das Problem negativen Stimmgewichts

Auch wenn eine Erststimme das Kräfteverhältnis der Parteien im Deutschen Bundestag unterschiedlich stark beeinflussen kann, so erscheint es doch zwingend, dass eine Zweitstimme für eine bestimmte Partei auch tatsächlich dieser Partei von Nutzen sein muss, das heißt die Chance auf einen zusätzlichen Sitz dieser Partei erhöht. Durch die kompensatorische Verhältniswahl ist dies nicht immer der Fall. Zusätzliche Zweitstimmen können zu einem Verlust an Sitzen und *vice versa* können weniger Zweitstimmen zu einem Zuwachs an Sitzen führen.⁵¹

a) Allgemeine Herleitung

Angenommen Partei A stehen aus dem Bundesproporz nach Zweitstimmen 100 Sitze im Deutschen Bundestag zu. Diese Partei habe in der Unterverteilung auf die Landeslisten in Bundesland I 15 Sitze nach dem Zweitstimmenverhältnis erhalten und in diesem Bundesland zugleich 16 Direktmandate errungen. Partei A erhält damit ein Überhangmandat. In den übrigen Bundesländern habe die Partei keine Überhangmandate und zieht damit mit 101 Abgeordneten in den Deutschen Bundestag ein. Weiterhin angenommen Partei A hätte in Bundesland I nun eine bestimmte Anzahl an Zweitstimmen mehr erhalten. Allerdings nicht so viele Zweitstimmen mehr, als dass sich der Bundesproporz verändern würde. Partei A stehen auch weiterhin insgesamt 100 Sitze nach dem Zweitstimmenergebnis zu. Es seien aber gerade so viele Zweitstimmen mehr, dass sich bei der Unterverteilung der 100 Sitze auf die Landeslisten von Partei A der Anspruch zugunsten der Landesliste in Bundesland I und zulasten der Landesliste in Bundesland II verschiebt.

Ohne dass insgesamt mehr Sitze an Partei A zu verteilen sind, hat sich durch das höhere Zweitstimmenergebnis in Bundesland I bei der Unterverteilung der Nachkommaanspruch im Verhältnis zum gleichbleibenden Zweitstimmenergebnis in Bundesland II verschoben. Die Landesliste in Bundesland I kann nun einen Abgeordneten mehr in den Deutschen Bundestag entsenden und die Landesliste in Bundesland II einen Abgeordneten weniger. Gleichzeitig verliert aber Partei A im Bundesland I das Überhangmandat. Der ursprüngliche Überhang ist nun durch den zusätzlichen Proporzstanz aus dem höheren Zweitstimmenergebnis gedeckt. Anstatt der ursprünglich fünfzehn Landeslistenplätze sind es nun sechszehn Sitze aus dem Zweitstimmenverhältnis.

⁵¹ *Badura*, in: BK-GG (Fn. 3), Anh. z. Art. 38: BWahlG Rn. 58a; *Morlok*, in: Dreier II (Fn. 15), Art. 38 Rn. 117.

Bei gleichbleibend ebenfalls sechzehn Direktmandaten gibt es keinen Überhang mehr. Partei A entsendet durch die zusätzlichen Zweitstimmen in Bundesland I einen Abgeordneten weniger aus Bundesland II und erhält diesen Sitz in Bundesland I zwar als Listenplatz ersetzt, verliert damit aber das zusätzliche Überhangmandat und zieht letztlich mit 100 statt 101 Abgeordneten in den Deutschen Bundestag ein.⁵²

b) Einordnung in das Wahlsystem

Anlehnend an die Rechtsprechung des *BVerfG* zu Überhangmandaten hat der Bundeswahlleiter Einsprüche aufgrund der Möglichkeit, negative Stimmgewichte (durch listeninternen Überhang) zu erzeugen, als konstruierbare, aber notwendige Folge einer vom Gesetzgeber nach Art. 38 Abs. 3 GG geschaffenen personalisierten Verhältniswahl zurückgewiesen.⁵³ Mit *BVerfGE* 121, 266 hat das *BVerfG* diese Argumentation verworfen. Negatives Stimmgewicht ist nun die verfassungswidrige Folge der (zahlenmäßig beschränkt) verfassungskonformen Überhangmandate. Das *BVerfG* geht davon aus, dass das negative Stimmgewicht nicht zwangsläufig mit der personalisierten Verhältniswahl verbunden sei.⁵⁴ Es sei möglich, die Modalitäten der Sitzzuteilung so zu verändern, dass negatives Stimmgewicht nicht mehr auftreten könne, ohne dabei das vom Gesetzgeber geschaffene kompensatorische Verhältniswahlrecht aufzugeben.⁵⁵ Der Effekt des negativen Stimmgewichts könne daher auch nicht als eine zwangsläufige Folge innerhalb des einfach-gesetzlichen Ausgestaltungsraums des Art. 38 Abs. 3 GG gerechtfertigt werden.⁵⁶

aa) Gleichheit der Wahl

Die Erfolgswertgleichheit fordert, dass jede Zweitstimme für eine Partei positive Wirkung entfalten muss. Die Erfolgswertgleichheit erlaubt, dass eine Erststimme verfällt, weil der unterstützte Kandidat im Wahlkreis nicht gewählt wurde, oder dass eine Erststimme neben der Zweitstimme zusätzlich die Zusammensetzung des Deutschen Bundestages beeinflusst,⁵⁷ soweit dies in einem quantitativ begrenzten Rahmen geschieht.⁵⁸

⁵² Zur grafischen Illustration als Treppenfunktion siehe *Behnke*, Die Lösung des negativen Stimmgewichts als notwendige Nebenbedingung zukünftiger Reformen des Wahlsystems, *ZfP* 2015, 123 (127 f., 133).

⁵³ Anlage 13 zu *BT-Drucks.* 16/3600, S. 93 f.

⁵⁴ *BVerfGE* 121, 266 (306).

⁵⁵ *BVerfGE* 121, 266 (307).

⁵⁶ *Ebd.*, S. 306.

⁵⁷ Siehe dazu oben **B. III. 1. b) cc).**

⁵⁸ Siehe dazu oben **B. III. 1. b) dd).**

Die Erfolgswertgleichheit erlaubt aber nicht, dass einer Zweitstimme neben der Chance, zum beabsichtigten Erfolg beizutragen, auch die Gefahr innewohnt dem eigenen Wahlziel zu schaden.⁵⁹ Negatives Stimmgewicht eröffnet aber die Möglichkeit, einer Partei mit der Zweitstimme bei der Sitzzuteilung zu schaden und lässt mithin den demokratischen Wettbewerb um Zustimmung bei den Wahlberechtigten widersinnig erscheinen.⁶⁰

bb) Unmittelbarkeit der Wahl⁶¹

Nach Art. 38 Abs. 1 GG werden die Abgeordneten des Deutschen Bundestages unmittelbar gewählt. Der Wähler entscheidet sich ohne zusätzlichen Willensakt (z. B. *Single Transferable Vote*/Transferwahlsysteme) oder die Handlung Dritter (z. B. Wahlmänner) unmittelbar für einen bestimmten Kandidaten (Erststimme) bzw. eine Partei (Zweitstimme).⁶² Hierfür muss der Wähler erkennen können, welchen Erfolg sein Stimmverhalten auf das Wahlergebnis hat.⁶³ Während das Wahlziel, einer Partei mehr Sitze zu verschaffen, mit der Zweitstimme verwirklicht wird, können zu viele Zweitstimmen einen Überhang und damit einen zusätzlichen Sitz für die unterstützte Partei verhindern und damit den Wählerwillen negativ verkehren. Selbst ein gut informierter Wähler kann letztlich nur schätzen, ob und wo sich Überhänge bilden werden, weil hierfür über das Wahlverhalten der übrigen Wähler spekuliert werden muss. Aufgrund von Überhängen ist für den Wähler nicht mehr erkennbar, mit welchem Stimmverhalten die Chance einer Partei auf einen zusätzlichen Sitz erhöht oder gesenkt wird.⁶⁴

cc) Chancengleichheit der Parteien

Nach Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG wirken die Parteien bei der politischen Willensbildung des Volkes mit. Chancengleichheit meint dabei die Mitwirkung

⁵⁹ BVerfGE 121, 266 (200 f.).

⁶⁰ Ebd., S. 299.

⁶¹ Zur Heranziehung des Grundsatzes der Unmittelbarkeit der Wahl, unter Verweis auf die (akzeptierte) Unsicherheit des Wählers über die Wirksamkeit der eigenen Stimme schon wegen der Fünf-Prozent-Hürde, kritisch siehe *Wolf*, Das negative Stimmgewicht als wahlgleichheitswidriger Effekt. Auswirkungen, Bewertung und Chancen einer Neuregelung. Staatsrechtliche Determinanten für ein verfassungskonformes Wahlsystem, 2016, S. 57-59; in diesem Sinne auch *Noblen*, Erfolgswertgleichheit als fixe Idee oder: Zurück zu Weimar? Zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts über das Bundeswahlgesetz vom 3. Juli 2008, ZParl 1 (2009), 179 (188 f.).

⁶² *Grzeszick* (Fn. 19), S. 1113.

⁶³ BVerfGE 121, 266 (307); *Müller*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 21), Art. 38 Rn. 136.

⁶⁴ BVerfGE 121, 266 (308).

der Parteien an der politischen Willensbildung in einer demokratischen Wettbewerbsordnung.⁶⁵ Der tatsächliche Ausdruck dieses Wettbewerbs unter den Parteien sind Wahlen.⁶⁶ Die Ausgestaltung des Wahlrechts muss dem Wettstreit der Parteien daher zumindest soweit Rechnung tragen, als dass Parteien entsprechend dem Wählerwillen Sitze zugeteilt bekommen.⁶⁷ In diese Struktur darf der Staat nicht verzerrend eingreifen.⁶⁸ Mit der Möglichkeit zum negativen Stimmgewicht öffnet der Gesetzgeber das Wahlrecht aber für eine Sitzzuteilung entgegen dem in der Stimmabgabe zum Ausdruck gebrachten Willen des Volkes, eine bestimmte Partei solle einen zusätzlichen Sitz erhalten. Insoweit sind an die Gleichheit der Chancen im Parteienwettbewerb nach Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG dieselben Maßstäbe anzulegen, wie bei der Gleichheit der Wahl nach Art. 38 Abs. 1 GG.⁶⁹

c) Zwischenergebnis

§ 6 BWahlG i. d. F. vom 19.7.2008 ermöglichte negatives Stimmgewicht und verletzte die Grundsätze der Gleichheit und der Unmittelbarkeit der Wahl aus Art. 38 Abs. 1 GG, sowie die Chancengleichheit der Parteien aus Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG.

IV. Novellen 2011 und 2013

Unter Verletzung der durch das *BVerfG* gesetzten Frist⁷⁰ verabschiedete der Deutsche Bundestag mit der Mehrheit der Regierungskoalition aus CDU/CSU und FDP am 25.11.2011 eine Novelle des BWahlG.⁷¹ Am 25.7.2012 erklärte das *BVerfG* nach Rechtsbehelfen der Fraktionen SPD und Bündnis90/Die Grünen⁷² auch die Neufassung des BWahlG für verfassungswidrig und die einschlägigen Normen für nichtig.⁷³

⁶⁵ Vgl. *Schreiber*, in: Friauf/Höfling (Fn. 15), Art. 38 Rn. 126, 155; siehe auch *Krüper* (Fn. 12), S. 1153.

⁶⁶ *Badura*, in: BK-GG (Fn. 3), Anh. z. Art. 38: BWahlG Rn. 15.

⁶⁷ Vgl. BVerfGE 131, 316 (348 f.).

⁶⁸ Ebd.

⁶⁹ Ebd., S. 339.

⁷⁰ *Klein*, in: Maunz/Dürig (Fn. 5), Art. 38 Rn. 134a; *Schreiber* (Fn. 14), S. 126.

⁷¹ 19. BWahlGÄndG vom 25.11.2011, BGBl. 2011 I, S. 2313; *Badura*, in: BK-GG (Fn. 3), Anh. z. Art. 38: BWahlG Rn. 67, 58a; *Ridder* (Fn. 3), S. 49 f.; insb. zum System der „Reststimmverwertung“ siehe *Schreiber* (Fn. 14), S. 129 f.

⁷² *Krüper* (Fn. 12), S. 1149; zu den Gegenentwürfen der SPD, Bündnis90/Die Grünen und DIE LINKE siehe *Schreiber* (Fn. 14), S. 126 f.

⁷³ BVerfGE 131, 316 (316); *Badura*, in: BK-GG (Fn. 3), Anh. z. Art. 38: BWahlG Rn. 58a; *Behnke*, Das neue Wahlgesetz, sicherlich nicht das letzte, RuP 2013, 1 (1); *Ridder* (Fn. 3), S. 50 f.

Auf dieser Grundlage konnte 2013 keine Bundestagswahl durchgeführt werden. Am 3.5.2013 hat der Gesetzgeber mit den Stimmen aller Fraktionen außer der Fraktion DIE LINKE eine erneute Novelle beschlossen,⁷⁴ welche den Status Quo der Sitzzuteilung im Deutschen Bundestag beschreibt.⁷⁵

C. Das Sitzzuteilungsverfahren anhand der Wahl zum 19. Deutschen Bundestag

Nach § 6 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 S. 1 BWahlG sind zunächst die bei der Sitzverteilung zu berücksichtigenden Parteien zu ermitteln. Dabei gilt ein Regel-Ausnahme-Gegenausnahme-Verhältnis. Den Regelfall bildet das Verhältniswahlrecht nach Zweitstimmen. Ausnahme ist die Berücksichtigung nur von Parteien, auf die mindestens 5 % der gültigen Zweitstimmen entfallen sind – die (rechtliche⁷⁶) Sperrklausel. Die Gegenausnahme ist die Berücksichtigung auch von Parteien unterhalb der Sperrklausel, soweit deren Direktkandidaten in mindestens drei Wahlkreisen einen Sitz errungen haben (Grundmandatsklausel).⁷⁷ Bei der Bundestagswahl 2017⁷⁸ haben die Parteien CDU, CSU, SPD, DIE LINKE, Bündnis90/Die Grünen, AfD und FDP die Sperrklausel überwunden.

I. Erste Oberverteilung (auf die Bundesländer)

Erster Verfahrensschritt ist gemäß § 6 Abs. 2 S. 1 BWahlG die Verteilung der nach § 1 Abs. 1 S. 1 BWahlG grundsätzlich 598 Mandate auf die 16 Bundesländer nach deren Bevölkerungsanteil.⁷⁹

⁷⁴ 22. BWahlGÄndG vom 3.5.2013, BGBl. 2013 I, S. 1082.

⁷⁵ *Badura*, in: BK-GG (Fn. 3), Anh. z. Art. 38: BWahlG Rn. 66; *Dehmel/Jesse*, Das neue Wahlgesetz zur Bundestagswahl 2013. Eine Reform der Reform ist unvermeidlich, ZParl 1 (2013), 201 (205-208).

⁷⁶ Von der rechtlichen Sperrklausel ist die natürliche Sperrklausel zu unterscheiden. Auch ohne Prozenzhürde benötigt jede Partei eine Mindestzahl an Wählerstimmen, um je nach Sitzzuteilungsverfahren einen Anspruch auf zumindest einen Sitz zu erhalten. Ohne Prozenzhürde werden zwar alle angetretenen Parteien in die Berechnung einbezogen, aber Parteien unterhalb der natürlichen Hürde erhalten i. E. einen Anspruch auf null Sitze.

⁷⁷ *Klein*, in: Maunz/Dürig (Fn. 5), Art. 38 Rn. 171; *Badura*, in: BK-GG (Fn. 3), Anh. z. Art. 38: BWahlG Rn. 26, 54; als verfassungswidrig bei *Morlok*, in: Dreier II (Fn. 15), Art. 38 Rn. 116.

⁷⁸ Zur Simulation anhand der Ergebnisse der Bundestagswahl 2009 siehe *Behnke* (Fn. 73), S. 2-4 und *Pukelsheim*, Imperfektes Wahlrecht, ZG 2013, 209 (212-218); zur Simulation der Bundestagswahlen 1998 und 1994 siehe *Ridder* (Fn. 3), S. 52 f.

⁷⁹ *Badura*, in: BK-GG (Fn. 3), Anh. z. Art. 38: BWahlG Rn. 74; *Schreiber*, in: Friauf/Höfling (Fn. 15), Art. 38 Rn. 273 f.; siehe auch Bundeswahlleiter, Wahl zum 18. Deutschen Bundestag am 24. September 2017, Heft 3: Endgültige Ergebnisse nach Wahlkreisen, 2017, S. 380.

Tabelle 1: Wahl zum 19. Deutschen Bundestag (Oberverteilung auf die Bundesländer)

Land	Bevölkerung ⁸⁰	Sitze	Land	Bevölkerung	Sitze
BW ⁸¹	9.365.001	76	NI	7.278.798	59
BY	11.362.245	93	NW	15.707.569	128
BE	2.975.745	24	RP	3.661.245	30
BB	2.391.746	20	SL	899.748	7
HB	568.510	5	SN	3.914.671	32
HH	1.525.090	12	ST	2.145.671	17
HE	5.281.198	43	SH	2.673.803	22
MV	1.548.400	13	TH	2.077.901	17
				73.377.332	598

Quelle: Bundeswahlleiter (Daten);⁸² eigene Berechnung und Darstellung.

Dafür ist nach dem in § 6 Abs. 2 S. 2 bis 7 BWahlG beschriebenen Berechnungsverfahren zunächst ein Bundesdivisor zu ermitteln, der „Preis pro Sitz“. Die Grundgesamtheit, hier die Bevölkerung, wird durch die Zahl der zu vergebenden Sitze, hier 598, geteilt:

$$\text{Bundesdivisor} = \frac{73.377.332}{598} \sim 122.705.$$

Im Anschluss werden in jedem Bundesland die Bevölkerungszahlen durch den Bundesdivisor geteilt. Die so ermittelten, einem Bundesland zustehenden Sitze werden gemäß § 6 Abs. 2 S. 3 BWahlG standardgerundet, das heißt ab 0,5 nach oben, sonst nach unten. Dabei kann es dazu kommen, dass die Summe der Sitze der Bundesländer nicht 598 ist. Ursächlich ist die Rundung der Nachkommansprüche. Vorliegend sind es mit dem Bundesdivisor 122.705 in der Summe der den Bundesländern zustehenden Sitze nur 597 Sitze. In diesem Fall ist der Divisor gemäß § 6 Abs. 2 S. 5 bis 7 BWahlG anzupassen, das heißt, wurden zu wenige Sitze zugeteilt, wird der Divisor abgesenkt, wodurch mehr Sitze zugeteilt werden. Ist die Zahl der zugeteilten Sitze hingegen zu hoch, wird der Divisor angehoben, bis 598 zu vergebende Sitze erreicht sind.

⁸⁰ Stichtag: 31.5.2016; maßgeblich ist die deutsche Staatsangehörigkeit. Ausländer i. S. d. § 2 Abs. 1 Ausländergesetz bleiben unberücksichtigt.

⁸¹ Die Länderabkürzungen folgen dem amtlichen Gemeindeflüssel.

⁸² Bundeswahlleiter (Fn. 79), S. 380.

Der Divisor ist mithin keine feste Zahl, sondern ein (geschlossenes) Intervall.⁸³ Steigt der Divisor über die obere Intervallgrenze, werden zu wenige Sitze zugeteilt, fällt der Divisor unter die untere Intervallgrenze, werden zu viele Sitze zugeteilt. Für die Bundestagswahl 2017 werden mit allen Divisoren zwischen 122.610 und 122.653 598 Sitze zugeteilt:

$$\{x \in \mathbb{R}_+ \mid 122.610 \leq x \leq 122.653\}.$$

Der Divisor (x) ist Element (\in) der positiven reellen⁸⁴ Zahlen (\mathbb{R}_+), so dass ($|$) 122.610 kleiner gleich x und x kleiner gleich 122.653, d. h. x liegt im (geschlossenen) Intervall von einschließlich (\leq) 122.610 bis einschließlich (\leq) 122.653.⁸⁵ Für Baden-Württemberg ergeben sich 76 der 598 Sitze:

$$BW = \frac{9.365.001}{122.610} \sim 76,38 \Rightarrow 76.$$

Dieses Berechnungsverfahren ist ein Divisorverfahren mit Standardrundung,⁸⁶ in Abgrenzung zu Quotenverfahren,⁸⁷ und in Deutschland bekannt unter der Bezeichnung nach *Sainte-Laguë/Schepers*.⁸⁸

II. Erste Unterverteilung

1. Ermittlung der Proporzsitze

Im zweiten Schritt werden gemäß § 6 Abs. 2 S. 1 BWahlG („und sodann“) die Sitze innerhalb der Bundesländer auf die Landeslisten der Parteien unterverteilt.⁸⁹ Nach dem in § 6 Abs. 2 S. 2 bis 7 BWahlG festgeschriebenen Verfahren nach *Sainte-Laguë/Schepers* werden die Sitze, die einem Bundesland zustehen, auf die Landeslisten in diesem Bundesland entsprechend deren Zweitstimmenverhältnis verteilt.

⁸³ Zu den Intervallgrenzen bei der Bundestagswahl 2017 siehe ausführlich Bundeswahlleiter (Fn. 79), S. 397-427.

⁸⁴ Der zulässige Divisor kann auch ein Intervall im Nachkommabereich sein, so dass die Menge der natürlichen Zahlen \mathbb{N} potentiell unzureichend ist.

⁸⁵ Der mathematisch interessierte Leser möge die triviale Erläuterung aus didaktischen Gründen nachsehen.

⁸⁶ Vgl. *Pukelsheim* (Fn. 44), S. 154.

⁸⁷ Insbesondere das für die Bundestagswahlen zwischen 1987 und 2005 verwendete Verfahren nach *Hare-Niemeyer*, siehe *Badura*, in: BK-GG (Fn. 3), Anh. z. Art. 38: BWahlG Rn. 67.

⁸⁸ Vgl. *Klein*, in: Maunz/Dürig (Fn. 5), Art. 38 Rn. 166; *Badura*, in: BK-GG (Fn. 3), Anh. z. Art. 38: BWahlG Rn. 77; im Englischen ist die Bezeichnung nach *Webster* üblich.

⁸⁹ Vgl. *Schreiber*, in: Friauf/Höfling (Fn. 15), Art. 38 Rn. 275.

Zunächst ist erneut ein Divisor, diesmal für das Bundesland (Landesdivisor), aus der Zahl der gültigen Zweitstimmen im Bundesland und der diesem Bundesland zustehenden Sitze, zu berechnen.

$$\text{Landesdivisor}_{\text{BW}} = \frac{5.724.496}{76} \sim 75.322.$$

Für die Zahl der zugunsten einer Landesliste zu berücksichtigenden Zweitstimmen gilt § 6 Abs. 1 S. 1 und 2 BWahlG; nicht berücksichtigt werden Zweitstimmen für erfolgreiche Einzelbewerber und für erfolgreiche Direktkandidaten, deren Partei entweder an der Sperrklausel des § 6 Abs. 3 gescheitert ist⁹⁰ oder für die keine Landesliste zugelassen wurde. Bei der Bundestagswahl 2017 war keine dieser Varianten einschlägig. Im Anschluss werden die Zweitstimmenergebnisse der Landeslisten im jeweiligen Bundesland durch den Landesdivisor 75.322 geteilt. Entspricht die Summe der so ermittelten Sitze aller Landeslisten nicht der diesem Bundesland zustehenden Zahl von Sitzen, für Baden-Württemberg also 76, ist der Divisor erneut anzupassen, um die korrekte Zahl an Sitzen zuzuteilen. Für Baden-Württemberg ist ein Intervall von 74.971 bis 76.876 zulässig. Mit 75.322 liegt der Landesdivisor in diesem Intervall. Eine Anpassung ist nicht erforderlich. Es ergeben sich auf diese Weise beispielsweise für die CDU in Baden-Württemberg 27 Sitze:

$$\text{CDU}_{\text{BW}} = \frac{2.061.687}{75.322} \sim 27,37 \Rightarrow 27.$$

2. Verrechnung der Direktmandate

Die nun feststehende Zahl an Proporzsitzen jeder Landesliste in jedem Bundesland ist gemäß § 6 Abs. 4 S. 1 BWahlG mit den Direktmandaten zu verrechnen, das heißt die Direktmandate aus der relativen Mehrheit der Erststimmen in den Wahlkreisen eines Bundeslandes werden von den Proporzsitzen der zugehörigen Landesliste abgezogen. Wurden mehr Direktmandate errungen, als der Landesliste überhaupt Sitze nach Zweitstimmen für dieses Bundesland zustehen, bleiben gemäß § 6 Abs. 4 S. 2 BWahlG alle Direktmandate erhalten und es entstehen Überhangmandate.⁹¹

⁹⁰ Zuletzt bei der Bundestagswahl 2002 erhielt die PDS bundesweit unter 5 % der Zweitstimmen, errang aber zwei Direktmandate in Berlin-Marzahn-Hellersdorf (*Petra Pau*) und Berlin-Lichtenberg (*Gesine Lötzsich*), vgl. *Jesse*, Reformvorschläge zur Änderung des Wahlrechts, APuZ 52 (2003), 3.

⁹¹ Vgl. Bundeswahlleiter (Fn. 79), S. 379.

Ist die Zahl der Direktmandate geringer als der Sitzanspruch nach Zweitstimmen, werden die verbleibenden Sitze mit Kandidaten der Landesliste besetzt. Der CDU stehen 27 Sitze aus dem Zweitstimmenverhältnis der Parteien in Baden-Württemberg zu. Deren Direktkandidaten haben aber in allen 38 Wahlkreisen Baden-Württembergs die relative Mehrheit der Erststimmen erhalten. Es entstehen elf Überhangmandate. Von der Landesliste der CDU in Baden-Württemberg zieht kein Kandidat in den Deutschen Bundestag ein. Der SPD stehen nach Zweitstimmen 13 Sitze in Baden-Württemberg zu. Da keine Direktmandate auf Kandidaten der SPD entfallen sind, werden die Sitze mit den vordersten 13 Kandidaten der Landesliste der SPD in Baden-Württemberg besetzt. Einzelergebnisse sind Tabelle 2 zu entnehmen.

Tabelle 2: Wahl zum 19. Deutschen Bundestag (Erste Unterverteilung)⁹²

	CDU	SPD	AfD	FDP	LINKE	Grüne	CSU	Σ
BW	2.061.687	982.370	730.499	762.008	380.727	807.205		5.724.496
Landesdivisor								76.876
Proporzsitze	27	13	10	10	5	11		76
Direktmandate	38	0	0	0	0	0		38
Listenplätze	0	13	10	10	5	11		49
Überhang	11	0	0	0	0	0		11
BY		1.130.931	916.300	751.248	450.803	722.116	2.869.688	6.841.086
Landesdivisor								73.304
Proporzsitze		15	13	10	6	10	39	93
Direktmandate		0	0	0	0	0	46	46
Listenplätze		15	13	10	6	10	0	54
Überhang		0	0	0	0	0	7	7
BE	424.321	334.253	225.170	167.046	351.170	234.947		1.736.907
Landesdivisor								74.278
Proporzsitze	6	5	3	2	5	3		24
Direktmandate	4	3	0	0	4	1		12
Listenplätze	2	2	3	2	1	2		12
Überhang	0	0	0	0	0	0		0
BB	397.839	261.822	301.103	105.485	255.721	74.971		1.396.941
Landesdivisor								72.334
Proporzsitze	6	4	4	1	4	1		20
Direktmandate	9	1	0	0	0	0		10
Listenplätze	0	3	4	1	4	1		13
Überhang	3	0	0	0	0	0		3
HB	83.409	88.944	33.244	31.056	44.629	36.733		318.015
Landesdivisor								66.488
Proporzsitze	1	1	1	0	1	1		5
Direktmandate	0	2	0	0	0	0		2
Listenplätze	1	0	1	0	1	1		4
Überhang	0	1	0	0	0	0		1
HH	266.312	229.862	76.511	105.610	119.076	136.371		933.742
Landesdivisor								79.384
Proporzsitze	3	3	1	1	2	2		12
Direktmandate	1	5	0	0	0	0		6
Listenplätze	2	0	1	1	2	2		8
Überhang	0	2	0	0	0	0		2
HE	1.033.200	788.427	398.712	386.742	271.158	323.736		3.201.975
Landesdivisor								75.088
Proporzsitze	14	11	5	5	4	4		43
Direktmandate	17	5	0	0	0	0		22
Listenplätze	0	6	5	5	4	4		24
Überhang	3	0	0	0	0	0		3
MV	307.263	139.689	172.409	57.895	165.368	39.514		882.138
Landesdivisor								68.963
Proporzsitze	4	2	3	1	2	1		13
Direktmandate	6	0	0	0	0	0		6
Listenplätze	0	2	3	1	2	1		9
Überhang	2	0	0	0	0	0		2

Fortführung nächste Seite.

⁹² Für eine bessere Übersichtlichkeit sind als Divisoren hier und bei allen nachfolgenden Unterverteilungen stets nur die oberen Intervallgrenzen angegeben. Die Reihenfolge der Parteien richtet sich nach deren Zweitstimmenergebnis bei der Bundestagswahl 2017.

Tabelle 2 (Fortführung)

	CDU	SPD	AfD	FDP	LINKE	Grüne	CSU	Σ
NI	1.623.481	1.275.172	422.362	431.405	322.979	404.825		4.480.224
Landesdivisor								76.793
Proporzsitze	21	17	6	6	4	5		59
Direktmandate	16	14	0	0	0	0		30
Listenplätze	5	3	6	6	4	5		29
Überhang	0	0	0	0	0	0		0
NW	3.214.013	2.557.876	928.425	1.293.052	736.904	744.970		9.475.240
Landesdivisor								74.141
Proporzsitze	43	35	13	17	10	10		128
Direktmandate	38	26	0	0	0	0		64
Listenplätze	5	9	13	17	10	10		64
Überhang	0	0	0	0	0	0		0
RP	848.003	570.518	265.688	245.235	160.912	179.233		2.269.589
Landesdivisor								75.910
Proporzsitze	11	8	4	3	2	2		30
Direktmandate	14	1	0	0	0	0		15
Listenplätze	0	7	4	3	2	2		18
Überhang	3	0	0	0	0	0		3
SL	189.573	158.895	58.920	44.477	75.448	35.117		562.430
Landesdivisor								88.954
Proporzsitze	2	2	1	1	1	0		7
Direktmandate	3	1	0	0	0	0		4
Listenplätze	0	1	1	1	1	0		4
Überhang	1	0	0	0	0	0		1
SN	665.751	261.105	669.940	203.662	398.627	113.608		2.312.693
Landesdivisor								74.601
Proporzsitze	9	4	9	3	5	2		32
Direktmandate	12	0	3	0	1	0		16
Listenplätze	0	4	6	3	4	2		19
Überhang	3	0	0	0	0	0		3
ST	377.411	188.980	244.401	96.555	220.858	46.243		1.174.448
Landesdivisor								69.828
Proporzsitze	5	3	4	1	3	1		17
Direktmandate	9	0	0	0	0	0		9
Listenplätze	0	3	4	1	3	1		12
Überhang	4	0	0	0	0	0		4
SH	583.135	399.505	140.362	216.844	124.678	205.471		1.669.995
Landesdivisor								82.188
Proporzsitze	7	5	2	3	2	3		22
Direktmandate	10	1	0	0	0	0		11
Listenplätze	0	4	2	3	2	3		14
Überhang	3	0	0	0	0	0		3
TH	372.258	171.032	294.069	101.129	218.212	53.340		1.210.040
Landesdivisor								68.412
Proporzsitze	5	3	4	1	3	1		17
Direktmandate	8	0	0	0	0	0		8
Listenplätze	0	3	4	1	3	1		12
Überhang	3	0	0	0	0	0		3
Zweitstimmen	12.447.56	9.539.381	5.878.115	4.999.449	4.297.270	4.158.400	2.869.688	44.189.95
Mandate	164	131	83	65	59	57	39	598
Mit Überhang	200	134	83	65	59	57	46	644
Preis pro Sitz	62.238	71.189	70.821	76.915	72.835	72.954	62.385	

Quelle: Bundeswahlleiter (Daten).⁹³ Eigene Berechnung und Darstellung.

⁹³ Bundeswahlleiter (Fn. 79), S. 381-386.

III. Zweite Oberverteilung (auf die Parteien)

Die Summe der Mandate aus der ersten Unterverteilung (mit Überhängen) beträgt 644. Die Summenteile (200; 46; 134; 59; 57; 83; 65) bilden gemäß § 6 Abs. 6 S. 1 BWahlG eine absolute Untergrenze der Mandatszahl für die jeweilige Partei. Keine Partei erhält in der endgültigen Zuteilung insgesamt weniger Sitze als im zweiten Schritt ermittelt.⁹⁴

Im dritten Schritt erfolgt nun eine erneute Oberverteilung, diesmal aber gemäß § 6 Abs. 5 S. 1 BWahlG auf die Parteien, nicht auf die Bundesländer.⁹⁵ Werden 44.189.959 bundesweit gültige Zweitstimmen durch die zu vergebenen 644 Sitze geteilt, ergibt dies einen neuen Bundesdivisor von 68.618. Die bundesweit gültigen Zweitstimmen jeder einzelnen Partei sind durch diesen neuen Bundesdivisor zu teilen. Das Ergebnis wird standardgerundet. Dabei wird im Falle von Überhangmandaten die den Parteien zugeteilte Zahl an Sitzen geringer sein, als es die Untergrenze aus dem zweiten Schritt zulässt. Für die CDU ergeben sich nach diesem Verfahren nur 181 Sitze. Um mindestens die Untergrenze für alle Parteien zu erreichen, wird der Zuteilungsdivisor abgesenkt.

Dadurch werden den Parteien mehr Sitze zugeteilt, und zwar so lange, bis der Divisor klein genug ist, dass alle Parteien mindestens die Zahl an Sitzen aus dem zweiten Schritt erhalten haben. Bis auch die letzte Partei die ihr zustehenden Sitze erreicht, erhalten die übrigen Parteien durch den einheitlich für alle Parteien abgesenkten Zuteilungsdivisor zusätzliche Sitze. Dies sind die Ausgleichsmandate.⁹⁶ Um die Untergrenze von 200 Sitzen für die CDU zu erreichen, muss der Bundesdivisor auf nicht mehr als 62.394 abgesenkt werden:

$$CDU = \frac{12.447.656}{62.394} \sim 200.$$

Mit einem Divisor von 62.394 erhalten zwar auch alle anderen Parteien mindestens die ihnen aus der zweiten Unterverteilung mindestens zustehenden Sitze, aber durch die einheitliche Absenkung des Divisors werden den übrigen Parteien zum Teil wesentlich mehr Sitze zugeteilt, als für ihre jeweilige Mindestsitzzahl notwendig wäre. Aus den 644 Sitzen nach der ersten Unterverteilung werden 709 Sitze als Ergebnis der zweiten Oberverteilung.

⁹⁴ Vgl. Bundeswahlleiter (Fn. 79), S. 387-389.

⁹⁵ Vgl. *Schreiber*, in: Friauf/Höfling (Fn. 15), Art. 38 Rn. 278; siehe auch Bundeswahlleiter (Fn. 79), S. 390.

⁹⁶ Vgl. *Pukelsheim* (Fn. 44), S. 154; *Boehl*, Zu viele Abgeordnete im Bundestag? ZRP 2017, 197 (197 f.).

Die Differenz von 65 Sitzen sind die Ausgleichsmandate. Diese lassen sich den Landeslisten unmittelbar zuordnen durch einen Vergleich der Proporzsitze in der zweiten und in der ersten Unterverteilung. So erhält beispielsweise die SPD in Baden-Württemberg drei Ausgleichsmandate als Differenz aus 16 Proporzsitzen in der zweiten Unterverteilung und 13 Proporzsitzen in der ersten Unterverteilung. Damit lassen sich die Ausgleichsmandate auch konkret einzelnen Abgeordneten zuordnen. Die Kandidaten auf den Landeslistenplätzen 14, 15 und 16 der SPD in Baden-Württemberg sind nur aufgrund des Ausgleichssystems in den Deutschen Bundestag eingezogen, darunter auch die – seit dem 6.12.2019 – Bundesvorsitzende der SPD *Saskia Esken* auf Listenplatz 15.

Tabelle 3: Wahl zum 19. Deutschen Bundestag (Oberverteilung auf die Parteien)

Partei	Mindestsitzzahl	Bundesdivisor 68.618	Bundesdivisor 62.394
CDU	200	181	200
SPD	134	139	153
AfD	83	86	94
FDP	65	73	80
DIE LINKE	59	63	69
B'90/Grüne	57	61	67
CSU	46	42	46
	644	645⁹⁷	709

Quelle: Bundeswahlleiter (Daten).⁹⁸ Eigene Berechnung und Darstellung.

IV. Zweite Unterverteilung

Im letzten Schritt müssen die nun 709 Sitze gemäß § 6 Abs. 6 S. 2 BWahlG erneut auf die Landeslisten unterverteilt werden. Dafür wird für jede Partei ein bundesweiter Parteidivisor ermittelt. Ziel ist es, dass die Summe der Proporzsitze einer Partei über alle Bundesländer genau die Zahl an Sitzen ist, die als Ergebnis der zweiten Oberverteilung festgestellt wurde, also für die CDU 200 Sitze. Ausgangswert ist der neue Bundesdivisor von 62.394.

⁹⁷ Durch den Rundungseffekt müsste der Bundesdivisor leicht angehoben werden, um 644 Sitze zu ergeben. Darauf kann verzichtet werden, weil im nächsten Schritt zur Erreichung der Mindestsitzzahlen der Bundesdivisor ohnehin angepasst werden muss.

⁹⁸ Bundeswahlleiter (Fn. 79), S. 390; vgl. *Pukelsheim* (Fn. 44), S. 156 f.

Für die CDU ergeben sich dadurch zunächst, als Summe aller Landeslisten, 216 Sitze. Durch Anhebung des Bundesdivisors auf mindestens 76.089 werden, entsprechend dem Ergebnis der zweiten Oberverteilung, 200 Sitze zugeteilt. Diese Proporzsitze werden im Anschluss gemäß § 6 Abs. 6 S. 3 und 4 BWahlG mit den Direktmandaten verrechnet und erzeugen entweder Überhangmandate⁹⁹ oder werden mit Kandidaten von der Landesliste aufgefüllt. Die Ausgleichsmandate jeder Landesliste ergeben sich aus der Differenz der Proporzsitze der zweiten und der ersten Unterverteilung. Einzelergebnisse sind Tabelle 4 zu entnehmen.

⁹⁹ Die Aussage bei *Badura*, es träten durch den Ausgleich „keine Überhangmandate mehr auf“, ist sprachlich missglückt. Das Auftreten von Überhängen ist gerade die Bedingung für die Vergabe von Ausgleichsmandaten, siehe *Badura*, in: BK-GG (Fn. 3), Anh. z. Art. 38: BWahlG Rn. 52.

Tabelle 4: Wahl zum 19. Deutschen Bundestag (Zweite Unterverteilung)¹⁰⁰

	CDU	SPD	AfD	FDP	LINKE	Grüne	CSU	Σ
Parteidivisor	76.089	63.157	63.803	64.370	63.102	64.576	75.000	
BW	2.061.687	982.370	730.499	762.008	380.727	807.205		5.724.496
Proporzsitze	27	16	11	12	6	13		85
Direktmandate	38	0	0	0	0	0		38
Listenplätze	0	16	11	12	6	13		58
Überhang	11	0	0	0	0	0		11
Ausgleich	0	3	1	2	1	2		9
BY		1.130.931	916.300	751.248	450.803	722.116	2.869.688	6.841.086
Proporzsitze		18	14	12	7	11	38	100
Direktmandate		0	0	0	0	0	46	46
Listenplätze		18	14	12	7	11	0	62
Überhang		0	0	0	0	0	8	8
Ausgleich		3	1	2	1	1	-1	7
BE	424.321	334.253	225.170	167.046	351.170	234.947		1.736.907
Proporzsitze	6	5	4	3	6	4		28
Direktmandate	4	3	0	0	4	1		12
Listenplätze	2	2	4	3	2	3		16
Überhang	0	0	0	0	0	0		0
Ausgleich	0	0	1	1	1	1		4
BB	397.839	261.822	301.103	105.485	255.721	74.971		1.396.941
Proporzsitze	5	4	5	2	4	1		21
Direktmandate	9	1	0	0	0	0		10
Listenplätze	0	3	5	2	4	1		15
Überhang	4	0	0	0	0	0		4
Ausgleich	0	0	1	1	0	0		2
HB	83.409	88.944	33.244	31.056	44.629	36.733		318.015
Proporzsitze	1	1	1	0	1	1		5
Direktmandate	0	2	0	0	0	0		2
Listenplätze	1	0	1	0	1	1		4
Überhang	0	1	0	0	0	0		1
Ausgleich	0	0	0	0	0	0		0
HH	266.312	229.862	76.511	105.610	119.076	136.371		933.742
Proporzsitze	4	4	1	2	2	2		15
Direktmandate	1	5	0	0	0	0		6
Listenplätze	3	0	1	2	2	2		10
Überhang	0	1	0	0	0	0		1
Ausgleich	1	1	0	1	0	0		3
HE	1.033.200	788.427	398.712	386.742	271.158	323.736		3.201.975
Proporzsitze	14	12	6	6	4	5		47
Direktmandate	17	5	0	0	0	0		22
Listenplätze	0	7	6	6	4	5		28
Überhang	3	0	0	0	0	0		3
Ausgleich	0	1	1	1	0	1		4
MV	307.263	139.689	172.409	57.895	165.368	39.514		882.138
Proporzsitze	4	2	3	1	3	1		14
Direktmandate	6	0	0	0	0	0		6
Listenplätze	0	2	3	1	3	1		10
Überhang	2	0	0	0	0	0		2
Ausgleich	0	0	0	0	1	0		1

Fortführung nächste Seite.

¹⁰⁰ Zur systemimmanenten Konsistenz negativer Ausgleichsmandate siehe *Behnke* (Fn. 73), S. 5 f.

Tabelle 4 (Fortführung)

	CDU	SPD	AfD	FDP	LINKE	Grüne	CSU	Σ
NI	1.623.481	1.275.172	422.362	431.405	322.979	404.825		4.480.224
Proporzsitze	21	20	7	7	5	6		66
Direktmandate	16	14	0	0	0	0		30
Direktmandate	5	6	7	7	5	6		36
Überhang	0	0	0	0	0	0		0
Ausgleich	0	3	1	1	1	1		7
NW	3.214.013	2.557.876	928.425	1.293.052	736.904	744.970		9.475.240
Proporzsitze	42	41	15	20	12	12		142
Direktmandate	38	26	0	0	0	0		64
Listenplätze	4	15	15	20	12	12		78
Überhang	0	0	0	0	0	0		0
Ausgleich	-1	6	2	3	2	2		14
RP	848.003	570.518	265.688	245.235	160.912	179.233		2.269.589
Proporzsitze	11	9	4	4	3	3		34
Direktmandate	14	1	0	0	0	0		15
Listenplätze	0	8	4	4	3	3		22
Überhang	3	0	0	0	0	0		3
Ausgleich	0	1	0	1	1	1		4
SL	189.573	158.895	58.920	44.477	75.448	35.117		562.430
Proporzsitze	2	3	1	1	1	1		9
Direktmandate	3	1	0	0	0	0		4
Listenplätze	0	2	1	1	1	1		6
Überhang	1	0	0	0	0	0		1
Ausgleich	-1	1	0	0	0	1		1
SN	665.751	261.105	669.940	203.662	398.627	113.608		2.312.693
Proporzsitze	9	4	11	3	6	2		35
Direktmandate	12	0	3	0	1	0		16
Listenplätze	0	4	8	3	5	2		22
Überhang	3	0	0	0	0	0		3
Ausgleich	0	0	2	0	1	0		3
ST	377.411	188.980	244.401	96.555	220.858	46.243		1.174.448
Proporzsitze	5	3	4	2	4	1		19
Direktmandate	9	0	0	0	0	0		9
Listenplätze	0	3	4	2	4	1		14
Überhang	4	0	0	0	0	0		4
Ausgleich	0	0	0	1	1	0		2
SH	583.135	399.505	140.362	216.844	124.678	205.471		1.669.995
Proporzsitze	8	6	2	3	2	3		24
Direktmandate	10	1	0	0	0	0		11
Listenplätze	0	5	2	3	2	3		15
Überhang	2	0	0	0	0	0		2
Ausgleich	1	1	0	0	0	0		2
TH	372.258	171.032	294.069	101.129	218.212	53.340		1.210.040
Proporzsitze	5	3	5	2	3	1		19
Direktmandate	8	0	0	0	0	0		8
Listenplätze	0	3	5	2	3	1		14
Überhang	3	0	0	0	0	0		3
Ausgleich	0	0	1	1	0	0		2
Zweitstimmen	12.447.65	9.539.381	5.878.115	4.999.44	4.297.27	4.158.400	2.869.68	44.189.95
Mandate	164	151	94	80	69	67	38	663
Mit Überhang	200	153	94	80	69	67	46	709
Ausgleich	0	20	11	15	10	10	-1	65
Preis pro Sitz	62.238	62.349	62.533	62.493	62.279	62.066	62.385	

Quelle: Bundeswahlleiter (Daten).¹⁰¹ Eigene Berechnung und Darstellung.

¹⁰¹ Bundeswahlleiter (Fn. 79), S. 391-393.

D. Stärke der Novelle von 2013

Die zweite Unterverteilung ist das Endergebnis der Sitzzuteilung. Sehr gut zu erkennen ist die geringe Streuung beim „Preis pro Sitz“. Es handelt sich um die Zahl der Zweitstimmen, die eine Partei durchschnittlich benötigt, um einen Sitz im Deutschen Bundestag zu erhalten. Starke Abweichungen bei diesem Wert waren ein Auslöser für den Reformprozess des Bundeswahlgesetzes. Hatte eine Partei viele Überhangmandate, sank die Zahl der Zweitstimmen, die diese Partei für die gleiche Zahl an Abgeordneten brauchte. Besonders sichtbar wird dies bei der Bundestagswahl 2017 am Ergebnis der ersten Unterverteilung, in der noch kein Ausgleich erfolgt war. Die CDU brauchte 62.238 Zweitstimmen für einen Sitz im Deutschen Bundestag, die FDP 76.915. Bei 164 Sitzen gesamt konnte die CDU im Vergleich zur FDP circa 2,4 Millionen fehlende Zweitstimmen durch Überhangmandate kompensieren. Im neuen Sitzzuteilungsverfahren glätten zusätzliche Ausgleichsmandate für die übrigen Parteien diese Streuung ab.¹⁰² Im Endergebnis ist bei allen zu berücksichtigenden Parteien der „Preis“ mit rund 62.000 Zweitstimmen pro Sitz im Deutschen Bundestag nahezu identisch.

E. Kritik und weiterer Reformbedarf

I. Gesamtzahl der Abgeordneten

Anlass zu Kritik gibt die hohe Zahl an Abgeordneten. Die nur vier Überhänge bei der Bundestagswahl 2013 erzeugten durch die Novelle desselben Jahres bereits 29 Ausgleichsmandate.¹⁰³ Bei 24 Überhängen, wie bei der Bundestagswahl 2009 wäre die Zahl der Ausgleichsmandate auf 47 gestiegen, die Zahl der Abgeordneten auf 669.¹⁰⁴ Mit 49 Überhangmandaten¹⁰⁵ und 65 Ausgleichsmandaten¹⁰⁶ hat der Deutsche Bundestag nach der Bundestagswahl 2017 sogar 709¹⁰⁷ Abgeordnete.

¹⁰² Vgl. *Pukelsheim* (Fn. 44), S. 157.

¹⁰³ *Lang*, Hat sich das neue Wahlrecht bewährt?, ZRP 2013, 225 (225); *Behnke* ging 2013, freilich ohne nähere Begründung, von „ungefähr 20 zusätzlichen“ Mandaten für jedes Überhangmandat allein der CSU und einer „Größenordnung von 750 Sitzen“ aus, siehe *Behnke* (Fn. 73), S. 8.

¹⁰⁴ Eigene Berechnung.

¹⁰⁵ Damit deutlich mehr als in BVerfGE 121, 266 für noch verfassungskonform erklärt. Allerdings steht BVerfGE 121, 266 im Kontext ausgleichsloser Überhangmandate, siehe BVerfGE 131, 316 (339 f., 357).

¹⁰⁶ Zur detaillierten Aufschlüsselung nach Parteien siehe Bundeswahlleiter (Fn. 79), S. 394-396.

¹⁰⁷ Bundeswahlleiter (Fn. 79), S. 394.

Mit einem weiteren Auseinanderfallen, insbesondere bei den Unionsparteien, von schlechten Zweitstimmenergebnissen bei kontinuierlich vielen Direktmandaten wird die Zahl der Überhangmandate und damit verbunden der Ausgleichsmandate weiter zunehmen.¹⁰⁸ Am 12.2.2017, aus Anlass der Wahl des Bundespräsidenten, warnte Bundestagspräsident *Lammert* vor einer „unabsehbaren Größenordnung“ und stellte in Aussicht, das Reichstagsgebäude könne in Zukunft für den Deutschen Bundestag und insbesondere für die Bundesversammlung zu klein werden.¹⁰⁹ Mit 709 Abgeordneten und 1.418 Vertretern in der Bundesversammlung sind die logistischen Kapazitäten des Reichstagsgebäudes erreicht.¹¹⁰ Zusätzlich stellt sich rechtspolitisch die Kostenfrage bei mehr als 100 zusätzlichen Mandatsträgern.

II. Nachrücken in den Überhang

In einer weiteren Kritik machen Ausgleichsmandate für Überhänge ein Nachrücken in den Überhang erforderlich.¹¹¹ Scheidet ein Abgeordneter einer überhängenden Landesliste gemäß § 48 Abs. 1 BWahlG aus dem Deutschen Bundestag aus und bleiben die Ausgleichsmandate anderer Parteien für den bisherigen Überhang erhalten, dann verlöre die Partei des ausscheidenden Abgeordneten nicht nur einen Sitz im Deutschen Bundestag, sondern wäre durch den dann zu hohen Ausgleich der übrigen Parteien zusätzlich benachteiligt. Würden aber Ausgleichsmandate beim Wegfall eines Überhangs neu berechnet, dann verlieren die übrigen Parteien einen Teil ihres Ausgleichs. Durch das Ausscheiden des Abgeordneten der einen Partei verlören auch Abgeordnete der übrigen Parteien ihr Mandat. Beide Varianten sind höchst bedenklich und intendieren das Erfordernis eines Nachrückers für den ausscheidenden Abgeordneten auch bei überhängenden Landeslisten.

Allerdings ist der Nachrücker kein Kandidat aus dem Wahlkreis. Neben den parteilosen Bewerbern tritt für jede Partei in jedem Wahlkreis nur ein Kandidat an. Der Nachrücker für den wegfallenden Überhang kommt gemäß § 48 Abs. 1 S. 1 BWahlG von der Landesliste der Partei des ausscheidenden Abgeordneten.¹¹²

¹⁰⁸ Vgl. *Pukelsheim* (Fn. 44), S. 154.

¹⁰⁹ *Goderbauer/Lübbecke*, Reform der Bundestagswahlkreise. Unterstützung durch mathematische Optimierung, ZParl 1 (2019), 3 (3) m. w. N.

¹¹⁰ Entsprechend greift *Wolfgang Schäuble* als Nachfolger im Amt des Bundestagspräsidenten die Initiative seines Vorgängers auf, *Goderbauer/Lübbecke* (Fn. 109), S. 3 f.

¹¹¹ Vgl. *Ridder* (Fn. 3), S. 56 f.

¹¹² Vgl. BVerfGE 97, 317 (324).

Diese Landesliste hatte aber gerade keinen Anspruch auf den Sitz, andernfalls wäre der ursprüngliche Überhang aus einem zu geringen Proporzanspruch der Landesliste nicht entstanden. Das Mandat des nachrückenden Listenkandidaten ist von der Unterstützung des Wählers für die Landesliste nicht gedeckt, sondern stammt aus der Unterstützung für den ausgeschiedenen Direktkandidaten.¹¹³ Dem hält *Schreiber* entgegen, durch den Ausgleich seien im neuen Wahlrecht alle Überhangmandate mit Zweitstimmen unterlegt.¹¹⁴

Richtig ist zwar, dass der „Preis pro Sitz“ in Zweitstimmen unter den Parteien durch Ausgleichsmandate angeglichen wird. Dies ändert aber nicht den ursprünglichen Wählerwillen einen Direktkandidaten unterstützt zu haben – und keineswegs zwingend auch dessen Partei. Der Charakter einer Direktwahl liegt gerade in der personen-, nicht parteibezogenen Wahl.

Unter der Prämisse, dass mit der Erststimme ein Kandidat und nicht dessen Partei gewählt wird, wird durch die Umdeutung von Erst- zu Zweitstimmen der Wählerwille gebrochen.¹¹⁵ Eine Angleichung im „Preis pro Sitz“ kann diese Umdeutung nicht beseitigen.¹¹⁶ Zur Vermeidung verfassungsrechtlich bedenklicher Folgen der Ausgleichsmandate wird das ebenfalls bedenkliche Nachrücken in den Überhang ermöglicht.¹¹⁷

III. Mängel im Gesetzeswortlaut

Auch der Normtext ist in dieser Hinsicht unscharf. Wenn in § 6 Abs. 3 S. 1 BWahlG davon die Rede ist, an der „Verteilung der Sitze [...] werden Parteien berücksichtigt, die in [...] drei Wahlkreisen einen Sitz errungen haben“, ist dies mindestens missverständlich. Im Wahlkreis treten keine Parteien, sondern Direktkandidaten an.

¹¹³ Vgl. BVerfGE 97, 317 (327). Eine Alternative zum Nachrücken aus der Landesliste bei Ausscheiden von Abgeordneten aus dem Deutschen Bundestag kann die Nachwahl im Wahlkreis sein, siehe § 15 Wahlgesetz zum ersten Bundestag und zur ersten Bundesversammlung der Bundesrepublik Deutschland vom 15.6.1949, BGBl. I, S. 23. Eine weitere Möglichkeit ist die Mitwahl von Ersatzkandidaten schon bei der Hauptwahl, vgl. ebd., S. 322, 326.

¹¹⁴ *Schreiber*, in: Friauf/Höfling (Fn. 15), Art. 38 Rn. 278.

¹¹⁵ Vgl. BVerfGE 97, 317 (325, 328).

¹¹⁶ So auch *Behnke* (Fn. 73), S. 9 und *Pukelsheim* (Fn. 78), S. 224 f.

¹¹⁷ In der bis 21.3.2008 geltenden Fassung des § 48 Abs. 1 BWahlG war ein Nachrücken in den Überhang vorgesehen. Mit BVerfGE 97, 317 (Leitsatz) war diese Regelung nicht mehr anwendbar. In der Fassung zwischen dem 21.3.2008 und 9.5.2013 hat der Gesetzgeber diese Entscheidung des *Bundesverfassungsgerichts* als neuen § 48 Abs. 1 S. 2 BWahlG umgesetzt und in der Fassung vom 9.5.2013 wegen des neuen Sitzzuteilungsverfahrens mit Ausgleichsmandaten wieder gestrichen.

Hinzu kommen weitere unklare Formulierungen. Die „abgegebenen Zweitstimmen“ in § 6 Abs. 1 S. 1 BWahlG und die „abgegebenen gültigen Zweitstimmen“ in § 6 Abs. 3 S. 1 BWahlG intendieren, es handele sich bei den nur abgegebenen Zweitstimmen auch um die ungültigen Zweitstimmen. Eine solche Regelung ist in anderen Wahlgesetzen geläufig. Nach § 18 Hs. 1 LWahlG Berlin ist die Zahl der nur abgegebenen, auch ungültigen, Zweitstimmen Grundlage für die Berechnung der Sperrklausel. Auf der anderen Seite sollen die abgegebenen Zweistimmen „für jede Landesliste“ zusammengezählt werden. Ungültige Stimmen zeichnen sich regelmäßig gerade dadurch aus, dass der Wählerwille keiner Landesliste sicher zugeordnet werden kann. Trotz der unterschiedlichen Formulierung können i. E. auch in § 6 Abs. 1 S. 1 BWahlG nur die gültigen Zweitstimmen gemeint sein.¹¹⁸

Der Normtext des § 6 BWahlG begegnet damit schon wegen seines widersprüchlichen Wortlauts, erst recht aber wegen seiner grundlegenden Komplexität, erheblichen Einwänden hinsichtlich des Bestimmtheitsgebotes aus Art. 20 Abs. 3 GG.¹¹⁹ Von einer „normenklare(n) und verständliche(n) Grundlage“¹²⁰ könnte das aktuelle Wahlrecht kaum entfernt sein.¹²¹ Im demokratischen Gemeinwesen muss es für die breite Bevölkerung möglich sein, auch ohne vertieftes Studium, den Prozess von der eigenen Stimmabgabe hin zu den politischen Mandaten im Parlament nachzuvollziehen. Ein Wahlsystem, das diesen Transfer nicht leistet, riskiert, die Anerkennung durch den Bürger und damit seine Legitimität zu verlieren.¹²²

F. Reformentwurf von Bündnis90/Die Grünen, FDP und DIE LINKE

I. Konzeption

Die Fraktionen Bündnis90/Die Grünen, FDP und DIE LINKE haben am 6.11.2019 einen Entwurf zur erneuten Reform des Bundeswahlgesetzes vorgelegt.¹²³

¹¹⁸ Weitere Wortlautmängel siehe bei *Schönberger*, Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung am 5.10.2020, Deutscher Bundestag, Ausschuss für Inneres und Heimat, Ausschussdrucksache 19(4)584 B, S. 4 f.

¹¹⁹ *Schönberger* (Fn. 118), S. 4 f.; als „im Ergebnis noch hinreichend verständlich“ bei *Grzeszick*, Stellungnahme zu den Gesetzesentwürfen BT-Drucks. 19/22504 und BT-Drucks. 19/13512 und BT-Drucks. 19/22894, Deutscher Bundestag, Ausschuss für Inneres und Heimat, Ausschussdrucksache 19(4)584 E, S. 11.

¹²⁰ BVerfGE 121, 266 (316); vgl. *Isensee* (Fn. 1), S. 271.

¹²¹ Vgl. *Behnke* (Fn. 73), S. 8 f.

¹²² Vgl. v. *Arnim* et. al.: Verkleinert den Bundestag!, DIE WELT v. 20.9.2019, S. 3.

¹²³ BT-Drucks. 19/14672.

Kernanliegen ist die Reduzierung der Wahrscheinlichkeit des Auftretens von Überhangmandaten.¹²⁴ Insoweit Überhänge durch die Verrechnung von Direktmandaten mit nicht genügend Proporzsitzen entstehen, können Überhänge auf der Ebene der Erststimme durch eine Reduzierung der Direktmandate und bei der Zweitstimme durch eine Erhöhung der zu verteilenden Proporzsitze minimiert werden. Beide Möglichkeiten greift der Entwurf auf.

1. Erhöhung der Proporzsitze

Der Deutsche Bundestag besteht, vorbehaltlich Überhängen und Ausgleichsmandaten, aus 598 Abgeordneten. Nach Art. 1 Nr. 2 lit. a des Entwurfs wird diese Anzahl auf 630 angehoben.¹²⁵ Die Sitze werden entsprechend dem Zweitstimmenverhältnis auf die Parteien verteilt (Oberverteilung). Dafür wird nach bekanntem Verfahren ein Bundesdivisor aus den zu vergebenden Sitzen und den insgesamt zu berücksichtigenden Zweitstimmen bundesweit gebildet. Die Zweitstimmen der Parteien werden durch diesen Divisor geteilt. Soweit erforderlich wird der Divisor angepasst, um die korrekte Anzahl von 630 Mandaten zuzuweisen.

Tabelle 5: Reformentwurf vom 6.11.2019 (Oberverteilung)

Partei	Zweitstimmen	Bundesdivisor 70.143	Bundesdivisor 70.127
CDU	12.447.656	177	178
SPD	9.539.381	136	136
AfD	5.878.115	84	84
FDP	4.999.449	71	71
DIE LINKE	4.297.270	61	61
B'90/Grüne	4.158.400	59	59
CSU	2.869.688	41	41
	44.189.959	629	630

Quelle: Bundeswahlleiter (Daten).¹²⁶ Eigene Berechnung und Darstellung.

¹²⁴ BT-Drucks. 19/14672, S. 1, 6.

¹²⁵ Vgl. ebd., S. 3 f.

¹²⁶ Bundeswahlleiter (Fn. 79), S. 390.

2. Ausgleich für globale Überhänge

Nach dem bisherigen Sitzzuteilungsverfahren wird ein Ausgleich für jede überhängende Landesliste einzeln zugeteilt. Für jeden Überhang einer Landesliste erhalten die übrigen Parteien im selben Bundesland Ausgleichsmandate. Dadurch kann potentiell jede Landesliste in jedem Bundesland Überhang- und Ausgleichsmandate verursachen. Der Entwurf der Oppositionsfraktionen sieht Ausgleichsmandate nur noch für den Fall globaler Überhangmandate vor. Zu einem Ausgleich soll es künftig nur noch kommen, soweit eine Partei bundesweit mehr Direktmandate erreicht hat als dieser Partei bundesweit Proporzsitze zustehen.¹²⁷ Ausgleichsmandate sind damit nur erforderlich, sobald eine Partei Überhänge nicht mehr intern, durch Listenmandate in anderen Bundesländern, kompensieren kann. Dazu ist es in der Geschichte der Wahlen zum Deutschen Bundestag, außerhalb des Sonderfalls CSU mit nur einer Landesliste (stets globaler Überhang), noch nicht gekommen, wenn auch die CDU bei der Wahl im Jahr 2009 mit jeweils 173 Direktmandaten und 173 Proporzsitzen diese Grenze genau erreicht hat.¹²⁸ Es kommt diesem Berechnungsschritt daher zunächst keine Bedeutung zu.

3. Verringerung der Wahlkreise

a) Ein disproportionaler Verhältnis

Um Überhänge zu vermeiden, soll zusätzlich zur Erhöhung der Gesamtsitze auf 630, die Anzahl der Direktmandate auf 250 abgesenkt werden.¹²⁹ Eine Verschiebung des planmäßig paritätischen Verhältnisses von 299 über die Landeslisten gewählten Abgeordneten zu 299 Direktmandaten zugunsten der Verhältniswahl entspricht bereits dem Status Quo. Ausgleichsmandate im bisherigen Wahlsystem sind Proporzsitze und werden mit Listenkandidaten besetzt. Das Verhältnis von Direktkandidaten und Proporzsitzen beträgt heute, bei 709 Abgeordneten gesamt, 410 Listenplätze zu 299 direkt gewählten Abgeordneten. Dies entspricht einem Verhältnis von etwa 42 % zu 58 % zugunsten der Verhältniswahl.¹³⁰

¹²⁷ Vgl. BT-Drucks. 19/14672, S. 4.

¹²⁸ Bundeswahlleiter, Wahl zum 17. Deutschen Bundestag am 27. September 2009, Heft 5: Textliche Auswertung der Wahlergebnisse, 2005, S. 61, 106.

¹²⁹ BT-Drucks. 19/14672, S. 3; siehe auch *Boehl* (Fn. 96), S. 199; *Dehmel/Jesse* (Fn. 75), S. 209 f.

¹³⁰ Vgl. BT-Drucks. 19/14672, S. 8; *Pukelsheim* (Fn. 44), S. 157.

Mit 630 Abgeordneten insgesamt, 250 Wahlkreisen und 380 Proporzsitzen, bietet der Entwurf der Oppositionsfraktionen ein etwa identisches Verhältnis.¹³¹ Der Charakter des BWahlG als einer Verhältniswahl,¹³² welche um das Element der Personenwahl nur ergänzt wird, bleibt unberührt.

b) Empirische Optimierung

Das Bundeswahlgesetz setzt im Wesentlichen drei Bedingungen an den Zuschnitt der Wahlkreise. Die Grenzen der Bundesländer sind gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 1 BWahlG zwingend einzuhalten, die Abweichung von der durchschnittlichen Bevölkerungszahl in jedem Wahlkreis darf gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 1 Hs. 2 BWahlG 25 % nicht überschreiten und die Wahlkreise sind gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 4 BWahlG als zusammenhängendes Gebiet zu bilden.¹³³ § 3 Abs. 1 Nr. 1-4 BWahlG verhindert eine Über- oder Unterrepräsentation einzelner Bevölkerungsteile, ist damit Ausdruck des Grundsatzes der Wahlrechtsgleichheit gemäß Art. 38 Abs. 1 GG¹³⁴ und durch den Gesetzgeber nicht beliebig veränderbar.¹³⁵ Aus diesem Grund ist vor einer Wahlrechtsreform zwingend zu ermitteln, welche Wahlkreisanzahl (k) die Bedingungen des § 3 Abs. 1 Nr. 1-4 BWahlG erfüllen kann.

Hier verzahnen sich empirische und verfassungsrechtliche Beschränkungen. Insbesondere die bevölkerungsschwachen Bundesländer Saarland und Bremen beschränken die Optionen deutlich.¹³⁶ Erst ab $k = 98$ sinkt die durchschnittliche Abweichung der Bevölkerungszahl erstmals unter 25 %.¹³⁷ Die Wahlkreise sind dabei zunächst noch groß genug, um im Verhältnis zu dem nur einen Wahlkreis im Saarland die Abweichung der Bevölkerungszahl ausreichend gering zu halten. Es existiert keine zulässige Wahlkreiseinteilung für:

$$\{k \in \mathbb{N}_+ \mid 103 \leq k \leq 123\}.$$
¹³⁸

¹³¹ Damit entspricht der Entwurf dem „ungefähren Verhältnis von 60 zu 40“ in § 8 Abs. 2 Wahlgesetz zum ersten Bundestag und zur ersten Bundesversammlung der Bundesrepublik Deutschland vom 15.6.1949, BGBl. 1949 I, S. 23.

¹³² BVerfGE 121, 266 (297); 131, 316 (359).

¹³³ Vgl. *Goderbauer/Lübbecke* (Fn. 109), S. 6; siehe auch *Klein*, in: Maunz/Dürig (Fn. 5), Art. 38 Rn. 124.

¹³⁴ *Klein*, in: Maunz/Dürig (Fn. 5), Art. 38 Rn. 124; *Morlok*, in: Dreier II (Fn. 15), Art. 38 Rn. 107.

¹³⁵ *Badura*, in: BK-GG (Fn. 3), Anh. z. Art. 38: BWahlG Rn. 13, 57, 59 f.; *Trute*, in: v. Münch/Kunig (Fn. 27), Art. 38 Rn. 64.

¹³⁶ *Goderbauer/Lübbecke* (Fn. 109), S. 13.

¹³⁷ *Ebd.*, S. 13 f.

¹³⁸ Parlamentssitze können nur ganzzahlig positiv zugeteilt werden, so dass die Menge der natürlichen Zahlen \mathbb{N} hinreichend ist.

Mit zunehmender Wahlkreisanzahl sinkt die durchschnittliche Bevölkerung und der eine Wahlkreis im Saarland weicht bei der Bevölkerungszahl zu stark ab. Erst ab $k = 124$ werden dem Saarland zwei Wahlkreise zugeteilt und die Bevölkerungsabweichung sinkt.¹³⁹ Für Bremen verhält es sich analog mit:

$$\{k \in \mathbb{N}_+ \mid 163 \leq k \leq 194\}.$$

Auch hier sind keine zulässigen Wahlkreiseinteilungen möglich.¹⁴⁰ Erst ab $k \geq 195$ ist jede weitere Anzahl uneingeschränkt möglich. Es sind i. E. unter den Bedingungen des § 3 Abs. 1 Nr. 1-4 BWahlG überhaupt nur 98 bis 102 und 124 bis 162, sowie 195 und mehr Wahlkreise zulässig:

$$(1) \{k \in \mathbb{N}_+ \mid 098 \leq k \leq 102\},$$

$$(2) \{k \in \mathbb{N}_+ \mid 124 \leq k \leq 162\},$$

$$(3) k \geq 195.$$

Damit ist etwa der Reformvorschlag des kürzlich verstorbenen Vizepräsidenten des Deutschen Bundestages *Thomas Oppermann*, MdB (SPD) mit 120 Wahlkreisen bereits rechnerisch unmöglich, ohne die Grenzen des § 3 Abs. 1 Nr. 1-4 BWahlG zu verletzen.¹⁴¹

Es lässt sich zusätzlich die Wahlkreisanzahl mit der geringsten mittleren Abweichung berechnen. Für $k = 248$ liegt die maximale Abweichung bei 4,65 %.¹⁴² Dies ist die zulässige und am *Telos* des § 3 Abs. 1 Nr. 1-4 BWahlG für die Wahl zum Deutschen Bundestag am besten geeignete Anzahl von Wahlkreisen.¹⁴³ Mit 250 Direktmandaten liegt der Entwurf sehr nahe an diesem Optimum, obgleich eine sachliche Begründung der Oppositionsparteien für genau diesen Wert fehlt und die Auswahl damit willkürlich erscheint.¹⁴⁴

¹³⁹ *Goderbauer/Lübbecke* (Fn. 109), S. 15.

¹⁴⁰ *Ebd.*

¹⁴¹ *Oppermann/Klecha*, Quadratur des Kreises: Kleiner, weiblicher, besser – eine Reform des Wahlrechts für den Bundestag, FAZ v. 6.12.2018, S. 8; *Goderbauer/Lübbecke* (Fn. 109), S. 11, 15.

¹⁴² *Goderbauer/Lübbecke* (Fn. 109), S. 15.

¹⁴³ Zu den Modellrechnungen einer Reduktion auf 200 Wahlkreise siehe *Pukelsheim* (Fn. 44), S. 158 f. Zum Problem der bevölkerungsschwachen Bundesländer Bremen und Saarland siehe *ebd.*, S. 160.

¹⁴⁴ Vgl. *Goderbauer/Lübbecke* (Fn. 109), S. 4 f.; für Simulationen mit 270, 250, 240, 230 und 200 Wahlkreisen siehe *Pukelsheim*, Bundestag der Tausend – Berechnungen zu Reformvorschlägen für das Bundeswahlgesetz, ZParl 3 (2019), 469 (469-471).

4. Interne Kompensation

Nach § 6 Abs. 4 S. 1 des Entwurfs ist nur noch eine Unterverteilung vorgesehen. Die den Parteien in der Oberverteilung zugewiesenen Sitze werden entsprechend den Proporzansprüchen den Landeslisten zugeteilt.¹⁴⁵ Neu und entscheidend ist Satz 2. Jeder Landesliste wird mindestens die Zahl der in den Wahlkreisen des Bundeslandes von der Partei errungenen Sitze zugeteilt,¹⁴⁶ und zwar ohne, dass sich die Gesamtzahl der Sitze erhöht. Direktmandate sollen nicht mehr mit dem Proporzanspruch verrechnet werden, sondern die Listenplätze werden künstlich soweit erhöht, dass keine Überhangmandate mehr entstehen. Dadurch werden zunächst insgesamt so viele Proporzsitze zu viel zugeteilt, wie Überhangmandate entstanden wären. Um die Gesamtzahl von 630 Sitzen einzuhalten, wird der Parteidivisor erhöht. Mit einem höheren Divisor werden den Landeslisten ohne Überhang weniger Sitze zugeteilt. Überhangmandate der einen Landesliste werden durch Proporzsitze anderer Landeslisten derselben Partei (intern) kompensiert.

Im Wortlaut des Entwurfs unklar, aber systemimmanent notwendig, ist die mehrfache Wiederholung dieser internen Kompensation. Durch die Erhöhung des Divisors stehen Landeslisten, die bisher keinen Überhang hatten, weniger Proporzsitze zu. Da die Zahl der Direktmandate gleich bleibt *kann* es durch die interne Kompensation zu neuen Überhangmandaten kommen. Diese müssen durch eine erneute Erhöhung des Divisors wiederum kompensiert werden. Zwar könnte der Divisor auch schon bei der ersten Kompensation stärker erhöht werden, allerdings lässt sich nicht vorhersagen, wie weit diese Erhöhung ausfallen muss, um alle durch die Erhöhung neu entstehenden Überhänge zu kompensieren. Dieses System funktioniert allerdings nur so lange, wie einer Partei bundesweit mehr Proporzsitze zustehen, als Direktmandate erreicht wurden. Für den Fall globaler Überhänge werden Ausgleichsmandate zugeteilt.¹⁴⁷

Um dieses Verfahren möglichst nahe an den Ergebnissen der Bundestagswahl 2017 zu simulieren, wurden alle Direktmandate mit dem Quotienten aus 250 zu 299 multipliziert und standardgerundet. Dadurch ergibt sich ein realistisches Bild der Verteilung der Direktmandate nach einer Senkung auf 250 Wahlkreise. Es ergeben sich i. E. Überhangmandate nur noch bei der CDU. Mit einem Divisor von 69.500 werden der CDU planmäßig 178 Proporzsitze zugeteilt. Dabei entstehen neun Überhangmandate (BW: 1, BB: 2, MV: 1, ST: 3, TH: 2).

¹⁴⁵ BT-Drucks. 19/14672, S. 4.

¹⁴⁶ Ebd.

¹⁴⁷ Siehe dazu oben **F. I. 2.**

Werden diesen Landeslisten nun künstlich so viele Proporzsitze zusätzlich gegeben, dass keine Überhänge mehr entstehen, erhält die CDU insgesamt 187 Sitze und damit neun zu viel. Daher wird zur internen Kompensation der Divisor auf 75.700 erhöht, wodurch insgesamt wieder 178 Sitze an die Landeslisten der CDU verteilt werden.

Durch diese neun weniger Proporzsitze entstehen allerdings zwei neue Überhangmandate (RP: 1, SN: 1). Erhalten diese beiden Landeslisten nun ebenfalls künstlich je einen Proporzstz mehr, erhält die CDU insgesamt 180 Sitze, weswegen der Divisor erneut anzupassen ist. Mit einem Divisor 76.200 werden diese beiden Sitze zwar kompensiert, nun entsteht aber wiederum ein Überhang im Saarland. Auch hier wird wieder künstlich ein Proporzstz zusätzlich zugeteilt und der Divisor angepasst. Nachdem nun noch in Hessen ein Überhang auftaucht und das Prozedere wiederholt wird, entstehen nach dem vierten Durchlauf mit einem Divisor von 77.150 keine neuen Überhänge bei den Landeslisten der CDU. Es werden insgesamt 178 Proporzsitze zugeteilt und alle Überhänge sind intern kompensiert. Die Gesamtzahl von 630 Abgeordneten wird eingehalten. Einzelergebnisse sind Tabelle 6 zu entnehmen. In Klammern sind zur Veranschaulichung die Werte aus der tatsächlichen Zuteilung der Bundestagswahl 2017 nach dem aktuellen Wahlsystem dargestellt.

Tabelle 6: Reformentwurf vom 6.11.2019 (Unterverteilung)

	CDU	SPD	AfD	FDP	LINKE	Grüne	CSU	Σ
Parteidivisor	77.446	72.637	69.571	70.316	71.773	71.941	70.856	
BW	2.061.687	982.370	730.499	762.008	380.727	807.205		5.724.496
Proporzsitze	31 (27)	14 (16)	11 (11)	11 (12)	5 (6)	11 (13)		83 (85)
Direktmandat	31 (38)	0 (0)	0 (0)	0 (0)	0 (0)	0 (0)		31 (38)
Listenplätze	0 (0)	14 (16)	11 (11)	11 (12)	5 (6)	11 (13)		52 (58)
Überhang	0 (11)	0 (0)	0 (0)	0 (0)	0 (0)	0 (0)		0 (11)
Ausgleich	/ (0)	/ (3)	/ (1)	/ (2)	/ (1)	/ (2)		/ (9)
BY		1.130.931	916.300	751.248	450.803	722.116	2.869.688	6.841.086
Proporzsitze		16 (18)	13 (14)	11 (12)	6 (7)	10 (11)	41 (38)	97 (100)
Direktmandat		0 (0)	0 (0)	0 (0)	0 (0)	0 (0)	38 (46)	38 (46)
Listenplätze		16 (18)	13 (14)	11 (12)	6 (7)	10 (11)	3 (0)	59 (62)
Überhang		0 (0)	0 (0)	0 (0)	0 (0)	0 (0)	0 (8)	0 (8)
Ausgleich		/ (3)	/ (1)	/ (2)	/ (1)	/ (1)	/ (-1)	/ (7)
BE	424.321	334.253	225.170	167.046	351.170	234.947		1.736.907
Proporzsitze	5 (6)	5 (5)	3 (4)	2 (3)	5 (6)	3 (4)		23 (28)
Direktmandat	3 (4)	3 (3)	0 (0)	0 (0)	3 (4)	1 (1)		10 (12)
Listenplätze	2 (2)	2 (2)	3 (4)	2 (3)	2 (2)	2 (3)		13 (16)
Überhang	0 (0)	0 (0)	0 (0)	0 (0)	0 (0)	0 (0)		0 (0)
Ausgleich	/ (0)	/ (0)	/ (1)	/ (1)	/ (1)	/ (1)		/ (4)
BB	397.839	261.822	301.103	105.485	255.721	74.971		1.396.941
Proporzsitze	8 (5)	4 (4)	4 (5)	2 (2)	4 (4)	1 (1)		23 (21)
Direktmandat	8 (9)	1 (1)	0 (0)	0 (0)	0 (0)	0 (0)		9 (10)
Listenplätze	0 (0)	3 (3)	4 (5)	2 (2)	4 (4)	1 (1)		14 (15)
Überhang	0 (4)	0 (0)	0 (0)	0 (2)	0 (0)	0 (0)		0 (4)
Ausgleich	/ (0)	/ (0)	/ (1)	/ (1)	/ (0)	/ (0)		/ (2)
HB	83.409	88.944	33.244	31.056	44.629	36.733		318.015
Proporzsitze	1 (1)	2 (1)	0 (1)	0 (0)	1 (1)	1 (1)		5 (5)
Direktmandat	0 (0)	2 (2)	0 (0)	0 (0)	0 (0)	0 (0)		2 (2)
Listenplätze	1 (1)	0 (0)	0 (1)	0 (0)	1 (1)	1 (1)		3 (4)
Überhang	0 (0)	0 (1)	0 (0)	0 (0)	0 (0)	0 (0)		0 (1)
Ausgleich	/ (0)	/ (0)	/ (0)	/ (0)	/ (0)	/ (0)		/ (0)
HH	266.312	229.862	76.511	105.610	119.076	136.371		933.742
Proporzsitze	3 (4)	4 (4)	1 (1)	2 (2)	2 (2)	2 (2)		14 (15)
Direktmandat	1 (1)	4 (5)	0 (0)	0 (0)	0 (0)	0 (0)		5 (6)
Listenplätze	2 (3)	0 (0)	1 (1)	2 (2)	2 (2)	2 (2)		9 (10)
Überhang	0 (0)	0 (1)	0 (0)	0 (0)	0 (0)	0 (0)		0 (1)
Ausgleich	/ (1)	/ (1)	/ (0)	/ (1)	/ (0)	/ (0)		/ (3)
HE	1.033.200	788.427	398.712	386.742	271.158	323.736		3.201.975
Proporzsitze	14 (14)	11 (12)	6 (6)	6 (6)	4 (4)	5 (5)		46 (47)
Direktmandat	14 (17)	4 (5)	0 (0)	0 (0)	0 (0)	0 (0)		18 (22)
Listenplätze	0 (0)	7 (7)	6 (6)	6 (6)	4 (4)	5 (5)		28 (28)
Überhang	0 (3)	0 (0)	0 (0)	0 (0)	0 (0)	0 (0)		0 (3)
Ausgleich	/ (0)	/ (1)	/ (1)	/ (1)	/ (0)	/ (1)		/ (4)
MV	307.263	139.689	172.409	57.895	165.368	39.514		882.138
Proporzsitze	5 (4)	2 (2)	2 (3)	1 (1)	2 (3)	1 (1)		13 (14)
Direktmandat	5 (6)	0 (0)	0 (0)	0 (0)	0 (0)	0 (0)		5 (6)
Listenplätze	0 (0)	2 (2)	2 (3)	1 (1)	2 (3)	1 (1)		8 (10)
Überhang	0 (2)	0 (0)	0 (0)	0 (0)	0 (0)	0 (0)		0 (2)
Ausgleich	/ (0)	/ (0)	/ (0)	/ (0)	/ (1)	/ (0)		/ (1)

Fortführung nächste Seite.

