



Studentische Zeitschrift
für Rechtswissenschaft Heidelberg
Wissenschaft Online

AUFSÄTZE

Benjamin Weber

Konzernrechtliche Grenzen des Informationsflusses im aktienrechtlichen Konzern

Julien Schickling

Der Schutz der Stakeholder beim grenzüberschreitenden Formwechsel nach der neuen Umwandlungsrichtlinie

Lennart Schiek

Von der mittelbaren Drittwirkung zur unmittelbaren Grundrechtsbindung Privater?
- Inhaltsentfernung und Sperren in sozialen Netzwerken

Hannah Stabl

Wie wird der Richter zum Klimaschützer? - Die gerichtliche Verpflichtung des Staates zur Senkung seiner CO₂-Emissionen am Beispiel des niederländischen Falls „Urgenda“

Finn Ove Körner

Die strategische Fernmeldeaufklärung im Lichte des BND-Urteils
Impulsgeber für eine Dogmatik im Recht der Nachrichtendienste

Charlotte Morgane Lubinski

Die EU in internationalen Organisationen

Joseph Bischof

Zur Verfassungsmäßigkeit der geschäftsmäßigen Förderung
der Selbsttötung gemäß § 217 StGB

REZENSION

Till Pörner

Buchrezension: *Satzger/Schluckebier/Widmaier*, StGB - Strafgesetzbuch: Kommentar

Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft Heidelberg

Redaktion

Chefredaktion: Patricia Sugg, Stella Elmentaler, Huy Lan Tran
Ressortleitung StudZR-WissOn: Moritz Barth, Louise Kunovic

Alice Ballach	Jan-Erik Jürgens	Amelie Peter
Alina Beckmann	Henrik-Hugo Kohlhas	Laura Ries
Fabienne Schlachter	Mihail Kolev	Viola Sauter
Julia Bierlein	Sophia Lehr	Lennart Schiek
Régine Brünner	Sarah Löffler	Monika Schröder
Johanna Ewerhart	Oskar Luong	Andreas Warchal
Maximilian Funk	Tamara Mainz	Johanna Wiegand
Julia Göbes		Anna Zitt

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	Prof. Dr. Charlotte Schmitt-Leonardy
Prof. Dr. Dres. h.c. Burkhard Hess	Dr. Felix Steffek, LL.M. (Cantab.)
Prof. 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 Chefredaktionsmitglieder:

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, Fabienne Schlachter

Vorstand des StudZR e. V.:
Benedikt Bien, Niels Elsner, Garry Konrath

StudZR-WissOn 1/2021

**Studentische Zeitschrift für
Rechtswissenschaft Heidelberg
Wissenschaft Online**

Erste Ausgabe des Jahres 2021

Erschienen im Juli 2021

Seiten 1 bis 230

eISSN

2629-7132

DOI

10.11588/srzwo.2021.1

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 2021, S.

Inhaltsverzeichnis

Aufsätze

Benjamin Weber

Konzernrechtliche Grenzen des Informationsflusses im
aktienrechtlichen Konzern 1

Julien Schickling

Der Schutz der Stakeholder beim grenzüberschreitenden
Formwechsel nach der neuen Umwandlungsrichtlinie 24

Lennart Schiek

Von der mittelbaren Drittwirkung zur unmittelbaren
Grundrechtsbindung Privater? – Inhaltsentfernung und Sperren in
sozialen Netzwerken 61

Hannah Stahl

Wie wird der Richter zum Klimaschützer? – Die gerichtliche
Verpflichtung des Staates zur Senkung seiner CO₂-Emissionen am
Beispiel des niederländischen Falls „Urgenda“ 102

Finn Ove Körner

Die strategische Fernmeldeaufklärung im Lichte des BND-Urteils
Impulsgeber für eine Dogmatik im Recht der Nachrichtendienste 127

Charlotte Morgane Lubinski

Die EU in internationalen Organisationen 150

Joseph Bischof

Zur Verfassungsmäßigkeit der geschäftsmäßigen Förderung der
Selbsttötung gemäß § 217 StGB 188

Rezension

Till Pörner

Buchrezension: *Satzger/Schluckebier/Widmaier*, StGB –
Strafgesetzbuch: Kommentar 226

Benjamin Weber*

Konzernrechtliche Grenzen des Informationsflusses im aktienrechtlichen Konzern

Abstract

„Wissen ist Macht“.¹ Dieses von *Thomas Hobbes* geprägte Sprichwort gilt auch innerhalb eines Konzerns. Denn das Wissen über den Zustand der einzelnen Untergesellschaften schafft eine Konzernleitungsmacht, die nötig ist, um den Konzern gut zu leiten. Das deutsche Konzernrecht beschränkt jedoch die Einflussnahme „von oben“ auf abhängige Gesellschaften. Dadurch könnte der Informationsfluss im Konzern, besonders im faktischen Konzern, gefährdet sein. Der Beitrag zeigt, dass auch im faktischen Konzern die Informationsweitergabe im Rahmen von § 311 Abs. 1 AktG zulässig ist und durch die Treuepflicht des herrschenden Unternehmens ein Schutz gegen Missbrauch der erlangten Informationen sichergestellt wird.

* Der Beitrag beruht auf einer Seminararbeit, die der Verfasser im Rahmen des Studiums der Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg angefertigt hat.

¹ *Hobbes*, *Leviathan*, Erster und zweiter Teil, Reclam 2019, S. 81; gewöhnlich wird dieses Sprichwort *Francis Bacon* (bei dem *Thomas Hobbes* eine Zeit lang Sekretär war) zugeschrieben; ein nicht ganz wortidentischer Ausspruch findet sich bei *Bacon* in *Meditationes Sacrae* (1597); auch in der Bibel findet sich ein ähnlicher Satz (Sprüche 24, 5).

A. Einleitung

Das moderne Wirtschaftsleben ist geprägt von vielschichtigen und großen Konzernen. So verfügt beispielsweise die *ThyssenKrupp AG* über 373 Unternehmen, die in ihren Konzernabschluss einbezogen sind.² Um einen solchen Konzern sinnvoll führen zu können, bedarf es eines stetigen Informationsaustauschs. Die engen Verflechtungen, aber auch die hohen Compliance-Anforderungen, machen daher einen Informationsaustausch zwischen den Einzelunternehmen unabdingbar. Die rechtliche Zulässigkeit dieser Informationsweitergabe in einem Aktienkonzern richtet sich nach dem Konzernrecht, das sich besonders in den §§ 15 ff. und §§ 291 ff. AktG findet.

Dieser Beitrag nimmt zunächst einleitend die zugrundeliegende Problematik des Konzernrechts und die verschiedenen Abstufungen konzernrechtlicher Einflussnahme in den Blick (dazu **B.**). Im Zentrum dieses Beitrags steht die Beurteilung der Frage, inwieweit im faktischen Konzern Informationen weitergegeben werden dürfen (dazu **C.**). Zum Schluss findet sich noch eine Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse (dazu **D.**)

B. Die konzernrechtliche Ausgangslage

I. Der „Konzernkonflikt“

Das Konzernrecht dient besonders dem Schutz der abhängigen Gesellschaft vor einer gesellschaftsrechtlich vermittelten Einflussnahme, die das Unternehmen schädigen kann.³ Anknüpfung für das Konzernrecht ist daher grundsätzlich die Abhängigkeit einer Gesellschaft von einer anderen.⁴ Dies bedeutet nach § 17 AktG, dass das herrschende Unternehmen unmittelbar oder mittelbar einen herrschenden Einfluss auf das abhängige Unternehmen ausübt. Hieraus erwächst der sogenannte Konzernkonflikt⁵: Ein herrschendes Unternehmen kann zu seinen Gunsten Einfluss auf das abhängige Unternehmen ausüben und dessen Interessen zurückdrängen oder sogar das Vermögen der Gesellschaft

² Vgl. *ThyssenKrupp AG*, Anteilsbesitz zum 30.9.2020, abrufbar unter: https://ucpcdn.thyssenkrupp.com/_binary/UCPthyssenkruppAG/de/investoren/praesentationen-und-veranstaltungen/capital-market-days/berichterstattung-und-publikationen-kopie/link-D01-Anteilsbesitzliste-Konzern---313-HGB-_17_11_2020_de_final.pdf (zuletzt abgerufen am 11.7.2021).

³ *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht*, 9. Aufl. 2019, § 15 Rn. 6; *Hirschmann*, in: *Hölter*, 3. Aufl. 2017, § 15 Rn. 3.

⁴ So bspw. in §§ 291 Abs. 2, 308 Abs. 1 S. 1, 311 Abs. 1 AktG.

⁵ Zur historischen Entwicklung des Konzernkonflikts bzw. der Konzerngefahr vgl. *Altmeppen*, in: *Bayer/Habersack, Aktienrecht im Wandel II*, 2007, Kap. 23 Rn. 10 ff.

schädigen.⁶ Davor wird nicht nur die abhängige Gesellschaft geschützt, sondern auch deren Gläubiger und deren Minderheitsgesellschafter, da diese ein besonderes Interesse an dem ungeschmälernten Erfolg des abhängigen Unternehmens haben.⁷ Derartige negative Einflussnahmen will das Konzernrecht verhindern und stellt dazu Grenzen auf, die sich je nach Grad der Konzernierung unterscheiden.⁸

Zugleich ermöglicht das Konzernrecht dem herrschenden Unternehmen, Einfluss im Rahmen der gesetzten Grenzen auf das abhängige Unternehmen auszuüben. Nur so ist es erst möglich, dass Konzerne gebildet werden können und diese nicht aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Strukturen ineffektiv werden.⁹ Das Konzernrecht besitzt neben der Schutzfunktion also auch eine Ermöglichungsfunktion.¹⁰ Damit ist das zugrundeliegende Spannungsverhältnis zwischen dem Schutz vor Schäden einerseits und der Ermöglichung von Einflussnahme andererseits aufgezeigt, wofür das Konzernrecht eine angemessene Regelung finden muss.

II. Möglichkeiten der Einflussnahme im Konzern

Die Frage nach den Grenzen der Informationsweitergabe im Konzern ist im Kern eine Frage nach den Grenzen der konzernrechtlichen Einflussnahme. Denn nur wenn die konzernrechtlichen Grenzen eingehalten werden, darf sich der Vorstand der abhängigen Gesellschaft beispielsweise einer Anfrage zur Weiterleitung sensibler Informationen öffnen, die grundsätzlich eine nachteilige Einflussnahme darstellt.¹¹ Die Grenzen der Einflussnahme der

⁶ *Altmeyden* (Fn. 5), Kap. 23 Rn. 52 f.; *Schall*, in: BeckOGK-AktG, Stand: 1.6.2021, § 15 Rn. 31 f.

⁷ *Grigoleit*, in: Grigoleit, Aktiengesetz, 2013, § 15 Rn. 4 f.; *Koch*, in: Hüffer/Koch, 14. Aufl. 2020, § 15 Rn. 3; *Schall*, in: BeckOGK-AktG (Fn. 6), § 15 Rn. 31.

⁸ *Fett*, in: Bürgers/Körber, 3. Aufl. 2014, § 15 Rn. 2; *Franz*, in: Wachter, 3. Aufl. 2018, § 15 Rn. 3; *Grigoleit*, in: Grigoleit (Fn. 7), § 15 Rn. 4.

⁹ *Schall*, in: BeckOGK-AktG (Fn. 6), § 15 Rn. 33; dies wird besonders deutlich an dem Weisungsrecht, das § 308 Abs. 1 AktG gewährt, was nach § 308 Abs. 2 AktG die Weisungsfreiheit (§ 76 Abs. 1 AktG) in dieser Hinsicht stark beschränkt.

¹⁰ *Leuering/Goertzs*, in: Hölter (Fn. 3), § 311 Rn. 2 ff.; *Schall*, in: BeckOGK-AktG (Fn. 6), § 15 Rn. 31 ff.

¹¹ *Altmeyden*, in: MüKo-AktG, 5. Aufl. 2020, § 311 Rn. 2, 20; *Bödeker*, in: Henssler/Strohn, 5. Aufl. 2021, § 308 Rn. 17 f.; *Koch*, in: Hüffer/Koch (Fn. 7), § 311 Rn. 2, 4; *Veil/Walla*, in: BeckOGK-AktG (Fn. 6), § 308 Rn. 2 f.

Konzernobergesellschaft auf die Untergesellschaft bestimmen sich nach dem jeweiligen Grad der Konzernierung.¹²

1. Eingliederung und Vertragskonzern

Eingliederung und Vertragskonzern gewähren der Obergesellschaft weitreichende Befugnisse, auf die Untergesellschaft einzuwirken. Hierdurch erhält die Konzernobergesellschaft gegenüber dem Vorstand der abhängigen Aktiengesellschaft ein weitgehendes Weisungsrecht.¹³ Damit wird der Grundsatz der weisungsfreien Leitung durch den Vorstand der jeweiligen Gesellschaft gemäß § 76 Abs. 1 AktG (partiell) durchbrochen.¹⁴ Das herrschende Unternehmen kann beispielsweise im Rahmen eines Compliance-Systems durch das bestehende Weisungsrecht erreichen, dass die abhängige Gesellschaft die notwendigen Informationen an die Konzernobergesellschaft weitergibt.¹⁵ Folglich ist der Informationsfluss hier unproblematisch, weil er durch das Weisungsrecht gesichert ist.¹⁶

2. Faktischer Konzern

Anders verhält es sich im faktischen Konzern, also bei Nichtbestehen eines Beherrschungsvertrags. Hier handelt der Vorstand – trotz Abhängigkeit der Gesellschaft – weiterhin weisungsfrei.¹⁷ Dieses „Minus“ an Konzernleitungsmacht geht jedoch auch mit einer Verringerung der Haftung des herrschenden Unternehmens einher.¹⁸ Es besteht also insgesamt eine geringere

¹² *Fett*, in: Bürgers/Körper (Fn. 8), § 15 Rn. 2; *Franz*, in: Wachter (Fn. 8), § 15 Rn. 3; *Grigoleit*, in: Grigoleit (Fn. 7), § 15 Rn. 4.

¹³ §§ 308 Abs. 1, 323 Abs. 1 S. 1 AktG; vgl. *Lutter*, in: FS Goette, 2011, S. 292 ff.

¹⁴ *Altmeyden*, in: MüKo-AktG (Fn. 11), § 308 Rn. 84, 87; *Bödeker*, in: Henssler/Strohn (Fn. 11), § 308 Rn. 18; *Emmerich*, in: Emmerich/Habersack (Fn. 3), § 308 Rn. 38; § 76 Rn. 111; *Koch*, in: Hüffer/Koch (Fn. 7), § 308 Rn. 20; *Leuering/Goertz*, in: Hölters (Fn. 3), § 308 Rn. 49.

¹⁵ *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, 4. Aufl. 2019, § 91 Rn. 74; *Fleischer*, Corporate Compliance im aktienrechtlichen Unternehmensverbund, CCZ 2008, 1 (6); *Holle*, Legalitätskontrolle im Kapitalgesellschafts- und Konzernrecht, 2014, S. 206; *Immenga*, in: FS Schwark, 2009, 199 (204 f.); *Koch*, in: Hüffer/Koch (Fn. 7), § 76; *Lutter* (Fn. 13), S. 289 (293); *Verse*, Compliance im Konzern, ZHR 175 (2011), 401 (418).

¹⁶ *Mader*, Der Informationsfluss im Unternehmensverbund, 2016, S. 361 f.

¹⁷ *KG*, Beschl. v. 3.12.2002 – 1 W 363/02, AG 2003, 500 (504); *Bödeker*, in: Henssler/Strohn (Fn. 11), § 311 AktG Rn. 1; *Habersack*, in: Emmerich/Habersack (Fn. 3), § 311 Rn. 78; *Koch*, in: Hüffer/Koch (Fn. 7), § 76, Rn. 52; *Müller*, in: BeckOGK-AktG (Fn. 6), § 311 Rn. 125.

¹⁸ *Elsner*, Die laufende Kontrolle der Tochtergesellschaften durch die Verwaltung der Muttergesellschaft: Eine Konkretisierung der aktienrechtlichen Grundlagen, 2004, S. 71 f.; *Habersack*, in: Emmerich/Habersack (Fn. 3), § 311 Rn. 8.

Verflechtung. Hierdurch ermöglicht das Konzernrecht, das neben dem Schutz der abhängigen Gesellschaft eben auch eine Privilegierungsfunktion („*enabling law*“) hat,¹⁹ dem herrschenden Unternehmen die Wahl einer dezentralen Konzernierung.²⁰ Für diesen Fall bildet § 311 Abs. 1 AktG die zentrale Grenze jeglicher Einflussnahme.

C. Grenzen des Informationsflusses im faktischen Konzern

§ 311 Abs. 1 AktG beschränkt den Einfluss des herrschenden Unternehmens im faktischen AG-Konzern und begrenzt damit die Informationsweitergabe. Diese Norm wirft im faktischen Konzern einige Unklarheiten auf. Denn in der Praxis besteht vor allem im Rahmen von Compliance-Systemen ein hohes Bedürfnis an der Weitergabe von Informationen (dazu **I.**). Die rechtliche Beurteilung dieser Informationsweitergabe stellt sich hier als der Dreh- und Angelpunkt dar (dazu **II.**).

I. Notwendigkeit der Informationsweitergabe

Wie bereits zu Beginn mit dem Beispiel der *ThyssenKrupp AG* angedeutet,²¹ ist der Informationsfluss in Konzernen überlebensnotwendig für die gesamte Unternehmung. Nicht nur bei der Rechnungslegung, sondern auch für die Überwachung und Koordinierung des Tagesgeschäfts spielt der Fluss von Informationen eine Schlüsselrolle.²²

Daneben gilt im Konzern auch die Pflicht zur Compliance, aus der sich weitgehende Informationsbedürfnisse ergeben. Compliance, zu Deutsch „Rechtstreue“²³, ist der Oberbegriff einer trivialen Erkenntnis: Unternehmen

¹⁹ Hierzu schon unter **B.**

²⁰ *Habersack*, in: Emmerich/Habersack (Fn. 3), § 311 Rn. 1 ff.; *Hijffer*, Unternehmenszusammenschlüsse: Bewertungsfragen, Anfechtungsprobleme und Integrationsschranken, ZHR 172 (2008), 572 (589); zur Privilegierungsfunktion *BVerfG*, NZG 2011, 1379 (1380); *BGH*, NJW 2009, 850 (852), *MPS*; *Mülbert*, Unternehmensbegriff und Konzernorganisationsrecht, ZHR 163 (1999), 1 (22); *Habersack/Schürnbrand*, Cash Management und Sicherheitenbestellung bei AG und GmbH im Lichte des richterrechtlichen Verbots der Kreditvergabe an Gesellschafter, NZG 2004, 689 (692).

²¹ Siehe unter **A.**

²² Eingehend *Mader* (Fn. 16), S. 8 ff.

²³ Wörtlich übersetzt zunächst nur „Einhaltung“, „Befolgung“, „Übereinstimmung“, aber als juristischer *terminus technicus* bezogen auf die Einhaltung der Normen, *Groh*, „Compliance“, in: Creifelds Rechtswörterbuch, 23. Aufl. 2019; *Grützner/Jakob*, „Corporate Compliance“, in: Grützner/Jakob, Compliance von A-Z, 2. Aufl. 2015; *Theussinger/Jung*, in: Römermann, Münchener Anwaltshandbuch GmbH-Recht, 4. Aufl. 2018, § 24 Rn. 3.

müssen sich im Rahmen des geltenden Rechts bewegen.²⁴ Mit dem wegweisenden Urteil des *LG München I* in Sachen *Siemens* gegen *Neubürger* vom 10.12.2013²⁵ hat auch in Deutschland die Diskussion um Compliance an Fahrt aufgenommen.²⁶ Im Rahmen der Geschäftsleiterpflichten wird eine Pflicht zur Compliance üblicherweise eng mit der Legalitätskontrollpflicht verbunden oder sogar synonym verstanden. Die *Legalitätskontrollpflicht* ist als Ausfluss der Legalitätspflicht²⁷ ein eigenständiger Teil der Sorgfaltspflichten eines Geschäftsleiters.²⁸ Auch die *Legalitätspflicht* ist als Ausfluss aus §§ 76 Abs. 1, 93 Abs. 1 AktG eine zentrale Pflicht des Vorstandes.²⁹ Während die Legalitätskontrollpflicht mittlerweile allgemein anerkannt ist, herrscht noch Uneinigkeit darüber, ob und wie weit daraus eine Pflicht zur Etablierung eines Compliance-Systems folgt.³⁰ Hierzu hat das *LG München I* zutreffend festgestellt, dass ein Vorstand eines größeren Unternehmens seine Legalitätskontrollpflicht nicht erfüllen kann, ohne ein Compliance-System einzurichten:

„Seiner Organisationspflicht genügt ein Vorstandsmitglied bei entsprechender Gefährdungslage nur dann, wenn er eine auf Schadensprävention und Risikokontrolle angelegte Compliance-Organisation einrichtet.“³¹

²⁴ So auch der Deutsche Corporate Governance Kodex (Grundsatz 5 DCGK in der Fassung v. 16.12.2019); *Hauschka/Moosmayer/Lösler*, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance: Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen, 3. Aufl. 2016, Rn. 2; *Koch*, „Compliance“, in: Schaub/Koch, Arbeitsrecht von A-Z, Beck-Rechtsberater, 24. Aufl. 2020.

²⁵ *LG München I*, NZG 2014, 345 (345).

²⁶ *Larisch/v. Hesberg*, Vorstandspflichten und Compliance-Anforderungen im eingetragenen Verein, CCZ 2017, 17 (17).

²⁷ *Verse* (Fn. 15), S. 423; vgl. *Holle* (Fn. 15), S. 45 f.; *Koch*, in: Hüffer/Koch (Fn. 7), § 93 Rn. 6c.

²⁸ *Weller/Kaller/Schulz*, Haftung deutscher Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen im Ausland, AcP 216 (2016), 387 (416); zur Unterteilung in Sorgfaltspflichten und Treuepflichten *Fleischer*, in: Spindler/Stilz (Fn. 15), § 93 Rn. 12 ff., 113 ff.; vgl. *Spindler*, in: MüKo-AktG (Fn. 11), § 93 Rn. 125; zur rechtsformübergreifenden Geltung *Fleischer*, in: BeckOGK-AktG (Fn. 6), § 93 Rn. 19; *Koch*, in: Hüffer/Koch (Fn. 7), § 93 Rn. 6; vgl. beispielsweise für den Verein *Larisch/v. Hesberg* (Fn. 26), S. 19.

²⁹ *BGH*, NJW 2010, 3458 (3459); *Hoffmann/Schieffer*, Pflichten des Vorstands bei der Ausgestaltung einer ordnungsgemäßen Compliance-Organisation, NZG 2017, 401 (402).

³⁰ *Goette*, Organisationspflichten in Kapitalgesellschaften zwischen Rechtspflicht und Opportunität, ZHR 175 (2011), 388 (395 ff.); *Hölters*, in: Hölters (Fn. 3), § 93 Rn. 92 m. w. N.; *Spindler*, in: MüKo-AktG (Fn. 11), § 91 Rn. 67.

³¹ *LG München I*, NZG 2014, 345, Leitsatz 1; das *LG München I* leitet dies noch aus der Legalitätspflicht selbst ab.

Dieses Pflichtenprogramm überträgt sich auf den Konzern: Auch wenn die Details eine Vielzahl an Fragen aufwerfen, so kann das grundsätzliche Bestehen einer Legitimitätskontrollpflicht des Geschäftsleiters auch im Konzern als weitgehend anerkannt festgehalten werden.³² Die Geschäftsleiter der Konzernobergesellschaft sind also nicht nur für die Einhaltung der Rechtsnormen im eigenen Unternehmen, sondern auch in den nachgeordneten Unternehmen verantwortlich.³³

Damit die Konzernobergesellschaft ihrer Legitimitätskontrollpflicht gegenüber den abhängigen Gesellschaften überhaupt nachkommen kann, ist es unerlässlich, dass Informationen zwischen der Tochter- und Muttergesellschaft ausgetauscht werden.³⁴ Das herrschende Unternehmen kann nur dann seine Compliance-Pflicht bezüglich des abhängigen Unternehmens erfüllen, wenn es umfassend über dessen Tätigkeit informiert ist. Es ist also eine Vielzahl sensibler Informationen für das herrschende Unternehmen von Interesse. Daher stellt sich die Frage, welche Grenzen das Konzernrecht einem Informationsbegehren der Konzernobergesellschaft setzt, was besonders im Rahmen von konzernweiten Compliance-Systemen virulent wird.³⁵ Was rechtlich nicht zulässig ist, kann kaum rechtlich gefordert werden.³⁶

³² Grundlegend *Verse* (Fn. 15), S. 414 ff.; vgl. Grundsatz 5 DCGK; *Habersack*, Gedanken zur konzernweiten Compliance-Verantwortung des Geschäftsleiters eines herrschenden Unternehmens, in: FS Möschel, 2011, S. 1175; *Harbarth*, Anforderungen an die Compliance-Organisation in börsennotierten Unternehmen, ZHR 179 (2015), 136 (139 ff.); *Koch*, in: Hüffer/Koch (Fn. 7), § 76 Rn. 20; *Liebscher*, in: MüKo-GmbHG, 3. Aufl. 2018, Anhang zu § 13 Rn. 1194 f.; *Seibt*, in: Schmidt/Lutter, Aktiengesetz, 3. Aufl. 2015, § 76 Rn. 28; *Weller/Kaller/Schulz* (Fn. 28), S. 414 ff.; schon *Schneider*, Die Personengesellschaft als herrschendes Unternehmen im Konzern, ZHR 143 (1979), 485 ff.

³³ *Fleischer*, in: Spindler/Stilz (Fn. 15), § 91 Rn. 70 ff.; *Schneider*, Compliance im Konzern, NZG 2009, 1321 (1325 f.).

³⁴ Vgl. nur *Bauckhage-Hoffer/Katko*, Compliance-Systeme und Datentransfer im Konzern, WM 2012, 486 (486).

³⁵ *Fleischer* (Fn. 15), S. 6; *Lutter* (Fn. 13), S. 289, 294; *Verse* (Fn. 15), S. 422; *Wirtz*, Die Aufsichtspflichten des Vorstandes nach OWiG und KonTraG, WuW 2001, 342 (349); hierin liegt keine Verletzung der Verschwiegenheitspflicht aus § 93 Abs. 1 S. 3 AktG, da diese im faktischen Konzern weitgehend ausgehebelt ist, vgl. *Fleischer*, Investor Relations und informationelle Gleichbehandlung im Aktien-, Konzern- und Kapitalmarktrecht, ZGR 2009, 505 (533); *Habersack/Verse*, Zum Auskunftsrecht des Aktionärs im faktischen Konzern, AG 2003, 300 (305 f.); *Koch*, in: Hüffer/Koch (Fn. 7), § 93 Rn. 31; *Link*, in: Wachter (Fn. 8), § 93 Rn. 58; eingehend *Mader* (Fn. 16), S. 420 ff.

³⁶ Statt vieler *Verse* (Fn. 15), S. 402.

II. Konzernrechtliche Begrenzung des Informationsflusses

Die Zulässigkeit der Informationsweitergabe richtet sich im faktischen Konzern wesentlich nach § 311 Abs. 1 AktG (dazu 1.). Daneben bestehen zwar noch weitere konzernrechtliche Verpflichtungen, die zu beachten sind; diese weiteren konzernrechtlichen Schranken sind allerdings gegenüber § 311 Abs. 1 AktG kaum von Belang (dazu 2.).

1. Weitergabe von Informationen als unzulässige Nachteilszufügung?

Bei der Weitergabe von Informationen ist § 311 Abs. 1 AktG deshalb von besonderer Bedeutung, da sich der Tochtervorstand dem Informationsverlangen nur öffnen darf, soweit dessen Voraussetzungen vorliegen;³⁷ bei Verstoß hiergegen haftet er persönlich der Gesellschaft für den entstandenen Schaden nach § 93 Abs. 2 AktG.³⁸ Der Tatbestand des § 311 Abs. 1 AktG weist für den Informationsfluss an zwei Stellen besondere Probleme auf, nämlich einerseits bei der Beurteilung des Nachteilsbegriffs (dazu a)), andererseits bei der Frage, ob der Nachteil quantifizierbar ist (dazu b)).

a) Nachteil i. S. v. § 311 Abs. 1 S. 1 AktG

Die Weitergabe von Informationen an die Muttergesellschaft könnte einen Nachteil i. S. v. § 311 Abs. 1 AktG darstellen. Ein Nachteil ist nach Rechtsprechung des *BGH* jede Minderung oder konkrete Gefährdung der Vermögens- und Ertragslage der Gesellschaft ohne Rücksicht auf Quantifizierbarkeit, soweit diese Beeinträchtigung als Abhängigkeitsfolge eintritt.³⁹

³⁷ *Altmeppen*, in: MüKo-AktG (Fn. 11), § 311 Rn. 2, 20; *Bödeker*, in: Henssler/Strohn (Fn. 11), § 308 Rn. 17 f.; *Veil/Walla*, in: BeckOGK-AktG (Fn. 6), § 308 Rn. 2 f.

³⁸ *Habersack*, in: Emmerich/Habersack (Fn. 3), § 311 Rn. 78; *Pentz*, Auskunftsverlangen des Großaktionärs, in: FS Priester, 2007, S. 593 (609).

³⁹ *BGH*, NJW 1999, 1706 (1707); *BGHZ* 179, 71 (75 f.) = *BGH*, NJW 2009, 850 (851), *MPS*; *BGHZ* 190, 7 (20 f.) = *BGH*, NJW 2011, 2719 (2722), *Telekom*, *Dritter Börsengang*; *BGH*, NZG 2013, 233 (236); vgl. *Habersack*, in: Emmerich/Habersack (Fn. 3), § 311 Rn. 39 m. w. N.

aa) Das herrschende Verständnis des Nachteilsbegriffs

In der Literatur wird zum Teil angenommen, dass die Weitergabe von Informationen generell keinen⁴⁰ oder generell immer⁴¹ einen Nachteil darstelle. Demgegenüber entspricht es der überwiegenden Auffassung, dass auch die Informationsweitergabe grundsätzlich nachteilhaft sein kann, es aber einer Einzelfallbetrachtung bedarf.⁴² Letzteres ist durchaus nachvollziehbar, wenn man bedenkt, dass es sich bei den weitergegebenen Informationen zumeist (aber nicht immer) um sensible Daten handelt, die bei Missbrauch die Vermögens- und Ertragslage der Gesellschaft zu schädigen geeignet erscheinen; dieser Missbrauch wird allerdings in vielen Fällen nicht vorliegen.

bb) Dennoch: Divergierende Nachteilsdefinitionen beim Informationsfluss

Auch wenn der überwiegende Teil der Literatur der Definition des *BGH* zustimmt,⁴³ wird diese bei der Bestimmung des Nachteilsbegriffs im Rahmen des Informationsflusses bislang nur begrenzt herangezogen.⁴⁴ Stattdessen findet man vielfach eigene Annäherungsversuche an den Nachteilsbegriff, die damit

⁴⁰ *Drexler*, Wissenszurechnung im Konzern, ZHR 161 (1997), 491 (513); *Menke*, Befugnis des Vorstands einer börsennotierten Aktiengesellschaft zur bevorzugten Information eines Aktionärspools, NZG 2004, 697 (699 f.); *Schneider/Burgard*, Treuepflichten im mehrstufigen Unterordnungskonzern, in: FS Ulmer, 2003, S. 579 (598); tendenziell *Fabritius*, Zu den Grenzen der Durchsetzung eines kapitalmarktrechtlich begründeten Informationsinteresses des herrschenden Unternehmens im faktischen Konzern, in: FS Huber, 2006, S. 705 (714); *Pentz* (Fn. 38), S. 610.

⁴¹ *Müller*, in: Spindler/Stilz (Fn. 15), § 311 Rn. 47; vgl. *Bauckhage-Hoffer/Katko* (Fn. 34), S. 487.

⁴² *Fleischer* (Fn. 35), S. 535; *Habersack*, in: Emmerich/Habersack (Fn. 3), § 311 Rn. 51a; *Hüffer* (Fn. 20), S. 589 f.; *Koch*, in: Hüffer/Koch (Fn. 7), § 311 Rn. 36b; *Löbbe*, Unternehmenskontrolle im Konzern, 2002, S. 113 ff.; *Mader* (Fn. 16), S. 368; *Müller*, in: BeckOGK-AktG (Fn. 6), § 311 Rn. 109; *Vetter*, in: Schmidt/Lutter (Fn. 32), § 311 Rn. 72; *Wundenberg*, Compliance und die prinzipiengeleitete Aufsicht über Bankengruppen, 2011, S. 191 f.

⁴³ *Bödeker*, in: Henssler/Strohn (Fn. 11), § 311 Rn. 16; *Habersack*, in: Emmerich/Habersack (Fn. 3), § 311 Rn. 39; *Koch*, in: Hüffer/Koch (Fn. 7), § 311 Rn. 24; *Krieger*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts IV, 4. Aufl. 2015, § 70 Rn. 82; *Leisering/Goertz*, in: Hölters (Fn. 3), § 311 Rn. 51; *Müller*, in: Spindler/Stilz (Fn. 15), § 311 Rn. 27; *Schatz/Schödel*, in: Heidel, Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, Nomos Kommentar, 5. Aufl. 2020, § 311 Rn. 53; *Vetter*, in: Schmidt/Lutter (Fn. 32), § 311 Rn. 40; etwas weiter fassend *Teichmann*, in: Teichmann, Compliance: Rechtliche Grundlagen für Studium und Unternehmenspraxis, 2014, § 4 Rn. 248; a. A. *Altmeyden*, in: MüKo-AktG (Fn. 11), § 311 Rn. 157 ff.

⁴⁴ Verwendung der Konkretisierung bei *Dreher/Ballmaier*, Solvency II und Gruppenaufsicht, ZGR 2014, 753 (800); *Verse* (Fn. 15), S. 420.

notwendigerweise zu unterschiedlichen Ergebnissen führen.⁴⁵ Weite Zustimmung findet die These, dass bei einer Informationsverwendung nur zur Kontrolle der Tochtergesellschaft kein Nachteil vorliege.⁴⁶ Dagegen liege regelmäßig ein Nachteil vor, wenn die Informationen zu eigenen Zwecken der Konzernobergesellschaft verwendet würden.⁴⁷ Eine subsumtionsfähige Definition des Nachteilsbegriffs ist aber im Bereich der Informationsweitergabe nicht unmittelbar ersichtlich; stattdessen wird auf eine differenzierende Einzelfallbetrachtung verwiesen, wobei hier wiederum unterschiedliche Kriterien zur Beurteilung herangezogen werden.⁴⁸

c) Beschränkung auf konkrete Gefährdungen

Die Frage der Zulässigkeit der Informationsweitergabe entscheidet sich zentral – will man einmal von gestaltenden Lösungsansätzen wie Garantieverklärungen u. Ä.⁴⁹ absehen – an der Definition des Nachteilsbegriffs. Unter Anlegung der Maßstäbe des *BGH* ist es möglich, den Nachteilsbegriff etwas subsumtionsfähiger zu konturieren. Der *BGH* hat im Urteil *MPS* konstatiert, dass es einer Minderung oder einer *konkreten* Gefahr bedarf, damit ein Nachteil vorliegt, woran der *BGH* auch in späteren Urteilen weiterhin festgehalten hat.⁵⁰

(1) Einordnung in das konzernrechtliche Regelungsregime

Zunächst soll untersucht werden, wie sich die durch den *BGH* konkretisierte Nachteilsdefinition in das Regelungsgefüge des (Aktien-)Konzernrechts einfügt.

(a) Wortlaut und Historie

Der Wortlaut von § 311 Abs. 1 AktG ist für die Nachteilsbestimmung nicht sehr ergiebig. Aus der Ausgleichspflicht kann nicht auf die Bestimmung des Nachteilsbegriffs geschlossen werden. Die Historie könnte für eine weite Auslegung des Nachteilsbegriffs sprechen, denn diese Norm soll dem

⁴⁵ So reichen bspw. *Löbbe* (Fn. 42), S. 114 ff., auch schon potentielle Nachteile, auch wenn *Löbbe* nicht generell die Nachteiligkeit annimmt; *Grigoleit*, in: Grigoleit (Fn. 7), § 311 Rn. 27, hält schon nachteilige Einwirkungen auf den Börsenkurs für Nachteile; dagegen will die wohl überwiegende Ansicht im Einzelfall nach der jeweiligen Verwendung die Nachteiligkeit prüfen, vgl. *Mader* (Fn. 16), S. 367 f. m. w. N.

⁴⁶ *Löbbe* (Fn. 42), S. 114; *Mader* (Fn. 16), S. 368 m. w. N.

⁴⁷ *Mader* (Fn. 16), S. 368 m. w. N.

⁴⁸ So differenziert bspw. *Mader* (Fn. 16), S. 377 ff., 384 ff., weiter nach der Art der Information sowie der konkreten Verwendung; *Elsner* (Fn. 18), S. 73 f., dagegen knüpft an eine Überschreitung des wirtschaftlichen Ermessens an.

⁴⁹ Hierzu eingehend *Mader* (Fn. 16), S. 400 ff.

⁵⁰ BGHZ 179, 71 (75 f.) = *BGH*, NJW 2009, 850 (851), *MPS*; BGHZ 190, 7 (20 f.) = *BGH*, NJW 2011, 2719 (2722), *Telekom, Dritter Börsengang*; *BGH*, NZG 2013, 233 (236).

umfassenden Schutz der Vermögensinteressen der abhängigen Gesellschaft dienen.⁵¹

(b) Telos

§ 311 Abs. 1 AktG bezweckt einerseits den Schutz der abhängigen Gesellschaft, der Gläubiger und der außenstehenden Aktionäre, andererseits die Privilegierung der herrschenden Gesellschaft, Einfluss in begrenztem Maße ausüben zu können.⁵² Die Schutzfunktion spricht für eine weite Auslegung des Nachteilsbegriffs, denn ein Nachteil ist nicht dadurch weniger nachteilhaft, dass eine bloß abstrakte und nicht eine konkrete Gefahr für die Vermögenslage vorliegt. Die Privilegierungsfunktion hingegen sagt wenig über die Auslegung des § 311 Abs. 1 AktG aus, da diese zum Inhalt hat, dass Einfluss ausgeübt werden darf, nicht aber in welchen Grenzen.

(c) Systematik

Die Systematik spricht dafür, dass § 311 Abs. 1 AktG nur die spezifischen konzernbedingten Nachteile erfassen soll. Allgemeine Lebensrisiken fallen gerade nicht unter §§ 311 ff. AktG. Denn das Risiko, dass ein Mitarbeiter, Lieferant o. Ä. sich rechtswidrig verhält und beispielsweise erlangte Informationen missbraucht, besteht jederzeit. Die Verantwortlichkeit hierfür muss sich aus den allgemeinen Haftungsnormen (beispielsweise §§ 823, 826 BGB) ergeben. Insoweit ist es im Grundsatz unerheblich, ob der sich rechtswidrig verhaltende Dritte zugleich Aktionär ist. Denn § 311 Abs. 1 AktG will keine zusätzliche Haftung für jegliche Schädigungen neben den allgemeinen Haftungstatbeständen etablieren, sondern nur für den Fall einer konkreten Nachteilszufügung die Vermögenslage der abhängigen Gesellschaft sichern.⁵³

(2) Bewertung anhand der Bedenken in der Literatur

Die Rechtsprechung des *BGH* steht dem (aktien-)konzernrechtlichen Regelungsregime nicht offensichtlich entgegen. In der Literatur werden dennoch verschiedene Bedenken gegen die vom *BGH* getroffene Konkretisierung des Nachteilsbegriffs angeführt. Auf diese soll nun näher eingegangen werden.

⁵¹ BT-Drucks. IV/171, S. 229 f.; vgl. *Gessler*, Der Schutz der abhängigen Gesellschaft, in: FS Schmidt, 1959, S. 247 (256 ff.); zu den Diskussionen zum Aktiengesetz 1937.

⁵² *Habersack*, in: Emmerich/Habersack (Fn. 3), § 311 Rn. 1; *Müller*, in: BeckOGK-AktG (Fn. 6), § 311 Rn. 2 f.

⁵³ *Altmeyden*, in: MüKo-AktG (Fn. 11), § 311 Rn. 5, 13 f.; *Habersack*, in: Emmerich/Habersack (Fn. 17), § 311 Rn. 4 f.; *Müller*, in: BeckOGK-AktG (Fn. 6), § 311 Rn. 2; *Vetter*, in: Schmidt/Lutter (Fn. 32), § 311 Rn. 40 ff.

(a) Ein ungleich höheres Risiko bei Unternehmensinterna?

So wird gegen die Verallgemeinerung der Rechtsprechung des *BGH* eingewandt, es bestehe – anders als im Fall *MPS* – ein ungleich höheres Risiko, dass Unternehmensinterna zum Nachteil der Tochtergesellschaft verwendet würden.⁵⁴ Dies beruhe darauf, dass kein gesetzlicher Schutz gegen eine nachteilhafte Verwendung der Daten gegeben wäre.⁵⁵ Bei der Bewertung dieses Arguments sind die Geltung der allgemeinen Schutzmechanismen (dazu (aa)), die Treuepflichtbindung (dazu (bb)) sowie der Umstand, dass die Informationsweitergabe nicht generell nachteilhaft sein muss (dazu (cc)) zu bedenken.

(aa) Geltung der allgemeinen Schutzmechanismen

Das (noch⁵⁶) das Recht des faktischen Konzerns prägende Trennungsprinzip hat zur Folge, dass das Vorliegen einer faktischen Konzernierung den allgemeinen Schutz der Rechte und Rechtsgüter des Unternehmens nicht direkt tangiert; allgemeine Haftungsinstitute werden demnach nicht ausgehebelt.⁵⁷ Es besteht also, wenn auch sehr grobmaschig, weiterhin Schutz der Informationen des abhängigen Unternehmens über beispielsweise § 823 Abs. 1 BGB⁵⁸ sowie § 826 BGB, möglicherweise auch über § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB.⁵⁹ Ein Schutz über speziell datenschutzrechtliche Vorschriften ist nicht unproblematisch, auch wenn dem Unternehmen ein grundgesetzlich und europarechtlich unterlegter Schutz der informationellen Selbstbestimmung zusteht.⁶⁰ Das allgemeine Schutzsystem

⁵⁴ *Holle* (Fn. 15), S. 136.

⁵⁵ *Ebd.*, S. 136 f.

⁵⁶ Zu den „Angriffen“ auf das konzernrechtliche Trennungsprinzip eingehend *Poelzig*, Angriffe auf das konzernrechtliche Trennungsprinzip und ihre Folgen für die Konzernleitung, in: Gesellschaftsrechtliche Vereinigung, Gesellschaftsrecht in der Diskussion, 2017, S. 83.

⁵⁷ *Lutter* (Fn. 13), S. 289; zu beachten ist, dass die allgemeinen Schutzmechanismen ggf. durch aktienrechtliche Ansprüche verdrängt werden.

⁵⁸ In Betracht kommen hier sowohl das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Unternehmenspersönlichkeitsrecht) sowie, soweit anzuerkennen, das Recht an den eigenen Daten; zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht bei Unternehmen vgl. *BGH*, GRUR 1980, 1090 (1092), *Das Medizin-Syndikat I*; *OVG Lüneburg*, NJW 2009, 2697, Leitsatz 1; *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig I, 92. EL 2020, Art. 2 Abs. 1 Rn. 224 f.; *Dreier*, in: Dreier I, 3. Aufl. 2013, Art. 2 Abs. 1 Rn. 86; zum Recht an den eigenen Daten *Spindler*, in: BeckOGK-BGB, Stand: 1.2.2020, § 823 Rn. 183 ff.

⁵⁹ *Raff*, in: MüKo-BGB VIII, 8. Aufl. 2020, § 1004 Rn. 37 f.

⁶⁰ *EuGH*, EuZW 2010, 939 (941); *BVerfG*, NJW 1988, 890 (896); *BVerwG*, NVwZ 2002, 1522 (1524); *Schild*, in: BeckOK-Datenschutzrecht, Ed. 31, Stand: 1.2.2020, Art. 4 DSGVO Rn. 6 ff.; hierbei ist weiterhin fraglich, inwieweit der Schutz im Konzern besteht,

ist nicht gerade fein, vermag aber schwerwiegende Pflichtverstöße angemessen zu regeln.

(bb) Treuepflichtbindung der Konzernobergesellschaft

Weitaus relevanter, da feiner, sind die Vorgaben, die aus der Treuepflicht für den Umgang mit den Daten der Tochtergesellschaft folgen. Die Geltung der Treuepflicht sowie deren konkreter Inhalt sind nicht unproblematisch. Es wird sich noch zeigen: Die Treuepflichten verpflichten die Konzernobergesellschaft zum ordnungsgemäßen Umgang mit den Informationen, sodass die Unternehmensinterna (auch ohne Vertraulichkeitsvereinbarung) besonders geschützt sind.⁶¹ Ein Verstoß gegen die Treuepflicht führt über § 280 Abs. 1 BGB zum Schadensersatzanspruch der Tochtergesellschaft.⁶²

(cc) Informationsfluss ist nicht generell nachteilhaft

Würde schon eine bloß abstrakte Gefährdung der Vermögenslage für das Vorliegen eines Nachteils ausreichen, würde sich die überwiegende Ansicht damit in Wertungswiderspruch mit sich selbst setzen: Denn eine abstrakte Gefahr einer nachteiligen Verwendung durch die Konzernobergesellschaft ist bei jeglicher Weitergabe von Informationen gegeben, da hierdurch mehr Personen als unbedingt notwendig Einblick in sensible Daten erhalten.⁶³ Dies ist nach der überwiegenden Ansicht aber gerade abzulehnen und es wird betont, dass die Informationsweitergabe nachteilig sein kann, aber nicht muss.⁶⁴

wegen der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte; vom *BVerfG* geringerer Schutz ggü. Dritten bei bloßem Bestehen einer Mehrheitsbeteiligung angenommen, *BVerfG*, NJW 1988, 890 (896); eingehend *Mader* (Fn. 16), S. 160 ff.; *Schneider*, Investigative Maßnahmen und Informationsweitergabe im konzernfreien Unternehmen und im Konzern, NZG 2010, 1201 (1203 ff.).

⁶¹ Siehe unter cc) (3), S. 14 ff.

⁶² *Born*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, Handlungsgesetzbuch I, 4. Aufl. 2020, § 109 Rn. 25; *Mader* (Fn. 16), S. 411; *Schäfer*, in: MüKo-BGB (Fn. 59), § 705 Rn. 160; *Servatius*, in: Henssler/Strohn (Fn. 11), § 705 BGB Rn. 41; *Sprau*, in: Palandt, 80. Aufl. 2021, § 705 Rn. 27.

⁶³ *Hüffer* (Fn. 15), S. 194; *Löbbe* (Fn. 42), S. 116 f.; *Pentz* (Fn. 38), S. 610; *Wundenberg* (Fn. 42), S. 192 f.

⁶⁴ *Fleischer* (Fn. 35), S. 535; *Habersack*, in: Emmerich/Habersack (Fn. 3), § 311 Rn. 51a; *Hüffer* (Fn. 20), S. 589 f.; *Koch*, in: Hüffer/Koch (Fn. 7), § 311 Rn. 36b; *Löbbe* (Fn. 42), S. 113 ff.; *Müller*, in: BeckOGK-AktG (Fn. 6), § 311 Rn. 109; *Vetter*, in: Schmidt/Lutter (Fn. 32), § 311 Rn. 72; *Wundenberg* (Fn. 42), S. 191 f.; vgl. *Mader* (Fn. 16), S. 368 Fn. 22 m. w. N.

(dd) Zwischenergebnis

Der geäußerte Einwand scheint nicht völlig überzeugend. Das allgemeine Haftungssystem, besonders aber die Treuepflicht der Obergesellschaft gewähren, dass die Informationen nicht missbraucht werden.⁶⁵ Damit besteht eher keine höhere Missbrauchsgefahr bei Unternehmensinterna, sodass eine Verallgemeinerung der *BGH*-Definition nicht deswegen abgelehnt werden sollte.

(b) Überlagerung durch das Bankenaufsichtsrecht?

Speziell auf dem Gebiet der Bankenaufsicht wird als Argument gegen eine Heranziehung der *MPS*-Rechtsprechung beim Informationsfluss die bankenaufsichtsrechtliche Überlagerung des Konzernrechts angeführt.⁶⁶ Dieses Argument greift jedoch nicht bei Unternehmen, die nicht unter die Aufsichtspflicht des KWG fallen, da dieses ein nicht ohne Weiteres verallgemeinerbares *lex specialis* darstellt.⁶⁷

(c) Die *MPS*-Rechtsprechung als Einzelfallentscheidung?

Es werden auch noch weitere Aspekte in der Literatur zu bedenken gegeben: Zunächst werde die Reichweite der *MPS*-Rechtsprechung überschätzt. Sie sei aber jedenfalls auf den Informationsfluss im Konzern nicht übertragbar, denn die Wahrscheinlichkeit der Verwendung zulasten der Tochtergesellschaft könne wegen der subjektiven Verwendungsabsicht „schlicht nicht festgestellt werden“.⁶⁸

(aa) Weitgehend anerkannte Nachteilsdefinition

Gegen diese grundsätzlichen Bedenken hinsichtlich der Reichweite der Entscheidung könnte man anführen, dass der *BGH* nicht erst in *MPS*, sondern schon zuvor den Nachteilsbegriff so definiert hat.⁶⁹ *MPS* war damit keine Begründung einer neuen, sondern eine Verfestigung einer bereits bestehenden

⁶⁵ *Holle* (Fn. 15), S. 138 f.

⁶⁶ *Tröger*, Konzernverantwortung in der aufsichtsunterworfenen Finanzbranche, ZHR 177 (2013), 475 (507 f.).

⁶⁷ *Verse* (Fn. 15), S. 409; *Wundenberg* (Fn. 42), S. 190 ff.; eingehend *Mader* (Fn. 16), S. 373 ff.; selbiges gilt entsprechend für die Aufsicht von Versicherungsunternehmen oder Finanzkonglomeraten.

⁶⁸ *Mader* (Fn. 16), S. 394 f.

⁶⁹ *BGH*, NJW 1999, 1706 (1707); *BGHZ* 179, 71 (75 f.) = *BGH*, NJW 2009, 850 (851), *MPS*; *BGHZ* 190, 7 (20 f.) = *BGH*, NJW 2011, 2719 (2722), *Telekom*, *Dritter Börsengang*; *BGH*, NZG 2013, 233 (236).

Rechtsprechung. Im Übrigen war die Nachteilsdefinition so auch schon in der Literatur anerkannt – und auch heute ist sie noch herrschend.⁷⁰

(bb) Verwendungszweck bei Compliance erkennbar

Den Bedenken, dass keine Informationsgrundlage für den Missbrauch der weitergegebenen Daten bestehe, sondern es vielmehr von der subjektiven Verwendungsabsicht der Konzernobergesellschaft abhängt, ist grundsätzlich zuzustimmen.⁷¹ Allerdings erscheint es für die Informationsweitergabe beispielsweise im Rahmen eines Compliance-Systems etwas anders zu sein, da für den Tochtervorstand hier der Verwendungszweck erkennbar ist und er darauf vertrauen darf, dass die Informationen nur zu diesem Zweck verwendet werden.⁷² Denn solange keine gegenteiligen Indizien vorliegen (die dann wohl auch eine konkrete Informationsgrundlage darstellen könnten), darf der Tochtervorstand von rechtstreuem Verhalten der Muttergesellschaft ausgehen.⁷³ Wäre dem nicht so, so würden auch die Lösungsversuche scheitern, die eine Verpflichtung der Gesellschaft vorschlagen, da diesen ebenfalls das (fernliegende) abstrakte Risiko der Vertragsbrüchigkeit immanent wäre.

(cc) Schutz des unternehmerischen Spielraums

Dennoch bleibt die Frage, wie das Risiko des Missbrauchs durch das herrschende Unternehmen zu handhaben ist, das „sich schlicht nie ausschließen“ lässt.⁷⁴ Man könnte meinen, dass § 311 Abs. 1 AktG – aufgrund der Schutzfunktion – auch solche abstrakten Risiken erfassen müsse.⁷⁵ Wenn man allerdings mit einbezieht, dass § 311 AktG nach hier vertretener Auffassung gerade nicht das abstrakte Risiko des rechtswidrigen Verhaltens Dritter erfassen soll, kann man zu einem anderen Ergebnis gelangen, das der Definition des *BGH* entspricht.⁷⁶ Darüber hinaus ist zu beachten, dass dem Tochtervorstand auch im Rahmen des § 311

⁷⁰ Bödeker, in: Henssler/Strohn (Fn. 11), § 311 Rn. 16; Habersack, in: Emmerich/Habersack (Fn. 3), § 311 Rn. 39; Koch, in: Hüffer/Koch (Fn. 7), § 311 Rn. 24; Krieger (Fn. 43), § 70 Rn. 82; Leuring/Goertz, in: Hölters (Fn. 3), § 311 Rn. 51; Müller, in: Spindler/Stilz (Fn. 15), § 311 Rn. 27; Schatz/Schödel, in: Heidel (Fn. 43), § 311 Rn. 53; Vetter, in: Schmidt/Lutter (Fn. 32), § 311 Rn. 40; etwas weiter fassend Teichmann (Fn. 43), § 4 Rn. 248; a. A. Altmeyden, in: MüKo-AktG (Fn. 11), § 311 Rn. 157 ff.

⁷¹ Mader (Fn. 16), S. 395 f.

⁷² Vgl. zur Treuepflicht unten unter cc) (3), S. 14 ff.

⁷³ So auch Pentz (Fn. 38), S. 610.

⁷⁴ Mader (Fn. 16), S. 397.

⁷⁵ Ebd.

⁷⁶ Hierzu bei der systematischen Auslegung, siehe oben unter (2) (c).

Abs. 1 AktG ein unternehmerischer Spielraum zusteht und zustehen muss.⁷⁷ Damit kann gerade nicht das abstrakte Risiko stets als Nachteil gewertet werden, sondern es ist die Pflicht des Vorstandes, zu ermitteln, ob ein solcher Nachteil vorliegt. So kann der Vorstand differenziert und situationsangemessen reagieren, anstatt in seiner unternehmerischen Freiheit durch die pauschale Pflicht zu Garantieverpflichtungen, etc.⁷⁸ beschnitten zu werden. Andernfalls würde gerade nicht der von § 311 Abs. 1 AktG angestrebte Zweck erreicht, die Gesellschaft so zu stellen, als wäre sie unabhängig.⁷⁹

(3) Zwischenergebnis – ein Plädoyer für die Definition des *BGH*

Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass auch die weiteren in der Literatur geäußerten Bedenken einer Verallgemeinerung der Nachteilsdefinition auf den Bereich des Informationsflusses nicht zwingend entgegenstehen. Die vom *BGH* entwickelte Definition des Nachteilsbegriffs stellt eine gute Grundlage für die Subsumtion dar. Sie fügt sich auch in das Regelungssystem des Konzernrechts ein.

Die vom *BGH* entwickelte Nachteilsdefinition sollte auch auf den Informationsfluss im Konzern angewandt werden, insbesondere im Fall der Konzern-Compliance. Die Weitergabe von Informationen stellt danach nur einen Nachteil dar, wenn eine konkrete Gefahr für die Vermögenslage besteht, beispielsweise wenn konkrete Anhaltspunkte für den Missbrauch der Informationen entgegen des Compliance-Zwecks bestehen. Fehlt es an einer solchen Gefahr, was regelmäßig der Fall sein wird, besteht kein Nachteil und der Tochtervorstand darf die Informationen weitergeben.

b) Quantifizierbarkeit des Nachteils?

Der zweite hier problematische Prüfungsschritt im Rahmen des § 311 Abs. 1 AktG ist die Frage, ob der Nachteil quantifiziert werden kann.

aa) Quantifizierbarkeit als notwendige Voraussetzung

Aus der Nachteilsausgleichspflicht des § 311 Abs. 1 AktG ergibt sich, dass nur solche Nachteile erfolgen dürfen, die als Nachteil bezifferbar, d. h. quantifizierbar,

⁷⁷ *Habersack*, in: Emmerich/Habersack (Fn. 3), § 311 Rn. 40, 53; *Winter/Harbarth*, Verhaltenspflichten von Vorstand und Aufsichtsrat der Zielgesellschaft bei feindlichen Übernahmeangeboten nach dem WpÜG, ZIP 2002, 1 (6); *Müller*, in: BeckOGK-AktG (Fn. 6), § 311 Rn. 92; *Vetter*, in: Schmidt/Lutter (Fn. 32), § 311 Rn. 40 f.

⁷⁸ Zu den vorgeschlagenen Lösungsansätzen eingehend *Mader* (Fn. 16), S. 400 ff.

⁷⁹ Vgl. *Teichmann* (Fn. 43), § 4 Rn. 248.

sind.⁸⁰ Dem Schutz der abhängigen Gesellschaft wird nur dann voll Rechnung getragen, wenn die Nachteile genau bestimmt werden können.⁸¹ Die Quantifizierung muss *ex ante* stattfinden.⁸² Kann ein Nachteil nicht beziffert werden, so ist dieser mangels Ausgleichsmöglichkeit von vornherein rechtswidrig.⁸³ Zum Teil wird jedoch auf die Möglichkeit verwiesen, dass durch die Übernahme einer Garantie oder eine andere Form der Sicherung eine Quantifizierbarkeit gegeben sein solle bzw. hierdurch schon die Qualität als Nachteil entfallen würde.⁸⁴ Das setzt jedoch voraus, dass der Nachteil später bestimmt werden kann.⁸⁵ Zudem muss die Ausgleichsvereinbarung ihrerseits auch einen bezifferten Anspruch enthalten – vage Ausgleichsansprüche genügen nicht.⁸⁶

bb) Grenzen der Bezifferung des Nachteils

Die Anwendung der Nachteilsdefinition des *BGH* hat zur Folge, dass abstrakt-generelle Nachteile grundsätzlich außer Betracht zu lassen sind. Demnach stellt sich das Problem der Quantifizierbarkeit nur bei Vorliegen einer konkreten Gefährdung der Vermögens- und Ertragslage, beispielsweise aufgrund von Verdachtsmomenten, die einen Missbrauch durch die Obergesellschaft nahelegen. Für die Quantifizierbarkeit ist damit aber nicht viel gewonnen, da die Informationsgrundlage zwar konkreter ist, damit aber keinesfalls eine wirtschaftliche Berechenbarkeit dieses Nachteils einhergeht. Wie solle man etwa das Risiko bewerten, dass es aufgrund konkreter Verdachtsmomente nahe liegt, dass das herrschende Unternehmen die weitergegebenen Kundendaten für eigene Werbezwecke gebrauchen will? Man mag (dystopische) Schadensszenarien hiermit simulieren können, aber von einer realistischen Nachteilsfeststellung sind derartige „Berechnungen“ weit entfernt.

⁸⁰ *Grigoleit*, in: Grigoleit (Fn. 7); § 311 Rn. 28; *Habersack*, in: Emmerich/Habersack (Fn. 3), § 311 Rn. 43; *Koch*, in: Hüffer/Koch (Fn. 7), § 311 Rn. 42; *Müller*, in: BeckOGK-AktG (Fn. 6), § 311 Rn. 102.

⁸¹ *Grigoleit*, in: Grigoleit (Fn. 7), § 311 Rn. 47.

⁸² *Leuering/Goertz*, in: Hölters (Fn. 3), § 311 Rn. 57 ff.; *Müller*, in: Spindler/Stilz (Fn. 15), § 311 Rn. 40.

⁸³ *Grigoleit*, in: Grigoleit (Fn. 7), § 311 Rn. 28, 47; *Koch*, in: Hüffer/Koch (Fn. 7), § 311 Rn. 24; *Müller*, in: Spindler/Stilz (Fn. 15), § 311 Rn. 40.

⁸⁴ *Altmeyden*, in: MüKo-AktG (Fn. 11), § 311 Rn. 198 ff.; *Hommelhoff*, Die Konzernleitungspflicht, 1981, S. 127 f.; *Koppensteiner*, in: KölnKomm-AktG VI, 3. Aufl. 2004, § 311 Rn. 135 f.

⁸⁵ *BGH*, NZG 2012, 1030 (1032); *Krieger* (Fn. 43), § 70 Rn. 91.

⁸⁶ *BGH*, NZG 2012, 1030, Leitsatz 2.

So besteht hier im Ergebnis Einigkeit, dass die Quantifizierbarkeit in der Praxis zumeist kaum möglich sein wird.⁸⁷ Denn *ex ante* wird die Tochtergesellschaft kaum erkennen können – selbst in dem Fall, in dem konkrete Anhaltspunkte für einen Missbrauch bestehen –, wie die Obergesellschaft die Informationen missbrauchen wird und welche Nachteile hieraus erwachsen. Dies gilt umso mehr, wenn man – abweichend von der Definition des *BGH* – auch abstrakte Gefährdungen als Nachteile i. S. v. § 311 Abs. 1 AktG versteht.⁸⁸ Folgt man dieser Ansicht, kommt man zu dem – zugegeben unbefriedigenden⁸⁹ – Ergebnis, dass das herrschende Unternehmen wegen des (immer bestehenden, wenn auch vagen) Risikos des Missbrauchs quasi keinerlei Informationen erhalten bzw. die Tochtergesellschaft keinerlei Informationen weitergeben darf.⁹⁰ Folglich darf in den Fällen der Informationsweitergabe, in denen ein Nachteil gemäß § 311 Abs. 1 AktG vorliegt, die Einflussnahme also zumeist nicht erfolgen, da diese mangels Quantifizierbarkeit unzulässig ist.

c) Rahmenbedingungen für zulässigen Informationsfluss

Damit würde § 311 Abs. 1 AktG jeglichen Informationsfluss und damit insbesondere jegliche effiziente Konzern-Compliance unterbinden.⁹¹ Um trotz fehlender Quantifizierbarkeit einen Informationsfluss im faktischen Konzern zu ermöglichen, werden verschiedene Ansätze vorgeschlagen.

aa) Kompensation durch Vorteile?

Zwar erwachsen der abhängigen Gesellschaft insbesondere bei der Einbindung in ein konzernweites Compliance-System einige Vorteile, jedoch ist anerkannt, dass ein nicht quantifizierbarer Nachteil in der Regel nicht durch damit einhergehende (ggf. nicht quantifizierbare) Vorteile ausgeglichen werden kann.⁹² Ein Ausgleich durch mögliche Vorteile scheidet daher grundsätzlich aus.

⁸⁷ *Holle* (Fn. 15), S. 134 („kaum bezifferbar“); *Koch*, in: Hüffer/Koch (Fn. 7), § 311 Rn. 36b („Ausgleich wegen fehlender Quantifizierbarkeit schwierig“); *Launhard*, Geheimhaltung und Offenlegung bei der Due Diligence anlässlich der Vorbereitung eines Unternehmens- bzw. Beteiligungskaufs, 2010, S. 103 f. („sehr schwierig“); *Wundenberg* (Fn. 42), S. 192 f. („[lassen sich] in der Regel nicht quantifizieren“).

⁸⁸ *Holle* (Fn. 15), S. 134; *Löbbe* (Fn. 42), S. 114.

⁸⁹ *Mader* (Fn. 16), S. 400 m. w. N.

⁹⁰ *Habersack*, in: Emmerich/Habersack (Fn. 3), § 311 Rn. 9, 78.

⁹¹ *Holle* (Fn. 15), S. 134.

⁹² *Altmeyden*, in: MüKo-AktG (Fn. 11), § 311 Rn. 348 f.; *Habersack*, in: Emmerich/Habersack (Fn. 3), § 311 Rn. 64; *Müller*, in: BeckOGK-AktG (Fn. 6), § 311 Rn. 115; *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, 6. Aufl. 2015, § 61 Rn. 34; *Schatz/Schödel*, in: Heidel (Fn. 43), § 311 Rn. 67; vgl. *Mader* (Fn. 16), S. 401 m. w. N.

bb) Vertraulichkeitsvereinbarungen⁹³

Dem Informationsverlangen könnte ihr nachteiliger Charakter entzogen werden (sodass sich die Frage der Quantifizierbarkeit nicht mehr stellt⁹⁴), indem sich die herrschende Gesellschaft zur vertraulichen Verwendung verpflichtet.⁹⁵ Eine (ggf. strafbewehrte) Vertraulichkeitsvereinbarung könnte dafür sorgen, dass die Informationsweitergabe jedenfalls nicht generell nachteilhaft ist, da diese sicherstellen würde, dass die erlangten Informationen nicht zum Nachteil des Tochterunternehmens verwendet würden.⁹⁶ Möglicherweise kann man aber auch ohne den Abschluss einer separaten Vertraulichkeitsvereinbarung zu einem zulässigen Informationsfluss kommen.

cc) Maßgaben unter Zugrundelegung der *MPS*-Rechtsprechung

Bei Anwendung der vom *BGH* entwickelten Nachteilsdefinition kann man das Problem auch ohne bestehende Vertragsregelungen eingrenzen. Denn unter die Beschränkung durch § 311 Abs. 1 AktG fallen danach nur solche Nachteile, bei denen eine konkrete Gefährdung der Vermögens- und Ertragslage vorliegt.⁹⁷ Diese durch konkrete Verdachtsmomente nachteilig erscheinenden Maßnahmen wären vermutlich nicht oder nur kaum zu quantifizieren, wie zuvor schon ausgeführt, und damit grundsätzlich unzulässig.⁹⁸ Alle anderen Maßnahmen, die nicht eine konkrete Gefährdung der Vermögens- und Ertragslage darstellen, wären nach der Definition des *BGH* keine Nachteile und würden damit diese Hürde des § 311 Abs. 1 AktG ohne größere Probleme passieren. Der Tochtervorstand dürfte sich diesen Maßnahmen also aus aktienkonzernrechtlicher Sicht öffnen. Dennoch bleibt die Frage offen, was mit den einmal an das herrschende Unternehmen gelangten Informationen geschieht und inwieweit die Tochterinteressen beim Umgang mit diesen Daten gewahrt bleiben. Hierfür könnten sich schon aus der Treuepflicht Verpflichtungen des herrschenden Unternehmens ergeben.

dd) Treuepflicht des herrschenden Unternehmens

Das Bestehen einer Treuepflichtbindung zwischen Aktiengesellschaft und Aktionären ist spätestens seit dem grundlegenden *Linotype*-Urteil des *BGH*

⁹³ Zur Frage, ob (abstrakte) Garantievereinbarungen die Nachteiligkeit entfallen lassen vgl. *Löbbe* (Fn. 42), S. 115 f.; *Mader* (Fn. 16), S. 403 ff.

⁹⁴ *Habersack* (Fn. 32), S. 1190 f.; *Koch*, in: Hüffer/Koch (Fn. 7), § 311 Rn. 36b, 42.

⁹⁵ So *Fabritius* (Fn. 40), S. 713 f.; *Pentz* (Fn. 38), S. 593 (610); differenzierend *Habersack*, in: Emmerich/Habersack (Fn. 3), § 311 Rn. 51a.

⁹⁶ *Fabritius* (Fn. 40), S. 714, im Ergebnis auch *Löbbe* (Fn. 42), S. 115 f.

⁹⁷ Vgl. die Nachteilsdefinition oben unter **C. II. 1. a)**.

⁹⁸ Vgl. vorstehend unter bb).

anerkannt.⁹⁹ Diese gilt jedoch nicht bei einem einzigen Alleinaktionär¹⁰⁰ bzw. der Ein-Personen-GmbH¹⁰¹, sodass hier nur eine vertragliche Verpflichtung in Betracht kommt.

(1) Anwendbarkeit der Treuepflicht

Der Anwendbarkeit der Treuepflicht könnte entgegenstehen, dass im Rahmen der §§ 311 ff. AktG die Treuepflicht keine Geltung entfaltet.¹⁰² Denn bei Anwendung der Treuepflicht dürfte die herrschende Gesellschaft keinerlei nachteiligen Einfluss, nicht einmal mit Ausgleich ausüben; dies wird ihr aber gerade durch § 311 Abs. 1 AktG gestattet.¹⁰³ Nach überwiegender Ansicht ist daher ein Rückgriff auf die Treuepflicht im Rahmen der § 311 ff. AktG abzulehnen.¹⁰⁴ Mittlerweile ist (wenn auch im Einzelnen umstritten) anerkannt, dass außerhalb des Anwendungsbereiches der §§ 311 ff. AktG Raum für die Treuepflicht bleibt.¹⁰⁵

Man könnte jedoch einwenden, die Anwendung der Treuepflicht sei zirkulär, da dieser zufolge die Maßnahme nicht nachteilig wäre, was hier aber gerade Voraussetzung der Anwendbarkeit der Treuepflicht ist, da diese nur bei nicht nachteiligen Einflussnahmen (d. h. außerhalb von § 311 Abs. 1 AktG) Anwendung findet. Diese Bedenken erscheinen nicht gänzlich unbegründet, wenn man schon in der Weitergabe der Informationen einen Nachteil erblicken will (wegen der abstrakten Missbrauchsgefahr).¹⁰⁶ Wenn man in der

⁹⁹ Schon BGHZ, 14, 25, Leitsatz 6 = BGH, NJW 1954, 1401; BGHZ 103, 184 (194 f.) = BGH, NJW 1988, 1579 (1581 f.), *Linotype*, BGHZ 129, 136 (142 ff.) = BGH, NJW 1995, 1739 (1741 ff.), *Girmes*; vgl. *Fleischer*, in: Schmidt/Lutter (Fn. 32), § 53a Rn. 42; *Götze*, in: MüKo-AktG (Fn. 11), § 53a Rn. 42; *Koch*, in: Hüffer/Koch (Fn. 7), § 53a Rn. 14; *Raiser/Veil* (Fn. 92), § 11 Rn. 44 ff.

¹⁰⁰ *Drygalla*, in: KölnKomm-AktG I, 3. Aufl. 2011, § 53a Rn. 89 f.; *Fleischer*, in: Schmidt/Lutter (Fn. 32), § 53a Rn. 51; *Götze*, in: MüKo-AktG (Fn. 11), § 53a Rn. 30.

¹⁰¹ *Liebscher*, in: MüKo-GmbHG (Fn. 32), Anhang zu § 13 Rn. 398; *Verse*, in: Henssler/Strohn (Fn. 11), Anhang § 13 GmbHG Rn. 44 m. w. N.

¹⁰² Vgl. h. M. *Altmeppen*, in: MüKo-AktG (Fn. 11), § 317 Rn. 119; *Fleischer*, in: Schmidt/Lutter (Fn. 32), § 53a Rn. 61; *Koch*, in: Hüffer/Koch (Fn. 7), § 53a Rn. 24; *Mader* (Fn. 16), S. 416; *Verse*, in: Bayer/Habersack (Fn. 5), Kap. 13 Rn. 45 f.

¹⁰³ *Habersack*, in: Emmerich/Habersack (Fn. 3), Vor § 311 Rn. 5; Anh. § 318 Rn. 22 f.; *Verse*, in: Bayer/Habersack (Fn. 5), Kap. 13 Rn. 45 f.

¹⁰⁴ *Vetter*, in: Schmidt/Lutter (Fn. 32), § 311 Rn. 126 m. w. N.

¹⁰⁵ *Cahn/v. Spannenberg*, in: Spindler/Stilz (Fn. 15), § 53a Rn. 61 ff.; *Fleischer*, in: Schmidt/Lutter (Fn. 32), § 53a Rn. 61; *Koch*, in: Hüffer/Koch (Fn. 7), § 53a Rn. 24, § 311 Rn. 52; *Koppensteiner*, in: KölnKomm-AktG (Fn. 84), § 311 Rn. 167 ff.; *Verse*, in: Bayer/Habersack (Fn. 5), Kap. 13 Rn. 46.

¹⁰⁶ *Holle* und *Mader* sind eher in die Richtung zu verstehen, dass schon in der Weitergabe der Informationen ein Nachteil bestehe, vgl. *Holle* (Fn. 15), S. 136 f.; *Mader* (Fn. 16),

Informationsweitergabe schon keinen Nachteil erblickt, kann man für den späteren Umgang mit den Informationen die Treuepflicht fruchtbar machen.¹⁰⁷ Nach dem hier vertretenen Nachteilsverständnis ist die Treuepflicht daher anwendbar.

(2) Inhalt der Treuepflicht

Die Treuepflicht besagt im Kern, dass die Aktionäre ihre Befugnisse zur Förderung des Gesellschaftszwecks gebrauchen sollen und somit zuwiderlaufende Maßnahmen zu unterlassen haben. Somit sind nachteilige Einwirkungen zu unterlassen.¹⁰⁸ Dies fügt sich trefflich in das Regelungsregime des § 311 Abs. 1 AktG ein: Denn nachteilige Einwirkungen sind nur im Rahmen von § 311 Abs. 1 AktG erlaubt; jeglicher weitergehende Gebrauch¹⁰⁹ der Informationen der Tochtergesellschaft bedarf – laut § 311 Abs. 1 AktG – einer Entscheidung des Tochtervorstandes und eines Nachteilsausgleichs oder er ist – so besagt es die Treuepflicht – gar nicht zulässig.

(3) Praktische Bedenken

In der Praxis wird der Tochtervorstand häufig auf die gerichtliche Durchsetzung der bestehenden Treuepflichtverletzung verzichten. Stattdessen ist davon auszugehen, dass der Tochtervorstand einem Auskunftsbeglehen der Konzernobergesellschaft regelmäßig nachkommen wird.¹¹⁰ Dies ist allerdings ein grundsätzliches Problem der §§ 311 ff. AktG, die versagen, wenn die abhängige Gesellschaft auf die Geltendmachung ihres Schutzes verzichtet.¹¹¹

d) Zwischenfazit

Die abhängige Gesellschaft ist bei der Informationsweitergabe schon hinreichend durch die Treuepflicht geschützt, über die sie bei Verletzung auch Schadensersatz gemäß § 280 Abs. 1 BGB verlangen kann.¹¹² Es ist daher von

S. 399; ihrer Ansicht nach entfällt gerade durch die Treuepflicht die Nachteiligkeit, vgl. *Holle* (Fn. 15), S. 138 f.; *Mader* (Fn. 16), S. 407 f.

¹⁰⁷ So *Verse* (Fn. 15), S. 421.

¹⁰⁸ *Fleischer*, in: Schmidt/Lutter (Fn. 32), § 53a Rn. 54 f.; *Koch*, in: Hüffer/Koch (Fn. 7), § 53a Rn. 19.

¹⁰⁹ Der „weitere“ Gebrauch außerhalb der bisherigen Befugnis ist streng genommen damit wieder eine neue (nachteilige) Einflussnahme, die sich an den allgemeinen konzernrechtlichen Grenzen messen muss (§ 311 Abs. 1 AktG).

¹¹⁰ *Fleischer* (Fn. 15), S. 6; *Lutter* (Fn. 13), S. 289, 294; *Verse* (Fn. 15), S. 422; *Wirtz* (Fn. 35), S. 349.

¹¹¹ *Koch*, in: Hüffer/Koch (Fn. 7), § 311 Rn. 36c.

¹¹² *Born*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn (Fn. 62), § 109 Rn. 25; *Schäfer*, in: MüKo-BGB (Fn. 59), § 705 Rn. 160; *Servatius*, in: Henssler/Strohn (Fn. 11), § 705 BGB Rn. 41.

Gesetzes wegen nicht zwingend erforderlich, dass eine Vertraulichkeitsvereinbarung oder ähnliches abgeschlossen wird.

2. Weitere konzernrechtliche Schranken

Die weiteren Tatbestandsmerkmale des § 311 Abs. 1 AktG stellen keine größeren Hürden dar. Aus den §§ 312 ff. AktG und auch aus § 308 Abs. 2 S. 2 AktG ergeben sich weitere Schranken, die hier aber keine größere Rolle spielen.¹¹³ Die Diskussion um Geschäftsleiterermessen bei Compliance-Systemen überträgt sich auch auf den § 311 AktG; nach überwiegender Ansicht wird es sich hierbei aber um unternehmerische Entscheidungen handeln, die von der *business judgement rule* erfasst sind.¹¹⁴ Der Vorstand kann sich daher bei einer Entscheidung für die Weitergabe von Informationen auf den Schutz des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG berufen und der unternehmerische Ermessenspielraum wird damit auch im Rahmen von § 311 Abs. 1 AktG geschützt.¹¹⁵

D. Thesenartige Zusammenfassung

Wie sich gezeigt hat, ist die Beurteilung der Frage, ob der notwendige Informationsfluss im faktischen Konzern gewährleistet ist, nicht unproblematisch. Das deutsche Konzernrecht ermöglicht aber auch in großen Konzernen einen Austausch von Informationen, ohne dabei die Interessen der Gläubiger und Minderheitsgesellschafter außer Acht zu lassen.

1. Die vom *BGH* entwickelte Nachteilsdefinition ist auch im Rahmen des Informationsflusses im Konzern konsequent heranzuziehen. Diese Nachteilsdefinition lautet: Ein Nachteil ist jede Minderung oder konkrete Gefährdung der Vermögens- und Ertragslage der Gesellschaft ohne Rücksicht auf Quantifizierbarkeit, soweit diese Beeinträchtigung als Abhängigkeitsfolge eintritt.¹¹⁶

¹¹³ Nach §§ 312 ff. AktG bestehen besondere Berichts- und Prüfpflichten, die insb. im Rahmen des Jahresabschlusses relevant werden; § 308 Abs. 2 S. 2 AktG darf der Vorstand sich weigern, Weisungen zu befolgen, die offensichtlich nicht dem Konzerninteresse dienen, was aber bei der Informationsweitergabe nur in wenigen Ausnahmefällen zutreffen wird.

¹¹⁴ Vgl. *Spindler*, in: MüKo-AktG (Fn. 11), § 93 Rn. 115; hier ist abzugrenzen zur Legalitäts(kontroll)pflicht, bei der kein Ermessen besteht; jedoch ist die Ausgestaltung des Compliance-Systems keine gebundene Entscheidung.

¹¹⁵ *Altmeyden*, in: MüKo-AktG (Fn. 11), § 311 Rn. 193; *Habersack*, in: Emmerich/Habersack (Fn. 3), § 311 Rn. 53; *Leuering/Goertz*, in: Hölters (Fn. 3), § 311 Rn. 53; *Müller*, in: BeckOGK-AktG (Fn. 6), § 311 Rn. 92.

¹¹⁶ *BGH*, NJW 1999, 1706 (1707); *BGHZ* 179, 71 (75 f.) = *BGH*, NJW 2009, 850 (851), *MPS*; *BGHZ* 190, 7 (20 f.) = *BGH*, NJW 2011, 2719 (2722), *Telekom*, *Dritter Börsengang*;

2. Regelmäßig liegt in der Informationsweitergabe von einer abhängigen Gesellschaft an das herrschende Unternehmen keine konkrete Gefährdung der Vermögens- oder Ertragslage der abhängigen Gesellschaft, sodass kein Nachteil i. S. v. § 311 Abs. 1 AktG vorliegt und damit ein solches Informationsverlangen grundsätzlich befolgt werden darf. Ob Anhaltspunkte bestehen, die nahelegen, dass mit der Weitergabe von Informationen eine konkrete Gefährdung der Vermögens- und Ertragslage einhergeht, ist stets im Einzelfall zu prüfen. Auf die nachgelagerte Frage der Quantifizierbarkeit (die man nahezu immer verneinen muss), kommt es für die Frage der Nachteilsermittlung nicht an.

3. Die Treuepflicht verbietet dem herrschenden Unternehmen einen nachteiligen Gebrauch der erlangten Daten zulasten der abhängigen Gesellschaft außerhalb von § 311 Abs. 1 AktG. Eine separate Vertraulichkeitsvereinbarung ist von Gesetzes wegen nicht gefordert, insbesondere nicht in den Fällen, in denen keine konkreten Anhaltspunkte für einen Missbrauch durch das herrschende Unternehmen vorliegen.

BGH, NZG 2013, 233 (236); vgl. *Habersack*, in: Emmerich/Habersack (Fn. 3), § 311 Rn. 39 m. w. N.

Julien Schickling*

Der Schutz der Stakeholder beim grenzüberschreitenden Formwechsel nach der neuen Umwandlungsrichtlinie

Abstract

In seinem wegweisenden Urteil in der Rechtssache *Polbud* hat der *EuGH* auch die isolierte Verlegung des Satzungssitzes unter den Schutz der Niederlassungsfreiheit gestellt. Dies schafft eine erhöhte Mobilität für Unternehmen im Europäischen Binnenmarkt. Gleichzeitig droht die neue Sitzaufspaltungsfreiheit missbraucht zu werden, um die Interessen von Gesellschaftern, Gläubigern und Arbeitnehmern (Stakeholder) zu umgehen. In Anbetracht dieser Gefahr hat die Europäische Union eine Umwandlungsrichtlinie zum Schutz der Stakeholder erlassen. Der Beitrag untersucht diese Richtlinie dahingehend, ob sie einen geeigneten und angemessenen Schutz der Stakeholder gewährleisten kann.

* Der Verfasser studiert Rechtswissenschaft im neunten Fachsemester an der Goethe-Universität Frankfurt am Main mit dem Schwerpunkt „Internationalisierung und Europäisierung des Rechts“. Der vorliegende Beitrag beruht auf einer Seminararbeit, die von PD Dr. Julia Lübke, LL.M. (Harvard) im Sommersemester 2019 gestellt wurde.

A. Einleitung

Panama Papers und *Paradise Papers* – zwei Enthüllungen internationaler Journalistenteams aus den Jahren 2016 und 2017, die für große mediale Aufmerksamkeit gesorgt haben und das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Wirtschaft, die Politik und das Recht erschüttert haben.¹ Im Mittelpunkt der Skandale standen sogenannte *Briefkastenfirmen*. Diese haben zwar ihren rechtlichen Sitz in einem ausländischen Staat, üben dort aber selbst keine geschäftliche Tätigkeit aus.² Dadurch eignen sie sich bestens als Instrument der Rechtsumgehung und zur Verschleierung von Vermögensverhältnissen.³

Vor diesem Hintergrund polarisierte ein Urteil des *EuGH* aus dem Jahr 2017. In der Rechtssache *Polbud* billigte der *EuGH* die Verlegung des rechtlichen Sitzes einer polnischen Gesellschaft in das Niedrigsteuerland Luxemburg, selbst wenn dort keine geschäftliche Tätigkeit ausgeübt werden soll.⁴ Denn die Niederlassungsfreiheit aus Art. 49, 54 AEUV erlaube es auch, mit einer solchen Sitzverlegung „in den Genuss günstigerer Rechtsvorschriften“ zu kommen.⁵

Dies schafft eine erhöhte Mobilität für Unternehmen im Europäischen Binnenmarkt. Die Kehrseite: Unternehmen können diese Freiheit missbrauchen, um die schutzwürdigen Interessen von Gesellschaftern, Gläubigern und Arbeitnehmern zu umgehen.⁶ So ist etwa die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der Europäischen Union unterschiedlich ausgeprägt,⁷ sodass sich eine deutsche Gesellschaft durch eine Sitzverlegung in das mitbestimmungsfreie Italien der Mitbestimmung ihrer Belegschaft entledigen könnte. Gewerkschaften befürchten daher geradezu eine „Flucht aus der Mitbestimmung“.⁸

¹ Exemplarisch zu den Hintergründen und Reaktionen auf die „Panama Papers“ siehe *Obermaier/Obermayer*, Nach dem Beben, Süddeutsche Zeitung v. 24.11.2017.

² Statt vieler *BFH*, DStR 1999, 193 (194).

³ *Kindler*, Unternehmensmobilität nach „Polbud“: Der grenzüberschreitende Formwechsel in Gestaltungspraxis und Rechtspolitik, NZG 2018, 1 (1); *Bundesregierung*, BT-Drucks. 18/11132, S. 1.

⁴ *EuGH*, Urt. v. 25.10.2017, C-106/16, *Polbud* ./ *Wykonawstwo sp. z o.o.*, Rn. 41 ff.

⁵ *Ebd.*, Rn. 62.

⁶ *Stelmaszczyk*, Grenzüberschreitender Formwechsel durch isolierte Verlegung des Satzungssitzes: *EuGH* präzisiert den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit, *EuZW* 2017, 890 (893 f.); *Kindler* (Fn. 3), S. 2.

⁷ Siehe die Ausführungen zur Mitbestimmung der Arbeitnehmer unten **D. III.**

⁸ Exemplarisch etwa die Kritik des *DGB*, Stellungnahme, S. 3 f., abrufbar unter: <https://www.dgb.de/presse/++co++3b06a88e-f95d-11e8-9f57-52540088cada> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021). Siehe hierzu näher unten **F. IV. 2.**

In Anbetracht dieser Gefahr hat das Europäische Parlament und der Rat am 27.11.2019 eine Richtlinie zur Änderung der RL 2017/1132/EU in Bezug auf grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen (Umwandlungsrichtlinie) erlassen.⁹ Die Umwandlungsrichtlinie verfolgt zwei Ziele: Zum einen sollen die verfahrenstechnischen Voraussetzungen für grenzüberschreitende Umwandlungen geschaffen werden. Zum anderen sollen die Interessen der Gesellschafter, Gläubiger und Arbeitnehmer in geeigneter und angemessener Weise geschützt werden.¹⁰

Dieser Beitrag beschäftigt sich mit der grenzüberschreitenden Umwandlung und dem Schutz genau dieser Interessenträger, die allgemein auch als *Stakeholder* bezeichnet werden. Hierzu soll nach einer Eingrenzung des Untersuchungsgegenstands (**B.**) auf die *Polbud*-Entscheidung des *EuGH* eingegangen werden (**C.**) und im Anschluss die schutzwürdigen Interessen der Stakeholder näher beleuchtet werden (**D.**). Daran anknüpfend wird die Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung zum Schutz der Stakeholder erörtert (**E.**), um schließlich die neuen Vorschriften der Umwandlungsrichtlinie vorzustellen und dahingehend zu bewerten, ob sie tatsächlich einen geeigneten und angemessenen Schutz gewährleisten (**F.**).

B. Begriff und Eingrenzung des Untersuchungsgegenstands

Gegenstand der Untersuchung ist die grenzüberschreitende Umwandlung von Gesellschaften in der Europäischen Union. Der Begriff der Umwandlung ist jedoch unscharf und bedarf der Präzisierung. Im Folgenden sollen daher zunächst die für die Untersuchung grundlegenden Begriffe erläutert und der Gegenstand der Arbeit inhaltlich eingegrenzt werden.

I. Begriff der grenzüberschreitenden Umwandlung

Die *Umwandlung* ist im deutschen Recht der Oberbegriff für die Umwandlungsarten nach § 1 Abs. 1 UmwG. Danach können Rechtsträger durch Verschmelzung (§§ 2 – 122m UmwG), Spaltung (§§ 123 – 173 UmwG), Vermögensübertragung (§§ 174 – 189 UmwG) oder Formwechsel (§§ 190 – 304

⁹ Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates v. 27.11.2019, RL 2019/2121/EU, abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A32019L2121> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021). Siehe Erwägungsgrund 35 der RL 2019/2121/EU: „Insbesondere ist es wichtig, gegen „Scheingesellschaften“ oder „Strohfirmen“ vorzugehen, die gegründet werden, um sich Unionsrecht oder nationalem Recht zu entziehen, es zu umgehen oder dagegen zu verstoßen.“

¹⁰ RL 2019/2121/EU, Erwägungsgrund 5 f.

UmwG) umgewandelt werden. Davon zu unterscheiden ist der Begriff der Umwandlung, der vom *EuGH* und der Kommission verwendet wird¹¹ und nur den Formwechsel als spezielle Umwandlungsart meint.¹² Im Folgenden wird dem deutschen Verständnis einer Umwandlung gefolgt und daher der Begriff des *Formwechsels* verwendet.

Während sich der Formwechsel bei Personengesellschaften kraft Gesetzes vollzieht (z. B. von einer GbR in eine OHG, vgl. § 105 HGB), bedarf der Formwechsel von Kapitalgesellschaften eines Rechtsakts (z. B. von einer GmbH in eine AG, vgl. §§ 238 ff. UmwG). Letzterer bildet den Gegenstand dieses Beitrags.¹³ Wesentliches Merkmal des Formwechsels ist die Wahrung der Identität, d. h. der Rechtsträger wird weder aufgelöst noch neugegründet, und es findet keine Vermögensübertragung statt. Vielmehr besteht rechtliche und wirtschaftliche Kontinuität: Der Rechtsträger wechselt zwar sein „rechtliches Kleid“, bleibt aber als solcher samt Vermögensbestand erhalten.¹⁴

Zu unterscheiden ist zwischen der nationalen und grenzüberschreitenden Variante des Formwechsels. Beschränkt auf EU-interne Sachverhalte wird

¹¹ Exemplarisch siehe *EuGH*, Urt. v. 25.10.2017, C-106/16, *Polbud ./.* *Wykonawstwo sp. z o.o.*, Rn. 33, 35, 38 und *EU-Kommission*, 25.4.2018, COM(2018) 241 final, S. 2, 4.

¹² *Bundesrat*, BR-Drucks. 179/18, S. 1; *Knaier*, *Uniales Umwandlungsrecht: Die Zukunft der Unternehmensmobilität im Binnenmarkt*, GmbHHR 2018, 607 (617). Terminologische Änderungen fordern *Bormann/Stelmaszczyk*, *Grenzüberschreitende Spaltungen und Formwechsel nach dem EU-Company Law Package*, ZIP 2019, 353 Fn. 10; *Brandt*, *Grenzüberschreitender (Heraus-)Formwechsel – praktische Erfahrungen und Vergleich mit Reformvorschlägen im EU Company Law Package*, BB 2018, 2626 (2629 f.); *Kelm*, *Stellungnahme des IDW*, S. 2, abrufbar unter: <https://www.idw.de/blob/110568/bef4c0499340277bbdd134444ed931fe/down-bmjv-mobilrl-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021); *Wicke*, *Optionen und Komplikationen bei der Umsetzung des Richtlinienvorschlags zum grenzüberschreitenden Formwechsel (Teil I)*, DStR 2018, 2642 (2642 f.); ferner *Bayer/Schmidt*, *Das Vale-Urteil des EuGH: Die endgültige Bestätigung der Niederlassungsfreiheit als „Formwechselfreiheit“*, ZIP 2012, 1481 (1485); *Kindler*, *Der reale Niederlassungsbegriff nach dem VALE-Urteil des EuGH*, EuZW 2012, 888 (889).

¹³ Hintergrund ist der begrenzte Anwendungsbereich der Umwandlungsrichtlinie, der nur Kapitalgesellschaften erfasst, vgl. Art. 86a Abs. 1 der RL 2019/2121/EU. Kritisch hierzu *Schmidt*, *Grenzüberschreitender Formwechsel in der EU – Eckpunkte des Rechtsrahmens und Herausforderungen bei der Umsetzung*, ZEuP 2020, 565 (566 f.). Zur Frage einer analogen Anwendung *Stelmaszczyk*, *Die neue Umwandlungsrichtlinie – harmonisierte Verfahren für grenzüberschreitende Verschmelzungen, Spaltungen und Formwechsel*, GmbHHR 2020, 61 (63).

¹⁴ *Bundesregierung*, BT-Drucks. 12/6699, S. 136 f.; *Winter*, in: *Schmitt/Hörtnagl*, 9. Aufl. 2020, § 190 Rn. 1, 5 ff.; *Schwanna*, in: *Semler/Stengel*, 4. Aufl. 2017, § 190 Rn. 3 f.

letzterer im Rahmen dieses Beitrags untersucht.¹⁵ Da der grenzüberschreitende Formwechsel bislang nicht unionsrechtlich harmonisiert wurde, richten sich seine Voraussetzungen nach dem Recht der Mitgliedstaaten. Es bedarf also der Mitwirkung zweier Rechtsordnungen, dem Wegzugsstaat auf der einen und dem Zuzugsstaat auf der anderen Seite.¹⁶ Aus der Perspektive des Wegzugsstaats ist der grenzüberschreitende Formwechsel einer Gesellschaft terminologisch ein *Herausformwechsel*, aus der Perspektive des Zuzugsstaats ein *Hereinformwechsel*.¹⁷

II. Abgrenzung zur grenzüberschreitenden Sitzverlegung

Ein grenzüberschreitender Formwechsel geht zwar regelmäßig mit einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung einher, rechtlich sind diese Vorgänge aber voneinander zu trennen. Bereits der Begriff der „Sitzverlegung“ ist unscharf. Denn eine Gesellschaft kann zwei Sitze verlegen, den *Verwaltungssitz* und/oder den *Satzungssitz*. Ersterer meint den Ort, an dem sich die tatsächliche Hauptverwaltung der Gesellschaft befindet, letzterer jenen Ort, an dem die Gesellschaft laut Satzung ihren rechtlichen Sitz hat.¹⁸

Von Bedeutung ist die Sitzverlegung für das *Kollisionsrecht*, d. h. die Frage, welches nationale Recht auf die Gesellschaft Anwendung findet.¹⁹ Findet das Recht des Zuzugsstaats Anwendung, regelt anschließend das nationale *Sachrecht* die Rechtsfolgen der Sitzverlegung, also wie der Zuzugsstaat mit der zugezogenen Gesellschaft umgeht.²⁰ Wie sich zeigen wird, geht die grenzüberschreitende

¹⁵ Für EU-externe Sachverhalte gelten strengere Anforderungen, vgl. *Saenger*, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2020, Rn. 831.

