



Studentische Zeitschrift
für Rechtswissenschaft Heidelberg
Wissenschaft Online

AUFSÄTZE

Jan-Luca Beck

Die wirtschaftliche Aufklärungspflicht nach § 630c Abs. 3 BGB – eine dogmatische und rechtsvergleichende Untersuchung

Matthias Holzheu

Kann ein Werkvertrag ein Kaufvertrag sein?

Besprechung von *EuGH*, Urt. v. 7.9.2017, Rs. C-247/16, *Schottelius* unter besonderer Berücksichtigung der verwendeten Auslegungsmethoden

Greta Louisa Niehaus

Aufklärungspflichten des Emittenten nach Art. 17 Market Abuse Regulation bei eigenen Gesetzesverletzungen

Ruben Zimmermann

Der Atomwaffenverbotsvertrag – Bann der Atombombe oder reine Symbolpolitik?

Paul Philipp Stewens

Billigkeit, Sittlichkeit, Menschlichkeit:

Versuch einer Kritik der Generalklauseln im Völkerrecht

Johanna Gallé

Abfärbung und Prägung (§ 15 Abs. 3 EStG) – Gemeinsamkeiten und Unterschiede

Nikolaus Tzingos

Erziehungsberechtigte und gesetzliche Vertreter im Jugendstrafverfahren – eine Analyse der Aufgaben von Eltern im Jugendstrafverfahren im Lichte rechtspolitischer Aspekte

Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft Heidelberg

Redaktion

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

| | | |
|---------------------|---------------------|-----------------------|
| Alice Ballach | Johanna Kerscher | Viola Sauter |
| Alina Beckmann | Henrik-Hugo Kohlhas | Lennart Schiek |
| Anna-Lisa Brumhard | Mihail Kolev | Monika Schröder |
| Fabienne Schlachter | Sophia Lehr | Carl-Friedrich Seelig |
| Julia Bierlein | Sarah Löffler | Andreas Warchal |
| Regine Brünner | Oskar Luong | Johanna Wiegand |
| Maximilian Funk | Amelie Peter | Anna Zitt |
| Julia Göbes | Laura Ries | Ruben Yves Zimmermann |

Wissenschaftlicher Beirat

| | |
|--|---|
| Prof. Dr. Christian Baldus | Prof. Dr. Mark Lembke, LL.M. (Cornell) |
| Prof. Dr. Burkhard Binnewies | Dr. Steven Less, Esq. |
| Prof. Dr. Martin Borowski | Prof. Dr. Thomas Lobinger |
| Prof. Dr. Jens Bülte | Prof. Dr. Ute Mager |
| Prof. Dr. Dr. h.c. Gerhard Dannecker | Prof. Dr. Robert Magnus |
| Prof. Dr. Dieter Dölling | Dr. Christian Marxsen, LL.M. (NYU) |
| 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. |
| Prof. Dr. Christian Laue | 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 2/2021

**Studentische Zeitschrift für
Rechtswissenschaft Heidelberg
Wissenschaft Online**

Zweite Ausgabe des Jahres 2021
Erschienen im Dezember 2021
Seiten 231 bis 428

eISSN

2629-7132

DOI

10.11588/srzwo.2021.2

Herausgeber

Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft Heidelberg e.V.

Juristisches Seminar

Friedrich-Ebert-Anlage 6–10

69117 Heidelberg

www.studzr.de

E-Mail: vereinsvorstand@studzr.de

Zitiervorschlag: *Autor*, StudZR-WissOn 2021, S.

Inhaltsverzeichnis

Aufsätze

Jan-Luca Beck

Die wirtschaftliche Aufklärungspflicht nach § 630c Abs. 3 BGB –
eine dogmatische und rechtsvergleichende Untersuchung 231

Matthias Holzheu

Kann ein Werkvertrag ein Kaufvertrag sein?
Besprechung von *EuGH*, Urt. v. 7.9.2017, Rs. C-247/16, *Schottelius*
unter besonderer Berücksichtigung der verwendeten
Auslegungsmethoden 262

Greta Louisa Niehaus

Aufklärungspflichten des Emittenten nach Art. 17 Market Abuse
Regulation bei eigenen Gesetzesverletzungen 288

Ruben Zimmermann

Der Atomwaffenverbotsvertrag – Bann der Atombombe oder reine
Symbolpolitik? 319

Paul Philipp Stewens

Billigkeit, Sittlichkeit, Menschlichkeit:
Versuch einer Kritik der Generalklauseln im Völkerrecht 355