Tabelle 6 (Fortführung)

	CDU	SPD	AfD	FDP	LINKE	Grüne	CSU	Σ
NI	1.623.481	1.275.172	422.362	431.405	322.979	404.825		4.480.224
Proporzsitze	21 (21)	18 (20)	6 (7)	6 (7)	5 (5)	6 (6)		62 (66)
Direktmandate	13 (16)	12 (14)	0 (0)	0 (0)	0 (0)	0 (0)		25 (30)
Listenplätze	8 (5)	6 (6)	6 (7)	6 (7)	5 (5)	6 (6)		37 (36)
Überhang	0 (0)	0 (0)	0 (0)	0 (0)	0 (0)	0 (0)		0 (0)
Ausgleich	/ (0)	/ (3)	/ (1)	/ (1)	/ (1)	/ (1)		/ (7)
NW	3.214.013	2.557.876	928.425	1.293.052	736.904	744.970		9.475.240
Proporzsitze	42 (42)	35 (41)	13 (15)	18 (20)	10 (12)	10 (12)		128 (142)
Direktmandate	31 (38)	21 (26)	0 (0)	0 (0)	0 (0)	0 (0)		52 (64)
Listenplätze	11 (4)	14 (15)	13 (15)	18 (20)	10 (12)	10 (12)		76 (78)
Überhang	0 (0)	0 (0)	0 (0)	0 (0)	0 (0)	0 (0)		0 (0)
Ausgleich	/ (-1)	/ (6)	/ (2)	/ (3)	/ (2)	/ (2)		/ (14)
RP	848.003	570.518	265.688	245.235	160.912	179.233		2.269.589
Proporzsitze	12 (11)	8 (9)	4 (4)	3 (4)	2 (3)	2 (3)		31 (34)
Direktmandate	12 (14)	1 (1)	0 (0)	0 (0)	0 (0)	0 (0)		13 (15)
Listenplätze	0 (0)	7 (8)	4 (4)	3 (4)	2 (3)	2 (3)		18 (22)
Überhang	0 (3)	0 (0)	0 (0)	0 (0)	0 (0)	0 (0)		0 (3)
Ausgleich	/ (0)	/ (1)	/ (0)	/ (1)	/ (1)	/ (1)		/ (4)
SL	189.573	158.895	58.920	44.477	75.448	35.117		562.430
Proporzsitze	3 (2)	2 (3)	1 (1)	1 (1)	1 (1)	0 (1)		8 (9)
Direktmandate	3 (3)	1 (1)	0 (0)	0 (0)	0 (0)	0 (0)		4 (4)
Listenplätze	0 (0)	1 (2)	1 (1)	1 (1)	1 (1)	0 (1)		4 (6)
Überhang	0 (1)	0 (0)	0 (0)	0 (0)	0 (0)	0 (0)		0 (1)
Ausgleich	/ (-1)	/ (1)	/ (0)	/ (0)	/ (0)	/ (1)		/ (1)
SN	665.751	261.105	669.940	203.662	398.627	113.608		2.312.693
Proporzsitze	10 (9)	4 (4)	10 (11)	3 (3)	6 (6)	2 (2)		35 (35)
Direktmandate	10 (12)	0 (0)	3 (3)	0 (0)	1 (1)	0 (0)		14 (16)
Listenplätze	0 (0)	4 (4)	7 (8)	3 (3)	5 (5)	2 (2)		21 (22)
Überhang	0 (3)	0 (0)	0 (0)	0 (0)	0 (0)	0 (0)		0 (3)
Ausgleich	/ (0)	/ (0)	/ (2)	/ (0)	/ (1)	/ (0)		/ (3)
ST	377.411	188.980	244.401	96.555	220.858	46.243		1.174.448
Proporzsitze	8 (5)	3 (3)	4 (4)	1 (2)	3 (4)	1 (1)		20 (19)
Direktmandate	8 (9)	0 (0)	0 (0)	0 (0)	0 (0)	0 (0)		8 (9)
Listenplätze	0 (0)	3 (3)	4 (4)	1 (2)	3 (4)	1 (1)		12 (14)
Überhang	0 (4)	0 (0)	0 (0)	0 (0)	0 (0)	0 (0)		0 (4)
Ausgleich	/ (0)	/ (0)	/ (0)	/ (1)	/ (1)	/ (0)		/ (2)
SH	583.135	399.505	140.362	216.844	124.678	205.471		1.669.995
Proporzsitze	8 (8)	6 (6)	2 (2)	3 (3)	2 (2)	3 (3)		24 (24)
Direktmandate	8 (10)	1 (1)	0 (0)	0 (0)	0 (0)	0 (0)		9 (11)
Listenplätze	0 (0)	5 (5)	2 (2)	3 (3)	2 (2)	3 (3)		15 (15)
Überhang	0 (2)	0 (0)	0 (0)	0 (0)	0 (0)	0 (0)		0 (2)
Ausgleich	/ (1)	/ (1)	/ (0)	/ (0)	/ (0)	/ (0)		/ (2)
TH	372.258	171.032	294.069	101.129	218.212	53.340		1.210.040
Proporzsitze	7 (5)	2 (3)	4 (5)	1 (2)	3 (3)	1 (1)		18 (19)
Direktmandate	7 (8)	0 (0)	0 (0)	0 (0)	0 (0)	0 (0)		7 (8)
Listenplätze	0 (0)	2 (3)	4 (5)	1 (2)	3 (3)	1 (1)		11 (14)
Überhang	0 (3)	0 (0)	0 (0)	0 (0)	0 (0)	0 (0)		0 (3)
Ausgleich	/ (0)	/ (0)	/ (1)	/ (1)	/ (0)	/ (0)		/ (2)
Zweitstimmen	12.447.565	9.539.381	5.878.115	4.999.449	4.297.270	4.158.400	2.869.688	44.189.959
Mandate	178 (200)	136 (153)	84 (94)	71 (80)	61 (69)	59 (67)	41 (46)	630 (709)
Preis pro Sitz	69.931	70.143	69.978	70.415	70.447	70.481	69.992	

Quelle: Bundeswahlleiter (Daten).¹⁴⁸ Eigene Berechnung und Darstellung.

¹⁴⁸ Bundeswahlleiter (Fn. 79), S. 381-386.

II. Kritische Würdigung

1. Stärken des Oppositionsentwurfs

a) Im Vergleich zum Status Quo

Dem vorgelegten Entwurf der Oppositionsparteien gelingt es, den wesentlichen Vorteil des aktuellen Wahlsystems, die geringe Streuung im „Preis pro Sitze“ zu erhalten – dadurch werden Überhänge und inverse Erfolgswerte, soweit sie auftreten, ausgeglichen – und den wesentlichen Nachteil, die mit 709 hohe Zahl von Abgeordneten, auf akzeptable 630 zu senken. Trotz der mehrfachen Wiederholung der internen Kompensation bleibt der Aufwand in der Berechnung deutlich hinter dem aktuellen Wahlrecht zurück. Insoweit ist der Entwurf überzeugend.

b) Keine Beeinträchtigung der Wahlkreisarbeit

Der Einwand, die „Betreuung“¹⁴⁹ der Bürger sei durch direkt gewählte Wahlkreisabgeordnete wegen der Verringerung der Anzahl der Wahlkreise beeinträchtigt¹⁵⁰ und eine geografische Vergrößerung der Wahlkreise sei sogar demokratischschädlich,¹⁵¹ ist wenig überzeugend. Zum einen ist es in einer repräsentativen Massendemokratie schon heute völlig ausgeschlossen, dass Abgeordnete zu jedem Bürger im Wahlkreis einen direkten Kontakt pflegen. Vielmehr gibt es unterhalb der Bundesebene Mandatsträger des Landes und der Kommunen, die ebenfalls eine Verbindung zwischen dem Bürger und den demokratischen Institutionen sichern.¹⁵² Dieses repräsentative Mehrebenensystem ist kaum berührt durch eine, wenn auch nicht unbegrenzte, Erhöhung der Anzahl von Bürgern, die in einem Wahlkreis repräsentiert werden. Zum anderen lässt sich eine Kritik an der geografischen Größe des Wahlkreises¹⁵³ weder an der Norm festmachen – § 3 Abs. 1 Nr. 1-4 BWahlG hat die Bevölkerungszahl im Wahlkreis zum Maßstab, nicht dessen Fläche – noch ließe sich der Zielkonflikt einer einheitlichen Geografie und zugleich ähnlicher Bevölkerungsanteile auflösen.

¹⁴⁹ BT-Plenarprotokoll 19/127, S. 15953D. Der Ausdruck „Betreuung“ ist sprachlich missglückt. Wähler werden in repräsentativen Demokratien „vertreten“ und nicht „betreut“, vgl. ebd., S. 15957C.

¹⁵⁰ BT-Drucks. 19/22504, S. 2, 7; BT-Plenarprotokoll 19/127, S. 15957D.

¹⁵¹ BT-Plenarprotokoll 19/127, S. 15954B und 15961B. Diese Argumentation stammt noch aus der Wahlrechtsreform 1996 und der Festlegung der Sollgröße von 598 Abgeordneten, vgl. BT-Drucks. 13/4860, S. 4; BT-Plenarprotokoll 13/129, S. 11640.

¹⁵² Gerz, Die Wahlrechtsreform des Deutschen Bundestages. Könnten die New Yorker „Federalist Papers“ (1788/89) Einsichten und Anstöße vermitteln? Institut für Sozialstrategie, 2020, S. 5.

¹⁵³ Vgl. BT-Plenarprotokoll 19/127, S. 15961D/15961A/B.

Der (bevölkerungsreiche) Wahlkreis Berlin-Friedrichshain-Kreuzberg umfasst nur wenige Bezirksteile, während der (bevölkerungsarme) Wahlkreis Uckermark-Barnim der mehrfachen Fläche der Stadt Berlin entspricht. Auch hier käme es bei einer, wenn auch wiederum nicht unbegrenzten, Vergrößerung zu keiner nennenswerten Änderung des Status Quo. Die Kritik scheint vorgeschoben. Es liegt näher, anzunehmen, dass ein Neuzuschnitt und eine Neuverteilung prestigeträchtiger, parteipolitischer „Erbhöfe“¹⁵⁴ verhindert werden soll. Ein Beispiel hierfür kann das Direktmandat der Kanzlerin im Wahlkreis Vorpommern-Rügen – Vorpommern-Greifswald I sein. Tritt Angela Merkel bei der nächsten Bundestagswahl nicht mehr an, ist dieser Wahlkreis für den Nachfolgekandidaten parteipolitisch bedeutsam. Wird dieser Wahlkreis hingegen aufgelöst und mit umliegenden Wahlkreisen neu zugeschnitten, entfielen diese „Erbschaft“.

c) Keine Gefahr des Gerrymandering

Ein Neuzuschnitt birgt aber womöglich die Gefahr des *Gerrymandering*. *Gerrymandering* ist der politisch motivierte, sachfremde Zuschnitt von Wahlkreisen, mit dem Ziel entweder die relative Wählermehrheit einer bestimmten Bevölkerungsgruppe in möglichst vielen Wahlkreisen zu verhindern (Ausdünnung) oder diese relative Wählermehrheit auf möglichst wenige Wahlkreise (Hochburgen) zu beschränken.¹⁵⁵

Ein grundlegender Neuzuschnitt der Wahlkreise ist indes in der Geschichte der Bundesrepublik nicht ungewöhnlich¹⁵⁶ und ein partikularer Neuzuschnitt erfolgt schon vor jeder Bundestagswahl. Die ständige Wahlkreiskommission gemäß § 3 Abs. 2 BWahlG überprüft die Wahlkreisgrenzen nach Abs. 3 anhand der Bevölkerungsentwicklung vor jeder Bundestagswahl. Mitglied der Wahlkreiskommission ist nach § 3 Abs. 2 S. 2 BWahlG der Präsident des Statistischen Bundesamtes, aus dessen Behörde die Daten für die Bevölkerungsentwicklung stammen. Dieser ist in Personalunion, obgleich nur in gelebter Rechtspraxis, zugleich Bundeswahlleiter.¹⁵⁷ Die Änderung der Wahlkreiszuschnitte erfolgt auf Grundlage des Kommissionsberichtes nach § 3 Abs. 4 BWahlG durch formelles Parlamentsgesetz als Novelle der Anlage zu § 2 Abs. 2 BWahlG und ist demokratisch aus der Parlamentsmehrheit legitimiert.

¹⁵⁴ Dehmel/Jesse (Fn. 75), S. 209.

¹⁵⁵ Vgl. Badura, in: BK-GG (Fn. 3), Anh. z. Art. 38: BWahlG Rn. 59; *VerfGH Rheinland-Pfalz*, Beschl. v. 30.10.2015 - VGH B 14/15, Rn. 38 (juris).

¹⁵⁶ Goderbauer/Lübbecke (Fn. 109), S. 9.

¹⁵⁷ *Bundeswahlleiter*, Der Bundeswahlleiter und seine Aufgaben, abrufbar unter: www.bundeswahlleiter.de/ueber-uns/aufgaben.html (zuletzt abgerufen am 27.12.2020).

Eine vorsätzliche, womöglich sogar unentdeckte, Manipulation ist in diesem System strukturell schwer vorstellbar.¹⁵⁸

2. Die CSU als ein doppeltes wahlsystemimmanentes Problem

a) Stets globaler bayrischer Überhang

Der Entwurf der Oppositionsfraktionen ist durchaus geeignet, eine feste Obergrenze von 630 Mandaten zu garantieren, solange Kandidaten einer Partei nicht bundesweit mehr Direktmandate erreichen, als ihrer Partei Proporzsitze nach Zweitstimmen bundesweit zustehen (globaler Überhang).¹⁵⁹ Offen lässt der Entwurf damit die „Bayrische Frage“. Ohne eine zweite Landesliste können Überhänge der CSU nicht intern kompensiert werden. Überhänge der CSU sind stets auch globale Überhänge und lösen Ausgleichsmandate aus. Durch die Absenkung von 46 auf 38 Wahlkreise in Bayern und einem Anspruch der CSU von 41 der auf 630 erhöhten Proporzsitze entfielen in der Simulation¹⁶⁰ keine Überhänge auf die CSU. Ob längerfristig Überhänge der CSU entstehen, hängt von einem möglichen weiteren Auseinanderfallen schlechter Zweitstimmenergebnisse der CSU bei gleichbleibend hoher Anzahl von Wahlkreisen mit relativer Mehrheit für Kandidaten der CSU ab.¹⁶¹

b) Überproportionales Problemwachstum

Bei alledem ist das Wachstum der Anzahl der Ausgleichsmandate pro Überhangmandat nicht konstant. Je kleiner die Anzahl der Sitze einer Partei ist, desto größer muss die Absenkung des Bundesdivisors sein, damit diese Partei einen Proporzstz mehr erhält. Ein Überhang der CSU verursacht bei den übrigen Parteien mehr Ausgleichsmandate als ein Überhangmandat der CDU. Dies lässt sich an einem einfachen Beispiel aufzeigen. Es seien zehn Sitze zu vergeben und es seien zwei Parteien bei der Sitzzuteilung zu berücksichtigen. Partei A habe 10.000 Stimmen erhalten und Partei B 40.000 Stimmen. Der Divisor beträgt zunächst 5.000 (50.000 Stimmen insgesamt durch zehn Sitze). Partei A erhält damit zwei Sitze (10.000 Stimmen durch 5.000) und Partei B erhält acht Sitze (40.000 Stimmen durch 5.000).

¹⁵⁸ Ein aktuelles Beispiel einer Manipulation durch Reduzierung der Wahlkreise findet sich bei *Kipper*, Ungarns neues Grundgesetz von 2011 und seine Änderungen – Teil 2, WiRO 2014, 8 (10).

¹⁵⁹ Siehe dazu oben **F. 1. 2.** und **F. I. 4.**

¹⁶⁰ Siehe dazu oben **F. I. 4.**

¹⁶¹ Zur kombinierten Simulation aus Stimmensplitting und der Wahlrechtsreform des Jahres 2013 siehe *Weinmann*, Führt das Wahlrecht zur „Aufblähung“ des Bundestages? Simulationsrechnungen auf Basis des neues Bundeswahlgesetzes, ZParl 4 (2013), 719 (726 f., 735).

Soll nun Partei A einen Sitz mehr erhalten, drei anstatt bisher zwei, zum Beispiel um ein Überhangmandat intern zu kompensieren, dann muss der Divisor gesenkt werden. Bei $3.333,3\bar{3}$ erhält Partei A genau drei Sitze. Mit diesem neuen Divisor erhält aber Partei B nicht mehr acht, sondern zwölf Sitze. Ein Sitz mehr für Partei A verursacht vier Sitze mehr für Partei B.

Wird i. E. ein Zuteilungsdivisor abgesenkt, um Partei A einen Proporzstimm mehr zuzuteilen, damit diese Partei einen Überhang intern kompensieren kann, dann erhalten alle übrigen Parteien, die aufgrund ihrer Zweitstimmen relativ größer sind als Partei A, überproportional mehr Sitze zugeteilt. Damit steigt in Systemen mit interner Kompensation die Gesamtzahl der Mandate umso stärker je relativ kleiner eine überhängende Partei ist. Daher verursacht ein Überhang der CSU bei den übrigen Parteien mehr Ausgleichsmandate als ein Überhang der (relativ zur CSU größeren) CDU.

c) Zwischenappell

Die CSU ist im deutschen Wahlsystem mithin ein doppeltes Problem. Zum einen, weil sie über keine zweite Landesliste verfügt und daher Überhänge nicht intern kompensieren kann, zum anderen, weil sie mit Überhängen überproportional viele Ausgleichsmandate bei den übrigen Parteien verursacht. Selbst wenn die CSU bei der Bundestagswahl 2017 in Bayern ausnahmslos *alle* Zweitstimmen erhalten hätte, wären dies nur 15,89 % der bundesweiten Zweitstimmen.¹⁶² Die CSU wird (rechnerisch) immer eine kleine Partei bleiben. Damit sind beide Probleme *unauflösbar*, solange die CSU nur in Bayern zur Bundestagswahl antritt.

Für das Ziel eines verfassungskonformen, allgemein verständlichen und rechtspolitisch dauerhaft tragfähigen Wahlrechts muss der bayrische Sonderweg enden. Die CSU könnte auch in anderen Bundesländern mit eigenen Landeslisten antreten – unter Verzicht auf eine Landesliste der CDU oder in Konkurrenz zu dieser (vgl. § 10 Abs. 1 S. 1 GO-BT) –, oder es könnte die interne Kompensation an die Fraktion, anstatt an die Listenverbindung geknüpft werden, wodurch eine Verrechnung von Überhangmandaten und Landeslistenplätzen innerhalb der – seit *siebzig* Jahren ununterbrochen bestehenden – Fraktionsgemeinschaft aus CDU und CSU möglich würde.

¹⁶² Bundeswahlleiter (Fn. 79), S. 23, 9.

3. Ergebnis: Ein überzeugender Entwurf

In der Gesamtschau ist der Entwurf der Oppositionsfractionen eine geeignete Alternative zur Wahlrechtsreform von 2013. Das Verfahren wird deutlich vereinfacht und die Anzahl der Abgeordneten spürbar gesenkt, wenn auch unter der Prämisse keiner oder nur moderater Überhänge bei der CSU. Die Kritik der Unionsparteien an diesem Entwurf, es sei auch mit diesem Reformvorschlag ein Anstieg der Anzahl der Abgeordneten möglich,¹⁶³ ist insoweit nicht glaubhaft, als die Ursache hierfür bei der CSU und damit einem Teil der Unionsfraktion selbst liegt.¹⁶⁴

Einzelne Überhänge, bei Beachtung der Gleichheit im „Preis pro Sitz“ durch Ausgleichsmandate, sind jedenfalls hinzunehmen als Ausdruck des legitimen Wählerwillens zum Splitting von Erststimme und Zweitstimme.¹⁶⁵ Die Gestaltung des Wahlrechts kann und soll sich nicht präventiv nach dem möglichen Wählerverhalten richten.¹⁶⁶ Die rechtliche Qualität des Wahlrechts ist an den Grundsätzen der Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG und Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG zu messen und nicht an der Volatilität des Parteiensystems. Diesem Maßstab wird der Entwurf der Oppositionsfractionen gerecht.

G. Ausblick: Ein neuer Reformtermin

Eine umfassende Reform des Wahlrechts zum Deutschen Bundestag, mit Geltung noch zum ordentlichen Wahltermin im Herbst 2021, ist nicht mehr möglich. Nach § 21 Abs. 3 S. 4 Hs. 1 BWahlG wird die Aufstellung der Landeslisten für die nächste Bundestagswahl 32 Monate nach Beginn der Wahlperiode, mithin der konstituierenden Sitzung nach Art. 39 Abs. 2 GG am 24.10.2017 in Lauf gesetzt. Die Wahl der Listenkandidaten für die Bundestagswahl im Herbst 2021 ist damit seit dem 25.6.2020 zulässig.¹⁶⁷

¹⁶³ BT-Plenarprotokoll 19/127, S. 15960D/15961A.

¹⁶⁴ Umso bemerkenswerter ist, dass diese Kritik in der parlamentarischen Lesung gerade von einem Abgeordneten der CSU, *Michael Friesser*, vorgetragen wird, siehe ebd.

¹⁶⁵ Vgl. *Klein*, in: Maunz/Dürig (Fn. 5), Art. 38 Rn. 170; siehe auch BVerfGE 131, 316 (339 f., 357).

¹⁶⁶ Vgl. zur Kritik an der *ex-post*-Betrachtung der Rechtsprechung des *Bundesverfassungsgerichts* oben unter **B. III. 1. d).**

¹⁶⁷ In der Bundestagsdebatte vom 14.11.2019 wurde der 25.3.2020 als Stichtag benannt, BT-Plenarprotokoll 19/127, S. 15956B. Damit sind vermutlich die Wahlen für die Vertreterversammlungen, mithin der Landesdelegierten, gemeint, welche nach § 21 Abs. 3 S. 4 BWahlG frühestens 29 Monate nach Beginn der Wahlperiode stattfinden dürfen. Auf die Wahl der Delegierten kommt es aber hinsichtlich der Chancengleichheit der Parteien wohl nicht an.

Eine Novelle hätte vor diesem Termin in Kraft treten müssen. Greift eine Reform des Wahlrechts in den laufenden Prozess der Kandidatenwahl ein oder tritt eine Reform erst nach Aufstellung der Landeslisten in Kraft, dann besteht die Gefahr einer Beeinträchtigung der Chancengleichheit der Parteien nach Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG.¹⁶⁸ Die Aussichten eines Kandidaten auf einem bestimmten Listenplatz ein Mandat zu erhalten, richten sich (auch) nach dem Sitzzuteilungsverfahren. Würde durch eine Reform des Wahlrechts die Anzahl der Abgeordneten von aktuell 709 gesenkt werden, dann blieben Listenbewerber auf Landeslistenplätzen erfolglos, die nach dem aktuellen Wahlrecht noch ein Mandat erhalten hätten. Wird das Wahlsystem geändert, dann verändern sich damit auch die Abwägungen der Landesdelegierten einen Bewerber auf einen bestimmten Listenplatz zu wählen oder nicht. In solche parteipolitischen Überlegungen bei der Kandidatenaufstellung kann der Gesetzgeber nicht nachträglich durch eine Wahlrechtsreform eingreifen, ohne die Chancengleichheit der Parteien zu beeinträchtigen.¹⁶⁹

Nach erneuter Sachverständigenanhörung am 5.10.2020¹⁷⁰ und Beschlussempfehlung des Ausschusses für Inneres und Heimat¹⁷¹ wurde am 8.10.2020 in zweiter und dritter Lesung der Gesetzentwurf der Fraktionen Bündnis90/Die Grünen, FDP und DIE LINKE mit der Mehrheit der Regierungskoalition aus CDU/CSU und SPD abgelehnt.

Die Koalitionäre hatten am 15.9.2020 einen eigenen Entwurf vorgelegt und sich für die Bundestagswahl 2021 auf nur geringfügige Änderungen am Wahlrecht verständigt.¹⁷² Es bleiben bis zu drei Überhangmandate pro Listenverbindung bei der Berechnung der Ausgleichsmandate unberücksichtigt¹⁷³ und Überhangmandate werden mit der Hälfte der Listenmandate nicht überhängender Landeslisten verrechnet.¹⁷⁴

¹⁶⁸ Vgl. *Deutscher Bundestag*, Fragen zu Fristen der Aufstellung von Wahlkreisbewerbern und Landeslistenvorschlägen zur Bundestagswahl, WD 3-3000-082/16 vom 8.3.2016, S. 4 f.; BT-Drucks. 19/15074, S. 3, 6; BT-Drucks. 19/17583, S. 4 f.; zur Debatte siehe auch BT-Plenarprotokoll 19/127, S. 15956B; BT-Plenarprotokoll 19/152, S. 18983B.

¹⁶⁹ *Hahlen*, in: Schreiber, Bundeswahlgesetz, 9. Aufl. 2013, § 21 Rn. 31; kritisch: *Schreiber*, Die Neueinteilung der Wahlkreise für die Wahl zum 14. Deutschen Bundestag – verfassungswidrig? ZRP 1997, 105 (106).

¹⁷⁰ Ausschussdrucksache 19(4)584A-F.

¹⁷¹ BT-Drucks. 19/23187.

¹⁷² BT-Drucks. 19/22504.

¹⁷³ Ebd., S. 1, 5 f., zur Änderung des Bundeswahlgesetzes siehe S. 3 (§ 6 Abs. 5 S. 4 BWahlG)

¹⁷⁴ Ebd., S. 5 f. (§ 6 Abs. 6 S. 2 Hs. 2 BWahlG).

Eine Reformkommission soll für die Bundestagswahl 2025 weitere Empfehlungen erarbeiten;¹⁷⁵ insbesondere soll die Zahl der Wahlkreise dann von aktuell 299 auf 280 sinken.¹⁷⁶

Die Forderung von einhundert Staatsrechtlern in einem offenen Brief, die „Reform des Bundeswahlgesetzes alsbald in Angriff zu nehmen“, kann nicht mehr erfüllt werden.¹⁷⁷ Eine umfassende Reform ist erst zur Bundestagswahl im Herbst 2025 möglich. Die Verzerrung des Wählerwillens bei der Bundestagswahl 2005 und die Entscheidungen des *BVerfG*s hierzu werden dann zwei Jahrzehnte alt sein und die Reform des Bundeswahlgesetzes wird als einer der längsten Reformprozesse in die Geschichte der Bundesrepublik Deutschland eingehen.

¹⁷⁵ BT-Drucks. 19/22504, S. 1, 7.

¹⁷⁶ Ebd., S. 3, 5, 8f.

¹⁷⁷ v. Arnim et. al. (Fn. 122), S. 3.

Johannes Miehling*

Straßenrecht und Klimaschutz: Auf Heizpilz folgt Carsharing

Zur Berücksichtigungsfähigkeit klimaschutzrechtlicher Ziele in straßenrechtlichen Auswahl- und Erlaubnisverfahren nach den jüngsten Gesetzesänderungen zum stationsbasierten Carsharing

Abstract

Seit langer Zeit hält sich das Dogma, wonach die Versagung von straßenrechtlichen Sondernutzungserlaubnissen nicht auf klimaschutzrechtliche Belange oder sonstige Aspekte ohne Straßenbezug gestützt werden könne. Weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur wird das zu einer Art Lehrsatz erstarrte Schlagwort mehr begründet, sein Ursprung augenscheinlich nicht hinterfragt. Auch die bis heute vielbeachtete Heizpilz-Rechtsprechung des *OVG Berlin-Brandenburg* aus dem Jahr 2012, die mit der bis dahin unbestrittenen Rechtsansicht brach, konnte sich nach anfänglichen Debatten nicht nachhaltig durchsetzen. Der folgende Beitrag skizziert den bislang herrschenden Meinungsstand zum Verhältnis von Klimaschutz und Straßenrecht und erörtert, warum er anlässlich neuerer Gesetzesänderungen zur Sondernutzung durch stationsbasiertes Carsharing nicht mehr uneingeschränkt mit dem geltenden Recht vereinbar ist.

* Der Verfasser studiert im zehnten Fachsemester Rechtswissenschaft mit Schwerpunkt im Öffentlichen Wirtschafts- und Infrastrukturrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München. Der Beitrag behandelt ein vom Verfasser selbst gewähltes Thema und entstand im Rahmen der Veranstaltung „Legal Scholarship. Theorie und Praxis des rechtswissenschaftlichen Schreibens“, die im Wintersemester 2019/2020 an der Ludwig-Maximilians-Universität München angeboten wurde. Der Verfasser dankt dem Veranstaltungsleiter Prof. Dr. Christoph Krönke von der Wirtschaftsuniversität Wien sowie den weiteren Veranstaltungsteilnehmern und Rezensenten für die wertvollen Anmerkungen.

A. Einleitung

Dass Carsharing¹ den immer dichteren Stadtverkehr entlastet, indem es die Anschaffung eines privaten PKW unattraktiv macht und dadurch insgesamt einen nicht zu unterschätzenden Beitrag zum Klimaschutz leistet, ist in unserer nach wie vor auf individuelle Mobilität angewiesenen Welt längst eine Selbstverständlichkeit. Carsharing ist *in*.² Aus diesem Grund³ verabschiedete der Bund im Rahmen seiner Klima- und Umweltoffensive bereits 2017 ein Gesetz zur Bevorrechtigung des Carsharing (kurz: Carsharinggesetz, CsgG), in dem in § 5 CsgG auch ein spezieller Sondernutzungstatbestand für stationsbasiertes Carsharing auf Bundesfernstraßen vorgesehen ist. Seit Mitte 2018 zogen auch einige Länder nach und verabschiedeten entsprechende Sondernutzungstatbestände für den Bereich ihrer Staats-, Kreis- und Gemeindestraßen. Die grundsätzlich zu begrüßende Fortentwicklung der Straßenrechtslage auf Bundes- und Landesebene sorgt aber auch dafür, dass eine spätestens nach der Berliner Heizpilzentscheidung⁴ ausdiskutiert geglaubte Kontroverse wieder an Fahrt aufnimmt: die Frage danach, welche Ermessensbelange die Behörden im Rahmen straßenrechtlicher Erlaubnis- und Auswahlverfahren berücksichtigen dürfen und welchen Stellenwert insbesondere der Klimaschutz innerhalb des Straßen- und Wegerechts einnimmt.

Anlässlich dieser jüngsten Gesetzesänderungen bietet es sich an, die zuletzt 2012 im Kontext kommunaler Heizpilzverbote erörterte Rechtsfrage erneut auf den

¹ Zu unterscheiden sind dabei im Wesentlichen zwei Modelle (vgl. zur potenziellen PKW-Reduzierungsquote die Auswertung in *Rid/Parzinger/Grausam/Müller/Herdle*, Carsharing in Deutschland, 2018, S. 22 Abb. 4.1): Beim stationsbasierten Carsharing holen Nutzer das vorab reservierbare Fahrzeug von einer festen Station ab und bringen es nach der Nutzung zum Abholort oder einer anderen determinierten Rückgabestelle zurück (vgl. § 2 Nr. 4 CsgG). Dabei habe ein stationsgebundenes Carsharing-Fahrzeug das Potenzial, auf lange Sicht zwischen vier und 15 Privat-PKW zu ersetzen. Beim stationsunabhängigen, sog. Free-Floating-Carsharing werden die Carsharing-Fahrzeuge dagegen üblicherweise via App geortet und können überall innerhalb des Geschäftsgebiets abgeholt und wieder abgestellt werden (vgl. § 2 Nr. 3 CsgG). Sein potenzieller Effekt auf die Reduktion des Gesamtfahrzeugbestands und die Umwelt sei dabei signifikant geringer: ein Carsharing-Fahrzeug vermöge es hier im Schnitt nur ein bis maximal vier Privatfahrzeuge zu ersetzen.

² Zur stetigen Zunahme von Angebot und Nachfrage vgl. die Erhebung des Bundesverbands Carsharing e. V., Januar 2020, abrufbar unter: <https://www.carsharing.de/alles-ueber-carsharing/carsharing-zahlen/aktuelle-zahlen-daten-zum-carsharing-deutschland> (zuletzt abgerufen am 27.12.2020).

³ Vgl. dazu die Gesetzesbegründung zum Carsharinggesetz des Bundes (BT-Drucks. 18/11285, S. 16 f.) sowie die kodifizierte Zielbestimmung in § 1 CsgG.

⁴ *OVG Berlin-Brandenburg*, NVwZ-RR 2012, 217, Vorinstanz: *VG Berlin*, Urt. v. 3.6.2010 – 1 K 275/09.

Prüfstand zu stellen. Dies gilt aktuell umso mehr, als viele Gemeinden erwägen, die Corona-bedingten wirtschaftlichen Ausfälle der Gastronomie-Branche abzufedern, indem sie während der kommenden Herbst- und Wintermonate vorübergehend von ihren bisherigen straßenrechtlichen Heizpilzverboten abrücken.⁵ Dadurch, dass die überaus klima- und umweltschädlichen⁶ Gas- und Elektroheizstrahler nunmehr eine Außenbewirtung auch bei sinkenden Temperaturen ermöglichen sollen, gerät der Klimaschutz – neben den aus straßenrechtlicher Perspektive ebenso diskussionswürdigen Aspekten der Wirtschaftsförderung und des Gesundheitsschutzes – einmal mehr in das Spannungsfeld zwischen zulässigen und missbräuchlichen Ermessensbelangen im Straßenrecht.

Ausgehend von einem Überblick über den Meinungsstand in Wissenschaft und Rechtsprechung⁷ wird sowohl die verfassungsorientierte⁸ als auch die systematische Auslegung⁹ der straßenrechtlichen Sondernutzungstatbestände zu dem Ergebnis¹⁰ führen, dass das bislang herrschende enge Straßenrechtsverständnis, das klimapolitische Ziele als ressortfremd und damit ermessensmissbräuchlich verpönt, in seiner Pauschalität nicht mehr mit dem geltenden Normenbestand vereinbar ist.

B. Das Verhältnis von Klimaschutz und Straßenrecht in Wissenschaft und Praxis

Die Nutzung öffentlich-rechtlich gewidmeter Straßen, die über den Gemeingebrauch hinausgeht, bedarf als sog. Sondernutzung einer Erlaubnis (vgl. etwa § 8 Abs. 1 S. 1, 2 FStrG). Die beantragte Erlaubnis kann dabei versagt werden, wenn der begehrten Sondernutzung zulässige Ermessensbelange

⁵ Für einen ersten Überblick über die aktuelle politische Diskussion, vgl. *Volk*, Spaltpilz Heizpilz. Gastronomie in der Coronakrise, 12.9.2020, abrufbar unter: <https://www.spiegel.de/politik/deutschland/corona-krise-debatte-ueber-heizpilze-fuer-gastwirte-a-daa1b97e-0a85-427a-8dfa-4dffbd27d7a> (zuletzt abgerufen am 27.12.2020).

⁶ Zu den schädlichen Auswirkungen der Heizpilznutzung auf Klima und Umwelt, vgl. das vom Umweltbundesamt herausgegebene Hintergrundpapier von *Schubert/Börner*, Terrassenheizstrahler. Informationen über die nachteiligen Umweltwirkungen, März 2009, S. 4 ff. abrufbar unter: <https://www.umweltbundesamt.de/sites/default/files/medien/publikation/long/3735.pdf> (zuletzt abgerufen am 27.12.2020).

⁷ Unter **B**.

⁸ Unter **E. I**.

⁹ Unter **E. II**.

¹⁰ Siehe auch die zusammenfassenden Thesen unter **F**.

entgegenstehen.¹¹ Ob Klimaschutzaspekte die Versagung von straßenrechtlichen Sondernutzungserlaubnissen rechtfertigen können, galt dabei bis zum Inkrafttreten des Carsharinggesetzes im September 2017 (vgl. § 7 Abs. 1 CsgG) weitgehend als geklärt. Sowohl die Rechtsprechung¹² als auch weite Teile der Literatur¹³ befürworteten – oft schlagwortartig verkürzt und ohne ausdifferenzierte Begründung¹⁴ – eine strikte Trennung zwischen genuin straßenbezogenen und straßenfernen Belangen, zu deren letzteren der Klimaschutz gezählt wird.¹⁵ Klimapolitische Ziele, die die für Sondernutzung im Wesentlichen zuständigen Gemeindebehörden¹⁶ im Rahmen ihrer auf die örtliche Gemeinschaft beschränkten Aufgabenkompetenz nach Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG grundsätzlich verfolgen dürfen,¹⁷ sollten daher jedenfalls im Rahmen straßen- und wegerechtlicher Entscheidungen keine Rolle spielen.

Die behördliche Praxis entwickelte sich gleichwohl in eine entgegengesetzte Richtung, sodass Sondernutzungserlaubnisse in der Vergangenheit häufig aus Gründen des Klimaschutzes,¹⁸ der Abfallvermeidung¹⁹ oder anderen

¹¹ Vgl. *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, 18. Aufl. 2020, Rn. 989.

¹² Vgl. statt vieler *BayVGH*, BayVBl. 2012, 147 (Tz. 22) = BeckRS 2011, 56923 (Rn. 19); NVwZ-RR 2010, 830 (831 f.); *OVG Münster*, NVwZ-RR 2015, 830 (832 f.); 2014, 710 (711); *VGH Mannheim*, NVwZ-RR 2010, 164 (164); *OVG Schleswig-Holstein*, NVwZ-RR 1994, 553 (553 f.); *OVG Greifswald*, NVwZ-RR 2017, 318 (319 Rn. 21).

¹³ So statt vieler *Ingold*, Möglichkeiten eines Ausschlusses der Nutzung sog. Heizpilze in der Gastronomie, *GewArch* 2010, 89 (92 f.); *Sautboff*, Die Entwicklung des Straßenrechts seit 1998, NVwZ 2004, 674 (683); *Papier*, Recht der öffentlichen Sachen, 3. Aufl. 2011, S. 121 f.; *Stuchlik*, Straßenrechtliche Sondernutzung, *GewArch* 2004, 143 (147); weiteres Verständnis dagegen z. B. bei *Löhr*, Zum Ermessen bei Erlaubnis oder Versagung einer Sondernutzung, NVwZ 1983, 20 (21).

¹⁴ So etwa *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, 9. Aufl. 2018, § 40 Rn. 67; ferner *Detterbeck* (Fn. 11), Rn. 989; im Ergebnis konträr, aber ebenso verkürzt *Burgi*, Die Straße als Wettbewerbsraum: Beschaffung und Verteilung bei Sondernutzungstatbeständen, NVwZ 2017, 257 (262) unter pauschalem Verweis auf die Heizpilzrechtsprechung des *OVG Berlin-Brandenburg* (siehe Fn. 4).

¹⁵ Statt vieler etwa *Ingold* (Fn. 13), S. 92 f.

¹⁶ Exemplarisch für Bayern folgt die Verbandszuständigkeit der Gemeinden als Straßenbaubehörde für die Erteilung von Sondernutzungserlaubnissen im Bereich von Gemeindestraßen aus Art. 18 Abs. 1 S. 1, Art. 58 Abs. 2 Nr. 3 BayStrWG (gesetzliche Pflichtaufgabe im eigenen Wirkungskreis).

¹⁷ Vgl. näher dazu *Hopkins*, Referendarexamensklausur Öffentliches Recht: „Heizpilze auf die Ekelliste?“, StudZR 2011, 477 (487 f.) mit Verweis auf BVerwGE 125, 68 (72 f.); 118, 33 (41).

¹⁸ Vgl. exemplarisch nur *VGH Berlin*, *GewArch* 2009, 495 (495 ff.).

¹⁹ Vgl. etwa *VGH Mannheim*, NVwZ-RR 1997, 679 (679) oder *BayVGH*, NVwZ 1994, 187 (187 f.) – jeweils Verbot von Einweggeschirr zur Abfallvermeidung; näher dazu

straßenfernen Gründen²⁰ versagt oder mit Nebenbestimmungen versehen wurden. Dieser Umstand illustriert, dass die Behörden ungeachtet der bekannten rechtlichen Bedenken und Widerstände ein politisches Bedürfnis danach haben, ihr Ermessen auch von Erwägungen jenseits der straßenrechtlichen „Isolationsdoktrin“²¹ leiten zu lassen, und aus diesem Grund auch das Risiko gerichtlicher Auseinandersetzungen eingehen.

Trotz dieses eklatanten Widerspruchs zwischen Rechtsdogmatik und Verwaltungspraxis lässt sich verhältnismäßig wenig Rechtsprechung ausmachen, die die Statthaftigkeit klimaschutzrelevanter Aspekte im Straßenrecht profund auslotet und sich dezidiert mit dem Für und Wider beider Standpunkte auseinandersetzt. Vielmehr umschiffen viele Gerichte bislang eine Stellungnahme, indem sie unter Verweis auf die bisherige Rechtsprechungstradition pauschalisieren²² oder die Frage der Relevanz von Klimaschutzaspekten im Straßenrecht als letztlich nicht entscheidungserheblich bewerten; weil die Ermessensentscheidungen der Behörden vielfach bereits durch die vorgebrachten straßennahen Erwägungen für sich genommen gerechtfertigt seien, bedürfe die in Rede stehende Rechtsfrage keiner Entscheidung mehr.²³

Den bislang einzig nennenswerten Höhepunkt nahm die bis dato also vorwiegend theoretisch geführte Kontroverse im Rahmen der Berliner

Fischer, Strategien im Kreislaufwirtschafts- und Abfallrecht unter besonderer Berücksichtigung der Produktverantwortung der Wirtschaft, 2001, S. 508 ff.

²⁰ Vgl. zu weiteren Fallgruppen *Sauthoff*, in: *Johlen/Oerder*, Münchener Anwaltshandbuch Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2017, § 21 Rn. 62 m. w. N.; *Sauthoff*, Öffentliche Straßen, 2. Aufl. 2010, Rn. 361 ff. m. w. N.; *Scheidler*, Straßenrechtliche Sondernutzungserlaubnis für Freisitzflächen vor einer Gaststätte. Anmerkungen zu BayVerfGH, GewArch 2011, 498 und BayVerfGH, 8 ZB 10.2931, GewArch 2012, 285 (288) m. w. N.

²¹ *Dünchheim*, Die Stellung der Gemeinden im Straßenrecht, BAST, Heft S 83 (2014), 9 (15).

²² So z. B. *OVG Münster*, NVwZ-RR 2014, 710 (711): „Die behördliche Ermessensausübung [...] hat sich nach der ständigen Rechtsprechung des Senats an Gründen zu orientieren, die [...]“; *VGH Mannheim*, NVwZ-RR 2010, 164 (164): „Nach der Rechtsprechung des Senats [...]“.

²³ So beispielsweise das *VG Hamburg*, GewArch, 2012, 455 (457): „Ob eine straßen- und wegerechtliche Beseitigungsverfügung auch auf Gesichtspunkte des Umweltschutzes gestützt werden darf, kann aber letztlich dahinstehen. Denn dieser Gesichtspunkt stellt keine tragende Erwägung für den Erlass der Beseitigungsverfügung dar.“ Allg. und kritisch zum Abstellen auf die tragenden Erwägungen der Ermessensentscheidung und den damit verbundenen Auswirkungen auf die Erfolgsaussichten von Rechtsbehelfen vgl. *Detterbeck* (Fn. 11), Rn. 342.

Heizpilzentscheidung,²⁴ in der das *OVG Berlin-Brandenburg* erstmals die Versagung einer Sondernutzungserlaubnis für Gasheizbrennegeräte in der Gastronomie aus rein klimaschutzrechtlichen Erwägungen billigte. Einen bundeseinheitlichen Trend setzte das *Berufungsgericht* mit seiner Entscheidung jedoch nicht. Zum Teil sogar als fehlerhaft kritisiert,²⁵ lehnte man jedenfalls eine Übertragung der Berliner Rechtsprechung auf andere Bundesländer ab, was der Formulierung sowie den historisch gewachsenen Besonderheiten des Berliner Straßengesetzes im Vergleich zu den anderen Landesstraßenrechtsordnungen geschuldet sei.²⁶

Nachdem die Frage der Berücksichtigungsfähigkeit von Klimaschutzaspekten bei straßenrechtlichen Erlaubnisverfahren infolgedessen lange Zeit aus dem Blick geriet, eröffnen die jüngsten Gesetzesänderungen zur Sondernutzung öffentlicher Verkehrsflächen durch stationsbasierte Carsharing-Anbieter auf Bundesebene²⁷ und in den Ländern Baden-Württemberg,²⁸ Bayern,²⁹ Bremen,³⁰ Nordrhein-Westfalen,³¹ Sachsen³² und Thüringen³³ neue Diskussionsspielräume. Denn nunmehr gestatten es die genannten Straßenrechtsordnungen ausdrücklich, die Bewerberauswahl sowie die Erlaubniserteilung in bestimmten Fällen von umwelt- und klimabezogenen Gesichtspunkten abhängig zu machen. Dies bietet Anlass, den durch Rechtsprechung und Lehre geschaffenen straßenrechtlichen Mikrokosmos ganzheitlich auf seine Zeitgemäßheit und Rechtmäßigkeit hin zu untersuchen.

²⁴ *OVG Berlin-Brandenburg*, NVwZ-RR 2012, 217 ff., Vorinstanz: *VG Berlin*, Urt. v. 3.6.2010 – 1 K 275/09.

²⁵ Mit Blick auf das Urteil der Vorinstanz (siehe Fn. 24) z. B. *Ingold* (Fn. 13), S. 92 f.

²⁶ Dazu *Hebeler*, Versagung einer straßenrechtlichen Sondernutzungserlaubnis für einen Heizpilz aus Klimaschutzgründen. Besprechung von *OVG Berlin-Brandenburg*, Urteil vom 3.11.2011 – *OVG 1 B 65/10*, JA 2012, 879 (880); *Siegel*, Zur Relevanz des straßenrechtlichen Nutzungsregimes. Aktuelles zur Abgrenzung zwischen Gemeingebrauch und Sondernutzung, NVwZ 2013, 479 (482); *Sauthoff*, Öffentliche Straßen (Fn. 20), Rn. 362; in der Rechtsprechung z. B. *OVG Greifswald*, NVwZ-RR 2017, 318 (319 Rn. 21).

²⁷ § 5 des Gesetzes zur Bevorrechtigung des Carsharing (CsgG) vom 5.7.2017 (BGBl. I S. 2230).

²⁸ § 16a StrG-BW, neu eingefügt durch Gesetz vom 5.2.2019 (GBl. S. 25).

²⁹ Art. 18a BayStrWG, neu eingefügt durch Gesetz vom 31.7.2018 (GVBl. S. 672).

³⁰ § 3 des Bremischen Landes-Carsharinggesetzes (BremLCsgG) vom 2.4.2019 (Brem.GBl. S. 152).

³¹ § 18a StrWG-NRW, neu eingefügt durch Gesetz vom 26.2.2019 (GV. NRW S. 165).

³² § 18a SächsStrG, neu eingefügt durch Gesetz vom 20.8.2019 (SächsGVBl. S. 762).

³³ § 18a ThürStrG, neu eingefügt durch Gesetz vom 30.7.2019 (GVBl. S. 302).

C. Rechtlicher Befund

I. Der Zweck der Ermächtigung nach § 40 VwVfG

Straßenrechtliche Verfahren sind als Ermessensentscheidungen ausgestaltet, sodass für das Verständnis straßenrechtlicher Erlaubnistatbestände insbesondere die in fast allen Landesverwaltungsverfahrensgesetzen identische³⁴ Regelung des § 40 VwVfG von entscheidender Bedeutung ist: Die Behörde hat das ihr eingeräumte Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung und im Rahmen der gesetzlichen Ermessensgrenzen auszuüben. Die Ermittlung des Ermächtigungszwecks gestaltet sich dabei oft als schwierig.³⁵ Ausgehend vom Wortlaut des jeweiligen Ermächtigungstatbestands ist der maßgebliche Ermessenszweck durch Auslegung zu ermitteln.³⁶

Wie weit man sich im Rahmen dieser Auslegung unter systematischen Gesichtspunkten vom Wortlaut der konkreten Ermächtigungsnorm entfernen darf, um den Ermessenszweck zu bestimmen, ist allerdings umstritten.³⁷ Klar ist, dass nicht lediglich auf die konkrete Ermächtigungsnorm allein abzustellen ist, da sich jede Norm in eine komplexe Gesetzes- und Rechtssystematik einfügt, ohne deren nähere Betrachtung die einzelne Norm keinen, zumindest aber nicht den vom Gesetzgeber angedachten Sinn ergeben kann.³⁸ Genau auf letzteren kommt es mit Blick auf § 40 VwVfG aber gerade an.³⁹ Ob der Zweck der einzelnen Ermessensermächtigung nun aber in erster Linie aus dem jeweiligen

³⁴ Nur § 73 LVwG-SH enthält eine abweichende, ausführlichere Regelung. Nachfolgend wird deshalb nur auf § 40 des Bundesverwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) Bezug genommen.

³⁵ Vgl. nur *Schönenbroicher*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, 2. Aufl. 2019, § 40 Rn. 181: „anspruchsvolle interpretatorische Aufgabe“; ferner *Aschke*, in: BeckOK-VwVfG, Ed. 49, Stand: 1.10.2020, § 40 Rn. 47: „komplexe[r] Auslegungsvorgang“.

³⁶ *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 14), § 40 Rn. 63; vereinzelt halten Ermessenstatbestände bestimmte Ermessenszwecke i. S. v. § 40 VwVfG zwar ausdrücklich vor. Oft verzichten sie aber auf die explizite Nennung einzelner zulässiger Ermessensbelange, vgl. *Aschke*, in: BeckOK-VwVfG (Fn. 35), § 40 Rn. 47; *Müller*, in: Huck/Müller, 3. Aufl. 2020, § 40 Rn. 12.

³⁷ Für einen Überblick vgl. *Aschke*, in: BeckOK-VwVfG (Fn. 35), § 40 Rn. 47 m. w. N.; *Müller*, in: Huck/Müller (Fn. 36), § 40 Rn. 12.

³⁸ *Aschke*, in: BeckOK-VwVfG (Fn. 35), § 40 Rn. 47; allg. *Wank*, Juristische Methodenlehre. Eine Anleitung für Wissenschaft und Praxis, 2020, § 9 Rn. 2, 3.

³⁹ Vgl. *Ejffert*, Letztentscheidungsbefugnisse der Verwaltung: Ermessen, Beurteilungsspielräume sowie Planungsentscheidungen und ihre gerichtliche Kontrolle, ZJS 2008, 336 (342).

Rechtssatz allein,⁴⁰ dem zugrundeliegenden Gesetz in seiner Gesamtheit⁴¹ oder gar aus einer gesetzes- oder rechtsdisziplinübergreifenden Gesamtschau⁴² folgen soll, ist nach wie vor ungeklärt und trotz unbefriedigender Folgen wohl nur gesondert für jeden Einzelfall zu beantworten. Dies macht in Hinblick auf die zur Diskussion gestellte Frage, inwieweit klimaschutzrechtliche Aspekte im Rahmen straßenrechtlicher Erlaubnisverfahren zu berücksichtigen sind, zunächst eine Analyse der verschiedenen Straßengesetze auf Bundes- und Landesebene erforderlich.

II. Vergleich der Straßen- und Wegegesetze im Bundesgebiet

In der Praxis dürfte die Erteilung von Sondernutzungserlaubnissen die häufigste und relevanteste Fallgruppe straßenrechtlicher Erlaubnisverfahren darstellen, sodass sich die folgenden Ausführungen hierauf beschränken sollen. Sowohl das Bundesfernstraßengesetz als auch die einzelnen Landesstraßengesetze sehen in ihren jeweiligen Anwendungsbereichen entsprechende Rechtsgrundlagen für die Erteilung bzw. die Versagung von Sondernutzungserlaubnissen vor,⁴³ die in weiten Teilen eine einheitliche Systematik erkennen lassen, ohne aber inhaltlich identisch zu sein.⁴⁴ Gemeinsam ist allen Straßengesetzen aber jedenfalls der Begriff der Sondernutzung nach öffentlichem Recht,⁴⁵ die Ausgestaltung des Verfahrens als präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt⁴⁶ und schließlich die Einräumung von behördlichem Ermessen über das Ob und Wie der Erlaubniserteilung⁴⁷.

In Bezug auf die berücksichtigungsfähigen Belange offenbaren die Tatbestände unterdessen erhebliche Unterschiede in Umfang und Bestimmtheit: Während eine Vielzahl an Straßenrechtsordnungen gänzlich auf die explizite Nennung

⁴⁰ So wohl *Ramsauer*, in: Kopp/Ramsauer, 21. Aufl. 2020, § 40 Rn. 33, 34.

⁴¹ Vgl. *Müller*, in: Huck/Müller (Fn. 36), § 40 Rn. 12; *Schönenbroicher*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz (Fn. 35), § 40 Rn. 181.

⁴² Vgl. *Kment/Vorwalter*, Beurteilungsspielraum und Ermessen, JuS 2015, 193 (199).

⁴³ Siehe: § 8 FStrG, § 16 StrG-BW, Art. 18 BayStrWG, § 11 BerlStrG, § 18 BbgStrG, § 18 BremLStrG, § 19 HWG, § 16 HStrG, § 22 StrWG-MV, § 18 NStrG, § 18 StrWG-NRW, § 41 LStrG-RLP, § 18 StrG-SL, § 18 SächsStrG, § 18 StrG-LSA, § 21 StrWG-SH, § 18 ThürStrG.

⁴⁴ Folgerichtig erkennt das *OVG Berlin-Brandenburg*, NVwZ-RR 2012, 217 (218) deshalb auch „keine allgemeine Straßenrechtsdogmatik“ im Bundesgebiet.

⁴⁵ Dazu *Stahlhut*, in: Kodal, Straßenrecht, 7. Aufl. 2010, Kap. 27 Rn. 9 ff.

⁴⁶ *Schoch*, Sondernutzung öffentlicher Straßen, Jura 2013, 911 (917) m. w. N.

⁴⁷ *Papier* (Fn. 13), S. 121 f.; Sonderfall des sog. intendierten Ermessens in Berlin, vgl. § 11 Abs. 2 S. 1 BerlStG: „[...] soll in der Regel erteilt werden, wenn [...]“; zum intendierten Ermessen vgl. allg. und kritisch *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. 2020, § 7 Rn. 11 f. m. w. N.

zulässiger Ermessensbelange verzichtet,⁴⁸ beinhalten doch beinahe alle Straßengesetze zumindest Indizien, die zur Ermittlung des Ermächtigungszwecks i. S. v. § 40 VwVfG fruchtbar gemacht werden können. So verweisen einige Straßengesetze im Zusammenhang mit der Versagung bzw. der Aufhebung von Sondernutzungserlaubnissen auf den störungsfreien Gemeingebrauch,⁴⁹ die Sicherheit und Leichtigkeit des Straßenverkehrs⁵⁰ oder Aspekte der Straßenbaulast und der Integrität des Straßenkörpers.⁵¹ Diese Belange, die naturgemäß in engem Zusammenhang mit dem Regelungsgegenstand des Straßenrechts stehen, gelten als höchst straßenrechtsrelevant und bilden daher den unumstrittenen⁵² Kern jedes bundes- oder landesstraßenrechtlichen Ermessensprogramms.

Manche Straßengesetze fassen den Kreis zulässiger Ermessensbelange aber noch weiter: So erlaubt etwa § 11 Abs. 2 S. 1 BerlStrG die Versagung einer in der Regel zu erteilenden⁵³ Sondernutzungserlaubnis aus grundsätzlich jedem beliebigen öffentlichen Belang, der gegenüber den Interessen des Antragstellers an der in Aussicht genommenen Sondernutzung wertungsmäßig überwiegt.⁵⁴ Andere Straßengesetze erklären exemplarisch den Schutz des Stadt- und Ortsbildes,⁵⁵ die öffentliche Sicherheit und Ordnung,⁵⁶ den Schutz von Umgebung und Umwelt⁵⁷

⁴⁸ Siehe Art. 18 BayStrWG; § 22 StrWG-MV; § 18 StrG-SL; § 18 SächsStrG; § 18 StrG-LSA; § 18 ThürStrG.

⁴⁹ § 19 Abs. 1 S. 4 Nr. 2, Abs. 7 S. 2 HWG; § 8 Abs. 1 S. 6 FStrG; § 16 Abs. 1 S. 3 StrG-BW; § 16a Abs. 8 i. V. m. § 8 Abs. 1 S. 6 FStrG, § 11 Abs. 2 S. 2 BerlStrG, § 18 Abs. 1 S. 2 BremLStrG; § 16 Abs. 1 S. 2 HStrG; § 18 Abs. 1 S. 4 StrWG-NRW; § 18a Abs. 2 S. 4 i. V. m. § 18 Abs. 1 S. 4 StrWG-NRW; § 41 Abs. 2 S. 3 LStrG-RLP.

⁵⁰ Siehe § 8 Abs. 2 S. 3 FStrG; § 16a Abs. 8 i. V. m. § 8 Abs. 2 S. 3 FStrG; Art. 18 Abs. 2 S. 2 BayStrWG; § 11 Abs. 3 S. 1 BerlStrG; § 18 Abs. 4 S. 5 BremLStrG; § 19 Abs. 1 S. 4 Nr. 1 HWG, § 18 Abs. 2 S. 3 NStrG; § 18 Abs. 2 S. 3 StrWG-NRW; § 18a Abs. 2 S. 4 i. V. m. § 18 Abs. 2 S. 3 StrWG-NRW; § 18 Abs. 2 S. 3 SächsStrG; § 18 Abs. 2 S. 3 StrG-LSA; § 18 Abs. 2 S. 3 ThürStrG.

⁵¹ Siehe: § 8 Abs. 2 S. 3 FStrG; Art. 18 Abs. 2 S. 2 BayStrWG; § 19 Abs. 1 S. 4 Nr. 3 Var. 1, 2 HWG; § 18 Abs. 2 S. 3 NStrG; § 18 Abs. 2 S. 3 StrWG-NRW; § 18a Abs. 2 S. 4 i. V. m. § 18 Abs. 2 S. 3 StrWG-NRW; § 18 Abs. 2 S. 3 SächsStrG; § 18 Abs. 2 S. 3 StrG-LSA; § 18 Abs. 2 S. 3 ThürStrG.

⁵² *Schoch* (Fn. 46), S. 919: „Einigkeit“; *Schmidt*, Der Ermessensrahmen bei der Versagung einer straßenrechtlichen Sondernutzungserlaubnis, NVwZ 1985, 167 (167): „ganz außer Streit“.

⁵³ Das Berliner Straßengesetz weist die Besonderheit intendierten Ermessens auf, siehe schon oben in Fn. 47.

⁵⁴ Zur Frage der nötigen Landesgesetzgebungskompetenz vgl. unter **E. I. 1.**

⁵⁵ § 11 Abs. 2 S. 3 BerlStrG.

⁵⁶ § 18 Abs. 4 S. 4 BremLStrG.

⁵⁷ § 19 Abs. 1 S. 4 Nr. 3 HWG.

oder gar die Integrität der freiheitlich-demokratischen Grundordnung⁵⁸ ausdrücklich für berücksichtigungsfähig.

III. Zwischenergebnis

Festhalten lässt sich bis hierhin also, dass in allen Straßenrechtsordnungen auf Bundes- und Länderebene jedenfalls diejenigen Belange abwägungsfähig sein müssen, die einen unmittelbaren Straßenbezug aufweisen.⁵⁹ Weil sich diese Erkenntnis aus einer Gesamtschau von gesetzgeberischen Wertungen ergibt, die im Kern allen Straßenrechtsordnungen im Bundesgebiet gemeinsam sind, muss sie folgerichtig auch dann gelten, wenn der konkret anwendbare Erlaubnistatbestand denkbar unbestimmt ist und auf die Nennung von zulässigen Ermessensbelangen verzichtet.

Umgekehrt treten im Anwendungsbereich einiger Straßengesetze weitere Belange hinzu, die der jeweilige Gesetzgeber im Rahmen seiner Regelungskompetenz durch ausdrückliche Aufzählung oder den Gebrauch unbestimmter Rechtsbegriffe für abwägungsfähig erklärt hat, und zwar ohne Rücksicht auf ihren Bezug zum Straßenrecht.⁶⁰ Soweit diese zusätzlich aufgenommenen Ermessensbelange aber keinen unmittelbaren Straßenbezug aufweisen, ist ihre Berücksichtigungsfähigkeit zunächst einmal nur eine landesrechtliche Besonderheit, die sich nicht pauschal auf andere Straßengesetze übertragen lässt.⁶¹

Soweit ausschließlich auf den Wortsinn der Ermächtigungstatbestände selbst abzustellen wäre, bestünde demnach Einigkeit mit der herrschenden Ansicht in Rechtsprechung und Literatur: Der Klimaschutz, der zumindest keinen notwendigen Bezug zum Widmungszweck öffentlicher Straßen aufweist, wäre nur dann und insoweit abwägungsfähig, wie das anwendbare Straßengesetz in irgendeiner Form auf ihn Bezug nimmt.

D. Kritik am Standpunkt der herrschenden Meinung

Die herrschende Meinung sieht den Kreis der zu berücksichtigenden Ermessensaspekte – wie soeben dargestellt – sehr eng. Solange keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die beantragte Sondernutzung entweder den

⁵⁸ § 18 Abs. 1a NStrG.

⁵⁹ Siehe oben unter **C. II.**

⁶⁰ Allg. *Schoch* (Fn. 46), S. 919; *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 14), § 40 Rn. 63.

⁶¹ In Bezug auf die Heizpflanz-Rechtsprechung des *OVG Berlin-Brandenburg: Hebel* (Fn. 26), S. 880; vgl. auch *Siegel* (Fn. 26), S. 482; ebenso *OVG Greifswald*, NVwZ-RR 2017, 318 (319 Rn. 21).

ausdrücklich genannten Belangen entgegensteht oder dem störungsfreien Gemeingebrauch, der Sicherheit und Leichtigkeit des Straßenverkehrs oder der Integrität der Straßensubstanz zuwiderläuft,⁶² soll in der Sache ein Anspruch auf Erteilung der beantragten Sondernutzungserlaubnis bestehen, da jeder andere in Betracht kommende Aspekt zweckfremd und insoweit ermessensmissbräuchlich wäre.⁶³

Dass die gebildeten Fallgruppen aber zumindest in der Praxis zu kurz greifen, zeigt sich allein dadurch, dass zunehmend auch solche Belange abzuwägen sein sollen, die „mit dem Widmungszweck der Straße in Zusammenhang stehen oder einen sonstigen sachlichen Bezug zur Straße aufweisen“⁶⁴. Dass diese Formulierung freilich ein Einfallstor für alle möglichen Belange sein kann, liegt auf der Hand. So stellt *Dünchheim* richtig fest, dass es letztlich allein von der individuellen Perspektive des Rechtsanwenders abhängt, ob man beispielsweise in klimaschutzrechtlichen Zielsetzungen noch einen sachlichen Bezug zur Straße erkennen will oder nicht.⁶⁵ Es erscheint mit Blick auf die Rechtssicherheit mehr als fragwürdig, einen ausweislich zu eng verstandenen Ermächtigungszweck durch derart unbestimmte und damit rechtsstaatlich bedenkliche Korrekturen zu rechtfertigen. Im Gegenteil spricht sogar vieles dafür, die dogmatisch ohnehin nicht konsequent durchgehaltene Doktrin mit Blick auf die bestehenden rechtlichen Grenzen und Möglichkeiten grundsätzlich zu hinterfragen und ausgehend vom geltenden Rechtszustand nach Gründen für ein weiteres Verständnis zu suchen.

E. Dogmatische Gründe für eine Lockerung der ermessensrechtlichen Zweckbindung im geltenden Straßenrecht?

Im Folgenden wird auf die anerkannte Methodik der Gesetzesinterpretation zurückgegriffen, um anhand verfassungsorientierter (**I.**), systematischer (**II.**) und teleologischer Auslegung (**III.**) des geltenden Straßenrechts nach dogmatischen

⁶² Siehe oben unter **C. II., III.**

⁶³ So *BVerfG*, NVwZ 2007, 1306 (1307); *Ingold* (Fn. 13), S. 92; i. E. auch *OVG Münster*, NVwZ 1988, 269 (270).

⁶⁴ *Ingold* (Fn. 13), S. 92 f.; danach sollen u. a. auch städtebauliche und baugestalterische Belange berücksichtigungsfähig sein können (vgl. *VGH Kassel*, NVwZ 1983, 48 (49); *BayVGH*, NVwZ-RR 2004, 879 (880 f.)), zumindest soweit ein konkretes Gestaltungskonzept vorliegt (vgl. *VGH Mannheim*, NVwZ-RR 1997, 677 (678); 2000, 837 (839); 2010, 164 (164 f.); *OVG Münster*, NVwZ-RR 2014, 710 (711)); im Einzelfall außerdem Aspekte des Denkmalschutzes (vgl. *BayVGH*, NVwZ-RR 2004, 879 (880 f.)).

⁶⁵ *Dünchheim* (Fn. 21), S. 14; kritisch zur Ausdehnung des Ermächtigungszwecks auch *Erbguth/Guckelberger*, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht und Staatshaftungsrecht, 10. Aufl. 2020, § 31 Rn. 25 (dort Fn. 22 m. w. N.).

Gründen für eine Lockerung der ermessensrechtlichen Zweckbindung zu suchen.

I. Verfassungsorientierte Auslegung⁶⁶

1. Gesetzgebungskompetenz

Zunächst bleibt festzuhalten, dass jedenfalls Gründe der Gesetzgebungskompetenz einer Einbeziehung klimapolitischer Aspekte in straßenrechtliche Ermessenserwägungen nicht entgegenstehen. Zwar ist es den Landes- und Gemeindebehörden bei der Anwendung landesrechtlicher Normen richtigerweise verwehrt, ihr Ermessen von Belangen leiten zu lassen, die der Bundesgesetzgeber in eigener Kompetenz abschließend geregelt hat.⁶⁷ Die landesrechtliche Ermessensnorm wäre in diesem Fall vielmehr dahingehend geltungserhaltend-verfassungskonform auszulegen, dass Aspekte der vollständig ausgeschöpften Bundesgesetzgebung keine zulässigen Ermessensbelange darstellten, weil der Landesgesetzgeber die Ermessensnorm andernfalls kompetenzwidrig erlassen hätte.⁶⁸ Da die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes im Bereich des Klimaschutzes⁶⁹ bislang aber noch nicht abschließend ausgeschöpft wurde und insbesondere kein bundesrechtliches Klima-Gesamtkonzept erkennbar ist, dem landesrechtliche Regelungen im Straßenrecht entgegenstehen könnten,⁷⁰ verbleiben den Ländern

⁶⁶ Allgemein und instruktiv zur verfassungsorientierten Auslegung einfachen Rechts und insbesondere zu ihrem Verhältnis zur verfassungskonformen Auslegung, vgl. *Vofskuhle*, Theorie und Praxis der verfassungskonformen Auslegung von Gesetzen durch Fachgerichte, AöR 125 (2000), 177 (180 ff.).

⁶⁷ Vgl. dazu *Sauthoff*, in: *Johlen/Oerder* (Fn. 20), § 21 Rn. 62 m. w. N.

⁶⁸ Vgl. zu dieser Argumentation *OVG Berlin-Brandenburg*, NVwZ-RR 2012, 217 (218 f.).

⁶⁹ Gesetzgebungskompetenz gestützt auf Art. 74 Nr. 24 GG – Luftreinhaltung, vgl. *BVerwGE* 153, 367 Rn. 37; *Kunig*, in: von Münch/Kunig II, 6. Aufl. 2012, Art. 74 Rn. 107.

⁷⁰ Dagegen sah das *BVerwG* die Vermeidung von Verpackungsabfällen als vom Bund im damals noch maßgeblichen Abfallgesetz vom 27.8.1986 (BGBl. I S. 1410) i. V. m. der Verpackungsverordnung vom 12.6.1991 (BGBl. I S. 1234) abschließend geregelte Materie an. Die vollständige Ausschöpfung der diesbezüglichen konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz durch den Bund sei Ausdruck einer umfassenden Gesamtkonzeption, die nicht durch landes- und ortsrechtliche Vorschriften durchkreuzt werden dürfe. Landesrechtliche Ermessensvorschriften dürften nicht dahingehend verstanden werden, dass sie weitergehende oder abweichende Regelungen vom Abfall- und Kreislaufwirtschaftsrecht des Bundes zuließen, da sie ansonsten gegen die Sperrwirkung der Art. 72, 74 GG verstießen. Schon aus Gründen der Gesetzgebungskompetenzen sei es den Straßenbaubehörden daher verwehrt, eine nach Ermessen zu erteilende Sondernutzungserlaubnis im Gastronomie-Bereich mit der Auflage oder Bedingung zu versehen, dass zur Abfallvermeidung – straßennahe Zwecke wie etwa die Straßenreinhaltung wurden von der Behörde nicht angeführt –

klimapolitische Regelungskompetenzen im Bereich des Straßenrechts. Daher können grundsätzlich auch Landesnormen dazu ermächtigen, straßenrechtliches Ermessen zugunsten des Klimaschutzes auszuüben.⁷¹

2. Staatszielbestimmung Art. 20a GG

Sowohl § 40 VwVfG als auch die einzelnen Ermessenstatbestände der verschiedenen Straßenrechtsordnungen werden darüber hinaus – wie jedes einfache Recht – verfassungsrechtlich überlagert. Von daher ist nicht ausgeschlossen, dass der Ermächtigungszweck eines Ermessenstatbestands in Abhängigkeit von möglicherweise einschlägigen Verfassungsgehalten zu bestimmen ist.⁷² Für den Fall des Klimaschutzes ist hierfür die objektiv-rechtliche Staatszielbestimmung in Art. 20a GG von Bedeutung. Obwohl er den Klimaschutz als solchen nicht ausdrücklich zum Staatsziel erhebt, soll Art. 20a GG alle Sach- und Rechtsbereiche umfassen, die die natürliche Umwelt des Menschen in einem weiteren Sinn ausmachen.⁷³ Unter Art. 20a GG wird vom *Bundesverwaltungsgericht* daher folgerichtig auch der Schutz des Klimas subsumiert.⁷⁴

Obwohl Staatszielbestimmungen ihrerseits keinen subjektiven Rechtsgehalt aufweisen,⁷⁵ erschöpfen sie sich gleichwohl keineswegs in bloßer Symbolik. Als verfassungsrechtliche Wertentscheidung, unmittelbar geltendes Recht und objektiv-rechtliches Prinzip verpflichtet Art. 20a GG Exekutive und Judikative dazu, seine Gehalte bei der Auslegung und Anwendung jedes einfachen Rechts zu beachten.⁷⁶ Dies folgt dem Grunde nach bereits aus der uneingeschränkten

ausschließlich Mehrweggeschirr und -besteck verwendet werden darf (vgl. BVerwGE 104, 331 ff.).

⁷¹ So auch *OVG Berlin-Brandenburg*, NVwZ-RR 2012, 217 (218 f.). Unberührt bleibt der landesrechtliche Gestaltungsspielraum im Straßenrecht auch vom nunmehr in Kraft getretenen Bundes-Klimaschutzgesetz (KSG vom 12.12.2019, BGBl. I S. 2513). Da das KSG die straßenrechtliche Dimension des Klimaschutzes nicht in Bezug nimmt, gilt für klimaschutzrechtlich relevantes Landesstraßenrecht zumindest sinngemäß die Öffnungsklausel in § 14 Abs. 1 KSG, vgl. dazu allg. *Klinski/Scharlau/v. Smieykowski-Trzaska/Keimeyer/Sina*, Das Bundes-Klimaschutzgesetz, NVwZ 2020, 1 (7 f.).

⁷² Vgl. *Müller*, in: Huck/Müller (Fn. 36), § 40 Rn. 12; *Ramsauer*, in: Kopp/Ramsauer (Fn. 40), § 40 Rn. 33.

⁷³ *Epiney*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck II, 7. Aufl. 2018, Art. 20a Rn. 16 f.

⁷⁴ BVerwGE 125, 68 (71 Rn. 14).

⁷⁵ *BVerwG*, NVwZ 1998, 398 (399); *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, 16. Aufl. 2020, Art. 20a Rn. 2.

⁷⁶ *Schulze-Fielitz*, in: Dreier II, 3. Aufl. 2015, Art. 20a Rn. 23 ff.; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth (Fn. 75), Art. 20a Rn. 1.

Bindung aller Staatsgewalt an die Verfassung nach Art. 20 Abs. 3 GG.⁷⁷ Speziell für die Ausübung von Ermessen durch die Verwaltung gilt, dass der Inhalt von Art. 20a GG stets gebührend zu berücksichtigen ist, und zwar auch – oder gerade dann –, wenn ihn der Gesetzgeber nicht ausdrücklich für abwägungsfähig erklärt hat.⁷⁸ Bundes- und Landesgesetzgeber sind spiegelbildlich dazu gehalten, dem Schutzauftrag zugunsten der Umwelt in sämtlichen Sach- und Rechtsbereichen in geeigneter Weise Rechnung zu tragen,⁷⁹ obgleich ihnen hierbei ein großer Gestaltungsspielraum zustehen muss.⁸⁰ Der Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen nach Art. 20a GG partizipiert damit im Wege der verfassungsorientierten Auslegung einfachen Rechts omnipräsent an der alltäglichen Rechtsanwendungs- und Gesetzgebungspraxis. Auch außerhalb von Hamburg, wo der Gesetzgeber den Schutz der Umwelt ohnehin für berücksichtigungsfähig erklärt hat,⁸¹ ergeben sich daher bereits durch die verfassungsorientierte Auslegung beinahe zwingende Ermessensspielräume zugunsten umwelt-, tier- und klimaschutzrechtlicher Aspekte im Straßenrecht. Käme der von Art. 20a GG umfasste Klimaschutz wegen seiner vermeintlichen *Straßenferne* von vornherein nicht als zulässiger Ermessensbelang in Betracht, würde er im Bereich des Straßenrechts schließlich vollkommen unterlaufen. Dieses Ergebnis wäre zumindest in seiner Pauschalität aber kaum mit dem objektiv-rechtlichen Charakter von Art. 20a GG zu vereinbaren. Daher stellt sich die Frage, welche konkreten Rückschlüsse aus der Geltung des Art. 20a GG im Straßenrecht gezogen werden sollen.

Einigkeit besteht jedenfalls darin, dass eine Umsetzung von Art. 20a GG *contra legem* unzulässig ist.⁸² *Contra legem* bedeutete aber, dass das anwendbare einfache Recht seinerseits keinerlei Spielraum für die Umsetzung von Art. 20a GG böte und der Staatszielbestimmung gerade deshalb entgegenstünde. Dies ist bei Ermessenstatbeständen gerade nicht der Fall. Wo sich Ermessensspielräume eröffnen, die nicht enumerativ auf konkrete Aspekte beschränkt sind, verbleibt stets ein Umsetzungsspielraum zugunsten der Gehalte von Art. 20a GG.⁸³

⁷⁷ So auch *Sommermann*, in: v. Münch/Kunig I, 6. Aufl. 2012, Art. 20a Rn. 42; *Scholze*, in: Maunz/Dürig, 91. EL, April 2020, Art. 20a Rn. 55.

⁷⁸ *Huster/Rux*, in: BeckOK-GG, Ed. 44, Stand: 15.8.2020, Art. 20a Rn. 32 [Einschub durch den Verfasser].

⁷⁹ Vgl. *Jarass*, in: Jarass/Pieroth (Fn. 75), Art. 20a Rn. 1, 18 m. w. N.; *Epiney*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck II (Fn. 73), Art. 20a Rn. 77; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier II (Fn. 76), Art. 20a Rn. 69.

⁸⁰ BVerfGE 118, 79 (110); BVerfGK 11, 445 (457).

⁸¹ Vgl. § 19 Abs. 1 S. 4 Nr. 3 HWG.

⁸² BFHE 184, 226 (231); vgl. auch *Scholze*, in: Maunz/Dürig (Fn. 77), Art. 20a Rn. 58.

⁸³ Vgl. *Epiney*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck II (Fn. 73), Art. 20a Rn. 94.

Jedenfalls die straßenrechtlichen Ermessenstatbestände ihrerseits stellen aus verfassungsrechtlicher Perspektive also kein Hindernis für die Berücksichtigungsfähigkeit des in Art. 20a GG enthaltenen Klimaschutzes dar.

Allerdings könnte in § 40 VwVfG entgegenstehendes zwingendes Recht zu sehen sein, da die Vorschrift selbst – im Gegensatz zu den Ermessenstatbeständen, auf die sie sich bezieht – keinerlei Spielräume für die Umsetzung verfassungsrechtlicher Staatsziele wie dem des Art. 20a GG bietet. Als *ius cogens* stellt § 40 VwVfG vielmehr klar, dass bei der Ausübung von behördlichem Ermessen nur solche Zwecke berücksichtigungsfähig sein sollen, die bereits unmittelbar in der anwendbaren Ermessensnorm selbst angelegt sind.⁸⁴ Gehalte, die nicht bereits der historische Gesetzgeber in die Ermessenstatbestände hineinprojizierte, sondern die die Rechtssätze erst nachträglich durch verfassungsorientierte Interpretation eingehaucht bekommen, sind dementsprechend zweckfremd und damit nicht in die Ermessenserwägungen einzustellen.⁸⁵

Mit Blick auf den Klimaschutz bedeutet dies, dass Art. 20a GG wegen § 40 VwVfG allenfalls in zwei Konstellationen auf die straßenrechtlichen Ermessenstatbestände durchgreifen kann: einerseits als bloße Auslegungsregel, wenn die klimaschutzrechtliche Dimension ausnahmsweise wie in § 19 Abs. 1 S. 4 Nr. 3 HWG ausdrücklich im Ermessenstatbestand angelegt oder in sonstiger Weise erkennbar ist, dass der Gesetzgeber durch die Schaffung oder Änderung der Ermessenstatbestände zumindest auch klimaspezifische Zielsetzungen verfolgt hat;⁸⁶ andererseits aber auch als selbstständige materiell-rechtliche Komponente, wenn der anwendbare straßenrechtliche Ermessenstatbestand zeitlich nach dem Inkrafttreten des Art. 20a GG am 15.11.1994⁸⁷ erlassen oder wesentlich geändert wurde, was bei einer Reihe von Sondernutzungstatbeständen

⁸⁴ Vgl. *Eifert* (Fn. 39), S. 342.

⁸⁵ Zu diesem Ergebnis gelangt man jedenfalls, wenn man die seit ihrer Schaffung im Wesentlichen unverändert gebliebenen straßenrechtlichen Sondernutzungstatbestände methodisch konsequent aus der Perspektive des historischen Gesetzgebers auslegt und systematische Einflüsse (dazu sogleich unter **E. II. 1.**) außer Acht lässt, vgl. allg. dazu *Wank* (Fn. 38), § 10 Rn. 1 ff.; ferner *Wak*. Das Ziel der Auslegung und die Rangfolge der Auslegungskriterien, *ZJS* 2010, 482 (485 f.).

⁸⁶ So laut dem *OVG Berlin-Brandenburg*, NVwZ-RR 2012, 217 (218 f.) etwa durch die Verwendung des unbestimmten Rechtsbegriffs „überwiegende öffentliche Interessen“ in § 11 Abs. 2 S. 1 BerlStrG; zu systematischen Gesichtspunkten sogleich unter **E. II. 1.**

⁸⁷ Vgl. Art. 2, 1 Nr. 2 des Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes vom 27.10.1994 (BGBl. I S. 3146); Staatsziel Tierschutz erst mit Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 26.7.2002 (BGBl. I S. 2862; Inkrafttreten am 1.8.2002, vgl. *Sommermann*, in: v. Münch/Kunig I (Fn. 77), Art. 20a Rn. 2) eingefügt.

der Fall ist.⁸⁸ Insoweit darf aufgrund der verfassungsrechtlichen Verpflichtungen aus Art. 20a GG⁸⁹ ein ständiges klimaschutzrechtliches Mitbewusstsein des Gesetzgebers bei der Schaffung oder Änderung von Ermessensnormen unterstellt werden.⁹⁰ Auch bei systematisch enger Auslegung der Ermessenstatbestände kann sich die Berücksichtigungsfähigkeit klimaschutzrechtlicher Zielsetzungen im Rahmen straßenrechtlicher Erlaubnisverfahren in Abhängigkeit zur konkreten straßenrechtlichen Ausgestaltung daher bereits aus Verfassungsrecht ergeben.

II. Systematische Auslegung

Unterdessen ist der Zweck der einzelnen Ermessensnormen freilich nicht nur anhand der isolierten Betrachtung ihres Wortsinns und ihres verfassungsrechtlichen Kontextes zu ermitteln. Vielmehr kann sich der Bedeutungsgehalt einzelner Vorschriften auch aus ihrem Zusammenspiel mit den Rechtssätzen des Gesetzes⁹¹ oder der Rechtsordnung im Übrigen⁹² ergeben.

1. Rückschlüsse aus den Sonderbestimmungen zum stationsbasierten Carsharing?

Unter systematischen Gesichtspunkten exponieren sich hier die in einigen Landesstraßengesetzen⁹³ kürzlich eingefügten Sonderbestimmungen zum stationsbasierten Carsharing.⁹⁴ Während die entsprechenden Normen zunächst die Bereitstellung und Ausweisung bestimmter öffentlicher Straßenflächen für

⁸⁸ So in Berlin (BerlStrG vom 13.7.1999), Brandenburg (BbgStrG vom 28.7.2009), Hamburg (§ 19 HWG durch Einfügung des Abs. 1 S. 4 [vgl. § 19 HWG i. d. F. vom 27.1.2009 im Vergleich zu § 19 HWG i. d. F. vom 21.11.2006] nach Auffassung des Verfassers wesentlich geändert), Hessen (HStrG vom 6.6.2003), Nordrhein-Westfalen (StrWG-NRW vom 23.9.1995) und Schleswig-Holstein (StrG-SH vom 25.11.2003).

⁸⁹ Dazu *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth* (Fn. 75), Art. 20a Rn. 18.

⁹⁰ Vgl. zu dieser Argumentationslinie auch *Sommerrmann*, in: v. Münch/Kunig I (Fn. 77), Art. 20a Rn. 43. Dieser postuliert, dass im Zweifel – d. h. wenn sich durch die Auslegung des anwendbaren Rechts kein erkennbarer gegenläufiger Wille des Gesetzgebers ermitteln lässt – nicht nur davon auszugehen sei, dass der Gesetzgeber Art. 20a GG bei neu geschaffenen Rechtssätzen überhaupt berücksichtigt, sondern unter mehreren möglichen Lesarten der Norm stets auch die dem Art. 20a GG zuträglichste Auslegung favorisierte.

⁹¹ *Sachs*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (Fn. 14), § 40 Rn. 63.

⁹² *Kment/Vorwalter* (Fn. 42) S. 199; *Müller*, in: *Huck/Müller* (Fn. 36), § 40 Rn. 12.

⁹³ Vgl. Fn. 28, 29, 31-33; siehe außerdem die *leges speciales* auf Bundesebene (Fn. 27) und in Bremen (Fn. 30).

⁹⁴ Instruktiv zum neuen § 5 CsgG *Kluth*, Das Carsharinggesetz des Bundes und seine Umsetzung auf kommunaler Ebene, LKV 2018, 112 (115 ff.); *Linke/Jürschik*, Analog trifft digital – Neuigkeiten bei den rechtlichen Rahmenbedingungen zum Ride- und Carsharing, NZV 2018, 496 (503 ff.).

Carsharing-Dienstleister sowie das damit einhergehende Auswahlverfahren bei Überangebot an Bewerbern regeln, handelt es sich insgesamt betrachtet auch um Sonderregelungen zu den allgemeinen straßenrechtlichen Erlaubnisvorbehalten, da sich die Entscheidung für ein bestimmtes Carsharing-Unternehmen letztlich in der Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis manifestiert.⁹⁵ Dabei soll die Auswahl eines Bewerbers und damit letztlich die Erteilung der begehrten Sondernutzungserlaubnis auch von umweltbezogenen Kriterien abhängig gemacht werden können, die der Verringerung motorisierten Individualverkehrs⁹⁶ – etwa durch die Vernetzung mit anderen Mobilitätsangeboten⁹⁷ – oder der Entlastung von straßenverkehrsbedingten Luftschadstoffen⁹⁸ dienlich sind. Nachdem der Gesetzgeber hier ausdrücklich auf umweltbezogene Belange verweist, die im Einklang mit Art. 20a GG wiederum weit auszulegen sind,⁹⁹ kann die Erlaubniserteilung je nach Sachbezug daher auch von klimaschutzrechtlichen Zielsetzungen abhängig gemacht werden.

Unbeantwortet blieb bisweilen aber die Frage nach dem systematischen Verhältnis jener Sonderbestimmungen zu den allgemeinen straßenrechtlichen Erlaubnistatbeständen. Geht man aus streng historischer Perspektive an die Fragestellung heran, wird man Rückschlüsse von den Sondernormen zum Carsharing auf die zum Teil viel älteren allgemeinen Ermächtigungsnormen ablehnen müssen. Allein die Tatsache, dass der heutige Gesetzgeber eine neue Norm schafft, ändert noch nichts am ursprünglichen Zweck, mit dem der übrige Normenbestand vom historischen Gesetzgeber versehen wurde.