¹⁶ *EuGH*, Urt. v. 12.7.2012, C-378/10, *VALE Építési kft*, Rn. 37. Näher zu der sogenannten Vereinigungstheorie und ihren Folgen siehe *Lutter/Bayer/Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, 6. Aufl. 2017, Rn. 7.104.

¹⁷ Zu dieser Unterscheidung näher *Dostal*, in: Römermann, Münchener Anwaltshandbuch zum GmbH-Recht, 4. Aufl. 2018, Teil M § 26 Rn. 333 ff.

¹⁸ *Behme*, Rechtsformwahrende Sitzverlegung und Formwechsel von Gesellschaften über die Grenze, 2015, S. 7; zur präzisen Definition des Verwaltungssitzes siehe *ders.*, S. 12, 155 f.

¹⁹ *Frank*, Formwechsel im Binnenmarkt: Die grenzüberschreitende Umwandlung von Gesellschaften in Europa, 2016, S. 4 f.; *Tschorr*, Die Verlegung des Satzungssitzes innerhalb der Europäischen Union, 2013, S. 9. Der Zuzugsstaat entscheidet selbst, ob der Verwaltungssitz (Sitztheorie) oder der Satzungssitz (Gründungstheorie) hierfür maßgeblich ist. Siehe näher hierzu *Wall*, in: Hausmann/Odersky, Internationales Privatrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 3. Aufl. 2017, 6. Teil § 18 Rn. 5 ff.; *Wasmeier*, Grenzüberschreitende Umstrukturierung von Kapitalgesellschaften durch Sitzverlegung und formwechselnde Umwandlung, 2014, S. 22 ff., 36 ff.

²⁰ *Behme* (Fn. 18), S. 23; *Grundmann*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2011, Rn. 770, 796; *Hoffmann*, Neue Möglichkeiten zur identitätswahrenden Sitzverlegung in Europa?: Richtlinienvorentwurf zur Verlegung des Gesellschaftssitzes innerhalb der EU,

Sitzverlegung auf sachrechtlicher Ebene des Zuzugsstaats nach gegenwärtiger Rechtslage regelmäßig mit einem Formwechsel in eine inländische Gesellschaft vergleichbarer Rechtsform einher (z. B. einer deutschen GmbH in eine italienische S. r. l.).²¹

C. *EuGH*-Entscheidung in der Rechtssache *Polbud*

Das Kollisions- und Sachrecht der Mitgliedstaaten wird vermehrt durch das Europarecht beeinflusst.²² Eine besondere Stellung nimmt in diesem Zusammenhang die Entscheidung des *EuGH* vom 25.10.2017 in der Rechtssache *Polbud* ein, auf die der Richtlinienentwurf der Kommission aufbaut.²³ Im Folgenden soll daher ein Blick auf die *Polbud*-Entscheidung geworfen und diese Entscheidung in die bisherige Rechtsprechung des *EuGH* zur Niederlassungsfreiheit eingebettet werden.

I. Einordnung in die *EuGH*-Rechtsprechung zu Artt. 49, 54 AEUV

Die Entscheidung *Polbud* steht in einer Reihe wichtiger Urteile des *EuGH* zur Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften aus Artt. 49, 54 AEUV.²⁴ Die Niederlassungsfreiheit gehört zu den Grundprinzipien des Unionsrechts und gilt über Art. 54 Abs. 1 AEUV auch für Gesellschaften, die nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründet wurden und ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung, oder ihre Hauptniederlassung innerhalb der Europäischen Union haben.

Die Niederlassungsfreiheit umfasst für Gesellschaften u. a. das Recht auf Gründung und Leitung nach den Bestimmungen des Zuzugsstaats (Art. 49 Abs. 2 i. V. m. Art. 54 AEUV). Bereits in der Sache *Cartesio* vom 16.12.2008 hat der *EuGH obiter dicto* angedeutet,²⁵ und anschließend in der Rechtssache *VALE* vom 12.7.2012 ausdrücklich anerkannt,²⁶ dass die Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften auch den grenzüberschreitenden Formwechsel umfasst, soweit sich die Gesellschaft im Zuge des Wegzugs in eine inländische Rechtsform des

ZHR 164 (2000), 43 (46).

²¹ Siehe die Ausführungen unten C. I. Zu einem solchen Formwechsel jüngst *OLG Frankfurt*, DNotZ 2017, 381 ff. (m. Anm. *Knaier*, S. 390).

²² *Grundmann* (Fn. 20), Rn. 772. Zu den Einflüssen des Europarechts näher *Saenger* (Fn. 15), Rn. 843 ff.

²³ Siehe *EU-Kommission*, 25.4.2018, COM(2018) 241 final, S. 2 f., 24.

²⁴ Für eine Übersicht der Entscheidungen des *EuGH* in dieser Sache eingehend *Frank* (Fn. 19), S. 17 ff.; *Herdegen*, Internationales Wirtschaftsrecht, 11. Aufl. 2017, § 16 Rn. 24 ff.; *Kindler*, in: *MüKo-BGB XII*, 7. Aufl. 2018, IntGesR Rn. 111 ff.

²⁵ *EuGH*, Urt. v. 16.12.2008, C-210/06, *CARTESIO Oktató és Szolgáltató bt*, Rn. 111 ff.

²⁶ *EuGH*, Urt. v. 12.7.2012, C-378/10, *VALE Építési Kft*, Rn. 27 ff.

Zuzugsstaats umwandelt (Stichwort: *Sachrecht*) und dies vom Recht des Zuzugsstaats auch zugelassen wird (Stichwort: *Kollisionsrecht*).²⁷

Die Entscheidungen in der Rechtssache *Cartesio* und *VALE* bezogen sich auf Fälle, in denen die Gesellschaft nicht nur den Verwaltungssitz, sondern zugleich auch den Satzungssitz verlegt hat (Sitz Einheit). Ungeklärt und umstritten war dagegen bislang die Zulässigkeit der isolierten Verlegung des Satzungssitzes, d. h. die Frage, ob die Niederlassungsfreiheit auch einen grenzüberschreitenden Formwechsel unter Beibehaltung des Verwaltungssitzes im Wegzugsstaat schützt (Sitz aufspaltung).²⁸ Darüber entschied der *EuGH* jüngst in der Rechtssache *Polbud*.²⁹

II. Sachverhalt

Polbud war eine beschränkt haftende Kapitalgesellschaft nach polnischem Recht (sp. z o.o.) mit Sitz in Łąck, Polen. Sie hat mit Gesellschafterbeschluss vom 30.9.2011 entschieden, ihren Satzungssitz nach Luxemburg zu verlegen. Der Beschluss enthielt jedoch keinen Hinweis über eine gleichzeitige Verlegung des Verwaltungssitzes. Im Juni 2013 wurde die Gesellschaft sodann unter Wahrung ihrer Identität als eine beschränkt haftende Kapitalgesellschaft luxemburgischen Rechts (S.à r.l.) im luxemburgischen Handelsregister eingetragen. Das polnische Handelsregister lehnte hingegen den Antrag auf Löschung ab und verlangte stattdessen die nach polnischem Recht erforderliche vorherige Liquidation der Gesellschaft. Das oberste polnische Gericht sah den Formwechsel als rechtsmissbräuchlich an und ersuchte den *EuGH* um Vorabentscheidung.

III. Kernaussagen

Der *EuGH* stellt fest, dass die Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften aus Artt. 49, 54 AEUV auch dann anwendbar sei, wenn nur der Satzungssitz, nicht

²⁷ *EuGH*, Urt. v. 12.7.2012, C-378/10, *VALE Építési kft*, Rn. 29.

²⁸ Diese Frage war bis zur *Polbud*-Entscheidung des *EuGH* äußerst umstritten. Zustimmung etwa *Schmidt-Kessel*, Niederlassungsfreiheit gestattet Wegzugsbeschränkungen, GPR 2009, 26 (29); *Franz*, Grenzüberschreitende Sitzverlegung und Niederlassungsfreiheit – eine systematische Betrachtung offener und geklärter Fragen, EuZW 2016, 930 (935); ablehnend *Böttcher/Kraft*, Grenzüberschreitender Formwechsel und tatsächliche Sitzverlegung – Die Entscheidung VALE des *EuGH*, NJW 2012, 2701 (2701); *Mörsdorf/Jöben*, Urteilsanmerkung zu *EuGH*, Urt. v. 12.7.2012, C-378/10, *VALE Építési kft*, ZIP 2012, 1398 (1399).

²⁹ *EuGH*, Urt. v. 25.10.2017, C-106/16, *Polbud ./. Wykonawstwo sp. z o.o.* (m. Bespr. *Kieninger*, NJW 2017, 3624 ff.). Siehe ferner die Anm. *Wicke*, DStR 2017, 2690 ff.; *Wachter*, NZG 2017, 1312 ff.

aber der Verwaltungssitz von einem Mitgliedstaat in einen anderen verlegt wird.³⁰ Maßgeblich sei, ob der Zuzugsstaat die bloße Verlegung des Satzungssitzes für eine Anerkennung der Gesellschaft genügen lässt, was Luxemburg vorliegend durch die Eintragung der umgewandelten Gesellschaft in sein Handelsregister zum Ausdruck gebracht habe.

Der *EuGH* erklärt sodann, dass eine Verlegung des Satzungssitzes auch zulässig sei und keinen Rechtsmissbrauch darstelle, wenn lediglich beabsichtigt wird, im Zuzugsstaat „in den Genuss günstigerer Rechtsvorschriften“ zu kommen.³¹ Damit stellt sich der *EuGH* gegen die Aussagen der Generalanwältin *Kokott*, die erklärte, die Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften erfordere eine realwirtschaftliche Komponente mittels einer tatsächlichen Niederlassung im Zuzugsstaat und gewähre keine „freie Wahl des auf [die Gesellschaft] anwendbaren Rechts“.³²

Eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit durch die Rechtsordnung der Mitgliedstaaten könne zwar aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls gerechtfertigt werden,³³ dazu gehören nach ständiger Rechtsprechung des *EuGH* auch die Interessen der Gesellschafter, Gläubiger und Arbeitnehmer.³⁴ Die polnische Regelung, die die zwingende Durchführung eines Liquidationsverfahrens vorschreibt, gleiche jedoch einer „allgemeinen Missbrauchsvermutung“, beschränke die Niederlassungsfreiheit unverhältnismäßig und sei daher als unzulässig anzusehen.³⁵

IV. Folgen für die Praxis

Mit seiner *Polbud*-Entscheidung hat der *EuGH* die Unternehmensmobilität im Europäischen Binnenmarkt erhöht. Setzt der Zuzugsstaat keine wirtschaftliche Betätigung im Inland voraus, kann eine Gesellschaft auch nachträglich im Wege der isolierten Satzungssitzverlegung von günstigeren Rechtsbedingungen profitieren. Selbst die Kommission erkennt an, dass sich dies „positiv auf das Wirtschaftswachstum, den Wettbewerb und die Produktivität auswirken dürfte“.³⁶ Die Beweggründe für ein solches Vorhaben sind vor allem

³⁰ *EuGH*, Urt. v. 25.10.2017, C-106/16, *Polbud* ././ *Wykonawstwo sp. z o.o.*, Rn. 44.

³¹ *Ebd.*, Rn. 44, Rn. 40.

³² *Kokott*, Schlussanträge v. 4.5.2017, C-106/16, BeckRS 2017, 108853 Rn. 33 f., 38. Zu dem Erfordernis eines solchen „genuine links“ siehe die Ausführungen unten **F. V. 2.**

³³ *EuGH*, Urt. v. 25.10.2017, C-106/16, *Polbud* ././ *Wykonawstwo sp. z o.o.*, Rn. 52.

³⁴ Siehe nur *EuGH*, Urt. v. 13.12.2005, C-411/03, *SEVIC Systems AG*, Rn. 28 m. w. N.

³⁵ *EuGH*, Urt. v. 25.10.2017, C-106/16, *Polbud* ././ *Wykonawstwo sp. z o.o.*, Rn. 64.

³⁶ Siehe Erwägungsgrund 4 des Richtlinienvorschlags COM(2018) 241 final.

wirtschaftlicher und steuerlicher Natur.³⁷ Denn die Unternehmen haben ein legitimes Interesse daran, durch eine (legale!) *steueroptimierende* bzw. *steuerneutrale* Gesellschaftsstruktur einen möglichst hohen Unternehmensgewinn zu erwirtschaften.³⁸

Gleichzeitig wird die Niederlassungsfreiheit zur *Rechtswahlfreiheit*.³⁹ Die Unternehmen können sich die für sie günstigste Rechtsordnung quasi wie der Verbraucher bei einem Preisvergleich auf Internetportalen auswählen. Ein Phänomen, das positiv als *Wettbewerb der Rechtsordnungen*⁴⁰ und negativ als *Forum-Shopping*⁴¹ bezeichnet wird. Im Ergebnis setzen sich jene Rechtsordnungen durch, die sich an den ökonomischen Bedürfnissen der Unternehmen orientieren und ihnen möglichst „weiche“ Vorgaben machen.⁴² Dieser Effekt ist als *race to the bottom* bekannt und kann zu Sozial- und Steuerdumping führen.⁴³ Auch droht die neue *Sitzaufspaltungsfreiheit* von Unternehmen missbraucht zu werden, um schutzwürdige Interessen der Stakeholder zu umgehen.⁴⁴

³⁷ *Husbahn*, Grenzüberschreitende Formwechsel im EU/EWR-Raum: die identitätswahrende statutenwechselnde Verlegung des Sitzungssitzes in der notariellen Praxis, RNotZ 2014, 137 (138 f.); *Stiegler*, Der grenzüberschreitende Rechtsformwechsel in der Europäischen Union, 2013, S. 8 f.; a. A. *Kindler* (Fn. 3), S. 2.

³⁸ *Paefgen*, „Polbud“ – Niederlassungsfreiheit als Sitzspaltungsfreiheit (Teil I), WM 2018, 981 (992 f.); *Knaier/Pfleger*, Der grenzüberschreitende Herausformwechsel einer deutschen GmbH, GmbHR 2017, 859 (860). Kritisch hingegen *Kindler* (Fn. 3), S. 2; *Teichmann*, Der Fall „Polbud“: Formwechsel in die Briefkastengesellschaft, GmbHR 2017, R356 (R357); wohl auch *Kegel/Schurig*, Internationales Privatrecht, 9. Aufl. 2004, S. 574: „Wenn Sitz und Satzung auseinandergehen, ist meist etwas faul.“

³⁹ *Schollmeyer*, Von der Niederlassungsfreiheit zur Rechtswahlfreiheit?, ZGR 2018, 186 (192); anders *Wolf*, Grenzüberschreitende Mobilität von Gesellschaften in Europa – Entwicklungslinien der Niederlassungsfreiheit zwischen Vale, Brexit und Digitalisierung, MittBayNot 2018, 510 (524 f.).

⁴⁰ Vgl. *Schall*, Der grenzüberschreitende Formwechsel in Europa nach Polbud, ZfPW 2018, 176 (184); *Wernicke*, Perspektiven des deutschen Rechts im Wettbewerb der Rechtsordnungen: Zwischen europäischem Vertrauensverlust und privatautonomer Renaissance, NJW 2017, 3038 (3038).

⁴¹ Vgl. *Wicke*, Optionen und Komplikationen bei der Umsetzung des Richtlinienvorschlags zum grenzüberschreitenden Formwechsel (Teil II), DStR 2018, 2703 (2705); *Altmeyden*, Kommentar zum GmbHG, 9. Aufl. 2019, Vor. zu § 64 Rn. 66.

⁴² So bereits BGH, DStR 2000, 1064 (1065).

⁴³ *Kindler* (Fn. 3), S. 2; *Wall*, in: Hausmann/Odersky (Fn. 19), 6. Teil § 18 Rn. 17; *Schaub*, in: Schüppen/Schaub, Münchener Anwaltshandbuch zum Aktienrecht, 3. Aufl. 2018, Teil A § 5 Rn. 17; skeptisch aber *Paefgen* (Fn. 38), S. 988.

⁴⁴ *Stelmaszczyk* (Fn. 6), S. 893 f.; *Kindler* (Fn. 3), S. 2.

D. Schutzwürdige Interessen der Stakeholder

Doch aus welchem Grund sind die Stakeholder als besonders schutzwürdig anzusehen? Im Folgenden soll untersucht werden, wie die schutzwürdigen Interessen der Stakeholder konkret aussehen und durch welche Vorschriften das nationale Recht ihnen *de lege lata* Schutz gewährt. Insbesondere soll der Frage nachgegangen werden, ob das nationale Recht den richtigen Schutzstandard hat, oder ob dieser zu hoch oder zu niedrig ist. Schließlich wird ein rechtsvergleichender Blick auf den gegenwärtigen Stand der Harmonisierung geworfen.

I. Interessen und Schutz der Gesellschafter

Als schutzbedürftige Stakeholder kommen zunächst die Gesellschafter selbst in Betracht. Diese haben kraft Gesellschaftsvertrag und aus dem Gesetz bestimmte Rechte und Pflichten.⁴⁵ Besondere Bedeutung erlangt bei einem grenzüberschreitenden Formwechsel der *Schutz der Minderheitsgesellschafter*, der auf dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Gesellschafter beruht.⁴⁶ Die Minderheitsgesellschafter verdienen einen besonderen Schutz, weil sie aus institutionellen Gründen keinen Einfluss auf die Willensbildung in der Gesellschaft erlangen können. Vielmehr sind sie bei der Ausübung ihrer gesellschaftlichen Tätigkeit von der Mehrheitsmacht abhängig, was die Gefahr einer Missachtung oder willkürlichen Ungleichbehandlung birgt.⁴⁷

Die Minderheitsrechte ergeben sich unmittelbar aus der Stellung als Gesellschafter und sind im deutschen Recht nur zum Teil gesetzlich fixiert.⁴⁸ Besondere Bedeutung erlangt insoweit die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht als *Lückenfüller*.⁴⁹ Sie gebietet es, in gesellschaftlichen Angelegenheiten angemessen auf die Interessen der Mitgesellschafter Rücksicht zu nehmen.⁵⁰ Die Treuepflicht wirkt insofern als Schranke der Mitwirkungsrechte.⁵¹ Daneben bestehen einige

⁴⁵ *Wicke*, Kommentar zum GmbHG, 4. Aufl. 2020, § 14 Rn. 4; *Sudmeyer*, in: Schüppen/Schaub (Fn. 43), Teil B § 10 Rn. 110.

⁴⁶ *Schäfer*, in: MüKo-BGB VII, 8. Aufl. 2020, § 705 Rn. 251. Zu dem Gleichbehandlungsgrundsatz im Gesellschaftsrecht eingehend *Schöne*, in: BeckOK-BGB, Ed. 58, Stand: 1.5.2021, § 705 Rn. 108 ff.

⁴⁷ *Saenger* (Fn. 15), Rn. 570; *Schäfer*, in: Staub III, 5. Aufl. 2009, § 105 Rn. 254.

⁴⁸ *Schäfer*, in: MüKo-BGB VII (Fn. 46), § 705 Rn. 244; *Saenger* (Fn. 15), Rn. 570.

⁴⁹ *Vorse*, in: Henssler/Strohn, 4. Aufl. 2019, § 14 GmbHG Rn. 98; *Fleischer*, Grundfragen der ökonomischen Theorie im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, ZGR 2001, 1 (4 f.). Zur dogmatischen Grundlage der Treuepflicht eingehend *Schäfer*, in: Staub III (Fn. 47), § 105 Rn. 228 ff.

⁵⁰ Grundlegend insofern *BGH*, DNotZ 1989, 14 (17 ff.).

⁵¹ *Kindler*, Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2019, § 11 Rn. 14, 21 ff.;

gesetzliche Schutzvorschriften, etwa die aktienrechtlichen Vorschriften über die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit von Beschlüssen der Hauptversammlung (vgl. §§ 241 ff. AktG).

Gleichwohl gibt es keinen separaten Rechtsakt, welcher das Problem des Minderheitenschutzes kohärent und allgemein behandelt. Vielmehr enthalten verschiedene Gesetze zahlreiche Bestimmungen, die sich auf einen angemessenen Schutz von Minderheitsgesellschaftern konzentrieren.⁵² Darüber hinaus sind die Gerichte für dieses Thema sensibilisiert.⁵³ Man kann diese *Lückenfüllung* zwar als unzureichend kritisieren und eine stärkere gesetzliche Intervention fordern. Ob dies mit Blick auf die Vielschichtigkeit der Situationen überhaupt möglich oder sachgerecht wäre, erscheint jedoch fraglich, sodass der gegenwärtige Schutzstandard zu akzeptieren ist. Insgesamt betrachtet gewährleistet das deutsche Recht also einen angemessenen Schutz der Minderheitsgesellschafter.

Der Schutzstandard für Minderheitsgesellschafter ist nur teilweise europarechtlich harmonisiert und variiert je nach Mitgliedstaat. Dies verdeutlicht eine von der Kommission im Juli 2018 veröffentlichte Studie.⁵⁴ Ein Beispiel: Nur sechs Mitgliedstaaten gewähren den Minderheitsgesellschaftern gesetzlich das Recht, ein oder mehrere Mitglieder des Leitungs- bzw. Verwaltungsorgans zu ernennen.⁵⁵ Auch ist eine Treuepflicht der Gesellschafter nur in wenigen Mitgliedstaaten anerkannt. Wie eine von dem Europäischen Parlament im Mai 2012 veröffentlichte Studie zeigt, können sich Minderheitsgesellschafter lediglich in Deutschland, Österreich und Tschechien auf eine solche „Lückenfüllungsregelung“ verlassen.⁵⁶

Schäfer, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2018, § 36 Rn. 23; *Windbichler*, Gesellschaftsrecht, 24. Aufl. 2017, § 7 Rn. 3.

⁵² Eingehend zu den verschiedenen Regelungen zum Schutz der Minderheitsgesellschafter im deutschen Recht siehe den nationalen Bericht in *EU-Kommission*, Study on Minority Shareholders Protection, 27.7.2018, S. 255 ff., abrufbar unter: <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/1893f7b8-93a4-11e8-8bc1-01aa75ed71a1/language-en> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021).

⁵³ *Ebd.*, S. 255.

⁵⁴ Siehe *EU-Kommission* (Fn. 52), S. 1 ff. Zu den hieraus resultierenden Hemmnissen für grenzüberschreitende Investitionen im Europäischen Binnenmarkt siehe *dies.*, S. 385 ff.

⁵⁵ *Ebd.*, S. 87 f. Einen hohen Schutz gewährt z. B. das italienische Recht, wonach ein Mitglied des Verwaltungsrats einer börsennotierten Gesellschaft von Minderheitsaktionären ernannt werden muss.

⁵⁶ *Europäisches Parlament*, Study on Rights and Obligations of Shareholders, 15.5.2012, S. 59 f., abrufbar unter: https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/juri/dv/pe462463

II. Interessen und Schutz der Gläubiger

Auch die Gläubiger als Vertragspartner der Gesellschaft kommen als schützenswerte Stakeholder in Frage. Als Anspruchsberechtigte sind sie an einer liquiden Gesellschaft interessiert, die über genügend Kapital zur Befriedigung ihres Anspruchs verfügt. Mit gewissen Ausnahmen haben die Gläubiger einer Kapitalgesellschaft grundsätzlich keinen Anspruch gegen die Gesellschafter selbst (vgl. § 13 Abs. 2 GmbHG, § 1 Abs. 1 S. 2 AktG).⁵⁷ Dieses Haftungsprivileg kann den Gläubigern aber nur zugemutet werden, wenn ihnen ein finanzielles Grundkapital der Gesellschaft als *Haftungsfonds* bzw. *Sicherheitspolster* zur Verfügung steht (Kapitalaufbringung).⁵⁸ So beträgt das Stammkapital einer GmbH gemäß § 5 Abs. 1 GmbHG mindestens 25.000 €,⁵⁹ das Grundkapital einer AG gemäß § 7 AktG mindestens 50.000 €.

Darüber hinaus müssen die Gesellschafter daran gehindert werden, dieses Kapital durch beliebige Vermögensentnahmen zu verringern (Kapitalerhaltung).⁶⁰ So besteht im deutschen Aktienrecht der Grundsatz der strengen Kapitalbindung, wie sich in dem Verbot der Einlagenrückgewähr aus § 57 Abs. 1 AktG zeigt.⁶¹ Kommt es trotz dieser Schutzvorschriften zu einer Insolvenz der Gesellschaft, greifen insolvenzrechtliche Vorschriften, insbesondere jene der Insolvenzordnung, die in erster Linie eine bestmögliche Befriedigung der Gesellschafter gewährleisten sollen.⁶²

Erneut fehlt ein Rechtsakt, der den Gläubigerschutz allgemein regelt, was mit Blick auf die Vielschichtigkeit der Gläubigerinteressen sachgerecht erscheint.⁶³

_/pe462463_en.pdf (zuletzt abgerufen am 11.7.2021).

⁵⁷ Zu den Ausnahmen einer „Durchgriffshaftung“ siehe *Altmeyden* (Fn. 41), § 13 Rn. 131 ff.

⁵⁸ *Ulmer/Casper*, in: *Habersack/Casper/Löbbe*, Großkommentar zum GmbHG I, 3. Aufl. 2019, § 5 Rn. 12; *Koch*, Gesellschaftsrecht, 11. Aufl. 2019, § 33 Rn. 14. Siehe hierzu und zum (entgegengesetzten) angelsächsischen Gläubigerschutz näher *Maschke*, Gläubigerschutz im Recht der Societas Privata Europaea in seiner gesetzgeberischen Entwicklung, 2011, S. 46 ff.

⁵⁹ Bei der Unternehmergeellschaft liegt dieses Stammkapital zwar nur bei mindestens 1 €, ist aber mit einer „Thesaurierungspflicht“ verbunden (vgl. § 5a GmbHG).

⁶⁰ *Windbichler* (Fn. 51), § 23 Rn. 17; *Schmolke*, in: *BeckOK-GmbHG*, Ed. 48, Stand: 1.5.2021, § 30 Rn. 1 f.

⁶¹ Zum Normzweck näher *Cahn/v. Spannenberg*, in: *BeckOK-AktG*, Stand: 1.6.2021, § 57 Rn. 5 ff.

⁶² *Ganter/Bruns*, in: *MüKo-InsO I*, 4. Aufl. 2019, § 1 Rn. 20; *Foerste*, Insolvenzrecht, 7. Aufl. 2018, § 1 Rn. 4 ff.

⁶³ Zu Recht weist *Fleischer*, in: *MüKo-GmbHG I*, 3. Aufl. 2018, Einl. GmbHG Rn. 287 darauf hin, dass es sich bei dem Gläubigerschutzrecht um eine „Querschnittsmaterie“ handelt, die das Gesellschafts- und Insolvenzrecht ebenso

Die Gerichte sind auch für dieses Problem sensibilisiert. So hat etwa der *BGH* die bis heute nicht kodifizierte Gesetzeslage im GmbH-Konzernrecht durch zahlreiche gläubigerschützende Urteile teilweise geschlossen.⁶⁴ Zu berücksichtigen ist ferner, dass die Gläubiger stets die Möglichkeit haben, den Vertragsschluss mit der Gesellschaft von der Gewährung angemessener Sicherheiten abhängig zu machen, um eine weitere Haftungsmasse zur Verfügung zu haben.⁶⁵ Aus diesen Gründen gewährleistet das deutsche Recht auch bezüglich der Gläubiger einen angemessenen Schutz.

Der Gläubigerschutz ist in der Europäischen Union nur zum Teil harmonisiert und variiert je nach Mitgliedstaat. Dies verdeutlicht der bestehende Rechtsrahmen für grenzüberschreitende Verschmelzungen, der gläubigerschützende Vorschriften nicht zwingend vorschreibt.⁶⁶ Lediglich für die AG wurde ein europäischer Mindestschutzstandard bei der Kapitalaufbringung und -erhaltung erreicht.⁶⁷ Für die GmbH gelten diese Vorschriften nicht, sodass etwa bei der Höhe des Mindeststammkapitals beträchtliche Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten bestehen.⁶⁸ Auch das Insolvenzrecht ist nur in Teilen europarechtlich harmonisiert.⁶⁹

III. Interessen und Schutz der Arbeitnehmer

Schließlich sind auch die Arbeitnehmer schützenswerte Stakeholder, die kraft eines Arbeitsvertrags mit der Gesellschaft bei dieser angestellt sind und die ihre

berührt wie das Bilanzrecht sowie das Vertrags- und Deliktsrecht.

⁶⁴ Siehe exemplarisch *BGH*, NJW 1991, 3142 (3145 f.), wonach sich aus § 303 Abs. 1 AktG ein unmittelbar auf Zahlung gerichteter Anspruch ergeben könne, wenn feststeht, dass der Gläubiger mit seiner Forderung gegen die beherrschte Gesellschaft ausfällt. Eingehend zum „qualifiziert faktischen“ GmbH-Konzern siehe *Altmeyden* (Fn. 41), Anh. zu § 13 Rn. 157 ff.

⁶⁵ Zutreffend *Fastrich*, Optimierung des Gläubigerschutzes bei der GmbH – Praktikabilität und Effizienz, DStR 2006, 656 (662) („der beste Gläubigerschutz [ist] der Selbstschutz der Gläubiger“). Eingehend zur Möglichkeit des „Selbstschutzes“ der Gläubiger durch Ausübung ihrer Privatautonomie siehe unten **E**.

⁶⁶ Vgl. Art. 121 Abs. 2 S. 1 der RL 2017/1132 v. 14.6.2017 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts (GesR-RL). Siehe auch die Ausführungen hierzu unten **F. III**.

⁶⁷ Vgl. Artt. 44-58 der GesR-RL. Es handelt sich hingegen nur um einen Mindeststandard.

⁶⁸ So wurde das gesetzliche Mindestkapital einer GmbH französischen Rechts von 7.500 € abgeschafft, sodass diese auch mit 1 € gegründet werden kann (vgl. Art. L223-2 französisches HGB). Näher *Fleischer*, in: MüKo-GmbHG I (Fn. 63), Einl. GmbHG Rn. 241.

⁶⁹ Im Falle eines Insolvenzverfahrens mit Auslandsbezug greift die VO 2015/848/EU v. 20.5.2015 über Insolvenzverfahren (EuInsVO). Näher zu Vorgeschichte und Gegenstand siehe *Lüer*, in: Uhlenbruck/Hirte/Vallender, Kommentar zur InsO, 14. Aufl. 2015, Vor. EuInsVO Rn. 4 ff.; *Foerste* (Fn. 62), § 41 Rn. 698 ff.

Arbeit weisungsgebunden und in persönlicher Abhängigkeit verrichten (§ 611a Abs. 1 S. 1 BGB). Sie sind an einem Erhalt ihres Arbeitsplatzes und einer angemessenen Vergütung für ihre Arbeit interessiert.⁷⁰ Diese Faktoren können Arbeitnehmer durch Mitbestimmung beeinflussen. Dabei ist zwischen betrieblicher und unternehmerischer Mitbestimmung zu unterscheiden. Unter betrieblicher Mitbestimmung versteht man die Mitwirkung des Betriebsrats bei sozialen und personellen Angelegenheiten im jeweiligen Betrieb.⁷¹ Diese Mitbestimmung knüpft an den Ort des Betriebs an (Territorialitätsprinzip) und ist daher nicht von der *gefährlichen* isolierten Satzungssitzverlegung betroffen.⁷²

Demgegenüber bezweckt die *unternehmerische Mitbestimmung*, den Arbeitnehmern Einfluss auf die Planungs- und Entscheidungsverfahren zu verschaffen und setzt deshalb bei den Organen der Gesellschaft an.⁷³ Für die unternehmerische Mitbestimmung gelten im deutschen Recht zwei Schwellen:⁷⁴ Beschäftigt eine Kapitalgesellschaft i. d. R. mehr als 500 Arbeitnehmer, ist der Aufsichtsrat zu einem Drittel mit Arbeitnehmervertretern zu besetzen (vgl. § 1 Abs. 1, § 4 Abs. 1 DrittelbG⁷⁵). Bei i. d. R. mehr als 2.000 Arbeitnehmern erhöht sich diese Zahl auf die Hälfte (paritätischer Aufsichtsrat, vgl. § 1 Abs. 1, § 7 Abs. 1 MitbestG⁷⁶). Diese Schwellenwerte greifen nur für inländische Gesellschaften, was diese Mitbestimmung besonders anfällig für eine isolierte Satzungssitzverlegung macht.⁷⁷

Dies verdeutlicht auch das Individualarbeitsrecht, welches Arbeitnehmer vor sozialwidrigen Kündigungen schützt (§ 1 Abs. 1 KSchG).⁷⁸ Mit punktuellen Ausnahmen gibt es in der Europäischen Union bislang keine Regelungen mit

⁷⁰ Siehe nur *BVerfG*, NZA 1998, 470 (471).

⁷¹ *Saenger* (Fn. 15), Rn. 1058; *Dütz/Thüsing*, Arbeitsrecht, 25. Aufl. 2020, § 14 Rn. 806; *Junker*, Grundkurs Arbeitsrecht, 19. Aufl. 2020, Rn. 640.

⁷² *Koch*, in: Erfurter Kommentar zum ArbR, 20. Aufl. 2020, § 1 BetrVG Rn. 5; *Teichmann*, Grundlinien eines europäischen Umwandlungsrechts: Das „EU-Company Law Package 2018“, NZG 2019, 241 (246).

⁷³ *Fähndrich*, Missbrauch einer grenzüberschreitenden Verschmelzung von Gesellschaften zur Flucht aus deutscher Unternehmensmitbestimmung, 2016, S. 5 f.; *Koch* (Fn. 58), § 30 Rn. 40; *Junker* (Fn. 71), Rn. 803 f.; *Waltermann*, Arbeitsrecht, 19. Aufl. 2018, Rn. 898.

⁷⁴ Für Unternehmen des Bergbaus sowie der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie gilt vorrangig das Montanmitbestimmungsgesetz. Siehe näher hierzu *Waltermann* (Fn. 73), Rn. 899 f.

⁷⁵ Drittelbeteiligungsgesetz.

⁷⁶ Mitbestimmungsgesetz.

⁷⁷ *Oetker*, in: Erfurter Kommentar zum ArbR (Fn. 72), § 1 MitbestG Rn. 2; *Teichmann* (Fn. 72), S. 246.

⁷⁸ Zur geschichtlichen Entwicklung des KSchG näher *Oetker*, in: Erfurter Kommentar zum ArbR (Fn. 72), § 1 KSchG Rn. 1 ff.

kündigungsschutzrechtlichem Charakter.⁷⁹ Diesen hohen Schutzstandard im deutschen Recht kann man zwar als übermäßige Belastung der Arbeitgeber kritisieren. Der Schutz der Arbeitnehmer hat jedoch eine lange Tradition in Deutschland und dient der Umsetzung des Sozialstaatsgebots (Art. 20 Abs. 1 GG), sodass die bestehenden nationalen Schutzvorschriften zu akzeptieren sind.⁸⁰

Innerhalb der Europäischen Union ist die unternehmerische Mitbestimmung der Arbeitnehmer sehr unterschiedlich ausgeprägt. Ein dem deutschen Recht vergleichbares Schutzniveau gewährleisten etwa Dänemark, Österreich und die Niederlande, gar keine unternehmerische Mitbestimmung kennen demgegenüber etwa Italien und Estland.⁸¹ Die Unternehmensmitbestimmung sorgt daher häufig für Streit zwischen den Mitgliedstaaten, weshalb man sich bei der Einführung der Europäischen Aktiengesellschaft (*Societas Europaea*, im Folgenden: *SE*) auf eine Kompromisslösung geeinigt hat, die im Verlauf des Beitrags näher beleuchtet werden soll.⁸²

E. Möglichkeiten und Grenzen eines „Selbstschutzes“

Der Schutz der Stakeholder variiert also je nach Mitgliedstaat, was die Stakeholder besonders anfällig für eine isolierte Verlegung des Satzungssitzes in „weiche“ Rechtsordnungen macht. Doch können die Stakeholder ihre Interessen nicht effektiv selbst schützen, sodass es keiner gesetzlichen Intervention bedarf.⁸³ Ausgangspunkt dieser Überlegung ist die Privatautonomie. Als ein Teil der freien Selbstbestimmung und -verantwortung (Art. 2 Abs. 1 GG) erlaubt sie den Beteiligten, ihre eigenen Rechtsverhältnisse nach ihrem individuellen Willen zu gestalten.⁸⁴ Denn die Wirkungen eines Schuldverhältnisses beschränken sich

⁷⁹ Preis, in: Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht, 6. Aufl. 2021, Teil 1 A Rn. 36.

⁸⁰ Eingehend zur rechtspolitischen Debatte über die deutsche Arbeitnehmermitbestimmung siehe Bayer, Die Erosion der deutschen Mitbestimmung, NJW 2016, 1930 ff. Zur Entwicklung des deutschen Mitbestimmungsrechts näher Junker (Fn. 71), Rn. 806 ff. Die Europarechtmäßigkeit der deutschen Mitbestimmungsregelungen steht seit *EuGH*, Urt. v. 18.7.2017, C-566/15, *Erzberger ./ TUI AG*, Rn. 37 außer Frage.

⁸¹ Siehe dazu die Länderkarte zur Unternehmensmitbestimmung in der Europäischen Union vom *European Trade Union Institute*, abrufbar unter: <http://de.worker-participation.eu/Nationale-Arbeitsbeziehungen/Laender> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021).

⁸² Siehe die Ausführungen zur Mitbestimmung in der SE unten **F. IV. 1.**

⁸³ Diese Frage stellt (und verneint im Wesentlichen) etwa *Fleischer*, in: MüKo-GmbHG I (Fn. 63), Einl. GmbHG Rn. 289 ff. bezüglich des Schutzes der Minderheitsgesellschafter einer GmbH.

⁸⁴ Statt vieler *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, 92. EL 2020, Art. 2 Abs. 1 Rn. 101 f.

grundsätzlich auf die an ihm beteiligten Parteien (sog. relative Rechte).⁸⁵ Ihre Grenzen findet die Privatautonomie jedoch in zwingenden gesetzlichen Vorschriften zum Schutz der Allgemeinheit, insbesondere in den §§ 134, 138 BGB. Für einen effektiven Selbstschutz müssten bestimmte Voraussetzungen auf Seiten der schützenswerten Stakeholder vorliegen, insbesondere rechtliche Möglichkeiten zum Selbstschutz.

Die *Minderheitsgesellschafter* haben bei einem grenzüberschreitenden Formwechsel ein Interesse am Erhalt ihrer Mitwirkungsrechte.⁸⁶ Ihre Rechte sind häufig im Gesellschaftsvertrag geregelt (§ 705 BGB).⁸⁷ Dieser schuldrechtliche Vertrag kann im Lichte der Privatautonomie abgeändert werden, um etwa bestehende Mitwirkungsrechte der Minderheitsgesellschafter zu stärken. Da die gesetzlichen Vorschriften lediglich einen Mindestschutz gewähren, wäre eine solche Vereinbarung rechtlich zulässig.⁸⁸ Dies setzt jedoch voraus, dass die Mehrheitsgesellschafter an einer entsprechenden Stärkung der Mitwirkungsrechte der Minderheitsgesellschafter interessiert sind.

Die *Gläubiger* haben bei einem grenzüberschreitenden Formwechsel Interesse an einer liquiden Gesellschaft.⁸⁹ Zur Sicherung ihrer Ansprüche können die Gläubiger individualvertraglich die Gewährung einer angemessenen Sicherheit (§§ 232 ff. BGB) mit der Gesellschaft vereinbaren. Eine solche Sicherheit dient dazu, den Gläubiger vor drohenden Rechtsnachteilen zu bewahren und ihm eine zusätzliche Zugriffsmöglichkeit zur Befriedigung zu verschaffen.⁹⁰ Dass eine solche Vereinbarung rechtlich zulässig ist, steht im Lichte der Privatautonomie außer Frage.⁹¹ Zu beachten ist jedoch, dass der Nennwert der Forderung nicht

⁸⁵ Zu dieser sog. Relativität der Schuldverhältnisse siehe RGZ 57, 353 (356); *Mansel*, in: Jauernig, 18. Aufl. 2021, § 241 Rn. 4.

⁸⁶ Siehe die Ausführungen zu den Interessen der Minderheitsgesellschafter oben **D. I.**

⁸⁷ Eingehend zum Charakter des Gesellschaftsvertrags siehe *Schöne*, in: BeckOK-BGB (Fn. 46), § 705 Rn. 66 ff. Im Recht der Aktiengesellschaft wird das Gesellschaftsstatut als Satzung bezeichnet (z. B. in §§ 23, 179 AktG). Demgegenüber spricht das GmbHG vom Gesellschaftsvertrag (z. B. in §§ 2, 3, 53 GmbHG). Dieser Unterschied ist jedoch rein terminologischer Natur, siehe *Harbarth*, in: MüKo-GmbHG III, 3. Aufl. 2018, § 53 Rn. 8.

⁸⁸ Siehe exemplarisch die nach § 53 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 GmbHG vorgesehene Dreiviertelmehrheit für Satzungsänderungen bei einer GmbH. Umgekehrt ergibt sich hieraus eine sog. Sperrminorität von 25 %. Der Gesellschaftsvertrag kann das Mehrheitserfordernis zwar zugunsten der Minderheitsgesellschafter erhöhen, z. B. Einstimmigkeit verlangen, nicht jedoch herabsetzen, siehe *Altmeyden* (Fn. 41), § 53 Rn. 32; *Harbarth*, in: MüKo-GmbHG III (Fn. 87), § 53 Rn. 79.

⁸⁹ Siehe die Ausführungen zu den Interessen der Gläubiger oben **D. II.**

⁹⁰ *Grothe*, in: MüKo-BGB I, 8. Aufl. 2018, § 232 Rn. 1; *Repgen*, in: Staudinger, 2019, Vor. zu §§ 232 ff. Rn. 2.

⁹¹ Statt vieler *BGH*, NJW 1986, 1038 f.; *Mansel*, in: Jauernig (Fn. 85), Vor. zu §§ 232 ff.

110 % des realisierbaren Werts der Sicherheiten überschreiten darf (sog. Deckungsgrenze). Sonst droht eine Nichtigkeit der Vereinbarung wegen Gläubigerbenachteiligung nach § 138 Abs. 1 BGB.⁹²

Die *Arbeitnehmer* haben bei einem grenzüberschreitenden Formwechsel zunächst ein Interesse am Erhalt ihrer Arbeitsplätze.⁹³ Ihre Arbeitsplätze können die Arbeitnehmer durch ein individual- oder tarifvertragliches Kündigungsverbot wegen betriebsbedingter Kündigungen erreichen.⁹⁴ Darüber hinaus sind die Arbeitnehmer an einer Mitbestimmung im Unternehmen interessiert. Zur Erhaltung ihrer betrieblichen bzw. unternehmerischen Mitbestimmung ist eine Betriebs- bzw. Tarifvereinbarung mit der Gesellschaft als Arbeitgeberin denkbar, die die bestehende gesetzliche Mitbestimmung der Arbeitnehmer zementiert oder sogar erweitert.⁹⁵ Aus Arbeitgebersicht gilt diese Mitbestimmung jedoch als „echter Hemmschuh“ und ist ein Hauptgrund für eine isolierte Sitzverlegung in einen „mitwirkungsschwachen“ Mitgliedstaat.⁹⁶

Rn. 1.

⁹² Eingehend zur ursprünglichen Übersicherung siehe *BGH*, NJW 1998, 2047 f. Der realisierbare Wert der Sicherheiten entspricht analog § 237 BGB 150 % des Nennwerts der Forderung. Das Überschreiten dieser Grenze kann zwar ein Indiz für eine Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB sein (so etwa *Armbrüster*, in: MüKo-BGB I [Fn. 90], § 138 Rn. 101), die Rechtsprechung stellt jedoch maßgeblich auf die Gesamtumstände des Einzelfalls ab, siehe *BGH*, NJW 1998, 2047 (2047). Bei einer nachträglichen Übersicherung infolge eines revolving Bestands der Sicherheiten führt das Überschreiten der Deckungsgrenze jedoch nicht zur Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB, sondern zu einem Anspruch des Sicherungsgebers gegen den Sicherungsnehmer auf Freigabe von Sicherheiten oberhalb der Deckungsgrenze, siehe *BGH*, NJW 1998, 671 ff.

⁹³ Siehe die Ausführungen zu den Interessen der Arbeitnehmer oben **D. III.**

⁹⁴ Der Kündigungsschutz aus § 1 Abs. 1 KSchG ist einseitig zwingendes Recht, d. h. Vereinbarungen zum Nachteil des Arbeitnehmers sind unwirksam. Abweichende Regelungen zugunsten des Arbeitnehmers, etwa einzelvertragliche oder kollektivrechtliche Vereinbarungen sind dagegen zulässig, siehe statt vieler *BAG*, NZA 2014, 1083 Rn. 44; *Oetker*, in: Erfurter Kommentar zum ArbR (Fn. 72), § 1 KSchG Rn. 15. Für individualvertragliche Vereinbarung ergibt sich dies aus §§ 311 Abs. 1, 241 Abs. 1 BGB, für tarifvertragliche Vereinbarungen aus § 4 Abs. 1 TVG, siehe *Kiel*, in: *Ascheid/Preis/Schmidt* (Fn. 79), § 1 KSchG Rn. 735, 740.

⁹⁵ Exemplarisch zur Erweiterung der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats durch Tarifvertrag siehe statt vieler *BAG*, NZA 1988, 699 ff.; *Kania*, in: Erfurter Kommentar zum ArbR (Fn. 72), § 87 BetrVG Rn. 139.

⁹⁶ Dies erkennt selbst der *Bundesrat*, BR-Drucks. 740/16, S. 2, der „mit großer Sorge“ betrachtet, „dass sich junge, wachsende Kapitalgesellschaften zunehmend dem Geltungsbereich der Gesetze zur Unternehmensmitbestimmung entziehen“; ähnlich kritisch auch *DGB* (Fn. 8), S. 3 f.

Die Untersuchung hat gezeigt, dass die Stakeholder durchaus in der Lage sind, ihre Interessen durch Ausübung ihrer Privatautonomie selbst zu schützen. Denn das geltende Recht sieht häufig bloß einen Mindestschutz vor, von dem zugunsten der Stakeholder abgewichen werden kann. Die Privatautonomie beruht jedoch auf einer Willensübereinstimmung der beteiligten Parteien, sodass dieser „Selbstschutz“ stets auf eine Kooperation der anderen Seite angewiesen ist. In der Praxis hat die formwechselnde Gesellschaft hingegen kaum Anreize, den Stakeholdern mehr Rechte zu gewähren, als ihnen gesetzlich zustehen. Häufig ist ein hoher nationaler Schutzstandard sogar der maßgebliche Grund für eine isolierte Sitzverlegung in einen anderen Mitgliedstaat. Zum Schutz der Stakeholder bedarf es daher einer gesetzlichen Intervention.⁹⁷

F. Umwandlungsrichtlinie

Mit der neuen Umwandlungsrichtlinie möchte die Europäische Union Abhilfe schaffen und die Stakeholder in geeigneter und angemessener Weise schützen. Vor dem Hintergrund der eingangs gestellten Leitfrage, ob die Richtlinie tatsächlich einen geeigneten und angemessenen Schutz gewährleisten kann, sollen die Vorschriften im Folgenden dargestellt und dahingehend bewertet werden, ob dieses Ziel tatsächlich erreicht wird.

I. Überblick

In Anknüpfung an das „Company Law Package“ der Kommission vom 25.4.2018 haben das Europäische Parlament und der Rat im Jahr 2019 zwei Richtlinien erlassen, die die noch junge Richtlinie 2017/1132/EU vom 14.6.2017 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts (GesR-RL) ändern sollen. Die erste Richtlinie beschäftigt sich schwerpunktmäßig mit Themen der Digitalisierung, insbesondere dem „Einsatz digitaler Werkzeuge und Verfahren im Gesellschaftsrecht“. ⁹⁸ Die zweite Richtlinie dreht sich um grenzüberschreitende Strukturmaßnahmen, insbesondere „grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen“ (im Folgenden: RL).⁹⁹

⁹⁷ Zustimmung i. E. auch *Schmidt* (Fn. 13), S. 578 ff.; *dies.*, Study on cross-border mergers and divisions, transfers of seat: Is there a need to legislate?, 2016, S. 30 f., abrufbar unter: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556960/IPOL_STU\(2016\)556960_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556960/IPOL_STU(2016)556960_EN.pdf) (zuletzt abgerufen am 11.7.2021). Demgegenüber kritisch bezüglich des Schutzes der Minderheitsgesellschafter (freilich noch vor der *Polbud*-Entscheidung des *EuGH*) siehe *Eidenmüller*, in: ders., Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 2004, § 4 Rn. 45 ff. („zweifelsohne hinreichende Selbstschutzmechanismen“).

⁹⁸ RL 2019/1151/EU v. 20.5.2019 zur Änderung der RL 2017/1132/EU im Hinblick auf den Einsatz digitaler Werkzeuge und Verfahren im Gesellschaftsrecht.

⁹⁹ RL 2019/2121/EU v. 27.11.2019 zur Änderung der RL 2017/1132/EU in Bezug auf

Diese Umwandlungsrichtlinie modifiziert und ergänzt die bestehenden Vorschriften zu grenzüberschreitenden Verschmelzungen (vgl. Artt. 123 – 134 RL), und fügt neue Vorschriften zum grenzüberschreitenden Formwechsel (vgl. Art. 86a – t RL) und zur grenzüberschreitenden Spaltung (vgl. Art. 160a – u RL) ein.¹⁰⁰

Die Umwandlungsrichtlinie baut inhaltlich auf der *Polbud*-Entscheidung auf. So eröffneten sich durch das Urteil für Gesellschaften im Binnenmarkt zwar neue Möglichkeiten, die sich positiv auf das Wirtschaftswachstum, den wirksamen Wettbewerb und die Produktivität auswirken dürften.¹⁰¹ Allerdings führe das Fehlen eines Rechtsrahmens für grenzüberschreitende Formwechsel zu Rechtszersplitterung und Rechtsunsicherheit und somit zu Hindernissen für die Ausübung der Niederlassungsfreiheit.¹⁰² Die Richtlinie soll daher einen weiteren Beitrag zur Beseitigung der Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit leisten.¹⁰³

Gleichzeitig erkennen das Europäische Parlament und der Rat an, dass der Schutz von Stakeholdern mangels Vereinheitlichung in der Europäischen Union

grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen. Zur Frage der Vorwirkung der Richtlinie bis zur Umsetzung siehe *Brebm/Schümmer*, Grenzüberschreitende Umwandlungen nach der neuen Richtlinie über grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen, NZG 2020, 538 (543 f.); *Schulte*, Das Company Law Package in der möglichen registergerichtlichen Umsetzung bis zu einer Transformation in nationales Recht, GmbHR 2020, 139 ff. mit einer Replik von *Nazari-Khanachayi*, Zur fehlenden Vorwirkung der Umwandlungsrichtlinie, GmbHR 2020, 940 ff. Bejahend bezüglich des Schutzes von Gläubigern und Arbeitnehmern *OLG Saarbrücken*, NZG 2020, 390 Rn. 6 ff. (m. Anm. *Fink/Chilerych*, S. 544).

¹⁰⁰ Einen „vor die Klammer gezogenen“ Allgemeinen Teil fordern aus systematischen Gründen und zur besseren Lesbarkeit zurecht *Bayer/Schmidt*, BB-Gesetzgebungs- und Rechtsprechungsreport zum Europäischen Unternehmensrecht 2018/19 – Teil I: Company Law Package, BB 2019, 1922 (1926); *Schmidt*, EU Company Law Package 2018: Mehr Digitalisierung und Mobilität von Gesellschaften (Teil 2), DK 2018, 273 (273); *Vossius*, Stellungnahme des DNotV, S. 26 f., abrufbar unter: https://www.dnotv.de/wp-content/uploads/StN-Master-Company-Law-Package-2018-07-04_final.pdf (zuletzt abgerufen am 11.7.2021); demgegenüber *Mörsdorf*, Der Entwurf einer Richtlinie für grenzüberschreitende Umwandlungen – Meilenstein oder Scheinriese?, EuZW 2019, 141 (143).

¹⁰¹ Siehe Erwägungsgrund 4 der RL 2019/2121/EU. Während sich der Entwurf der Kommission noch ausdrücklich auf das *Polbud*-Urteil des *EuGH* beruft (siehe Erwägungsgrund 3 des Richtlinienvorschlags COM(2018) 241 final), findet sich in der endgültigen Fassung der Richtlinie lediglich ein Hinweis auf „Entwicklungen der Rechtsprechung“.

¹⁰² RL 2019/2121/EU, Erwägungsgrund 5.

¹⁰³ RL 2019/2121/EU, Erwägungsgrund 6.

„suboptimal“ ist.¹⁰⁴ So könne ein grenzüberschreitender Formwechsel missbraucht werden, um die Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer zu beschränken oder sich ihrer gar zu entledigen.¹⁰⁵ Erforderlich sei daher ein angemessener Schutz der Stakeholder, der durch spezielle Schutzvorschriften gewährleistet werden soll und durch eine generalklauselartige Missbrauchskontrolle flankiert wird.¹⁰⁶ Diese Vorschriften basieren teilweise auf den bereits bestehenden Vorschriften zu grenzüberschreitenden Verschmelzungen in der GesR-RL.

Die Europäische Union befindet sich bezüglich des Schutzes der Stakeholder in einer allgemeinen Abwägungslage. Wie bereits mit der klassischen Formulierung „erforderlich und angemessen“ zum Ausdruck gebracht wird, heiligt der Zweck nicht jedes Mittel. Mit zwingenden Gründen des Allgemeinwohls, wie dem Schutz der Stakeholder, kann ein Eingriff in die Niederlassungsfreiheit zwar gerechtfertigt werden,¹⁰⁷ die Beschränkung muss hingegen ihrerseits dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen, d. h. sie muss geeignet sein, das fragliche Ziel zu erreichen, und darf nicht über das hinausgehen, was zu dessen Erreichung erforderlich ist (Art. 5 Abs. 1 i. V. m. Abs. 4 UAbs. 1 EUV).¹⁰⁸

Daneben treten weitere Anforderungen des *EuGH*, die er in der Rechtssache *V ALE* formuliert hat: So dürfen die Vorschriften für die Beteiligten nicht ungünstiger sein als die für inländische Formwechsel geltenden Regelungen (Äquivalenzgrundsatz) und sie dürfen die Durchführung des grenzüberschreitenden Formwechsels nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren (Effektivitätsgrundsatz).¹⁰⁹ Ergänzend hat der *EuGH* in der *Polbud*-Entscheidung erklärt, dass die Vorschriften nicht wie eine „allgemeine Missbrauchsvermutung“ wirken dürfen.¹¹⁰ Erforderlich ist vielmehr ein angemessener Ausgleich zwischen der Niederlassungsfreiheit und dem Schutz der Stakeholder.¹¹¹

¹⁰⁴ RL 2019/2121/EU, Erwägungsgrund 5. Siehe auch die Ausführungen zum Schutz der Stakeholder in der Europäischen Union oben **D**.

¹⁰⁵ RL 2019/2121/EU, Erwägungsgrund 31.

¹⁰⁶ RL 2019/2121/EU, Erwägungsgrund 6.

¹⁰⁷ *EuGH*, Urt. v. 25.10.2017, C-106/16, *Polbud ./. Wykonawstwo sp. z o.o.*, Rn. 52, 54 m. w. N.

¹⁰⁸ *Ebd.*, Rn. 52.

¹⁰⁹ *EuGH*, Urt. v. 12.7.2012, C-378/10, *V ALE Építési kft.*, Rn. 48 m. w. N.

¹¹⁰ *EuGH*, Urt. v. 25.10.2017, C-106/16, *Polbud ./. Wykonawstwo sp. z o.o.*, Rn. 64.

¹¹¹ So selbst *EU-Kommission*, 21.1.2019, C(2019) 114 final, S. 1, abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/3/2019/DE/C-2019-114-F1-DE-MAIN-PART-1.PDF> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021).

II. Schutz der Gesellschafter

1. Vorschriften der Umwandlungsrichtlinie

Die Gesellschafter haben bei einem grenzüberschreitenden Formwechsel ein Interesse am Erhalt ihrer Mitwirkungsrechte. Dies betrifft insbesondere die Minderheit, die sich der Gefahr einer Missachtung durch die Mehrheit ausgesetzt sieht.¹¹² Dieser Schutz wird zunächst durch ein Informationsrecht gewährleistet. So hat das Leitungs- bzw. Verwaltungsorgan der Gesellschaft – abhängig von monistischer oder dualistischer Ausgestaltung der Führungsebene¹¹³ – den Gesellschaftern einen Bericht zu erstellen, in dem die rechtlichen und wirtschaftlichen Aspekte des geplanten Formwechsels erläutert und begründet werden (Art. 86e Abs. 1 RL).¹¹⁴

Inhalt dieses Berichts sind gemäß Art. 86e Abs. 1 und 3 RL insbesondere die Auswirkungen des Formwechsels auf die künftige Geschäftstätigkeit der Gesellschaft, auf die Interessen der Gesellschafter und die Maßnahmen zu ihrem Schutz. Der Bericht muss den Gesellschaftern gemäß Art. 86e Abs. 6 RL spätestens sechs Wochen vor dem Tag der Gesellschafterversammlung in elektronischer Weise zugänglich gemacht werden, an dem über den Formwechsel beschlossen werden soll. Entsprechend dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz kann auf den Bericht verzichtet werden, wenn alle Gesellschafter dem zustimmen (Art. 86e Abs. 4 RL).

Auf Grundlage dieses Berichts sollen sich die Gesellschafter eine Meinung über den geplanten Formwechsel bilden.¹¹⁵ Sodann beschließt die Gesellschafterversammlung gemäß Art. 86h Abs. 1 RL in einem Beschluss, ob sie dem Plan für den grenzüberschreitenden Formwechsel zustimmt. Erforderlich ist eine Mehrheit von nicht weniger als zwei Dritteln, aber nicht mehr als 90 % der abgegebenen Stimmen oder des vertretenen Grundkapitals, was die Mitgliedstaaten eigens festlegen können (Art. 86h Abs. 3 S. 1 RL). Die

¹¹² Siehe die Ausführungen zu den Interessen der Minderheitsgesellschafter oben **D. I.**

¹¹³ Dies ist relevant für die aktienrechtliche Spitzenorganisation. Das deutsche Gesellschaftsrecht kennt das dualistische System (Trennungsprinzip). Adressat der Berichtspflicht wäre insofern der Vorstand. Zu der Unterscheidung zwischen monistischer und dualistischer Leitungsebene näher *Eberspächer*, in: Spindler/Stilz, Kommentar zum AktG II, 4. Aufl. 2019, Art. 38 SE-VO Rn. 3 f.

¹¹⁴ Zu dem Formwechselbericht näher *Schollmeyer*, Der Verschmelzungs-, Spaltungs- und Formwechselbericht nach der neuen Umwandlungsrichtlinie, AG 2019, 541 ff.

¹¹⁵ RL 2019/2121/EU, Erwägungsgrund 16.

Schwelle darf nicht höher als jene sein, die für grenzüberschreitende Verschmelzungen gilt (Art. 86h Abs. 3 S. 2 RL).¹¹⁶

Für die Mehrheit dürfte es regelmäßig kein Problem sein, einen entsprechenden Gesellschafterbeschluss zu fassen. Art. 86i Abs. 1 UAbs. 1 RL gewährt daher jenen Gesellschaftern ein Recht auf Veräußerung ihrer Anteile gegen Zahlung einer angemessenen Barabfindung, die gegen die Zustimmung zu dem Plan für den grenzüberschreitenden Formwechsel gestimmt haben.¹¹⁷ Die Mitgliedstaaten können dieses Recht nach Art. 86i Abs. 1 UAbs. 2 RL auch anderen Gesellschaftern der Gesellschaft einräumen, etwa Gesellschaftern mit stimmrechtslosen Anteilen.¹¹⁸ Sind die Gesellschafter der Auffassung, dass die Abfindung nicht angemessen ist, können sie bei der nach nationalem Recht zuständigen Behörde oder Stelle die Berechnung anfechten und die Angemessenheit der Barabfindung infrage stellen (Art. 86i Abs. 4 UAbs. 1 RL).

2. Bewertung

Der Schutz der Gesellschafter wird durch ein Informations- und Abfindungsrecht gewährleistet. Die Europäische Union hat sich hiermit von dem bisherigen Regelungsmodell bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen verabschiedet, dass den Minderheitenschutz weitgehend den Mitgliedstaaten überlassen hat (vgl. Art. 121 Abs. 2 S. 2 GesR-RL). Naturgemäß hatte dies zu einem Flickenteppich an unterschiedlichen Schutzstandards geführt.¹¹⁹ Die Vorschriften zum Gläubigerschutz beim grenzüberschreitenden Formwechsel sind zwar auch als Mindeststandard harmonisiert,¹²⁰ geben den Mitgliedstaaten aber höhere inhaltliche Vorgaben.

Zunächst müssen die Gesellschafter umfassend über den geplanten Formwechsel informiert werden. Dies soll die Gesellschafter in die Lage

¹¹⁶ In Deutschland kann bei einer GmbH höchstens eine Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen festgesetzt werden (vgl. § 50 Abs. 1 S. 1 UmwG), bei einer AG höchstens von drei Vierteln des vertretenen Grundkapitals (vgl. § 65 Abs. 1 S. 1 UmwG).

¹¹⁷ Zu Rechtsnatur und Rechtsfolgen der Austrittserklärung näher *Lay*, Die Austrittserklärung des Minderheitsgesellschafters nach dem Company Law Package, GmbHR 2019, 1105 ff.

¹¹⁸ Siehe RL 2019/2121/EU, Erwägungsgrund 18.

¹¹⁹ Siehe die Aussagen der Europäischen Kommission zur Ausgestaltung des Minderheitenschutzes in ihrem *impact assessment* unter SWD(2018), 141 final, S. 139 f., abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/10102/2018/EN/SWD-2018-141-F1-EN-MAIN-PART-1.PDF> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021). Während einige Staaten keinen Minderheitenschutz eingeführt haben (wie z. B. Belgien), verfügen andere Staaten über ein höchst komplexes Schutzsystem (wie z. B. Deutschland).

¹²⁰ RL 2019/2121/EU, Erwägungsgrund 17 („Mindestschutzniveau“).

versetzen, die Konsequenzen des Formwechsels auf ihre Rechte abzuschätzen und sich eine eigene, begründete Meinung hierzu zu bilden. Denn Information bildet den Grundbaustein aller Schutzrechte (Informationsmodell).¹²¹ Die gleiche Informationspflicht trifft die Gesellschaft auch bezüglich der Arbeitnehmer. Es ist daher aus Gründen der Effizienz und Übersichtlichkeit zu begrüßen, dass die Berichte zu einem gemeinsamen Bericht für Gesellschafter und Arbeitnehmer vereint werden können.¹²²

Darüber hinaus haben jene Gesellschafter ein Abfindungsrecht, die gegen den Umwandlungsplan gestimmt haben. Dies ist zu begrüßen. Denn veräußern jene Gesellschafter, die den Formwechsel ablehnen, ihre Anteile gegen angemessene Abfindung etwa an jene Gesellschafter, die dem Formwechsel zustimmen, ist dies für alle Beteiligten vorteilhaft.¹²³ Zu begrüßen ist auch, dass der Anwendungsbereich entsprechend eingegrenzt wurde.¹²⁴ Denn nach dem Entwurf der Kommission wurden auch jene Gesellschafter geschützt, die gar nicht an der Beschlussfassung teilgenommen haben, was zu einem unkalkulierbaren Liquiditätsabfluss geführt hätte.¹²⁵

Hält ein Gesellschafter die Abfindung nicht für angemessen, kann er eine zusätzliche Barabfindung bei der zuständigen Behörde oder Stelle beantragen. Gesellschafter sind daher nicht allein auf die Gunst der Gesellschaft angewiesen, sondern erhalten einen zusätzlichen Schutz, was grundsätzlich zu befürworten ist. Problematisch ist jedoch, dass die endgültige Entscheidung, durch die eine zusätzliche Abfindung zuerkannt wird, nicht zwingend für alle Gesellschafter

¹²¹ Zum „Informationsmodell“ näher *Grohmann*, Das Informationsmodell im Europäischen Gesellschaftsrecht: Informationsregeln oder materiellrechtliche Regulierung?, EWS 2007, 540 ff.; *Bebme* (Fn. 18), S. 199 f.

¹²² Vgl. Art. 86e Abs. 2 UAbs. 2 RL. In diesem Sinne auch *Bayer/Schmidt* (Fn. 100), S. 1928; *Luy*, Grenzüberschreitende Umwandlungen nach dem Company Law Package, NJW 2019, 1905 (1908). Dies forderten bereits *Wicke* (Fn. 12), S. 2645; *Vossius* (Fn. 100), S. 34; dagegen *Bormann/Stelmaszczyk* (Fn. 12), S. 357; *Stelmaszczyk* (Fn. 13), S. 66; *Wachter*, Neues zum Europäischen Umwandlungsrecht (II), GmbHStB 2018, 317 (319 f.).

¹²³ *Vossius* (Fn. 100), S. 37; i. E. auch *DAV*, Stellungnahme zum Richtlinienentwurf COM(2018) 241 final, NZG 2018, 857 (860).

¹²⁴ In diesem Sinne auch *Stelmaszczyk*, Der materielle Stakeholderschutz nach der neuen Umwandlungsrichtlinie, ZIP 2019, 2437 (2439). Dies forderten bereits *Bundesrat*, BR-Drucks. 179/18, S. 8 f.; *DAV* (Fn. 123), S. 860; *Wicke* (Fn. 41), S. 2706 f.; wohl auch *Butterstein*, Modernisierung des EU-Gesellschaftsrechts zur Stärkung der grenzüberschreitenden Mobilität von Gesellschaften, EuZW 2018, 838 (843).

¹²⁵ Vgl. Art. 86j Abs. 1 des Richtlinienentwurfs COM(2018) 241 final. Hierzu bereits kritisch *Noack*, Das Company Law Package – Vorschläge der Europäischen Kommission zur Harmonisierung des materiellen Schutzes der Minderheitsgesellschafter bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen, AG 2018, 780 (782); *Teichmann* (Fn. 72), S. 245.

gültig ist. Vielmehr bedarf eine solche *erga omnes*-Wirkung einer ausdrücklichen Anordnung durch die Mitgliedstaaten.¹²⁶ Dies birgt die Gefahr einer Rechtszersplitterung in der Europäischen Union, was sich Unternehmen bewusst zunutze machen könnten, sodass eine zwingende Vorschrift durchaus wünschenswert gewesen wäre.¹²⁷

Insofern schafft die Richtlinie zwar dem Grunde nach einen angemessenen Gesellschafterschutz, die Vorschriften sind aber im Detail verbesserungswürdig.

III. Schutz der Gläubiger

1. Vorschriften der Umwandlungsrichtlinie

Die Gläubiger haben bei einem grenzüberschreitenden Formwechsel ein Interesse an einer liquiden Gesellschaft, die über genügend Kapital zur Befriedigung ihres Anspruchs verfügt, und an einer bestmöglichen Befriedigung bei Insolvenz.¹²⁸ Letzteres wird durch ein *Formwechselverbot* gewährleistet. Gemäß Art. 86a Abs. 3 lit. a RL darf eine Gesellschaft keinen grenzüberschreitenden Formwechsel vornehmen, wenn sie sich in Liquidation befindet und mit der Verteilung ihres Vermögens an die Gesellschafter begonnen hat. Dadurch soll offenbar einem Missbrauch durch divergierende insolvenzrechtliche Vorschriften im Zu- und Wegzugsstaat vorgebeugt werden.¹²⁹

Darüber hinaus obliegt es grundsätzlich den Mitgliedstaaten, ein angemessenes Schutzsystem für die Interessen der Gläubiger vorzusehen (Art. 86j Abs. 1 UAbs. 1 RL).¹³⁰ Die Umwandlungsrichtlinie sieht lediglich vor, dass die Gesellschaft gemäß Art. 86d RL einen Umwandlungsplan zu erstellen hat, der Angaben über den Formwechsel, über die umgewandelte Gesellschaft sowie über den Schutz der Stakeholder enthält, insbesondere Einzelheiten zu den den Gläubigern angebotenen Sicherheiten (lit. f). Dieser Plan wird gemäß Art. 86g Abs. 1 UAbs. 1 RL spätestens einen Monat vor dem Tag der

¹²⁶ Vgl. Art. 86i Abs. 4 UAbs. 2 der RL 2019/2121/EU.

¹²⁷ Eine einheitliche Umsetzung durch die Mitgliedstaaten fordert *Schmidt* (Fn. 13), S. 581; in diesem Sinne zum Entwurf der Kommission bereits *Habersack*, Sekundärrechtlicher grenzüberschreitender Formwechsel ante portas, ZHR 182 (2018), 495 (499).

¹²⁸ Siehe die Ausführungen zu den Interessen der Gläubiger oben **D. II.**

¹²⁹ *Bayer/Schmidt* (Fn. 100), S. 1927; zum Entwurf der Kommission bereits *Bormann/Stelmaszczyk* (Fn. 12), S. 301; *Knaier* (Fn. 12), S. 617.

¹³⁰ Geschützt werden nur solche Gläubiger, deren Forderungen vor der Offenlegung des Plans für den grenzüberschreitenden Formwechsel entstanden und zum Zeitpunkt dieser Offenlegung noch nicht fällig geworden sind (Art. 86j Abs. 1 UAbs. 1 RL).

Geschafterversammlung i. S. d. Art. 86h RL im Register des Wegzugsstaats öffentlich zugänglich gemacht.

Erachten die Gläubiger den im Umwandlungsplan vorgesehenen Schutz ihrer Interessen für „nicht zufriedenstellend“, können sie innerhalb von drei Monaten nach der Offenlegung bei der zuständigen Verwaltungs- oder Justizbehörde des Wegzugsstaats „angemessene Sicherheiten“ beantragen (Art. 86j Abs. 1 UAbs. 2 RL). Hierzu müssen sie glaubhaft darlegen, dass die Befriedigung ihrer Forderungen durch den grenzüberschreitenden Formwechsel gefährdet ist und sie von der Gesellschaft keine angemessenen Sicherheiten erhalten haben. Bei der Bewertung solcher Sicherheiten soll die Behörde berücksichtigen, ob der Anspruch eines Gläubigers gegen die Gesellschaft oder einen Dritten nach dem grenzüberschreitenden Formwechsel mindestens in gleicher Höhe besteht und von entsprechender Bonität ist, wie er vor dem Vorhaben war, und ob der Anspruch vor demselben Gericht geltend gemacht werden kann.¹³¹

Darüber hinaus können die Mitgliedstaaten das Leitungs- bzw. Verwaltungsorgan der Gesellschaft gemäß Art. 86j Abs. 2 RL zur Abgabe einer „Solvenzerklärung“ verpflichten, die die aktuelle finanzielle Lage der Gesellschaft genau wiedergibt. Darin erklärt das Organ, dass aus seiner Sicht nach angemessenen Nachforschungen kein Grund zur Annahme besteht, dass die Gesellschaft infolge des Formwechsels ihre Verbindlichkeiten bei Fälligkeit nicht erfüllen kann. Mit anderen Worten: Die Gesellschaft ist liquide. Die Mitgliedstaaten können in diesem Fall die Mitglieder des Organs für die Richtigkeit dieser Erklärung persönlich haftbar machen.¹³² Den Gläubigern stünde dann im Falle einer Insolvenz der Gesellschaft nach bereits erfolgtem Formwechsel eine weitere Haftungsmasse zur Verfügung.

2. Bewertung

Der Schutz der Gläubiger wird durch Sicherheitsleistungen gewährleistet. Die Kommission nimmt sich damit der durchaus schwierigen Aufgabe an, den grenzüberschreitenden Gläubigerschutz zu harmonisieren. Denn das bisherige Regelungssystem auf nationaler Ebene hatte bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen zu erheblichen Problemen geführt.¹³³ Die Europäische Union hat sich daher bezüglich des Formwechsels nun für ein eigenständiges,

¹³¹ RL 2019/2121/EU, Erwägungsgrund 23.

¹³² RL 2019/2121/EU, Erwägungsgrund 25.

¹³³ Siehe die Aussagen der Europäischen Kommission zum Gläubigerschutz in ihrem *impact assessment* unter SWD(2018), 141 final, S. 139. So gewährt etwa die Hälfte der Mitgliedstaaten den Gläubigerschutz „*ex ante*“, die andere Hälfte „*ex post*“.

europäisches Gläubigerschutzsystem entschieden, das wie der Gesellschafterschutz als Mindeststandard ausgestaltet ist und den Mitgliedstaaten höhere inhaltliche Vorgaben macht.¹³⁴

Zunächst muss die Gesellschaft Maßnahmen zum Schutz der Gläubiger in den Umwandlungsplan aufnehmen. Es ist zu begrüßen, dass der Gläubigerschutz damit in die Hand der Unternehmen gegeben wird, die als Vertragspartner besser auf die Interessen *ihrer* Gläubiger eingehen können.¹³⁵ Nur subsidiär kommen die Behörden ins Spiel, wenn die Gläubiger ihren Schutz als „nicht zufriedenstellend“ erachten.¹³⁶ Problematisch ist jedoch, dass der Gläubigerschutz unter engere Voraussetzungen gestellt wurde. Um die Beurteilung für die Behörde zu erleichtern, galten nach dem Vorschlag der Kommission bestimmte Vermutungsregeln, denen zufolge einem Gläubiger dann kein Nachteil entsteht, wenn das Verlustrisiko für ihn gering ist.¹³⁷ Unter anderem bestand im Entwurf die Möglichkeit, die Schutzbedürftigkeit individuell durch einen Sachverständigen prüfen zu lassen.¹³⁸

Demgegenüber müssen die Gläubiger nun nachweisen, dass die Befriedigung ihrer Forderung gefährdet ist und sie von der Gesellschaft keine angemessenen Sicherheiten erhalten haben. Die Vermutungsregel wurde ersatzlos gestrichen, was die Durchsetzung dieses Anspruchs in der Praxis erheblich erschweren dürfte, weshalb eine Rückkehr zum Vorschlag der Kommission durchaus sachgerecht erscheint.¹³⁹ Hierbei wäre jedoch zu berücksichtigen, dass sich Gläubiger mit hohen Forderungen regelmäßig ohnehin vertraglich abgesichert haben. Für Gläubiger mit geringen Forderungen schafft dies hingegen kaum Abhilfe. Denn die Kosten zur Bestellung eines Sachverständigen stehen in

¹³⁴ RL 2019/2121/EU, Erwägungsgrund 17. Vollharmonisierung fordern *Bungert/Wansleben*, Grenzüberschreitende Spaltungen nach dem Richtlinienentwurf der EU-Kommission, DB 2018, 2094 (2101); *Mörsdorf* (Fn. 100), S. 145.

¹³⁵ So auch zutreffend *Schmidt*, EU Company Law Package 2018: Mehr Digitalisierung und Mobilität von Gesellschaften (Teil 1), DK 2018, 229 (239).

¹³⁶ Kritisch zu dieser Formulierung *Bundesrat*, BR-Drucks. 179/18, S. 9 f.; *Bungert/Wansleben* (Fn. 134), S. 2102; *Stelmaszczyk* (Fn. 124), S. 2445; *Vossius* (Fn. 100), S. 38.

¹³⁷ Vgl. Art. 86k Abs. 3 des Richtlinienvorschlags COM(2018) 241 final. Siehe auch Erwägungsgrund 18 des Richtlinienvorschlags COM(2018) 241 final.

¹³⁸ Vgl. Art. 86k Abs. 3 lit. a des Richtlinienvorschlags COM(2018) 241 final.

¹³⁹ Kritisch auch *Bayer/Schmidt* (Fn. 100), S. 1933 („offenbar ein wenig zu innovativ für einige Mitgliedstaaten“); *Luy* (Fn. 122), S. 1908; *Winner*, Protection of Creditors and Minority Shareholders in Cross-border Transactions, ECFR 2019, 44 (57 f.); demgegenüber wohl *Stelmaszczyk* (Fn. 124), S. 2444.

keinem Verhältnis zum Ertrag, weshalb es sinnvoll erscheint, dass der Sachverständige die Prüfung *einheitlich für alle* Gläubiger durchführt.¹⁴⁰

Darüber hinaus *können* die Mitgliedstaaten eine Solvenzerklärung der Gesellschaft verlangen. Das ist zwar begrüßenswert, da den Gläubigern bei fehlerhafter Erklärung eine weitere Haftungsmaße zur Verfügung gestellt wird.¹⁴¹ Mit Blick auf die unterschiedlichen nationalen Traditionen hat die Europäische Union jedoch von einer entsprechenden Pflicht abgesehen und die konkrete Ausgestaltung den Mitgliedstaaten überlassen.¹⁴² Diese Zurückhaltung leuchtet zwar wegen der Mammutaufgabe des Gläubigerschutzes ein. Dennoch entsteht erneut ein Flickenteppich an unterschiedlichen Schutzstandards, den die Unternehmen durch Formwechsel in Rechtsordnungen mit geringem Gläubigerschutz missbrauchen könnten. Es wäre daher wünschenswert, die Abgabe einer Solvenzerklärung *zwingend* im Wege der Vollharmonisierung europarechtlich voranzusetzen.

Insofern schafft die Richtlinie zwar grundsätzlich einen angemessenen Gläubigerschutz, die Vorschriften sind aber auch im Detail verbesserungswürdig und sollten stärker europarechtlich harmonisiert werden.

IV. Schutz der Arbeitnehmer

1. Vorschriften der Umwandlungsrichtlinie

Die Arbeitnehmer haben bei einem grenzüberschreitenden Formwechsel zunächst ein Interesse am Erhalt ihrer Arbeitsplätze.¹⁴³ Dieser Schutz wird, wie auch beim Schutz der Gesellschafter, durch ein Informationsrecht gewährleistet. Gemäß Art. 86e Abs. 1 RL muss die Gesellschaft einen Bericht erstellen, in dem die Auswirkungen des Formwechsels auf die Arbeitnehmer erläutert werden, etwa auf den Erhalt ihrer Arbeitsplätze sowie wesentliche Änderungen bei den Beschäftigungsbedingungen und den Standorten der Niederlassungen der Gesellschaft (Art. 86e Abs. 5 RL). Der Bericht ist den Arbeitnehmervertretern oder, falls es keine gibt, den Arbeitnehmern selbst, spätestens sechs Wochen vor

¹⁴⁰ Zum Entwurf der Kommission bereits *Teichmann* (Fn. 72), S. 246; *Wicke* (Fn. 41), S. 2708.

¹⁴¹ In diesem Sinne auch *Bayer/Schmidt* (Fn. 100), S. 1933 („interessante Option“); *Schmidt* (Fn. 135), S. 239; kritisch jedoch *Bungert/Wansleben* (Fn. 134), S. 2102 f.; *Lay* (Fn. 122), S. 1909; *Stelmaszczyk* (Fn. 124), S. 2445 („echter Hemmschuh“).

¹⁴² RL 2019/2121/EU, Erwägungsgrund 25.

¹⁴³ Siehe die Ausführungen zu den Interessen der Arbeitnehmer oben **D. III.**

dem Tag der Gesellschaftsversammlung i. S. d. Art. 86h RL elektronisch zugänglich zu machen (Art. 86e Abs. 6 RL).

Darüber hinaus sind die Arbeitnehmer an einer Mitbestimmung im Unternehmen interessiert, um Einfluss auf die Planungs- und Entscheidungsverfahren im Unternehmen zu erhalten. Der Schutz der Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer soll durch Art. 86l RL erfolgen.¹⁴⁴ Besteht in einer Gesellschaft bereits ein System der Arbeitnehmermitbestimmung, so ist diese Gesellschaft nach Art. 86l Abs. 6 RL verpflichtet, eine Rechtsform zu wählen, die die Ausübung von Mitbestimmungsrechten ermöglicht. Ein Formwechsel einer ausländischen, mitbestimmten GmbH oder AG in eine deutsche Personengesellschaft oder Stiftung, die nicht der Mitbestimmung unterliegen,¹⁴⁵ wäre insofern ausgeschlossen.

Ist die beabsichtigte Rechtsform *mitbestimmungsfähig*, gilt bezüglich der Mitbestimmung grundsätzlich das Recht des Zuzugsstaats (Art. 86l Abs. 1 RL). Dieses Prinzip soll aber gemäß Art. 86l Abs. 2 RL in drei Fällen nicht gelten: Der wichtigste Fall tritt ein, wenn die Gesellschaft in den sechs Monaten vor Veröffentlichung des Umwandlungsplans eine durchschnittliche Zahl von Arbeitnehmern beschäftigt, die vier Fünftel des im Wegzugsstaat geltenden Schwellenwerts zur Mitbestimmung entsprechen. In Deutschland wären daher Gesellschaften mit 400 (DrittelbG) bzw. 1600 (MitbestG) Arbeitnehmern erfasst. Die anderen Fälle drehen sich um den Umfang an Mitbestimmung im betreffenden Organ (lit. a) und den Umfang an Mitbestimmungsrechten der einzelnen Arbeitnehmer (lit. b).

Greift eine dieser Ausnahmen, muss die Gesellschaft mit den Arbeitnehmern Verhandlungen aufnehmen, um ihre Mitbestimmungsrechte festzulegen (Verhandlungslösung).¹⁴⁶ Der Ablauf orientiert sich an Vorschriften der Richtlinie 2001/86/EG zur Beteiligung der Arbeitnehmer in der Societas Europaea (SE-RL),¹⁴⁷ auf die in Art. 86l Abs. 3 RL verwiesen wird. Die

¹⁴⁴ RL 2019/2121/EU, Erwägungsgrund 30.

¹⁴⁵ Vgl. § 1 Abs. 1 MitbestG, § 1 Abs. 1 DrittelbG. Eine Ausnahme gilt für die GmbH & Co. KG, die der Mitbestimmung unterliegen kann (vgl. § 4 MitbestG). Zu weiteren Strategien der Mitbestimmungsvermeidung siehe *Bayer/Hoffmann*, Mitbestimmungsvermeidung am Beispiel des Gesundheits- und Pflegesektors, AG 2017, R119 ff.

¹⁴⁶ RL 2019/2121/EU, Erwägungsgrund 30. Zu der Verhandlungslösung in der SE eingehend *Gesell/Berjasevic*, in: Jung/Krebs/Stiegler, Gesellschaftsrecht in Europa, 2019, § 4 Rn. 230, 246 ff.

¹⁴⁷ Grundlegend zur Entstehungsgeschichte der SE siehe *Oechsler/Mihaylova*, in: MüKo-

Verhandlungen sind stets zwingend (*arg. e contrario* zu Art. 133 Abs. 4 lit. a GesR-RL) und erfolgen zwischen dem Leitungs- oder Verwaltungsorgan der Gesellschaft und einem Verhandlungsgremium, das die Arbeitnehmer repräsentiert (Art. 3 SE-RL). Die Verhandlungen sollen gemäß Art. 4 und 5 SE-RL innerhalb von sechs Monaten (ggf. zwölf Monaten) in dem „Willen zur Verständigung“ mit einer Vereinbarung abgeschlossen werden, die die Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer regelt.¹⁴⁸

Kommt es in dieser Zeit zu keiner Vereinbarung zwischen den Parteien, hält die Richtlinie subsidiär eine sogenannte Auffanglösung bereit, welche auf dem *Vorher-Nachher-Prinzip* beruht.¹⁴⁹ Das bedeutet, dass der vor dem Formwechsel bestehende Beteiligungsgrad der Arbeitnehmer auch nach dem Formwechsel erhalten bleibt (Art. 7 Abs. 1 i. V. m. Anhang Teil 3 lit. a SE-RL). Mit anderen Worten: Die Mitbestimmung wird *eingefroren*.¹⁵⁰ Kommt es anschließend zu weiteren Umstrukturierungen, müssen die Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer gemäß Art. 86l Abs. 7 RL vier Jahre nach Wirksamwerden des Formwechsels gewahrt bleiben.

2. Bewertung

Der Schutz der Arbeitnehmer wird durch ein Informations-¹⁵¹ und Verhandlungsrecht gewährleistet. Aufgrund der politischen Sprengkraft der unternehmerischen Mitbestimmung und den unterschiedlichen Schutzstandards im Europäischen Binnenmarkt gehörte diese Thematik von Anfang an zu den neuralgischen Punkten des gesamten Rechtsrahmens für grenzüberschreitende Formwechsel.¹⁵²

Zunächst muss eine mitbestimmte Gesellschaft eine solche Rechtsform des Zuzugsstaats wählen, die die Ausübung von Mitbestimmungsrechten ermöglicht. In diesem *Rechtsformzwang* offenbart sich ein Verstoß gegen den in der *VALE-*

AktG VII, 4. Aufl. 2017, Vor. zu Art. 1 SE-VO Rn. 1 ff. Zur Arbeitnehmerbeteiligung in der SE näher *Giedinghagen*, in: Drinhausen/Eckstein, Handbuch der AG, 3. Aufl. 2018, § 19 Rn. 143 ff.; *Fähndrich* (Fn. 73), S. 105 ff.

¹⁴⁸ Siehe auch Erwägungsgrund 30 der RL 2019/2121/EU: „einernehmliche Lösung“.

¹⁴⁹ Zur Auffanglösung näher *Giedinghagen*, in: Drinhausen/Eckstein (Fn. 147), § 19 Rn. 167 ff.

¹⁵⁰ *Bayer*, Die Erosion der deutschen Mitbestimmung, NJW 2016, 1930 (1933); *Lön/Stolzenberg*, Arbeitnehmerbeteiligungsverfahren bei der SE-Gründung – Potentielle Fehler und praktische Folgen, NZA 2016, 1489 (1490).

¹⁵¹ Die Ausführungen zum Informationsrecht der Gläubiger oben **F. II. 2** gelten entsprechend. Kritisch mit Blick auf den reduzierten Informationsanspruch der Arbeitnehmer im Vergleich zum Kommissionsentwurf *Schollmeyer* (Fn. 114), S. 550.

¹⁵² *Bundesrat*, BR-Drucks. 179/18, S. 10; *Schmidt* (Fn. 135), S. 244.

Entscheidung formulierten Äquivalenzgrundsatz. Denn einer mitbestimmten AG oder GmbH ist es nach deutschem Recht ohne Weiteres gestattet, sich in eine Personengesellschaft umzuwandeln, die nicht der unternehmerischen Mitbestimmung unterliegt (vgl. §§ 228 ff. UmwG). Findet ein solches Vorhaben hingegen über die Grenze statt, steht der Rechtsformzwang entgegen, sodass der grenzüberschreitende Formwechsel gegenüber dem inländischen benachteiligt wird.¹⁵³

Die übrigen Vorschriften zur Mitbestimmung basieren auf jenen für grenzüberschreitende Verschmelzungen, wurden aber in zweierlei Hinsicht angepasst:¹⁵⁴ Erstens greift die Verhandlungslösung bereits, wenn vier Fünftel der nationalen Schwelle für die Arbeitnehmermitbestimmung erreicht werden. Für die grenzüberschreitende Verschmelzung galt demgegenüber bislang eine feste Grenze von 500 Arbeitnehmern (vgl. Art. 133 Abs. 2 GesR-RL a. F.). Durch die Vier-Fünftel-Regelung soll offenbar einem Missbrauch durch kurzfristige Reduktion der Arbeitnehmerzahl vor dem geplanten Formwechsel vorgebeugt werden, was eine einleuchtende Anpassung ist.¹⁵⁵

Zu begrüßen ist auch, dass die Schwelle bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung entsprechend angepasst wurde, um eine Umgehung zu verhindern.¹⁵⁶ Ein Beispiel: Hat eine deutsche Gesellschaft i. d. R. 499 Arbeitnehmer, hätte sie über die Verschmelzung mit einer zuvor gegründeten, ausländischen Gesellschaft problemlos die Vier-Fünftel-Schwelle umgehen

¹⁵³ Mückel/Götte, Unternehmensmitbestimmung und grenzüberschreitende Unternehmensmobilität: Mitbestimmungsrecht im Vorschlag für eine Richtlinie in Bezug auf grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen, BB 2018, 2036 (2040); Paefgen, „Polbud“ – Niederlassungsfreiheit als Sitzspaltungsfreiheit (Teil II), WM 2018, 1029 (1038).

¹⁵⁴ Siehe nur *EU-Kommission*, 25.4.2018, COM(2018) 241 final, S. 23 f.

¹⁵⁵ Zutreffend *Bayer/Schmidt* (Fn. 100), S. 1934; *Schmidt* (Fn. 100), S. 281; demgegenüber *Habersack* (Fn. 127) S. 501 f.; *DAV* (Fn. 123), S. 861 f.; *Noack/Kraft*, Grenzüberschreitende Unternehmensmobilität – der Richtlinienvorschlag im Company Law Package, DB 2018, 1577 (1581); auch *Junker*, Sicherung der Unternehmensmitbestimmung in der Europäischen Union: Die Europäische Kommission auf dem Holzweg, EuZA 2019, 141 (142) („Es gibt keine Vermutung für Unternehmenswachstum“).

¹⁵⁶ Dies forderten bereits *Bundesrat*, BR-Drucks. 179/18, S. 2, 11; *Brandi* (Fn. 12), S. 2632; *Hoischen*, Stellungnahme der BNotK, S. 20, abrufbar unter: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2018/Downloads/06182018_Stellungnahme_Bundesnotarkammer_Digitalisierungs-und-UmwandlungsRL.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (zuletzt abgerufen am 11.7.2021); *Knäuper* (Fn. 12), S. 622. Die Kommission begründete diese Unterschiede mit vermeintlich „höhere[n] Risiken“ des grenzüberschreitenden Formwechsels in ihrer Stellungnahme v. 21.1.2019, C(2019), 114 final, S. 2.

können. Für die Unternehmen eröffnet die Vorschrift jedoch eine andere Umgehungstaktik. Wird eine Gesellschaft vor Erreichen der Vier-Fünftel-Schwelle umgewandelt, und lässt sie die Verhandlungen bewusst scheitern, so wird die derzeitige, nicht vorhandene Mitbestimmung wegen des Vorher-Nachher-Prinzips der Auffanglösung auf ewig eingefroren.¹⁵⁷ Genau an dieser Stelle hatte noch der Vorschlag des Europäischen Parlaments angesetzt:¹⁵⁸ Ab einem Schwellenwert von 50 Arbeitnehmern sollten zwei Arbeitnehmervertreter im Leitungs- bzw. Verwaltungsorgan sitzen, ab 250 Arbeitnehmern ein Drittel und ab 1000 Arbeitnehmern die Hälfte. Durch einen solchen sogenannten *Mitbestimmungs-Escalator* würden die Lücken der SE-Auffanglösung effektiv beseitigt.

Zweitens wird die Verhandlungslösung stets zwingend vorausgesetzt, d. h. es gibt keine Möglichkeit der Parteien, ohne vorherige Verhandlung unmittelbar die Auffanglösung als anwendbar zu erklären. Diese Möglichkeit besteht aber bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung (vgl. Art. 133 Abs. 4 lit. a GesR-RL). Auch diese Abweichung vermag nicht zu überzeugen. Denn gerade diese Option war einer der Fortschritte gegenüber dem „starrten“ SE-Modell und ist ein wichtiges Instrument, um die Umstrukturierung kostengünstig und zügig zur Eintragung zu bringen.¹⁵⁹ Der Vorschlag forciert nun kostenintensive und zeitaufwendige Verhandlungen, selbst wenn eine Vereinbarung von vornherein aussichtslos ist.¹⁶⁰

¹⁵⁷ DGB (Fn. 8), S. 6 f.; Hoffmann, Mitbestimmungsfreie Gesellschaften deutschen Rechts durch grenzüberschreitenden Formwechsel?, EuZW 2018, 785 (786); ders./Vitols, Stellungnahme des ETUI, S. 3, abrufbar unter: <https://www.etui.org/sites/default/files/Policy%20Brief%20EU%20company%20law%20package%20Hoffmann%20Vitols%20Policy%20Brief%202018.11.pdf> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021); Lay (Fn. 122), S. 1906; Selent, Die Mitbestimmung nach dem Company Law Package aus Perspektive des deutschen Kompromissvorschlags zur europäischen Mitbestimmung, NZG 2018, 1171 (1177 f.); Stelmaszczyk (Fn. 124), S. 2446 (der in dem Fehlen einer dynamischen Auffangregelung ein Redaktionsversehen sieht). Relativierend Pütz, Die Unternehmensmitbestimmung nach dem „Company Law Package“ der EU – Erste Überlegungen zur Umsetzung der neugefassten Mobilitäts-Richtlinie (EU) 2017/1132 in das deutsche Recht, AG 2020, 117 (123), der auf eine konsequente Anwendung des Art. 86l Abs. 4 lit. a RL verweist.

¹⁵⁸ Vgl. Art. 86l Abs. 3 lit. g des Änderungsvorschlags v. 9.1.2019, A8-0002/2019, S. 119.

¹⁵⁹ Bayer/Schmidt (Fn. 100), S. 1934; Schmidt (Fn. 100), S. 281; Habersack, in: Habersack/Henssler, Kommentar zum Mitbestimmungsrecht, 4. Aufl. 2018, § 23 MgVG Rn. 3.