Johanna Gallé

Abfärbung und Prägung (§ 15 Abs. 3 EStG) – Gemeinsamkeiten
und Unterschiede 373

Nikolaus Tzingos

Erziehungsberechtigte und gesetzliche Vertreter im
Jugendstrafverfahren – eine Analyse der Aufgaben von Eltern im
Jugendstrafverfahren im Lichte rechtspolitischer Aspekte 394

Jan-Luca Beck*

Die wirtschaftliche Aufklärungspflicht nach § 630c Abs. 3 BGB – eine dogmatische und rechtsvergleichende Untersuchung

Abstract

In seinem Urteil vom 28.1.2020 – VI ZR 92/19 befasste sich der *BGH* erstmalig näher mit der seit dem 26.2.2013 in § 630c Abs. 3 BGB verankerten wirtschaftlichen Aufklärungspflicht des Arztes. Die bereits zuvor von der Rechtsprechung entwickelte Pflicht wirft grundsätzliche rechtsdogmatische Fragen auf und ruft bei kritischen Stimmen den Einwand hervor, durch sie werde der Arzt in unzulässiger Weise zum Sachwalter fremder Vermögensinteressen gemacht. Der nachfolgende Beitrag widmet sich im ersten Teil der Untersuchung des Normzwecks und der Rechtsnatur der Aufklärungspflicht und zieht hierfür Vergleiche mit der *fiduciary relationship* des US-amerikanischen Rechts und den französischen *obligations de s'informer pour informer*. In einem zweiten Schritt werden diese Ergebnisse verwertet, um Lösungen für problematische Einzelfragen bei der wirtschaftlichen Aufklärungspflicht zu entwickeln.

* Der Verfasser studiert Rechtswissenschaft im neunten Fachsemester an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg und ist studentische Hilfskraft am Institut für geschichtliche Rechtswissenschaft sowie studentischer Mitarbeiter bei Tiefenbacher in Heidelberg. Der vorliegende Beitrag ist im Rahmen eines von Prof. Dr. Stefan J. Geibel, Maître en droit (Université Aix-Marseille III) im Sommersemester 2020 angebotenen medizinzivilrechtlichen Seminars entstanden und wurde redaktionell betreut von stud. iur. Moritz Barth.

A. Einleitung und Ziel des Beitrags

Die seit dem 26.2.2013 in § 630c Abs. 3 BGB normierte und bereits zuvor in der Rechtsprechung anerkannte wirtschaftliche Aufklärungspflicht¹ des Arztes steht, was die ihr zuteilwerdende wissenschaftliche Aufmerksamkeit angeht, noch im Schatten der zeitgleich normierten Aufklärungspflichten des § 630e Abs. 1 BGB und der Informationspflichten nach § 630c Abs. 1 S. 2 BGB. Auch die höchstrichterliche Rechtsprechung befasste sich erst im vergangenen Jahr erstmalig mit ihr.² Dabei ist die wirtschaftliche Informationspflicht des § 630c Abs. 3 BGB aufgrund ihrer dogmatischen Besonderheiten vielversprechender Gegenstand wissenschaftlicher Analyse.³ So versteht sich etwa nicht ohne Weiteres, warum den nach § 630a Abs. 1 BGB nur zur Leistung der versprochenen Behandlung verpflichteten Arzt darüber hinaus eine – auf den ersten Blick nur vermögensschützende – Auskunftspflicht im Hinblick auf die Behandlungskosten treffen soll. Hieran schließt die Frage an, ob der Arzt durch die Informationspflicht in die Rolle eines „Sachwalters fremder Vermögensinteressen“ gedrängt wird.⁴ Auch die praktische Relevanz der wirtschaftlichen Informationspflicht hat in den letzten Jahren zugenommen.⁵ Zurückzuführen ist dies vor allem auf die wachsende Diskrepanz zwischen dem sich durch den medizinischen und technischen Fortschritt stets erweiternden Angebot an Untersuchungs- und Behandlungsmethoden einerseits und der für die Versicherer bestehenden Notwendigkeit, die steigende Kostenlast infolge der demographischen Entwicklung zu begrenzen, andererseits, welche zu einer

¹ Präziser wäre – zur Abgrenzung von den Aufklärungspflichten des § 630e Abs. 1 BGB und jedenfalls aufgrund des eindeutigen gesetzgeberischen Willens – die Bezeichnung als „Informationspflicht“, BT-Drucks. 17/10488, S. 21; befürwortend auch *Weidenkaff*, in: Palandt, 80. Aufl. 2021, § 630e Rn. 1; *Ziegler*, Beweislast bei wirtschaftlicher Aufklärung im Arzthaftungsrecht, NJW 2020, 1187 ff.; der Dichotomie dagegen keine inhaltliche Bedeutung beimessend: *Wagner*, in: MüKo-BGB V, 8. Aufl. 2020, § 630e Rn. 3, *Thurn*, Das Patientenrechtgesetz, MedR 2013, 153 (155); zu den Unterschieden in der Sache zu den Aufklärungspflichten des § 630e Abs. 1 BGB siehe **B. III. 2.**

² *BGH*, NJW 2020, 1211 ff.; mit überwiegender Zustimmung von *Ziegler* (Fn. 1), S. 1187 und *Katzenmeier/Voigt*, Anmerkung zu *BGH*, Urt. v. 28.1.2020 – VI ZR 92/19, JZ 2020, 472 ff.