Allerdings sind Rechtssätze anerkanntermaßen nicht allein anhand ihrer entstehungsgeschichtlichen Zusammenhänge zu bewerten, sondern können

⁹⁵ Vgl. nur § 5 Abs. 2 S. 1, Abs. 3 S. 1 CsgG; allgemein zur Systematik des § 5 CsgG auch *Linke/Jürschik* (Fn. 94), S. 504 ff.

⁹⁶ So etwa Art. 18a Abs. 2 BayStrWG, § 3 Abs. 4 S. 2 Nr. 2 BremLCsgG, § 18a Abs. 3 Nr. 1 StrWG-NRW, § 18a Abs. 3 S. 1 SächsStrG, § 18a Abs. 4 ThürStrG, vgl. auch § 5 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 CsgG.

⁹⁷ Siehe § 3 Abs. 4 S. 2 Nr. 2 BremLCsgG, § 18 Abs. 3 Nr. 1 StrWG-NRW, § 18a Abs. 3 S. 1 SächsStrG, vgl. auch § 5 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 CsgG.

⁹⁸ Siehe § 3 Abs. 4 S. 2 Nr. 3 BremLCsgG, § 18 Abs. 3 Nr. 2 StrWG-NRW, § 18a Abs. 3 S. 1 SächsStrG, vgl. auch § 5 Abs. 4 S. 2 Nr. 2 CsgG.

⁹⁹ Die Carsharing-Sondertatbestände stellen Ermessenstatbestände dar, durch die der Gesetzgeber seine klimaschutzrechtlichen Zielsetzungen manifestierte. Insoweit sind die Sonderbestimmungen daher im Einklang mit Art. 20a GG auszulegen, vgl. dazu unter **E. I. 2.**; zur Auslegung einfachen Rechts im Lichte von Art. 20a GG allgemein auch *Epiney*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck II (Fn. 73), Art. 20a Rn. 93.

einem Bedeutungswandel unterliegen.¹⁰⁰ Dies muss umso mehr gelten, wenn die auszulegenden Normen – wie die allermeisten straßenrechtlichen Erlaubnistatbestände – weitgehend offen formuliert sind. Allein schon unter praktischen Gesichtspunkten muss es dem Gesetzgeber möglich sein, den Sinngehalt bereits bestehender Rechtssätze durch Neuschaffung oder Modifikation anderer Vorschriften mittelbar zu ändern, soweit diese vom Wortsinn her hinreichend weit gefasst und entsprechend auslegungsfähig sind.¹⁰¹ Andernfalls wäre der heutige Gesetzgeber nämlich an die Zielvorstellungen des historischen Gesetzgebers gebunden oder müsste den geltenden Normtext trotz bestehender Auslegungsmöglichkeit laufend ändern. Beides wäre mit der Idee gesetzgeberischer Freiheit und Diskontinuität, wie sie schon aus Art. 20 Abs. 3 GG folgt,¹⁰² nur schwerlich vereinbar.

Die allgemeinen Erlaubnistatbestände der verschiedenen Straßengesetze verfügen aufgrund ihrer Ermessensvorbehalte allesamt über die erforderlichen Auslegungsspielräume, weshalb interpretatorische Zweckerweiterungen durch die Einführung neuer Rechtssätze wie den besonderen Regelungen zum stationsbasierten Carsharing zumindest nicht *per se* ausgeschlossen sind. Eine entsprechende systematische Auslegung der allgemeinen Erlaubnisnormen wäre allerdings nur dann legitim, wenn ihnen der heutige Gesetzgeber auch eine umfassendere Bedeutung zuordnen wollte:

Dagegen ließe sich anführen, dass die neu geschaffenen Tatbestände zur Sondernutzung durch Carsharing-Anbieter die allgemeinen Erlaubnistatbestände ausdrücklich unberührt lassen.¹⁰³ Auf den ersten Blick legt dies – in gedanklicher Übertragung des *Lex-specialis*-Grundsatzes auf die Auslegungsebene¹⁰⁴ – den Schluss nahe, dass umweltrechtliche Gesichtspunkte allein im Rahmen der speziellen Carsharing-Tatbestände berücksichtigungsfähig sein sollen, in denen

¹⁰⁰ Vgl. *Wank* (Fn. 38), § 9 Rn. 3: sog. „geltungszeitlich-subjektive systematische Auslegung“, wonach der Wille des historischen Gesetzgebers nur so lange maßgeblich ist, wie sich tatsächliche und rechtliche Umstände nicht ändern. Im Fall entsprechender Änderungen tritt dagegen neben den Willen des historischen Gesetzgebers der Wille des heutigen Gesetzgebers, wie er sich im gegenwärtigen Rechtsbestand unter teleologischen Gesichtspunkten äußert; instruktiv und didaktisch aufbereitet bei *Walz* (Fn. 85), S. 482 ff.

¹⁰¹ Zustimmung wohl auch *Wank* (Fn. 38), § 9 Rn. 3.

¹⁰² Vgl. dazu *Benda*, in: *Benda/Maihofer/Vogel*, Handbuch des Verfassungsrechts, 2. Aufl. 1994, § 17 Rn. 27.

¹⁰³ Vgl. Art. 18a Abs. 1 S. 1 BayStrWG; § 3 Abs. 1 S. 2 BremLCsgG, § 18a Abs. 1 S. 1 StrWG-NRW; § 18a Abs. 1 S. 1 SächsStrG; § 16a Abs. 8 StrG-BW; siehe ferner § 5 Abs. 1 S. 1 CsgG.

¹⁰⁴ Unmittelbar bezieht sich der Rechtsgrundsatz allein auf die Konkurrenz- also Anwendungsebene, siehe näher dazu in Fn. 118.

sie ausdrücklich genannt sind. Weil vom Gesetzgeber zwei autarke Regime etabliert wurden – ein spezielles für stationsbasiertes Carsharing und ein allgemeines für sonstige Sondernutzungen – solle es im Rahmen der allgemeinen Erlaubnistatbestände umgekehrt bei den bisherigen rechtlichen Wertungen bleiben, womit straßenferne und damit auch klimaschutzrechtliche Belange nur bei gesetzlicher Zweckzuweisung oder als Folge verfassungsorientierter Auslegung in die Ermessensentscheidung einzubeziehen wären.

Demgegenüber stützen die entstehungsgeschichtlichen Zusammenhänge der Carsharing-Sonderregeln tendenziell eher ein anderes Ergebnis: Indem Carsharing-Angebote die Anschaffung und Nutzung von nicht zwingend bzw. allenfalls sporadisch genutzten Privatfahrzeugen wirtschaftlich unattraktiv machen, leisten sie zumindest faktisch-mittelbar auch einen Beitrag zum Klimaschutz.¹⁰⁵ Da Verbraucher im Bedarfsfall jederzeit auf stationsbasierte Carsharing-Dienste zurückgreifen können, besteht in vielen Fällen kein Bedarf mehr nach einem eigenen Fahrzeug, das obendrein dazu verleiten könnte, Strecken im Wege motorisierten Individualverkehrs statt mit den öffentlichen Nahverkehrsmitteln zurückzulegen.¹⁰⁶ Hinzu kommt, dass die Auswahl von Carsharing-Anbietern bei bloß begrenztem Bedarf gemäß den straßenrechtlichen Sonderregelungen überdies von umweltspezifischen Aspekten wie der Förderung von E-Mobilität¹⁰⁷ und der Verknüpfung mit anderen Verkehrsangeboten¹⁰⁸ abhängig gemacht werden darf, sodass im Ergebnis eine Auswahl zugunsten des umwelt- und klimaverträglichsten Bewerbers erfolgen

¹⁰⁵ Vgl. zu Einzelheiten und weiteren Aspekten auch die Internetpräsenz des Umweltbundesamtes zum Thema „Carsharing“, abrufbar unter: <https://www.umweltbundesamt.de/themen/verkehr-laerm/nachhaltige-mobilitaet/car-sharing#textpart-1> (zuletzt abgerufen am 27.12.2020).

¹⁰⁶ Hierin besteht übrigens auch der größte Kritikpunkt an stationsunabhängigen Free-Floating-Diensten: Die enorme Flottengröße in Verbindung mit der ortsungebundenen Verfügbarkeit führe dazu, dass die aller örtlich anzutreffenden Carsharing-Fahrzeuge – ganz ähnlich wie der eigene Privat-PKW – gerade dazu einladen, Strecken mit dem Auto zurückzulegen, für die man ansonsten auf den ÖPNV ausgewichen wäre. Dies gilt umso mehr, als Free-Floating-Dienste – anders als stationsbasierte Angebote – regelmäßig nicht strukturell in den Umweltverbund integriert sind. Die Bequemlichkeit der Kunden würde ausgenutzt und führe mitunter sogar zu mehr Individualverkehr (vgl. dazu z. B. die Stellungnahme der Deutschen Umwelthilfe, abrufbar unter: <https://www.duh.de/projekte/carsharing/> (zuletzt abgerufen am 27.12.2020)).

¹⁰⁷ § 18a Abs. 3 Nr. 2 StrG-NRW, vgl. dazu auch § 5 Abs. 4 S. 2 Nr. 2 CsgG und § 3 Abs. 4 S. 2 Nr. 3 BremLCsgG.

¹⁰⁸ Vgl. § 18a Abs. 3 Nr. 1 StrWG-NRW, § 18a Abs. 3 S. 1 SächsStrG, vgl. auch § 5 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 CsgG und § 3 Abs. 4 S. 2 Nr. 2 BremLCsgG.

kann und mit Rücksicht auf Art. 20a GG¹⁰⁹ im Regelfall wohl auch muss.¹¹⁰ Indem umwelt- und klimafreundliches Carsharing nunmehr also auch straßenrechtlich privilegiert wird,¹¹¹ zeigt sich, dass der Klimaschutz kein straßenferner oder gar straßenfremder Ermessensbelang mehr sein soll. Bundes- und Landesgesetzgeber haben das straßenrechtliche Ermessen vielmehr bewusst vom eng gefassten, praktisch aber diffus gewordenen Straßenbezug entkoppelt.¹¹² Dieses Ergebnis wird schon dadurch gestützt, dass weder Bundes- noch Landesgesetzgeber straßenrechtliche Privilegierungstatbestände für stationsbasiertes Carsharing hätten erlassen müssen, wenn sie keinen klima- und umweltpolitischen Bedarf gesehen hätten.¹¹³ Obwohl der bundesgesetzliche § 5 Abs. 1 S. 1 CsgG zwar seinerseits eine den landesrechtlichen Spezialtatbeständen entsprechende Rechtsgrundlage vorsieht, fehlte es dem Bundesgesetzgeber an der erforderlichen Gesetzgebungskompetenz für Nicht-Bundesstraßen.¹¹⁴ Der

¹⁰⁹ Siehe dazu schon in Fn. 99.

¹¹⁰ Im Anwendungsbereich des CsgG sieht *Kluth* (Fn. 94), S. 116 das gemeindliche Ermessen in Bezug auf die Auswahlentscheidung direkt durch die klima- und umweltrechtliche Zielsetzung des § 1 CsgG reduziert und greift nicht auf Art. 20a GG zurück; nichts anderes dürfte entsprechend für das bremische Landesrecht (§§ 1 S. 1, 3 BremLCsgG) gelten. Im Bereich der Landesstraßengesetze fehlen vergleichbare ausdrückliche Zielsetzungen, sodass sich die Ermessensreduktion erst durch die verfassungsrechtliche Pflicht der Verwaltung zur Achtung und zum Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen aus Art. 20a GG ergibt, die bei der Auslegung und Anwendung der Carsharing-Sondertatbestände maßgeblich zu berücksichtigen ist (vgl. dazu schon Fn. 99 und Fn. 90).

¹¹¹ Das CsgG privilegiert ansonsten nur die Teilnahme am ruhenden Straßenverkehr (vgl. § 3 Abs. 1 und Abs. 2 CsgG), also in straßenverkehrsrechtlicher Hinsicht, vgl. *Linke/Jürschik* (Fn. 94), S. 503 f.

¹¹² Vgl. dazu die Gesetzentwürfe samt Begründung zu den Carsharing-Sondernutzungstatbeständen in Baden-Württemberg (LT-Drucks. 16/5279, S. 1, 9, 17), Bayern (LT-Drucks. 17/21734, S. 4, 5 f.), Nordrhein-Westfalen (LT-Drucks. 17/4304, S. 1 f., 21, 23) und Thüringen (LT-Drucks. 6/6827, S. 10), zum CsgG des Bundes (BT-Drucks. 18/11285, S. 16, 38) und zum BremLCsgG (LT-Drucks. 19/2098, S. 7, 8 f.).

¹¹³ Die allgemeinen Sondernutzungstatbestände wären schließlich auch auf die Sondernutzung durch stationsbasiertes Carsharing anwendbar gewesen: vgl. LT-Drucks. 17/21734, S. 1 (Bayern); LT-Drucks. 17/4304, S. 1 (Nordrhein-Westfalen); LT-Drucks. 6/13747, S. 3 (Sachsen).

¹¹⁴ Vgl. dazu die Ausarbeitung des wissenschaftlichen Dienstes des Bundestages, Gesetzgebungskompetenz des Bundes zum Erlass einer Ermächtigungsgrundlage für die Zuweisung von Parkflächen an stationsbasierte Carsharingunternehmen auf den Straßen der Länder, WD 3-3000-151/16, 3.6.2016, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/436778/5f51ed767f27f757f05ee93365020133/WD-3-151-16-pdf-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 27.12.2020); *Wüstenberg*, Das Carsharinggesetz des Bundes zwischen Behörde und Unternehmer, EWeRK 2017, 185 (186); *Linke/Jürschik* (Fn. 94), S. 504; *Burgi* (Fn. 14), S. 261; *Brenner*, Die Bevorrechtigung des Carsharing – eine straßenrechtliche oder straßenverkehrsrechtliche Maßnahme?, SVR

Umstand, dass die jeweiligen Länder die §§ 1, 5 CsgG gleichwohl sinngemäß in ihr Landesstraßenrecht übernahmen, beruht daher auf eigenen zuvorderst klimapolitischen Bestrebungen der Länder. Weshalb die interpretatorische Erweiterung¹¹⁵ des Straßenrechts um klimaschutzrechtliche Zielsetzungen angesichts der soeben geschilderten landespolitischen Anstrengungen vor den allgemeinen Erlaubnistatbeständen Halt machen sollte, ist indes nicht ersichtlich. Die ausdrückliche Anordnung der unbeschadeten Fortgeltung allgemeiner Sondernutzungsregelungen darf vor diesem Hintergrund lediglich als Hinweis auf die im Bereich der Sondernutzung durch stationsbasiertes Carsharing exklusiv zur Verfügung stehenden Ausweisungs- und Verteilungsmechanismen begriffen werden,¹¹⁶ während sich die Erlaubniserteilung in Ermangelung entsprechender Modifikationen und in allen anderen Sachkonstellationen weiterhin nach den allgemeinen Tatbeständen richten soll. Dagegen ist sie nicht als Restriktion gegenüber geltungszeitlich-subjektiver systematischer Auslegung¹¹⁷ straßenrechtlicher Normen zu verstehen.¹¹⁸

2017, 361 (362); a. A. dagegen *Degenhart*, Gesetzgebungskompetenz des Bundes für ein Carsharing-Gesetz, insbesondere für eine Regelung zum stationsbasierten Carsharing (Gutachten unveröffentlicht, aber zusammengefasst in WD 3-3000-151/16, s. o.).

¹¹⁵ Im Gegensatz zur Perspektive des historischen Gesetzgebers, anhand derer die einzelnen allgemeinen Sondernutzungstatbestände sowie § 40 VwVfG interpretiert wurden (oben **E. I. 2.** und in Fn. 85), ist unter systematischen Gesichtspunkten ein Auslegungsansatz zu wählen, der sich an der Sicht des heutigen Gesetzgebers orientiert. Die Neueinfügung der Sonderbestimmungen zum stationsbasierten Carsharing bzw. des § 5 CsgG stellen nämlich solche wesentlichen Veränderungen rechtlicher Art im Normgebilde der Straßengesetze dar, die eine „geltungszeitlich-subjektive“ systematische Gesetzesauslegung gebieten (siehe Fn. 100).

¹¹⁶ Vgl. dazu näher bei *Burgi* (Fn. 14), S. 261, der in diesem Zusammenhang auch darauf verweist, dass die Carsharing-Sondertatbestände im Kern vor allem das spezifische Auswahlverfahren regeln, das angesichts der wettbewerbssensiblen Verteilungssituation trotz Unanwendbarkeit des unionsrechtlichen Kartellvergaberechts (§§ 97 ff. GWB) für einen transparenten und diskriminierungsfreien Bieterwettbewerb und Auswahlprozess sorgen soll. Unterdessen richtet sich die Erteilung des Sondernutzungserlaubnis selbst überwiegend nach den allgemeinen Erlaubnistatbeständen (vgl. die Verweisungen in § 5 Abs. 9 CsgG, § 16a Abs. 8 StrG-BW, Art. 18a Abs. 1 S. 4 BayStrWG, § 3 Abs. 10 BremLCsgG, § 18a Abs. 2 S. 4 StrWG-NRW, § 18a Abs. 3 S. 1 ThürStrG), die von den Carsharing-Tatbeständen lediglich modifiziert werden.

¹¹⁷ Vgl. dazu schon oben in Fn. 100.

¹¹⁸ Insbesondere trifft auch die *Lex-specialis-Regel* keine Aussage zur systematischen Auslegung zwischen der *lex specialis* und der *lex generalis*. Vielmehr ordnet sie nur an, dass die bestimmtere *lex specialis* auf einen Sachverhalt anzuwenden ist, wenn daneben auch eine weniger bestimmte *lex generalis* einschlägig wäre. Sie regelt insoweit die Konkurrenz zwischen mehreren formal nebeneinander anwendbaren Normen, verwehrt es allerdings nicht, eine von beiden Vorschriften anhand der jeweils anderen systematisch auszulegen.

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass die in einigen Bundesländern erlassenen umwelt- und klimaschutzrechtlich motivierten Spezialbestimmungen für die Sondernutzung öffentlicher Verkehrsflächen durch Carsharing-Dienstleister vielmehr dafürsprechen, das straßenrechtliche Ermessen im Bereich allgemeiner Ermessenstatbestände zugunsten des Klimaschutzes zu lockern. Für das Verhältnis von §§ 5, 1 CsgG und dem FStrG des Bundes gelten die vorstehenden Ausführungen entsprechend.

2. Parallelen zum benachbarten Straßenverkehrsrecht?

Über die bloß gesetzesimmanente Systematik hinaus, kann man ferner versuchen, das Straßenrecht unter Zuhilfenahme von Vorschriften des praktisch eng verwandten Straßenverkehrsrechts auszulegen.¹¹⁹ Während das Straßenrecht die Rechtsverhältnisse an öffentlichen Straßen betrifft,¹²⁰ regelt das Straßenverkehrsrecht die Beziehungen der Verkehrsteilnehmer untereinander, die sich zumindest regelmäßig im Rahmen des straßenrechtlichen Widmungszwecks zutragen.¹²¹ Dabei wird das Straßenverkehrsrecht aufgrund seiner primär gefahrenpräventiven Zwecksetzung und seiner spezifisch sicherheits- und ordnungsrechtlichen Funktion¹²² als das gegenüber dem Straßen- und Wegerecht strengere Rechtsgebiet begriffen,¹²³ das lediglich die Straße als öffentlich gewidmeten Verkehrsweg regelt.¹²⁴ Manche wollen daher aus den umweltrechtlichen Tendenzen¹²⁵ des *strengen* Straßenverkehrsrechts darauf schließen, dass der Umwelt- und Klimaschutz erst recht im *nachgiebigen* Straßenrecht eine Rolle spielen müsse.¹²⁶

Obleich die Rechtsgebiete eng miteinander verknüpft und praktisch nur selten isoliert voneinander zu betrachten sind, erscheint eine Auslegung des Straßenrechts im Lichte straßenverkehrsrechtlicher Vorgaben methodisch inkonsequent. Allein der Umstand, dass die anwendbaren Regelungen beider Rechtsgebiete in einem Großteil der praktischen Fälle von unterschiedlichen

¹¹⁹ So etwa *Dünchheim* (Fn. 21), S. 14 f.

¹²⁰ *Herber*, in: *Kodal* (Fn. 45), Kap. 4 Rn. 4.3.

¹²¹ *Rebler*, *Der Straßenbegriff im Verkehrsrecht*, DAR 2005, 65 (66).

¹²² Vgl. zur Rechtsnatur des Straßenverkehrsrechts als sachlich begrenztes Sicherheits- und Ordnungsrecht: BVerfGE 40, 371 (380); siehe auch *Sauthoff*, *Straße und Anlieger*, 2003, Rn. 48.

¹²³ So etwa von *Dünchheim* (Fn. 21), S. 15.

¹²⁴ *Sauthoff* (Fn. 122), Rn. 48.

¹²⁵ Vgl. § 45 Abs. 1 S. 2 Nr. 4, Abs. 1a Nr. 4a StVO in Bezug auf umweltrechtliche Schutzziele, die mithilfe straßenverkehrsrechtlicher Mittel verfolgt werden können.

¹²⁶ Genau diesen Schluss zieht *Dünchheim* (Fn. 21), S. 15.

Hoheitsträgern stammen,¹²⁷ lässt es widersprüchlich erscheinen, von Regelungszwecken des einen Rechtsgebiets auf die des anderen zu schließen. Immerhin wird der Zweck eines Gesetzes ausschließlich vom jeweils zuständigen Gesetzgeber bestimmt.¹²⁸

Außerdem handelt es sich trotz aller sachgegebenen Parallelen¹²⁹ um zwei eigenständige Rechtsgebiete, die sich zwar faktisch bedingen und aufeinander aufbauen mögen,¹³⁰ dem Grunde nach aber aus unterschiedlichen Gründen und mit verschiedenen Zielrichtungen geschaffen wurden. Ungeachtet seiner umweltrechtlichen Einflüsse lassen sich ausgehend vom Straßenverkehrsrecht somit keine zwingenden Konsequenzen für das Verständnis straßen- und wegerechtlicher Vorschriften ableiten.

III. Sinn und Zweck der straßenrechtlichen Ermessenstatbestände

Allgemein stellt sich mit Blick auf die bislang vorherrschende Straßenrechtsdogmatik außerdem die Frage nach dem grundsätzlichen Sinn und Zweck der straßenrechtlichen Ermessensvorbehalte. Sofern die Versagung einer straßenrechtlichen Sondernutzungserlaubnis nämlich nur dann hätte rechtmäßig sein sollen, wenn der in Aussicht genommenen Sondernutzung entweder die gesetzlich positivierten straßenfernen Belange oder aber Gründe des Gemeingebrauchs, der Straßenbaulast oder der Sicherheit und Leichtigkeit des Straßenverkehrs entgegenstehen oder ihr gegenüber wertungsmäßig überwiegen, so hätte der Gesetzgeber diesen Willen auch durch eine gebundene Entscheidung mit enumerativen Versagungsgründen oder Genehmigungsvoraussetzungen zum Ausdruck bringen können.¹³¹ Die mit dem Ermessensvorbehalt einhergehende Einbuße an gesetzlicher Bestimmtheit und Vorhersehbarkeit¹³²

¹²⁷ Während der Bund nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 22 Var. 3 GG über die konkurrierende Gesetzgebung für den Bau und die Unterhaltung von Bundesfernstraßen verfügt, fällt das Straßen- und Wegerecht im Übrigen nach Art. 30, 70 Abs. 1 GG in die Gesetzgebungskompetenz der Länder. Sondernutzung dürfte sich vor diesem Hintergrund im absoluten Regelfall nach Landesrecht richten. Das Straßenverkehrsrecht fällt nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 22 Var. 1 GG unterdessen vollständig in die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes, der diese Kompetenz auch vollständig und damit ohne Regelungsspielräume für die Länder ausgeschöpft hat.

¹²⁸ Vgl. *Eijfert* (Fn. 39), S. 342.

¹²⁹ Dazu *Herber*, in: *Kodal* (Fn. 45), Kap. 4 Rn. 4.

¹³⁰ So soll das Straßenverkehrsrecht das Straßenrecht als öffentliches Sachenrecht voraussetzen, sog. „Vorbehalt des Straßenrechts“, *ebd.*, Kap. 4 Rn. 5.

¹³¹ Vgl. exemplarisch dazu etwa im Gewerbebereich (§ 1 Abs. 1 i. V. m. §§ 30 ff. oder § 55 Abs. 2, 57 GewO); im Gaststättenrecht (z. B. § 2 GastG i. V. m. § 1 GewO, § 4 Abs. 1 GastG); im anlagenbezogenen Immissionsschutz (§§ 5, 6 Abs. 1 BImSchG).

¹³² Vgl. dazu *Detterbeck* (Fn. 11), Rn. 307.

lässt sich indes nur so erklären, dass der historische Gesetzgeber straßenbezogene Belange zwar als primär abwägungsfähig ansah, die Herausbildung neuerer Fallgruppen durch sich ändernde tatsächliche oder rechtliche Bedingungen aber nicht behindern wollte. In keinem Fall darf der straßenrechtliche Ermessensvorbehalt aber pauschal in verkapptes zwingendes Recht umgedeutet werden,¹³³ da dies im Widerspruch zu § 40 VwVfG in Verbindung mit den jeweiligen Ermessenstatbeständen stünde.¹³⁴

IV. Zwischenergebnis

Wegen der Änderung der Straßen- und Wegegesetze in einigen Bundesländern und der verfassungsrechtlichen Überlagerung des Straßenrechts durch Art. 20a GG werden klimaschutzrechtliche Zielsetzungen auch außerhalb von Hamburg¹³⁵ und Berlin¹³⁶ in Zukunft eine Rolle spielen können. Die jeweiligen Ermessenstatbestände sind hinreichend auslegungsfähig und je nach landesrechtlicher Ausgestaltung liefern sowohl Art. 20a GG als auch die systematische Auslegung gewichtige Gründe dafür, das Ermessensprogramm im Rahmen allgemeiner straßenrechtlicher Sondernutzung auf klimapolitische Belange zu erstrecken.

F. Zusammenfassende Thesen

In Anbetracht der vorstehenden Ausführungen lassen sich mit Blick auf die Fragestellung, ob und inwieweit klimaschutzrechtliche Positionen im Bereich straßenrechtlicher Erlaubnisverfahren Bedeutung erlangen können, folgende Kernaussagen festhalten:

I. Das bislang herrschende Straßenrechtsverständnis,¹³⁷ das das Spektrum sachnaher und damit zulässiger Ermessenserwägungen undifferenziert auf solche Belange reduzieren will, die entweder ausdrücklich in der Ermächtigungsnorm genannt sind oder einen spezifischen straßenrechtlichen Bezug aufweisen, ist zu eng. Korrekturansätze, mithilfe derer man versucht, ressortfremden Aspekten wie baugestalterischen oder städtebaulichen Belangen einen vermeintlich

¹³³ So i. E. aber *BVerfG*, NVwZ 2007, 1306 (1307); *Ingold* (Fn. 13), S. 92; vorsichtiger auch *OVG Münster*, NVwZ 1988, 269 (270).

¹³⁴ Fruchtbar machen ließe sich die Kategorie der Ermessensfehler in Gestalt des Ermessensnichtgebrauchs oder der Ermessensunterschreitung, vgl. allg. dazu *Jestaedt*, in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2015, § 11 Rn. 61, der zwar inhaltlich, jedoch – wie die überwiegende Literatur – nicht begrifflich zwischen diesen beiden Ermessensfehlerarten differenziert.

¹³⁵ Vgl. § 19 Abs. 1 S. 4 Nr. 3 HWG.

¹³⁶ Vgl. *OVG Berlin-Brandenburg*, NVwZ-RR 2012, 217 ff.

¹³⁷ Ausführlich unter **B.** und **C. II., III.**

hinreichenden Straßenbezug zuzuschreiben, gehen zulasten der Rechtssicherheit und sind ebenso abzulehnen.¹³⁸

II. Es existiert keine bundeseinheitliche allgemeine Straßenrechtsdogmatik. Eine dogmatisch wie methodisch fachgerechte Ermittlung von Ermächtigungszwecken i. S. v. § 40 VwVfG lässt sich insoweit nicht pauschal, sondern nur für das jeweilige Bundes- bzw. Landesrecht im Speziellen durchführen. Insbesondere dürfen landes- oder bundesrechtliche Besonderheiten nicht ohne Weiteres auf andere Straßenrechtsordnungen übertragen werden.¹³⁹

III. Wie jedes Rechtsgebiet wird auch das Straßenrecht verfassungsrechtlich überlagert. Die objektiv-rechtliche Staatszielbestimmung nach Art. 20a GG definiert den Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen weit und umfasst damit auch den Klimaschutz. Soweit die einzelne Straßenrechtsordnung ohnehin auf umweltrechtliche Belange Bezug nimmt, kommt Art. 20a GG daher die Funktion einer Auslegungsdirektive zu. Da Art. 20a GG seine Umsetzung nicht *contra legem* erzwingt, entfaltet er ansonsten aber nur dann materiell-rechtliche Bedeutung, wenn der jeweilige Ermessenstatbestand nach dem 15.11.1994 – dem Tag des Inkrafttretens von Art. 20a GG – erlassen oder wesentlich geändert wurde. Nur dann lässt sich nämlich unterstellen, dass der jeweilige Straßengesetzgeber den Klimaschutz aufgrund seiner verfassungsrechtlichen Pflichten aus Art. 20a GG bereits im Rahmen seiner Rechtsetzung berücksichtigte.¹⁴⁰

IV. Durch die Einführung spezieller Sondernutzungstatbestände für stationsbasiertes Carsharing in einigen Landesstraßengesetzen bzw. im Carsharinggesetz des Bundes und im Bremischen Landes-Carsharinggesetz manifestiert der Gesetzgeber, dass Umwelt- und Klimaschutz innerhalb straßenrechtlicher Erlaubnisverfahren keine ressortfremden Ermessensbelange mehr darstellen sollen. Sofern Straßenrechtsordnungen solche Sonderregelungen für Carsharing-Dienstleister enthalten, darf deshalb darauf geschlossen werden, dass auch das Ermessen in allen übrigen straßenrechtlichen Erlaubnisverfahren zugunsten klimaschutzrechtlicher Zielsetzungen gelockert werden sollte.¹⁴¹

V. Eine zu restriktive Beschränkung straßenrechtlichen Ermessens würde den Zweck von behördlichen Entscheidungsspielräumen konterkarieren. Vielmehr zeigt sich, dass die straßenrechtlichen Ermessenstatbestände flexibler und

¹³⁸ Ausführlich unter **D**.

¹³⁹ Ausführlich unter **C**.

¹⁴⁰ Ausführlich unter **E. I. 2**.

¹⁴¹ Ausführlich unter **E. II. 1**.

anpassungsfähiger sind, als ihnen von der bislang herrschenden Meinung zugemessen wird. Sie enthalten die notwendigen Auslegungsspielräume, um sich auf neue rechtliche Entwicklungen wie die Einführung von Carsharing-Sonderregeln und die darin verankerten klimapolitischen Wertungen anpassen zu können.¹⁴²

VI. Zusammenfassend ergibt sich im gegenwärtigen Straßenrecht also immer dann die Möglichkeit, das allgemeine straßenrechtliche Ermessen zugunsten klimaschutzrechtlicher Gesichtspunkte auszuüben, wenn (1.) die anwendbaren Erlaubnistatbestände schon ihrerseits ausdrücklich oder durch unbestimmte Rechtsbegriffe auf Umwelt- oder Klimabelange Bezug nehmen,¹⁴³ (2.) die anzuwendenden Ermessenstatbestände nach dem 15.11.1994 erlassen oder wesentlich geändert wurden und somit einer Auslegung im Lichte des Art. 20a GG nicht von vornherein entgegenstehen¹⁴⁴ oder (3.) die jeweilige Straßenrechtsordnung im Übrigen solchen Änderungen unterworfen war, die klima- und umweltspezifischen Gesichtspunkten offen gegenüberstehen und mit denen der Gesetzgeber das straßenrechtliche Ermessensprogramm erkennbar erweitern wollte.¹⁴⁵

¹⁴² Ausführlich unter **E. III., IV.**

¹⁴³ So in Berlin (§ 11 Abs. 2 S. 1 BerlStrG) und Hamburg (§ 19 Abs. 1 S. 4 Nr. 3 HWG), mit Einschränkungen auch in Schleswig-Holstein (Auflagenvorbehalt in § 21 Abs. 1 S. 5 StrWG-SH).

¹⁴⁴ So in Berlin (BerlStrG vom 13.7.1999), Brandenburg (BbgStrG vom 28.7.2009), Hamburg (§ 19 HWG durch Einfügung des Abs. 1 S. 4 [vgl. § 19 HWG i. d. F. vom 27.1.2009 im Vergleich zu § 19 HWG i. d. F. vom 21.11.2006] nach Auffassung des Verfassers wesentlich geändert), Hessen (HStrG vom 6.6.2003), Nordrhein-Westfalen (StrWG-NRW vom 23.9.1995) und Schleswig-Holstein (StrG-SH vom 25.11.2003).

¹⁴⁵ So laut der hier vertretenen Ansicht wegen der Neueinführung von Sondertatbeständen zum stationsbasierten Carsharing in Baden-Württemberg (§ 16a Abs. 6 S. 1 StrG-BW), Bayern (Art. 18a Abs. 2 BayStrWG), Nordrhein-Westfalen (§ 18a Abs. 3 S. 1 Nr. 1 und 2 StrWG-NRW), Sachsen (§ 18a Abs. 3 S. 1 SächsStrG) und Thüringen (§ 18a Abs. 4 ThürStrG) bzw. auf Bundesebene (FStrG) und in Bremen (BremLStrG) wegen der Neueinführung der *leges speciales* § 5 Abs. 4 S. 2 CsgG und § 3 Abs. 4 S. 2 BremLCsgG.

Mihail Kolev*

**Die Einführung des Piloturteilsverfahrens durch
den *Europäischen Gerichtshof für
Menschenrechte, Broniowski v. Polen,*
Urt. v. 22.6.2004, Rs. 31443/96**

Abstract

Der Beitrag beschäftigt sich mit dem Urteil *Broniowski v. Polen*, welches das erste Urteil des *Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte* im Rahmen eines Piloturteilsverfahrens ist. Zunächst werden die Besonderheiten der Rechtssache besprochen, die zum Erlass der Entscheidung geführt haben. Die Entscheidung wird als Ausgangspunkt genommen, um die Hintergründe für die Einführung dieses Verfahrens zu erklären und die Merkmale eines Piloturteils näher zu beleuchten. Trotz der Aufnahme des Piloturteilsverfahrens in die Verfahrensordnung fehlt seine Verankerung in der schriftlichen Fassung der EMRK, weswegen die rechtsdogmatische Frage nach der Legitimation des Gerichts zum Erlass eines Piloturteilsverfahrens zu klären ist.

The article deals with the judgment *Broniowski v. Poland*, which is the first judgment of the *European Court for Human Rights* in a pilot judgment procedure. Firstly, it discusses the specificities of the case which led to the adoption of the decision. The decision will be taken as a starting point to explain the introduction of this procedure and to shed more light on the characteristics of a pilot judgment. Despite the inclusion of the pilot judgment procedure in the Rules of Court, its incorporation into the written version of the ECHR is missing, which is why the legal question of the Court's legitimacy for initiating a pilot judgment procedure also needs to be clarified.

* Der Verfasser studiert Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg und ist als wissenschaftliche Hilfskraft bei RA BGH Prof. Dr. Matthias Siegmann tätig. Der Beitrag beruht auf einer Seminararbeit, die im Rahmen eines Seminars bei Prof. Dr. Ute Mager und Prof. Dr. Tanja Penter entstanden ist. Besonderer Dank gilt Prof. Dr. Ute Mager für ihre tatkräftige Unterstützung und hilfreichen Anmerkungen, ohne die der Beitrag nicht entstanden wäre. Dank gebührt auch Matthias Holzhen.

A. Einleitung

Der Fall *Broniowski* gegen Polen ist von grundlegender Bedeutung für das Rechtsschutzsystem der Europäischen Menschenrechtskonvention. Mit diesem Urteil führte der *Gerichtshof* vor 16 Jahren das sog. Piloturteilsverfahren ein. Dieses Verfahren zeichnet sich dadurch aus, dass die von dem Beschwerdeführer geltend gemachte Verletzung der EMRK mit Wirkung auch für andere Betroffene festgestellt wird, obwohl diese nicht an dem Verfahren beteiligt waren. Zudem ordnet der *Gerichtshof* im Urteilstenor die von dem beklagten Mitgliedsstaat konkret vorzunehmenden Maßnahmen zur Behebung der festgestellten Verletzung an.¹

Rechtsdogmatisch ist zu klären, inwieweit der *Gerichtshof* legitimiert war, auf die soeben skizzierte Weise zu entscheiden. Denn die EMRK kennt das Pilotverfahren nicht. Dabei werden auch die richterrechtlichen und politischen Wegbereiter der Entscheidung dargelegt.

B. Der Fall *Broniowski* gegen Polen

Das Geschehen, das zur erstmaligen Anwendung der sog. Piloturteilstechnik führte, hat seine Ursache in der Umsiedlung (*repatriation*) der polnischen Bürger aus den Gebieten jenseits des Bug-Flusses. Diese Gebiete wurden nach dem Zweiten Weltkrieg Teil der UdSSR.² Der – als nicht legitim angesehene –³ polnische Vertreter (des sog. Polnischen Komitees der nationalen Befreiung) hatte sich 1944 in den sog. „Republikenverträgen“ gegenüber den sowjetischen Republiken Weißrussland, der Ukraine und Litauen dazu verpflichtet, die vertriebenen und infolge des Gebietsverlustes enteigneten Polen zu entschädigen. Einschätzungen zufolge wurden 1944 bis 1953 etwa 1.240.000 polnische Bürger nach Polen umgesiedelt. Polen hatte knapp unter 20 % seines früheren Territoriums verloren.⁴

Es folgte eine kontinuierliche Gesetzgebungsaktivität der polnischen Legislative, um die Entschädigung der Betroffenen zu regeln.⁵ Größere Bedeutung für die Entscheidung des EGMR hat die Regelung des Art. 81 des Grundstückbewirtschaftungsgesetzes von 1985, das einen

¹ Vgl. auch *Mayer-Ladewig/Brunozzi*, in: Mayer-Ladewig/Nettesheim/v. Raumer, EMRK – Handkommentar, 4. Aufl. 2017, Art. 46 Rn. 10.

² EGMR, *Broniowski v. Polen*, Urt. v. 22.6.2004, Rs. 31443/96, S. 2 f., abrufbar unter: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22tabview%22:%5B%22document%22%5D%2C%22itemid%22:%5B%22001-61828%22%5D%7D> (zuletzt abgerufen am 27.12.2020).

³ *Hoensch*, Geschichte Polens, 3. Aufl. 1998, S. 288 ff.

⁴ EGMR, *Broniowski v. Polen*, Urt. v. 22.6.2004, Rs. 31443/96, S. 2 f.

⁵ *Ebd.*, S. 12-44.

Entschädigungsanspruch der vertriebenen Polen vorsah.⁶ Nach dem Ende der Volksrepublik Polen wurde der Staat entsprechend umstrukturiert. Im Zuge der Reformen wurden 1990 Gemeinden (wieder-)gebildet.⁷ Infolgedessen minderte sich das Eigentum des Staates, weil es auf die Gemeinden überging.⁸ Da zu diesem Zeitpunkt die noch nicht befriedigten Entschädigungsansprüche nicht mehr erfüllt werden konnten, erließ Polen am 12.12.2003 ein Gesetz, mit dem der Umfang des Schadensersatzes wesentlich begrenzt wurde.⁹

Was aus diesem Bündel von Rechtsfragen den *Gerichtshof in concreto* beschäftigte, war der pauschale Ausschluss aller bereits entschädigten Personen: Wer schon eine Entschädigung bekommen hatte, egal in welchem Umfang, durfte keine weitere fordern.¹⁰ Dies war von einer Verwaltungspraxis begleitet, die die Durchsetzung des Anspruchs unmöglich machte.¹¹

Gegen diese rechtliche und tatsächliche Verkürzung seiner Rechte richtete sich *Broniowski* mit seiner Beschwerde. Er behauptete, er sei in seinen Rechten aus Art. 1 Zusatzprotokoll vom 20.3.1952 zur EMRK (Zusatzprotokoll zur EMRK) verletzt.¹² Seine Mutter, deren Alleinerbe er ist, hatte die gesetzlich vorgesehene Entschädigung in Form eines Erbnießbrauchs bekommen.¹³ Diese Entschädigung entsprach jedoch lediglich zwei Prozent des Gesamtwertes des verlorenen Eigentums.¹⁴ Der Beschwerdeführer war durch mehrere Gerichte und Gerichtsinstanzen gegangen – mit unterschiedlichem Erfolg.¹⁵ Auch das Verfassungsgericht wurde angerufen.¹⁶ Allerdings unterließen es Legislative und Exekutive, den gerichtlichen Urteilen Folge zu leisten.¹⁷

C. Würdigung durch das *Gericht*

Von diesem Sachverhalt ausgehend stellte der *EGMR* zum einen die Verletzung des Menschenrechts aus Art. 1 Abs. 1 Zusatzprotokoll zur EMRK fest. Zum

⁶ Vgl. die Übersetzung im Urteil: *EGMR, Broniowski v. Polen*, Urt. v. 22.6.2004, Rs. 31443/96, S. 12.

⁷ *Ebd.*, S. 14 f.

⁸ *Ebd.*

⁹ *Ebd.*, S. 42 ff.

¹⁰ *Ebd.*, S. 44.

¹¹ *Ebd.*, S. 9.

¹² *Ebd.*, S. 1.

¹³ *Ebd.*, S. 3 f.

¹⁴ *Ebd.*, S. 4.

¹⁵ *Ebd.*, S. 5-9.

¹⁶ *Ebd.*, S. 44.

¹⁷ *Ebd.*, S. 5-9.

anderen verpflichtete er den polnischen Staat, den Grund für diese Verletzung durch geeignete Verwaltungs- und Gesetzgebungspraktiken zu beseitigen.

I. Verletzung des Art. 1 Abs. 1 Zusatzprotokoll zur EMRK

1. Anwendbarkeit des Art. 1 Zusatzprotokoll zur EMRK

Zuerst prüfte der *EGMR* die Anwendbarkeit des Art. 1 Zusatzprotokoll zur EMRK. Der Terminus „Eigentum“ ist im Rahmen des Art. 1 Zusatzprotokoll zur EMRK autonom auszulegen. Daher ist der *Gerichtshof* an den Eigentumsbegriff der innerstaatlichen Rechtsordnungen nicht gebunden. Es muss sich lediglich um ein substantielles Interesse handeln, das positivgesetzlich anerkannt ist und nach den Gesamtumständen schutzwürdig erscheint.¹⁸

Ein solches Interesse hat der *EGMR* im Anspruch auf Entschädigung erkannt, der in der polnischen Rechtsordnung ununterbrochen eine Grundlage fand.¹⁹ Der *Gerichtshof* hielt es für unerheblich, dass die Parteien nicht konkretisiert hatten, welche von den drei Regeln des Art. 1 Zusatzprotokoll zur EMRK zur Anwendung kommt – ob der allgemeine Grundsatz der Achtung des Eigentums (Art. 1 Abs. 1 S. 1 Zusatzprotokoll zur EMRK), die Grundsätze über den Entzug vom Eigentum (Art. 1 Abs. 1 S. 2 Zusatzprotokoll zur EMRK) oder die Regelung der Nutzung im Allgemeininteresse (Art. 1 Abs. 2 Zusatzprotokoll zur EMRK). Dies begründete er damit, dass die geltend gemachte Verletzung keiner Kategorie eindeutig zugeordnet werden könne, was durch die rechtliche und tatsächliche Komplexität des Falles begründet sei. Im Lichte dessen sollte der allgemeine Schutzgedanke zur Anwendung kommen.²⁰

2. Natur der geltend gemachten Verletzung

Da Art. 1 Zusatzprotokoll zur EMRK sowohl Gewährleistungs- als auch Unterlassungspflichten des Staats begründet, setzte sich der *EGMR* mit der Natur der geltend gemachten Verletzung auseinander. Im konkreten Fall stellte der *Gerichtshof* fest, dass unter den besonderen Umständen des Falles „aktives Tun“ und „Unterlassen“ verquickt und nicht mehr zu trennen seien. Er vertrat daher die Auffassung, dass es zwischen den anzuwendenden Grundsätzen keinen

¹⁸ *EGMR, Bronionski v. Polen*, Urt. v. 22.6.2004, Rs. 31443/96, S. 47; *Mayer-Ladewig/v. Raumer*, in: Mayer-Ladewig/Nettesheim/v. Raumer (Fn. 1), Art. 1 Zusatzprotokoll zur EMRK Rn. 9 f.

¹⁹ *EGMR, Bronionski v. Polen*, Urt. v. 22.6.2004, Rs. 31443/96, S. 47.

²⁰ *Ebd.*, S. 49 f.

substantiellen Unterschied gäbe, da in jedem Fall ein gerechter Ausgleich zwischen den Interessen des Einzelnen und der Öffentlichkeit erfolgen müsse.²¹

3. Rechtfertigung des Eingriffs

Da die Frage danach, ob das Verhalten Polens als Eingriff oder als Unterlassung oder als Kombination der beiden anzusehen sei, offenbleiben könne, prüfte der *Gerichtshof* die Rechtfertigung der Begrenzung des Entschädigungsumfangs und der praktischen Unmöglichkeit, den Anspruch auf Entschädigung durchzusetzen.

a) *Gesetzmäßigkeit*

Gemäß Art. 1 Zusatzprotokoll zur EMRK steht der Eingriff in die Eigentumsgarantie unter einem Gesetzesvorbehalt. Dies war hinsichtlich der geltend gemachten Verletzung nicht unproblematisch. Denn das polnische Verfassungsgericht, dem die Fachgerichte folgten, hatte die gesetzlichen Vorschriften, die den Entschädigungsanspruch kürzten, für verfassungswidrig erklärt. Gleichwohl ging der *EGMR* aus Billigkeitsgründen davon aus, dass eine gesetzliche Grundlage für den Eingriff bestünde. Die Feststellungen des Verfassungsgerichts seien für das Merkmal „gerechter Ausgleich“ relevant.²²

b) *Verfolgung eines legitimen Ziels*

Der Staat müsste gemäß Art. 1 Zusatzprotokoll zur EMRK einen legitimen Zweck verfolgt haben. Der *Gerichtshof* hatte die schwierige und einzigartige Situation Polens vor Augen und entsprechend dem weiten Beurteilungsspielraum, der dem Staat hinsichtlich der Erfüllung dieses Merkmals zusteht, die Verfolgung eines legitimen Zwecks bejaht. Dieser bestand in der Wiedererrichtung der Gemeinden.²³

c) *Gerechter Ausgleich*

Umfangreichere Ausführungen finden sich in der Entscheidung bezüglich der Frage, ob ein gerechter Ausgleich der widerstreitenden Interessen hergestellt wurde. Auch hier hat der *EGMR* den besonderen geschichtlichen Hintergrund und die komplexe politische Situation Polens berücksichtigt. Sie wirkten sich auf die Bestimmung des Beurteilungsspielraums des Staats aus.²⁴

²¹ *EGMR, Bronionski v. Polen*, Urt. v. 22.6.2004, Rs. 31443/96, S. 51-53.

²² *Ebd.*, S. 56.

²³ *Ebd.*, S. 57.

²⁴ *Ebd.*, S. 58 f.

Bei der Untersuchung des Merkmals des gerechten Ausgleichs ist zu berücksichtigen, dass die Bestimmungen in Art. 81 des polnischen Grundstücksbewirtschaftungsgesetzes im Zusammenhang mit der Wiedererrichtung der kommunalen Selbstverwaltung zu sehen sind. Denn die Wiedererrichtung hatte dazu geführt, dass es objektiv an Land fehlte, mit dem die Ansprüche befriedigt werden konnten. Gleichzeitig sind öffentliche Versprechungen staatlicherseits erfolgt, dass die Entschädigungsansprüche doch erfüllt würden. Nach Auffassung des Gerichts bestünde darüber hinaus die tatsächliche Möglichkeit auch in dieser schwierigen Situation die Ansprüche zu befriedigen – etwa indem der Staat Eigentum aussondert. Durch sein Verhalten habe der Staat eine paradoxe Situation geschaffen. Diese Umstände würden den Beurteilungsspielraum des Staats einengen. Negative Folgen für Polen hätte auch die Nichtbefolgung des endgültigen Verfassungsgerichtsurteils, welches die Kürzung der Entschädigungsansprüche für verfassungswidrig erklärte. Ein solches Verhalten lasse sich mit keinem öffentlichen Interesse rechtfertigen.²⁵

Nicht zuletzt führt der *Gerichtshof* aus, dass der Beurteilungsspielraum des Mitgliedstaats nicht unbegrenzt sei. Es sei eine Pflicht des Staats, seine eigenen Gesetze zu befolgen, was sich aus dem im Art. 1 Zusatzprotokoll zur EMRK verankerten Rechtsstaats- und Gesetzesmäßigkeitssprinzip herleiten lasse. Daraus folge auch, dass dieser dafür sorgen müsse, dass die Gesetze auch tatsächlich ausgeführt werden. Indem Polen diese Pflicht verletzt habe, habe es auch die Grenzen des weiten Beurteilungsspielraums bei der Schaffung eines „gerechten Ausgleichs“ überschritten.²⁶

Der *EGMR* hält sich für nicht befugt, pauschal zu bestimmen, wie hoch die Entschädigung für den Eigentumsverlust der Umgesiedelten sein muss. Eine Entschädigung in Höhe von 2 % erachtete das *Gericht* jedenfalls als unzureichend. Der absolute Ausschluss von bereits Entschädigten ohne Rücksicht auf den Umfang der Entschädigung verletze den konkreten Beschwerdeführer in seinen Rechten aus Art. 1 Zusatzprotokoll zur EMRK.²⁷

II. Positive Handlungspflicht

Nachdem der *Gerichtshof* die konkrete Verletzung festgestellt hat, folgert er aus dem bereits ausgeführten, dass das dem Urteil zugrundeliegende Problem der unzureichenden Entschädigung weit verbreitet sei und sich als legislative und exekutive Funktionsstörung qualifizieren lasse. Das Problem betreffe eine große

²⁵ *EGMR*, *Bronionski v. Polen*, UrT. v. 22.6.2004, Rs. 31443/96, S. 60-63.

²⁶ *Ebd.*, S. 66 f.

²⁷ *Ebd.*, S. 68.

Anzahl von Menschen und sei struktureller Natur. Wegen der hieraus folgenden Befürchtungen um die Effektivität des Konventionssystems ordnet der *EGMR* rechtsverbindlich an, dass Polen durch geeignete gesetzgeberische Maßnahmen und verwaltungsrechtliche Praktiken sicherstellen muss, dass die übrigen Betroffenen ihre Ansprüche durchsetzen können.²⁸

D. Die Begründung des Piloturteilsverfahrens

Das Urteil ist, was die Feststellung der Menschenrechtsverletzung an sich angeht, nicht problematisch, obwohl diese den deutlich größeren Teil des Gesamttextes ausmacht. Diese Ausführungen knüpfen an eine bereits entwickelte Rechtsprechungspraxis an²⁹ und sollen daher hier nicht weiterverfolgt werden.

Nur wenige Seiten – die nämlich, wo der polnische Staat zum positiven Handeln verpflichtet wird – werfen die relevanten rechtlichen Fragen auf.

I. Anwendung der Piloturteilstechnik

1. Rechtswirkung der *EGMR*-Urteile: Grundsatz

Gemäß Art. 41 EMRK sind die Urteile des *EGMR* grundsätzlich Feststellungsurteile: Der *Gerichtshof* ist befugt, das Bestehen oder das Nichtbestehen einer Konventionsverletzung – im Einzelfall – festzustellen. Nur wenn die innerstaatliche Rechtsordnung eine unvollkommene Wiedergutmachung vorsieht, kann er ein Leistungsurteil erlassen: Der verletzten Person wird eine gerechte Entschädigung zugesprochen. Die Rechtskraftwirkung der *EGMR*-Urteile besteht nach Art. 46 Abs. 1 EMRK *inter partes*: Nachdem ein Urteil formell und materiell rechtskräftig geworden ist, entfaltet es Bindungswirkung nur zwischen den am Verfahren Beteiligten.³⁰ Die Staaten können die Maßnahmen zur Beendigung der Konventionsverletzung frei wählen – es wird nur der Erfolg, d. h. die Beseitigung der Menschenrechtsverletzung geschuldet.³¹

²⁸ *EGMR*, *Bronionski v. Polen*, Urt. v. 22.6.2004, Rs. 31443/96, S. 69 ff.

²⁹ *Ebd.*, S. 47, 49, 51, 53-55 jeweils m. w. N. für die festgehaltene Rechtsprechung zu den angesprochenen Problempunkten.

³⁰ Vgl. auch: *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Aufl. 2016, § 16 Rn. 2.

³¹ *Ebd.*, § 16 Rn. 2; *Risini*, Eine Annäherung der primären und sekundären Pflichten aus der EMRK – Das Urteil des EGMR zur gerechten Entschädigung in der Staatenbeschwerde Zypern gegen die Türkei (IV) 2014, EuGRZ 2014, 602 (604).

2. Abweichung von den Grundsätzen im Urteil

a) Anordnung von generellen Maßnahmen

Durch die Anordnung genereller Maßnahmen im Urteilstenor weicht der *Gerichtshof* zum einen von dem Grundsatz ab, dass der Staat freie Wahl über die Maßnahmen zur Beseitigung der Verletzung hat. Zum anderen wird die Konventionsverletzung nicht bloß festgestellt und eine gerechte Entschädigung angeordnet. Es wird vielmehr die Verpflichtung ausgesprochen, konkrete Handlungen vorzunehmen, nämlich „geeignete gesetzliche Maßnahmen und verwaltungsrechtliche Praktiken“.³² Die Verpflichtung Polens wird verbindlich im Urteilstenor verankert und wird auch nicht durch die Bewertung des EGMR entkräftet, dass dieser Polen bei der Umsetzung seiner Pflichten bloß helfen wolle.

b) Aussetzung der Parallelverfahren

Indem der *Gerichtshof* konstatierte, dass das Verhalten Polens eine größere Anzahl von Personen betraf und die parallelen Verfahren ausgesetzt hatte, folgte er nicht mehr dem Grundsatz der Einzelfallfeststellung und strebte eine Bindungswirkung des Urteils über den konkret zu entscheidenden Einzelfall hinaus an.

c) Einordnung des Urteils als ein „echtes“ Piloturteil

Hiermit weist das Urteil die wesentlichen Merkmale eines „echten“ Piloturteils auf. Davon zu unterscheiden ist das „unechte“ Piloturteil, das die zu ergreifenden Maßnahmen lediglich als Empfehlung formuliert und nicht als echte Rechtspflichten anordnet.³³

3. Überlastung des EGMR als Hintergrund für die Abweichung

Im konkreten Fall waren bei dem EGMR außer der Beschwerde *Broniowski* noch 167 Beschwerden anhängig, die eine ähnliche rechtliche Problematik und den gleichen Rechtsgrund hatten.³⁴ Daraus folgte eine Überlastung des EGMR mit bedrohlichem Ausmaß für das Konventionssystem. Mit dieser Gefahr

³² EGMR, *Broniowski v. Polen*, Urt. v. 22.6.2004, Rs. 31443/96, S. 73 f.

³³ *Baumann*, Das Piloturteilsverfahren als Reaktion auf massenhafte Parallelverfahren. Eine Bestandsaufnahme der Rechtswirkungen der Urteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, 2016, S. 96-98.

³⁴ *Breuer*, Urteilsfolgen bei strukturellen Problemen – Das erste „Piloturteil“ des EGMR, EuGRZ 2004, 445 (450).

rechtfertigt der *Gerichtshof* die Anwendung der Piloturteilstechnik im konkreten Fall – und somit ihre Einführung in die Rechtsprechungspraxis des EGMR.³⁵

Dies muss im Kontext der gesamten Arbeitslast des EGMR gesehen werden.³⁶ In den ersten Jahren nach der Anerkennung der Individualbeschwerde durch die Mitgliedsstaaten war die Anzahl der bei dem im Januar 1959 eingerichteten *Gerichtshof* anhängigen Beschwerden eher gering.³⁷ Ab seinem ersten Urteil vom 14.11.1960 bis zum Inkrafttreten des Protokolls Nr. 11 zur EMRK 1998, also innerhalb von 38 Jahren, erließ der EGMR rund 100 Urteile. Von 1998 bis 2003 nahm diese Anzahl stark zu: Innerhalb von nur fünf Jahren erließ der EGMR 1.000 Urteile. Gleichzeitig wurden immer mehr Beschwerden eingereicht.³⁸ Diese Zahlen sprechen für sich: Die Arbeitslast des *Gerichtshofs* erhöhte sich drastisch.

Der Grund für diesen Anstieg kann unter anderem im Beitritt der ehemaligen Ostblockstaaten gesehen werden.³⁹ Dieses Phänomen wurzelt zum einen in der zahlenmäßigen Erweiterung des Konventionssystems: denn infolge der Osterweiterung sind 800 Millionen potentielle Beschwerdeführer hinzugekommen.⁴⁰ Mitzurechnen ist, dass die Bürger dieser Staaten besonders aktiv sind: Etwas mehr als zwei Drittel (68,3 %) aller im Jahr 2018 anhängigen Beschwerden richteten sich gegen Staaten, die dem ehemaligen Ostblock angehörten.⁴¹

Sachlich machen auf der einen Seite den größten Anteil der Arbeit des *Gerichtshofs* die vielen für unzulässig oder offensichtlich unbegründet erklärten Beschwerden aus. Dies trifft auf ungefähr 90 % aller Beschwerden zu.⁴² Auf der anderen Seite

³⁵ EGMR, *Broniowski v. Polen*, Urt. v. 22.6.2004, Rs. 31443/96, S. 69 f.; auch *Breuer* (Fn. 34), 445.

³⁶ EGMR, *Broniowski v. Polen*, Urt. v. 22.6.2004, Rs. 31443/96, S. 69 f.

³⁷ *Baumann* (Fn. 33), S. 39; *Ress*, The Effect of Decision and Judgments of the European Court of Human Rights in the Domestic legal Order, *Texas International Law Journal* 2005, 359 (362).

³⁸ *Ress* (Fn. 37), S. 362.

³⁹ *Baumann* (Fn. 33), S. 51.

⁴⁰ *Ress* (Fn. 37), S. 363.

⁴¹ ECHR, Annual Report, 2018, S. 169, abrufbar unter: https://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2018_ENG.pdf (zuletzt abgerufen am: 27.12.2020); für das Jahr 2019: 66 %, ECHR, Annual Report, 2019, S. 130, abrufbar unter: https://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2019_ENG.pdf (zuletzt abgerufen am: 27.12.2020).

⁴² *Baumann* (Fn. 33), S. 52 m. w. N.

stehen die zulässigen, aber sich ähnelnden Fälle. 60 % der zulässigen Beschwerden sind solche Parallelverfahren.⁴³

Das *Gericht* war mit dem Fall *Bronionski* nicht zum ersten Mal mit der Problematik der systemischen Mängel konfrontiert. Zu nennen sind etwa die vom EGMR festgestellten strukturellen Probleme in der Türkei in den 1990er Jahren⁴⁴ oder die zahlreichen Urteile gegen Italien aufgrund überlanger Verfahrensdauer⁴⁵.

Das Rechtssystem der EMRK war also nicht dazu geeignet, wirksam einer systematischen Verletzung von Menschenrechten entgegenzuwirken.⁴⁶ Um solchen Problemen zu begegnen, musste das Konventionssystem um einen Mechanismus ergänzt werden.

4. Richterrechtliche und rechtspolitische Wegbereiter

Das Problem der auf Parallelverfahren beruhenden Arbeitsbelastung des EGMR war also auch vor dem Erlass des ersten Piloturteils bekannt. Im Folgenden werden die gerichtlichen Entscheidungen und die rechtspolitischen Vorgänge dargestellt, die dem Urteil vom 22.6.2004 vorangegangen sind und die den Weg zum Erlass des ersten Piloturteils durch den EGMR geebnet haben.

a) Herangehensweise in Vorläuferentscheidungen

aa) Beweislastumkehr

Die Urteile gegen die Türkei aus den 1990er Jahren zeigen einen gangbaren Weg im Umgang mit Parallelverfahren. Hier entschied sich der EGMR für eine Beweislastumkehr: So konnte sich die Türkei nur entlasten, wenn ihr der Beweis gelang, dass die vom *Gerichtshof* festgestellten strukturellen Probleme keine Auswirkung auf den konkreten Fall hatten.⁴⁷ Indes beruhten diese Fälle, die sich mit der Verletzung von Art. 2 Abs. 1 EMRK beschäftigten,⁴⁸ auf einer eigentümlichen Problematik. Es ging um die unzureichende Ermittlung von

⁴³ *Baumann* (Fn. 33), S. 52 m. w. N.

⁴⁴ EGMR, *Kiliç v. Türkei*, Urt. v. 9.6.2009, Rs. 49164/99, abrufbar unter: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-65926%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-65926%22]}) (zuletzt abgerufen am 27.12.2020).

⁴⁵ *Breuer* (Fn. 34), S. 446 m. w. N.

⁴⁶ *Борисов*, *Международноправна защита на правата на човека* [*Borissow*, *Internationaler Rechtsschutz der Menschenrechte*], 2007, S. 169 f.

⁴⁷ So auch *Breuer* (Fn. 34), S. 446.

⁴⁸ EGMR, *Mahmut Kaya v. Türkei*, Urt. v. 28.3.2000, Rs. 22535/93, S. 3-10, abrufbar unter: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22\%22CASE%20OF%20MAHMUT%20KAYA%20v.%20TURKEY%22%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-58523%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22\%22CASE%20OF%20MAHMUT%20KAYA%20v.%20TURKEY%22%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-58523%22]}) (zuletzt abgerufen am 27.12.2020).

Fällen, in denen es um das Verschwinden türkischer Bürger ging, die in Kontakt mit der Arbeiterpartei Kurdistans (PKK) standen.⁴⁹ Diese Besonderheit macht es unmöglich, allgemeine Prinzipien für den Umgang mit parallel gelagerten Fällen zu gewinnen.⁵⁰ Hinzu kommt, dass auch die Geeignetheit dieser Verfahrensweise zur Entlastung des EGMR zu bezweifeln ist. Denn dadurch wird in erster Linie ein besserer Rechtsschutz für den konkreten Beschwerdeführer erreicht. Diesem wird durch eine widerlegbare Vermutung geholfen, die Konventionsverletzung durch den *Gerichtshof* feststellen zu lassen. Die Anzahl der Beschwerden kann jedoch auf diese Weise nicht verringert werden, da jede einzelne nach wie vor individuell geprüft werden muss.

bb) Appel in den Urteilsgründen

Die Beschwerden, die sich gegen eine überlange Verfahrensdauer in Italien wendeten, behandelte der *Gerichtshof* unterschiedlich. Während er zuerst jede Beschwerde intensiv einzeln durchprüfte, ersetzte er dann in einer Zwischenphase diese Prüfung durch ein sog. *global assessment*, um Beschwerden gleichzeitig zu prüfen.⁵¹ Den für das Piloturteilsverfahren relevanten Schritt unternahm der *Gerichtshof*, indem er in seinen vier Urteilen vom 28.7.1999 an den italienischen Staat appellierte, das Problem der überlangen Verfahrensdauer in der innerstaatlichen Rechtsordnung zu beheben.⁵²

cc) Herleitung einer Rechtspflicht

Im Fall *Kudła* gegen Polen, in dem der *Gerichtshof* einen Verstoß gegen Art. 5, 6 und 13 EMRK bejaht hat, ging der EGMR noch einen Schritt weiter. Hier rief er nicht nur den polnischen Staat zur Änderung der Rechtslage unverbindlich auf, sondern entwickelte eine echte Rechtspflicht aus Art. 13 EMRK zur Einführung

⁴⁹ EGMR, *Mahmut Kaya v. Türkei*, Urt. v. 28.3.2000, Rs. 22535/93, S. 49.

⁵⁰ Breuer (Fn. 34), S. 446.

⁵¹ *Ebd.*

⁵² EGMR, *Botazçi v. Italien*, Urt. v. 28.7.1999, Rs. 34884/97, S. 5 f, abrufbar unter: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22tabview%22:\[%22document%22\],\[%22itemid%22:\[%22001-58293%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22tabview%22:[%22document%22],[%22itemid%22:[%22001-58293%22]}) (zuletzt abgerufen am 27.12.2020); EGMR, *Di Mauro v. Italien*, Urt. v. 28.7.1999, Rs. 34256/96, S. 5 f, abrufbar unter: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22tabview%22:\[%22document%22\],\[%22itemid%22:\[%22001-58295%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22tabview%22:[%22document%22],[%22itemid%22:[%22001-58295%22]}) (zuletzt abgerufen am 27.12.2020); EGMR, *A. P. v. v. Italien*, Urt. v. 28.7.1999, Rs. 35265/97, S. 5, abrufbar unter: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22tabview%22:\[%22document%22\],\[%22itemid%22:\[%22001-58297%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22tabview%22:[%22document%22],[%22itemid%22:[%22001-58297%22]}) (zuletzt abgerufen am 27.12.2020); EGMR, *Ferrary v. Italien*, Urt. v. 9.6.2009, Rs. 33440/96, S. 5 f, abrufbar unter: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22tabview%22:\[%22document%22\],\[%22itemid%22:\[%22001-58296%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22tabview%22:[%22document%22],[%22itemid%22:[%22001-58296%22]}) (zuletzt abgerufen am 27.12.2020).

einer wirksamen Beschwerde bei einer innerstaatlichen Instanz.⁵³ Diese Entscheidung ist wegen der Herleitung einer Rechtspflicht zum Handeln des Staats als echte Vorläuferentscheidung zu dem ersten Piloturteil anzusehen.⁵⁴

b) Ableitung möglicher Lösungswege

Anders als die Urteile gegen die Türkei lassen sich aus den oben genannten Entscheidungen gegen Italien und Polen allgemeine Lösungswege für die Problematik der Parallelverfahren herleiten. Es zeigen sich zwei Möglichkeiten zur Entlastung des *Gerichts* von der Arbeitslast, die die Parallelverfahren schaffen. Diese sind auf der einen Seite die gleichzeitige Prüfung mehrerer Beschwerden und auf der anderen Seite die Herleitung einer Rechtspflicht für den verklagten Staat zur Behebung des systemischen Problems, welches hinter den vielen Beschwerden steht.

c) Rechtspolitische Empfehlungen anlässlich der Ausarbeitung des Protokolls Nr. 14 zur EMRK

Nicht nur die Rechtsprechung hat nach möglichen Lösungen des Problems gesucht, das aus den Parallelverfahren erwächst. Mit dieser Problematik beschäftigten sich auch zwei Ausschüsse, die anlässlich der Ausarbeitung des Protokolls Nr. 14 zur EMRK gegründet wurden. Das waren die sog. Evaluierungsgruppe und die sog. Reflexionsgruppe, wobei erstere letztere bei ihrer Arbeit unterstützen sollte.⁵⁵ Die Evaluierungsgruppe wurde von den ständigen Vertretern beim Europarat eingesetzt, die Reflexionsgruppe vom Lenkungsausschuss (*Steering Committee for Human Rights (CDDH)*), gegründet von dem Ministerkomitee Ende 1976⁵⁶).⁵⁷ Jeder Ausschuss hat sein eigenes Konzept entwickelt, wie an das Problem heranzugehen sei. Schließlich hat sich mit dieser

⁵³ Breuer (Fn. 34), 446; EGMR, *Kudła v. Italien*, Urt. v. 29.10.2000, Rs. 30210/96, S. 5 f., abrufbar unter: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22%3A%22Kud%C5%82a%22%2C%22documentcollectionid%22%3A%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%2C%22itemid%22%3A%22001-58920%22%7D> (zuletzt abgerufen am 27.12.2020).

⁵⁴ Breuer (Fn. 34), S. 447.

⁵⁵ Baumann (Fn. 33), S. 57 f.

⁵⁶ *Committee of Ministers*, Decision CM/1/010177 i. V. m. Annex 1, Dezember 1976, Appendix V S. a17 f., abrufbar unter: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804cc1ea> (zuletzt abgerufen am 27.12.2020); rechtliche Grundlage für die Gründung des Lenkungsausschusses ist Art. 17 der Satzung des Europarates vom 5.5.1949, abrufbar unter: <https://rm.coe.int/1680306051> (zuletzt abgerufen am 27.12.2020).

⁵⁷ *Council of Europe*, Explanatory Report to Protocol No. 14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, amending the control system of the Convention, 2004, S. 5, abrufbar unter: <https://rm.coe.int/16800d380f> (zuletzt abgerufen am 27.12.2020).

Problematik auch der Lenkungsausschuss selbst befasst.⁵⁸ Die Empfehlungen, die die beiden Gruppen vorgelegt haben, weisen nicht zu verkennende Ähnlichkeiten mit den Lösungswegen der oben dargelegten Rechtsprechung auf.

aa) Vorschlag der Reflexionsgruppe

Die Reflexionsgruppe schlug vor, ein summarisches Verfahren einzuführen. Dieses musste Bezug auf einen bereits entschiedenen Fall nehmen; es wurde vorgesehen, das Urteil in Sachverhalt und in Gründen zu verkürzen. Ein Widerspruchsrecht des betroffenen Staats wurde eingeplant.⁵⁹

bb) Vorschlag der Evaluierungsgruppe

Nach der Empfehlung der Evaluierungsgruppe sollte die Kanzlei dem Ministerkomitee davon berichten, wenn zu einem Urteil eine größere Anzahl von Parallelbeschwerden anhängig ist. Das Ministerkomitee sollte dann das Urteil in einem speziellen Verfahren behandeln – gleichzeitig sollten die parallelen Verfahren ausgesetzt werden. Der von dem Ministerkomitee ausgeübte politische Druck sollte eine Entscheidung in der Sache entbehrlich machen.⁶⁰

cc) Auffassung des Lenkungsausschusses

Der Lenkungsausschuss neigte dazu, dem Vorschlag der Evaluierungsgruppe Vorrang zu geben. So hat er den zuletzt dargestellten Lösungsansatz aufgenommen und modifiziert; hier taucht auch zum ersten Mal der Begriff „Piloturteilsverfahren“ auf. Hauptziel des von dem Lenkungsausschuss vorgeschlagenen Wegs ist, dass der von einem solchen Urteil betroffene Vertragsstaat entweder bestehende nationale Rechtsmittel effektiv anwendet oder, bei Abwesenheit solcher Mittel, diese schafft.⁶¹

d) *Das Urteil Broniowski: Denknötwendige Folge*

Mithin kann festgehalten werden, dass der Erlass des Urteils *Broniowski* gegen Polen die Folge einer langjährigen Entwicklung in der Rechtsprechung ist und auch von rechtspolitischen Empfehlungen, die anlässlich der Ausarbeitung des Protokolls Nr. 14 zur EMRK entstanden, unterstützt wurde. Die Feststellung von Verpflichtungen des verklagten Staats im Urteilstenor in Verbindung mit der Aussetzung der parallelen Verfahren war somit die denknötwendige Folge der oben dargestellten Ereignisse.

⁵⁸ *Breuer* (Fn. 34), S. 447.

⁵⁹ *Ebd.*, S. 447.

⁶⁰ *Ebd.*

⁶¹ *Ebd.*

5. Dogmatische Grundlagen des Piloturteils

Grund für die Einführung und die Anwendung des Piloturteils war – wie schon gezeigt – die große Arbeitsbelastung des EGMR. Das Piloturteilsverfahren hat auch tatsächlich für die Entlastung des *Gerichts* einen Beitrag geleistet.⁶² Trotz dieses Erfolgs erübrigt sich eine rechtsdogmatische Begründung des Piloturteilsverfahrens nicht.⁶³

a) Vorwurf der Kompetenzüberschreitung

Es wird dem EGMR vorgeworfen, dass die Anordnung von konkreten Abhilfemaßnahmen außerhalb seiner Kompetenz liege.⁶⁴ Denn der *Gerichtshof* hat gemäß Art. 19 EMRK die Aufgabe, die Einhaltung der Verpflichtung der Hohen Vertragsparteien aus der Konvention sicherzustellen. Die Zuständigkeit des EGMR regelt dabei Art. 32 EMRK. Demnach ist der *Gerichtshof* für alle Angelegenheiten, mit denen er nach Art. 33, 34, 46 und 47 EMRK befasst wird und die die Auslegung und die Anwendung der EMRK und der Protokolle dazu betreffen, zuständig. Von einem Piloturteilsverfahren ist in diesen Zuständigkeitsnormen hingegen nicht die Rede.

Auf der anderen Seite ist der EGMR, in der europäischen Gerichtstradition stehend, grundsätzlich zur Rechtsfortbildung legitimiert.⁶⁵ Die äußerste Grenze der Auslegung ist der Wortlaut und der sich daraus ergebende Sinn und Zweck der EMRK.⁶⁶ Entscheidend ist, dass den Vertragsstaaten keine Verpflichtung auferlegt wird, die sie erkennbar nicht übernehmen wollten.⁶⁷ Bei der Auslegung der EMRK sind auch die Vorgaben der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVRK) anzuwenden.⁶⁸ Gemäß Art. 31 Abs. 3 lit. b WVRK ist auch „jede spätere Übung bei der Anwendung des Vertrags“ zu beachten. Folglich ist die Staatenpraxis bei der Auslegung der EMRK heranzuziehen.

⁶² Baumann (Fn. 33), S. 132; Spielmann, Jahresbericht 2014 des EGMR, Vorwort, S. 5.

⁶³ So auch Baumann (Fn. 33), S. 132; Sondervotum Richter Zupančič, EGMR, *Broniowski v. Polen*, Urt. v. 22.6.2004, Rs. 31443/96, S. 2 f.

⁶⁴ Baumann (Fn. 33), S. 132.

⁶⁵ Ebd., S. 138 f.; Cremer, in: Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG, 2. Aufl. 2013, Kap. 4 Rn. 36.

⁶⁶ Baumann (Fn. 33), S. 141.

⁶⁷ Ebd., S. 141; Cremer, in: Dörr/Grote/Marauhn (Fn. 65), Kap. 4 Rn. 36.

⁶⁸ EGMR, *Golder v. Vereinigtes Königreich*, Urt. v. 21.2.1975, Rs. 4451/70, S. 9 f., abrufbar unter: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22%3A%5B%22CASE%20OF%20GOLDER%20v.%20THE%20UNITED%20KINGDOM%22%2C%22documentcollectionid%22%3A%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%2C%22itemid%22%3A%22001-57496%22%7D> (zuletzt abgerufen am 27.12.2020).

Es ist außerdem darauf hinzuweisen, dass es bei der Auslegung von Menschenrechten nicht selten vorkommt, dass die Richter *judicial self-restraint* üben.⁶⁹ Dabei halten sich die Richter streng an das bereits bestehende Recht, ohne seine Angaben auszudehnen oder zu ändern.⁷⁰ Die Kehrseite dazu wäre *judicial activism*.⁷¹

Dass der EGMR früher keine konkreten Abhilfemaßnahmen zur Behebung eines systemischen Problems im Urteilstenor angeordnet hat, lässt folglich nicht den Schluss zu, dass er dazu nicht legitimiert war, sondern kann auch durch eine konservative Auslegungspraxis begründet sein.

b) Kompetenz des Gerichtshofs zur Anordnung genereller Abhilfemaßnahmen

Es fragt sich, ob der *Gerichtshof* zur Anordnung genereller Abhilfemaßnahmen befugt ist. Eine entsprechende Befugnis ist in der EMRK nämlich nicht ausdrücklich enthalten.

aa) Ausführungen des EGMR im Urteil

Der *Gerichtshof* bringt seine Ausführungen zum Bestehen eines systemischen Problems und zu der damit zusammenhängenden Überlastung des Konventionssystems in Bezug auf Art. 46 EMRK an. Er führt unter anderem aus: „*it is in principle not for the court to determine what remedial measures may be appropriate to satisfy the respondent State's obligations*“. Der *Gerichtshof* hebt also hervor, dass es grundsätzlich nicht seine Aufgabe sei, Abhilfemaßnahmen zu konkretisieren. Da er aber dem Staat bei der Erfüllung seiner Pflichten aus Art. 46 EMRK helfen will, führt er Hinweise zu den zur Behebung des systemischen Problems erforderlichen Maßnahmen auf.⁷²

bb) Art. 46 EMRK statt Art. 41 EMRK als richtiger Anknüpfungspunkt?

Art. 46 EMRK regelt allgemein die Pflicht zur Befolgung der Urteile. Gemäß Art. 41 EMRK ist der *Gerichtshof* hingegen zur Anordnung einer gerechten Entschädigung berechtigt, wenn das innerstaatliche Recht nur eine unvollkommene Widergutmachung für die Folgen der Verletzung gestattet. Daher ist diese Norm besser als Art. 46 EMRK geeignet, zur Anordnung von

⁶⁹ Baumann (Fn. 33), S. 143 f.

⁷⁰ Mahoney, *Judicial Activism und Judicial Self-Restraint in the European Court of Human Rights: two sides of the same coin*, Human Rights Journal 1990, 57 (58); White/Boussiakou, *Separate Opinions in the European Court of Human Rights*, Human Rights Law Review 2009, 37 (42).

⁷¹ White/Boussiakou (Fn. 70), S. 42.

⁷² EGMR, *Bronionski v. Polen*, Urte. v. 22.6.2004, Rs. 31443/96, S. 188-194.

generellen Abhilfemaßnahmen zu legitimieren. Diese Legitimation wird unter den Voraussetzungen begründet sein, dass die Vertragsparteien verpflichtet sind, generelle Abhilfemaßnahmen zu ergreifen und der *Gerichtshof* diese Maßnahmen rechtsverbindlich anordnen darf.⁷³

Dies ergibt sich nicht ausdrücklich aus der Übersetzung der Norm ins Deutsche, in der von einer „Wiedergutmachung“ sowie von einer „Entschädigung“ die Rede ist. Maßgeblich für die Auslegung der Konvention ist jedoch nicht der deutsche, sondern der englische bzw. der französische Wortlaut, vgl. Art. 59 EMRK.⁷⁴ Die oben genannten Kernbegriffe der Norm lauten auf Englisch *reparation* und *satisfaction* bzw. auf Französisch *réparation* und *satisfaction*. Nur dieser Wortlaut ist authentisch und für die Auslegung maßgeblich.⁷⁵

(1) Die Reichweite der Verpflichtungen der Mitgliedsstaaten

Entscheidend für die Bestimmung der Reichweite der Verpflichtungen der Mitgliedsstaaten ist der Begriff der Wiedergutmachung (*reparation* bzw. *réparation*).⁷⁶ Dieser Begriff ist im Licht des allgemeinen Völkerrechts zu betrachten, da die EMRK im Einklang mit den Regeln des Völkerrechts auszulegen ist.⁷⁷ Nach dem allgemeinen Völkerrecht umfasst der Begriff der Wiedergutmachung sowohl die Pflicht zur Beseitigung des Unrechts als auch die Verpflichtung zur Beendigung der unrechtmäßigen Handlung sowie die Pflicht, die Nichtwiederholung zu garantieren.⁷⁸

Es fragt sich, ob und inwieweit Art. 41 EMRK von diesem allgemeinen völkerrechtlichen Verständnis des Begriffs „Wiedergutmachung“ abweicht. Entsprechend dem Zweck und der Ausgestaltung der EMRK sowie der Ausstattung des einzelnen Bürgers mit dem Recht, Beschwerde gegen jeden Mitgliedsstaat vor dem EGMR einzulegen, wurde durch Art. 41 EMRK die Möglichkeit geschaffen, dem Opfer unmittelbar eine Entschädigung

⁷³ Vgl. *Baumann* (Fn. 33), S. 145.

⁷⁴ Vgl. *Karpenstein/Mayer*, EMRK, 2. Aufl. 2015, Einl. Rn. 55, Art. 59 Rn. 34.

⁷⁵ Die englische Fassung ist abrufbar unter: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf (zuletzt abgerufen am 27.12.2020) und die französische: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_FRA.pdf (zuletzt abgerufen am 27.12.2020).

⁷⁶ *Baumann* (Fn. 33), S. 146.

⁷⁷ *Ebd.*, S. 146 ff.; *Ress*, Das Europarecht vor dem EGMR, Vortrag v. 11.4.2002, S. 2, abrufbar unter: <https://www.rewi.hu-berlin.de/de/lf/oe/whi/FCE/2002/ress-1.pdf> (zuletzt abgerufen am 27.12.2020).

⁷⁸ *Baumann* (Fn. 33), S. 153; *Graefrath*, Responsibility and Damages Caused: Relationship between Responsibility and Damages, RdC 1985, 9 (72).

zuzubilligen.⁷⁹ Hieraus ist nicht der zwingende Schluss zu ziehen, dass sich die Wiedergutmachungspflicht des Staats nur auf den Einzelfall bezieht und auf diese Entschädigung beschränkt ist. Dieses Ergebnis untermauert auch die Genealogie der Norm: Gegenstand der Diskussion bei der Schaffung des Art. 41 EMRK war die Frage nach der Kassationsbefugnis des *Gerichtshofs*. Eine solche wurde letztlich nicht eingeführt.⁸⁰ Aus dem eben gesagten folgt, dass die Mitgliedstaaten nicht nur verpflichtet sind, die Konventionsverletzung zu beenden, sondern auch entsprechende Maßnahmen zu ergreifen, um zu gewährleisten, dass sich die Verletzung nicht wiederholt. Dieses Ergebnis wird von dem Wortlaut des Art. 41 EMRK unterstützt.

(2) Die Befugnis des EGMR zur Anordnung genereller Abhilfemaßnahmen

Es stellt sich die Frage, inwieweit der EGMR zur Anordnung solcher Maßnahmen verfahrensrechtlich befugt ist. Denn aus der Verpflichtung der Mitgliedsstaaten zur Wiedergutmachung folgt nicht zwangsläufig eine entsprechende Anordnungsbefugnis des *Gerichtshofs*.⁸¹

(a) Wortlaut des Art. 41 EMRK und Telos der EMRK

Ausgangspunkt für die Beantwortung dieser Frage ist der Begriff der Entschädigung (*satisfaction*) in Art. 41 EMRK. Auch hier ist die englische bzw. die französische Fassung für die Auslegung maßgeblich. Während der Begriff in seiner deutschen Übersetzung – Entschädigung – eher eine Geldzahlung ausdrückt, bezeichnet *satisfaction* Wiedergutmachung im weitesten Sinne.⁸² Das korrespondiert mit den geschilderten Verpflichtungen der Staaten aus der Konvention. Denkbar ist auch, dass der Begriff der *satisfaction* auf *reparation* bzw. *réparation* bezogen ist. Der zuletzt genannte Begriff bezeichnet auch Wiedergutmachung, weswegen daraus kein abweichendes Ergebnis folgt.