¹⁶⁰ Bungert/Wansleben (Fn. 134), S. 2103; Habersack (Fn. 127), S. 501 f.; Mückl/Götte (Fn. 153), S. 2040 f.; Schmidt (Fn. 100), S. 281; Stelmaszczyk (Fn. 124), S. 2446.

Insofern ist die Richtlinie nicht in der Lage, einen angemessenen Arbeitnehmerschutz zu gewährleisten.

V. Missbrauchskontrolle

1. Vorschriften der Umwandlungsrichtlinie

Flankiert wird der Schutz der Stakeholder durch eine allgemeine Missbrauchskontrolle. So darf eine Vorabbescheinigung nach Art. 86m Abs. 8 RL nicht ausgestellt werden, wenn im Einklang mit dem nationalen Recht festgestellt wird, dass ein grenzüberschreitender Formwechsel zu „missbräuchlichen oder betrügerischen Zwecken vorgenommen werden soll, die dazu führen oder führen sollen, sich Unionsrecht oder nationalem Recht zu entziehen oder es zu umgehen“. Was konkret unter „missbräuchlichen oder betrügerischen Zwecken“ zu verstehen ist, lässt die Richtlinie aber offen.

Dieses Konzept einer Missbrauchskontrolle ist seinerseits kein rechtliches Novum. Die Kommission hatte sich in ihrem Entwurf auf eine Entscheidung des *EuGH* vom 12.9.2006 in der Rechtssache *Cadbury-Schweppes* berufen.¹⁶¹ Darin erklärt der *EuGH*, dass eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit mit Gründen der Bekämpfung missbräuchlicher Praktiken nur gerechtfertigt sei, wenn „rein künstliche, jeder wirtschaftlichen Realität bare Gestaltungen“ zur Steuervermeidung unterbunden werden sollen.¹⁶² Zwar wurde der Begriff der „künstlichen Gestaltung“ in der Richtlinie gestrichen, jedoch wird durch den allgemein gefassten Missbrauchsvorbehalt lediglich kodifiziert, was ohnehin ständige Rechtsprechung des *EuGH* ist.¹⁶³

Da es sich hierbei um eine Ausnahme von der Niederlassungsfreiheit der Gesellschaften aus Artt. 49, 54 AEUV handelt, muss die Bestimmung eng ausgelegt werden und auf einer Prüfung des Einzelfalls unter Berücksichtigung aller relevanten Tatsachen und Umständen beruhen.¹⁶⁴ Zu berücksichtigen sind etwa die Merkmale der Niederlassung, insbesondere der Zweck, die Branche und die Investition, die Zahl und der gewöhnliche Arbeitsort der Arbeitnehmer,

¹⁶¹ *EuGH*, Urt. v. 12.9.2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes* ./ *Commissioners of Inland Revenue*.
¹⁶² *Ebd.*, Rn. 55.

¹⁶³ Siehe nur *EuGH*, Urt. v. 9.3.1999, C-212/97, *Centros Ltd.*, Rn. 18 und 24; Urt. v. 30.9.2003, C-167/01, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam* ./ *Inspire Art Ltd*, Rn. 98; Urt. v. 25.10.2017, C-106/16, *Polbud* ./ *Wykonawstwo sp. z o.o.*, Rn. 39. Zum unionsautonomen Missbrauchsbegriff näher *Bayer/Schmidt* (Fn. 100), S. 1930 f.; *Stelmaszczyk* (Fn. 13), S. 72 ff.

¹⁶⁴ RL 2019/2121/EU, Erwägungsgrund 36. In diesem Sinne auch *Schmidt* (Fn. 13), S. 577 („nur eine *ultima ratio*“).

sowie etwaige Geschäftsrisiken im Zu- und Wegzugsstaat.¹⁶⁵ Diese Merkmale dienen hingegen lediglich als Anhaltspunkte und sollten nicht isoliert betrachtet werden.¹⁶⁶

Die Prüfung erfolgt durch die „zuständige Behörde“ des Wegzugsstaats, die gemäß Art. 86m Abs. 1 UAbs. 1 RL von den Mitgliedstaaten benannt wird. In Deutschland wäre hierfür wohl das Handelsregister zuständig.¹⁶⁷ Die Behörde wird auf Antrag der Gesellschaft tätig, die den Formwechsel beabsichtigt. Sie hat gemäß Art. 86m Abs. 7 RL innerhalb von drei Monaten nach Erhalt der erforderlichen Dokumente zu entscheiden, ob alle Voraussetzungen erfüllt sind und stellt bejahendenfalls eine Vorabbescheinigung aus. Hat sie jedoch „ernste Bedenken“, ob es sich bei dem geplanten Formwechsel um eine missbräuchliche Gestaltung handelt, so *muss* sie zusätzliche Ermittlungen durchführen und kann den Prüfungszeitraum um maximal drei weitere Monate verlängern (Art. 86m Abs. 9 und 10 RL).

2. Bewertung

Das Konzept einer allgemeinen Missbrauchskontrolle dient dem Schutz aller Stakeholder. Dadurch soll offenbar die Konstellation der eingangs genannten Briefkastenfirmen erfasst werden, die aus betrügerischen Zwecken zum alleinigen Ziel der Rechtsumgehung gegründet werden.¹⁶⁸ Ein durchaus legitimes Ziel, dem sich die Europäische Union stellen muss. Dennoch sollte unbedingt die Verhältnismäßigkeit gewahrt werden. Abzulehnen und unionsrechtswidrig wäre jedenfalls die vereinzelt geforderte¹⁶⁹ Voraussetzung einer Einheit von Satzungs- und Verwaltungssitz.¹⁷⁰ Denn dies widerspräche klar der

¹⁶⁵ RL 2019/2121/EU, Erwägungsgrund 36.

¹⁶⁶ Vgl. Art. 86m Abs. 9 S. 1 der RL 2019/2121/EU: „nicht isoliert betrachtet“. Hierzu auch RL 2019/2121/EU, Erwägungsgrund 36: „Alle diese Elemente sollten nur Anhaltspunkte im Rahmen der Gesamtprüfung darstellen und sollten daher nicht isoliert betrachtet werden.“

¹⁶⁷ *Brandi* (Fn. 12), S. 2632. Siehe etwa die Vorschriften zur Zuständigkeit des Handelsregisters bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung nach §§ 122k f. UmwG.

¹⁶⁸ RL 2019/2121/EU, Erwägungsgrund 35: „Insbesondere ist es wichtig, gegen „Scheingesellschaften“ oder „Strohfirmen“ vorzugehen, die gegründet werden, um sich Unionsrecht oder nationalem Recht zu entziehen, es zu umgehen oder dagegen zu verstoßen.“

¹⁶⁹ Exemplarisch der *Bundestag* zur SUP-Richtlinie unter BT-Drucks. 18/4843, S. 4 f.

¹⁷⁰ Zutreffend *Bayer/Schmidt*, Grenzüberschreitende Mobilität von Gesellschaften: Formwechsel durch isolierte Satzungssitzverlegung, ZIP 2017, 2225 (2233); *Selent* (Fn. 157), S. 1178.

Sitzaufspaltungsfreiheit aus der *Polbud*-Entscheidung, was offenbar auch die Kommission in ihrem Entwurf anerkannt hat.¹⁷¹

Man hat sich daher für eine allgemeine Missbrauchskontrolle entschieden, die sich an der Rechtsprechung des *EuGH* zur Niederlassungsfreiheit orientiert. Das bedeutet hingegen nicht, dass sich diese Figur auch als Generalklausel für eine allgemeine Missbrauchskontrolle eignet. Denn der Vorschlag enthält bereits in den Art. 86i-l RL umfassende Vorschriften zum Schutz der Stakeholder, die – soweit die angeregten Verbesserungen erfolgen – einen angemessenen Interessenausgleich gewährleisten können. Fälle eines steuerrechtlichen Missbrauchs dürften am effektivsten durch das Steuerrecht bekämpft werden.¹⁷²

Darüber hinaus bleibt trotz der vorgeschlagenen Indizien unklar, was konkret unter „missbräuchlichen oder betrügerischen Zwecken“ zu verstehen ist.¹⁷³ Die Vorschrift öffnet sprichwörtlich die *Büchse der Pandora* für subjektive Wertungen, was eine untragbare Rechtsunsicherheit schafft und die Behörden vor eine Mammutaufgabe stellt.¹⁷⁴ Zu begrüßen ist jedoch zumindest, dass die Missbrauchskontrolle auf alle Umwandlungsarten ausgeweitet wurde (Art. 127, Art. 160m RL). Die Unternehmen hätten sonst dazu verleitet sein können, auf die grenzüberschreitende Verschmelzung zurückzugreifen, da hierfür – ohne ersichtlichen Grund – keine entsprechende Missbrauchskontrolle im Entwurf der Kommission vorgesehen war.¹⁷⁵

¹⁷¹ Siehe *EU-Kommission*, 25.4.2018, COM(2018) 241 final, S. 24. Eine entsprechende Feststellung in der endgültigen Fassung der Richtlinie fehlt jedoch.

¹⁷² *Brandi* (Fn. 12), S. 2633; *DAV* (Fn. 123), S. 858; *Kelm* (Fn. 12), S. 2 f. Kritisch bezüglich der Übertragbarkeit der Rechtsprechung des *EuGH* etwa *Bungert/Wansleben* (Fn. 134), S. 2100; *Behme*, Europäisches Umwandlungsrecht – Stand und Perspektiven, ZHR 182 (2018), 32 (58).

¹⁷³ In diesem Sinne auch *Bayer/Schmidt* (Fn. 100), S. 1931; *Bungert/Becker*, Der finale EU-Richtlinienentwurf zu grenzüberschreitenden Formwechseln, Verschmelzungen und Spaltungen, DB 2019, 1609, 1616 f.; *Heckschen*, Das Company Law Package und die Auswirkungen für das Notariat, NotBZ 2020, 241 (245); *Lay* (Fn. 122), S. 1907; *Stelmaszczyk* (Fn. 13), S. 72. Kritisch zum Entwurf der Kommission bereits *Brandi* (Fn. 12), S. 2632 f.; *Bundesrat*, BR-Drucks. 179/18, S. 5; *DAV* (Fn. 123), S. 858; *DGB* (Fn. 8), S. 10; *Schmidt* (Fn. 100), S. 276; *Schollmeyer*, Die „künstliche Gestaltung“ – der Herr Tur Tur unter den Rechtsfiguren, NZG 2018, 977 (978); demgegenüber wohl *Noack/Kraft* (Fn. 155), S. 1580.

¹⁷⁴ Zum Entwurf der Kommission bereits *Vossius* (Fn. 100), S. 30 f.; *Wicke* (Fn. 41), S. 2704.

¹⁷⁵ Kritisch bereits *DAV* (Fn. 123), S. 858; *Hoffmann/Vitols* (Fn. 157), S. 3; *Hoischen* (Fn. 156), S. 14; *Schmidt* (Fn. 100), S. 276; *Stelmaszczyk* (Fn. 13), S. 71.

Einen Schritt in die falsche Richtung ging der Vorstoß des Europäischen Parlaments, der die Gesellschaft dazu verpflichten wollte, die Ausübung einer „wirklichen wirtschaftlichen Tätigkeit“ mittels einer dauerhaften, festen Einrichtung im Zuzugsstaat (*genuine link*) zu belegen.¹⁷⁶ Ein solches realwirtschaftliches Erfordernis hatte der *EuGH* noch selbst mittels *obiter dictum* in seiner *VALE*-Entscheidung gefordert.¹⁷⁷ Faktisch soll hierdurch eine Gleichsetzung von Satzungs- und Verwaltungssitz erreicht werden,¹⁷⁸ was mit der jüngsten Entscheidung des *EuGH* zur Sitzaufspaltung in der Sache *Polbud* unvereinbar erscheint. Das Erfordernis eines *genuine link* ist insofern abzulehnen.¹⁷⁹ Richtigerweise wurde daher in der endgültigen Fassung der Richtlinie auf ein solches Erfordernis verzichtet. Dennoch findet sich auch dort der Hinweis, dass die Behörde einen Missbrauch oder Betrug ablehnen soll, wenn die Gesellschaft in dem Zuzugsstaat den Ort ihrer tatsächlichen Verwaltung oder wirtschaftlichen Tätigkeit hat.¹⁸⁰ Dies darf nicht dazu führen, dass das eigentlich gestrichene *genuine link*-Erfordernis durch die Hintertür wieder eingeführt wird.¹⁸¹

G. Fazit

Die Zielsetzung der Umwandlungsrichtlinie stimmt.¹⁸² Die Europäische Union muss energisch gegen Briefkastenfirmen vorgehen und darf nicht lediglich passiv zuschauen, wie die schutzwürdigen Interessen der Stakeholder und Steuereinnahmen durch missbräuchliche Konstruktionen umgangen werden. Der Schutz der Stakeholder ist jedoch keine regulatorische Einbahnstraße,

¹⁷⁶ Vgl. Art. 1a Abs. 17 des Änderungsvorschlags v. 9.1.2019, A8-0002/2019, S. 83 f.

¹⁷⁷ *EuGH*, Urt. v. 12.7.2012, C-378/10, *VALE Építési kft*, Rn. 34 m. w. N.

¹⁷⁸ Siehe Erwägungsgrund 3 des Änderungsvorschlags v. 9.1.2019, A8-0002/2019, S. 11.

¹⁷⁹ Zutreffend *Bayer/Schmidt* (Fn. 100), S. 1927 („klar primärrechtswidrig“); *Behme* (Fn. 172), S. 61; *Mörsdorf* (Fn. 100), S. 148; *Oechsler*, Die *Polbud*-Entscheidung und die Sitzverlegung der SE, ZIP 2018, 1269 (1270); *Paefgen* (Fn. 38), S. 984; in diesem Sinne wohl auch *BGH*, NJW 2011, 3372 Rn. 19; demgegenüber *Bormann/Stelmaszczyk* (Fn. 12), S. 362; *Bundesrat*, BR-Drucks. 179/18, S. 5; *Hoischen* (Fn. 156), S. 15 f.; *Wicke* (Fn. 41), S. 2704 f.; relativierend *Schollmeyer* (Fn. 39), S. 200 („nur eine theoretische Überlegung“).

¹⁸⁰ RL 2019/2121/EU, Erwägungsgrund 36.

¹⁸¹ Zutreffend *Bayer/Schmidt* (Fn. 100), S. 1930 („gesamte *EuGH*-Judikatur seit *Centros* konterkariert“); *Bungert/Becker* (Fn. 173), S. 1614; *Heckschen* (Fn. 173), S. 245; *Kraft*, „Grenzüberschreitende Vorhaben“ nach Annahme der Mobilitätsrichtlinie durch das Europäische Parlament, BB 2019, 1864 (1867); *Luy* (Fn. 122), S. 1907; *Stelmaszczyk* (Fn. 13), S. 73.

¹⁸² *Bayer/Schmidt* (Fn. 100), S. 1926 sprechen sogar von einem „echten Meilenstein“ für das Unternehmensrecht, für den allen am Legislativverfahren Beteiligten „großen Applaus“ gebühre; in diesem Sinne auch *Kraft* (Fn. 181), S. 1868; *Luy* (Fn. 122), S. 1910; *Stelmaszczyk* (Fn. 13), S. 75.

sondern erfordert stets einen angemessenen Ausgleich mit der Niederlassungsfreiheit und den Mobilitätsinteressen der Unternehmen.

Überzeugen kann die Richtlinie mit den Vorschriften zum Schutz der Gesellschafter und Gläubiger, die – wenn auch im Detail verbesserungswürdig – einen solchen Interessenausgleich dem Grunde nach gewährleisten. Enttäuschend ist hingegen der Ausblick für die Arbeitnehmer und ihre Mitbestimmung. Es ist zwar begrüßenswert, dass sich die Europäische Union überhaupt diesem rechtspolitisch heiklen Thema gestellt hat.¹⁸³ Dennoch schaffen die Vorschriften gravierende Schutzlücken, die allesamt hausgemacht sind und offenbar aus politischem Widerstand nur teilweise in der endgültigen Fassung der Richtlinie behoben wurden.

Abzulehnen ist auch der Vorstoß einer allgemeinen Missbrauchsklausel, der sich in der endgültigen Fassung der Richtlinie wiederfindet. Anstelle einer „künstlichen Gestaltung“ ist nun von „missbräuchlichen oder betrügerischen Zwecken“ die Rede. Ein unbestimmter Begriff wird kurzerhand durch einen neuen ersetzt. Hierin steckt der leise Vorwurf des Rechtsmissbrauchs, was die angestrebte Rechtssicherheit konterkariert und nicht gerade vom Vertrauen in die Unternehmen zeugt.¹⁸⁴ Die Missbrauchsklausel sollte daher ersatzlos gestrichen und durch die vorgeschlagenen Verbesserungen bei den Schutzvorschriften der Stakeholder kompensiert werden.

Da die endgültige Fassung der Umwandlungsrichtlinie bereits in Kraft getreten ist, lassen sich diese Korrekturwünsche zwar nicht mehr im Text der Richtlinie vornehmen. Dennoch können die Mitgliedstaaten durch eine sachgerechte Ausübung der Mitgliedstaatenoptionen manche Mängel in der Umsetzung beheben.¹⁸⁵ Ferner ist zu hoffen, dass der *EuGH* in der gerichtlichen Kontrolle die in der *Polbud*-Entscheidung aufgestellten Grundsätze konsequent anwendet.¹⁸⁶ Schließlich wäre mittel- bis langfristig eine stärkere Harmonisierung der unterschiedlichen nationalen Schutzniveaus wünschenswert. Denn es gilt: Je

¹⁸³ So auch die bewusst überspitzte Aussage von *Selent* (Fn. 157), S. 1178: „Das Wesentliche vorweg: Die EU hat in ihrem RL-E an die Mitbestimmung gedacht!“.

¹⁸⁴ Zutreffend *Jung*, EU Company Law Package – Ein Upgrade?, GPR 2018, 157 (157) zu dem Vorschlag der Kommission.

¹⁸⁵ In diesem Sinne auch *Stelmaszczyk* (Fn. 13), S. 76 (der jedoch relativierend auf einige unbehebbar Mängel hinweist). Zu den zahlreichen Mitgliedstaatenoptionen näher *Heckschen* (Fn. 173), S. 245.

¹⁸⁶ Zu den Grundsätzen des *Polbud*-Urteils des *EuGH* siehe oben **C. III.**

einheitlicher die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten, desto geringer der Anreiz für Rechtsumgehung und Steuervermeidung.

Lennart Schiek*

Von der mittelbaren Drittwirkung zur unmittelbaren Grundrechtsbindung Privater? – Inhaltsentfernung und Sperren in sozialen Netzwerken

Abstract

Wie lässt sich die gesamtgesellschaftliche Verantwortung von *Facebook* und Co. juristisch mit deren Charakter als Privatunternehmen vereinen? Der folgende Beitrag stellt die Probleme dar, die sich im Zusammenhang mit Lösch- und Sperrentscheidungen sozialer Internetplattformen stellen.

Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG), durch welches der Gesetzgeber dem Problem der Hassrede im Internet begegnen will (**A.**), verstärkt die Gefahr, dass soziale Netzwerke auch zulässige Inhalte blockieren (**B.**). Nach einer Einführung in die Grundsätze der Lehre von der mittelbaren Drittwirkung (**C.**) behandelt der Hauptteil des Aufsatzes eine Reihe von Entscheidungen, die den Gestaltungsspielraum von Netzwerkbetreibern** hinsichtlich der Zugangsvoraussetzungen und des Inhalts ihrer Foren unter Rückgriff auf die mittelbare Drittwirkung der Meinungsfreiheit stark einschränken (**D.**). Es wird dargestellt, wie diese Rechtsprechungspraxis den dogmatischen Rahmen der mittelbaren Drittwirkung verlässt und einen faktischen Wechsel zu einer „unmittelbaren Drittwirkung“ vollzieht (**E.**). Im Anschluss wird deutlich, dass eine solche das Prinzip der Gewaltenteilung verletzt, indem sie den gesetzgeberischen Entscheidungsspielraum beschneidet. (**F.**). Schließlich erfolgt ein Ausblick auf Alternativen in Form aktueller Regulierungsansätze auf EU- und Bundesebene (**G.**). Am Ende steht eine Zusammenfassung der Ergebnisse (**H.**).

* Der Autor studiert im sechsten Semester Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg und verbringt momentan zwei Semester an der University of Leeds, Vereinigtes Königreich. Er ist Redakteur im WissOn-Ressort dieser Zeitschrift.

** Ausschließlich zum Zweck der besseren Lesbarkeit wird hier auf die geschlechtsspezifische Schreibweise verzichtet.

A. Hate Speech als grundrechtsrelevante Gefahr im „Twitter-Zeitalter“

Mit dem NetzDG will die Bundesregierung der von rechtswidrigen Inhalten durchzogenen Diskussionskultur im Netz entgegenreten.

I. Soziale Netzwerke als Gatekeeper von Informationen

Die öffentliche Reaktion auf die Sperrung des ehemaligen US-Präsidenten *Trump* durch den Kurznachrichtendienst *Twitter* im Januar 2021 war geteilt. Nach anfänglicher Zustimmung in Teilen des politischen Spektrums entzündete sich bald eine differenzierte Debatte darüber, wie viel gesellschaftliche Macht den *Big Data*-Giganten allgemein zukommen sollte.

Einerseits habe speziell *Trump* durch fortlaufende Desinformation (*fake news*), rassistische Äußerungen und indirekte Aufrufe zur Gewalt schon lange die Grenze des Sagbaren überschritten. Das Durchgreifen der *Twitter*-Verantwortlichen sei also in diesem Fall „richtig und lange überfällig“ gewesen, so der Grundtenor.¹ Kritische Stimmen zeigten sich jedoch gleichzeitig besorgt angesichts der „unregulierten Entscheidungshoheit privater Unternehmen über die Regeln und Voraussetzungen der Individual- und Massenkommunikation“ und sahen hierin ein „fundamentales Demokratieproblem“.² Die Kontrolle über den Informationszugang und die Ausformung der weltweiten Redefreiheit dürfe nicht wenigen privatwirtschaftlichen Konzernen überlassen werden.³ Einige Stimmen sprachen gar von einer privaten „Zensur“.⁴ Auch Bundeskanzlerin *Merkel* ließ verlautbaren, sie bewerte die dauerhafte Vorenthaltung einer Kommunikationsplattform als zumindest „problematisch“.⁵

¹ Für viele: *Pörksen*, „Wir brauchen eine Art Plattformrat“, Deutschlandfunk v. 12.1.2021, abrufbar unter: https://www.deutschlandfunk.de/regulation-von-sozialen-netzwerken-wir-brauchen-eine-art.694.de.html?dram%3Aarticle_id=490663&fbclid=IwAR1maUoaZWEot_WURWH SVRLIw43gFVn3XXMLA8dawMWvQkjCboqP3ckCgJ8 (zuletzt abgerufen am 11.7.2021).

² *Schwartmann*, Vor Trump schützen und die Meinungsfreiheit wahren: Regeln für soziale Netzwerke, web.de v. 8.1.2021, abrufbar unter: <https://web.de/magazine/politik/wahlen/us-wahl/social-media-dilemma-trump-schuetzen-meinungsfreiheit-wahren-35417460> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021).

³ Zuvor schon *Helberger/Pierson/Poell*, *The Information Society* 34 (2018), 1 (8).

⁴ *Navalny*, abrufbar unter: <https://twitter.com/navalny/status/1347969772177264644> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021).

⁵ *DW Nachrichten*, Seibert: Trumps Twitter-Sperrung „problematisch“, Deutsche Welle v. 11.1.2021, abrufbar unter: <https://www.dw.com/de/seibert-trumps-twitter-sperrung-problematisch/av-56197798> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021).

Die zitierten Stellungnahmen stehen exemplarisch für einen umfassenderen Vorgang: Mit steigenden Nutzerzahlen sozialer Netzwerke verschieben sich Teile der Meinungsbildungsmacht vom öffentlichen in den privaten Sektor.⁶ Online-Plattformen, die im Ausgangspunkt meinungsstärkende digital-öffentliche Kommunikationsräume schaffen,⁷ nehmen zunehmend die Rolle meinungskontrollierender Medienunternehmen ein.⁸ Mithilfe algorithmischer Filter individualisieren Netzwerke das Informationsangebot nach den Präferenzen der Nutzer und avancieren so zu Gatekeepern von Wissen.⁹ Sie übernehmen die Filterfunktion linearer Medien wie Fernsehen und Rundfunk, die ihrerseits zunehmend in den Hintergrund rücken.¹⁰ Verbunden ist hiermit ein Schwinden staatlicher Regulationsmacht. Denn soziale Plattformen wie *Facebook*, *Twitter* und *Instagram* stehen zu ihren Nutzern in einem privatrechtlichen Verhältnis, dessen Regeln sie durch eigene Kommunikationsstandards maßgeblich selbst festlegen. Lösch- und Filterentscheidungen der Datengiganten werden nicht am Maßstab der Meinungsfreiheit überprüft, sondern anhand vertraglicher Klauseln, welche die Netzwerke selbst aufstellen. Die sich fragmentierende gesellschaftliche Diskussionskultur entzieht sich so immer mehr dem staatlichen Ordnungsanspruch, da grundrechtsrelevante Prozesse im privatrechtlichen Rahmen stattfinden.¹¹

Hierdurch entsteht Handlungsbedarf für die staatlichen Institutionen.¹² Denn die Kommunikationsstruktur sozialer Medien begünstigt auf verschiedene Weise Grundrechtsverletzungen. Einerseits senken Ortsunabhängigkeit, Anonymität

⁶ *Di Fabio*, Grundrechtsgeltung in digitalen Systemen, 2016, S. 23.

⁷ *Mayer*, Soziale Netzwerke im Lichte des Vertragsrechts, 2018, S. 21; *Münker*, Emergenz digitaler Öffentlichkeiten. Die Sozialen Medien im Web 2.0, 2009, S. 15-29; *Ladewig*, Rechtsfragen des Ausschlusses von Teilnehmern an Diskussionsforen im Internet, MMR 2001, 787 (791).

⁸ *Lang*, Netzwerkdurchsetzungsgesetz und Meinungsfreiheit, AöR 143 (2018), 220 (222).

⁹ Zu dem verwandten, unter dem Begriff der „Filterblasen“ firmierenden Phänomen begriffsprägend *Pariser*, Filter Bubble. What the Internet Is Hiding from You, 2011. Aus der deutschen Literatur: *Magen*, Parteien – Medien – Sozialstrukturen, VVDStRL 76 (2018), 67 (74); *Drexel*, Bedrohung der Meinungsvielfalt durch Algorithmen, ZUM 2017, 529 (536); *Paal/Hennemann*, Meinungsvielfalt im Internet, ZRP 2017, 76 (76); *Schemmel*, Soziale Netzwerke in der Demokratie des Grundgesetzes, Der Staat 57 (2018), 501 (507); *Stark*, Meinungsbildung im Netz: Die Macht der Algorithmen, MMR 2017, 721 ff.

¹⁰ *Ingold*, Digitalisierung demokratischer Öffentlichkeiten, Der Staat 56 (2017), 491 (506 ff.); *Schemmel* (Fn. 9); *Martini*, Vom heimischen Sofa in die digitale Agora: E-Partizipation als Instrument einer lebendigen Demokratie, in: Hill/Schliesky, Die Neubestimmung der Privatheit, 2014, S. 193 (215 ff.).

¹¹ *Ladewig*, Netzwerkrecht als neues Ordnungsmodell des Rechts, in: Eifert/Gostomzyk, Netzwerkrecht, 2018, S. 170.

¹² Erwägungsgrund 59 der Urheberrechts-RL 2001/29/EG; BT-Drucks. 18/12356, S. 1.

und Asynchronität im Netz die psychologische Hemmschwelle für rechtswidrige verbale Ausfälle und Hassbotschaften, sog. *hate speech*.¹³ Die Eigenschaft des Internets als „kollektives Gedächtnis“, das Inhalte potentiell auf unbegrenzte Zeit speichert und wiedergibt, steigert ferner die Eingriffsintensität solcher Rechtsverletzungen.¹⁴ Insbesondere aber werden durch dieselben Faktoren auch die strafrechtliche Verfolgung des Aggressors und die gerichtliche Durchsetzung privatrechtlicher Löschanprüche zwischen Nutzern erschwert, da die Identität des Anspruchsgegners oft nicht bekannt ist.¹⁵ Zwar hat der BGH diese Problematik schon 2011 erkannt und entschieden, dass ein Beseitigungsanspruch analog § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB sich unter bestimmten Umständen auch gegen den Plattformbetreiber selbst richten kann, sofern dieser von dem Rechtsbruch Kenntnis erlangt hat (sog. Störerhaftung).¹⁶ Mit zunehmender Online-Vernetzung wird jedoch immer deutlicher, dass eine ausschließliche Zuständigkeit staatlicher Gerichte für Nutzerbeschwerden eine anachronistische Wunschvorstellung ist, welche in Anbetracht der Dimensionen der digitalen Massenkommunikation – allein bei *Facebook* gingen schon 2016 täglich rund eine Million Beschwerden ein¹⁷ – an der Realität vorbeigeht.¹⁸

II. Regulierung der Selbstregulierung: Der Ansatz des NetzDG

Angesichts der Schwierigkeit, Nutzerbeschwerden allein durch staatliche Gerichte Abhilfe zu verschaffen, ist es die Selbstregulierung der Plattformen, die zu einem unverzichtbaren verlängerten Arm des Rechtsstaats wird. Dieser Ansatz, der unter dem Stichwort der „Regulierten Selbstregulierung“ firmiert, basiert auf folgenden Überlegungen: Soziale Netzwerke, sog. Internetintermediäre, haben sowohl die personellen Kapazitäten als auch die technischen Zugriffsmöglichkeiten, um auf rechtswidrige Inhalte schneller und effektiver zu reagieren als der Staat. Damit *Big Data*-Unternehmen nicht in einem

¹³ *Suler*, The online disinhibition effect, *Cyberpsychology & behavior*, 7/3, 2004, S. 321 ff.

¹⁴ *Palzer*, Persönlichkeitsschutz im Internet, *AFB* 2017, 199 (200).

¹⁵ *Heckmann*, Persönlichkeitsschutz im Internet, *NJW* 2012, 2631 (2631); *Ladeur/Gostomzyk*, Der Schutz von Persönlichkeitsrechten gegen Meinungsäußerungen in Blogs, *NJW* 2012, 710 (714); *Drexl* (Fn. 9), S. 530.

¹⁶ *BGHZ* 158, 236 (251); 191, 19 (24); *BGH*, *GRUR* 2011, 152 (155 f.); Zusammenfassung bei *Pejfer*, Beseitigungsansprüche im digitalen Äußerungsrecht, Ausweitung der Pflichten des Erstverbreiters, *NJW* 2016, 23 ff.; krit. *Wollin*, Störerhaftung im Immaterialgüter- und Persönlichkeitsrecht, 2018, S. 145, 169 ff.

¹⁷ *Buni/Chemaly*, The Secret Rules of the Internet, *The Verge* v. 13.4.2016, abrufbar unter: <http://www.theverge.com/2016/4/13/11387934/internet-moderator-history-youtubefacebookreddit-censorship-free-speech> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021).

¹⁸ *Lang* (Fn. 8), S. 240.

Rechtswaakuum agieren, muss deren Löschraxis zwar letztverbindlich gerichtlich überprüfbar sein. Diese Rückbindung kann jedoch allenfalls im Wege einer stichprobenartigen Kontrolle erfolgen. Die erstinstanzliche Löschrentscheidung, die in den allermeisten Fällen vom betroffenen Nutzer nicht mehr gerichtlich angefochten wird, treffen die Intermediäre selbst.¹⁹ Netzwerke haben faktisch meist das letzte Wort. Unter solchen Gegebenheiten muss sich der staatliche Steuerungsansatz darauf fokussieren, auf die Selbstregulierung der Plattformen einzuwirken. Dem erwähnten Ordnungsanspruch kann dadurch zur Geltung verholfen werden, dass Netzwerkbetreiber unter Druck gesetzt werden, ihr Eigenregime in Konformität mit den staatlichen Gesetzen auszugestalten. Während die EU-Kommission sich zunächst auf nicht rechtsverbindliche Absprachen und Selbstverpflichtungen der Netzwerkbetreiber beschränkte,²⁰ preschte der deutsche Gesetzgeber 2018 mit dem Netzwerkdurchsetzungsgesetz²¹ (NetzDG) vor, welches die Vorhaltung eines Beschwerdeverfahrens über bestimmte nach deutschem Recht unzulässige Inhalte für soziale Netzwerkanbietern mit mehr als zwei Millionen in Deutschland registrierten Accounts zur Rechtspflicht erklärt (§ 3 NetzDG). Bei systemischem Versagen kann das Bundesamt für Justiz (BfJ) Bußgelder i. H. v. bis zu 5 Mio. € verhängen (§ 4 NetzDG). So hofft der Gesetzgeber, die Diskussionskultur im Netz in geordnete Bahnen zu lenken und Nutzerrechte zu stärken.²²

B. Das Problem: Vertraglich legitimiertes *overblocking*

Das NetzDG birgt das Risiko, dass Forenbetreiber auch legale Inhalte entfernen. Durch vertragliche Gemeinschaftsstandards verzichten Nutzer auf einen Teil ihrer Meinungsfreiheit.

Auch die Meinungsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG sieht sich im „Twitter-Zeitalter“ neuen Bedrohungen gegenüber. Die Gefährdung geht hier jedoch nicht etwa von der speziellen Kommunikationsstruktur des Internets, sondern

¹⁹ Hoffmann-Riehm, Verhaltenssteuerung durch Algorithmen – Eine Herausforderung für das Recht, AÖR 142 (2017), 1 (38); Lang (Fn. 8), S. 226; Eijfert, Rechenschaftspflichten für soziale Netzwerke und Suchmaschinen, NJW 2017, 1450 (1451).

²⁰ Europäische Kommission, Europäische Kommission und IT-Unternehmen geben Verhaltenskodex zur Bekämpfung illegaler Hassrede im Internet bekannt, Pressemitteilung v. 31.5.2016, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_16_1937 (zuletzt abgerufen am 11.7.2021); Mitteilung über den Umgang mit illegalen Inhalten im Internet v. 28.9.2017, COM 2017 (555) final; Empfehlung für wirksame Maßnahmen im Umgang mit illegalen Online-Inhalten v. 1.3.2018, COM 2018 (1177) final.

²¹ Gesetz v. 1.9.2017, BGBl. I S. 3352 (Nr. 61), Geltung ab 1.10.2017.

²² BT-Drucks. 18/12356, S. 1 f.

von der Selbstregulation der Plattformen aus, die unzulässige Beiträge möglichst aussortieren wollen. So kommen im Content-Management von Netzwerken wie *Facebook* zunehmend automatisierte Algorithmen zum Einsatz. Das Verfahren zur Feststellung der Rechtswidrigkeit eines Beitrags ist hier weitgehend intransparent.

Problematisch sind aber auch schon die Kriterien, nach denen entschieden wird, ob Inhalte gelöscht werden. Gemeldete Beiträge werden anhand vertraglicher Gemeinschaftsstandards kontrolliert und entfernt, bevor ein eventueller Verstoß gegen nationales Gesetzesrecht überhaupt geprüft wird.²³ Dies ist ökonomisch nachvollziehbar, da soziale Netzwerke als profitorientierte Unternehmen nicht vorrangig am Schutz der Meinungsfreiheit der Nutzer, sondern am wirtschaftlichen Gedeihen ihrer Plattformen interessiert sind. Das Vorgehen führt dazu, dass nur noch wenige gemeldete Beiträge durch den Grobfilter der Gemeinschaftsstandards fallen und minutiös anhand der in § 1 Abs. 3 NetzDG aufgelisteten Straftatbestände überprüft werden müssen. Die Gefahr, dass tatsächlich rechtswidrige Inhalte in Einzelfällen durch beide Raster fallen und sich in der Statistik des BfJ zum bußgeldbewehrten systemischen Versagen summieren, verringert sich so.²⁴ Problematisch ist ein solches Vorgehen aber deshalb, weil die von den Plattformen diktierten Gemeinschaftsstandards auch die Entfernung solcher Inhalte erlauben, die noch unterhalb der Schwelle der Formalbeleidigung, der Schmähkritik oder der erwiesenen Falschbehauptung liegen, damit also nicht rechtswidrig, sondern von Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG noch geschützt sind. Zu einer Prüfung anhand des NetzDG, bei welcher der Inhalt an den objektiven Grenzen der Meinungsfreiheit gemessen werden müsste, kommt es dann gar nicht mehr. Es ergibt sich so die Dissonanz, dass bestimmte Inhalte zwar vertrags-, aber nicht rechtswidrig sind.

Diese grundsätzliche Problematik, die auch als *overblocking* bezeichnet wird, erfährt durch das NetzDG eine deutliche Verstärkung. Zunächst liefert die Bußgeldandrohung des § 4 NetzDG neben der zivilrechtlichen Störerhaftung zwar nur einen weiteren Anreiz, nach Möglichkeit sämtliche *illegalen* Inhalte zu entfernen. Die Feststellung der objektiven Rechtswidrigkeit einer Meinungsäußerung setzt allerdings eine hochkomplexe, in einer langen

²³ *Eijfert u. a.*, Evaluation des NetzDG im Auftrag des BMJV, 2020, S. 27; hierauf verweisend *Lieber/Roßnagel*, Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz in der Umsetzung, MMR 2019, 71 ff.; *Friebe*, Löschen und Sperren in sozialen Netzwerken, NJW 2020, 1697 (1698 f.); bestätigend BT-Drucks. 19/18792, S. 27.

²⁴ *Liesching*, Verfassungsrecht vor fahrlässiger Rechtspolitik – Zur Novellierung und Evaluation des NetzDG, MMR 2020, 721 (722); auch *Eijfert u. a.* (Fn. 23), S. 53: „plausibel“.

Rechtsprechungshistorie des *BVerfGE*²⁵ ausdifferenzierte und selbst dort teils strittige Abwägung zwischen Meinungsfreiheit und Persönlichkeitsrecht voraus. Folglich besteht die Gefahr, dass Löschalgorithmen, welche zu dieser Abwägung technisch nicht in der Lage sind, versehentlich auch zulässige Inhalte löschen. Aber auch rechtlich ungeschulte Mitarbeiter treffen innerhalb der kurzen Löschfristen des § 3 NetzDG – 24 Stunden bei „offensichtlich rechtswidrigen Inhalten“, in der Regel sieben Tage bei sonstigen rechtswidrigen Inhalten – nicht immer die richtige Entscheidung.²⁶ In uneindeutigen Fällen, so die Kritik, verleiten gerade diese Fristen in Kombination mit den hohen Bußgeldandrohungen eher zur Entfernung als zur Beibehaltung. Es ergebe für Mitarbeiter ökonomisch Sinn, Beiträge an der Schwelle zur Rechtswidrigkeit eher „überobligatorisch“ zu löschen – und damit theoretisch eine Wiederherstellungsklage des betroffenen Nutzers zu riskieren –, als sich dem Risiko einer ungleich belastenderen Geldbuße nach dem NetzDG auszusetzen.²⁷ Das Haftungsrisiko zwischen der Löschung rechtmäßiger Inhalte und der Beibehaltung rechtswidriger Inhalte ist asymmetrisch verteilt: Ein Schutzmechanismus, der Nutzer in vergleichbarer Weise wie vor *hate speech* auch vor ungerechtfertigten Sperren durch die Plattformbetreiber schützt, ist im NetzDG in seiner Originalfassung nicht angelegt.

²⁵ *BVerfGE* 7, 198 ff.; 61, 1 ff.; 66, 116 ff.; 85, 1 ff.; 93, 266 ff.; 99, 185 ff.; 101, 361 ff.; 95, 28 ff.; 97, 391 ff.; 94, 1 ff.; 82, 272 ff.; *BVerfGK* 2, 325 ff.

²⁶ *Eijfert* (Fn. 19); *Guggenberger*, Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz – schön gedacht, schlecht gemacht, *ZRP* 2017, 98 (100).

²⁷ *Papier*, Rechtsstaatlichkeit und Grundrechtsschutz in der digitalen Gesellschaft, *NJW* 2017, 3025 (3030); *Eijfert* (Fn. 19), S. 1452; *Guggenberger* (Fn. 26); *ders.*, Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz in der Anwendung, *NJW* 2017, 2577 (2577); *Liesching*, Die Durchsetzung von Verfassungs- und Europarecht gegen das NetzDG, *MMR* 2018, 26 (27 f.); *Müller-Franken*, Netzwerkdurchsetzungsgesetz: Selbstbehauptung des Rechts oder erster Schritt in die selbstregulierte Vorzensur? – Verfassungsrechtliche Fragen, *AfP* 2018, 1 (7 ff.); *Feldmann*, Zum Referentenentwurf eines NetzDG: eine kritische Betrachtung, *K&R* 2017, 292 (294); *Ladeur/Gostomzyk*, Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz und die Logik der Meinungsfreiheit, *K&R* 2017, 390 (393); *Wimmers/Heymann*, Zum Referentenentwurf eines Netzwerkdurchsetzungsgesetzes (NetzDG) – eine kritische Stellungnahme, *AfP* 2017, 93 (98 ff.); *Nolte*, Hate-Speech, Fake-News, das „Netzwerkdurchsetzungsgesetz“ und Vielfaltssicherung durch Suchmaschinen, *ZUM* 2017, 552 (555 ff.); *Holznapel*, Das Compliance-System des Entwurfs des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes, *ZUM* 2017, 615 (623); *Heidrich/Scheuch*, in: Taeger, *Recht 4.0 – Innovationen aus den rechtswissenschaftlichen Laboren*, 2017, S. 305 (315 f.); *Hong*, Das NetzDG und die Vermutung für die Freiheit der Rede, *Verfassungsblog* v. 9.1.2018, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/das-netzdg-und-die-vermutung-fuer-die-freiheit-der-rede/> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021).

Grund hierfür ist, dass das NetzDG keinerlei *privatrechtsgestaltende* Wirkung beansprucht,²⁸ sondern seiner Stoßrichtung nach lediglich ohnehin bestehende Löschpflichten mit Sanktionsdruck *durchsetzen* will.²⁹ So formuliert die Bundesregierung in einer Antwort auf eine Kleine Anfrage, „die Ansprüche des Nutzers gegenüber dem sozialen Netzwerk (ergäben) sich vorrangig aus dem zwischen diesen Parteien bestehenden Vertragsverhältnis“, während das „Regelungsziel des NetzDG (...) sich problembezogen auf Verbesserungen bei Entfernungen von *strafbaren* Inhalten“ konzentrierte.³⁰ Das NetzDG stellt die Existenz eines internen, vertraglich implementierten Beschwerdemanagements, aufgrund dessen Plattformen Inhalte auch dann löschen können, wenn die Rechtsordnung diese billigt, nicht infrage.³¹ Wegen dieser Einseitigkeit, die einen Anreiz zur „Privatzensur“ schaffe, bewertet im Ergebnis nicht nur der überwiegende Teil der Literatur³², sondern auch der Wissenschaftliche Dienst des Bundestages³³ das NetzDG als unverhältnismäßigen mittelbaren Eingriff in Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG und damit als verfassungswidrig. Es schieße über sein Ziel hinaus, da die Struktur des NetzDG die Meinungsfreiheit in ihrem Gehalt teilweise entwerte.³⁴

Nicht zu übersehen ist jedoch, dass für die Netzwerkbetreiber ein haftungsrechtliches Dilemma bestehen bleibt. Der nach § 4 NetzDG und § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB bestehenden Verpflichtung zur Entfernung sämtlicher rechtswidrigen Inhalte steht nämlich – wenngleich diesen Weg schon aus finanziellen Gründen nur wenige Nutzer gehen³⁵ – ein Restrisiko gegenüber, im Fall der Löschung jedes äußerungsrechtlich zulässigen Beitrages vom Beitragsverfasser auf Wiederherstellung in Anspruch genommen zu werden. In diesem rechtlichen Minenfeld sind private Netzwerke – gleich einem „ungesetzlichen Richter“³⁶ – in der Pflicht, immer die richtige

²⁸ Friehe (Fn. 23), S. 1698; Müller-Franken (Fn. 27), S. 12; Lüdemann, Grundrechtliche Vorgaben für die Löschung von Beiträgen in sozialen Netzwerken, MMR 2019, 279 (280).

²⁹ Lang (Fn. 8), S. 242.

³⁰ BT-Drucks. 19/5389, S. 4, Hervorh. d. Verf.

³¹ BT-Drucks. 18/12356, S. 19 f.

³² Siehe Nachweise bei Fn. 27.

³³ WD 10 – 3000 – 037/17, S. 17.

³⁴ Lang (Fn. 8), S. 228; allgemein zur mittelbaren Entwertung durch Verfahren BVerfGE 63, 131 (142).

³⁵ Lang (Fn. 8), S. 247.

³⁶ Wimmers/Heymann (Fn. 27), S. 98; Specht, Ausgestaltung der Verantwortlichkeit von Plattformbetreibern zwischen Vollharmonisierung und nationalem Recht, ZUM 2017, 114 (121); Pille, Der Grundsatz der Eigenverantwortlichkeit im Internet, NJW 2018, 3545 (3547).

Abwägungsentscheidung zu treffen, um einer Haftung zu entgehen.³⁷ Um der skizzierten Spannungslage zu entfliehen, bedienen sich die Netzwerkbetreiber der Mittel des Vertragsrechts: In Gemeinschaftsstandards – etwa unter dem Stichwort der „Hassrede“ – untersagen die Plattformen auch die Veröffentlichung zweifelhafter, aber noch von der Meinungsfreiheit geschützter Inhalte.³⁸ Möglichen Wiederherstellungsklagen wird so ein vertragsrechtlicher Riegel vorgeschoben und Plattformbetreiber können sich vom Haftungsrisiko für irrtümlich zu weit gehende Löschungen entlasten. Kurz: Das *overblocking* wird auf eine vertragliche Grundlage gestellt und damit legitimiert. Ein Gesetz, das den Plattformen solche meinungsfreiheitsbeschränkenden Vertragsklauseln explizit untersagt, existiert *de lege lata* nicht.³⁹ Die Plattformbetreiber machen lediglich von ihrem privatautonomen Gestaltungsspielraum Gebrauch.

C. Die mittelbare Drittwirkung der Meinungsfreiheit

Obwohl soziale Netzwerke als private Unternehmen nicht selbst grundrechtsgebunden sind, besteht wegen ihrer strukturellen Überlegenheit eine Schutzpflicht des Staates, die Meinungsfreiheit der Nutzer zu schützen. Wo sich diese Pflicht an die Judikative richtet, wird sie als „mittelbare Drittwirkung“ der Grundrechte umschrieben.

I. Private Gestaltungsfreiheit und ihre Einschränkung

Hintergrund der gesetzgeberischen Zurückhaltung dürfte sein, dass *Big Tech*-Internetintermediäre wie *Facebook* keine Grundrechtsadressaten sind.⁴⁰ Denn Art. 1 Abs. 3 GG erwähnt nur staatliche Institutionen. Während hoheitliche

³⁷ *Eijfert* (Fn. 19), S. 1452; vgl. auch *Nolte/Wimmers*, Wer stört? Gedanken zur Haftung von Intermediären im Internet – von praktischer Konkordanz, richtigen Anreizen und offenen Fragen, GRUR 2014, 16 (24 f.); *Schulz*, in: Paschke/Berlit/Meyer, Hamburger Kommentar Gesamtes Medienrecht, 4. Aufl. 2020, Abschnitt 5 Rn. 61 f.

³⁸ *OLG Dresden*, NJW 2018, 3111 (3114). Daran, dass selbst „totalitäre Ideologien“ und Teile sonstiger – etwa von *Facebook* verbotener – *hate speech* dem Schutz des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG unterfallen, ändert auch die eventuell andere Beurteilung i. R. d. Art. 10 EMRK nichts. Denn auch eine Berücksichtigung der EMRK und der *EGMR*-Rechtsprechung darf den Schutzbereich der Grundrechte nicht verkürzen, BVerfGE 74, 358 (370).

³⁹ Vgl. aber Art. 17 Abs. 7 DSM-RL, der klarstellt, dass die Zusammenarbeit zwischen Diensteanbietern und Rechteinhabern im Bereich des *Urheberrechts* nicht dazu führen darf, dass urheberrechtlich zulässige Inhalte unverfügbar sind. Die Bundesregierung versucht dies im am 3.2.2021 beschlossenen Gesetzesentwurf durch verschiedene Maßnahmen, etwa ein Unterlassungsklagerecht für Verbände, § 19 Abs. 4 UrhDaG-E, umzusetzen.

⁴⁰ Sie sind vielmehr Grundrechtsträger: Art. 19 Abs. 3 GG gilt nach st. Rspr. des *BVerfG* auch für juristische Personen mit Sitz im EU-Ausland, vgl. BVerfGE 129, 78 (89). Vertragspartner deutscher Nutzer im Nutzungsvertrag mit Plattformen wie *Facebook* sind deren in der EU ansässige Tochterunternehmen.

Eingriffe in die Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 2 GG nur in Gesetzesform möglich sind sowie dem Vorbehalt eines objektivierbaren, legitimen Zwecks und der Verhältnismäßigkeit i. w. S. unterliegen, sind wirtschaftlich motivierte Private eine solche Rechtfertigung grundsätzlich nicht schuldig. Vielmehr kommt ihnen im Rahmen ihrer eigenen Privatautonomie – begrenzt nur etwa durch das AGG – eine „Freiheit zur Diskriminierung“⁴¹ und grundsätzlich sogar eine „Freiheit zur Willkür“⁴² bei Geschäftsabschluss und -gestaltung zu. *Facebook* und Co. sind eben nicht neutrale Moderatoren der Diskussion, sondern haben an der Plattform eigentümerähnliche Rechte. Wie es jedem Hauseigentümer freisteht, Mietern das Rauchen oder das Halten von Haustieren zu verbieten, haben im Ausgangspunkt auch Online-Plattformen ein „virtuelles Hausrecht“, kraft dessen sie die Spielregeln für den eigenen Herrschaftsbereich festlegen dürfen.⁴³ Dass die Kommunikationsstandards von Plattformen auch Löschbefugnisse enthalten, welche in Form eines staatlichen Eingriffes die Meinungsfreiheit der Nutzer verletzen würden, entspricht dabei ganz dem Wesen des Vertrages, in dem die Parteien typischerweise durch Selbstverpflichtungen ihre eigene Handlungsfreiheit begrenzen.⁴⁴ Gerade hiervon lebt das Privatrecht. Bestünde eine Schutzpflicht des Gesetzgebers, genau diese Selbstbeschränkung zum erhofften eigenen Vorteil zu verhindern, wäre jedem marktwirtschaftlichen Rechtsverkehr der Boden entzogen.

Wie gesehen, liegt der Differenzierung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht das Bild einer Dichotomie von rechtsgebundenem Staat und privatautonomem Bürger zugrunde. Es basiert auf der Annahme, dass nur der

⁴¹ *Isensee*, Vorwort des Herausgebers, in: ders., *Vertragsfreiheit und Diskriminierung*, 2007, S. 7.

⁴² *Wall/Wagner*, Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte, JZ 2011, 734 (736).

⁴³ Begriff nach *LG Bonn*, Urt. v. 16.11.1999 – 10 O 457/99, NJW 2000, 961 ff.; ferner *OLG Hamm*, Urt. v. 23.10.2007 – 4 U 99/07, MMR 2008, 175 f.; *OLG Hamburg*, Urt. v. 18.4.2007 – 5 U 190/06, NJW 2007, 3361 f.; *OLG Köln*, Urt. v. 25.8.2000 – 19 U 2/00, ZUM-RD 2000, 547 f.; aus der Literatur: *Conraths/Krüger*, Das virtuelle Hausrecht des Online-Spiel-Betreibers: wirksame Rechtsschutzmöglichkeit für Online-Spiel-Anbieter abseits des Vertragsrechts, MMR 2016, 310 (311 f.); *Klickermann*, Virtuelle Welten ohne Rechtsansprüche?, MMR 2007, 766 (767); *Kraft/Meister*, Rechtsprobleme virtueller Sittings, MMR 2003, 366 (373); *Kohl*, Die Haftung der Betreiber von Kommunikationsforen im Internet und virtuelles Hausrecht, 2007, S. 210 f.; *Kunz*, Rechtsfragen des Ausschlusses aus Internetforen, 2005, S. 129 ff.; *Maume*, Bestehen und Grenzen des virtuellen Hausrechts, MMR 2007, 620 ff.; *Schmidl*, Zum virtuellen Hausrecht als Abwehrrecht, K&R 2006, 563 ff.; *Schmidt*, Virtuelles Hausrecht und Webrobots, 2011, S. 200 ff.; *Schulze*, Das private Hausrecht, JZ 2015, 381 (390 f.).

⁴⁴ Vgl. *Stinner*, Staatliche Schutzpflichten im Rahmen informationstechnischer Systeme, 2018, S. 107; *Flume*, Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992, S. 7 f.: Der Vertrag enthält „keine materiale Richtigkeitsgewähr“.

Staat in einer solchen Machtposition ist, dass er sich für sein Handeln objektiv rechtfertigen muss. Privatautonomie kann sich demgegenüber dort entfalten, wo sich gleichgeordnete Individuen in einem Verhältnis der Machtparität gegenüberstehen. Hier gilt die Vermutung, dass bereits das relative Gleichgewicht von Angebot und Nachfrage solche Verträge, die für eine Seite allzu nachteilhaft sind, verhindert.⁴⁵ Jedoch kann die Realität gesetzliche Vermutungen widerlegen:⁴⁶ So kann es zu einer Machtverschiebung vom Staat hin zu mächtigen privaten Akteuren kommen, bei der „private Unternehmen die Bereitstellung schon der Rahmenbedingungen öffentlicher Kommunikation (...) übernehmen und damit in Funktionen eintreten, die früher dem Staat im Rahmen der Daseinsvorsorge zugewiesen waren“⁴⁷. Sind Bürger so essentiell auf eine vertraglich angebotene Leistung angewiesen, dass keine ernstzunehmende Alternative mehr besteht, als dem Vertrag zuzustimmen, versagt der skizzierte freiheitssichernde Effekt des Marktes. Stattdessen gilt das Recht des Stärkeren.⁴⁸ Der Grundrechtsverzicht des unterlegenen Vertragsteils erscheint unter solchen Bedingungen nicht mehr als privatautonom, sondern als fremdbestimmt⁴⁹, also eben doch als eine Art Grundrechtseingriff von privater Seite.⁵⁰

Dass Universalnetzwerke wie *Facebook* angesichts ihrer Gatekeeper-Funktion für den gesamtgesellschaftlichen Diskussionsprozess geradezu den Paradefall dieses vertraglichen „Goliaths“ bilden, bedarf keiner näheren Erläuterung. Dies macht es notwendig, die Legitimität von Inhaltsentfernungsklauseln wie der Gemeinschaftsstandards sozialer Netzwerke zu überdenken:⁵¹ Der Staat ist angesichts der Übermacht der Plattformbetreiber berufen, zum Schutze der Meinungsfreiheit zu intervenieren.

⁴⁵ Vgl. *Flume* (Fn. 44), S. 7: Das rationale Verhalten der Marktteilnehmer wird als Axiom vorausgesetzt.

⁴⁶ *Bückenförde*, in: Posser/Wassermann, Freiheit in der sozialen Demokratie, 1975, S. 69 ff.

⁴⁷ BVerfGE 128, 226 (249 f.) – Fraport.

⁴⁸ BVerfGE 89, 214 (232, 234) – Ehegattenbürgerschaft.

⁴⁹ *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, AcP 184 (1984), 201 (225); *Höjling*, Vertragsfreiheit, 1991, S. 57 f; *Hager*, Grundrechte im Privatrecht, JZ 1994, 373 (378 f.).

⁵⁰ Gegen die Betrachtung als Eingriff wird teils vorgebracht, dass selbst bei noch so großer Übermacht der zustimmende Vertragsteil immer nur vor sich selbst geschützt würde, vgl. *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts IX, 2. Aufl. 1997, § 111 Rn. 131; *Hillgruber*, Grundrechtsschutz im Vertragsrecht – zugleich: Anmerkung zu BVerfG, NJW 1990, 1469, AcP 191 (1991), 69 ff.; *ders.*, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992, S. 147 f.

⁵¹ *Wielsch*, Verantwortung von digitalen Intermediären für Rechtsverletzungen Dritter, ZGE 10 (2018), 1 (34).

II. Mittelbare Drittwirkung als Inhalt der richterlichen Schutzpflicht

Konzeptualisiert wird dieses Regulationserfordernis durch die vom *BVerfG* entwickelte⁵² und vom *EGMR* aufgegriffene⁵³ Schutzpflichtenlehre. Der Grundrechtskatalog enthält hiernach neben einer Abwehrdimension auch eine „objektiv-rechtliche Wertentscheidung“⁵⁴, die dem Staat aufgibt, zumindest die Substanz der Grundrechte durch die Schaffung eines rechtlichen Rahmens auch im Privatrechtsverkehr zu gewährleisten.⁵⁵ Legislative, Exekutive und Judikative⁵⁶ müssen schützend tätig werden, um die Bürger als Schutzbefohlene auch vor solchen Grundrechtsbeeinträchtigungen zu schützen, die nicht von staatlicher Seite ausgehen.⁵⁷ Korrespondierend dazu ergibt sich ein Schutzrecht des betroffenen Grundrechtsträgers.⁵⁸ Der Staat kann seiner Verpflichtung auf zwei Wegen nachkommen.

Primär richtet sich der verfassungsgemäße Schutzauftrag an den Gesetzgeber. Da eine staatliche Intervention wiederum notwendigerweise in Grundrechte des übermächtigen Vertragspartners eingreift, ergibt sich dies bereits aus der Wesentlichkeitstheorie des *BVerfG*^{59,60} Spezialgesetze, die den Gehalt der zu berücksichtigenden Grundrechte konkretisieren, finden sich für andere Bereiche

⁵² BVerfGE 39, 1 (41) – Schwangerschaftsabbruch I; 49, 89 (141 f.) – Kalkar I; 53, 30 (57) – Mühlheim-Kärlich; 56, 54 (73) – Fluglärm; 77, 170 (214) – C-Waffen; 88, 203 (251) – Schwangerschaftsabbruch II.

⁵³ „positive obligations“, exemplarisch: *EGMR, Identoba u. a. v. Georgia*, Urt. v. 12.5.2015, Rs. 73235/12, S. 17, 19, 21, 22, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-154400> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021).

⁵⁴ BVerfGE 53, 30 (57) – Mühlheim-Kärlich; 57, 295 (320) – Rundfunkentscheidung; 77, 170 (214) – Lagerung chemischer Waffen.

⁵⁵ Vgl. – hinsichtlich der Menschenwürde – Art. 1 Abs. 2 GG: „achten und schützen“; BVerfGE 39, 1 (41).

⁵⁶ Vgl. BVerfGE 46, 160 (164) – Schleyer; 77, 170 (215) – Lagerung chemischer Waffen.

⁵⁷ Herdegen, in: Maunz/Dürig, 87. EL 2019, Art. 1 Abs. 3 Rn. 20; Bumke/*Vofskuble*, Casebook Verfassungsrecht, 8. Aufl. 2020, Rn. 190; Manssen, StaatsR II, 18. Aufl. 2021, § 3 Rn. 50; Isensee, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts IX, 3. Aufl. 2011, § 191 Rn. 1; Sodan/*Ziekow*, Grundkurs ÖffR, 9. Aufl. 2020, § 22 Rn. 21.

⁵⁸ H. M.: BVerfGE 33, 303 (333); 36, 321, (330 f.); 77, 170 (214); 77, 381, (402 f.) 79, 174, (201 f.); Alexy, Theorie der Grundrechte, 1985, S. 414 f.; Klein, Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates, NJW 1989, 1633 (1637); Robbers, Sicherheit als Menschenrecht, 1987, S. 144 ff.; Ruffert, Vorrang der Verfassung, 2001, S. 237 ff.

⁵⁹ Vgl. etwa BVerfGE 33, 303 (346) – Numerus clausus I.

⁶⁰ Classen, Die Drittwirkung der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 122 (1997), 65 (82); Müstl, Probleme der verfassungsprozessualen Geltendmachung gesetzgeberischer Schutzpflichten, DÖV 1998, 1029 (1036); Smets, Die Stadionverbotsentscheidung des BVerfG und die Umwälzung der Grundrechtssicherung auf Private, NVwZ 2019, 34 (37).

etwa in § 19 GWB oder in § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG. Auch hinsichtlich der *overblocking*-Problematik wäre eine gesetzliche Regelung naheliegend.⁶¹

Sekundär verpflichtet Art. 5 Abs. 1 GG über Art. 1 Abs. 3 GG aber auch die Judikative.⁶² Fehlt es an einer gesetzgeberischen Konkretisierung, hat die Fachgerichtsbarkeit dem Gehalt der Meinungsfreiheit durch eine grundrechtskonforme Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe und Generalklauseln Rechnung zu tragen.⁶³ Das einfache Recht wird zum Medium, über welches die Grundrechte eine sog. *mittelbare Drittwirkung*⁶⁴ entfalten. Je nachdem, inwieweit der Markt im Einzelfall seine regulierende Wirkung verloren hat und der unterlegene Vertragspartner dadurch in eine grundrechtstypische Gefährdungslage gerät, ergibt sich ein höheres oder niedrigeres Schutzniveau.⁶⁵ Die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte kann daher in manchen Fällen nur marginal sein, sich im Extremfall aber auch effektiv der – nach Art. 1 Abs. 3 GG unmittelbaren – Grundrechtsbindung des Staates annähern.⁶⁶ Eine der gravierendsten Folgen, die sich aus der Grundrechtsdrittwirkung ergeben kann, ist die Nichtigkeit des Vertrags nach § 138 Abs. 1 BGB, welche das *BVerfG* etwa für Ehegattenbürgschaften unter Missbrauch einer emotionalen Verbundenheit⁶⁷ annimmt. Von der gleichen Nichtigkeitsfolge geht eine Minderheit in der Literatur auch hinsichtlich meinungsfreiheitsbeschränkender Löschklauseln aus.⁶⁸

Eine solche richterliche Interpretation in hohem Maße auslegungsoffener Normen kann im Einzelfall den gleichen Einschränkungseffekt wie ein

⁶¹ Zur Diskussion verschiedener Ansätze unten **G**.

⁶² BVerfGE 81, 242 (253); BVerfGE 84, 192 (195).

⁶³ St. Rspr. des *BVerfG* seit BVerfGE 7, 198 ff. – Lüth; Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 18. Aufl. 1992, S. 159.

⁶⁴ Die Lehre wurde von *Dürig* entwickelt, s. etwa *ders.*, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: FS Nawiasky, 1956, S. 157 ff., und dann vom *BVerfG* übernommen.

⁶⁵ BVerfGE 81, 242 (253 f.); *Limbach*, Das Rechtsverständnis in der Vertragslehre, JuS 1985, 10 (13 ff.); *Preis*, Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, 1993, S. 216 ff., 249 ff.; *Hönn*, Kompensation gestörter Vertragsparität, 1982; *Fastrich*, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, 1992, S. 70 ff.

⁶⁶ BVerfGE 128, 226 (249 f.) – Fraport.

⁶⁷ BVerfGE 89, 214 ff. – Ehegattenbürgschaft.

⁶⁸ *Müller-Riemenschneider/Specht*, Anmerkung zu einer Entscheidung des LG Frankfurt, Beschluss vom 14.5.2018 (2-03 O 182/18), MMR 2018, 547 ff.; *Armbrüster*, in: MüKo-BGB I, 8. Aufl. 2018, § 138 Rn. 16; *Wendiland*, in: BeckOK-BGB, Ed. 58, Stand: 1.5.2021, § 138 Rn. 17; *Herbrich*, jurisPR-ITR 20/2018, Anm. 5; *Wolf/Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 11. Aufl. 2016, § 46 Rn. 13.

Spezialgesetz entfalten. Wie das BVerfG in seiner *Handelsvertreter*-Entscheidung⁶⁹ klargestellt hat, sind beide Regelungsoptionen Anwendungsfälle der grundrechtlichen Schutzfunktion.⁷⁰

Bezüglich der *overblocking*-Problematik ist nach dem vorstehend Gesagten festzuhalten, dass der deutsche Staat sich – als Gesamtheit betrachtet – bislang für die zweite Option entschieden hat. Zwar geht noch kein Gericht soweit, Gemeinschaftsstandards als sittenwidrig zu brandmarken. Dem Schweigen des Gesetzgebers versuchen die Fachgerichte aber stellvertretend mit den Mitteln der AGB-Kontrolle abzuwehren. Deutsche Gerichte sehen sich im Ringen um die Diskussionskultur im Netz nicht als bloße „Beckenrandschwimmer“,⁷¹ die lediglich prüfen, ob das Content-Management der Netzwerke den Anforderungen entspricht, die jene sich selbst gegeben haben. Auch die Gemeinschaftsstandards an sich unterliegen einer Inhaltskontrolle und können nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB eine „unangemessene Benachteiligung“ der Nutzer darstellen.⁷² Diese Norm ist die benötigte „Einbruchstelle“⁷³, bei deren Auslegung der Fachrichter die Meinungsfreiheit und die vertragliche Gestaltungsfreiheit des Plattformbetreibers gegeneinander abwägt.⁷⁴ Stellt sich danach etwa eine allgemeine Hassredeklausel, die den Bereich erlaubter Meinungsäußerungen verkürzt, wegen § 307 Abs. 1 S. 1 BGB i. V. m. Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG als unwirksam heraus, liegt in einer Missachtung dieser Klausel

⁶⁹ BVerfGE 81, 242 (253) – Handelsvertreter; vgl. auch BVerfGE 84, 192 (195).

⁷⁰ H. M., BVerfGE 103, 89 (100); O. Klein, *Fremdnützige Freiheitsgrundrechte*, 2003, S. 44 f.; Ruffert (Fn. 58), S. 252 f.; Schuppert/Bumke, *Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung*, 2000, S. 20; Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland* III/1, 1988, S. 1560; Unruh, *Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten*, 1996, S. 72; Klein, *Das Untermaßverbot - Über die Justiziabilität grundrechtlicher Schutzpflichtenerfüllung*, JuS 2006, 960 (960); Hermes, *Grundrechtsschutz durch Privatrecht auf neuer Grundlage? - Das BVerfG zu Schutzpflicht und mittelbarer Drittwirkung der Berufsfreiheit*, NJW 1990, 1764 (1765 f.).

⁷¹ Biesenbach/Schwartmann, *Regulierung sozialer Netzwerke: An der langen Leine*, FAZ Einspruch v. 15.3.2021, abrufbar unter: <https://www.faz.net/einspruch/regulierung-sozialer-netzwerke-an-der-langen-leine-17245981.html> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021).

⁷² H. M., vgl. OLG München, NJW 2018, 3115 (3116). Aus der Literatur für viele: Ernst, *Social Plugins: Der „Like-Button“ als datenschutzrechtliches Problem*, NJOZ 2010, 1917 (1919). Zwar konkretisieren die Gemeinschaftsstandards die Hauptleistungspflicht der Netzbetreiber. Sie sind dennoch nicht lediglich kontrollfreie Leistungsbeschreibungen nach § 307 Abs. 3 BGB, da der Vertragsinhalt auch ohne sie klar bestimmbar wäre, vgl. BGHZ 185, 359 ff.; 200, 362 Rn. 44; Holzner, *Overblocking durch User Generated Content (UGC)-Plattformen: Ansprüche der Nutzer auf Wiederherstellung oder Schadensersatz?*, CR 2018, 369 (372).

⁷³ Dürig, in: Neumann/Nipperdey/Scheuner, *Die Grundrechte II*, 1954, S. 525; BVerfGE 7, 198 ff. – Lüth.

⁷⁴ Fuchs, in: Ulmer/Brandner/Hensen, *AGB-Recht*, 12. Aufl. 2016, § 307 BGB Rn. 161.

auch keine Vertragspflichtverletzung. Das Netzwerk muss seiner Leistungspflicht aus dem Plattformnutzungsvertrag weiter nachkommen und ist zur Wiederherstellung und Beibehaltung des Inhalts verpflichtet.⁷⁵ Eine Entfernung des Beitrags oder gar eine Sperrung des Nutzerkontos ist unter diesen Umständen nur gerechtfertigt, wenn ein Gesetzesverstoß, etwa eine Volksverhetzung nach § 130 StGB, vorliegt. Inwieweit Äußerungen zulässigerweise entfernt werden dürfen, ist also durch die Reichweite der mittelbaren Drittwirkung des Art. 5 Abs. 1 GG determiniert.⁷⁶ Gerade in dieser Reichweite besteht – auch zwischen den Gerichten – der große Streitpunkt.

Die regulatorische Ambition der Judikative geht indessen noch weiter: Im *Stadionverbot*-Beschluss,⁷⁷ der vom Großteil der Literatur als Wink mit dem Zaunpfahl in Richtung sozialer Netzwerkbetreiber aufgefasst wird,⁷⁸ nimmt das BVerfG unter gewissen Voraussetzungen sogar an, dass mächtige Private verpflichtet sind, anderen bereits den *Zugang* zu öffentlichen Veranstaltungen zu verschaffen. Dies ist deshalb bemerkenswert, weil die „Willkürfreiheit“ im Privatrecht grundsätzlich auch und gerade die Wahl des Vertragspartners umfasst; Grenzen setzt zunächst allein das AGG.⁷⁹ Indes sind weitergehende Unterscheidungsverbote auch dem Zivilrecht nicht unbekannt: Sie gelten insbesondere für Unternehmen im Bereich der Daseinsvorsorge wie etwa Verkehrsbetriebe,⁸⁰ die *Deutsche Post AG*⁸¹ oder gesetzliche Krankenkassen⁸².

Wie sich zeigen wird, spannen die Gerichte in der sich abzeichnenden Entscheidungspraxis Online-Plattformbetreiber in Verpflichtungen ein, die den methodischen Rahmen der mittelbaren Drittwirkung längst überschritten haben.

⁷⁵ Die Rechtsgrundlage für den Wiederherstellungsanspruch ist str. und hängt davon ab, ob man ihn als vertraglichen Erfüllungs-, als Schadensersatzanspruch oder als quasi-negatorischen Beseitigungsanspruch interpretiert. Für § 241 Abs. 2 i. V. m. § 1004 BGB *LG Frankfurt a. M.*, Beschl. v. 14.5.2018 – 2-03 O 182/18, Rn. 10 (juris); für den Nutzungsvertrag i. V. m. § 241 Abs. 2 BGB *OLG München*, MMR 2018, 760 ff.; für §§ 241 Abs. 2, 1004 BGB i. V. m. dem Nutzungsvertrag *LG Offenburg*, Urt. v. 26.9.2018 – 2 O 310/18, BeckRS 2018, 23801 Rn. 31; für den Nutzungsvertrag i. V. m. § 241 Abs. 1 BGB *LG Köln*, Urt. v. 27.7.2018 – 24 O 187/18, BeckRS 2018, 21132 Rn. 36.

⁷⁶ Daher sieht *Spindler*, Löschung und Sperrung von Inhalten aufgrund von Teilnahmebedingungen sozialer Netzwerke, CR 2019, 238 (240) die AGB als Leistungsbestimmungen i. S. d. § 307 Abs. 3 BGB an.

⁷⁷ BVerfGE 148, 267 ff.

⁷⁸ Für viele *Smets* (Fn. 60).

⁷⁹ *Friebe* (Fn. 23), S. 1700.

⁸⁰ § 10 AEG für Eisenbahnen; § 22 PBefG für Busse, Straßenbahnen und Taxen im öffentlichen Linienverkehr.

⁸¹ § 3 Postdienstleistungsverordnung.

⁸² § 5 SGB V.

Angesichts der ergebnisoffenen Entwicklung der Netzwerkregulierung bedarf diese Entscheidungspraxis einer gründlichen Untersuchung.

D. Grundrechtswirkung auf soziale Plattformen in der deutschen Rechtsprechung

Aus der Marktmacht sozialer Netzwerke folgern Gerichte weitgehende Einschränkungen sowohl der Abschlussfreiheit als auch der inhaltlichen Gestaltungsfreiheit hinsichtlich des Nutzungsverhältnisses. Grund sei eine intensive mittelbare Drittwirkung der Artt. 3 Abs. 1 und 5 Abs. 1 GG auf die Plattformbetreiber.

I. Stadionverbot-Urteil: Kontrahierungszwang aus Art. 3 Abs. 1 GG

Mit der Frage des Diskriminierungsverbotes in Fällen gestörter Vertragsparität setzte sich das BVerfG 2017 in der *Stadionverbot*-Entscheidung auseinander. In der Sache ging es darum, unter welchen Voraussetzungen es dem *Deutschen Fußball-Bund (DFB)* verwehrt ist, im Rahmen seines Hausrechts (§§ 862, 1004 BGB) für einzelne Störer ein bundesweites Stadionverbot auszusprechen, das in seiner Wirkung einer antizipierten Ablehnung eines Vertragsschlusses für die Zukunft gleichkommt.⁸³ Die Entscheidung wurde in der Fachliteratur aber als weit über den Zusammenhang des Profifußballs hinausweisendes Grundsatzurteil mit Implikationen insbesondere für soziale Netzwerkbetreiber aufgenommen, welche sich in einer ähnlichen gesellschaftlichen Machtposition befänden.⁸⁴ Das BVerfG entschied, dass der Sinn der Privatautonomie zwar einem generellen verfassungsrechtlichen Gebot entgegenstehe, sein Eigentum im Rahmen von Vertragsbeziehungen anderen gleichheitskonform zugänglich zu machen oder für eine Ablehnung Gründe anzugeben. Eine grundlose Zugangsbeschränkung sei aber dann verfassungswidrig, wenn „Veranstaltungen (...) aufgrund eigener Entscheidung der Veranstalter einem großen Publikum ohne Ansehen der Person geöffnet werden“ und ein Ausschluss von diesen Veranstaltungen „für die Betroffenen in erheblichem Umfang über die Teilnahme am gesellschaftlichen Leben entscheide (...)“.⁸⁵ Diesen Kontrahierungszwang leitet das Gericht aus Art. 3 Abs. 1 GG ab, dessen mittelbare Drittwirkung die Fachgerichte – anknüpfend an die Sozialbindung des Eigentums (Art. 14 Abs. 2 GG) – bei der Bestimmung der Reichweite des Hausrechts (§§ 862, 1004 BGB) zu beachten hätten.⁸⁶ Weiter ergebe sich aus Art. 3 Abs. 1 GG ein Begründungs- und Anhörungserfordernis – in der Regel zeitlich vor Ausspruch der

⁸³ *Michl*, *Situativ staatsgleiche Grundrechtsbindung privater Akteure*, JZ 2018, 910 (915).

⁸⁴ *Smets* (Fn. 60).

⁸⁵ BVerfGE 148, 267 ff. = NJW 2018, 1667 (1669) – Stadionverbot.

⁸⁶ Zur verfassungsdogmatischen Fragwürdigkeit dieses Ansatzes siehe unten **E. I. 4.**

Vertragsablehnung. Solche Tätigkeitsgebote zur Vermeidung eines Vertragsverhältnisses seien dem Zivilrecht auch sonst nicht fremd; das *BVerfG* verweist hierzu auf die Rechtsprechung des *BGH* zu Vereinsausschlüssen⁸⁷ und des *BAG* zu Verdachtskündigungen^{88,89}

II. Facebook-Beschluss: Account-Sperren

In der Entscheidung „Der III. Weg“ (auch: *Facebook-Beschluss*)⁹⁰ setzte sich das *BVerfG* zwei Jahre später im Rahmen eines Eilantrages mit dem Begehren der gleichnamigen rechtsradikalen Partei auseinander, die Sperrung ihres User-Accounts durch *Facebook* rückgängig zu machen. Das Netzwerk hatte die Präsenz der Partei nach einem rassistischen Beitrag vorübergehend von der Plattform gelöscht. Dem Antrag auf Entsperrung des Profils gaben das *LG Frankenthal*⁹¹ und das *OLG Zweibrücken*⁹² nicht statt. Da der Plattformnutzungsvertrag durch die Sperre erloschen sei, müsste man einen Anspruch auf erneuten Vertragsschluss für den „III. Weg“, also einen Kontrahierungszwang für *Facebook* begründen. Ein solcher scheidet jedoch schon deshalb aus, weil der Partei nach dem Ausschluss von der Plattform *Facebook* vielfältige andere Verbreitungswege offen stünden.⁹³ Das *BVerfG* verwarf die Entscheidung des *OLG*. Im Rahmen einer Folgenabwägung verpflichtete es *Facebook* zur Wiederherstellung des Nutzerkontos. Die Privatautonomie *Facebooks* sei durch den Erlass der einstweiligen Verfügung (nur) insoweit berührt, wie dem Netzwerk die Loslösung vom Plattformnutzungsvertrag vorübergehend untersagt werde. In diesem Ausmaß sei eine Einschränkung der Privatautonomie allerdings berechtigt.⁹⁴ Zur Begründung verweist das *BVerfG* auf die Lehre von der *mittelbaren Drittwirkung* und die im *Stadionverbot*-Beschluss getroffene Entscheidung, dass sich hieraus in „spezifischen Konstellationen“ auch gleichheitsrechtliche Anforderungen ergeben können.⁹⁵ Dabei fällt das *BVerfG* zwar keine abschließende Entscheidung hinsichtlich der Grundrechtsbindung *Facebooks*, attestiert dem Netzwerk im gleichen Zug aber eine „erhebliche Marktmacht“. Weiterhin gibt es Kriterien vor, an denen sich eine Erstreckung der *Stadionverbot*-Entscheidung auf soziale Netzwerke und das Maß deren

⁸⁷ *BGH*, NJW 1990, 40 (41).

⁸⁸ *BAG*, NZA 2013, 137 (138 f.).

⁸⁹ *BVerfGE* 148, 267 ff. = NJW 2018, 1667 (1669) – Stadionverbot.

⁹⁰ *BVerfG*, Beschl. v. 22.5.2019 – 1 BvQ 42/19 = NJW 2019, 1935 ff.

⁹¹ *LG Frankenthal*, Beschl. v. 8.3.2019 – 6 O 56/19 (juris).

⁹² *OLG Zweibrücken*, Beschl. v. 17.4.2019 – 4 W 20/19, BeckRS 2019, 9559.

⁹³ *OLG Zweibrücken*, Beschl. v. 17.4.2019 – 4 W 20/19, BeckRS 2019, 9559.

⁹⁴ *BVerfG*, Beschl. v. 22.5.2019 – 1 BvQ 42/19 = NJW 2019, 1935 (1936).

⁹⁵ *BVerfGE* 148, 267 ff. = NJW 2018, 1667 (1669) – Stadionverbot.

sonstiger Grundrechtsverpflichtung orientieren können: (i) der Grad der marktbeherrschenden Stellung des Netzwerks, (ii) die Ausrichtung der Plattform, (iii) der Grad der Angewiesenheit auf die Plattform und (iv) die betroffenen Interessen der Plattformanbieter und sonstiger Dritter.⁹⁶

III. *OLG München*: Staatsgleiche Bindung an die Meinungsfreiheit

Der Beschluss des *OLG München* vom 7.1.2020⁹⁷ befasst sich abermals mit der Wirkung der Grundrechte auf *Facebook*. Jedoch beschäftigt sich das *OLG* inhaltlich nicht mit dem Zugang zur Diskussionsplattform, sondern mit der Entfernung einzelner Nutzerinhalte. *Facebook* hatte zwei politische Posts des Klägers gelöscht und dies auf folgende Hassredeklausel in Ziffer 5.2 der damalig geltenden Fassung der „Erklärung der Rechte und Pflichten“ von *Facebook* gestützt:

„Wir können sämtliche Inhalte und Informationen, die du auf Facebook postest, entfernen, wenn *wir der Ansicht sind*, dass diese gegen die Erklärung oder unsere Richtlinien verstoßen (...)“.⁹⁸

Diese Klausel ordnete das *OLG München* als AGB i. S. v. § 305 Abs. 1 BGB ein. Als solche dürfe sie den Nutzer nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB nicht „unangemessen benachteiligen“. Bei der Konkretisierung der Schutzpflichten nach § 241 Abs. 2 BGB, die die Vertragsparteien auch beim Stellen von AGB zu beachten haben, bringt das *OLG* sodann die mittelbare Drittwirkung der Meinungsfreiheit ins Spiel. Sie wirke als verfassungsimmanente Schranke der auf einem unternehmerischen „virtuellen Hausrecht“ basierenden Vertragsgestaltung. Folglich dürften innerhalb des Vertragsverhältnisses keine Beiträge entfernt werden, die objektiv die Grenzen der Meinungsfreiheit nicht überschritten. Dies fordere das Gebot praktischer Konkordanz, nach dem die mittelbar wirkende Meinungsfreiheit mit etwaigen ebenfalls mittelbar wirkenden kollidierenden Grundrechten der Netzwerkbetreiber so auszugleichen sei, dass die betroffenen Grundrechte jeweils größtmögliche Wirksamkeit erlangten.⁹⁹ Vereinfacht ausgedrückt wird Universalnetzwerken, die einen digitalen „Marktplatz“¹⁰⁰ ohne thematische Beschränkung kreieren, eine Pflicht auferlegt,

⁹⁶ *BVerfG*, Beschl. v. 22.5.2019 – 1 BvQ 42/19 = NJW 2019, 1935 (1936).

⁹⁷ *OLG München*, Urt. v. 7.1.2020 – 18 U 1491/19 Pre = GRUR-RR 2020, 174 ff.

⁹⁸ Hervorh. d. Verf.

⁹⁹ *OLG München*, Urt. v. 7.1.2020 – 18 U 1491/19 Pre = GRUR-RR 2020, 174 (176 f.).

¹⁰⁰ *Tuchfeld*, Marktplätze, soziale Netzwerke und die BVerfG-Entscheidung zum „III. Weg“, Verfassungsblog v. 26.5.2019, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/marktplaetze-soziale-netzwerke-und-die-bverfg-entscheidung-zum-iii-weg/> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021).

in diesem Forum sämtliche verfassungsrechtlich geschützten Meinungsäußerungen zu tolerieren.¹⁰¹ Eine Klausel, welche die Entfernung von Meinungsäußerungen ins subjektive Ermessen von *Facebook* stelle mit der Folge, dass auch nur die Einhaltung dieses selbst eingeräumten Beurteilungsspielraums gerichtlich überprüfbar wäre, sei hiermit nicht vereinbar. Da die Löschklausel 5.2 insoweit nichtig sei, überprüft das *OLG* die Meinungsäußerungen auf ihre objektive Rechtswidrigkeit und bewertet dabei einen der Beiträge¹⁰² als äußerungsrechtlich zulässig. *Facebook* sei zum Re-Upload verpflichtet.¹⁰³

Zusammengefasst lässt sich in der ober- und bundesverfassungsgerichtlichen Judikatur eine Tendenz dahin erkennen, die vertragliche Handlungssphäre der größten Netzwerkbetreiber unter dem Einfluss von Art. 3 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 GG weitgehend zu beschneiden. Hinsichtlich der Meinungsfreiheit ist – wohl auch mangels einer Befassung des *BGH* oder des *BVerfG* – allerdings noch kein roter Faden in der Instanzrechtsprechung erkennbar und es ergehen immer wieder auch Urteile, die dem *OLG München* klar widersprechen. So gestehen Gerichte wie das *OLG Dresden* und das *OLG Karlsruhe* den Netzwerkbetreibern einen größeren vertraglichen Gestaltungsspielraum zu. Deren wirtschaftliche Interessen rechtfertigen danach, dass in engen Grenzen auch solche Inhalte blockiert werden können, welche die Meinungsfreiheit noch schütze.¹⁰⁴ Aufgrund dieser unklaren Rechtslage ist sowohl die Frage nach dem Kontrahierungszwang als auch die Diskussion, inwieweit *Big-Tech*-Konzerne in staatsgleicher Weise Kommunikationsgrundrechte zu beachten haben, klärungsbedürftig. Beides hängt eng zusammen. Denn so intuitiv „(sach)gerecht“ die Urteile auch auf den ersten Blick erscheinen mögen, so sehr indizieren sie einen verfassungsrechtlichen Paradigmenwechsel.

¹⁰¹ Damit setzt das *OLG München* die früheren Entscheidungen *OLG München*, Beschl. v. 17.7.2018 – 18 W 858/18 (juris) und *OLG München*, Beschl. v. 24.8.2018 – 18 W 1294/18 (juris) fort.

¹⁰² Bezüglich des anderen Beitrags gelangt das Gericht zu der Auffassung, dass dieser nicht von Art. 5 GG gedeckt sei, sondern vielmehr den objektiven Tatbestand der Volksverhetzung, § 130 StGB, erfülle. Er sei deshalb unabhängig von den *Facebook*-Kommunikationsstandards nach dem NetzDG zu löschen gewesen.

¹⁰³ Den Wiederherstellungsanspruch interpretiert das *OLG* als Schadensersatzanspruch aus §§ 280 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB.

¹⁰⁴ *OLG Dresden*, NJW 2018, 3111 (3114); *OLG Karlsruhe*, MMR 2018, 678 ff.; siehe auch *LG Heidelberg*, ZUM-RD 2019, 72.

E. Die Umwälzung der Grundrechtssicherung auf Private¹⁰⁵

Verschiedene Urteile der letzten Jahre konstituieren eine Entscheidungspraxis, in der sich ein dogmatischer Wandel vollzieht: Die Beachtung der Grundrechtswertungen durch die Fachgerichtsbarkeit (mittelbare Drittwirkung) wird zu einer unmittelbaren Verpflichtung der Netzwerkbetreiber. Dieser Wandel wird von den Gerichten nicht als solcher benannt oder gerechtfertigt.

I. Grenzen der mittelbaren Drittwirkung: Der Fachrichter als Adressat

Eine horizontale Bindungswirkung der Grundrechte zwischen Privaten existiert neben Abwehr- und Schutzfunktion als eigenständige dritte Grundrechtsfunktion nicht. Heute ist – abgesehen von wenigen Ausnahmen¹⁰⁶ – in der Rechtswissenschaft konsentiert, dass auch die Lehre von der mittelbaren Drittwirkung diesen Umstand unberührt lässt.¹⁰⁷ Denn jene ist eine Spielart der Schutzpflicht des Fachrichters, die auf Private lediglich eine *Wirkung* entfaltet.

1. Begrenzung auf die fachrichterliche Kompetenz

Das Fachgericht kann allerdings bei der Erfüllung dieses verfassungsrechtlichen Schutzauftrages nur innerhalb seiner Kompetenz nach Art. 20 Abs. 3 GG tätig werden, ist also „an Recht und Gesetz gebunden“. Bei der grundrechtsorientierten Urteilsfindung ist es auf grundrechtskonkretisierende Vorschriften als Einbruchstellen angewiesen.¹⁰⁸ Der Kreativität der Auslegung sind dabei durch den Wortlaut Grenzen gesetzt. Es ist also möglich, dass ein bestimmtes Pflichtenprogramm für Private zwar grundrechtlich gefordert, aber für das Fachgericht aus dem einfachen Recht nicht abzuleiten ist. Entnimmt es dieselbe Rechtsfolge stellvertretend direkt dem Grundgesetz, sprengt es die Normenhierarchie und handelt dadurch *ultra vires*: Seine Kompetenz beschränkt sich auf die Interpretation einfachen Rechts.¹⁰⁹

¹⁰⁵ Smets (Fn. 60), S. 34.

¹⁰⁶ Nipperdey, Grundrechte und Privatrecht, 1961, S. 13 ff.; Laufke, Vertragsfreiheit und Grundgesetz, in: FS Lehmann I, 1956, S. 145 (167 ff.); Leisner, Grundrechte und Privatrecht, 1960, S. 378 ff.; Böckenförde, Grundrechte als Grundsatznormen, Der Staat 29 (1990), 1 (10 f.); Gamillscheg, Die Grundrechte im Arbeitsrecht, AcP 164 (1964), 385 ff.; Lücke, Die Drittwirkung der Grundrechte an der Hand des Art. 19 III GG, JZ 1999, 377 ff.; Christensen/Fischer-Lescano, Das Ganze des Rechts, 2007, S. 265 ff., 365 ff.; BAGE 1, 185 ff.; 1, 258 ff.; 4, 240 (243); 13, 168 (174 ff.); 24, 438 (441).

¹⁰⁷ Alexy (Fn. 58), S. 480; Richardi, in: Richardi/Wlotzke/Wißmann/Oetker, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2009, § 12 Rn. 9.

¹⁰⁸ BVerfGE 7, 198 (205); 89, 214 (361); Classen (Fn. 60), S. 70.

¹⁰⁹ Vgl. weitergehend BVerfGE 138, 377 (395) zur Ableitung eines Auskunftsanspruches allein aus § 242 BGB.

Nur ausnahmsweise ist eine judikative Lückenfüllung durch Rechtsfortbildung *praeter legem* – etwa in Gestalt einer Analogie – möglich.¹¹⁰ Richtigerweise gelten hier enge Grenzen: Möchte ein Gericht Rechtsfolgen herbeiführen, die vom Wortlaut des einfachen Gesetzesrechts nicht mehr umfasst sind, muss es dafür andere einfachgesetzliche Wertungen beanspruchen können, aufgrund derer sich die Rechtsfortbildung als Nachvollzug des gesetzgeberischen Willens in einem planwidrig nicht explizit mitgeregelten Fall darstellt.¹¹¹ Je weniger die Rechtsfortbildung im einfachen Recht fundiert werden kann, desto eher muss die Grundrechtskonkretisierung dem Gesetzgeber selbst vorbehalten sein: Ein Gerichtsurteil darf nicht als Ersatzgesetzgebung erscheinen.¹¹² Diese Gesetzesbindung unterscheidet die Judikative vom Gesetzgeber, der einfachgesetzliche Vorschriften selbst beschließen kann und dabei nur „die verfassungsgemäße Ordnung“ zu beachten hat. Stellt sich in der Prüfung der fachgerichtlichen Auslegung¹¹³ heraus, dass sich das grundrechtlich gebotene Ergebnis mit den Methoden der Rechtsauslegung und -fortbildung nicht herstellen lässt, kann es die Verfassungswidrigkeit dieses Vakuums feststellen und dem Gesetzgeber nach § 35 BVerfGG einen Regelungsauftrag erteilen. Grundrechtsadressat ist dann – in Form der Legislative – wiederum der Staat, nie aber der einzelne Private.

2. Begrenzung auf Freiheitsrechte

Die Ausrichtung der mittelbaren Drittwirkung auf den Fachrichter hat auch zur Konsequenz, dass sich aus ihr grundsätzlich keine gleichheitsrechtlichen Anforderungen ergeben. Denn Kern dieser Lehre ist das Verhältnismäßigkeitsprinzip: Betroffene Freiheitssphären beider Seiten sind innerhalb der Auslegung einfachgesetzlicher Klauseln so abzuwägen, dass beide zu größtmöglicher Wirksamkeit gelangen. *Hesse* nannte dies „praktische Konkordanz“.¹¹⁴ Wechselseitige verfassungsimmanente Beschränkung ist aber nur dann möglich, wenn sich auf beiden Seiten Freiheitsrechte – etwa die Meinungsfreiheit eines Nutzers und die Berufsfreiheit von *Facebook* –

¹¹⁰ BVerfGE 34, 269 (286 ff.); 38, 386 (396); 49, 304 (318 ff.); 54, 251 (276); 65, 182 (191 ff.); 84, 197 (203).

¹¹¹ *Heck*, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, AcP 112 (1914), 1 (20): „denkender Gehorsam“; *Schwacke*, Juristische Methodik, 5. Aufl. 2011, S. 144.

¹¹² *Classen* (Fn. 60), S. 86; BVerfGE 65, 182 (191 ff.); 149, 126 ff. = NJW 2018, 2542 Ls. 3.

¹¹³ Das *BVerfG* wird hierdurch nicht zur „Superrevisionsinstanz“, da es nicht umfassend die Subsumtion unter einfachgesetzliche Normen nachprüft, sondern nur die Verletzung spezifischen Verfassungsrechts.

¹¹⁴ *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, Rn. 72.

gegenüberstehen, die dynamisch einschränkbar sind und als Optimierungsgebote an den Richter wirken.¹¹⁵ Der allgemeine Gleichheitssatz folgt dem Schutzbereichs-Schranken-Schema der Freiheitsrechte jedoch gerade nicht. Wie vielfach festgestellt wurde, enthält Art. 3 Abs. 1 GG – anders als schon Art. 3 Abs. 3 GG – kein materielles Schutzgut, welches den Wirtschaftsgrundrechten des Vertragspartners wertend gegenüberzustellen und ggf. teilweise durch diese zu begrenzen wäre.¹¹⁶ „Viel“ oder „wenig“ Gleichbehandlung ist nicht vorstellbar. Der Gleichheitsgrundsatz kann daher nicht in praktische Konkordanz gebracht werden. Wenn aber eine Abwägung nicht möglich ist, kann auch keine *staatliche Pflicht* bestehen, eine solche im Rahmen der Auslegung einfacher Normen vorzunehmen und Bürger so vor Ungleichbehandlungen durch Private zu schützen, selbst wenn ein Anknüpfungspunkt im einfachen Recht existiert.¹¹⁷ Eine Ungleichbehandlung kann allenfalls *gerechtfertigt* sein, wenn sie auf einem sachlichen Grund beruht. Ein solcher Rechtfertigungs- und Begründungszwang aber ist notwendigerweise an denjenigen adressiert, von dem die Ungleichbehandlung ausgeht. Es handelt sich dann nicht mehr um eine Grundrechtsdrittwirkung, sondern um eine *Grundrechtsbindung*. „Ohne eine Überwindung der traditionellen Drittwirkungsdogmatik“, also der Ableitung aus der Schutzpflichtenlehre, kann Art. 3 Abs. 1 GG in Privatrechtsverhältnissen somit nicht „(...) nicht zur Geltung gebracht werden.“¹¹⁸

3. Grundlage des Wandels: Die *Fraport*-Entscheidung

Der Unterschied zwischen Grundrechtsbindung und Grundrechtswirkung ist in der Judikatur des *BVerfG* in der Aufweichung begriffen.¹¹⁹ Im *Fraport*-Urteil entschied der *Erste Senat obiter dictum*,¹²⁰ die Wirkung der Grundrechte auf Private könne, wenn diese „in tatsächlicher Hinsicht in eine vergleichbare Pflichten- oder

¹¹⁵ Alexy (Fn. 58), S. 75 ff.