Hieran anknüpfend und im Zusammenhang mit Sinn und Zweck der Vorschrift ist der EGMR befugt, konkrete Abhilfemaßnahmen anzuordnen. Dies folgt auch aus dem Gedanken des effektiven Menschenrechtsschutzes.⁸³

Der Wortlaut des Art. 41 EMRK bezieht sich ausdrücklich auf den Einzelnen, was der Befugnis des *Gerichtshofs* zur Anordnung genereller Maßnahmen

⁷⁹ Zwach, Die Leistungsurteile der Europäischen Menschenrechtskonvention, 1996, S. 96.

⁸⁰ Dazu ausführlich: Baumann (Fn. 33), S. 154 ff.

⁸¹ Dannemann, Schadensersatz bei Verletzungen der Europäischen Menschenrechtskonvention, 1994, S. 213; Traßl, Die Wiedergutmachung von Menschenrechtsverletzungen im Völkerrecht, 1994, S. 18.

⁸² Baumann (Fn. 33), S. 174 ff.; Dannemann (Fn. 81), S. 205.

⁸³ Ebd., S. 174.

entgegenstehen kann. Diese Norm begründet aber die Wiedergutmachungspflicht nicht, sondern setzt sie voraus. Sie bietet nur eine Lösung für den spezifischen Fall an, dass im Recht des Mitgliedsstaats keine oder nur eine unvollkommene innerstaatliche Wiedergutmachung zur Verfügung steht.⁸⁴ Somit steht der Wortlaut des Art. 41 EMRK der Anordnung genereller Abhilfemaßnahmen nicht entgegen.

(b) Sinn und Zweck der Konvention

Dieses Ergebnis wird auch durch den Sinn und Zweck der Konvention insgesamt unterstützt. Ihr Haftungssystem beschränkt sich nicht nur auf die individuelle Abhilfe.⁸⁵ Dies wurzelt tief in den Besonderheiten der EMRK, die abweichend von einem klassischen Völkerrechtsvertrag nicht die wechselseitigen Verpflichtungen der Parteien in die Mitte stellt.⁸⁶ Sie soll – wie schon in der Präambel ausdrücklich als Ziel gesetzt – eine kollektive Garantie der Menschenrechte sein. So hat die EMRK einen objektiven Inhalt, der über die wechselseitigen Verpflichtungen der Staaten hinausgeht. Deshalb wird sie als Teil des *ordre public européen* bezeichnet.⁸⁷ Normativ kommt diese Eigenschaft der EMRK auch in ihrem Art. 33 zum Ausdruck, der jeder Vertragspartei das Recht gibt, den *Gerichtshof* wegen jeder behaupteten Verletzung der Konvention anzurufen (sog. Staatenbeschwerde).⁸⁸

Das Telos der EMRK steht der Anordnung genereller Abhilfemaßnahmen durch den *Gerichtshof* nicht nur nicht entgegen, sondern unterstützt diese gerade.

(c) Verbot der abstrakten Normenkontrolle

Es wird dem *EGMR* vorgeworfen, dass er durch die Anordnung genereller Abhilfemaßnahmen – der Sache nach – eine abstrakte Normenkontrolle vornehme.⁸⁹ Wäre das der Fall, wäre das Piloturteilsverfahren wegen der fehlenden Befugnis des *EGMR* zur abstrakten Normenkontrolle konventionswidrig.⁹⁰

⁸⁴ *Baumann* (Fn. 33), S. 175 f.

⁸⁵ *Ebd.*, S. 175 f.

⁸⁶ *Fronwein/Peukert*, EMRK-Kommentar, 3. Aufl. 2009, Einf. Rn. 5.

⁸⁷ *Grabewarter/Pabel* (Fn. 30), § 2 Rn. 3.

⁸⁸ Vgl. *Mayer-Ladewig/Kulick*, in: *Mayer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK – Handkommentar (Fn. 1), Art. 33 Rn. 2.

⁸⁹ *Schmal*, Piloturteile des EGMR als Mittel der Verfahrensbeschleunigung, EuGRZ 2008, 369 (370); *Schäffer*, Die Grundrechte im Spannungsverhältnis von nationaler und europäischer Perspektive, ZÖR 2007, 1 (37).

⁹⁰ *Karpenstein/Mayer* (Fn. 74), § 34 Rn. 61; *EGMR, Karner v. Österreich*, Urt. v. 22.6.2004, Rs. 40016/98, S. 4 f., abrufbar unter: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22%3A%2240016%2F98%22%2C%20%22S.%204%20f.%22%7D>

Im Zusammenhang mit dem Piloturteilsverfahren ist zutreffend, dass der Blick des EGMR in einem Piloturteil nicht nur auf die Rechte des Beschwerdeführers gerichtet ist: Im Fall *Bromionski* hat er zusätzlich die Rechte von 80.000 potentiellen Beschwerdeführern mitberücksichtigt. Dem EGMR ist es im Grundsatz nicht verwehrt, nationale Gesetze auf ihre Konventionswidrigkeit hin inzident zu überprüfen – vorausgesetzt, dass die individuelle Betroffenheit des Einzelnen begründet ist.⁹¹ Dies ist bei unmittelbarer Betroffenheit durch das Gesetz zulässig.⁹² In diesem Sinne ist eine – jedenfalls inzidente – Normenkontrolle zulässig.⁹³ Es herrscht mithin das Verbot der abstrakten Normenkontrolle und nicht das Verbot schlechthin, nationale Gesetze auf ihre Konventionswidrigkeit hin zu überprüfen.

Im Rahmen eines Piloturteilsverfahrens prüft der EGMR eingehend die konkrete Verletzung im Einzelfall. Er unternimmt im konkreten Fall eine inzidente Normenkontrolle. Gegen das Verbot der Popularklage, das den Hintergrund des Verbots der abstrakten Normenkontrolle bildet, wird nicht verstoßen, soweit der Beschwerdeführer individuell betroffen ist. Denn er macht geltend, in eigenen Rechten aus der Konvention betroffen zu sein. Der *Gerichtshof* nimmt zwar auch die am konkreten Urteilsverfahren unbeteiligten, die potentiellen Beschwerdeführer, die sich in einer gleichen Situation befinden, in den Blick. Letzteres ist jedoch nur für die Rechtswirkung des Urteils von Bedeutung.

(d) Beurteilungsspielraum der Konventionsstaaten

Weiterhin könnte eine mögliche Kollision mit dem Beurteilungsspielraum der Konventionsstaaten der Anwendung des Piloturteilsverfahrens entgegenstehen.⁹⁴ Gemäß Art. 46 EMRK sind die Vertragsstaaten in der Wahl der Mittel zur Behebung der Konventionsverletzung grundsätzlich frei. Diese Wahlfreiheit ist auf die Souveränität der Mitgliedsstaaten und auf das Demokratieprinzip zurückzuführen. Wie weit der Beurteilungsspielraum des Konventionsstaats geht, kann nicht allgemein beurteilt werden. Er hängt von der Art der Verletzung sowie von dem konkreten Menschenrecht ab, welches verletzt wurde. Der Beurteilungsspielraum der Vertragsstaaten darf nicht zu

[%22:\[%22Karner%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-61263%22\]} \(zuletzt abgerufen am 27.12.2020\).](#)

⁹¹ *Baumann* (Fn. 33), S. 193; *Breuer*, Das Recht auf Individualbeschwerde zum EGMR im Spannungsfeld zwischen Subsidiarität und Einzelfallgerechtigkeit, EuGRZ 2008, 121 (122).

⁹² *Baumann* (Fn. 33), S. 193 f.

⁹³ *Breuer* (Fn. 91), S. 124.

⁹⁴ *Grabewarter/Pabel* (Fn. 30), § 16 Rn. 7; *Schmal* (Fn. 89), S. 379.

Unklarheiten im Hinblick auf die Erfüllung der Verpflichtung aus der Konvention führen.⁹⁵ Die Mittel, die der Staat zu ergreifen hat, müssen mit den tragenden Gründen des Urteils im Einklang stehen.⁹⁶

Beim Erlass eines Piloturteils und der Anordnung konkreter Maßnahmen hat das *Gericht* auch die Art des systemischen Problems im Staat zu berücksichtigen. Es kann begrifflich zwischen strukturell-spezifischen und strukturell-systemischen Mängeln unterschieden werden. Die Differenzierung erfolgt anhand des Merkmals der geschlossenen Personengruppe, die von dem Problem betroffen ist. Lässt sich eine solche Gruppe bestimmen, ist von einem strukturell-spezifischen Mangel auszugehen. Die Funktionsfähigkeit des Staats als Ganzes wird nicht in Frage gestellt.⁹⁷ Wird ein „echtes“ Piloturteil erlassen, um einem strukturell-systemischen Mangel entgegenzuwirken, kann schnell das Gebot der freien Wahl der Mittel zur Behebung der Verletzung missachtet werden, weil dem Staat in diesem Fall viele Möglichkeiten offenstehen, um das Problem zu bewältigen, das Urteil aber die möglichen Maßnahmen eingrenzt..

Im Urteil *Bronionski* hat der EGMR die von Polen zu ergreifenden Maßnahmen sehr weit gefasst. Im Urteilstenor ist nur von „geeigneten gesetzlichen Maßnahmen und verwaltungsrechtlichen Praktiken“ die Rede.⁹⁸ Letztlich ergibt sich aus dem Gesamtzusammenhang des Urteils, dass der Menschenrechtsverletzung das Verhalten der Legislative und der Exekutive zugrunde liegt. Zudem ist es anerkannt, dass die Staaten im Rahmen ihrer Pflicht zur Wiedergutmachung die Grundgedanken der Entscheidung beachten müssen.⁹⁹ Insbesondere hat der *Gerichtshof* den genauen Inhalt der vorzunehmenden Maßnahmen nicht vorabbestimmt. Es ließ sich auch eine geschlossene Personengruppe feststellen, die von der Konventionsverletzung betroffen wurde.

⁹⁵ Baumann (Fn. 33), S. 182 ff.

⁹⁶ EGMR, *Scorazzi und Giunta v. Italien*, Urt. v. 22.6.2004, Rs. 39221/98 und 41963/98, S. 50, abrufbar unter: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%2213.7.2000%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-58752%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%2213.7.2000%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-58752%22]}) (zuletzt abgerufen am 27.12.2020).

⁹⁷ Baumann (Fn. 33), S. 109-112.; vgl. aber EGMR, *Burdov v. Russland*, Urt. v. 15.1.2009, Rs. 33509/04, S. 33 f, abrufbar unter: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22%22CASE%20OF%20BURDOV%20v.%20RUSSIA%20\(No.%202\)%22%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-90671%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22%22CASE%20OF%20BURDOV%20v.%20RUSSIA%20(No.%202)%22%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-90671%22]}), (zuletzt abgerufen am 27.12.2020).

⁹⁸ EGMR, *Bronionski v. Polen*, Urt. v. 22.6.2004, Rs. 31443/96, S. 73.

⁹⁹ Grabenwarter/Pabel (Fn. 30), § 16 Rn. 7.

Da an dem Verstoß die Judikative nicht beteiligt war, können nur die zwei übrigen Staatsgewalten Handlungen vornehmen, um die Verletzung zu beseitigen. Es bleibt nichts anderes übrig, als „geeignete[...] gesetzliche[...] Maßnahmen und verwaltungsrechtliche[...] Praktiken“ einzuführen. Hierin enthalten ist eine begrenzte, spezifische und vor allem negative Vorgabe über die zu ergreifenden Maßnahmen. Wie diese im Einzelnen ausgestaltet werden müssen, wurde dem Staat nicht vorgeschrieben. Mithin wird der Beurteilungsspielraum Polens im konkreten Fall – gerade noch – gewahrt.

(e) Zuständigkeitsbereich des Ministerkomitees

Des Weiteren ist denkbar, dass die Anordnung genereller Abhilfemaßnahmen durch den *Gerichtshof* auf unzulässige Weise in die Kompetenzen des Ministerkomitees eingreift. Prägnant formuliert Richter *Zagrebelski* seine Bedenken in seinem Sondervotum zum Urteil *Lukenda v. Slowenien*: „it is up to the Committee of Ministers to identify, request, suggest, secure and monitor the measures which appear to be necessary“.¹⁰⁰ Im Urteil *Bronionksi* hebt der *Gerichtshof* selbst hervor, dass es Sache des Ministerkomitees sei, „diese allgemeinen Maßnahmen und ihre Anwendung zu bewerten“.¹⁰¹

Für die Überwachung der Durchführung der Urteile ist grundsätzlich das Ministerkomitee zuständig (Art. 46 Abs. 2 Hs. 2 EMRK). Nachdem das Protokoll Nr. 14 zur EMRK in Kraft getreten ist, ist auch der *Gerichtshof* teilweise für die Überwachung zuständig geworden, vgl. Art. 46 Abs. 4 und 5 EMRK. Im Konventionssystem ist also ein Zusammenspiel zwischen dem *Gerichtshof* und dem Ministerkomitee angelegt.¹⁰² Folglich ist die Anordnung genereller Maßnahmen in einem Piloturteilsverfahren kein unzulässiger Eingriff in die Zuständigkeit des Ministerkomitees.

cc) Art. 41 EMRK i. V. m. einer Annexkompetenz

Ausgehend von dem deutschen Verfassungsrecht kann man die Befugnis des *Gerichtshofs* zur Anordnung genereller Abhilfemaßnahmen mit einer Annexkompetenz zum Art. 41 EMRK begründen.¹⁰³ Wenn man dieser

¹⁰⁰ Vgl. Sondervotum Richter *Zagrebelsky*, *EGMR, Lukenda v. Slowenien*, Urt. v. 6.10.2005, Rs. 23032/02, S. 21 f., abrufbar unter: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22lukenda%22%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%5D%2C%22itemid%22:%5B%22001-70449%22%5D%7D> (zuletzt abgerufen am 27.12.2020).

¹⁰¹ *EGMR, Bronionski v. Polen*, Urt. v. 22.6.2004, Rs. 31443/96, S. 11.

¹⁰² *Callisch*, Rechtsfolgen von Normenkontrolle – Die Rechtsprechung des EGMR: Die Technik der Pilot-Fälle, *EuGRZ* 2006, 521 (523).

¹⁰³ Vgl. *Breuer* (Fn. 34), S. 449.

Auffassung folgt, kommt man nicht zu einem abweichenden Ergebnis. Mit einer Annexkompetenz zu argumentieren ist aber nicht vorzugswürdig, denn dieser Begründungsansatz beachtet nicht hinreichend die Besonderheiten des Völkerrechts.¹⁰⁴

c) Kompetenz zur Suspendierung der Parallelverfahren

Art. 37 Abs. 1 lit. c EMRK kann als Grundlage für die Suspendierung der Parallelverfahren herangezogen werden. Danach kann der *Gerichtshof* eine Beschwerde streichen, wenn „eine weitere Prüfung der Beschwerde aus anderen vom Gerichtshof festgestellten Gründen nicht gerechtfertigt ist.“ Der weit gefasste Wortlaut der Norm erlaubt es, auch das Vorliegen eines systemischen Problems darunter zu subsumieren.

aa) Mögliche Wiederaufnahme der suspendierten Verfahren als Druckmittel

Die suspendierten Verfahren erfüllen eine wichtige Funktion bei der Überwachung und Sicherstellung der Piloturteile. Es besteht immer die Möglichkeit, dass der *Gerichtshof* diese Verfahren wiedereröffnet (Art. 37 Abs. 2 EMRK). Dadurch kann Druck auf den Staat ausgeübt werden, um den Prozess der Entwicklung einer befriedigenden innerstaatlichen Lösung für das systemische Problem zu beschleunigen.¹⁰⁵

bb) Problem der Rechtsverweigerung

Durch die Suspendierung der parallelen Verfahren tritt die Gefahr der Rechtsverweigerung ein.¹⁰⁶ In dem Zeitraum zwischen der Streichung der Parallelverfahren und dem Eingreifen der Abhilfemaßnahmen in dem Vertragsstaat bleiben die Beschwerdeführer ohne Rechtsschutz; es entsteht ein „rechtsfreier Raum“. Solange die im Urteil bezeichneten Maßnahmen nicht durchgeführt werden, liegt ein Fall der Rechtsverweigerung vor.¹⁰⁷ Darüber hinaus ist das Vorgehen des *Gerichts* mit der Gefahr behaftet, dass neue Gerichtsverfahren entstehen, falls der Mitgliedsstaat gar nicht tätig wird oder ungeeignete Maßnahmen ergreift. Dies würde die Verfahrensdauer im Ergebnis verlängern.¹⁰⁸

¹⁰⁴ Vgl. *Baumann* (Fn. 33), S. 134.

¹⁰⁵ *Forst*, *The Execution of Judgments of the European Court of Human Rights. Limits and Ways Ahead*, ICL Thesis 2013 Vol. 3, S. 19-21.

¹⁰⁶ *Baumann* (Fn. 33), S. 195; *Friberg*, *Pilot judgments from the Court's perspective*, Vortrag vom 9./10.6.2008 in Stockholm, S. 86, 89.

¹⁰⁷ *Baumann* (Fn. 33), S. 195.

¹⁰⁸ *Friberg* (Fn. 106), S. 86, 89.

Die zumindest zeitweise Rechtsverweigerung ist eine Nebenwirkung des Piloturteils. Am Beispiel des Falls *Scordino*, in dem es um die Verletzung von Art. 1 Zusatzprotokoll zur EMRK und Art. 6 EMRK ging, zeigt sich zwar, dass die Prüfung der suspendierten Beschwerden wiederaufgenommen wird, wenn sich die Maßnahmen als ineffektiv erweisen.¹⁰⁹ Zwischen der erstmaligen Einreichung der Beschwerde und der Wiederaufnahme lagen jedoch 13 Jahre. Die unerwünschte Folge der übermäßigen Verlängerung der Verfahrensdauer muss stets bei der Anwendung des Piloturteilsverfahrens mitberücksichtigt werden.

d) Bindungswirkung des Urteils

Im Zusammenhang mit der Suspendierung der Parallelverfahren und dem Problem der vorübergehenden Rechtsverweigerung steht die Frage nach der Bindungswirkung der Piloturteile. Zentrales Merkmal eines solchen Urteils ist die Anordnung der generellen Abhilfemaßnahmen im Urteilstenor, womit zum Ausdruck kommt, dass diesen Anordnungen eine echte rechtliche Bindungswirkung zukommen soll. Gemäß Art. 46 Abs. 1 EMRK verpflichten sich die Vertragsparteien in allen Rechtssachen, in denen sie Partei sind, das endgültige Urteil des *Gerichtshofs* zu befolgen. Hieraus folgt unproblematisch die Bindungswirkung des Urteils in Bezug auf den einzelnen Beschwerdeführer. Unzweifelhaft rechtsverbindlich ist es nach den Bestimmungen des Art. 46 Abs. 1 EMRK nur in diesem Rechtsverhältnis.¹¹⁰ Diese materielle Rechtskraftwirkung *inter partes* folgt nicht nur aus den konkreten Bestimmungen in der Konvention, sondern drückt einen völkerrechtlichen wie innerstaatlichen Grundsatz aus.¹¹¹

Da aber im Pilotverfahren die Anordnungen im Urteilstenor auf die Behebung des systemischen Problems gerichtet sind, haben sie Bedeutung auch über den Einzelfall hinaus. Es fragt sich mithin, ob die Urteile des EGMR doch eine Bindungswirkung über den Einzelfall hinaus haben könnten.

¹⁰⁹ EGMR, *Scordino v. Italien*, Urt. v. 29.3.2006, Rs. 368113/97, S. 1 f., abrufbar unter: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22%3A%22CASE%20OF%20SCORDINO%20v.%20ITALY%20\(No.%201\)%22%22%2C%22documentcollectionid%22%3A%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%2C%22itemid%22%3A%22001-72925%22%7D](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22%3A%22CASE%20OF%20SCORDINO%20v.%20ITALY%20(No.%201)%22%22%2C%22documentcollectionid%22%3A%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%2C%22itemid%22%3A%22001-72925%22%7D) (zuletzt abgerufen am 27.12.2020).

¹¹⁰ Klein, Should the Binding Effect of the Judgments of the European Court for Human Rights be Extended?, in: GS Ryssdal, 2000, S. 705 (706).

¹¹¹ Polakiewicz, Die Verpflichtungen der Staaten aus den Urteilen des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, 1992, S. 33.

aa) Die eine echte Bindungswirkung unterstützenden Argumente

Zum einen wird vertreten, dass die Urteile des EGMR eine echte Bindungswirkung über den Einzelfall hinaus hätten. Diese Auffassung stützt sich normativ auf Art. 32 Abs. 1 EMRK, wonach der *Gerichtshof* für die Auslegung und Anwendung der Konvention zuständig ist.¹¹² Sie begründet die Bindungswirkung mit der von der EMRK geschaffenen objektiven Werteordnung. Eine bloße *inter partes* Wirkung sei nicht in der Lage, diese objektive Ordnung aufrecht zu erhalten.¹¹³ Dazu wird auch geltend gemacht, dass die Geschichte des Art. 41 EMRK für eine Wirkung *erga omnes* spreche.¹¹⁴

bb) Die eine bloß faktische Wirkung unterstützenden Argumente

Richtigerweise ist eine echte Bindungswirkung der Urteile über den Einzelfall hinaus abzulehnen.

Gegen eine Bindungswirkung *erga omnes* spricht zunächst die Genealogie vom Art. 41 EMRK. Es war nur zur Diskussion gestellt, die Urteile mit einer allgemeinen Bindungswirkung zu versehen. Von ihrer Einführung haben die Vertragsparteien Abstand genommen, um ihre Souveränität zu schützen.¹¹⁵

Eine allgemeine Bindungswirkung kann ferner nicht auf Art. 32 Abs. 1 EMRK gestützt werden. Diese Vorschrift regelt nur die Zuständigkeit des *Gerichtshofs* und beschäftigt sich nicht mit der Bindungswirkung seiner Urteile. Die Vorschrift hat also eine andere Funktion.¹¹⁶ Die ausdrückliche Regelung des Art. 46 EMRK bestätigt dieses Ergebnis. Heranzuziehen ist außerdem Art. 31 WVRK, wonach

¹¹² *Ambos*, Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte und die Verfahrensrechte – Waffengleichheit, partizipatorisches Verfahren und Art. 6 EMRK, ZStW 2003, 583 (586 f.); *Bernhardt*, Einwirkung der Entscheidungen internationaler Menschenrechtsinstitutionen auf das nationale Recht, in: FS Doehring, 1989, S. 23 (29); *Sauer*, Die neue Schlagkraft der gemeineuropäischen Grundrechtsdiktatur – Zur Bindung deutscher Gerichte an die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, ZaöRV 2005, 35 (41); *Walter*, Die Europäische Menschenrechtskonvention als Konstitutionalisierungsprozess, ZaöR 1999, 961 (976).

¹¹³ *Polakiewicz* (Fn. 111), S. 351 f.

¹¹⁴ Sondervotum Richter *Zupančič EGMR, Hutten-Czapska v. Polen*, Urt. v. 19.6.2006, Rs. 35014/97, S. 93 ff., abrufbar unter: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22%3A%22CASE%20OF%20HUTTEN-CZAPSKA%20v.%20POLAND%22%22%22documentcollectionid%22%3A%22GRANDCHAMBER%22%22CHAMBER%22%22itemid%22%3A%22001-75882%22%7D>, (zuletzt abgerufen am 27.12.2020).

¹¹⁵ Insoweit: Sondervotum Richter *Zupančič EGMR, Hutten-Czapska v. Polen*, Urt. v. 19.6.2006, Rs. 35014/97, S. 93 ff.

¹¹⁶ *Rohleder*, Grundrechtsschutz im europäischen Mehrebenen-System – Unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses zwischen Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte, 2009, S. 242.

nur die Vertragsstaaten gemeinsam die Befugnis haben, den Vertrag authentisch auszulegen. Diese Befugnis haben sie dem EGMR nur teilweise, zur Entscheidung eines Einzelfalls, übertragen.¹¹⁷

Außerdem hätte die Anerkennung einer Bindungswirkung *erga omnes* zur Folge, dass nicht nur die am Piloturteilsverfahren beteiligten Beschwerdeführer an das Urteil gebunden wären, sondern auch die nichtbeteiligten Mitgliedsstaaten. Letzteres ist wegen der nur teilweisen Übertragung der Befugnis zur Vertragsauslegung äußerst problematisch.

Eine echte Bindungswirkung könnte zudem theoretisch zu widersprüchlichen Ergebnissen führen, wenn der EGMR seine Rechtsprechung ändert. Die Mitgliedsstaaten wären dann an zwei unterschiedliche Urteile gebunden – an das geänderte und an das ändernde.¹¹⁸

Ein weiteres Problem ist, dass die am Verfahren nicht teilnehmenden Staaten keinen Einfluss auf die Entscheidung genommen haben. Es besteht theoretisch die Möglichkeit, dass der *Gerichtshof* anders entschieden hätte, wenn die übrigen Staaten an der Entscheidungsfindung beteiligt gewesen wären.¹¹⁹ Es darf den Staaten nicht die Gelegenheit genommen werden, sich bezüglich einer Entscheidung zu äußern, die sie auch rechtlich binden soll.

Aus diesen Gründen kann den Urteilen nur eine bloß faktische Wirkung zukommen.¹²⁰

Für die faktische Wirkung der Urteile spricht ebenfalls, dass bei einer rechtlichen Bindungswirkung das Ministerkomitee, das den Urteilsvollzug überwacht, überfordert wäre.¹²¹ Dieses Argument stellt allerdings nur reine Praktikabilitätsabwägungen an, weswegen ihm geringeres Gewicht zukommt.

cc) Spätere abweichende Staatenpraxis

Eine Bindungswirkung der Piloturteile, die nicht mehr auf die Parteien beschränkt ist, sondern sich auf Dritte (*erga omnes*) erstreckt, könnte allerdings

¹¹⁷ *Uerpman-Wittzack*, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die deutsche Rechtsprechung – Ein Beitrag zum Thema Völkerrecht und Landesrecht, 1993, S. 215 f.

¹¹⁸ *Ebd.*, S. 215 f.

¹¹⁹ *Rohleder* (Fn. 116), S. 242.

¹²⁰ *Müickl*, Kooperation oder Konfrontation? – Das Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte, *Der Staat* 2005, 403 (403 ff.).

¹²¹ *Czerner*, Inter partes versus erga omnes Wirkung der EMRK-Judikate in der Konventionsstaaten gem. Art. 46 EMRK, *AVR* 2008, 345 (355 f.).

durch eine derogierende Vertragsänderung erzielt werden. Eine solche ist gegeben, wenn aufgrund späterer Staatenpraxis eine Rechtslage entsteht, die zu dem Wortlaut und dem ursprünglichen Verständnis im Widerspruch steht. Die Staatenpraxis muss von einer entsprechenden Rechtsüberzeugung aller Vertragsparteien begleitet werden.¹²² Naturgemäß konnte eine solche Staatenpraxis zum Zeitpunkt des Erlasses des ersten Piloturteils noch nicht gebildet worden sein.

Eine solche Staatenpraxis könnte aber entstanden sein, wenn alle Konventionsstaaten ein Piloturteil gegen sich geduldet und ihm Folge geleistet haben in der Überzeugung, rechtlich an dieses gebunden zu sein. In einem solchen Fall könnte durch die Staatenpraxis aus der bloß faktischen eine rechtliche Bindungswirkung erwachsen. Bis jetzt hat nur Italien Bedenken gegen die Legitimation dieser Urteilsart geäußert.¹²³

E. Fazit

Im Ergebnis lässt sich über das erste Piloturteil sagen, dass es in seinem prozessualen, nicht jedoch in seinem materiellen Teil problematisch ist. Die prozessualen Probleme folgen aus der unklaren rechtlichen Legitimation des *EGMR*, ein Pilotverfahren durchzuführen. Zur Klärung der Rechtslage war die Konvention daher hinsichtlich der Anordnung genereller Abhilfemaßnahmen, der Aussetzung der Parallelverfahren und der Bindungswirkung des Urteils gegenüber Dritten zu untersuchen.

Die Befugnis des *EGMR* zur Anordnung genereller Abhilfemaßnahmen lässt sich aus Art. 41 EMRK und aus dem Sinn und Zweck der ganzen Konvention ableiten. Dieser Befugnis steht das Verbot der abstrakten Normenkontrolle nicht entgegen. Der Beurteilungsspielraum Polens ist wegen der weit gefassten Vorgabe über die zu ergreifenden Maßnahmen nicht verletzt. Das *Gericht* greift auch nicht in den Zuständigkeitsbereich des Ministerkomitees ein, da in der Konvention ein Zusammenspiel zwischen den beiden Organen vorgesehen ist.

Die Aussetzung der parallelen Verfahren stützt sich auf eine hinreichende normative Basis. Sie ist jedoch mit der Gefahr der Rechtsverweigerung behaftet,

¹²² *Epping/Ipsen/Heintschel v. Heinegg/Heintze*, Völkerrecht, 7. Aufl. 2018, § 19 Rn. 42.

¹²³ *Harris/O'Boyle/Warbrick*, Law of the European Convention on Human Rights, 4. Aufl. 2018, S. 158; *EGMR, Sejdic v. Italien*, Ur. v. 1.3.2006, Rs. 56581/00, S. 26 f., abrufbar unter: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22\%22CASE%20OF%20SEJDOVIC%20v.%20ITALY\%22%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-72629%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22\%22CASE%20OF%20SEJDOVIC%20v.%20ITALY\%22%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-72629%22]}) (zuletzt abgerufen am 27.12.2020).

zumindest mit der Gefahr einer übermäßigen Verlängerung der Verfahrensdauer. Sollte der betroffene Staat dem Urteil nicht Folge leisten, kann der *Gerichtshof* die mögliche Wiedereröffnung der Verfahren als Druckmittel verwenden.

Diese Aussetzung ist mit der fehlenden Bindungswirkung des Urteils gegenüber an dem konkreten Rechtsstreit unbeteiligten Dritten verbunden. Von einer solchen Bindungswirkung ist bei einer ausdrücklichen Änderung des Vertrags oder derogierenden Staatenpraxis auszugehen.

Das Urteil hat historische Bedeutung. Hier hat der *Gerichtshof* zum ersten Mal das neue Instrument des Piloturteils angewandt, um dem Problem seiner Überbelastung zu begegnen. Diesen Schritt hat der *EGMR* nicht allein gewagt: Er konnte auf politische Unterstützung vertrauen.

Das Piloturteilsverfahren ist mittlerweile in die Verfahrensordnung eingeführt (Regel 61). Noch fehlt aber seine Aufnahme in die schriftliche Fassung der Konvention. Seine Verankerung würde jegliche Bedenken gegen seine Anwendung beseitigen.

Voraussetzung dafür wäre der Konsens der Herren der EMRK – der Mitgliedstaaten des Europarates.

Patricia Sugg*

Außenpolitik unter dem Deckmantel des Verbraucherschutzes? – Besprechung von *EuGH*, C-363/18

Abstract

In seiner Entscheidung zur Herkunftsbezeichnung von Lebensmitteln aus den seit 1967 von Israel besetzten Gebieten hat der *EuGH* festgestellt, dass Lebensmittel, die in einer israelischen Siedlung im Westjordanland oder auf den Golanhöhen hergestellt werden, jeweils mit dem Klammerzusatz „israelische Siedlung“ gekennzeichnet werden müssen. Der vorliegende Beitrag untersucht die Entscheidung daraufhin, ob der *EuGH* mit dieser Auslegung der Lebensmittelinformationsverordnung Außenpolitik unter dem Deckmantel des Verbraucherschutzes betrieben hat.

The *CJEU* ruled that foodstuffs originating in an Israeli settlement within a territory occupied by the State of Israel since 1967 must bear not only the indication of that territory but also – in parentheses – the indication of that settlement. This article examines the *CJEU*'s interpretation of the Regulation on the provision of food information to consumers, discussing whether it was within the scope of consumer protection law or in fact an act of foreign policy.

* Die Verfasserin studiert im fünften Semester Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Sie ist Chefredakteurin dieser Zeitschrift und studentische Hilfskraft am Institut für deutsches und europäisches Verwaltungsrecht am Lehrstuhl von Prof. Dr. Dr. h.c. Wolfgang Kahl.

A. Einleitung

In seiner Entscheidung vom 12.11.2019¹ hatte sich der *EuGH* mit der Auslegung der Lebensmittelinformationsverordnung (LMIV)² zu befassen. Dabei hatte er die Frage zu beantworten, ob ein Produkt aus einem vom Staat Israel seit 1967 besetzten Gebiet mit der Angabe versehen werden muss, dass es nicht aus dem israelischen Staatsgebiet, sondern aus einer israelischen Siedlung im Westjordanland oder auf den Golanhöhen stammt. Der *EuGH* entschied, dass die korrekte und verpflichtende Herkunftsbezeichnung für ein solches Produkt, das aus dem Westjordanland stammt und in einer israelischen Siedlung hergestellt wird, „Westjordanland (israelische Siedlung)“ lautet³ und bejahte damit im Ergebnis die Kennzeichnungspflicht.

Was auf den ersten Blick eine schlichte Anwendung des Verbraucherrechts zu sein scheint, könnte sich als kompetenzwidrige Auslegung der Lebensmittelinformationsverordnung durch den *EuGH* entpuppen. Dies rührt daher, dass der *EuGH* sich bei der Begründung der Kennzeichnungspflicht vor allem auf die Völkerrechtswidrigkeit der israelischen Siedlungspolitik⁴ stützt.⁵ Die

¹ *EuGH*, Urt. v. 12.11.2019, C-363/18, *Organisation juive européenne und Vignoble Psagot ./.* *Ministre de l'Économie et des Finances*.

² Verordnung (EU) Nr. 1169/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25. Oktober 2011 betreffend die Information der Verbraucher über Lebensmittel und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 1924/2006 und (EG) Nr. 1925/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 87/250/EWG der Kommission, der Richtlinie 90/496/EWG des Rates, der Richtlinie 1999/10/EG der Kommission, der Richtlinie 2000/13/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, der Richtlinien 2002/67/EG und 2008/5/EG der Kommission und der Verordnung (EG) Nr. 608/2004 der Kommission.

³ *EuGH*, Urt. v. 12.11.2019, C-363/18, *Organisation juive européenne und Vignoble Psagot ./.* *Ministre de l'Économie et des Finances*, Rn. 60.

⁴ So u. a. vertreten von den Vereinten Nationen, vgl. die Resolutionen des UN-Sicherheitsrats UNSCR Nr. 242 (1967) v. 22. November 1967 (Nahost), UNSCR Nr. 446 (1979) v. 22. März 1979 (Von Israel besetzte Gebiete), UNSCR Nr. 465 (1980) v. 1. März 1980 (Von Israel besetzte Gebiete), UNSCR Nr. 476 (1980) v. 30. Juni 1980 (Von Israel besetzte Gebiete) und UNSCR Nr. 2334 (2016) v. 23. Dezember 2016 (Die Situation in Nahost einschließlich der palästinensischen Frage) sowie Resolutionen der UN-Generalversammlung Nr. 72/14 (2017) v. 30. November 2017 (Friedliche Regelung der palästinensischen Frage), Nr. 72/15 (2017) v. 30. November 2017 (Jerusalem), Nr. 72/16 (2017) v. 30. November 2017 (Syrische Golanhöhen) und Nr. 72/86 (2017) v. 7. Dezember 2017 (Israelische Siedlungen in den besetzten palästinensischen Gebieten einschließlich Ost-Jerusalems und auf den besetzten syrischen Golanhöhen); von der Europäischen Union, vgl. ABl. 2015, C 375, S. 4; vom Deutschen Bundestag, vgl. BT-Drucks. 19/12718, S. 3 und vom *IGH*, ICJ Reports 2004, S. 136 Rn. 120.

⁵ *EuGH*, Urt. v. 12.11.2019, C-363/18, *Organisation juive européenne und Vignoble Psagot ./.* *Ministre de l'Économie et des Finances*, Rn. 56 f.

Lebensmittelinformationsverordnung, die 2011 in Kraft trat, soll jedoch ausweislich ihres Art. 1 Abs. 1 dem Verbraucherschutz dienen. Ihre Rechtsgrundlage ist Art. 114 Abs. 1 AEUV, welcher das Europäische Parlament und den Rat zum Erlass von Maßnahmen berechtigt, die die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts zum Gegenstand haben. Es stellt sich daher die Frage, ob der *EuGH* mit seiner Auslegung den Bereich des Verbraucherrechts verlassen und stattdessen Außenpolitik betrieben hat, die nicht in seinem Kompetenzbereich liegt.

Anlass der Entscheidung war ein Vorabentscheidungsersuchen des französischen *Conseil d'État* nach Art. 267 AEUV. In Frankreich hatten die *Organisation juive européenne*, eine französische Nichtregierungsorganisation, und das Weingut *Vignoble Psagot* gegen das französische Ministerium für Wirtschaft und Finanzen geklagt. Dieses hatte 2016 verfügt, dass Lebensmittel aus den seit 1967 von Israel besetzten Gebieten durch den Klammerzusatz „israelische Siedlung“ als solche zu kennzeichnen sind.⁶ Der Ministerialerlass verweist auf eine Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen über die Ursprungsbezeichnung von Waren aus den von Israel seit 1967 besetzten Gebieten.⁷ Demnach sind Produkte von den Golanhöhen und aus dem Westjordanland (einschließlich Ostjerusalem) mit der jeweiligen Ortsbezeichnung und dem Zusatz „israelische Siedlung“ in Klammern zu bezeichnen.⁸

Die Kläger machten in dem Verfahren vor dem *Conseil d'État* unter anderem geltend, dass der Ministerialerlass gegen die Lebensmittelinformationsverordnung verstoße.⁹ Aus Sicht von Herrn *Briard*, der in diesem Prozess den Inhaber des Weinguts, Herrn *Berg*, vertrat, verstößt der französische Ministerialerlass gegen das Unionsrecht, da der Begriff der „Siedlung“ nicht als geografische Bestimmung geeignet sei. Das Konzept der Siedlung sei ideologisch und politisch und der Lebensmittelinformationsverordnung daher fremd.¹⁰ Außerdem sei die Kennzeichnungspflicht diskriminierend gegenüber Israel; sie

⁶ Le Journal officiel de la République française (JORF) 2016, Nr. 273, Nr. 81.

⁷ ABl. 2015, C 375 S. 4 ff.

⁸ *Ebd.*, S. 6 Rn. 10.

⁹ Vgl. *EuGH*, Urt. v. 12.11.2019, C-363/18, *Organisation juive européenne und Vignoble Psagot* ./ *Ministre de l'Économie et des Finances*, Rn. 18.

¹⁰ So *Briard*, *Etiquetage des produits israéliens et droit de l'Union Européenne: la parole est au Conseil d'Etat. L'analyse de Maître François-Henri Briard*, 29.5.2018, abrufbar unter: https://www.opinion-internationale.com/2018/05/29/etiquetage-des-produits-israeliens-et-droit-de-lunion-europeenne-la-parole-est-au-conseil-detat-lanalyse-de-maitre-francois-henri-briard_53774.html (zuletzt abgerufen am 27.12.2020).

diene politisch nur dazu, die Verbraucher zum Boykott israelischer Siedlungsprodukte zu ermutigen und Israel zu bestrafen.¹¹ Der Grundsatz der Gleichbehandlung von Unternehmern, die die gleiche Tätigkeit ausüben, sei missachtet worden, denn der französische Ministerialerlass nehme nur Bezug auf israelische Produkte, obwohl sich viele andere Gebiete in der Welt in einer ähnlichen Situation wie Israel befänden (z. B. die Krim und Nordzypern). Eine solche Diskriminierung sei nicht mit dem Zweck der Lebensmittelinformationsverordnung vereinbar, die nur ein hohes Gesundheitsschutzniveau der Verbraucher gewährleisten und ihnen ein Auskunftsrecht garantieren soll.¹²

Um die Rechtmäßigkeit des französischen Erlasses zu klären, setzte der *Conseil d'État* das Verfahren aus und legte dem *EuGH* nach Art. 267 AEUV zur Vorabentscheidung folgende Frage vor: Schreibt die Lebensmittelinformationsverordnung vor, dass Lebensmittel (i. S. v. Art. 1 Abs. 3 S. 2 LMIV) aus israelischen Siedlungen mit der Angabe ihres Herkunftsgebiets und dem Hinweis, dass es sich um eine israelische Siedlung handelt, gekennzeichnet werden müssen?

Im Ergebnis bejahte der *EuGH* dies.

Die vorliegende Besprechung beleuchtet die Argumentation des *EuGH* und beantwortet die Frage, ob es sich bei der Kennzeichnungspflicht um Außenpolitik unter dem Deckmantel des Verbraucherschutzes handelt.

Hierzu wird in einem ersten Schritt untersucht, wie der *EuGH* die Begriffe „Ursprungsland“ und „Herkunftsort“ i. S. v. Art. 9 Abs. 1 lit. i LMIV ausgelegt hat (**B.**). In einem zweiten Schritt ist sodann zu klären, ob die Voraussetzungen des Art. 26 Abs. 2 lit. a LMIV vorlagen, so dass im Ergebnis eine Kennzeichnungspflicht besteht (**C.**). Anschließend soll vor diesem Hintergrund die Frage beantwortet werden, ob es sich um Außenpolitik unter dem Deckmantel des Verbraucherschutzes handelt (**D.**). Insbesondere die Ausgestaltung der Kennzeichnungspflicht soll problematisiert werden (**E.**) Abschließend wird das Urteil in die bisherige Rechtsprechung des *EuGH* eingeordnet (**F.**) und mit ausländischer Rechtsprechung verglichen (**G.**). Den Schluss bilden ein Ausblick (**H.**) und die Ergebnisse in Thesenform (**I.**).

¹¹ *Berg*, zitiert in: *Trew*, Grapes of wrath: how wine could bottle the Israeli-Palestinian peace process, 14.7.2019, abrufbar unter: <https://www.independent.co.uk/news/world/middle-east/israel-palestine-wine-vineyards-west-bank-psagot-settlement-eu-a8959301.html> (zuletzt abgerufen am 27.12.2020).

¹² *Briard* (Fn. 10).

B. Auslegung des Art. 9 Abs. 1 lit. i LMIV

Art. 9 Abs. 1 lit. i LMIV bestimmt, dass das Ursprungsland oder der Herkunftsort dort verpflichtende Angaben sind, wo dies nach Art. 26 LMIV vorgesehen ist. Art. 26 Abs. 2 LMIV schreibt in lit. a die Angabe des Ursprungslandes oder Herkunftsorts mitunter in den Fällen vor, in denen die Nichtangabe zur Irreführung der Verbraucher über die tatsächliche Herkunft führen würde. Das Westjordanland, die Golanhöhen und die „israelische Siedlung“ müssen also Ursprungsländer oder Herkunftsorte i. S. d. Art. 9 Abs. 1 lit. i und Art. 26 Abs. 2 lit. a LMIV sein, um zu einer Verpflichtung deren Angabe unter den Voraussetzungen des Art. 26 LMIV zu kommen.

I. Auslegung des *EuGH*

Der Begriff „Ursprungsland“ i. S. d. Art. 9 Abs. 1 lit. i und Art. 26 Abs. 2 lit. a LMIV ist nach Art. 2 Abs. 3 LMIV mit dem Unionzollkodex (UZK)¹³ zu definieren. Nach Art. 60 UZK gelten als Ursprungswaren eines bestimmten Landes oder Gebiets Waren, die entweder in diesem Land oder Gebiet vollständig gewonnen oder hergestellt oder aber dort der letzten wesentlichen Be- oder Verarbeitung unterzogen wurden.

Der *EuGH* setzt den Begriff „Land“ mit dem des „Staates“ gleich.¹⁴ In AEUV und EUV tauche der Begriff „Land“ häufig als Synonym für „Staat“ auf (z. B. in Art. 11 lit. d und e, 28 AEUV, Art. 22 Abs. 1 EUV), weshalb der Begriff „Land“ im Sinne der LMIV und des UZK ebenso zu behandeln sei, um eine kohärente Auslegung des Unionsrechts zu gewährleisten.¹⁵ Somit musste der *EuGH* feststellen, ob das Westjordanland und die Golanhöhen Länder (Staaten) oder Gebiete darstellen.

Ein „Staat“ ist nach Ansicht des *EuGH* eine souveräne Einheit, die innerhalb ihrer geografischen Grenzen sämtliche ihr nach dem Völkerrecht zustehenden Befugnisse ausübt.¹⁶ „Gebiete“ seien andere Einheiten als „Länder“ („Staaten“); auf sie erstreckte sich zwar die Hoheitsgewalt oder internationale Verantwortung eines Staates, sie hätten aber einen eigenen völkerrechtlichen Status, der sich von

¹³ ABl. 2013, L 269, S. 1 und Berichtigung ABl. 2013, L 287, S. 90.

¹⁴ *EuGH*, Urt. v. 12.11.2019, C-363/18, *Organisation juive européenne und Vignoble Psagot ./.* *Ministre de l'Économie et des Finances*, Rn. 28.

¹⁵ *Ebd.*

¹⁶ *Ebd.* verweist hierzu in Rn. 29 auf *EuGH*, Urt. v. 21.12.2016, C-104/16 P, *Rat ./.* *Front Polisario*, Rn. 95.

dem dieses Staates unterscheide.¹⁷ Da Israel seit 1967 das Westjordanland und die Golanhöhen besetze, unterscheide sich ihr völkerrechtlicher Status von dem des Staates Israel insofern, als dass sie der beschränkten Hoheitsgewalt des Staates Israel unterliegen, obwohl die Bevölkerung des Westjordanlands, das palästinensische Volk, ein Recht auf Selbstbestimmung habe und die Golanhöhen Teil des Hoheitsgebiets der Arabischen Republik Syrien seien.¹⁸ Der *EuGH* kommt so zu dem Ergebnis, dass sich der völkerrechtliche Status des Westjordanlands und der Golanhöhen von dem Israels als Besatzungsmacht unterscheidet; damit ließen sich das Westjordanland und die Golanhöhen jeweils unter den Begriff „Gebiet“ und damit unter „Ursprungsland“ i. S. d. Art. 9 Abs. 1 lit. i und Art. 26 Abs. 2 lit. a LMIV subsumieren.¹⁹

Nun hatte der *EuGH* zu prüfen, ob die Zusatzangabe „israelische Siedlung“ die Angabe eines „Herkunftsorts“ darstellt, die verpflichtend sein könnte. Ein „Herkunftsort“ ist gemäß Art. 2 Abs. 2 lit. g S. 1 LMIV der Ort, aus dem ein Lebensmittel laut Angabe kommt und der nicht sein „Ursprungsland“ ist, wobei der Name, die Firma oder die Anschrift des Lebensmittelunternehmens auf dem Etikett nicht als Angabe des Ursprungslands oder Herkunftsorts dieses Lebensmittels gelten. Aus Sicht des *EuGH* handelt es sich bei einem „Herkunftsort“ um ein bestimmtes geografisches Gebiet im Ursprungsland oder Ursprungsgebiet eines Lebensmittels mit Ausnahme der Anschrift des Lebensmittelunternehmens.²⁰ Der Begriff „Siedlung“ könne dazu beitragen, den „Herkunftsort“ zu bezeichnen, sofern er in einem konkreten Fall auf einen bestimmten geografischen Ort im Ursprungsland oder Ursprungsgebiet eines Lebensmittels verweist.²¹ Der *EuGH* kommt so zu dem Ergebnis, dass es sich beim Westjordanland und den Golanhöhen um „Ursprungsländer“ handelt und die Angabe „israelische Siedlung“ die Angabe des „Herkunftsorts“ darstellt.²²

¹⁷ *EuGH*, Urt. v. 12.11.2019, C-363/18, *Organisation juive européenne und Vignoble Psagot ./.* *Ministre de l'Économie et des Finances* folgt in Rn. 30 f. *EuGH*, Urt. v. 21.12.2016, C-104/16 P, *Rat ./.* *Front Polisario*, Rn. 92 und 95, sowie *EuGH*, Urt. v. 27.2.2018, C-266/16, *Western Sahara Campaign UK ./.* *Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs, Secretary of State for Environment, Food and Rural Affairs*, Rn. 62-64.

¹⁸ *EuGH*, Urt. v. 12.11.2019, C-363/18, *Organisation juive européenne und Vignoble Psagot ./.* *Ministre de l'Économie et des Finances* verweist in Rn. 35 auf *IGH*, ICJ Reports 2004, S. 136 Rn. 118, 149.

¹⁹ *EuGH*, Urt. v. 12.11.2019, C-363/18, *Organisation juive européenne und Vignoble Psagot ./.* *Ministre de l'Économie et des Finances*, Rn. 34 f.

²⁰ *Ebd.*, Rn. 41.

²¹ *Ebd.*, Rn. 44.

²² *Ebd.*, Rn. 26-36, 39-45.

II. Kritik

1. Das Westjordanland und die Golanhöhen als Gebiete

Zunächst ist zu fragen, wie der *EuGH* zu seiner Definition des Gebiets kommt. Dieses sei dadurch gekennzeichnet, dass sich darauf zwar die Hoheitsgewalt oder internationale Verantwortung eines Staates erstreckt, das Gebiet aber einen eigenen völkerrechtlichen Status habe, der sich von dem dieses Staates unterscheidet.²³ Der *EuGH* bleibt damit seiner früheren Rechtsprechung treu, führt aber im gegenständlichen Urteil nicht mehr genauer aus, was diesen eigenen völkerrechtlichen Status ausmacht. Hier hilft jedoch ein Blick in die Westsahara-Entscheidungen des *Gerichtshofs*:

In einem Staat übt die Hoheitsgewalt sämtliche Befugnisse aus, die souveränen Staaten nach den Regeln des Völkerrechts zustehen.²⁴ Im Völkerrecht wird dies als „territoriale Souveränität“ bezeichnet; sie umfasst die ausschließliche Befugnis, auf dem Staatsgebiet staatliche Funktionen wahrzunehmen und schließt das Recht ein, über das Gebiet zu verfügen.²⁵ Hier liegt der entscheidende Unterschied zum Gebiet: Ist ein Gebiet einem Staat, etwa als Besatzungsmacht, insoweit zugeordnet, dass dieser in ihm *de facto*-Hoheitsgewalt ausübt, ohne aber Inhaber der territorialen Souveränität zu sein, hat er die Gebietshoheit inne und keine Verfügungsbefugnis über den Raum. Die *de facto*-Gewalt einer Besatzungsmacht wird vielmehr durch eine Reihe von völkerrechtlichen Regeln begrenzt. Dieses Rechtsregime ist auf den Ausgleich von drei zu schützenden Interessen gerichtet: den Schutz der Bevölkerung des besetzten Gebiets, den Fortbestand der Souveränität des besetzten Staats (weswegen der Besatzungsmacht endgültig wirkende Veränderungen des *status quo* grundsätzlich versagt sind) sowie die Sicherheit der Besatzungsmacht.²⁶

²³ *EuGH*, Urt. v. 12.11.2019, C-363/18, *Organisation juive européenne und Vignoble Psagot* ./ *Ministre de l'Économie et des Finances*, folgt in Rn. 30 f. *EuGH*, Urt. v. 21.12.2016, C-104/16 P, *Rat* ./ *Front Polisario*, Rn. 92, 95, sowie *EuGH*, Urt. v. 27.2.2018, C-266/16, *Western Sahara Campaign UK* ./ *Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs, Secretary of State for Environment, Food and Rural Affairs*, Rn. 62-64.

²⁴ *EuGH*, Urt. v. 21.12.2016, C-104/16 P, *Rat* ./ *Front Polisario*, Rn. 92, 95, sowie *EuGH*, Urt. v. 27.2.2018, C-266/16, *Western Sahara Campaign UK* ./ *Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs, Secretary of State for Environment, Food and Rural Affairs*, Rn. 62-64.

²⁵ Herdegen, *Völkerrecht*, 19. Aufl. 2020, § 23 Rn. 1.

²⁶ Proelß, in: Vitzthum/Proelß, *Völkerrecht*, 8. Aufl. 2019, S. 475 Rn. 3.

Der *EuGH* vertritt wie die herrschende Ansicht in der Rechtswissenschaft,²⁷ der *IGH*,²⁸ die Vereinten Nationen,²⁹ die Kommission der Europäischen Union³⁰ und der Deutsche Bundestag³¹ die Ansicht, dass der Staat Israel seit dem Sechstagekrieg 1967 im Westjordanland und auf den Golanhöhen als Besatzungsmacht auftritt.³² Israel übt als Besatzungsmacht somit *de facto* die Hoheitsgewalt über das Westjordanland und die Golanhöhen aus.

Das Westjordanland und die Golanhöhen sind somit mit dem *EuGH* als Gebiete einzuordnen.

²⁷ Unter anderem *Botbe*, in: Vitzthum/Proelß (Fn. 26), S. 839 Rn. 544, 552; *Rubin*, Israel, Occupied Territories, in: MPEPIL, Rn. 8, 76, 119; Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Zur völkerrechtlichen Einordnung der vier israelisch-arabischen Kriege 1948-1973, 14.3.2013, S. 11 f.

²⁸ *IGH*, ICJ Reports 2004, S. 136 ff. Rn. 78.

²⁹ Vgl. u. a. Resolutionen des UN-Sicherheitsrats UNSCR Nr. 242 (1967) v. 22. November 1967 (Nahost), UNSCR Nr. 446 (1979) v. 22. März 1979 (Von Israel besetzte Gebiete), UNSCR Nr. 465 (1980) v. 1. März 1980 (Von Israel besetzte Gebiete), UNSCR Nr. 476 (1980) v. 30. Juni 1980 (Von Israel besetzte Gebiete) und UNSCR Nr. 2334 (2016) v. 23. Dezember 2016 (Die Situation in Nahost einschließlich der palästinensischen Frage) sowie Resolutionen der UN-Generalversammlung Nr. 72/14 (2017) v. 30. November 2017 (Friedliche Regelung der palästinensischen Frage), Nr. 72/15 (2017) v. 30. November 2017 (Jerusalem), Nr. 72/16 (2017) v. 30. November 2017 (Syrische Golanhöhen) und Nr. 72/86 (2017) v. 7. Dezember 2017 (Israelische Siedlungen in den besetzten palästinensischen Gebieten einschließlich Ost-Jerusalem und auf den besetzten syrischen Golanhöhen).

³⁰ Vgl. ABl. 2015, C 375, S. 4.

³¹ Vgl. BT-Drucks. 19/12718, S. 3.

³² *EuGH*, Urt. v. 12.11.2019, C-363/18, *Organisation juive européenne und Vignoble Psagot Ltd ./l. Ministre de l'Économie et des Finances*, Rn. 34. Nach israelischem Recht gehören Ostjerusalem und die Golanhöhen zum Staat Israel, wohingegen das Westjordanland als „die Gebiete“ bezeichnet wird. Dementsprechend hat das israelische *Oberste Gericht* bisher nur das Westjordanland und Gaza als besetzte Gebiete qualifiziert. Das grundlegende Urteil hierzu ist *HCJ 393/82, Ja'amait Ascan v. IDF Commander*, 28.12.1983, 37 PD (4) 785. Eine andere interessante Entscheidung ist *HCJ 1661/05, Gaza Shore Regional Council v. Knesset*, 9.6.2005, 59 PD. (2) 481. In diesem Fall griffen israelische Siedler, die gezwungen waren, ihre Siedlung in Gaza zu verlassen, die Legalität der israelischen Siedlungspolitik an. Das *Hobe Gericht* entschied, dass die Siedlungen in den besetzten Gebieten ihrer Natur nach nur temporär sein könnten und dass Siedler deshalb auch dazu aufgefordert werden könnten, das Gebiet zu verlassen, wenn die Regierung entschied, das Militär in diesem Gebiet abzuziehen. Ostjerusalem hingegen sieht das *Hobe Gericht* als Teil des israelischen Staatsgebiets an, vgl. z. B. *HCJ 283/69, Ruidi and Maches v. Military Court of Hebron*, 1970, 24 (2) PD 419. Siehe zur Anwendung und Bedeutung des Völkerrechts in den besetzten Gebieten auch *Walter/Monnbeimer*, Israel und das Völkerrecht, in: *Walter/Medina/Scholz/Wabnitz*, Einführung in das israelische Recht, 2019, S. 274 (282 ff.).

2. „Israelische Siedlung“ als Herkunftsort

Problematischer ist, ob die Angabe „israelische Siedlung“ als Angabe eines Herkunftsorts angesehen werden kann. Der Bedeutungsgehalt dieses Begriffs ist umstritten.

So wird argumentiert, dass ein Herkunftsort vor dem Hintergrund des Regelungszwecks der Lebensmittelinformationsverordnung – die spezifische Information der Verbraucher – nur unterhalb der staatlichen Ebene liegen, also nur eine Region (z. B. Sachsen, Franken) oder ein Ort (z. B. Warstein) sein kann.³³

Es wird aber auch vertreten, dass das Begriffspaar „Ursprungsland und Herkunftsort“ im Kontext der Lebensmittelinformationsverordnung als Einheit aufgefasst werden müssen und dass dem Begriff des „Herkunftsorts“ in Abgrenzung zum Ursprungsland keine eigenständige Bedeutung zukommen soll.³⁴

Für eine autonome Bestimmung des Begriffs des Herkunftsorts innerhalb des Anwendungsbereichs der Lebensmittelinformationsverordnung spricht aber der klare Wortlaut des Art. 2 Abs. 2 lit. g S. 1 LMIV, nach dem der Herkunftsort nicht dasselbe bezeichnen kann wie das Ursprungsland.³⁵

Eine „israelische Siedlung“ liegt unterhalb der staatlichen Ebene. Folglich ist sie ein „Herkunftsort“.

C. Voraussetzungen des Art. 26 Abs. 2 lit. a LMIV

Art. 26 Abs. 2 lit. a LMIV verpflichtet die Mitgliedstaaten der Union zur Angabe des Ursprungslands oder Herkunftsorts auf Lebensmitteln, falls ohne diese Angabe eine Irreführung der Verbraucher über das tatsächliche Ursprungsland oder den tatsächlichen Herkunftsort des Lebensmittels möglich wäre. Zu beantworten hatte der *EuGH* damit folgende Frage: Könnte es zu einer Irreführung der Verbraucher kommen, wenn auf einem Produkt aus dem Westjordanland oder den Golanhöhen nur „israelisches Erzeugnis“ steht?

³³ So *Grube*, in: Voit/Grube, Lebensmittelinformationsverordnung, 2. Aufl. 2016, Art. 26 LMIV Rn. 18; *Teufel*, Wo kommt es her, wo geht es hin?, ZLR 2015, 15 (17); a. A. *Meisterernst*, in: Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht, 176. EL März 2020, Art. 2 LMIV Rn. 82.

³⁴ So *Grube/Schmölzer*, Zum Verständnis der Begriffe „Ursprungsland“ und „Herstellungsort“ im Kontext der LMIV, ZLR 2014, 364 (369 f).

³⁵ Im Ergebnis so auch *Meisterernst*, in: Zipfel/Rathke (Fn. 33), Art. 2 LMIV Rn. 84.

Der *EuGH* bejaht dies und begründet seine Annahme der Kennzeichnungspflicht mit der Berücksichtigung ethischer Kriterien.³⁶ Dazu verweist er auf Art. 3 Abs. 1 der LMIV.³⁷ Danach dient die Bereitstellung von Informationen über Lebensmittel einem umfassenden Schutz der Gesundheit und Interessen der Verbraucher, indem Endverbrauchern eine Grundlage für eine fundierte Wahl und die sichere Verwendung von Lebensmitteln unter besonderer Berücksichtigung von gesundheitlichen, wirtschaftlichen, umweltbezogenen, sozialen und ethischen Gesichtspunkten geboten wird.

Der *EuGH* führt vor diesem Hintergrund aus, dass die Siedlungen, die von Israel im Westjordanland und auf den Golanhöhen errichtet wurden, dadurch gekennzeichnet sind, dass sich darin eine Umsiedlungspolitik manifestiert, die dieser Staat außerhalb seines Hoheitsgebiets umsetzt.³⁸ Der *EuGH* stützt sich insoweit auf das Mauer-Gutachten des *IGH*³⁹ und begründet die Völkerrechtswidrigkeit der israelischen Siedlungen mit dem Verstoß gegen Art. 49 Abs. 6 der Genfer Konvention,⁴⁰ welche Regeln des Völkerrechts kodifiziert.⁴¹ Art. 49 Abs. 6 Genfer Konvention verbietet die Ansiedlung eigener Zivilbevölkerung in besetzten Gebieten. Der Transfer der israelischen Zivilbevölkerung in die Siedlungen in den besetzten palästinensischen Gebieten verstößt gegen diese Vorschrift.⁴²

Würde auf den Lebensmitteln „Israel“ als Ursprungsland angegeben, würden die Verbraucher darüber getäuscht, dass Israel in den fraglichen Gebieten als Besatzungsmacht und nicht als anerkannte souveräne Einheit präsent ist.⁴³ Dass ein Lebensmittel aus einer unter Verstoß gegen die Regeln des humanitären Völkerrechts errichteten Siedlung kommt, kann aus Sicht des *EuGH* Gegenstand ethischer Erwägungen sein, die nach Art. 3 Abs. 1 LMIV die Kaufentscheidung der Verbraucher beeinflussen können.⁴⁴ Insoweit übernimmt der *EuGH* die

³⁶ *EuGH*, Urt. v. 12.11.2019, C-363/18, *Organisation juive européenne und Vignoble Psagot* ././ *Ministre de l'Économie et des Finances*, Rn. 56.

³⁷ *Ebd.*, Rn. 53, 56.

³⁸ *Ebd.*, Rn. 48.

³⁹ *IGH*, ICJ Reports 2004, S. 136 Rn. 120.

⁴⁰ Abkommen über den Schutz von Zivilpersonen in Kriegszeiten, 12.8.1949, United Nations Treaty Series LXXV, Nr. 973, S. 318.

⁴¹ *EuGH*, Urt. v. 12.11.2019, C-363/18, *Organisation juive européenne und Vignoble Psagot* ././ *Ministre de l'Économie et des Finances*, Rn. 48.

⁴² So auch *Bothe*, in: Vitzthum/Proelß (Fn. 26), S. 839 Rn. 552.

⁴³ *EuGH*, Urt. v. 12.11.2019, C-363/18, *Organisation juive européenne und Vignoble Psagot* ././ *Ministre de l'Économie et des Finances*, Rn. 49 ff.

⁴⁴ *Ebd.*, Rn. 49 ff.

Argumentation des Generalanwalts *Hogan*.⁴⁵ Der *Gerichtshof* hebt zur Unterstützung seiner Entscheidung hervor, dass die Union gemäß Art. 3 Abs. 5 EUV einen Beitrag zur strikten Einhaltung und Weiterentwicklung des Völkerrechts, insbesondere zur Wahrung der Grundsätze der Charta der Vereinten Nationen leistet.⁴⁶

Wie der *EuGH* festgestellt hat, haben ethische Gesichtspunkte einen zunehmend größeren Einfluss auf Kaufentscheidungen der Verbraucher. Verbraucherschutz bedeutet nicht nur Gesundheitsschutz der Verbraucher, sondern auch Information.⁴⁷ Diese kann sich auch auf das geltende Völkerrecht beziehen. Insofern ist dem *EuGH* darin zuzustimmen, dass die bloße Angabe „israelisches Erzeugnis“ die Verbraucher über die tatsächliche Herkunft in die Irre führen würde.

D. Außenpolitik unter dem Deckmantel des Verbraucherschutzes?

Es wird kritisiert, dass der *EuGH* seine Begründung der Kennzeichnungspflicht zu sehr auf außenpolitische Erwägungen gestützt habe. Demnach hätte er sich besser auf die Feststellung beschränken sollen, dass Kaufentscheidungen von Verbrauchern unter Berücksichtigung der völkerrechtlichen Lage durchaus plausibel sind. Die Völkerrechtswidrigkeit der israelischen Siedlungen habe er überhaupt nicht inzident prüfen und die außenpolitische Zielbestimmung des Art. 3 Abs. 5 S. 2 EUV erwähnen müssen. Bezüglich der Völkerrechtswidrigkeit der Siedlungen sei der Verweis des *EuGH* auf die Praxis des UN-Sicherheitsrats ohnehin wenig aussagekräftig, da sich ebendiese Praxis ändern könne, nachdem die USA ihre Position gewechselt haben.⁴⁸ Dasselbe gelte für das vom *EuGH* zitierte *IGH*-Gutachten, das nach Art. 96 Abs. 1 UN-Charta/Art. 65 Abs. 1 *IGH*-Statut primär der Orientierung der UN-Generalversammlung dient und seinerseits vor allem prozessual hoch umstritten war. Man dürfe eine im

⁴⁵ GA *Hogan*, Schlussanträge v. 13.6.2019, C-363/18, *Organisation juive européenne und Vignoble Psagot* ././ *Ministre de l'Économie et des Finances*, Rn. 51 f.

⁴⁶ *EuGH*, Ur. v. 12.11.2019, C-363/18, *Organisation juive européenne und Vignoble Psagot* ././ *Ministre de l'Économie et des Finances*, Rn. 48.

⁴⁷ *Pfeiffer*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, 71. EL August 2020, Art. 169 AEUV Rn. 15.

⁴⁸ US-Außenminister *Pompeo* erklärte am 19.11.2019 in einer Pressekonferenz, dass die Vereinigten Staaten die israelischen Siedlungen im Westjordanland nicht mehr *per se* als völkerrechtswidrig ansehen. Das Protokoll der Konferenz ist abrufbar unter: <https://www.state.gov/secretary-michael-r-pompeo-remarks-to-the-press/> (zuletzt abgerufen am 27.12.2020). Zuvor hatte Präsident *Trump* am 25.3.2019 die Golanhöhen offiziell als Teil des Staatsgebiets Israel per Dekret anerkannt. Dieses ist abrufbar unter: <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/proclamation-recognizing-golan-heights-part-state-israel/> (zuletzt abgerufen am 27.12.2020).

Binnenmarktrecht angesiedelte Vorschrift wie die Lebensmittelinformationsverordnung nicht auf der Grundlage des Völkerrechts auslegen.⁴⁹

Dass Art. 114 Abs. 1 AEUV hier den Rückgriff in das Völkerrecht zulässt, lässt sich aber dadurch erklären, dass das Völkerrecht in das Verbraucherschutzrecht, wie vom *EuGH* ausgeführt, hineinreicht, wenn es um ethische Kaufentscheidungen geht. Ethischen Kaufentscheidungen können völkerrechtliche Aspekte zugrunde liegen. Um die Verzahnung von Verbraucher- und Völkerrecht im Rahmen der Kennzeichnungspflicht nach der Lebensmittelinformationsverordnung zu begründen, konnte der *EuGH* sich aber nicht auf diese Feststellung beschränken. Vielmehr musste er begründen, warum gerade Lebensmittel aus dem Westjordanland und den Golanhöhen einer so differenzierten Kennzeichnung unterliegen müssen. Hätte er die Kennzeichnungspflicht nicht mit der Völkerrechtswidrigkeit der israelischen Siedlungen begründet, wäre die Kennzeichnungspflicht tatsächlich eine willkürliche Diskriminierung Israels. Schließlich entbehrte sie dann einer Begründung.

Außerdem bleibt auch bei einem Positionswechsel des UN-Sicherheitsrats der Verstoß gegen Art. 49 Abs. 6 Genfer Konvention bestehen: Solange Israel das Westjordanland und die Golanhöhen besetzt, manifestiert sich in den israelischen Siedlungen die nach Art. 49 Abs. 6 Genfer Konvention verbotene Ansiedlung der Zivilbevölkerung des besetzenden Staates in den von ihm besetzten Gebieten. Der Sprecher des UN-Menschenrechtsbüros, *Rupert Colville*, bestätigte dies: Ein Positionswechsel eines UN-Sicherheitsratsmitglieds ändere nichts an bestehendem internationalem Recht, an dessen Interpretation durch den *IGH* oder durch den UN-Sicherheitsrat.⁵⁰

Der Verbraucherschutz kann damit Binnenmarkt- und Völkerrecht verknüpfen, indem nach Art. 169 Abs. 2 lit. a AEUV Maßnahmen des Verbraucherschutzes im Rahmen der Verwirklichung des Binnenmarkts nach Art. 114 AEUV zu erlassen sind. Wenn es bei dieser Verknüpfung nicht auf eine außenpolitische Sanktion hinausläuft, handelt es sich um bloße Rechtsanwendung. Jedoch könnte in der verpflichtenden Kennzeichnung „israelische Siedlung“ eine so starke völkerrechtliche Wertung liegen, dass der Verbraucher mit der Angabe *de facto*

⁴⁹ So *Ruffert*, Europarecht: Kennzeichnung von Lebensmittel aus israelischen Siedlungen, *JuS* 2020, 87 (89).

⁵⁰ Die Pressemitteilung ist abrufbar unter: <https://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25315&LangID=E> (zuletzt abgerufen am 27.12.2020).

dazu aufgefordert wird, das so gekennzeichnete Produkt wegen der Völkerrechtswidrigkeit der Siedlungen nicht zu erwerben.⁵¹ Läge eine solche außenpolitische Sanktion vor, wäre die Auslegung des *EuGH* von Art. 9 Abs. 1 lit. i. und Art. 26 Abs. 2 lit. a LMIV nicht mit der Rechtsgrundlage der Lebensmittelinformationsverordnung – Art. 114 Abs. 1 AEUV – vereinbar und würde einen *ultra-vires*-Akt darstellen.

Es ist damit zu untersuchen, welchen Rahmen Art. 114 Abs. 1 AEUV vorgibt und ob die Auslegung des *EuGH* sich in diesem Rahmen bewegt.

I. Der Rahmen des Art. 114 Abs. 1 AEUV

Art. 114 Abs. 1 AEUV schreibt als Rechtsgrundlage der Lebensmittelinformationsverordnung vor, dass diese den Zweck verfolgen muss, Rechtsangleichungen in den Mitgliedstaaten herbeizuführen, um der Gefahr von Beeinträchtigungen der Grundfreiheiten oder von Wettbewerbsverzerrungen entgegenzuwirken.⁵²

Die Lebensmittelinformationsverordnung bildet nach ihrem Art. 1 Abs. 1 die Grundlage für die Erreichung eines „hohen Verbraucherschutzniveaus in Bezug auf Informationen über Lebensmittel“ und das „reibungslose Funktionieren des Binnenmarkts“. Nach Art. 3 Abs. 1 LMIV dient die Bereitstellung von Informationen über Lebensmittel einem umfassenden Schutz der Gesundheit und Interessen der Verbraucher, indem Endverbrauchern eine Grundlage für eine fundierte Wahl und die sichere Verwendung von Lebensmitteln unter besonderer Berücksichtigung von gesundheitlichen, wirtschaftlichen, umweltbezogenen, sozialen und ethischen Gesichtspunkten geboten wird. Art. 3 Abs. 2 LMIV legt als Ziel des Lebensmittelinformationsrechts die Gewährleistung freien Verkehrs von rechtmäßig erzeugten und in Verkehr gebrachten Lebensmitteln in der Union fest (vgl. auch Art. 114 Abs. 1 i. V. m. Art. 34 AEUV). Die Lebensmittel-informationsverordnung dient damit in erster Linie der Rechtsangleichung im Binnenmarkt auf dem Gebiet des Verbraucherschutzes (vgl. Art. 169 AEUV). Jegliche Auslegung der Lebensmittelinformationsverordnung muss sich somit in diesem Bereich bewegen.

⁵¹ Diese Ansicht vertritt *Polzin*, Außenpolitik statt Verbraucherschutz: EuGH-Urteil zur Kennzeichnungspflicht von Lebensmitteln aus israelischen Siedlungen ist ultra vires, 19.11.2019, sub 4., abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/aussenpolitik-statt-verbraucherschutz/> (zuletzt abgerufen am 27.12.2020).

⁵² *Korte*, in: Callies/Ruffert, 5. Aufl. 2016, Art. 114 AEUV Rn. 38.

II. Kennzeichnungspflicht im Rahmen der Auslegungskompetenz des *EuGH*

Die Auslegung des *EuGH* wäre daher kompetenzwidrig, wenn die Kennzeichnungspflicht, insbesondere mit der Angabe „israelische Siedlung“, nicht dem Verbraucherschutz dient, sondern eine außenpolitische Sanktion darstellt.

Die Mitgliedsstaaten der Union können völkerrechtswidriges Verhalten nur im Rahmen ihrer gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik (Kap. 2 des EUV) sanktionieren.⁵³ Der Rat hat nach Art. 28 oder 29 EUV die Aussetzung, Einschränkung oder vollständige Einstellung der Wirtschafts- und Finanzbeziehungen zu einem oder mehreren Drittländern zu beschließen. Erst dann kann er nach Art. 215 AEUV die erforderlichen Maßnahmen, das heißt die Sanktionen, erlassen.

Wirtschafts- und Finanzsanktionen im Sinne von Art. 215 AEUV haben die Aussetzung, Einschränkung oder Einstellung von Wirtschafts- und Finanzbeziehungen zum Gegenstand. Sie lassen sich definieren als durch hoheitliche Maßnahmen im Bereich der Außenwirtschaft bewirkte Ungleichbehandlung, die als außenpolitisch motivierte Reaktion auf das Verhalten eines anderen Völkerrechtssubjektes erfolgt, um dieses durch Zufügen eines Nachteils zu einer Verhaltensänderung zu bewegen.⁵⁴ Dazu gehört zum Beispiel das Embargo, das heißt, das Verbot eines Hoheitsträgers an seine Wirtschaftssubjekte, mit einem Staat bzw. mit allen sich im Wirtschaftsgebiet dieses Staates befindlichen Personen Handelsgeschäfte abzuschließen oder durchzuführen.⁵⁵

Vor diesem Hintergrund könnte die Kennzeichnungspflicht eine solche Ungleichbehandlung im Bereich der Außenwirtschaft darstellen, mit der die Europäische Union das ihrer Ansicht nach völkerrechtswidrige Verhalten Israels sanktionieren will. Mit der israelischen Siedlungspolitik gibt es nach herrschender Auffassung zwar ein völkerrechtswidriges Handeln des Staates Israel, das sanktioniert werden könnte, doch stellt sich die Frage, ob die

⁵³ *Kokott*, in: Streinz, 3. Aufl. 2018, Art. 215 AEUV Rn. 2, 5 f.; *Polzjin* (Fn. 51), sub 4.

⁵⁴ *Kokott*, in: Streinz (Fn. 53), Rn. 1.

⁵⁵ Vgl. *Garçon*, Handelsembargen der Europäischen Union auf dem Gebiet des Warenverkehrs gegenüber Drittstaaten, 1997, S. 23; *Schneider*, Wirtschaftssanktionen – Die VN, EG und Bundesrepublik Deutschland als konkurrierende Normgeber beim Erlaß paralleler Wirtschaftssanktionen., 1999, S. 34.

Kennzeichnungspflicht auch wie eine Sanktion wirkt und daher als eine solche einzuordnen ist.

Dies wäre der Fall, wenn die verpflichtende Angabe „israelische Siedlung“ einer Boykottaufforderung an die Verbraucher gleichkäme, die Durchsetzung des Völkerrechts also auf Private verlagert würde.⁵⁶ Dies könnte die Wirtschaftsbeziehungen zwischen der EU und Israel einschränken, da aufgrund der potentiell folgenden geringeren Nachfrage nach Lebensmitteln aus israelischen Siedlungen die Importzahlen dieser Lebensmittel sinken würden.

Darauf lässt sich jedoch erwidern, dass der *EuGH* hier nicht das Ziel verfolgt, mit einer Kennzeichnungspflicht durch Private Völkerrecht durchzusetzen, indem sie völkerrechtswidriges Verhalten mit Boykott bestrafen sollen. Der *EuGH* bezweckt mit seiner Kennzeichnungspflicht vielmehr die vollständige Aufklärung des Verbrauchers, damit dieser eine selbstständige und informierte Kaufentscheidung treffen kann. Der *EuGH* überlässt es damit auch dem Verbraucher, Lebensmittel aus israelischen Siedlungen, beispielsweise einen Wein aus dem Westjordanland, zu kaufen. Der *Gerichtshof* ruft keinesfalls offen zum Boykott israelischer Produkte auf.

Polzin kritisiert jedoch nicht nur, dass mit der Kennzeichnungspflicht eine neuartige Sanktionsform kreiert würde, indem Private indirekt zum Boykott aufgefordert würden. Sie begründet die Einordnung der Kennzeichnungspflicht als Sanktion außerdem damit, dass diese eine mit den Sanktionen der EU gegenüber Russland wegen der Annexion der Krim vergleichbare Maßnahme darstelle.⁵⁷ Im Rahmen dieser Sanktionen wurde unter anderem der Import von Produkten aus der Krim verboten.⁵⁸ Die Kennzeichnungspflicht unterscheidet sich von dieser Maßnahme nur in ihrer Intensität, verfolge aber das gleiche Ziel: die Sanktionierung völkerrechtswidrigen Verhaltens durch restriktive Maßnahmen. Aufgrund der gleichen Zielsetzung könne man davon ausgehen, dass es sich auch hier um eine Sanktion handelt.⁵⁹

Dem muss aber entgegnet werden, dass nicht jedes Marktzugangserfordernis, das die Union an einen Drittstaat stellt, als Sanktion angesehen werden kann.⁶⁰ Die

⁵⁶ *Polzin* (Fn. 51), sub. 4.

⁵⁷ *Ebd.*

⁵⁸ Council Regulation (EU) No 692/2014 of 23.6.2014 concerning restrictive measures in response to the illegal annexation of Crimea and Sevastopol, 2014R0692.

⁵⁹ *Polzin* (Fn. 51), sub. 4.

⁶⁰ *Hardan*, Völkerrecht und Verbraucherschutz: Zur Kennzeichnungspflicht von Lebensmitteln aus israelischen Siedlungen, 21.11.2019, abrufbar unter:

Kennzeichnungspflicht verhindert nicht, dass Erzeugnisse aus israelischen Siedlungen auf den europäischen Markt gelangen können.⁶¹ Darin liegt der entscheidende Unterschied zu den Sanktionen der EU gegenüber Russland: Der Kauf von Produkten aus der Krim liegt nicht im Entscheidungsbereich des Verbrauchers. Selbst wenn er wollte, könnte er Produkte aus der Krim nicht kaufen, da sie nicht mehr importiert werden und somit nicht auf dem europäischen Markt erhältlich sind. Über den Kauf von Produkten aus dem Westjordanland oder den Golanhöhen kann der Verbraucher hingegen frei entscheiden, da sie immer noch frei auf dem Markt erhältlich sind, nur eben als von dort kommend gekennzeichnet.

Letztlich ist auch fraglich, ob die Kennzeichnungspflicht überhaupt einen Einfluss auf die Import- und die Verkaufszahlen von Produkten aus den seit 1967 von Israel besetzten Gebieten hat. Selbstverständlich kann man davon ausgehen, dass die Kennzeichnung bei einigen aufmerksamen Verbrauchern dazu führt, dass sie sich zum Beispiel gegen den Kauf eines Weins von den Golanhöhen entscheiden. Jedoch wird angenommen, dass das Kaufverhalten Einzelner allenfalls marginale wirtschaftliche Auswirkung habe.⁶² Die Auswirkungen auf die Verkaufszahlen lassen sich allerdings noch nicht beurteilen. Zwar haben mehrere deutsche Firmen bereits seit 2015 ihre Waren (insbesondere Wein) aus besetzten Gebieten umetikettiert und mit entsprechenden Zusätzen versehen,⁶³ doch die Statistiken des Deutschen Weininstituts zu Import- und Verkaufszahlen⁶⁴ geben nur zu Wein aus dem Staat Israel, nicht aber aus israelischen Siedlungen Auskunft. Produkte aus diesen Siedlungen werden in den offiziellen Außenhandelsstatistiken nicht als Produkte aus Israel deklariert, sondern das Westjordanland wird als *Occupied Palestinian*

<https://verfassungsblog.de/voelkerrecht-und-verbraucherschutz/> (zuletzt abgerufen am 27.12.2020).

⁶¹ So der CSU-Politiker *Christian Schmidt*, zitiert in: Schult, Firmen kennzeichnen Waren aus besetzten Gebieten schon lange, 12.11.2019, abrufbar unter: <https://www.spiegel.de/politik/deutschland/eugh-urteil-zu-kennzeichnung-von-waren-aus-israelischen-siedlungen-a-1296120.html> (zuletzt abgerufen am 27.12.2020).

⁶² *Hardan* (Fn. 60).

⁶³ *Schult*, Firmen kennzeichnen Waren aus besetzten Gebieten schon lange, 12.11.2019, abrufbar unter: <https://www.spiegel.de/politik/deutschland/eugh-urteil-zu-kennzeichnung-von-waren-aus-israelischen-siedlungen-a-1296120.html> (zuletzt abgerufen am 27.12.2020).

⁶⁴ *Deutsches Weininstitut*, Deutscher Wein Statistik 2018/2019, abrufbar unter: https://www.deutscheweine.de/fileadmin/user_upload/Website/Service/Downloads/Statistik_2018-2019.pdf (zuletzt abgerufen am 27.12.2020); Deutscher Wein Statistik 2019/2020, abrufbar unter: https://www.deutscheweine.de/fileadmin/user_upload/Statistik_2019-2020.pdf (zuletzt abgerufen am 27.12.2020).

Territory erfasst und die Golanhöhen fallen unter Syrien.⁶⁵ Auch sind seit der Mitteilung der Kommission 2015 erst 10 % der von den Golanhöhen und dem Westjordanland zum Verkauf in die EU importierten Produkte entsprechend gekennzeichnet worden.⁶⁶ Soweit ersichtlich liegen damit noch keine Daten zu eventuellen wirtschaftlichen Auswirkungen der Kennzeichnung vor.

Ein weiteres Argument gegen die Kompetenzwidrigkeit der Auslegung des *EuGH* liefert Art. 19 Abs. 1 S. 2 EUV. Danach hat der *Gerichtshof der Europäischen Union* die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge zu sichern. Zu diesem „Recht“ zählen auch die von der Union geschlossenen völkerrechtlichen Verträge⁶⁷ und das völkerrechtliche Gewohnheitsrecht.⁶⁸ Nach Art. 3 Abs. 5 EUV leistet die Union einen Beitrag zur strikten Einhaltung und Weiterentwicklung des Völkerrechts. Daraus folgt, dass Art. 19 Abs. 1 S. 2 EUV den *EuGH* verpflichtet, bei der Auslegung und Anwendung der Verträge die völkerrechtlichen Bindungen der Union zu beachten. Dies gilt auch für die Auslegung der Lebensmittelinformationsverordnung. Da die Siedlungspolitik Israels nach überwiegender Ansicht völkerrechtswidrig ist, konnte der *EuGH* somit nicht zu einer anderen Entscheidung als der getroffenen kommen.⁶⁹ Seine Auslegung beschreibt lediglich die völkerrechtliche Situation so wie sie ist. Der *Gerichtshof* versucht, mit möglichst wenigen Informationen, die ethische Gesichtspunkte berücksichtigen und für die Kaufentscheidung relevant sein können, die Verbraucher zutreffend zu informieren.⁷⁰

Die Kennzeichnungspflicht kann mangels konkret absehbarer wirtschaftlicher Auswirkungen nicht als Ungleichbehandlung durch Aussetzung, Einschränkung oder Einstellung von Wirtschafts- und Finanzbeziehungen im Bereich der

⁶⁵ Vgl. *Publications Office of the European Union*, Geonomenclature applicable to European statistics on international trade in goods, 2017 ed., S. 18, 21, 23, abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/eurostat/documents/3859598/8308984/KS-GQ-17-011-EN-N.pdf/6e450964-4c86-4741-98f7-c549d6028807> (zuletzt abgerufen am 27.12.2020).

⁶⁶ Aus der Pressemitteilung von *Michael Lynk*, dem Sonderberichterstatter der Vereinten Nationen zur Lage der Menschenrechte im Palästinensischen Territorium, UN expert welcomes ruling on labelling of Israeli settlements products by European Court of Justice, 15.11.2019, abrufbar unter: <https://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25302&LangID=E> (zuletzt abgerufen am 27.12.2020).

⁶⁷ *Wegener*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 52), Art. 19 EUV Rn. 10; vgl. dazu *EuGH*, Urt. v. 30.4.1974, C-181/73, R. 25 V. *Haegeman* ./ *Belgischen Staat*, Rn. 2, 6; Urt. v. 30.9.1987, C-12/86, *Meryem Demirel* ./ *Stadt Schwäbisch Gmünd*, Rn. 7 ff.

⁶⁸ Vgl. *EuGH*, Urt. v. 21.12.2011, C-366/10, *Air Transport Association of America, American Airlines Inc., Continental Airlines Inc., United Airlines Inc.* ./ *Secretary of State for Energy and Climate Change*, Rn. 101.

⁶⁹ So *Hardan* (Fn. 60).

⁷⁰ *Schult* (Fn. 63).

Außenwirtschaft eingeordnet werden. Es handelt sich mithin nicht um eine Sanktion im Sinne von Art. 215 AEUV.

E. Alternative Ausgestaltung der Kennzeichnung

Gleichwohl lässt sich nicht leugnen, dass die Angabe „israelische Siedlung“ einen „Beigeschmack“ hat.⁷¹ Man kann daher die Frage stellen, ob die Verbraucher nicht ebenso zutreffend informiert wären, wenn sich die Kennzeichnungspflicht auf die konkrete Siedlung beziehen würde. Anstatt „Produkt aus dem Westjordanland (israelische Siedlung)“ käme als Kennzeichnung zum Beispiel auch „Produkt aus dem Westjordanland (Psagot)“ in Betracht. Damit würde eine mögliche negative Konnotation der Bezeichnung als „israelische Siedlung“ vollständig umgangen werden. Schließlich verlangt Art. 7 Abs. 1 LMIV, dass der Verbraucher über korrekte, neutrale und objektive Informationen verfügt, durch die er nicht irregeführt wird.⁷² Neutralere und objektiver wäre die vorgeschlagene Bezeichnung.

Allerdings bestimmt Art. 7 Abs. 2 LMIV, dass Informationen über Lebensmittel zutreffend, klar und für die Verbraucher leicht verständlich sein müssen. Leichter verständlich ist wohl – unter Berücksichtigung nicht nur der geografischen Lage, sondern auch der völkerrechtlichen Situation⁷³ – die Angabe „israelische Siedlung“.⁷⁴ Hier zeigt sich das Problem bei der Angabe der konkreten Siedlung: Der Verbraucher müsste bei einer solchen Kennzeichnung bezüglich der völkerrechtlichen Lage im Westjordanland und auf den Golanhöhen informiert sein und Eigeninitiative zeigen. Man würde von ihm erwarten, dass er Kenntnis von der völkerrechtswidrigen Siedlungspolitik Israels im Westjordanland und auf den Golanhöhen hat und sich vor dem Kauf über die Kennzeichnung für Lebensmittel aus diesen Gebieten informiert. Nur dann könnte er erkennen, dass der Namenszusatz hinter „Westjordanland“ oder „Golanhöhen“ das Signal für die Herkunft des Lebensmittels aus einer israelischen Siedlung ist. Nur kann man dies vom Verbraucher erwarten?

Bei der Anwendung von Irreführungsverboten – hier Art. 9 Abs. 1 lit. i. V. m. Art. 26 Abs. 2 lit. a LMIV – ist auf die „mutmaßliche Erwartung eines

⁷¹ Das gibt auch GA Hogan zu, vgl. Schlussanträge v. 13.6.2019, C-363/18, *Organisation juive européenne und Vignoble Psagot* ././ *Ministre de l'Économie et des Finances*, Rn. 78.

⁷² Vgl. in diesem Sinne EuGH, Urt. v. 4.6.2015, C-195/14, *Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. ././ Teekanne GmbH & Co. KG*, Rn. 32; Urt. v. 22.9.2016, C-113/15, *Breitsamer und Ulrich ././ Landeshauptstadt München*, Rn. 69.

⁷³ So GA Hogan, vgl. Schlussanträge v. 13.6.2019, C-363/18, *Organisation juive européenne und Vignoble Psagot* ././ *Ministre de l'Économie et des Finances*, Rn. 75 ff.

⁷⁴ Diese Ansicht vertritt *Ebd.*, Rn. 77 f.

durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers⁷⁵ abzustellen. Diesem Durchschnittsverbraucher mag man es zutrauen, sich darüber zu informieren, wo die konkrete Siedlung liegt. Dies wird er jedoch nur tun, wenn er Kenntnis von der Völkerrechtswidrigkeit der israelischen Siedlungen hat und sich deshalb informieren will, ob das von ihm ausgewählte Produkt aus einer solchen Siedlung stammt oder nicht. Nur ein Verbraucher, der weiß, dass die konkrete Ortsangabe immer auf die Herkunft aus einer israelischen Siedlung hinweist, müsste keine Nachforschungen bezüglich der Herkunft anstellen. Dieses Wissen kann man von einem Durchschnittsverbraucher aber nicht erwarten. Die Angabe der konkreten Siedlung wird ihn kaum zu Nachforschungen verleiten, wohl eher die Bezeichnung „israelische Siedlung“. Dass der Verbraucher ethische Gesichtspunkte bei der Kaufentscheidung berücksichtigen kann, vermag somit nur die Kennzeichnung mit dieser Zusatzangabe sicherzustellen. Es gab also für den *EuGH* keine andere Auslegungsmöglichkeit, die die Vorgaben der Lebensmittelinformationsverordnung ebenso hätte erfüllen können. Die von ihm vorgenommene Ausgestaltung der Kennzeichnungspflicht ist nicht nur vertretbar, sondern notwendig.

F. Einordnung des Urteils in die bisherige Rechtsprechung des *EuGH*

Das Urteil des *EuGH* wird dahingehend kritisiert, dass es Israel diskriminiere, da nur für Israel besondere Kennzeichnungspflichten bestünden. Für andere Länder, die ebenfalls Lebensmittel aus völkerrechtlich umstrittenen Gebieten in die Europäische Union importieren, bestünden hingegen, soweit ersichtlich, keinen besonderen Kennzeichnungspflichten.⁷⁶

Dem ist jedoch zu entgegnen, dass die Lebensmittelinformationsverordnung selbstverständlich für alle Lebensmittelimporte in die EU gilt, sofern sie auf die betroffenen Lebensmittel anwendbar ist. Der *EuGH* kann aber für Produkte aus diesen Staaten erst dann eine besondere Kennzeichnungspflicht feststellen, wenn ihm entsprechende Vorabentscheidungsersuchen vorgelegt werden. Von sich

⁷⁵ Vgl. *EuGH*, Urt. v. 16.7.1998, C-210/96, *Gut Springenheide GmbH u. Tusky* ./ *Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt*, Rn. 31, 37; Urt. v. 13.1.2000, C-220/98, *Estée Lauder* ./ *Lancaster*, Rn. 27; Urt. v. 8.4.2003, C-44/01, *Pippig Augentoptik* ./ *Hartlauer*, Rn. 55; Urt. v. 23.1.2003, C-421/00, *Bürgermeister der Landeshauptstadt Klagenfurt* ./ *Sterbenz*, Rn. 43; Urt. v. 15.7.2004, C-239/02, *Donne Egberts* ./ *Westrom Pharma u. a.*, Rn. 46; dies berücksichtigt auch GA *Hogan*, Schlussanträge v. 13.6.2019, C-363/18, *Organisation juive européenne und Vignoble Psagot* ./ *Ministre de l'Économie et des Finances*, Rn. 47.

⁷⁶ So *Polzjin* (Fn. 51), sub. 3; *Ruffert* (Fn. 49), S. 89.

aus kann er nicht tätig werden. Hier kann der Kommission allenfalls der Vorwurf gemacht werden, dass keine weiteren entsprechenden Mitteilungen existieren.⁷⁷

Der Vorwurf der Diskriminierung ließe sich noch überzeugender entkräften, wenn es eine strukturell gleichartige Rechtsprechung des *EuGH* in der Frage des Umgangs mit völkerrechtlich umstrittenen Territorien gibt.⁷⁸ Im Folgenden soll deshalb untersucht werden, inwiefern die gegenständliche Entscheidung der Rechtsprechung zur Westsahara und Nordzypem folgt.

In der ersten Westsahara-Entscheidung⁷⁹ ging es um ein Abkommen zwischen der EU und Marokko auf dem Gebiet der Landwirtschaft und Fischerei. Der *EuGH* erklärte das Abkommen auf dem Gebiet der Westsahara für unanwendbar, da andernfalls das Selbstbestimmungsrecht der Saharais eingeschränkt und der Status der Westsahara als *non-self-governing-territory* (Hoheitsgebiet ohne Selbstregierung) nach Art. 73 UN-Charta verkannt würde.⁸⁰ In der zweiten Westsahara-Entscheidung⁸¹ erklärte der *EuGH* mit der gleichen Argumentationslinie die Nichtanwendbarkeit eines Fischereiabkommens mit Marokko auf das Gebiet der Westsahara. Daraus lässt sich folgender Schluss ziehen: Der *EuGH* sieht ein Hoheitsgebiet ohne Selbstregierung nicht als Teil des Staates an, von dem es verwaltet wird. Abkommen eines Drittstaates mit dem verwaltenden Staat haben daher auf dem Gebiet ohne Selbstregierung keine Geltung.

Dies entspricht der im Völkerrecht vorherrschenden Auffassung, nach der der Status eines solchen Gebietes ohne Selbstregierung⁸² ein anderer ist als der des Staates, der das Gebiet verwaltet, weshalb das Gebiet nicht Teil des verwaltenden Staates sein kann.⁸³

⁷⁷ So auch *Ruffert* (Fn. 49), S. 89.

⁷⁸ So *Hock*, Doppelstandard oder Konsistenz? Der *EuGH* zur Kennzeichnungspflicht von Siedlungsprodukten, 22.11.2019, abrufbar unter: <https://www.juwiss.de/98-2019/> (zuletzt abgerufen am 27.12.2020); zur Westsahara so auch *Hardan* (Fn. 60).

⁷⁹ *EuGH*, Urt. v. 21.12.2016, C-104/16 P, Rat ./ . *Front Polisario*.

⁸⁰ *Ebd.*, Rn. 90 ff.

⁸¹ *EuGH*, Urt. v. 27.2.18, C-266/16, *Western Sahara Campaign UK ./ . Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs, Secretary of State for Environment, Food and Rural Affairs*.

⁸² Die Westsahara ist in der Liste der „non-self-governing territories“ (NSGT) der UN eingetragen: https://www.un.org/dppa/decolonization/en/nsgt#_edn2 (zuletzt abgerufen am 27.12.2020).

⁸³ Statt vieler *Wrange*, Self-Determination, Occupation and the Authority to Exploit Natural Resources: Trajectories from Four European Judgments on Western Sahara, *Israel Law Review* 2019, Vol. 52 (1), 3 (7).

Die Westsahara ist nicht nur ein Hoheitsgebiet ohne Selbstregierung, sondern nach überwiegender Ansicht ein von Marokko besetztes Gebiet.⁸⁴ Das Westjordanland und die Golanhöhen sind nicht in der Liste der Hoheitsgebiete ohne Selbstregierung, aber besetzte Gebiete, denn – wie oben festgestellt⁸⁵ – unterscheidet sich ihr völkerrechtlicher Status von dem des besetzenden Staates (Israel) dadurch, dass sie nur der Gebietshoheit Israels unterstehen und Israel nicht die territoriale Souveränität hat. Das Westjordanland und die Golanhöhen gehören damit ebenso wenig zum Staatsgebiet Israels wie die Westsahara zum Staatsgebiet Marokkos gehört.⁸⁶ Die Erkenntnis aus der Westsahara-Rechtsprechung lässt sich also wie folgt übertragen: Wenn Abkommen des verwaltenden Staats mit Drittstaaten auf dem Hoheitsgebiet ohne Selbstregierung keine Geltung haben, weil es sich nicht um ein einheitliches Staatsgebiet handelt, können auch Produkte aus besetzten Gebieten nicht so gekennzeichnet werden, als kämen sie aus dem Staatsgebiet des besetzenden Staats.

Insofern setzt sich die Linie der Rechtsprechung des *EuGH* im Umgang mit Hoheitsgebieten ohne Selbstregierung konsequent im Umgang mit besetzten Gebieten fort.

Dies zeigt sich auch in der Nordzypern-Entscheidung. Im Fall *Anastasiou III* urteilte der *Gerichtshof*, dass die für die Einfuhr von Pflanzen erforderlichen Pflanzengesundheitszeugnisse nur im Ursprungsland der Pflanzen ausgestellt werden können. Konkret ging es um nordzyprische Zitrusfrüchte, deren Pflanzengesundheitszeugnisse in der Türkei ausgestellt worden waren und die in das Vereinigte Königreich exportiert werden sollten. Der *EuGH* stellte fest, dass

⁸⁴ *Wrange*, Occupation/annexation of a territory: Respect for international humanitarian law and human rights and consistent EU policy, in: Directorate-General for External Policies, Policy Department, European Parliament, Study – Occupation/annexation of a territory: Respect for international humanitarian law and human rights and consistent EU policy, Juni 2015, S. 39 f.; *Wrange* (Fn. 83), S. 8; *Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages*, Völkerrechtliche Aspekte des Westsahara-Konflikts, S. 11 ff., abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/645852/ff419d961659efdf894230ee8c07c8a2/WD-2-025-19-pdf-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 27.12.2020); vgl. auch UNGA Res 34/37 (21. November 1979), Question of Western Sahara, UN Doc A/RES /34/37; UNGA 35/19 (11. November 1980), Question of Western Sahara, UN Doc A/Res/35/19.

⁸⁵ **B. II. 1.**

⁸⁶ Subsumiert unter die Definition des Staatsgebiets nach *Proelß*, in: Vitzthum/Proelß (Fn. 26), S. 476 Rn. 7.

Zypern, das Ursprungsland der Zitrusfrüchte, ein Drittland ist.⁸⁷ Damit erkannte der *Gerichtshof* an, dass das von der Türkei besetzte Nordzypern Teil des Staates Zypern und nicht Teil des türkischen Staatsgebiets ist.⁸⁸ Infolge der Entscheidung kam es zu einem Importstopp der betroffenen Zitrusfrüchte.⁸⁹

Die Nordzypern-Entscheidung wurde als *de facto*-Sanktion gegenüber der Türkei betrachtet und – mit Verweis auf die zu diesem Zeitpunkt noch fehlende entsprechende Rechtsprechung und Kennzeichnungspflicht von Produkten aus den von Israel besetzten Gebieten – kritisch bewertet.⁹⁰ Vor diesem Hintergrund kann von einer Diskriminierung Israels in der hier besprochenen Entscheidung nicht die Rede sein. Sie reiht sich vielmehr in eine konsistente Rechtsprechung ein.

G. Rechtsvergleich

Der *EuGH* ist nicht das erste Gericht, das sich mit israelischen Siedlungsprodukten befassen musste. So gibt es ähnliche Entscheidungen in Kanada und Großbritannien. Im Folgenden sollen die Gemeinsamkeiten und Unterschiede herausgearbeitet werden.

I. Kanada

In der Entscheidung des kanadischen *Federal Court* vom 29.7.2019 ging es ebenfalls um die Kennzeichnung von Weinen aus israelischen Siedlungen.

Der Kläger wandte sich gegen die *Canadian Food Inspection Agency (CFIA)* mit der Begründung, dass Weine, die in israelischen Siedlungen im Westjordanland produziert werden, in Kanada fälschlicherweise als „israelisches Erzeugnis“ verkauft würden.⁹¹ Den rechtlichen Rahmen bilden unter anderem Gesetze zum Lebensmittelrecht in Form des *Consumer Packaging and Labelling Act*, des *Food and Drugs Act* und der *Food and Drug Regulations*.

⁸⁷ *EuGH*, Urt. v. 30.9.2003, C-140/02, *Regina auf Antrag von S.P. Anastasiou (Pissouri) Ltd u. a. ./ Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, Rn. 57.

⁸⁸ Dies hatte der *EuGH* bereits im Fall *Anastasiou I* festgestellt, vgl. *EuGH*, Urt. v. 5.7.1994, C-432/92, *The Queen. ./ Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, Rn. 37 ff.

⁸⁹ Vgl. *Talmon*, Kollektive Nichtanerkennung illegaler Staaten, 2006, S. 689.

⁹⁰ Vgl. *Koutrakos*, Legal Issues of EC-Cyprus Trade Relations, in: *International and Comparative Law Quarterly* 52 (2003), S. 489 (497).

⁹¹ *Canadian Federal Court*, Urt. v. 29.7.2019, 2019 FC 1003, *David Kattenburg v. Canada*, Rn. 1.

Der *Federal Court* entschied, dass die Kennzeichnung von Weinen aus israelischen Siedlungen als israelisches Produkt falsch, irreführend und täuschend („*false, misleading and deceptive*“) sei.⁹²

Gemeinsam ist den Entscheidungen offensichtlich der Klagegegenstand: Es geht um Wein aus israelischen Siedlungen in von Israel besetzten Gebieten, insbesondere aus Psagot.⁹³ Da in den Anwendungsbereich der Lebensmittelinformationsverordnung über Wein hinaus auch andere Lebensmittel fallen, ist die vom *EuGH* festgestellte Kennzeichnungspflicht allerdings weitreichender.

Die Gerichte sind sich im Ergebnis einig, dass die Kennzeichnung als israelisches Produkt irreführend ist.⁹⁴ Der *EuGH* stützt seine Begründung vor allem auf die Völkerrechtswidrigkeit der israelischen Siedlungen.⁹⁵ Der kanadische *Federal Court* geht auf die völkerrechtliche Problematik hingegen nicht ein, sondern argumentiert damit, dass die Siedlungen nach Ansicht beider Parteien nicht zum Staatsgebiet Israels gehören.⁹⁶

Die Unterschiede in der Begründung könnten sich dadurch erklären lassen, dass auch die Ausgangsfragen verschieden waren: Der *Federal Court* hatte sich mit der Frage zu befassen, ob die Produkte aus israelischen Siedlungen in den besetzten palästinensischen Gebieten als „israelisches Erzeugnis“ verkauft werden dürfen. Der *EuGH* hatte hingegen zu entscheiden, ob die Lebensmittelinformationsverordnung eine Kennzeichnungspflicht in Form von „Produkt aus dem Westjordanland/von den Golanhöhen (israelische Siedlung)“ vorschreibt.

Es bleibt aber nicht unbemerkt, dass die Argumentation des *Federal Court* mit der Kritik an der Entscheidung des *EuGH* vergleichbar ist: Vielleicht hätte der Verweis auf die territorialen Verhältnisse für die Begründung auch hier ausgereicht und die Völkerrechtswidrigkeit hätte weniger ausführlich bis gar nicht diskutiert werden müssen. Allerdings spielen im europäischen Verbraucherschutzrecht die ethischen Erwägungen eine größere Rolle als im kanadischen: Art. 3 Abs. 1 LMIV führt ausdrücklich auch die Beachtung von

⁹² *Canadian Federal Court*, Urt. v. 29.7.2019, 2019 FC 1003, *David Kattenburg v. Canada*, Rn. 128.

⁹³ *Ebd.*, Rn. 15.

⁹⁴ *EuGH*, Urt. v. 12.11.2019, C-363/18, *Organisation juive européenne und Vignoble Psagot ./.* *Ministre de l'Économie et des Finances*, Rn. 49; *Canadian Federal Court*, Urt. v. 29.7.2019, 2019 FC 1003, *David Kattenburg v. Canada*, Rn. 101.

⁹⁵ *EuGH*, Urt. v. 12.11.2019, C-363/18, *Organisation juive européenne und Vignoble Psagot ./.* *Ministre de l'Économie et des Finances*, Rn. 48, 56 f.

⁹⁶ *Canadian Federal Court*, Urt. v. 29.7.2019, 2019 FC 1003, *David Kattenburg v. Canada*, Rn. 70.

ethischen Gesichtspunkten bei der Kaufentscheidung des Verbrauchers an. Art. 7 Abs. 1 *Consumer Packaging and Labelling Act* verbietet für vorverpackte Produkte Kennzeichnungen, die falsch oder irreführend sind. Falsch oder irreführend sind nach Abs. 2 Bezeichnungen, die unter anderem über die Herkunft des Produkts täuschen könnten. Ebenso ist es nach Art. 5 Abs. 1 *Food and Drugs Act* u. a. unzulässig, Lebensmittel in einer Weise zu etikettieren und verpacken, die falsch, irreführend oder täuschend ist. Speziell für Wein sehen die *Food and Drug Regulations* in B.02.108 die klare Nennung des Herkunftslandes vor. Diese Vorschriften stellen dem Wortlaut nach auf rein objektive Kriterien ab und unterscheiden sich so von der Lebensmittelinformationsverordnung. Allerdings bezwecken die kanadischen Vorschriften sowohl, dass der Verbraucher mit den angegebenen Informationen eine gewissenhafte Kaufentscheidung treffen kann („*buy conscientiously*“⁹⁷), als auch dass die Verbraucher durch ihre Kaufentscheidungen ihre politischen Ansichten zum Ausdruck bringen können.⁹⁸ Somit berücksichtigte auch der *Federal Court* ethische Erwägungen, wenn auch nicht so ausführlich wie der *EuGH*.

Der *EuGH* musste in diesem Zusammenhang auch auf die Völkerrechtswidrigkeit der israelischen Siedlungspolitik eingehen. Im Gegensatz zum *Federal Court* hatte der *Gerichtshof* nämlich nicht nur festzustellen, dass die Angabe „israelisches Erzeugnis“ nicht ausreicht, sondern musste selbst die Lebensmittelinformationsverordnung auslegen, um die korrekte Kennzeichnung festzustellen. Die Verpflichtung zur Angabe „israelische Siedlung“ lässt sich, da es sich streng genommen nicht um eine rein geografische Bestimmung handelt,⁹⁹ aber nur mit völkerrechtlichen Erwägungen begründen. Der kanadische *Federal Court* verwies für die passende Kennzeichnung an die *CFLA*.¹⁰⁰ Diese hat bisher noch keine neue Kennzeichnung festgelegt.

Als Ergebnis lässt sich festhalten, dass die Entscheidung des *Federal Court* in der Argumentation vergleichbar ist mit der des *EuGH*: Ethische Gesichtspunkte sind nach Ansicht beider Gerichte relevant für die Kaufentscheidung des Verbrauchers. Die Bezeichnung „Produkt aus Israel“ sehen beide als irreführend an, wenn die Herkunft des Lebensmittels tatsächlich eine israelische Siedlung in den besetzten Gebieten ist. Dass der *Federal Court* nicht näher auf die

⁹⁷ *Canadian Federal Court*, Urt. v. 29.7.2019, 2019 FC 1003, *David Kattenburg v. Canada*, Rn. 95, 101.

⁹⁸ *Ebd.*, Rn. 116 f.

⁹⁹ Siehe oben unter **B. II. 2.** und **E.**

¹⁰⁰ *Canadian Federal Court*, Urt. v. 29.7.2019, 2019 FC 1003, *David Kattenburg v. Canada*, Rn. 131.

Völkerrechtswidrigkeit der israelischen Siedlungspolitik eingeht und nicht selbst eine korrekte Kennzeichnung feststellt, ist der unterschiedlichen Ausgangslage und den unterschiedlichen rechtlichen Vorschriften geschuldet. Der Vergleich ist daher nur begrenzt möglich, die Gemeinsamkeiten in der Argumentation zeigen aber, dass *Federal Court* und *EuGH* das gleiche Ziel verfolgen: die Information der Verbraucher. Weder der *EuGH* noch der *Federal Court* wollten mit ihren Entscheidungen Außenpolitik betreiben. Es ist dem klaren Wortlaut der Lebensmittelinformationsverordnung geschuldet, dass der *EuGH* so viel Wert auf ethische Erwägungen – deren Gegenstand eben auch das Völkerrecht sein kann – gelegt hat, zumal ihm angesichts der detaillierten politischen Vorgaben der Kommission wenig Spielraum für eine andere Auslegung gelassen wurde.¹⁰¹

II. Großbritannien

Sowohl der *Federal Court* als auch Generalanwalt *Hogan* gehen auf die Entscheidung des *UK Supreme Court* vom 5.2.2014 in der Rechtssache *Richardson v. Director of Public Prosecutions*¹⁰² ein.¹⁰³

Der rechtliche Rahmen ist zunächst etwas anders, denn in diesem Fall ging es nicht primär um Verbraucherschutz, sondern um die strafrechtliche Verfolgung eines Hausfriedensbruchs, der sich aus einem Protest in einem Londoner Geschäft entwickelt hatte.¹⁰⁴ In diesem eher ungewöhnlichen Zusammenhang äußerte sich der *Supreme Court* aber auch zur Kennzeichnung von Schönheitsprodukten aus dem Westjordanland. Der Protest richtete sich nämlich gegen den in dem Geschäft stattfindenden Verkauf von Schönheitsprodukten aus Mineralstoffen aus dem Toten Meer. Die Angeklagten verteidigten sich damit, dass die Aktivitäten in dem Geschäft gegen das Gesetz verstießen. Diesen Vorwurf stützten sie unter anderem darauf, dass die in dem Geschäft verkauften Produkte das Etikett „*Made by Dead Sea Laboratories Ltd, Dead Sea, Israel*“ tragen, jedoch im Westjordanland von einem israelischen Unternehmen produziert werden.¹⁰⁵ Dabei handele es sich um eine unrichtige oder irreführende Kennzeichnung, da die besetzten Gebiete weder international noch vom Vereinigten Königreich als Teil Israels anerkannt seien; es sei insbesondere der

¹⁰¹ So auch *Ruffert* (Fn. 49), S. 89.

¹⁰² *UK Supreme Court, Richardson vs. Director of Public Prosecutions*, Urt. v. 5.2.2014, [2014] UKSC 8.

¹⁰³ *Canadian Federal Court*, Urt. v. 29.7.2019, 2019 FC 1003, *David Kattenburg v. Canada*, Rn. 88 ff.; GA *Hogan*, Schlussanträge v. 13.6.2019, C-363/18, *Organisation juive européenne und Vignoble Psagot ./ . Ministre de l'Economie et des Finances*, Rn. 61 ff.

¹⁰⁴ *UK Supreme Court, Richardson vs. Director of Public Prosecutions*, Urt. v. 5.2.2014, [2014] UKSC 8, Rn. 1 ff., 5.

¹⁰⁵ *Ebd.*, Rn. 7, insb. iv).

Tatbestand der „Geschäftspraxis, die eine irreführende Handlung ist“ nach *Regulation 9* der *Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008*¹⁰⁶ erfüllt. Schließlich sei das Etikett hinsichtlich des geografischen Ursprungs falsch: Es entstehe der Eindruck, dass die so gekennzeichneten Produkte aus Israel stammen, obwohl sie aus den besetzten Gebieten kämen.¹⁰⁷

Beachtenswert ist hier nicht die Entscheidung des *Supreme Court*, dass der Verkauf von falsch gekennzeichneten Waren keine Straftat ist,¹⁰⁸ sondern die Argumentation des *district judge*: Eine Geschäftspraxis, die eine irreführende Handlung ist, liege nicht vor, weil ein Durchschnittsverbraucher nur dadurch, dass ein Erzeugnis als verfassungsmäßig oder politisch Israel zugehörig beschrieben werde, obwohl es sich tatsächlich um die besetzten Gebiete handle, nicht zu einer geschäftlichen Entscheidung (nämlich zum Kauf) verleitet werden könne. Es sei korrekt angegeben, dass das Erzeugnis vom Toten Meer stamme. Der *district judge* war der Ansicht „dass die Zahl der Personen, deren Entscheidung, ob sie ein angeblich israelisches Erzeugnis kaufen oder nicht kaufen, durch die Kenntnis seiner wahren Herkunft beeinflusst wird, weit unter der Zahl derjenigen liegt, die erforderlich wäre, um sie als „Durchschnittsverbraucher“ ansehen zu können“.¹⁰⁹ Der *Supreme Court* schloss sich der Auffassung des *district judge* an.¹¹⁰

¹⁰⁶ Die *Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008* dienen der Umsetzung der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt. Regulation 9 verweist auf Regulation 5. Danach ist eine Geschäftspraxis (u. a.) dann eine irreführende Handlung, wenn „(2)(a) ... sie unrichtige Informationen enthält und daher in Bezug auf einen der in Abs. 4 genannten Punkte nicht der Wahrheit entspricht oder wenn sie selbst oder in ihrer Gesamtdarstellung in irgendeiner Weise den Durchschnittsverbraucher irreführt oder irreführen kann, auch wenn die Information sachlich richtig ist, und (b) sie einen Durchschnittsverbraucher dazu veranlasst oder veranlassen kann, eine geschäftliche Entscheidung zu treffen, die er ansonsten nicht getroffen hätte“. Die Übersetzung entspricht der deutschen Fassung von GA Hogan, Schlussanträge v. 13.6.2019, C-363/18, *Organisation juive européenne und Vignoble Psagot ./.* *Ministre de l'Économie et des Finances*, Rn. 33.

¹⁰⁷ UK *Supreme Court*, *Richardson vs. Director of Public Prosecutions*, Urt. v. 5.2.2014, [2014] UKSC 8, Rn. 20 ff.

¹⁰⁸ *Ebd.*, Rn. 21.

¹⁰⁹ *Ebd.*, Rn. 22; aus der deutschen Übersetzung von GA Hogan, Schlussanträge v. 13.6.2019, C-363/18, *Organisation juive européenne und Vignoble Psagot ./.* *Ministre de l'Économie et des Finances*, Rn. 66.

¹¹⁰ UK *Supreme Court*, *Richardson v. Director of Public Prosecutions*, Urt. v. 5.2.2014, [2014] UKSC 8, Rn. 23.

Hier liegt der entscheidende Unterschied zum Urteil des *EuGH*: Der *EuGH*,¹¹¹ Generalanwalt *Hogan*¹¹² und der kanadische *Federal Court*¹¹³ nehmen an, dass die Kennzeichnung als israelisches Produkt falsch und irreführend wäre. *Hogan* entgegnet der Entscheidung des *Supreme Court*, dass es seiner Ansicht nach genug Menschen gibt, die über die tatsächliche Herkunft eines Lebensmittels aus einer israelischen Siedlung in den besetzten Gebieten informiert werden möchten. Genug jedenfalls, um sie als Durchschnittsverbraucher anzusehen.¹¹⁴ Letztlich musste der *EuGH* dies aber gar nicht berücksichtigen, denn Art. 26 Abs. 2 lit. a LMIV schreibt eindeutig vor, dass die Angabe des Ursprungslands oder Herkunftsorts auf Lebensmitteln verpflichtend ist, falls ohne diese Angabe eine Irreführung der Verbraucher über das tatsächliche Ursprungsland oder den tatsächlichen Herkunftsort des Lebensmittels möglich wäre. Es gibt keine Mindestanzahl an Verbrauchern, die in die Irre geführt werden müssen, damit es eine Kennzeichnungspflicht gibt. Die Argumentation des *district judge* ist im Lichte der Lebensmittelinformationsverordnung daher unbeachtlich. Eine Kritik an der Entscheidung des *EuGH* lässt sich daraus nicht ableiten. Die rechtlichen Rahmenbedingungen und die Ausgangsverfahren sind zu unterschiedlich.

Die Entscheidungen des *Federal Court* und des *Supreme Court* sind folglich nur in begrenztem Umfang bzw. nicht als Vergleich heranzuziehen.

H. Ausblick

In der Europäischen Union – und damit auch in Deutschland – müssen Weine und andere Lebensmittel aus israelischen Siedlungen nun als „Produkt aus dem Westjordanland/von den Golanhöhen (israelische Siedlung)“ gekennzeichnet werden.¹¹⁵ Wenn alle Lebensmittel entsprechend gekennzeichnet sind und mehr Zeit verstrichen ist, lassen sich die Auswirkungen der Kennzeichnungspflicht auf die Import- und Verkaufszahlen israelischer Siedlungsprodukte abschätzen.

Der Fall zeigt, dass die Verzahnung von Verbraucherschutzrecht und Völkerrecht problematisch sein kann. Der *EuGH* entschied zu Recht, dass Lebensmittel (i. S. v. Art. 1 Abs. 3 S. 2 LMIV) aus israelischen Siedlungen mit

¹¹¹ *EuGH*, Urte. v. 12.11.2019, C-363/18, *Organisation juive européenne und Vignoble Psagot ./.* *Ministre de l'Économie et des Finances*, Rn. 57.

¹¹² GA *Hogan*, Schlussanträge v. 13.6.2019, C-363/18, *Organisation juive européenne und Vignoble Psagot ./.* *Ministre de l'Économie et des Finances*, Rn. 68.

¹¹³ Siehe dazu oben unter **G. I.**

¹¹⁴ GA *Hogan*, Schlussanträge v. 13.6.2019, C-363/18, *Organisation juive européenne und Vignoble Psagot ./.* *Ministre de l'Économie et des Finances*, Rn. 68.

¹¹⁵ Zur *erga-omnes*-Wirkung statt vieler: *Ebricke*, in: Streinz (Fn. 53), Art. 267 AEUV Rn. 69 und *Wegener*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 52), Art. 267 AEUV Rn. 48 f. m. w. N.

der Angabe ihres Herkunftsgebiets und dem Hinweis, dass es sich um eine israelische Siedlung handelt, gekennzeichnet werden müssen. Wie oben dargestellt, ist eine andere Ausgestaltung der Kennzeichnungspflicht vor dem Hintergrund der großen Bedeutung von ethischen Gesichtspunkten für die Kaufentscheidung des Verbrauchers nicht möglich.¹¹⁶ Dass völkerrechtliche Erwägungen im Rahmen ethischer Gesichtspunkte im Verbraucherschutzrecht herangezogen werden, ermöglicht Art. 3 Abs. 1 LMIV. Um vollständig den Vorwurf der *de facto* Sanktionen zu beseitigen, sollte daher Art. 3 Abs. 1 LMIV wie folgt geändert werden: „Die Bereitstellung von Informationen über Lebensmittel dient einem umfassenden Schutz der Gesundheit und Interessen der Verbraucher, indem Endverbrauchern eine Grundlage für eine fundierte Wahl und die sichere Verwendung von Lebensmitteln unter besonderer Berücksichtigung von gesundheitlichen, wirtschaftlichen, umweltbezogenen, sozialen Gesichtspunkten geboten wird.“

Auf Grundlage der geänderten Regelung wäre es möglich, den Klammerzusatz „israelische Siedlung“ zu streichen und ein Produkt aus dem Westjordanland oder den Golanhöhen schlicht als „Produkt aus dem Westjordanland“ bzw. „Produkt von den Golanhöhen“ zu kennzeichnen. Damit würde zum Ausdruck kommen, dass das Westjordanland und die Golanhöhen nicht Teil des israelischen Staatsgebiets sind und Produkte aus diesen Gebieten deshalb nicht Israel als Herkunftsland haben. Da ethische Erwägungen nicht mehr berücksichtigt werden müssten, spielte die Völkerrechtswidrigkeit der israelischen Siedlungspolitik keine Rolle mehr. Dies bedeutet aber nicht, dass ein Verbraucher, der Produkte aus israelischen Siedlungen nicht kaufen möchte, diese nicht erkennen kann. Nach Art. 9 Abs. 1 lit. h LMIV sind nämlich Name und Anschrift des Lebensmittelunternehmens nach Art. 8 Abs. 1 LMIV ohnehin anzugeben. Der mündige Verbraucher kann sich informieren, ob das Lebensmittelunternehmen seinen Sitz in einer israelischen Siedlung hat.

Langfristig sollte die Europäische Kommission außerdem ihren Umgang mit besetzten Gebieten überdenken. Der Vorwurf, dass sie unter mehreren potentiell völkerrechtlich problematischen Herkunftsgebieten mit ihrer Mitteilung zu Auslegungsfragen einseitig die von Israel besetzten Gebiete herausgreift, wird erst verschwinden, wenn die Kommission in einer nächsten Mitteilung zur Auslegung der Lebensmittelinformationsverordnung beispielsweise auch eine entsprechende Kennzeichnungspflicht für Produkte aus Tibet,¹¹⁷ der

¹¹⁶ Siehe dazu **E**.

¹¹⁷ Tibet wurde 1950 von China rechtswidrig annektiert, vgl. statt vieler: *Herdegen* (Fn. 25), § 24 Rn. 10.

Ostukraine¹¹⁸ oder Nordzypern¹¹⁹ feststellt. Auf Grundlage der vorgeschlagenen Änderung müsste beispielsweise ein Produkt aus Ostzypern ebenso als „Produkt aus Ostzypern“ gekennzeichnet werden und nicht als „Produkt aus der Türkei“. Dies würde eine einheitliche Kennzeichnung gewährleisten, was wiederum der Binnenmarktverwirklichung dienen würde, welche Ziel des Verbraucherschutzes ist.¹²⁰

Man muss zuletzt auch bedenken, dass Kennzeichnungspflichten nicht in Stein gemeißelt sind. Sollte es im Nahost-Konflikt irgendwann eine friedliche Lösung im Einklang mit dem Völkerrecht geben, besteht auch kein Grund mehr für eine besondere Kennzeichnungspflicht für Lebensmittel aus den von Israel besetzten Gebieten. Dass die Friedenspläne des Noch-US-Präsidenten *Trump* dies bewirken, erscheint aber unwahrscheinlich.¹²¹ Zuletzt kam sein Außenminister *Pompeo* sogar persönlich in die israelische Siedlung Psagot im Westjordanland.¹²² Fast zeitgleich mit diesem Besuch, gab das US-Außenministerium auch bekannt, dass Produkte aus israelischen Siedlungsgebieten in den USA mit der Bezeichnung „*made in Israel*“ zu verkaufen sind.¹²³ Es ist jedoch zu erwarten, dass der neu gewählte US-Präsident *Biden* diese Erklärung wieder rückgängig machen wird.¹²⁴

I. Zusammenfassung in Thesenform

I. In einem Staat übt die Hoheitsgewalt sämtliche Befugnisse aus, die souveränen Staaten nach den Regeln des Völkerrechts zustehen – dies ist die sogenannte „territoriale Souveränität“. Eine Besatzungsmacht übt zwar *de facto* die

¹¹⁸ Siehe zur Annexion der Krim durch Russland **D. II.**

¹¹⁹ Nordzypern wird von der Türkei besetzt, siehe dazu **F.**

¹²⁰ *Krebbler*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 52), § 169 AEUV Rn. 6 m. w. N.

¹²¹ Der Hohe Vertreter der Außen- und Sicherheitspolitik der Union, *Josep Borrell*, lehnt diesen Plan im Namen der EU ab. Zumindest in der EU wird sich an der völkerrechtlichen Bewertung und der daraus folgenden Kennzeichnungspflicht nach der LMIV deshalb nichts ändern. Die Pressemitteilung ist abrufbar unter: https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage_en/73960/MEPP:%20Statement%20by%20the%20High%20Representative/Vice-President%20Josep%20Borrell%20on%20the%20US%20initiative (zuletzt abgerufen am 27.12.2020).

¹²² Siehe die Berichterstattung der Tagesschau zum Pompeo-Besuch im Westjordanland v. 19.11.2020 unter: <https://www.tagesschau.de/ausland/israel-pompeo-103.html> (zuletzt abgerufen am 27.12.2020).

¹²³ Die Pressemitteilung des US-Außenministeriums ist abrufbar unter: <https://www.state.gov/marketing-of-country-of-origin/> (zuletzt abgerufen am 27.12.2020).

¹²⁴ So *Knell*, Pompeo makes unprecedented visits to Israeli settlement in West Bank and Golan, abrufbar unter: <https://www.bbc.com/news/world-middle-east-54999008> (zuletzt abgerufen am 27.12.2020).

Hoheitsgewalt, hat aber keine Verfügungsbefugnis über den Raum. Israel besetzt seit 1967 das Westjordanland und die Golanhöhen. Sie sind deshalb nicht Teil des israelischen Staatsgebiets.

II. Die „israelische Siedlung“ ist als Ort unterhalb der staatlichen Ebene ein Herkunftsort.

III. Würde auf den Lebensmitteln „Israel“ als Ursprungsland angegeben, würden die Verbraucher darüber getäuscht, dass Israel in den seit 1967 besetzten Gebieten als Besatzungsmacht und nicht als anerkannte souveräne Einheit präsent ist. Ein Verstoß gegen die Regeln des humanitären Völkerrechts kann Gegenstand ethischer Erwägungen sein, die nach Art. 3 Abs. 1 LMIV die Kaufentscheidung der Verbraucher beeinflussen können. Die Angabe, dass ein Lebensmittel aus einem der seit 1967 von Israel besetzten Gebiete stammt und der Klammerzusatz „israelische Siedlung“ sind daher verpflichtend, damit es nicht zu einer Irreführung der Verbraucher kommt.

IV. Die Kennzeichnungspflicht ist keine außenpolitische Sanktion i. S. d. Art. 215 AEUV.

V. Der Verbraucher kann ethische Erwägungen nur in seine Kaufentscheidung einfließen lassen, wenn der Klammerzusatz „israelische Siedlung“ in der verpflichtenden Kennzeichnung umfasst ist. Am Ergebnis des *EuGH* zum Umfang der Kennzeichnung ist wegen der mangelnden Kompetenzwidrigkeit und den engen politischen Vorgaben der Kommission nichts auszusetzen.

VI. Der Vorwurf der Diskriminierung Israels lässt sich durch den Verweis auf die konsistente Rechtsprechung des *EuGH* im Umgang mit völkerrechtlich umstrittenen Gebieten, namentlich der Westsahara und Nordzypern, entkräften.

VII. Die Entscheidungen des kanadischen *Federal Court* und des *UK Supreme Court* sind nur begrenzt bzw. nicht vergleichbar mit dem Urteil des *EuGH*, insbesondere unterscheiden sie sich in Bezug auf die Bedeutsamkeit der Völkerrechtswidrigkeit der israelischen Siedlungen, was den Ausgangsverfahren und den unterschiedlichen rechtlichen Rahmenbedingungen geschuldet sein dürfte.

VIII. Um die aus der Verzahnung von Verbraucherschutzrecht und Völkerrecht folgenden Spannungen etwas zu lösen, sollte die Berücksichtigung von ethischen Erwägungen aus Art. 3 Abs. 1 LMIV gestrichen werden. Im Übrigen wäre eine Gleichbehandlung der potentiell völkerrechtlich problematischen Herkunftsgebiete durch die Kommission wünschenswert. Die besondere

Kennzeichnungspflicht für Lebensmittel aus den von Israel besetzten Gebieten würde so nicht länger dem Vorwurf der Diskriminierung ausgesetzt sein, zumal eine friedliche Lösung des Nahost-Konflikts in nächster Zeit nicht zu erwarten ist und die Kennzeichnungspflicht solange notwendig bleibt.

Melissa Sehringer*

Die internationale Zuständigkeit für Insolvenzannexverfahren im Transportrecht, Urteilsbesprechung: *OLG Düsseldorf*, 12 U 46/17

Abstract

Der Beitrag setzt sich kritisch mit dem Urteil des *OLG Düsseldorf* 12 U 46/17 vom 4.10.2018 auseinander. Das *Gericht* beschäftigte sich vorrangig mit der Frage der internationalen Zuständigkeit für Insolvenzannexverfahren. Während diese viel diskutierte Frage durch das Inkrafttreten der neuen EuInsVO 2017 weitestgehend beantwortet wurde, stellt sie sich bei dem hiesigen Aufeinandertreffen mit der CMR erneut. Ferner galt es, das anwendbare Recht zu ermitteln. Dabei wird die Frage geklärt, ob die stillschweigende Einbeziehung der Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen eine ausdrückliche Rechtswahl darstellt.

The article critically examines the decision of the *Higher Regional Court Düsseldorf* (*OLG Düsseldorf*) of 4.10.2018. The *court* primarily dealt with the question of international jurisdiction for insolvency annex proceedings. While this much-discussed question has been largely answered by the entry into force of the new EuInsVO 2017, it arises again in the present clash with the CMR. Furthermore, the *court* had to determine the applicable law. It thereby clarified the question whether the tacit inclusion of the German Freight Forwarders' Standard Terms and Conditions constitutes an explicit choice of law.

* Die Verfasserin studiert im elften Semester Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg mit dem Schwerpunkt Internationales Privat- und Verfahrensrecht. Sie war bis zum Wintersemester 2020/2021 als studentische Hilfskraft von Prof. Dr. Dres. h.c. Herbert Kronke am Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht tätig. Der vorliegende Beitrag basiert auf einer Studienarbeit, die von Prof. Dr. Dr. h.c. Thomas Pfeiffer im Sommersemester 2019 gestellt wurde.

A. Einleitung

Am 4.10.2018 entschied das OLG Düsseldorf über die Insolvenzanfechtung eines Klägers mit Sitz in Deutschland gegen eine in Polen ansässige Beklagte. Sowohl die Schuldnerin, über die das Insolvenzverfahren eröffnet wurde, als auch die Beklagte sind in der Transportbranche tätig. Dadurch ergeben sich an den Schnittstellen des europäischen Insolvenzrechts und des Transportrechts Probleme.

Wird die internationale Zuständigkeit bei grenzüberschreitenden Insolvenzen betrachtet, treffen verschiedene Interessen aufeinander: Während der Insolvenzverwalter bestrebt ist, im Land des insolventen Schuldners zu klagen, bevorzugt der Anfechtungsgegner in der Regel, in seinem Heimatstaat verklagt zu werden.¹ Die sich gegenüberstehenden Interessen der Parteien zeigen sich rechtlich in dem Spannungsverhältnis zwischen EuInsVO,² EuGVVO³ und nationalem Recht. Dabei handelt es sich um eines der meist diskutierten Probleme im Zusammenhang mit grenzüberschreitenden Insolvenzen – sowohl in entfernter als auch in jüngerer Vergangenheit.⁴ Im Jahr 2017 wurde die Situation durch das Inkrafttreten der neuen EuInsVO, die eine ausdrückliche Zuständigkeitsregel für Insolvenzannexverfahren beinhaltet, entspannt. Welche Auswirkungen die Neuregelung auf Insolvenzverfahren hat, die bereits vor ihrem Inkrafttreten eröffnet wurden, gilt es zu zeigen. Ferner wird die Problematik durch das Zusammenspiel der EU-Verordnungen mit dem Genfer Übereinkommen über den Beförderungsvertrag im internationalen Straßengüterverkehr (CMR) in ein neues Licht gerückt.

Ein Interessenkonflikt ergibt sich außerdem in Bezug auf das anwendbare Recht, da die Anwendung eines bestimmten Rechts für eine Partei „günstiger“ sein kann als die eines anderen. So brachte die Beklagte im vorliegenden Fall vor, die Voraussetzungen einer Insolvenzanfechtung wären nach polnischem Recht in

¹ Vgl. Zeuner/Elsner, Die internationale Zuständigkeit der Anfechtungsklage oder die Auslegung des Art. 1 Abs. 2 lit. b EuGVVO, DZWIR 2008, 1 (1 ff.).

² Verordnung (EU) des Europäischen Parlaments und des Rates über Insolvenzverfahren, Verordnung Nr. 848/2015 v. 20.5.2015. Die Verordnung gilt für die EU-Mitgliedstaaten (mit Ausnahme Dänemarks) ab dem 26.6.2017.

³ Verordnung des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, Verordnung Nr. 1215/2012 v. 12.12.2012.

⁴ Oberhammer, Europäisches Insolvenzrecht: EuGH Seagon / Deko Marty Belgium und die Folgen, in: FS Koziol, 2010, S. 1240; Laukemann, in: European Insolvency Law, The Heidelberg-Luxembourg-Vienna Report, 2013, S. 112 Rn. 484.

keiner Weise gegeben.⁵ Ob die Parteien eine Rechtswahl getroffen haben, ist folglich von großer praktischer Bedeutung. Die Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen (ADSp) enthalten eine Rechtswahlklausel zugunsten des deutschen Rechts. In Deutschland werden Speditionsgeschäfte regelmäßig auf der Grundlage der praxisbewährten ADSp abgewickelt.⁶ Mithin stellt sich die Frage, ob auch ein ausländischer Vertragspartner mit der Einbeziehung dieser Bedingungen und der beinhalteten Rechtswahlklausel rechnen muss.

Das Urteil des *OLG Düsseldorf* soll nun hinsichtlich der internationalen Zuständigkeit und des anwendbaren Rechts auf seine Richtigkeit überprüft werden. Nach einer zusammenfassenden Vorstellung des Sachverhalts (**B.**) unterteilt sich der Beitrag damit in zwei Teile. Der erste Teil widmet sich der internationalen Zuständigkeit (**C.**). Im zweiten Teil wird das anwendbare Recht ermittelt (**D.**). Anschließend folgt eine Stellungnahme (**E.**) sowie ein Fazit mit Ausblick (**F.**).

B. Sachverhalt

Die B. & Partner GmbH (Schuldnerin) und die in Polen ansässige Beklagte sind in der Transportbranche tätig und stehen seit längerer Zeit miteinander in Geschäftsbeziehung. Aus dieser Beziehung standen der Beklagten Forderungen im Gesamtvolumen von 132.650 € zu. Aufgrund einer Vereinbarung mit der Beklagten leistete die Schuldnerin drei Zahlungen in Höhe von jeweils 25.000 € bei gleichzeitigem Verzicht der Beklagten auf die Restforderung. Ferner bestanden zu diesem Zeitpunkt fällige Forderungen anderer Gläubiger in erheblichem Umfang. Am 22.2.2011 – einen Tag nach der Zahlung der Schuldnerin – ging der Insolvenzantrag der Schuldnerin bei Gericht ein. Das Insolvenzverfahren wurde am 31.5.2011 eröffnet. Als Verwalter über das Vermögen der Schuldnerin macht der Kläger nun einen insolvenzrechtlichen Rückgewähranspruch gegen die Beklagte geltend. Seinen Anspruch stützt der Kläger zunächst auf die §§ 130 Abs. 1, 133 Abs. 1 InsO, da die Beklagte die Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin gekannt habe. Später beruft sich der Kläger hinsichtlich seines Zahlungsbegehrens auf § 131 Abs. 1 Nr. 1 InsO, da keine der Forderungen fällig gewesen sei und es sich mithin um eine inkongruente Deckung gehandelt habe.

⁵ *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 4.10.2018 – I-12 U 46/17, Rn. 3 (juris).

⁶ *Bundesverband Spedition und Logistik*, ADSp - Allgemeine Deutsche Spediteurbedingungen, 2020, abrufbar unter: https://www.dslv.org/dslv/web.nsf/id/pa_de_adsp.html (zuletzt abgerufen am 27.12.2020).

C. Internationale Zuständigkeit für die Klage des Insolvenzverwalters

Zunächst gilt es, die Frage der internationalen Zuständigkeit für die Anfechtungsklage des Insolvenzverwalters zu klären. Bei der Insolvenzanfechtungsklage handelt es sich um ein Annexverfahren, also ein Verfahren, das zwar mit dem Insolvenzverfahren zusammenhängt, aber als eigenständiger Rechtsstreit geführt wird.⁷ Das OLG Düsseldorf leitet die internationale Zuständigkeit aus Art. 3 Abs. 1 EuInsVO a. F.⁸ ab und verweist auf die Rechtsprechung des EuGH.⁹ Darüber hinaus begründet das OLG Düsseldorf diese Entscheidung mit der Neuregelung in Art. 6 Abs. 1 der EuInsVO. Ob und welche Auswirkungen Art. 6 Abs. 1 EuInsVO auf die vorliegende Klage hat, bleibt allerdings zu klären. Des Weiteren könnte durch Hinzutreten der CMR eine andere Beurteilung der internationalen Zuständigkeit geboten sein.

I. Zwischen EuInsVO und EuGVVO

Der Ursprung der Problematik im Rahmen der internationalen Zuständigkeit für Insolvenzannexverfahren liegt im Spannungsfeld zwischen EuInsVO und EuGVVO. Nach der EuInsVO liegt die internationale Zuständigkeit bei den Gerichten des Mitgliedstaats, in dessen Gebiet der Schuldner den Mittelpunkt seiner hauptsächlichen Interessen (sog. *center of main interest*¹⁰) hat. Dagegen sind nach der EuGVVO die Gerichte am Beklagtenwohnsitz zuständig.

Im Juni 2017 ist die Neufassung der EuInsVO in Kraft getreten. Sie regelt in Art. 6 EuInsVO die Zuständigkeit für Klagen, die unmittelbar aus dem Insolvenzverfahren hervorgehen und in engem Zusammenhang damit stehen. Eine solche ausdrückliche Zuständigkeitsregelung fehlt allerdings in der alten Fassung der EuInsVO. Nach seinem Wortlaut regelt Art. 3 Abs. 1 EuInsVO a. F. die internationale Zuständigkeit nur für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens. Art. 25 EuInsVO a. F. betrifft zwar auch Entscheidungen, die unmittelbar aufgrund des Insolvenzverfahrens ergehen und in engem Zusammenhang damit stehen, beschränkt sich jedoch auf die Anerkennung

⁷ Thole, in: MüKo-InsO IV, 3. Aufl. 2016, Art. 3 EuInsVO 2000 Rn. 98.

⁸ Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Insolvenzverfahren, Verordnung Nr. 1346/2000 v. 29.5.2000. Die Verordnung wurde mit Wirkung ab dem 26.6.2017 von der Verordnung Nr. 848/2015 v. 20.5.2015 abgelöst.

⁹ EuGH, Urt. v. 12.2.2009, C-339/07, *Frick Teppichboden Supermärkte GmbH ./.* *Deko Marty Belgium NV*, ZIP 2009, 427 ff.

¹⁰ Mock, in: BeckOK-InsO, Ed. 21, Stand: 15.10.2020, Art. 3 EuInsVO Rn. 3.

solcher Verfahren.¹¹ Gleichzeitig schließt die EuGVVO in Art. 1 Abs. 2 lit. b „Konkurse, Vergleiche und ähnliche Verfahren“ von ihrem Anwendungsbereich aus. Deswegen wurde lange Zeit vertreten, dass für Insolvenzannexverfahren auf autonomes nationales Recht zurückgegriffen werden müsse.¹² Der Ausnahmetatbestand, der bereits in Art. 1 Abs. 2 Nr. 2 EuGVÜ¹³ bestand, erklärt sich jedoch daraus, dass eine eigenständige Regelung des europäischen Insolvenzrechts bereits früh angedacht wurde und dieser nicht vorgegriffen werden sollte.¹⁴ Heute besteht Einigkeit darüber, dass „Niemandland“¹⁵ zwischen den beiden Verordnungen zu vermeiden ist.¹⁶ Der Rückgriff auf nationales Recht ist damit nicht mehr vereinbar.¹⁷

Im Folgenden soll gezeigt werden, mithilfe welcher der Verordnungen die Regelungslücke stattdessen zu schließen ist. Dabei wird zunächst auf die Frage eingegangen, welche Auswirkungen die Neuregelung der EuInsVO auf den durch das OLG Düsseldorf zu entscheidenden Fall hat (1.). Daraufhin werden die möglichen Lösungswege anhand einer historischen Betrachtung dargestellt.

¹¹ *Laukemann* (Fn. 4), S. 113 Rn. 486; *Lier*, in: Uhlenbruck InsO, 14. Aufl. 2015, Art. 3 EuInsVO Rn. 54.

¹² *Thole*, in: MüKo-InsO IV (Fn. 7), Art. 3 EuInsVO Rn. 102; vgl. *Hess/Pfeiffer/Schlosser*, Study JLS/C4/2005/03 Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States, 2007, S. 48 Rn. 99, abrufbar unter: http://courtesa.eu/wp-content/uploads/2019/03/study_application_brussels_1_en.pdf (zuletzt abgerufen am 27.12.2020).

¹³ Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen v. 27.9.1968. Mit Wirkung ab dem 1.3.2002 ist das EuGVÜ im Verhältnis der EU-Mitgliedstaaten durch die Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen v. 22.12.2001 (EuGVO) abgelöst worden.

¹⁴ *Voss*, EuGH-Vorlage zur Bestimmung der internationalen Zuständigkeit für Insolvenzanfechtungsklagen, EWiR 2007, 751 (752); *Oberhammer* (Fn. 4), S. 1242.

¹⁵ *Guski*, Die internationale Zuständigkeit für Klagen mit Insolvenzbezug, ZIP 2018, 2395 (2396).

¹⁶ *Fehrenbach*, Die Zuständigkeit für insolvenzrechtliche Annexverfahren, IPrax 2009, 492 (493); *Stürner*, Gerichtsstandsvereinbarungen und Europäisches Insolvenzrecht, IPrax 2005, 416 (417); *Kreuzer/Wagner/Reder*, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Juli 2018, Kap. Q. I. Rn. 172; *Voss* (Fn. 14), S. 752; siehe auch den 7. Erwägungsgrund der EuInsVO 2015/848; *Guski* (Fn. 15), S. 2396.

¹⁷ *Laukemann* (Fn. 4), S. 122 Rn. 509; *Haubold*, Europäisches Zivilverfahrensrecht und Ansprüche im Zusammenhang mit Insolvenzverfahren, IPrax 2002, 157 (160); *Berner/Klöbn*, EuGH-Vorlage zur Bestimmung der internationalen Zuständigkeit für Insolvenzanfechtungsklagen, ZIP 2007, 1415 (1419); *Voss* (Fn. 14), S. 752; anders: *Mörsdorf-Schulte*, Internationaler Gerichtsstand für Insolvenzanfechtungsklagen im Spannungsfeld von EuInsVO, Eu-GVÜ/O und autonomem Recht und seine Überprüfbarkeit durch den BGH, IPrax 2004, 31 (40).

Nach der Auseinandersetzung mit der Ausgangsentscheidung des *EuGH* in der Sache *Gourdain/Nadler* (2.) folgt die weitere Entwicklung in der Rechtsprechung (3.).

1. Die Auswirkungen des neuen Art. 6 EuInsVO

Der neue Art. 6 Abs. 1 EuInsVO regelt die Zuständigkeit für Annexverfahren und nennt beispielhaft die Anfechtungsklage. Mithin besteht grundsätzlich eine internationale Zuständigkeit bei den Gerichten des Mitgliedstaats, in dem das Insolvenzverfahren eröffnet wurde.¹⁸ Den zeitlichen Anwendungsbereich der neuen Verordnung regelt Art. 84 EuInsVO. Die Neufassung ist danach auf Insolvenzverfahren anzuwenden, die nach dem 26.6.2017 eröffnet wurden (Art. 84 Abs. 1 EuInsVO). Der Gesetzgeber hat sich damit bewusst gegen eine rückwirkende Geltung für Insolvenzverfahren entschieden.¹⁹

Das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin wurde am 31.5.2011 eröffnet und ist nicht vom Anwendungsbereich umfasst. Nichtsdestotrotz zieht das *OLG Düsseldorf* Art. 6 Abs. 1 EuInsVO zur Begründung der internationalen Zuständigkeit der deutschen Gerichte heran.²⁰ Diese Herangehensweise widerspricht dem Wortlaut des Art. 84 Abs. 2 EuInsVO. Hierin wird für jene Verfahren, die vor dem 26.6.2017 eröffnet wurden, ausdrücklich auf die alte Fassung der EuInsVO verwiesen.

Eine alte Regelung im Lichte ihrer Nachfolgeregelung auszulegen, ist kein *Novum*.²¹ Nichtsdestotrotz verdeutlicht Art. 84 Abs. 2 EuInsVO, dass es für den vorliegenden Fall ausschließlich auf die EuInsVO in ihrer alten Fassung ankommen kann. Während die internationale Zuständigkeit für Insolvenzanfechtungsklagen also mittlerweile durch die EuInsVO geregelt ist, bleibt die Lage für die alte Fassung offen.²²

¹⁸ *Kindler/Sakka*, Die Neufassung der Europäischen Insolvenzverordnung, *EuZW* 2015, 460 (463); *Mocke*, in: *BeckOK-InsO* (Fn. 10), Art. 6 EuInsVO Rn. 1.

¹⁹ *Schmidt*, in: *Europäische Insolvenzordnung* 2015, 1. Aufl. 2016, Art. 84 Rn. 2.

²⁰ *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 4.10.2018 – I-12 U 46/17, Rn. 19 (juris).

²¹ So *Mankowski*, Tatrichterliche Würdigung des Mittelpunkts der hauptsächlichen Interessen einer natürlichen Person, *NZI* 2018, 997; paradigmatisch *EuGH*, Urt. v. 1.10.2002, C-167/00, *Verein für Konsumenteninformation* ././ *Karl Heinz Henkel*, *EuZW* 2002, 657 ff.

²² Vgl. *Mankowski*, Auslegung der EuGVÜ-Zuständigkeitsvorschriften bei vorbeugender Unterlassungsklage eines Verbraucherschutzvereins gegen AGB zu Gunsten Deliktsgerichtsstandes, *EWiR* 2002, 1047 (1048) über Art. 5 Nr. 3 Var. 2 EuGVVO und Art. 5 Nr. 3 EuGVÜ/LugÜ.

2. Die Entscheidung des *EuGH* in der Sache *Gourdain/Nadler*

Bereits lange vor Inkrafttreten der EuInsVO hat der *EuGH* eine Abgrenzungsformel entwickelt, um festzustellen, welche insolvenzrechtlichen Annexverfahren in den Anwendungsbereich der EuGVÜ fallen und welche nicht. In dem Verfahren *Gourdain/Nadler*²³ befasste sich der *EuGH* mit der prozessualen Frage, ob die französische *action en comblement du passif* (Insolvenzverschleppungshaftung des GmbH-Geschäftsführers) unter den Ausschluss des Art. 1 Abs. 2 Nr. 2 EuGVÜ²⁴ für „Konkurse, Vergleiche und ähnliche Verfahren“ fällt.²⁵ Als allgemeine Regel hielt der *EuGH* dabei in Bezug auf den Ausschlussstatbestand fest: „Entscheidungen, die sich auf ein Insolvenzverfahren beziehen, sind nur dann von der Anwendung des Übereinkommens ausgeschlossen, wenn sie unmittelbar aus diesem Verfahren hervorgehen und sich eng innerhalb des Rahmens eines Konkurs- oder Vergleichsverfahrens [...] halten.“²⁶

Die Gerichtsstände für entsprechende Verfahren richteten sich nach dem jeweils anwendbaren nationalen Prozessrecht.²⁷ Diese Formulierung lässt offen, wie eng die Verbindung zum Konkursverfahren sein muss und sah sich vielerlei Kritik ausgesetzt.²⁸ Dennoch nahm die EuInsVO a. F., die zwei Jahrzehnte später am 31.5.2002 in Kraft trat, das vom *EuGH* entwickelte Abgrenzungskriterium in Art. 25 Abs. 1 UAbs. 2²⁹ auf.

3. Die weitere Entwicklung

Die Abgrenzungsformel des *EuGH* wurde von den Mitgliedstaaten in der Rechtsprechung und Literatur übernommen und auch auf andere Verfahren als die Haftungsklage übertragen.³⁰ Aus der offenen Formulierung des *EuGH* entwickelten sich zwei Lösungsansätze: Der Weg über die EuGVVO und der

²³ *EuGH*, Urt. v. 22.2.1979, C-133/78, *Gourdain ./ Nadler*, RIW 1979, 273 ff.

²⁴ Vgl. Art. 1 Abs. 2 lit. b EuGVVO.

²⁵ Vgl. *Weller*, in: MüKo-GmbHG I, 3. Aufl. 2018, Einl. Rn. 407; *Adolphsen*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO III, 85. EL 2020, nach § 147 Rn. 39; *Hess*, in: Hess/Pfeiffer/Schlösser, The Brussels I - Regulation (EC) No. 44/2001, 2008, S. 27 Rn. 88.

²⁶ *EuGH*, Urt. v. 22.2.1979, C-133/78, *Gourdain ./ Nadler*, RIW 1979, 273 (273 Ls. 2).

²⁷ *Ebd.*, S. 274; *Hess/Pfeiffer/Schlösser* (Fn. 12), S. 48 Rn. 99.

²⁸ *Adolphsen* (Fn. 25), nach § 147 Rn. 44; *Lüke*, Wege zur Globalisierung des Rechts, in: FS Schütze, 1999, S. 471 ff.; *Oberhammer*, Europäisches Insolvenzrecht in praxi – „Was bisher geschah“, ZInsO 2004, 761 (764); vgl. *Oberhammer* (Fn. 4), S. 1243; *Willemer*, Vis attractiva concursus und die Europäische Insolvenzverordnung, 2006, S. 119 f.

²⁹ Vgl. Art. 32 Abs. 1 UAbs. 2 EuInsVO.

³⁰ *Hanbold* (Fn. 17), S. 158.

Weg über die EuInsVO. Schließlich entschied sich der *EuGH* in der Rechtssache *Deko Marty*³¹ für einen dieser Wege.

a) *Der Weg über die EuGVVO*

Die internationale Zuständigkeit für Insolvenzanlexverfahren könnte sich nach der EuGVVO richten.³² In dem Fehlen einer Zuständigkeitsregelung für Annexverfahren in der EuInsVO wurde teilweise eine Abkehr von der *EuGH*-Rechtsprechung in *Gourdain/Nadler* gesehen.³³ Es schein inkonsequent, dass, obwohl sämtliche Entwürfe der EuInsVO Vorschriften über die internationale Zuständigkeit für Annexverfahren vorsahen, es sich bei der Regelungslücke um ein Redaktionsversehen handeln soll.³⁴ Vielmehr sei das Fehlen einer entsprechenden Regelung eine bewusste Entscheidung des Verordnungsgebers.³⁵ Damit würden alle Annexentscheidungen in den Anwendungsbereich der EuGVVO verschoben werden.³⁶ Der Ausnahmetatbestand der EuGVVO für Konkurse wäre also eng auszulegen.³⁷ Andernfalls würde Art. 25 Abs. 1 UAbs. 2 EuInsVO a. F. seines Anwendungsbereichs beraubt, der die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen über Annexverfahren regelt, die von einem anderen Gericht getroffen werden.³⁸ Ein anderes Gericht müsse in diesem Zusammenhang ein Gericht sein, welches nicht mit dem das Insolvenzverfahren eröffnenden Gericht identisch ist.³⁹

b) *Der Weg über die EuInsVO*

Andererseits wurde vertreten, die Zuständigkeit ergebe sich aus einer extensiven Auslegung des Art. 3 EuInsVO a. F. oder im Wege der Analogie.⁴⁰ Diese Ansicht

³¹ *EuGH*, Urt. v. 12.2.2009, C-339/07, *Frick Teppichboden Supermärkte GmbH ./.* *Deko Marty Belgium NV*, ZIP 2009, 427 ff.

³² So *OLG Frankfurt a. M.*, ZIP 2006, 769 ff.; *Stürner/Kern*, BGH: Internationale Zuständigkeit für Insolvenzanfechtungsklagen zwischen EuInsO und Brüssel I-VO, LMK 2007, 248521 ff.; *Berner/Klöhn* (Fn. 17), S. 1415 ff.

³³ Vgl. *Adolphsen* (Fn. 25), nach § 147 Rn. 64; *Zeuner/Elsner* (Fn. 1), S. 1-6; *Oberhammer* (Fn. 4), S. 1246.

³⁴ Vgl. *Willemer* (Fn. 28), S. 106.

³⁵ Art. 17 Vorentwurf 1970 und Art. 15 Entwurf 1984, abgedruckt bei *Kegel*, Vorschläge und Gutachten, 1988, S. 8, 422 f.

³⁶ *Adolphsen* (Fn. 25), nach § 147 Rn. 64.

³⁷ *Lüer*, in: *Uhlenbruck InsO* (Fn. 11), Art. 3 EuInsVO Rn. 58; *Zeuner/Elsner* (Fn. 1), S. 1-6.

³⁸ *Fehrenbach* (Fn. 16), S. 493.

³⁹ *Oberhammer* (Fn. 4), S. 1245.

⁴⁰ So *Lorenz*, Annexverfahren bei Internationalen Insolvenzen, 2005, S. 114 ff.; *Carstens*, Die internationale Zuständigkeit im europäischen Insolvenzrecht, 2005, S. 106 ff.; *Voss*

basiert hauptsächlich auf der Intention des Gesetzgebers für die EuInsVO. Aus dem sechsten Erwägungsgrund wird geschlossen, dass die Verordnung sämtliche Verfahren im Zusammenhang mit dem Insolvenzverfahren abschließend erfassen soll und somit die Anerkennung und internationale Zuständigkeit im Gleichlauf regeln will.⁴¹ Hieraus ergebe sich auch, dass eine planwidrige Regelungslücke vorliegt und sich die internationale Zuständigkeit für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens gemäß Art. 3 Abs. 1 S. 1 EuInsVO a. F. analog auch auf die Annexverfahren erstrecken soll.⁴² Der Weg über die EuInsVO hätte eine zuständigkeitsrechtliche *vis attractiva concursus* zur Folge, d. h. einen Gerichtsstand am Insolvenzort für insolvenzbezogene Zivilprozesse.⁴³ Die Konzentration der Insolvenzannexverfahren im Eröffnungsstaat würde das Interessengleichgewicht zwischen anfechtendem Insolvenzverwalter und Anfechtungsgegner in erheblicher Weise beeinflussen, sie führe aber zu erhöhter Effektivität und Effizienz und stehe deshalb im Einklang mit dem zweiten Erwägungsgrund der EuInsVO a. F.⁴⁴

c) *Die Entscheidung des EuGH in der Sache Deko Marty*

Erst 2009 wurde dem *EuGH* in der *Deko Marty*-Entscheidung die Frage vorgelegt, ob Anfechtungsklagen des Insolvenzverwalters zu den Entscheidungen zählen, die gemäß Art. 1 Abs. 2 lit. b aus dem Anwendungsbereich der damals geltenden EuGVO ausgeschlossen sind.⁴⁵ Der *EuGH* bejahte diese Frage und qualifizierte die Anfechtungsklage als insolvenzrechtliches Annexverfahren.⁴⁶ Art. 3 Abs. 1 EuInsVO a. F. sei dahingehend auszulegen, dass auch die Insolvenzanfechtungsklage darunterfällt. Der *EuGH* entschied sich mithin für eine extensive Auslegung und gegen eine analoge Anwendung. Zur Begründung wird aufgeführt, dass die Klage nur durch den Insolvenzverwalter und nur im Fall der Insolvenz erhoben werden kann.⁴⁷

(Fn. 14), S. 751; *Stürmer* (Fn. 16), S. 419; *Zeuner/Elsner* (Fn. 1), S. 1-6; *Thole*, Die internationale Zuständigkeit für insolvenzrechtliche Anfechtungsklagen, ZIP 2006, 1383 (1384).

⁴¹ *Thole* (Fn. 40), S. 1384; *Zeuner/Elsner* (Fn. 1), S. 1-6; *Oberhammer* (Fn. 4), S. 1244.

⁴² *Leipold*, Zuständigkeitslücken im neuen Europäischen Insolvenzrecht, in: FS Ishikawa, 2001, S. 235.

⁴³ *Oberhammer* (Fn. 4), S. 1248; *Willemer* (Fn. 28), S. 9.

⁴⁴ *BGH*, ZIP 2007, 1415 (1417 Rn. 14); kritisch: *Klöhn/Berner* (Fn. 17), S. 1419.

⁴⁵ *EuGH*, Urt. v. 12.2.2009, C-339/07, *Frick Teppichboden Supermärkte GmbH ././ Deko Marty Belgium NV*, ZIP 2009, 427 ff.

⁴⁶ *Ebd.*

⁴⁷ *Ebd.*, Rn. 16.

Ferner verfolgt die Anfechtungsklage das Ziel, die Interessen der Gläubiger zu wahren sowie die Insolvenzmasse zu vergrößern.⁴⁸

Spätestens seit diesem Urteil herrscht Einigkeit hinsichtlich der insolvenzrechtlichen Einordnung der Anfechtungsklage.⁴⁹

Obwohl damit nicht geklärt ist, wie die generelle Abgrenzung zwischen EuGVVO und EuInsVO zu erfolgen hat, ist das „Zuständigkeitsrätsel“⁵⁰ zumindest im Hinblick auf die Anfechtungsklage gelöst.

II. Abgrenzung EuInsVO und CMR

Sowohl die Schuldnerin als auch die Gläubigerin sind in der Transportbranche tätig. Da Deutschland und Polen Vertragsstaaten der CMR sind,⁵¹ kommt die Anwendung dieses Übereinkommens in Betracht. Nachdem die Ausgangsproblematik zugunsten der EuInsVO gelöst wurde, stellt sich die Frage, wie diese im Verhältnis zur CMR steht (1.). Ferner wird untersucht, ob die CMR auf eine Insolvenzanfechtungsklage Anwendung findet (2.).

1. Das Verhältnis der EuInsVO gegenüber internationalen Übereinkünften

Die EuInsVO genießt gemäß Art. 44 Abs. 1 EuInsVO a. F.⁵² in ihrem sachlichen Anwendungsbereich grundsätzlich Vorrang gegenüber Übereinkünften, die die Mitglieder untereinander geschlossen haben.⁵³ Zu den Übereinkünften zählen bilaterale und multilaterale Übereinkünfte zwischen den Anwendungsstaaten der EuInsVO.⁵⁴ Ausnahmsweise haben gemäß § 85 Abs. 3 lit. a EuInsVO a. F. jedoch Übereinkommen Vorrang, die ein Mitgliedstaat bereits vor Inkrafttreten

⁴⁸ Vgl. *EuGH*, Urt. v. 19.4.2012, C-213/10, *F-Tex SLA ./ Jadecloud-Vilma*, ZIP 2012, 1049 ff.; *EuGH*, Urt. v. 2.7.2009, *SCT Industri ./ Alpenblume*, C-111/08, ZIP 2009, 1441 ff.; *EuGH*, Urt. v. 12.2.2009, C-339/07, *Frick Teppichboden Supermärkte GmbH ./ Deko Marty Belgium NV*, ZIP 2009, 427 ff.

⁴⁹ *Haubold* (Fn. 17), S. 158; *Laukemann*, in: *European Insolvency Law, The Heidelberg-Luxembourg-Vienna Report* (Fn. 4), S. 119 Rn. 506, S. 129 Rn. 526; *Garcimartin*, *Insolvency Intelligence* 2018, 14 ff.; *Carstens* (Fn. 40), S. 103; *Willemer* (Fn. 28), S. 206; aber auch bereits zuvor: *BGH*, *IPrax* 1991, 183 ff.; *OLG Köln*, *WM* 1998, 624 ff.; *OLG Hamm*, *BB* 2000, 431 ff.; *Tribunale Torino*, 22.12.1987, *RDIPP* 1989, 659 ff.

⁵⁰ *Leipold* (Fn. 42), S. 224.

⁵¹ In Deutschland ist die CMR am 5.2.1962 in Kraft getreten, in Polen am 11.9.1962.

⁵² Art. 44 EuInsVO a. F. wurde in Art. 85 EuInsVO mit einigen Ergänzungen übernommen.

⁵³ *Dugué*, in: *Braun Insolvenzordnung*, 8. Aufl. 2020, Art. 85 EuInsVO Rn. 7.

⁵⁴ *Riene*, in: *Kommentar zur Verordnung (EU) 2015/848 über Insolvenzverfahren*, 2017, Art. 85 Rn. 2.

der EuInsVO a. F. mit Drittstaaten geschlossen hat, wenn die Anwendung der EuInsVO a. F. mit diesen unvereinbar wäre. Die CMR geht also vor, wenn es sich um eine Übereinkunft i. S. d. Art. 44 Abs. 3 lit. a EuInsVO a. F. handelt und sie eine internationale Zuständigkeit vorsieht, die mit den Regelungen der EuInsVO a. F. nicht vereinbar ist. Mit Entscheidung vom 13.3.2013 legte der *Oberste Gerichtshof Litauens* dem *EuGH* die Frage vor, unter welchen Voraussetzungen sich eine Zuständigkeit aus der CMR ergeben kann. In seinem Urteil vom 4.9.2014 nahm der *EuGH* allerdings keine Stellung dazu, da es sich um eine Folgefrage handelte, die keiner Antwort mehr bedurfte.⁵⁵ Stattdessen traf der *EuGH* eine Entscheidung in Bezug auf die EuGVVO. Danach genießt gemäß Art. 71 Abs. 1 EuGVVO die CMR Vorrang.⁵⁶ Die CMR kann den EU-Verordnungen also zumindest grundsätzlich zuvorkommen.

Aus deutscher Sicht hält *Dugué* die Vorschrift des Art. 44 Abs. 3 lit. a EuInsVO a. F. für wenig bedeutend, da in Konkursachen keine Übereinkünfte zwischen Deutschland und Drittstaaten beständen.⁵⁷ Ob die CMR in ihrem Anwendungsbereich auch Konkursachen wie die Insolvenzanfechtung erfasst, ist allerdings in einem nächsten Schritt zu prüfen.

Die CMR wurde erstmals am 19.5.1956 von neun europäischen Staaten unterzeichnet.⁵⁸ Nach Hinterlegung der ersten Ratifikationsurkunden ist die CMR am 2.7.1961 völkerrechtlich in Kraft getreten.⁵⁹ Für die Bundesrepublik Deutschland gilt der Vertrag im Verhältnis zu Polen seit dem 11.9.1962.⁶⁰ Die CMR wurde also bereits vor Inkrafttreten der EuInsVO geschlossen.⁶¹ Außerdem besteht das Übereinkommen mitunter im Verhältnis zu Drittstaaten.

Art. 31 Abs. 1 CMR regelt die internationale Zuständigkeit für Streitigkeiten aus einer der CMR unterliegenden Beförderung. Danach kann der Kläger die Gerichte eines Staats anrufen, auf dessen Gebiet der Ort der Übernahme des Gutes oder der für die Ablieferung vorgesehene Ort liegt (Art. 31 Abs. 1 lit. b CMR). Mithin wären nach der CMR die Gerichte in Polen international zuständig, also die Gerichte des Staats, auf dessen Gebiet der vertraglich

⁵⁵ *EuGH*, Urt. v. 4.9.2014, C-157/13, *Nickel & Goeldner Spedition GmbH ./ Kintra UAB*, NZI 2014, 919 ff.

⁵⁶ *Ebd.*

⁵⁷ *Dugué*, in: Braun Insolvenzzordnung (Fn. 53), Art. 85 EuInsVO Rn. 18.

⁵⁸ *Clarke*, International Carriage of Goods by Road: CMR, 5. Aufl. 2009, S. 3; *De la Motte/Temme*, in: Thume CMR, 3. Aufl. 2013, vor Art. 1 Rn. 3.

⁵⁹ *De la Motte/Temme*, in: Thume CMR (Fn. 58), vor Art. 1 Rn. 5.

⁶⁰ *Ebd.*, vor Art. 1 Rn. 7.

⁶¹ Die EuInsVO a. F. ist am 31.5.2002 in Kraft getreten.

vorgesehene Ablieferungsort liegt.⁶² Die internationale Zuständigkeit nach der CMR steht im Widerspruch mit der internationalen Zuständigkeit nach der EuInsVO a. F. Die Verordnung ist folglich mit einer Verpflichtung aus einer Übereinkunft mit Drittstaaten i. S. d. Art. 44 Abs. 3 lit. a EuInsVO a. F. unvereinbar. Im Ergebnis gehört die CMR zu den Übereinkünften, die gemäß Art. 44 Abs. 3 lit. a EuInsVO a. F. die Geltung letzterer ausschließen können, solange sie auf Konkursachen Anwendung findet.

2. CMR als Konkursabkommen

Die CMR müsste in ihrem Anwendungsbereich Konkursachen erfassen. Der sachliche Anwendungsbereich ist eröffnet, wenn die Streitigkeit aus einer Beförderung hervorgeht, die der CMR unterliegt.⁶³ Darunter werden sowohl Klagen verstanden, die auf Ansprüche aus der CMR gestützt werden, als auch solche, die ihre Grundlage im ergänzend anwendbaren nationalen Recht haben.⁶⁴ Die Ansprüche können also vertraglicher oder außervertraglicher Natur sein.⁶⁵ In seiner Entscheidung vom 31.5.2001 stellte der BGH fest, dass Art. 31 CMR einen einheitlichen Gerichtsstand für alle Klagen gegen den Hauptfrachtführer und dessen Hilfspersonen begründe.⁶⁶ Später schränkte der BGH – sowie der EuGH – den Anwendungsbereich auf Ansprüche ein, die mit dem Beförderungsvertrag in einem *hinreichend engen Zusammenhang* stehen.⁶⁷ Diese Formulierung erinnert an die Abgrenzungsformel des EuGH in der Sache *Gourdain/Nadler*.⁶⁸ Entsprechend kritisch wird die Formel auch als Leerformel bezeichnet, die Rechtsunsicherheit provoziere.⁶⁹

Um das Kriterium auszufüllen, wird sodann der personelle Anwendungsbereich herangezogen.⁷⁰ In personeller Hinsicht erfasst Art. 31 CMR alle Streitigkeiten

⁶² OLG Düsseldorf, Urt. v. 4.10.2018 – I-12 U 46/17, Rn. 6 (juris).