¹¹⁶ Vgl. BGHZ 70, 313 (324 f.); Schwabe, Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte, 1971, S. 151; Bezzzenberger, Ethnische Diskriminierung, Gleichheit und Sittenordnung im bürgerlichen Recht, AcP 196 (1996), 395 (403 f.); Salzwedel, Gleichheitsgrundsatz und Drittwirkung, in: FS Jahrreiß, 1974, S. 339 (348); Ruffert (Fn. 58), S. 179.

¹¹⁷ Dietlein, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 2. Aufl. 2005, S. 84; Isensee, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts V, 2. Aufl. 2000, § 111 Rn. 96; Sacksofsky, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, 1991, S. 201.

¹¹⁸ Michl (Fn. 83), S. 915; vgl. Barczak, in: Scheffczyk/Wolter, Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts IV, 2017, S. 91, 97 f. m. w. N.

¹¹⁹ Michl (Fn. 83), S. 912.

¹²⁰ Entscheidend war die Feststellung des *BVerfG* deshalb nicht, weil es sich bei der streitgegenständlichen *Fraport AG* um ein zu mehr als 50 % in öffentlicher Hand liegendes gemischtwirtschaftliches Unternehmen handelt, welches als solches ohnehin kein „Privater“ im obigen Sinne ist. Die Grundsätze des *Fraport*-Urteils fanden jedoch in *BVerfG*, Beschl. v. 18.7.2015 – 1 BvQ 25/15 (juris) Anwendung auf einen Privaten.

Garantenstellung hineinwachsen wie traditionell der Staat“, einer staatlichen Bindung nicht nur „nahe-“, sondern sogar „gleich kommen“.¹²¹ Zwar hält das Gericht formal daran fest, dass sich die Grundrechtswirkung nur mittelbar über die Auslegung der privatrechtlichen Normen entfalte. Sofern es aber eine Auslegung vorschreibt, welche die vertragliche Autonomie eines Privaten durch grundrechtliche Wertungen überformt und so bis auf null zurückdrängt, wird die Figur der mittelbaren Drittwirkung zu einer bloßen Worthülse, da sich die Drittwirkung von einer unmittelbaren Bindung im Ergebnis nicht mehr unterscheidet. Die Auslegung des einfachen Rechts – und somit auch der abwägende Fachrichter, der ja Adressat der eigentlichen Schutzpflicht ist – spielt in Ermangelung jeglichen Auslegungsspielraumes letztlich keine Rolle mehr.¹²² Bezeichnenderweise spricht das *BVerfG* hier dann auch nicht mehr von einer mittelbaren Drittwirkung, sondern einer „mittelbaren Grundrechtsbindung“.¹²³ In dieser Formulierung kulminiert die Problematik, denn eine direkte „Bindung“ bedarf eben keiner Vermittlung mehr.¹²⁴ Irritation erregte das Postulat einer staatsgleichen Verpflichtung schon beim Richter *Schluckebier*, der in einem Sondervotum auf mögliche „grundrechtliche Gegenposition(en)“ der so Gebundenen hinwies. Der *Erste Senat* habe nicht in tragfähiger Weise begründet, warum jene prinzipiell nachrangig sein sollen.¹²⁵ Eine Bindung an die Grundrechte habe zur Folge, dass sich Handlungsbeschränkungen für Private nicht mehr aus dem einfachen Recht, sondern direkt aus den Grundrechten ergäben. Grundrechtsadressat sei in einem solchen Fall nicht mehr der Fachrichter, der einfaches Recht auslege, sondern der Private selbst.¹²⁶

4. Fortsetzung in der *Stadionverbot*-Entscheidung

Dass all dies nicht nur eine sprachliche Ungenauigkeit darstellt, sondern Ausdruck eines Rechtsprechungswandels ist, demonstriert die *Stadionverbot*-Entscheidung. Denn hier nimmt das *BVerfG* ein allgemeines Diskriminierungsverbot für Massenveranstalter an, ohne dies auf eine „hinreichende Grundlage im geschriebenen Recht“¹²⁷ zu stützen. Dabei wäre eine Gesamtanalogie zu §§ 826 BGB, 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB, 19 AGG, welche genau solche Zwänge enthalten, nicht völlig undenkbar gewesen, wenngleich sie

¹²¹ *BVerfG*, NJW 2011, 1201 (1203).

¹²² *Michl* (Fn. 83), S. 912.

¹²³ *BVerfG*, NJW 2011, 1201 (1203).

¹²⁴ *Michl* (Fn. 83), S. 913.

¹²⁵ BVerfGE 128, 226 (275) – Sondervotum *Schluckebier*.

¹²⁶ BVerfGE 128, 226 (275) – Sondervotum *Schluckebier*.

¹²⁷ BVerfGE 138, 377 (390 ff.).

die Grenzen der Rechtsfortbildung ausgereizt hätte.¹²⁸ Das *BVerfG* entscheidet sich stattdessen, das Diskriminierungsverbot recht offen als *verfassungsrechtliche* Gleichbehandlungspflicht aus Art. 3 Abs. 1 GG abzuleiten. Dies widerspricht nicht nur der Adressierung der grundrechtlichen Schutzpflicht an das Gericht, sondern auch der oben erläuterten Tatsache, dass der allgemeine Gleichheitssatz schon an sich nicht „mittelbar“ wirken kann. Die Reduktion der Abschlussfreiheit des *DFB* auf null gründe auf der „eigene(n) Entscheidung“, eine ohne Ansehen der Person zugängliche Veranstaltung zu eröffnen. Dieses Erfordernis, bei einmal geschlossenem Vertrag alle weiteren potentiellen Kontrahenten gleich zu behandeln, erinnert an den Grundsatz der Selbstbindung der Verwaltung¹²⁹, welcher im Eigentumsrecht, aus dem sich das Hausrecht nach §§ 862, 1004 BGB ableitet, gerade nicht angelegt ist.¹³⁰

Noch deutlicher wird dies am Sachgrund- und Anhörungserfordernis, die das Gericht dem übermächtigen Vertragsteil auferlegt. Solche Tätigkeitspflichten zur Abwendung eines Vertragsverhältnisses haben, wie das *BVerfG* selbst feststellt, „im Zivilrecht (...) keine Grundlage“.¹³¹ Sie lassen sich, da sie dem Vertragsschluss vorausgehen, auch nicht auf § 241 Abs. 2 BGB stützen.¹³² Die Begründungspflicht beim Vereinsausschluss und die arbeitsrechtliche Verdachtskündigung, welche das *BVerfG* als vergleichbare Fälle referenziert, gestalten lediglich das Erfordernis des „wichtigen Grundes“ für die Kündigung eines bereits bestehenden Vertragsverhältnisses i. R. d. § 314 bzw. § 626 BGB näher aus.¹³³ Insofern sind die vom *BVerfG* abgeleiteten Pflichten im Privatrecht ein *Novum*. Sie entsprechen im Wesentlichen den Anforderungen, die ein Verwaltungsorgan in einer vergleichbaren Situation nach §§ 24, 28, 39 Abs. 1 VwVfG zu erfüllen hätte.¹³⁴

¹²⁸ Vgl. *Hellgardt*, Wer hat Angst vor der unmittelbaren Drittwirkung?, JZ 2018, 901 (902); *Jobst*, Konsequenzen einer unmittelbaren Grundrechtsbindung Privater, NJW 2020, 11 (12).

¹²⁹ *BVerfGE*, NJW 1996, 1766 ff.; *Burmeister*, Selbstbindungen der Verwaltung, DÖV 1981, 503 ff.

¹³⁰ *Neuner*, Das BVerfG im Labyrinth der Drittwirkung, NJW 2020, 1851 (1855).

¹³¹ *BVerfGE* 148, 267 ff. = NJW 2018, 1667 (1670) – Stadionverbot.

¹³² Auch wenn bereits im vorvertraglichen Schuldverhältnis Schutzpflichten nach § 241 Abs. 2 BGB bestehen, ist die *culpa in contrabando* als solche nicht geeignet, zivilrechtliche Erfüllungsansprüche zu begründen, vgl. *Lorenz*, in: BeckOK-BGB, Ed. 58, Stand: 1.5.2021, § 280 Rn. 60; *Emmerich*, in: MüKo-BGB III, 8. Aufl. 2019, § 311 Rn. 178.

¹³³ *Hellgardt* (Fn. 128), S. 902.

¹³⁴ *Mickl* (Fn. 83), S. 915.

5. Zwischenresümee zum Diskriminierungsverbot

Der Kontrahierungszwang für soziale Netzwerkbetreiber, der aus der Kombination von *Stadionverbot*- und *Facebook*-Entscheidung abzuleiten ist, entspricht dem *common sense*.¹³⁵ Dass universal orientierte Netzwerke eine Ablehnung einzelner Nutzer, welche unter heutigen Verhältnissen einem Ausschluss aus dem digitalen Kommunikationsprozess gleichkommen kann, sachgrundlos beschließen können sollen, leuchtet unter Billigkeitsaspekten nicht ein. Mit einer Schutzpflicht des Fachgerichts lässt sich das Diktum jedoch nicht mehr begründen. Tatsächlich liegt dem vom *BVerfG* angenommenen Diskriminierungsverbot eine direkte Bindungswirkung der Grundrechte zugrunde, die als solche nicht anerkannt ist. Auf die Frage, ob sie ein zulässiges Mittel zur „Bändigung“ sozialer Netzwerkbetreiber ist, wird zurückzukommen sein.

II. Löschklauseln zwischen Abwägung und Vorrang

Hinsichtlich der Meinungsfreiheit stellt sich die Rechtslage leicht anders dar. Der Vorwurf der „Vergrundrechtlichung“ des Privatrechts trifft das *OLG München* nur eingeschränkt. Denn die Rechtsprechung des *OLG* sowie die ihm folgenden Literaturstimmen¹³⁶ entwickeln die staatsgleiche Bindung von Netzwerken an die Meinungsfreiheit aus einfachrechtlichen Normen, zumeist aus § 307 Abs. 1 S. 1 BGB. Ebenso enthält Art. 5 Abs. 1 GG ein freiheitliches Prinzip, das im Gegensatz zu Art. 3 Abs. 1 GG abwägungsfähig ist und Gegenstand einer staatlichen Schutzpflicht sein kann. Der Ausgleich zwischen den Interessen des Netzwerkbetreibers und der Meinungsfreiheit der Nutzer bei der Beurteilung von Kommunikationsstandards, welcher dem *OLG München* vorschwebt,¹³⁷ entspricht rein formal – anders als im Urteil zum *Stadionverbot* – einer mittelbaren Drittwirkung.

Nichtsdestotrotz entzündet sich auch an der Entscheidung des *OLG* Kritik. Denn unvermeidlich stellt sich die Frage, ob bei vollständiger

¹³⁵ *Michl* (Fn. 83), S. 911.

¹³⁶ *Albrecht*, Das Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz): Wesentliche Regelungen und Probleme unter Berücksichtigung der aktuellen Rechtsprechung, in: ders., *jurisPR-ITR* 1/2019 Anm. 2; *Braun*, Unzulässige Verfassungsbeschwerde gegen das Netzwerkdurchsetzungsgesetz, in: *Albrecht*, *jurisPR-ITR* 12/2019 Anm. 6; *Müller-Riemenschneider/Specht*, Restore-Anspruch von Äußerungen und Anspruch auf Entsperrung eines Nutzerprofils, *MMR* 2018, 547 ff.; *Specht/Riemenschneider*, Plattformnutzungsverträge, in: *Röhrich/Graf v. Westphalen/Haas*, HGB, 5. Aufl. 2019, Rn. 49, 74; *Eifert*, in: *Eifert/Gostomzyk*, *Netzwerkrecht*, 2018, S. 9 (25).

¹³⁷ *OLG München*, *Beschl. v. 7.1.2020 - 18 U 1491/19 Pre = GRUR-RR 2020, 174 (176)*.

Grundrechtsbindung eines Privatunternehmens unter gleichzeitiger Reduktion dessen inhaltlicher Autonomie auf null tatsächlich ein „Ausgleich“ von Freiheitssphären hergestellt wird. Folgt die Verpflichtung, wenn die innerhalb des § 307 Abs. 1 S. 1 BGB anzustellende Abwägung durch ein Vorrangverhältnis ersetzt wird, im Ergebnis nicht vielmehr auch hier unmittelbar aus dem Grundrecht?

1. Löschklauselverbot als Leistungsanspruch

Genau dies wird in Literatur und Rechtsprechung beanstandet. Ein häufig anzutreffendes Argument ist dabei, dass Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG generell keinen Leistungsanspruch gewähre.¹³⁸ Das Gebot der Duldung sämtlicher legalen Inhalte entspreche einer Verpflichtung sozialer Netzwerke, Nutzern für ihre Meinungsäußerung aktiv eine öffentliche Bühne zur Verfügung zu stellen. Eine solche verfassungsrechtliche Leistungspflicht statuieren Art. 5 GG nicht einmal für den unmittelbar grundrechtsadressierten Staat. Auch im Rahmen der mittelbaren Drittwirkung sei also lediglich ein auf Unterlassung gerichteter Anspruch denkbar.¹³⁹

Dass im privaten Verkehr keine Pflicht besteht, als Sprachrohr für Mitbürger zu fungieren, versteht sich von selbst.¹⁴⁰ Ein Leser der *Zeit* kann diese nicht unter Berufung auf seine Meinungsfreiheit zum Abdrucken eines Leserbriefes anhalten und ein *NPD*-Funktionär nicht gerichtlich erwirken, auf einer Demonstration der Linkspartei als Redner zugelassen zu werden. Um Gegenteiliges zu behaupten, müsste die Vorenthaltung des Redeforums als „Beeinträchtigung“ der Meinungsfreiheit analog § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB ausgelegt werden, was eine sinnwidrige Überdehnung des Beeinträchtigungstatbestandes darstellen würde.¹⁴¹ Die Absurdität der obigen Beispiele spricht für sich.

Auf soziale Netzwerke sind diese Fälle jedoch nicht vorbehaltlos übertragbar. Einerseits resultiert die Intuition gegen einen Leistungsanspruch in den genannten Beispielen daraus, dass ein solcher der Gestaltung des eigenen Geschäftsbereiches durch *Zeit* oder Linkspartei den Boden entziehen und diese als Medium korrumpieren würde; die Meinungsfreiheitsbeschränkung ist andererseits nur sehr bereichsbegrenzt und erscheint hinnehmbar. In der Abwägung kommt dem Recht an der eigenen Zeitung oder der eigenen

¹³⁸ *Beurskens*, „Hate-Speech“ zwischen Lösungsrecht und Veröffentlichungspflicht, NJW 2018, 3418 (3419); *Grabenwarter*, in: Maunz/Dürig, 83. EL 2018, Art. 5 I Rn. 111.

¹³⁹ *OLG München*, Beschl. v. 30.11.2018 – 24 W 1771/18, GRUR-RS 2018, 50857 Rn. 20.

¹⁴⁰ *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, 16. Aufl. 2018, Art. 5 Rn. 18; *Grabenwarter* (Fn. 138).

¹⁴¹ Vgl. *Beurskens* (Fn. 138), S. 3418 f.

Veranstaltung klar der Vorrang zu. Plattformen wie *Facebook* entziehen sich jedoch hinsichtlich ihrer Kapazitäten und Meinungsbildungsrelevanz jeglichem Vergleich mit herkömmlichen Einzelmedien oder thematisch eingegrenzten gesellschaftlichen Veranstaltungen. Sie sind in ihrer Bedeutung singulär und für viele Nutzer primäre Informationsquelle, sodass eine temporäre Sperre eine Vernichtung der digitalen Existenz bedeuten kann. Dementsprechend erscheint es nicht mehr völlig fernliegend, den *put back*-Anspruch als absolutes Recht analog § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB zu interpretieren. So erklärt sich, warum § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB immer wieder als Anspruchsgrundlage in Wiederherstellungsurteilen auftaucht.¹⁴² Ein solches Recht entspräche in letzter Konsequenz tatsächlich einem verfassungsrechtlichen, weil unabhängig von vertraglichen Pflichten bestehenden Leistungsanspruch.

Letztlich bedarf es einer solchen Herleitung jedoch überhaupt nicht. Denn zwischen *Facebook* und seinen Nutzern besteht eine relative Rechtsbeziehung, innerhalb derer das Versprechen, eigene Inhalte zu sämtlichen Themen veröffentlichen zu dürfen, die privatautonom zugesicherte, vertragliche Hauptleistung von *Facebook* darstellt.¹⁴³ Löschungen und Sperrungen aufgrund von Vertragsklauseln stellen lediglich eine Zurückbehaltung dieser Leistung dar. Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG statuiert die Leistungspflicht somit nicht aus dem Nichts, sondern setzt, wenn er über das Medium des § 307 Abs. 1 S. 1 BGB den Netzbetreibern die uneingeschränkte Gestaltungshoheit über die eigene Plattform entzieht, eine vertragliche Verpflichtung bereits als bestehend voraus. Daher kommt das *OLG München* zu dem Schluss, dass das Klauselverbot keine verfassungsrechtliche Leistungspflicht darstelle, sondern sich als bloßes Eingriffsverbot weiter im Rahmen einer nur mittelbaren Drittwirkung bewege.¹⁴⁴

Diese Perspektive ist allerdings nicht zwingend. Denn die Differenzierung zwischen privatautonomer Leistungsverpflichtung und Eingriffsverbot in der Leistungserbringung greift nicht mehr durch, wenn Netzwerke in entsprechender Anwendung des *Stadionverbot*-Urteils wegen Art. 3 Abs. 1 GG einem Kontrahierungszwang unterliegen. Ist *Facebook* verfassungsrechtlich zum Vertragsschluss verpflichtet, beruht die vertragliche Leistungspflicht in der Tat nicht mehr, wie es das *OLG München* annimmt, unmittelbar auf einer

¹⁴² Vgl. *LG Offenburg*, Urt. v. 26.9.2018 – 2 O 310/18, BeckRS 2018, 23801 Rn. 31; *LG Frankfurt a. M.*, Beschl. v. 14.5.2018 – 2-03 O 182/18, Rn. 10 (juris).

¹⁴³ Vgl. BGHZ 208, 82 ff; *OLG München*, Beschl. v. 7.1.2020 – 18 U 1491/19 Pre = GRUR-RR 2020, 174 (176).

¹⁴⁴ *OLG München*, Beschl. v. 7.1.2020 - 18 U 1491/19 Pre = GRUR-RR 2020, 174 (176).

privatautonomer Entscheidung. Die Rechtslage käme dogmatisch einer absoluten verfassungsrechtlichen Leistungspflicht zumindest sehr nahe.

Gleichwohl haben sowohl die Bindung an Art. 3 Abs. 1 GG als auch an Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG ihren Ursprung darin, dass Netzwerke wie *Facebook* ihrem Selbstverständnis nach einen der Allgemeinheit zugänglichen Diskussionsraum eröffnen: Hieraus leitet sich der Kontrahierungszwang ab. Dadurch ist letztlich doch jedes einzelne Vertragsverhältnis auf eine privatautonome Entscheidung rückführbar; die Leistungspflicht bleibt eine vertragliche. Möchte das Netzwerk ihr entgehen, steht ihm jederzeit offen, die Plattform thematisch einzugrenzen und ihm so den Charakter der „digitalen Öffentlichkeit“, der die Grundrechtsdrittwirkung erst begründet, wieder zu entziehen.

2. Berücksichtigung von Interessen der Netzbetreiber

Das juristische Unbehagen an der Lösung des *OLG München* speist sich letztlich eher daraus, dass es sich in den gleichen Widerspruch wie schon das *BVerfG* im *Fraport*-Urteil verfängt. Mit dem Verweis auf die praktische Konkordanz der auszugleichenden Positionen von Netzbetreiber und Nutzer möchte es klar innerhalb der Prämissen der mittelbaren Drittwirkung bleiben, welche vom Fachrichter eine Abwägung fordern würde. Im gleichen Zuge jedoch verabsolutiert es die Meinungsfreiheit der Nutzer und negiert jegliche Beschränkung durch entgegenstehende Grundrechte.

Dabei ist das grundrechtlich geschützte Interesse der Plattformbetreiber an einem Diskussionsraum, der schon unterhalb der Grenze der Rechtswidrigkeit moderiert und von *hate speech* befreit wird, keineswegs zu vernachlässigen. Die wirtschaftlichen Vorteile einer gepflegten Kommunikation liegen auf der Hand: Soziale Netzwerke finanzieren sich durch Anzeigen und stehen untereinander im Wettbewerb um Werbepartner und Nutzer. Für diese wiederum ist ein von „Hass und Hetze“ freies Diskussionsklima ein Qualitätsfaktor. Die Verpflichtung von Plattformen zur Tolerierung sämtlicher nicht rechtswidriger Äußerungen wirkt sich damit negativ auf deren Profit aus.¹⁴⁵ Zudem fördern allgemeine Mindeststandards den internationalen Erfolg grenzüberschreitender Foren, da so eine Unabhängigkeit von Differenzen des nationalen Äußerungsrechts in kulturell unterschiedlich geprägten Staaten erreicht wird.¹⁴⁶ Innerhalb des deutschen Rechtsraumes schließlich bieten Kommunikationsstandards, wie eingangs erläutert, einen Ausweg aus der durch NetzDG und Störerhaftung

¹⁴⁵ Lüdemann (Fn. 28), S. 281 f.

¹⁴⁶ *Ebd.*; siehe auch Eijfert (Fn. 19), S. 1454.

erzeugten Haftungsgefahr: Müssen Netzwerke jeden gemeldeten rechtswidrigen Beitrag löschen, ohne einen haftungsfreien Spielraum zu haben, in Grenzfällen auch rechtmäßige Beiträge zu entfernen, laufen sie Gefahr, für jede rechtsfehlerhafte Bewertung eines Beitrages zu haften.¹⁴⁷

Würde man diesen Interessen, die durch die Artt. 2 Abs. 1, 12 Abs. 1 und 14 Abs. 1 GG geschützt sind, Relevanz beimessen, müsste sich dies in einem zu findenden „Ausgleich“ widerspiegeln. Es erschiene dann geboten, dass bestimmte Äußerungen, die einer vorgelagerten Abwägung mit dem Persönlichkeitsrecht der Betroffenen noch standhalten, wenigstens unter *diesen* Gesichtspunkten vertraglich ausgeschlossen werden könnten.

Im weiteren Kontext stellen sich all jene Einwände jedoch als Zirkelschluss dar. Sie greifen nur, sofern man eine grundsätzliche Gleichrangigkeit der Interessen beider Vertragspartner anerkennt. Sieht man die Netzwerkanbieter aber im Sinne des *Fraport*-Urteils als monopolartige Daseinsvorsorgeleister, die in eine staatsgleiche Pflichtenposition einrücken, stellen profitorientierte Eigenbelange der Netzwerke eben keine Abwägungsposition i. R. d. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB mehr dar. Es ist dann unerheblich, ob die Bindung an Art. 5 GG den Profit der Netzwerke schwächt. Die Meinungsfreiheit ist schlechthin vorrangig.¹⁴⁸ Weitergehende Einschränkungen könnten die Netzwerke i. R. d. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB allenfalls mit den Grundrechten Dritter rechtfertigen.¹⁴⁹ Hierbei unterlägen sie allerdings – wie der Staat – den Erfordernissen eines legitimen Zwecks und der Verhältnismäßigkeit i. w. S.

Evident ist aber auch, dass eine solche, in dieser Deutlichkeit von den Gerichten nicht konsequent ausformulierte „Teilverstaatlichung“ der Datengiganten die Prämissen der mittelbaren Drittwirkung verlässt. Denn diese ist „von vornherein

¹⁴⁷ *OLG Dresden*, MMR 2018, 756 (759); *LG Heidelberg*, ZUM-RD 2019, 72 (72).

¹⁴⁸ Mit diesem Argument eine faktisch-unmittelbare Bindung ablehnend *OLG Dresden*, MMR 2018, 756 (759).

¹⁴⁹ So ist in der Tat zu beobachten, dass es nur eine Minderheit der Nutzer mit hoher Beitragsfrequenz ist, die ihre Meinungsfreiheit in sozialen Netzwerken bis zur Strafbarkeitsgrenze ausreizt. Führt die absolute Toleranz gegenüber solchen sog. *heavy contributors* dazu, dass die große Mehrzahl der Nutzer sich nur noch zurückhaltend äußert oder der Diskussion ganz fernbleibt, könnte die Effektivität einer absolut freien Meinungsäußerung ganz unabhängig von den Interessen der Plattformbetreiber in Zweifel gezogen werden und ein moderierendes Eingreifen durch die Netzwerkbetreiber geboten sein. Zu diesem Aspekt der sog. *chilling effects*, der hier nicht vertieft werden soll, vgl. *Thimm*, Soziale Medien und Partizipation, in: Schmidt/Taddicken, Handbuch Soziale Medien, 2017, S. 191 (202).

relativ¹⁵⁰ und funktioniert nicht nach dem Vorrang-, sondern nach dem Abwägungsprinzip.¹⁵¹ Die vom *OLG München* praktizierte „Abwägung“ jedoch stellt sich nicht mehr als eine solche dar. Trotz der formalen Ableitung aus § 307 Abs. 1 S. 1 BGB – und somit weniger eindeutig als das *BVerfG* im *Stadionverbot-Urteil* – entnimmt es sein Verdikt letztlich ungefiltert dem Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG und postuliert diese Wertung als verfassungsrechtlich verbindlich. Damit verlässt es nicht nur den Rahmen der Schutzpflichtenlehre, sondern übertritt auch seine Kompetenz.¹⁵² Denn Auslegung und Fortbildung einfacher Normen – hier des § 307 Abs. 1 S. 1 – stoßen dort an ihre Grenzen, wo sie „ohne ausreichende Rückbindung an gesetzliche Aussagen neue Regelungen [schaffen]“¹⁵³ Rechtssetzung ist nicht Aufgabe der Fachgerichte.

3. Zwischenresümee zur staatsgleichen Bindung an die Meinungsfreiheit

Hinter der Entscheidung des *OLG München* steht die im *Fraport-Urteil* wurzelnde Vorstellung von Tech-Giganten als situativ staatsäquivalent zu behandelnden Monopolisten. Unabhängig davon, ob sie der gesellschaftlichen Realität gerecht wird, wäre eine solche Gleichsetzung mit dem Staat, wie gezeigt, judikativ nur über eine unmittelbare Grundrechtsbindung in Recht umsetzbar. Hierfür wiederum wäre eine grundlegende Neuinterpretation der Grundrechtsdogmatik durch das *BVerfG* erforderlich. Das Fundament für eine diesbezügliche Wende hat es in der Rechtsprechungsreihe *Fraport – Stadionverbot – III. Weg* bereits errichtet. In der Hauptsacheentscheidung zum *III. Weg*, die noch in diesem Jahr erwartet wird, könnte es diesen Schritt gehen. Eine praktische Notwendigkeit hierfür scheint zu bestehen.

Wäre eine Ablösung der Lehre von der mittelbaren Drittwirkung durch eine kontextuell begrenzte unmittelbare Bindung von Universalnetzwerken also unproblematisch?

F. „Unmittelbare Drittwirkung“ als Gewaltenteilungsproblem

Durch eine verfassungsgerichtlich ausgesprochene Bindung Privater an die Meinungsfreiheit würde das BVerfG legislative Kompetenzen beanspruchen. Aus dem Gewaltenteilungsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG ergibt sich jedoch ein gesetzgeberischer Einschätzungsspielraum, den die Judikative nicht durch „Ersatzgesetzgebung“ untergraben darf.

¹⁵⁰ BVerfGE 128, 226 (244 f.) – Fraport.

¹⁵¹ Zum Abwägungsprinzip *Alexy* (Fn. 58), S. 480.

¹⁵² Siehe bereits oben **E. I. 1.**, S. 19 f.

¹⁵³ BVerfGE 126, 286 (306) – Honeywell.

Dass eine „unmittelbare Drittwirkung“¹⁵⁴ nicht allgemein anzuerkennen ist, bedarf keiner eingehenden Erläuterung: Sowohl Art. 1 Abs. 3 GG, wonach die Grundrechte „als unmittelbar geltendes Recht“ nur die Staatsgewalt(en) verpflichten,¹⁵⁵ als auch die vereinzelte ausdrückliche Anerkennung einer Horizontalwirkung im sonstigen Verfassungstext¹⁵⁶ deuten darauf hin, dass diese eher die Ausnahme als die Regel sein soll.¹⁵⁷ Unnötig erschienen auch die zahlreichen Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffe im BGB, könnten Privatrechtsstreite ohnehin immer anhand des Verfassungstextes entschieden werden.¹⁵⁸

Nicht abschließend geklärt ist damit jedoch, ob eine Horizontalwirkung wenigstens im Einzelfall zuzulassen ist, wenn gesellschaftliche Entwicklungen eine solche nötig machen. Wie etwa die gesetzgeberische Entscheidung für die „Ehe für alle“ im Jahr 2018 verdeutlicht hat, ist das Grundgesetz Spiegel der Gesellschaft und als solcher fähig und gefordert, sich – über die Rechtsprechung des *BVerfG* – durch einen Verfassungswandel dem Zeitgeist anzupassen.¹⁵⁹ Und nicht zuletzt zeigen gerade Beispiele wie Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG, dass die Mütter und Väter des Grundgesetzes eine horizontale Grundrechtswirkung im Einzelfall für sinnvoll erachtet haben. Nichtsdestotrotz ist der judikative Weg zur Regulierung der Meinungsmacht jener Plattformen der falsche. Denn hiermit verbunden ist eine ganz konkrete Gefahr für den Rechtsstaat.

Es ist in der starken Position der Verfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland angelegt, dass das *BVerfG* seine eigenen, oft subjektiven Ansichten als verfassungsrechtlich verbindlich vorschreiben kann. Wie eingangs dargestellt, richtet sich der grundrechtliche Schutzauftrag – und damit auch die Aufgabe zur Verfassungskonkretisierung – zwar zunächst an den Gesetzgeber. Dies gilt gerade für die Ausgestaltung der Privatrechtsordnung, für die Art. 14 Abs. 1 S. 2

¹⁵⁴ Diese verbreitete Bezeichnung ist irreführend, da bei einer staatsgleichen Bindung die Grundrechte eben nicht mehr nur eine „Wirkung“ auf den Privaten als „Dritten“, entfalten, sondern er ihr direkter Adressat ist.

¹⁵⁵ *Belling/Herold/Kneis*, Die Wirkung der Grundrechte und Grundfreiheiten zwischen Privaten, in: Badó/Belling, Rechtsentwicklungen aus europäischer Perspektive im 21. Jahrhundert, 2014, S. 76.

¹⁵⁶ Artt. 9 Abs. 3 S. 2, 20 Abs. 4, 38 Abs. 1 S. 1 i. V. m. Art. 48 Abs. 2 GG.

¹⁵⁷ *Canaris*, Drittwirkung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten, in: Bauer/Czybulka/Kahl/Vosskuhle, Umwelt, Wirtschaft und Recht, 2002, S. 35.

¹⁵⁸ *Belling/Herold/Kneis* (Fn. 155), S. 77.

¹⁵⁹ *Voskuhle*, Stabilität, Zukunftsoffenheit und Vielfaltssicherung – Die Pflege des verfassungsrechtlichen "Quellcodes" durch das *BVerfG*, JZ 2009, 917 (918); vgl. auch *Chiariello*, Der Richter als Verfassungsgeber?, 2009, S. 355; *Volkmann*, Verfassungsänderung und Verfassungswandel, JZ 2018, 265 (271).

GG der Legislative die Kompetenz noch einmal explizit zuweist.¹⁶⁰ Über Reichweite und Inhalt der Schutzpflicht jedoch entscheidet grundsätzlich das *BVerfG*, dessen Entscheidungen nach §§ 38, 78, 79 *BVerfGG* auch den Gesetzgeber binden.¹⁶¹ Begreift man nun die Verfassung als Grundordnung, welche die gesamte Gesellschaftsordnung vorzeichnet und durch alle nachrangigen Normen lediglich konkretisiert wird, hängt die faktische Macht im Staat von der Deutungshoheit über diese Grundordnung ab.¹⁶² Könnte das *BVerfG* die aus den Grundrechten abzuleitenden gesetzgeberischen Schutzpflichten bis in die Einzelheiten spezifizieren, wäre der Weg in den „Jurisdiktionsstaat“ bereitet, in welchem das *BVerfG* dem Gesetzgeber aus der Verfassung konkrete Detailentscheidungen vorschreiben und an dessen Stelle die politische Richtung vorgeben könnte.¹⁶³

In einer pluralistischen Demokratie existiert jedoch auf jede politische Frage mehr als eine mögliche Antwort. Jegliche Entscheidung für die eine oder die andere Regulierungsoption hängt von zahlreichen politischen und wirtschaftlichen Faktoren ab.¹⁶⁴ Im institutionellen Gefüge des Grundgesetzes ist es nicht das *BVerfG*, das aus mehreren Regelungsoptionen auswählt und damit den politischen Kurs vorgibt, sondern die demokratisch gewählte Mehrheit, mithin der unmittelbar legitimierte Gesetzgeber.¹⁶⁵ Um diese Letztentscheidungsbefugnis des Gesetzgebers in politischen Fragen sicherzustellen, welche sich unmittelbar aus Art. 20 Abs. 2 S. 2 und Abs. 3 GG ergibt, ist die Deutungshoheit des *BVerfG* im Bereich grundrechtlicher Schutzpflichten ganz erheblich einzuschränken.¹⁶⁶ Mag auch in der Theorie eine grundgesetzlich determinierte, objektiv richtige Handlungsoption bestehen, in der sich die optimale Güterabwägung widerspiegelt, ist diese in großen Bereichen des legislativen Handelns nicht durch das *BVerfG* feststellbar.¹⁶⁷ Praktisch

¹⁶⁰ *Michl* (Fn. 83), S. 917.

¹⁶¹ *Böckenförde*, Grundrechte als Grundsatznormen, in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie, 1991, S. 189 f.; *Azevedo Palu*, Grundrechte, Spielräume und Kompetenzen, 2019, S. 198.

¹⁶² *Böckenförde* (Fn. 161), S. 189; *Forsthoff*, Staat der Industriegesellschaft, 1971, S. 144.

¹⁶³ *Leisner*, Der Abwägungsstaat, 1997, S. 11 ff.; *Schlink*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, in: FS 50 Jahre *BVerfG* II, 2001, S. 445, 455 ff.; *Breuer*, Konkretisierungen des Rechtsstaats- und Demokratiegebotes, in: FS 50 Jahre *BVerwG*, 2003, S. 223, 242 ff.

¹⁶⁴ *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, 93. EL 2020, Art. 20 Rn. 118 f.

¹⁶⁵ *Halterm*, Verfassungsgerichtsbarkeit, 1998, S. 204 ff.; *Grzeszick* (Fn. 164), Art. 20 Rn. 119.

¹⁶⁶ *Böckenförde* (Fn. 161), S. 194-197.

¹⁶⁷ Nach der *Prinzipientheorie* besteht diese objektiv richtige Auslegung noch nicht einmal in der Theorie; vielmehr unterliege die Abwägung im politischen Bereich

bedeutet dies, dass die gesetzgeberischen Schutzpflichten nur beschränkt justiziabel (einklagbar) sind. Das *BVerfG* kann eine Missachtung der grundrechtlichen Schutzfunktion durch den Gesetzgeber nur dann feststellen, wenn dieser es versäumt, auch nur irgendeinen Minimalschutz zu gewährleisten, und auch dann noch beschränkt sich seine Handlungspflicht nur auf das Tätigwerden *per se* und konkretisiert sich nicht auf die Wahl eines bestimmten Mittels. Jenseits dieses „Untermaßverbotes“¹⁶⁸ hat der Gesetzgeber einen Spielraum, in dem er allein letztverbindliche Entscheidungen trifft.¹⁶⁹ Die gesetzgeberische Auswahl zwischen mehreren politischen Optionen muss, soll ein dramatischer Bedeutungsverlust des parlamentarischen Diskurses vermieden werden, gegenüber der verfassungsgerichtlichen Kontrolle immun sein.

Jene Grundwertung ist es, die durch eine unmittelbare Horizontalwirkung der Grundrechte in Gefahr geriete. Ein System, in dem Gerichte kraft direkter Ableitung aus der Verfassung ganze Gesellschaftsareale selbst durchregulieren und so in Teilbereichen am Gesetzgeber vorbeiregieren, übersteigt sogar die oben skizzierte Dystopie des „Abwägungsstaates“, welcher unter Gewaltenteilungsaspekten noch das kleinere Übel darstellen dürfte. Denn unter dem Mandat einer „unmittelbaren Drittwirkung“ wird das Medium des Gesetzgebers auf dem Weg zur eigenen Rechtsschöpfung durch die Gerichte überhaupt nicht mehr benötigt. Für einen solchen Übergriff des Rechts auf die Politik wäre das *BVerfG* nicht nur demokratisch unterlegitimiert; er verstieße auch gegen das Gewaltenteilungsprinzip des Art. 20 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 GG.¹⁷⁰

Die Ableitung rechtlicher Folgen für Private aus der Verfassung ist Kernaufgabe der normgebenden Legislative. Der Gesetzgeber hätte jederzeit die Möglichkeit, die Rechtswirkung des *Stadionverbot*-Urteils durch Ergänzung des AGG oder die

Erkenntnisgrenzen. Das Grundgesetz wird lediglich als eine Rahmenordnung verstanden, vgl. *Alexy*, Verfassungsrecht und einfaches Recht - Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, VVDStRL 61 (2002), S. 14 ff.; *ders.*, Postscript, in: A Theory of Constitutional Rights, 2002, S. 390 ff.

¹⁶⁸ Begriff nach *Schuppert*, Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation, 1980, S. 15.

¹⁶⁹ BVerfGE 88, 203 (254); *BVerfG*, NJW 1996, 651; Sondervoten zu BVerfGE 98, 265 (355) und 109, 190 (247 ff.). Aus der Literatur: *Jarass*, Grundrechte als Wertentscheidungen bzw. objektivrechtliche Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 110 (1985), 363 ff.; *Canaris* (Fn. 49), S. 228, 245; *ders.*, Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts, JuS 1989, 161 (163); *ders.*, Grundrechte und Privatrecht, 1999, S. 39, 45 ff.; *Klein* (Fn. 70), S. 960 ff.

¹⁷⁰ Vgl. *Böckenförde* (Fn. 161), S. 189 ff.; *ders.*, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, 2. Aufl. 1981, S. 402.

des Urteils des *OLG München* durch anderweitige gesetzliche Regelung herbeizuführen.¹⁷¹ Wenn das *BVerfG* private Akteure situativ „verstaatlicht“ und den Verpflichtungen des Grundgesetzes unterwirft, macht es daher dem Gesetzgeber Kompetenzen streitig. Obwohl dieses Richterrecht, welches nicht der Zwischenschaltung eines einfachen Gesetzes bedarf, von vereinzelt Stimmen in der Literatur als solches erkannt und auch befürwortet wird,¹⁷² ist es entschieden abzulehnen. Denn die Ableitung von Rechtspflichten für soziale Netzwerke aus den Artt. 3 und 5 GG unterläuft die gesetzgeberische Entscheidung, in der Sache bisher eben noch nicht durch Erlass eines einfachen Gesetzes tätig geworden zu sein. Nicht nur eine positive Regelung, sondern auch ein beredtes Schweigen des Gesetzgebers kann eine legislative Aussage beinhalten, der die richterliche Rechtsfortbildung nicht widersprechen darf. Hier wie da liegt keine planwidrige Rechtslücke vor, die der Ausfüllung durch die Judikative bedürfte.¹⁷³ Soll die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers einen Bedeutungsverlust des demokratischen Kompromisses verhindern, kann nicht zugelassen werden, dass Gerichte in Urteilen Vorgaben machen, für die sich im legislativen Prozess (noch) keine demokratische Mehrheit findet.¹⁷⁴ Was ist die mit dem NetzDG getroffene Entscheidung, den Plattformen ein selbstregulatorisches Eigenregime zu gestatten und sich auf die *Rechtsdurchsetzung* durch Verfahren zu beschränken, wert, wenn Gerichte durch ihre Urteile gleichrangige Pflichten schaffen, die dem widersprechen?

Lang vertritt interessanterweise einen umgekehrten Ansatz: Gerade die judikative Verabsolutierung der Meinungsfreiheit über das Medium des § 307 Abs. 1 S. 1 BGB sei es, die eine entsprechende gesetzliche Regelung – etwa im NetzDG – überflüssig mache.¹⁷⁵ Richtigerweise aber gilt genau das Gegenteil: Ein kompetenziell bedenkliches Eingreifen der Gerichte nimmt es dem Gesetzgeber ab, über die Bedeutung der Meinungsfreiheit im Netz nachzudenken und zu diskutieren, indem es die Dringlichkeit der Problematik verschleiert.¹⁷⁶ Für eine Neuausrichtung der Grundrechtsdogmatik im Sinne einer direkten Verpflichtung Privater besteht im Ergebnis nicht nur „kein Bedürfnis“¹⁷⁷. Sie ist schlicht

¹⁷¹ *Smets* (Fn. 60), S. 37. Zu Vorschlägen unten **G.**, S. 33 ff.

¹⁷² *Gamillscheg*, Die Grundrechte im Arbeitsrecht, 1989, S. 84 f.

¹⁷³ *Burghart*, Pflicht zum guten Gesetz, 1996, S. 92 f.; *Hillgruber*, Richterliche Rechtsfortbildung als Verfassungsproblem, JZ 1996, 118 (120).

¹⁷⁴ *Michl* (Fn. 83), S. 918. So auch das *BVerfG* selbst in BVerfGE 82, 6 (12).

¹⁷⁵ *Lang* (Fn. 8), S. 245.

¹⁷⁶ *Smets* (Fn. 60), S. 37; *Burghart* (Fn. 173), S. 91; *Ipsen*, Richterrecht und Verfassung, 1975, S. 235.

¹⁷⁷ So *Kainer*, Knapper Impfstoff und privatrechtliche Gleichbehandlungspflichten, NJW 2021, 816 (817).

verfassungswidrig. Das Gewaltenteilungsprinzip des Art. 20 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 GG erweist sich als unüberwindbare Barriere für eine „unmittelbare Drittwirkung“.¹⁷⁸

G. Aktuelle rechtspolitische Ansätze und Ausblick

Dieses Ergebnis wird dadurch gestärkt, dass der Gesetzgeber das *overblocking* und die Meinungsmacht sozialer Netzwerke mittlerweile durchaus als strukturelle Schief lagen identifiziert hat. Der Erlass allgemeiner Regelungen für die Social-Media-Branche ist wiederkehrender Gegenstand parlamentarischer Diskussionen. Von einer Art Rechtsnotstand, in dem über eine eventuelle Zulässigkeit einer richterlichen Ersatzregelung zur Bewahrung des Rechts nachzudenken wäre, kann also keine Rede sein. Abschließend soll im Rahmen eines Ausblicks auf die maßgeblichen aktuellen gesetzgeberischen Projekte und Reformvorschläge eingegangen werden.

I. Gegenvorstellungsverfahren im NetzDG

Schon früh nach dessen Erlass mehrten sich in Wissenschaft und Politik die Rufe nach Herstellung digitaler „Waffengleichheit“¹⁷⁹ für die Meinungsfreiheit durch eine Ergänzung des NetzDG. Gefordert wurde, der Pflicht zur Bereitstellung eines Beschwerdeverfahrens wegen rechtswidriger Beiträge ein ausbalancierendes Wiedereinstellungsverfahren für ungerechtfertigte Löschungen zur Seite zu stellen.¹⁸⁰ Damit solle der Gefahr von *overblocking* Einhalt geboten werden. Diesen Forderungen begegnet die Bundesregierung mit ihrem Entwurf zur Änderung des NetzDG vom 27.4.2020, in dessen neuem § 3b ein Gegendarstellungsverfahren vorgesehen ist. Die Novelle ist durch Verkündung im Bundesgesetzblatt am 9.6.2021 in Kraft getreten.¹⁸¹ Eine Beschwerdemöglichkeit gegen Löschmaßnahmen muss nach dem Gesetz in seiner neuen Fassung nicht nur hinsichtlich solcher Löschungen und Sperrungen bestehen, welche auf Grundlage des NetzDG ergehen, sondern auch hinsichtlich Inhaltsentfernungen aufgrund vertraglicher Gemeinschaftsstandards.¹⁸² Dies war

¹⁷⁸ Schmidt, Einleitung, in: Müller-Glöße/Preis/Schmidt, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 21. Aufl. 2021, Rn. 19.

¹⁷⁹ Gersdorf, Hate Speech in sozialen Netzwerken, MMR 2017, 439 (446).

¹⁸⁰ Beurskens (Fn. 138), S. 3420; Peukert, Gewährleistung der Meinungs- und Informationsfreiheit in sozialen Netzwerken, MMR 2018, 572 ff.; Schiff, Meinungsfreiheit in mediatisierten digitalen Räumen, MMR 2018, 366 (370); BT-Drucks. 19/5950, S. 1 f.

¹⁸¹ Gesetz vom 3.6.2021, BGBl. I, S. 1436 ff. (Nr. 29), Geltung ab 9.6.2021.

¹⁸² Ebd., siehe zum Thema auch Rudl, Fairer löschen bei Facebook und Twitter, netzpolitik.org v. 6.1.2021, abrufbar unter: <https://netzpolitik.org/2021/netzdg-novelle-fairer-loeschen-bei-facebook-und-twitter/> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021).

in der ursprünglichen Fassung der Novelle nicht vorgesehen, ist jedoch von enormer praktischer Relevanz. Denn laut Transparenzberichten der großen sozialen Netzwerke erfolgt die überwältigende Mehrheit der Löschungen wegen Verstößen gegen Gemeinschaftsstandards.¹⁸³ Der ursprünglich vorgesehene Regelungsvorschlag wäre also weitgehend ins Leere gegangen, wovon Rechtswissenschaftler in Stellungnahmen im Ausschuss gewarnt hatten.¹⁸⁴ Der Ansatz des erweiterten NetzDG setzt inhaltlich auch weiterhin auf Regulation des Verfahrens. Insbesondere die halbjährlichen Transparenzberichte und die in § 5a neu vorgesehene Öffnung für die Forschung sollen dafür sorgen, dass zukünftige gesetzgeberische Maßnahmen zielgenauer ansetzen können. Ferner wird in der Novelle klargestellt, dass § 5 Abs. 1 NetzDG, der die Benennung eines inländischen Zustellungsbevollmächtigten verlangt, auch für Wiederherstellungsklagen gilt.¹⁸⁵ Hiermit soll Nutzern die Prozessführung gegen Plattformen, die ihren EU-Sitz meist in Irland haben, erleichtert werden.

Eine privatrechtsgestaltende Wirkung kann dem NetzDG dagegen auch weiterhin nicht entnommen werden. Das Gegendarstellungsverfahren ist entsprechend dem allgemeinen Ansatz des NetzDG ein Verfahrensinstrument. Als solches kann es zwar zu erhöhter selbstregulatorischer Aufmerksamkeit bei den Plattformbetreibern führen und so indirekt die Löschpraxis begrenzen¹⁸⁶ – beispielsweise hat *Facebook* im Oktober 2020 ein „Oversight Board“ eingeführt, das als eine Art konzerninternes Gericht Löschentscheidungen überprüft und kassiert¹⁸⁷. Inhaltliche Einschränkungen bestimmt das NetzDG jedoch noch immer nicht. Es gibt nicht vor, *welche* Arten von Löschungen in einem Gegenvorstellungsverfahren zur Wiedereinstellung führen müssen. Entsprechend enthält die Gesetzesnovelle entgegen einer Forderung in einem oppositionellen Antrag¹⁸⁸ auch keine Aussage zur Grundrechtsbindung sozialer Netzwerke. Eine klare einfachgesetzliche Verpflichtung der Plattformbetreiber

¹⁸³ Exemplarisch der *Facebook*-Transparenzbericht vom Januar 2021, abrufbar unter: <https://about.fb.com/de/wp-content/uploads/sites/10/2021/01/Facebook-NetzDG-Transparenzbericht-Januar-2021.pdf> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021).

¹⁸⁴ Exemplarisch *Liesching*, Stellungnahme zum NetzDG, 2020, S. 5 f.

¹⁸⁵ *BMJV*, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes, abrufbar unter: https://www.bmju.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Aenderung_NetzDG.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (zuletzt abgerufen am 11.7.2021).

¹⁸⁶ Vgl. *Wielsch*, Die Ordnungen der Netzwerke. AGB – Code – Community Standards, in: *Eifert/Gostomzyk*, Netzwerkrecht, 2018, S. 61 (94).

¹⁸⁷ Bekanntgabe der ersten Fallentscheidungen des *Oversight Board*, abrufbar unter: <https://www.oversightboard.com/news/165523235084273-announcing-the-oversight-board-s-first-case-decisions/> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021).

¹⁸⁸ BT-Drucks. 19/5950, S. 4.

auf die Meinungsfreiheit wäre zwar „rechtspolitisch wünschenswert“,¹⁸⁹ dies nicht zuletzt deshalb, weil sie einen Rückgriff auf eine vermeintliche „unmittelbare Drittwirkung“ der Grundrechte obsolet werden ließe. Durch den verfahrensorientierten Ansatz der NetzDG-Neufassung wird die inhaltliche Kontrolle der Gemeinschaftsstandards, an die das Gegenvorstellungsverfahren anknüpft, aber wohl auch weiterhin dem Vertragsrecht und damit kompetenziell der Judikative überlassen bleiben.¹⁹⁰ Dabei bleibt zu hoffen, dass das *BVerfG* in einem zu erwartenden Grundsatzurteil die grundgesetzlichen Grenzen der Kompetenz, die es etwa beim *EuGH* mit strenger Hand zieht,¹⁹¹ auch hinsichtlich seiner selbst beachtet.

II. Ergänzung des (EG)BGB um formularmäßige AGB

Der Forderung, sich der Meinungsfreiheit auf sozialen Netzwerken auf dem parlamentarischen Wege anzunehmen, schließen sich auch *Biesenbach* und *Schwartzmann* an. Sie schlagen allerdings vor, dies über eine Änderung des AGB-Rechts zu erreichen. Die momentanen Vorschriften wie etwa die interpretationsoffene Generalklausel des § 307 Abs. 1 S. 1 BGB seien unzureichend, um Plattformbetreibern eine gangbare rechtliche Orientierung für die Vertragsgestaltung zu schaffen. Wie es im Zivilrecht etwa von der Widerrufsbelehrung für Finanzdienstleistungen (Anlage 3 zu Art. 246 § 2 Abs. 3 EGBGB) bekannt ist, sollen daher auch für Plattformnutzungsverträge Muster-AGB im BGB oder EGBGB verankert werden. Fügten Netzwerkbetreiber dieses Musterformular in ihre AGB ein, könne zwar noch die rechtskonforme Durchsetzung der Klauseln, jedoch nicht mehr der Vertragstext selbst gerichtlich verworfen werden. Das AGB-Recht sei dann – ebenso, wie es effektiv etwa durch die Rechtsprechung des *OLG München* geschieht – verfassungskonform überformt.¹⁹²

Der Vorschlag ist schon deshalb zu befürworten, weil er praxisnah an die Vorschriften der AGB-Kontrolle anknüpft, die bereits nach geltendem Recht den Prüfungsmaßstab für die Gemeinschaftsstandards von *Facebook* und Co. vorgeben. Er bedient sich der Mittel des Vertragsrechts und fügt sich in den dogmatischen Kontext des BGB ein. Ein weiterer entscheidender Vorteil besteht darin, dass durch die Muster-AGB Rechtssicherheit geschaffen würde. Dies gilt nicht nur für die Netzwerkbetreiber, die sich momentan bei der Frage, inwieweit Meinungsäußerungen eingeschränkt werden dürfen, einer uneinheitlichen und

¹⁸⁹ *Lang* (Fn. 8), S. 245.

¹⁹⁰ *Friebe* (Fn. 23), S. 1699.

¹⁹¹ *BVerfG*, NJW 2020, 1647 ff.

¹⁹² *Biesenbach/Schwartzmann* (Fn. 71).

von inhaltlichen Widersprüchen geprägten Jurisdiktion ausgesetzt sehen. Auch Gerichte wären nicht mehr gezwungen, zur Wahrung des Grundrechtsschutzes unter dem Deckmantel der mittelbaren Drittwirkung auf rechtsstaatlich dubiose Methoden zurückzugreifen. Zu begrüßen ist insbesondere die Anregung, Plattformbetreibern im engen Rahmen zuzugestehen, auch nicht strafbare Hassrede zu löschen, beispielsweise eine Beleidigung schon vor der Grenze des § 185 StGB zu entfernen, wenn die Diffamierung der Person und nicht das Sachargument im Vordergrund steht. Damit würde nicht nur dem „Hausrecht“ von Forenbetreibern immerhin ein Mindestmaß an Geltung zuerkannt, sondern auch die asynchrone Kommunikationsstruktur sozialer Medien berücksichtigt, welche die Tendenz zum Kontrollverlust in sich trägt.

Klar ist allerdings auch, dass formularmäßige AGB nicht isoliert ins BGB eingefügt werden können. Wünschenswert ist deshalb allgemein, dass sich die gesellschaftliche Relevanz sozialer Netzwerke und deren Reglementierungsbedarf durch das Vertragsrecht in der weiteren Entwicklung des BGB niederschlägt. Ein erster Schritt in diese Richtung wäre die Verankerung des Plattformnutzungsvertrages als eigenem Vertragstyp im BGB, an den etwa Muster-AGB anknüpfen könnten.

III. EU-Regulierung: Digitale-Dienste-Gesetz

Im Rahmen der EU-Digitalstrategie stellte die EU-Kommission Ende 2020 einen Vorschlag für eine Digitale-Dienste-Verordnung (Digital Services Act, DSA)¹⁹³ vor, die in ersten Reaktionen als „Plattformgrundgesetz“¹⁹⁴ gefeiert wurde. Sie soll die auf EU-Ebene bisher einschlägige E-Commerce-Richtlinie¹⁹⁵ fortentwickeln. Auch der *overblocking*-Problematik nimmt sich die EU-Kommission in ihrem Vorschlag an und prognostiziert, der DSA werde „das Risiko irrtümlicher oder ungerechtfertigter Sperrungen (...) mindern, die abschreckenden Wirkungen auf die freie Meinungsäußerung verringern, die Informations- und Meinungsfreiheit fördern und die Rechtsbehelfsmöglichkeiten der Nutzer stärken.“¹⁹⁶ Die für die Problematik

¹⁹³ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über einen Binnenmarkt für digitale Dienste (Gesetz über digitale Dienste) und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG, COM (2020) 825 final.

¹⁹⁴ Kipker, Monatliches Themenupdate aus den Bereichen Digitalisierung, Datenschutz und Cybersecurity – Ausgabe Juli 2020, MMR-Aktuell 2020, 431180.

¹⁹⁵ Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8.6.2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“).

¹⁹⁶ Europäische Kommission (Fn. 193), deutsche Fassung, S. 14.

relevanteste Vorschrift findet sich in Art. 12 des Entwurfes, dessen Abs. 1 sozialen Plattformanbietern hinsichtlich der „Richtlinien, Verfahren, Maßnahmen und Werkzeuge“ ihrer Inhaltsmoderation weitgehende Transparenzpflichten in den AGB auferlegt. Interessant im hiesigen Kontext ist aber besonders Abs. 2: Bei der Durchsetzung inhaltsbeschränkender Community-Standards haben die Anbieter „sorgfältig, objektiv und verhältnismäßig“ vorzugehen und die „Rechte und Interessen aller Beteiligten“ sowie die Charta-Grundrechte der Nutzer zu beachten. Diese Regelung geht insofern in beachtlicher Weise über die Vorgaben selbst der neuen Fassung des NetzDG hinaus, als sie den Plattformen – ergänzend zur AGB-Kontrolle nach dem BGB – nicht nur verfahrensrechtliche, sondern auch materielle Vorgaben macht. Der DSA-Entwurf konstatiert im Gegensatz zum NetzDG, dass das Rechtsverhältnis zwischen sozialen Netzwerken und ihren Nutzern Gefahren für die Meinungsfreiheit mit sich bringt, für deren Bewältigung das allgemeine Vertragsrecht als Rahmen nicht ausreicht. Hervorzuheben ist besonders die Bindung der Plattformbetreiber an Objektivität und Verhältnismäßigkeit. Ob Art. 12 der bisherigen Fassung eine Verabsolutierung der Freiheit der Meinungsäußerung des Art. 11 EU-GrRCh bezweckt, ist zu bezweifeln, da die von den Plattformen zu beachtenden „Rechte und Interessen aller Beteiligten“ auch deren eigene Charta-Grundrechte umfassen dürften. Jedenfalls aber wird der DSA einen spezialgesetzlichen Anknüpfungspunkt vorgeben, der zukünftig auch deutschen Gerichten die Beurteilung von Wiederherstellungsklagen erleichtern und der rechtsstaatlich bedenklichen Überfrachtung der AGB-Kontrolle Einhalt gebieten könnte.

Wie erheblich der Anpassungsaufwand ist, der auf *Facebook* und Co. infolge des DSA zukommt, wird die weitere Diskussion zeigen, die bezüglich des DSA noch in den Kinderschuhen steckt.¹⁹⁷ Viele Stakeholder tragen hierzu bei und ein Inkrafttreten ist vor 2022 nicht zu erwarten.¹⁹⁸

H. Zusammenfassung der Ergebnisse

Mit dem NetzDG ist die Bundesregierung dem Problem der *hate speech* entgegengetreten, da es für Universalnetzwerke einen Anreiz schafft, rechtswidrige Inhalte zu entfernen. Gleichzeitig begünstigt es *overblocking*, welches in Gemeinschaftsstandards eine vertragliche Absicherung erfährt. Das

¹⁹⁷ Berberich/Seip, Der Entwurf des Digital Services Act, GRUR-Prax 2021, 4 (6 f.).

¹⁹⁸ Podszun/Langenstein, Gatekeeper im Visier, Legal Tribune Online v. 16.12.2020, abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/eu-digital-wirtschaftsregulierung-plattformen-intermediaere-dsa-dma-kommission-datenschutz-kartellrecht/> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021).

neu eingeführte Gegendarstellungsverfahren fordert lediglich eine Rechtfertigung von Löschungen nach vertraglich eingefügten Löschkriterien. Die materielle Inhaltskontrolle von Gemeinschaftsstandards sozialer Netzwerke bleibt gegenwärtig Aufgabe der Gerichte.

Entgegen der privatautonomen Grundvorstellung des BGB begrenzt die mittelbare Drittwirkung der Meinungsfreiheit den privatrechtlichen Gestaltungsspielraum sozialer Netzwerkbetreiber in erheblichem Maße. Community-Standards unterliegen als AGB dem § 307 Abs. 1 S. 1 BGB, bei dessen Auslegung die Fachgerichte den Einfluss der grundrechtlichen Werteordnung beachten. Daraus ergeben sich starke Begrenzungen hinsichtlich meinungsfreiheitssensibler Inhaltsbeschränkungen. Aus der Verankerung der mittelbaren Drittwirkung in der Schutzpflichtenlehre ergeben sich jedoch auch ihre Begrenzungen: Die Meinungsfreiheit wirkt nicht in der Weise auf § 307 Abs. 1 S. 1 BGB ein, dass gewinnorientierte Privatunternehmen das Konzept der Meinungsfreiheit „in Gänze zu verwirklichen“¹⁹⁹ hätten. Ein solches Vorrangverhältnis käme effektiv einer unmittelbaren Drittwirkung gleich. Diese ist nach aktuellem Diskussionsstand nicht anerkannt und erforderte eine – zumindest partielle – Neuausrichtung der Grundrechtsdogmatik im Sinne der Begründung einer horizontalen Grundrechtsfunktion, die eigenständig neben Abwehr- und Schutzfunktion der Grundrechte stünde. Verabsolutiert ein Fachgericht die Meinungsfreiheit daher in der beschriebenen Weise, handelt es *ultra vires*, da sich seine Kompetenz auf die Auslegung des einfachen Rechts beschränkt.

Doch auch einer expliziten Anerkennung der unmittelbaren Horizontalwirkung der Grundrechte durch das *BVerfG*, die Mindestvoraussetzung für eine staatsgleiche Bindung Privater wäre, stehen verfassungsrechtliche Einwände entgegen. Sie birgt das Potenzial, gesetzgeberische Entscheidungsspielräume auszuhöhlen. Demgemäß ist auch das in der *Stadionverbot*-Entscheidung ausgesprochene verfassungsrechtliche Verbot einer Diskriminierung bei Vertragsschluss – deren praktische Relevanz ohnehin fraglich ist – unzulässig, soweit eine Gesamtanalogie zu §§ 826 BGB, § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB, § 19 AGG nicht gezogen wird. Gesetzesvertretendes Richterrecht muss ein vorläufiger Notbehelf bleiben und kann nicht in der Weise angewandt werden, wie es im Zusammenhang mit sozialen Netzwerken geschehen ist.

Sollte Art. 12 der Digitale-Dienste-Verordnung in der jetzigen Entwurfsfassung in Kraft treten, könnte dieser einen speziellen einfachgesetzlichen

¹⁹⁹ So auch *LG Heidelberg*, MMR 2018, 773 (775), Rn. 34.

Anknüpfungspunkt liefern, anhand dessen das Inhaltsmanagement durch soziale Plattformen von nationalen Gerichten zu kontrollieren wäre. Damit würde der Weg über den unspezifischeren § 307 Abs. 1 S. 1 BGB an Bedeutung verlieren. Einen ähnlichen Effekt könnte die Verankerung des Netzwerknutzungsvertrages mitsamt formularmäßigen Muster-AGB in BGB oder EGBGB haben. Die weitere Entwicklung bleibt hier abzuwarten.

Hannah Stahl*

Wie wird der Richter zum Klimaschützer? – Die gerichtliche Verpflichtung des Staates zur Senkung seiner CO₂-Emissionen am Beispiel des niederländischen Falls „*Urgenda*“

Abstract

Am 20.12.2019 verurteilte das höchste Zivilgericht der Niederlande den eigenen Staat rechtskräftig zur Senkung seiner Treibhausgasemissionen auf Grundlage der Artt. 2 und 8 EMRK. Der Beitrag nimmt die in diesem europäischen Pionierurteil aufgeworfenen Rechtsfragen zum Anlass, die Möglichkeiten und Grenzen einer gerichtlichen Verpflichtung zur Senkung der CO₂-Emissionen in Deutschland zu erörtern.

On 20 December 2019, the *Supreme Court of the Netherlands* sentenced its own state to drastically reduce its greenhouse gas emissions. This article aims to depict how, why and at what risk a court may obligate a state to such a reduction by pointing out the major legal questions of the Dutch lawsuit and comparing them to provisions of German public law.

* Die Verfasserin studiert Rechtswissenschaften im achten Semester an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg und arbeitet als studentische Hilfskraft am Institut für deutsches und europäisches Verwaltungsrecht. Der Beitrag entstand im Sommersemester 2020 im Rahmen eines Seminars für Umweltrecht von Prof. *Dr. Wolfgang Kahl*.

A. Einleitung

„Die juristisch erfolgreichste Klimaklage“¹, „a remarkable ruling“² – das sogenannte „*Urgenda*-Urteil“ sorgt international für Aufsehen.³ Erstmals wurde ein Staat im europäischen Raum rechtskräftig zur Senkung seiner Treibhausgasemissionen verurteilt.⁴ Gesprochen vom *Hoge Raad*, dem höchsten Zivilgericht der Niederlande am 20.12.2019, hat die Entscheidung drastische Auswirkungen auf die Politik der derzeitigen niederländischen Regierung. So gilt nun seit dem 16.3.2020 zwischen 6 und 19 Uhr auf niederländischen Autobahnen ein Tempolimit von 100 km/h. Des Weiteren werden Landwirte durch Subventionen dazu animiert, ihre Schweinemastbetriebe zu klimafreundlicheren Projekten umzugestalten.⁵ Die Politik greift erkennbar zu aktiven Maßnahmen – damit scheint ein Traum vieler Klimaschützer wahr zu werden. Der Einsatz der Judikative als Staatsgewalt der Rechtsanwendung und -durchsetzung könnte ein Hoffnungsträger für effektiveren Klima- und Artenschutz sein. Doch können Richter tatsächlich zu „Klimaaktivisten“ werden?⁶ Der gangbare rechtliche Weg, um den Staat per Gerichtsurteil zur Senkung seiner Treibhausgasemissionen zu verpflichten, wird sowohl von dem Begehren des Klägers als auch von der Rechtsnatur des Klagegegenstands abhängen. Die Realität zeigt, wie weit das Spektrum reichen kann. Während einerseits politische Dokumente wie regierungsinterne Klimapläne angegriffen werden,⁶ kann andererseits das Untätigbleiben einer Regierung dazu führen, dass sie zur Einführung von CO₂-senkenden Maßnahmen verurteilt wird.⁷ Einen klar vorgezeichneten Weg für eine Klimaklage, sei es auf nationaler oder internationaler Ebene, gibt es auch auf Grund der Neuartigkeit des Phänomens noch nicht.

Auf diesem noch eher unbekanntem Terrain hebt sich der Erfolg des Klägers im Rechtsstreit „*Urgenda* gegen die Niederlande“ besonders hervor. Entsprechend

¹ *Wegener*, *Urgenda – Weltrettung per Gerichtsbeschluss?*, ZUR 2019, 3 (6).

² *Verschuuren*, *Review of European Comparative & International Environmental Law* 2019, Band 28, Heft 1, S. 94 (94).

³ *Hoge Raad*, Urt. v. 20.12.2019 – Rs. 19/00135, ECLI:NL:HR:2019:2006, englischsprachige Übersetzung abrufbar unter: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:HR:2019:2007> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021).

⁴ Anders im internationalen Vergleich, so stellte das höchste Gericht von Pakistan in seinem Urteil im Fall *Leghari vs. Federation of Pakistan* im September 2015 eine Grundrechtsverletzung durch unzureichende Klimaschutzmaßnahmen der Regierung fest, vgl. *Peel/Osofsky*, *A Rights Turn in Climate Change Litigation?*, TEL 2018, 37 (38).

⁵ So bspw. Umgestaltung eines Schweinemastbetriebs in eine Einrichtung für Pflegebedürftige: DIE ZEIT, „Schwein gehabt“, 07/2020, S. 7.

⁶ Vgl. *VG Berlin*, Urt. v. 31.10.2019 – 10 K 412.18 (juris).

⁷ *U.S. Court of Appeals, Juliana et al. vs. United States*, 4.6.2019, 217 F- supp. 3d 1224.

soll vorliegend eine Analyse dieses Rechtsstreites zum Anlass genommen werden, um die Möglichkeiten und Grenzen einer gerichtlichen Verpflichtung zur Senkung der CO₂-Emissionen in Deutschland zu erörtern. In Anbetracht der Fülle an Fragen, welche im Zusammenhang mit einer solchen Klage diskutiert werden können, reduzieren sich die folgenden Ausführungen auf diejenigen Fragen, welche sich konkret im *Urgenda*-Rechtsstreit gestellt haben.

Nach einer Darstellung des niederländischen Urteils mit dem Fokus auf die materiell-rechtliche Herleitung der Urteilsbegründung soll dazu nachfolgend erläutert werden, wie sich die Hürde der Zulässigkeit einer Klage in Deutschland, insbesondere im Hinblick auf die Klagebefugnis von Umweltverbänden, nehmen ließe. Da auch in Deutschland bereits das *VG Berlin* mit einem Rechtsstreit konfrontiert war, der dem *Urgenda*-Fall in seiner Konstellation sehr ähnelte,⁸ behandelt der vorliegende Beitrag Klimaschutzklagen im Kontext der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit. Daran anknüpfend steht die Herleitung materieller Schutzpflichten der Kläger im Vordergrund. Zuletzt gilt es, die Bedeutung eines „CO₂-Senkungsurteils“ im Hinblick auf den Grundsatz der Gewaltenteilung kritisch zu beleuchten, um so abschließend ein Fazit ziehen zu können, inwiefern der Richter zum Klimaschutz beitragen kann.

B. Der Rechtsstreit „*Urgenda* gegen die Niederlande“

Mit seinem Urteil vom 20.12.2019 hat der *Hoge Raad* den niederländischen Staat verpflichtet, seine Treibhausgasemissionen um 25 % im Vergleich zum Niveau des Jahres 1990 zu senken. Im Ergebnis bestätigt das Gericht damit die Entscheidungen der beiden vorangegangenen Instanzen, der *Rechtbank Den Haag*⁹ und des *Gerechtshof Den Haag*.¹⁰

I. Die Zulässigkeit der Klage

1. Kläger, Klagegegenstand, Klagebefugnis

Klägerin war die Nichtregierungsorganisation *Urgenda*, welche sich für die Eindämmung des Klimawandels einsetzt. Sie verlangte eine Verpflichtung des

⁸ Vgl. *VG Berlin*, Urt. v. 31.10.2019 – 10 K 412.18 (juris).

⁹ *Rechtbank Den Haag*, Urt. v. 24.6.2015 – Rs. C/09/456689/ HA ZA 13-1396, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145, englischsprachige Übersetzung abrufbar unter: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2015:7196> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021).

¹⁰ *Gerechtshof Den Haag*, Urt. v. 9.10.2018 – Rs. 200.178.245/01, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591, englischsprachige Übersetzung abrufbar unter: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:GHDHA:2018:2610> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021).

Staates zur Senkung seiner Treibhausgasemissionen um 40 % bis Ende 2020, zumindest jedoch um 25 % im Vergleich zum Referenzjahr 1990, anstelle der von der niederländischen Regierung vorgesehenen 20 %. Dafür berief sie sich auf die Verletzung der staatlichen Schutzpflichten, einerseits herzuleiten aus Art. 6:162(2) niederländisches Zivilgesetzbuch (BW), sowie andererseits aus Art. 2, Art. 8 der EMRK.¹¹ Die Verletzung ergebe sich daraus, dass es dem niederländischen Staat ohne eine Mindestsenkung um 25 % nicht möglich sei, seinen Verpflichtungen aus dem Pariser Abkommen zur Eindämmung des globalen Temperaturanstiegs um weniger als 2 °C gerecht zu werden. Das Verfehlen dieses Ziels werde schwere Klimaveränderungen zur Folge haben, welche für die in Artt. 2 und 8 EMRK geschützten Rechte der niederländischen Bevölkerung gefährlich würden. Die sich daraus ergebende Rechtsverletzung könne *Urgenda* im Interesse der Bevölkerung geltend machen.

An dieser Stelle profitierte die Klägerin von einer Sonderregelung im niederländischen Zivilrecht. Die Rechtsnatur von *Urgenda* entspricht nach niederländischem Recht der einer Stiftung.¹² Gemäß Art. 3:305a BW ist es dieser möglich, ihre und fremde Interessen vor Gericht einzuklagen.¹³ Entsprechend konnte *Urgenda* ihre Klage auf diese Rechtsnorm stützen und war somit klagebefugt.

2. Klagegegner

Klagegegner war der niederländische Staat. Auch dieser hat das Erfordernis zur Senkung der Treibhausgasemissionen auf Basis der von *Urgenda* angeführten wissenschaftlichen Belege anerkannt, ebenso wie seine Verpflichtung aus dem Pariser Abkommen zur Einhaltung der Zwei-Grad-Grenze.¹⁴ Jedoch verfolgten die Niederlande das CO₂-Reduktionsziel der EU i. H. v. 20 % bis Ende 2020.¹⁵ Entsprechend sah der Staat eine Erhöhung auf 25 – 40 % weder als erforderlich noch als verpflichtend an. Die Ziele des AR4-Protokolls als Grundlage der Zwei-Grad-Grenze des Pariser Abkommens seien nicht rechtlich verpflichtend. Auch seien aus Artt. 2, 8 EMRK keine Schutzpflichten abzuleiten. Insbesondere

¹¹ *Hoge Raad*, Urt. v. 20.12.2019 – Rs. 19/00135, ECLI:NL:HR2019:2006, Abschnitt 2.2.2, englischsprachige Übersetzung abrufbar unter: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:HR:2019:2007> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021).

¹² *Ebd.*, Abschnitt 2.2.1.

¹³ *Ebd.*, Abschnitt 2.2.1.

¹⁴ *Ebd.*, Abschnitt 7.4.1.

¹⁵ *Ebd.*, Abschnitt 7.4.2.

widersprüche es dem Grundsatz der Gewaltenteilung, wenn ein Gericht die gesetzgeberische Aufgabe wahrnehme, Emissionsziele festzulegen.¹⁶

II. Die Begründetheit der Klage

In der Sache befasste sich der *Hoge Raad* mit zwei Fragestellungen. Erstens analysierte er, ob der niederländische Staat verpflichtet ist, seine Treibhausgasemissionen um mindestens 25 % zu senken, um zweitens zu beantworten, ob er als Gericht die Durchsetzung dieser Pflicht anordnen darf.

1. Rechtliche Pflicht zur Senkung der Treibhausgasemissionen aus der EMRK

Kern des Urteils ist die Herleitung staatlicher Handlungspflichten direkt aus der EMRK.¹⁷ Dabei geht das Gericht in vier Schritten vor.

a) Grundlage: der aktuelle Stand der Wissenschaft

Einleitend beginnt das Urteil mit der Darstellung der wissenschaftlichen Erkenntnisse, auf deren Basis die im Folgenden aufgeführten völkerrechtlichen Übereinkommen geschlossen wurden.¹⁸ Dabei werden die Forschungsergebnisse zugrunde gelegt, anhand derer das *Intergovernmental Panel on Climate Change* (IPCC) seine Berichte verfasst.

Im Wesentlichen wird festgestellt, dass die weltweiten Treibhausgasemissionen in den letzten Jahrzehnten um 2 % jährlich gestiegen sind. Dies führt zu einer stetigen Erwärmung des Klimas. Sollte die Temperatur um mehr als 2 °C ansteigen, könnte es zur Überschreitung der Toleranzschwelle kommen und sich das Klima abrupt und in unvorhersehbarer Weise ändern. Folgen wären beispielsweise ein Anstieg des Meeresspiegels und Überflutungen, Hitze und Dürreperioden, vermehrte Ausbreitung von Krankheiten und Wassermangel. Um dies zu verhindern, dürfen die globalen Treibhausgasemissionen bis Ende 2100 ein Niveau von 430 – 450 ppm (parts per million) nicht übersteigen. Da das

¹⁶ *Hoge Raad*, Urt. v. 20.12.2019 – Rs. 19/00135, ECLI:NL:HR2019:2006, Abschnitt 2.2.3, englischsprachige Übersetzung abrufbar unter: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:HR:2019:2007> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021).

¹⁷ Da das Berufungsgericht seine Entscheidung allein auf die Artt. 2, 8 EMRK stützte, überprüfte der *Hoge Raad* als Revisionsinstanz auch nur, ob sich aus diesen beiden Normen des internationalen Rechts nationale Handlungspflichten ergeben könnten.

¹⁸ *Hoge Raad*, Urt. v. 20.12.2019 – Rs. 19/00135, ECLI:NL:HR2019:2006, Abschnitt 2.1. ff., englischsprachige Übersetzung abrufbar unter: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:HR:2019:2007> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021).

aktuelle Niveau bereits bei 401 ppm liegt, müssen zeitnah die Emissionen weltweit reduziert werden.¹⁹

Auf Basis dieser Informationen wurden zahlreiche internationale Klimaabkommen geschlossen. Besonders relevant ist das Abkommen der Vereinten Nationen über Klimaänderungen in New York von 1992 (UNFCCC). Dort verpflichteten sich die Industrienationen unter den Vertragsparteien, inklusive den Niederlanden und Deutschland, als Annex I-Länder in einer Vorreiterstellung gegenüber den Entwicklungsländern zur Reduktion ihrer Treibhausgasemissionen. 2004 wurden die Reduktionsziele durch den vierten Sachstandsbericht (AR4) des IPCC neu konkretisiert. Er hält eine Reduktion der Treibhausgase von 25 – 40 % im Vergleich zum Referenzjahr 1990 für alle Annex I-Länder des UNFCCC für erforderlich. Das UNFCCC und der AR4 bilden die wissenschaftliche und rechtliche Grundlage für das Pariser Abkommen von 2015.

b) Schutzpflichten aus der EMRK – Auslegung der Artt. 2, 8 EMRK

Die EMRK genießt in der Normenhierarchie der Niederlande Vorrang vor nationalem Recht jeden Ranges.²⁰ Gemäß Artt. 93, 94 der niederländischen Verfassung muss jedes Gericht die Bestimmungen der EMRK, zu deren Anwendung Art. 1 EMRK alle Vertragsparteien verpflichtet, direkt anwenden.²¹ Zur Herleitung der Schutzpflichten des Staates stützt sich der *Hoge Raad* auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (*EGMR*). Danach seien aus dem Schutz des Lebens in Art. 2 Abs. 1 EMRK sowie der Familie in Art. 8 Abs. 1 EMRK positive Pflichten zum Schutze der Bevölkerung des Nationalstaats abzuleiten, wenn eine reale und unmittelbare Gefahr für das Schutzgut bestehe. Letzteres läge auch dann vor, wenn die Gefahr zwar tatsächlich bestünde, sich aber erst langfristig realisieren werde.²² Um der Rechtsweggarantie des Art. 13 EMRK gerecht zu werden, müsse bei insoweit

¹⁹ *Hoge Raad*, Urt. v. 20.12.2019 – Rs. 19/00135, ECLI:NL:HR2019:2006, Abschnitt 2.1. ff., englischsprachige Übersetzung abrufbar unter: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:HR:2019:2007> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021).

²⁰ *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Aufl. 2016, § 3 Rn. 2.

²¹ *Hoge Raad*, Urt. v. 20.12.2019 – Rs. 19/00135, ECLI:NL:HR2019:2006, Abschnitt 5.6.1, englischsprachige Übersetzung abrufbar unter: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:HR:2019:2007> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021).

²² *Ebd.*, Abschnitt 5.2.2.

konkretisierter Gefahr die Geltendmachung einer Rechtsverletzung direkt aus der EMRK möglich sein.²³

c) Anwendbarkeit der Artt. 2, 8 EMRK im Klimaschutz

aa) Verletzung des Schutzbereiches

Nach der Auslegungsmethode der „gemeinsamen Grundlage“ des *EGMR* sind Artt. 2 und 8 EMRK zur Wahrung des Effektivitätsgrundsatzes im Lichte des inhaltlich relevanten Völkerrechts zu interpretieren. Dies ergebe sich aus Art. 31 Abs. 1, 3 der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK).²⁴ Solch relevante Regelungen lägen im Bereich des Klimaschutzes in Form des UNFCCC, des AR4 und der folgenden Klimaabkommen der UN durch die Konferenzparteien (COPs), insbesondere des Pariser Abkommens von 2015, vor. Durch die Folgen des Klimawandels in Form von Hitze, Trockenheit und Nahrungsmangel sowie der Erhöhung von gesundheitlichen Risiken bestehe eine reale und unmittelbare Gefahr für das Schutzgut Leben sowie für das Privat- und Familienleben.²⁵ Ein steigender Meeresspiegel werde dazu führen, dass Teile der Niederlande unbewohnbar werden. Auch schließe die Tatsache, dass sich die Gefahr erst in einigen Jahrzehnten realisieren könnte und somit hauptsächlich den jüngeren Teil der Bevölkerung betrifft, eine bereits vorliegende Rechtsverletzung im Hinblick auf Schutzmaßnahmen nicht aus. Bereits die hinreichende Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts mache für eine hohe Effektivität sofortige Maßnahmen erforderlich.²⁶ Angesichts der Gefahr stehe bezüglich des „Ob“ der Maßnahmen dem Staat auch kein Ermessensspielraum zu, nur bezüglich des „Wie“ sei er in der Wahl des Mittels frei.²⁷ Diese Verpflichtung bestehe gegenüber allen Bürgern der Niederlande. Entsprechend der Vorgabe aus Art. 9 Abs. 3 Aarhus-Konvention und aus Art. 13 EMRK müsse Art. 3:305a BW auch die Möglichkeit umfassen, Pflichten aus der EMRK stellvertretend für die niederländische Bevölkerung geltend zu machen.²⁸

²³ *Hoge Raad*, Urt. v. 20.12.2019 – Rs. 19/00135, ECLI:NL:HR2019:2006, Abschnitt 5.5.1 ff., englischsprachige Übersetzung abrufbar unter: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:HR:2019:2007> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021).

²⁴ *Ebd.*, Abschnitt 5.4.1 f.

²⁵ *Ebd.*, Abschnitt 5.6.2.

²⁶ *Ebd.*

²⁷ *Ebd.*, Abschnitt 5.3.2.

²⁸ *Ebd.*, Abschnitt 5.9.2.

bb) Globale Herausforderung – geteilte Verantwortung?

Des Weiteren stellt der *Hoge Raad* fest, dass auch hinsichtlich der globalen Herausforderung des Klimawandels der einzelne Staat allein für seinen Klimaschutzbeitrag verantwortlich bleibt. Weder sei es möglich, sich auf Nichteinhaltung der Klimaziele anderer Staaten zu berufen, noch könne berücksichtigt werden, dass die Niederlande allein nur einen kleinen Beitrag zur Senkung der globalen CO₂-Emissionen beitragen können. Zum einen verpflichtete die UNFCCC in ihrer Präambel jeden Staat zu einem Klimaschutzbeitrag.²⁹ Zum anderen würde der Schutzmechanismus des Art. 13 EMRK unterlaufen, wenn sich der betroffene Staat durch Hinweis auf die mangelnde Pflichterfüllung anderer Staaten seiner Verantwortung gegenüber seiner Bevölkerung entziehen könnte.³⁰ Außerdem schaffe jede Einsparung an Treibhausgasen mehr Raum im „CO₂-Budget“, was das Eintreten der Gefahren des Klimawandels verlangsamt.³¹

d) *Rechtsverletzung auf Grund der staatlichen Bindung an völkerrechtliche Reduktionsziele*

In einem vierten Schritt begründet der *Hoge Raad* die hergeleitete Verpflichtung, indem er die zitierten umweltrechtlichen Regelungen des Völkerrechts für die Niederlande als Annex I-Land als rechtlich verbindlich bewertet. Dies ergebe sich einerseits aus dem internationalen Konsens über die Notwendigkeit der Einhaltung der Richtwerte, welchen die internationale Gemeinschaft durch den Abschluss völkerrechtlicher Verträge zum Ausdruck bringe.³² Dies gelte insbesondere für die Annex I-Länder. Zwar waren die Resolutionen der COP nicht rechtsverbindlich.³³ Aber sowohl das UNFCCC als auch das Pariser Abkommen beruhten auf der individuellen Verantwortung der Staaten, mit der sie sich selbst zur Einhaltung der Richtwerte verpflichten. Andererseits seien den Niederlanden die Dringlichkeit des Handlungsbedarfs seit längerer Zeit bekannt gewesen.³⁴ In Anbetracht des hohen Prozentsatzes an niederländischen

²⁹ *Hoge Raad*, Urt. v. 20.12.2019 – Rs. 19/00135, ECLI:NL:HR2019:2006, Abschnitt 5.7.3, englischsprachige Übersetzung abrufbar unter: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:HR:2019:2007> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021).

³⁰ *Ebd.*, Abschnitt 5.7.9.

³¹ *Ebd.*, Abschnitt 5.7.8.

³² *Ebd.*, Abschnitt 7.2.1 ff.

³³ *Ebd.*, Abschnitt 2.1. (13).

³⁴ *Ebd.*, Abschnitt 7.5.3.

Treibhausgasemissionen pro Kopf,³⁵ sowie der Dringlichkeit der Situation seien die völkerrechtlichen Pflichten für die Niederlande individuell verbindlich.

2. Zulässigkeit der gerichtlich ausgesprochenen Verpflichtung

Nach Ansicht der Niederlande ist die Verpflichtung des Staates zur Senkung seiner Treibhausgasemissionen durch das Gericht aus zwei Gründen unzulässig. Erstens sei es Gerichten nicht erlaubt, den Gesetzgeber zum Tätigwerden zu zwingen, noch sei es zweitens ihre Aufgabe, politische Abwägungen im Rahmen der Entscheidungsfindung anzustellen.³⁶ Dem setzt der *Hoge Raad* zwei Einwände entgegen. Erstens sei das Gericht durch die niederländische Verfassung zum Rechtsschutz sowie zur Rechtsprechung in einem Fall verpflichtet. Solange das Gericht dem Gesetzgeber keine Pflicht zum Erlass eines Gesetzes mit ganz bestimmtem Inhalt vorgebe und so auch nicht ausdrücklich die Wirkung des Urteils auf unparteiliche Dritte ausweite, bewege sich das Gericht innerhalb des nach der niederländischen Verfassung und des erweiternden Gewohnheitsrechts zulässigen Rahmens.³⁷ Des Weiteren dienten die Erörterungen zur Situation der Niederlande im Hinblick auf seine Treibhausgasemissionen der Herleitung der Schutzpflichten aus Artt. 2, 8 EMRK, zu dessen Anwendung das Gericht bei Beeinträchtigung des Schutzbereichs gezwungen sei. Insofern bewege es sich nicht im politischen Wirkungsbereich des Gesetzgebers.³⁸

3. Ergebnis

Der *Hoge Raad* wies das Rechtsmittel ab. Die niederländische Bevölkerung, vertreten durch die Organisation *Urgenda*, kann aus Artt. 2, 8 EMRK eine Reduktion der niederländischen Treibhausgasemissionen um mindestens 25 % bis Ende 2020 im Vergleich zum Referenzjahr 1990 vom niederländischen Staat verlangen.

C. Übertragbarkeit der *Urgenda*-Idee – die Rechtslage in Deutschland

Ob ein ähnliches Urteil auch in einem anderen Signatarstaat der EMRK wie Deutschland möglich wäre, hängt zuerst davon ab, ob und wie eine auf eine staatliche Verpflichtung zur Senkung von Treibhausgasemissionen gerichtete

³⁵ *Hoge Raad*, Urt. v. 20.12.2019 – Rs. 19/00135, ECLI:NL:HR2019:2006, Abschnitt 7.3.4, englischsprachige Übersetzung abrufbar unter: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:HR:2019:2007> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021).

³⁶ *Ebd.*, Abschnitt 8.1.

³⁷ *Ebd.*, Abschnitt 8.2.7.

³⁸ *Ebd.*, Abschnitt 8.3.4.

Klage zulässig sein könnte. Während in den Niederlanden die Zivilgerichtsbarkeit zuständig war, wären in Deutschland bei Klagen gegen den Staat im Wesentlichen die Gerichte des öffentlichen Rechts zuständig.³⁹ Je nach Klagegegenstand und Klägerbegehren könnte entweder der Verwaltungsrechtsweg oder der Verfassungsrechtsweg, hier im Rahmen der Individualverfassungsbeschwerde, eröffnet sein.

I. Prozessual: der Verwaltungsrechtsweg

Da vorliegend der *Urgenda*-Rechtsstreit im Mittelpunkt steht, soll der in einem ähnlichen Rechtsstreit vor dem *VG Berlin* beschrittene Verwaltungsrechtsweg beispielhaft für die Möglichkeit einer „CO₂-Senkungsklage“ zur Darstellung einiger Aspekte herangezogen werden. In dem Rechtsstreit klagte eine Gruppe von Landwirten, unterstützt von dem Umweltverband *Greenpeace e. V.*, auf Einhaltung des „Aktionsprogramm Klimaschutz 2020“⁴⁰ der Bundesregierung, welcher eine Reduktion der deutschen Treibhausgase um 40 % bis Ende 2020 im Vergleich zum Referenzjahr 1990 vorsieht.⁴¹

1. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Für eine Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs müsste gemäß § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nicht-verfassungsrechtlicher Art vorliegen. Bezüglich der Justiziabilität des Klagegegenstands („rechtliche Streitigkeit“) dürften sich keine Schwierigkeiten ergeben, da nach allgemeiner Ansicht und der des *VG Berlin* auch nichtrechtliche Hoheitsakte, wenn sie eine staatsleitende Funktion haben, gemäß Art. 1 Abs. 3 GG rechtlicher Bindung unterliegen.⁴² Da bei Klagen des Bürgers gegen den Staat beide Beteiligte des Rechtsstreits nicht unmittelbar am Verfassungsleben beteiligt wären und über Rechtsbeziehungen streiten, welche nicht ausschließlich dem Verfassungsrecht angehören (Theorie der doppelten Verfassungsunmittelbarkeit),⁴³ wird neben dem Sonderfall der Individualverfassungsbeschwerde der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sein.⁴⁴ Etwas anderes könnte sich nur im Fall der Klage auf Erlass eines

³⁹ Zur Möglichkeit zivilrechtlicher Schadensersatzklagen vgl. *Saurer/Purnbagen*, Klimawandel vor Gericht – Der Rechtsstreit der Nichtregierungsorganisation „Urgenda“ gegen die Niederlande und seine Bedeutung für Deutschland, ZUR 2016, 16 (21 ff.).

⁴⁰ Aktionsprogramm Klimaschutz 2020 der Bundesregierung, abrufbar unter: <https://www.bmu.de/themen/klima-energie/klimaschutz/nationale-klimapolitik/aktionsprogramm-klimaschutz/> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021)

⁴¹ *VG Berlin*, Urt. v. 31.10.2019 – VG 10 K 412.18 (juris).

⁴² *Ebd.*, Rn. 47; *Rennert*, in: Eyer mann, 15. Aufl. 2019, § 40 Rn. 21.

⁴³ Vgl. *Reimer*, in: BeckOK-VwGO, Ed. 57, Stand: 1.4.2021, § 40 Rn. 99; ebenso *BVerfG*, NVwZ 1988, 817 f.

⁴⁴ *VG Berlin*, Urt. v. 31.10.2019 – VG 10 K 412.18, Rn. 50 (juris).

formellen Gesetzes ergeben.⁴⁵ Da die Kontrolle formellen Bundes- oder Landesrechts der Verfassungsgerichtsbarkeit vorbehalten ist, kann auch ein Anspruch auf dessen Erlass nur vor einem Verfassungsgericht der Länder oder des Bundes geltend gemacht werden.⁴⁶

2. Statthafte Klageart

Welche Klageart statthaft wäre, richtet sich gemäß § 88 VwGO nach dem Begehren des Klägers. Wenn der Kläger den Staat zur Ausführung eines Realakts zwingen möchte, so ist die allgemeine Leistungsklage einschlägig.⁴⁷ Eine auch denkbare Feststellungsklage gemäß § 43 Abs. 1 VwGO hätte weder Gestaltungswirkung noch führte sie zu einem Vollstreckungstitel, ist damit weniger rechtsschutzintensiv und entsprechend subsidiär.⁴⁸

3. Klagebefugnis

a) Die Klagebefugnis von Umweltvereinigungen

Während die Klagebefugnis des Umweltverbands *Urgenda* im niederländischen Recht auf Grund des Art. 3:305a BW unproblematisch gegeben war, stellt sich die Klagebefugnis eines Umweltverbands im deutschen Recht als weniger einfach dar. Grundsätzlich unterliegt auch der Rechtsschutz einer Umweltvereinigung den Vorgaben der VwGO.⁴⁹ Da die VwGO jedoch keine Sonderregelung für Verbände enthält, wie diese fremde Rechte im eigenen Namen geltend machen können, bleibt nur die allgemeine Regelung des § 42 Abs. 2 VwGO.⁵⁰ Entsprechend müsste die Umweltvereinigung entweder selbst in einem subjektiven Recht verletzt sein, oder der von ihr erhobene Rechtsbehelf müsste in den Anwendungsbereich einer gesetzlichen Regelung im Rahmen der Öffnungsklausel des § 42 Abs. 2 Hs. 1 VwGO fallen.

aa) Geltendmachung eigener Rechte

In Anlehnung an die Rechtsprechung des *EuGH*⁵¹ hat das *BVerwG* in einem Urteil bezüglich des Luftreinhalteplans für Darmstadt die Rechtsschutzmöglichkeiten von Umweltverbänden durch eine weite Auslegung

⁴⁵ *VG Berlin*, Urt. v. 31.10.2019 – VG 10 K 412.18, Rn. 50 (juris).

⁴⁶ *BVerwG*, Urt. v. 15.1.1987 – 3 C 19/85, Rn. 33 (juris).

⁴⁷ So auch das *VG Berlin*, Urt. v. 31.10.2019 – VG 10 K 412.18, Rn. 52 (juris).

⁴⁸ *Möstl*, in: BeckOK-VwGO (Fn. 43), § 43 Rn. 12.