⁶³ Herber/Piper, CMR, Internationales Straßentransportrecht, 1996, Art. 31 Rn. 4.

⁶⁴ Demuth, in: Thume CMR (Fn. 58), Art. 31 Rn. 6; Herber/Piper (Fn. 63), Art. 31 Rn. 4; Clarke (Fn. 58), Rn. 46 lit. b.

⁶⁵ BGH, TranspR 2001, 452 ff.; Demuth, in: Thume CMR (Fn. 58), Art. 31 Rn. 7; Otte, in: Ferrari/Kieninger/Mankowski, 3. Aufl. 2018, Art. 31 CMR Rn. 4; Kreuzer/Wagner/Reder (Fn. 16), Kap. Q. I. Rn. 97.

⁶⁶ BGH, NJW-RR 2002, 31 ff.

⁶⁷ BGH, NJW-RR 2009, 1070 ff.; Demuth, in: Thume CMR (Fn. 58), Art. 31 Rn. 7; Otte, in: Ferrari/Kieninger/Mankowski (Fn. 65), Art. 31 CMR Rn. 4; Koller, BGH: Anwendungsbereich des CMR-Gerichtsstands, LMK 2009, 276423.

⁶⁸ Siehe dazu oben **C. I. 2.**

⁶⁹ Vgl. Koller (Fn. 67), S. 276423; Koller, BGH: Verjährung von Ansprüchen wegen Beschädigung des Transportguts, LMK 2009, 272954.

⁷⁰ BGH, NJW-RR 2009, 1070 ff.

von Personen, die an der Beförderung als solche beteiligt sind.⁷¹ Darüber hinaus wird der Anwendungsbereich auf all jene Personen ausgedehnt, die den Regeln der CMR unterworfen sind.⁷² Diese Voraussetzungen wurden beispielsweise bei einem deliktischen Anspruch gegen den Unterfrachtführer bejaht.⁷³

Das OLG Düsseldorf hat eine Forderung angenommen, die aus der Beförderung aufgrund eines gültigen CMR-Vertrags gemäß Art. 1 CMR resultiert.⁷⁴ Nichtsdestotrotz verneinte das Berufungsgericht die Frage, ob die vorliegende Anfechtungsklage in den Anwendungsbereich des Art. 31 Abs. 1 CMR fällt. Dies ergebe sich aus dem Umstand, dass die Insolvenzanfechtungsklage auf einer Rechtsgrundlage in den nationalen Regelungen zum Insolvenzverfahren beruht.⁷⁵ Gerade darauf soll es für die Anwendbarkeit des Art. 31 Abs. 1 CMR aber nicht ankommen. Es genügt vielmehr, dass sich der Anspruch aus CMR-Transporten ergibt, er muss sich nicht unmittelbar auf die Vorschriften der CMR stützen.⁷⁶

Ausführungen des OLG Düsseldorf, ob die Anfechtungsklage des Insolvenzverwalters noch in einem hinreichenden Zusammenhang mit dem Beförderungsvertrag steht oder ob der Insolvenzverwalter in den personellen Anwendungsbereich fällt, bleiben aus.

Die Zahlungen der Schuldnerin an die Gläubigerin, die Gegenstand der Anfechtung sind, basierten auf offenen Forderungen aus einem CMR-Vertrag. Ob darin bereits ein hinreichend enger Zusammenhang liegt, scheint fraglich. Zumal es für die Insolvenzanfechtung nicht relevant ist, ob eine Beförderung i. S. d. CMR vorlag. Darüber hinaus war der Kläger als Insolvenzverwalter nicht unmittelbar an der Beförderung beteiligt. Beteiligte war lediglich die Schuldnerin selbst.

Allerdings könnte eine Ausdehnung des personellen Anwendungsbereichs auf den Insolvenzverwalter angebracht sein, wenn der Insolvenzverwalter in die Rolle des Schuldners schlüpft. Die Stellung des Insolvenzverwalters im deutschen Insolvenzrecht kann als „Manager“ des Verfahrens beschrieben

⁷¹ Demuth, in: Thume CMR (Fn. 58), Art. 31 Rn. 8; Koller, Gehilfen des CMR-Frachtführers und Art. 31 CMR, TranspR 2002, 133 (133).

⁷² Otte, in: Ferrari/Kieninger/Mankowski (Fn. 65), Art. 31 CMR Rn. 6; Demuth, in: Thume CMR (Fn. 58), Art. 31 Rn. 8.

⁷³ BGH, NJW-RR 2009, 1070 ff.

⁷⁴ OLG Düsseldorf, Urt. v. 4.10.2018 – I-12 U 46/17, Ls. 1 (juris).

⁷⁵ Ebd., Rn. 19 (juris).

⁷⁶ Jesser-Huß, in: MüKo-HGB VII, 4. Aufl. 2020, Art. 31 CMR Rn. 3; Demuth, in: Thume CMR (Fn. 58), Art. 31 Rn. 6; Herber/Piper (Fn. 63), Art. 31 Rn. 4.

werden.⁷⁷ Dabei übt er zwar die vermögensbezogenen Rechtsbefugnisse des Schuldners als Amtstreuhand aus, handelt aber weiterhin im eigenen Namen.⁷⁸ Der Insolvenzverwalter steckt nicht in den Schuhen des Schuldners, sodass eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs auf ihn ungerechtfertigt wäre, zumal der Insolvenzverwalter auch nicht den Regeln der CMR unterworfen ist.

Der Anwendungsbereich der CMR ist nicht eröffnet. Dies folgt jedoch nicht aus der Rechtgrundlage der Insolvenzanfechtungsklage im deutschen Recht, sondern daraus, dass der Insolvenzverwalter nicht in den personellen Anwendungsbereich der CMR fällt und es an einem hinreichend engen Zusammenhang zwischen der Anfechtung und der Beförderung als solcher fehlt.

Die internationale Zuständigkeit für die Anfechtungsklage des Insolvenzverwalters richtet sich letztlich nach der EuInsVO a. F. und nicht nach der CMR, obwohl zwischen der Schuldnerin und der Gläubigerin ein wirksamer CMR-Vertrag bestand. Die Gerichte in Deutschland sind international zuständig.

D. Anwendbarkeit deutschen Rechts auf die Klage des Insolvenzverwalters

Das *OLG Düsseldorf* geht von der Anwendbarkeit deutschen Rechts aus. Es stützt seine Annahme auf Art. 4 Abs. 2 lit. m EuInsVO a. F., nach dem das Recht des Staats der Verfahrensöffnung regelt, welche Rechtshandlungen nichtig, anfechtbar oder relativ unwirksam sind.⁷⁹

Die Beklagte hält indessen die Ausnahme des Art. 13 EuInsVO a. F. für einschlägig. Danach findet Art. 4 Abs. 2 lit. m EuInsVO a. F. keine Anwendung, wenn für die benachteiligende Rechtshandlung das Recht eines anderen Mitgliedstaats maßgeblich ist und die Rechtshandlung nach diesem Recht nicht angreifbar ist. Dies ist von der begünstigten Person nachzuweisen, Art. 13 EuInsVO a. F.

Die Zahlungen – als benachteiligende Rechtshandlungen – müssten nach einem vom Insolvenzstatut abweichenden Wirkungsstatut unangreifbar sein. Das *OLG Düsseldorf* geht jedoch davon aus, dass die Parteien eine Rechtswahl nach Art. 3 Abs. 1 Rom I-VO getroffen haben, indem sie die ADSp 2003 in die Verträge einbezogen haben.

⁷⁷ Foerste, Insolvenzzrecht, 7. Aufl. 2018, § 6 Rn. 48.

⁷⁸ Reischl, Insolvenzzrecht, 5. Aufl. 2020, § 5 Rn. 201.

⁷⁹ Vgl. *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 4.10.2018 – I-12 U 46/17, Rn. 21 (juris).

I. Rechtswahl durch Einbeziehung der ADSp

Damit auf die Zahlungen der Schuldnerin an die Beklagte deutsches Recht Anwendung findet – und die Ausnahme des Art. 13 EuInsVO nicht greift – müssten die Parteien durch Einbeziehung der ADSp eine Rechtswahl getroffen haben.

Die Rechtswahlvereinbarung ist als eine vom Hauptvertrag unabhängige Vereinbarung zu beurteilen und muss ihrerseits wirksam sein.⁸⁰ Das Zustandekommen und die Wirksamkeit der Rechtswahlvereinbarung richten sich gemäß Art. 3 Abs. 5 Rom I-VO nach Art. 10, Art. 11 und Art. 13 Rom I-VO. Das Recht, das auf den Hauptvertrag anzuwenden wäre, wenn die getroffene Rechtswahl wirksam ist, bestimmt somit auch die Wirksamkeit der Rechtswahl an sich.⁸¹ Dies gilt auch für die Rechtswahl in Allgemeinen Geschäftsbedingungen.⁸² Die ADSp sehen in Ziffer 30.3 die Geltung deutschen Rechts vor. Folglich muss auch die Einbeziehung der ADSp nach deutschem Recht wirksam sein. Gemäß Art. 3 Abs. 1 Rom I-VO kann die Rechtswahl ausdrücklich erfolgen (1.) oder sich eindeutig aus den Umständen ergeben (2.).

1. Ausdrückliche Rechtswahl durch Einbeziehung der ADSp

Die ADSp sind allgemeine Geschäftsbedingungen i. S. d. § 305 BGB.⁸³ Die in allgemeinen Geschäftsbedingungen erfolgte Festlegung des anwendbaren Rechts kann eine ausdrückliche Rechtswahl darstellen.⁸⁴ Dies ist selbst dann der Fall, wenn die Rechtswahlklausel in AGB enthalten ist, die ihrerseits stillschweigend vereinbart worden sind.⁸⁵ Die Vereinbarung müsste durch Willensübereinstimmung der Parteien zustande gekommen und wirksam sein.⁸⁶

⁸⁰ *Weller*, in: BeckOGK-Rom I-VO, Stand: 1.10.2020, Art. 10 Rom I-VO Rn. 36; *Ferrari*, in: Ferrari/Kieninger/Mankowski (Fn. 65), Art. 3 Rom I-VO Rn. 8; *Junker*, IPR, 3. Aufl. 2019, S. 285 Rn. 11.

⁸¹ *Weller*, Stillschweigende Einbeziehung der AGB-Banken im internationalen Geschäftsverkehr?, IPrax 2005, 428 (429); *Kreuzer/Wagner/Reder* (Fn. 16), Kap. Q. I. Rn. 143; *Martiny*, in: MüKo-BGB XIII, 8. Aufl. 2021, Art. 3 Rom I-VO Rn. 101; *Ferrari*, in: Ferrari/Kieninger/Mankowski (Fn. 65), Art. 3 Rom I-VO Rn. 8.

⁸² *Weller*, in: BeckOGK-Rom I-VO (Fn. 80), Art. 10 Rom I-VO Rn. 37.

⁸³ *Koller*, Transportrecht, 10. Aufl. 2020, vor Ziff. 1 ADSp Rn. 1.

⁸⁴ *Ferrari*, in: Ferrari/Kieninger/Mankowski (Fn. 65), Art. 3 Rom I-VO Rn. 24.

⁸⁵ *Magnus*, in: Staudinger, 2016, Art. 3 Rom I-VO Rn. 64; *Ferrari*, in: Ferrari/Kieninger/Mankowski (Fn. 65), Art. 3 Rom I-VO Rn. 24; *Spickhoff*, in: BeckOK-BGB, Ed. 56, Stand: 1.11.2020, Art. 3 Rom I-VO Rn. 18.

⁸⁶ *Bahnsen*, AGB-Kontrolle bei den Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen, TranspR 2010, 19 (21); Vgl. *Pfeiffer*, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer AGB-Recht, 7. Aufl. 2020, § 305 Rn. 133.

a) Zustandekommen der Rechtswahlvereinbarung

Die ADSp enthalten eine eindeutige Rechtswahl. Weniger eindeutig ist hingegen, ob sich die Parteien auf ihre Geltung geeinigt haben. Die Schuldnerin versendete Auftragsbestätigungen an die Beklagte, die einen Verweis auf die Geschäftsbedingungen enthielten.⁸⁷ Eine solche Auftragsbestätigung stellt gemäß § 150 Abs. 2 BGB eine Ablehnung des vorangegangenen Angebots verbunden mit einem neuen Angebot unter Einbeziehung der AGB des Bestätigenden dar.⁸⁸ Für die wirksame Einbeziehung der ADSp müsste die Beklagte das modifizierte Angebot der Schuldnerin nunmehr angenommen haben. Bloßes Schweigen reicht für die Annahme nicht aus.⁸⁹ Die Beklagte nahm die Vertragsleistung der Schuldnerin – trotz des Hinweises auf die ADSp – jedoch entgegen, sodass die Geschäftsbeziehung zustande kam. Eine widerspruchslose Entgegennahme von Vertragsleistungen, obwohl die Gegenseite deutlich zum Ausdruck gebracht hat, dass sie unter den bestimmten Geschäftsbedingungen zur Leistung bereit ist, kann eine stillschweigende Annahme bedeuten.⁹⁰ Der Verweis auf dem Briefpapier, welches die Schuldnerin für die Auftragsbestätigungen nutzte, ließ keine Zweifel daran, dass sie nur unter Geltung der ADSp eine vertragliche Beziehung eingehen wollte. Durch Entgegennahme der Leistung stimmte die Beklagte der Einbeziehung der ADSp stillschweigend zu.

b) Wirksamkeit der Rechtswahlvereinbarung

Der Verwender von AGB muss gemäß § 305 Abs. 2 BGB nicht nur ausdrücklich auf ihre Geltung hinweisen (§ 305 Abs. 2 Nr. 1 BGB), sondern der anderen Vertragspartei zusätzlich die Möglichkeit verschaffen, in zumutbarer Weise von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen (§ 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB). Eine Ausnahme dieser Kenntnisverschaffungspflicht besteht für Unternehmer, § 310 Abs. 1 S. 1 BGB. Bei der Beklagten handelt es sich um eine Unternehmerin i. S. d. § 14 Abs. 1 BGB.⁹¹ Damit wandelt sich die *Kenntnisverschaffungspflicht* in eine *Kenntnisbeschaffungspflicht*.⁹² Das bedeutet, dass zur tatsächlichen

⁸⁷ Siehe dazu OLG Düsseldorf, Urt. v. 4.10.2018 – I-12 U 46/17, Rn. 32 (juris).

⁸⁸ Schlosser, in: Staudinger, 2013, § 150 BGB Rn. 196; Basedow, in: MüKo-BGB II, 8. Aufl. 2019, § 305 Rn. 66; Mann, Die Einbeziehung von AGB in Verträgen zwischen Unternehmern, BB 2017, 2178 (2180).

⁸⁹ BGH, NJW 1963, 1248 ff.; OLG Köln, NJW 1994, 1430 (1431); Basedow, in: MüKo-BGB II (Fn. 88), § 305 Rn. 96; Mann (Fn. 88), S. 2180.

⁹⁰ BGH, NJW-RR 2000, 1154 ff.; BGH, NJW 1995, 1671 ff.

⁹¹ Vgl. OLG Düsseldorf, Urt. v. 4.10.2018 – I-12 U 46/17, Ls. 2 (juris).

⁹² Schmidt, Einbeziehung von AGB im unternehmerischen Geschäftsverkehr, NJW 2011, 3329 (3332).

Kenntnisnahme ein Aktivwerden des Vertragspartners erwartet werden kann. Der Verwender von AGB wird seiner Obliegenheit im unternehmerischen Verkehr beispielsweise dann gerecht, wenn er eine Fundstelle benennt.⁹³ Da an Unternehmer erhöhte Anforderungen an die Kenntnisnahme gestellt werden können, kommt es hauptsächlich darauf an, dass die Bezugnahme derart gefasst ist, dass keine vernünftigen Zweifel auftreten können.⁹⁴

Die Formulierung der Schuldnerin, insbesondere mit der Konkretisierung hinsichtlich der aktuellen Fassung der ADSp, bestimmt die Bedingungen eindeutig. Der Hinweis war dabei ausschließlich in deutscher Sprache verfasst. Wenn der Hinweis in der Sprache der sonstigen Verhandlungen erfolgt, ist es auch dem ausländischen Vertragspartner zumutbar, diesen zu verstehen.⁹⁵

Ferner kann für die Lesbarkeit und Verständlichkeit eines Hinweises auf AGB auf die Geschäftserfahrung abgestellt werden, die von Unternehmen in der jeweiligen Branche erwartet werden kann.⁹⁶ Da die Beklagte schon seit längerer Zeit mit der Schuldnerin in einer geschäftlichen Beziehung steht und die Schuldnerin in Deutschland ansässig ist, konnte die Beklagte Erfahrungen in der deutschen Transportbranche sammeln. Der Beklagten ist es aufgrund dieser Erfahrungen zuzumuten, den Hinweis auf die ADSp zu verstehen. Durch den Hinweis auf der Auftragsbestätigung konnten die ADSp also wirksam in den Vertrag einbezogen werden. Mithin haben die Parteien eine ausdrückliche Rechtswahl getroffen.

2. Konkludente Rechtswahl durch Einbeziehung der ADSp

Das OLG Düsseldorf ging nicht von einer ausdrücklichen, sondern von einer konkludenten Rechtswahl durch die Parteien aus. Eine konkludente Rechtswahl muss sich eindeutig aus den Bestimmungen des Vertrags oder aus den Umständen des Falls ergeben, Art. 3 Abs. 1 S. 2 Rom I-VO. Wenn AGB branchenüblich sind oder bei laufenden Geschäftsbeziehungen stets auf sie hingewiesen wurde, können sie auch ohne ausdrücklichen Hinweis bei Vertragsabschluss einbezogen werden.⁹⁷

⁹³ BGH, NJW 2002, 370 ff.

⁹⁴ Pfeiffer, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer AGB-Recht (Fn. 86), § 305 Rn. 131.

⁹⁵ Schlosser, in: Staudinger, 2013, § 305 Rn. 141; Han, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer AGB-Recht (Fn. 86), IntGV Rn. 38; Mann (Fn. 88), S. 2184; Koller (Fn. 83), vor Ziff. 1 ADSp Rn. 16.

⁹⁶ BGH, NJW 1983, 159 ff.; BGH, Urt. v. 6.6.1979 –VIII ZR 281/78, BeckRS 1979, 31120634 ff.; Pfeiffer, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer AGB-Recht (Fn. 86), § 305 Rn. 131.

⁹⁷ Schmidt (Fn. 92), S. 3332.

a) Branchenüblichkeit der ADSp

Das OLG Düsseldorf stützt die wirksame Einbeziehung der ADSp hauptsächlich auf die laufende Geschäftsbeziehung zwischen der Schuldnerin und der Beklagten und gerade nicht auf die ebenfalls durch das Gericht festgestellte Branchenüblichkeit der ADSp.⁹⁸ Dies ist besonders vor dem Hintergrund auffällig, dass die Branchenüblichkeit zusammen mit einem Hinweis auf die AGB für eine wirksame Rechtswahl grundsätzlich ausreichen würde.

Bis zur Reform des Transportrechts 1998 hat der BGH in ständiger Rechtsprechung die Branchenüblichkeit der ADSp angenommen.⁹⁹ Als branchenüblich wird dabei die auf spezielle Verkehrskreise beschränkte Verkehrssitte bezeichnet.¹⁰⁰ Ein Grund für die weitreichende Anerkennung der ADSp war damals, dass sie das Ergebnis der Zusammenarbeit von Auftraggebern und Auftragnehmern darstellten.¹⁰¹ Die Geschäftsbedingungen bezweckten und bewirkten eine Vereinfachung der Abwicklung des täglichen Geschäfts im Transport- und Speditionsgewerbe.¹⁰² Als Resultat wurden sie als bereitliegende Rechtsordnung aufgefasst und nicht mehr „nur“ als allgemeine Geschäftsbedingungen.¹⁰³

Mit der neuen Gesetzeslage durch die Transportrechtsreform mussten schließlich auch die ADSp geändert werden.¹⁰⁴ Damit einher gingen Unsicherheiten, ob auch die ADSp in ihrer neuen Fassung branchenüblich geworden sind.¹⁰⁵ Der BGH distanzierte sich in einer Entscheidung im Jahr 2003 von der Annahme der Branchenüblichkeit der ADSp.¹⁰⁶ Seit der Reform werden die ADSp nicht mehr allgemein als Notrechtsordnung gebraucht und verlieren spätestens mit der Distanzierung durch den BGH ihren Status als „Quasi-

⁹⁸ Siehe dazu OLG Düsseldorf, Urt. v. 4.10.2018 – I-12 U 46/17, Ls. 2, Rn. 32 (juris).

⁹⁹ BGH, NJW 1985, 2411 ff.; BGH, NJW 1996, 1313 ff.

¹⁰⁰ Schlosser, in: Staudinger, 2016, § 305 BGB Rn. 187.

¹⁰¹ Vjvers, Allgemeine Deutsche Spediteurbedingungen 2017 (ADSp 2017) – Eine Kurzübersicht, Recht und Schaden 2017, 397 (404); Steinborn/Wege, Quo Vadis ADSp – Verkehrsgeltung, Branchenüblichkeit und stillschweigende Einbeziehung nach dem Ausstieg der Verbände der verladenden Wirtschaft, TranspR 2015, 378 (379); De la Motte, in: Fremuth/Thume, 2000, vor ADSp Rn. 1.

¹⁰² Steinborn/Wege (Fn. 101), S. 378.

¹⁰³ BGH, NJW 1985, 2411 ff.; De la Motte, in: Fremuth/Thume (Fn. 101), vor ADSp Rn. 5; Herzog, Die Einbeziehung der ADSp in den Verkehrsvertrag, TranspR 2001, 244 (246).

¹⁰⁴ Herzog (Fn. 103), S. 244.

¹⁰⁵ Vgl. Philippi, Zur Frage der Fortgeltung des Grundsatzes der stillschweigenden Einbeziehung der ADSp, TranspR 1999, 375 (377).

¹⁰⁶ BGH, NJW 2003, 1397 ff.

Gesetz“.¹⁰⁷ Damit geht jedoch nicht zwangsläufig einher, dass sich die stillschweigende Einbeziehung der ADSp kraft Branchenüblichkeit erledigt hat.¹⁰⁸

Auch in den Folgejahren nach der Transportrechtsreform bedurften die ADSp Änderungen. Als die verladende und transportierende Wirtschaft über eine Neufassung der ADSp 2003 verhandelten, konnte erstmals kein Konsens gefunden werden.¹⁰⁹ Im Herbst 2015 versagten der Bundesverband der Deutschen Industrie, der Bundesverband Großhandel, Außenhandel, Dienstleistungen, der Bundesverband Wirtschaft, Verkehr und Logistik und der Handelsverband Deutschland ihre weitere Beteiligung. Stattdessen stellten die Verladerverbände die „Deutschen Transport- und Lagerbedingungen“ (DTLB) vor.¹¹⁰ Dadurch verloren die ADSp die Basis, der sie ihre große Akzeptanz verdankten: die paritätische Vertretung von Auftraggeber- und Auftragnehmerinteressen im Kreis der Verfasser. Ferner besteht nun mit den DTLB ein konkurrierendes Klauselwerk, welches die Alleinstellung der ADSp gefährdet. Ebenso haben sich die Bedingungen des Bundesverbandes Straßentransport und Logistik auf dem Markt verbreitet.¹¹¹ Trotz der verschärften Umstände wollen *Steinborn* und *Wege* weiterhin an der Branchenüblichkeit festhalten, da sie „zumindest zum heutigen Zeitpunkt [2015] die am weitesten verbreiteten Bedingungswerke, die im gesamten Transport- und Speditionsgewerbe nach wie vor Verwendung finden“ seien.¹¹² Diese Ansicht ist jedoch problematisch, da von einer weiten Verbreitung noch ein großer Schritt zur Alleinstellung fehlt, die dann wiederum den Schluss auf eine Verkehrssitte zuließe.

¹⁰⁷ Vgl. *Steinborn/Wege* (Fn. 101), S. 379; a. A. *Herzog* (Fn. 103), S. 246.

¹⁰⁸ *Steinborn/Wege* (Fn. 101), S. 380.

¹⁰⁹ *Vyvers* (Fn. 101), S. 398.

¹¹⁰ *Verkehrsrundschau*, DTLB, 2015, abrufbar unter: [http://www.verkehrsrundschau.de/sixcms/media.php/4513/Deutsche_Transport-%20und%20Lagerbedingungen_\(DTLB\)_2015.pdf](http://www.verkehrsrundschau.de/sixcms/media.php/4513/Deutsche_Transport-%20und%20Lagerbedingungen_(DTLB)_2015.pdf) (zuletzt abgerufen am 27.12.2020); zu ihrem Inhalt *Steinborn/Wege*, Allgemeine Deutsche Spediteurbedingungen (ADSp) zwischen Marginalisierung und Reform, BB 2015, 2568 sowie *Staechelín*, Haben die Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen (ADSp) ausgedient? Erwiderung auf den Beitrag von *Steinborn/Wege*, BB 2015, 2568 ff., BB 2015, 2828.

¹¹¹ *Steinborn/Wege* (Fn. 101), S. 379.

¹¹² *Ebd.*, S. 380.

Schließlich fanden sich die Verbände ein Jahr später wieder zusammen und handelten gemeinsam ein neues Regelwerk aus: die ADSp 2017.¹¹³ Die ADSp werden in ihrer aktuellen Fassung mithin wieder sowohl von der verladenden als auch von der transportierenden Wirtschaft empfohlen. Die große Stärke der Bedingungen ist wiederhergestellt, sodass die Annahme einer Alleinstellung der ADSp wieder nahe liegt.

Letztlich muss zwischen den verschiedenen Fassungen der ADSp hinsichtlich ihrer Branchenüblichkeit unterschieden werden. Für die ADSp vor 2003 und die ADSp 2017 überwiegen die Argumente für die Branchenüblichkeit. Das Scheitern der Verhandlungen für die Neufassung der ADSp 2003 kann aber nicht unbeachtet bleiben, nur weil es später wieder zu einer Einigung der Verbände kam. Das Scheitern der Verhandlungen und die Empfehlung der Anwendung der DTLB mögen keine Auswirkungen auf bereits laufende Geschäftsbeziehungen haben, in die die ADSp 2003 wirksam einbezogen wurden,¹¹⁴ wohl aber auf künftige. Für die Zeit zwischen 2015 und 2017 besteht Unsicherheit darüber, welche Geschäftsbedingungen *die* Geschäftsbedingungen sind, die gelten sollen, wenn die Parteien darüber schweigen.

Das OLG Düsseldorf entschied über die Einbeziehung der ADSp 2003 in einen Vertrag, der vor 2015 geschlossen wurde und stellte dabei richtigerweise die Branchenüblichkeit der ADSp fest.

b) Laufende Geschäftsbeziehungen

Im Rahmen einer laufenden Geschäftsbeziehung können auch nichtbranchenübliche AGB stillschweigend vereinbart werden, wenn bislang stets auf sie hingewiesen wurde und die andere Partei nicht deutlich widersprochen hat.¹¹⁵ Von einer laufenden Geschäftsbeziehung kann bei einer Dauerbeziehung oder mehreren Geschäftsabschlüssen in einem begrenzten Zeitraum gesprochen werden.¹¹⁶ Außerdem muss es sich um Verträge handeln, die für die laufende Geschäftsbeziehung typisch sind.¹¹⁷

¹¹³ Bundesverband Spedition und Logistik e. V., ADSp 2017, Präambel, abrufbar unter: [https://www.dslv.org/dslv/web.nsf/gfx/E58DF8579DEF6A88C12583F3003EC79A/\\$file/DSLVA-ADSp-2017.pdf](https://www.dslv.org/dslv/web.nsf/gfx/E58DF8579DEF6A88C12583F3003EC79A/$file/DSLVA-ADSp-2017.pdf) (zuletzt abgerufen am 27.12.2020).

¹¹⁴ Vgl. Steinborn/Wege (Fn. 101), S. 379.

¹¹⁵ Koller (Fn. 83), vor Ziff. 1 ADSp Rn. 18; Magnus, in: Staudinger, 2016, Art. 3 Rom I-VO Rn. 95; BGH, NJW 1974, 2177 ff.

¹¹⁶ Pfeiffer, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer AGB-Recht (Fn. 86), § 305 Rn. 126.

¹¹⁷ Ebd., § 305 Rn. 126.

Während ihrer gesamten geschäftlichen Beziehung verwies die Schuldnerin stets in ihren Auftragsbestätigungen auf die ADSp in ihrer aktuellen Fassung. Das OLG hat somit richtigerweise festgestellt, dass sich die konkludente Rechtswahl zumindest auch durch die laufende Geschäftsbeziehung der Parteien begründen lässt.

II. Ausschluss nach Art. 10 Abs. 2 Rom I-VO

Art. 10 Abs. 2 Rom I-VO sieht eine Ausnahmeregelung für den Fall vor, dass es aus Billigkeitsgründen gerechtfertigt ist, bei der Bestimmung des anwendbaren Rechts im Einzelfall das Umweltrecht einer Partei zu berücksichtigen.¹¹⁸ Billigkeitsgründe liegen beispielsweise dann vor, wenn der zu bindende Teil mit der Qualifikation seines Verhaltens nach den Maßgaben des ihm fremden Vertragsstatuts als bindende Willenserklärung nicht rechnen musste.¹¹⁹ Im Einzelfall muss anhand einer Interessenabwägung entschieden werden, ob eine Bindung des betreffenden Teils nach dem Vertragsstatut zumutbar ist.¹²⁰ Dabei fließen sowohl die konkrete Beziehung zwischen den Parteien als auch ihre bisherigen Gepflogenheiten in die Abwägung ein.¹²¹ Betroffen ist indessen nur das Zustandekommen der Einigung über die Rechtswahl und nicht ihre Wirksamkeit.¹²² Bei der Abwägung muss zwischen der Qualifizierung des Verhaltens der Beklagten als Zustimmung zu einer ausdrücklichen Rechtswahl (1.) und der Qualifizierung als stillschweigende Rechtswahlvereinbarung (2.) unterschieden werden.

1. Wirkung des Verhaltens als ausdrückliche Rechtswahl

Zunächst ist auf die Konstellation der ausdrücklichen Rechtswahl durch die Parteien einzugehen. Damit die Ausnahme gemäß Art. 10 Abs. 2 Rom I-VO in Betracht kommt, müsste das Verhalten der Beklagten nach dem Recht des Staats ihres gewöhnlichen Aufenthalts anders zu bewerten sein als nach deutschem Recht. Das Schweigen der Beklagten und die darauffolgende Entgegennahme der Leistung sind nach deutschem Recht als Annahme des modifizierten Angebots der Schuldnerin zu qualifizieren.¹²³ Wenn es nach polnischem Recht zu derselben

¹¹⁸ Vgl. *Ferrari*, in: *Ferrari/Kieninger/Mankowski* (Fn. 65), Art. 10 Rom I-VO Rn. 3.

¹¹⁹ *Weller*, in: *BeckOGK-Rom I-VO* (Fn. 80), Art. 10 Rn. 55.

¹²⁰ *Ebd.*; *Magnus*, in: *Staudinger*, 2016, Art. 10 Rom I-VO Rn. 61; *Junker* (Fn. 80), S. 258 Rn. 9.

¹²¹ *Ferrari*, in: *Ferrari/Kieninger/Mankowski* (Fn. 65), Art. 10 Rom I-VO Rn. 28; *Weller*, in: *BeckOGK-Rom I-VO* (Fn. 80), Art. 10 Rn. 55.

¹²² *Junker* (Fn. 80), S. 259 Rn. 10.

¹²³ Siehe dazu oben **D. I. 1. a)**.

Qualifizierung kommt, liegen keine Billigkeitsgründe vor, die eine Berufung auf das Umweltrecht der Beklagten rechtfertigen.

Auch das polnische Recht bewertet gemäß Art. 68 des polnischen Zivilgesetzbuchs (ZGB)¹²⁴ eine Annahme eines Angebots unter dem Vorbehalt von Änderungen oder Ergänzungen als neues Angebot.¹²⁵ Die Auftragsbestätigung der Schuldnerin stellt folglich auch nach polnischem Recht ein neues Angebot dar, was die Beklagte angenommen haben müsste. Schweigen stellt jedoch regelmäßig keine Willenserklärung i. S. d. Art. 60 ZGB dar.¹²⁶ Eine Ausnahme davon sieht Art. 68² ZGB für das Schweigen eines Unternehmers auf ein Angebot vor. Befindet sich ein Unternehmer in einer dauerhaften, wirtschaftlichen Geschäftsbeziehung, gilt das Ausbleiben einer unverzüglichen Antwort als Annahme des Angebots.¹²⁷ Eine Präzision des Geschäftskontakts durch die Rechtsprechung liegt bisher nicht vor.¹²⁸ Wie bereits erläutert wurde, bestand zwischen der Schuldnerin und der Beklagten eine laufende Geschäftsbeziehung.¹²⁹ Unter diesen Umständen liegt es nahe, aufgrund der wiederholten geschäftlichen Berührungen zwischen den Parteien von einer Situation i. S. d. Art. 68² ZGB auszugehen. Das Schweigen der Beklagten stellt somit die Annahme des modifizierten Angebots der Schuldnerin dar. Letztlich führt auch die Bewertung nach polnischem Recht zu der ausdrücklichen Rechtswahlvereinbarung. Die Beklagte hätte mit der Qualifikation ihres Verhaltens als Annahme rechnen können, sodass die Bindung an das Vertragsstatut nicht unbillig erscheint.

2. Wirkung des Verhaltens als konkludente Rechtswahl

Hinsichtlich der Qualifikation als konkludente Rechtswahl geht das OLG Düsseldorf davon aus, dass keine Unbilligkeit vorliegt, da sich die Beklagte die Kenntnis der AGB aufgrund ihrer Branchenvertrautheit zurechnen lassen muss.¹³⁰

Dem ist insbesondere vor dem Hintergrund zuzustimmen, dass es sich bei Art. 10 Abs. 2 Rom I-VO um eine Ausnahmeregelung handelt, die restriktiv

¹²⁴ Polnisches Zivilgesetzbuch v. 23.4.1964 in: Polnische Wirtschaftsgesetze, erschienen im C.H. Beck Verlag, München 2004.

¹²⁵ *Liebscher/Zoll*, Einführung in das polnische Recht, 2005, S. 119 Rn. 35.

¹²⁶ *Motyka-Mojkowski*, Polnisches Zivilrecht AT, 2010, S. 138 Rn. 224.

¹²⁷ *Liebscher/Zoll* (Fn. 125), S. 113 Rn. 19; *Motyka-Mojkowski* (Fn. 126), S. 138 Rn. 224.

¹²⁸ *Liebscher/Zoll* (Fn. 125), S. 113 Rn. 19.

¹²⁹ Siehe dazu oben **D. I. 2. b)**.

¹³⁰ Siehe dazu OLG Düsseldorf, Urt. v. 4.10.2018 – I-12 U 46/17, Ls. 3 (juris).

ausgelegt werden muss.¹³¹ Es müssten also besondere Umstände vorliegen, die gegen eine einheitliche Anknüpfung von Zustandekommen und Wirksamkeit der Einigung an das Vertragsstatut sprechen.¹³² Der bloße Umstand, dass das Umweltrecht einer Partei ein Verhalten anders bewertet, genügt nicht.¹³³ Auch die bisherige Beziehung der Parteien und ihre Gepflogenheiten unterstützen die Ansicht des Berufungsgerichts. Bei wiederholten Geschäftsbeziehungen mit einer in Deutschland ansässigen Partei, die außerdem immer wieder auf die Geltung der ADSp verweist, hätte die Beklagte damit rechnen müssen, dass ohne eine entgegenstehende Vereinbarung deutsches Recht Anwendung findet.

E. Stellungnahme

Bei der Prüfung der internationalen Zuständigkeit durch das *OLG Düsseldorf* fallen zwei Punkte besonders auf: die Argumentation mit dem neuen Art. 6 Abs. 1 EuInsVO und die kurze Anmerkung hinsichtlich Art. 31 Abs. 1 CMR. Das *Berufungsgericht* bejahte die internationale Zuständigkeit gemäß Art. 3 Abs. 1 EuInsVO a. F. voreilig, indem die Neufassung der EuInsVO zur Begründung herangezogen wurde. Dem Umstand, dass der Gesetzgeber die Zuständigkeit für Insolvenzanfechtungsklagen nun explizit in Art. 6 Abs. 1 EuInsVO erfasst hat, kann Indizwirkung zugeschrieben werden, er kann aber keinesfalls in diesem Maße gewichtet werden.

Weiterhin schließt das *Gericht* eine Anwendbarkeit der Zuständigkeitsregelung in Art. 31 Abs. 1 CMR aus, da der Anwendungsbereich nicht eröffnet sei. Dies ergebe sich daraus, dass die Insolvenzanfechtungsklage auf einer Rechtsgrundlage in den nationalen Regelungen zum Insolvenzverfahren beruht.¹³⁴ Obwohl es sich im Ergebnis als richtig herausgestellt hat, dass der Anwendungsbereich der CMR für die Anfechtungsklage des Insolvenzverwalters nicht eröffnet ist, ist die Begründung eine andere. Es widerspricht nicht der Anwendbarkeit der CMR, wenn eine Klage ihre Rechtsgrundlage in Regelungen nationalen Rechts hat. Vielmehr fehlte der enge sachliche Zusammenhang zwischen Insolvenzanfechtung und der Beförderung als solcher. Außerdem gehört der Insolvenzverwalter nicht in den personellen Anwendungsbereich des Übereinkommens.

¹³¹ *Staudinger*, in: Schulze, 10. Aufl. 2019, Art. 10 Rom I-VO Rn. 7.

¹³² *Ferrari*, in: Ferrari/Kieninger/Mankowski (Fn. 65), Art. 10 Rom I-VO Rn. 23; vgl. *Staudinger*, in: Schulze (Fn. 131), Art. 10 Rom I-VO Rn. 7.

¹³³ *Ferrari*, in: Ferrari/Kieninger/Mankowski (Fn. 65), Art. 10 Rom I-VO Rn. 23.

¹³⁴ *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 4.10.2018 – I-12 U 46/17, Rn. 5 (juris).

Darüber hinaus bleibt das *Gericht* Ausführungen bezüglich des Verhältnisses der EuInsVO zur CMR schuldig. Da es bereits 2009 nicht zur Beantwortung dieser Frage durch den *EuGH* kam, wäre eine Stellungnahme durch das *Gericht* begrüßenswert gewesen.

In Bezug auf das anwendbare Recht verschwimmen die Konturen der ausdrücklichen und stillschweigenden Rechtswahl gemäß Art. 3 Abs. 1 S. 2 Rom I-VO. Richtigerweise stellt das *Gericht* fest, dass eine ausdrückliche Rechtswahl auch durch die stillschweigende Einbeziehung von AGB im Allgemeinen oder der ADSp im Speziellen getroffen werden kann. Eine Prüfung dieser ausdrücklichen Rechtswahl bleibt dann aus. Stattdessen stellt das *Gericht* auf die Branchenüblichkeit der ADSp und die laufende Geschäftsbeziehung zwischen der Schuldnerin und der Beklagten ab.¹³⁵ Dieser Ausführungen hätte es allerdings nicht bedurft, da die Auftragsbestätigung der Schuldnerin ein modifiziertes Angebot darstellt, welches die Beklagte annahm. Auf diese Weise müsste nicht auf die Branchenüblichkeit der ADSp abgestellt werden, die im Ergebnis besteht, aber durchaus angreifbar ist.

F. Zusammenfassung und Ausblick

Im Ergebnis ist dem *OLG Düsseldorf* zuzustimmen. Die deutschen Gerichte sind international zuständig und deutsches Recht ist anwendbar. In der Begründung finden sich jedoch einerseits Ungenauigkeiten und andererseits geratenen Ausführungen zu kurz.

Das Urteil weckt Neugierde bezüglich des neuen Art. 6 EuInsVO. Die Neuregelung der internationalen Zuständigkeit für Insolvenzannexverfahren wurde lange erwartet und steht am Ende einer jahrelangen Diskussion in Literatur und Rechtsprechung. Ob es sich dabei um ein glückliches Ende handelt, wird die Zeit zeigen. Besonders interessant ist dabei, welche Annexverfahren außer der Anfechtungsklage, die ausdrücklich genannt wird, unter den Art. 6 Abs. 1 EuInsVO fallen und wie sich die Auslegungskriterien weiterentwickeln.

Ebenso spannend ist die weitere Entwicklung hinsichtlich der CMR. Sollte die Frage, in welchem Verhältnis die CMR zur EuInsVO steht, in Zukunft erneut dem *EuGH* vorgelegt werden, ist zu erwarten, dass zumindest für Insolvenzanfechtungsklagen die Anwendbarkeit der CMR verneint werden wird. Schließlich ist davon auszugehen, dass in der Diskussion um die Branchenüblichkeit der ADSp wieder Ruhe einkehrt. Bei der Erarbeitung der

¹³⁵ *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 4.10.2018 – I-12 U 46/17, Rn. 30 (juris).

neuen ADSp 2017 war wieder ein breites Spektrum an Interessen vertreten. Damit werden die ADSp von den großen Verlader- und Transportverbänden empfohlen, sodass die Bedingungen ihren früheren Status voraussichtlich zurückgewinnen werden.

Jonathan Drücker*

Deutsche Finanzierungsmodelle im Profifußball – zukunftsfähig oder nur „zweite Liga“?

Abstract

Der Beitrag befasst sich mit den verschiedenen Konzepten der Kapitalgewinnung im deutschen Profifußball unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Positionswettbewerbs. Zunächst werden dabei die gesellschaftsrechtlichen Voraussetzungen behandelt, unter denen die traditionell als nichtwirtschaftliche Vereine betriebenen Teams mit ihren Lizenzspielerabteilungen am – sowohl sportlich als auch finanziell kompetitiven – nationalen und internationalen Wettbewerb partizipieren können. Sodann sollen beispielhaft die Außenfinanzierungsmodelle dreier Bundesligisten dargelegt und in Hinblick auf ihre Zukunftsfähigkeit bewertet werden. Abschließend wird die Konkurrenzfähigkeit dieser Konzepte im internationalen Wettkampf behandelt.

The article deals with several different concepts of capital procurement in German professional football considering the specific features due to the competition for ranking. Initially, legal requirements will be examined, which are necessary for the clubs to take part in the commercial and athletic competition on a national and international level, since most football clubs are traditionally non-profit organizations. Furthermore, three exemplary types of external financing utilized by three football clubs of the *Fußball Bundesliga* are stated and rated by their sustainability. In conclusion, the competitiveness of these concepts in the international competition will be outlined.

* Der Verfasser studiert seit dem Wintersemester 2017/2018 Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Der Beitrag entstand im Rahmen des Heidelberger Fußball und Recht Seminars mit dem Thema „Wieviel Kapital braucht der Fußball, wieviel Kapital verträgt der Fußball?“ unter der Leitung von Prof. Dr. Christian Duwe.

A. Einleitung

Dass sich der Profifußball auch in Deutschland schon lange nicht mehr nur durch Eintrittsgelder und Wurstverkauf finanziert, wird bei einem Blick auf die Umsätze schnell ersichtlich. In der Saison 2017/2018 erwirtschaftete die Fußballbundesliga 3,81 Mrd. € – Tendenz steigend. Dieses Ergebnis konnte europaweit nur von der *Premiere League* im „Mutterland des Fußballs“ England überboten werden. Ein Großteil stammt dabei aus dem Verkauf der TV-Rechte sowie dem klassischen Sponsoring.¹ Doch welche Finanzierungsoptionen haben die Bundesligisten neben diesen gängigen Kapitalquellen, um sich im Kampf um die besten Tabellenplätze gegenüber der Konkurrenz eine verbesserte wirtschaftliche Ausgangssituation zu verschaffen? Inwieweit werden diese Finanzierungsmodelle von den Ligastatuten begünstigt oder erschwert? Und kann die Bundesliga auch zukünftig wirtschaftlich mit den anderen Ligen der „*Big Five*“² konkurrieren?

Ziel des Beitrags ist es, die verschiedenen Möglichkeiten der Finanzierung von Profiklubs in Deutschland unter Berücksichtigung der gesellschaftsrechtlichen Grundlagen herzuleiten, wesentliche Modelle anhand von konkreten Beispielen aus der Bundesliga zu veranschaulichen und zu prüfen, ob diese Modelle und ihre Reglementierung durch die DFL, die Deutsche Fußball Liga, dazu geeignet sind, den deutschen Fußball auch in Zukunft wirtschaftlich konkurrenzfähig zu gestalten.

B. Die Finanzierungsquellen der Bundesligisten

Neben den Einkünften aus Wettbewerb, TV-Rechten und Sponsoring bedienen sich die Klubs der Bundesliga diverser Finanzierungsquellen. Den rechtlichen Rahmen bildet das Lizenzierungsverfahren der DFL, von dem die Teilnahme am professionellen Wettbewerb abhängt.³

I. Innenfinanzierung und Außenfinanzierung

Zu Beginn ist zwischen Außen- und Innenfinanzierung zu unterscheiden. Während die Innenfinanzierung den positiven Saldo aller Ein- und Auszahlungen umschreibt, die innerhalb des betrieblichen Leistungsprozesses anfallen,⁴ bezeichnet Außenfinanzierung in der Regel Darlehen oder die Beteiligungs-

¹ *Deloitte Sports Business Group*, Deloitte Annual Review of Football Finance 2019, S. 10, 12, abrufbar unter: <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/uk/Documents/sports-business-group/deloitte-uk-annual-review-of-football-finance-2019.pdf> (zuletzt abgerufen am 27.12.2020); DFL Wirtschaftsreport 2019, S. 8.

² Dabei handelt es sich um die fünf erfolgreichsten Ligen Europas: neben der Bundesliga die *Premiere League*, *La Liga*, *Serie A* und *Ligue 1*, Deloitte Annual Review of Football Finance 2019 (Fn. 1), S. 8.

³ *Summerer*, in: Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 4. Aufl. 2020, Teil 2 Rn. 91.

⁴ *Becker*, Investition und Finanzierung, 8. Aufl. 2018, S. 243; *Kaiser*, Treasury Management, 2. Aufl. 2011, S. 214.

finanzierung durch Einlagen.⁵ Die Zuführung von externem Kapital ist demnach ausschließlich im Wege der Außenfinanzierung möglich.

1. Erforderlichkeit von externem Kapital im Positionswettbewerb

In der freien Wirtschaft ist es für Unternehmen grundsätzlich erstrebenswert, eine Monopolstellung einzunehmen und so den Markt zu kontrollieren. Der Profifußball ist allerdings auf Konkurrenz angewiesen, um weiterhin spannend und attraktiv zu bleiben.⁶ Trotzdem ist es für die Klubs auch finanziell von Bedeutung, im Positionswettbewerb möglichst die Überhand zu behalten und dabei die konkurrierenden Mannschaften auf die hinteren Tabellenplätze zu verweisen. Dies spielt unter anderem im Rahmen der UEFA *Champions League* eine Rolle, da bereits die Teilnahme erhebliche finanzielle Boni verspricht,⁷ während ein Abstieg nicht selten zur Halbierung des Etats der Mannschaft führt.⁸ Man spricht in einem solchen Fall auch von „assoziativer Konkurrenz“ oder „Kooperenz“⁹.

Der enge Zusammenhang von erhöhten Investitionen und sportlichem Erfolg¹⁰ führt in einem derartigen Positionswettbewerb schnell zu einer gesteigerten Investitionsbereitschaft, der andere Klubs gezwungenermaßen folgen müssen, um im Kampf um Tabellenplätze weiterhin konkurrenzfähig zu sein.¹¹ In einem solchen „Rattenrennen“¹² können diese Investitionen allerdings häufig aufgrund des schwankenden operativen Cashflows, dem Saldo zwischen Einzahlungen und Auszahlungen, nicht im Wege der Innenfinanzierung gedeckt werden.¹³ Die Aufnahme von externem Kapital bietet an dieser Stelle die Möglichkeit, trotz eines geringeren operativen Cashflows konkurrenzfähig zu sein und bessere Positionierungen zu erreichen.

⁵ *Wünsche*, Finanzwirtschaft der Bilanzbuchhalter IHK, 4. Aufl. 2016, S. 125.

⁶ *Kortbals*, Bewertung von Fußballunternehmen, 2005, S. 19.

⁷ Allein die Teilnahme wird mit 15,25 Mio. € vergütet, siehe: *UEFA*, UEFA-Klubwettbewerbe 2019/20, Einnahmeverteilung, 11.7.2019, abrufbar unter: <https://de.uefa.com/insideuefa/stakeholders/clubs/news/newsid=2616475.html> (zuletzt abgerufen am 27.12.2020).

⁸ *FAZ*, Was der Abstieg in die zweite Liga kostet, 4.5.2016, abrufbar unter: <https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/fussball-bundesliga-abstieg-kostet-die-vereine-viel-geld-14215401.html> (zuletzt abgerufen am 27.12.2020), am Beispiel von Hannover 96.

⁹ *Göke/Wirkes*, Führungssysteme für Sportvereine, 2010, S. 39.

¹⁰ *Kern/Süssmuth*, Managerial Efficiency in German Top League Soccer, German Economic Review 2005, 497 (497).

¹¹ *Göke/Wirkes* (Fn. 9), S. 39, 40.

¹² *Akerlof*, The Economics of Caste and of the Rat Race and Other Woeful Tales, The Quarterly Journal of Economics 1976, 599 (603 f.).

¹³ *Berenberg*, Finanzierung im Profifußball, 21.1.2015, S. 10, abrufbar unter: https://www.berenberg.de/files/MacroNews/150121_BERENBERG%20MAKRO_Trends_Finanzierung_im_Profifussball_final.pdf (zuletzt abgerufen am 27.12.2020).

2. Beschränkte Finanzierungsoptionen bis zur Reform 1998

Die Beschaffung von externem Kapital war für die Klubs jedoch nicht immer unbeschränkt möglich. Denn erst seit 1998 ist es den Vereinen in der Bundesliga erlaubt, ihre Lizenzspielerabteilung in Form einer Kapitalgesellschaft auszugliedern.¹⁴ Davor waren die Möglichkeiten der Kapitalbeschaffung aufgrund der Rechtsform des e. V., deren Nichtwirtschaftlichkeit auf § 21 BGB basierte und einer Aufnahme von weiterem Eigenkapital entgegenstand, deutlich eingeschränkt. Allein durch Bankdarlehen war den Vereinen die Beschaffung externen Kapitals möglich.¹⁵

Die Möglichkeit, die Lizenzspielerabteilung als Kapitalgesellschaft zu organisieren, birgt unter Finanzierungsgesichtspunkten den immensen Vorteil, auch auf anderem Wege externe Kapitalgeber für sich gewinnen zu können.

3. Problematik des „Vereinskonzernmodells“ im Profifußball

Das Ausgliederungsmodell der Fußballbundesliga ist jedoch rechtlich umstritten. Die Problematik beruht dabei auf dem Spannungsverhältnis der Gemeinnützigkeit des Muttervereins einerseits und den DFL-Statuten andererseits. Prominentestes Beispiel ist der Fall des FC Bayern München e. V., der dadurch Berühmtheit erlangte, dass ein Professor öffentlichkeitswirksam gemäß § 24 Abs. 1 FamFG die Löschung des FC Bayern München e. V. aus dem Vereinsregister anregte.¹⁶

a) Grundlage: die ADAC-Entscheidung des BGH

Wie der Großteil der Bundesligisten gliederte auch der FC Bayern München e. V. Anfang 2002 die Lizenzspielerabteilung in Form einer Kapitalgesellschaft aus.¹⁷ Bei derartigen Ausgliederungen von Geschäftszweigen als Kapitalgesellschaften aus einem gemeinnützigen Verein, insbesondere in der Rechtsform der AG, wird sich maßgeblich auf die ADAC-Entscheidung des *BGH*¹⁸ gestützt. Darin nahm der *BGH* trotz eines beherrschenden Einflusses des gemeinnützigen Vereins auf die ausgegliederte Kapitalgesellschaft gemäß § 17 AktG grundsätzlich keine wirtschaftliche Betätigung des Vereins selbst an.¹⁹ Eine Zurechnung scheiterte

¹⁴ Klees, Die sogenannte „50+1“-Regel im deutschen Profifußball im Lichte des europäischen Wettbewerbsrechts, *EuZW* 2008, 391 (391).

¹⁵ *Berenberg* (Fn. 13), S. 11.

¹⁶ *Leuschner*, Die Registersache FC Bayern München e. V., *NZG* 2017, 16; der zuständige Rechtspfleger des *AG München* entsprach dieser Anregung jedoch nicht. Ziel des Verfassers war es, die ADAC-Entscheidung des *BGH* (dazu sogleich unter e)) im Ergebnis zu bestätigen.

¹⁷ *Segna*, in: BeckOGK-BGB, 56. Ed. 2020, Stand: 1.11.2020, § 21 Rn. 177; *Leuschner* (Fn. 16), S. 16.

¹⁸ *BGH*, *NJW* 1983, 569 ff.

¹⁹ *Ebd.*, S. 569.

daran, dass die Gläubiger der ausgegliederten Tochtergesellschaft des Schutzes der §§ 21, 22 BGB nicht bedürften, so der *BGH*.²⁰

b) Kritik an der Entscheidung des BGH

In weiten Teilen der Literatur wurde diese Entscheidung jedoch kritisch aufgefasst und zuweilen vollständig abgelehnt.²¹ Explizit wurde ihr entgegengehalten, der wirtschaftliche Erfolg oder Misserfolg der Tochtergesellschaft wirke sich auch auf die Muttergesellschaft und mithin auch auf ihre Gläubiger aus. Nur diese, nicht aber die Gläubiger der Tochtergesellschaft, unterfielen dem Schutzzweck der §§ 21, 22 BGB.²² Nach einer teilweise vertretenen Ansicht wird bereits ein Abhängigkeitsverhältnis im Sinne des § 17 AktG als Voraussetzung für eine eintragungsschädliche Zurechnung der wirtschaftlichen Betätigung des Tochterunternehmens gesehen.²³ Eine engere Auffassung knüpft diese an § 18 AktG und damit an den Konzerntatbestand.²⁴ Beide Ansichten stützen sich jedoch trotz unterschiedlicher Bezugspunkte im Kern auf die Haftung des Muttervereins nach §§ 311 ff. AktG, die zu Belastungen von dessen Gläubigern führen kann.²⁵

c) Bedeutung für den Profifußball hinsichtlich der 50+1-Regel

Die beständige Kritik an der ADAC-Entscheidung des *BGH* stellt das Ausgliederungsmodell bis heute in Frage. Beispielsweise strukturierte der ADAC selbst erst vor wenigen Jahren sein Unternehmen derart um, dass der Einfluss des ADAC e. V. auf die Tochterunternehmen verringert wurde.²⁶

Eine derartige Umstrukturierungsmöglichkeit besteht für Vereine wie den FC Bayern München e. V. jedoch gerade nicht. Denn nach der Regelung des Ligaverbands zur Mehrheitsbeteiligung von Kapitalgesellschaften innerhalb der Lizenzligen muss der Mutterverein an der Gesellschaft grundsätzlich über mindestens 50 % der Stimmanteile zuzüglich eines weiteren Stimmanteils verfügen (§ 8 Nr. 2 DFL-Satzung²⁷, sogenannte „50+1“-Regel). Diese Regelung

²⁰ *BGH*, NJW 1983, 569 (571).

²¹ *Hadding*, in: Soergel BGB I, 13. Aufl. 2000, §§ 21, 22 Rn. 41; *Lettl*, Wirtschaftliche Betätigung und Umstrukturierung von Ideal-Vereinen, DB 2000, 1449 (1450 f.); *Habersack*, in: Scherrer, Sportkapitalgesellschaften, S. 45 (48 ff.); *Wagner*, Bundesliga Going Public, NZG 1999, 469 (473 f.); darstellender Überblick über den Meinungsstand im Schrifttum im Einzelnen bei: *Strauß*, Fußballunternehmen in Europa, 2014, S. 61 ff.

²² *Beuthin*, Wie ideell muss ein Idealverein sein?, NZG 2015, 449 (456); *Schmidt*, Verbandszweck und Rechtsfähigkeit im Vereinsrecht, 1984, S. 127 ff.

²³ So *Rücker*, Die Vereinsklassenabgrenzung: Eine Standortbestimmung unter Berücksichtigung der Pfadabhängigkeit des (Gesellschafts-)Rechts, 2012, S. 88; *Schmidt*, Der bürgerlich-rechtliche Verein mit wirtschaftlicher Tätigkeit, AcP 182 (1982), 1 (23).

²⁴ *Lettl* (Fn. 21), S. 1451; *Hadding*, in: Soergel BGB I (Fn. 21), §§ 21, 22 Rn. 42.

²⁵ *Beuthin* (Fn. 22), S. 457 f.; *Hadding*, in: Soergel BGB I (Fn. 21), § 21, 22 Rn. 41.

²⁶ FAZ vom 9.5.2016, S. 19: „ADAC beschließt neue Struktur“; *Leuschner* (Fn. 16), S. 16 f.

²⁷ Satzung des DFL Deutsche Fußball Liga e. V. vom 21.8.2019.

setzt jedenfalls einen beherrschenden Einfluss des Muttervereins im Sinne des § 17 AktG voraus. Dementsprechend hält auch der FC Bayern München e. V. 75 % der Anteile an der ausgegliederten FC Bayern München AG.²⁸ Würde der Mutterverein seine beherrschende Stellung aufgeben, was eine Verringerung des Stimmanteils des FC Bayern e. V. auf unter 50 % voraussetzen würde, läge darin ein Verstoß gegen § 8 Ziff. 2 DFL-Satzung. Da die Lizenzerteilung mit dieser Regelung verknüpft ist, wäre eine solche Umstrukturierung für den Verein existenzgefährdend.²⁹

aa) Auswirkungen einer Anknüpfung an § 17 AktG

Stellt man nun bei der Frage, ob die wirtschaftliche Tätigkeit des Tochterunternehmens, in diesem Falle der FC Bayern München AG, dem Mutterverein zugerechnet werden kann, allein auf das Merkmal des herrschenden Einflusses nach § 17 AktG ab, müsste dies bei einem Stimmanteil des FC Bayern München e. V. von 75 % zweifellos bejaht werden. Eine wirtschaftliche Tätigkeit des Vereins läge damit vor.

Es wäre folglich weiter zu ermitteln, ob diese Tätigkeit vom Nebenzweckprivileg umfasst ist. Darunter fallen lediglich untergeordnete, den idealen Hauptzwecken des Vereins dienende wirtschaftliche Betätigungen.³⁰ Zwar ist das erklärte Ziel des FC Bayern der sportliche Erfolg und nicht Gewinnerzielung und damit im Grundsatz vom Nebenzweckprivileg gedeckt.³¹ Das kann nach wohl herrschender Meinung jedoch nicht unabhängig vom wirtschaftlichen Umfang der Tätigkeit gelten, da es dem zentralen Zweck der Vereinsklassenabgrenzung, namentlich dem Gläubigerschutz, zuwiderlaufen würde.³² Die Einnahmen in Höhe von 660,1 Mio. € in der Saison 2018/2019³³ wären demnach nicht vom Nebenzweckprivileg umfasst und die Eintragung des FC Bayern München e. V. als Verein somit eine Rechtsformverfehlung.

bb) Auswirkungen einer Anknüpfung an § 18 AktG

Hält man dagegen für die Zurechnung der wirtschaftlichen Tätigkeit des ausgegliederten Tochterunternehmens eine konkrete Einflussnahme des

²⁸ *FC Bayern München AG*, Vorstand, abrufbar unter: <https://fcbayern.com/de/club/fcb-ag> (zuletzt abgerufen am 27.12.2020).

²⁹ *Klees* (Fn. 14), S. 391; *Scherzinger*, Die Beschränkung von Mehrheitsbeteiligungen an Kapitalgesellschaften im deutschen Ligasport, 2012, S. 87.

³⁰ *BGH*, NJW 1983, 569 (570); *DNotZ* 2017, 628 (629).

³¹ *FAZ* vom 25.11.2016, S. 24: „Der FC Bayern wächst in neue Höhen“.

³² *Leuschner* (Fn. 16), S. 19; *Segna*, Die Registersache des FC Bayern München, *npoR* 2017, 3 (5); a. A. unter Bezugnahme auf die Historie des § 21 BGB wohl: *BGH*, NJW 2017, 1943 (1945).

³³ *Deloitte Sports Business Group*, *Deloitte Football Money League 2020*, S. 16, abrufbar unter: <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/uk/Documents/sports-business-group/deloitte-uk-deloitte-football-money-league-2020.pdf> (zuletzt abgerufen am 27.12.2020).

herrschenden Muttervereins für notwendig, so ist an den Begriff der einheitlichen Leitung nach § 18 Abs. 1 S. 1 AktG anzuknüpfen. Danach wäre zu fragen, ob im Verhältnis von Mutterverein zu Tochterunternehmen eine einheitliche Leitung vorliegt. Nach dem heute herrschenden weiten Konzernbegriff³⁴ reicht dafür die gemeinsame Leitung eines zentralen Bereichs aus, sofern dies auf einem gesamtunternehmerischen Interesse basiert.³⁵ Erfasst sind dabei auch informelle Einflussnahmen in Form von Wünschen, Ratschlägen oder Zielvorgaben.³⁶ Von einem derartigen Verhältnis kann gerade vor dem Hintergrund des tradierten „Mitspracherechts“ der Mitglieder des Vereins ausgegangen werden. In der Figur von *Herbert Hainer*, Präsident des FC Bayern e. V. und Aufsichtsratsvorsitzender der FC Bayern AG, liegt darüber hinaus eine personelle Verflechtung von Mutterverein und Tochterunternehmen vor.³⁷ Die Voraussetzungen des § 18 Abs. 1 S. 1 AktG sind damit erfüllt. Auch nach dieser Ansicht wäre eine Rechtsformverfehlung des FC Bayern München e. V. gegeben.

d) *Auswirkungen auf andere Rechtsformen*

aa) Die GmbH und Co. KGaA

Im Falle einer Ausgliederung der Lizenzspielerabteilung in Form einer GmbH und Co. KGaA finden die konzernrechtlichen Regelungen der §§ 15 ff. AktG sowie die Haftungsnormen der § 311 ff. AktG Anwendung.³⁸ Allerdings besteht für den mehrheitlichen Kommanditaktionär grundsätzlich keine Möglichkeit zur Ausübung des beherrschenden Einflusses bzw. einer einheitlichen Leitung nach §§ 17, 18 AktG.³⁹ Hat die Gesellschaft dagegen nur einen persönlich haftenden Komplementär, so ist im Zweifel von einer Beherrschung durch ihn auszugehen, sofern er Unternehmensqualität besitzt.⁴⁰

Da § 8 Nr. 3 Abs. 2 der DFL-Satzung verlangt, dass die Stellung des Komplementärs von einer zu 100 % beherrschten Tochter (GmbH) des Muttervereins oder vom Mutterverein selbst besetzt werden muss, gilt jedenfalls die Vermutung des beherrschenden Einflusses nach § 17 Abs. 2 AktG auch in diesem Fall. Außerdem muss in Fällen, in denen der Stimmenanteil des

³⁴ *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 9. Aufl. 2019, § 18 Rn. 12; *Koch*, in: *Hüffner/Koch*, Aktiengesetz, 14. Aufl. 2020, § 18 Rn. 10; *Bayer*, in: *MüKo-AktG I*, 5. Aufl. 2019, § 18 Rn. 33; für den „wirtschaftswissenschaftlichen“ engen Konzernbegriff: *Schäfer*, in: *Staub*, Handelsgesetzbuch, 5. Aufl. 2009, Anh. § 105 Rn. 30 m. w. N.

³⁵ *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack* (Fn. 34), § 18 Rn. 11; *Schall*, in: *Spindler/Stilz*, Aktiengesetz, 4. Aufl. 2019, § 18 Rn. 11.

³⁶ *Bayer*, in: *MüKo-AktG I* (Fn. 34), § 18 Rn. 34.

³⁷ *FC Bayern München AG*, Mitglieder des Aufsichtsrats, abrufbar unter: <https://fcbayern.com/de/club/fcb-ag/aufsichtsrat> (zuletzt abgerufen am 27.12.2020).

³⁸ *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, 11. Aufl. 2020, § 2 Rn. 1.

³⁹ *Förl*, in: *Bürgers/Körber*, Aktiengesetz, 4. Aufl. 2017, § 278 Rn. 53; *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack* (Fn. 34), § 17 Rn. 47.

⁴⁰ *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack* (Fn. 34), § 17 Rn. 47.

Muttervereins in der Hauptversammlung unter 50 % liegt, auf andere Weise sichergestellt werden, dass dieser eine mit einem an der Gesellschaft mehrheitlich beteiligten Gesellschafter vergleichbare Stellung innehat, § 8 Nr. 3 Abs. 2 DFL-Satzung. Beispielsweise hält der BV Borussia 09 Dortmund e. V. nur 7,24 % der Aktien des Tochterunternehmens, jedoch ist in § 6 Nr. 5 der Satzung der Borussia Dortmund GmbH & Co. KGaA das Widerspruchsrecht der Aktionäre nach § 164 HGB ausgeschlossen, was der Geschäftsführung zusätzliche Freiheiten einräumt.⁴¹ Auf diesem Weg wird auch hier der beherrschende Einfluss des Komplementärs abgesichert. Die auf die AG zugeschnittene Kritik ist somit auf die GmbH & Co. KGaA übertragbar.

bb) Die GmbH

Erfolgt die Ausgliederung in Form einer GmbH, gelten jedenfalls die rechtsformunabhängigen Regelungen der §§ 17, 18 AktG vor allem in Anbetracht der starken Stellung der Gesellschafterversammlung auch für diese.⁴² Eine direkte Anwendung der §§ 311, 317 AktG, welche die Verantwortlichkeit des herrschenden Unternehmens bei Pflichtverletzungen gegenüber der abhängigen Gesellschaft regeln,⁴³ kommt nach herrschender Auffassung zwar nicht in Betracht.⁴⁴ Dagegen wird allerdings überwiegend eine Haftung aufgrund gesteigerter Treuepflichten des herrschenden Unternehmens angenommen,⁴⁵ wobei die für §§ 311, 317 AktG geltenden Maßstäbe heranzuziehen sind.⁴⁶ Somit bestünde auch hier ein vergleichbares Haftungsrisiko des Muttervereins. Es gelten insoweit ebenfalls die Bedenken hinsichtlich der Ausgliederung in Form einer AG entsprechend.

e) Stellungnahme

Das von den Kritikern der ADAC-Entscheidung des *BGH* vorgebrachte abstrakte Risiko einer Haftung des Muttervereins ist sicherlich nicht von der Hand zu weisen. Anzuerkennen ist zudem, dass ein wesentlicher Zweck der §§ 21, 22 BGB im Schutz der Gläubiger des Muttervereins liegt.⁴⁷

⁴¹ *Strauß* (Fn. 21), S. 79, 82.

⁴² *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack* (Fn. 34), § 17 Rn. 45; *Bayer*, in: *MüKo-AktG I* (Rn. 34), § 17 Rn. 124.

⁴³ *Habersack*, in: *Emmerich/Habersack* (Fn. 34), § 317 Rn. 1.

⁴⁴ *Eschenbruch*, *Konzernhaftung*, 1996, Rn. 3361; *Altmeyden*, in: *Roth/Altmeyden*, *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*, 10. Aufl. 2021, Anh. § 13 Rn. 152; *Liebscher*, in: *MüKo-GmbHG I*, 3. Aufl. 2018, Anh. § 13 Rn. 368.

⁴⁵ *BGH*, *NJW* 1976, 191 (192); *NJW* 1986, 188 (190); *Habersack*, in: *Emmerich/Habersack* (Fn. 34), Anh. § 318 Rn. 7, 24; *Liebscher*, in: *MüKo-GmbHG* (Fn. 44), Anh. § 13 Rn. 393 f.

⁴⁶ *Emmerich/Habersack*, *Konzernrecht* (Fn. 38), § 30 Rn. 13.

⁴⁷ *Leuschner*, in: *MüKo-BGB I*, 8. Aufl. 2018, § 21 Rn. 6.

Dies hat der *BGH* jedoch weder in der ADAC-Entscheidung noch in seiner späteren Rechtsprechung verkannt.⁴⁸ Es wird von der Kritik übersehen, dass ein konkretes Risiko einer Haftung des Idealvereins wohl kaum besteht. Eine Konzernstruktur mit einem Idealverein an der Spitze führt zu einem Wirtschaften der Kapitalgesellschaft ohne den Druck der Gewinnmaximierung. Eben diese Struktur ist auch von der „50+1“-Regel abgesichert, die lediglich die Einbindung der Lizenzspielerabteilung in einen Vereinskonzern, nicht aber in einen Kapitalgesellschaftskonzern erlaubt.⁴⁹ Eine Haftung nach § 317 Abs. 1 AktG würde rechtswidriges Verhalten seitens des Vereins sowie sich beugende Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft voraussetzen. Ein solches Vorgehen ist aufgrund der persönlichen Haftungsandrohung der §§ 93 Abs. 1, 317 Abs. 3 AktG – vor allem unter derartig gelockerten Umständen – kaum vorstellbar.⁵⁰ Es besteht in diesem Fall also, wie bereits vom *BGH* 1982 erkannt,⁵¹ keine besondere Schutzbedürftigkeit der Gläubiger des Muttervereins, die dem Zweck des § 21 BGB zuwiderlaufen könnte.

Eine Zurechnung – sei es nach § 17 oder § 18 AktG – erscheint damit nicht erforderlich. Vielmehr können gemeinnützige Vereine durch Ausgliederung ihrer wirtschaftlichen Aktivitäten ihren ideellen Kern stärken und einen etwaigen Verstoß gegen das Nebenzweckprivileg verhindern.⁵² Denn in erster Linie führt eine Externalisierung der wirtschaftlichen Betätigung durch eine grundsätzliche Beschränkung des unternehmerischen Risikos auf die ausgegliederten Vermögenswerte zu einem für die Vereinsgläubiger vorteilhaften Abschirmungseffekt.⁵³ Im Ergebnis verdient die ADAC-Entscheidung des *BGH* somit Zustimmung.

f) *Ausblick und Lösungsansätze*

Unklar ist, ob der *BGH* in zukünftigen Verfahren die Grundsätze der ADAC-Entscheidung beibehalten wird.⁵⁴ Teilweise wird zwar vermutet, der *BGH* habe in der Kolpingwerke-Entscheidung⁵⁵ seine im ADAC-Urteil vertretene Auffassung „stillschweigend aufgegeben“, da er die Entscheidung der Vorinstanz gebilligt hätte, nach der ein e. V. dann die Grenzen des Nebenzweckprivilegs überschritten hätte, wenn er sich durch von ihm beherrschten Tochtergesellschaften in erheblicher Weise wirtschaftlich betätigt hätte.⁵⁶

⁴⁸ *BGH*, NJW 1983, 569 (579); NJW 2017, 1943 (1945).

⁴⁹ *Leuschner* (Fn. 16), S. 19.

⁵⁰ *Leuschner*, Das Konzernrecht des Vereins, 2011, S. 158.

⁵¹ *BGH*, NJW 1983, 569 (571).

⁵² *Winbeller*, Totgesagte leben länger – Wie schlimm steht es wirklich um den eV?, npoR 2017, 59 (61).

⁵³ *Leuschner* (Fn. 50), S. 152.

⁵⁴ *Gubitz/Hildebrand*, Ist der Profifußball in Deutschland illegal?, NZG 2017, 495 (495).

⁵⁵ *BGH*, NZG 2008, 670 ff.

⁵⁶ *Hüttemann/Meyer*, *BGH*: Durchgriffshaftung beim eingetragenen Verein – Kolpingwerk, LMK 2008, 256400; wohl zustimmend: *Strauß* (Fn. 21), S. 67.

Ungeachtet der Vagheit dieser Begründung sprechen für einen Bestand der ADAC-Rechtsprechung jedoch neben den genannten Argumenten die klare Handhabbarkeit und die umfassende Berücksichtigung des Gläubigerschutzes.⁵⁷

Ein Einschreiten des Gesetzgebers ist nach den vorangestellten Überlegungen nicht zwingend erforderlich. Der Umstand, dass der Gesetzgeber im Rahmen des Gesetzes „zur Erleichterung unternehmerischer Initiative aus bürgerschaftlichem Engagement und zum Bürokratieabbau bei Genossenschaften“ vom 21.7.2017⁵⁸ letztlich auf eine Reformierung von §§ 21, 22 BGB verzichtete, zeigt, dass wohl auch er mit dem Bestand der ADAC-Entscheidung rechnet.⁵⁹ Unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit könnte jedoch trotzdem das spanische Modell Vorbildwirkung haben, bei dem bis auf wenige Ausnahmen die Klubs in Form der *Sociedad Anónima Deportiva (S.A.D.)*, einer Sonderform der Aktiengesellschaft für Sportmannschaften, organisiert sind.⁶⁰

II. Formen der Außenfinanzierung

Die Konstruktion des Ausgliederungsmodells ist für die Klubs vor allem auf der Ebene der Finanzierung von Vorteil. Insbesondere eröffnen sich externe Kapitalquellen, die den Vereinen in ihrer Reinform aufgrund des § 21 BGB nicht zugänglich wären.

1. Differenzierung in Fremd- und Eigenkapital

Die Ausgliederung der Lizenzspielerabteilungen gibt den Teams somit erweiterten Zugriff auf Geldquellen außerhalb des Klubs selbst. Dabei handelt es sich um Kapitalgewinnung im Wege der Außenfinanzierung. Innerhalb dieser kann wiederum in Fremd- und Eigenkapital unterschieden werden. Eigenkapital sind die Finanzmittel, die dem Betrieb die wirtschaftliche Grundlage geben, der Berechnung von Gewinnanteil und Auseinandersetzungsguthaben dienen und dem Unternehmen und ihren Gläubigern als Haftungsmasse dauerhaft zur Verfügung stehen.⁶¹ Im Umkehrschluss dazu steht Fremdkapital dem Unternehmen nur befristet zur Verfügung und ist regelmäßig mit entsprechenden Verzinsungsmodalitäten zurückzugewähren.⁶² Aufgrund ihrer recht geringen Relevanz im Profifußball sollen Hybride wie *Asset Backed Securities* außenvorgelassen werden.

⁵⁷ Schockenhoff, Der wirtschaftlich tätige Idealverein, NZG 2017, 931 (936); im Ergebnis auch: Leuschner (Fn. 16), S. 21; Schmidt, Wirtschaftstätigkeit von „Idealvereinen“ durch Auslagerung auf Handelsgesellschaften, NJW 1983, 543 (546).

⁵⁸ BT-Drucks. 18/12998 S. 3 f.; BGBl. 2017 I, S. 2434 ff.

⁵⁹ BT-Drucks. 18/1931 S. 3; Segna (Fn. 32), S. 6.

⁶⁰ Strauß (Fn. 21), S. 90.

⁶¹ Schürmbrand, in: MüKo-AktG IV, 4. Aufl. 2016, Vor § 182 Rn. 16; Schön, in: Schön, Eigenkapital und Fremdkapital, 2013, S. 3.

⁶² Schürmbrand, in: MüKo-AktG IV (Fn. 61), Vor § 182 Rn. 19.

2. Fremdkapital im Profifußball

a) Bankdarlehen

Klassischer Fall des Fremdkapitals ist das Bankdarlehen. Darlehen wurden gerade in der jüngeren Vergangenheit gerne zur Finanzierung von Großprojekten, beispielsweise eines Stadion(um)baus, eingesetzt.⁶³ Gegen eine große Zukunft von Darlehen als Finanzierungsmethode im Profifußball sprechen jedoch vorwiegend zwei Gründe.

Erstens erschweren seit 2013 die umfassenderen Bonitäts- und Eigenkapitalvorschriften des Basel III-Reglements⁶⁴ gerade bonitätsschwächeren Klubs den Zugang zu größeren Bankdarlehen.⁶⁵

Zweitens ist es besonders im Interesse erfolgreicherer Klubs, die Belastung des operativen Cashflows durch Zins- und Ratenrückzahlungen vor dem Hintergrund der sogenannten „*Financial Fair Play*-Regelung“ so gering wie möglich zu halten.⁶⁶ Denn die dort in Art. 58 bis 64 UEFA-Reglement zur Klublizenzierung festgeschriebene „*Break-even*“-Vorschrift verlangt grundsätzlich, dass die Vereine nur Ausgaben in Höhe ihrer mit dem operativen Fußballgeschäft erzielten Einnahmen tätigen dürfen.⁶⁷ Damit ist von keiner allzu großen Zukunft der Darlehensfinanzierung im deutschen Profifußball auszugehen.

b) Mittelstands- und Fananleihen

Weitere Instrumente der Fußballvereine zur Akquirierung von Fremdkapital stellen Mittelstands- und Fananleihen dar. Anders als Fananleihen, die auf die Anhängerschaft eines Klubs zugeschnitten sind, richten sich Mittelstandsanleihen vor allem an institutionelle Investoren.⁶⁸ Der FC Schalke 04 e. V. konnte durch Mittelstandsanleihen beispielsweise mehrmals mittlere zweistellige

⁶³ Berenberg (Fn. 13), S. 14 f.

⁶⁴ Rahmenwerk zur Stärkung der Widerstandsfähigkeit des Bankensektors, vorgeschlagen vom Baseler Ausschuss für Bankenaufsicht; Ziel war es, nach der Finanzkrise 2008 die Banken krisenfester auszustatten; siehe hierzu: Schulte-Mattler, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG, CRR-VO I, 5. Aufl. 2016, Einf. Rn. 27 ff.

⁶⁵ Neveling, in: Galli, Sportmanagement, 2. Aufl. 2012, S. 76; Hasler, Anleihen von Fußballunternehmen in Deutschland, 2014, S. 1.

⁶⁶ Berenberg (Fn. 13), S. 14.

⁶⁷ Hirsbrunner/Schnitzler, Fairness im Wettbewerbsrecht, EuZW 2014, 567 (568).

⁶⁸ Summerer, in: Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht (Fn. 3), Teil 2 Rn. 96.

Millionenbeträge generieren.⁶⁹ Von Fananleihen machte unter anderem der HSV e. V. Gebrauch, wodurch ihm zeitweise 17,5 Mio. € zur Verfügung standen.⁷⁰

Jedoch machen umfangreiche Transparenzanforderungen und ein hoher zeitlicher und organisatorischer Aufwand derartige Anleihen für den Emittenten unattraktiv.⁷¹ Und auch aus Anlegersicht bestehen Bedenken. Denn die Mittelstandsanleihe im Fußball birgt für Investoren mangels Besicherung der Forderung ein erhebliches Ausfallrisiko.⁷² Dies mag im Falle der Fananleihen aufgrund der emotionalen Investmentmotivation der Fans zwar nicht zu sehr ins Gewicht fallen, jedoch ist die Höhe derartiger Anleihen entsprechend auf einen niedrigen zweistelligen Millionenbetrag limitiert.⁷³ Ihr Zukunftspotenzial ist gerade für die Spitzenklubs der Bundesliga folglich als begrenzt zu bewerten.

3. Eigenkapital im Profifußball

Unter Berücksichtigung der genannten Defizite einer Außenfinanzierung durch Fremdkapital wird ersichtlich, dass jedenfalls eine ergänzende Finanzierung mittels Eigenkapital zweckmäßig ist. Entsprechend ist der Eigenkapitalanteil der Bundesligaklubs in den letzten Jahren kontinuierlich auf 1,6 Mrd. € in der Saison 2017/2018 angestiegen.⁷⁴ Dabei tut sich den Bundesligisten ein weites Feld an Optionen auf. Die drei Modelle der strategischen Partnerschaft, des *Private Equity* und des Mäzenatentums sollen im Weiteren anhand von prominenten Beispielen aus der Bundesliga erläutert werden.

a) Die strategische Partnerschaft am Beispiel des FC Bayern

Als Paradebeispiel für die Nutzung von strategischen Partnerschaften kommt neben den traditionellen Werksmannschaften Wolfsburg und Leverkusen der Branchenprimus FC Bayern München in Betracht. Dieser hat mit der Telekom Deutschland GmbH, der Audi AG, der Adidas AG und der Allianz SE gleich vier Großunternehmen als „Hauptpartner“, von denen drei (Audi, Allianz und Adidas) jeweils mit 8,33 % an der FC Bayern München AG beteiligt sind.⁷⁵

⁶⁹ FC Schalke 04, Anleihen, abrufbar unter: <https://schalke04.de/ir-anleihen/anleihen/> (zuletzt abgerufen am 27.12.2020).

⁷⁰ Hamburger SV, Jubiläums-Anleihe und HSV-Anleihe, abrufbar unter: <https://www.hsv.de/unser-hsv/anleihe#> (zuletzt abgerufen am 27.12.2020).

⁷¹ Waschbusch/Kakuk/Breier, Mittelstandsanleihen – Eine echte Finanzierungsalternative für den gesamten Mittelstand oder nur ein Instrument für Branchengrößen?!, StB 2014, 19 (25).

⁷² Berenberg (Fn. 13), S. 16.

⁷³ Ebd., S. 17; Handelsblatt, Warum der Lieblingsfußballklub selten ein Renditebringer ist, 6.2.2019, abrufbar unter: <https://www.handelsblatt.com/finanzen/maerkte/anleihen/fananleihen-warum-der-liebblingsfussballklub-selten-ein-renditebringer-ist/> 23950944.html (zuletzt abgerufen am 27.12.2020).

⁷⁴ DFL Wirtschaftsreport 2019, S. 12.

⁷⁵ FC Bayern München AG, Vorstand, abrufbar unter: <https://fcbayern.com/de/club/fcb-ag> (zuletzt abgerufen am 27.12.2020).

aa) Begriff und Abgrenzung zum Sponsoring

Abzugrenzen ist die strategische Partnerschaft vom ebenfalls weit verbreiteten Sponsoring.⁷⁶ Anders als klassisches Sponsoring, das sich meist auf einen „Imagetransfer“ von der Mannschaft auf den Sponsor beschränkt,⁷⁷ liegt die Besonderheit der strategischen Partnerschaft vor allem darin, dass der Investor durch seine Beteiligung einen weitergehenden Synergieeffekt mit seiner eigenen Unternehmung erzielen möchte. Bei strategischen Partnerschaften mit Fußballklubs handelt es sich nicht nur um das Bereitstellen von zusätzlichem Eigenkapital durch das Partnerunternehmen zum Zweck der Renditeerzielung. Zusätzlich wird beispielsweise auf die Erschließung neuer Märkte oder eine Verbesserung der Reputation des Unternehmens abgezielt.⁷⁸ Gestützt wird eine derartig langfristige Partnerschaft durch eine Beteiligung am Fußballunternehmen.⁷⁹

bb) Partnerschaft aus Sicht des FC Bayern

Die FC Bayern AG erhält auf diese Weise nach Schätzungen insgesamt circa 131 Mio. € pro Saison von seinen Partnern.⁸⁰ Hinzu kommen die durch den Verkauf der Anteile erlangten einmaligen Zahlungen der Partner, die dem FC Bayern bereits Investitionen in „Steine“, also Infrastrukturprojekte wie Stadien oder Trainingszentren, ermöglicht haben.⁸¹

Die strategische Partnerschaft stellt für Klubs wie den FC Bayern eine Alternative zum klassischen Bankdarlehen dar, mit dem Vorteil, dass eine regelmäßige Liquiditätsbelastung ausbleibt. Lediglich bei einer Investition der einmaligen Einlage in „Beine“, also Spielertransfers, die keine kalkulierbaren Vermögenswerte darstellen, bleibt das Risiko einer Überschuldung bestehen.⁸² Dies erscheint gerade bei international spielenden Klubs wie dem FC Bayern jedoch als unwahrscheinlich, da derartige Investitionen im Gegensatz zu

⁷⁶ *Gabrysch*, in: Breithaupt/Ottersbach, Kompendium Gesellschaftsrecht, 2010, Teil 1 A. § 2 Rn. 72.

⁷⁷ *Raupach*, Fußball – das Spiel zwischen Idealismus und Kommerz, *SpuRt* 2008, 241 (245).

⁷⁸ *Dworak*, Finanzierung für Fußballunternehmen: Erfolgreiche Wege der Kapitalbeschaffung, 2010, S. 267 f.

⁷⁹ *Neveling*, in: Galli (Fn. 65), S. 77.

⁸⁰ *Handelsblatt*, Meister der Sponsorenverträge, 13.8.2015, abrufbar unter: <https://www.handelsblatt.com/sport/fussball/fc-bayern-muenchen-meister-der-sponsorenvertraege/12182766.html?ticket=ST-526319-1vpJhMg0goB6ZfltotMi-ap2> (zuletzt abgerufen am 27.12.2020); danach erhält der FCB von Audi 30 Mio. €, von Telekom 35 Mio. €, von Adidas 60 Mio. € und von Allianz 6 Mio. € für die Namensrechte an der Allianzarena.

⁸¹ *Spiegel Wirtschaft*, Allianz kauft für 110 Millionen Euro Bayern-Anteile, 11.2.2014, abrufbar unter: <https://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/versicherer-allianz-kauft-fuer-110-millionen-euro-anteile-von-fc-bayern-a-952840.html> (zuletzt abgerufen am 27.12.2020).

⁸² *Neveling*, in: Galli (Fn. 65), S. 78.

Infrastrukturprojekten „relevante Schulden“ im Sinne des Art. 62 UEFA-Reglement darstellen und daher grundsätzlich vom Klub selbst getragen werden müssen. Damit erweist sich die strategische Partnerschaft wohl auch zukünftig als äußerst lukratives Finanzmodell.

c) Partnerschaft aus Sicht der investierenden Unternehmen

Logische Folge für diejenigen Partnerunternehmen, die sich am Gesellschaftskapital beteiligen, sind zunächst Teilnahme am unternehmerischen Risiko der Gesellschaft sowie die damit einhergehenden Kontroll- und Mitspracherechte⁸³. In diesem Rahmen ist es erforderlich, dass alle Beteiligten ein gemeinsames strategisches Konzept verfolgen.⁸⁴

Dies wird beim FC Bayern vor allem durch die personelle Präsenz der Partnerunternehmen im Aufsichtsrat erreicht.⁸⁵ Als negativ aus Sicht der Unternehmen erscheinen die Beschränkung der Kontrollrechte durch die „50+1“-Regel sowie die nur schwer quantifizierbare Renditeerwartung.⁸⁶ Allerdings sichern sich die Partner durch ihren Eigenkapital-Anteil an der FC Bayern AG den Klub längerfristig als Werbeträger. Es erscheint beispielsweise wahrscheinlich, dass der FC Bayern sich auch zukünftig vom Anteilseigner Adidas ausrüsten lässt.⁸⁷

Die Unternehmen müssten außerdem ohne ihre Partnerschaft mit Klubs wie dem FC Bayern deutlich höhere Ausgaben tätigen, um einen entsprechenden Werbeeffect zu erzielen.⁸⁸ Letztlich kann die Ausnahmeregelung von der „50+1“-Regel in § 8 Nr. 3 Abs. 4 DFL-Satzung dazu führen, dass eine langjährige strategische Partnerschaft mit entsprechendem Umfang dem Partnerunternehmen eine kapitalmäßige Mehrheitsübernahme wie bei den Werksmannschaften erlaubt.⁸⁹ Damit ist und bleibt die strategische Partnerschaft auch aus Investorensicht besonders attraktiv.

b) Private Equity am Beispiel der Hertha BSC Berlin

Mit dem Einkauf des Finanzinvestors KKR & Co. Inc. bei der Hertha BSC Berlin GmbH & Co KGaA im Jahr 2014 beteiligte sich erstmals eine *Private-Equity*-

⁸³ *Neveling*, in: Galli (Fn. 65), S. 78.

⁸⁴ *Ebd.*, S. 94.

⁸⁵ So sitzen sowohl der Vorstandsvorsitzende der Telekom AG als auch der stellvertretende Vorsitzende der Volkswagen AG und der *Senior Advisor* der Allianz SE im Aufsichtsrat der FC Bayern AG: *FC Bayern München AG*, Mitglieder des Aufsichtsrats, abrufbar unter: <https://fcbayern.com/de/club/fcb-ag/aufsichtsrat> (zuletzt abgerufen am 27.12.2020).

⁸⁶ *Berenberg* (Fn. 13), S. 24.

⁸⁷ *Scherzinger* (Fn. 29), S. 109.

⁸⁸ *Ebd.*, S. 108.

⁸⁹ *Süßmilch*, in: Galli (Fn. 65), S. 94.

Firma an einem Bundesligaverein. 2017 stieg die KKR & Co. Inc. bereits wieder aus.⁹⁰

aa) Begriff des *Private Equity*

Unter *Private Equity* versteht man die Beteiligung am Eigenkapital einer unternehmenstragenden Gesellschaft durch eine formelle Kapitalerhöhung gegen Bareinlage oder den Erwerb von Gesellschaftsanteilen. Charakteristische Merkmale sind vor allem die anfängliche Einplanung eines zeitnahen *Exits*, der umfangreiche Einsatz von Fremdkapital und eine hohe Kontrolle über das Unternehmen oder dessen Management.⁹¹ Auch bekannt sind *Private-Equity*-Investoren aufgrund ihrer eher schlechteren gesellschaftlichen Reputation unter dem Begriff der „Heuschrecke“.⁹²

bb) Bilanz der Zusammenarbeit aus Sicht der Hertha BSC Berlin

Die Zusammenarbeit mit der KKR & Co. Inc. wurde seitens der Berliner durchweg als positiv bewertet und kann für die Zukunft als vielversprechender Präzedenzfall herangezogen werden. Folgen waren der Anstieg des Eigenkapitals auf 20 Mio. € sowie eine Halbierung der Schulden. Außerdem konnte der Klub Vermarktungsrechte zurückerwerben, was sich positiv auf den Umsatz der kommenden Jahre auswirkte und in der Saison 2017/2018 unter anderem zu einem Gewinn führte.

Demnach scheint der Klub jedenfalls von der Kompetenz der KKR & Co. Inc. profitiert zu haben. Lediglich die Aufnahme neuer Verbindlichkeiten war notwendig, um die an die KKR & Co. Inc. veräußerten Anteile zurück zu erwerben. Dies war jedoch vorwiegend wegen eines darüber hinaus gewährten Darlehens in Höhe von 36 Mio. € erforderlich.⁹³ Unabhängig davon hat eine *Private Equity*-Beteiligung damit ähnliche Vorteile für den Klub wie die strategische Partnerschaft.⁹⁴

Die Bilanz fällt wohl auch hinsichtlich der Attraktivität des Klubs nach der Zusammenarbeit mit der KKR & Co. Inc. für neue Investoren positiv aus, zumal

⁹⁰ *Capital*, Hertha und die ‚Heuschrecke‘, 14.11.2018, abrufbar unter: <https://www.capital.de/wirtschaft-politik/herthas-und-die-investoren> (zuletzt abgerufen am 27.12.2020).

⁹¹ *Wilhelmi*, in: BeckOGK-BGB (Fn. 17), § 453 Rn. 860, 863; *Eilers/Koffka*, in: *Eilers/Koffka*, *Private Equity*, 3. Aufl. 2018, Einf. Rn. 17 ff.

⁹² *Eilers/Koffka*, in: *Eilers/Koffka* (Fn. 91), Einf. Rn. 12; der Begriff „Heuschrecke“ geht dabei zurück auf eine Aussage von *Franz Müntefering* in der BILD am Sonntag, 17.4.2005.

⁹³ *Capital*, Hertha und die ‚Heuschrecke‘, 14.11.2018 abrufbar unter: <https://www.capital.de/wirtschaft-politik/herthas-und-die-investoren> (zuletzt abgerufen am 27.12.2020); *Berliner Morgenpost*, Hertha BSC kauft Anteile von Investor KKR zurück, 26.11.2018, abrufbar unter: <https://www.morgenpost.de/sport/hertha/article215877135/Hertha-meldet-Rekordumsatz-von-152-9-Millionen-Euro.html> (zuletzt abgerufen am 27.12.2020).

⁹⁴ *Berenberg* (Fn. 13), S. 26.

Hertha für die Zukunft mit *Lars Windhorst* erneut einen finanzkräftigen – wenn auch umstrittenen – Investor gefunden hat.⁹⁵

c) Bilanz aus Sicht der KKR & Co. Inc.

Zunächst ist festzuhalten, dass aufgrund der „50+1“-Regel Klubs der Bundesliga nicht in das typische Portfolio eines *Private Equity*-Investors passen, der für gewöhnlich ein hohes Maß an Kontrolle über das *Target*-Unternehmen ausüben anstrebt.⁹⁶ Gestaltungsmöglichkeiten, wie die Vereinbarung von *Tag-Along*- und *Drag-Along*-Rechten, die dem Investor Flexibilität beim *Exit* ermöglichen,⁹⁷ sind schließlich nicht möglich, wenn der Mehrheitsaktionär, hier der Verein, aufgrund der „50+1“-Regel seine Anteile gar nicht veräußern darf. Dementsprechend sicherte sich die KKR & Co. Inc. eine *Call-Option* zur Aufstockung seiner Investition von 9,7 % auf 33 %.⁹⁸

So bestand die Möglichkeit, optimal am Gewinn des Klubs teilzuhaben, ohne dabei ein erhöhtes Verlustrisiko zu tragen. Durch einen gesteigerten Unternehmenswert der Hertha nach der Zusammenarbeit erzielte die KKR & Co. Inc. allein durch den Rückkauf der Anteile durch den Mutterverein einen Gewinn von circa 10 Mio. €. Hinzu kommt die Rückzahlung des gewährten Darlehens.⁹⁹

Im Endeffekt ist die Zusammenarbeit wohl auch aus Sicht der KKR & Co. Inc. als positiv zu bewerten. Es ist dem Investor gelungen, trotz des unsicheren und schwankungsanfälligen Marktumfelds Rendite zu erzielen und dem Klub durch den Rückkauf von Marketingrechten eine verbesserte Ausgangsposition zu verschaffen. Ob andere *Private Equity*-Unternehmen diesem positiven Beispiel folgen werden, bleibt abzuwarten, erscheint jedoch angesichts der Zahlen als durchaus möglich.

c) *Mäzenatentum am Beispiel der TSG 1899 Hoffenheim*

Eine weitere Möglichkeit der Gewinnung von externem Kapital stellt das Mäzenatentum dar. Denn Mäzene betätigen sich nicht nur im geschichtlich

⁹⁵ *Spiegel*, Windhorst will Hertha zum Milliardenverein machen, 29.9.2019, abrufbar unter: <https://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/hertha-bsc-lars-windhorst-will-fussballverein-zu-einer-milliardenmarke-machen-a-1289183.html> (zuletzt abgerufen am 27.12.2020).

⁹⁶ *Eilers/Koffka*, in: *Eilers/Koffka* (Fn. 91), Einf. Rn. 23.

⁹⁷ *Koffka*, in: *Eilers/Koffka* (Fn. 91), Kap. III 3 Rn. 37.

⁹⁸ *Zeit Online*, Internationaler Finanzinvestor steigt bei Hertha BSC ein, 31.1.2014, abrufbar unter: <https://www.zeit.de/sport/2014-01/hertha-bsc-finanzinvestor-ksk> (zuletzt abgerufen am 27.12.2020).

⁹⁹ *Capital*, Hertha will KKR-Anteile zurückkaufen, 12.10.2018, abrufbar unter: <https://www.capital.de/wirtschaft-politik/hertha-will-ksk-anteile-zurueckkaufen> (zuletzt abgerufen am 27.12.2020).

tradierten „mäzenatischen Habitat“ der Kunst und Kultur,¹⁰⁰ sondern auch im Profisport. Prominentestes Beispiel im deutschen Profifußball ist dafür zweifellos die Beteiligung von SAP-Mitbegründer *Dietmar Hopp* an der TSG 1899 Hoffenheim. Dabei soll der Mäzen insgesamt circa 350 Mio. € in den Klub investiert haben.¹⁰¹

aa) Charakteristika des Mäzenatentums im Profifußball

Bei einem Mäzen handelt es sich zunächst um einen vermögenden privaten Geldgeber.¹⁰² Besonderheit bei dieser Art der Eigenkapitalbeschaffung ist, dass primär der sportliche Erfolg und weniger monetäre Rendite Ziel des Investors ist. Vielmehr beruht seine Investitionsmotivation auf einer emotionalen Verbindung zum geförderten Klub.¹⁰³

bb) (Mit-)Bestimmungsrecht des Mäzens

Eine natürliche Folge der finanziellen Abhängigkeit von einem Kapitalgeber ist, dass dieser aufgrund seiner Investitionen Mitbestimmungsrechte einfordert.

(1) Mitbestimmungsrecht des Mäzens und „50+1“

Grundsätzlich verlangt die „50+1“-Regel des § 8 Nr. 2 der DFL-Satzung die mehrheitliche Beteiligung des Muttervereins an der ausgegliederten Kapitalgesellschaft. Demzufolge kann auch ein Mäzen offiziell nur sehr begrenzt Einfluss ausüben, unabhängig vom Umfang seiner finanziellen Beteiligung, was sich negativ auf die Attraktivität eines solchen Projekts für solvente Privatpersonen auswirken könnte.

Es besteht jedoch nach § 8 Nr. 3 Abs. 4 die Möglichkeit einer Ausnahme. Voraussetzung dafür ist die erhebliche Förderung des Fußballsports des Muttervereins seit mehr als 20 Jahren. Eine erhebliche Förderung liegt nach der Auslegung des DFL-Präsidiums dann vor, wenn die Höhe des finanziellen Engagements über 20 Jahre dem Budgetanteil des Hauptsponsors entspricht.¹⁰⁴

¹⁰⁰ So der Namensgeber des Mäzenatentums, *Gaius Maecenas*, der vorwiegend Künstler wie die römischen Dichter *Vergil* und *Horaz* finanzierte, vgl. *Encyclopædia Britannica Online*, Gaius Maecenas, abrufbar unter: <https://academic.oup.com/levels/collegiate/article/Gaius-Maecenas/49938> (zuletzt abgerufen am 27.12.2020).

¹⁰¹ *Tagesspiegel*, Dietmar Hopp gibt zukünftig nicht mehr ganz so viel Geld, 13.2.2015, abrufbar unter: <https://www.tagesspiegel.de/sport/tsg-1899-hoffenheim-dietmar-hopp-gibt-kuenftig-nicht-mehr-ganz-so-viel-geld/11371956.html> (zuletzt abgerufen am 27.12.2020).

¹⁰² *Süßmilch*, in: Galli (Fn. 65), S. 93.

¹⁰³ *Scherzinger* (Fn. 29), S. 107.

¹⁰⁴ DFL, DFL-Präsidium lehnt Antrag auf Bewilligung einer Ausnahme von der 50+1-Regel für Hannover 96 und Herrn Martin Kind ab, 18.7.2018, abrufbar unter: <https://www.dfl.de/de/aktuelles/dfl-praesidium-lehnt-antrag-auf-bewilligung-einer-ausnahme-von-der-50-plus-1-regel-fuer-hannover-96-und-martin-kind-ab/> (zuletzt abgerufen am 27.12.2020).

Ein derartiger Fall wurde seitens DFL und DFB in der Förderung des TSG durch *Hopp* gesehen und eine entsprechende Ausnahme bewilligt. Seit 2015 hält *Dietmar Hopp* damit 96 % der Stimmanteile an der TSG 1899 Hoffenheim Fußball-Spielbetriebs GmbH, anstatt wie zuvor nur 49 %.¹⁰⁵

Im Fall des TSG Hoffenheim steht damit seit 2015 einer Einflussnahme des Mäzens nichts mehr entgegen. Dies ist jedoch nicht grundsätzlich als negativ zu bewerten, da einerseits bei einer derartigen Historie die Missbrauchsgefahr verschwindend gering sein dürfte und andererseits § 8 Nr. 3 Abs. 5 der DFL-Satzung einen Weiterverkauf der Anteile an einen Dritten ausdrücklich verbietet. Dass andere Mäzene an den strengen Voraussetzungen für eine mehrheitliche Kapitalbeteiligung scheitern,¹⁰⁶ zeigt allerdings, dass die Rahmenbedingungen für eine derartige Finanzierung in der Zukunft optimierungsfähig sind.

(2) Faktisches Mitbestimmungsrecht auch ohne Ausnahme

Jedoch bestehen für Mäzene unabhängig von ihrem Stimmanteil Möglichkeiten der Einflussnahme „durch die Hintertür“.

Exemplarisch dafür ist der von *Hopp* eingefädelt Transfer von *Luiz Gustavo* von Hoffenheim zum FC Bayern im Jahr 2011 ohne Beteiligung des Cheftrainers *Ralf Rangnick*, der daraufhin kündigte.¹⁰⁷ Denn bereits vor der Erhöhung seiner Stimmanteile hielt *Dietmar Hopp* 96 % der Kapitalanteile der Lizenzspielerabteilung der TSG.¹⁰⁸ Zwar waren mit 51 % der Stimmanteile die formellen Kontrollrechte mehrheitlich beim Mutterverein und die Struktur damit mit dem Wortlaut der „50+1“-Regel konform, allerdings kommt dem Investor in einem solchen Fall der faktische Einfluss durch die wirtschaftliche Abhängigkeit des Vereins zu. Anders als beim Kauf von Kapitalanteilen vom Verein unterwirft er sich zudem nicht dem Gesellschaftsvertrag und kann seine Tätigkeit mangels vertraglicher Verpflichtung jederzeit beenden.

Vor diesem Hintergrund wird vertreten, dass im Wege teleologischer Auslegung auch die mehrheitliche Kapitalbeteiligung von § 8 Nr. 2 DFL-Satzung erfasst wird.¹⁰⁹ Da *Hopp* mittlerweile mehrheitlich Gesellschafter der TSG 1899 Hoffenheim Fußball-Spielbetriebs GmbH ist, kommt ein Verstoß im konkreten Fall höchstens rückwirkend in Betracht. Die Überlegung zeigt allerdings, dass die Kontrolle eines Mäzens auf den Klub nicht umfassend durch die aktuelle Lesart

¹⁰⁵ *SZ*, Hopp übernimmt Mehrheit bei 1899 Hoffenheim, 10.2.2015, abrufbar unter: <https://www.sueddeutsche.de/sport/ausnahme-von-der-50-1-regel-hopp-uebernimmt-mehrheit-bei-1899-hoffenheim-1.2344303> (zuletzt abgerufen am 27.12.2020).

¹⁰⁶ So beispielsweise *Martin Kind* bei Hannover 96 (siehe Fn. 104).

¹⁰⁷ *SZ*, Macht ohne Mandat, 4.1.2011, abrufbar unter: <https://www.sueddeutsche.de/sport/bundesliga-tsg-hoffenheim-macht-ohne-mandat-1.1042484> (zuletzt abgerufen am 27.12.2020).

¹⁰⁸ *Lammert*, Mehrheitliche Kontrolle im deutschen Profi-Fußball, *SpuRt* 2008, 137 (138).

¹⁰⁹ *Ebd.*, S. 138.

der „50+1“-Regel beschränkt wird und in diesem Bereich die Möglichkeit einer Umgehung besteht.¹¹⁰

cc) Mäzenatentum in Hinblick auf die „*Break-even*“-Regel

Einschränkungen der Mäzenatenfinanzierung ergeben sich auf der Ebene der UEFA. Bei einer Beteiligung an einem Klubwettbewerb müssen die Klubs neben den sportlichen Anforderungen im nationalen Wettbewerb nämlich die Voraussetzungen des UEFA-Klubreglements zur Klublizenzierung und zum finanziellen *Fair Play* erfüllen.

Hervorzuheben ist dabei die „*Break-even*“-Regel der Art. 58 bis 64 des UEFA Klubreglements. Danach darf der Klub grundsätzlich nur so viel ausgeben, wie er einnimmt.¹¹¹ Ausgleichsberechtigt sind nach Art. 61 UEFA-Reglement Anteilseigner und verbundene Parteien, jedoch nur bis zu einem Defizit von 30 Mio. €. Entsprechendes muss in der „Monitoring-Periode“ dargelegt werden, die grundsätzlich drei Jahre beträgt, Art. 59 UEFA-Reglement. Dabei handelt es sich um die Berichtsperiode, in welcher der Klub hinsichtlich der „*Break-even*“-Regel beurteilt wird. Nicht erfasst sind nach Art. 62 UEFA-Reglement jedoch Verbindlichkeiten, die durch den Bau von Stadien oder Trainingszentren entstehen.

Mäzene müssen somit darauf hinarbeiten, dass der Verein sich aus seinen eigenen Einnahmen finanziert und nicht auf dessen Finanzkraft angewiesen ist, wenn der Klub sich am internationalen Wettbewerb beteiligen will. Folglich war es erklärtes Ziel *Hopps*, weniger in die TSG zu investieren, sobald der internationale Wettbewerb für den Klub in greifbare Nähe rückte.¹¹² Damit erweist sich die „*Break-even*“-Regel jedenfalls als geeignet, Mäzene davon abzuhalten, das „Rattenrennen“ im internationalen Wettbewerb durch überzogene Investitionen zu verschärfen.

dd) Mäzenatentum aus Sicht der TSG 1899 Hoffenheim

Abgesehen von der Problematik des faktischen Einflusses, die durch die Erhöhung des Stimmanteils von *Dietmar Hopp* auf 96 % ohnehin obsolet geworden ist, ist der Einstieg des Mäzens aus Klubperspektive zweifellos als positiv zu bewerten. Nur durch die daraus resultierende Liquidität konnte ein solcher „Durchmarsch“ aus der Kreisklasse A bis ins internationale Geschäft der Bundesliga gelingen.¹¹³ Doch liegt es auf der Hand, dass die „50+1“-Regel in

¹¹⁰ *Esposito*, Private Sportordnung und EU-Kartellrecht, 2014, S. 249.

¹¹¹ *Hirsbrunner/Schnitzler* (Fn. 67), S. 568.

¹¹² *Tagesspiegel*, Dietmar Hopp gibt zukünftig nicht mehr ganz so viel Geld, 13.2.2015, abrufbar unter: <https://www.tagesspiegel.de/sport/tsg-1899-hoffenheim-dietmar-hopp-gibt-kuenftig-nicht-mehr-ganz-so-viel-geld/11371956.html> (zuletzt abgerufen am 27.12.2020).

¹¹³ *TSG Hoffenheim*, Von der Gründung bis heute, abrufbar unter: <https://www.achtzehn99.de/tsg/der-club/historie/> (zuletzt abgerufen am 27.12.2020).

ihrer jetzigen Form aufgrund ihrer hohen Hürden hinsichtlich eines umfangreichen Mitbestimmungsrechts des Mäzens die Zukunft dieses Finanzierungsmodells möglicherweise maßgeblich beeinträchtigen wird.

III. Konkurrenzfähigkeit deutscher Außenfinanzierungsmodelle

Es stellt sich mithin die Frage, ob die im deutschen Profifußball praktizierten Wege der Kapitalbeschaffung auch unter Berücksichtigung der nationalen rechtlichen Bedingungen auf internationaler Ebene konkurrenzfähig sind.

1. Vergleichbare Modelle bei europäischen Top-Klubs

Die Wege der Top-Klubs in den anderen „*Big Five*“ Ligen zur Beschaffung von Kapital weichen grundsätzlich nicht zu sehr von dem der Fußballbundesliga ab. Beispielsweise unterhält Real Madrid eine strategische Partnerschaft mit der *International Petroleum Investment Company* aus Abu Dhabi,¹¹⁴ während Chelsea London mit *Roman Abramowitsch* eine vermögende Privatperson hinter sich hat.¹¹⁵

2. Nachteil deutscher Klubs durch „50+1“-Regel?

Im Vergleich zu den Regelungen der anderen „*Big Five*“-Ligen verfügt lediglich die Bundesliga mit der „50+1“-Regel über eine derart drastische Beschränkung der Mehrheitsbeteiligung an den Kapitalgesellschaften der Fußballklubs. Während England, Spanien und Italien keinerlei Begrenzungen kennen, wird in der französischen *Ligue 1* lediglich vorausgesetzt, dass der Verein ein Drittel der Stimmanteile behält.¹¹⁶ Fraglich ist dabei, ob diese Regelung zu einer Benachteiligung deutscher Klubs in internationalen Wettbewerben führt.

a) Externe Mehrheitsbeteiligungen in Europa weit verbreitet

Entsprechend der fehlenden Beschränkungen hinsichtlich einer mehrheitlichen Beteiligung wird beispielsweise ein Großteil der englischen Klubs mehrheitlich von Investoren aus aller Welt kontrolliert, darunter auch der *Champions League* Sieger der Saison 2018/2019 FC Liverpool. Wenn auch in geringerem Maße ist ähnliches ebenfalls in der spanischen, italienischen und französischen Liga zu beobachten.¹¹⁷ Sieben der zehn wirtschaftlich erfolgreichsten Klubs Europas sind mehrheitlich in der Hand von Investoren. Ausnahmen sind lediglich der FC

¹¹⁴ *Tagesspiegel*, Real Madrid nimmt das christliche Kreuz aus seinem Wappen, 27.11.2014, abrufbar unter: <https://www.tagesspiegel.de/sport/fuer-sponsor-aus-abu-dhabi-real-madrid-nimmt-das-christliche-kreuz-aus-seinem-wappen/11042978.html> (zuletzt abgerufen am 27.12.2020).

¹¹⁵ *Handelsblatt*, Russischer Milliardär kauft FC Chelsea, 3.7.2003, abrufbar unter: <https://www.handelsblatt.com/archiv/oel-manager-roman-abramowitsch-uebernimmt-die-macht-von-chairman-ken-bates-russischer-milliardaer-kauft-fc-chelsea/2256412.html> (zuletzt abgerufen am 27.12.2020).

¹¹⁶ *Scherzinger* (Fn. 29), S. 90 f.

¹¹⁷ *Ebd.*, S. 98 f.

Barcelona, Real Madrid und der FC Bayern München.¹¹⁸ Es bleibt zu vermuten, dass es bei Wegfall der „50+1“-Regel auch zu verstärkten externen Mehrheitsbeteiligungen in der Bundesliga käme.¹¹⁹ Schließlich ist es aus der Perspektive des beteiligungswilligen Geldgebers regelmäßig vorzugswürdig, sich in größerem Umfang nur an solchen Klubs zu beteiligen, die ihm im Gegenzug ein entsprechendes mehrheitliches Mitbestimmungsrecht anbieten können, soweit nicht andere Erwägungen, beispielsweise die emotionale Verbindung zu einem bestimmten Klub, vorherrschend sind. Letzteres dürfte jedoch eher Ausnahme als Regel sein. Deutsche Klubs sind demnach zumindest in Hinblick auf ihre Attraktivität für Investoren aufgrund der „50+1“-Regel benachteiligt.

b) Begrenzung der Benachteiligung durch „Break-even“-Regel?

Einer nennenswerten faktischen Benachteiligung wurde zwar durch die „Break-even“-Regel der UEFA entgegengewirkt. So verliert das Argument für eine Öffnung gegenüber mehrheitlicher Kapitalbeteiligung an Bedeutung. Auf diesem Wege könne mehr Geld in Spieler und Trainer investiert und so auf internationaler Ebene eine *Competitive Balance* hergestellt werden.¹²⁰ Der wirtschaftliche Vorsprung der englischen Liga basiert zudem nicht ausschließlich auf der Möglichkeit einer mehrheitlichen Beteiligung, sondern auch deutlich höherer Einnahmen aus dem Verkauf der Fernsehrechte.¹²¹ Allerdings wäre die Investition in „Steine“, beispielsweise Stadien oder Trainingszentren, angesichts der konkreten Ausgestaltung der „Break-even“-Regel mit dem Kapital der Investoren weiterhin möglich. Bloß die Möglichkeit der Klubs, externes Kapital zu generieren, ist tatsächlich eingeschränkt. Jedenfalls ist ein gewisser faktischer Nachteil der Bundesligaklubs gegenüber der europäischen Konkurrenz durch die „50+1“-Regel daher nicht von der Hand zu weisen.

C. Fazit

Es bleibt folglich festzuhalten, dass die Aufnahme von externem Kapital im Positionswettbewerb notwendig ist, um einerseits die Attraktivität des Sports für die Öffentlichkeit zu gewährleisten und andererseits die Erfolgswahrscheinlichkeit des eigenen Klubs zu erhöhen und so eine „Versteinerung“ der Kräfteverhältnisse unter den Clubs gerade im oberen Drittel der Tabelle zu verhindern. Das Ausgliederungsmodell der DFL liefert dafür trotz Kritik aus dem Schrifttum eine stabile und effektive Grundlage.

¹¹⁸ *Deloitte Sports Business Group* (Fn. 33), S. 9 ff.

¹¹⁹ *Scherzinger* (Fn. 29), S. 102.

¹²⁰ *Klees* (Fn. 14), S. 393; *Scherzinger* (Fn. 29), S. 112 f.

¹²¹ *FAZ*, Die Zehn-Milliarden-Euro-Liga, 22.5.2019, abrufbar unter: <https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/englische-premier-league-erzielt-rekordeinnahmen-16200920.html> (zuletzt abgerufen am 27.12.2020).

Im Rahmen der Fremdkapitalfinanzierungsmöglichkeiten sind den Klubs häufig zu hohe Hürden gesetzt, sodass hier lediglich ein geringes Potenzial für die Zukunft liegen dürfte.

Im Bereich der Eigenkapitalfinanzierung erweist sich vor allem die strategische Partnerschaft als lukratives Finanzierungsmodell für die Bundesligaklubs. Gerade die erzielten Synergieeffekte machen das Modell attraktiv für große Unternehmen und damit besonders zukunftsfähig.

Das Mäzenatentum bietet gerade für kleinere Klubs eine gute Möglichkeit, sich schnell im Positionswettbewerb zu behaupten. Die „*Break-even*“-Regel der UEFA ermöglicht zudem die finanzielle Emanzipation vom Mäzen und verhindert zumindest partiell ein „Wettrüsten“ der Geldgeber auf europäischer Ebene. Problematisch ist hier allerdings die durch die „50+1“-Regel beschränkte Möglichkeit der Einflussnahme, die Mäzene potenziell von der finanziellen Beteiligung an Bundesligaklubs abhalten könnte. Entsprechend bedürfte es hier einer attraktiveren Gestaltung der Reglements für Mäzene und andere Investoren, beispielsweise in Form einer weniger strengen Ausnahmeregelung, um dieses Finanzierungsmodell auch für die Zukunft zu erhalten.

Als vielversprechend ist die Finanzierung durch Einstieg eines *Private Equity*-Investors zu bewerten, was sowohl für die Investoren als auch für die Klubs zwar Neuland darstellt, sich jedoch bei seiner Premiere für beide Parteien durchaus bewährt hat und als positives Beispiel für zukünftige Zusammenarbeiten gesehen werden kann.

Im Vergleich mit den erfolgreichsten Ligen Europas sind die besprochenen Finanzierungsmodelle grundsätzlich konkurrenzfähig. Ein Hemmnis stellt lediglich die „50+1“-Regel der DFL dar, die den deutschen Klubs im Vergleich zu anderen europäischen Ligen den Zugang zu externem Kapital erschwert. Weiterführend könnte vor diesem Hintergrund die Vereinbarkeit der Regelung mit europäischem Wettbewerbsrecht und dabei insbesondere mit Art. 101, 102 AEUV diskutiert werden.

Abgesehen davon ist festzustellen, dass die Bundesliga jedenfalls momentan durch innovative Wege der Eigenkapitalbeschaffung und nachhaltiges Wirtschaften aus der Liste der „*Big Five*“ nicht mehr wegzudenken ist. Wirtschaftlich ist die Bundesliga damit solide und profitabel aufgestellt – und mitnichten nur „zweite Liga“.

Christoph Lauer*

Führerprinzip und Gemeinschaftsbeschwörungen

**Das Arbeitsordnungsgesetz (1934) als Neuausrichtung des Arbeitsrechts
in Abkehr von den Prinzipien des Bürgerlichen Rechts**

Abstract

Nationalsozialistisches Recht richtet sich gegen individuelle Freiheit. Davon zeugen in aller Deutlichkeit die ab 1939 entstandenen Entwürfe zu einem Volksgesetzbuch, aber auch bereits das kurz nach der Machtübernahme verabschiedete und ungleich weniger beachtete Arbeitsordnungsgesetz (1934) steht in diesem Zeichen. Thema des folgenden Beitrags ist, inwiefern man sich mit diesem Gesetz im Bereich des kollektiven wie auch des individuellen Arbeitsrechts von den bis dato prägenden Prinzipien des Bürgerlichen Rechts abwandte. Nachzuzeichnen ist, wie staatliche Regelung an die Stelle eigenverantwortlicher Gestaltung trat und das einzelne Arbeitsverhältnis dogmatisch ins Spannungsfeld von BGB-Recht und neuer Gemeinschaftsideologie geriet.

* Der Verfasser studiert Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Der Beitrag geht aus einer von Prof. Dr. *Christian Hattenbauer* betreuten Seminararbeit aus dem Sommersemester 2019 hervor.

Für den Nationalsozialismus gibt es weder „Proletarier“ noch „Bürger“ als zwei todfindliche Klassen, sondern nur noch *Deutsche* als Bluts- und Schicksalsgenossen. *Schaffende Deutsche*.¹

– Alfred Rosenberg

A. Ethische Formung und antiliberales Recht

Recht und Ideologie bewegen sich in steter Verschränkung miteinander. Den Nationalsozialisten war das mehr als bewusst: Ihnen diente das Recht nachgerade als „Kampfinstrument“,² die Wirklichkeit den Schablonen ihrer Weltsicht anzupassen. Da das Arbeitsrecht systemspezifisch stets eine zentrale Rolle dabei spielt, politische und rechtliche Grundentscheidungen in der Gesellschaft umzusetzen, und sich darin als besonders ideologiegeprägt erweist,³ nimmt es nicht wunder, dass die Nationalsozialisten bereits im Folgejahr der Machtergreifung mit dem Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit (AOG)⁴ ein umfangreiches Normenwerk zum Arbeitsleben erließen. Dadurch drückten sie einem Kernbereich der alltäglichen Lebenswirklichkeit der Menschen den Stempel ihrer Glaubenssätze auf und betrieben eine „Umwälzung aller Werte“⁵ im Arbeitsrecht – einer 1934 noch jungen und ungefestigten Rechtsmaterie, die damals auch noch weit davon entfernt war, systematisch eigenständig neben dem Zivilrecht stehen zu wollen.⁶

Der vorliegende Beitrag widmet sich der Frage, inwieweit sich die Nationalsozialisten mit den Neuerungen des AOG vom BGB und dessen tragenden Ideen abwandten, gleichsam die Axt an die alles zivile Recht bisher überwölbenden Prinzipien Privatautonomie und Selbstverantwortung des Einzelnen legten.⁷ Dies wird zum einen untersucht im Hinblick auf das kollektive Arbeitsrecht. Dort entfaltete das AOG seine unmittelbarste Wirkung. Die Grundgedanken der neuen, nationalsozialistischen Arbeitsverfassung lassen sich

¹ *Rosenberg*, Das Parteiprogramm. Wesen, Grundsätze und Ziele der NSDAP, 25. Aufl. 1943, S. 9.

² *Eisenhardt*, Deutsche Rechtsgeschichte, 7. Aufl. 2019, Rn. 849.

³ *Rüthers*, Arbeitsrecht und Ideologie, in: FS Hyung-Bae Kim, 1995, S. 104 f.

⁴ RGBl. I 1934, Nr. 7, 23.1.1934, S. 45-56.

⁵ *Rüthers* (Fn. 3), S. 108.

⁶ Vgl. zum Überblick *Heller*, Die Zivilrechtsgesetzgebung im Dritten Reich. Die deutsche bürgerlich-rechtliche Gesetzgebung unter der Herrschaft des Nationalsozialismus. Anspruch und Wirklichkeit, 2015, S. 238; *Mayer-Maly*, Nationalsozialismus und Arbeitsrecht, RdA 1989, 233 (234); *Hähnchen*, Rechtsgeschichte. Von der Römischen Antike bis zur Neuzeit, 5. Aufl. 2016, Rn. 873.

⁷ *Leipold*, BGB I. Einführung und Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2019, § 3 Rn. 17 f.

hieran am besten entwickeln und es wird ersichtlich, inwieweit zwingende Regeln an die Stelle liberaler, selbstverantwortlicher Gestaltung traten.

Zum anderen ist herauszuarbeiten, wie die fundamentalen Wertentscheidungen, die dem AOG innewohnen, auf das individuelle Arbeitsrecht ausstrahlen. Auch hinsichtlich des Arbeitsvertragsrechts ist also danach zu sehen, wie und in welchem Maße das AOG eine Loslösung vom Bürgerlichen Recht bewirkte.

Diese Frage stellt sich nicht zuletzt aufgrund des Charakters des AOG. Diesen hat ein zeitgenössischer Kommentarband in der Formulierung einzufangen versucht, das AOG ziele mit seinem „eigenen, weniger juristischen als ethischen Stil“ nicht so sehr auf die Gestaltung der Rechtsordnung als vielmehr auf die ideelle „Formung des deutschen Volksgenossen“.⁸ Neben der Tatsache, dass das AOG lange Zeit die einzige privatrechtliche Kodifikation der Nationalsozialisten war, ist es auch dieser deutlich vernehmbare weltanschauungsbezeugende Grundton, der das AOG zu einer Besonderheit macht. Demnach fällt das Augenmerk des Beitrags immer wieder auf die ideologische Stoßrichtung der Normen des AOG – nicht nur, weil Recht und Ideologie eben miteinander verschränkt sind, sondern ebenso, weil auch ohne konkrete Rechtsgestaltung schon aus rechtlich verankerter Ideologie Umwertung und Neuschöpfung von Recht im Wege der Rechtsanwendung hervorgehen.

B. Die neue Arbeitsverfassung des AOG

I. Kollektives Arbeitsrecht

1. Die Errungenschaften der Weimarer Republik und § 65 AOG

Im Bewusstsein um gegenläufige Interessen auf Arbeitnehmer- und Arbeitgeberseite hatte sich zur Zeit der Weimarer Republik das kollektive Arbeitsrecht mit seinen heute vertrauten zwei Säulen herausgebildet: Getreu den im *Stinnes-Legien-Abkommen* vom 15.11.1918 niedergelegten Arbeitnehmerforderungen wurden zum einen das Tarifsysteem sowie zum anderen die institutionelle Mitbestimmung der Arbeiter im Betrieb rechtlich abgesichert. Die Grundlagen hierzu bildeten die Tarifvertragsverordnung vom 23.12.1918 sowie das Betriebsrätegesetz (BRG) vom 4.2.1920.⁹

Die Tarifverträge beschnitten zwangsläufig den Gestaltungsspielraum des Arbeitgebers im Hinblick auf das einzelne Arbeitsverhältnis. Insoweit entfernten

⁸ *Mansfeld/Pohl/Steinmann/Krause*, AOG, 1934, § 1 S. 75.

⁹ RGBL. 1920, Nr. 26, 4.2.1920, S. 147-174; vgl. auch *Richardt*, in: *MüHdb ArbR I*, 4. Aufl. 2018, § 2 Rn. 23 ff.

sie das Arbeitsrecht von der dem BGB zugrundeliegenden Idee, Verträge seien stets individuell auszuhandeln.¹⁰ Die Gestaltung der Tarifverträge sowie anderer Arbeitsbedingungen blieb aber im Sinne der liberalen Ausrichtung des BGB als kollektive Regelungsautonomie grundsätzlich den an ihnen beteiligten Interessenvertretungen überlassen. Eine Einschränkung erfuhr dieser Leitgedanke jedoch insofern, als in die Autonomie der Tarifparteien über Schlichtungsmaßnahmen und präsidiale Notstandsverordnungen von staatlicher Seite aus eingegriffen werden konnte und gerade infolge der 1928/29 einsetzenden Wirtschaftskrise auch wurde.¹¹

In dem Maße, in dem das von den Nationalsozialisten vorgefundene kollektive Arbeitsrecht im Verhältnis Arbeitnehmer–Arbeitgeber Interessenausgleich auf freiheitsrechtlicher Grundlage garantierte und den Arbeitern demokratische Beteiligungsmöglichkeiten im Betrieb verbürgte, war es unvereinbar mit dem Ideologem der konfliktfreien Volksgemeinschaft.¹² Bereits 1933 wurden daher die streitbaren Gewerkschaften zugunsten der neu etablierten „Treuhand der Arbeit“ entmachtet.¹³ Das AOG zog unter die arbeitsrechtlichen Errungenschaften der Weimarer Republik mit § 65 AOG einen definitiven Schlussstrich, indem es das BRG und die Tarifvertragsverordnung mitsamt den Schlichtungsregelungen vollständig außer Kraft treten ließ. „Das bisherige kollektive Arbeitsrecht“, konzidierte der maßgebliche AOG-Kommentar aus der Feder der drei prominenten Zivilrechtslehrer *Alfred Hueck*, *Hans Carl Nipperdey* und *Rolf Dietz*, war damit „restlos beseitigt“.¹⁴

2. Die Betriebsgemeinschaft und der Betriebsführer, § 1 AOG

Aus Sicht der AOG-Verfasser geschah dies freilich nicht etwa aus klassenkämpferischer Antipathie gegenüber der Arbeiterschaft, denn immerhin handelte es sich bei der NSDAP zumindest ihrem Namen nach ja um eine Arbeiterpartei. Das AOG folgte mit § 65 AOG schlicht stringent der Programmatik, die ihm in § 1 AOG eingeschrieben ist. An dieser herausgehobenen Stelle wird der Gemeinschaftsgedanke als Grundlage des gesamten Regelwerks beschworen: Unternehmer, Angestellte und Arbeiter

¹⁰ *Richardi*, in: MüHdb ArbR I (Fn. 9), § 2 Rn. 4.

¹¹ *Deventer*, Arbeitsrecht im Nationalsozialismus, JuS 1988, 13 (14); *Neusser*, Arbeitsrecht, 2020, S. 2, abrufbar unter: https://www.hrgdigital.de/.download/_sid/TRDA-708459-BVKQ/pdf/arbeitsrecht.pdf (zuletzt abgerufen am 27.12.2020); *Richardi*, Kontinuität und Wandel im Arbeitsleben während der Besatzungszeit, RdA 2011, 31 (31).

¹² *Mayer-Maly* (Fn. 6), S. 234.

¹³ Vgl. hierzu die Regelungen in RGBl. I 1933, S. 161, 285, 667.

¹⁴ *Hueck/Nipperdey/Dietz*, AOG, 4. Aufl. 1943, § 65 Rn. 1.

würden als Betriebsgemeinschaft „gemeinsam zur Förderung der Betriebszwecke und zum gemeinen Nutzen von Volk und Staat“ arbeiten, § 1 AOG.

In dieser Gemeinschaft, führen *Hueck/Nipperdey/Dietz* aus, „gibt es nur noch Glieder“; gewisse „Spannungszustände“ werden der neuen Gemeinschaft zwar noch zugestanden, die bekannten „grundsätzlichen“ Konflikte aber entfielen.¹⁵ Dabei drückt sich in § 1 AOG jedoch nicht nur das staatlich verordnete Ende des Klassenkampfes aus,¹⁶ wie es sich auch im eingangs zitierten NSDAP-Parteiprogramm findet. In der Beobachtung, aus der Harmonie der neuen Betriebsgemeinschaft folge „eine recht erhebliche Verlagerung arbeitsrechtlicher Gestaltung in den überbetrieblichen Raum“,¹⁷ wird zugleich das übergeordnete Ziel des AOG transparent: Erstrebt war eine von oben steuerbare sowie im Inneren reibungslos und frei von gesellschaftlichen Auseinandersetzungen laufende Wirtschaft, wie sie in Kriegszeiten mehr denn je benötigt wird.

Dabei war das Appellieren an die innerbetriebliche Gemeinschaft nicht neu. Schon das BRG der Weimarer Republik, an sich ein Fortschritt für die Arbeitnehmer, folgte einer zwiespältigen Konzeption, indem es den Betriebsrat einerseits als Interessenvertretungsorgan der Beschäftigten ansah, ihn aber andererseits auch zur „Unterstützung des Arbeitgebers in der Erfüllung der Betriebszwecke“ verpflichtete, § 1 BRG. Daraus folgte dann etwa die Aufgabe, „den Betrieb vor Erschütterungen zu bewahren“, § 66 Nr. 3 BRG. In der Praxis bedeutete das für die Betriebsräte letztlich, Arbeitskämpfmaßnahmen nicht unterstützen zu dürfen.¹⁸ Damit waren die Interessengegensätze zwischen Arbeit und Kapital zwar nicht wie im AOG geleugnet, ihre maßgeblichen Ausdrucksformen aber durchaus ein Stück vonseiten des Gesetzgebers zugunsten eines innerbetrieblichen Gemeinschaftsgedankens unterbunden.

Der zweite ideologische Grundbaustein des AOG betraf die hierarchische Ordnung der Betriebsgemeinschaft. Im Zeichen der neuen innerbetrieblichen Konfliktlosigkeit avancierte der Unternehmer zum „Führer des Betriebs“ und seiner „Gefolgschaft“ aus Angestellten und Arbeitern, § 1 AOG. Dabei gewann er gegenüber den Beschäftigten die Entscheidungsmacht „in allen betrieblichen Angelegenheiten“ im Regelungsbereich des Gesetzes, § 2 Abs. 1 AOG.

¹⁵ *Ebd.*, § 1 Rn. 3.

¹⁶ *Hachtmann*, Die Krise der nationalsozialistischen Arbeitsverfassung. Pläne zur Änderung der Tarifgestaltung 1936-1940, *Kritische Justiz* 1984, 281 (281 f.).

¹⁷ *Hueck/Nipperdey/Dietz* (Fn. 14), § 1 Rn. 2.

¹⁸ *Däubler*, *Arbeitskampfrecht*, 4. Aufl. 2018, § 4 Rn. 10.

Das bedeutete nichts anderes als die Verankerung des Führerprinzips im Wirtschaftsleben und somit in einem großen Bereich alltäglich erfahrener Lebenswirklichkeit der Menschen. Die Tragweite dieses Vorhabens ist insoweit nicht zu unterschätzen. Schließlich war in den 1930er Jahren die Hälfte aller Erwerbspersonen Arbeiter, wobei nicht nur die schiere Größe der Arbeiterschaft sie in den Fokus der Nationalsozialisten rückte, sondern auch ihre teils marxistische Prägung, die als latente Gefahr für die Ordnung des neuen Staates empfunden wurde.¹⁹ Die Betriebsgemeinschaft, wie sie das AOG entwirft, wurde seitens der Gesetzeskommentatoren denn auch nicht nur als „Fundament der nationalen Arbeit“ beschworen; sie diene vielmehr gerade der Eingliederung der Arbeitenden in den Staat, sei gar „Gliederung der Volksgemeinschaft selbst, Teil der Verfassung der Nation.“²⁰ In der Tat: Was ab 1933 „Verfassung der Nation“ war, konnte nur mehr Ausfluss des Nationalsozialismus sein – und „Nationalsozialismus ist“, in den Worten des hohen NSDAP-Funktionärs *Martin Bormann*, „der Wille des Führers“.²¹ Entsprechend nahe lag es, die Arbeiterschaft auf Dienen und Gehorchen zu verpflichten.

Derart zu gehorchen hatten die Arbeiter ihrem Betriebsführer bei der Festsetzung der Betriebsordnung. Sie wurde nach § 26 AOG vom Betriebsführer erlassen. Als Regelung der in § 27 Abs. 1 AOG genannten Arbeitsbedingungen wie etwa Arbeitszeiten ersetzte die Betriebsordnung die Arbeitsordnung, die in der Weimarer Zeit im Rahmen einer Betriebsvereinbarung zwischen Belegschaft und Unternehmen auszuhandeln gewesen war;²² eine Besonderheit der neuen Betriebsordnung aber war, dass in ihr nach § 27 Abs. 3 AOG auch die Höhe des Arbeitsentgelts geregelt werden konnte. An die Stelle eines Vertrags über die Arbeitsbedingungen, mithin eines Produktes liberaler Konsensfindung, trat mit der Betriebsordnung also eine einseitig erlassene Satzung: Die Beratung des Betriebsführers durch Arbeitnehmervertreter war zwar vorgesehen, für die Gültigkeit der Betriebsordnung sollte sie aber nicht erforderlich sein.²³ Getreu dem ideologischen Gedankengebäude wurde die Betriebsordnung gleichwohl auf die gesamte Betriebsgemeinschaft als Rechtsschöpfer zurückgeführt, der Betriebsführer war schließlich Teil der Gemeinschaft und handelte lediglich als deren Organ.²⁴

¹⁹ *Grüttner*, Das Dritte Reich 1933-1939, 10. Aufl. 2014, S. 310.

²⁰ *Hueck/Nipperdey/Dietz* (Fn. 14), § 1 Rn. 4.

²¹ Zitiert nach *Grüttner* (Fn. 19), S. 44.

²² Vgl. hierzu *Richardt*, in: *MüHdb ArbR I* (Fn. 9), § 4 Rn. 3.

²³ *Hueck/Nipperdey/Dietz* (Fn. 14), § 26 Rn. 16.

²⁴ *Ebd.*, § 26 Rn. 38.

Die beiden ideologischen Grundlagen des AOG, Gemeinschaftsgedanke und Führerprinzip, beanspruchten unbedingte Geltung. Um diese zu gewährleisten, schuf das AOG mit den §§ 35 ff. AOG die „soziale Ehrengerichtsbarkeit“. Sie diente insbesondere dazu, Handlungen im Widersinn zu Betriebsgemeinschaft und Führerprinzip zu sanktionieren, wie die in § 36 Abs. 1 AOG aufgeführten beispielhaften Tatbestände zeigen. Danach waren Angestellte und Arbeiter etwa dann ehrengerichtlich zu verfolgen, wenn sie den „Gemeinschaftsgeist innerhalb der Betriebsgemeinschaft fortgesetzt böswillig [gestört hatten]“, § 36 Abs. 1 Nr. 2 AOG. Hierfür reichte, so hieß es 1943, die „betonte [...] Ablehnung des heutigen Staates bei gemeinsamen Betriebsfeiern“²⁵ bereits aus. Als Sondergerichtsbarkeit standen die Ehrengerichte selbständig neben Straf- und Arbeitsgerichten. Mit einem Beamten als Vorsitzendem, § 41 Abs. 2 AOG, waren die Ehrengerichte zudem staatlich dominiert. Die Rechtfertigung für den Staat, solchermaßen die Geltung seiner weltanschaulichen Überzeugungen in einem eigentlich staatsfernen Bereich zu überwachen, ergab sich aus dem nationalsozialistischen Verständnis der Arbeit. Sie erfolgte im Geiste des AOG eben gerade nicht mehr zu staatsfernen, privaten erwerbswirtschaftlichen Zwecken, sondern nach § 1 AOG zum „gemeinen Nutzen von Volk und Staat“ und ging demnach mit der Erfüllung einer auf die Allgemeinheit bezogenen Ehrenpflicht einher.²⁶

3. Die Treuhänder der Arbeit, §§ 18 ff. AOG

Bereits im Mai 1933 hatte der nationalsozialistische Gesetzgeber die sogenannten Treuhänder der Arbeit geschaffen. Bei ihnen handelte es sich um staatliche Bedienstete, denen jeweils große Wirtschaftsgebiete zugewiesen waren und deren Aufgabe es nach § 2 des Treuhändergesetzes war, dort für die „Aufrechterhaltung des Arbeitsfriedens“ zu sorgen.²⁷ An die Stelle der rudimentären Regelung der Treuhänder von 1933 traten im Folgejahr die §§ 18 ff. i. V. m. § 65 AOG, die die Treuhänder mit der neugeschaffenen Ordnung der Arbeit verzahnten.

Die Verpflichtung der Treuhänder auf den Arbeitsfrieden betonte § 19 Abs. 1 AOG stärker als das ursprüngliche Treuhändergesetz. Dabei konnte der Eindruck entstehen, es handle sich bei den Treuhändern um eine arbeitnehmerfreundliche Einrichtung. So erhielten sie mit § 20 Abs. 1, 2 AOG etwa die ausdrückliche Genehmigungsmacht über größere Entlassungen, die

²⁵ Hueck/Nipperdey/Dietz (Fn. 14), § 36 Rn. 28.

²⁶ Richardi, in: MüHdb ArbR I (Fn. 9), § 4 Rn. 6.

²⁷ Gesetz über Treuhänder der Arbeit, RGBl. I 1933, Nr. 52, 20.5.1933, S. 285 § 2.

vom Unternehmer gegenüber dem zuständigen Treuhänder stets anzuzeigen waren. Auch in Zusammenhang mit der neu eingeführten innerbetrieblichen Interessenvertretung, dem „Vertrauensrat“, erhielten die Treuhänder weitreichende Kompetenzen, die sich theoretisch zur Wahrung von Arbeitnehmerinteressen einsetzen ließen, genauso allerdings auch im Widerspruch dazu. Wiewohl die Treuhänder durchaus als Gegengewicht zur innerbetrieblich starken Stellung des Betriebsführers konzipiert waren und so einen Klassenkampf von oben unterbinden sollten,²⁸ lag ihre entscheidende Funktion aber in einem anderen Bereich. Zu ihrer zentralen Aufgabe wurde es, das Vakuum zu füllen, das durch die Abschaffung der Gewerkschaften Anfang Mai 1933 entstanden war.²⁹

a) Tarifordnungen

In § 19 Abs. 1 Nr. 6 i. V. m. § 32 Abs. 2 AOG ermächtigte das AOG die Treuhänder zum Erlass von Tarifordnungen, die normenhierarchisch über etwaigen Regelungen in Betriebsordnungen standen. Die Treuhänder traten also nicht etwa an die Stelle der Gewerkschaften, sondern besetzten vielmehr umfassend den Raum, in dem die Gewerkschaften früher gemeinsam mit den Arbeitgebern als Widerpart hatten wirken können: im Bereich der autonomen Aushandlung von Tarifen. Als Reichsbeamte standen die Treuhänder unter der Aufsicht des Arbeitsministers und waren an Weisungen der Reichsregierung gebunden, § 18 Abs. 1, 2 AOG.³⁰ So ging die Regelung der wichtigsten Arbeitsbedingungen aus den Händen der beiden vormaligen Tarifparteien in die Hände des Staates über; ihm und seinen Funktionären war das Wahren und Austarieren der widerstreitenden Interessen von Arbeit und Kapital gleichsam zu treuen Händen gegeben. Die Tarife der Beschäftigten waren damit kein eigenverantwortlich geschaffenes Recht mehr, sondern staatliche Rechtsverordnung.³¹ Darin mag das AOG jene Tendenzen weitergeführt haben, die bereits zum Ende der Weimarer Republik hin die kollektive Regelungsautonomie im Arbeitsrecht unterminiert hatten, doch gewinnt es in

²⁸ *Deventer* (Fn. 11), S. 16; *Heller* (Fn. 6), S. 247; *Kranig*, Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit (AOG). Grundgesetz der nationalsozialistischen Arbeitsverfassung?, in: Steindl, Wege zur Arbeitsrechtsgeschichte (Ius Commune Sonderhefte 20), 1984, S. 441 (462, 468 f.).

²⁹ *Hachtmann*, Industriearbeit im „Dritten Reich“ (Kritische Studien zur Geschichtswissenschaft 82), 1989, S. 32.

³⁰ *Kranig* (Fn. 28), S. 460 f.

³¹ *Hueck/Nipperdey/Dietz* (Fn. 14), § 32 Rn. 48.

seiner klaren Abkehr vom ursprünglich liberalen Ansatz im kollektiven Arbeitsrecht eine ganz neue Brisanz.

Die Tarifordnungen der Treuhänder waren dem Wortlaut des Gesetzes nach allerdings zwei Einschränkungen unterworfen. Zum einen stellt § 32 Abs. 2 AOG das Festsetzen von Tarifen durch die Treuhänder unter die Voraussetzung, dass dies zum Schutz einer Gruppe von Beschäftigten „zwingend geboten“ sei. In der Praxis war es dieser Klausel aber versagt, als relevante Schrankenregelung Geltung zu erlangen.³² Vielmehr prognostizierte man in der Kommentarliteratur, die Voraussetzungen für einen staatlichen Eingriff in Form von Tarifordnungen seien für eine „lange Übergangszeit“ hin zu harmonisierten Verhältnissen wohl „immer zu bejahen“.³³

Die andere Einschränkung der Tarifordnungen in ihrer Wirkung, die Regelung von Löhnen aus dem freien Spiel der Interessen im Privatrecht zu lösen, ergab sich daraus, dass dem AOG die ursprüngliche Konzeption der Tarifordnungen als nur teilverbindlich zugrunde lag. Nach § 32 Abs. 2 AOG erließen die Treuhänder ihre Tarifordnungen mit dem Ziel, das Unterschreiten einer bestimmten Lohnhöhe in einer Gruppe von Betrieben zu verhindern. Darin klingt noch das Bestreben an, Arbeitnehmer vor dem Druck durch die Arbeitgeber zu schützen: Blieben die in den jeweiligen Betriebsordnungen festgesetzten Löhne hinter den von den Treuhändern gesetzten Tarifvorgaben zurück, sollten die Betriebsordnungen dahingehend nichtig sein; gingen sie jedoch über das geforderte Maß hinaus, sollten die entsprechenden betriebseigenen Regelungen Bestand haben.

Insofern zeugt das AOG letztlich doch von einer gewissen Zurückhaltung des Gesetzgebers bei der Ausgestaltung der Befugnisse der Treuhänder. Damit verband sich nicht zuletzt auch die Überlegung, dass zumindest langfristig die Wirtschaft ihre Belange selbst regeln sollte; die gesellschaftspolitischen Vorstellungen der Nationalsozialisten ließen die Idee einer „sozialen Selbstverwaltung“ der Wirtschaft nicht nur zu,³⁴ vielmehr muss sie in ihrer Überwindung klassenkämpferischer Ambitionen zugunsten eines größeren Ganzen geradezu als utopischer Zielpunkt erschienen sein.

Die tatsächliche Entwicklung führte jedoch in eine andere Richtung, zu einer Selbstverwaltung der Wirtschaft kam es unter dem Nationalsozialismus nicht

³² *Mayer-Maly* (Fn. 6), S. 236; *Richardt*, in: MüHdb ArbR I, 2. Aufl. 2000, § 4 Rn. 4.

³³ *Hueck/Nipperdey/Dietz* (Fn. 14), § 32 Rn. 66.

³⁴ *Hachtmann* (Fn. 16), S. 283.

mehr. Flankiert von einer ganzen Reihe zwischenzeitlich ergangener Gesetze zur Verwaltung des Arbeitsmarktes und der autoritären Lenkung von Arbeitskraft bis hin zu Dienstverpflichtungen ermächtigte rund fünf Jahre nach Erlass des AOG die Lohngestaltungsverordnung die Treuhänder dazu, die Löhne auch nach oben hin zu begrenzen.³⁵ Damit hatte sich die Zweckrichtung des Treuhänderhandelns offensichtlich verschoben: Der in § 32 Abs. 2 AOG festgeschriebene Schutz der Beschäftigten war obsolet, der ungestörte Ablauf der Aufrüstung hingegen maßgeblich.³⁶ Als kurz nach Beginn des Krieges schließlich die Lohnstoppverordnung am 12.10.1939 alle Löhne auf ihrer aktuellen Höhe einfro, ³⁷ gab es also kaum noch freiheitliches Handeln in diesem Bereich, das die Verordnung hätte endgültig beseitigen können. All das lag 1934, als das AOG erlassen wurde, zwar noch vergleichsweise fern. Es zeigt sich jedoch, dass das AOG überhaupt schon mit der rechtlichen Festschreibung der staatlichen Treuhänder der Arbeit dem Abschied von der autonomen Gestaltung des Arbeitsverdienstes in der Privatwirtschaft Vorschub leistete.

b) Betriebsordnungen

Wichtige Kompetenzen erhielten die Treuhänder aber auch bezüglich der (innerbetrieblichen) Betriebsordnung. Der Betriebsführer erließ sie zwar einseitig, handelte hierbei aber keineswegs frei. Tatsächlich wachten auch über die Betriebsordnungen die Treuhänder, denn § 32 Abs. 1 AOG gewährte ihnen das Recht, Richtlinien für die Betriebsordnungen zu erlassen. Diese Richtlinien waren weder zwingend umzusetzen noch stellten sie im Gegensatz zu den Betriebsordnungen objektives Recht dar, doch stand hinter den Richtlinien die Autorität der Treuhänder und außerdem sollten in Zweifelsfällen die Richtlinieninhalte über etwa § 612 Abs. 2 BGB oder § 242 BGB Geltung erlangen.³⁸

Ferner war den Treuhändern die Nachprüfung einer erlassenen Betriebsordnung möglich, zunächst nach § 16 AOG nur nach Anrufung durch den Vertrauensrat, seit der Lohnstoppverordnung aber generell.³⁹ Der Kommentar von *Hueck/Nipperdey/Dietz* hebt beim Prüfungsmaßstab Aspekte wie Arbeitsschutzvorschriften hervor, nennt dann aber unverblümt auch die

³⁵ Verordnung über die Lohngestaltung, RGBl. I 1938, Nr. 99, 28.6.1938, S. 691 § 1.

³⁶ Eingehend *Kranig* (Fn. 28), S. 481 ff.

³⁷ Zweite Durchführungsbestimmungen zum Abschnitt III (Kriegslöhne) der Kriegswirtschaftsverordnung, RGBl. I 1939, Nr. 202, 16.10.1939, S. 2028 § 1; vgl. auch *Richardt* (Fn. 32), § 4 Rn. 4.

³⁸ *Hueck/Nipperdey/Dietz* (Fn. 14), § 32 Rn. 19.

³⁹ Verordnung über die Lohngestaltung, RGBl. I 1938, Nr. 99, 28.6.1938, S. 691 § 1.

Vereinbarkeit der Betriebsordnung mit den „Interessen der Gesamtwirtschaft und der Kriegswirtschaft“.⁴⁰ Diese Nachprüfungsmöglichkeit öffnete dem Staat Tür und Tor, jegliche über Betriebsordnungen festgeschriebenen Arbeitsmodalitäten in der Privatwirtschaft zu überwachen und das Arbeitsleben zentral zu regulieren. Die Betriebsordnungen waren insofern entprivatisiert, sodass es nicht verwundern kann, dass die Treuhänder schließlich auch über direkte Änderungsbefugnisse verfügten.⁴¹

Darüber hinaus war es der Treuhänder, der gegenüber der sozialen Ehrengerichtsbarkeit die Anträge stellte, § 41 Abs. 1 AOG. Geriet der Betriebsführer, der wie jeder andere Angehörige der Betriebsgemeinschaft der Disziplinargewalt der Ehrengerichtsbarkeit unterstellt war, wegen einer missliebigen Betriebsordnung mit dem Treuhänder in Konflikt, drohte ihm vor dem Ehrengericht die „Aberkennung der Befähigung, Führer des Betriebs zu sein“, § 38 Nr. 4 i. V. m. § 3 Abs. 3 AOG. Dadurch verfügten die Treuhänder über ein abschreckendes Druckmittel, um die staatlichen Interessen durchzusetzen.

4. Der Vertrauensrat, §§ 5 ff. AOG

Die ersten Betriebsratswahlen in März und April 1933 waren für die Nationalsozialisten ernüchternd. Gerade einmal 12 % der Stimmen entfielen auf sie.⁴² Die offensichtlich wenig gleichschaltungsfreundliche Institution des Betriebsrats wurde im Rahmen des AOG daher sodann durch den sogenannten Vertrauensrat abgelöst. Nicht nur dessen Name, auch seine Regelung im AOG konnte zunächst an die früheren Betriebsräte erinnern: Zu seinen Aufgaben nach § 6 Abs. 2 AOG zählte etwa, bei der Gestaltung von Arbeitsbedingungen mitzuwirken, außerdem war die Arbeiterschaft gemäß § 9 Abs. 1 AOG zu einer geheimen Abstimmung über ihn aufgerufen.

Tatsächlich aber hatte der Vertrauensrat mit den alten Betriebsräten praktisch nichts gemein. Ihm kam allein eine Beratungsfunktion zu, § 5 Abs. 1 AOG; handfeste Möglichkeiten der Mitbestimmung waren ihm nicht gegeben, die Betriebsordnung erließ der Betriebsführer schließlich allein. Auch die Zusammenstellung des Vertrauensrats war eine Farce, soweit er am Leitbild einer originär aus der Belegschaft hervorgehenden Interessenvertretung gemessen wird. Den Arbeitnehmern wurde lediglich eine Liste vorgelegt, die sie billigen

⁴⁰ Hueck/Nipperdey/Dietz (Fn. 14), § 26 Rn. 29.

⁴¹ Verordnung über die Lohngestaltung, RGBl. I 1938, Nr. 99, 28.6.1938, S. 691 § 1; vgl. auch Heller (Fn. 6), S. 248.

⁴² Grüttner (Fn. 19), S. 312; wohl überholt Däubler (Fn. 18), § 5 Rn. 5.

oder ablehnen konnten. Vorschlagsfähig waren nach § 8 AOG allein Mitglieder der Deutschen Arbeitsfront, der auf den „Arbeitsfrieden“ verpflichteten nationalsozialistischen Nachfolgeorganisation der abgeschafften Gewerkschaften.⁴³ Das Zusammenstellen der Liste lag beim „Betriebsführer“, der dahingehend aber mit dem „Obmann der nationalsozialistischen Betriebszellen-Organisation“ Rücksprache zu halten hatte; gab es Probleme, konnte der staatliche Treuhänder der Arbeit den Vertrauensrat besetzen, § 9 Abs. 1, 2 AOG. Mitglieder des Vertrauensrats hatten sodann nach § 10 Abs. 1 AOG zu geloben, einzig „dem Wohle des Betriebs und der Gemeinschaft aller Volksgenossen“ zu dienen.

Die konkreten Berührungspunkte zum Bürgerlichen Recht sind auf dem Gebiet der innerbetrieblichen Arbeitnehmerinteressenvertretung freilich gering. Deutlich aber zeigt sich auch anhand des Vertrauensrats, wie stark der nationalsozialistische Staat mit dem AOG dazu ansetzte, den Bereich der Arbeit, also privater Erwerbsbetätigung, politisch und personell auf Linie zu bringen wie auch ideologisch mit seinen Gemeinschaftsbeschwörungen zu durchdringen.

5. Zwischenfazit

Wenn mit Blick auf das AOG konstatiert wird: „Das kollektive Arbeitsrecht ist seitdem besiegt und gehört mit Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung, Schlichtung und Arbeitskampf einer versunkenen Zeit an“,⁴⁴ so ist dem im Ergebnis zuzustimmen. Zugleich ist aber zu betonen, dass dies nicht nur zulasten der Arbeitnehmer ging, die mit dem AOG 1934 alles an Rechten verloren, das sie seit der Novemberrevolution zu ihrer Emanzipation gerade erst erlangt hatten: Möglichkeiten zur kollektiven Einflussnahme auf die Gestaltung der Arbeitsverhältnisse verblieben der Arbeiterschaft keine.

Auch der Arbeitgeber hatte Einbußen an Autonomie zu verzeichnen. Das AOG erlöste ihn zwar von internen Querelen mit dem Betriebsrat als ewigem Antagonisten, wirkliche Freiheit war den Unternehmern in der Arbeitsordnung der Nationalsozialisten indes nicht vergönnt. Dafür entprivatisierte das AOG viel zu umfassend das gesamte betriebliche Arbeitsleben zugunsten staatlicher Überwachung, Regulierung und Lenkung. Der Wegfall des kollektiven Arbeitsrechts brachte den Arbeitgebern daher nicht das Maß an Freiheit wieder, das ihnen allein nach BGB-Recht zugekommen war.⁴⁵

⁴³ Vgl. hierzu auch *Däubler* (Fn. 18), § 5 Rn. 4.

⁴⁴ *Dietz*, AOG, 7. Aufl. 1942, S. 1.

⁴⁵ Vgl. *Heller* (Fn. 6), S. 262.

Die Regelung der kollektiven Arbeitsbedingungen ging ab Erlass des AOG immer mehr in die Hände des Staates über. Im Hinblick auf die Kriege, die da kommen würden, erfolgte die Abschaffung des kollektiven Arbeitsrechts mit dem Ziel, darin der Kriegswirtschaft einen Dienst zu erweisen. Zugunsten dieses Ziels verlor die Arbeit ihren privaten Charakter, folglich bestand auch für Ideen wie Privatautonomie kein Raum mehr. Insofern wäre der oben zitierte AOG-Kommentator *Rolf Dietz* dahingehend zu ergänzen, dass das AOG gleichermaßen eindrücklich Zeugnis davon ablegte, wie sehr auch die Grundanliegen des BGB von der ideologischen Warte der Nationalsozialisten aus einer „versunkenen Zeit“ entstammten.

II. Individuelles Arbeitsrecht

1. Das Arbeitsvertragsrecht im Nationalsozialismus

Anders als das kollektive Arbeitsrecht war das individuelle oder Arbeitsvertragsrecht mit dem Dienstvertrag nach § 611 BGB im Vorfeld des Nationalsozialismus direkt im Bürgerlichen Gesetzbuch verankert. Und anders als das kollektive Arbeitsrecht wurde das BGB nicht kurzerhand ersetzt, sondern blieb über die ganze Zeit des Nationalsozialismus in Kraft.⁴⁶ Das AOG wiederum betraf in seinen äußeren, unmittelbar sichtbaren rechtlichen Wirkungen – also in der Abschaffung des bisherigen kollektiven Arbeitsrechts und der Neuschaffung von Institutionen wie den Treuhändern usw. – das Arbeitsvertragsrecht praktisch nicht, sieht man von einigen Kündigungsschutzvorschriften der §§ 56 ff. AOG einmal ab. Eine Definition des Arbeitsverhältnisses blieb das AOG beispielsweise schuldig. Gleichwohl aber konnte das ideologische Wertesystem, das die Nationalsozialisten mit dem AOG ins Arbeitsrecht einführten, nicht ohne Auswirkungen auf das individuelle Arbeitsverhältnis bleiben.

Dies war auch intendiert: Wiewohl das BGB zwar in Kraft blieb, hätten es die Nationalsozialisten dennoch am liebsten zur Gänze ersetzt gesehen. Als Gesetzeswerk zur Regelung individueller Interessen lief es der kollektivistischen nationalsozialistischen Weltanschauung zuwider, in seiner römisch-rechtlichen Prägung galt es als artfremd.⁴⁷ Demgemäß stand im Parteiprogramm auch die Forderung nach einem „Ersatz für das der materialistischen Weltordnung dienende römische Recht durch ein deutsches Gemeinrecht“.⁴⁸ Getreu dieser Devise ging man 1934 dann davon aus, mit dem AOG sei auch das

⁴⁶ *Eisenhardt* (Fn. 2), Rn. 868 f.

⁴⁷ Vgl. hierzu *Eisenhardt* (Fn. 2), Rn. 874 ff.; *Meder*, Rechtsgeschichte, 6. Aufl. 2017, S. 426 ff.

⁴⁸ *Rosenberg* (Fn. 1), S. 12.

Arbeitsvertragsrecht im Lichte des Gemeinschaftsgedankens „in seinem Wesen von Grund auf geändert und gewandelt“.⁴⁹

2. Das Arbeitsverhältnis als personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis

Anknüpfungspunkte für diese „Wandlung“ fanden sich auch in der Rechtsgeschichte. Wurden in der Antike nach römischem Recht niedere Dienste, *operae illiberales*, von jemandem ausgeführt, der nicht als Sklave im Eigentum des beauftragenden Arbeitgebers stand, gründete sich das zugrundeliegende Rechtsverhältnis auf einen rein schuldrechtlichen Vertrag in Analogie zur Sachmiete (*locatio conductio operarum*).⁵⁰ In der feudalen Epoche wiederum fand Arbeit praktisch nicht unter Absehung ihres Gemeinschaftsbezuges statt.⁵¹ Die Arbeitsverfassung war an den Hörigkeitsverhältnissen ausgerichtet und dabei personenrechtlich geprägt: Der Herr konnte kraft seiner Herrschaftsgewalt Dienstleistungen beanspruchen; wie Untertanen schuldete auch freies Gesinde seinem Muntherrn Arbeit, Gehorsam und Treue, genoss als Mitglied der Hausgemeinschaft aber auch die Fürsorge des Herrn.⁵²

Erst im 19. Jahrhundert, nach dem Untergang der feudalen Gesellschaft und der Liberalisierung im Zuge der Gewerbefreiheit, setzte sich das Prinzip der Vertragsfreiheit durch, sodass nunmehr für ein Arbeitsverhältnis – idealtypisch – ein frei ausgehandelter und frei geschlossener schuldrechtlicher Vertrag am Anfang stehen sollte.⁵³ Das BGB, in das der Arbeitsvertrag nur über den Dienstvertrag nach §§ 611 ff. Eingang fand, folgte dieser Konzeption.⁵⁴ Gerade vor dem Hintergrund der fortschreitenden Industrialisierung war jedoch zutage getreten, dass die Position des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber strukturell bedingt schwach war. Auf diese Besonderheit reagierte der Gesetzgeber mit ergänzenden Vorschriften zum Arbeitsvertrag, die über die schuldrechtlichen Kernaspekte hinausgingen und das Wohl des Arbeitnehmers im Blick hatten: Vorschriften zum Arbeitsschutz zählen etwa dazu, ebenso die Regelungen zur Sozialversicherung, genauso auch das kollektive Arbeitsrecht. All das zog zwar der Freiheit des Vertrags Grenzen, beeinträchtigte aber nicht die

⁴⁹ Hueck/Nipperdey/Dietz (Fn. 14), § 2 Rn. 16.

⁵⁰ Heller (Fn. 6), S. 238 f.

⁵¹ Neusser, Dienstvertrag, 2020, S. 1, abrufbar unter: https://www.hrgdigital.de/download/_sid/TRDA-708459-BVKQ/pdf/dienstvertrag.pdf (zuletzt abgerufen am 27.12.2020).

⁵² Richardi/Fischinger, in: Staudinger, 2020, vor § 611a Rn. 4; Neusser (Fn. 51), S. 1.

⁵³ Richardi/Fischinger, in: Staudinger (Fn. 52), vor § 611a Rn. 5; Neusser (Fn. 51), S. 1.

⁵⁴ Neusser (Fn. 11), S. 1 f.

grundsätzliche Annahme, dass ein schuldrechtlicher Vertrag die Grundlage des Arbeitsverhältnisses sein sollte.⁵⁵ Ein Arbeitsvertrag fußte somit als schuldrechtlicher Konsensualvertrag auf römisch-rechtlicher Grundlage, bezog aber gerade in seinen fürsorgenden Aspekten deutsch-rechtliche Elemente mit ein.⁵⁶

Schnittmengen zwischen Gemeinschaftsgedanke und Arbeitsvertrag bestanden somit bereits, als die Nationalsozialisten an die Macht kamen. *Otto von Gierke* hatte etwa einige Jahre zuvor die deutsch-rechtlichen Elemente des Dienstvertrags besonders hervorgehoben.⁵⁷ 1914 beurteilte er das – seinerzeit gegenwärtige – deutsche Arbeitsrecht dahingehend, dass „auf Kosten der Vertragsfreiheit die *berufsorganisatorische* Funktion des Dienstvertrages, sein *Persönlichkeitswert* und seine *Vergemeinschaftungskraft* zu machtvoller Geltung gelangt“ seien.⁵⁸ Was in *Gierkes* Beobachtung zum Ausdruck kommt, sind Anleihen bei dem von ihm so bezeichneten Treudienstvertrag deutsch-rechtlicher Herkunft. Damit bezeichnete er einen nicht schuldrechtlich, sondern rein personenrechtlich konstruierten Urtypus des Dienstvertrags.⁵⁹ Inwieweit er hierbei eigene rechtliche Entwürfe in die Geschichte zurück projizierte und zugleich seiner Zeit überstülpte,⁶⁰ kann an dieser Stelle offenbleiben, jedenfalls aber wird deutlich, dass Ausführungen dieser Art, die auf den „personenrechtlichen Gehalt“ des Dienstvertrags und die prägenden „germanischen Grundgedanken“ rekurrierten,⁶¹ den Nationalsozialisten als Vorbild gedient haben dürften, als sie mit dem AOG das Arbeitsverhältnis nunmehr zu einem „personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis“ undefiniert sahen.⁶²

Bereits die Emphase der Betriebsgemeinschaft weist auf die ideologiekonforme Umdeutung des Arbeitsvertrags in Richtung etwa eines Treudienstvertrags *Gierke'scher* Prägung hin, ausbuchstabiert finden sich in Anlehnung an die deutsche Rechtsgeschichte entworfene Typusvorstellungen aber in § 2 Abs. 2 AOG. Dort wird dem Betriebsführer die Pflicht auferlegt, „für das Wohl der

⁵⁵ *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, 8. Aufl. 2017, S. 393.

⁵⁶ *Heller* (Fn. 6), S. 240 f.

⁵⁷ *v. Gierke*, Die Wurzeln des Dienstvertrags, in: FS Brunner, 1914, S. 39 (40 ff.).

⁵⁸ *Ebd.*, S. 54.

⁵⁹ Vgl. *ebd.*, S. 40 ff.

⁶⁰ Vgl. zu dieser Kritik *Neusser* (Fn. 51), S. 1; *Söllner*, Entwicklungslinien im Recht des Arbeitsverhältnisses, in: NS-Recht in historischer Perspektive, 1981, S. 135 (137).

⁶¹ *v. Gierke* (Fn. 57), S. 54.

⁶² So etwa *Hueck/Nipperdey/Dietz* (Fn. 14), § 2 Rn. 16; *Siebert*, Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung der nationalen Arbeit, 1935, S. 16; ähnlich auch *Nikisch*, Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis, 1941, S. 45.

Gefolgschaft zu sorgen“, die ihrerseits „ihm die in der Betriebsgemeinschaft begründete Treue zu halten“ habe, was doch stark an jene Pflichten erinnert, wie sie beispielsweise im Lehnswesen geschuldet waren.⁶³ Diese Begrifflichkeiten – Gemeinschaft, Gefolgschaft, Fürsorge und Treue – markieren die Eckpunkte des Vorstellungsbildes, das die Nationalsozialisten von dem rechtlichen Verhältnis zwischen individuellem Arbeitnehmer und Arbeitgeber entwarfen.

3. Inhalt und Charakter des Arbeitsverhältnisses

Nach § 2 Abs. 2 AOG war von Arbeitnehmer und Arbeitgeber also „Treue“ gefordert. Damit verabschiedete man sich davon, Arbeitsleistung und Lohn als synallagmatische, in Ausgleich miteinander zu bringende Pole eines Arbeitsverhältnisses zu begreifen. Anders als etwa Arbeitszeiten ließ sich „Treue“ nicht zur Verhandlungssache machen, konnte nicht nach Stunden oder Tagen bemessen werden, nahm keine Rücksicht auf individuelle Vorstellungen. „Für die Auffassung des Arbeitsverhältnisses als eines schuldrechtlichen Vertrags“, schlussfolgerte der Kommentar von *Hueck/Nipperdey/Dietz*, „ist schlechterdings kein Raum mehr“.⁶⁴ Die Eigenart des Arbeitsverhältnisses sei inkompatibel damit, es mit dem BGB als Summe einzelner Rechte und Pflichten zu begreifen, denn als Verhältnis innerhalb der Betriebsgemeinschaft sei es getragen von der „totalen Eingliederung der Person in die sie vollumfassende Gemeinschaft“.⁶⁵ Das zugrundeliegende Treueverhältnis, die Hauptpflicht innerhalb des Rechtsverhältnisses,⁶⁶ lasse sich daher auch „niemals tatbestandlich erschöpfend typisieren oder normieren“, die jeweiligen „Ansprüche und Pflichten [seien] nur einzelne Auswirkungen und Mittel zur Durchführung“.⁶⁷

Diese Sicht auf das Arbeitsverhältnis verweigerte sich konsequent jedwedem Denken in individuellen Interessen als begründendem Fundament, alles Individuelle war verdrängt von der Gemeinschaft als umfassendem, totalem Prinzip: „So wird die Gemeinschaft zur alles beherrschenden und alles durchdringenden Lebens- und Gestaltungsgrundlage für alle im Volke vorhandenen und tätigen Kräfte“,⁶⁸ beschwor der später in Heidelberg in Amt und Würden lehrende Rechtswissenschaftler *Wolfgang Siebert* die neue Ausrichtung des Arbeitslebens.

⁶³ Vgl. zum Überblick *Meder* (Fn. 47), S. 223 ff.

⁶⁴ *Hueck/Nipperdey/Dietz* (Fn. 14), § 2 Rn. 16.

⁶⁵ *Siebert* (Fn. 62), S. 15.

⁶⁶ *Hueck/Nipperdey/Dietz* (Fn. 14), § 2 Rn. 16s, 17; vgl. auch *Söllner* (Fn. 60), S. 143.

⁶⁷ *Siebert* (Fn. 62), S. 15.

⁶⁸ *Ebd.*, S. 11.