⁴⁹ *Kahl/Gärditz*, UmweltR, 11. Aufl. 2019, § 5 Rn. 52.

⁵⁰ *Ebd.*

⁵¹ Vgl. insb. *EuGH*, Urt. v. 25.7.2008, C-237/07, *Janecek ./.* *Freistaat Bayern*; Urt. v. 8.3.2011, C-240/09, *Lesoochranárske zoskupenie VLK ./.* *Ministerstvo životného prostredia Slovenskej republiky*.

des § 42 Abs. 2 Hs. 2 VwGO ausgedehnt.⁵² Die im Unionsrecht geltende Möglichkeit einer juristischen Person, bei „unmittelbarer Betroffenheit“ auch die individuellen Interessen natürlicher Personen geltend zu machen, muss zur Wahrung des Gebots eines effektiven Rechtsschutzes, abzuleiten aus Art. 4 Abs. 3 EUV, auch im nationalen Recht gelten.⁵³ Ob eine „unmittelbare Betroffenheit“ jedoch auch dann vorliegen kann, wenn die vom Kläger vorgebrachte Regelung keine unmittelbare Schutzwirkung für die vom Umweltverband vertretenen Individuen entfaltet, ist unklar. Zwar wurde das vorgenannte Urteil des *BVerwG* teilweise so interpretiert, dass eine in Gänze unionsrechtlich konforme Auslegung des § 42 Abs. 2 VwGO nur dann vorliegen könne, wenn Umweltverbände ebenfalls die Verletzung innerstaatlichen Rechts ohne Schutznormcharakter rügen können.⁵⁴ In späteren Urteilen lehnt das *BVerwG* diese Möglichkeit allerdings ab.⁵⁵ Jedoch bezieht sich die Rechtsprechung des *BVerwG* ohnehin nur auf die Klagebefugnis von anerkannten Umweltverbänden i. S. d. § 3 Umweltrechtsbehelfsgesetz (UmwRG),⁵⁶ worunter beispielsweise *Greenpeace e. V.* nicht fällt.⁵⁷ Zweitens wären alle Vorschriften ohne Unionsrechtsbezug von der Kontrolle ausgenommen.⁵⁸ Im Ergebnis bleiben die Möglichkeiten der Klagebefugnis von Umweltvereinigungen in Deutschland gemäß § 42 Abs. 2 Hs. 2 VwGO nach derzeitiger Rechtslage begrenzt.

bb) Öffnungsklausel des § 42 Abs. 2 Hs. 1 VwGO

Über die Öffnungsklausel in § 42 Abs. 2 Hs. 1 VwGO wird zusätzlich die Ausübung von Verbandsklagerechten einer Umweltvereinigung ermöglicht. Im Naturschutz finden sich die Rechtsbehelfe in § 2 UmwRG und § 64 Abs. 1 Bundesnaturschutzgesetz (BNatSchG).⁵⁹ Ihr Vorteil liegt darin, dass bei Eröffnung ihres Anwendungsbereichs die Hürde der subjektiven Rechtsverletzung in der Klagebefugnis übersprungen werden kann.⁶⁰ Allerdings birgt dieser Anwendungsbereich die entscheidende Schwäche der Verbandsklagerechte. Denn er ist erstens persönlich auf nach § 3 UmwRG

⁵² *BVerwG*, Urt. v. 5.9.2013 – 7 C 21/12 (juris).

⁵³ *Ebd.*, Rn. 45 f.

⁵⁴ *Bunge*, Zur Klagebefugnis anerkannter Umweltverbände, ZUR 2014, 3 (8).

⁵⁵ *BVerwG*, NVwZ 2015, 596 (599).

⁵⁶ Vgl. *Bunge* (Fn. 54), S. 3.

⁵⁷ Entsprechend die Klagebefugnis verneinend *VG Berlin*, Urt. v. 31.10.2019 – 10 K 412.18, Rn. 85 ff.

⁵⁸ *Stürmlinger*, Klimaschutz durch Grundrechte – gerichtliche Kontrolle staatlicher Klimaschutzmaßnahmen, EurUP 2020, 169 (178).

⁵⁹ *Kahl/Gärditz* (Fn. 49), § 5 Rn. 53.

⁶⁰ *Ebd.*, Rn. 54.

anerkannte Vereinigungen sowie zweitens sachlich auf die in § 1 Abs. 1 UmwRG aufgeführten Kontrollgegenstände begrenzt.⁶¹ Folglich ergeben sich auch hieraus keine wesentlichen Vorteile zur Begründung der Klagebefugnis eines Umweltverbandes im Bestreben nach einer von den Gerichten verordneten Treibhausgas-Senkungspflicht.

b) Die Klagebefugnis bei Individualklagen

Grundsätzlich liegt die Klagebefugnis gemäß § 42 Abs. 2 VwGO vor, wenn die vom Kläger vorgebrachte öffentlich-rechtliche Norm zumindest auch Individualrechtsgüter schützt (Schutznormtheorie) und deren Verletzung nicht unmöglich erscheint.⁶² Somit ist fraglich, welche Regelungen bezüglich der staatlichen Treibhausgasreduktion auch individualrechtsschützenden Charakter haben. Die meisten spezialgesetzlichen Normen im Umweltrecht sind als Vorsorgebestimmungen zum Schutz der Allgemeinheit ausgestaltet und entfalten keine Drittschutzwirkung.⁶³ Auch ist evident, dass der vor dem *VG Berlin* vorgebrachte regierungsinterne Plan im Gegensatz zu einem formellen Gesetzgebungsverfahren gemäß § 24 Abs. 2 Geschäftsordnung der Bundesregierung (GOBReg) mit Stimmrecht beschlossen wird und somit lediglich Binnenrecht ohne Außenwirkung darstellen kann.⁶⁴

aa) Art. 20a GG – das Umweltgrundrecht?

Im Bereich des Klimaschutzes scheint eine Berufung auf Art. 20a GG naheliegend. Sein Schutzbereich der natürlichen Lebensgrundlage umfasst auch den Klimaschutz.⁶⁵ An der systematischen Stellung des Art. 20a GG im zweiten Abschnitt des Grundgesetzes lässt sich jedoch erkennen, dass es sich bei der Norm um eine Staatszielbestimmung handelt.⁶⁶ Entsprechend lassen sich aus Art. 20a GG keine subjektiven, einklagbaren Rechte des Bürgers ableiten.⁶⁷

bb) Grundrechtliche Schutzpflichten

Öffentlich-rechtliche Schutznormen von Individualrechten sind insbesondere die Grundrechte. Diese sind als Abwehrrechte des Bürgers gegen Eingriffe des

⁶¹ *Stürmlinger* (Fn. 58), S.177 f.

⁶² *Schmidt-Kötters*, in: BeckOK-VwGO, Ed. 57, Stand: 1.10.2019, § 42 Rn. 151, 172.

⁶³ *Kabl/Gärditz* (Fn. 49), § 5 Rn. 20.

⁶⁴ *VG Berlin*, Urt. v. 31.10.2019 – VG 10 K 412.18, Rn. 57 (juris); *Voland*, Zur Reichweite von Menschenrechten im Klimaschutz, NVwZ 2019, 114 (116).

⁶⁵ *BVerfG*, Beschl. v. 13.3.2007 – 1 BvF 1/05, Rn. 110 (juris).

⁶⁶ *Scholz*, in: Maunz/Dürig, 93. EL 2020, Art. 20a Rn. 32.

⁶⁷ *Ebd.*, Rn. 33.

Staates konzipiert.⁶⁸ Da im Rahmen der allgemeinen Leistungsklage ein Tätigwerden des Klagegegners gefordert wird, ist analog § 42 Abs. 2 VwGO eine Klagebefugnis gegeben, wenn auf die begehrte Leistung (die Senkung der Treibhausgasemissionen) möglicherweise ein Anspruch besteht.⁶⁹ Auf der Basis eines Grundrechts kann dies folglich nur möglich sein, wenn sich der Wirkungsbereich des Grundrechts nicht in negativen Abwehrrechten erschöpft, sondern positive Schutzpflichten des Staates umfasst.

Für ein schutzfähiges Rechtsgut liegt eine Schutzpflicht vor, wenn eine Risiko- oder Gefahrenlage sich zu einem Gefährdungsniveau verdichtet hat, welches den Schutzauftrag des Staates *in concreto* aktiviert.⁷⁰ Im Rahmen einer Klimaschutzklage könnte sich das schutzfähige Rechtsgut aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG (körperliche Unversehrtheit), Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG (Eigentumsfreiheit) sowie Art. 12 Abs. 1 GG (Berufsfreiheit) ergeben.⁷¹ Eine Risikolage wird angenommen, wenn ein wissenschaftlich derzeit nicht erklärbares, aber dennoch für möglich gehaltenes Schadenspotential besteht.⁷² Wie die Ausführungen des *Hoge Raad* im *Urgenda*-Rechtsstreit belegen, lassen die wissenschaftlichen Erkenntnisse keine Zweifel über das Vorliegen des Klimawandels mehr zu. Eine Zuordnung zur Risikolage passt somit nicht.⁷³ Eine Gefahrenlage liegt nach dem polizeilichen Gefahrenbegriff⁷⁴ vor, wenn bei ungehindert fortschreitendem Kausalverlauf ein Schadenseintritt, hier in Form einer Schutzgutverletzung, hinreichend wahrscheinlich ist. Hier belegen die wissenschaftlichen Erkenntnisse, dass es bei ungehindertem Ausstoß von Treibhausgasen im Laufe der nächsten Jahrzehnte zu Veränderungen wie zum Beispiel Dürreperioden mit Wasser- und Nahrungsmangel kommen wird.⁷⁵ Die Beeinträchtigung der Schutzgüter, insbesondere des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit gemäß Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, scheint möglich.⁷⁶ Zudem schließt die Tatsache, dass die Allgemeinheit von den Folgen des Klimawandels betroffen sein wird, die

⁶⁸ *Hufen*, Staatsrecht II, 8. Aufl. 2020, § 5 Rn. 1.

⁶⁹ *Detterbeck*, VerwR AT, 18. Aufl. 2020, Rn. 1392.

⁷⁰ *Kahl/Gärditz* (Fn. 49), § 3 Rn. 20.

⁷¹ *Stürmlinger*, (Fn. 58), S. 176.

⁷² *Meyer*, Grundrechtsschutz in Sachen Klimawandel?, NJW 2020, 894 (895).

⁷³ *Ebd.*

⁷⁴ Hier anwendbar, vgl. *Kahl/Gärditz* (Fn. 49), § 3 Rn. 21.

⁷⁵ Vgl. Ausführungen oben unter **B. II. 1. a)**.

⁷⁶ *Meyer* (Fn. 72), S. 896.

individuelle Betroffenheit der Kläger nicht aus.⁷⁷ Folglich müsste eine Klagebefugnis gemäß § 42 Abs. 2 VwGO gegeben sein.⁷⁸

Allerdings fordert das *VG Berlin* hierfür, dass der Kläger schlüssig darlegt, warum der Staat eine bestehende Schutzpflicht verletzt hat.⁷⁹ Dabei greift es auf die Kriterien der „unmittelbaren, individuellen Betroffenheit“ des *BVerfG* zurück, welche die Schwelle für die Beschwerdebefugnis einer Individualverfassungsbeschwerde bilden. Ob dies in Anbetracht der niedrigeren Anforderungen des § 42 Abs. 2 VwGO zwingend notwendig oder sogar zulässig ist, wird vermutlich in zukünftigen Urteilen weiter beleuchtet werden.⁸⁰

4. Zwischenergebnis

Die Klagebefugnis würde bei einer „CO₂-Senkungsklage“ die größte Hürde der Zulässigkeit darstellen. Insbesondere bezüglich der Rechtsbehelfe von Umweltvereinigungen sind die Möglichkeiten begrenzt.

II. Materiell: die Herleitung staatlicher Handlungspflichten

Anknüpfend an die Ausführungen zur Klagebefugnis stellt sich die Frage, ob sich die Folgen des Klimawandels so zu einer Gefahr im oben genannten Sinne verdichten können, dass daraus Handlungspflichten des deutschen Staates zum Schutz von Grundrechten erwachsen. Anknüpfungspunkt ist die Argumentation der Richter des *Hoge Raad* in der *Urgenda*-Entscheidung in der Gegenüberstellung mit den Kontrollbefugnissen eines deutschen Richters im Rahmen von Grundrechtsverletzungen.

1. Der gerichtliche Kontrollmaßstab

Für den materiell-rechtlichen Inhalt des Urteilsspruchs ist zuerst die Reichweite der gerichtlichen Kontrollbefugnis entscheidend. Bei der Herleitung einer staatlichen Schutzpflicht gelten in dieser Hinsicht Besonderheiten. Um den Entscheidungsspielraum des Gesetzgebers bei der Frage, welche Handlungsmöglichkeiten ergriffen werden sollen, nicht einzuschränken, ist der Kontrollmaßstab des *BVerfG* auf evidente Verstöße gegen eine Schutzpflicht (*Evidenzkontrolle*) begrenzt.⁸¹ Ein solcher Verstoß liegt vor, wenn der Gesetzgeber oder die Verwaltung trotz Handlungsermächtigung in Anbetracht eines Umweltproblems untätig bleiben oder die getroffenen Maßnahmen evident

⁷⁷ *VG Berlin*, Urt. v. 31.10.2019 – VG 10 K 412.18, Rn. 73 (juris).

⁷⁸ So auch *Voland* (Fn. 64), S. 117.

⁷⁹ *VG Berlin*, Urt. v. 31.10.2019 – VG 10 K 412.18, Rn. 80 (juris).

⁸⁰ Vgl. *Stürmlinger* (Fn. 58), S. 177.

⁸¹ *BVerfG*, Beschl. v. 8.8.1978 – 2 BvL 8/77, Rn. 115 ff. (juris); NVwZ 2007, 805 (805).

ungeeignet sind, um die Gefahr des Schadenseintritts abzuwenden.⁸² Wo die Grenze der Evidenz liegt, der Staat also seine Pflicht zur Garantie eines wirksamen Minimalschutzes verletzt (*Untermaßverbot*), muss im konkreten Einzelfall durch wertende Betrachtung ermittelt werden.⁸³ Maßgeblich sind drei Kriterien: erstens die sorgfältige Ermittlung der Tatsachen und vertretbaren Einschätzungen durch den Gesetzgeber, zweitens die Angemessenheit der ergriffenen Schutzmaßnahmen, also die Abwägung der widerstreitenden Interessen, sowie drittens die Effektivität der Schutzmaßnahmen.⁸⁴ In Anbetracht der Evidenzformel ist die gerichtliche Kontrolle dieser Kriterien wiederum nur auf offensichtliche Verstöße beschränkt.⁸⁵ Entsprechend kommt es für eine Verurteilung des Staates zur Treibhausgassenkung darauf an, ob der Gesetzgeber bestehende Handlungspflichten zum Schutz vor den Folgen des Klimawandels evident verletzt hat.

2. Bestehen einer Gefahr

Die für die Entstehung einer Schutzpflicht geforderte Gefahr setzt sich aus der Schwere der drohenden Grundrechtsverletzungen einerseits, sowie der Höhe der Schadenswahrscheinlichkeit andererseits zusammen.⁸⁶ Nimmt man das Urteil des *Hoge Raad* als Beispiel, so wären die bedrohten Rechtsgüter erstens das Recht auf Leben, Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG. Das Leben ist, wie das *BVerfG* in seiner Rechtsprechung verdeutlicht, ein Höchstwert und als „vitale Basis der Menschenwürde Voraussetzung aller anderen Grundrechte“.⁸⁷ Damit ist es ein sehr hohes Schutzgut, dessen Einschränkung besonderen Anforderungen unterliegt, weil jeder Eingriff in das Leben automatisch den Tod bedeutet.⁸⁸ Jede Grundrechtsverletzung würde hier schwer wiegen. Zweitens ist der Schutz des Privat- und Familienlebens aus Art. 8 Abs. 1 EMRK im Grundgesetz einerseits über Art. 6 GG, andererseits über das allgemeine Persönlichkeitsrecht gemäß Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG, konkret über dessen unantastbaren Bereich der privaten Lebensgestaltung, garantiert.⁸⁹ Insbesondere in diesem Kernbereich der Ausübung privater Lebensgestaltung ist ein Eingriff des Staates nicht zu rechtfertigen⁹⁰. Wie hoch die Wahrscheinlichkeit eines solchen Eingriffs

⁸² *Kabl/Gärditz* (Fn. 49), § 3 Rn. 30.

⁸³ *Epping*, Grundrechte, 8. Aufl. 2019, Kap. 3, Rn. 127f.

⁸⁴ *Kabl/Gärditz* (Fn. 49), § 3 Rn. 32.

⁸⁵ *Ebd.*

⁸⁶ *Epping* (Fn. 83), Kap. 3, Rn. 129.

⁸⁷ BVerfGE 39, 1 (42).

⁸⁸ *Lang*, in: BeckOK-GG, Ed. 47, Stand: 15.5.2021, Art. 2 Rn. 57.

⁸⁹ *Grabenwarter/Pabel* (Fn. 20), § 22 Rn. 2.

⁹⁰ BVerfGE 80, 367 (373).

durch den Klimawandel ist, ließe sich nur anhand wissenschaftlicher Erkenntnisse ermitteln. Damit bilden deren Sicherung und Anerkennung nicht nur das erste Kriterium des Untermaßverbots, sondern spielen auch eine zentrale Rolle für die Begründung einer Schutzpflicht. Dies belegt auch das Urteil des *Hoge Raad*. Er stützt seine Begründung zur Anwendbarkeit der Artt. 2, 8 EMRK im Bereich des Klimaschutzes auf die vom IPCC als Grundlage für dessen Berichte verwendeten Erkenntnisse. Daraus leitet sich die Dringlichkeit zum Handeln ab, denn bei weiterhin ungebretem CO₂-Ausstoß sei ein Schadenseintritt unvermeidbar.⁹¹ Damit wäre die Gefahrenschwelle überschritten und es läge eine Schutzpflicht des Staates bezüglich der genannten Rechtsgüter vor drohendem Klimawandel vor.

Problematisch könnte allerdings sein, dass unklar ist, wie genau sich der Klimawandel weiter vollziehen wird. Der genaue Kausalverlauf bis zum Schadenseintritt ist indeterminiert.⁹² Allerdings ist der Begründung einer Schutzpflicht immanent, dass nur auf Wahrscheinlichkeiten und damit auf Prognosen abgestellt werden kann.⁹³ Da wissenschaftliche Erkenntnisse dann der Rechtsprechung zugrunde gelegt werden können, sobald sie sich in der wissenschaftlichen Diskussion durchgesetzt haben,⁹⁴ gilt zumindest der beweisbare Kausalzusammenhang zwischen dem Ausstoß von Treibhausgasen, der Erwärmung des globalen Klimas und den zukünftig eintretenden Folgen als gesicherte Grundlage. Wäre darüber hinaus eine genaue Vorhersehbarkeit des Kausalverlaufs notwendig für das Vorliegen einer Gefahr, so könnte diese bei Schäden durch Naturereignisse nie vorliegen. Die Rechtsprechung hat aber eine Handlungspflicht des Staates zum Schutz vor Naturereignissen bejaht.⁹⁵ Zudem liefe es der Effektivität einer Schutzpflicht zuwider, wenn man auf den Moment warten müsste, indem der Schadenseintritt unmittelbar bevorsteht.⁹⁶ Nichts anderes kann also für die unvorhersehbare zeitliche Nähe zwischen den heutigen Treibhausgasemissionen und den zukünftigen Schäden daraus gelten. Folglich wäre für die Begründung einer Schutzpflicht auch nach deutschem Recht die erforderliche Gefahrenschwelle überschritten.

⁹¹ Vgl. Ausführungen oben unter **B. II**.

⁹² Vgl. *Meyer* (Fn. 72), S. 896.

⁹³ *Epping* (Fn. 83), Kap. 3, Rn. 124.

⁹⁴ Vgl. *Stürmlinger* (Fn. 58), S. 182; *BVerfG*, Beschl. v. 2.7.2018 – 1 BvR 612/12.

⁹⁵ Bspw.: *EGMR, Budayeva et al. v. Russland*, Urt. v. 20.3.2008, Rs. 15339/02, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-85436> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021).

⁹⁶ *Meyer* (Fn. 72), S. 897.

3. Evident unzureichender Schutz – Verdichtung zur Mindestreduktionspflicht?

a) Konkretisierung des Erforderlichen durch das Völkerrecht

Eine Möglichkeit wäre es, der Argumentation des *Hoge Raad* folgend, das Mindestmaß an erforderlichem Schutz vor den Folgen des Klimawandels anhand der Vorgaben völkerrechtlicher Verträge zu konkretisieren. Die derzeit bedeutendste Rechtsquelle für den Klimaschutz im Völkerrecht ist das Pariser Abkommen.⁹⁷ Mit über 190 Vertragsparteien ist es das am häufigsten unterzeichnete und ratifizierte Klimaabkommen weltweit. Bei den Vertragsparteien handelt es sich, mit Ausnahme der Europäischen Union, um Nationalstaaten. Die Einigung dieser Völkerrechtssubjekte zur rechtlichen Regelung des globalen Klimaschutzes ist ein völkerrechtlicher Vertrag.⁹⁸ Konkrete Rechte und Pflichten können daraus nur für die Völkerrechtssubjekte untereinander erwachsen.⁹⁹ Im Verhältnis zwischen Bürger und Staat gilt demgegenüber das nationale Recht. Damit ein Völkerrechtsvertrag in Deutschland als innerstaatliches Recht gelten kann, bedarf es dessen Umsetzung durch ein Zustimmungsgesetz gemäß Art. 59 Abs. 2 GG. Dies ergibt sich bereits aus der Existenz der Artt. 25 GG und 59 Abs. 2 GG, welche das Völkerrecht und das nationale Recht als zwei unterschiedliche Rechtsebenen ausweisen.¹⁰⁰ Zwar wurden durch § 1 Klimaschutzgesetz (KSG) die Vorgaben des Pariser Abkommens in ein nationales Gesetz umgesetzt. Allerdings handelt es sich bei dem KSG weder um ein Zustimmungsgesetz,¹⁰¹ noch ergeben sich daraus subjektive Rechte des Bürgers. Dies ergibt sich aus dem Gesetz selbst, § 4 Abs. 1 S. 7 KSG. Das KSG verpflichtet als Rahmengesetz nur die öffentliche Hand unmittelbar,¹⁰² sodass daraus kein Individualrechtsschutz erwachsen kann.¹⁰³ Mangels anderweitiger Umsetzungen können die Reduktionsziele des Pariser Abkommens keine unmittelbare Mindestreduktionspflicht des Staates gegenüber dem Bürger begründen. Auch die Argumentation des *Hoge Raad*, die Verpflichtung ergebe sich aus der freiwilligen Entscheidung zur Einhaltung der

⁹⁷ Saurer, Klimaschutz global, europäisch, national – Was ist rechtlich verbindlich?, NVwZ 2017, 1574.

⁹⁸ Definition nach Weber, in: Creifeld, Rechtswörterbuch, 23. Aufl. 2019, „Völkerrechtlicher Vertrag“.

⁹⁹ Weber (Fn. 98), „Völkerrechtssubjekt“.

¹⁰⁰ BVerfG, Beschl. v. 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04, Rn. 34.

¹⁰¹ *Klinski/Scharlau/v. Swiękowski-Trzaska/Keimeyer/Sina*, Das Bundes-Klimaschutzgesetz, NVwZ 2020, 1 (2).

¹⁰² *Ebd.*, S. 8.

¹⁰³ Zudem ist gegen das KSG eine Rechtssatzverfassungsbeschwerde vor dem BVerfG angekündigt, vgl. Meyer (Fn. 72), S. 984.

Reduktionsziele auf internationaler Ebene, kann nichts anderes ergeben. Würde dieser Einwand zählen, wären die Entscheidungen des Nationalstaats, wie sie ihr innerstaatliches Recht für das Völkerrecht öffnen möchten, im Ergebnis irrelevant. Diese Entscheidung ist aber Ausdruck der staatlichen Souveränität,¹⁰⁴ deren Respekt für eine friedliche Völker Verständigung unabdingbar ist.¹⁰⁵ Um zu verhindern, dass ein Staat sich aus Angst vor innerstaatlichen Verpflichtungen aus dem internationalen Recht zurückzieht, sollten zum Schutz der zukünftigen internationalen Klimaverhandlungen die völkerrechtlichen Emissionsziele nicht leichtfertig in nationale Anspruchsgrundlagen umgedeutet werden. Mehr als eine politische Pflicht sowie eine Auslegungs- und Konkretisierungsstütze ist das Pariser Abkommen somit nicht.

b) Reduktionspflicht direkt aus der EMRK

Welche Wirkung die Vorschriften der EMRK im Rahmen des nationalen Rechts entfalten können, ist in der EMRK selbst nicht vorgegeben, sondern Sache der Mitgliedsstaaten.¹⁰⁶ Anders als das Pariser Abkommen wurde die EMRK über Art. 59 Abs. 2 GG umgesetzt und steht somit in Deutschland im Rang eines einfachen Bundesgesetzes.¹⁰⁷ Zusätzlich erkennt Art. 1 Abs. 2 GG den Kernbestand der Menschenrechte als besonders schutzbedürftig an. I. V. m. Art. 59 Abs. 2 GG führt dies zur verfassungsrechtlichen Pflicht der deutschen Gerichte, bei der Anwendung der Grundrechte die EMRK als Auslegungshilfe heranzuziehen.¹⁰⁸ Hieraus ergibt sich folgende Konsequenz: Würde der *EGMR* für einen Artikel der EMRK eine konkrete Schutzpflicht vor Folgen des Klimawandels herleiten, so müsste auch das deutsche Gericht diese Schutzpflicht bei der Anwendung des entsprechenden Grundrechts berücksichtigen. Wie der *Hoge Raad* zutreffend aufführt, umfassen nach Ansicht des *EGMR* die Schutzbereiche der Art. 2 und Art. 8 EMRK auch den Schutz vor Naturkatastrophen.¹⁰⁹ Aus der Bedrohung durch Umweltschäden können auch bei erst langfristig zu erwartenden Schäden staatliche Schutzpflichten entstehen.¹¹⁰ Allerdings spricht auch der *EGMR* den Staaten gerade im Umweltrecht einen weiten Beurteilungs- und Handlungsspielraum zu, um diese

¹⁰⁴ *BVerfG*, Beschl. v. 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04, Rn. 35 (juris).

¹⁰⁵ *Krajewski*, Völkerrecht, 2. Aufl. 2020, § 8 Rn. 5, 7.

¹⁰⁶ *Grabenwarter/Pabel* (Fn. 20), § 3 Rn. 1.

¹⁰⁷ *BVerfG*, Beschl. v. 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04, Rn. 31 (juris).

¹⁰⁸ *Ebd.*, Rn. 62.

¹⁰⁹ Vgl. oben **B. II. 1. c) aa**); *EGMR*, *Cordella et al. v. Italien*, Urt. v. 10.1.2019, Rs. 54414/13, Rn. 172, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-189645> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021).

¹¹⁰ Vgl. oben **B. II. 1. c) aa**).

Schutzpflichten zu erfüllen.¹¹¹ Genau wie das *BVerfG* stößt auch der *EGMR* durch seine Zurückhaltung bei Feststellung einer Verletzung mangels evidenter Verstöße an die Grenzen seiner Kontrollbefugnisse. Eine Konkretisierungshilfe bei der Fixierung eines Mindestreduktionsziels durch die EMRK scheint es auf Grund der Parallelität zwischen Inhalt des Schutzbereichs und Rahmen der Kontrollbefugnisse nicht zu geben.¹¹²

c) Bewertbarkeit der bisherigen Klimaschutzmaßnahmen?

Das *VG Berlin* sieht die bisherigen deutschen Reduktionsmaßnahmen nicht als evident unzureichend an. Auf die Frage nach der gerechten Verteilung des bis zum Kippunkt verbleibenden CO₂-Budgets gäbe es mehrere, nach Billigkeits- und Gerechtigkeitsgesichtspunkten zu ermittelnde, Antworten. Die Einhaltung der internationalen Klimaschutzziele sei nur eine Möglichkeit im Vergleich zu einer Verteilung pro Kopf der Weltbevölkerung. Da mehrere Wege nach dem derzeitigen Wissensstand gangbar seien, müsse die Verantwortung für die Entscheidung über den richtigen Weg bei Legislative und Exekutive bleiben.¹¹³ Weiter gehen die Ausführungen des Gerichts kaum. An dieser Stelle wird die Grenze der gerichtlichen Bewertungsmöglichkeit der bisherigen Klimaschutzmaßnahmen deutlich. Überdies ist die Bewertung auf Grund der Besonderheiten des Klimawandels besonders schwierig. Der Klimawandel ist ein globales Phänomen, welches vom Menschen verursacht ist, dessen Folgen sich jedoch in Form von nur teilweise vorhersehbaren Umweltveränderungen niederschlagen werden.¹¹⁴ Weder auf Seiten der Auslöser noch auf Seiten der Folgeschäden sind die Kausalitätsverläufe eindeutig zu identifizieren, geschweige denn individuellen Personen zuzuordnen. Kein Staat ist allein für die Erderwärmung verantwortlich, somit kann sich kein Staat der gemeinsamen Verantwortung entziehen. Das auf Individualschutz ausgelegte Rechtssystem stößt in Anbetracht dieser globalen Herausforderung an seine Grenzen. Entsprechend wurde noch nie eine Schutzpflichtverletzung des deutschen Staats bezüglich seiner Umweltschutzmaßnahmen festgestellt.¹¹⁵ Wenn sich ein Gericht aber dazu entschließt, diesen Schritt zu gehen, wie es der *Hoge Raad* getan hat:

¹¹¹ *EGMR, Dubetska et al. v. Ukraine*, Urt. v. 10.2.2011, Rs. 30499/03, Rn. 141, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-103273> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021).

¹¹² Vgl. *Stürmlinger* (Fn. 58), S. 183.

¹¹³ *VG Berlin*, Urt. v. 31.10.2019 – VG 10 K 412.18, Rn. 83 (juris).

¹¹⁴ *Groß*, Die Ableitung von Klimaschutzmaßnahmen aus grundrechtlichen Schutzpflichten, *NVwZ* 2020, 337 (339).

¹¹⁵ *Ebd.*, S. 342.

Überschreitet es dann automatisch seine Kompetenzen als Teil der dritten Gewalt?

D. Der Richter – ein aktiver Klimaschützer?

I. Risiken einer gerichtlichen Treibhausgas–Senkungspflicht

1. Die Grenzen des Richters

Jeder Richter ist sowohl Teil als auch Anwender eines nationalen Rechtsnormgefüges. Dieses ist zugleich auch seine Grenze. Entsprechend hat der *Hoge Raad* im *Urgenda*-Rechtsstreit seine eigene Kompetenz, den Staat zur Senkung seiner Treibhausgasemissionen zu verpflichten, auf die niederländische Verfassung gestützt.¹¹⁶

Im deutschen Recht zeigt sich die Grenze der richterlichen Befugnisse in Gestalt des sehr eingeschränkten Kontrollmaßstabs bei der Herleitung einer staatlichen Handlungspflicht, welche der Gesetzgeber sich nicht selbst durch Gesetz auferlegt hat. Doch für diese Einschränkung gibt es gute Gründe. Einerseits sind im Grundgesetz keine Vorschläge oder Vorgaben für konkrete Handlungen des Staates vorgegeben, andererseits ist der Variantenreichtum der Handlungsmöglichkeiten enorm.¹¹⁷ Das *BVerfG* folgert daraus, dass auf Grund des Prinzips der Gewaltenteilung und der hohen demokratischen Legitimation des Gesetzgebers diesem auch die Verantwortung zur Ausfüllung dieser Handlungsspielräume zufalle.¹¹⁸ Dafür muss dem Gesetzgeber ein weiter Wertungs-, Entscheidungs- und Gestaltungsspielraum gelassen werden. Hinzu kommt, dass es zur Beurteilung der Notwendigkeit und Effizienz einer Maßnahme Sachnähe und Sachverstand bedarf, welche nur bei der Arbeit der zuständigen Behörden und Ministerien garantiert werden kann. Die Kompetenz zur Entscheidung, garantiert durch die demokratische Legitimation des Gesetzgebers, sowie der Sachverstand, garantiert durch die Sachnähe der Exekutive, kann nur angemessen berücksichtigt werden, wenn die gerichtliche Kontrolle auf ein Mindestmaß begrenzt bleibt.¹¹⁹ Das *BVerfG* reagiert damit auf den Grundsatz der Gewaltenteilung, welcher als struktureller Ausdruck und als Verstärkung des Demokratie- und Rechtsstaatsprinzips gilt.¹²⁰ Zwar steht dem

¹¹⁶ *Hoge Raad*, Urt. v. 20.12.2019 – Rs. 19/00135, ECLI:NL:HR2019:2006, Abschnitt 8., Übersetzung abrufbar unter: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:HR:2019:2007> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021); vgl. oben **B. II. 2.**

¹¹⁷ *Epping* (Fn. 83), Kap. 3, Rn. 127.

¹¹⁸ *Ebd.*

¹¹⁹ BVerfGE 77, 170 (250).

¹²⁰ *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, 93. EL 2020, Art. 20 V. Rn. 75.

Richter theoretisch das Gewaltmonopol der Rechtsdurchsetzung per Urteil zu.¹²¹ Respektiert man aber die aufgezeigte Grenze, so bleibt die Wirkungskraft eines Richters in seinem Beitrag, den Staat zur Senkung seiner Treibhausgasemissionen zu bewegen, eher gering.¹²²

2. Gefährdung der Gewaltenteilung?

Welche Folgen könnte es haben, wenn sich ein deutsches Gericht wie der *Hoge Raad* doch dazu entschließt, dem Staat eine Handlungspflicht aufzuerlegen? Zwar beschränkt sich der *Hoge Raad* auf die Feststellung des „Ob“ der Pflicht und überlässt das „Wie“ der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers. Dennoch hat das Gericht dem Staat durch sein Urteil eine Pflicht gegenüber seinen Bürgern zum Klimaschutz auferlegt, welche sich der Staat vorher in diesem Verhältnis nicht selbst gegeben hat. Dadurch könnte ein Konflikt zum Wesentlichkeitsgrundsatz entstehen. Denn die Regelung wesentlicher Materien, wozu der Klimaschutz zählt, obliegt dem Gesetzgeber auf Grund seiner unmittelbaren demokratischen Legitimation.¹²³ Durch die Verpflichtung kraft Gerichtsurteil verschiebt sich die Entscheidungskompetenz auf den demokratisch kaum legitimierten Richter.¹²⁴ Diese Verschiebung erscheint noch problematischer, wenn man bedenkt, dass sich der Gesetzgeber gerade aufgrund seiner demokratischen Legitimation zwischen den widerstreitenden Interessen seiner Wähler bewegen muss. Jedes erlassene Gesetz ist damit das Ergebnis eines langen Prozesses der Kompromissfindung. Insbesondere Maßnahmen zum Klimaschutz fordern von Staat und Bevölkerung unausweichlich Verzicht.¹²⁵ Solche politisch schwer durchsetzbaren Umstellungen legitimieren sich dann über die Zustimmung zumindest eines Teils der Bevölkerung. Die Abwägungen innerhalb eines Gerichtsprozesses können weder den Variantenreichtum an Meinungen noch die Intensität und zeitliche Dauer der politischen Kompromissfindung abbilden.¹²⁶ Insofern könnte bei einer großzügigen Herleitung staatlicher Klimaschutzpflichten eine Gefährdung des Prinzips der Gewaltenteilung drohen.

¹²¹ *Morlok/Michael*, Staatsorganisationsrecht, 4. Aufl. 2018, Rn. 972.

¹²² So auch *Wegener* (Fn. 1), S.11.

¹²³ *Morlok/Michael* (Fn. 121), Rn. 630.

¹²⁴ *Wegener* (Fn. 1), S. 12.

¹²⁵ *Wegener* (Fn. 1), S. 12; *Burgers*, Should Judges Make Climate Change Law?, TEL 2020, 55 (59).

¹²⁶ *Wegener* (Fn. 1), S. 12.

II. Vorteile einer Klimaklage

Andererseits muss die Tatsache, dass der Grat zwischen zulässiger Rechtsanwendung und unzulässiger Kompetenzüberschreitung schmal ist, nicht den Rückzug des Richters aus einem politisch kontroversen Gebiet zur Folge haben.

Erstens handelt es sich bei dem Thema der Treibhausgasreduktion, so unklar die Möglichkeiten des Individualrechtsschutzes auch sein mögen, nicht um ein rein politisches Feld.¹²⁷ Art. 20a GG verdeutlicht, dass sich der Staat verfassungsrechtlich dazu verpflichtet hat, das Klima und die Umwelt durch die Gesetzgebung und, nach Maß von Recht und Gesetz, auch durch die Rechtsprechung zu schützen. Zwar kann dieser Auftrag nur in den Grenzen des verfassungsrechtlich Zulässigen ausgeführt werden. Jedoch widerspricht der Einwand, die Materie sei *per se* als rein politische Thematik jeder richterlichen Kontrolle entzogen und ohnehin zu komplex, um justiziabel zu sein, der deutlich komplexeren Realität und vereinfacht das Problem in unzulässiger Weise.¹²⁸ Das „Ob“ steht außer Frage, es kann nur um das „Wie“ gehen.¹²⁹

Zweitens ist diesbezüglich festzuhalten, dass trotz erheblicher Schwierigkeiten eine auf Senkung der staatlichen Treibhausgasemissionen gerichtete Klage zahlreiche Vorteile mit sich bringt. Wenn die juristische Klärung einer Frage der politischen Klärung vorangeht, so entsteht politischer Handlungsdruck.¹³⁰ Da die schädigenden Folgen des Klimawandels in den kommenden Jahren deutlicher erkennbar sein werden, könnte im Sinne einer effektiven Gefahrenprävention dieser Handlungsdruck sehr willkommen sein. Zudem ist die juristische Klärung der Frage nach der Dringlichkeit von CO₂-Senkungsmaßnahmen nicht gleichzusetzen mit einer Übernahme der gesetzgeberischen Zuständigkeiten. Als Korrektiv des Gesetzgebers befindet sich der Richter nicht außerhalb seiner Zuständigkeiten, sondern gerade innerhalb seiner Daseinsberechtigung als dritte Gewalt zur Kontrolle der Legislative.¹³¹ Der Vorteil einer gerichtlichen Kontrolle liegt darin, dass sich der Richter, sobald er sachlich und örtlich zuständig ist, auf Grund seiner verfassungsrechtlichen Pflicht mit der Sache befassen muss. Das Ergebnis dieser Auseinandersetzung könnte den Gesetzgeber als Argument oder Leitlinie in seiner politischen Entscheidungsfindung unterstützen. Eine

¹²⁷ So auch *Graser*, Vermeintliche Fesseln der Demokratie: Warum die Klimaklagen ein vielversprechender Weg sind, ZUR 2019, 271 (274 f.).

¹²⁸ *Ebd.*, S. 273.

¹²⁹ *Burgers* (Fn. 125), S. 59.

¹³⁰ *Graser* (Fn. 127), S. 276.

¹³¹ *Ebd.*, S. 274.

Wechselwirkung zwischen den beiden Gewalten könnte somit zur Problemlösung förderlich sein.¹³²

III. Fazit: der Richter als „Klimaaktivist“?

So groß die Hoffnungen auf einen weiteren Schritt im Klimaschutz durch die gerichtliche Verpflichtung des Staates zur Senkung seiner Treibhausgasemissionen auch sein mögen, so unübersehbar sind die Hürden, ein solches Urteil zu erstreiten. Während insbesondere die Klagebefugnis im Rahmen der Zulässigkeit Schwierigkeiten bereitet, sind die Möglichkeiten eines Richters angesichts des eingeschränkten Kontrollmaßstabes in der Begründetheitsprüfung begrenzt. Da die Einschränkung dem Schutz der Gewaltenteilung und dem Wesentlichkeitsprinzip dient, ist eine deutliche Erweiterung vorerst unwahrscheinlich. Allein der Umstand, dass Individualrechtsschutz zur Reduktion von Treibhausgasen das System vor Herausforderungen stellt, kann allerdings angesichts der Notwendigkeit von Klimaschutzmaßnahmen nicht zur Folge haben, in diesem Bereich generell auf ihn zu verzichten. Wie auch der *Hoge Raad* feststellt, ist jeder Staat als Mitproduzent der globalen Treibhausgasemissionen dazu verpflichtet, seine eigenen Treibhausgasausstöße zu reduzieren.¹³³ Diese Pflicht obliegt auch dem deutschen Staat, erkennbar an Art. 20a GG. Die Grundrechte sind zudem erstens Ausdruck einer Werteordnung, welche der Gesetzgeber zur Grundlage all seines Handelns erklärt. Im Umkehrschluss kann er sich einer Verwirklichung dieser Werteordnung nicht entziehen.¹³⁴ Zweitens bestätigt Art. 1 Abs. 1 GG, dass dem Staat aktive Schutzpflichten auferlegt werden können. Somit ist der Staat nicht nur Gegner, sondern auch Garant der Grundrechte,¹³⁵ und gegenüber seinen Bürgern zu einem wirksamen Minimalschutz verpflichtet. Auch wenn die Schutzpflichten im Bürger-Staat-Verhältnis nicht aus Art. 20a GG selbst entspringen, so erteilt die Staatszielbestimmung dem Gesetzgeber gleichwohl den Handlungsauftrag zur Beachtung und Förderung des Umweltschutzes im Rahmen der Schutzwirkungen der anderen Grundrechte.¹³⁶ Noch ist unbestimmt, was genau dieser Handlungsauftrag umfasst. Aber gerade dort liegt der Sinn des Prinzips der Gewaltenteilung, durch Trennung der Gewalten eine

¹³² *Graser* (Fn. 127), S. 274.

¹³³ *Hoge Raad*, Urt. v. 20.12.2019 – Rs. 19/00135, ECLI:NL:HR2019:2006, Abschnitt 8.7.8, 8.7.9, Übersetzung abrufbar unter: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:HR:2019:2007> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021).

¹³⁴ *Epping* (Fn. 83), Kap. 3, Rn. 123.

¹³⁵ *Ebd.*

¹³⁶ *Kabl/Gärditz* (Fn. 49), § 3 Rn. 5.

einseitige Problemlösung zu verhindern und stattdessen eine Abwägung der Interessen durch die verschiedenen Blickwinkel der drei Gewalten zu garantieren. Wie genau das Zusammenspiel bei der Senkung der Treibhausgasemissionen durch den Staat am besten verlaufen sollte, ist noch ungeklärt. Aber die Expertise der Judikative bei der sorgfältigen Abwägung rechtlicher Gesichtspunkte kann zur Überwindung der Herausforderungen des globalen Klimawandels nur förderlich sein.

Finn Ove Körner*

Die strategische Fernmeldeaufklärung im Lichte des BND-Urteils

Impulsgeber für eine Dogmatik im Recht der Nachrichtendienste

Abstract

Die *Snowden*-Enthüllungen aus dem Jahre 2013 vergegenwärtigten der deutschen Öffentlichkeit die Beteiligung des Bundesnachrichtendienstes (BND) an der ausufernden globalen Überwachungspraxis westlicher Nachrichtendienste. Der daran anschließende politische Reformprozess erhellte zwar das Schattendasein des BND, die überfällige „rechtsstaatliche Einhegung“ musste jedoch durch das *Bundesverfassungsgericht* mit Urteil vom 19.5.2020 (BVerfGE 154, 152) vorgezeichnet werden. In epischer Breite justiert das Gericht das Spannungsfeld zwischen Vertraulichkeit von Kommunikationsbeziehungen und der Wehrfähigkeit einer Demokratie. Ferner gibt das Diktum Gelegenheit, einen dogmatischen Diskurs über das Recht der Nachrichtendienste einzuleiten.

The Snowden revelations of 2013 brought home to the German public the involvement of the Federal Intelligence Service (BND) in a rampant global surveillance practice, and the resulting political reform process illuminated the shocking shadow existence of the BND. In finding that the BND's actions abroad are bound by the Basic Law, the *BVerfG* readjusted the balance between the opposing poles of privacy of communication and militant democracy in a monumental way. Moreover, the verdict offers an opportunity to launch a discourse on the law concerning intelligence services.

* Der Verfasser studiert Rechtswissenschaft im zehnten Fachsemester an der Universität Leipzig mit Schwerpunkt Völker- und Europarecht. Der vorliegende Beitrag geht aus einem Zulassungsseminar hervor, das im Wintersemester 2020/21 von Prof. Dr. Wilfried Bernhardt und RA Dr. Barbara Sandfuchs zum Thema „Verfassungs- und europarechtliche Fragen der IT-Nutzung“ gestellt wurde. Besonderer Dank gilt RA Dr. Barbara Sandfuchs für ihre wertvollen Anmerkungen und die tatkräftige Begleitung des Beitrags.

A. Sachverhalt und Hintergründe des BND-Urteils

Der Werdegang des BND-Urteils vom 19.5.2020 beruht zumindest mittelbar auf den *Snowden*-Enthüllungen aus dem Jahre 2013, die die umfangreiche Überwachungspraxis der *US National Security Agency* und der anderen Nachrichtendienste der „*Five-Eyes*“-Allianz (USA, Großbritannien, Neuseeland, Kanada, Australien) einer breiten Öffentlichkeit bekannt machten.¹ Die Beanstandungen des daraufhin einberufenen *NSA-Untersuchungsausschusses* mündeten in einer Neufassung des Gesetzes über den Bundesnachrichtendienst (BNDG).²

Daraufhin legten im Dezember 2018 – circa 1,5 Jahre nach Beschlussfassung des Ausschusses – Journalisten³ und Menschenrechtsanwälte, die ihrer Arbeit hauptsächlich in Krisenregionen nachgehen, beim *BVerfG* Verfassungsbeschwerde gegen die jüngst erst vergesetzlichten Befugnisse des BND ein. Durch *strategic litigation* sollten Schutzstandards für Berufsgeheimnisträger, deren Tätigkeit regelmäßig von der Vertraulichkeit ihrer Kommunikation mit Quellen oder Mandanten abhängt, vor Überwachung durch den BND erstritten werden.

Das Gericht hatte nun endgültig die umstrittene Frage zu entscheiden, ob und inwiefern deutsche Staatsgewalt im Ausland an Grundrechte gebunden ist, nachdem es diese im Vorgänger-Urteil 1999 noch offen gelassen hatte.⁴

Die im Mittelpunkt der Beschwerde stehende Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung bzw. strategische Fernmeldeaufklärung des BND (§§ 6 – 18 BNDG)⁵ hat solche Kommunikationsverbindungen zum Gegenstand, die

¹ BT-Drucks. 18/12850, S. 210 ff.

² Die Gesetzesangaben dieses Beitrags beziehen sich noch auf das BNDG in seiner Fassung vom 27.5.2020 (BGBl. I S. 1963). An den entsprechenden Stellen finden sich Verweise auf das aktuelle Änderungsgesetz: Art. 1 Gesetz zur Änderung des BND-Gesetzes zur Umsetzung der Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts sowie des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. April 2021 (BGBl. I, S. 771). Fortfolgend: BNDGÄndG (nicht amtliche Abkürzung) abrufbar unter: <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/976020/1829370/3299c2a2c74446424413b4363d6fb035/2020-12-16-rege-ge-bnd-data.pdf?download=1> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021).

³ Berufsbezeichnungen sind im Sinne der Sprachklarheit im generischen Maskulinum verfasst; es sind stets alle Geschlechter impliziert.

⁴ Dazu unten: **C. I.**

⁵ Nunmehr: §§ 19 – 62 BNDGÄndG (Sämtliche Befugnisse des BND sowie die neuen Vorschriften zur Kontrollstruktur wurden nun unter einem Abschnitt „Technische Aufklärung“ zusammengefasst).

zwischen Ausländern im Ausland erfolgen. Auf Anordnung des Bundeskanzleramts (§§ 6 Abs. 1 ff. S. 2; 9 BNDG)⁶ können Telekommunikationsdienstleister zur Ausleitung der Kommunikationsdaten an den BND gesetzlich verpflichtet werden (vgl. § 8 BNDG).⁷ Dieser Rohdatenstrom durchläuft anschließend die Filtersysteme des BND, wobei insbesondere Verbindungen automatisch gelöscht werden müssen, die zwischen Inländern stattfanden (zum Inländer-Begriff vgl. § 6 Abs. 4 BNDG).⁸ Die verbleibende Datenmenge darf der BND dann gemäß § 6 Abs. 2 BNDG⁹ „strategisch“, d. h. mittels sog. Selektoren¹⁰, größtenteils ohne sachlichen und zeitlichen Anlass, nach Anhaltspunkten durchsuchen, die einen Verdacht möglich erscheinen lassen, dass die Verbindung außen- oder sicherheitspolitische Interessen der BRD gefährdet (bspw. im Bereich des internationalen Terrorismus, Cyberkriminalität, Auslandsmissionen der Bundeswehr). Die Schlüsselaufgabe des BND in der Sicherheitsarchitektur besteht schließlich darin, die Vielzahl von Treffern auszuwerten und an die Bundesregierung und andere Stellen im In- und Ausland¹¹ zu übermitteln („analytischer Informationsdienstleister“).¹² Der BND agiert also als „Frühwarnsystem“ im Bereich der Gefahrenabwehr, die nach dem

⁶ Nunmehr: § 23 BNDGÄndG.

⁷ Nunmehr: § 25 BNDGÄndG. Nennenswert ist insbesondere die DE-CIX GmbH in Frankfurt am Main, die Betreiberin eines der größten Internet-Knotenpunkte der Welt, dessen Datendurchsatz 2018 einen Weltrekordwert von 6,7 Terrabits/Sekunde erreichte. Vgl. DE-CIX Annual Report 2018, S. 16, abrufbar unter: <https://www.de-cix.net/Files/8/f/f/e/8ffebd3a21b647976f5a229d54f169233dfad082/DE-CIX%20Annual%20Report%202018.pdf> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021).

⁸ Nunmehr: § 19 Abs. 7 BNDGÄndG. Der BND ist als alleinige Behörde mit nachrichtendienstlichen Befugnissen im Ausland ausgestattet. Gleichwohl ist auch er nach dem G 10 berechtigt, Daten der internationalen Kommunikation abzufangen (Inland-Ausland; siehe dazu unten: **B. I.**). Für gefahrenträchtige Kommunikation zwischen Inländern sind die Verfassungsschutzämter zuständig.

⁹ Nunmehr: § 19 Abs. 5 BNDGÄndG.

¹⁰ Selektoren sind Suchbegriffe, die entsprechend dem Aufklärungsauftrag der Bundesregierung eingesetzt werden, um gefilterte Datenmengen nach Treffern zu durchsuchen. Formale Suchbegriffe werden vor allem aus Telefonnummern, Gerätekennungen von Mobiltelefonen, Adressen und E-Mail-Adressen gebildet, die zur Internettelefonie gebildet werden (vgl. BT-Drucks. 18/9041, S. 23). Dazu zählen auch unterschiedliche technische Schreibweisen (Permutationen). Inhaltliche Suchbegriffe sind z. B. geeignete Wörter, die mit einem bestimmten Gefahrenbereich in Verbindung stehen; vgl. *Karl/Soiné*, Neue Rechtsgrundlagen für die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung, NJW 2017, 919 (920).

¹¹ Hierzu zählen unter anderem: das Bundeskriminalamt, das Bundesverfassungsschutzamt und die Verfassungsschutzämter der Länder, Strafverfolgungsbehörden sowie verbündete ausländische Nachrichtendienste.

¹² *Lindner/Unterreitmeier*, Grundlagen einer Dogmatik des Nachrichtendienstrechts, DÖV 2019, 165 (168).

Grundgesetz eine funktionell und institutionell getrennte Arbeitsweise von Gefahraufklärung (Nachrichtendienste) hin zur Gefahrintervention (Polizeistellen) vorsieht.¹³

Die Rechtssatz-Verfassungsbeschwerde rügte maßgeblich, dass der BND bei der Datenerhebung und -verwertung anlasslos und massenhaft Überwachungsmaßnahmen ergreifen kann, die umso tiefer in die Privatsphäre der Kommunikationsteilnehmer eingreifen, je individualisierter die Selektoren eingesetzt werden. Das Gericht stellt über eine als „bewusst“ bezeichnete Verletzung des Zitiergebots (Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG)¹⁴ hinaus die Verfassungswidrigkeit der angegriffenen Vorschriften fest und macht umfassende Vorgaben zu deren verfassungsmäßiger Ausgestaltung.

Nachfolgend wird die Entscheidung in die jüngere Rechtsprechung zur nachrichtendienstlichen Überwachungspraxis eingeordnet (**B.**). Danach folgt eine Analyse ausgewählter Kernaussagen des Urteils (**C.**), bevor der Frage nach einer Dogmatik im Recht der Nachrichtendienste nachgegangen wird (**D.**). Daran anknüpfend soll der aktuelle Gesetzesentwurf zur Änderung des BNDG im Lichte der Vorgaben aus dem BND-Urteil begutachtet werden (**E.**). Schließlich erfolgt ein perspektivischer Blick auf die Auswirkungen des Urteils in der Praxis (**F.**).

B. Kontext der jüngeren verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zur nachrichtendienstlichen Überwachungspraxis

I. G 10-Urteil (1999)

In den 1990er Jahren begann eine intensive Debatte über die auslandsbezogenen Aufgaben und Aktivitäten des BND, im Zuge derer das Aufgabenspektrum des Nachrichtendienstes erheblich erweitert wurde.¹⁵ Bis zum Ende des Kalten Krieges war der BND allein damit betraut, Angriffsbestrebungen des Ostblocks gegen die Bundesrepublik zu beobachten.¹⁶ Das geopolitische Spannungsfeld veränderte sich jedoch durch den Fall des Eisernen Vorhangs und die zunehmende Internationalisierung des Kriegswaffenhandels, des Terrorismus, der Geldwäsche und anderer Erscheinungsformen organisierter Kriminalität.¹⁷

¹³ *Lindner/Unterreitmeier*, Grundlagen einer Dogmatik des Nachrichtendienstrechts, DÖV 2019, 165 (168).

¹⁴ BVerfGE 154, 152 (152) = *BVerfG*, NJW 2020, 2235, 2. Ls.

¹⁵ *Arndt*, Die Fernmeldekontrolle im Verbrechenbekämpfungsgesetz, NJW 1995, 169 (169).

¹⁶ *Arndt*, Zum Abhörurteil des BVerfG, NJW 2000, 47 (48).

¹⁷ *BVerfG*, NJW 2000, 55 ff.

Als Reaktion fiel die politische Entscheidung, den Anwendungsbereich der strategischen Fernmeldeaufklärung des BND auf die neuen Gefahrenbereiche auszuweiten (§ 3 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 bis 6 Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses (G 10) a. F.; jetzt: § 5 G 10). Diese Befugnisse standen sodann 1999 auf dem Karlsruher Prüfstand (sog. G 10-Urteil).¹⁸ Das damalige Verfahren betraf die Verfassungsmäßigkeit der Überwachung der sog. Inland-Ausland-Kommunikation bzw. internationalen Kommunikation via Satelliten, also solcher, bei der ein Endpunkt im Inland und der andere im Ausland liegt (§ 3 Abs. 1 a. F. G 10). Die verfassungsrechtlich klassische Frage der extraterritorialen Grundrechtsbindung wurde bereits damals an das *BVerfG* herangetragen, jedoch mangels Entscheidungserheblichkeit unbeantwortet gelassen.¹⁹

II. BKAG-Urteil (2016)

Als Reaktion auf die hoch bleibende Anzahl an terroristischen Anschlägen in Europa²⁰ wurde 2008 eine Bundeskompetenz zur Abwehr länderübergreifender Terrorismusgefahren für das *Bundeskriminalamt* (BKA) geschaffen (Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG).²¹ Das BKAG wurde etwa zur Überwachung außerhalb von Wohnräumen, zur akustischen, optischen Überwachung und zum Zugriff auf informationstechnische Systeme ermächtigt. Die zahlreichen Befugnisse des BKA zur Abwehr terroristischer Gefahren (§§ 20 g, h, j, k, l, m BKAG a. F.; §§ 38 – 62 BKAG n. F.) wurden 2016 vom *BVerfG* für teilweise verfassungswidrig erklärt.²² Während das BKAG-Urteil von zwei Verfassungsrichtern bemängelt wurde, die in ihren Sondervoten insbesondere den Detailgrad der gerichtlichen Vorgaben kritisierten²³, stand die Richterbank im BND-Urteil geschlossen hinter der Entscheidung.

¹⁸ *BVerfG*, NJW 2000, 55 ff.

¹⁹ *Ebd.*, S. 58.

²⁰ Vgl. EU, Terrorism Situation and Trend Report 2009, S. 11 ff., abrufbar unter: <https://data.europa.eu/euodp/en/data/dataset/te-sat-2009-eu-terrorism-situation-and-trend-report/resource/d016f3b7-ec2f-4fe0-9d3a-53bbbb692f00> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021).

²¹ Gesetz v. 25.12.2008, BGBl. I S. 3083 (Nr. 66); zum politischen Kontext: *Wiemers*, Teilweise Verfassungswidrigkeit des BKA-Gesetzes, NVwZ 2016, 839 (841).

²² *BVerfG*, ZD 2016, 374 (Ls.), nachfolgend „BKAG-Urteil“.

²³ *Wiemers* (Fn. 21), S. 841.

Das BKAG-Urteil entfachte in der Folge einen Streit darüber, ob die Anforderungen an Befugnisse für informationelle Eingriffe verallgemeinernd auf die Befugnisse der Nachrichtendienste übertragen werden können.²⁴

C. Kernaussagen des BND-Urteils

Nachfolgend werden zwei ausgewählte²⁵ Problemkreise erörtert, die Gegenstand reger Kontroverse sind: die extraterritoriale Grundrechtsbindung und einige diskussionsträchtige Aspekte der verfassungsrechtlichen Anforderungen an die strategische Fernmeldeaufklärung.

I. Extraterritoriale Grundrechtsbindung deutscher Staatsgewalt

Die Streitfrage der Auslandsgeltung von Grundrechten ist für die nachrichtendienstliche Tätigkeit von zentraler Bedeutung, da mit „nahezu 50 % des Meldeaufkommens“ essenzielle Erkenntnisse des BND mit der Aufklärung ausländischer Aktivitäten gewonnen werden.²⁶

1. Trifft das Grundgesetz eine allgemeine Aussage zur Auslandsgeltung von Grundrechten?

Wie bereits im G 10-Urteil angeklungen, nähert sich das BVerfG obiger Frage ausgehend von Art. 1 Abs. 3 GG an. So entnimmt das BVerfG der Aufzählung aller drei Staatsgewalten in Art. 1 Abs. 3 GG die Aussage, dass die Bindung der Staatsgewalt an das Grundgesetz lückenlos zu gewährleisten sei – unabhängig von Funktionen, Handlungsformen oder Gegenständen staatlicher Aufgabenwahrnehmung.²⁷ Damit wird der restriktiven Auffassung eine Absage erteilt, welche für die Auslandsgeltung von Grundrechten ein Gewaltverhältnis

²⁴ *Unterreitmeier*, Folgewirkungen des BKAG-Urteils für die Nachrichtendienste?, NWVBl. 2018, 227 ff.

²⁵ Nicht beleuchtet werden etwa: Aspekte der Zulässigkeit, formellen Verfassungsmäßigkeit, internationalen Kooperation und Einzelheiten in der rechtsstaatlichen Einhegung; s. a. *Aust*, Auslandsaufklärung durch den Bundesnachrichtendienst, DÖV 2020, 715 ff.; *Dietrich*, Zusammenfassung und Anmerkung zu BVerfG, Urt. v. 19.5.2020, GSZ 2020, 173 ff.; *Huber*, Das BVerfG und die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung des BND, NVwZ-Beilage 2020, 3 ff.; *Muckel*, Fernmeldeaufklärung im Ausland im BND-Gesetz verfassungswidrig geregelt, JA 2020, 631 ff.; *Petri*, Erfolgreiche Verfassungsbeschwerde gegen Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung nach dem BND-Gesetz in ihrer derzeitigen Form, ZD 2020, 410 ff.; *Schmahl*, Grundrechtsbindung der deutschen Staatsgewalt im Ausland, NJW 2020, 2221 ff.

²⁶ BT-Drucks. 18/12850, S. 707.

²⁷ *BVerfG*, NJW 2020, 2235 (2241) mit Verweis auf *Hölscheidt*, Das neue Recht des Bundesnachrichtendienstes, Jura, 2017, 148 (150 f.); ausführlich: *Schmahl* (Fn. 25), S. 2221.

fordert, das auf einem Mindestmaß an territorialer Kontrolle beruht.²⁸ Um den „Leitnormcharakter“²⁹ von Art. 1 Abs. 3 GG zu realisieren, muss staatliche Gewalt vielmehr „vom Eingriff her“ gedacht werden, also überall dort Bindung entfalten, wo sie sich mittelbar oder unmittelbar auswirkt.³⁰ Dieses weite Verständnis von Hoheitsgewalt wird nun auch vom *BVerfG* auf Fälle angewendet, in denen die Wirkungen deutscher Staatsgewalt im Ausland eintreten.

Diese Auslegung aus dem Wortlaut von Art. 1 Abs. 3 GG allein zu folgern, wäre logisch jedoch nicht zwingend, da die Vorschrift (wie auch das Grundgesetz insgesamt) weder eine positive noch eine negative Aussage zur Auslandsgeltung von Grundrechten trifft.³¹ Aus dem Schweigen der Vorschrift wurde in weiten Teilen der Literatur der Schluss gezogen, der räumliche Geltungsbereich müsse sich aus dem spezifischen Grundrecht selbst ableiten lassen.³² Diese normative Offenheit füllt das *BVerfG* unter Bezugnahme auf den Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit mit Leben (Präambel, Art. 25, Art. 9 Abs. 2 GG).³³ Treten die Wirkungen staatlichen Handelns im Ausland ein, dürfe der Grundrechtsschutz nicht an den nationalen Grenzen enden. Dieser Schutz sei auch bei reinen Auslandssachverhalten nicht auf bloß objektiv-rechtliche Verpflichtungen beschränkt. Im Mittelpunkt des Grundgesetzes stehe vielmehr der individuelle Grundrechtsschutz.

Das Ergebnis des *BVerfG* kann insofern angezweifelt werden, als es die Extraterritorialität zusätzlich in dem Menschenrechtsbekenntnis des Art. 1 Abs. 2 GG verankert: „Die Grundrechte des Grundgesetzes werden [durch das Bekenntnis] in den Zusammenhang internationaler Menschenrechtsgewährleistungen gestellt“.³⁴ *Löffelmann* führt aus, dass der normative Gehalt von Art. 1 Abs. 2 GG „vorkonstitutioneller“ Natur sei, sich also von dem limitierten Grundrechtekatalog abhebt.³⁵ Auch *Gärditz* weist auf

²⁸ *Gärditz*, Die Rechtsbindung des Bundesnachrichtendienstes bei Auslandstätigkeiten, Die Verwaltung 48 (2015), 463 (467).

²⁹ *Höfling*, in: Sachs, 8. Aufl. 2018, Art. 1 Rn. 84.

³⁰ *Schwandner*, Extraterritoriale Wirkungen von Grundrechten im Mehrebenensystem, 2019, S. 85 ff.

³¹ *Löffelmann*, in: Dietrich/Gärditz/Graulich/Gusy/Warg, Reform der Nachrichtendienste zwischen Vergesetzlichung und Internationalisierung, 2019, S. 33 (35).

³² *Löffelmann*, in: Dietrich/Eiffler, Handbuch des Rechts der Nachrichtendienste, 2017, VI § 3 Rn. 15.

³³ *BVerfG*, NJW 2020, 2235 (2240 f., 2259).

³⁴ *Ebd.*, S. 2241.

³⁵ *Löffelmann* (Fn. 32), S. 36.

die grundsätzlich territoriale – nicht universalistische – Struktur menschenrechtlicher Vertragswerke hin.³⁶ Entscheidend ist dieser Streit freilich nicht, da das *BVerfG* das Menschenrechtsbekenntnis lediglich als zusätzliche, nicht als einzige Argumentationslinie heranzieht.

2. Räumlicher Geltungsbereich von Art. 10 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG

Das *BVerfG* begründet den umfassenden räumlichen Geltungsbereich von Art. 10 und Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG teleologisch mit der Internationalisierung der Kommunikationstechnik, die ungeachtet territorialer Grenzen Informationsaustausch ermögliche.³⁷ Der zunehmend grenzüberschreitende Austausch gehe mit ständig steigenden Datenverarbeitungs- und -übertragungskapazitäten der Nachrichtendienste einher,³⁸ sodass die weltweite Zivilgesellschaft – insbesondere Berufsgruppen wie Journalisten, die auf Vertraulichkeit angewiesen sind – einer „ubiquitären Angreifbarkeit“ ihrer Kommunikations- und Informationsfreiheiten gegenüberstehe.³⁹

Dennoch wird teilweise vertreten, die Gewährung subjektiver Rechtspositionen aus Art. 10 Abs. 1 GG an ausländische Betroffene der strategischen Fernmeldeaufklärung verletze den völkerrechtlichen Territorialitätsgrundsatz, da dadurch ausländische Sachverhalte nach nationalem Recht geregelt würden.⁴⁰ Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass eine Intervention im Sinne des Völkerrechts allenfalls in der Überwachungstätigkeit selbst läge, nicht aber in der Begrenzung derselben.⁴¹ Die Selbstbindung trägt vielmehr zur innerstaatlichen Effektivierung des Völkerrechts bei,⁴² sodass das Ergebnis des *BVerfG* richtig ist.

³⁶ Gärditz, Grundrechtliche Grenzen strategischer Ausland-Ausland-Telekommunikationsaufklärung, JZ 2020, 825 (827).

³⁷ *BVerfG*, NJW 2020, 2235 (2243 ff).

³⁸ *Ebd.*, S. 2244.

³⁹ Becker, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland XI, 3. Aufl. 2013, S. 515 (547 f).

⁴⁰ Proelss/Daum, Verfassungsrechtliche Grenzen der Routinefernmeldeaufklärung durch den Bundesnachrichtendienst, AöR 141 (2016), 373 (381 ff).

⁴¹ Gröpl, Das Fernmeldegeheimnis des Art. 10 GG vor dem Hintergrund des internationalen Aufklärungsauftrages des Bundesnachrichtendienstes, ZRP 1995, 13 (17).

⁴² Krieger, in: Röttgen/Wolff, Parlamentarische Kontrolle der Nachrichtendienste im demokratischen Rechtsstaat, 2008, S. 35.

II. Verfassungsrechtliche Anforderungen an die strategische Fernmeldeaufklärung

Das *BVerfG* sieht in der strategischen Fernmeldeaufklärung in diverser Hinsicht zu Recht schwerwiegende Grundrechtseingriffe, deren Rechtfertigung nur unter Einhaltung zusätzlicher Voraussetzungen möglich ist.

1. Der informationelle Eingriff durch die strategische Fernmeldeaufklärung

Das *BVerfG* prüft dogmatisch eine Reihe verschiedener mit der strategischen Fernmeldeaufklärung zusammenhängender Eingriffe durch die Erfassung, Auswertung und Übermittlung von Daten.⁴³ Hierbei kommt es zu dem Schluss, dass besonders schwerwiegende Grundrechtseingriffe vorliegen:

So weise die strategische Fernmeldeaufklärung gemäß §§ 6 – 18 BNDG⁴⁴ einen sehr großen Kreis (potentiell) Betroffener auf, da anstatt von partiellen Satellitensignalen⁴⁵ gesamte Telekommunikationsnetze nach relevanten Daten abgesucht werden können.⁴⁶ In diesem Zusammenhang führt das *BVerfG* allerdings auch aus, in der anfänglichen Erfassung der Daten deutscher Staatsangehöriger (§ 6 Abs. 4 BNDG)⁴⁷ liege kein Eingriff, solange diese allein technisch bedingt miterfasst und vor einer händischen Sichtung eines Mitarbeiters durch Filterprozesse technisch wieder aussortiert werden.⁴⁸ Angesichts der Allgegenwärtigkeit der Überwachung und des Einflusses sog. *Chilling Effects*⁴⁹ auf den Einzelnen ließe sich dies wohl auch anders sehen.

⁴³ *BVerfG*, NJW 2020, 2235 (2244 ff).

⁴⁴ Nunmehr: §§ 19 – 62 BNDGÄndG (siehe auch: Fn. 2).

⁴⁵ Das Verfahren im G 10-Urteil hatte die Überwachung der satellitengebundenen Inland-Ausland-Kommunikation zum Gegenstand (§ 3 G 10 a. F.), mit der wesentlich gezielter und fragmentarischer Kommunikationsbeziehungen abgefangen wurden. Auch gemäß § 10 Abs. 4 S. 3, 4 G 10 ist die maximale Datenübertragung auf 20 % der Kapazität eines Übertragungsweges begrenzt. § 19 Abs. 8 BNDGÄndG beschränkt das Volumen der strategischen Ausland-Fernmeldeaufklärung nunmehr auf 30 %.

⁴⁶ BT-Drucks. 18/9041, S. 22 f., 26; so auch die Legaldefinition in § 3 Nr. 27 TKG.

⁴⁷ Nunmehr: § 19 Abs. 7 BNDGÄndG.

⁴⁸ *BVerfG*, NJW 2020, 2235 (2244 f.); vgl. die Entscheidung des *BVerfG* zur automatisierten Erfassung von Autokennzeichen, NJW 2008, 1505 ff. und *Proelss/Daum* (Fn. 40), S. 393 f.; zur zweifelhaften technischen Umsetzbarkeit eines präzisen Filterprogramms: BT-Drucks. 18/12850, S. 717 ff.

⁴⁹ Der Begriff entstammt der angloamerikanischen Rechtstradition und beschreibt Effekte staatlichen Handelns, die Bürger durch störende, einschüchternde Beeinflussung davon abhalten, von ihren Grundrechten Gebrauch zu machen, vgl. *Assion*, Überwachung und Recht, in: *Telemedicus-Schriftenreihe I*, 2014, S. 31 ff., abrufbar

Maßgeblich für die Intensität der strategischen Fernmeldeaufklärung sei insbesondere der Aspekt der Anlasslosigkeit von Überwachungsmaßnahmen. Die Tatbestandsmäßigkeit zentraler gegenständlicher Ermächtigungsgrundlagen im BNDG (§§ 6 Abs. 1, Abs. 2; 7 Abs. 1; 13 Abs. 2 BNDG)⁵⁰ setzt lediglich voraus, dass die Maßnahme erforderlich zur Erfüllung der Aufklärungszwecke gemäß §§ 1 Abs. 2, 6 Abs. 1 S. 1 BNDG ist, womit die Schwellen zum Eingriff angesichts des weitläufigen Aufklärungsauftrags unbestimmt und niedrig bleiben (§ 1 Abs. 2 BNDG). Eine Begrenzung im BNDG liegt in dem Erfordernis der vorherigen Anordnung durch das *Bundeskanzleramt* (§§ 6 Abs. 1 S. 2, 9 BNDG). Wie aus § 6 Abs. 1 S. 2 BNDG hervorgeht („nur“), umfasst die Anordnung lediglich den Gegenstand der Überwachung, erstreckt sich aber nicht auf die konkreten Maßnahmen, wodurch der *BND* etwa in der Auswahl und Steuerung der Selektoren frei bleibt.⁵¹

Auch wenn mildernd ins Gewicht falle, dass die Durchsuchung eines Netzes mittels Suchbegriffen nicht umfassend und teilweise wenig ertragreich erfolge,⁵² müssen bei der Bestimmung der Eingriffsintensität die hochentwickelten Datenanalysemethoden mitberücksichtigt werden. So können auch Hinweise aus der Erfassung von Internetnutzungsverhalten, Geo-Tracking und Kommunikationsinhalten hinreichend Material für die Erstellung eines tiefgehenden Persönlichkeitsprofils geben.⁵³ Wie an § 6 Abs. 3 BNDG und § 5 Abs. 2 S. 2 G 10 deutlich wird, ist der Einsatz individuell zugeschnittener Suchbegriffe eine gesetzlich geduldete Aufklärungsmethode.

Ferner wohne der Überwachungstätigkeit des *BND* auch ein hohes Maß an Heimlichkeit inne.⁵⁴ § 22 BNDG i. V. m. § 15 BVerfSchG sehen zwar eine Auskunftserteilung an Betroffene über gespeicherte Daten des *BND* vor. Diese muss jedoch verwehrt werden, soweit dem Verlangen einer der vier Geheimhaltungsgründe aus § 15 Abs. 2 BVerfSchG entgegensteht. Dadurch werden die Möglichkeiten des individuellen Rechtsschutzes stark eingeschränkt.

unter: <https://www.telemedicus.info/uploads/Dokumente/Ueberwachung-und-Recht-Tagungsband-Soko14.pdf> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021).

⁵⁰ Bspw.: §§ 19 Abs. 1 (Datenverarbeitung); 20 Abs. 1 (Datenerhebung); 29 Abs. 1 (Datenübermittlung) BNDGÄndG.

⁵¹ Vgl. die Beschwerdeschrift des Verfahrens, S. 74 f., abrufbar unter: https://freiheitsrechte.org/home/wp-content/uploads/2018/01/GFF_Verfassungsbeschwerde_BNDG_anonym.pdf (zuletzt abgerufen am 11.7.2021).

⁵² *BVerfG*, NJW 2020, 2235 (2248).

⁵³ *Ebd.*; *Aust* (Fn. 25), S. 715 (719 f).

⁵⁴ *BVerfG*, NJW 2020, 2235 (2248).

Demgegenüber falle das einzigartige Aufgabenprofil des BND als Sicherheitsbehörde ohne eigene operative Befugnisse mildernd ins Gewicht, da er insbesondere gegenüber Ausländern im Ausland keine unmittelbare Hoheitsgewalt ausüben könne.⁵⁵

2. Rechtsstaatliche Einhegung der strategischen Fernmeldeaufklärung

Diesen schwerwiegenden Eingriffen stehen überragend wichtige Verfassungs- und sonstige Schutzgüter gegenüber. Zum einen sei die nationale Strafverfolgung gerade im Bereich der Terrorismusabwehr auf die Erkenntnisse des BND innerhalb seiner auslandsbezogenen Aufklärungstätigkeit angewiesen, um die körperliche Unversehrtheit, Leben und Freiheit der Inländer zu schützen (vgl. § 5 Abs. 1 BKAG).⁵⁶ Ohne den Punkt explizit anzuführen, wird in den Ausführungen des *BVerfG* deutlich, dass hinter ihnen die Idee der „wehrhaften Demokratie“ steht: Eine liberale Demokratie muss sich um ihrer selbst willen gegen Gefahren von außen behaupten können.⁵⁷ Dem BND komme daher im Informationszeitalter auch eine staatstragende Rolle zu. Darüber hinaus könne die Bestandskraft eines Staates heutzutage nur durch eine Integration in die internationale Gemeinschaft sichergestellt werden.⁵⁸ Ohne effektive Teilhabe am *do ut des* im internationalen Datenaustausch mit verbündeten Nachrichtendiensten werde die Handlungsfähigkeit der Bundesregierung in außen- und sicherheitspolitischen Fragen stark beeinträchtigt.⁵⁹

Das *BVerfG* kommt vor diesem Hintergrund zu dem Schluss, die strategische Fernmeldeaufklärung sei trotz ihres sehr intensiven Eingriffsgewichts nicht per se verfassungswidrig und dürfe auf Ebene der Datenerhebung und -verarbeitung grundsätzlich anlasslos und allein zweckgeleitet bleiben. Tatsächliche Anhaltspunkte für die Entstehung einer konkreten Gefahr fordert das *BVerfG* ausnahmsweise bereits auf diesen Ebenen, wenn „besonders schutzwürdige Vertrauensbeziehungen“ (bspw. Journalist zu Quelle) überwacht werden.⁶⁰ Allerdings bedürfe die strategische Fernmeldeaufklärung einer „rechtsstaatlichen Einhegung“.⁶¹ Dafür macht das *BVerfG* – in diesem hohen Detailgrad recht ungewöhnliche und den Umfang dieser Abhandlung übersteigende – Vorgaben

⁵⁵ *BVerfG*, NJW 2020, 2235 (2249, 2253).

⁵⁶ *Ebd.*, S. 2250.

⁵⁷ *Lindner/Unterreitmeier* (Fn. 12), S. 167.

⁵⁸ *BVerfG*, NJW 2020, 2235 (2250, 2259 ff).

⁵⁹ *Ebd.*, S. 2249; BT-Drucks. 18/9041, S. 29.

⁶⁰ *BVerfG*, NJW 2020, 2235 (2253 f.); § 21 des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung zur Änderung des BND-Gesetzes v. 16.12.2020 verankert darüber hinaus auch den Schutz weiterer Kommunikationsbeziehungen.

⁶¹ *BVerfG*, NJW 2020, 2235 (2251).

und differenziert hierbei zwischen den verschiedenen Ebenen der Grundrechtseingriffe.⁶² Angesichts des erheblichen Eingriffsgewichts der strategischen Fernmeldeaufklärung wären insbesondere für den Einsatz gezielter Suchbegriffe sicherlich auch strengere Vorgaben denkbar gewesen.

Parallel zu diesen differenzierten Anforderungen wendet das *BVerfG* den datenschutzrechtlichen Grundsatz der Zweckbindung nunmehr auch auf die strategische Fernmeldeaufklärung bei reinen Auslandssachverhalten an. Der verfolgte Zweck einer Erhebung begründe unterschiedlich strenge Anforderungen an ihren Konkretisierungsgrad und anschließende Schutzmechanismen.⁶³ Die äußerst vagen Zweckbestimmungen der Schlüsselvorschrift des § 6 Abs. 1 S. 1 BNDG⁶⁴, die auch nach der Gesetzesbegründung die Befugnisse des BND nicht einengen sollten⁶⁵, strukturierten die Überwachungstätigkeit unzureichend. Nunmehr muss aus einer Maßnahme des BND deutlich hervorgehen, ob sie lediglich der allgemeinen politischen Information der Bundesregierung dient oder ob Strafverfolgungsinteressen verfolgt werden.⁶⁶

Die vom *BVerfG* ausgemachten Defizite im individuellen Rechtsschutz, in der Transparenz und in der anlasslosen Datenerhebung müssen künftig zusätzlich durch eine neue duale Kontrollstruktur ausgeglichen werden.⁶⁷ Die erste Stelle ist „gerichtsähnlich“ auszugestalten, muss also richterliche Unabhängigkeit genießen und die Letztentscheidungsbefugnis gegenüber Bundesregierung und BND haben. Die zweite muss als administrative Stelle eingerichtet werden, die stichprobenartig den gesamten Prozess der strategischen Überwachung überprüfen und beanstanden kann. Das *BVerfG* ordnet an, den Kontrollstellen ein eigenes Budget zuzubilligen sowie das Recht, Personalfragen (abgesehen von der Leitungsebene) eigenständig zu bestimmen. Die gerichtsähnliche Stelle wird insbesondere die Netzanordnungen, die Selektorenlisten oder Listen von besonders gefährdeten Personen zu überprüfen haben.⁶⁸

An den Ausführungen des *BVerfG* zur Kontrollstruktur lässt sich kritisieren, ihre Detailliertheit stelle einen verfassungsgerichtlichen Übergriff auf den

⁶² *BVerfG*, NJW 2020, 2235 (2251 ff.), 5.-8. Ls.; *Huber* (Fn. 25), S. 3 (5 ff.).

⁶³ *BVerfG*, Urt. v. 19.5.2020 – 1 BvR 2835/17 mit Anm. u. Bspr. *Dietrich*, GSZ 2020, 174 (178).

⁶⁴ Vgl. § 19 Abs. 4 BNDGÄndG.

⁶⁵ BT-Drucks. 18/9041, S. 22.

⁶⁶ *BVerfG*, NJW 2020, 2235 (2252, 2256 ff.).

⁶⁷ *Ebd.*, S. 2263.

⁶⁸ *Ebd.*

Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers dar.⁶⁹ Ähnliche Bedenken gegenüber allzu strengen Vorgaben des Gerichts bewogen den ehemaligen Richter des *Ersten Senats Michael Eichberger* im Jahr 2016, das BKAG-Urteil mit seinem Sondervotum nicht mitzutragen.⁷⁰

3. Fazit: Kernaussagen

Im BND-Urteil fällt die Entscheidung des *BVerfG* zur Reichweite der Grundrechtsbindung deutscher Staatsgewalt im Ausland, nachdem diese Frage im G10-Urteil mangels Entscheidungserheblichkeit unbeantwortet verblieb. Auch wenn es zunächst nur den räumlichen Geltungsbereich des Telekommunikationsgeheimnisses und der Pressefreiheit ausdehnt, werden die Weichen für eine grundrechtsübergreifende Dogmatik bei Sachverhalten mit Auslandsbezug gestellt. Ausgehend von den Defiziten des BNDG entwickelt das *BVerfG* zahlreiche Vorgaben zur verfassungsmäßigen Kodifizierung verschiedener Befugnisse des BND im Rahmen der Ausland-Ausland-Aufklärung sowie zu einer neuen dualen Kontrollstruktur des Nachrichtendienstes. Die besonders schwerwiegenden Grundrechtseingriffe der strategischen Fernmeldeaufklärung sind dem Gericht zufolge nur dann mit dem Grundgesetz vereinbar, wenn sie durch „rechtsstaatliche Einhegungen“ flankiert werden. Diese materiell-rechtlichen Vorgaben, welche vom Gericht aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz abgeleitet werden, sollen als Ausgleich für die Einbußen in Sachen Eingriffsintensität, Transparenz und individuellem Rechtsschutz dienen. Das *BVerfG* entwickelt damit sein Konzept des kompensatorischen Grundrechtsschutzes weiter,⁷¹ das die goldene Mitte zwischen Individual- und Sicherheitsinteressen anvisiert.

D. Systembildung im Recht der Nachrichtendienste

Trotz des zunehmenden Interesses am Recht der Nachrichtendienste fehlt es dem Rechtsgebiet an einer „übergreifenden Ordnungsidee“.⁷² Neben der Geheimhaltungsbedürftigkeit der Materie dürften die maßgeblichen Gründe hierfür einerseits in der späten gesetzlichen Fixierung nachrichtendienstlicher Befugnisse liegen.⁷³ Andererseits haben die erheblich eingeschränkten

⁶⁹ *Gürditz* (Fn. 36), S. 830, 832 f.

⁷⁰ S. o.: **A. II.**; *BVerfG*, NJW 2016, 1781 (1809 ff); kritisch auch: *Wiemers* (Fn. 21), S. 840.

⁷¹ Siehe zur Entwicklung dieses Konzepts maßgeblich das BKAG-Urteil: *BVerfG*, NJW 2016, 1781 (Ls. 1 b.; 1784 ff.). Aber auch in Ansätzen bereits hier: *BVerfG*, NJW 2008, 822; 2010, 833.

⁷² *Dietrich* (Fn. 32), III § 3 Rn. 71.

⁷³ Erst im Jahre 1990 wurde die Befugnisse des Bundesamtes für Verfassungsschutz, des BND und des Militärischen Abschirmdienstes vergesetzlicht, vgl.: Art. 2 bis 4 des

Möglichkeiten, individuellen Rechtsschutz gegen die Überwachungstätigkeit der Nachrichtendienste zu erlangen, zur Folge, dass sich das Rechtsgebiet nicht durch die wechselseitige Beeinflussung von Rechtsprechung und Literatur weiterentwickeln konnte.⁷⁴ Im Folgenden soll daher anhand von zwei Aspekten untersucht werden, inwiefern das BND-Urteil geeignet ist, eine Systembildung im Recht der Nachrichtendienste einzuleiten bzw. fortzubilden.

I. Übertragung der Anforderungen aus dem BKAG-Urteil auf den BND

Eine Dogmatik des Rechts der Nachrichtendienste wird sich an den Trennlinien und Konvergenzen zum sachverwandten Polizei- und Ordnungsrecht orientieren müssen, da der Prozess der Gefahrenabwehr von der Informationsgewinnung bis zur Intervention in mehreren Arbeitsschritten verläuft. Aufgrund der institutionellen Trennung von Gefahr(früh)aufklärungs- und -interventionsbehörden soll unter dogmatischen Gesichtspunkten erhöhtes Augenmerk auf die Voraussetzungen gelegt werden, unter denen Nachrichtendienste ihre generierten Informationen bspw. an Polizeistellen weiterleiten dürfen.⁷⁵ Von überragendem Interesse ist vor diesem Hintergrund, wie das *BVerfG* im BND-Urteil auf seine Rechtsprechung aus dem BKAG-Urteil zurückgreift.

Anknüpfend an die allgemein gehaltenen Vorgaben aus dem BKAG-Urteil, bildet das Kriterium der hypothetischen Datenneuerhebung im BND-Urteil den Ausgangspunkt für Datenübermittlungen durch den BND an andere inländische⁷⁶ öffentliche Stellen.⁷⁷ Das Kriterium gründet auf dem Umstand, dass eine Übermittlung an eine andere Stelle einen selbstständigen und daher rechtfertigungsbedürftigen Grundrechtseingriff darstellt.⁷⁸ Durch die

Gesetzes zur Fortentwicklung der Datenverarbeitung und des Datenschutzes v. 20.12.1990 (BGBl. I, S. 2954). Die Vergesetzlichung der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung folgte erst 2016 (s. o.: **A.**).

⁷⁴ *BVerfG*, NJW 2020, 2235 (2263). Die Genehmigung von Auskunftersuchen der Bürger muss regelmäßig aus Sicherheitsgründen verweigert werden, vgl. etwa § 25 LVerfSchG-Schleswig-Holstein. Zu sog. In-Camera-Verfahren unter Ausschluss der Öffentlichkeit vor den oberen Verwaltungsgerichten siehe: § 99 Abs. 2 VwGO.

⁷⁵ Näher zur Bedeutung des sog. grundgesetzlichen „Trennungsgebots“ zwischen Polizei und Nachrichtendiensten siehe: *Lindner* (Fn. 12), S. 165 ff.

⁷⁶ Das *BVerfG* macht zudem Vorgaben zur Datenübermittlung an ausländische Stellen, *BVerfG*, NJW 2020, 2235 (2257 ff). Beachtlich ist hier, dass das *BVerfG* zur Gewährleistung eines angemessenen Datenschutzniveaus im Empfängerstaat das Vorliegen einer „verbindliche[n] Zusicherung“ ausreichend lässt. Ein strengerer Maßstab wäre durchaus denkbar gewesen.

⁷⁷ *BVerfG*, NJW 2020, 2235 (2256).

⁷⁸ *Gärditz* (Fn. 36), S. 830 f.; vgl. zur einfachgesetzlichen Kodifizierung: § 12 BKAG.

Übermittlung dürfen grundsätzlich keine Voraussetzungen umgangen werden, denen die Empfängerbehörde – im fiktiven Falle einer eigenen Erhebung – unterlegen hätte. Beim BND erfolgt die Erhebung von Daten im Gegensatz zum BKA (oder einer anderen Behörde mit operativen Befugnissen) jedoch grundsätzlich nicht für eigene Zwecke. Die Aufgabe des BND besteht allein darin, aufbereitete Datensätze für andere Stellen bereitzustellen („Analytischer Informationsdienstleister“).⁷⁹ So sieht das *BVerfG* auch die Konkretisierungsbedürftigkeit seiner Rechtsprechung in diesem Punkt. Die Umgehungsgefahr bestehe darin, dass Datenerhebungen aus der weitgehend anlasslosen Fernmeldeüberwachung nicht ohne Weiteres an Stellen übermittelt werden sollen, welche nicht über dieses Aufklärungsinstrument verfügen.⁸⁰

Für Datenübermittlungen aus Eingriffen besonders intensiver Art (mittels gezielter Suchbegriffe) zieht das *BVerfG* nunmehr die Anforderungen heran, die 2016 im BKAG-Urteil formuliert wurden.⁸¹ Demnach müsse die Übermittlung dem Schutz eines vergleichbar gewichtigen Rechtsguts dienen sowie eine „hinreichend konkret absehbare Gefahrenlage“ vorliegen.⁸² Zu verlangen sei eine „hinreichend konkretisierte Gefahr in dem Sinne, dass zumindest tatsächliche Anhaltspunkte für die Entstehung einer konkreten Gefahr für die Schutzgüter bestehen“.⁸³ Dadurch muss der BND künftig in größerem Maße engere Gefahrprognoseentscheidungen treffen, bevor er Daten an Interventionsbehörden übermittelt. Damit führt der *Erste Senat* seine Linie der Harmonisierung von Anforderungen von repressivem und präventivem Sicherheitsrecht fort, die mit dem BKAG-Urteil konsolidiert wurde.⁸⁴ Besonders deutlich wird diese Konvergenz, wenn in engen Ausnahmen für Übermittlungen aus nachrichtendienstlichen Erkenntnissen sogar das Vorliegen einer „unmittelbaren Gefahr“ gefordert wird.⁸⁵

⁷⁹ *Lindner/Unterreitmeier* (Fn. 12), S. 168 f.

⁸⁰ *BVerfG*, NJW 2020, 2235 (2256).

⁸¹ *BVerfG*, NJW 2016, 1781 (1801 f.).

⁸² *BVerfG*, NJW 2020, 2235 (2256); In Fällen der Weiterleitung an Strafverfolgungsbehörden müsse ein „bestimmter“ Verdachtsgrad erreicht werden, der über einen Anfangsverdacht i. S. v. § 152 Abs. 2 StPO hinausgeht. Bei Übermittlungen zur Information der Bundesregierung sei hingegen keine konkretisierte Gefahrenlage erforderlich, *BVerfG*, NJW 2020, 2235 (2257).

⁸³ *BVerfG*, NJW 2020, 2235 (2257).

⁸⁴ Vgl. *Masing*, Überwachung durch Polizei oder Nachrichtendienst – Stellungnahme zum Beitrag von Johannes Unterreitmeier, GSZ 2018, 6 (6).

⁸⁵ *BVerfG*, NJW 2020, 2235 (2257).

Diese von Teilen der Literatur mitgetragene Auffassung (sog. Konvergenztheorie)⁸⁶ ist nicht ohne Kritik geblieben.⁸⁷ Erörterungsbedürftig ist, ob die Übertragung derart strenger Maßstäbe an den Konkretisierungsgrad der Tatsachenlage auf den BND überzeugt. In der Literatur wird argumentiert, Eingriffsschwellen für den BND genössen gegenüber polizeilichen Befugnissen das „verfassungsrechtliche Privileg“, niedrigere Voraussetzungen enthalten zu dürfen, da der BND eine einzigartige Sicherheitsbehörde ohne eigene operative Befugnisse sei.⁸⁸ Daraus wird gefolgert, Datenübermittlungen durch den BND stellen keine Zweckänderung und somit keinen eigenständigen Grundrechtseingriff dar.⁸⁹ Die Konvergenztheorie enthielte einen logischen Bruch, da das Fehlen operativer Befugnisse umgekehrt ein Absenken der Eingriffsschwellen gebieten würde.⁹⁰

Die teilweise sehr engen Voraussetzungen, die an die Übermittlungen angelegt werden, müssen jedoch im Zusammenspiel mit den niedrigeren Anforderungen an Datenerhebung und -verarbeitung gesehen werden. Weil das „Privileg“ des BND auf erster Ebene sehr großzügig ausgelegt wurde, um die Handlungsfähigkeit hinreichend zu gewährleisten, folgen daraus – logisch stringent – im Gegenzug auf Übermittlungsebene strengere Voraussetzungen.⁹¹

Der Ansatz der Konvergenztheorie überzeugt auch vor dem Hintergrund, dass die grundrechtliche Gefährdungslage heimlicher Überwachungsmaßnahmen – sei es ein Auswertungsergebnis der strategischen Fernmeldeaufklärung oder der Mitschnitt einer Observation – miteinander vergleichbar ist.⁹² Ob die Anforderungen, die bei informationellen Eingriffen von Interventionsbehörden gelten, auf den BND übertragbar sind, ist letztlich also eine Frage, wie weit das „Privileg“ des BND ausgelegt werden darf.

⁸⁶ *Bäcker*, Zur Reform der Eingriffstatbestände im Nachrichtendienstrecht, in: Dietrich/Gärditz/Graulich/Gusy/Warg, Kontrolle – Rechtsschutz – Kooperationen, 2018, S. 137 (144).

⁸⁷ *Lindner/Unterreitmeier* (Fn. 12), S. 172.

⁸⁸ *Ebd.*, S. 170 f.

⁸⁹ *Ebd.*, S. 173 f.

⁹⁰ *Ebd.* S. 172 f.

⁹¹ Vgl. *BVerfG*, NJW 2020, 2235 (2256).

⁹² *Siems*, Folgewirkungen des BVerfG-Urteils zum BKAG bei den Sicherheitsbehörden – eine erste Bilanz, NWVBl. 2018, 1 (4). Aufgrund von *Chilling Effects* wird die grundrechtliche Gefährdungslage bei Nachrichtendiensten eher als schärfer gewertet. Zu Gefahraufklärungs- und -interventionsbehörden siehe oben: **A**.

II. Das Entstehen eines nachrichtendienstlichen Gefahrbegriffs

Das Gesamtkonzept des *BVerfG* zielt darauf ab, einheitliche Anforderungen an Eingriffsschwellen für Gefahraufklärungs- und -interventionsbehörden aufzustellen, wo der informationelle Eingriff bereits Anhaltspunkte enthält, die auf die Entwicklung einer gefahrträchtigen Kausalkette hinweisen.

Der Rückgriff des *BVerfG* auf seine Ausführungen im BKAG-Urteil bietet – auch für den Gesetzgeber – Anlass, dem Recht der Nachrichtendienste ein ausdifferenzierteres dogmatisches Gepräge zu geben. Relevant wird insbesondere die Frage, wie sich ein nachrichtendienstlicher Gefahrbegriff vom klassischen polizeirechtlichen Gefahrbegriff unterscheidet.

Möchte man einem nachrichtendienstlichen Gefahrbegriff Konturen verleihen, muss im Rahmen der strategischen Fernmeldeaufklärung beachtet werden, dass diese auf Erhebungsebene – unabhängig von einer konkreten Gefahr im Sinne des Polizeirechts – zur Aufgabe hat, Verdachtsmomente für Gefahrentwicklungen zu generieren (Gefahrfrühaufklärung).⁹³ Würde man also den Einsatz und die Anpassung von Selektoren zu früh an Tatsachen binden, könnte der Dienst seinen Auftrag kaum mehr erfüllen.⁹⁴

Somit könnte die Formulierung eines nachrichtendienstlichen Gefahrbegriffs dort ansetzen, wo Suchbegriffe zur gezielten Erhebung von personenbezogenen Daten verwendet werden (§ 6 Abs. 3 BNDG⁹⁵, § 5 Abs. 1, 2 S. 1 – 3 G 10), da in diesen Fällen regelmäßig tatsächliche Anhaltspunkte für eine gefahrträchtige Situation vorliegen werden.

Im Einklang mit diesen Überlegungen und dem Privileg der Nachrichtendienste urteilte das *BVerfG* bereits in einer Entscheidung zum Verfassungsschutzgesetz von Nordrhein-Westfalen. Datenerhebungen, bei denen lediglich „Anhaltspunkte für einen Zustand bestehen, in dem das Schutzgut konkret bedroht ist“, genügen dort den verfassungsrechtlichen Anforderungen.⁹⁶

Für die Systembildung im Recht der Nachrichtendienste könnte die Dogmatik im Vorfeldrecht der Gefahraufklärungsbefugnisse der Polizei fruchtbar gemacht werden, welches ebenfalls strukturell-proaktiv aufgebaut ist.⁹⁷ Entscheidend ist

⁹³ *Lindner/Unterreitmeier* (Fn. 12), S. 170 f.

⁹⁴ *Ebd.*

⁹⁵ Nunmehr: §§ 20 Abs. 1, 2; 21 Abs. 1, 2 BNDGÄndG.

⁹⁶ *BVerfG*, NJW 2008, 822 (837).

⁹⁷ Vgl. zur damaligen Diskussion des „neuen“ informationellen Polizeirechts: *Möstl*, Die neue dogmatische Gestalt des Polizeirechts, DVBl. 2007, 581 (581 f.).

dabei, ein „dynamisches Gefahrverständnis“ anzulegen, das den Prozess von der Informationsbeschaffung bis zur Gefahrintervention als einen zusammenhängenden Prozess des Sicherheitsrechts begreift. Es gilt, gerichtlich kontrollierbare und unmissverständliche⁹⁸ Termini zu finden, die dem Wesen der nachrichtendienstlichen Vorfeldarbeit gerecht werden. Der indiziengeprägte Prozess der strategischen Fernmeldeaufklärung könnte in verschiedene Stufen von „Verdachtsgraden“ eingeteilt werden, deren Überschreiten den gezielteren Einsatz von Selektoren und schließlich die Übermittlung rechtfertigt. Unterschieden werden könnte zwischen einem rein „lagebezogenen abstrakten Gefahrverdacht“, einem „personenbezogenen abstrakten Gefahrverdacht“ und einem „konkreten Gefahrverdacht“.⁹⁹ Die Konkretisierung dieser unbestimmten Rechtsbegriffe würde der einzurichtenden Kontrollstruktur obliegen. Aus den Treffern der Auslandsaufklärung müssten Indizien hervorgehen, die darauf hinweisen, dass die betroffene Person eine „spezifische individuelle Nähe“ zur aufzuklärenden Bestrebung aufweist.¹⁰⁰ Je weiter die Person in die abstrakte Gefahrenlage involviert ist, desto präzisere Suchbegriffe dürften verwendet werden. Beispielsweise wäre eine Übereinstimmung des Treffers mit Hinweisen aus der internationalen Kooperation ein „tatsächlicher Anhaltspunkt“ für eine Erhöhung des Verdachtsgrades.¹⁰¹

Die vom *BVerfG* im BND-Urteil entwickelten Vorgaben bieten reichlich Impulse, um das dogmatische Vakuum mithilfe wesensspezifischer Termini aufzufüllen.¹⁰²

E. Das BNDG-Änderungsgesetz

Wie etwa von *Aust* vorausgesagt, verfolgte die Bundesregierung das Ziel, lediglich die Vorgaben des *BVerfG* vor Ablauf der Frist (31.12.2021) umzusetzen, ohne das Recht der Nachrichtendienste grundlegend zu reformieren.¹⁰³ Das Änderungsgesetz der Bundesregierung passierte am 25.3.2021 – circa 10 Monate nach dem Urteil – den Bundestag und wurde anschließend dem Bundesrat

⁹⁸ Das *BVerfG* benutzt im Zusammenhang mit den Vorgaben gelegentlich den polizeirechtlich konnotierten Begriff der „Gefahr“, obwohl auf nachrichtendienstlicher Ebene in aller Regel nur von Verdachtsmomenten für eine Gefahrentwicklung gesprochen werden kann.

⁹⁹ *Möstl* (Fn. 97), S. 587 f.; in diese Richtung auch: *BVerfG*, NJW 2020, 2235 (2252 f).

¹⁰⁰ *BVerfG*, NJW 2016, 1781 (1786); *Lindner/Unterreitmeier* (Fn. 12), S. 173 plädieren auch für einen nachrichtendienstlichen „Störerbegriff“ in Form einer „involvierten Person“.

¹⁰¹ In diesem Sinne können auch Ausführungen des *BayVerfGH* zur sog. „erhöhten abstrakten Gefahr“ verstanden werden, *BayVerfGH*, NVwZ 2006, 1284 (Ls., 1287 f.).

¹⁰² Vgl. auch: *BVerfG*, NJW 2020, 2235 (2256 f.).

¹⁰³ *Aust* (Fn. 25), S. 723.

zugeleitet. Es sollen hier drei praxisrelevante Aspekte der Umsetzung näher beleuchtet werden.

I. Begriffsbestimmungen und neue Ermächtigungsgrundlagen

Trotz akribischer Umsetzungsarbeit stellte der Gesetzgeber im BNDGÄndG keine Definitionen für Begriffe der nachrichtendienstlichen Praxis wie zum Beispiel tatsächliche Anhaltspunkte (§ 19 Abs. 4 BNDGÄndG), Gefahrfrühaufklärung (§ 19 Abs. 1 Nr. 2 BNDGÄndG) oder Verdacht (§ 21 Abs. 2 BNDGÄndG) auf. Nach aktuellem Stand können diese bisher nur unter Rückgriff auf Ausführungen des *BVerfG* selbst¹⁰⁴ sowie der straf- und polizeirechtlichen Dogmatik¹⁰⁵ einer rechtlichen Kontrolle durch den *Unabhängigen Kontrollrat* unterzogen werden. Dies wird vor dem Hintergrund der vorgeschriebenen Differenzierung zwischen Aufklärungsmaßnahmen zu allgemein politischen Unterrichtungszwecken der Bundesregierung einerseits und zu Zwecken der „Gefahrfrühaufklärung“ und Strafverfolgung andererseits bedeutsam.¹⁰⁶ Der Gesetzgeber hat – wie vom *BVerfG* ausdrücklich für verfassungsgemäß erachtet – die strategische Ausland-Fernmeldeaufklärung zur politischen Unterrichtung der Bundesregierung auf Ebene der Datenerhebung und -verwertung nicht an Eingriffsschwellen gebunden (vgl. §§ 19 Abs. 3; 20 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BNDGÄndG).¹⁰⁷ Dienen die Aufklärungsmaßnahmen dagegen der „Gefahrfrühaufklärung“, sieht die Eingriffsschwelle „tatsächliche Anhaltspunkte“ vor (vgl. § 19 Abs. 4 S. 1 BNDGÄndG).

Bemerkenswerterweise hat der Gesetzgeber darauf verzichtet, für Datenübermittlungen an in- und ausländische öffentliche Stellen allein zweckgebundene anlasslose Ermächtigungsgrundlagen beizubehalten, obwohl das Verfassungsgericht ihm diese Gestaltungsmöglichkeit offengelassen hatte (vgl. §§ 29 und 30 BNDGÄndG).¹⁰⁸

¹⁰⁴ Das *BVerfG* versteht unter „tatsächlichen Anhaltspunkten“ eine Tatsachenbasis, die den Verdacht einer besonders schweren Straftat in konkretisierter Weise begründet. Bloße Anhaltspunkte, wie sie ausreichen, um erste allgemeine Ermittlungen der Strafverfolgung einzuleiten, (vgl. § 152 Abs. 2 StPO) genügen nicht. Vielmehr soll der Verdichtungsgrad demjenigen einer Wohnraumüberwachung gemäß § 100c StPO entsprechen, *BVerfG*, NJW 2020, 2235 (2257).

¹⁰⁵ *Brunns*, in: KK-StPO, 8. Aufl. 2019, § 100c Rn. 10.

¹⁰⁶ Siehe oben: **B. II. 2.**

¹⁰⁷ *BVerfG*, NJW 2020, 2235 (2252 f.).

¹⁰⁸ *Ebd.*, S. 2257, auch auf Ebene der Datenerhebung und -verwertung ist der Gesetzgeber über die Vorgaben des *BVerfG* hinausgegangen, indem er auch die gezielte Erhebung personenbezogener Daten gemäß § 20 Abs. 1, 2 BNDÄndG an qualifizierte

Begrüßenswert für eine Systembildung im Recht der Nachrichtendienste ist, dass der Gesetzgeber dem Impuls des *BVerfG*, „Gründe und Gesichtspunkte, unter denen strategische Überwachungsmaßnahmen gezielt auf bestimmte Personen gerichtet werden, festzulegen“, nachgekommen ist.¹⁰⁹ So setzen mehrere Eingriffsbefugnisse des BND nunmehr voraus, dass die Zielperson „Verursacher von Gefahren i. S. d. § 19 Abs. 4 BNDGÄndG“ ist.¹¹⁰ Ausweislich der Gesetzesbegründung des BNDGÄndG bezog die Bundesregierung ebenfalls die Ausführungen des *BVerfG* ein, im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung bei der Auswahl von Suchbegriffen Präferenzregeln für den Grad der Verstrickung der Zielperson in die aufzuklärende Gefahrenlage aufzustellen.¹¹¹ Dementsprechend sind die Verhältnismäßigkeitsanforderungen an die Überwachung von unbeteiligten Dritten („informationelles Sonderopfer“¹¹²) wesentlich höher als von unmittelbar Beteiligten. Auch hier kann die Rechtsprechung aus dem BKAG-Urteil fruchtbar gemacht werden, die von heimlichen Überwachungsmaßnahmen verlangt, dass die Zielperson eine „spezifische individuelle Nähe“ zur entstehenden Gefahrenlage aufweist.¹¹³ Unglücklicherweise verwendet der Gesetzgeber im BNDÄndG missverständlich den polizeirechtlich geprägten Begriff des „Verursachers“. Einer Dogmatik dienlicher wäre ein unbesetzter Terminus wie etwa der einer „involvierten Person“ gewesen.¹¹⁴

Während der Personenkreis von Zielpersonen nachrichtendienstlicher Aufklärungsmaßnahmen durch das Änderungsgesetz nunmehr hinreichend bestimmt kodifiziert wurde, lässt das Gesetz Konkretisierungen zu einem „nachrichtendienstlichen Gefahrbegriff“ bzw. zum Begriff der „tatsächlichen Anhaltspunkte“ für eine gefahrenträchtige Lage vermissen. Der Gefahrenbegriff könnte mit der oben (C. II.) vorgestellten Differenzierung zwischen Verdachtsgraden von tatsächlichen Anhaltspunkten konkretisiert werden.

Eingriffsschwellen geknüpft hat, obwohl das Gericht ihn selbst hiervon (fraglicherweise) freigestellt hat, *BVerfG*, NJW 2020, 2235 (2253).

¹⁰⁹ *BVerfG*, NJW 2020, 2235 (2253).

¹¹⁰ § 20 Abs. 2 Nr. 1; § 34 Abs. 5 BNDÄndG.

¹¹¹ Vgl. S. 71, 110 und 119 der aktuellen Gesetzesbegründung, abrufbar unter: <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/976020/1829370/3299c2a2c74446424413b4363d6fb035/2020-12-16-rege-ge-bnd-data.pdf?download=1> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021).

¹¹² So der Verfassungsrichter a. D. *Schluckebier* in seinem Sondervotum zum BKAG-Urteil: NJW 2016, 1781 (1811). Befürwortend für Nachrichtendienste bereits: *Lindner/Unterreitmeier* (Fn. 12), S. 173.

¹¹³ Vgl. oben: C. II.

¹¹⁴ So: *Lindner/Unterreitmeier* (Fn. 12), S. 173.

II. Harmonisierung der Kontrollstruktur?

Um die Zersplitterung im Recht der Nachrichtendienste wenigstens im Ansatz zu vereinheitlichen, hätte der Gesetzgeber die Aufspaltung der Befugnisse des BND in G 10 und BNDG aufheben können, da die Trennung Folge der nunmehr für verfassungswidrig erklärten Auffassung war, es gäbe keine extritoriale Grundrechtsbindung.¹¹⁵ Somit bleiben weiterhin auch zwei Spruchkörper im Rahmen ihrer derzeit zugewiesenen Kompetenz tätig; die internationale Kommunikation nach dem G 10 verbleibt bei der *G10-Kommission* und die Ausland-Ausland-Kommunikation nunmehr bei dem *Unabhängigen Kontrollrat* (vgl. §§ 41 ff. BNDGÄndG).

Die Rechtskontrolle durch das derzeit noch tätige *Unabhängige Gremium* (§ 16 BNDG) und den *Bundesbeauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit* (BfDI) genügte den Ansprüchen des *BVerfG* an die Kontrolltätigkeit nicht.¹¹⁶ Das *Unabhängige Gremium* wird fortan durch den *Unabhängigen Kontrollrat* abgelöst, während die Kompetenzen des BfDI unberührt bleiben (vgl. § 58 BNDGÄndG).

III. Individueller Rechtsschutz vor der gerichtsähnlichen Stelle?

Durchaus kritisiert werden kann, dass der derzeitige Gesetzesentwurf nicht den Vorschlag des *BVerfG* aufgreift, auch einzelnen Bürgern (bei nachgewiesener plausibler Betroffenheit) das Recht einzuräumen, spezielle Beschwerdeverfahren vor der gerichtsähnlichen Kontrollstelle einzuleiten.¹¹⁷ Dies hätte dazu beitragen können, die weiterhin bestehenden Rechtsschutz- und Transparenzdefizite des kompensatorischen Konzepts abzufedern. In Großbritannien werden sogenannte In-Camera-Verfahren bereits seit der Reform des Investigatory Powers Act im Jahre 2016 durchgeführt, die in Abwesenheit des Beschwerdeführers vor einer ebenfalls unabhängigen gerichtsähnlichen Stelle – dem Investigatory Powers Tribunal – verhandelt werden.¹¹⁸ Die Herausbildung einer konsistenten Rechtsprechung zum Schutz der Zivilgesellschaft in

¹¹⁵ *Aust* (Fn. 25), S. 723; siehe auch die umfangreichen Vorschläge der Stiftung Neue Verantwortung zur Vereinheitlichung der Kontrollgremien in: BND-Reform, die Zweite, S. 9 ff., abrufbar unter: https://www.stiftung-nv.de/sites/default/files/bnd_reform_die_zweite_vorschlaege_zur_neustrukturierung.pdf, (zuletzt abgerufen am 11.7.2021).

¹¹⁶ *BVerfG*, NJW 2020, 2235 (2268 f).

¹¹⁷ *Aust* (Fn. 25), S. 723.

¹¹⁸ *McKay/Walker*, in: Dietrich/Gärditz/Graulich/Gusy/Warg, Reform der Nachrichtendienste zwischen Vergesetzlichung und Internationalisierung, 2019, S. 119 (125), die auf die überschaubare Erfolgsrate derartiger Verfahren in Großbritannien hinweisen (zwischen 2012 und 2016 obsiegten die Beschwerdeführer in nur 23 von 1002 Fällen).

nachrichtendienstlichen Fällen obliegt nun allein dem Wechselspiel der neuen Kontrollstruktur mit dem Bundeskanzleramt und dem BND.

IV. Fazit zu den Gesetzesänderungen

Der Gesetzgeber hat sich – soweit es den Gegenstand dieser Arbeit betrifft – die Vorgaben des *BVerfG* im Wesentlichen zu eigen gemacht. Hervorzuheben ist jedoch, dass Eingriffs- und Übermittlungsschwellen geschaffen wurden, die über die Anforderungen des BND-Urteils hinausgehen. Das Gesetz konkretisiert nunmehr hinreichend den Personenkreis der durch Aufklärungsmaßnahmen Betroffenen, sodass der Ausbildung eines nachrichtendienstlichen „Störerbegriffs“ nichts mehr im Wege steht. Unglücklicherweise unterblieb bisher eine gesetzgeberische Begriffsbestimmung für den nachrichtendienstlichen Gefahrbegriff sowie die Einbeziehung der Zivilbevölkerung in Verfahren vor dem gerichtsähnlichen Kontrollrat.

F. Folgen des Urteils für die Praxis

Das BND-Urteil wird bereits jetzt als „Meilenstein“ im Außen- und Sicherheitsverfassungsrecht gehandelt¹¹⁹, dessen Auswirkungen erst ansatzweise im Gesetzesentwurf zur Änderung des BNDG¹²⁰ absehbar sind. Durch die Schutzmechanismen, die für Journalisten und andere Berufsgeheimnisträger¹²¹ weltweit erstritten wurden, setzt das BND-Urteil ein Zeichen für die Bedeutung einer freien Presse.

In der effektiven Koordination der neuen Kontrollstruktur mit der Bundesregierung dürfte eine harte Bewährungsprobe für die wehrhafte Demokratie liegen.¹²² Insbesondere die neuen, umfassenden Befugnisse und Erlaubnisvorbehalte¹²³ der gerichtsähnlichen Stelle werden die Effektivität der Aufklärungsarbeit des BND herausfordern. Durch die Erhöhung der Arbeitsschritte wird auch der BND personell aufzustocken sein, um einer Verlangsamung des gesamten Prozesses entgegenzuwirken.

Es bleibt zudem abzuwarten, ob die verbindliche Trennung zwischen inländischer, internationaler und ausländischer Kommunikation langfristig Bestand haben wird. Angesichts der erheblichen Zweifel an der technischen

¹¹⁹ *Dietrich* (Fn. 25), S. 182.

¹²⁰ Vgl. Fn. 2.

¹²¹ Nunmehr: § 21 und § 35 BNDGÄndG.

¹²² *Ebd.*

¹²³ Vgl. *BVerfG*, NJW 2020, 2235 (2252).

Umsetzbarkeit von Filtersystemen¹²⁴, die nach Staatsangehörigkeit und Aufenthaltsort präzise differenzieren können, sind Beanstandungen durch das neue administrative Kontrollorgan des *Unabhängigen Kontrollrats* vorprogrammiert (vgl. § 19 Abs. 7 S. 2 BNDGÄndG).¹²⁵

Ferner ist auch trotz der berechtigten Kritik¹²⁶ an den Verweisen des *BVerfG* auf aktuell laufende Verfahren¹²⁷ vor dem *EGMR* im Zusammenhang mit Art. 1 Abs. 2 GG nicht auszuschließen, dass der *EGMR* das deutsche Diktum bei der Konkretisierung des Geltungsbereichs der EMRK beachten wird (vgl. Art. 1 EMRK).

Schließlich bricht das BND-Urteil in bemerkenswerter Weise mit einem Trend im internationalen Recht, der in Richtung normative Unverbindlichkeit („soft law“) geht.¹²⁸ Das *BVerfG* entnimmt dem Grundgesetz vielmehr eine Aufgabe, sicherheits- und außenpolitischen Gefahren durch Kosmopolitismus mit konstitutiver Rückbindung entgegenzutreten.

¹²⁴ Vgl. Fn. 48.

¹²⁵ Vgl. § 52 Gesetzentwurf der Bundesregierung Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des BND-Gesetzes zur Umsetzung der Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts sowie des Bundesverwaltungsgerichts.

¹²⁶ S. o.: C. I. 1.; Gärditz (Fn. 36), S. 827 f.

¹²⁷ *EGMR, Big Brother Watch and others v. The United Kingdom*, Urt. v. 13.9.2018, Rs. 58170/13, 62322/14, 24960/15, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-186048> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021) = NVwZ 2018, 1457.

¹²⁸ Vgl. Schäfer, Soft law im System des Völkerrechts, JuS 2020, 827 (829 f.).

Charlotte Morgane Lubinski*

Die EU in internationalen Organisationen

Abstract

Dieser Beitrag dient der Untersuchung der Rolle der EU in internationalen Organisationen. Zudem versucht er einen Ausblick zu geben, wie mögliche Intensivierungen dieser Beziehungen aussehen könnten.

This article aims to examine the role of the EU in international organizations. In addition, it attempts to give an outlook on how possible intensifications of these relations could look like.

* Die Verfasserin hat im WS 2020/21 ihr Studium der Rechtswissenschaft an der Goethe-Universität Frankfurt am Main abgeschlossen und absolviert zurzeit ihr Rechtsreferendariat in Hessen. Dem vorliegenden Beitrag liegt eine Seminararbeit im Seminar „Außenbeziehungen der EU“ im Sommersemester 2020 bei Prof. *Dr. Stefan Kadelbach, LL.M.* zugrunde.

A. Einleitung

„Die Beziehungen der EU zu [...] internationalen Organisationen stellen in weiten Teilen ein ohne Struktur gewachsenes und daher nur schwer durchschaubares Beziehungsdickicht dar.“¹ Dieser Beitrag dient der Untersuchung der Rolle der EU in internationalen Organisationen. Da das Recht auf Mitgliedschaft in einer internationalen Organisation nach wie vor überwiegend Staaten vorbehalten ist,² hat die EU bei der Mitarbeit in anderen internationalen Organisationen traditionell – wenn überhaupt – eher den Status einer Beobachterin. Allerdings trat die Europäische Gemeinschaft (EG) 1991 offiziell als Mitglied der Ernährungs- und Landwirtschaftsorganisation der Vereinten Nationen (FAO) bei, war 1995 Gründungsmitglied der Welthandelsorganisation (WTO) und beteiligt sich zudem an einer Vielzahl anderer internationaler Organisationen.³ Dabei wird die Beziehung der Union zu internationalen Organisationen von den Grundsätzen der europäischen Außenpolitik (Art. 21 EUV⁴) geprägt. Doch wie sind diese Außenbeziehungen der EU zu anderen internationalen Organisationen genau ausgestaltet und wie könnten mögliche Intensivierungen dieser Beziehungen aussehen?

Im Rahmen der folgenden Abhandlung werden dazu zunächst die Eigenschaften von internationalen Organisationen beschrieben (**B.**) und die Rechtsgrundlagen für die Beteiligung der EU an internationalen Organisationen erläutert (**C.**), bevor im Hauptteil die Beteiligungsformen der EU an internationalen Organisationen untersucht werden (**D.**) sowie eine Betrachtung der EU als Akteurin in ausgewählten Gremien der Vereinten Nationen (UN) (**E.**) vorgenommen wird. Abschließend folgt ein Fazit mit Ausblick (**F.**).

B. Eigenschaften internationaler Organisationen

Internationale Organisationen⁵ sind zwischenstaatliche Organisationen (*International Governmental Organizations*), deren Mitglieder Staaten und andere

¹ Odendahl, Beziehungen zu Drittstaaten und internationalen Organisationen, in: v. Arnould, Europäische Außenbeziehungen. Enzyklopädie Europarecht X, 2014, § 5 Rn. 1.

² Vgl. z. B. IWF (Art. II IWF-Articles of Agreement v. 27.12.1945, UNTS 2, S. 39, S. 134; BGBl. 1978 II, S. 13); WHO (Art. 3 ff. WHO-Verfassung v. 22.7.1946, UNTS 14, S. 185). Siehe auch Scheffler, Die Europäische Union als rechtlich-institutioneller Akteur im System der Vereinten Nationen, 2011, S. 445 ff.

³ van Vooren/Wessel, EU External Relations Law, 2014, S. 246.

⁴ EUV v. 7.2.1992, UNTS 1756, S. 4; BGBl. 1992 II, S. 1251.

⁵ Ausführlich zu Geschichte und Begriff der internationalen Organisationen Seidl-Hohenvelder/Loibl, Das Recht der Internationalen Organisationen einschließlich der Supranationalen Gemeinschaften, 7. Aufl. 2000, Rn. 126 f., 20 ff.; Schmahl, in: Graf

Völkerrechtssubjekte sind, die auf internationaler Ebene gemeinsame Ziele verfolgen (z. B. UN, EU, FAO). Zu unterscheiden sind sie von NGOs (*Non-governmental Organizations*, z. B. Amnesty International, Greenpeace), die privatrechtlich verfasste Organisationen darstellen, deren Gründung nicht auf einem völkerrechtlichen Vertrag beruht und denen nach dem traditionellen Völkerrecht keine Rechtspersönlichkeit zukommt.⁶

Internationale Organisationen betätigen sich überwiegend in den Politikfeldern Frieden und Sicherheit⁷, Wirtschaft⁸, Umwelt⁹, sowie Menschenrechte, Demokratie und Rechtstaatlichkeit^{10,11}. Letztere zählen zu den historischen Fundamenten¹², Werten¹³ und Zielen¹⁴ der EU und stellen thematische Schwerpunkte ihrer Tätigkeit dar.¹⁵

Eine Klassifizierung der internationalen Organisationen kann anhand des räumlichen (universell, interkontinental oder regional) und sachlichen (generell oder speziell) Wirkungsbereichs vorgenommen werden: Internationale Organisationen mit generellem Wirkungsbereich verfolgen nach ihrem Gründungsvertrag einen umfassenden Zweck (z. B. Friedenssicherung; auf universeller Ebene die UN, auf regionaler Ebene die Organisation Amerikanischer Staaten [OAS] oder die Afrikanische Union [AU]). Hingegen wenden sich internationale Organisationen mit speziellem Wirkungsbereich durch ihre Ausrichtung auf einen bestimmten und begrenzten Zweck nur an eine ausgewählte Gruppe von Völkerrechtssubjekten. Spezielle Organisationen sind die Sonderorganisationen der UN (z. B. Weltgesundheitsorganisation [WHO], Internationale Zivilluftfahrtsorganisation [ICAO], Internationale Seeschiffahrts-Organisation [IMO]) sowie universelle und regionale

Vitzthum/Proelß, *Völkerrecht*, 8. Aufl. 2019, Abschn. 4 Rn. 3 ff.; Ipsen, *Völkerrecht*, 7. Aufl. 2018, § 8 Rn. 4 ff. Insbesondere sind drei Phasen der Geschichte der internationalen Organisationen zu unterscheiden: 1815-1914 („Heilige Allianz“), 1919-1939 (Völkerbund) und Entwicklung nach 1945 (UN).

⁶ v. Arnould, *Völkerrecht*, 4. Aufl. 2019, § 2 Rn. 64 f.

⁷ Z. B. UN (Kollektive Sicherheit); NATO (Verteidigung); OSZE (Friedenssicherung); EU.

⁸ Z. B. WTO (Handel); WHO (Gesundheit); FAO (Ernährung und Landwirtschaft).

⁹ Z. B. WMO (Wetter, Klima, Wasser).

¹⁰ Z. B. UN (Menschenrechtsschutzsysteme der 10 UN-Konventionen); Europarat (Menschenrechtsschutzsystem der Europäischen Menschenrechtskonvention).

¹¹ Rittberger/Zangl/Kruck, *Internationale Organisationen*, 4. Aufl. 2013, S. 145 ff.

¹² Vgl. 2. und 4. Erwägungsgrund Präambel des EUV.

¹³ Vgl. Artt. 2, 6 EUV.

¹⁴ Vgl. Artt. 3 Abs. 5, 21 Abs. 1, Abs. 2 lit. b EUV.

¹⁵ Odendahl (Fn. 1), § 5 Rn. 34.

internationale Organisationen, die sich mit bestimmten Politikfeldern befassen (z. B. Zusammenarbeit in den Bereichen Handel und Wirtschaft – Nordamerikanisches Freihandelsabkommen [NAFTA], Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung [OECD]; Menschenrechte – Europarat; Verteidigung – Nordatlantische Allianz [NATO]).¹⁶

Einen Sonderfall der internationalen Organisationen stellt die EU als supranationale Organisation und Rechtsnachfolgerin der EG (Art. 1 EUV) mit eigener Völkerrechtssubjektivität (Art. 47 EUV) dar.¹⁷ Kennzeichnend für supranationale Organisationen ist, dass ihre Rechtsakte, anders als die gewöhnlicher internationaler Organisationen, nicht nur die Mitgliedstaaten zur innerstaatlichen Umsetzung verpflichten können, sondern auch ohne innerstaatliche Umsetzung Wirkung entfalten und so den staatlichen „Souveränitätspanzer“¹⁸ durchbrechen können.¹⁹

Das *BVerfG* prägte für die europäische Integration den Begriff des „Staatenverbunds“²⁰, d. h. die gemeinsam handelnden EU-Mitgliedstaaten bilden völkerrechtlich gesehen keinen Staat, aber gehen aufgrund der weitreichenden Übertragung von Souveränitätsrechten an die EU bereits über einen Staatenbund hinaus.²¹

Die praktische Bedeutung der internationalen Organisationen spiegelt sich zahlenmäßig bei einer Gegenüberstellung der Anzahl internationaler Organisationen zur Zahl der Staaten weltweit (195 durch die UN anerkannte

¹⁶ *Ipsen* (Fn. 5), § 8 Rn. 7; *Schmahl* (Fn. 5), Abschn. 4 Rn. 9.

¹⁷ Vertiefend zur Europäischen Union als supranationale Organisation in *Schmahl* (Fn. 5), Abschn. 4 Rn. 249 ff.

¹⁸ *Bleckmann*, Grundgesetz und Völkerrecht, 1975, S. 272 (308).

¹⁹ *Ipsen* (Fn. 5), § 8 Rn. 9 f.

²⁰ BVerfGE 89, 155 (184); 123, 267 (348); s. hierzu *Kirchhof*, Die rechtliche Struktur der Europäischen Union als Staatenverbund, in: v. Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, S. 1009 ff.; zudem *Oeter*, Bundesstaat, Föderation, Staatenverbund – Trennlinien und Gemeinsamkeiten föderaler Systeme, *ZaöRV* 75 (2015), 733 (736 ff.).

²¹ *Bundeszentrale für politische Bildung*, Staatenverbund, abrufbar unter: <https://www.bpb.de/nachschlagen/lexika/pocket-europa/16940/staatenverbund> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021). Zur Abgrenzung zu anderen Formen internationaler Verbindungen – Bundesstaat und Staatenbund, s. *Ipsen* (Fn. 5), § 8 Rn. 15 ff.

Staaten²²) wider. Eine Übersicht der *Union of International Associations*²³ zählt für 2018 288 (auf vertraglicher Absprache beruhende) internationale Organisationen. Diese Zahlen lassen auf eine fortschreitende institutionelle Vernetzung der Staaten schließen.²⁴

I. Internationale Organisation im rechtlichen Sinne: Fünf Merkmale einer internationalen Organisation

Es herrscht weitgehende Einigkeit über die rechtlich notwendigen Merkmale einer internationalen Organisation. Orientiert an den bisherigen Erscheinungsformen von internationalen Organisationen (z. B. UN, EU, FAO), wird sie definiert als ein auf völkerrechtlichem Vertrag beruhender (1) mitgliederschaftlich strukturierter Zusammenschluss von zwei oder mehr Völkerrechtssubjekten (meist Staaten) (2), der mit eigenen Organen (3) Angelegenheiten von gemeinsamem Interesse (4) besorgt und Rechtsfähigkeit (5) besitzt.²⁵ Regelmäßig sind Staaten die Gründer und Mitglieder von internationalen Organisationen, doch auch die Beteiligung anderer Völkerrechtssubjekte ist nicht ausgeschlossen.²⁶ Zudem können internationale Organisationen Mitglieder anderer internationaler Organisationen sein, sofern ihr Gründungsvertrag diese Mitgliedsfähigkeit vorsieht, die ihrerseits Völkerrechtssubjektivität voraussetzt. Der Begriff der internationalen Organisation allein lässt keinen Rückschluss auf ihre Völkerrechtspersönlichkeit zu. Vielmehr sind die Mitglieder der internationalen Organisation für die Verleihung dieser Eigenschaft verantwortlich.²⁷

²² 193 UN-Mitgliedstaaten und 2 Nichtmitgliedstaaten (Palästina, Heiliger Stuhl).

UN, Growth in UN Membership, abrufbar unter: <https://www.un.org/en/about-us/growth-in-un-membership#2000-Present> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021); UN, Non-member States, abrufbar unter: <https://www.un.org/en/about-us/non-member-states> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021).

²³ YIO 56 (2019/20), Vol. 4, xxxii, abrufbar unter: https://uia.org/sites/uia.org/files/misc_pdfs/pubs/yb_2019_vol4_lookinside.pdf, (zuletzt abgerufen am 11.7.2021).

²⁴ So auch *Schmahl* (Fn. 5), Abschn. 4 Rn. 11.

²⁵ *Ebd.*, Abschn. 4 Rn. 12.

Ausführlich zu den Gemeinsamkeiten in der Struktur (zwischenstaatlicher) internationaler Organisationen *Ipsen* (Fn. 5), § 8 Rn. 22 ff.

²⁶ *Schermers/Blokker*, International Organizations or Institutions, Membership, in: Wolfrum, MPEPIL, zuletzt aktualisiert Januar 2008, A., B.

²⁷ *Schmahl* (Fn. 5), Abschn. 4 Rn. 13.

II. Völkerrechtsfähigkeit internationaler Organisationen

Internationalen Organisationen kommt weder im Völkerrecht noch im nationalen mitgliedstaatlichen Recht automatisch Rechtssubjektivität zu. Die Rechtssubjektivität von internationalen Organisationen bedarf eigener, durch die Mitgliedstaaten verliehener Rechte und Pflichten. Ob einer internationalen Organisation Völkerrechtssubjektivität verliehen wird, hängt mithin vom Gründungsvertrag als manifesten Ausdruck des Willens der Mitglieder ab.²⁸ Dabei verleiht der Gründungsvertrag der internationalen Organisation entweder ausdrücklich (z. B. EU: Art. 47 EUV) Völkerrechtsfähigkeit oder diese ergibt sich implizit (z. B. UN²⁹) anhand einer Interpretation³⁰ der Vertragsvorschriften über die Rechte und Pflichten der internationalen Organisation sowie ihrer Zweckbestimmung.³¹

Im Gegensatz zu Staaten verfügen internationale Organisationen über keine Kompetenz-Kompetenz. Sie sind nur für ihren Organisationszweck geschaffen und dürfen ihre Kompetenzen nicht eigenständig erweitern. Ihre Völkerrechtsfähigkeit ist nicht umfassend, sondern nur funktional-partiell³² und beschränkt sich auf die Erledigung im Gründungsvertrag niedergelegter Aufgaben (sog. „Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung“).³³

Die Handlungsfähigkeit einer internationalen Organisation in ihren unterschiedlichen Ausprägungen, z. B. Vertragsabschlussfähigkeit, Fähigkeit zum diplomatischen Verkehr sowie aktive und passive Deliktsfähigkeit, lässt sich nicht allein aus ihrer Rechtsfähigkeit ableiten, sondern bedarf einer organisationsrechtlichen Begründung.³⁴ Internationale Organisationen und ihre Bedienstete genießen in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen zur effektiven

²⁸ Ipsen (Fn. 5), § 8 Rn. 60; Schmahl (Fn. 5), Abschn. 4 Rn. 93 f.

²⁹ Die Charta der Vereinten Nationen v. 26.6.1945, UNCIO XV, S. 335; BGBl. 1973 II, S. 430 verleiht der UN nicht ausdrücklich Völkerrechtsfähigkeit; der IGH erkannte der UN Völkerrechtsfähigkeit zu, da sie andernfalls ihre Aufgaben nicht wirksam wahrnehmen könnte, siehe IGH, Reparations for Injuries, ICJ-Reports 1949, 174 (179) [Bernadotte]: *implied-powers-Lehre*. Ausführlich zur *implied-powers-Lehre* Ipsen (Fn. 5), § 8 Rn. 63 ff.

³⁰ Zur Auslegung des Gründungsvertrags einer internationalen Organisation s. Schmahl (Fn. 5), Abschn. 4 Rn. 39 ff.

³¹ Ebd., Abschn. 4 Rn. 94.

³² Mosler, Völkerrecht als Rechtsordnung, ZaöRV 36 (1976), 6 (23 f.).

³³ Ipsen (Fn. 5), § 8 Rn. 62; Schmahl (Fn. 5), Abschn. 4 Rn. 189.

³⁴ Schmahl (Fn. 5), Abschn. 4 Rn. 97.

So auch Pernice, Völkerrechtliche Verträge internationaler Organisationen, ZaöRV 48 (1988), 229 ff.; Verdross/Simma, Universelles Völkerrecht, 3. Aufl. 2012, § 679; Ipsen (Fn. 5), § 8 Rn. 68.

Erfüllung der ihnen übertragenen Aufgaben zahlreiche Privilegien und Immunitäten^{35,36} Die Rechtsgrundlagen dieser Privilegien und Immunitäten finden sich regelmäßig in den Gründungsverträgen der internationalen Organisationen selbst³⁷, in separaten Verträgen über Sonderrechte³⁸ oder sog. „Sitzabkommen“ („*headquarters agreements*“)³⁹, die zwischen den internationalen Organisationen und ihren Sitzstaaten geschlossen werden.

C. Rechtsgrundlagen der Beteiligung der EU an internationalen Organisationen

Die Rechtsgrundlagen der EU-Beteiligung an internationalen Organisationen sind sowohl im Völker- als auch Europarecht zu finden. Die völkerrechtlichen Grundlagen stellen die Gründungsverträge der internationalen Organisationen sowie das Recht der internationalen Organisationen dar. Die europarechtlichen Grundlagen sind Normen des AEUV^{40,41} Als supranationale Organisation mit eigener Völkerrechtssubjektivität kann die EU Mitgliedschaften in anderen internationalen Organisationen eingehen oder organisationsrechtliche Beziehungen unterhalb einer Mitgliedschaft zu diesen aufbauen und pflegen.⁴²

³⁵ Insb. die Befreiung von der Zuständigkeit nationaler Gerichte, außer die internationalen Organisationen verzichten auf Immunität, in Deutschland von Amts wegen zu beachtendes Verfahrenshindernis. Ausführlich zu Deutschland *Fassbender*, Germany, in: Reinisch, *The Privileges and Immunities of International Organizations in Domestic Courts*, 2013, S. 123 ff.

Die EU genießt keine Immunität vor mitgliedstaatlichen Gerichten (Art. 274 AEUV), wobei deren Jurisdiktion aufgrund weitreichender Kompetenzen des *EuGH* begrenzt ist; *Möldner*, *International Organizations or Institutions, Privileges and Immunities*, in: Wolfrum, *MPEPIL*, zuletzt aktualisiert Mai 2011, Rn. 45.

³⁶ *Möldner* (Fn. 35), Rn. 45; *Schmahl* (Fn. 5), Abschn. 4 Rn. 106 ff.

³⁷ Vgl. UN, Art 105 UN-Charta.

³⁸ Vorbildcharakter für entsprechende Abkommen hat das Übereinkommen über die Vorrechte und Immunitäten der Vereinten Nationen v. 13.2.1946, BGBl. 1980 II, S. 941. Vgl. z. B. Abkommen über die Vorrechte und Befreiungen der Sonderorganisationen der Vereinten Nationen v. 21.11.1947, BGBl 1954 II, S. 639; 1964 II, S. 187. Protokoll über die Vorrechte und Befreiungen der EG v. 8.4.1965 (ABl. EG 1967, Nr. L 152/13); seit dem Vertrag von Lissabon nunmehr Protokoll (Nr. 7) über die Vorrechte und Befreiungen der Europäischen Union (ABl. EU 2012, Nr. C 326/266).

³⁹ Vgl. Abkommen zwischen den USA und den Vereinten Nationen über den Sitz der Organisation v. 26.6.1947, UNTS 147, S. 11.

⁴⁰ AEUV v. 25.3.1957, UNTS 298, S. 11, BGBl. 1957 II, S. 753.

⁴¹ *Odendahl* (Fn. 1), § 5 Rn. 8 f.

⁴² *Ebd.*, § 5 Rn. 40 f.

I. Mitgliedschaftliche Stellung der EU in internationalen Organisationen

Die mitgliedschaftliche Stellung in einer internationalen Organisation kann die EU entweder als Gründungsmitglied einer neuen internationalen Organisation (primäre Mitgliedschaft)⁴³ oder durch Beitritt zu einer bereits existierenden internationalen Organisation (sekundäre Mitgliedschaft)⁴⁴ erreichen. Letztlich entscheiden völker- und europarechtliche Voraussetzungen über die Möglichkeit einer Mitgliedschaft der EU in internationalen Organisationen.⁴⁵

1. Völkerrechtliche Voraussetzungen

Die Gründung einer neuen internationalen Organisation durch die EU gemeinsam mit anderen internationalen Organisationen oder Staaten bedarf der Anerkennung ihrer Völkerrechtssubjektivität durch die anderen Gründungsmitglieder und erfolgt durch einen völkerrechtlichen Vertrag, den die EU unterzeichnen und ratifizieren muss.⁴⁶ Tritt die EU einer bereits bestehenden internationalen Organisation bei, bedarf es neben der Anerkennung ihrer Völkerrechtssubjektivität zudem der Eröffnung einer Beitrittsmöglichkeit durch eine sog. „Öffnungsklausel“ im Gründungsvertrag der internationalen Organisation.⁴⁷ Diese Öffnungsklauseln enthalten eine Beitrittsmöglichkeit speziell für die EU⁴⁸, für Organisationen der regionalen Wirtschaftsintegration⁴⁹, für Organisationen der regionalen Integration⁵⁰ oder für alle internationalen Organisationen, die durch ihre Mitgliedstaaten Zuständigkeiten in den durch das Übereinkommen bzw. die internationale Organisation geregelten

⁴³ *Scheffler* (Fn. 2), S. 317 bedient sich dem Begriff „originäre“ Mitgliedschaft.

⁴⁴ *Ebd.*, S. 317.

⁴⁵ *Odendahl* (Fn. 1), § 5 Rn. 42; *Frid de Vries*, European Community, Membership in International Organizations or Institutions, in: Wolfrum, MPEPIL, zuletzt aktualisiert Februar 2014, Rn. 5 spricht von einer Interaktion zwischen zwei Rechtssystemen, der Internationalen Organisation („extern“) und der EU („intern“).

⁴⁶ *Marchisio*, EU's Membership in International Organizations, in: Cannizzaro, The European Union as an Actor in International Relations, 2002, S. 231 (232 ff.); *Odendahl* (Fn. 1), § 5 Rn. 43.

⁴⁷ *Frid de Vries* (Fn. 45), Rn. 8; *Odendahl* (Fn. 1), § 5 Rn. 44.

⁴⁸ Vgl. z. B. Art. XI Abs. 1, XIV Abs. 1 WTO-Übereinkommen v. 15.4.1994, UNTS 1867, S. 3; BGBl. 1994 II, S. 1438; Art. 59 Abs. 2 Europäische Menschenrechtskonvention v. 4.11.1950, UNTS 213, S. 221; BGBl. 1952 II, S. 685, ber. S. 953.

⁴⁹ Vgl. z. B. Art. II Abs. 3, 4 FAO-Verfassung, abrufbar unter: <http://www.fao.org/3/k8024e/k8024e.pdf> (Stand: 2017). (Zugriff: 20.6.2021).

⁵⁰ Vgl. z. B. Art. 42 UN-Behindertenrechtskonvention v. 13.12.2006, UNTS 2515, S. 3.

Angelegenheiten übertragen bekommen haben^{51,52} Weiterhin schränken sog. „Subordinationsklauseln“ die Mitgliedschaft der EU in internationalen Organisationen ein, indem sie fordern, dass eine bestimmte Anzahl ihrer Mitgliedstaaten (meistens die Mehrheit) auch Mitglieder der betreffenden internationalen Organisation sind.⁵³ Nichtsdestotrotz behalten die meisten internationalen Organisationen die Mitgliedschaft Staaten vor.⁵⁴ Im Falle einer bereits bestehenden Mitgliedschaft von EU-Mitgliedstaaten in einer internationalen Organisation, deren Tätigkeitsbereich vollständig oder teilweise der EU übertragen worden ist, lässt sich entweder aus Art. 351 Abs. 2 S. 1 AEUV⁵⁵ oder Art. 4 Abs. 3 EUV⁵⁶ auf die Pflicht der EU-Mitgliedstaaten schließen, eine Änderung des Gründungsvertrags der betreffenden internationalen Organisation herbeizuführen, um einer Unionsmitgliedschaft den Weg zu bereiten.⁵⁷ Eine Pflicht zum Austritt der Mitgliedstaaten aus einer internationalen Organisation, der die EU beitrifft, kann sich höchstens bei ausschließlicher Zuständigkeit der EU in dem betroffenen Bereich ergeben.⁵⁸ Praktisch ist dies nur in wenigen Fällen im Agrar- und Fischereibereich⁵⁹ geschehen. Es stellt einen bemerkenswerten Anachronismus dar, dass die Mitgliedstaaten sich trotz mangelnder verbleibender substantieller nationaler

⁵¹ Vgl. z. B. Art. 14 Abs. 1 lit. b ii) Protokoll zum Madrider Abkommen über die Internationale Registrierung von Marken v. 27.6.1989, ABl. L 296/22, v. 14.11.2003; BGBl. 1995 II, S. 1016, 1017).

⁵² *Odendahl* (Fn. 1), § 5 Rn. 44.

⁵³ *Scheffler* (Fn. 2), S. 331. Vgl. z. B. Art. II Abs. 4 FAO-Verfassung (Mehrheit der Mitgliedstaaten).

⁵⁴ *Frid de Vries* (Fn. 45), Rn. 7.

Zu den Auswirkungen der bereits bestehenden Mitgliedschaft von EU-Mitgliedstaaten in einer internationalen Organisation, deren Sachbereich ganz oder teilweise auf die EU übertragen worden ist *Odendahl* (Fn. 1), § 5 Rn. 45 ff.

⁵⁵ *Kokott*, in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 351 AEUV Rn. 15.

⁵⁶ Vgl. bzgl. Vorgängernorm Art. 5 EWGV, *EuGH*, Urt. v. 14.7.1976, C-3/76, 4/76, 6/76, *Cornelis Kramer u. a.*, Slg. 1976, 1279, Rn. 44 f.

⁵⁷ *Odendahl* (Fn. 1), § 5 Rn. 45. Für Bsp. s. dort Fn. 119.

⁵⁸ *Pernice*, Die EG als Mitglied im System der Vereinten Nationen: Konsequenzen für die Politik von Mitgliedstaaten und Drittstaaten, *EuR* 1991, 273 (280); *Kokott*, in: Streinz (Fn. 55), Art. 220 AEUV Rn. 9.

⁵⁹ Z. B. gaben Spanien und Portugal 1986 mit ihrem Beitritt zur EG ihre Mitgliedschaft in der NAFO auf; *Frid de Vries* (Fn. 45), Rn. 66; Aufführung anderer einschlägiger internationaler Organisationen in *Sack*, Die Europäische Union in den Internationalen Organisationen. Bedeutung der Beteiligung sowie Aktion und Einfluss von Gemeinschaft und Mitgliedstaaten in diesen Gremien, *ZEuS* 2001, 267 (277, Fn. 10).

Kompetenzen regelmäßig weigern, eine internationale Organisation nach Beitritt der EU zu verlassen.⁶⁰

2. Europarechtliche Voraussetzungen

Der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union enthält weder für die Gründung einer internationalen Organisation noch für den Beitritt zu einer solchen gesonderte Verfahrensvorschriften.⁶¹ Vielmehr richtet sich beides nach Art. 218 AEUV.⁶² Der Regelungsgehalt des Art. 220 AEUV bezieht sich ausschließlich auf die Wahrnehmung von unterhalb einer Mitgliedschaft liegenden „Beziehungen“ der EU zu internationalen Organisationen und ist damit auf eine Mitgliedschaft der EU in einer anderen internationalen Organisation nicht anwendbar.⁶³ Weiterhin muss die EU, wie der *EuGH* bereits in seinem Gutachten von 1977⁶⁴ klarstellte, über die Sachkompetenz und, damit einhergehend, auch über die auswärtige Vertragsabschlusskompetenz verfügen, um in dem betreffenden Bereich eine internationale Organisation (mit) zu gründen oder ihr beizutreten.⁶⁵ Folglich sind die meisten Mitgliedschaften der EU⁶⁶ in internationalen Organisationen, den Unionszuständigkeiten gem. Art. 3 ff. AEUV entsprechend, in den Politikfeldern Handel (z. B. WTO; Codex Alimentarius Commission [CAC]), Landwirtschaft (z. B. FAO), Erhaltung der Fischbestände (regionale Fischereiorganisationen, z. B. Nordwestatlantische Fischereiorganisation [NAFO]) sowie Rohstoffe (z. B. Internationaler Olivenrat [IOC], Internationale Tropenholzorganisation [ITTO]) zu finden. Zudem ist die EU im Verkehrs- (z. B. Zwischenstaatliche Organisation für den internationalen Eisenbahnverkehr [OTIF]), Umwelt- (z. B. Kommission zur Erhaltung der lebenden Meeresschätze der Antarktis [CCAMLR]) und Energiebereich (z. B. Europäische Energiegemeinschaft, Internationale Organisation für erneuerbare

⁶⁰ *Gilsdorf*, Die Außenkompetenzen der EG im Wandel. Eine kritische Auseinandersetzung mit Praxis und Rechtsprechung, *EuR* 1996, 145 (161); *Sack* (Fn. 59), S. 277; *Scheffler* (Fn. 2), S. 320.

⁶¹ *Frid de Vries* (Fn. 45), Rn. 9.

⁶² *Kokott*, in: Streinz (Fn. 55), Art. 220 AEUV Rn. 36; *Odendahl* (Fn. 1), § 5 Rn. 48.

⁶³ *Tietje*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 69. EL 2020, Art. 220 AEUV Rn. 11 f.; *Kokott*, in: Streinz (Fn. 55), Art. 220 AEUV Rn. 35; *Odendahl* (Fn. 1), § 5 Rn. 48.

⁶⁴ *EuGH*, Gutachten 1/76 v. 26.4.1977 (*Europäischer Stilllegungsfonds für die Binnenschifffahrt*), Slg. 1977, 741 Rn. 5.

⁶⁵ *Kokott*, in: Streinz (Fn. 55), Art. 220 AEUV Rn. 35; *Odendahl* (Fn. 1), § 5 Rn. 49.

⁶⁶ Vgl. Übersicht der EU-Mitgliedschaften in internationalen Organisationen nach Politikfeldern, European Union, External Action Service, Treaties Office – European Union Membership at International Organizations (Stand: 13.7.2020), abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/world/agreements/viewCollection.do?fileID=76204> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021).

Energien [IRENA]) Mitgliedschaften eingegangen.⁶⁷ Welches Organ der EU diese in internationalen Organisationen vertritt, bestimmt sich nach Art. 17 Abs. 1 S. 6 EUV und Art. 18 Abs. 4 S. 3 EUV.

II. Organisationsrechtliche Beziehungen der EU zu internationalen Organisationen

Unter organisationsrechtlichen Beziehungen der EU zu internationalen Organisationen versteht man institutionelle Einbindungen der EU in andere internationale Organisationen unterhalb des Mitgliedschaftsstatus. Die Aufnahme organisationsrechtlicher Beziehungen zu einer anderen internationalen Organisation hängt wiederum von den völker- und europarechtlichen Voraussetzungen sowie dem Willen der internationalen Organisation, solche Beziehungen aufzunehmen, ab.⁶⁸

1. Völkerrechtliche Voraussetzungen

Für die Aufnahme und Ausgestaltung organisationsrechtlicher Beziehungen ist entscheidend, welches Organ der internationalen Organisation die Entscheidungskompetenz innehat und in welcher Ausprägung die Beziehungsaufnahme erfolgt. Die organisationsrechtlichen Beziehungen können die Rechtsposition der EU innerhalb der Gesamtorganisation oder innerhalb des einzelnen Organs, Unterorgans oder Ausschusses der internationalen Organisation betreffen.⁶⁹ Sie werden im Gründungsdokument oder in einem Beschluss des Plenarorgans niedergelegt, erfolgen durch Erlass eines Beschlusses, werden in der Geschäftsordnung verankert oder durch Vereinbarungen⁷⁰, regelmäßig in Form eines Briefwechsels, abgeschlossen.⁷¹

⁶⁷ *Kokott*, in: Streinz (Fn. 55), Art. 220 AEUV Rn. 76 ff.; *Hoffmeister*, Outsider or Frontrunner? Recent Developments under International and European Law on the Status of the European Union in International Organizations and Treaty Bodies, CMLR 44 (2007), 41 (54); *Frid de Vries* (Fn. 45), Rn. 38 ff.; *Odendahl* (Fn. 1), § 5 Rn. 49 ff.

⁶⁸ *Hoffmeister/Kuijper*, The status of the European Union at the United Nations, in: Wouters/Hoffmeister/Ruys, The United Nations and the European Union: An Ever Stronger Partnership, 2006, Chapter 1, S. 9 (10); *Scheffler* (Fn. 2), S. 309 f.; *Odendahl* (Fn. 1), § 5 Rn. 83 ff.; *Frid de Vries* (Fn. 45), Rn. 7 ff.

⁶⁹ *Odendahl* (Fn. 1), § 5 Rn. 87 ff.

⁷⁰ Z. B. IWF; UNESCO; Eurofahrt; Zentralkommission für die Rheinschifffahrt.

⁷¹ *Osteneck*, in: Schwarze, EU-Kommentar, 4. Aufl. 2019, Art. 220 AEUV Rn. 9; *Tietje*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 63), Art. 220 AEUV Rn. 13; *Hoffmeister* (Fn. 67), S. 55 f.; *Odendahl* (Fn. 1), § 5 Rn. 88.

2. Europarechtliche Voraussetzungen

Die Rechtsgrundlage für die Aufnahme und Wahrnehmung organisationsrechtlicher Beziehungen jeglicher Art zwischen der EU und einer internationalen Organisation enthält Art. 220 AEUV.⁷² Art. 220 Abs. 1 UAbs. 1 AEUV regelt das Betreiben jeder zweckdienlichen Zusammenarbeit der EU mit den Organen der UN und ihren Sonderorganisationen, dem Europarat, der Organisation für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa (OSZE) und der OECD (*obligatorische Zusammenarbeit*⁷³). Ferner unterhält die EU gem. Art. 220 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV, soweit zweckdienlich, Beziehungen (*fakultative Beziehungen*⁷⁴) zu anderen internationalen Organisationen.⁷⁵ Zweckdienlichkeit bedeutet dabei nicht, dass sich die Zusammenarbeit bzw. die Beziehungen ausschließlich auf die Sachkompetenzen der EU beschränken. Vielmehr ist Zweckdienlichkeit anzunehmen, wenn die Zusammenarbeit bzw. die Beziehungen den Zielen der Union dienen.⁷⁶ Die Beurteilung der Zweckdienlichkeit obliegt dem nach Art. 220 Abs. 2 AEUV zuständigen Organ.⁷⁷

D. Beteiligungsformen der EU an internationalen Organisationen

Die Beteiligungsformen der EU an internationalen Organisationen lassen sich anhand der Beteiligungsintensität in die Kategorien „mitgliedschaftliche Stellung“, „Beobachterstatus“ („*observer*“)⁷⁸ und „vollberechtigte Teilnahme“ („*full/active participant*“) sowie „kein offizieller Status“ einteilen, auch wenn nicht immer eine trennscharfe Abgrenzung möglich ist.⁷⁹ Ein Mitglied ist als solches

⁷² *Kokott*, in: Streinz (Fn. 55), Art. 220 AEUV Rn. 4; *Osteneck*, in: Schwarze (Fn. 71), Art. 220 AEUV Rn. 11; *Tietje*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 63), Art. 220 AEUV, Rn. 11 f.; *Odendahl* (Fn. 1), § 5 Rn. 90.

⁷³ So genannt durch *Odendahl* (Fn. 1), § 5 Rn. 94 ff.

⁷⁴ So genannt durch *ebd.*, § 5 Rn. 114 ff.

⁷⁵ Die unterschiedlichen Begrifflichkeiten „Zusammenarbeit“ und „Beziehungen“ sind nicht von praktischer Bedeutung. Ausführlich dazu *Odendahl* (Fn. 1), § 5 Rn. 91.

⁷⁶ *Schmalenbach*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 220 AEUV Rn. 10; *Kokott*, in: Streinz (Fn. 55), Art. 220 AEUV Rn. 16.

⁷⁷ *Schmalenbach*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV (Fn. 76), Art. 220 AEUV Rn. 10.

⁷⁸ *Scheffler* (Fn. 2), S. 351 ff., 377 ff. und *Odendahl* (Fn. 1), § 5 Rn. 86 unterscheiden zudem zwischen dem Status des Beobachters und des verstärkten Beobachters. Die meisten anderen Autoren nehmen diese Unterscheidung nicht vor, vgl. z. B. *Marchisio* (Fn. 46), S. 255 ff.; *Hoffmeister/Kuijper* (Fn. 68), S. 14 f.; *Frid de Vries* (Fn. 45), Rn. 17; *Schmalenbach*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV (Fn. 76), Art. 220 AEUV Rn. 5; *Kokott*, in: Streinz (Fn. 55), Art. 220 AEUV Rn. 75.

⁷⁹ So auch *Scheffler* (Fn. 2), S. 309 ff.; ähnlich *Marchisio* (Fn. 46), S. 249 ff.; *Odendahl* (Fn. 1), § 5 Rn. 40 ff.; *Frid de Vries* (Fn. 45), Rn. 26 ff.

ausdrücklich benannt und verfügt neben anderen Rechten über das Stimmrecht. Ein Beobachter und ebenso ein vollberechtigter Teilnehmer haben kein Stimmrecht; ihnen werden überwiegend organschaftliche Beteiligungsrechte (z. B. Teilnahme-, Rede-, Vorschlags-, Informationszugangsrecht) zuteil. Besteht kein offizieller Status, fehlt auch ein offizielles organschaftliches Beteiligungsrecht. Allerdings ist zu prüfen, ob in diesem Fall nicht eine eingeschränkte, faktische Beteiligung in Betracht kommt.⁸⁰

I. Mitgliedschaftliche Stellung

Die Mitgliedschaft in internationalen Organisationen ist traditionell Staaten vorbehalten. Der Mitgliedschaftserwerb internationaler Organisationen bzw. supranationaler Organisationen in anderen internationalen Organisationen stellt eine neue Erscheinung dar, die unterschiedliche Fragen aufwirft.⁸¹ Will die EU die Mitgliedschaft in einer internationalen Organisation erwerben, kommt es zumeist zu einem langwierigen Prozess, insbesondere wenn es dazu einer Änderung des Gründungsvertrags bedarf. Die Mitgliedschaftsart bestimmt sich anhand der Sachkompetenz der EU i. S. d. Art. 3 ff. AEUV. In den Fällen, in denen die EU eine mitgliedschaftliche Stellung erlangt hat, ergeben sich zudem Schwierigkeiten hinsichtlich ihres Beteiligungsumfangs in der betreffenden internationalen Organisation, besonders wenn eine gemeinsame Mitgliedschaft der EU und ihrer Mitgliedstaaten besteht.⁸² Somit ergibt sich eine Unterteilung der Mitgliedschaftsformen in die Kategorien alleinige, zusätzliche und komplementäre Mitgliedschaft.⁸³

1. Alleinige Mitgliedschaft

Von einer alleinigen Mitgliedschaft der EU spricht man, wenn den EU-Mitgliedstaaten eine parallele Mitgliedschaft in der internationalen Organisation verwehrt bleibt.⁸⁴ Dazu muss der Aufgabenbereich der betreffenden internationalen Organisation im Wesentlichen zum ausschließlichen

Andere nehmen eine Systematisierung anhand einzelner Politikfelder vor vgl. z. B. Hoffmeister (Fn. 67), S. 43 ff.

⁸⁰ Scheffler (Fn. 2), S. 310; Odendabl (Fn. 1), § 5 Rn. 54, 59, 66 ff., 86; Frid de Vries (Fn. 45), Rn. 26 ff.

⁸¹ So auch Kokott, in: Streinz (Fn. 55), Art. 220 AEUV Rn. 37.

⁸² Frid de Vries (Fn. 45), Rn. 38.

⁸³ So Scheffler (Fn. 2), S. 318 ff.; Odendabl (Fn. 1), § 5 Rn. 52 ff.; andere Autoren führen nur zwei Mitgliedschaftskategorien an, indem sie die zusätzliche Mitgliedschaft mit der komplementären Mitgliedschaft verknüpfen oder diese nicht als eigene Kategorie erkennen, vgl. z. B. Frid de Vries (Fn. 45), Rn. 38; Kokott, in: Streinz (Fn. 55), Art. 220 AEUV Rn. 37, 93.

⁸⁴ Scheffler (Fn. 2), S. 319; Odendabl (Fn. 1), § 5 Rn. 53.

Kompetenzbereich der EU gehören.⁸⁵ Als alleiniges Mitglied genießt die EU dann dieselben Rechte und Pflichten wie jedes andere Mitglied auch, seien es Rede-, Vorschlags- oder Stimmrechte, die Möglichkeit in Gremien gewählt zu werden oder finanzielle Beitragspflichten.⁸⁶ Zum Teil wird eine alleinige Mitgliedschaft der EU in internationalen Organisationen als strategisch nachteilig angesehen.⁸⁷ So habe sie mit einer Stimme, anstelle von maximal 27⁸⁸ oder 28 Stimmen⁸⁹, weniger Einflussmöglichkeiten als bei gleichzeitiger Mitgliedschaft ihrer Mitgliedstaaten in der internationalen Organisation.⁹⁰ Praktisch bewahrheitet sich dieser Einwand jedenfalls dann, wenn in den Abstimmungsprozessen der betreffenden internationalen Organisation allein die Stimmenzahl entscheidet und nicht auch das Gewicht des jeweiligen Mitglieds Berücksichtigung findet.⁹¹

Die alleinige Mitgliedschaft der EU in internationalen Organisationen ist derzeit noch vergleichsweise selten. In ihrem ausschließlichen Kompetenzbereich ist die EU alleiniges Mitglied in einer Reihe kleinerer internationaler Organisationen geworden. Darunter sind insbesondere regionale Fischereiorganisationen⁹² aufgrund ihrer ausschließlichen Zuständigkeit für die Erhaltung der biologischen Meeresschätze im Rahmen der gemeinsamen Fischereipolitik (Art. 3 Abs. 1 lit. d AEUV) zu finden.⁹³ Walfang (gegen Säugetiere gerichtet) ist nicht der Fischerei zuzuordnen, weshalb die Mitgliedstaaten und nicht die EU Mitglieder der Internationale Walfangkommission (IWC)⁹⁴ sind.⁹⁵ Dient die internationale

⁸⁵ *Schermers*, International Organizations as a Member of Other International Organizations, in: FS Mosler, 1983, S. 823 (837); *Scheffler* (Fn. 2), S. 319.

⁸⁶ *Sack*, Die Europäische Gemeinschaft als Mitglied Internationaler Organisationen, in: GS Grabitz, 1995, S. 631 (643); *Scheffler* (Fn. 2), S. 319; *Odendahl* (Fn. 1), § 5 Rn. 54.

⁸⁷ *Seidl-Hohenveldern/Loibl* (Fn. 5), Rn. 0825 a; *Kokott*, in: Streinz (Fn. 55), Art. 220 AEUV, Rn. 38.

⁸⁸ Wenn anstelle der EU alle 27 EU-Mitgliedstaaten Mitglied wären.

⁸⁹ Wenn anstelle der EU sowohl alle 27 EU-Mitgliedstaaten als auch die EU selbst Mitglied wären; so bei der zusätzlichen Mitgliedschaft.

⁹⁰ *Scheffler* (Fn. 2), S. 319 f.; *Kokott*, in: Streinz (Fn. 55), Art. 220 AEUV, Rn. 38; *Odendahl* (Fn. 1), § 5 Rn. 54.

⁹¹ So auch *Sack* (Fn. 59), S. 278; *Scheffler* (Fn. 2), S. 320; *Odendahl* (Fn. 1), § 5 Rn. 54.

⁹² Z. B. NAFO (Vgl. Art. II NAFO-Übereinkommen v. 24.10.1978, UNTS 1135, S. 369; Verordnung des Rates v. 28.12.1978, ABl. 1978 L 378/2); NASCO (Vgl. Art. I NASCO-Übereinkommen v. 2.3.1982, UNTS 1338, S. 33; Beitrittsbeschluss v. 13.12.1982, ABl. 1982 L 378/24).

⁹³ *Sack* (Fn. 86), S. 643; *Scheffler* (Fn. 2), S. 320; *Frid de Vries* (Fn. 45), Rn. 66; *Odendahl* (Fn. 1), § 5 Rn. 55; *Kokott*, in: Streinz (Fn. 55), Art. 220 AEUV, Rn. 84.

⁹⁴ Gegründet auf Grundlage des Internationalen Übereinkommens zur Regelung des Walfangs v. 2.12.1946, UNTS 161, S. 72, BGBl. 1982 II, S. 558.

⁹⁵ *Kokott*, in: Streinz (Fn. 55), Art. 220 AEUV Rn. 84.

Organisation neben der Fischressourcenerhaltung zusätzlich der Erhaltung anderer lebender Ressourcen⁹⁶, ist (nur) eine komplementäre Mitgliedschaft denkbar.⁹⁷ Außerdem ist die EU aufgrund ihrer ausschließlichen Zuständigkeit für die gemeinsame Handelspolitik (Art. 3 Abs. 1 lit. e AEUV) alleiniges Mitglied mehrerer unter dem Dach der Konferenz der Vereinten Nationen für Handel und Entwicklung (UNCTAD) gegründeter Rohstofforganisationen⁹⁸ geworden.⁹⁹ Voraussetzung für die alleinige Mitgliedschaft der EU ist dabei, dass für den betreffenden Rohstoff innerhalb der EU bereits ein gemeinsamer Markt existiert. In Ermangelung eines gemeinsamen Marktes oder einer Öffnungsklausel des betreffenden Vertrags für den EU-Beitritt kommt nur eine komplementäre Mitgliedschaft der EU und ihrer Mitgliedstaaten¹⁰⁰ in Betracht.¹⁰¹ In ihren anderen ausschließlichen Kompetenzbereichen Zoll¹⁰², Wettbewerb und Währungspolitik gem. Art. 3 Abs. 1 lit. a – c AEUV bestehen bislang keine alleinigen Mitgliedschaften der EU in internationalen Organisationen. Allerdings ist die EU aufgrund ihrer ausschließlichen impliziten Außenkompetenzen¹⁰³ gem.

⁹⁶ Z. B. CCAMLR (Errichtet aufgrund Art. VII CCAMLR-Übereinkommen v. 20.5.1980, UNTS 1329, S. 47; ABl. 1981 L 252/27; BGBl. 1982 II, S. 420, 421) – komplementäre Mitgliedschaft der EU sowie Belgien, Griechenland, Italien, Niederlande, Frankreich, Deutschland, Polen, Schweden und Spanien.

⁹⁷ *Odendahl* (Fn. 1), § 5 Rn. 54; *Kokott*, in: Streinz (Fn. 55), Art. 220 AEUV Rn. 85.

⁹⁸ Z. B. Internationaler Getreiderat (IGC) (vgl. Art. 9, 20 International Grains Agreement v. 1.7.1995, UNTS 1882, S. 195; Genehmigungsbeschluss v. 19.12.1995, ABl. 1996 L 21/47); IOC (vgl. Art. 2, 4, 6 International Agreement on Olive Oil and Table Olives v. 9.10.2015, ABl. 2015 L 293/4); oder Internationale Zuckerorganisation (ISO) (vgl. Art. 3, 6 International Sugar Agreement v. 20.3.1992, UNTS 1703, S. 203; Genehmigungsbeschluss v. 13.11.1992, ABl. 1992 L 379/15).

⁹⁹ *Sack* (Fn. 59), S. 281; *Hoffmeister* (Fn. 67), S. 43; *Scheffler* (Fn. 2), S. 320; *Odendahl* (Fn. 1), § 5 Rn. 56.

¹⁰⁰ So z. B. Internationale Kaffeeorganisation (ICO) (ABl. 2001 L 326/33); Internationale Kakaorganisation (ICCO) (ABl. 1994 L 52/26); ITTO (ABl. 1994 L 208/4).

¹⁰¹ *Scheffler* (Fn. 2), S. 345; *Odendahl* (Fn. 1), § 5 Rn. 56; *Kokott*, in: Streinz (Fn. 55), Art. 220 AEUV Rn. 81 ff.

¹⁰² Selbst in der Weltzollorganisation (WCO) verfügt die EU über keine alleinige Mitgliedschaft und genießt bislang nur den Status eines Quasi-Mitglieds (*“status akin to WCO-membership“*), auch wenn seit geraumer Zeit die Mitgliedschaft der EU angestrebt wird, *Sack* (Fn. 59), S. 281; *Odendahl* (Fn. 1), § 5 Rn. 116.

¹⁰³ Zu den ausschließlichen impliziten Außenkompetenzen der EU s. *Nowak/Masubr*, „EU only“: Die ausschließlichen impliziten Außenkompetenzen der Europäischen Union, EuR 2015, 189 ff.

Art. 3 Abs. 2 AEUV unter anderem alleiniges Mitglied der Europäische Energiegemeinschaft¹⁰⁴ geworden.¹⁰⁵

2. Zusätzliche Mitgliedschaft¹⁰⁶

Eine Seltenheit¹⁰⁷ ist die zusätzliche Mitgliedschaft der EU¹⁰⁸ in internationalen Organisationen. Dabei erfasst der Tätigkeitsbereich einer internationalen Organisation ein Politikfeld, für das sowohl die EU als auch die Mitgliedstaaten über eigene, voneinander unabhängige Kompetenzen verfügen.¹⁰⁹ Mithin liegt eine „Kompetenzverdoppelung“ vor.¹¹⁰

Die EU ist zusätzlich zu den EU-Staaten ein selbstständiges Mitglied und verfügt in der internationalen Organisation über denselben Status, dieselben mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten wie auch ihre Mitgliedstaaten, denen

¹⁰⁴ Vgl. Europäische Energiegemeinschaft -Übereinkommen v. 25.10.2005, ABl. 2006 L 198/18. Diese internationale Organisation umfasst als Mitglieder die EU sowie mehrere Staaten Osteuropas und des Westbalkans. Ziel der Europäische Energiegemeinschaft ist die Schaffung eines integrierten Erdgas- und Elektrizitätsmarktes. Die EU-Mitgliedstaaten können nicht Vertragspartei, sondern nach Art. 95 des Übereinkommens nur „Mitglieder“ werden und als solche an den Sitzungen der Organe teilnehmen ohne über ein Stimmrecht zu verfügen. Vgl. *Hoffmeister*, Die Beziehung der Europäischen Union zu den Staaten des Westbalkans, in: Kadelbach, Die Außenbeziehungen der Europäischen Union, 1. Aufl. 2006, S. 125 (132 ff.); *Scheffler* (Fn. 2), S. 320 f.

¹⁰⁵ *Hoffmeister* (Fn. 67), S. 48; *Odendahl* (Fn. 1), § 5 Rn. 57; *Frid de Vries* (Fn. 45), Rn. 67.

¹⁰⁶ S. Fn. 83. Die Kategorie der zusätzlichen Mitgliedschaft wird häufig nicht als eigenständige Kategorie begriffen. Die praktische Relevanz dieser zusätzlichen Unterscheidung (zwischen zusätzlicher und komplementärer Mitgliedschaft) erscheint aufgrund ihrer Seltenheit gering. Zur übersichtlichen, ausführlichen Darstellung der unterschiedlichen Mitgliedschaftsausprägungen nimmt diese Arbeit dennoch die Kategorie der zusätzlichen Mitgliedschaft auf.

¹⁰⁷ Z. B. „Madrider Verband“; Europäische Bank für Wiederaufbau und Entwicklung (EBWE) (Vgl. EBWE-Übereinkommen v. 29.5.1990, ABl. 1990 L 372/4; BGBl. 1991 II, S. 184. Näher zur EBWE *Sack* (Fn. 86), S. 647 ff.; *Kokott*, in: Streinz (Fn. 55), Art. 220 AEUV Rn. 86 f.).

¹⁰⁸ Dieser Begriff wird von *Scheffler* (Fn. 2), S. 321 und *Odendahl* (Fn. 1), § 5 Rn. 58 verwendet. Andere Autoren verwenden den Begriff „unabhängige“ Mitgliedschaft z. B. *Schermers* (Fn. 85), S. 831.

¹⁰⁹ *Rosas*, The European Union and mixed agreements, in: Dashwood/Hillion, The general law of E.C. external relations, 2000, S. 200 (203); *Herrmann*, Parallele Mitgliedschaft von Völkerrechtssubjekten in Internationalen Organisationen. Eine Untersuchung am Beispiel der Mitgliedschaft der EG und ihrer Mitgliedstaaten in der WTO, in: Bauschke/Becker/Brauser-Jung, Pluralität des Rechts – Regulierung im Spannungsfeld der Rechtsebenen, 2002, S. 139 (144); *Scheffler* (Fn. 2), S. 321; *Odendahl* (Fn. 1), § 5 Rn. 58.

¹¹⁰ So *Herrmann* (Fn. 109), S. 144.

sie als eigenständige, gleichberechtigte Vertragspartei gegenübersteht.¹¹¹ Eine zusätzliche Mitgliedschaft kann für die EU und ihre Mitgliedstaaten von Vorteil sein, da sie so gemeinsam ein Stimmgewicht von maximal 28 Stimmen in der internationalen Organisation erreichen. Erwartungsgemäß kritisch erweist sich daher häufig die Haltung von Drittstaaten gegenüber einer zusätzlichen Mitgliedschaft. Sie erblicken darin eine Infragestellung des Gleichheitsprinzips.¹¹² Ein Beispiel für eine zusätzliche EU-Mitgliedschaft ist der 1989 gegründete „Madrider Verband“¹¹³, der seinen Mitgliedstaaten und -organisationen die internationale Registrierung von bei ihnen eingetragenen Marken und damit deren Schutz ermöglicht. Seit der Einführung einer Gemeinschaftsmarke¹¹⁴ neben den nationalen Marken 1996 fällt das Markenrecht in voneinander unabhängige, eigenständige Kompetenzen der EU und der Mitgliedstaaten.¹¹⁵ Der zusätzliche Beitritt der EU zum „Madrider Verband“ erfolgte 2003.¹¹⁶

3. Komplementäre Mitgliedschaft

Am häufigsten anzutreffen ist die komplementäre Mitgliedschaft¹¹⁷, die sich durch die gleichzeitige Mitgliedschaft von EU und Mitgliedstaaten in einer internationalen Organisation auszeichnet, deren Tätigkeitsfeld sowohl in den Kompetenzbereich der EU als auch in denjenigen der Mitgliedstaaten fällt.¹¹⁸ Anders als im Sonderfall der zusätzlichen Mitgliedschaft liegt eine

¹¹¹ Schermers (Fn. 85), S. 836; Scheffler (Fn. 2), S. 321 f.; Odendahl (Fn. 1), § 5 Rn. 59.

¹¹² Sack, The European Community's Membership of International Organizations, CMLR 1995, 1227 (1237); Scheffler (Fn. 2), S. 321 ff.; Odendahl (Fn. 1), § 5 Rn. 59.

¹¹³ Vgl. Protokoll zum Madrider Abkommen über die Internationale Registrierung von Marken, ABl. 2003 L 296/22; Beitrittsbeschluss v. 27.10.2003, ABl. 2003 L 296/20.

¹¹⁴ Vgl. VO (EG) Nr. 40/94. Gemäß Art. 143 Abs. 2 hatten die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen zur Schaffung der Gemeinschaftsmarke innerhalb von drei Jahren nach Inkrafttreten der Verordnung zu treffen. Vgl. auch Präambel, Nr. 7, Beitrittsbeschluss v. 27.10.2003, ABl. 2003 L 296/20.

¹¹⁵ Vgl. Präambel, Nr. 12, Beitrittsbeschluss v. 27.10.2003, ABl. 2003 L 296/20; Sack (Fn. 86), S. 645.

¹¹⁶ Scheffler (Fn. 2), S. 322 f.; Odendahl (Fn. 1), § 5 Rn. 60.

¹¹⁷ Vgl. zum Begriff *Vedder*, Die auswärtige Gewalt des Europa der Neun, 1980, S. 201 sowie Scheffler (Fn. 2), S. 324 ff.; Odendahl (Fn. 1), § 5 Rn. 63. Teilweise auch „gemischte Mitgliedschaft“ („*mixed membership*“) genannt; vgl. Schermers (Fn. 85), S. 836; Kadelbach, System der Handlungsformen in den EU-Außenbeziehungen, in: v. Arnould, Europäische Außenbeziehungen. Enzyklopädie Europarecht X, 2014, § 4 Rn. 85. Z. T. auch als „parallele Mitgliedschaft“ bezeichnet, vgl. Herrmann (Fn. 109), S. 139 ff.; Streinz, Europarecht, 11. Aufl. 2019, Rn. 1280. Frid de Vries nennt es „gemeinsame Mitgliedschaft“ („*joint membership*“), vgl. (Fn. 45), Rn. 38 ff.

¹¹⁸ Vedder (Fn. 117), S. 159; Scheffler (Fn. 2), S. 324; Kokott, in: Streinz (Fn. 55), Art. 220 AEUV Rn. 38; Odendahl (Fn. 1), § 5 Rn. 63.

„Kompetenzteilung“¹¹⁹ vor.¹²⁰ Die Tätigkeitsbereiche internationaler Organisationen sind nicht auf die Kompetenzverteilung zwischen EU und Mitgliedstaaten zugeschnitten, weshalb die komplementäre Mitgliedschaft den Regelfall darstellt.¹²¹ Beispiele komplementärer Mitgliedschaften sind die Mitgliedschaften der EU in der WTO¹²², FAO¹²³, CAC¹²⁴, IITTO, Internationalen Meeresbodenbehörde (ISBA)¹²⁵, Eurocontrol, OTIF, CCAMLR¹²⁶, IRENA und Haager Konferenz für Internationales Privatrecht (HCCH)^{127, 128}. Die komplementäre Mitgliedschaft beruht regelmäßig auf sog. „gemischten Abkommen“ („*mixed agreements*“)¹²⁹, weshalb die im Kontext gemischter

¹¹⁹ Herrmann (Fn. 109), S. 144.

¹²⁰ Scheffler (Fn. 2), S. 324; Odendahl (Fn. 1), § 5 Rn. 63.

Die Kompetenzteilung kann vertikaler, horizontaler oder geografischer Art sein. So die Kategorisierung von Herrmann mit vertiefenden Ausführungen, s. Herrmann (Fn. 109), S. 144 f. Eine Untergliederung in horizontale und vertikale Kompetenzteilung findet sich bereits bei Rosas (Fn. 109), S. 204. Dazu auch Odendahl (Fn. 1), § 5 Rn. 64.

¹²¹ So auch Odendahl (Fn. 1), § 5 Rn. 64.

¹²² Bekanntester, historisch interessantester und kompliziertester Fall einer komplementären Mitgliedschaft. Ausführlich zur EU-Mitgliedschaft in der WTO u. a. Corbach, Die Europäische Gemeinschaft, ihre Mitgliedstaaten und ihre Stellung in ausgewählten internationalen Organisationen, 2005, S. 97 ff.; Mortensen, The World Trade Organization and the European Union, in: Jørgensen, The European Union and International Organizations, 2010, S. 80 ff.; Frid de Vries (Fn. 45), Rn. 56 ff.; Herrmann/Streinz, Die EU als Mitglied der WTO, in: v. Arnould, Europäische Außenbeziehungen. Enzyklopädie Europarecht X, 2014, § 11; Volkai, The European Union and its Member States' Participation in the World Trade Organization: A WTO Perspective, in: Kaddous, The European Union in International Organisations and Global Governance. Recent Developments, 2015, S. 115 ff.; Kokott, in: Streinz (Fn. 55), Art. 220 AEUV Rn. 76 ff.

¹²³ S. u. **E. III.**

¹²⁴ S. u. **E. III.**

¹²⁵ Näher zur komplementären Mitgliedschaft der EU in der ISBA Scheffler (Fn. 2), S. 326 Fn. 69.

¹²⁶ Näher zur komplementären Mitgliedschaft der EU in der CCAMLR Kokott, in: Streinz (Fn. 55), Art. 220 AEUV, Rn. 85.

¹²⁷ Näher zur komplementären Mitgliedschaft der EU in der HCCH Frid de Vries (Fn. 45), Rn. 51 ff.

¹²⁸ Odendahl (Fn. 1), § 5 Rn. 73 ff.

¹²⁹ Ausführlich zu gemischten Abkommen und ihren politischen und rechtlichen Problemen O'Keefe/Schermer, Mixed Agreements, 1983; Heliskoski, Mixed agreements as a technique for organizing the international relations of the European Community and its member states, 2001, S. 1 ff., 121 ff.; Scheffler (Fn. 2), S. 141 ff.; Möldner, European Community and Union, Mixed Agreements, in: Wolfrum, MPEPIL, zuletzt aktualisiert Mai 2011; Kadelbach (Fn. 117), § 4 Rn. 55 ff.

Abkommen erörterten rechtlichen und politischen Problemstellungen auch hier von Relevanz sind.¹³⁰

a) *Kompetenzabgrenzungserklärungen*

Bei komplementären Mitgliedschaften gewinnt die Abgabe von Kompetenzabgrenzungserklärungen an Bedeutung.¹³¹ Diese dienen im Gründungs- bzw. Beitrittszeitpunkt der formellen Mitteilung an die Organe und die anderen Mitglieder der internationalen Organisation, in welchen Bereichen des Tätigkeitsfelds der internationalen Organisation die EU zuständig ist und in welchen ihre Mitgliedstaaten.¹³² Auch ggf. auftretende Kompetenzverschiebungen zwischen der EU und ihren Mitgliedstaaten sind gegenüber der internationalen Organisation regelmäßig anzuzeigen.¹³³ Der *EuGH* sieht keine Notwendigkeit für derartige Erklärungen und hält die Feststellung bestehender geteilter Zuständigkeiten der Union und ihrer Mitgliedstaaten hinsichtlich eines bestimmten Bereichs gegenüber den anderen Vertragsparteien für ausreichend und erachtet die genaue Ausgestaltung dieser Zuständigkeitsverteilung als eine rein interne Angelegenheit.¹³⁴ In der Praxis verlangen nicht alle,¹³⁵ jedoch viele internationale Organisationen nach

¹³⁰ *Schermers* (Fn. 85), S. 832; *Sattler*, Gemischte Abkommen und gemischte Mitgliedschaften der EG und ihrer Mitgliedsstaaten: Unter besonderer Berücksichtigung der WTO, 1. Aufl., 2010, S. 118 ff.; *Scheffler* (Fn. 2), S. 324 f. An der grundsätzlich engen Verwandtschaft von gemischten Abkommen und komplementärer Mitgliedschaft ändert auch der Beitritt der EU zur FAO nichts, der keines gemischten Abkommens bedurfte, da die EU-Mitgliedstaaten bereits Mitglieder der FAO waren. Dazu *Sattler*, S. 119 ff.

¹³¹ Dazu *Scheffler* (Fn. 2), S. 338 ff.; *Kumin/Bittner*, Die „gemischten“ Abkommen zwischen der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten einerseits und dritten Völkerrechtssubjekten andererseits, *EuR* 2012, Beiheft 2, 75 (79 f.); *Sack* (Fn. 59), S. 277; *Kokott*, in: *Streinz* (Fn. 55), Art. 220 AEUV Rn. 40; *Marchisio* (Fn. 46), S. 247 ff. Ein konkretes Beispiel bietet Art. II Abs. 5 FAO-Verfassung. Eine Übersicht aller völkerrechtlichen Verträge, bei deren Abschluss die EU eine Kompetenzabgrenzungserklärung abgegeben hat, bietet European Union, External Action Service, Treaties Office – Agreements with a Declaration of Competence by the EU, abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/world/agreements/viewCollection.do?fileID=76198> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021).

¹³² *Scheffler* (Fn. 2), S. 338; *Odendahl* (Fn. 1), § 5 Rn. 65.

¹³³ *Marchisio* (Fn. 46), S. 248; *Kokott*, in: *Streinz* (Fn. 55), Art. 220 AEUV Rn. 40; *Scheffler* (Fn. 2), S. 326; *Odendahl* (Fn. 1), § 5 Rn. 65. Vgl. z. B. Art. II Abs. 7 FAO-Verfassung.

¹³⁴ *EuGH*, Beschl. 1/78 v. 14.11.1978, C-1978/202, *LAEA*, Rn. 35.

¹³⁵ Z. B. gibt es keine Kompetenzabgrenzungserklärung für die Mitgliedschaft der EU in der WTO. In der Praxis tritt grundsätzlich ausschließlich die Europäische Kommission für die EU und ihre Mitgliedstaaten auf. Bei Abstimmungen übt ausschließlich der Vertreter der Kommission sein Stimmrecht aus und verfügt dabei über die Anzahl der Stimmen der EU-Mitgliedstaaten (Art. IX Abs. 1 S. 4 WTO-Ü). *Petersmann*, International Activities of the European Union and Sovereignty of Member States, in: *Cannizzaro*, *The*

aufwändigen, detaillierten Kompetenzabgrenzungserklärungen sowie deren Aktualisierung im Falle von Kompetenzverlagerungen.¹³⁶ Kompetenzabgrenzungserklärungen sorgen sowohl für Transparenz als auch Rechtssicherheit und dienen damit dem legitimen Interesse der Vertragspartner innerhalb der internationalen Organisation und der dort vertretenen Drittstaaten am Zustandekommen gültiger Beschlüsse sowie der Akzeptanz und effektiven Durchsetzung des Rechts der internationalen Organisation.¹³⁷

b) Rechte und Pflichten, insbesondere Stimmrechte

Vollmitglieder einer internationalen Organisation haben eine Reihe von Rechten und Pflichten, darunter etwa Teilnahme-, Rede-, Vorschlags- und Stimmrecht, Dokumentenzugangsrechte sowie das aktive und passive Wahlrecht zu den einzelnen Organen bzw. Gremien und finanzielle Beitragspflichten.¹³⁸ Entgegen der Bedenken drittstaatlicher Vertragspartner bedeutet die komplementäre Mitgliedschaft regelmäßig keine Überrepräsentation der EU-Mitgliedstaaten innerhalb der internationalen Organisation durch zusätzliche Redezeiten, Vorschlagsrechte, Besetzungsrechte für Organe oder gar Stimmrechte.¹³⁹ Vielmehr ist bei einer Kompetenzteilung die alternative Ausübung der Mitgliedschaftsrechte durch die EU oder ihre Mitgliedstaaten angezeigt.¹⁴⁰ Es kommt demnach grundsätzlich innerhalb der internationalen Organisation zu keiner Stimmrechtsbündelung von der EU und ihren Mitgliedstaaten, sondern zu einer alternativen Stimmrechtsausübung dergestalt, dass abhängig vom betroffenen Kompetenzbereich die EU oder die Mitgliedstaaten ihr Stimmrecht ausüben.¹⁴¹ Regelmäßig verfügt die EU nach den Gründungsverträgen der internationalen Organisationen bei Abstimmungen über eine Stimmenanzahl, die der Summe ihrer Mitgliedstaaten, die ebenfalls Mitglied der betreffenden

European Union as an Actor in International Relations, 2002, S. 321 (331); Herrmann/Strein ζ (Fn. 122), § 11 Rn. 151; Frid de Vries (Fn. 45), Rn. 56.

¹³⁶ Kokott, in: Streinz (Fn. 55), Art. 220 AEUV Rn. 7; bspw. Art. II Abs. 5 FAO-Verfassung; Art. 2 S. 2, Art. 5 Anlage IX Seerechtsübereinkommen der Vereinten Nationen v. 10.12.1982, UNTS 1833, S. 3; BGBl. 1994 II, S. 1798; Art. 3 Abs. 3 und 4 HCCH-Satzung v. 15.7.1955.

¹³⁷ Scheffler (Fn. 2), S. 339; Odendahl (Fn. 1), § 5 Rn. 65; Kokott, in: Streinz (Fn. 55), Art. 220 AEUV Rn. 40.

¹³⁸ Scheffler (Fn. 2), S. 332.

¹³⁹ Sack (Fn. 59), S. 277; Herrmann (Fn. 109), S. 147; Hoffmeister (Fn. 67), S. 57 f.

¹⁴⁰ Sack (Fn. 86), S. 649; Herrmann (Fn. 109), S. 147; Scheffler (Fn. 2), S. 325 f., 333 ff.; für die Mitgliedschaft in der WTO Sack (Fn. 59), S. 277 f.

¹⁴¹ Scheffler (Fn. 2), S. 334 ff.; Kokott, in: Streinz (Fn. 55), Art. 220 AEUV Rn. 39; Odendahl (Fn. 1), § 5 Rn. 66. Vgl. z. B. Art. 2 Abs. 8 FAO-Verfassung; Regel II Abs. 1, Abs. 3 S. 2 CAC-Geschäftsordnung; Art. VI Abs. C S. 1, 2 IRENA-Satzung v. 26.1.2009, BGBl. 2009 II, S. 634.

internationalen Organisation sind, entspricht.¹⁴² Dadurch wird ein Einflussverlust der EU-Mitgliedstaaten durch eine komplementäre Mitgliedschaft der EU vermieden.¹⁴³ Denkbar ist aber auch die Zuschreibung einer Stimmenanzahl, die sich nach der Zahl der bei der Abstimmung anwesenden¹⁴⁴ bzw. für die Sitzung registrierten¹⁴⁵ Mitgliedstaaten richtet, die Ausstattung mit nur einer Stimme¹⁴⁶ oder eine Stimmabgabe der EU und ihrer Mitgliedstaaten, wobei die Summe der Stimmen nicht höher sein darf als die Zahl der EU-Mitgliedstaaten^{147,148}

Weiterhin ist zu untersuchen, in wessen Namen die Stimmabgabe der EU erfolgt, denn die Teilnahme der EU an Abstimmungen erfolgt nicht immer in ihrem eigenen Namen.¹⁴⁹ Die Gründungsverträge einiger internationaler Organisationen, bei denen die EU Mitglied ist, sehen lediglich die Ausübung der Abstimmungs- und Beschlussrechte ihrer Mitgliedstaaten durch die EU vor.¹⁵⁰ Demgegenüber räumen die Gründungsverträge anderer internationaler Organisationen der EU ein eigenes Stimmrecht ein, womit sie als selbständiges Völkerrechtssubjekt agiert.¹⁵¹

Hinsichtlich der übrigen genannten Rechte erfolgt aufgrund ihrer Vollmitgliedschaft eine weitgehende Gleichstellung von EU und EU-Mitgliedstaaten durch die Gründungsverträge der internationalen

¹⁴² Vgl. z. B. Art. 36 Abs. 7 Energy Charter Treaty v. 17.12.1994, UNTS 2080, S. 95; ABl. 1994 L 380/24; Art. IX Abs. 1 WTO-Übereinkommen; Art. II Abs. 10 FAO-Verfassung; Art. 38 § 3 S. 1 Convention relative aux transports internationaux ferroviaires v. 9.5.1980, UNTS 1396, S. 2, 1397, S. 2; BGBl. 2002 II, S. 2149 (COTIF); Art. 3 Abs. 7, Abs. 8 S. 2 HCCH-Satzung.

¹⁴³ Scheffler (Fn. 2), S. 336 f.; Kokott, in: Streinz (Fn. 55), Art. 220 AEUV Rn. 39.

¹⁴⁴ Z. B. Regel II Abs. 3 S. 1, Abs. 8 CAC-Geschäftsordnung.

¹⁴⁵ Z. B. Art. 3 Abs. 8 S. 1 HCCH-Satzung.

¹⁴⁶ Z. B. Art. 6 Abs. 4 Internationales Übereinkommen über das harmonisierte System zur Bezeichnung und Codierung der Waren v. 14.6.1983, ABl. 1987 L 198/3; Art. XII Abs. 4 CCAMLR- Übereinkommen v. 20.5.1980, UNTS 1329, S. 47; ABl. 1981 L 252/27; BGBl. 1982 II, S. 420, 421. Sack (Fn. 86), S. 645 äußert sich kritisch und meint „solche Klauseln sollte EG auch um kurzfristiger Vorteile Willen nicht akzeptieren, sondern sich dann lieber von vornherein auf einen wirksamen Beobachterstatus beschränken“.