Im Hinblick auf das BGB bedeutete die Abkehr vom Arbeits- als einem schuldrechtlichen Vertrag etwa, dass insbesondere die Regeln der §§ 320 ff. BGB über synallagmatische Verträge bei Arbeitsverhältnissen nach verbreiteter Ansicht nicht mehr heranzuziehen waren oder zumindest nach dem Willen der AOG-Schöpfer nicht mehr herangezogen werden sollten.⁶⁹ Auch die Anwendung anderer Normen, z. B. des Allgemeinen Teils, stand unter dem Vorbehalt, dass die Normen nicht „diesem Wesen des Arbeitsverhältnisses und der Betriebsgemeinschaft widersprechen“.⁷⁰

Die rechtliche Sonderbehandlung des Arbeitsverhältnisses ging rechtsphilosophisch mit den Ideen von *Carl Schmitt* und dem von ihm propagierten Denken in „konkreten Ordnungen“⁷¹ Hand in Hand: Der Betrieb stellte demnach eine eigene „Ordnung“ dar, der in der nationalsozialistischen Ideologie auch aufgrund der wirtschaftlichen Bedeutung ein besonderer Stellenwert zukam. Dieser „Ordnung“ sollte keine als künstlich empfundene rechtliche Strukturierung von außen, also dem BGB, auferlegt werden, vielmehr sollten sich rechtliche Aspekte aus den gleichsam naturwüchsigen Eigenarten der jeweiligen „Ordnung“ ergeben.⁷² Dadurch erklärt sich das Abstandnehmen vom vertraglich-individuellen Interessendenken, da das AOG statt der „undeutsche[n] Vorstellung des rein vermögensrechtlichen Austauschverhältnisses“⁷³ gerade die Betriebsgemeinschaft in den Vordergrund rückte, die ihrerseits nach § 1 AOG „zum gemeinen Nutzen von Volk und Staat“ tätig wurde. Privatinteressen hatten demgegenüber zurückzutreten, Arbeit war ein „politischer Tatbestand“.⁷⁴

4. Die Begründung des Arbeitsverhältnisses

Wo Arbeit aber nicht mehr als Erfüllung eines Austauschvertrags verstanden wurde, ergab sich zwingend auch die Frage danach, wodurch die Arbeitsverhältnisse im neuen Staat eigentlich begründet wurden. Schließlich musste ein herkömmlicher, von privaten Interessen getragener Vertrag wenig plausibel erscheinen im Zusammenhang mit dem „personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis“. Angesichts dieses Problems wurden im Wesentlichen

⁶⁹ Beispielsweise *RAG*, ARS 37 (1940), 230 (236 ff.); vgl. *Söllner* (Fn. 60), S. 139 f.

⁷⁰ *Hueck/Nipperdey/Dietz* (Fn. 14), § 2 Rn. 16r.

⁷¹ *Schmitt*, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, 1934, S. 57 ff.; vgl. auch *Böckenförde*, Ordnungsdenken, konkretes, in: *Ritter/Gründer/Gabriel*, Historisches Wörterbuch der Philosophie Online, 2017; *Rütters* (Fn. 55), S. 379 f.

⁷² Vgl. *Schmitt* (Fn. 71), S. 63 f.

⁷³ *Siebert* (Fn. 62), S. 53.

⁷⁴ *Rütters* (Fn. 3), S. 10 f.

zwei Lösungsansätze vertreten, die sich in ihrer dogmatischen Konstruktion unterschiedlich stark vom Rechtssystem des BGB entfernten.

a) *Vertragstheorie*

Die Traditionalisten unter den Arbeitsrechtlern versuchten, die bisherige Anschauung, ein Arbeitsvertrag sei Grundlage des Arbeitsverhältnisses, einigermaßen in die neue Ordnung des Arbeitslebens hinüberzuretten. Dazu deuteten sie den Inhalt eines Arbeitsvertrags getreu den ideologischen Vorgaben des AOG antiindividualistisch um: Zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber komme eine vertragliche Willenseinigung zustande, die jedoch nicht schuldrechtlich das Arbeiten und Einstellen, erst recht nicht materielle Arbeitsbedingungen zum Inhalt habe, sondern „auf die unmittelbare Begründung des Arbeitsverhältnisses selbst gerichtet“⁷⁵ sei. Im Rahmen dieser Willenseinigung sollte sich dann auch die Entstehung der personenrechtlichen Bezüge und die Aufnahme des Eingestellten in die bestehende Betriebsgemeinschaft vollziehen.⁷⁶ Die Anwendung von BGB-Vertragsrecht blieb möglich, musste dabei aber stets vereinbar sein mit den Besonderheiten der Betriebsgemeinschaft.⁷⁷

b) *Eingliederungstheorie*

Stark geprägt vom *Schmitt*'schen Ordnungsdenken strebte die Gegenauffassung danach, sich strikt an den tatsächlichen Lebensverhältnissen im betrieblichen Leben und dessen eigener „Ordnung“ zu orientieren.⁷⁸ Ihr zufolge brauchte es zur Begründung des Arbeitsverhältnisses überhaupt keinen Vertrag, da die Gemeinschaft eben auch keines Vertrages als Grundlage bedürfe, vielmehr sollte die „Eingliederung“ in den Betrieb das Arbeitsverhältnis begründen.⁷⁹ Alle vorherigen Abreden und Vereinbarungen, die man bisher als Arbeitsvertrag aufgefasst hatte, wurden in den Rang eines „Vorvertrags“⁸⁰ (sic) oder einer ergänzenden Vereinbarung zurückgestuft.

Von einer Eingliederung war jedoch nicht zu sprechen, sobald nur Arbeiter A im Betrieb des B den Hammer schwang. Vielmehr sei „auf der Seite des Eintretenden ein bewußtes Hineinstellen in den Betrieb und auf der anderen

⁷⁵ Hueck/Nipperdey/Dietz (Fn. 14), § 1 Rn. 17; vgl. auch Rütters (Fn. 55), S. 383.

⁷⁶ Hueck/Nipperdey/Dietz (Fn. 14), § 1 Rn. 18a f.

⁷⁷ Ebd., § 2 Rn. 16a ff.

⁷⁸ So v. a. Nikisch (Fn. 62), S. 29.

⁷⁹ Ebd., S. 48; vgl. auch Rütters (Fn. 55), S. 385.

⁸⁰ Hueck/Nipperdey/Dietz (Fn. 14), § 1 Rn. 17.

Seite eine Aufnahme durch den Betriebsherrn erforderlich“.⁸¹ Demnach war für die Eingliederung ebenfalls eine Übereinstimmung im Subjektiven notwendig, die ihrerseits aber allein darauf zielen sollte, der übergeordneten Gemeinschaft selbst beizutreten oder einen anderen in diese aufzunehmen; auf andere Aspekte des Arbeitsverhältnisses war diese Einigung nicht zu erstrecken, um so nicht schlussendlich doch wieder – *horribile dictu* – der Idee eines (faktischen) Vertrags gefährlich nahe zu kommen.

c) *Die Folgen der Theorien*

Mit der Vertragstheorie blieb der Vertrag als begründendes rechtliches Element erhalten, insofern bewirkte nach dieser Ansicht das AOG keinen radikalen Bruch mit der BGB-Tradition. Zwar gewährte ein solchermaßen gemeinschaftsbegründender Vertrag keine eigentliche Gestaltungsfreiheit mehr, im Endeffekt bedeutete die Vertragstheorie aber zunächst einmal eine ideologisch gefällige Verbrämung des Bisherigen.⁸² Allerdings führte der Gemeinschaftsaspekt des Arbeitsverhältnisses dazu, dass beispielsweise die BGB-Vorschriften zu Anfechtbarkeit und Nichtigkeit auf das Arbeitsverhältnis nicht länger wie auf ein gewöhnliches Schuldverhältnis angewandt werden konnten, was zuvor gängige Praxis gewesen war.⁸³ Nunmehr galt: War die Gemeinschaft zwischen Angestelltem und Unternehmer erst einmal begründet, konnte sie nicht wieder *ex tunc* vernichtet werden, lediglich *ex nunc*.⁸⁴ Man leitete also aus dem Wesen des personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses ab, was heute in Bezug auf Dauerschuldverhältnisse wie etwa Arbeitsverträge anerkannte Regel ist.⁸⁵

Demgegenüber stimmten die Vertreter der Eingliederungstheorie mit den rechtspolitischen Zielen der Nationalsozialisten überein, die bestehendes BGB-Recht verwerfen und ersetzt sehen wollten. So sollte die ideologisch überhöhte Betriebsgemeinschaft als eigene Ordnung Geltung vor allem anderen haben: Zentral war die Ausrichtung aller gemeinsamer Arbeit auf das Wohl des Volkes, Privatinteressen waren unerheblich. In ihrer Bindung an die Betriebsgemeinschaft wurden alle subjektiven und insbesondere alle einstmals vertraglichen Rechte der Gemeinschafts-angehörigen fraglich, weswegen die Gemeinschaftsideologie des AOG auch von Zeitgenossen als potentiell Mittel zur Entrechtung sowohl des Arbeiters als auch des Unternehmers kritisiert

⁸¹ Siebert (Fn. 62), S. 87.

⁸² Rütbers (Fn. 55), S. 388.

⁸³ RAG, ARS 36 (1939), 147 (148) mit Anm. Hueck, 151 (151); Deventer (Fn. 11), S. 17.

⁸⁴ Hueck/Nipperdey/Dietz (Fn. 14), § 2 Rn. 16b.

⁸⁵ Roth, in: Staudinger (Fn. 52), § 142 Rn. 34.

wurde,⁸⁶ einer Entrechtung letztlich zugunsten eines beliebig in die Wirtschaft eingreifenden Staates.

5. Ausblick: Rechtsprechung im Zeichen des AOG

Inwieweit das AOG einen faktischen „Abschied vom BGB“, wie 1937 der Justizstaatssekretär *Franz Schlegelberger* ihn rechtspolitisch forderte,⁸⁷ im Arbeitsvertragsrecht bewirkte, kann nur an der Rechtsprechungspraxis bemessen werden, auf die hier nur mehr ein Ausblick gegeben werden kann.

Die Rechtsprechungspraxis des *Reichsarbeitsgerichts* zeigte sich schillernd. Die Betriebsgemeinschaft als Grundlage allen Arbeitsrechts übernahm das *Gericht*, gleichwohl behielt es aber seine Ansicht bei, Ansprüche aus einem Arbeitsverhältnis seien auf einen Arbeitsvertrag zurückzuführen. Insoweit neigte es der Vertragstheorie zu, war dabei aber wenig zögerlich, den Gemeinschaftsaspekt so stark zu gewichten, dass BGB-Vorschriften wie die §§ 323–326 BGB unanwendbar blieben.⁸⁸ Schließlich, so betonte das *Gericht*, sei das Rechtsverhältnis zwischen Arbeiter und Unternehmer „kein reines Schuldverhältnis im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches“, sondern „vornehmlich ein personenrechtliches, auf Treue und Fürsorge gegründetes Gemeinschaftsverhältnis“.⁸⁹

Die Übernahme des Betriebsgemeinschaftsdenkens bedeutete jedoch nicht, dass sich das *Reichsarbeitsgericht* dadurch zum willfährigen Instrument der politischen Machthaber gemacht hätte. Vielmehr ergingen seitens des *Gerichts* auch einige Urteile, in denen sich Zivilcourage zeigte, was sich gerade dort feststellen lässt, wo Juden erfolgreich um ihre Ansprüche stritten.⁹⁰ So führte die Ablehnung der §§ 323–326 BGB im oben genannten Fall gerade dazu, dass dem klagenden Juden, dem aufgrund staatspolizeilicher Anordnung das Erbringen seiner Arbeitsleistung unmöglich geworden war, ein Lohnfortzahlungsanspruch aus Gründen der Treu- und Fürsorgepflicht zugesprochen wurde.⁹¹

⁸⁶ Vgl. die Kritik bei *Mansfeld*, DArbR 4 (1936), 118 (120 f.); *Hentschel*, DArbR 4 (1936), 299 (300).

⁸⁷ *Schlegelberger*, Abschied vom BGB. Vortrag, gehalten in der Universität zu Heidelberg am 25. Januar 1937, Berlin 1937.

⁸⁸ Beispielsweise *RAG*, ARS 37 (1940), 230 (236 ff.); vgl. auch m. w. N. *Rüthers* (Fn. 55), S. 393 ff.

⁸⁹ *RAG*, ARS 37 (1940), 230 (236).

⁹⁰ Mit Beispielen *Mayer-Maly* (Fn. 6), S. 238 ff.

⁹¹ *RAG*, ARS 37 (1940), 230 (240).

Neben Wertungsfragen – beispielsweise: Steht jüdische Abkunft der Zugehörigkeit zur Betriebsgemeinschaft entgegen und rechtfertigt dies eine Kündigung? –⁹² provozierte die Betriebsgemeinschaft auch eigenständige Rechtsschöpfungen. Die heute über § 276 Abs. 1 S. 1 BGB anerkannte Haftungserleichterung für Arbeitnehmer im Rahmen ihrer (ursprünglich: gefahrgeneigten) Tätigkeit⁹³ nahm etwa ihren Anfang mit einem Urteil des *Arbeitsgerichts Plauen* im Jahr 1936.⁹⁴ Hiernach haftete ein Berufskraftfahrer nicht für leichte Fahrlässigkeit, womit das *Gericht* die damalige Haftungsregelung des § 276 BGB a. F. durchbrach. Das *Reichsarbeitsgericht* übernahm diese richterrechtliche Enthftung des Arbeitnehmers in der Folgezeit. Zur Begründung führte es Verschiedenes an, nannte dabei aber auch die Treu- und Fürsorgepflicht des Arbeitgebers sowie die Betriebsgemeinschaft.⁹⁵

C. Fazit: staatliche Gestaltung statt vertraglichen Interessen-ausgleichs

Das kollektive Arbeitsrecht war nach dem Erlass des AOG beseitigt. Die Arbeiter verloren ihre Mitwirkungsrechte, aber auch die Arbeitgeber büßten durch Institutionen wie die Treuhänder der Arbeit an Freiheit ein. Die auf dem Gedanken der Privatautonomie beruhende Regelung der Arbeitsbedingungen ging insgesamt dem Feld eigenverantwortlicher Gestaltung verloren zugunsten eines starken Staates, dem weitreichende Eingriffsbefugnisse in eine zwar nicht wirtschaftlich entprivatisierte, in ihrer Organisation aber weithin veröffentlichte Arbeitslandschaft gewährt wurden. Raum für Handeln im Sinne der Grundprinzipien des BGB wurde durch das AOG in großem Umfang abgeschafft, an seine Stelle trat mehr und mehr autoritäres, staatliches „Arbeitsverwaltungsrecht“.⁹⁶

In das Arbeitsvertragsrecht, das bis zum Erlass des AOG grundsätzlich dem BGB gefolgt war, schien das AOG zunächst nicht einzugreifen, schließlich bezog es hierzu nicht ausdrücklich Stellung. Gleichwohl strahlte insbesondere die im AOG gesetzlich verankerte Gemeinschaftsideologie auf das Verständnis des einzelnen Arbeitsverhältnisses aus. Die individuelle Selbstbestimmung trat als

⁹² Vgl. RAG, ARS 39 (1940), 383 (386); *Deventer* (Fn. 11), S. 15, 18.

⁹³ *Caspers*, in: Staudinger, 2019, § 276 Rn. 135.

⁹⁴ *ArbG Plauen*, ARS 29 (1937), 62 (62, 64); vgl. ferner *Söllner* (Fn. 60), S. 145 f.

⁹⁵ Beispielsweise RAG, ARS 41 (1940), 55 (60) mit Treu- und Fürsorgepflicht als argumentativem Ausgangspunkt; RAG, ARS 41 (1940), 259 (264 f.) mit besonderer Betonung der Betriebsgemeinschaft; vgl. auch *Gamillscheg/Hanau*, Die Haftung des Arbeitnehmers (Beiträge zum Privat- und Wirtschaftsrecht 3), 2. Aufl. 1974, S. 44 m. w. N.

⁹⁶ *Becker*, Die Betriebs- und die Volksgemeinschaft als Grundlage des „neuen“ NS-Arbeitsrechts, in: Buggeln/Wildt, Arbeit im Nationalsozialismus, 2014, S. 107 (120 f.).

entscheidende Wertungsgrundlage zurück. Dabei bewirkte das AOG insofern auch ganz konkret einen „Abschied vom BGB“,⁹⁷ als sich der Rückgriff auf die in § 1 AOG proklamierte Betriebsgemeinschaft dazu nutzen ließ, beliebige als überkommen erachtete rechtliche Regelungen abzulehnen. Das ebnete zugleich den Weg, das Recht in nationalsozialistisch-systemkonformer Weise weiterzuentwickeln.

Die Ergebnisse dieses Prozesses entfernten das Recht von der Form, die ihm durch das BGB gegeben war – dies umfasste Überlegungen zu dessen genereller Unanwendbarkeit im Arbeitsrecht, bedingte die Umdeutung wertungsoffener Begriffe, führte in Ausnahmefällen aber auch zu Gedanken, die heute zumindest mittelbar ihren Niederschlag im BGB gefunden haben: Als der Gesetzgeber den § 276 BGB im Zuge der Schuldrechtsmodernisierung neu formulierte, dachte man bei der Möglichkeit, dass sich eine „mildere Haftung [...] aus dem sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses“ ergibt, gerade an die Haftungserleichterung für Arbeitnehmer.⁹⁸ Eine umfassende Wirkungsgeschichte des AOG ist insoweit aber noch zu schreiben.

⁹⁷ *Schlegelberger* (Fn. 87), Titel.

⁹⁸ BT-Drucks. 14/6857, S. 48; gleichwohl wird üblicherweise aber § 254 BGB entsprechend herangezogen, vgl. *Richardi/Fischinger*, in: Staudinger, 2019, § 619a Rn. 86 f.

Fabian Eichmeier*

Die Verfassungs- und Grundrechtstheorie in der DDR in den Schriften von *Hermann Klenner* und *Eberhard Poppe*

Abstract

Bei der Aufarbeitung der Geschichte der deutschen Staatsrechtswissenschaft lag der Schwerpunkt bisher insbesondere auf der historischen Erfassung des 20. Jahrhunderts mit den großen Staatstheoretikern der Vor- und Nachkriegszeit. Die Aufarbeitung der Staatsrechtswissenschaft jenseits des Eisernen Vorhangs nahm jedoch nur eine untergeordnete Rolle ein. Dem Forschungsdefizit bezüglich der Verfassungs- und Grundrechtstheorie in der DDR soll mit diesem Beitrag begegnet werden. Der Beitrag beleuchtet zum einen das grund- und menschenrechtliche Verständnis des DDR-Staatsrechts sowohl abstrakt als auch mit dem Grundrecht auf Bildung an einem konkreten Beispiel. Zum anderen erforscht er, wie die Beziehung zwischen Staat und Bürger in der DDR theoretisch ausgestaltet wurde.

* Der Verfasser studiert seit dem Wintersemester 2018/19 Rechtswissenschaft an der Universität Bayreuth. Der vorliegende Beitrag basiert auf einer Seminararbeit, die im Schülerstudium im Sommersemester 2017 im Rahmen des Seminars „Verfassungstheorien in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts“ bei Prof. Dr. *Oliver Lepsius*, LL.M entstand.

A. Einleitung

Auf den ersten Blick verspricht die Erforschung des Staatsrechts der DDR keinen großen Mehrwert. Weder für die ehemaligen Bewohner dieses Staates, die damals und auch heute noch andere Probleme mit ihrem damaligen Staat hatten bzw. haben, noch für Personen aus dem Westen, welche zum Teil mit unverborgener Arroganz, bedingt durch das eigene Wirtschaftswunder und den eigenen Erfolg, auf den Nachbarstaat hinter dem „Eisernen Vorhang“ herabsahen. Bis auf einige wenige Vertreter hat sich die Rechtswissenschaft mit der DDR auch nach der deutschen Einheit noch nicht beschäftigt.¹ Die rechtswissenschaftliche Aufarbeitung der Weimarer Republik und des anschließenden menschenverachtenden Terrorregimes des Nationalsozialismus fand dagegen viel umfassender statt.²

Ungeachtet dessen ist das Recht der DDR ein Teil unserer Geschichte – ein Teil der deutschen Rechtsgeschichte. Daher lohnt es sich, das Rechtssystem der DDR insbesondere aus staatsrechtlicher Perspektive zu beleuchten. Wie verhielt es sich mit der Beziehung von Staat und Bürger in einer sozialistischen Diktatur? Gab es in der DDR Menschenrechte und eine verlässliche theoretische Verankerung? Wenn ja, wie wurden Menschenrechte rechtlich verwirklicht und welche Rolle spielte der Sozialismus dabei? Wie sah man in der DDR die Grundrechte in der BRD?

Die Ideen des Sozialismus lassen sich auch im Recht der DDR finden. Ideen, welche sich zum Teil auch heute noch auf die rechtswissenschaftliche Forschung und das Rechtssystem auswirken können. Die Betrachtung des Rechtssystems in einem sozialistischen Staat eröffnet der Rechtswissenschaft neue Möglichkeiten der Auslegung und der Fortbildung des Rechts aus einem anderen Blickwinkel. Zur Aufarbeitung des DDR-Staatsrechts soll dieser Beitrag unterstützen, indem die Theorien führender Staatsrechtler der DDR, mithin *Hermann Klenner* und *Eberhard Poppe*, vorgestellt und auf den Einfluss durch *Karl Marx'* Rechtstheorien untersucht werden.

¹ Einige wenige Ausnahmen davon sind z. B.: *Markovits*, Die Abwicklung. Ein Tagebuch zum Ende der DDR-Justiz., 1993; *Schröder*, Recht und Gerechtigkeit, Erwartungen und Enttäuschungen hinsichtlich der Rechtsordnung im vereinigten Deutschland, NJW 1999, 3312 ff.; *Limbach*, Recht und Unrecht in der Justiz der DDR – Fakten, Folgen, Überwindung., ZRP 1992, 170.

² Vgl. dazu exemplarisch *Dreier*, Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus, VVDStRL 60 (2001), 9.

B. Das Staatsrecht der DDR und deren Verfassung im historischen Kontext

Zunächst soll ein kurzer Überblick über die verfassungsrechtlichen Grundlagen in der DDR gegeben werden. Die Verfassung der DDR wurde, im Gegensatz zu der Verfassung der BRD, während der Existenz des Staates zweimal aufgehoben und neu gefasst. Bereits 1968 wurde die erste Verfassung der DDR von 1949 wieder aufgehoben und neu verkündet, bevor 1974 nach der Machtübernahme *Erich Honeckers* die bis 1990 gültige Verfassung beschlossen wurde. Deren Änderungen lassen sich zum Großteil auf den Umgang der DDR mit der UdSSR und den Staaten des Westens zurückführen. Auch die innenpolitischen Verhältnisse, die trotz der kurzen Existenzdauer der DDR zeitweise zu einer deutlichen Dichotomie von Verfassungstheorie und Verfassungsrealität führten, waren hierbei maßgeblich. Der Bedeutungsgehalt der Verfassung der DDR (VDDR) wandelte sich vielmehr durch sich ändernde Wortlautauslegungen der Verfassung und durch offensichtlich verfassungsfeindliche Gesetze, gegen welche nicht geklagt werden konnte.³

I. Der Aufbau der Verfassung

Die Verfassung der DDR gliedert sich in drei Teile. Im ersten Teil, den „Grundlagen der Staatsgewalt“, werden die Grundsätze der VDDR wiedergegeben. Dieser Teil wird in der Verfassung von 1968 mit dem zweiten Teil, dem „Inhalt und [den] Grenzen der Staatsgewalt“ zu einem einzigen Teil, „Grundlagen der sozialistischen Gesellschafts- und Staatsordnung“, zusammengefasst. Beide Teile zusammen lassen sich als Grundrechtsteil mit vielfältigen weiterführenden Hinweisen verstehen, der verglichen mit dem Umfang des Grundrechtsteiles im Grundgesetz deutlich größer ist und einen Schwerpunkt der Verfassung ausmacht. Im Teil „Aufbau der Staatsgewalt“ bzw. „Aufbau und System der staatlichen Leitung“ lassen sich die staatsorganisationsrechtlichen Grundsätze der DDR feststellen. Eine klare Anlehnung an die Verfassung der Weimarer Republik (WRV) ist zumindest in der Erstfassung von 1949 noch zu erkennen, wie beispielsweise bei den Wahlrechtsgrundsätze aus Art. 51 Abs. 1 VDDR 1949, die heute in Art. 38 GG zu finden sind, jedoch mit einer Ausnahme: von „freier“ Wahl wird eindeutig nicht gesprochen. Auch an anderen Stellen ist die WRV als Verfassung, an welche die VDDR 1949 angelehnt ist, zu erkennen: So wurde beispielsweise die Gewissensfreiheit jedes einzelnen Abgeordneten in Art. 51 Abs. 2 VDDR 1949

³ *Mampel*, Die Verfassung der Sowjetischen Besatzungszone Deutschlands, 1962, Präambel Etl. 7 lit. b; siehe unten **D**.

bereits in Art. 21 WRV normiert. Ebenso wurde die politische Immunität, dargelegt in Art. 37 WRV, in der VDDR 1949 in Art. 67 niedergeschrieben.⁴

II. Föderalismus in der DDR

Wesentlich für den Föderalismus war die Verwaltungsreform von 1952.⁵ Durch diese wurde im gesamten Staatsgebiet die Gliederung des Staates in Länder aufgehoben. Eigene Landesregierungen, Landesverfassungen und Verwaltungen der Länder schaffte man ab.⁶ Stattdessen fand eine Unterteilung der administrativen Verwaltung in 14 unselbstständige Bezirke statt, welche sich wiederum in einzelne Kreise untergliederten.⁷ Die Länderkammer, in der VDDR 1949 als föderalistische zweite Kammer der Legislative neben der Volkskammer festgelegt, wurde 1958 offiziell aufgelöst.⁸ Sie war jedoch durch die Auflösung der Länder im Zuge der oben genannten Verwaltungsreform bereits obsolet geworden. Durch die einzelnen Bezirke und Kreise sollte im Sinne des „demokratischen Zentralismus“ eine Nähe zum Bürger erreicht werden, ohne zu viel Exekutivgewalt an die Länder abgeben zu müssen.⁹

III. Die Grundrechte, deren Anwendung und ihre Verbindlichkeit

Die VDDR 1949 gesteht den Bürgern in allen ihren Versionen umfassende Grundrechte wie Meinungsfreiheit (Art. 27), Gleichheitsrechte (Art. 19 Abs. 3, 20) oder die Unverletzbarkeit der Wohnung (Art. 37 Abs. 3) zu. Eine Vielzahl dieser Grundrechte lässt sich ebenso im Grundgesetz finden (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG, Art. 3 Abs. 1 GG, Art. 13 Abs. 1 GG). Rechte, welche heute für uns in der BRD zwar selbstverständlich sind, die jedoch in der Verfassung der DDR fehlten, sind z. B. ein Recht auf freie Berufswahl, auf Kriegsdienstverweigerung oder ein Recht auf Freiheit der Kunst. Einige Rechte gingen gleichwohl sogar weiter als das Grundgesetz. Ein Arbeitsplatz wurde garantiert, auch ein Recht auf Bildung wurde in der VDDR 1949 normiert (Art. 25 Abs. 1).¹⁰ Im Gegensatz zur BRD gab es in der DDR jedoch keine Möglichkeit, tatsächlich die korrekte Anwendung der theoretisch gewährten Grundrechte zu überprüfen. Eine

⁴ *Mampel* (Fn. 3), Präambel Erl. 7 lit. a.

⁵ Gesetz über die weitere Demokratisierung des Aufbaus und der Arbeitsweise der staatlichen Organe in den Ländern der Deutschen Demokratischen Republik, GBl. der DDR 1952 I, Nr. 99, S. 613.

⁶ *Gruel/Assmann*, Staatsrecht der DDR, 2. Aufl. 1984, S. 259.

⁷ *Ebd.*

⁸ Gesetz über die Auflösung der Länderkammer der Deutschen Demokratischen Republik, GBl. der DDR 1958 I, Nr. 71 S. 867.

⁹ *Gruel/Assmann* (Fn. 6), S. 260.

¹⁰ *Beaucamp*, Warum die DDR kein Rechtsstaat war, JA 2015, 725 (727).

Gewaltenteilung war in der DDR nicht vorgesehen. Dies beruhte auf der marxistischen Rechtstheorie, welche bezüglich der Gewaltenteilung davon ausgeht, dass das Recht von der Arbeiterklasse selbst erlassen wird und daraus den Schluss zieht, dass die bürgerliche Gewaltenteilung ein Auswuchs kapitalistischer Unterdrückung sei. Wenn sich die Arbeiterklasse selbst ihr Recht schaffe, gebe es auch keine juristischen Streitigkeiten über das Recht, denn die Klasse habe sich das Recht ja selbst nach ihrem absoluten Klassenwillen gegeben.¹¹ Auch Instrumente wie die Verfassungsbeschwerde vor einem Verfassungsgericht gab es in der DDR nicht. Die Anwendung der Grundrechte war somit durch ihre Unüberprüfbarkeit der Willkür der Legislative und der Exekutive überlassen, sodass die Funktion des Grundrechtskataloges nur programmatisch war, und er allenfalls in der Anfangszeit der DDR, in welcher es noch bürgerliche Parteien gab,¹² zum inhaltlichen Kompromiss bestand.¹³

Obgleich die praktische Anwendung der Grundrechte, bedingt durch den diktatorischen Charakter der DDR, von sehr geringer Relevanz war, wurde doch in der Rechtswissenschaft der DDR, anders als in der BRD, ein nicht unerheblicher Teil der Forschung auf die Theorie der Grundrechte aufgewendet, wie die Schriften von *Klenner* und *Poppe* zu den Grundrechten¹⁴ verdeutlichen.

C. Historische Portraits von *Hermann Klenner* und *Eberhard Poppe*

Bevor nun nach dem Überblick über das Staatsrecht der DDR einzelne Aspekte des Grundrechtsverständnisses näher betrachtet werden sollen, empfiehlt es sich, zuerst die Biographien von *Hermann Klenner* und *Eberhard Poppe* in der SED-Diktatur zu betrachten.

I. *Hermann Klenner*

Hermann Klenner, geboren am 5.1.1926, wurde bereits mit 30 Jahren an der Humboldt-Universität zu Berlin Professor für Staatsrecht. Bereits 1958, also zwei Jahre nach seiner Ernennung zum Professor 1956, wurde er aufgrund eines Aufsatzes, in welchem er andere Ansichten als die der DDR-Spitze vertrat, abgesetzt und nach Mecklenburg-Vorpommern als Dorfbürgermeister versetzt. Nachdem er 1968 kurz an die Humboldt-Universität zurückkehrte, wurde *Klenner* nach einigen Wochen als Gastprofessor bereits wieder abgesetzt, da das Zentralkomitee der SED *Klenners* Schriften über den Prager Frühling nicht

¹¹ *Gruel/Assmann* (Fn. 6), S. 357.

¹² Z. B. die CDUD (der DDR-Ableger der CDU), LDPD oder NDPD.

¹³ *Beaucamp* (Fn. 10), S. 726.

¹⁴ Siehe **F. I.**

billigte. Bis 1989 arbeitete er an der Akademie für Staats- und Rechtswissenschaft in der DDR, kehrte dann dennoch als Gastprofessor wieder an die Humboldt-Universität zurück und lehrte dort weitere Jahre auch noch nach seiner Emeritierung 1991.¹⁵

II. Eberhard Poppe

Eberhard Poppe wurde am 12.9.1931 geboren. Ab 1971 wurde *Poppe* Abgeordneter der Volkskammer für den Kulturbund der DDR. Noch im selben Jahr nahm er die Tätigkeit als Rektor an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg auf, diese Position behielt er bis 1977. Im Rahmen der politischen Veränderungen als Folge des Mauerfalls wurde *Poppe* in der Volkskammer mit weitreichenden Aufgaben betraut, ehe er ebenso wie *Klenner* 1991 vorzeitig emeritiert wurde.¹⁶

D. Die Staat-Bürger-Beziehung im sozialistischen System der DDR

Zuerst soll darauf eingegangen werden, welches verfassungsrechtliche Verständnis der Beziehung zwischen Staat und Bürger in der DDR herrschte. Dies ist notwendig, um zu verstehen, welches Verständnis der Menschenrechte von den führenden Staatsrechtlern in der DDR gepflegt wurde und wie sich dieses von unserem heutigen Verständnis von Verfassungszweck und Grundrechtsslage unterscheidet. In seinem Vortrag „Der Bürger im Verwaltungsrecht der DDR“ von 1983¹⁷ beschreibt *Eberhard Poppe* die Aspekte der Beziehung zwischen Bürger und Staat.

Nach *Poppes* Ansicht in diesem Vortrag hat der Staat die Aufgabe, soziale Ungleichheit durch das Recht auszugleichen, um so die sozialistische Gleichheit jedes Einzelnen – das absolute Ziel in der DDR – zu erreichen.

¹⁵ *Müller-Enbergs*, Wer war wer in der DDR?, 4. Ausg. 2006, S. 515.

¹⁶ *Ebd.*, S. 787.

¹⁷ *Poppe*, Der Bürger im Verwaltungsrecht der DDR, in: Scheel, Sitzungsberichte der Akademie der Wissenschaften in der DDR, Nr. 6/G 1984. Der betrachtete Text ist die verschriftlichte Version eines Vortrags *Poppes* vor Juristen und Vertretern der Politik. Insofern bestand für *Poppe* dort nicht die Möglichkeit, seine eigene Meinung, sofern sie denn von der indoktrinierten Meinung der Staatsführung abwich, öffentlich kundzutun. In einigen Interviews über *Eberhard Poppe* wird dieser als Person mit Gegenmeinungen zur SED-Spitze dargestellt, vgl. *Cordes*, Interview mit Prof. Dr. Rolf Lieberwirth am 12. September 2007 in Halle, 21.12.2007, Rn. 89, abrufbar unter: <https://forhistiur.de/2007-12-cordes/> (zuletzt abgerufen am 27.12.2020). Maßgeblich für die Forschung über die Rechtswissenschaft sind jedoch die publizierten Werke eines Autors und nicht die Hörsaalmeinung über einen Professor.

Im ganzen Vortrag wird ersichtlich, dass dieser Abbau sozialer Ungleichheit die oberste Prämisse sein muss, mit allen Mitteln erreicht werden muss und ebenso nicht hinter den grundlegenden Dogmen des Rechtsstaates zurücktreten darf. Beispielsweise fordert er ausdrücklich eine unterschiedliche Behandlung bei der Rechtsanwendung, denn nur durch unterschiedliche Behandlung der Personen kann die sozialistische Gleichheit hergestellt werden. Würde in den öffentlich-rechtlichen Beziehungen eine Gleichstellung der Beteiligten wie im bürgerlichen Recht erfolgen, so würde *Poppe* zufolge dadurch die Ungleichheit in der Gesellschaft nur weiter gefördert werden. Der Staat komme dann nämlich seiner Aufgabe, bestehende Ungleichheiten der Bürger zu beseitigen, nicht nach. Aus Gleichheit vor dem Gesetz macht *Poppe* somit eine Gleichheit durch das Gesetz, deren Durchsetzung er jedoch der Exekutive überlässt. Infolgedessen billigt er also, dass die Entscheidungen je nach Einzelfall trotz bestehender Gesetzeslage unterschiedlich ausfallen. Er leistet der Willkür somit indirekt Vorschub.

Dazu im Widerspruch steht seine Aussage, dass vor dem Gesetz alle Personen gleich sind, wie es auch in Art. 6 VDDR 1949 geregelt ist. Denn wenn vor dem Gesetz jeder gleich ist, stellt sich die Frage, wie es zu rechtfertigen ist, dass im Einzelfall eben nicht für jeden gleich entschieden wird. Insbesondere bleibt mehr als fraglich, weshalb *Poppe* eine Ungleichbehandlung auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts als Mittel zum Fortschritt des Sozialismus ansieht, obwohl er im bürgerlichen Recht gerade keine unterschiedliche Behandlung von Personen sehen will. Umso erstaunlicher ist es, dass *Poppe* trotzdem von einer real existierenden Gleichbehandlung aller Bürger vor dem Gesetz im Sinne des Grundrechts in der VDDR spricht. Hier wird diese Dichotomie deutlich: Gleichheit vor dem Gesetz und gleichzeitige Gleichheit durch das Gesetz lassen sich nur schwer erreichen und führen zu Brüchen in seiner Argumentationsstruktur.

Poppe erwägt daneben eine Möglichkeit zur Nutzung von „Rechtsmitteln“ gegen die Entscheidungen des Staates zur Bewahrung der Gleichheitsmaxime. Damit meint er konkret die Möglichkeit der Eingabe. Diese Form, die aus heutiger Sicht nicht mit einem Rechtsmittel oder dem Verwaltungsgerichtsweg gleichzusetzen ist, lässt sich aber eher als „formelle“ Beschwerde oder Petition bezeichnen. Gegen einen Verwaltungsakt kann beim unmittelbaren Vorgesetzten des Sachbearbeiters eine Eingabe eingereicht werden. Dieser hat dann die Möglichkeit, die Eingabe zu überprüfen und zu entscheiden. Zur Entscheidung war er verpflichtet, eine Anhörung oder ein Verfahren gab es indessen nicht, es

reichte sogar eine mündliche Bekanntgabe der Entscheidung aus.¹⁸ Die Möglichkeit der Beschreitung des Verwaltungsrechtsweges gab es seit 1952 nicht mehr.

Die fehlende Verwaltungsgerichtsbarkeit ergibt sich logisch aus der Anwendung der marxistisch-leninistischen Rechtstheorie in der DDR: Die Partei, also die SED, welche die Geschicke des Staates lenkt und kontrolliert, handelt voll im Interesse der Arbeiterklasse. Somit handelt auch die Verwaltung als Konsequenz ganz nach dem Willen des Volkes. Wenn jedoch ein Gericht eine Entscheidung des Staates und damit des Volkes kontrollieren oder abändern darf, dann steht das Gericht über dem Volk und hat dadurch eine Macht, die ihm nicht zusteht.¹⁹ Ebenso wäre das Gericht dann nicht Teil des Volkes und hätte insofern auch einen „eigenen Willen“, welcher offensichtlich nicht mit dem Volkswillen übereinstimmen würde. Ein Wille konträr zum Volkswillen darf nach *Marx* jedoch nicht möglich sein, denn ansonsten hat nicht mehr das ganze Volk alle Macht, sondern nur noch ein Teil des Volkes. Es entstünde wiederum eine Klassengesellschaft mit Ausbeutung und Unterdrückung, genau das soll in der DDR verhindert werden.²⁰ Stattdessen sollten die Staatsanwaltschaften die Gesetzlichkeit von Verwaltungshandlungen kontrollieren.²¹ Diese Kontrollmöglichkeit erwies sich jedoch eher als eine Farce, denn eine Möglichkeit zur Abänderung oder Aufhebung eines Verwaltungsaktes hatte die Staatsanwaltschaft nicht.²² Die Möglichkeit der Nutzung der Eingabe erscheint folglich als unzureichend bei der Gewährung effektiven Rechtsschutzes und kann damit auch dem Ziel der Schaffung von Gleichheit nur ungenügend dienen.

Nichtsdestotrotz ist nach *Poppe* die Behörde, die den Staat repräsentiert, im Rahmen ihrer Entscheidungsbefugnis (zumindest in seiner Theorie) an die Verfassung und an die Gesetze gebunden. Dass die Kontrolle dieser Bindung der Verwaltung an die Gesetze durch die Judikative offiziell nicht verifiziert und sichergestellt werden kann, ist nicht Bestandteil seines Vortrages.

Diese Kontrolle der Staatsentscheidungen von sowohl lokal als auch sachlich unabhängigen Institutionen fernab der zuständigen Behörde stellt jedoch einen der wichtigsten Grundsätze eines Rechtsstaates dar.²³ Eben diese unabhängige Kontrolle von staatlichen Entscheidungen, von Verwaltungsgerichten oder

¹⁸ *Mampel* (Fn. 3), Art. 138 VDDR 1949, Erl. 2.

¹⁹ *Poppe* (Fn. 17), S. 12 ff.; *Lenin*, Werke XXVII, 1960, S. 263 f.

²⁰ *Poppe* (Fn. 17), S. 5 f.

²¹ *Mampel* (Fn. 3), Art. 126 VDDR 1949, Erl. 6 lit. c Ziff. 1.

²² *Ebd.*, Art. 138 VDDR 1949, Erl. 2.

²³ *Schöbener/Knauff*, Allgemeine Staatslehre, 4. Aufl. 2019, § 5 Rn. 158.

ordentlichen Gerichten, welche grundsätzlich in der Sache unabhängig und nur im Rahmen ihres Gewissens entscheidungsbefugt sind, wird von *Poppe* abgelehnt, und nur die undurchsichtige behördeninterne Kontrolle akzeptiert.²⁴ Durch die oben beschriebene unabhängige Kontrolle wäre die Exekutive von der Judikative getrennt, was zur Gewaltenteilung führen würde. *Poppe* beschreibt den Bürger in der DDR trotz dieser eingeschränkten Kontrollmöglichkeit staatlichen Handelns ausdrücklich nicht als Untertan des Staates. Nach seiner Meinung ist dieser vielmehr selbst daran beteiligt, die Geschicke der DDR zu lenken. Er übt durch die Ausschüsse in den Städten und Bezirken der DDR aktiv die Kontrollfunktion der Partei aus und sorgt dafür, dass die Partei den Willen der Arbeiterklasse tatsächlich auch so umsetzt, wie es sich das Volk wünscht.²⁵ Dies ist rechtstheoretisch zwar konsequent zu Ende gedacht. Die Kompetenzen der Partei als Vertreterin des Volkes wurden jedoch in der marxistisch-leninistischen Theorie, bei der gerade *Lenin* der Partei ihre besondere Stellung an der Spitze des Staates zuwies,²⁶ und damit auch bei *Poppe* überschätzt und zu positiv bewertet. Auf die reale Funktion der sozialistischen Einheitspartei als staatlich legitimates Instrument zur Machtausübung und zur Unterdrückung des Bürgers geht *Poppe* nicht ein.

Im Ergebnis ist dies eine Ausprägung der Theorie von der Gewaltenkonzentration als Gegenstück zur bürgerlichen Gewaltenteilung, welche auch in der Verfassung abgebildet wird.²⁷ Die Herrschaft liegt hier ausschließlich beim Volk. Von der Verfassungswirklichkeit ist sie jedoch sehr weit entfernt:

Zwar ist die dargestellte Gewaltenkonzentration im Klassenwillen in der Theorie systemimmanent schlüssig. Die von *Poppe* angeführte Kontrollfunktion hätte es jedoch so auch nicht geben dürfen. Die Partei entsteht schließlich auch aus der Arbeiterklasse und braucht keine Kontrolle, durch welche der unbeschränkte Volkswille durch wenige Personen kontrolliert und blockiert wird.

In seinem Vortrag lässt sich trotzdem ein konkretes Interesse von *Poppe* an einer einheitlichen Kodifikation der grundlegenden Systematiken und Abläufe in der Verwaltung der Deutschen Demokratischen Republik erkennen. Er meint damit Regelungen, um die Mitbestimmung, die Verfahrensgrundsätze und die Stellung

²⁴ *Poppe* (Fn. 17), S. 12 ff.

²⁵ *Ebd.*, S. 14.

²⁶ *Lenin*, Werke, XXV 1977, S. 486.

²⁷ Siehe dazu nur Art. 1 ff. der VDDR 1974, in diesem Abschnitt werden die Grundlagen der Verfassungsordnung normiert.

des Bürgers im Rahmen der marxistischen Rechtstheorien stärker gleichbleibend und dauerhaft zu kodifizieren, um die Rechtssicherheit für das Individuum noch zu stärken.²⁸ Dabei hat er die dargestellten Unwägbarkeiten durchaus im Blick und zeigt sich Lösungsansätzen nicht unaufgeschlossen. Das Auseinanderfallen von Theorie und Praxis kann jedoch auch er nicht überwinden. Seinem vorangestellten Ziel, der Schaffung von Gleichheit aller Bürger, können seine ausgeführten Konzepte nur eingeschränkt dienen.

E. Das Verständnis von Menschenrechten im sozialistischen System der DDR

Nachdem das Verhältnis zwischen Staat und Bürger in der DDR erörtert wurde, soll nun am Beispiel von *Hermann Klenner*s Schrift „Marxismus und Menschenrechte“ das Menschenrechtsverständnis in der VDDR dargestellt werden.

Hermann Klenner vertritt in Bezug auf die Menschenrechte eine Sicht, welche stark von unserem heutigen Menschenrechtsverständnis abweicht. Nach heutiger Ansicht sind die Grundrechte, egal ob Menschen- oder Bürgerrechte, primär Abwehrrechte des Einzelnen gegen Übergriffe des Staates²⁹ in persönliche Rechte und wirken freiheitserhaltend, sorgen für Gleichberechtigung oder geben den Betroffenen sogar Ansprüche gegen den Staat.³⁰ Sie erfüllen ganz überwiegend eine Schutzfunktion.³¹ Die Menschenrechte dagegen sind für *Klenner* nicht etwa Rechte, die jedem Bürger zu jeder Zeit gegen den Staat zustehen,³² sondern Rechte und damit gleichzeitig verbunden auch Pflichten für den Bürger, die dazu führen sollen, dass alles Mögliche zur Förderung des sozialistischen Staates getan wird.³³

Dazu muss man Folgendes beachten: Die Rechtstheorie der DDR ist auf den Theorien von *Karl Marx* und *Wladimir Lenin* aufgebaut.³⁴ *Karl Marx* geht jedoch davon aus, dass der „Unterbau“ einer jeden Gesellschaftsschicht vom Kapital bestimmt wird, nicht etwa von kultureller Gleichheit, gleichen Interessen oder von einem gleichen Rechtsverständnis. Dies hat zur Folge, dass sich auch das

²⁸ *Lenin* (Fn. 26), S. 4 f.

²⁹ *Kingreen/Poscher*, Grundrechte Staatsrecht II, 36. Aufl. 2020, Rn. 118.

³⁰ *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1986, S. 180; *Ipsen*, Staatsrecht II Grundrechte, 23. Aufl. 2020, Rn. 91.

³¹ *Hufen*, Staatsrecht II Grundrechte, 8. Aufl. 2020, § 1 Rn. 6.

³² *Klenner*, Marxismus und Menschenrechte, 1984, S. 15; *Cranston*, What are Human Rights?, 1973, S. 21.

³³ *Klenner* (Fn. 32), S. 109.

³⁴ *Ebd.*, S. 101.

geltende Recht als „Oberbau“ aus dem Kapital ableitet. Dies gelte auch für Menschenrechte, die durch das Kapital unausweichlich zur Unterdrückung des Menschen genutzt werden. Denn durch die Ausbeutung durch die Oberschicht und die kapitalistischen Eigentumsrechte werde nie eine Gleichberechtigung zwischen Arbeiter und Firmenbesitzer herrschen, sondern es werde immer eine Klassengesellschaft geben.³⁵

Auch dies wird in der VDDR klar ersichtlich: Ein Recht auf Eigentum und Erbe wird dem Bürger analog zur WRV zwar gewährt, die Enteignung durch den Staat jedoch im gleichen Zug legitimiert, und wortwörtlich eine mit dem Eigentum verbundene Eigentumspflicht normiert.³⁶

Die Menschenrechte im Kommunismus sind solche Rechte, welche erst dann tatsächlich existieren, wenn sich die kommunistische Revolution durchgesetzt hat.³⁷ Als Folge davon ist eine Gesellschaft erst dann frei, wenn tatsächlich jeder Einzelne auch frei ist.³⁸ Der Staat, mithin der Zusammenschluss der Bürger zur Verwirklichung des sozialistischen Ideals, hat nun die Aufgabe, die Rechte, die zur Erreichung des kommunistischen Ideals notwendig sind, tatsächlich zu subjektivieren und zu erschaffen.³⁹ Mithin sei es gerade kein Zeichen von Freiheit, wenn die Bürger die Menschenrechte als eine Gabe des Staates oder als Geschenk sehen, das ihnen gewährt wird. Die Menschenrechte seien auch nichts überzeitlich Richtiges und dabei keinen Prozessen der Veränderung unterworfen, sie seien vielmehr anpassungsbedürftig an die gerade existierende Situation, um das Gesamtziel, die kommunistische Idealsituation, letztlich zu erreichen.⁴⁰ Das wesentliche Merkmal von Menschenrechten in der modernen Menschenrechtstheorie, die Universalität,⁴¹ ist nach *Klenner* somit keine Voraussetzung der Existenz von Menschenrechten.

³⁵ *Klenner* (Fn. 32), S. 102 f., mit weiteren Belegen zur Theorie von *Marx*.

³⁶ Art. 10 Abs. 2 VDDR 1974: „Das sozialistische Eigentum zu schützen und zu mehren ist Pflicht des sozialistischen Staates und seiner Bürger.“; Art. 11 Abs. 1 VDDR 1974: „Das persönliche Eigentum der Bürger und das Erbrecht sind gewährleistet.“ – bemerkenswert ist hierbei auch die systematische Stellung, zuerst wird das sozialistische, dann das private Eigentum normiert.

³⁷ *Klenner* (Fn. 32), S. 127.

³⁸ *Ebd.*

³⁹ *Ebd.*, S. 128 f.

⁴⁰ *Ebd.*

⁴¹ Vgl. hierzu *Alexy*, Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat in: Gosepath/Lohmann, Philosophie der Menschenrechte, 1988, S. 244 (247 f.).

Ebenso gebe es Situationen, in denen Bürgerrechte verletzt werden müssen. Denn folgt man der Theorie von *Marx* und *Lenin*, so braucht es kein Recht, wenn kein Recht verletzt wird.⁴² Die Menschenrechte sind somit nach *Klenner* nur eine „Übergangslösung“, bis der Kommunismus selbst allumfassend erreicht ist.⁴³ Sobald dieser nämlich erreicht sei, sei das kommunistische Idealbild ja verwirklicht, dann gebe es keine Rechtsbrüche mehr, denn alle Bürger seien frei und gleich und es brauche dann nach *Marx* und *Engels* auch kein Recht mehr.⁴⁴ Grundrechte in dieser Übergangsphase sind auch gar nicht die Ausgangssituation und Grundlage für den Sozialismus, sondern bilden diesen nur spiegelbildlich ab, sie stellen gleichwohl die Bedingungen dar, unter welchen sich das Individuum im Sozialismus zu einem freien Menschen entwickeln muss.⁴⁵ Deswegen müssen sie auch in der Verfassung normiert werden.⁴⁶ Dadurch verneint *Klenner* auch, dass es möglich ist, einen allumfassenden, die Gesellschaften übergreifenden Menschenrechtskatalog aufzustellen, und stellt fest, dass sich die Werte, welche den Ursprung der Menschenrechte begründen, in verschiedenen politischen Ordnungen unterscheiden.⁴⁷ Damit stellen die Grundrechte ihm zufolge, insbesondere auch die Idee von diesen, keine Rechte dar, die sich aus den jahrhundertealten Erfahrungen früherer Gesellschaften herausbilden. Deren Fehlen führe gerade nicht zu einer Einschränkung und Unterdrückung der Bürger in ihrer Freiheit.⁴⁸

Für *Klenner* sind die sozialistischen Grundrechte keine Mittel, um ein möglichst gutes Sozialsystem für alle ohne den Klassenkampf zu schaffen. Er vertritt sogar die Ansicht, dass die Grundrechte nicht jedem Teil der Gesellschaft des Sozialismus zustehen können. Dies bedeutet für ihn, dass zu den sozialistischen Freiheiten eben keine Freiheit ins politisch rechte Spektrum gehört und dass Meinungsfreiheit eben nicht bedeutet, den Kapitalismus verteidigen zu dürfen.⁴⁹

Dieses Denken ist uns heute fremd. Bei uns gelten heute für jeden die gleichen Menschenrechte. Die Meinungsfreiheit darf z. B. nicht durch ein Gesetz, das bestimmte Meinungen verbietet oder erlaubt (dazu zählen nicht falsche Tatsachenbehauptungen wie z. B. eine Holocaust-Leugnung), eingeschränkt

⁴² *Klenner* (Fn. 32), S. 129 mit weiteren Belegen der Theorien von *Marx*.

⁴³ *Ebd.*, S. 130.

⁴⁴ *Marx/Engels*, Die deutsche Ideologie, in: *Marx-Engels-Werke* III, 1974, S. 340.

⁴⁵ *Klenner* (Fn. 32), S. 130.

⁴⁶ *Ebd.*

⁴⁷ *Ebd.*, S. 126.

⁴⁸ *Klenner* (Fn. 32), S. 22, 140 f.

⁴⁹ *Ebd.*, S. 130 f.

werden.⁵⁰ Wir würden heute von einer Unterdrückung von „systemfeindlichen“ Meinungen sprechen. Daher mutet es fast schon abenteuerlich an, dass *Klenner* wenige Seiten vorher in seinem Werk die These eines westdeutschen Staatsrechtlers, welche besagt, dass in der DDR eine Berufung auf Grundrechte nur dann möglich sei, wenn dies dem Staatswillen nicht widerspräche,⁵¹ als falsch darstellt.⁵² Dies begründet er damit, dass die Interessen des Bürgers und die des gesellschaftlichen Fortschrittes im Sozialismus grundsätzlich übereinstimmen.⁵³ Dann aber bräuchte es auch in der DDR tatsächlich keine Grundrechte, denn dann gäbe es auch keine Rechtsverstöße. Das ist eine Behauptung, die er später für die Phase der Entwicklung vom Kapitalismus zum Kommunismus wieder ablehnen wird.⁵⁴

Die Grundrechte der kapitalistischen Freiheiten müssen im Sozialismus nach *Klenners* Meinung in ihrem Wesensgehalt negiert werden, denn ein Unterlassen dieser Negation würde dem Kapitalismus die Möglichkeit geben, erneut aufzuerstehen.⁵⁵ Somit könne es im Kommunismus kein Recht auf Revolution, und damit auch kein Recht auf Widerstand und Demonstration gegen den Staat geben. Denn sobald sich der Staat im Kommunismus befindet, dürfe eine „Rückentwicklung“ nicht mehr möglich sein.⁵⁶ *Klenner* kommt zu dem Schluss, dass durch die Revolution des Proletariates auch die Grundrechte der Klassengesellschaft revolutioniert werden. Eine sozialistische Gesellschaft könne z. B. das Recht auf Eigentum in der bürgerlichen Gesellschaft nicht unangetastet lassen, sondern müsse auch dieses revolutionieren.⁵⁷

Ebenso dürfen nach *Klenner* die Rechte eines jeden Einzelnen im Sozialismus nicht im Konflikt mit den Rechten eines anderen Menschen stehen.⁵⁸ Um die gesetzten Ziele des Individuums zu erreichen, müsse dieses mit anderen Individuen zusammen arbeiten, und nicht zu diesen in Konkurrenz stehen.⁵⁹ Dies gelte auch für den Staat, der aus der Übereinkunft aller Mitmenschen entsteht.⁶⁰ Die Menschenrechte dürften nicht im Widerspruch zu den Interessen

⁵⁰ BVerfGE 7, 198 (209); *Hufen* (Fn. 31), § 25 Rn. 19.

⁵¹ *Fikentscher*, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung III, 1976, S. 584.

⁵² *Klenner* (Fn. 32), S. 123 f.

⁵³ *Ebd.*, S. 124.

⁵⁴ *Ebd.*, S. 130.

⁵⁵ *Ebd.*, S. 132.

⁵⁶ *Ebd.*, S. 131.

⁵⁷ *Ebd.*, S. 109.

⁵⁸ *Ebd.*, S. 132.

⁵⁹ *Ebd.*, S. 133 f.

⁶⁰ *Ebd.*, S. 132.

des Staates stehen, durch die immanente Verbundenheit mit dem Staat stärken die Grundrechte den Staat sogar.⁶¹

Klenner stellt weiterhin die Frage in den Raum, welche Funktion das Recht im sozialistischen Prozess vom Kapitalismus zum Kommunismus tatsächlich hat. Das Recht habe nicht die Aufgabe, den Menschen bei dessen Entwicklung zu gestalten. Vielmehr bestehe die Aufgabe darin, dass der Mensch sich selbst durch das Gesetz gestalte, und das Gesetz zur freien Entfaltung genutzt werde. Gerade dabei spielen die Menschenrechte eine wichtige Rolle: Indem sie den Bürger neben den Freiheiten gleichsam dazu verpflichten, seine Freiheiten auch aktiv auszuüben, hin zum Ziel der kommunistischen Revolution, bilden die Grundrechte und Grundpflichten bei *Klenner* eine untrennbare Einheit.⁶²

Die Verfassung der DDR normiert in Art. 105 VDDR 1974 die Grundrechte der DDR als unmittelbar geltendes Recht im Staatsgebiet. *Klenner* geht jedoch davon aus, dass bei Verletzungen dieser Grundrechte für jedes einzelne Grundrecht selbst entschieden werden müsse, welches Verfahren oder Institut die korrekte Durchsetzung des spezifischen Grundrechts garantiert. Es dürfe keine Zuständigkeitslücken geben, eine Überschneidung von Organkompetenzen müsse ebenfalls ausgeschlossen sein.⁶³ Außerdem müsse auch hierbei der Grundsatz des demokratischen Zentralismus und die Rolle der Volksvertreter als wichtigste Organe zur Machtausübung beachtet werden.⁶⁴ Hier knüpft *Klenner* an den bereits dargestellten Grundsatz der Gewaltenkonzentration an.

Auch schreibt *Klenner*, dass das Recht bei der Entwicklung der sozialistischen Gesellschaft und der „Diktatur des Proletariates“⁶⁵ ein wesentliches Element darstellt, da es durch die unterschiedlichen Grade der Rechtsfortbildung und der Abstraktion zum einen Stabilität schaffe, zum anderen jedoch auch Elastizität der Rechtsordnung zur Regelung von genaueren Sachverhalten gebe.⁶⁶

Die Grundrechte sind somit nach der Lehre von *Klenner* keine Individual-, sondern (auch wenn der Begriff eine Gleichheit assoziieren lässt)

⁶¹ *Klenner* (Fn. 32), S. 132 f.

⁶² *Ebd.*, S. 135.

⁶³ *Ebd.*, S. 137.

⁶⁴ *Ebd.*, S. 138.

⁶⁵ *Ebd.*, S. 122.

⁶⁶ *Ebd.*

Persönlichkeitsrechte, also Rechte, die die Persönlichkeit in das System eingliedern sollen.⁶⁷

Er verneint zwar eine indoktrinäre Eingliederung des Einzelnen in die sozialistische Gesellschaft mit der Begründung, dass gerade im Sozialismus die Individualität nicht zu Lasten des Gemeinschaftsinteresses des Staates gehe. Die Individualität der Menschen schaffe jedoch eine Universalität des Individuellen, welche letztendlich zum sozialistischen Kollektiv führte. Allerdings lässt sich dies nur durch eine strenge Einschränkung der Bereiche, in denen eine Individualität dem Bürger überhaupt zusteht und möglich ist, erreichen. Dies folgt ganz der Kontinuität seiner Gedanken zu sozialismusfeindlichen Meinungen, die auch nicht von der Meinungsfreiheit geschützt sein sollen. Individualität kann somit keine antisozialistische Individualität sein.

Auch bei *Klenner* lässt sich die eingangs dargestellte Maxime der Gleichheit aller Bürger erkennen. Die Theorie unterschiedlicher Gewährleistungen, Pflichten und Anwendungsumstände reiht sich in *Poppes* Grundsatz der Ungleichbehandlung zur Erreichung allumfassender Gleichheit ein. Diesem übergreifenden Grundsatz müssen sich auch die Menschenrechte unterordnen, wenn es nach *Klenner* geht.

F. Die Verwirklichung der Grundrechte in der DDR am Beispiel des Grundrechts auf Bildung

I. Die Situation in der DDR

Im vorangehenden Abschnitt wurde die Menschenrechtstheorie der DDR am Beispiel von *Hermann Klenner* begutachtet. Nun wird exemplarisch am Grundrecht auf Bildung betrachtet, wie sich diese Theorie in der DDR verwirklichen soll.

In seinem Werk „Mensch und Bildung in der DDR“ von 1964 schreibt *Poppe*: „Die vorliegende Arbeit soll zu dem Beweis beitragen, daß [sic] die sozialistischen Grundrechte, die in der Deutschen Demokratischen Republik bestehen, erstmals in der deutschen Geschichte wirkliche Menschenrechte sind.“⁶⁸

Diesen Beweis will *Poppe* am Grundrecht auf Bildung (Art. 35 VDDR 1949) erbringen. Dazu erklärt er zuerst, dass das Wissen der Arbeiterklasse zu mehr Macht und höherer Produktivität verhelfe⁶⁹ und verweist hierbei auch auf eine

⁶⁷ *Klenner* (Fn. 32), S. 133.

⁶⁸ *Poppe*, Mensch und Bildung in der DDR, 1965, S. 7.

⁶⁹ *Ebd.*, S. 18.

sowjetische Studie, nach der eine höhere Bildung zu einer Steigerung der Arbeitskraft führe.⁷⁰ Der Bürger der DDR müsse außerdem gebildet sein, um den schlechten Einflüssen des kapitalistischen Systems widerstehen zu können.⁷¹

Ebenso kommt er zu dem Schluss, dass eine Ablehnung des Grundrechts auf Bildung als Schädigungsversuch gegen den Staat zu werten sei, weil die Produktivität geschwächt, die Staatsgemeinschaft missachtet und der Sozialismus nicht gestärkt werde.⁷²

Hierbei kommt ein bereits oben erläutertes, im Verständnis der Grundrechte im Sozialismus wesentlicher Aspekt zum Tragen: die Einheit zwischen den Rechten des Bürgers und den damit verbundenen Pflichten. Konkret sei also das Grundrecht auf Bildung ebenso verbunden mit der Pflicht, sich im sozialistischen Staat aktiv zu bilden und die gegebenen Bildungsmöglichkeiten wahrzunehmen.⁷³ Die Freiheit des Individuums, selbst über seinen Grad an Bildung bestimmen zu wollen und die damit verbundene Freiheit der Ausübung der Grundrechte ohne damit einhergehende Verpflichtungen stellt er als Grundrecht auf Dummheit dar, das den Bürgern nicht zustehen soll.⁷⁴

Diese Freiheit in der Ausübung der Grundrechte, also auch die Ablehnung entsprechender Möglichkeiten, welche wir heute auch als eine Form der Möglichkeit zur freien Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 GG) sehen,⁷⁵ kritisiert er scharf, indem er diese Möglichkeit als Methode des Machtmonopols der herrschenden Klasse im Kapitalismus bezeichnet, mit der die Bürger über die Begrenztheit der Grundrechte getäuscht werden und deren Chance auf Revolution und Herrschaft so beeinträchtigt werden soll.⁷⁶

Wie genau der kapitalistische Staat einen Bürger unterdrückt, indem er ihm die Möglichkeit gibt, selbst zu entscheiden, welche Grundrechte er auch aktiv nutzen möchte, bleibt unklar. *Poppe* sieht in dem Grundrecht auf Bildung auch eine

⁷⁰ *Poppe* (Fn. 68), S. 22; *Strumilin*, Vom ökonomischen Nutzen hoher Bildung, Deutsche Lehrerzeitung 3.8.1962, S. 5 ff.

⁷¹ *Poppe* (Fn. 68), S. 27.

⁷² *Ebd.*, S. 39.

⁷³ *Ebd.*, S. 38 f.

⁷⁴ *Ebd.*, S. 42.

⁷⁵ *Hufen* (Fn. 31), § 5 Rn. 4, § 14 Rn. 4 ff.

⁷⁶ *Poppe* (Fn. 68), S. 43; siehe hierzu auch die Interpretation des Art. 35 VDDR 1949 aus Sicht der BRD im Kommentar von *Mampel* (Fn. 3), Erl. 2 lit. e f., der begründet durch die starke Einwirkung der sozialistischen Ideen eine freie und selbstständige Bildung in der DDR gerade nicht gegeben sieht, sondern die Bildung in der DDR als weiteres Instrument zur staatlichen Kontrolle und Machtausübung sieht.

weitere Verpflichtung für den Bürger: Der Bürger sei verpflichtet, sich am Aufbau von Bildung und Kultur in der DDR zu beteiligen. Auch hier kommt wieder ein sozialistisches Verfassungsverständnis zum Vorschein, das an die Ausübung aller staatlicher Macht durch das sozialistische Staatsvolk anknüpft: das auf eine Partizipationsobliegenheit ausgerichtete Verständnis von Demokratie. Jeder Bürger hat im Sozialismus die sogar verfassungsrechtlich normierte⁷⁷ Verpflichtung, sich selbst in Kreis, Bezirk und in der DDR einzubringen.⁷⁸ Während er in seinem Vortrag 1983 „nur“ von einer Möglichkeit zur Kontrolle der Regierung durch dieses aktive Mitwirken spricht,⁷⁹ schreibt er hier sogar von einer Pflicht für jeden Einzelnen, sein erlerntes Wissen auch zur Beteiligung zu nutzen. So soll durch die Grundrechte eine noch engere Verbindung zwischen Staat und Bürger erreicht werden und jeder Bürger soll im Rahmen seiner Kompetenzen selbst die Herrschaft des Volkes verwirklichen.⁸⁰

Folglich gelte diese Mitwirkungspflicht nicht nur bei Bildung und Demokratie, sondern im gesamten Bereich jedes einzelnen Grundrechts und der damit verbundenen Pflichten. Im Umkehrschluss bedeute dies auch, dass der Staat nichts ohne die Mitwirkung der Bürger selbst tun soll, denn sonst schließe er den Bürger aus, gefährde dessen Stellung und Mitwirkung und gefährde schlussendlich das ganze Grundrecht. Jeder Bürger müsse seine Grundrechte selbst schützen, nicht etwa der Staat, es herrsche nämlich das Volk. Das herrschende Volk habe seine Grundrechte folglich auch selbst zu verteidigen, genauso wie es seine Rechte nur sichern kann, wenn es selbst die Gesellschaft gestalte.⁸¹

Dennoch habe der Bürger die theoretische Möglichkeit, sich durch seine Stellung im Staatsrecht der DDR und mit seiner Mitwirkung im Sozialismus frei zu einer sozialistischen Persönlichkeit zu entfalten.⁸² Das Grundrecht auf Bildung sieht *Poppe* als eines der Bedeutendsten an, denn es schaffe die Verbindung mit dem Grundrecht auf Kultur und damit eine der wichtigsten Stützen in der Entwicklung und im Aufbau des sozialistischen Staates.⁸³

⁷⁷ Vgl. Art. 3 Abs. 2 VDDR 1949: „Jeder Bürger hat das Recht und die Pflicht zur Mitgestaltung in seiner Gemeinde, seinem Kreise, seinem Lande und in der Deutschen Demokratischen Republik.“

⁷⁸ *Poppe* (Fn. 68), S. 43.

⁷⁹ Siehe oben **D**.

⁸⁰ *Poppe* (Fn. 68), S. 44.

⁸¹ *Ebd.*, S. 43-46.

⁸² *Ebd.*, S. 57.

⁸³ *Ebd.*, S. 59.

Poppe erwähnt eines gleichwohl nicht: Vor allem bei der Zulassung zur Hochschule oder bei der Auswahl des Ausbildungsplatzes hatten theoretisch nach der VDDR 1949 alle Bewerber die gleichen Rechte. Allerdings waren letztendlich doch bestimmte Personen „gleicher als gleich“, je nach Engagement in der Partei, in den Massen- und Jugendorganisationen oder durch andere Engagements zur Förderung des Sozialismus.⁸⁴ Ebenso ist diese Diskrepanz von Verfassungstheorie und Realität beim Schulgeld zu finden: Obwohl die Schulgeldfreiheit in Art. 39 VDDR 1949 verfassungsrechtlich geregelt ist, wurde diese erst 1957, also erst acht Jahre nach dem Inkrafttreten der Verfassung vollständig durchgesetzt.⁸⁵

Die Maxime der Gleichheit Aller zeigt sich damit auch beim Grundrecht auf Bildung. Folgt man *Poppes* Darstellung, dient dieses Grundrecht dazu, allen Bürgern durch gleiche Bildung die gleichen Chancen zu gesellschaftlicher Partizipation zu ermöglichen. Dabei kommt es nicht auf die individuelle Bildung, sondern auf die zu einem bestimmten Ziel gerichtete Wissensvermittlung an, die *Poppe* hier als Grundrecht darstellt.

II. Poppes Sicht auf das Recht auf Bildung in der BRD

In diesem Kontext ist auch sein Vergleich mit den Bildungschancen in der BRD zu sehen: Nach seiner Anschauung nutzt der „westdeutsche Ausbeuterstaat“⁸⁶ die Bildung zur Unterdrückung der Arbeiter, denen die Möglichkeit zum Erwerb von Wissen genommen werden soll, um ihnen die Möglichkeit, an der Machtausübung mitzuwirken, zu nehmen. Das macht er bereits am Fehlen einer dem Art. 35 VDDR 1949 entsprechenden Norm im Grundgesetz der BRD fest. Tatsächlich ist das im Einzelnen gewährte Recht auf Bildung in Art. 7 GG weniger allgemein ausgeprägt als in Art. 35 VDDR 1949, welcher besagt: „*Jeder Bürger hat das gleiche Recht auf Bildung*“, wohingegen in Art. 7 GG allein die Organisation des Schulwesens normiert wird. *Poppe* zieht daraus den Schluss, dass in der BRD jedem Bürger ein deutlich geringeres Recht auf Bildung zusteht als in der DDR. Zu der damaligen Zeit herrschte in der BRD jedoch ein anderes Verständnis über Bildung als das der DDR. So wurde in der BRD vertreten, dass durch den Staat die Bildung aufgrund von Toleranz und Freiheit des

⁸⁴ Bundesministerium für gesamtdeutsche Fragen, Unrecht als System. Dokumente über planmäßige Rechtsverletzungen in der Sowjetzone Deutschlands. Teil III: 1954-1958, 1958, Dokumente 81, 82.

⁸⁵ Anordnung v. 1.2.1957, GBl. der DDR 1957 I, Nr. 19, S. 168.

⁸⁶ *Poppe* (Fn. 68), S. 60.

Gedankengutes nicht näher geregelt werden könne und nur allgemeine Grundsätze bestimmt werden sollten.⁸⁷

Poppe sieht das Grundrecht auf Bildung in der BRD allein in der Schulbildung erschöpft und eine Möglichkeit zur Weiterbildung und zur freien Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 GG) durch fehlende staatlich garantierte Weiterbildungsmöglichkeiten nicht gegeben.⁸⁸ Dadurch kommen nach *Poppe* nur die Herrschenden in die Möglichkeiten der Bildung während des ganzen Lebens, wohingegen die Arbeiterklasse keine Möglichkeit zur geistigen und kulturellen Entwicklung habe.⁸⁹ Dass sich auch weniger privilegierte Menschen trotzdem zu hochqualifizierten Personen entwickeln können, begründet *Poppe* mit den fehlenden Möglichkeiten der Machthaber, alle Positionen in Justiz, Verwaltung und Wissenschaft selbst adäquat zu besetzen.⁹⁰ Ebenso sieht *Poppe* die fehlende Bildung als Möglichkeit zur Unterdrückung der Arbeiter durch die Machthaber, denn ganz dem *Kant*'schen Aufklärungsgedanken folgend, lasse sich eine Gesellschaft ohne den „Mut, sich seines eigenen Verstandes zu bedienen“⁹¹ leichter unterdrücken und beherrschen.⁹² Weiterhin wird nach seiner Ansicht in der BRD Bildung nur vorgespielt und staatlich gelenkt. Für ihn ist Bildung der breiten Masse der BRD nur das, von dem die Machthaber vorgeben, dass es Bildung sei.⁹³ Die Aufsicht des Staates über die Bildung, wie sie Art. 7 GG regelt, lehnt *Poppe* ab, denn dies stellt für ihn auch einen Missbrauch der Macht durch den Staat im diktatorischen Sinne dar, durch welchen er die Kontrolle über die Bildung der Schüler behält und diese gegebenenfalls zu Gunsten der Interessen der Herrschenden ausübt.⁹⁴

Die Argumentation *Poppes* zeigt hier ebenfalls Schwächen. Eine Aufsicht des Schulwesens durch den Staat lehnt er als Methode der Oberschicht zur Durchsetzung der kapitalistischen Interessen ab.⁹⁵ Gleichzeitig billigt er es jedoch, dass im Sozialismus die Schulen dennoch unter der Staatsaufsicht stehen,

⁸⁷ *Peters*, Elternrecht, Erziehung, Bildung und Schule, in: Bettermann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte IV 1. Hbd., 1960, S. 369 (397 ff.).

⁸⁸ *Poppe* (Fn. 68), S. 60 f.

⁸⁹ *Ebd.*, S. 61 ff.

⁹⁰ *Ebd.*, S. 63.

⁹¹ *Kant*, in: Berlinische Monatsschrift H 12, 1784, S. 481.

⁹² *Poppe* (Fn. 68), S. 64.

⁹³ *Ebd.*

⁹⁴ *Ebd.*, S. 74 f.

⁹⁵ *Ebd.*, S. 68.

sogar noch stärker als in der BRD und verweist hierbei auf die Pflicht zu sozialistischer Bildung.⁹⁶

Des Weiteren kritisiert *Poppe* – und dies stellt wohl eines der wenigen Szenarien dar, in welchen *Poppes* Kritik am Bildungssystem der BRD tatsächlich eine gewisse Berechtigung aufweisen könnte – das Fehlen einer staatlich zugesicherten Möglichkeit zum Besuch einer Hochschule und zur Erwachsenenbildung. Diese Möglichkeiten ergeben sich auch heute noch zum Großteil aus den Vermögensverhältnissen der Gesellschaftsschicht.⁹⁷ Tatsächlich war diese theoretische Möglichkeit der kostengünstigen und staatlich verifizierten Erwachsenenbildung im Rahmen des sozialistischen Gedankengutes und im Rahmen der Ziele der SED und der Staatsführung etwas besser ausgeprägt als in der BRD.⁹⁸

Hinter der Pflicht zur Bildung verbirgt sich ein anderer Gedanke, welchen *Poppe* in seiner Betrachtung missachtet: Durch Volkshochschulen, Studienplätze und öffentliche Bibliotheken sicherte sich der Staat die Möglichkeit, selbst darüber entscheiden zu können, was dem Bürger an Bildung möglich ist. Es mag zwar sein, dass die DDR jedem Bürger das Recht und die Pflicht zur Weiterbildung gab, jedoch wurde dieses Recht dadurch eingeschränkt, dass zumindest stark bezweifelt werden kann, dass die Bildungsinstitutionen in der DDR tatsächlich dem Bürger Wissen abseits vom sozialistischen Weltbild und dem staatlich anerkannten Kanon verschafften. Dabei muss auch hinterfragt werden, ob die Bildungsorganisationen in der DDR nicht als weitere Möglichkeit des Staates, seine Untertanen zu kontrollieren und zu überwachen, existierten. Hieran muss sich auch seine Aussage, die BRD kontrolliere das Schulwesen durch den Staat in grundrechtsfeindlicher Weise, messen lassen.

Im Gegensatz dazu gibt und gab es auch zur Zeit von *Poppes* Werk in der BRD eine erheblich größere Gelegenheit zur Weiterbildung durch zum Teil kostenpflichtige Angebote privater Institutionen und durch Privatschulen, die in der DDR durch ein verfassungsrechtliches Verbot in Art. 38 Abs. 1 S. 4 VDDR 1949 quasi überhaupt nicht bestand.⁹⁹ Ein Grundrecht auf Privatschulen, welches

⁹⁶ *Poppe* (Fn. 68), S. 53.

⁹⁷ *Ebd.*, S. 74; vgl. auch den aktuellen Armutsbericht der Bundesregierung, Lebenslagen in Deutschland, 2017, S. 20 f., abrufbar unter: https://www.armuts-und-reichtumsbericht.de/SharedDocs/Downloads/Berichte/5-arb-langfassung.pdf?__blob=publicationFile&v=6 (zuletzt abgerufen am 27.12.2020).

⁹⁸ *Schneider* u. a., *Erwachsenenbildung*, 1988, S. 93 f.

⁹⁹ Art. 38 Abs. 1 S. 4 VDDR 1949: „Privatschulen als Ersatz für öffentliche Schulen sind unzulässig.“, wobei jedoch eine einzige katholische Schule in Berlin Bestand hatte.

im heutigen Grundgesetz in Art. 7 ausdrücklich geregelt ist, und das einen Maßstab für freiheitliche Bildungsgelegenheiten darstellt, fand hingegen keinen Platz in der Verfassung des ostdeutschen Staates.

Insofern ist die Aussage, in der BRD sei die Möglichkeit zur Bildung schlechter gewesen, nicht haltbar, da in der BRD sehr wohl die Möglichkeit bestand, Bücher aus den sowjetischen Staaten zu lesen und sich nach seinen eigenen Interessen und Vorstellungen mehr oder weniger weit zu bilden.

Die Beschreibung der Grundrechte in der DDR als einzig wahre Grundrechte, wie von *Poppe* in der Präambel beschrieben, gelingt nicht. Vielmehr zeigt sich, dass die Grundrechte, obwohl sie ähnlich zur BRD auch in der DDR¹⁰⁰ als Freiheitsrechte des Bürgers konzipiert sind, bereits aus sich heraus diese Freiheit wieder einschränken sollten, wenn es nach *Poppe* in „Mensch und Bildung“ ginge. Dies geschieht mit einem einzigen Ziel: der Schaffung der Gleichheit aller Menschen.

G. Abschließendes Fazit

Am Ende dieser Betrachtungen lässt sich feststellen, dass in der DDR, begünstigt durch die Marxistische Rechtstheorie und durch das stark von Unterdrückung und der Einschränkung Einzelner geprägte System, eine sehr einheitliche Betrachtung von Rechts- und Verfassungszwecken bestand. Die Diskrepanz zwischen der Theorie der Verfassung und der tatsächlichen Situation in der DDR wird gleichwohl nicht erwähnt. Vor allem *Poppe* zeigt jedoch in seinen Ausführungen zur Aufsicht des Staates über die Bildung, dass ein nicht unerheblicher Unterschied zwischen Anspruch und Realität bestand.¹⁰¹ Recht ist für *Klenner* und *Poppe* ein Mittel zum Zweck der Verwirklichung der Ideale der SED und des Sozialismus. Das Verständnis von den verwaltungsrechtlichen Verfassungsnormen ist durchweg von einer Ausnahmestellung der Partei und dem Volkswillen zur Verbesserung und zum Fortschritt geprägt.

Ebenso zeigt sich ein übergeordnetes Ziel der Verfassung sowie der Grundrechte deutlich: Durch Grundrechte, welche mit Pflichten verbunden werden, soll der Staatsbewohner dazu gebracht werden, sich den Idealen und Zielen anzupassen und sich der Progression des Sozialismus unterzuordnen. Dies wird auch durch die Denkweise bestätigt, dass es Grundrechte nur für die Zeit der Entwicklung von Kapitalismus und Kommunismus geben könne, und diese Grundrechte sogar verletzt werden müssten, um insgesamt überhaupt eine Legitimation für

¹⁰⁰ Dort zumindest theoretisch, siehe **E**.

¹⁰¹ Siehe **F. I**.

die Existenz dieser Grundrechte vorweisen zu können. Eine freie, aufklärerische Denkweise, welche *Poppe* zwar als in der Bevölkerung vorhanden darstellt, wurde faktisch jedoch durch die staatliche Lenkung des vermittelten Wissens stark eingeschränkt.¹⁰² Mitverantwortlich dafür war nicht zuletzt auch das verfassungsrechtliche Grundrechtsverständnis, nach welchem die Grundrechte auch tatsächlich nur den Bürgern zustehen konnten, welche die Meinungen des Sozialismus auch vertraten.¹⁰³

Des Weiteren wurden dem Bürger keine tatsächlichen Möglichkeiten zur Mitwirkung in der Politik fernab von einem langen und erfolgreichen Engagement in der Partei gegeben. Viele Normen der Verfassung, wie z. B. auch die Pflicht des Bürgers, den Abgeordneten zu kritisieren und seine Tätigkeit im Interesse des Volkes zu prüfen (Art. 103 VDDR 1949), stellten zwar in der Theorie eine Form der tatsächlichen Verwirklichung des Sozialismus dar,¹⁰⁴ praktisch war ihre Relevanz jedoch für die Bevölkerung außerhalb der Rechtswissenschaft sehr gering.

Sowohl *Klenner* als auch *Poppe* ordnen ihre Rechtsauffassungen dem Ziel unter, das in allen betrachteten Texten deutlich wird: Recht hat der Schaffung gesamtgesellschaftlicher Gleichheit zu dienen. Die Verfassungs- und Menschenrechtstheorie in der DDR versuchte, mit den Methoden des Rechts auf Basis eines Rechtsstaats einen „Gleich-Mach-Staat“ zu erschaffen. Die dabei verwendeten rechtstheoretischen Begründungen können jedoch vor dem Hintergrund einer Verfassung, die als oberste Maxime die Würde des Menschen und nicht die zwangsweise verordnete Gleichheit aller Bürger hat, keinen praktischen Einfluss mehr finden.

Damit sind die Erkenntnisse aus dem Staatsrecht der DDR gleichwohl nicht irrelevant: Zwar wird man aus heutiger Sicht sagen müssen, dass der Diskurs die Verfassungs- und Menschenrechtstheorie der DDR spätestens mit der Deutschen Einheit am 3.10.1990 zum Erliegen gekommen ist. Das wird dem Staatsrecht der DDR jedoch nicht gerecht: Es stellt ein eindrückliches Beispiel für ein Staatsrecht in einem Staat, der letztendlich einen ganz anderen Staatszweck verfolgte, dar. Es zeigt, wie auch in einem Staat, den wir heute nicht als Rechtsstaat bezeichnen,¹⁰⁵ Rechtswissenschaft und Staatstheorie miteinander

¹⁰² *Broszat/Braas/Weber*, SBZ-Handbuch. Staatliche Verwaltungen, Parteien, gesellschaftliche Organisationen und ihre Führungskräfte in der Sowjetischen Besatzungszone Deutschlands 1945-1949, 2. Aufl. 1993, S. 232 ff.

¹⁰³ Siehe **E**.

¹⁰⁴ *Klenner* (Fn. 32), S. 137.

¹⁰⁵ *Beaucamp* (Fn. 10), S. 729.

einhergingen. Bei der Weiterentwicklung der Menschenrechtsdogmatik in unserer westlichen Welt und bei dem Versuch, solche Rechte universal zu begründen spielen die Theorien von *Klenner* und *Poppe* dabei zwar keine Rolle mehr. Dies mindert deren Wert, der sich im Vergleich von verschiedenen Rechtssystemen zeigt, jedoch nicht.