¹⁴⁷ Vgl. Art. XII Abs. 3 CCAMLR-Übereinkommen.

¹⁴⁸ Kokott, in: Streinz (Fn. 55), Art. 220 AEUV Rn. 42; Odendahl (Fn. 1), § 5 Rn. 66.

¹⁴⁹ Scheffler (Fn. 2), S. 337 f.; Odendahl (Fn. 1), § 5 Rn. 67.

¹⁵⁰ Vgl. z. B. Art. 4 Abs. 1 und 3, 4 Anlage IX Seerechtsübereinkommen der Vereinten Nationen; Art. 38 § 2 COTIF.

¹⁵¹ Vgl. z. B. Art. IX Abs. 1 S. 4 WTO-Übereinkommen; Art. II Abs. 10 S. 2 FAO-Verfassung; Regel II Abs. 3 S. 2 CAC-Geschäftsordnung.

Organisationen.¹⁵² Allerdings weisen die Gründungsverträge mancher internationaler Organisationen auch Einschränkungen auf, beispielsweise hinsichtlich des aktiven Wahl- bzw. Mitbestimmungsrechts der EU bei der Besetzung bestimmter Posten¹⁵³ oder ihres passiven Wahlrechts zu Ämtern¹⁵⁴ oder zu Organen bzw. Unterorganen^{155,156}

Finanzielle Beitragspflichten stehen den genannten Rechten als bedeutsamste Pflichten gegenüber.¹⁵⁷ Mitgliedsorganisationen, wie die EU, sind nach den Gründungsverträgen der anderen internationalen Organisationen allerdings regelmäßig – abgesehen von Beiträgen zu administrativen Kosten¹⁵⁸ – von finanziellen Beitragspflichten befreit.¹⁵⁹ Folgerichtig besteht dann auch kein Mitwirkungsrecht der EU an finanziellen Entscheidungen.¹⁶⁰ Bei der komplementären Mitgliedschaft soll eine Zunahme der Rechte der EU-Mitgliedstaaten in der betreffenden internationalen Organisation vermieden werden. Dementsprechend dürfen ihnen daher auch keine zusätzlichen Pflichten auferlegt werden.¹⁶¹ Vor diesem Hintergrund erscheint die Entbindung der EU von den finanziellen Beitragspflichten stringent.¹⁶²

c) Fehlende Mitgliedschaft aller 27 EU-Mitgliedstaaten

Bei einer komplementären EU-Mitgliedschaft sind in der Praxis regelmäßig alle 27 EU-Mitgliedstaaten gleichzeitig Mitglieder der betreffenden internationalen

¹⁵² Scheffler (Fn. 2), S. 333; Odendabl (Fn. 1), § 5 Rn. 68. Bspw. Art. II Abs. 3 S. 2 FAO-Verfassung; Art. 3 EU-Eurocontrol-Beitrittsprotokoll (ABl. 2004 L 304/210); Art. 3, Anhang III OTIF-Beitrittsvereinbarung (ABl. 2011 L51/1).

¹⁵³ Vgl. z. B. Regel XLV Abs. 2 FAO-Verfahrensordnung; Regel II Abs. 4 S. 2 CAC-Geschäftsordnung.

¹⁵⁴ Vgl. z. B. Regel XLIII Abs. 3, Regel XLIV FAO-Verfahrensordnung; Regel II Abs. 4 S. 1 CAC-Geschäftsordnung.

¹⁵⁵ Vgl. z. B. Regel XLIII Abs. 2, Regel XLVI FAO-Verfahrensordnung; Regel II Abs. 4 S. 1 CAC-Geschäftsordnung.

¹⁵⁶ Scheffler (Fn. 2), S. 333; Frid de Vries (Fn. 45), Rn. 46; Odendabl (Fn. 1), § 5 Rn. 68.

¹⁵⁷ Vgl. Corbach (Fn. 122), S. 76; Scheffler (Fn. 2), S. 332.

¹⁵⁸ Pernice (Fn. 58), S. 279. Bspw. Art. XVIII Abs. 6 S. 1, Hs. 2 FAO-Verfassung.

¹⁵⁹ Vedder (Fn. 117), S. 160; Scheffler (Fn. 2), S. 333 f.; Odendabl (Fn. 1), § 5 Rn. 69. Bspw. Art. XVIII Abs. 6 S. 1, Hs. 1 FAO-Verfassung; Art. 4 EU-Eurocontrol-Beitrittsprotokoll; Art. 38 § 2 S. 2 COTIF. Einen Sonderfall bildet die IRENA, zu der die EU einen finanziellen Beitrag erbringt, s. Art. 3 IRENA Beitrittsbeschluss des Rates 24.6.2010, ABl. 2010 L 178/17.

¹⁶⁰ Vgl. z. B. Art. XVIII Abs. 6 S. 2 FAO-Verfassung.

¹⁶¹ Vedder (Fn. 117), S. 160; Scheffler (Fn. 2), S. 334; Odendabl (Fn. 1), § 5 Rn. 69.

¹⁶² So auch Scheffler (Fn. 2), S. 334; Odendabl (Fn. 1), § 5 Rn. 69.

Organisation.¹⁶³ Abhängig von der Formulierung der Öffnungsklausel¹⁶⁴ des Gründungsvertrags gibt es auch internationale Organisationen, in denen neben der EU die Mehrheit¹⁶⁵ oder nur einige ihrer Mitgliedstaaten¹⁶⁶ vertreten sind.¹⁶⁷ Oftmals enthalten die entsprechenden Gründungsverträge zusätzliche Regelungen für eine solche Konstellation, z. B. die Normierung, dass die Mitgliedschaft der EU keine Rechte der Nichtmitgliedstaaten begründet.¹⁶⁸

Die Nichtmitgliedschaft aller EU-Mitgliedstaaten erweist sich als unbedenklich, wenn der Kompetenzbereich der betreffenden internationalen Organisation inhaltlich sowieso nicht alle EU-Mitgliedstaaten berührt.¹⁶⁹ Bedenklich erscheint hingegen das Entstehen einer „Lücke“ infolge der Nichtmitgliedschaft einzelner EU-Staaten.¹⁷⁰ Eine solche entsteht bei enger Verzahnung der Kompetenzbereiche der internationalen Organisation in den unterschiedlichen Zuständigkeitsbereichen der EU und ihrer Mitgliedstaaten, womit eine voneinander unabhängige Realisierung dieser Kompetenzbereiche ausscheidet.¹⁷¹

II. Organisationsrechtliche Beziehungen

Die häufigste und klassische organisationsrechtliche Beziehung der EU zu internationalen Organisationen ist diejenige des Beobachters („*observer*“).¹⁷² Der

¹⁶³ *Odendahl* (Fn. 1), § 5 Rn. 70. Vgl. WTO; FAO; CAC; HCCH; Eurocontrol.

¹⁶⁴ Eine Öffnungsklausel gestattet die Mitgliedschaft der EU auch dann, wenn nicht alle ihre Mitgliedstaaten ebenfalls Mitglieder sind.

¹⁶⁵ Z. B. Österreich ist kein Mitglied der IRENA; Malta und Zypern sind keine Mitglieder der OTIF.

¹⁶⁶ In CCAMLR etwa sind neben der EU nur acht EU-Mitgliedstaaten (Belgien, Frankreich, Deutschland, Italien, Niederlande, Polen, Spanien und Schweden) vertreten.

¹⁶⁷ *Odendahl* (Fn. 1), § 5 Rn. 70.

¹⁶⁸ *Ebd.*; z. B. Art. 4 Abs. 5 Anlage IX Seerechtsübereinkommen der Vereinten Nationen.

¹⁶⁹ *Schermers* (Fn. 85), S. 827 f.; *Odendahl* (Fn. 1), § 5 Rn. 71. z. B. OTIF: Die Nichtmitgliedschaft von Malta und Zypern ist rechtlich bedeutungslos, da sie aufgrund fehlender unmittelbarer Anbindung an das internationale Eisenbahnnetz von vornherein von der Tätigkeit der OTIF ausgenommen sind.

¹⁷⁰ *Schermers* (Fn. 85), S. 828 (Er nennt diese gemischten Abkommen „unvollständige gemischte Abkommen“); *Odendahl* (Fn. 1), § 5 Rn. 72.

¹⁷¹ *Schermers* (Fn. 85), S. 828; *Odendahl* (Fn. 1), § 5 Rn. 72. Bis zum Beitritt Estlands 2015 konnte Eurocontrol als Beispiel herangezogen werden. Eine europäische Luftraumüberwachung ohne Einbeziehung aller EU-Mitgliedstaaten erscheint unzumutbar.

¹⁷² *Scheffler* (Fn. 2), S. 351; *Odendahl* (Fn. 1), § 5 Rn. 86. Zum Status des Beobachters vgl. *Schermers/Blokker*, *International Institutional Law: unity within diversity*, 5. Aufl. 2011, § 173 ff.; *Scheffler* (Fn. 2), S. 354 ff.; *Scheffler*, *Mittendrin statt nur dabei? Die Beteiligungsrechte der EU in den Sonderorganisationen und nachgeordneten Gremien der UN*, VN 2/2010, 51 f. Vgl. auch *Community participation in United Nations organs*

Beobachterstatus geht mit Teilnahme-, Rede-, Vorschlags- und Informationszugangsrechten einher. Finanzielle Verpflichtungen, Stimmrechte sowie das aktive und passive Wahlrecht bestehen hingegen nicht.¹⁷³ Neben Organen (z. B. Generalversammlung der Vereinten Nationen, Wirtschafts- und Sozialrat der Vereinten Nationen (ECOSOC), Programmen (z. B. Umweltprogramm der Vereinten Nationen (UNEP), Welternährungsprogramm [WFP], Kinderhilfswerk der Vereinten Nationen [UNICEF]) und Sonderorganisationen (z. B. ICAO, IMO, WHO) der UN verfügt die EU unter anderem in der OECD und der Zentralkommission für Rheinschifffahrt über einen Beobachterstatus.¹⁷⁴

Der Status des vollberechtigten Teilnehmers (*“full/active participant“*)¹⁷⁵ ähnelt dagegen dem Mitgliedsstatus. Abgesehen von Stimmrecht sowie aktivem und passivem Wahlrecht kommen dem vollberechtigten Teilnehmer grundsätzlich dieselben Rechte und Pflichten wie einem Mitglied zu. Die Teilnahme-, Rede-, Vorschlags- und Informationszugangsrechte sind regelmäßig stärker ausgeprägt als beim Beobachter.¹⁷⁶ Zudem ist die aktive Mitwirkung des vollberechtigten Teilnehmers an Konsensentscheidungen hervorzuheben.¹⁷⁷ Die EU verfügt über den Status eines vollberechtigten Teilnehmers beispielsweise in mehreren Fachausschüssen der Weltorganisation für geistiges Eigentum (WIPO), in einigen Ausschüssen und Arbeitsgruppen der UNCTAD und in der Kommission für Friedenskonsolidierung (PBC).¹⁷⁸

Auch wenn bei Nichtbestehen eines offiziellen Status der EU¹⁷⁹ jegliches organschaftliche Beteiligungsrecht fehlt, bedeutet dies nicht zwangsläufig das Nichtvorhandensein von organisationsrechtlichen Beziehungen zu der betreffenden internationalen Organisation. Vielmehr kommt es oftmals zu

and conferences. Commission staff working paper, SEC (93) 361, 3.3.1993, Rn. 18 S. 1: “Observer status confers the right to attend but not the right to vote and does not impose financial obligations; the right to speak is given at the Chairman’s discretion.”

¹⁷³ Odendabl (Fn. 1), § 5 Rn. 86.

¹⁷⁴ Vgl. tabellarische Zusammenstellung bei Scheffler (Fn. 2), S. 445 ff.; ders. (Fn. 172), S. 54; Odendabl (Fn. 1), § 5 Rn. 95 ff.; Kokott, in: Streinz (Fn. 55), Art. 220 AEUV Rn. 75.

¹⁷⁵ Zum Status des vollberechtigten Teilnehmers, vgl. Hoffmeister/Kuijper (Fn. 68), S. 15; Hoffmeister (Fn. 67), S. 54 ff.; Scheffler (Fn. 2), S. 377 ff.; ders. (Fn. 172), S. 52; Frid de Vries (Fn. 45), Rn. 26 ff.; „In einigen Fällen kann er als ein Mitgliedsstatus ohne Stimmrecht bezeichnet werden.“, Frid de Vries (Fn. 45), Rn. 26.

¹⁷⁶ Odendabl (Fn. 1), § 5 Rn. 86.

¹⁷⁷ Scheffler (Fn. 2), S. 379 f.

¹⁷⁸ Vgl. tabellarische Zusammenstellung bei Scheffler (Fn. 2), S. 445 ff.; ders. (Fn. 172), S. 54; Odendabl (Fn. 1), § 5 Rn. 95 ff.; Frid de Vries (Fn. 45), Rn. 27.

¹⁷⁹ Zum Nichtbestehen eines offiziellen Status Scheffler, (Fn. 2), S. 390 ff.

vertraglich vereinbarten oder informellen Arbeitskontakten und Informationsaustausch.¹⁸⁰ Über keinen offiziellen Status verfügt die EU z. B. im Sicherheitsrat der Vereinten Nationen, beim Internationalen Gerichtshof (IGH) und in der Europäischen Zentralbank (EZB).¹⁸¹

E. EU als Akteurin in ausgewählten Gremien der UN

Im Folgenden soll die Beteiligung der EU als Akteurin in ausgewählten Gremien der wichtigsten internationalen Organisation, der UN, näher beleuchtet werden: darunter die Hauptorgane Generalversammlung und Sicherheitsrat sowie die Sonderorganisationen FAO, CAC, Internationaler Währungsfonds (IWF), Weltbank und WHO. Diese Gremien wurden für die vorliegende Untersuchung ausgewählt, weil die Generalversammlung das zentrale Beratungsorgan der UN darstellt und der Sicherheitsrat die Hauptverantwortung für die Wahrung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit trägt und seine Beschlüsse für alle UN-Mitgliedstaaten bindend sind.¹⁸² Am Beispiel der FAO und CAC soll die erste EU-Mitgliedschaft in der sog. „UN-Familie“ sowie ihr Vorbildcharakter für die Ausgestaltung komplementärer Mitgliedschaften in anderen internationalen Organisationen untersucht werden. IWF und Weltbank wurden als Beispiele für einen unbefriedigenden Status der EU in Anbetracht ihrer primärrechtlichen Kompetenzen und Bedeutung auf dem jeweiligen Gebiet ausgewählt. Die WHO wurde ausgesucht, weil ihr im Hinblick auf die die ganze Welt betreffende COVID-19-Pandemie eine besonders wichtige Funktion zukommt.

Die Organe der UN und ihrer Sonderorganisationen¹⁸³ werden innerhalb des Art. 220 Abs. 1 UAbs. 1 AEUV, der die obligatorische Zusammenarbeit der EU mit den dort genannten internationalen Organisationen regelt, als erstes genannt.¹⁸⁴ Die Achtung der Grundsätze der Charta der Vereinten Nationen gehört gem. Art. 21 Abs. 1 UAbs. 1, Abs. 2 lit. c EUV zu den Grundsätzen der

¹⁸⁰ Scheffler (Fn. 2), S. 390; Odendahl (Fn. 1), § 5 Rn. 85.

¹⁸¹ Vgl. tabellarische Zusammenstellung bei Scheffler (Fn. 2), S. 445 ff.; ders. (Fn. 172), S. 54; Odendahl (Fn. 1), § 5 Rn. 95 ff.

¹⁸² Schmabl (Fn. 5), Abschn. 4 Rn. 127 ff.

¹⁸³ Mangels näherer Definition der Begriffe „Organe“ und „Sonderorganisationen“ sind sie so zu verstehen wie in der UN-Charta, vgl. Art. 7 UN-Charta, Art. 57 und 63 UN-Charta. Odendahl (Fn. 1), § 5 Rn. 95.

¹⁸⁴ Zur EU-UN Beziehung vgl. u. a. Hoffmeister/Kuijper (Fn. 68), S. 9 ff.; Brantner/Gowan, Complex engagement: The EU and the UN-System, in: Jørgensen, The European Union and International Organizations, 2009, S. 37 ff.; Scheffler (Fn. 2), S. 309 ff.; Wouters/Chané/Odermatt/Ramopoulos, Improving the European Union's Status in the United Nations and the UN System: An Objective Without a Strategy?, in: Kaddous, The European Union in International Organisations and Global Governance. Recent Developments, 2015, S. 45 ff.

europäischen Außenpolitik. Die EU ist weder Mitglied der UN noch einer der großen UN-Sonderorganisationen, abgesehen von der FAO. Eine Mitgliedschaft der EU in der UN ist gem. Art. 4 Abs. 1 UN-Charta, der nur die Mitgliedschaft von Staaten vorsieht, ausgeschlossen. Als eigenständige internationale Organisationen können die UN-Sonderorganisationen durch eine Öffnungsklausel in ihren Gründungsverträgen eine Mitgliedschaft der EU zulassen. Nur die FAO und ihre gemeinsam mit der WHO geschaffenen Unterorganisation, die CAC, haben dies getan. Zudem ist die EU Mitglied einiger unter dem Dach der UNCTAD¹⁸⁵ oder der UN¹⁸⁶ entstandener internationaler Organisationen geworden. In allen anderen UN-Gremien verfügt die EU nur über einen Status unterhalb der Mitgliedschaft.¹⁸⁷

I. Generalversammlung

Trotz fehlender ausdrücklicher Rechtsgrundlage in der UN-Charta für die Gewährung eines Beobachterstatus, hat sich eine entsprechende Praxis zugunsten von Nichtmitgliedstaaten, Regionalorganisationen etc. etabliert.¹⁸⁸ Die Generalversammlung forderte den Generalsekretär 1974 in einer Resolution dazu auf, der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) Beobachterstatus in der Generalversammlung einzuräumen.¹⁸⁹ Infolgedessen konnte die EU an den Sitzungen der Generalversammlung, ihrer Nebenorgane und Ausschüsse als Beobachter teilnehmen und verfügte bei einer Einladung durch den Sitzungsvorsitz über ein Rederecht.¹⁹⁰ Die verhältnismäßig schwache Ausgestaltung des Beobachterstatus der EU in der Generalversammlung wurde 2011 nach Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon durch Annahme der Resolution (Res. A/65/276 v. 3.5.2011) durch die Generalversammlung aufgewertet.¹⁹¹ Nun ist sie berechtigt, an der Generaldebatte der Generalversammlung teilzunehmen und dort die Auffassungen der EU darzulegen, mündlich Vorschläge und Änderungsanträge zu unterbreiten sowie bei Berührung von Unionsinteressen Stellung zu nehmen. Den EU-Vertretern wird weiterhin ein Sitz in den Reihen der Beobachter gewährt, jedoch ohne Stimmrecht und ohne das Recht, Resolutions- oder Entscheidungsentwürfe

¹⁸⁵ Rohstofforganisationen, wie z. B. ICO.

¹⁸⁶ Z. B. ISBA.

¹⁸⁷ *Odendahl* (Fn. 1), § 5 Rn. 96.

¹⁸⁸ *Mayr-Singer/Villotti*, Die Stellung der Europäischen Union in den Vereinten Nationen, *EuR-Beiheft* 2012, 91 (94 f.); *Odendahl* (Fn. 1), § 5 Rn. 97.

¹⁸⁹ Res. A/3208 (XXIX) v. 11.10.1974.

¹⁹⁰ *Hoffmeister/Kuijper* (Fn. 68), S. 18; *Kokott*, in: Streinz (Fn. 55), Art. 220 AEUV Rn. 46.

¹⁹¹ *Mayr-Singer/Villotti* (Fn. 188), S. 94; *Kokott*, in: Streinz (Fn. 55), Art. 220 AEUV Rn. 46; *Frid de Vries* (Fn. 45), Rn. 30; *Odendahl* (Fn. 1), § 5 Rn. 97.

einzubringen oder Kandidaten für UN-Positionen vorzuschlagen.¹⁹² Vor Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon setzte sich die EU-Delegation aus Vertretern der Kommission und Vertretern der rotierenden Präsidentschaft des Rates der EU, die von Mitgliedern des Sekretariats des Rates unterstützt wurden, zusammen.¹⁹³ Mittlerweile gibt es eine einheitliche EU-Delegation, die dem Europäischen Auswärtigen Dienst (EAD) angehört und dem Hohen Vertreter der Union für Außen- und Sicherheitspolitik unterstellt ist.¹⁹⁴ Die damalige Hohe Vertreterin der Union *Ashton* erklärte in ihrer Stellungnahme anlässlich der Annahme der Resolution zur Beteiligung der EU an der Arbeit der UN durch die Generalversammlung: „Die Resolution wird es den EU-Vertretern in Zukunft ermöglichen, die Positionen der EU in der UN so darzulegen und zu fördern, wie von ihren Mitgliedstaaten vereinbart.“¹⁹⁵ Diese Resolution mit ihren punktuellen Statusaufwertungen ist ein Anfang, wird den Zielen der EU aber nicht umfassend gerecht. Der Status der EU in den meisten UN-Gremien bleibt hinter ihren Außenkompetenzen zurück und behindert die wirksame Vertretung der Union erheblich. Weitere Anstrengungen müssen unternommen werden, um zu gewährleisten, dass die EU-Vertreter ihrer Verantwortung im gesamten UN-System gerecht werden können.¹⁹⁶

¹⁹² Vgl. Annex. Participation of the European Union in the work of the United Nations, Res. A/65/276 v. 3.5.2011. *Kokott*, in: Streinz (Fn. 55), Art. 220 AEUV Rn. 46.

¹⁹³ *Mayr-Singer/Villotti* (Fn. 188), S. 96 f.; *Kokott*, in: Streinz (Fn. 55), Art. 220 AEUV, Rn. 47.

¹⁹⁴ *Frid de Vries* (Fn. 45), Rn. 30; *Kokott*, in: Streinz (Fn. 55), Art. 220 AEUV Rn. 47. Ausführlicher dazu *Mayr-Singer/Villotti* (Fn. 188), S. 96 ff.

¹⁹⁵ EU, A 172/11, 3.5.2011, Statement by the High Representative, Catherine Ashton, on the adoption of the UN General Assembly Resolution on the EU's participation in the work of the UN, abrufbar unter: https://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_Data/docs/pressdata/EN/foraff/121854.pdf (zuletzt abgerufen am 11.7.2021).

¹⁹⁶ So auch *Wouters/Odermatt/Ramopoulos*, The Status of the European Union at the United Nations after the General Assembly Resolution of 3 May 2011, Global Governance Opinions July 2011, Leuven Centre for Global Governance Studies, 1-8; *Wouters/Odermatt*, Norms Emanating from International Bodies and their Role in the Legal Order of the EU, Leuven Centre for Global Governance Studies Working Paper No 89, April 2012; *Serrano de Haro*, Participation of the EU in the work of the UN: General Assembly Resolution 65/276, CLEER WORKING PAPERS 2012/4, 1-36; *Wouters/Chané/Odermatt/Ramopoulos* (Fn. 184), S. 74.

II. Sicherheitsrat

Die EU verfügt im Sicherheitsrat¹⁹⁷ über keinen Sitz und keinen offiziellen Status.¹⁹⁸ Nach Regel 39 der Geschäftsordnung des Sicherheitsrats¹⁹⁹ kann der Sicherheitsrat bei bestehendem Informationsbedarf EU-Vertreter als „Personen“ zu seinen Sitzungen einladen.²⁰⁰ Nach Art. 34 Abs. 2 UAbs. 2 EUV obliegt den Mitgliedstaaten, die zugleich Sicherheitsrat-Mitglieder sind, eine Abstimmungspflicht und eine Unterrichtungspflicht gegenüber den übrigen Mitgliedstaaten sowie dem Hohen Vertreter. Unbeschadet ihrer Verantwortlichkeiten aufgrund der UN-Charta sollen sie sich bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben für die Standpunkte und Interessen der EU einsetzen. Wenn die Union einen Standpunkt zu einem Thema festgelegt hat, das auf der Tagesordnung des Sicherheitsrats steht, beantragen die dort vertretenen Mitgliedstaaten, dass der Hohe Vertreter gebeten wird, den Standpunkt der Union vorzutragen, Art. 34 Abs. 2 UAbs. 3 EUV. Damit steht die Koordinierung des mitgliedstaatlichen Auftretens im Vordergrund. Ein eigener Sitz der EU im Sicherheitsrat bedürfte einer Änderung der UN-Charta und erscheint aufgrund der fehlenden Reformbereitschaft der ständigen Sicherheitsrat-Mitglieder nicht als realistische Perspektive.²⁰¹

III. FAO und CAC

Die FAO ist eine 1945 gegründete UN-Sonderorganisation, die die internationalen Anstrengungen im Kampf gegen Hunger leitet und nach einer

¹⁹⁷ Hinsichtlich des Verhältnisses zwischen den Sicherheitsrat-Resolutionen und dem EU-Recht ist die Kadi Entscheidung (*EuGH*, Urt. v. 3.9.2008, C-402/05 P u. C-415/05 P, *Kadi u. Al Barakaat International Foundation ./. Rat und Kommission*) zu erwähnen, in deren Rahmen der *EuGH* 2008 entschied, dass die Resolutionen des Sicherheitsrates keinen Vorrang gegenüber dem Primärrecht der EU genießen. Ausführlich zum Fall *Kadi Kokott/Sobotta*, *The Kadi Case – Constitutional Core Values and International Law – Finding the Balance?*, *EJIL* (2012), Vol. 23 No. 4, 1015 ff.; *Lenaerts*, *The Kadi Saga and the Rule of Law within the EU*, *SMU Law Review* (2014), Vol. 67, Issue 4, 707 ff.

¹⁹⁸ *Odendahl* (Fn. 1), § 5 Rn. 99. Ausführlich zum Verhältnis EU-Sicherheitsrat, *Thym*, *Die Europäische Union in den Vereinten Nationen. Der Vertrag von Lissabon fördert Kohärenz und Sichtbarkeit*, VN 3/2008, 121 (124 f.).

¹⁹⁹ *Provisional Rules of Procedure of the Security Council*, S/96/Rev.7, 1982.

²⁰⁰ *Scheffler* (Fn. 2), S. 486 f.; *Odendahl* (Fn. 1), § 5 Rn. 99.

²⁰¹ *Thym* (Fn. 198), S. 125.

Welt ohne Hunger (*“Zero Hunger World”*) strebt.²⁰² Die EWG verfügte seit 1962 bei der FAO²⁰³ über einen privilegierten Beobachterstatus.²⁰⁴

Als Durchbruch galt die Erweiterung der FAO-Verfassung 1991 hinsichtlich der Beitrittsmöglichkeit von Organisationen der regionalen Wirtschaftsintegration auf Betreiben der EWG-Mitgliedstaaten.²⁰⁵ Zuvor verkörperte die FAO eine klassische internationale Organisation, die andere internationale Organisationen nur als Beobachter zuließ.²⁰⁶ Der Beitritt der EWG zur FAO 1991²⁰⁷ war die erste Mitgliedschaft der EWG in einer UN-Sonderorganisation und damit in der sog. „UN-Familie“ und sorgte für politisches Aufsehen.²⁰⁸ Die komplementäre Mitgliedschaft von EWG und Mitgliedstaaten machte die Entwicklung eines detaillierten Regelwerks für die gemeinsame Beteiligung einer Organisation der regionalen Wirtschaftsintegration und ihrer Mitgliedstaaten an der Arbeit der FAO erforderlich. Das FAO-Modell der alternativen Ausübung von Mitgliedschaftsrechten durch Organisationen der regionalen Wirtschaftsintegration und ihre Mitgliedstaaten dient seither als Vorbild für die Ausgestaltung komplementärer Mitgliedschaften in Rechtsdokumenten anderer internationaler Organisationen (z. B. Codex Alimentarius; HCCH).²⁰⁹ Es zeichnet sich durch das Erfordernis der Abgabe einer Kompetenzabgrenzungserklärung²¹⁰, der alternativen Ausübung des Stimmrechts²¹¹, der Gewichtung der EU-Stimme mit der Summe ihrer in der

²⁰² *FAO-Website*, About FAO, abrufbar unter: <http://www.fao.org/about/en/> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021); Präambel FAO-Verfassung.

²⁰³ Zur Beziehung zwischen FAO und EU ausführlich *Frid*, *The European Economic Community. A Member of a Specialized Agency of the United Nations*, EJIL (1993), Vol. 4, 239 ff.; *Maersk Pedersen*, *FAO-EU cooperation: an ever stronger partnership*, in: Wouters/Hoffmeister/Ruys, *The United Nations and the European Union: An Ever Stronger Partnership*, 2006, Chapter 4, S. 63 (64 ff.); *Scheffler* (Fn. 2), S. 509 ff.; *Eeckhout*, *EU External Relations Law*, 2011, S. 228 ff.; *Frid de Vries* (Fn. 45), Rn. 40 ff.; *FAO Website*, *FAO and EU Partnership*, abrufbar unter: <http://www.fao.org/europeanunion/eu-partnership-home/en/> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021).

²⁰⁴ *Marchisio* (Fn. 46), S. 238; *Maersk Pedersen* (Fn. 203), S. 64.

²⁰⁵ Art. II Abs. 3, 4 FAO-Verfassung.

²⁰⁶ *Marchisio* (Fn. 46), S. 238 ff.; *Scheffler* (Fn. 2), S. 510; *Frid de Vries* (Fn. 45), Rn. 39. Zur Änderung der FAO-Verfassung und zum Beitrittsverfahren, vgl. *Frid* (Fn. 203), S. 246 f.

²⁰⁷ XXVth General Report on the Activities of the European Communities, 1991, Rn. 994.

²⁰⁸ *Marchisio* (Fn. 46), S. 238; *Sack* (Fn. 86), S. 648; *Odendahl* (Fn. 1), § 5 Rn. 96.

²⁰⁹ *Scheffler* (Fn. 2), S. 510 ff.; *Frid de Vries* (Fn. 45), Rn. 39; *Odendahl* (Fn. 1), § 5 Rn. 74.

²¹⁰ Art. II Abs. 5-7 FAO-Verfassung.

²¹¹ Art. II Abs. 8 FAO-Verfassung.

FAO vertretenen Mitgliedstaaten²¹² und den Regelungen zur Beitragspflicht²¹³ aus. Den komplizierten Regeln zum aktiven und passiven Wahlrecht²¹⁴ und der Erforderlichkeit der Abgabe von Kompetenzabgrenzungserklärungen zu jedem Tagesordnungspunkt einer Sitzung sowie auf Nachfrage²¹⁵, kommt hingegen keine Vorbildfunktion zu.²¹⁶ Insbesondere die Kompetenzabgrenzung zu einzelnen Tagesordnungspunkten kann zu Schwierigkeiten führen.²¹⁷ Teilweise werden die damit einhergehenden Beschränkungen und der zeitgleich entstehende Verwaltungsmehraufwand als „Zwangskorsett“ aufgefasst.²¹⁸

Der Codex Alimentarius umfasst eine Sammlung vereinheitlichter internationaler Lebensmittelstandards für sichere, gute Lebensmittel für alle und überall. Er beruht auf Annahmen und Beschlüssen der CAC²¹⁹, einer 1963 von FAO²²⁰ und WHO²²¹ gemeinsam gegründeten Unterorganisation.²²² Die CAC-Mitgliedschaft steht den Mitgliedern beider Organisationen offen.²²³ Nach Beitritt der EWG zur FAO 1991, die bis dato einen Beobachterstatus in der CAC innehatte, kam es zu langwierigen Beitrittsverhandlungen bis die EG 2003 als Mitglied beitrug²²⁴. Die lange Verhandlungsdauer ist auf die Verhandlungen unter den EG-Mitgliedern und mit Drittstaaten sowie die erforderliche Änderung des Codex

²¹² Art. II Abs. 10 FAO-Verfassung.

²¹³ Art. XVIII Abs. 6 FAO-Verfassung.

²¹⁴ Regeln XLIII-XLVI FAO-Verfahrensordnung.

²¹⁵ Regel XLII FAO-Verfahrensordnung.

²¹⁶ *Odendahl* (Fn. 1), § 5 Rn. 74.

²¹⁷ Vgl. *EuGH*, Urt. v. 19.3.1996, C-25/94, *Kommission ./ . Rat (FAO)*.

²¹⁸ So *Sack* (Fn. 86), S. 648 ff.; bekräftigend *Eeckhout* (Fn. 203), S. 229.

²¹⁹ Zur Beziehung zwischen CAC und EU ausführlich *Maersk Pedersen* (Fn. 203), S. 82 ff.; *Frid de Vries* (Fn. 45), Rn. 48 ff.

²²⁰ Auf Art. VI Abs. 1 S. 2 FAO-Verfassung als Rechtsgrundlage gestützt.

²²¹ Auf Art. 40 WHO-Verfassung als Rechtsgrundlage gestützt.

²²² *Website BMEL*, Codex Alimentarius, abrufbar unter: https://www.bmel.de/DE/themen/internationales/aussenwirtschaftspolitik/codex-alimentarius/codex-alimentarius_node.html (zuletzt abgerufen am 11.7.2021); Codex Alimentarius - Geltungsbereich, Aufbau und Historie, abrufbar unter: <https://www.bmel.de/DE/themen/internationales/aussenwirtschaftspolitik/codex-alimentarius/codex-alimentarius-info.html> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021); vgl. Art. 1 GO Codex Alimentarius; *Codex Alimentarius Website*, About Codex Alimentarius, abrufbar unter: <http://www.fao.org/fao-who-codexalimentarius/about-codex/en/> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021).

²²³ *Maersk Pedersen* (Fn. 203), S. 82; *Frid de Vries* (Fn. 45), Rn. 48.

²²⁴ Beschl. 2003/822/EG des Rates v. 17.11.2003. Ausführlich zum Beitrittsprozess der EU zur CAC u. a. *Maersk Pedersen* (Fn. 203), S. 83 ff.

Alimentarius²²⁵ zurückzuführen.²²⁶ Prinzipiell wurde das FAO-Modell für die Organisationen der regionalen Wirtschaftsintegration-Mitgliedschaft samt der komplizierten Regelung des aktiven und passiven Wahlrechts sowie dem Erfordernis der Abgabe kontinuierlicher Kompetenzabgrenzungserklärungen übernommen. Ausgenommen wurde die Stimmrechtsregelung.²²⁷ Das Stimmrecht der EU bei Abstimmungen, die ihrem Kompetenzbereich unterfallen, entspricht nicht der Zahl der EU-Mitgliedstaaten, die ebenfalls CAC-Mitglieder sind, sondern hängt von der Anzahl der bei der betreffenden Abstimmung anwesenden EU-Mitgliedstaaten ab.²²⁸ Die Regelung wird teilweise stark kritisiert und als „ein Schritt in die falsche Richtung“²²⁹ betrachtet.²³⁰ Schließlich haben die Mitgliedstaaten ihre Kompetenz auf die EU übertragen, womit die Union unabhängig von der mitgliedstaatlichen Präsenz zuständig und nicht auf sog. „Ad-hoc-Ermächtigungen“ („*ad hoc empowersments*“) durch ihre physische Gegenwart angewiesen ist.²³¹ Diese Regel bietet den Mitgliedstaaten, die den Standpunkt der EU ablehnen, die Möglichkeit, das EU-Stimmengewicht durch ihre Nichtanwesenheit bei der betreffenden Abstimmung zu untergraben.²³²

IV. IWF und Weltbank

Mehr als 70 Jahre nach der Bretton-Woods-Konferenz 1944 gehören IWF und Weltbank²³³ nach wie vor zu den bedeutsamsten globalen Institutionen in den Bereichen Währung, Finanzen und Entwicklung.

²²⁵ Die Öffnungsklausel umfasst Organisationen der regionalen Wirtschaftsintegration, die Mitglieder der FAO oder der WHO sind, vgl. Regel I Abs. 3 der CAC-Geschäftsordnung. Die Details zur Mitgliedschaft einer Organisation der regionalen Wirtschaftsintegration sind Regel II CAC-Geschäftsordnung zu entnehmen.

²²⁶ *Frid de Vries* (Fn. 45), Rn. 48; *Odendahl* (Fn. 1), § 5 Rn. 75.

²²⁷ *Frid de Vries* (Fn. 45), Rn. 50; *Odendahl* (Fn. 1), § 5 Rn. 75.

²²⁸ Regel II Abs. 3 S. 1, Abs. 8 CAC-Geschäftsordnung.

²²⁹ So *Frid de Vries* (Fn. 45), Rn. 50.

²³⁰ Vgl. bspw. *Hoffmeister* (Fn. 67), S. 44; *Hoffmeister/Kuijper* (Fn. 68), S. 23; *Scheffler* (Fn. 2), S. 335 Fn. 103; *Frid de Vries* (Fn. 45), Rn. 50.

²³¹ *Hoffmeister* (Fn. 67), S. 44; *Hoffmeister/Kuijper* (Fn. 68), S. 23; *Scheffler* (Fn. 2), S. 335 Fn. 103.

²³² Dies geschah bspw. im Mai 2004 bei der Abstimmung über einen internationalen Standard zum Schutz der geografischen Herkunftsbezeichnung „Parmesan“. Seit diesem Vorfall hat sich die Zusammenarbeit der EU und ihrer Mitgliedstaaten im Rahmen der CAC merklich verbessert. *Hoffmeister/Kuijper* (Fn. 68), S. 23; *Frid de Vries* (Fn. 45), Rn. 50.

²³³ Die Weltbankgruppe setzt sich aus IBRD, IDA, IFC, MIGA und ICSID zusammen. *The World Bank, Who we are, About, Leadership, Organizational Units*, abrufbar unter: <https://www.worldbank.org/en/about/unit> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021).

Der 1945 gegründete IWF engagiert sich für Förderung der globalen Währungszusammenarbeit, Sicherung der finanziellen Stabilität, Erleichterung des internationalen Handels, Förderung hoher Beschäftigung und für nachhaltiges Wirtschaftswachstum sowie Verringerung der Armut in der Welt.²³⁴ Angesichts ihrer ausschließlichen Zuständigkeit gem. Art. 3 Abs. 1 lit. c AEUV für die Währungspolitik der Mitgliedstaaten²³⁵, deren Währung der Euro ist, erweist sich das Verhältnis zwischen der EU und dem IWF ohne formellen Status der EU als rechtlich unbefriedigend.²³⁶ Obgleich der Beitritt der EU zum IWF naheliegend erscheint, steht gem. Art. II IWF-Articles of Agreement die Mitgliedschaft nur „Ländern“ offen. Die EU verfügt über keinen Beobachterstatus im IWF. Die Kommission hat einen Beobachterstatus im Internationalen Währungs- und Finanzausschuss, nicht aber im IWF-Exekutivdirektorium.²³⁷ Nur der EZB räumte das Exekutivdirektorium aufgrund der ausschließlichen Zuständigkeit der EU für die Währungspolitik der derzeit 19 Euro-Staaten einen Beobachterstatus ein.²³⁸ Sie kann an Tagungen teilnehmen, wenn die zu behandelnden Themen ihre geldpolitischen Zuständigkeiten betreffen.²³⁹

Die Kommission möchte durch Einrichtung einer einheitlichen Vertretung des Euro-Währungsgebietes mit einem gemeinsamen Sitz im IWF bis 2025 eine kohärentere Außenvertretung des Euro-Währungsgebiets schaffen und so die Euro-Interessen im IWF-Exekutivdirektorium wirksamer vertreten. Der gegenwärtigen Zersplitterung im IWF-Exekutivdirektorium (19 Euro-Staaten verteilen sich auf sechs Stimmrechtsgruppen und zwei Einzelsitze) soll damit

²³⁴ Mehr zum IWF auf der *IWF* Website, About the IMF, The IMF at a Glance, abrufbar unter: <https://www.imf.org/en/About> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021).

²³⁵ Seit Errichtung der Europäischen Währungsunion 1999 sind bislang 19 EU-Mitgliedstaaten der Eurozone beigetreten. Aufführung der beigetretenen Staaten Website *Deutsche Bundesbank Eurosystem*, Europäische Währungsunion, abrufbar unter: <https://www.bundesbank.de/de/bundesbank/eurosystem/europaeische-waehrungsunion/die-europaeische-waehrungsunion-604386> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021).

²³⁶ *Frid de Vries* (Fn. 45), Rn. 23 f.; *Kokott*, in: Streinz (Fn. 55), Art. 220 AEUV Rn. 60; *Odendahl* (Fn. 1), § 5 Rn. 107. Interessanter Exkurs: Mitgliedschaft der EG im IWF? *Scheffler* (Fn. 2), S. 570 ff.

²³⁷ Mitteilung der Kommission v. 21.10.2015, COM (2015) 602 final, S. 13.

²³⁸ Decision No 11875-(99/1) of the Executive Board of the IMF, 21.12.1998, reviewed by Decision No. 12925-(03/1) of the Executive Board of the IMF, 27.2.2001. Zur Stellung der EU im IWF ausführlich *Scheffler* (Fn. 2), S. 552 ff.; *Kokott*, in: Streinz (Fn. 55), Art. 220 AEUV Rn. 60; *Frid de Vries* (Fn. 45), Rn. 2.

²³⁹ Vgl. Mitteilung der Kommission v. 21.10.2015, KOM (2015) 602 final.

entgegengewirkt werden.²⁴⁰ Die Kommission hat den Rat zur Einleitung von Maßnahmen zur schrittweisen Einrichtung einer solchen einheitlichen Vertretung aufgefordert.²⁴¹

Auch im Exekutivdirektorium der Weltbank ist die EU als weltweit führender Geberblock selbst nicht als Beobachter vertreten. Die Kommission hat lediglich einen Beobachterstatus im Entwicklungsausschuss, d. h. auf Ministeriebene, inne. Die IWF-Mitgliedschaft ist nach Art. II Sec. 1 Articles of Agreement of the International Bank for Reconstruction and Development Voraussetzung einer Mitgliedschaft in der Bank.²⁴² Die Kommission forderte den Rat 2005 dazu auf, den Einfluss der EU in internationalen Finanzinstitutionen durch Bildung einheitlicher europäischer Standpunkte und das Sprechen mit einer Stimme zu erhöhen.²⁴³ Insgesamt spiegeln sich weder die fortschreitende Entwicklung der EU noch die des Euro-Währungsraumes oder die Stellung der EU als weltweit größter Geberblock in den Organisationsstrukturen von IWF und Weltbank wider. Nur durch eine Stärkung ihrer Außenvertretung in diesen Organisationen wird die EU ihren europarechtlichen Kompetenzen gerecht werden können.²⁴⁴ „Die Art und Weise der Repräsentation der EU wird von vielen als ein Schlüssel für jede zukünftige Reform angesehen.“²⁴⁵

V. WHO

Seit ihrer Gründung 1948 ist das Ziel der WHO die Verwirklichung des bestmöglichen Gesundheitsniveaus bei allen Menschen.²⁴⁶ Nach Art. 3 ff. WHO-Verfassung ist die Mitgliedschaft Staaten bzw. die assoziierte

²⁴⁰ Vgl. Mitteilung der Kommission v. 21.10.2015, KOM (2015) 602 final – Vorstellung des Konzepts für die Einrichtung eines gemeinsamen Sitzes im Exekutivdirektorium sowie einer möglichen Übergangsregelung durch Erwirken eines Beobachterstatus.

²⁴¹ Vorschlag der Kommission v. 21.10.2015 für einen Beschluss des Rates, KOM (2015) 603 final.

²⁴² Mitgliedschaft in IDA, IFC und MIGA ist ihrerseits an Mitgliedschaft in IBRD gebunden. Vgl. *The World Bank*, Who we are, Member Countries, abrufbar unter: <https://www.worldbank.org/en/about/leadership/members> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021).

²⁴³ Vgl. Mitteilung der Kommission v. 7.10.2005, COM (2005) 133 final/2.

²⁴⁴ So auch *Garnier/Daco/Di Mauro*, UN-EU cooperation on financial issues: The role of the European Union at the International Monetary Fund and the World Bank, in: Wouters/Hoffmeister/Ruys, *The United Nations and the European Union*, 2006, S. 115 (134).

²⁴⁵ *Ebd.*, S. 115.

²⁴⁶ Art. 1 WHO-Verfassung; Mehr über die WHO s. *WHO Website*, About WHO, abrufbar unter: <https://www.who.int/about> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021).

Mitgliedschaft²⁴⁷ abhängigen Gebieten vorbehalten, womit eine Mitgliedschaft von Organisationen der regionalen Wirtschaftsintegration aktuell ausscheidet. Briefwechsel zwischen dem WHO-Generaldirektor und der Kommission bestimmen die Beziehungen zwischen der EU und der WHO.²⁴⁸ Ein Briefwechsel aus dem Jahr 1982 bildet die Grundlage für den ungeschriebenen Beobachterstatus der EU innerhalb der WHO.²⁴⁹ Ein weiterer Briefwechsel aus dem Jahr 2001 über die Konsolidierung und Intensivierung der Zusammenarbeit führte zu einer Erweiterung und Verstärkung des Beobachterstatus.²⁵⁰ Danach nimmt die Kommission an den Tagungen der Weltgesundheitsversammlung, des Exekutivrats und der Regionalkomitees im Einklang mit der jeweiligen Geschäftsordnung und den für Beobachter geltenden Gepflogenheiten teil. Zudem hat die EU durch den Briefwechsel von 2001 eine Aufwertung dahingehend erfahren, dass der WHO-Generaldirektor nach Konsultation der Kommission die Weltgesundheitsversammlung dazu befragen kann, ob die Kommission in bestimmten Fällen an deren Arbeiten beteiligt werden sollte,

²⁴⁷ S. Art. 8 WHO-Verfassung: Danach können Gebiete oder Gruppen von Gebieten, die für die Regelung ihrer internationalen Beziehungen nicht selber verantwortlich sind, von der Gesundheitsversammlung als assoziierte Mitglieder zugelassen werden, wenn ein Gesuch im Namen eines solchen Gebietes oder einer Gruppe derartiger Gebiete durch den Mitgliedstaat oder eine andere Behörde, die für die Regelung ihrer internationalen Beziehung verantwortlich ist, gestellt wird. Die Vertreter der assoziierten Mitglieder an der Gesundheitsversammlung sollen durch fachliche Zuständigkeit auf dem Gebiete des Gesundheitswesens geeignet und aus der eingeborenen Bevölkerung ausgewählt sein. Art und Bereich der Rechte und Pflichten der assoziierten Mitglieder werden durch die Gesundheitsversammlung festgelegt.

²⁴⁸ Scheffler (Fn. 2), S. 580.

²⁴⁹ Briefwechsel zwischen den Europäischen Gemeinschaften und der Weltgesundheitsorganisation (W.H.O.) zur Regelung der Zusammenarbeit zwischen diesen beiden Organisationen: Briefwechsel zwischen den Europäischen Gemeinschaften und der Weltgesundheitsorganisation zur Regelung der Zusammenarbeit zwischen diesen beiden Organisationen v. 28.4.1982 – Memorandum über die Vereinbarung betreffend die Zusammenarbeit zwischen der Weltgesundheitsorganisation und den Europäischen Gemeinschaften (AbleG Nr. L 300/20, v. 28.10.1982).

²⁵⁰ Briefwechsel zwischen der Weltgesundheitsorganisation und der Kommission der Europäischen Gemeinschaften über die Konsolidierung und Intensivierung der Zusammenarbeit – Memorandum über den Rahmen und die Regelung der Zusammenarbeit zwischen der Weltgesundheitsorganisation und der Kommission der Europäischen Gemeinschaften (AbleG Nr. C 1/7, v. 4.1.2001).

beispielsweise bei der Aushandlung internationaler Übereinkünfte, und welchen Status die EU hierbei einnehmen soll.²⁵¹

Dies war der Fall bei den Verhandlungen der Tabakrahenkonvention (1999 – 2003)²⁵² und der Internationalen Gesundheitsvorschriften (2003 – 2005)²⁵³, bei denen die EU zur Zufriedenheit (und zugleich Überraschung) der anderen WHO-Mitglieder mit größtmöglicher interner Koordination und geschlossenem Auftreten nach außen hin in Gesundheitsfragen agierte.²⁵⁴ Die Beteiligung der EU in der WHO ist beispielhaft für eine über die Zeit wachsende Beteiligungsintensität der EU in internationalen Organisationen. Zukünftig könnten die Beziehungen zwischen WHO und EU durch eine förmliche Vereinbarung basierend auf Art. 70 WHO-Verfassung oder gar eine vollberechtigte Teilnahme bzw. langfristig durch die Vereinbarung einer Vollmitgliedschaft ausgeweitet werden. Voraussetzung dafür dürfte sein, dass die EU, insbesondere die Kommission, eine derartige Entwicklung priorisiert. Denn es ist nicht zu erwarten, dass die Mitgliedstaaten, die traditionell auf die Erhaltung ihrer eigenen Kompetenzen bedacht sind, eine solche Initiative ergreifen werden.²⁵⁵ Zudem werden im Zusammenhang mit dem formal notifizierten Rückzug der USA aus der WHO²⁵⁶ Forderungen nach einer Stärkung des Engagements der EU in der WHO laut. *Jürgen Hardt*²⁵⁷ beispielsweise äußerte, dass es umso wichtiger sei, dass die EU ihr Gewicht in die Waagschale werfe und ihr Engagement in der WHO wie in anderen internationalen Organisationen

²⁵¹ Vgl. Memorandum über den Rahmen und die Regelung der Zusammenarbeit zwischen der Weltgesundheitsorganisation und der Kommission der Europäischen Gemeinschaften D. 1.4.

²⁵² Vgl. Decision of the World Health Assembly, WHA52.18, 24.5.1999, Ziffer 1 Abs. 3. Ausführlich dazu *Eggers/Hoffmeister*, UN-EU cooperation on public health: The evolving participation of the European Community in the World Health Organization, in: Wouters/Hoffmeister/Ruys, The United Nations and the European Union, 2006, S. 155 (162 ff.); *Scheffler* (Fn. 2), S. 584 ff.

²⁵³ Vgl. Decision of the World Health Assembly, WHA56.28, 28.5.2003, Ziffer 2 Abs. 2. Ausführlich dazu *Eggers/Hoffmeister* (Fn. 252), S. 165 ff.

²⁵⁴ So *Eggers/Hoffmeister* (Fn. 252), S. 168.

²⁵⁵ So auch *ebd.*, S. 168; *Scheffler* (Fn. 2), S. 593.

²⁵⁶ *Tagesschau*, USA treten offiziell aus WHO aus, 7.7.2020, abrufbar unter: <https://www.tagesschau.de/ausland/usa-who-101.html> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021). Zur aktuellen Lage der WHO *Ritter*, Eine Organisation am Anschlag, FAZ, 11.7.2020, abrufbar unter: <https://www.faz.net/aktuell/politik/ausland/who-ist-in-der-corona-krise-politisch-und-finanziell-am-abgrund-16867793.html?GEPc=s5> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021).

²⁵⁷ Außenpolitischer Sprecher der CDU/CSU-Fraktion im Deutschen Bundestag.

stärke. Deutschland sollte mit der EU-Ratspräsidentschaft und dem laufenden Vorsitz im Sicherheitsrat der UN dazu entscheidende Impulse setzen.²⁵⁸

F. Fazit und Ausblick

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die Beteiligung der EU in internationalen Organisationen eine dynamische und zukunftssträchtige Entwicklung darstellt. Dabei kommt der EU gewissermaßen eine „Vorreiterrolle“ zu, da keine andere internationale Organisation derart viele und ausgeprägte Außenbeziehungen zu anderen internationalen Organisationen pflegt wie sie.²⁵⁹ Allerdings bleibt die Ausgestaltung der Außenbeziehungen der EU zu anderen internationalen Organisationen weit hinter dem zurück, was auf Grundlage des Primärrechts möglich wäre und ist daher vielfach ausbaufähig. Einen Ausbau der Außenbeziehungen zu anderen internationalen Organisationen kann sie nicht nur durch das Eingehen von Mitgliedschaften, sondern auch durch eine Verbesserung ihres organisationsrechtlichen Status sowie durch ein einheitliches und geschlossenes Auftreten erreichen.

In ihren ausschließlichen Kompetenzbereichen Zoll, Wettbewerb und Währungspolitik gem. Art. 3 Abs. 1 lit. a – c AEUV bestehen bislang keine alleinigen Mitgliedschaften der EU in entsprechenden internationalen Organisationen. Bestrebungen hinsichtlich einer Mitgliedschaft der EU in der WCO sind seit 2001 im Gange, hängen jedoch von einer erfolgreichen Änderung des WCO-Gründungsabkommens ab. Bis dahin hat der WCO-Rat der EU 2007 den Status eines Quasimitglieds („*status akin to WCO-membership*“) eingeräumt.²⁶⁰ Überwiegend sind die Mitgliedschaften der EU in internationalen Organisationen in den Bereichen Handel, Landwirtschaft, Erhaltung der Fischbestände sowie Rohstoffe entstanden. Auch in den Politikfeldern Verkehr, Umwelt und Energie bestehen EU-Mitgliedschaften.²⁶¹ Die Kommission strebt

²⁵⁸ CDU/CSU-Fraktion im Deutschen Bundestag, Pressestatement, EU muss ihr Engagement in der WHO stärken, 8.7.2020, abrufbar unter: <https://www.cducsu.de/presse/pressestatement/eu-muss-ihr-engagement-der-who-staerken> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021).

²⁵⁹ Odendahl (Fn. 1), § 5 Rn. 127.

²⁶⁰ Zum Beitrittsprozess der EU zur WCO *Frid de Vries* (Fn. 45), Rn. 59 ff.

²⁶¹ Vgl. Übersicht der EU-Mitgliedschaften in internationalen Organisationen nach Politikfeldern, European Union, External Action Service, Treaties Office – European Union Membership at International Organizations (Stand: 13.7.2020), abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/world/agreements/viewCollection.do?fileID=76204> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021); Odendahl (Fn. 1), § 5 Rn. 49.

zudem seit 2002 die Mitgliedschaft der EU in der ICAO und IMO²⁶² sowie eine vollberechtigte Teilnahme im Flüchtlingskommissariat der Vereinten Nationen (UNHCR)²⁶³ an. Die Realisierung dieser Bestrebungen ist bisher allerdings mangels Bereitschaft der EU-Mitgliedstaaten und/oder wegen des Widerstands von Drittstaaten in den einschlägigen Gremien fehlgeschlagen.²⁶⁴ Darüber hinaus erscheint unter europarechtlichen Gesichtspunkten, wie bereits angesprochen, eine EU-Mitgliedschaft im IWF und der Weltbank sinnvoll zu sein.²⁶⁵

Die Gründe, weshalb die EU nach außen hin nicht so stark vertreten ist, wie sie es von innen her betrachtet sein könnte, sind vielfältig. Anzusetzen ist dabei insbesondere bei den EU-Mitgliedstaaten und den internationalen Organisationen selbst. Die EU-Mitgliedstaaten fürchten um ihren Einfluss und ihre verbleibenden Kompetenzen durch eine zu starke Vertretung bzw. Einbindung der EU in internationalen Organisationen.²⁶⁶ Die internationalen Organisationen, besonders die in ihnen vertretenen Drittstaaten, scheuen einen europäischen Einflussgewinn und ein daraus möglicherweise resultierendes Übergewicht der EU.²⁶⁷ Nicht verwunderlich ist es daher, dass der Beitrittsprozess der EU zu einer internationalen Organisation, insbesondere wenn es dazu einer Änderung der Organisationsverfassung bedurfte, bisher in den meisten Fällen einen langwierigen Prozess von vielen Jahren darstellte.²⁶⁸ Beinhaltet das Organisationsrecht einer internationalen Organisation keine entsprechende Rechtsgrundlage für eine Mitgliedschaft der EU oder einen formellen organisationsrechtlichen Status, so bedarf es einer entsprechenden Änderung des Organisationsrechts und damit der Zustimmung der Mitgliedstaaten der internationalen Organisation.²⁶⁹ Insgesamt ist die Abwehrhaltung der Staaten auf ihre Angst vor Einflussverlust zurückzuführen.²⁷⁰

²⁶² Vgl. Empfehlung der Kommission an den Rat, EU-Dok. SEK (2002) 381 endg. v. 9.4.2002. Zur Beziehung zwischen EU und IMO *Frid de Vries* (Fn. 45), Rn. 21 ff.

Derzeit genießen die EU in der ICAO und die Kommission in der IMO einen Beobachterstatus.

²⁶³ *Hoffmeister* (Fn. 67), S. 50. Derzeit verfügt die EU im UNHCR über einen Beobachterstatus.

²⁶⁴ *Scheffler* (Fn. 172), S. 52 f.

²⁶⁵ So auch *Eeckhout* (Fn. 203), S. 223; *Frid de Vries* (Fn. 45), Rn. 68; *Odendahl* (Fn. 1), § 5 Rn. 128.

²⁶⁶ *Sack* (Fn. 59), S. 277; *Scheffler* (Fn. 2), S. 320; *ders.* (Fn. 172), S. 53; *Odendahl* (Fn. 1), § 5 Rn. 129.

²⁶⁷ *Scheffler* (Fn. 2), S. 321 ff.; *ders.* (Fn. 172), S. 53.

²⁶⁸ *Sack* (Fn. 59), S. 283; *Frid de Vries* (Fn. 45), Rn. 71.

²⁶⁹ *Thym* (Fn. 198), S. 122 f.; *Odendahl* (Fn. 1), § 5 Rn. 129.

²⁷⁰ So auch *Odendahl* (Fn. 1), § 5 Rn. 129.

Die Zukunft der Außenbeziehungen der EU zu internationalen Organisationen hängt maßgeblich davon ab, welchen Stellenwert die EU selbst dem Ausbau ihrer Außenbeziehungen zu internationalen Organisationen einräumt. Aus tagesaktueller Sicht bleibt dabei die Frage offen, ob die EU sich im Rahmen der Bekämpfung der Folgen der Corona-Pandemie nur auf sich selbst konzentrieren oder auch ihr Gewicht in die Waagschale werfen wird, um ihr Engagement in der WHO und in anderen internationalen Organisationen zu stärken.²⁷¹

²⁷¹ CDU/CSU-Fraktion im Deutschen Bundestag, Pressestatement, EU muss ihr Engagement in der WHO stärken, 8.7.2020, <https://www.cducsu.de/presse/pressestatement/eu-muss-ihr-engagement-der-who-staerken> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021).

Joseph Bischof*

Zur Verfassungsmäßigkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung gemäß § 217 StGB

Abstract

Über Jahrzehnte führten Politik und Rechtswissenschaft eine intensive Debatte über die Zulässigkeit organisierter Suizidbeihilfe. Sie mündete in der Entscheidung des Gesetzgebers, mit § 217 StGB die geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung unter Strafe zu stellen. Diese Strafbarkeit fand sich jedoch bereits nach kurzer Zeit mannigfacher Kritik ausgesetzt und wurde inzwischen auch vom *BVerfG* mit Urteil vom 26.2.2020 (BVerfGE 153, 182) für verfassungswidrig erklärt. Der vom *BVerfG* entschiedenen Frage nach der Verfassungsmäßigkeit der Strafbarkeit der Suizidbeihilfe, die sich im Schnittbereich von Verfassungs- und Strafrecht bewegt, soll im folgenden Beitrag nachgegangen werden. Kern der Untersuchung bildet eine kritische Auseinandersetzung mit der Vorschrift des § 217 StGB unter besonderer Würdigung der Grundrechte der Beteiligten. Dabei nimmt der Beitrag zunächst auf Grundlage des bisherigen Meinungsstandes eine eigene Bewertung vor und erläutert jeweils im Anschluss die Inhalte des Urteils des *BVerfG* vom 26.2.2020.

* Der Verfasser studiert im neunten Semester Rechtswissenschaft an der Friedrich-Schiller-Universität Jena mit dem Schwerpunktbereich „Kriminalwissenschaften“ und ist studentischer Assistent am Lehrstuhl für Strafrecht von Prof. Dr. Anette Grünewald. Der Beitrag entstand im Rahmen eines Seminars zu den aktuellen und klassischen Problemen des materiellen Strafrechts im Wintersemester 2019/20 bei Prof. Dr. Florian Knauer und wurde nachträglich um die Erläuterungen zum Urteil des *BVerfG* vom 26.2.2020 ergänzt.

A. Einleitung

Am 6.11.2015 beschloss der Bundestag nach langjähriger Diskussion¹ das „Gesetz zur Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung“, welches die Straftaten im 16. Abschnitt des Strafgesetzbuches um § 217 StGB erweiterte.² Die Norm bestraft ihrem Titel nach die geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung und richtet sich ausweislich ihrer Gesetzesbegründung insbesondere gegen die in Deutschland ansässigen Suizidhilfvereine.³ Bereits während der Debatten im Bundestag stieß die neue Regelung auf immense Kritik in der strafrechtlichen Literatur.⁴ *Rosenau* betitelte § 217 StGB als „Strafnorm gegen selbstbestimmtes Sterben“⁵ und *Grünwald* deklarierte die Norm als „symbolisches Strafrecht“⁶. Die Kritik äußerte sich nicht zuletzt auch in den zahlreichen Verfassungsbeschwerden,⁷ in denen erhebliche Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der Vorschrift geäußert wurden. Was bleibt, ist die Frage nach der sachlichen Berechtigung der vorgebrachten Bedenken. Dieser soll sich in der vorliegenden Arbeit von einem verfassungsrechtlichen Standpunkt aus genähert werden.

Zu untersuchen ist die Verfassungsmäßigkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung. Dem steht spiegelbildlich die Frage nach der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Strafbarkeit gemäß § 217 StGB gegenüber. Bei deren Beantwortung befasst sich die vorliegende Arbeit schwerpunktmäßig damit, ob das in § 217 StGB zum Ausdruck kommende Verhaltensverbot – gewissermaßen losgelöst von der sich anschließenden Frage nach der strafrechtlichen Sanktion – mit dem Grundgesetz im Einklang steht. Dazu soll zu Beginn der Arbeit überblicksartig dargestellt werden, welche verfassungsrechtlichen Anforderungen an strafbewehrte Verhaltensverbote zu stellen sind (**B.**). Anschließend widmet sich die Arbeit dem in § 217 StGB enthaltenen Verbot (**C.**). Hierbei wird der Normgehalt des § 217 StGB mit Blick auf die Gesetzesbegründung erläutert, um anschließend die verfassungsrechtliche Würdigung des Verbots der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung vorzunehmen. Der Arbeit liegt dabei durchgehend die These

¹ Vgl. *Knauer/Brose*, in: Spickhoff, 3. Aufl. 2018, § 217 StGB Rn. 1.

² BT-Plenarprotokoll 18/134, S. 13136; BGBl. I 2015, S. 2177.

³ Vgl. BT-Drucks. 18/1573, S. 2 f.; *Jäger*, Examens-Repetitorium Strafrecht BT, 8. Aufl. 2019, § 1 Rn. 63a.

⁴ Nachweise bei *Rissing-van Saan*, in: LK-StGB VII, 12. Aufl. 2019, § 217 Fn. 19.

⁵ *Rosenau*, Strafnorm gegen selbstbestimmtes Sterben, NJW-Editorial 49/2015.

⁶ *Grünwald*, Zur Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung, JZ 2016, 938 (947); ähnlich *Momsen*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, 4. Aufl. 2018, § 217 Rn. 2.

⁷ BVerfGE 153, 182 = *BVerfG*, NJW 2020, 905 ff.

zugrunde, dass das Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung in § 217 StGB einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Grundrechte der Beteiligten darstellt und daher verfassungsrechtlich auf starke Bedenken stößt.⁸

B. Verfassungsrechtliche Anforderungen an Strafgesetze

Zur Bewertung der Verfassungsmäßigkeit des § 217 StGB muss zunächst ermittelt werden, welche Anforderung von Verfassungs wegen an Strafgesetze zu stellen sind. Das Grundgesetz stellt an die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen formelle und materielle Anforderungen. In formeller Hinsicht muss das Gesetz durch die zuständige Stelle im vorgesehenen Verfahren erlassen worden sein, während der Gesetzgeber in materieller Hinsicht insbesondere an die Prinzipien in Art. 20 Abs. 3 GG sowie gemäß Art. 1 Abs. 3 GG an die Grundrechte gebunden ist.⁹ Eine Verletzung von Grundrechten, welche zur Verfassungswidrigkeit des Gesetzes führt, liegt dabei nicht schon in jeder Grundrechtsverkürzung, sondern setzt einen verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigten Eingriff in den Schutzbereich voraus.¹⁰ Strafnormen greifen wegen ihres repressiven Charakters stets in Grundrechte ein und sind daher in erhöhtem Maße rechtfertigungsbedürftig.¹¹ Folglich ist näher zu präzisieren, wann Grundrechtseingriffe durch Strafgesetze verfassungsrechtlich zulässig sind.

I. Trennung zwischen Verhaltens- und Sanktionsnorm

Bei der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Strafgesetzen kann und sollte zwischen Verhaltens- und Sanktionsnorm differenziert werden.¹² Die Verhaltensnorm bezeichnet den Teil eines Strafgesetzes, der ein bestimmtes Verhalten ge- oder verbietet.¹³ Diese Verhaltensvorgabe ergibt sich, sofern sie nicht schon regelungstechnisch von der Sanktionsnorm getrennt ist, jedenfalls aus der kontradiktorischen Formulierung des Strafgesetzes.¹⁴ Demgegenüber

⁸ Ebenso deutlich auch *Hecker*, Das strafrechtliche Verbot geschäftsmäßiger Förderung der Selbsttötung (§ 217 StGB), GA 2016, 455, 470 f.

⁹ *Frenz*, Öffentliches Recht. Eine nach Anspruchszielen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung, 8. Aufl. 2019, Rn. 235; *Degenhart*, Staatsrecht I, 35. Aufl. 2019, Rn. 153 ff.

¹⁰ *Hufen*, Staatsrecht II – Grundrechte, 8. Aufl. 2020, § 8 Rn. 4; *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, 36. Aufl. 2020, Rn. 278.

¹¹ *Kindhäuser/Zimmermann*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2020, § 2 Rn. 5.

¹² *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996, S. 6; *Appel*, Verfassung und Strafe, 1998, S. 79 ff.; eingeschränkt *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, 2014, S. 35.

¹³ *Lagodny* (Fn. 12), S. 6; 79; *Kindhäuser/Zimmermann* (Fn. 11), § 2 Rn. 2 f.

¹⁴ *Appel* (Fn. 12), S. 79 f.; *Lagodny* (Fn. 12), S. 79; *Kindhäuser*, Gefährdung als Straftat,

hat die Sanktionsnorm die eigentliche Sanktion zum Inhalt.¹⁵ Die Unterscheidung ist insoweit von Bedeutung, als dass beide Teile getrennt auf ihre verfassungsrechtliche Zulässigkeit zu prüfen sind.¹⁶ Dahingehende Tendenzen sind auch in der jüngeren Rechtsprechung des *BVerfG* ersichtlich.¹⁷ Jede Strafnorm ist darauf zu untersuchen, ob das in ihr enthaltene Verbot und die Sanktion mit Mitteln des Strafrechts den grundgesetzlichen Anforderungen standhalten.¹⁸ Dabei setzt eine rechtmäßige Sanktionsnorm stets eine verfassungsgemäße Verhaltensnorm als taugliches Objekt der Strafbarkeit voraus.¹⁹

II. Betroffene Grundrechte

Unter Zugrundelegung dieser Unterscheidung sind alle Strafgesetze nach der Rechtsprechung des *BVerfG* an den einschlägigen Grundrechten zu messen.

1. Von der Verhaltensnorm betroffene Grundrechte

Hinsichtlich der Verhaltensnorm zeigt sich eine klare Tendenz der Rechtsprechung zur Prüfung am Maßstab der betroffenen Grundrechte.²⁰ Betroffen sind in diesem Sinne alle Freiheitsgrundrechte, deren Schutzbereich von dem in der Verhaltensnorm enthaltenen Verbot tangiert wird.²¹ Die Verhaltensnorm bleibt hierbei unberührt von den Wertungen der Sanktionsnorm, sodass sich im Vergleich zu außerstrafrechtlichen Normen keine Unterschiede ergeben.²²

2. Von der Sanktionsnorm betroffene Grundrechte

Im Gegensatz zur Verhaltensnorm ist die Rechtsprechung des *BVerfG* in Bezug auf die von der Sanktionsnorm betroffenen Grundrechte von starker Inkonsistenz geprägt.²³ Sofern es sich bei der durch die Strafnorm angedrohten Sanktion um eine Freiheitsstrafe handelt, wird zwar konsequent Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG zugrunde gelegt.²⁴ Wird hingegen (auch) eine Geldstrafe als Sanktion

1989, S. 29.

¹⁵ *Kindhäuser* (Fn. 14), S. 13; *Appel* (Fn. 12), S. 81.

¹⁶ *Appel* (Fn. 12), S. 559; *Lagodny* (Fn. 12), S. 8.

¹⁷ Siehe beispielhaft *BVerfGE* 71, 108 (118); 90, 145 (183).

¹⁸ Vgl. *Lagodny* (Fn. 12), S. 8 („zweifache Grundrechtsprüfung“).

¹⁹ *Appel* (Fn. 12), S. 559; *Lagodny* (Fn. 12), S. 8.

²⁰ *BVerfGE* 87, 399 (406); 90, 145 (171); 92, 191 (196).

²¹ *Appel* (Fn. 12), S. 570; *Lagodny* (Fn. 12), S. 89.

²² *Appel* (Fn. 12), S. 569; *Lagodny* (Fn. 12), S. 64.

²³ So auch der Eindruck von *Appel* (Fn. 12), S. 167.

²⁴ *BVerfGE* 45, 187 (223); 90, 145 (172); 92, 277 (338).

angedroht, ist keine nachvollziehbare Linie erkennbar.²⁵ Die Literatur schlägt insoweit vor, durchweg Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG bei Androhung von Freiheitsstrafe und Art. 2 Abs. 1 GG bei Androhung von Geldstrafe zugrunde zu legen.²⁶ Zudem müsse die Sanktionsnorm am Maßstab von Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG gemessen werden, da der in der Sanktion zum Ausdruck kommende staatliche Vorhalt des Normverstößes auch in das allgemeine Persönlichkeitsrecht eingreife.²⁷

III. Eingriff durch Strafgesetze

Fällt ein mit Strafe bedrohtes Verhalten in den Schutzbereich von Grundrechten, so ist dies für die Verfassungsmäßigkeit des Strafgesetzes jedoch nur relevant, wenn das enthaltene Verhaltensverbot und die Strafandrohung Grundrechtseingriffe darstellen. Ein Eingriff liegt nach modernem Verständnis vor, wenn durch staatliche Handlung ein in den Schutzbereich fallendes Verhalten zumindest erschwert wird.²⁸ Das ist in erster Linie der Fall, wenn der Staat durch Gesetze final, hoheitlich, unmittelbar und mit Zwang in grundrechtlich geschützte Bereiche eingreift.²⁹ Grundrechtsverkürzende Strafgesetze unterfallen daher dem Eingriffsbegriff.

IV. Verfassungsrechtliche Eingriffsrechtfertigung

Grundrechtseingriffe durch Strafgesetze führen jedoch nur zur Verfassungswidrigkeit, wenn die Eingriffe verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt sind.

1. Gesetzliche Einschränkung von Grundrechten (Schranken)

Eine Rechtfertigung erfordert zunächst, dass das jeweilige Grundrecht überhaupt eingeschränkt werden darf. Aufgrund des aus Art. 20 Abs. 3 GG folgenden Rechtsstaatsprinzips dürfen Grundrechtseingriffe grundsätzlich nur auf Basis eines formellen Gesetzes erfolgen.³⁰ Hinsichtlich der Einschränkung von Grundrechten lassen sich sodann drei mögliche Arten unterscheiden. Zum einen kennt das Grundgesetz Grundrechte mit ausdrücklichem Gesetzesvorbehalt. Diese können durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes beschränkt werden.³¹ Zum Teil handelt es sich dabei – zweitens

²⁵ *Appel* (Fn. 12), S. 168 f. mit Verweis auf BVerfGE 87, 399 (404) und 92, 191 (197).

²⁶ *Appel* (Fn. 12), S. 590 f.; *Lagodny* (Fn. 12), S. 132 und 133.

²⁷ *Appel* (Fn. 12), S. 575; *Lagodny* (Fn. 12), S. 127.

²⁸ *Kingreen/Poscher* (Fn. 10), Rn. 294; *Manssen*, Staatsrecht II, 17. Aufl. 2020, Rn. 170.

²⁹ *Kingreen/Poscher* (Fn. 10), Rn. 292; *Hufen* (Fn. 10), § 8 Rn. 5.

³⁰ *Manssen* (Fn. 28), Rn. 182; *Hufen* (Fn. 10), § 9 Rn. 2; *Frenz* (Fn. 9), Rn. 357.

³¹ *Manssen* (Fn. 28), Rn. 174; *Kingreen/Poscher* (Fn. 10), Rn. 305.

– um qualifizierte Gesetzesvorbehalte, bei denen besondere Anforderungen an die Schrankengesetze zu stellen sind.³² Schließlich existieren darüber hinaus Grundrechte, denen ein ausdrücklicher Einschränkungsvorbehalt fehlt. Diese können jedoch durch kollidierendes Verfassungsrecht eingeschränkt werden.³³ In Betracht kommen kollidierende Grundrechte Dritter oder andere Rechtsgüter mit Verfassungsrang.³⁴

2. Anforderungen an die Schrankengesetze (Schranken-Schranken)

Kommt eine Einschränkung von Grundrechten in Betracht, so ist diese jedoch nicht grenzenlos zulässig. Das Schrankengesetz muss seinerseits bestimmten verfassungsrechtlichen Anforderungen, den sogenannten Schranken-Schranken standhalten.³⁵ Bei Strafgesetzen sind infolge der obigen Trennung dabei verschiedene Anforderungen an die Verhaltens- und die Sanktionsnorm zu stellen.

a) Schranken-Schranken der Verhaltensnorm

Die Verhaltensnorm muss wie jede andere grundrechtseinschränkende Norm dem aus Art. 20 Abs. 3 GG folgenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügen.³⁶ Ferner muss sie dem strafrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz gemäß Art. 103 Abs. 2 GG entsprechen.³⁷ Dies ist die einzige spezifisch strafrechtliche Verfassungsgarantie, die entgegen der generellen Strafrechtsneutralität der Verhaltensnormen auf strafbewehrte Verhaltensnormen durchschlägt.³⁸ Beide Anforderungen stehen im Zentrum der gegen § 217 StGB erhobenen Kritik und sind daher näher zu beleuchten.

b) Schranken-Schranken der Sanktionsnorm

Auch die Sanktionsnorm muss dem Verhältnismäßigkeitsprinzip genügen.³⁹ Aufgrund des Strafrechtsbezugs treten als weitere Schranken-Schranken die strafrechtlichen Verfassungsgarantien, mithin der Schuldgrundsatz sowie die Garantien aus Art. 103 Abs. 2 GG hinzu.⁴⁰

³² *Manssen* (Fn. 28), Rn. 174; *Kingreen/Poscher* (Fn. 10), Rn. 307.

³³ *Frenz* (Fn. 9), Rn. 356; *Manssen* (Fn. 28), Rn. 175.

³⁴ *Manssen* (Fn. 28), Rn. 176 f.; *Hufen* (Fn. 10), § 9 Rn. 32 f.

³⁵ *Kingreen/Poscher* (Fn. 10), Rn. 326; *Hufen* (Fn. 10), § 9 Rn. 14.

³⁶ *Appel* (Fn. 12), S. 571; *Kingreen/Poscher* (Fn. 10), Rn. 330 ff.

³⁷ *Appel* (Fn. 12), S. 571.

³⁸ *Ebd.*

³⁹ *Ebd.*, S. 576.

⁴⁰ *Ebd.*, S. 576, 591.

c) Verhältnismäßigkeit staatlicher Eingriffe

Die bedeutendste Schranken-Schranke stellt das Verhältnismäßigkeitsprinzip dar. Danach sind staatliche Eingriffe in Grundrechte zur Verfolgung legitimer Zwecke nur zulässig, wenn sie zu deren Erreichung geeignet, erforderlich und angemessen sind.⁴¹ Für die Verhaltensnorm ergeben sich dabei keine Besonderheiten, auf die der Sanktionsnorm wird an geeigneter Stelle hingewiesen.

aa) Legitimer Zweck

Als legitimer Zweck kommt jedes, nicht notwendig mit Verfassungsrang ausgestattete Gemeinwohlziel in Betracht.⁴² Dieser von der Verhaltensnorm zulässigerweise angestrebte Zweck ist zugleich Maßstab für die Bewertung der Sanktionsnorm.⁴³ Bei der Frage, zum Schutz welcher Zwecke strafrechtliche Sanktionen angedroht werden dürfen, gesteht das *BVerfG* dem Gesetzgeber einen Einschätzungsspielraum zu.⁴⁴ Sofern von Verhaltensweisen Gefahren für schützenswerte Rechtsgüter ausgehen, darf sich der Gesetzgeber bei deren Abwehr regelmäßig der Mittel des Strafrechts bedienen.⁴⁵ Wegen der vom *BVerfG* betonten generalpräventiven Wirkung der Strafe können dies auch abstrakte Gefahren sein.⁴⁶

bb) Geeignetheit

Ein Eingriff durch die Verhaltensnorm ist geeignet, wenn er das angegebene Gemeinwohlziel zumindest fördert.⁴⁷ Auch die Eignung der Sanktionsnorm ist im Hinblick auf den durch die Verhaltensnorm angestrebten Zweck zu bewerten, wobei das *BVerfG* dem Gesetzgeber auf dieser Stufe ebenso einen Beurteilungsspielraum zugesteht, sofern dem keine kriminologischen Erkenntnisse entgegenstehen.⁴⁸ Dieser Spielraum sowie die vom *BVerfG* wiederholt betonte generalpräventive Wirkung der Strafe führen dazu, dass erst

⁴¹ *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, 92. EL 2020, Art. 20 VII Rn. 110.

⁴² *Hufen* (Fn. 10), § 9 Rn. 19; *Manssen* (Fn. 28), Rn. 206 f.

⁴³ *Appel* (Fn. 12), S. 175; vgl. BVerfGE 90, 145 (174, 184).

⁴⁴ BVerfGE 90, 145 (173 f.); *Vogel*, Strafrechtsgüter und Rechtsgüterschutz durch Strafrecht im Spiegel der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, StV 1996, 110 (113).

⁴⁵ *Appel* (Fn. 12), S. 200; vgl. BVerfGE 80, 244 (255 f.).

⁴⁶ BVerfGE 28, 175 (188 f.); vgl. BVerfGE 90, 145 (184).

⁴⁷ BVerfGE 90, 145 (172); *Hufen* (Fn. 10), § 9 Rn. 20.

⁴⁸ BVerfGE 90, 145 (173); *Appel* (Fn. 12), S. 175; *Vogel* (Fn. 44), S. 113.

die völlige Ungeeignetheit der Sanktionsnorm ihre Verfassungswidrigkeit begründet.⁴⁹

cc) Erforderlichkeit

Erforderlich ist ein Eingriff in Grundrechte, wenn er das mildeste Mittel unter den zur Erreichung des Zwecks gleich wirksamen Mitteln darstellt.⁵⁰ Im Rahmen der Sanktionsnorm erscheint diese Ebene als verfassungsrechtlicher Anknüpfungspunkt für die Berücksichtigung des „*ultima ratio*“-Prinzips des Strafrechts.⁵¹ Wenngleich das *BVerfG* dieses Prinzip anerkennt, so zieht es daraus nicht den Schluss der generellen Subsidiarität des Strafrechts.⁵² Vielmehr gesteht das Gericht dem Gesetzgeber auch auf dieser Ebene eine Einschätzungsprärogative bezüglich der Wahl zwischen mehreren geeigneten Mitteln zu.⁵³

dd) Angemessenheit

Die Angemessenheit betrifft sodann die Zweck-Mittel-Relation und erfordert, dass die durch das Strafgesetz verursachten Grundrechtseingriffe im Verhältnis zu den verfolgten Zwecken zumutbar sind.⁵⁴ Insoweit darf der angestrebte Zweck nicht außer Verhältnis zu den durch die Strafnorm bewirkten Beeinträchtigungen stehen.⁵⁵ Im Gegensatz zu den übrigen Ebenen wird die Angemessenheit bei der Sanktionsnorm vom *BVerfG* uneingeschränkt geprüft.⁵⁶ Dabei hält das *BVerfG* strafrechtliche Sanktionen im Hinblick auf die mögliche generalpräventive Wirkung auch zur Abwehr abstrakter Gefahren nicht schlechthin für unangemessen.⁵⁷ Sollte jedoch die Schwelle zur Unangemessenheit im Einzelfall überschritten sein, könne der Gesetzgeber dies in nicht zu beanstandender Weise entweder durch Beschränkung der Strafbewehrung oder durch Aufhebung des Verfolgungszwangs berücksichtigen.⁵⁸

⁴⁹ *Appel* (Fn. 12), S. 175 f.; *Vogel* (Fn. 44), S. 113.

⁵⁰ *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig (Fn. 41), Art. 20 VII Rn. 113.

⁵¹ *Appel* (Fn. 12), S. 177; vgl. *Vogel* (Fn. 44), S. 113.

⁵² BVerfGE 88, 203 (258); *Vogel* (Fn. 44), S. 113.

⁵³ So deutlich BVerfGE 90, 145 (173, 183).

⁵⁴ BVerfGE 92, 277 (326); *Hufen* (Fn. 10), § 9 Rn. 23.

⁵⁵ *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig (Fn. 41), Art. 20 VII Rn. 117.

⁵⁶ Vgl. BVerfGE 92, 277 (326 ff); *Appel* (Fn. 12), S. 179.

⁵⁷ BVerfGE 90, 145 (184); *Vogel* (Fn. 44), S. 114.

⁵⁸ BVerfGE 90, 145 (191) (sog. materiell-rechtliche bzw. prozessuale Lösung).

d) Strafrechtlicher Bestimmtheitsgrundsatz (Art. 103 Abs. 2 GG)

Sowohl Verhaltens- als auch Sanktionsnorm müssen ferner dem aus Art. 103 Abs. 2 GG abgeleiteten strafrechtlichen Bestimmtheitsgebot genügen. Dessen Anforderungen wirken als Schranken-Schranken für alle Maßnahmen, durch die der Staat seine Missbilligung gegenüber schuldhaftem Verhalten zum Ausdruck bringt.⁵⁹ Der Bestimmtheitsgrundsatz verfolgt dabei zum einen den Vertrauensschutz der Normadressaten, die ihr Verhalten straffrei einrichten können sollen, und dient ferner der Sicherstellung der Gewaltenteilung, indem dem Gesetzgeber die ausschließliche Zuständigkeit zur Festlegung strafbaren Verhaltens übertragen wird.⁶⁰ Erforderlich ist, dass jede Strafbarkeit, mithin Tatbestand und Rechtsfolge, so konkret festgelegt ist, dass sich der Anwendungsbereich der Norm jedenfalls durch Auslegung ermitteln lässt.⁶¹ Dabei erhöhen sich nach dem *BVerfG* die Anforderungen der Bestimmtheit mit steigender Strafandrohung.⁶² Indes können auch konkretisierungsbedürftige Begriffe verfassungsrechtlich zulässig sein, sofern sich deren Normgehalt unter Zuhilfenahme der Auslegungsmethoden oder gefestigter Rechtsprechung bestimmen lässt.⁶³

C. Verfassungsmäßigkeit der Strafbarkeit nach § 217 StGB

Anhand dieser Anforderungen bestimmt sich auch die Verfassungsmäßigkeit des § 217 StGB. Zunächst ist jedoch der Anwendungsbereich der Regelung herauszuarbeiten, denn er ist Maßstab für die sich anschließende Prüfung.

I. Strafrechtssystematische Einordnung des § 217 StGB

Die Regelung des § 217 StGB pönalisiert die geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung. Materiell fügt sich die Norm damit in den Themenkomplex um Suizid und Sterbehilfe ein. Zur Abgrenzung ist es daher notwendig, zunächst einen Überblick über die in diesem Bereich drohenden Strafbarkeitsrisiken zu geben, in deren System sich das Verbot nach § 217 StGB einordnet.

⁵⁹ *Hill*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VI, 1. Aufl. 1989, § 156 Rn. 58; *Appel* (Fn. 12), S. 568.

⁶⁰ BVerfGE 75, 329 (341); *Hecker*, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl. 2019, § 1 Rn. 16; *Appel* (Fn. 12), S. 117 f.

⁶¹ BVerfGE 25, 269, (285); 81, 298 (309); *Schmitz*, in: MüKo-StGB I, 3. Aufl. 2017, § 1 Rn. 43.

⁶² BVerfGE 75, 329 (342); *Fischer*, 67. Aufl. 2020, § 1 Rn. 7.

⁶³ *Hill* (Fn. 59), § 156 Rn. 64.

1. Abgrenzung der Suizidhilfe (Selbsttötung) von der Fremdtötung

Nach seinem Wortlaut erfasst § 217 StGB von vornherein nur Mitwirkungshandlungen im Zusammenhang mit einer Selbsttötung.⁶⁴ Hiervon abzugrenzen sind Fälle, in denen sich eine Mitwirkungshandlung als Fremdtötung darstellt.⁶⁵ Unterstützt eine Person eine andere auf deren Wunsch hin beim Sterben, so ist für die Abgrenzung von Bedeutung, ob sich die Unterstützung als Beihilfe zur Selbsttötung i. S. d. § 27 StGB oder eigenständige Täterschaft darstellt, welche § 216 StGB unterfällt.⁶⁶ Es kommt darauf an, ob im Zeitpunkt des „unmittelbar lebensbeendenden Akts“ die Tatherrschaft beim Opfer oder bei der unterstützenden Person lag.⁶⁷ Suizid ist anzunehmen, wenn dem Opfer im letzten Moment noch die Entscheidung über sein Weiterleben verbleibt.⁶⁸ Ist jedoch von Fremdtötung auszugehen und erfolgt diese auf Wunsch des Opfers, so muss bezüglich der Strafbarkeit weiter zwischen direkter und indirekter Sterbehilfe sowie dem Behandlungsabbruch unterschieden werden.⁶⁹

2. Straffreie Beihilfe zum (freiverantwortlichen) Suizid

Ergibt die Abgrenzung, dass das Opfer im maßgeblichen Zeitpunkt Tatherrschaft hatte, so stellt sich die Unterstützung eines Dritten als Beihilfe zur Selbsttötung dar.⁷⁰ Handlungen, die als Beihilfe zum Suizid zu qualifizieren sind, sind de lege lata straffrei, sofern das Opfer im Rahmen des Suizids freiverantwortlich handelte.⁷¹ Die Straffreiheit folgt daraus, dass es in diesen Fällen für die Strafbarkeit der Beihilfe gemäß § 27 StGB an der erforderlichen vorsätzlichen rechtswidrigen Haupttat fehlt, da die §§ 211 ff. StGB nur die

⁶⁴ *Taupitz*, Das Gesetz zur Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung des Suizids, *medstra* 2016, 323 (323); *Joeks/Jäger*, Strafgesetzbuch Studienkommentar, 12. Aufl. 2018, § 217 Rn. 5.

⁶⁵ *Joeks/Jäger* (Fn. 64), § 217 Rn. 5; *Brunhöber*, in: *MüKo-StGB IV*, 3. Aufl. 2017, § 217 Rn. 40.

⁶⁶ *Berghäuser*, Der „Laien-Suizid“ gemäß § 217 StGB, *ZStW* 128 (2016), 741 (743); *Jäger* (Fn. 3), § 1 Rn. 52.

⁶⁷ *Bechtel*, Selbsttötung, Fremdtötung, Tötung auf Verlangen, *JuS* 2016, 882 (883); *Roxin*, Tötung auf Verlangen und Suizidteilnahme: Geltendes Recht und Reformdiskussion, *GA* 2013, 313 (318).

⁶⁸ *BGHSt* 19, 135, 139 f.; *Berghäuser* (Fn. 66), S. 743.

⁶⁹ Vgl. dazu *Saliger*, in: *NK-StGB*, 5. Aufl. 2017, § 217 Rn. 10; *Jäger*, Der Arzt im Fadenkreuz der juristischen Debatte um assistierten Suizid, *JZ* 2015, 875 (876 f.).

⁷⁰ *Jäger* (Fn. 3), § 1 Rn. 52; *Roxin*, Die Sterbehilfe im Spannungsfeld von Suizidteilnahme, erlaubtem Behandlungsabbruch und Tötung auf Verlangen, *NSStZ* 1987, 345 (347).

⁷¹ *Wessels/Hettinger/Engländer*, Strafrecht BT 1, 44. Aufl. 2020, Rn. 116; *Jäger* (Fn. 69), S. 877.

Tötung eines anderen Menschen und nicht die Selbsttötung erfassen.⁷² Eine Einschränkung von der Straffreiheit der Suizidbeihilfe ergibt sich jedoch nunmehr aus § 217 StGB, wonach die in Förderungsabsicht vorgenommene Beihilfe zum Suizid strafbar ist, soweit diese geschäftsmäßig erfolgt.⁷³

3. Tötung in mittelbarer Täterschaft mangels Freiverantwortlichkeit

Auch wenn sich eine Tötung äußerlich als Suizid darstellt, kann die Handlung eines mitwirkenden Anderen über bloße Beihilfe hinaus als Fremdtötung qualifiziert werden, wenn es an der Freiverantwortlichkeit des Opfers mangelt.⁷⁴ Der äußere Anschein täuscht darüber hinweg, dass eigentlich der Andere durch Ausnutzung der von ihm erkannten Unfreiheit des Opfers Tatherrschaft hat.⁷⁵ Der Andere verwendet das Opfer als Tatwerkzeug gegen sich selbst, indem es die Ursachen für den eigenen Tod setzt, sodass der Andere nicht als Gehilfe, sondern als mittelbarer Täter einer Fremdtötung gemäß § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB handelt.⁷⁶

II. Auslegung des gesetzlichen Tatbestands des § 217 StGB

Nachdem die Regelung des § 217 StGB negativ abgegrenzt wurde, ist nun ihr Anwendungsbereich positiv durch Auslegung des Tatbestandes zu ermitteln.

1. Regelungszweck und Schutzgüter

Nach der Gesetzesbegründung dient § 217 StGB dem Schutz des Grundrechts auf Leben gemäß Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG sowie der Gewährleistung der nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützten Selbstbestimmung.⁷⁷ Mit der Norm bezweckt der Gesetzgeber keine Abkehr von der Straflosigkeit der Suizidbeihilfe.⁷⁸ Jedoch befürchtet er, dass geschäftsmäßige Angebote zur Selbsttötung den Eindruck normaler Dienstleistung entstehen lassen könnten.⁷⁹ Da hierdurch vor allem ältere Bürger zu einer vorschnellen Entscheidung zur

⁷² *Gaede*, Die Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung des Suizids – § 217 StGB, JuS 2016, 385 (385); *Momsen*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Fn. 6), Vor § 211 Rn. 19.

⁷³ *Bechtel* (Fn. 67), S. 883; *Jäger* (Fn. 3), § 1 Rn. 53.

⁷⁴ *Jäger* (Fn. 69), S. 877; *Bechtel* (Fn. 67), S. 886.

⁷⁵ *Berghäuser* (Fn. 66), S. 744 f.; vgl. BGHSt 32, 38 (42).

⁷⁶ *Berghäuser* (Fn. 66), S. 745; *Bechtel* (Fn. 67), S. 886.

⁷⁷ BT-Drucks. 18/5373, S. 10; *Eidam*, Nun wird es also Realität: § 217 StGB n. F. und das Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung, medstra 2016, 17 (18).

⁷⁸ *Kindhäuser*, Strafgesetzbuch. Lehr- und Praxiskommentar, 8. Aufl. 2020, § 217 Rn. 1; vgl. BT-Drucks. 18/5373, S. 3.

⁷⁹ BT-Drucks. 18/5373, S. 13; *Weißer*, Anm. zu BVerfG 21.12.2015, 2 BvR 2347/15, ZJS 2016, 525 (527).

Selbsttötung verleitet würden, die sie ohne die Angebote nicht getroffen hätten, bedürfe es zum Schutz der insoweit gefährdeten Selbstbestimmung eines abstrakten Gefährdungsdelikts.⁸⁰

2. Tatbestandsvoraussetzungen (Abs. 1)

Tatbestandlich handelt, wer einem anderen in Förderungsabsicht geschäftsmäßig die Gelegenheit zur Selbsttötung gewährt, verschafft oder vermittelt.

a) Gelegenheit zur Selbsttötung

Die Norm ist nur einschlägig, wenn es um eine Selbsttötung im obigen Sinne geht, die gefördert werden soll.⁸¹ Eine Gelegenheit hierzu liegt nicht schon in der abstrakten Möglichkeit zur Selbsttötung, sondern erfordert eine Lage, die den Suizidenten konkret dazu befähigt.⁸² Die Vollendung tritt dabei nicht erst mit dem Suizid ein, vielmehr genügt – dem Charakter eines abstrakten Gefährdungsdelikts entsprechend – die Vornahme von Förderungshandlungen.⁸³

b) Erfasste Tathandlungen

aa) Gewähren der Gelegenheit

Die Tathandlung des Gewährens einer Gelegenheit erfordert nach der Gesetzesbegründung das Herbeiführen der Umstände, die den Suizid ermöglichen oder erleichtern, wobei dem Täter diese bereits zur Verfügung stehen.⁸⁴ Beispielhaft wird das Überlassen von Räumen genannt.⁸⁵ Auch wenn damit ein wesentlicher Bestandteil der Arbeit von Sterbehilfevereinen den Tatbestand erfüllt, bleibt anzumerken, dass jeweils nur die suizidfördernde Handlung im konkreten Einzelfall und nicht der Betrieb eines Suizidhilfevereins als solcher strafbar ist.⁸⁶

⁸⁰ BT-Drucks. 18/5373, S. 2 f.; *Kindhäuser* (Fn. 78), § 217 Rn. 1.

⁸¹ *Taupitz* (Fn. 64), S. 323; *Oglakcioglu*, in: BeckOK-StGB, Ed. 45, Stand: 1.2.2020, § 217 Rn. 19.

⁸² *Weigend/Hoven*, § 217 StGB – Bemerkungen zur Auslegung eines zweifelhaften Tatbestandes, ZIS 2016, 681 (683); *Fischer* (Fn. 62), § 217 Rn. 6.

⁸³ *Grünewald* (Fn. 6), S. 940 f.; BT-Drucks. 18/5373, S. 19.

⁸⁴ BT-Drucks. 18/5373, S. 18; *Gaede* (Fn. 72), S. 388.

⁸⁵ BT-Drucks. 18/5373, S. 18; *Weißer* (Fn. 79), S. 527.

⁸⁶ *Taupitz* (Fn. 64), S. 324; *Oglakcioglu*, in: BeckOK-StGB (Fn. 81), § 217 Rn. 24.

bb) Verschaffen der Gelegenheit

Bei der Tathandlung des Verschaffens der Gelegenheit führt der Täter ebenfalls die den Suizid ermöglichenden Umstände herbei, dafür muss er jedoch zunächst die notwendigen Besorgungen vornehmen.⁸⁷ Nach der Gesetzesbegründung umfasst dies insbesondere die Anmietung von Räumen oder Besorgung der notwendigen Medikamente.⁸⁸ Durch die Handlung muss dem Suizidenten aber tatsächlich der Weg zum Suizid eröffnet werden, sodass bloße Vorbereitungshandlungen mangels konkretisiertem Tatmittel noch nicht erfasst sind.⁸⁹

cc) Vermitteln der Gelegenheit

Die Tatmodalität des Vermittelns erfüllt, wer zwischen dem Suizidenten und der Person, die eine Suizid Gelegenheit gewähren oder verschaffen kann, den notwendigen Kontakt herbeiführt.⁹⁰ Ein Verweis auf bekannte Stellen oder die Rechtslage im Ausland genügt dafür noch nicht.⁹¹ Aus der Definition geht hervor, dass es sich bei dem Täter um einen Außenstehenden handeln muss, sodass die einem Suizidhilfverein zurechenbaren Angestellten nicht als Täter in Betracht kommen.⁹² Für ein Vermitteln genügt es bereits, den Kontakt zwischen dem Suizidwilligen und einer zur Suizidhilfe bereiten Person herzustellen, ohne dass es anschließend tatsächlich zu einem Gewähren oder Verschaffen einer Gelegenheit zur Selbsttötung durch die vermittelte Person kommen muss.⁹³ Fehlt es an weiteren tatbestandlichen Handlungen, erscheint eine Bestrafung aber oft unangemessen, weshalb zum Teil gefordert wird, dass ein Vermitteln nur strafbar sein dürfe, wenn sich daran ein Gewähren oder Verschaffen anschließe.⁹⁴

c) *Geschäftsmäßigkeit der Handlung*

Die vorstehenden Handlungen unterfallen jedoch nur dem Tatbestand, wenn sie geschäftsmäßig erfolgen. Darunter versteht der Gesetzgeber ein auf Wiederholung angelegtes Verhalten, welches der Täter zum dauernden

⁸⁷ BT-Drucks. 18/5373, S. 18; *Gaede* (Fn. 72), S. 388.

⁸⁸ BT-Drucks. 18/5373, S. 18; *Taupitz* (Fn. 64), S. 324.

⁸⁹ *Oglakcioglu*, in: BeckOK-StGB (Fn. 81), § 217 Rn. 21; *Taupitz* (Fn. 64), S. 324.

⁹⁰ BT-Drucks. 18/5373, S. 18; *Sinn*, in: SK-StGB, 9. Aufl. 2017, § 217 Rn. 25.

⁹¹ BT-Drucks. 18/5373, S. 18; *Taupitz* (Fn. 64), S. 324.

⁹² *Taupitz* (Fn. 64), S. 324; *Oglakcioglu*, in: BeckOK-StGB (Fn. 81), § 217 Rn. 27.

⁹³ Vgl. BT-Drucks. 18/5373, S. 18; *Oglakcioglu*, in: BeckOK-StGB (Fn. 81), § 217 Rn. 26.

⁹⁴ *Oglakcioglu*, in: BeckOK-StGB (Fn. 81), § 217 Rn. 27; vgl. *Weigend/Hoven* (Fn. 82), S. 686.

Bestandteil seiner Tätigkeit macht.⁹⁵ Dabei ist im bewussten Unterschied zu der Gewerbsmäßigkeit keine Gewinnerzielungsabsicht notwendig.⁹⁶ Die Geschäftsmäßigkeit soll insbesondere zur weiterhin straffreien Suizidhilfe im Einzelfall aufgrund gewissenhafter und altruistischer Entscheidung abgrenzen.⁹⁷ Zu beachten bleibt, dass nach der Definition bereits die erstmalige Suizidhilfe genügt, sofern sie auf die Fortsetzung gleichartiger Handlungen gerichtet ist.⁹⁸

d) Einschränkungbedarf bei Ärzten

Nach der Definition handeln daher auch Mediziner geschäftsmäßig, die im Rahmen ihrer Tätigkeit Suizidhilfe leisten und zur Wiederholung bereit sind.⁹⁹ Gerade im Bereich der Palliativmedizin drohen folglich erhebliche Strafbarkeitsrisiken, denn dort wird es häufiger Ärzte geben, die einem Patienten nach ernsthafter Gewissensentscheidung Sterbehilfe leisten und die bereit sind, in einer vergleichbaren Situation wieder so zu handeln.¹⁰⁰ Vor diesem Hintergrund überrascht es jedoch, wenn in der Gesetzesbegründung behauptet wird, dass Palliativmediziner typischerweise nicht geschäftsmäßig handelten.¹⁰¹ Daraus wird zum Teil die Konsequenz gezogen, dass eine Geschäftsmäßigkeit nicht schon bei der grundsätzlichen Bereitschaft zur Suizidhilfe im jeweiligen Einzelfall angenommen werden könne.¹⁰² Nach der Ansicht anderer Autoren wird anhand dieser gesetzgeberischen Zielsetzung deutlich, dass das Merkmal der Geschäftsmäßigkeit im Sinne eines auf Wiederholung angelegten Verhaltens die angestrebte Tätergruppe überschießend beschreibe.¹⁰³ Diese Unvollständigkeit der Definition bedürfe einer Korrektur durch einschränkende Auslegung, nach der sich die Suizidbeihilfe als Hauptgegenstand des Berufs darstellen muss.¹⁰⁴ Dadurch sei entsprechend der Zielsetzung von einer Strafbarkeit der Sterbehilfevereine

⁹⁵ BT-Drucks. 18/5373, S. 17; *Fischer* (Fn. 62), § 217 Rn. 7.

⁹⁶ *Grünewald* (Fn. 6), S. 941; BT-Drucks. 18/5373, S. 16.

⁹⁷ *Weißer* (Fn. 79), S. 527; vgl. BT-Drucks. 18/5373, S. 18.

⁹⁸ BT-Drucks. 18/5373, S. 17; *Grünewald* (Fn. 6), S. 941.

⁹⁹ *Gaede* (Fn. 72), S. 389; *Eidam* (Fn. 77), S. 20 f.

¹⁰⁰ *Taupitz* (Fn. 64), S. 325.

¹⁰¹ *Gaede* (Fn. 72), S. 389 in Bezug auf BT-Drucks. 18/5373, S. 18.

¹⁰² Soweit ersichtlich nur *Kampmann*, Die Pönalisierung der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung, 2017, S. 123.

¹⁰³ *Gaede*, § 217 StGB – Ärzteminderheit am Pranger, *medstra* 2016, 65 (66); vgl. *Gaede* (Fn. 72), S. 390.

¹⁰⁴ *Oglakcioglu*, in: BeckOK-StGB (Fn. 81), § 217 Rn. 31; *Gaede* (Fn. 103), S. 66.

auszugehen, während sie für Palliativmediziner, deren Handlung sich nur als außergewöhnliche und persönliche Hilfe darstellt, entfällt.¹⁰⁵

e) Subjektiver Tatbestand

In subjektiver Hinsicht wird Vorsatz bezüglich aller objektiven Tatbestandsmerkmale verlangt, wobei bedingter Vorsatz genügt.¹⁰⁶ Ferner ist erforderlich, dass der Täter mit seinem Verhalten die Förderung eines Suizids beabsichtigt, mithin zielgerichtet handelt.¹⁰⁷ Der eigentliche Suizid muss indes nicht beabsichtigt sein, dennoch fordert der Gesetzgeber tatbestandsüberschießend in Bezug auf diesen zumindest bedingten Vorsatz.¹⁰⁸

3. Strafflosigkeit von Teilnehmern (Abs. 2)

Grundsätzlich kommt im Rahmen des § 217 StGB eine Strafbarkeit von Teilnehmern nach den §§ 26, 27 StGB in Betracht. Da es sich bei der Geschäftsmäßigkeit um ein strafbegründendes persönliches Merkmal handelt, bleiben Teilnehmer nach § 28 Abs. 1 StGB auch dann strafbar, wenn sie nicht geschäftsmäßig handeln.¹⁰⁹ Davon abweichend wird in § 217 Abs. 2 StGB jedoch der Teilnehmer von Strafe freigestellt, der als Angehöriger oder Nahestehender des Suizidenten nicht geschäftsmäßig handelt.¹¹⁰ Während Angehörige die Voraussetzungen des § 11 Abs. 1 Nr. 1 StGB erfüllen müssen, sind Nahestehende alle Personen, welche dem Suizidenten in ähnlich emotionaler Weise verbunden sind.¹¹¹ Letzteres wird für Ärzte, sofern man nicht schon die Geschäftsmäßigkeit ablehnt, auch bei längerem Patientenkontakt kaum angenommen.¹¹²

III. Verfassungsrechtliche Würdigung der Verhaltensnorm

Am Maßstab des soeben festgelegten Anwendungsbereichs wird im Weiteren die Verfassungsmäßigkeit von § 217 StGB überprüft. Dabei soll konsequent zwischen Verhaltens- und Sanktionsnorm getrennt werden, wenngleich diese Unterscheidung im Schrifttum zu § 217 StGB ausdrücklich keine Beachtung

¹⁰⁵ Oglakcioglu, in: BeckOK-StGB (Fn. 81), § 217 Rn. 31; Gaede (Fn. 72), S. 390.

¹⁰⁶ Momsen, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Fn. 6), § 217 Rn. 14; Saliger, in: NK-StGB (Fn. 69), § 217 Rn. 27.

¹⁰⁷ BT-Drucks. 18/5373, S. 18; Saliger, in: NK-StGB (Fn. 69), § 217 Rn. 28.

¹⁰⁸ BT-Drucks. 18/5373, S. 19; Gaede (Fn. 72), S. 390.

¹⁰⁹ BT-Drucks. 18/5373, S. 19; Weißer (Fn. 79), S. 528.

¹¹⁰ Rissing-van Saan, in: LK-StGB VII (Fn. 4), § 217 Rn. 47; Fischer (Fn. 62), § 217 Rn. 11.

¹¹¹ BT-Drucks. 18/5373, S. 20; Weißer (Fn. 79), S. 528.

¹¹² Oglakcioglu, in: BeckOK-StGB (Fn. 81), § 217 Rn. 39.1; vgl. Fischer (Fn. 62), § 217 Rn. 11.

findet.¹¹³ Da hierbei Fragen der formellen Verfassungsmäßigkeit außer Betracht bleiben, wird es im Kern darum gehen, in welche Grundrechte die Regelung eingreift und inwieweit die Eingriffe im Lichte der Verhältnismäßigkeit zulässig sind.

Mit Urteil vom 26.2.2020 hat das *BVerfG* § 217 StGB für verfassungswidrig und damit nichtig erklärt.¹¹⁴ Das Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung verstoße für Suizidwillige gegen Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG, für hilfeleistende Ärzte gegen Art. 12 Abs. 1 GG sowie für Suizidhilfevereine gegen Art. 2 Abs. 1 GG.¹¹⁵ Auf das Urteil wird in der folgenden Untersuchung jeweils an geeigneter Stelle eingegangen.

1. Eingriffe in die Grundrechte der Betroffenen

a) Grundrecht des Suizidwilligen auf selbstbestimmtes Sterben

Im Mittelpunkt der Debatte zur Verfassungsmäßigkeit des § 217 StGB steht die Frage, ob Suizidwilligen bei der Selbsttötung ein Grundrecht auf selbstbestimmte Lebensbeendigung zur Seite steht. Dies erlangt im Rahmen von § 217 StGB erhebliche Bedeutung, wenn man sich klar macht, dass das Verbot der geschäftsmäßigen Suizidhilfe die Möglichkeiten eines Suizids zum Teil erheblich beschränken kann.

aa) Anerkennung und Verortung

Ein solches Grundrecht findet sich zwar weder ausdrücklich im Grundgesetz, noch hat sich die Rechtsprechung vor der Entscheidung des *BVerfG* vom 26.2.2020 zu ihm geäußert, gleichwohl besteht seit einiger Zeit Einigkeit über seine Anerkennung.¹¹⁶ Wenn die ältere Literatur¹¹⁷ aufgrund von Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG ein Recht zur Selbsttötung versagen wollte, so wird man dies aus heutiger Sicht wegen der damit implizierten Lebenspflicht als überholt bezeichnen dürfen.¹¹⁸ Umstritten ist nur, welchem Grundrecht der Schutzbereich zuzuordnen ist. Nach Ansicht einiger Autoren ist das Recht auf

¹¹³ Vgl. statt vieler *Saliger*, Selbstbestimmung bis zuletzt, 2015, S. 160 ff.; *Gaede* (Fn. 72), S. 386 f.

¹¹⁴ *BVerfG*, NJW 2020, 905 ff.

¹¹⁵ *BVerfG*, NJW 2020, 905 ff.

¹¹⁶ *Saliger* (Fn. 113), S. 162; *Lindner*, Verfassungswidrigkeit des – kategorischen – Verbots ärztlicher Suizidassistenz, NJW 2013, 136 (136 f.); *Kampmann* (Fn. 102), S. 37 ff. m. w. N.

¹¹⁷ *Schüttele*, Das „Recht“ auf Selbsttötung, BayVBl. 1990, 137 (138).

¹¹⁸ *Saliger* (Fn. 113), S. 51 ff.; kritisch auch *Gavela*, Ärztlich assistierter Suizid und organisierte Strebhilfe, 2013, S. 236; *Kampmann* (Fn. 102), S. 39.

Lebensbeendigung negativ durch Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG garantiert.¹¹⁹ Andere Autoren neigen jedoch zur Verortung des Rechts innerhalb der allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG¹²⁰ oder sehen es vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht gemäß Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG umfasst.¹²¹

Gegen die Interpretation, wonach Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG auch ein Recht auf Selbsttötung beinhalten soll, spricht entscheidend der Wortlaut, der gerade ein Recht auf Leben garantiert.¹²² Art. 2 Abs. 1 GG erfasst zwar als Auffanggrundrecht auch die Selbsttötung, darin kommt aber nicht zum Ausdruck, dass die Entscheidung über den eigenen Tod den Kern der Persönlichkeit und Selbstbestimmung betrifft.¹²³ Es erscheint folglich überzeugend, das Recht auf Lebensbeendigung von Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG erfasst zu sehen.

bb) Schutzbereich des Grundrechts

In sachlicher Hinsicht umfasst das Grundrecht auf selbstbestimmte Lebensbeendigung zuvörderst das Recht des Suizidwilligen, den Zeitpunkt und die Art des eigenen Ablebens zu bestimmen.¹²⁴ Dies beinhaltet die Möglichkeit, Vorbereitungen für den Suizid zu treffen und schließt es auch ein, sich bei der Lebensbeendigung der Hilfe Dritter zu bedienen, um die Wahrnehmbarkeit des Grundrechts zu gewährleisten.¹²⁵ In persönlicher Hinsicht ist der Schutzbereich eröffnet, wenn die Entscheidung zum Suizid freiverantwortlich getroffen wurde,¹²⁶ was jedenfalls dann der Fall ist, wenn „der Betreffende den Entschluss, sich zu töten, bei völlig klarem Bewusstsein gefasst hat“¹²⁷. Grundsätzlich wirkt das Grundrecht dabei als Abwehrrecht, indem es seinen Träger vor staatlichen Eingriffen schützt.¹²⁸ Wenngleich daher ein

¹¹⁹ *Fink*, Selbstbestimmung und Selbsttötung, 1992, S. 110; *Schneider-Addae-Mensab*, Das Recht auf Suizid und die organisierte Sterbehilfe, PflR 2014, 771 (776).

¹²⁰ *Hillgruber*, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992, S. 84; *Murswiek*, in: Sachs, 8. Aufl. 2018, Art. 2 Rn. 211.

¹²¹ *Rosenau/Sorge*, Gewerbsmäßige Suizidförderung als strafwürdiges Unrecht, NK 2013, 108 (110); *Hufen*, Selbstbestimmtes Sterben – Das verweigerte Grundrecht, NJW 2018, 1524 (1525).

¹²² *Saliger* (Fn. 113), S. 65; *Hillgruber*, Die Würde des Menschen am Ende seines Lebens, ZfL 2006, 70 (73); *Kampmann* (Fn. 102), S. 39.

¹²³ *Saliger* (Fn. 113), 65 f.; *Rosenau/Sorge* (Fn. 121), S. 110; *Kampmann* (Fn. 102), S. 42 f.

¹²⁴ *Saliger* (Fn. 113), S. 67; vgl. *Lindner* (Fn. 116), S. 136.

¹²⁵ *Bethge*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band IX, 3. Aufl. 2011, § 203 Rn. 44.

¹²⁶ *Saliger* (Fn. 113), S. 68; vgl. *Schneider-Addae-Mensab* (Fn. 119), S. 776.

¹²⁷ *Murswiek*, in: Sachs (Fn. 120), Art. 2 Rn. 211.

¹²⁸ *Lindner* (Fn. 116), S. 136; *Lindner/Huber*, Das Grundrecht auf selbstbestimmtes

Leistungsanspruch nicht begründet wird, so bleibt der Staat dennoch verpflichtet, die erforderlichen Maßnahmen zur Ermöglichung des Suizids zu treffen, damit das Grundrecht im Hinblick auf Art. 19 Abs. 2 GG nicht leerläuft.¹²⁹ Insoweit fällt die von § 217 StGB verbotene geschäftsmäßige Suizidbeihilfe in den Schutzbereich des Grundrechts auf selbstbestimmtes Sterben.¹³⁰

cc) Eingriff in den Schutzbereich

Durch das Verbot in § 217 StGB wird einem Suizidwilligen die Möglichkeit verwehrt, sich durch geschäftsmäßige Hilfe beim Sterben unterstützen zu lassen. Diese Schutzbereichsverkürzung stellt einen Grundrechtseingriff dar.¹³¹

dd) Einschränkung des Grundrechts

Für die Rechtfertigung dieses Eingriffs kommt es zunächst darauf an, ob das Grundrecht einschränkbar ist. Nach Rechtsprechung des *BVerfG* unterliegt auch das dem Grundrecht auf selbstbestimmtes Sterben zugrundeliegende allgemeine Persönlichkeitsrecht der Schrankentrias nach Art. 2 Abs. 1 GG.¹³² Dabei können Eingriffe durch den Vorbehalt der verfassungsmäßigen Ordnung auf Parlamentsgesetze gestützt werden, die bezüglich der drohenden Beeinträchtigung hinreichend bestimmt sind.¹³³ Somit kann § 217 StGB als Schranke herangezogen werden. Für die Verfassungsmäßigkeit des Eingriffs kommt es entscheidend auf die Verhältnismäßigkeit und die übrigen Schranken-Schranken an. Dabei steigen die Anforderungen an den legitimen Zweck nach der Sphärentheorie des *BVerfG*, je stärker der gesetzliche Eingriff ist.¹³⁴

ee) Urteil des *BVerfG* (NJW 2020, 905 ff.)

Auch das *BVerfG* erblickt im Verbot der geschäftsmäßigen Suizidhilfe nach § 217 StGB einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht in seiner Ausprägung als Recht auf selbstbestimmtes Sterben. Das *BVerfG* führt

Sterben, medstra 2017, 268 (270).

¹²⁹ Rosenau/Sorge (Fn. 121), S. 112; Hilgendorf, Zur Strafwürdigkeit organisierter Sterbehilfe, JZ 2014, 545 (550).

¹³⁰ Gärditz, Das Verbot der geschäftsmäßigen Sterbehilfe, ZfL 2015, 114 (114); vgl. Gaede (Fn. 72), S. 386.

¹³¹ Saliger, in: NK-StGB (Fn. 69), § 217 Rn. 6; Sinn, in: SK-StGB (Fn. 90), § 217 Rn. 11.

¹³² BVerfGE 97, 228 (269); Jarass, in: Jarass/Pieroth, 16. Aufl. 2020, Art. 2 Rn. 58.

¹³³ BVerfGE 65, 1 (44); Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, 7. Aufl. 2018, Art. 2 Rn. 23.

¹³⁴ Dreier, in: Dreier, 3. Aufl. 2013, Art. 2 I Rn. 92; Manssen (Fn. 28), Rn. 283.

zunächst aus, dass der Anerkennung eines Rechts auf Beendigung des eigenen Lebens nicht die Menschenwürde nach Art. 1 Abs. 1 GG entgegenstehe. Die freiverantwortliche Disposition über das eigene Lebensende sei ein letzter Ausdruck menschlicher Würde, sodass Art. 1 Abs. 1 GG nicht Grenze, sondern gerade Grund der Anerkennung eines Rechts auf Lebensbeendigung sein müsse.¹³⁵ Das Recht auf selbstbestimmtes Sterben selbst leitet das *BVerfG* aus dem vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht gewährleisteten Schutz der Identität und Individualität ab.¹³⁶ Die Entscheidung zur Beendigung des eigenen Lebens sei „von existenzieller Bedeutung“¹³⁷ und berühre „wie keine andere Entscheidung Identität und Individualität des Menschen“¹³⁸. Eine derartige, auf einem selbstbestimmten Entschluss beruhende Entscheidung verdiene als Ausdruck der freien Persönlichkeitsentfaltung staatlichen Respekt. In der Konsequenz beinhalte das allgemeine Persönlichkeitsrecht ein Recht des Einzelnen auf Beendigung seines Lebens, sei es durch Ablehnung lebenserhaltender Maßnahmen oder durch aktive und eigenhändige Tötung. Dieses Recht bestehe unabhängig von den Beweggründen, die den Entschluss zur Selbsttötung hervorrufen.¹³⁹ Sofern der Suizidwillige für die Verwirklichung seines Grundrechts auf fremde Hilfe angewiesen sei, umfasse das Recht auch die Inanspruchnahme von Hilfsangeboten Dritter. In dieses Grundrecht greife die Regelung des § 217 StGB jedenfalls mittelbar ein, indem den Suizidwilligen faktisch die Möglichkeit genommen wird, ihre Entscheidung unter Mithilfe von Dritten zu verwirklichen.¹⁴⁰

Im Rahmen der Eingriffsrechtfertigung stellt das *BVerfG* unter Rekurs auf die bekannte Drei-Stufen-Theorie dar, dass die Entscheidung zur Selbsttötung nicht allein der Intimsphäre zuzuordnen ist, sondern in Wechselwirkung zu Dritten steht und somit einer Rechtfertigung durch überwiegende Allgemeininteressen grundsätzlich zugänglich ist.¹⁴¹

b) Grundrechte der Suizidhelfer und Ärzte

Ferner kommen Grundrechtseingriffe auch zulasten der Suizidhelfer, speziell zulasten mitwirkender Ärzte in Betracht.

¹³⁵ *BVerfG*, NJW 2020, 905 (907).

¹³⁶ *Ebd.*, S. 906.

¹³⁷ *Ebd.*, S. 907.

¹³⁸ *Ebd.*

¹³⁹ *Ebd.*

¹⁴⁰ *Ebd.*, S. 908.

¹⁴¹ *Ebd.*

aa) Freiheit des Gewissens (Art. 4 Abs. 1 Var. 2 GG)

Suizidhelfer können sich unter Umständen auf die Gewissensfreiheit gemäß Art. 4 Abs. 1 Var. 2 GG berufen, da die Suizidbeihilfe oft eine höchstpersönliche, moralische Entscheidung darstellt.

(1) Schutzbereich des Grundrechts

Das Grundrecht aus Art. 4 Abs. 1 Var. 2 GG schützt die Freiheit der Gewissensentscheidungen, d. h. einer „an den Kategorien von ‚Gut‘ und ‚Böse‘ orientierten Entscheidung, die der Einzelne [...] für sich bindend [...] innerlich erfährt, so dass er gegen sie nicht ohne ernste Gewissensnot handeln könnte“.¹⁴² Dabei genügen nicht schon bloße Überzeugungen.¹⁴³ Die Entscheidung muss vielmehr den Kern der Persönlichkeit betreffen und dadurch eine empfundene Zwangslage begründen, die nicht ohne Gefährdung der Identität überwunden werden kann.¹⁴⁴ Liegt eine Gewissensentscheidung nach diesen Kriterien vor, so schützt das Recht sowohl die Entscheidung selbst als auch das Handeln danach.¹⁴⁵

(a) Ärztliche Suizidhelfer

Für ärztliche Suizidhelfer wird man eine solche Gewissensentscheidung in den Fällen der Suizidhilfe häufig annehmen können, wenn man die dem Arzt dabei drohende Konfliktlage zwischen beruflicher Pflicht zum Lebensschutz und Achtung eines selbstbestimmten Sterbehilfewunsches in Augenschein nimmt.¹⁴⁶ Gerade bei intensiverem Arzt-Patienten-Verhältnis erscheint es naheliegend, dass die Entscheidung einen Grad an Ernsthaftigkeit annimmt, der den Arzt in seiner Identität betrifft und folglich von Art. 4 GG erfasst wird.¹⁴⁷

(b) Sonstige Suizidhelfer

Diese Argumentation kann auf sämtliche Suizidhelfer übertragen werden.¹⁴⁸ Je enger die Beziehung zum Sterbewilligen ist, umso eher wird man davon ausgehen können, dass die Entscheidung des Sterbehelfers von einer Abwägung zwischen emotionaler Betroffenheit und potentieller

¹⁴² BVerfGE 12, 45 (55); vgl. *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth* (Fn. 132), Art. 4 Rn. 45.

¹⁴³ *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth* (Fn. 132), Art. 4 Rn. 45; *Saliger* (Fn. 113), S. 88.

¹⁴⁴ *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 133), Art. 4 Rn. 67.

¹⁴⁵ *Morlok*, in: Dreier (Fn. 134), Art. 4 Rn. 99 f.; *Manssen* (Fn. 28), Rn. 361.

¹⁴⁶ *VG Berlin*, MedR 2013, 58 (64); *Neumann*, Die Mitwirkung am Suizid als Straftat, 2015, S. 267 f.

¹⁴⁷ *VG Berlin*, MedR 2013, 58 (64); *Kampmann* (Fn. 102), S. 54.

¹⁴⁸ *Hilgendorf* (Fn. 129), S. 551; wohl auch *Saliger* (Fn. 113), S. 88.

Leidensminderung abhängt, die den Grad einer Gewissensentscheidung im obigen Sinn erreicht.¹⁴⁹

(2) Eingriff in den Schutzbereich

Mit seinem Verbot der geschäftsmäßigen Suizidhilfe entzieht § 217 StGB den Suizidhelfern die Erlaubnis, gemäß ihrer getroffenen Gewissensentscheidung zu handeln, und greift damit in das Grundrecht nach Art. 4 Abs. 1 Var 2 GG ein.¹⁵⁰

(3) Einschränkung des Grundrechts

Wenngleich es sich bei Art. 4 Abs. 1 Var. 2 GG um ein schrankenlos gewährleistetes Grundrecht handelt, bleibt eine verfassungsimmanente Beschränkung möglich.¹⁵¹ Gesetzliche Schranken kommen daher insbesondere zum Schutz von Grundrechten Dritter in Betracht,¹⁵² hier aufgrund des Lebensschutzes des Suizidenten nach Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG.¹⁵³ Daher kann § 217 StGB als Schranke herangezogen werden, sofern die Norm den Schranken-Schranken standhält.

bb) Freiheit der Berufsausübung (Art. 12 Abs. 1 GG)

§ 217 StGB weist ferner Berührungspunkte mit der Berufsfreiheit gemäß Art. 12 Abs. 1 GG auf, da Suizidhilfe oft im beruflichen, vor allem im ärztlichen Rahmen stattfindet.

(1) Schutzbereich des Grundrechts

Art. 12 GG schützt die Freiheit des Berufs. Beruf ist hierbei jede „Tätigkeit, die auf die Dauer berechnet ist und der Schaffung und Erhaltung der Lebensgrundlage dient“.¹⁵⁴ Diese Tätigkeit muss nicht tatsächlich der Existenzsicherung dienen, sie muss aber jedenfalls dazu geeignet sein.¹⁵⁵ Der verfassungsrechtliche Berufsbegriff ist dabei unabhängig von den Wertungen einfachgesetzlicher Verbote.¹⁵⁶ Erst recht kann der Schutzbereich des Art. 12

¹⁴⁹ *Kampmann* (Fn. 102), S. 53; *Neumann* (Fn. 146), S. 268; *Saliger* (Fn. 113), S. 88.

¹⁵⁰ *Hilgendorf* (Fn. 129), S. 551; vgl. *Lindner* (Fn. 116), S. 137.

¹⁵¹ *Mager*, in: v. Münch/Kunig, 7. Aufl. 2021, Art. 4 Rn. 64; *Hufen* (Fn. 10), § 24 Rn. 6.

¹⁵² *Manssen* (Fn. 28), Rn. 176; *Saliger* (Fn. 113), S. 109 f.

¹⁵³ *Neumann* (Fn. 146), S. 273; *Saliger* (Fn. 113), S. 110; vgl. *VG Berlin*, MedR 2013, 58 (64).

¹⁵⁴ BVerfGE 105, 252 (265); 115, 205 (229); *Mann*, in: Sachs (Fn. 120), Art. 12 Rn. 45.

¹⁵⁵ *Scholz*, in: Maunz/Dürig (Fn. 41), Art. 12 Rn. 32; *Mann*, in: Sachs (Fn. 120), Art. 12 Rn. 48.

¹⁵⁶ *Jarass*, in: Jarass/Pieroth (Fn. 132), Art. 12 Rn. 8.

GG nicht durch die von der Bundesärztekammer erarbeitete Musterberufsordnung-Ärzte eingeschränkt werden, bei der es sich lediglich um eine rechtlich unverbindliche Empfehlung für die Landesärztekammern handelt und die in § 16 S. 3 ein Verbot der Suizidhilfe enthält.¹⁵⁷ Liegt nach den Kriterien ein Beruf vor, so wird dieser durch zwei Schutzgarantien erfasst: Grundrechtsschutz genießt nach Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG die Berufswahl und nach Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG deren Ausübung.¹⁵⁸ Da § 217 StGB gerade nicht die Berufswahl verbietet, kann für die verbotene geschäftsmäßige Suizidbeihilfe allenfalls der Schutzbereich der Berufsausübung eröffnet sein.

(a) Ärztliche Suizidhelfer

Das Handeln ärztlicher Suizidhelfer fällt grundsätzlich unter den Berufsbegriff des Art. 12 Abs. 1 GG, denn die Tätigkeit eines Arztes erfolgt in der Regel entgeltlich und soll dem Unterhalt dienen.¹⁵⁹ Da Art. 12 Abs. 1 GG neben dem Beruf als solchen auch dessen konkrete Ausgestaltung schützt,¹⁶⁰ wird gerade die verbotene geschäftsmäßige Suizidbeihilfe vom geschützten Tätigkeitsbereich erfasst, jedenfalls sofern sie innerhalb der üblichen Berufsausübung erfolgt.¹⁶¹ Ärztliche Suizidhelfer können sich daher bei geschäftsmäßiger Suizidhilfe regelmäßig auf ihre Berufsfreiheit berufen.

(b) Sonstige Suizidhelfer

Im Hinblick hierauf erscheint es naheliegend, eine berufliche Tätigkeit i. S. d. Art. 12 Abs. 1 GG auch für nichtärztliche Suizidhelfer anzunehmen, die bei Suizidhilfevereinen angestellt sind. Deren Tätigkeit erfolgt jedoch oft ehrenamtlich und dient damit gerade nicht dem Erwerb.¹⁶² Handeln Suizidhelfer gleichwohl kommerziell (und nicht nur kostendeckend), so kommt die Subsumtion unter den Berufsbegriff grundsätzlich in Betracht. Ein grundrechtlicher Schutz wird aber insbesondere vom *BVerfG* für Tätigkeiten versagt, die als schlechthin gemeinschaftsschädlich anzusehen sind.¹⁶³ Es fragt sich daher, ob eine auf Gewinnerzielung gerichtete Suizidhilfe sozialschädlich ist. Zum Teil wird eine Ausnahme vom Schutzbereich schon damit abgelehnt,

¹⁵⁷ *Saliger* (Fn. 113), S. 106; zur Rechtsnatur: WD 3-3000-215/14, S. 3.

¹⁵⁸ *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 133), Art. 12 Rn. 2.

¹⁵⁹ *Saliger* (Fn. 113), S. 105; vgl. *Kampmann* (Fn. 102), S. 58 f.; *Reimer*, Suizidbeihilfe: Der verfassungsrechtliche Rahmen bundesgesetzlicher Regelungen, ZfL 2015, 66 (72).

¹⁶⁰ *Jarass*, in: Jarass/Pierothe (Fn. 132), Art. 12 Rn. 10; *Saliger* (Fn. 113), S. 105.

¹⁶¹ *Saliger* (Fn. 113), S. 105 f.; *Kampmann* (Fn. 102), S. 58 f.; *Neumann* (Fn. 146), S. 267.

¹⁶² *Saliger* (Fn. 113), S. 86; vgl. *Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig (Fn. 151), Art. 12 Rn. 36.

¹⁶³ BVerfGE 115, 276 (301); *Jarass*, in: Jarass/Pierothe (Fn. 132), Art. 12 Rn. 8.

dass die Sozialschädlichkeit Frage der Rechtfertigung sei.¹⁶⁴ Überzeugender erscheint es jedoch, mit Blick auf Art. 1 Abs. 1 GG ein solches „Geschäft mit dem Tod“ aus dem Schutzbereich herauszunehmen.¹⁶⁵ Denn wenn der Suizid regelmäßiger Bestandteil der Berufsausübung ist, dann verkommt das Leben entgegen der Werteordnung der Verfassung zum „Objekt wirtschaftlicher Betätigung“.¹⁶⁶ Für nichtärztliche Suizidhelfer ist folglich der Schutzbereich nicht eröffnet.

(2) Eingriff in den Schutzbereich

Wenn § 217 StGB die immerhin für Ärzte von Art. 12 Abs. 1 GG geschützte geschäftsmäßige Suizidhilfe verbietet, so liegt darin ein Grundrechtseingriff.¹⁶⁷

(3) Einschränkung des Grundrechts

Da Art. 12 Abs. 1 GG ein einheitliches Grundrecht darstellt, gilt der in Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG enthaltene Gesetzesvorbehalt für die Berufswahl und deren Ausübung.¹⁶⁸ § 217 StGB kann folglich als Schranke herangezogen werden. Es kommt damit auch hier auf die Verhältnismäßigkeit an. Dabei stellt das *BVerfG* nach der Drei-Stufen-Theorie je nach Eingriffsintensität stärkere Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit.¹⁶⁹ Da das Verbot in § 217 StGB eine Berufsausübungsregelung darstellt, genügen vernünftige Erwägungen des Allgemeinwohls.¹⁷⁰

cc) Schutz der Familie (Art. 6 Abs. 1 GG)

Oft wird Suizidassistenz durch Familienangehörige geleistet. In diesen Fällen kollidiert § 217 StGB mit dem Grundrecht aus Art. 6 Abs. 1 GG. Wenngleich es sich nicht aus dem Wortlaut ergibt, so enthält Art. 6 Abs. 1 GG nach einhelliger Auffassung ein Freiheitsgrundrecht von Ehe und Familie.¹⁷¹ Dieses verpflichtet den Staat, die Ehe bzw. Familie „sowohl im immateriell-persönlichen wie auch im materiell-wirtschaftlichen Bereich als eigenständig

¹⁶⁴ *Reimer* (Fn. 159), S. 72.

¹⁶⁵ *Lorenz*, Sterbehilfe als Beruf, *MedR* 2010, 823 (824 ff.); *Kampmann* (Fn. 102), S. 58; *Neumann* (Fn. 146), S. 266.

¹⁶⁶ *Kampmann* (Fn. 102), S. 58; vgl. *Magnus*, Patientenautonomie im Strafrecht, 2015, S. 64.

¹⁶⁷ *Saliger* (Fn. 113), S. 107; *Neumann* (Fn. 146), S. 271; *Gaede* (Fn. 72), S. 386.

¹⁶⁸ *BVerfGE* 102, 197 (213); *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth* (Fn. 132), Art. 12 Rn. 27.

¹⁶⁹ *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth* (Fn. 132), Art. 12 Rn. 33; vgl. *BVerfGE* 7, 377 (397 ff.).

¹⁷⁰ *Saliger* (Fn. 113), S. 107; *Neumann* (Fn. 146), S. 272; vgl. *BVerfGE* 103, 1 (10).

¹⁷¹ *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth* (Fn. 132), Art. 6 Rn. 1; *Manssen* (Fn. 28), Rn. 461.

und selbstverantwortlich zu respektieren“.¹⁷² Auf das Grundrecht können sich nur natürliche Personen, mithin Ehegatten oder Familienmitglieder des Suizidenten berufen.¹⁷³ Wenn Mitglieder der Familie als „letzter Akt familiären Beistands“ Suizidhilfe leisten, dann betrifft dies regelmäßig den immateriell-persönlichen Bereich, sodass der Schutzbereich von Art. 6 Abs. 1 GG eröffnet sein wird.¹⁷⁴ In diesen Schutzbereich wird durch das Verbot in § 217 StGB eingegriffen. Da das Grundrecht in Art. 6 Abs. 1 GG vorbehaltlos gewährleistet ist, sind nur Eingriffe durch kollidierendes Verfassungsrecht, mithin Grundrechte Dritter zulässig.¹⁷⁵ Die Überlegungen zu Art. 4 GG gelten hier entsprechend.

dd) Allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG)

Sofern Suizidhelfer nicht durch spezielle Freiheitsgrundrechte geschützt werden, können sie sich zumindest auf die allgemeine Handlungsfreiheit gemäß Art. 2 Abs. 1 GG berufen. Entgegen seinem Wortlaut schützt Art. 2 Abs. 1 GG als Auffanggrundrecht jedes menschliche Verhalten „ohne Rücksicht darauf, welches Gewicht der Betätigung für die Persönlichkeitsentfaltung zukommt“.¹⁷⁶ Darunter fällt auch eine Suizidbeihilfe.¹⁷⁷ Wenn § 217 StGB insoweit die geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung gesetzlich untersagt, so liegt darin in jedem Fall ein Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit der Suizidhelfer.¹⁷⁸ Das Grundrecht unterliegt jedoch der Schrankentrias in Art. 2 Abs. 1 GG und ist damit insbesondere durch formell und materiell verfassungskonforme Gesetze einschränkbar.¹⁷⁹ Folglich kann § 217 StGB als Schranke herangezogen werden.

ee) Zwischenergebnis

Die Untersuchung hat somit gezeigt, dass § 217 StGB in die Grundrechte der Ärzte nach Art. 4 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 GG sowie in die Grundrechte der Helfer nach Art. 4 Abs. 1, Art. 6 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG eingreift.

¹⁷² BVerfGE 33, 236 (238); *Kampmann* (Fn. 102), S. 55.

¹⁷³ *Robbers*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 133), Art. 6 Rn. 27.

¹⁷⁴ *Kampmann* (Fn. 102), S. 55; *Reimer* (Fn. 159), S. 71 f.

¹⁷⁵ v. *Coelln*, in: Sachs (Fn. 120), Art. 6 Rn. 23; *Manssen* (Fn. 28), Rn. 489.

¹⁷⁶ BVerfGE 80, 137 (152); vgl. *Dreier*, in: *Dreier* (Fn. 134), Art. 2 I Rn. 26.

¹⁷⁷ *Saliger* (Fn. 113), S. 89; *Kampmann* (Fn. 102), S. 52; *Hilgendorf* (Fn. 129), S. 546.

¹⁷⁸ *Gaede* (Fn. 72), S. 386; *Kubicjel*, Zur Verfassungskonformität des § 217 StGB, ZIS 2016, 396 (396).

¹⁷⁹ BVerfGE 96, 10 (21); *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth* (Fn. 132), Art. 2 Rn. 13.

ff) Urteil des *BVerfG* (NJW 2020, 905 ff.)

Neben der bereits dargestellten möglichen Verletzung des Rechts der Suizidwilligen auf selbstbestimmtes Sterben prüft auch das *BVerfG* weitere Grundrechtsverstöße zulasten von Suizidhelfern. Für Ärzte stellt das Gericht dabei einen Eingriff in die Berufsfreiheit gemäß Art. 12 Abs. 1 GG fest. Hierbei wird betont, dass eine im Rahmen der Tätigkeit erbrachte Suizidhilfe aufgrund der Strafbewehrung in § 217 StGB nicht schlechterdings vom Schutzbereich des Grundrechts ausgenommen ist, da dessen Gewährleistungsgehalt nicht durch einfaches Recht bestimmt werden könne. Ein Eingriff in die Gewissensfreiheit gemäß Art. 4 Abs. 1 Var. 2 GG wurde hingegen nicht festgestellt, denn Gewissensentscheidungen seien durch ein Handeln im Einzelfall geprägt und unterfielen somit dem Tatbestand des § 217 StGB von vornherein nicht.¹⁸⁰ Sofern für Suizidhelfer kein Eingriff in spezielle Freiheitsgrundrechte festgestellt werden kann, ist das Verbot in § 217 StGB nach Ansicht des *BVerfG* aber jedenfalls als Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit gemäß Art. 2 Abs. 1 GG zu werten.¹⁸¹

c) Grundrechte der Suizidhilfevereine

aa) Vereinigungsfreiheit (Art. 9 Abs. 1 GG)

Für Vereine, die sich die Suizidbeihilfe zum Ziel setzen, wird die Frage nach der Vereinbarkeit des § 217 StGB mit der Vereinigungsfreiheit gemäß Art. 9 Abs. 1 GG aufgeworfen.

Das Grundrecht in Art. 9 Abs. 1 GG gewährt die Freiheit, Vereinigungen zu bilden. Vereinigung bezeichnet Gemeinschaften, zu der sich „eine Mehrheit natürlicher oder juristischer Personen [...] zur Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks auf freiwilliger Basis zusammenschließt und einer einheitlichen Willensbildung unterwirft“.¹⁸² Hinsichtlich dieser Vereinigungen schützt Art. 9 Abs. 1 GG alle Tätigkeiten, die deren Organisation und Funktionsfähigkeit gewährleisten.¹⁸³ Nicht geschützt werden jedoch Handlungen, die keinen direkten Vereinsbezug haben und auch ohne gemeinsame Willensbildung möglich wären.¹⁸⁴ Daher unterfällt die von § 217 StGB verbotene Suizidhilfe selbst nicht dem Schutzbereich. Jedoch droht wegen § 217 StGB ein auf Art. 9

¹⁸⁰ *BVerfG*, NJW 2020, 905 (918).

¹⁸¹ *Ebd.*, S. 919 f.

¹⁸² BVerwGE 106, 177 (181); *Bauer*, in: Dreier (Fn. 134), Art. 9 Rn. 38.

¹⁸³ BVerfGE 80, 244 (253); *Jarass*, in: Jarass/Pieroth (Fn. 132), Art. 9 Rn. 8.

¹⁸⁴ *Jarass*, in: Jarass/Pieroth (Fn. 132), Art. 9 Rn. 9; *Manssen* (Fn. 28), Rn. 564.

Abs. 2 GG, § 3 Abs. 1 VereinsG gestütztes Vereinsverbot, das den Fortbestand des Vereins bedroht.¹⁸⁵ Jedenfalls insoweit ist der Schutzbereich eröffnet.¹⁸⁶

In diesen Schutzbereich der Vereinigungsfreiheit wird durch das gemäß § 3 Abs. 1 VereinsG, § 217 StGB drohende Vereinsverbot eingegriffen.¹⁸⁷

Die Vereinsfreiheit unterliegt indes dem Vorbehalt nach Art. 9 Abs. 2 GG. Danach dürfen Vereine gesetzlich verboten werden, deren Tätigkeit den allgemeinen, d. h. nicht unmittelbar gegen eine vereinsmäßige Betätigung gerichteten Strafgesetzen zuwiderläuft.¹⁸⁸ Da § 217 StGB ein solches allgemeines Strafgesetz darstellt, kann er zusammen mit § 3 Abs. 1 VereinsG als Schranke dienen.

bb) Freiheit der Berufsausübung (Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG)

Darüber hinaus kommt auch für die Suizidhilfevereine ein Schutz durch die Berufsfreiheit gemäß Art. 12 Abs. 1 GG in Betracht. Aufgrund von Art. 19 Abs. 3 GG können sich juristische Personen auf Art. 12 Abs. 1 GG berufen, sofern diese eine Erwerbstätigkeit verfolgen.¹⁸⁹ Die Eröffnung des Schutzbereichs scheidet aber bereits häufig an einer ehrenamtlichen Tätigkeit,¹⁹⁰ oder jedenfalls am Berufsbegriff mit Blick auf die obige Einschränkung durch Art. 1 Abs. 1 GG.¹⁹¹

cc) Zwischenergebnis

Die Untersuchung hat somit ergeben, dass das Verbot des § 217 StGB auch in die Vereinigungsfreiheit gemäß Art. 9 Abs. 1 GG zulasten der Suizidhilfevereine eingreift.

dd) Urteil des *BVerfG* (NJW 2020, 905 ff.)

Das *BVerfG* prüft hinsichtlich der Suizidhilfevereine zunächst einen möglichen Eingriff in die Vereinigungsfreiheit nach Art. 9 Abs. 1 GG. Ein Eingriff könne jedoch nicht festgestellt werden, da das Verbot des § 217 StGB nicht den Schutzbereich des Art. 9 Abs. 1 GG verkürze, sondern nur den

¹⁸⁵ Hecker (Fn. 8), S. 463; Kampmann (Fn. 102), S. 56.

¹⁸⁶ Ebd.

¹⁸⁷ Saliger (Fn. 113), S. 11; vgl. Schneider-Addae-Mensab (Fn. 119), S. 783.

¹⁸⁸ Jarass, in: Jarass/Pieroth (Fn. 132), Art. 9 Rn. 18; Manssen (Fn. 28), Rn. 575.

¹⁸⁹ BVerfGE 50, 290 (363); Mann, in: Sachs (Fn. 120), Art. 12 Rn. 37.

¹⁹⁰ Saliger (Fn. 113), S. 112.

¹⁹¹ Kampmann (Fn. 102), S. 58; vgl. Lorenz (Fn. 165), S. 824 ff.

verfassungsunmittelbaren Vorbehalt des Art 9 Abs. 2 GG ausgestalte.¹⁹² Die durch § 217 StGB bedingten Einschränkungen der Vereinsaktivitäten führten indes zu einem Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit der Suizidhilfvereine nach Art. 2 Abs. 1 GG.¹⁹³

2. Rechtfertigung der Grundrechtseingriffe

Die Beschränkung der genannten Grundrechte durch § 217 StGB muss den Schranken-Schranken genügen, damit die Eingriffe gerechtfertigt sind.

a) *Verhältnismäßigkeit der Eingriffe*

Dafür muss das Verbot in § 217 StGB allem voran verhältnismäßig sein.

aa) Legitimer Zweck des Verbots

Dies setzt auf der ersten Stufe der Prüfung voraus, dass das Verbot in § 217 StGB einen legitimen Zweck verfolgt, der vor der Verfassung Bestand hat. Nach der Gesetzesbegründung verfolgt § 217 StGB zwei Ziele: Schutz der Selbstbestimmung sowie des Lebens des Suizidenten.¹⁹⁴ Inwieweit diese Zwecke überhaupt durch das Verbot nach § 217 StGB verfolgt werden können, ist (hier) unbeachtlich.¹⁹⁵ Es kommt nur darauf an, ob die obigen Zwecke vernünftige Gemeinwohlziele darstellen.¹⁹⁶

(1) Schutz der Selbstbestimmung

Wegen seiner Grundrechtsrelevanz nach Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG stellt der Schutz der Selbstbestimmung unproblematisch einen legitimen Zweck dar.¹⁹⁷

(2) Lebensschutz des Suizidenten

Zweifelhaft erscheint aber auf dem ersten Blick, ob auch der Lebensschutz des Suizidenten einen legitimen Zweck darstellen kann, wenn dieser doch gerade

¹⁹² *BVerfG*, NJW 2020, 905 (919).

¹⁹³ *Ebd.*, S. 920.

¹⁹⁴ BT-Drucks. 18/5373, S. 2 f.; *Nakamichi*, Grenzen der Gesetzgebung im Kontext des § 217 StGB, ZIS 2017, 324 (326).

¹⁹⁵ Vgl. *Appel* (Fn. 12), S. 203; anders ohne Begründung nur *Kampmann* (Fn. 102), S. 126 ff.

¹⁹⁶ *Hufen* (Fn. 10), § 9 Rn. 19; *Sachs*, in: *Sachs* (Fn. 120), Art. 20 Rn. 149.

¹⁹⁷ *Nakamichi* (Fn. 194), 326, *Hillgruber*, Stellungnahme zum Gesetzentwurf BT-Drucksache 18/5873, 2015, S. 15, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/387804/452c910aa854cf719f009a22ae13e6c2/hillgruber-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021).

sein Leben beenden möchte. Im Kern geht es hier um die Frage, ob der Staat auch legitimerweise Maßnahmen ergreifen darf, um das Leben einer Person zu schützen, die auf dieses verzichten möchte. Maßnahmen zur Unterbindung eines Suizids sind anerkanntermaßen legitim, wenn sie dem Lebensschutz bedrohter Dritter dienen sollen.¹⁹⁸ Demgegenüber gebietet das durch Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützte Selbstbestimmungsrecht, dass Eingriffe in Suizide, die auf einem freiverantwortlichen Entschluss beruhen, zum Schutz des Suizidenten unterbleiben müssen.¹⁹⁹ Sonst würde ihm eine Lebenspflicht aufgebürdet.²⁰⁰ In der Konsequenz darf und sollte der Staat jedoch zur Verhinderung von Suiziden eingreifen, die auf einem (mutmaßlich) unfreien Entschluss beruhen.²⁰¹ Vorliegend soll durch § 217 StGB das Leben solcher Suizidwilligen geschützt werden, bei denen die (abstrakte) Gefahr unfreiwilliger Suizidentschlüsse besteht.²⁰² Damit ist auch der Lebensschutz als legitimer Zweck zu bewerten.²⁰³

bb) Geeignetheit des Verbots

Die zweite Prüfungsstufe bildet die Geeignetheit. Sie ist für § 217 StGB wie bei allen staatlichen Maßnahmen mit Blick auf die angestrebten Zwecke, vorliegend den Schutz des Lebens und der Selbstbestimmung der Suizidenten zu bestimmen. Geeignet ist eine staatliche Maßnahme, wenn das eingesetzte Mittel die verfolgten Zwecke zumindest fördern kann,²⁰⁴ sodass auf dieser Prüfungsstufe nur völlige Ungeeignetheit des Mittels zur Unverhältnismäßigkeit führt.²⁰⁵ Ungeeignet wäre § 217 StGB demgegenüber, wenn von einer geschäftsmäßigen Suizidbeihilfe keine (abstrakte) Gefahr für die Selbstbestimmung der Suizidwilligen ausgeht, denn dann kann deren Verbot auch für die Selbstbestimmung nicht fördernd sein. Wenngleich dem Gesetzgeber hierbei anerkanntermaßen ein Einschätzungsspielraum eingeräumt wird, so muss er die zugrunde gelegten Gefahrenprognosen dennoch plausibilisieren und darf Gefahren nicht schlichtweg erfinden.²⁰⁶ Für das

¹⁹⁸ *Saliger* (Fn. 113), S. 77.

¹⁹⁹ *Murswiek*, in: *Sachs* (Fn. 120), Art. 2 Rn. 211; *Hillgruber* (Fn. 120), S. 85 f.

²⁰⁰ Vgl. *Kampmann* (Fn. 102), S. 38; *Gavela* (Fn. 118), S. 236.

²⁰¹ *Schneider-Addae-Mensab* (Fn. 119), S. 779; *Hillgruber* (Fn. 120), S. 90.

²⁰² BT-Drucks. 18/5373, S. 10; *Kubiciel* (Fn. 178), S. 398.

²⁰³ *Kubiciel* (Fn. 178), S. 398; *Nakamichi* (Fn. 194), 326.

²⁰⁴ *Sachs*, in: *Sachs* (Fn. 120), Art. 20 Rn. 150; *Manssen* (Fn. 28), Rn. 209.

²⁰⁵ *Michael/Morlok*, *Grundrechte*, 7. Aufl. 2020, Rn. 619; *Sachs*, in: *Sachs* (Fn. 120), Art. 20 Rn. 151.

²⁰⁶ *Rosenau/Sorge* (Fn. 121), S. 113; *Merkel*, Stellungnahme zum Gesetzentwurf BT-Drucksache 18/5873, 2015, S. 3, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/388404/%20ad20696aca7464874fd19e2dd9>

Verbot in § 217 StGB führt der Gesetzgeber im Kern zwei Begründungsansätze an, die nachfolgend dargestellt und auf ihre Plausibilität hin untersucht werden sollen.

(1) Fataler Anschein der Normalität (Suizidkultur)

Zunächst wird zur Begründung angeführt, dass die Zulässigkeit der geschäftsmäßigen Suizidbeihilfe einen „fatalen Anschein der Normalität“ hervorrufen könnte, durch den sich Menschen zum Suizid gedrängt oder verleitet fühlen könnten.²⁰⁷ Suizid würde zur üblichen Dienstleistung und könnte sich fälschlicherweise als Ausweg nicht nur für Sterbende, sondern auch für psychisch kranke oder alte Menschen darstellen und sogar Personen, die sich „überflüssig“ fühlen, zur Selbsttötung verlocken.²⁰⁸ Diese Begründungsversuche überzeugen jedoch nicht.

Zwar rekuriert die Gesetzesbegründung zur Plausibilisierung der Gefahr auf steigende Suizidzahlen in der Schweiz,²⁰⁹ doch bleiben die daraus gewonnenen Erkenntnisse insofern spekulativ, als dass sich kein direkter Zusammenhang zur organisierten Suizidbeihilfe entnehmen lässt.²¹⁰ Unklar bleibt auch, warum ein Angebot geschäftsmäßiger Suizidbeihilfe nur negativ konnotiert sein muss, wenn man bedenkt, dass Suizidhilfevereine auch positive Effekte haben können, indem sie zunächst lebensbejahende Alternativen abklären und Risiken beim Suizid mindern.²¹¹ Es sprechen daher überzeugende Argumente sowohl für als auch gegen die Gefährlichkeit der organisierten Suizidbeihilfe. In Anbetracht der Begründungslast des Gesetzgebers kann von hinreichender Plausibilisierung der Gefahr insoweit aber noch keine Rede sein.

(2) Interessenheterogenität durch Eigeninteressen

Eine weitere Gefahr sieht der Gesetzgeber durch die geschäftsmäßige Suizidbeihilfe darin, dass diese häufig mit nicht notwendig finanziell motivierten Eigeninteressen einhergeht, die eine Gefahr für die

3933c1/merkel-data.pdf (zuletzt abgerufen am 11.7.2021).

²⁰⁷ BT-Drucks. 18/5373, S. 11; so auch *Schliemann*, Strafbarkeit der Förderung der Selbsttötung, ZRP 2013, 51 (53).

²⁰⁸ *Schliemann*, Assistierter Suizid und aktive Sterbehilfe, ZRP 2006, 193 (194); *Lüttig*, „Begleiteter Suizid“ durch Sterbehilfevereine: Die Notwendigkeit eines strafrechtlichen Verbots, ZRP 2008, 57 (59).

²⁰⁹ Dazu BT-Drucks. 18/5373, S. 9.

²¹⁰ *Schöch*, Strafbarkeit einer Förderung der Selbsttötung, in: FS Kühl, 2014, S. 585 (599); *Hecker* (Fn. 8), S. 465.

²¹¹ *Saliger* (Fn. 113), S. 100; *Saliger*, Verbot organisierter Sterbehilfe, ZRP 2008, 199 (199); *Rosenau/Sorge* (Fn. 121), S. 117.

Selbstbestimmung des Suizidwilligen darstellen können.²¹² In der Literatur wird diese Ansicht vereinzelt geteilt, denn bei Suizidhelfern, die durch Eigeninteressen an der Durchführung des Suizids motiviert sind, bestünde die Gefahr nicht hinreichend sorgfältiger Prüfung der Freiverantwortlichkeit.²¹³ Derartige Eigeninteressen drohten häufig in Fällen der geschäftsmäßigen Suizidbeihilfe, denn die hierfür erforderliche Wiederholungsabsicht würde regelmäßig nur derjenige haben, der selbst am Suizid des Anderen interessiert sei.²¹⁴

Auch diese Gefährdungsbegründung überzeugt jedoch nur wenig. Die Annahme, dass Eigeninteressen des Suizidhelfers eine abstrakte Gefahr für die Selbstbestimmung darstellen, erscheint zwar im Hinblick auf kommerzielle Suizidbeihilfe überzeugend, denn dort kann ein Gewinnstreben des Suizidhelfers die Autonomie des Suizidenten häufig überlagern.²¹⁵ Ungewiss und in seiner Begründung nur wenig überzeugend bleibt jedoch, inwieweit die bloße Wiederholung der Suizidhilfe ein Eigeninteresse des Suizidhelfers regelmäßig indizieren soll.²¹⁶ Hierin zeigt sich das größte Problem des Tatbestands: In der Begründung zu § 217 StGB legt der Gesetzgeber eine Unterscheidung zwischen autonomiegefährdenden Eigeninteressen und ungefährlichem Altruismus zugrunde.²¹⁷ Wenn der Gesetzgeber zur Umsetzung insoweit auf das Merkmal der Geschäftsmäßigkeit im Sinne eines wiederholten Handelns abstellt, dann wird damit die genannte Unterscheidung nicht korrekt abgebildet.²¹⁸ Denn auch der im Einzelfall tätige Suizidhelfer kann Eigeninteressen verfolgen und der wiederholt tätige Suizidhelfer aus Altruismus handeln.²¹⁹ Es zeigt sich, dass eine Verknüpfung zwischen geschäftsmäßiger Suizidhilfe und autonomiegefährdenden Eigeninteressen keinesfalls zwingend besteht. Wollte man den Zusammenhang mit der Erwägung begründen, dass autonomiegefährdende Eigeninteressen *typischerweise* bei geschäftsmäßiger

²¹² BT-Drucks. 18/5373, S. 11.

²¹³ *Kampmann* (Fn. 102), S. 77 f.; *Augsberg*, Stellungnahme zum Gesetzentwurf BT-Drucksache 18/5873, 2015, S. 10, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/387794/be6c9a1868288e677d060abf10172315/augsberg-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 11.7.2021).

²¹⁴ *Kampmann* (Fn. 102), S. 92; *Augsberg* (Fn. 213), S. 10.

²¹⁵ *Saliger* (Fn. 113), S. 94 f.; so auch *Roxin* (Fn. 67), S. 322.

²¹⁶ *Hoven*, Suizidbeihilfe in Deutschland. Die Perspektive der Strafrechtswissenschaft, *MedR* 2018, 741 (744).

²¹⁷ *Ebd.*; vgl. BT-Drucks. 18/5373, S. 11 f.

²¹⁸ *Hoven* (Fn. 216), S. 744.

²¹⁹ *Ebd.*, S. 744; vgl. *ders.*, Für eine freie Entscheidung über den eigenen Tod: Ein Nachruf auf die straflose Suizidbeihilfe, *ZIS* 2016, 1 (7).

Tätigkeit drohten, dann bleibt dies eine behauptete, aber nicht plausibilisierte Gefahr.

(3) Zwischenergebnis

Folglich fehlt eine plausible Gefahrenprognose. Damit ist das in § 217 StGB enthaltene Verbot nicht geeignet, die Selbstbestimmung zu fördern, denn das verbotene Verhalten hat die Selbstbestimmung niemals (abstrakt) gefährdet.

cc) Erforderlichkeit des Verbots

Stellt man sich jedoch auf den Standpunkt des Gesetzgebers und sieht in der geschäftsmäßigen Suizidbeihilfe tatsächlich eine Gefahr für die Selbstbestimmung, ist auf der dritten Prüfungsstufe die Erforderlichkeit zu untersuchen.

(1) Pönalisierungspflicht aus Untermaßverbot

Die Erforderlichkeit des Verbots der geschäftsmäßigen Suizidbeihilfe zum Schutz vor nicht freiverantwortlichen Suiziden wäre jedenfalls zu bejahen, wenn den Gesetzgeber eine Pflicht zu dessen Erlass aus dem sog. Untermaßverbot trifft. Danach ist der Gesetzgeber verpflichtet, Maßnahmen zum Schutz von Grundrechten zu ergreifen, deren Gewährleistung nicht hinreichend gesichert ist.²²⁰ Eine solche Pflicht wird ihm aber nur ausnahmsweise auferlegt, wenn sich der Träger des Grundrechts nicht selbst schützen kann.²²¹ Eine Pflicht zum Verbot der geschäftsmäßigen Suizidbeihilfe kann daher nur in den Fällen angenommen werden, in denen der Suizident so stark vom Helfer beeinflusst wird, dass er sich gegen diesen nicht wehren kann. Dann liegt jedoch bereits eine Fremdtötung in mittelbarer Täterschaft vor,²²² die schon unter Strafe steht.²²³ Eine Pönalisierungspflicht lässt sich folglich aus dem Untermaßverbot nicht ableiten.²²⁴

(2) Milderer außerstrafrechtliches Mittel

Somit kommt es darauf an, ob neben dem Verbot in § 217 StGB ein milderer, gleichwirksames Mittel existiert. Nach unbegründeter Ansicht des Gesetzgebers sind mildere Mittel nicht ersichtlich.²²⁵ In der Literatur werden dagegen

²²⁰ *Kampmann* (Fn. 102), S. 130; *Remmert*, in: *Maunz/Dürig* (Fn. 41), Art. 19 Abs. 2 Rn. 45.

²²¹ *Kampmann* (Fn. 102), S. 131; vgl. *BVerfG*, NJW-RR 2016, 193 Rn. 16.

²²² Dazu oben **C. I. 3.**

²²³ *Kampmann* (Fn. 102), S. 132; vgl. *Jäger* (Fn. 69), S. 877.

²²⁴ *Kampmann* (Fn. 102), S. 132; *Gavela* (Fn. 118), S. 231; WD 3-3000-188/15, S. 7.

²²⁵ BT-Drucks. 18/5373, S. 13.

außerstrafrechtliche Mittel wie insbesondere verwaltungsrechtliche Kontrollen vorgeschlagen.²²⁶ Der Gesetzgeber hält solche Maßnahmen jedoch für ungeeignet, da durch sie die Suizidhilfe mit einem staatlichen „Gütesiegel“ versehen werde, was die befürchtete Normalisierung nur verstärke.²²⁷ Dem muss entsprechend der obigen Bedenken entgegnet werden, dass von einer (unterstellten) Normalisierungswirkung ohnehin keine plausible Gefahr für die Freiverantwortlichkeit der Suizidwilligen ausgeht.²²⁸ Der verbleibenden Gefahr durch Eigeninteressen kann indes mit verwaltungsrechtlichen Vorgaben besser begegnet werden, da diese nicht nur nachträgliches einzelfallbezogenes Vorgehen ermöglichen, sondern einer etwaigen Autonomiegefahr strukturell durch Kontrollen vorbeugen können.²²⁹ Die Erfahrungen aus der Schweiz bei der praktischen Umsetzung solcher Kontrollen können insoweit als Vorbild dienen.²³⁰

(3) Zwischenergebnis

Da mit verwaltungsrechtlichen Kontrollen ein milderes und gleichwirksames Mittel zur Verfügung steht, ist das Verbot in § 217 StGB nicht erforderlich.

dd) Angemessenheit des Verbots

Stellt man sich auch bezüglich der Erforderlichkeit auf den Standpunkt des Gesetzgebers, muss im Rahmen der vierten Prüfungsstufe untersucht werden, ob das Verbot im Hinblick auf die drohenden Beeinträchtigungen auch angemessen ist. Dabei sind die grundrechtlichen Interessen der Suizidenten und Suizidhelfer einheitlich zu bewerten, da sonst ein und derselbe Lebenssachverhalt unterschiedlich beurteilt werden könnte, was zu kaum auflösbaren Wertungswidersprüchen führen würde.²³¹

(1) Geschützte Verfassungsgüter

§ 217 StGB soll dem Schutz des menschlichen Lebens und der Selbstbestimmung dienen. Deren überragende Wichtigkeit betont der Gesetzgeber, wenn er die Angemessenheit des Verbots zu begründen versucht.²³² Dabei verkennt der Gesetzgeber jedoch, dass für diese Rechtsgüter

²²⁶ Hecker (Fn. 8), S. 467; Saliger (Fn. 113), S. 164.

²²⁷ BT-Drucks. 18/5373, S. 13; Nakamichi (Fn. 194), 327.

²²⁸ Hecker (Fn. 8), S. 468.

²²⁹ Ebd., S. 467; Hoven (Fn. 219), S. 8.

²³⁰ Vgl. Hecker (Fn. 8), S. 467.

²³¹ Ebd., S. 468; vgl. Lindner, Grundrechtsfragen aktiver Sterbehilfe, JZ 2006, 373 (377).

²³² BT-Drucks. 18/5373, S. 12; Nakamichi (Fn. 194), 326.

allenfalls eine höchst abstrakte Gefahr besteht.²³³ Zudem ist zu berücksichtigen, dass alle betroffenen Interessen verfassungsrechtlichen Schutz genießen. Daher darf nicht per se einzelnen der genannten Güter ein absoluter Vorrang eingeräumt werden, vielmehr sind alle im Wege praktischer Konkordanz einander zuzuordnen.²³⁴

(2) Beeinträchtigte Verfassungsgüter

Zum Schutz vor diesen abstrakten Gefahren entzieht der Gesetzgeber den Sterbewilligen partiell das Recht, ihr eigenes Lebensende selbstbestimmt zu gestalten, selbst wenn deren Autonomie im Einzelfall tatsächlich nicht betroffen ist.²³⁵ Dies wiegt schwer, denn die meisten der betroffenen Grundrechte sind nur verfassungsimmanent einschränkbar und genießen insoweit hohen verfassungsrechtlichen Schutz.²³⁶ Insbesondere für Sterbewillige, für die ein brutaler Suizid keine Alternative ist und denen im Einzelfall keine Hilfsperson zur Verfügung steht, werden die verbleibenden Möglichkeiten zur Selbsttötung (z. B. durch Verzicht auf Weiterbehandlung oder Nahrungsaufnahme) auf ein Minimum reduziert, sodass das Verbot in § 217 StGB sie faktisch zum Weiterleben verpflichtet.²³⁷

(3) Zwischenergebnis

Da das Verbot auf der einen Seite lediglich dem Schutz vor höchst abstrakten Gefahren dient und es diesen Schutz auf der anderen Seite nur durch massive Beschränkungen verwirklicht, stellt es einen unangemessenen Eingriff dar.²³⁸

ee) Zwischenergebnis

Zusammenfassend ist das Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung ein ungeeignetes, nicht erforderliches oder jedenfalls unangemessenes Mittel zum Schutz der Selbstbestimmung und aus diesem Grund in jedem Fall unverhältnismäßig.

²³³ *Hecker* (Fn. 8), S. 469; *Hoven* (Fn. 216), S. 744.

²³⁴ *Hufen* (Fn. 121), S. 1526.

²³⁵ *Gaede* (Fn. 72), S. 387; *Hoven* (Fn. 216), S. 742.

²³⁶ *Hecker* (Fn. 8), S. 468.

²³⁷ *Gaede* (Fn. 72), S. 387; *Hoven* (Fn. 216), S. 742.

²³⁸ *Hecker* (Fn. 8), S. 470; *Hoven* (Fn. 216), S. 744.

ff) Urteil des *BVerfG* (NJW 2020, 905 ff.)

Das *BVerfG* nimmt in seinem Urteil vom 26.2.2020 im Rahmen der Eingriffsrechtfertigung ebenfalls eine umfassende Verhältnismäßigkeitsprüfung hinsichtlich der festgestellten Grundrechtseingriffe vor.

(1) Anforderungen an die Rechtfertigung

Zu Beginn arbeitet das *BVerfG* zunächst Maßstab und Kontrolldichte der sich anschließenden Prüfung heraus. Hierbei betont das Urteil den zu lösenden Interessenkonflikt zwischen dem notwendigen Respekt vor selbstbestimmten Entscheidungen und der Pflicht des Staates zum Schutz von Leben und Selbstbestimmung. Mit Blick hierauf gesteht das *BVerfG* dem Gesetzgeber einen Einschätzungsspielraum zu, der die gerichtliche Prüfung auf eine Vertretbarkeitskontrolle reduziert.²³⁹

(2) Prüfung der Verhältnismäßigkeit

Im Rahmen der Prüfung des Grundrechts auf selbstbestimmtes Sterben führt das *BVerfG* zum legitimen Zweck zunächst aus, dass der Gesetzgeber mit § 217 StGB den Schutz der Selbstbestimmung und des Lebens der Suizidwilligen bezwecke. Die vom Gesetzgeber angenommene Gefährdung dieser Rechtsgüter basierte nach Ansicht des Gerichts auch auf einer hinreichend tragfähigen Grundlage. Als Grundlage arbeitet das *BVerfG* die vom Gesetzgeber vorgetragene Erwägung zur Gefährdung der Selbstbestimmung durch einen „Anschein der Normalität“ und Eigeninteressen des Suizidhelfers heraus.²⁴⁰ Diese Einschätzungen werden mit Blick auf die mangelhafte Erkenntnislage²⁴¹ gebilligt und vom Gericht als „vertretbar“²⁴² bzw. „nachvollziehbar“²⁴³ eingestuft.

Die Geeignetheit bejaht das *BVerfG* ohne nähere Begründung mit der Erwägung, dass die genannten Zwecke durch das Verbot nach § 217 StGB jedenfalls gefördert würden. Die Erforderlichkeit der Vorschrift hält das *BVerfG* für zweifelhaft, lässt sie im Ergebnis jedoch offen.²⁴⁴

Im Rahmen der Angemessenheit betont das *BVerfG* die Intensität des anzusetzenden Prüfungsmaßstabs, die aus der Schwere der

²³⁹ *BVerfG*, NJW 2020, 905 (909).

²⁴⁰ *Ebd.*

²⁴¹ *Ebd.*, S. 910.

²⁴² *Ebd.*, S. 911.

²⁴³ *Ebd.*

²⁴⁴ *Ebd.*, S. 913.

Grundrechtseingriffe resultiere. Die Grenze der Angemessenheit habe der Gesetzgeber mit der Regelung des § 217 StGB überschritten. Der hohe verfassungsrechtliche Rang der geschützten Rechtsgüter Leben und Selbstbestimmung rechtfertige zwar den grundsätzlichen Einsatz des Strafrechts in Form eines abstrakten Gefährdungsdelikts, dem stehe aber der ebenso gewichtige Schutz der Selbstbestimmung gegenüber.²⁴⁵ Ein angemessener Ausgleich zwischen diesen Interessen werde durch § 217 StGB nicht erreicht, da dieser die Möglichkeiten der Suizidassistenten derart verenge, dass für eine Wahrnehmung des Grundrechts kaum mehr Raum sei.²⁴⁶ Diese massive Beschränkung könne auch durch einen Verweis auf die weiterhin mögliche Suizidhilfe im Einzelfall, den Ausbau von Palliativangeboten und Suizidhilfeangebote im Ausland nicht relativiert werden.²⁴⁷ Der Eingriff in das Grundrecht auf selbstbestimmtes Sterben sei daher unverhältnismäßig und könne verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt werden.²⁴⁸

Für die verfassungsrechtliche Rechtfertigung der übrigen Eingriffe verweist das *BVerfG* auf die Ausführungen zum Recht auf selbstbestimmtes Sterben. Der Verweis ergebe sich aus einer funktionalen Verschränkung der Grundrechte der Suizidwilligen mit denen der Suizidhelfer, welche darauf basiere, dass der grundrechtliche Schutz des Handelns des einen Voraussetzung für die Ausübung eines Grundrechts durch den anderen sei.²⁴⁹

b) Bestimmtheitsgrundsatz (Art. 103 Abs. 2 GG)

Das Verbot in § 217 StGB muss aufgrund seiner Ausgestaltung als Strafgesetz darüber hinaus mit den Anforderungen des Bestimmtheitsgrundsatzes nach Art. 103 Abs. 2 GG vereinbar sein. Soweit in Bezug auf § 217 StGB der Vorwurf der Unbestimmtheit erhoben wird, richtet sich dieser gegen das Merkmal der Geschäftsmäßigkeit, welches entgegen der Gesetzesbegründung das Strafbarkeitsrisiko für Ärzte nicht eindeutig begrenze.²⁵⁰ Wenn Ärzte, die häufig mit sterbewilligen Patienten in Kontakt kommen, eine grundsätzliche Bereitschaft zur Suizidbeihilfe äußern, dann könnte ihr Handeln schnell als geschäftsmäßig einzustufen sein.²⁵¹ Nach der Rechtsprechung ist ein Strafgesetz jedoch hinreichend bestimmt, wenn es das aus ihm erwachsende

²⁴⁵ *BVerfG*, NJW 2020, 905 (913).

²⁴⁶ *Ebd.*, S. 913 f.

²⁴⁷ *Ebd.*, S. 915.

²⁴⁸ *Ebd.*, S. 913.

²⁴⁹ *Ebd.*, S. 920.

²⁵⁰ *Hufen* (Fn. 121), S. 1527; *Eidam* (Fn. 77), S. 20 f.

²⁵¹ WD 3-3000-188/15, S. 11; *Eidam* (Fn. 77), S. 21.

Strafbarkeitsrisiko derart festlegt, dass es jedenfalls im Wege der Auslegung ermittelt werden kann.²⁵² Insoweit verstößt ein Gesetz nicht gegen Art. 103 Abs. 2 GG, wenn ihm eine Auslegung zugrunde gelegt werden kann, die mit dem Bestimmtheitsgebot und dem sonstigen Verfassungsrecht vereinbar ist.²⁵³ Legt man insoweit die oben beschriebenen Auslegungen zugrunde, nach denen das Merkmale der Geschäftsmäßigkeit für einen zur Wiederholung bereiten Arzt ohnehin nicht einschlägig ist oder jedenfalls nach verfassungskonformer Auslegung zur Straffreiheit führt, dann wird man folgerichtig einen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG nicht annehmen können.²⁵⁴

c) Wesensgehaltsgarantie (Art. 19 Abs. 2 GG)

Schließlich sind in Bezug auf § 217 StGB die Anforderungen der Wesensgehaltsgarantie in Art. 19 Abs. 2 GG zu wahren. Danach darf der Wesensgehalt von Grundrechten nicht ausgehöhlt werden.²⁵⁵ Ein Verstoß könnte in Bezug auf das Grundrecht auf selbstbestimmtes Sterben vorliegen, wenn Suizidwillige für ihre Selbsttötung auf Hilfe anderer angewiesen sind.²⁵⁶ Durch das Verbot der geschäftsmäßigen Suizidbeihilfe wird zwar die Inanspruchnahme von Hilfe erschwert, jedoch nicht verunmöglicht, da noch ein Rückgriff auf die straffreie Hilfe im Einzelfall bleibt.²⁵⁷ Ein Verstoß gegen Art. 19 Abs. 2 GG ist folglich abzulehnen.

d) Zwischenergebnis

Wegen der Unverhältnismäßigkeit sind die Eingriffe in die genannten Grundrechte nicht gerechtfertigt. Die Verhaltensnorm ist daher verfassungswidrig.

IV. Konsequenzen für die Verfassungsmäßigkeit der Sanktionsnorm

Nach den Ausführungen zu Beginn erfordert jede Sanktionsnorm stets eine verfassungsmäßige Verhaltensnorm als taugliches Objekt der Strafbarkeit.²⁵⁸ Wenn insoweit die vorstehende Untersuchung gezeigt hat, dass das zugrundeliegende Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung als verfassungswidrig einzustufen ist, dann kann dieses als taugliche Verhaltensnorm nicht herangezogen werden. In der Konsequenz hält auch die

²⁵² BVerfGE 47, 109 (120); *Degenhart*, in: Sachs (Fn. 120), Art. 103 Rn. 67.

²⁵³ *Brunhöber*, in: MüKo-StGB IV (Fn. 65), § 217 Rn. 30; vgl. BVerfGE 134, 33 (63).

²⁵⁴ Im Ergebnis: *Kampmann* (Fn. 102), S. 123; *Kubiciel* (Fn. 178), S. 402 f.

²⁵⁵ *Huber*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 133), Art. 19 Rn. 110.

²⁵⁶ *Kampmann* (Fn. 102), S. 124; vgl. *Rosenau/Sorge* (Fn. 121), S. 112.

²⁵⁷ *Kampmann* (Fn. 102), S. 124 f.

²⁵⁸ *Appel* (Fn. 12), S. 559; *Lagodny* (Fn. 12), S. 8.

Sanktionsnorm des § 217 StGB einer verfassungsrechtlichen Prüfung nicht stand.

Zu begrüßen ist, dass auch das *BVerfG* in seinem Urteil vom 26.2.2020 getrennt von den Grundrechtsverstößen durch die Verhaltensnorm des § 217 StGB weitere Verletzungen durch die angedrohten Sanktionen prüft. Hierbei stellt das *BVerfG* für die Suizidhelfer eine Verletzung von Art. 2 Abs. 2 S. 2 i. V. m. Art. 104 Abs. 1 GG durch § 217 StGB selbst und für die Suizidhilferevereine eine Verletzung von Art. 2 Abs. 1 GG durch die Bußgeldandrohung des § 30 Abs. 1 Nr. 1 OWiG fest.²⁵⁹

D. Fazit der Untersuchung

Zusammenfassend wird deutlich, dass sich jedes Strafgesetz durch eine Verhaltens- und eine Sanktionsnorm zusammensetzt, die im Rahmen einer verfassungsrechtlichen Untersuchung getrennt zu würdigen sind. Dabei setzt jede strafrechtliche Sanktion stets eine verfassungskonforme Verhaltensnorm voraus.²⁶⁰

Für die strafrechtssystematische Einordnung des § 217 StGB ist festzustellen, dass nur die Förderung einer freiverantwortlichen Selbsttötung erfasst ist. Bei der Auslegung des Tatbestandes bereitet insbesondere das Merkmal der Geschäftsmäßigkeit Probleme. Aufgrund seiner gesetzgeberisch unbeabsichtigten Weite in Bezug auf die Strafbarkeit ärztlicher Suizidhelfer erscheint es vorzugswürdig, das Merkmal restriktiv, mithin verfassungskonform auszulegen.²⁶¹

Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist festzustellen, dass das Verbot in § 217 StGB für den Suizidwilligen in das Grundrecht auf selbstbestimmtes Sterben nach Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG und für die Suizidhelfer in die Grundrechte aus Art. 4 Abs. 1 Var. 2 GG, Art. 12 Abs. 1, Art. 6 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 sowie Art. 9 Abs. 1 GG eingreift.²⁶² Diese Eingriffe sind unverhältnismäßig. Wenngleich die Norm legitime Zwecke verfolgt, so ist im Hinblick auf die spekulativen gesetzgeberischen Gefahrprognosen allem voran an der Geeignetheit des Verbots zu zweifeln. Auch Erforderlichkeit und Angemessenheit des Verbots zum Schutz der genannten Zwecke erscheinen mehr als fragwürdig. Den hin und wieder anzutreffenden Behauptungen von

²⁵⁹ *BVerfG*, NJW 2020, 905 (920).

²⁶⁰ Dazu oben **B. I.**

²⁶¹ Dazu oben **C. II. 2. d)** und **C. III. 2. b)**.

²⁶² Dazu oben **C. III. 1.**

Verstößen gegen Art. 103 Abs. 2 GG und Art. 19 Abs. 2 GG kann nicht gefolgt werden.²⁶³

Die Strafbarkeit nach § 217 StGB stellt im Ergebnis einen unverhältnismäßigen und damit nicht gerechtfertigten Grundrechtseingriff in die Rechte der Suizidwilligen und Suizidhelfer dar und ist insoweit als verfassungswidrig einzustufen.

Eine ähnliche Einschätzung vertritt auch das *BVerfG* in seinem Urteil vom 26.2.2020. Mit Blick auf die Resultate der Untersuchung verdient das Urteil des *BVerfG* daher im Ergebnis und weiten Teilen seines Inhalts Zustimmung. Was bleibt, ist der Auftrag des *BVerfG* an den Gesetzgeber, die Materie unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu regeln.²⁶⁴ Vorschläge zu möglichen Regelungsalternativen existieren bereits.²⁶⁵ Zu hoffen bleibt, dass der Gesetzgeber künftig eine Regelung zum Schutz der betroffenen Rechtsgüter treffen wird, die dieses Ziel ohne eine weitreichende Beschränkung der Autonomie am Lebensende erreicht.

²⁶³ Dazu oben **C. III. 2.**

²⁶⁴ So ausdrücklich *BVerfG*, NJW 2020, 905 (920 f.).

²⁶⁵ Vgl. Überblick bei *Lindner*, Sterbehilfe in Deutschland – mögliche Regelungsoptionen, ZRP 2020, 66 (67 ff.).

Till Pörner*

Buchrezension: *Satzger/ Schluckebier/ Widmaier,* StGB – Strafgesetzbuch: Kommentar

Abstract

Rezension des Werkes „StGB – Strafgesetzbuch: Kommentar“ von *Helmut Satzger/ Wilhelm Schluckebier/ Gunter Widmaier* (Hrsg.), 5. Aufl. 2021, erschienen im Carl Heymanns Verlag, 2861 Seiten, 169,00 €.

* Der Verfasser ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand am Lehrstuhl für Strafrecht mit Jugendstrafrecht und Kriminologie (Prof. *Dr. Wolfgang Mitsch*) der Universität Potsdam.

A. Bedeutung der Kommentarliteratur

Die Auswertung von Literatur ist ein fester Bestandteil im Alltag eines Juristen, vor allem auch in der Phase des Studiums, des Referendariats oder im Zuge einer Promotion. Entsprechende Lektüre zur Rechtswissenschaft existiert dabei wie der berüchtigte Sand am Meer. Gerade dieser Umstand erschwert es nicht selten, einen geordneten Überblick über juristische Fragestellungen zu gewinnen oder einen strukturierten Zugang zu diesen zu erlangen. Vor allem mit Blick auf das Zeitmanagement kann die Fülle an juristischen Werken schnell zur großen Herausforderung werden. Eine nicht unbedeutende Rolle bei der Bearbeitung juristischer Themenarbeiten können dabei vor allem Kommentare einnehmen, die in ihren Fundstellen oftmals zahlreiche Nachweise aus Rechtsprechung und Schrifttum darlegen und so eine zielführende und tiefgehende Einarbeitung in die Materie ermöglichen. So werden auch Studenten spätestens dann, wenn die erste Haus- oder Seminararbeit auf dem Lehrplan steht, an der Arbeit mit Kommentarliteratur nicht mehr vorbeikommen. Je nach Rechtsgebiet sind dabei allerdings eine Vielzahl solcher Werke vorhanden, die sich allesamt in Aufbau, Aufmachung und Umfang voneinander unterscheiden können. Im Kernstrafrecht des StGB existieren derweil etwa über ein Dutzend solcher Erläuterungswerke, welche von spezieller Studienkommentarliteratur, über Kurzkomentierungen bis hin zu mehrbändigen Großwerken reichen. Insofern ist es äußerst lohnenswert, sich bei fortschreitendem Studienverlauf einen genaueren Überblick darüber zu verschaffen, welche der zahlreichen Kommentare dem Leser stilistisch, aber auch inhaltlich zusagen. Nachfolgende Ausführungen sollen hierbei behilflich sein und stellen aus diesem Anlass eine der jüngeren Neuerscheinungen unter den StGB-Komentaren vor.

B. Allgemeines zum Werk

So hat sich auch der „*Satzger/Schluckebier/Widmaier*“⁶⁶, welcher nunmehr bereits in seiner fünften Auflage erschienen ist, im Reigen der strafrechtlichen Kommentarliteratur fest etabliert. Das Werk befindet sich auf einem Bearbeitungsstand von September 2020 und umfasst insgesamt 2781 Seiten an Erläuterungen, wobei 2766 Seiten hiervon auf die Kommentierung der Vorschriften des StGB entfallen. Damit tritt das Werk seinem Umfang nach an die Schnittstelle zwischen die mehrbändigen Groß- und die einbändigen Kurz-, Lehr-, und Studienkommentare. Die Herausgeber streben dabei nach

* Der Hrsg. Prof. Dr. Helmut Satzger ist Inhaber des Lehrstuhls für Deutsches, Europäisches und Internationales Strafrecht und Strafprozessrecht sowie Wirtschaftsstrafrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München. Der Hrsg. Dr. h. c. Wilhelm Schluckebier war Richter am *Bundesverfassungsgericht*.

Kompaktheit, Übersichtlichkeit und leichter Verständlichkeit (S. V). Ein Unterfangen, das dem „SSW-StGB“, wie der Kommentar für gewöhnlich zitiert wird, ohne Zweifel gelungen ist.

Auch bei der Bearbeitung juristischer Themenarbeiten sollte er daher keinesfalls außer Acht gelassen werden, denn das Werk gebietet einen schnellen Zugang zu Rechtsfragen des StGB und spart dabei nicht am Aufzeigen kniffliger juristischer Details. Dies ist das Verdienst der insgesamt 29 Autoren, worunter sich auch gleich 17 Universitätsprofessoren befinden, welche zu einer systematisch und inhaltlich überzeugenden Bearbeitung beitragen, die auch für die in der Ausbildung befindlichen Juristen Nährboden bietet. Dies gilt allen voran für die äußerst prüfungsrelevanten Abschnitte des StGB, deren Bearbeitung durchweg in den Händen von Hochschullehrern liegt. Obwohl sich das Werk vor allem auch an den Bedürfnissen der Praxis orientiert (S. V), kommt die didaktische Ausrichtung der Kommentierung daher keineswegs zu kurz, sodass sich auch Studenten schnell in dem Werk zurechtfinden dürften.

Eine stilistische Geschmacksfrage betrifft sicherlich die Zitierweise, welche im *Satzger/Schluckebier/Widmaier* auf die In-Text-Nachweise fällt. Dies birgt insbesondere an den Stellen, an welchen viele Fundstellen präsentiert werden, das Risiko, den Lesefluss ein wenig zu hemmen. Da die Kommentierungen an den allermeisten Stellen jedoch nicht mit Rechtsprechungs- und Literaturnachweisen überfrachtet sind, tritt auch dieser Umstand nicht nachhaltig ins Gewicht.

C. Ausgewählte Inhalte

Es liegt in der Natur eines Kommentares, dass nur ein äußerst kleiner Ausschnitt an Inhalten den Weg in eine Besprechung finden kann. Exemplarisch für viele äußerst lesenswerte Stellen soll daher an dieser Stelle auf zwei Passagen eingegangen werden, welche zwar unterschiedliche thematische Ausrichtungen aufweisen, allerdings besonders gelungen scheinen. Es lohnt sich etwa ein Blick in die Kommentierung von *Momsen-Pflanz/Momsen* zu den aktuellen Problembereichen innerhalb des Tatbestandes der Körperverletzung in § 223 StGB (§ 223 Rn. 51 ff.). Hierbei gehen die Bearbeiter neben der Behandlung des Stalkings, der Infektion mit dem HI-Virus sowie der Genitalverstümmelungen auch auf die rechtliche Behandlung der Verabreichung von Dopingmitteln ein. Dogmatisch überzeugend wird dabei unter anderem die strafrechtliche Beurteilung des Dopings im Hinblick auf mögliche Straftaten gegen die körperliche Unversehrtheit eingeordnet. So sollen die §§ 223 ff. StGB nach der Auffassung von *Momsen-Pflanz/Momsen* primär dann an Bedeutung erlangen,

wenn es sich um die Form des Fremddopings handele. Habe der Sportler hierbei jedoch Kenntnisse über mögliche gesundheitsschädigende Folgen des Wirkstoffes, stelle sich die Frage nach einer rechtfertigenden Wirkung des Verhaltens durch Einwilligung des Opfers (§ 223 Rn. 56). Nach der in der Kommentierung vertretenen Auffassung entfalte diese wegen Sittenwidrigkeit nach § 228 StGB nur dann keine Wirkung, sofern durch die Verabreichung der Dopingsubstanz schwerwiegende Gesundheitsschädigungen zu befürchten seien (§ 223 Rn. 56).

Verabreiche sich der Sportler die Substanzen demgegenüber selbst, bleibe er mangels tauglichen Tatobjektes („andere Person“) nicht nur selbst straffrei, vielmehr käme auch eine Beteiligtenstrafbarkeit nur innerhalb der Grundsätze der mittelbaren Täterschaft in Betracht (§ 223 Rn. 54).

Ausdrücklich hervorzuheben sind weiter auch die zahlreichen kriminalpolitischen Passagen, in denen die Bearbeiter gewisse kritische Tendenzen in der Strafgesetzgebung aufzeigen und bemängeln. Auf solche Aspekte legen die Herausgeber nicht nur besonderen Wert (S. V), an derartigen Stellen liegt vielmehr auch eine der Stärken des Werkes. Stellvertretend hierfür sei etwa auf die kritischen Worte des Herausgebers *Satzger* verwiesen, die er zu den im Jahr 2017 in das Strafgesetzbuch eingefügten Straftatbestände des Sportwettbetrugs und der Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben (§§ 265c, 265d StGB) mit Blick auf den von ihnen bezweckten Schutz der Integrität des Sportes sowie von Vermögensinteressen (§ 265c Rn. 6 f.; § 265d Rn. 7) verliert. Bei der Integrität handele es sich um einen moralischen Maßstab, dessen Schutz nicht Aufgabe des Strafrechts als *ultima ratio* sein könne (§ 265c Rn. 6). Auch der Vermögensschutz taue jedoch nicht zur Legitimation dieser Strafnormen. So verlangten die §§ 265c ff. StGB als abstrakte Gefährdungsdelikte schon gar keinen Eintritt eines Vermögensschadens, wobei insbesondere § 265d StGB gar keinen direkten Bezug mehr zum gefährdeten Vermögen aufweise (§ 265c Rn. 7). Erst recht gereiche nicht das Vertrauen der Allgemeinheit in ein manipulationsfreies Funktionieren sportlicher Wettbewerbe als Rechtsgut, da diesem schwerlich die Bedeutung eines Grundpfeilers der Gesellschaft beigemessen werden könne (§ 265c Rn. 8). Aber auch die Ausführungen *Satzgers* zu den Tatbestandsmerkmalen dieser Normen regen zum Lesen an. Dies gilt unter anderem etwa für die Begriffe des Sportes oder dessen Organisation, die im Gesetz jeweils nicht definiert werden und daher insbesondere in Randbereichen oder neuen Erscheinungsformen, z. B. beim E-Sport, mit Leben gefüllt werden müssen (§ 265c Rn. 10 ff.).

D. Zusammenfassung

Der *Satzger/Schluckebier/Widmaier* hat seinen Platz im Reigen der StGB-Kommentarliteratur zurecht behauptet. Er besticht mit einer komprimierten und zugleich vollständigen Darstellung der relevanten Rechtsprobleme sowie Streitstände im StGB und wertet dabei stets die aktuelle Rechtsprechung sowie die neuesten Abhandlungen der Literatur aus. Er eignet sich insbesondere auch deshalb als Lektüre für Studenten, Referendare und Doktoranden, da er einerseits einen schnellen Überblick über materiell-rechtliche Fragestellungen des StGB bietet und sich andererseits als Fundgrube auf der Suche nach weiterer Literatur erweist. Insbesondere mit Blick auf wissenschaftliche Themenarbeiten ist vor allem auch die an vielen Stellen hervortretende kriminalpolitische Ausrichtung des Werkes von großem Nutzen. Diese führt dem Leser nicht nur die Frage nach dem Zweck des Strafrechts vor Augen, sondern liefert auch zahlreiche Ansätze für Kritik an der (jüngeren) Strafgesetzgebung. Die Lektüre des Kommentares kann daher auch Studenten, Referendaren oder Doktoranten mit gutem Gewissen empfohlen werden.