³ Den Normzweck des § 630c Abs. 3 BGB für kaum dogmatisch zufriedenstellend herauszuarbeiten hält *Voigt*, in: NK-BGB II, 4. Aufl. 2021, § 630c Rn. 17.

⁴ Den Begriff prägend: *Laufs/Uhlenbruck*, Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl. 2002, § 65 Rn. 17; kritisch ebenfalls *Spickhoff*, Medizinrecht, 3. Aufl. 2018, § 630c BGB Rn. 33 und bereits zur ungeschriebenen Aufklärungspflicht: *Füllgraf*, Zur wirtschaftlichen Aufklärungspflicht des Arztes, NJW 1984, 2619 (2620).

⁵ Zu dieser Einschätzung kommen auch *Hegerfeld*, Ärztliche Aufklärungs- und Informationspflichten, 2018, S. 428; *Laufs/Kern/Rebborn*, Handbuch des Arztrechts, 5. Aufl. 2019, § 64 Rn. 25.

spürbaren Begrenzung ihres Leistungsumfangs führt.⁶ Vor dem Hintergrund dieses praktischen Bedeutungszuwachs und nicht zuletzt anlässlich der infolge des Urteils des *BGH* zu erwartenden neuentfachten wissenschaftlichen Aufmerksamkeit erschließt dieser Beitrag die dogmatischen Grundlagen der wirtschaftlichen Informationspflicht nach § 630c Abs. 3 BGB. Hierzu werden zunächst ihre Rechtsnatur und ihr Normzweck untersucht (**B.**), bevor die wirtschaftliche Informationspflicht rechtsvergleichend kontextualisiert wird (**C.**). Abschließend lassen sich die Ergebnisse zur Lösung ausgewählter Probleme bei den Voraussetzungen und Rechtsfolgen der wirtschaftlichen Informationspflicht fruchtbar machen (**D.**).

B. Normzweck und Rechtsnatur der wirtschaftlichen Informationspflicht

Zunächst ist der Zweck der wirtschaftlichen Informationspflicht des § 630c Abs. 3 BGB herauszuarbeiten (**I.**), bevor ihre Rechtsnatur anhand einer Einordnung in das System schuldrechtlicher Pflichten (**II.**) und in das der Pflichten aus dem Behandlungsvertrag (**III.**) näher untersucht wird.

I. Normzweck der wirtschaftlichen Informationspflicht

Schon nach der Rechtsprechung vor Inkrafttreten des § 630c Abs. 3 BGB waren Ärzte in bestimmten Fällen verpflichtet, den Patienten über die Möglichkeit einer fehlenden Kostenübernahme durch den Versicherer zu informieren.⁷

Die wirtschaftliche Informationspflicht des § 630c Abs. 3 BGB soll ausweislich der Begründung zum Entwurf des Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten (PatRG) diese von der Rechtsprechung entwickelte wirtschaftliche Aufklärungspflicht im Kern gesetzlich festhalten, um dem Patienten einen besseren Überblick über seine Rechte zu ermöglichen.⁸ Dies zeigt, dass der Gesetzgeber von einer teleologischen Kontinuität zwischen der

⁶ *Arnade*, Kostendruck und Standard, 2010, S. 11 ff.; *Vofß*, Kostendruck und Ressourcenknappheit im Arzthaftungsrecht, 1999, S. 148; zur Kostenentwicklung: Im Jahr 2017 entfielen auf das Gesundheitswesen insgesamt Ausgaben i. H. v. ca. 375,6 Mrd. € (ca. 11,5 % des BIP), wovon allein etwa 214,2 Mrd. € (ca. 6,5 % des BIP) in die gesetzliche Krankenkasse flossen; zu den genauen Angaben vgl. *Statistisches Bundesamt*, Statistisches Jahrbuch 2019, S. 150, abrufbar unter: https://www.destatis.de/DE/Themen/Querschnitt/Jahrbuch/statistisches-jahrbuch-2019-dl.pdf?__blob=publicationFile (zuletzt abgerufen am 31.12.2021). Demgegenüber waren die Kosten noch im Jahr 2005 mit ca. 241,4 Mrd. € (ca. 10,5 % des BIP) respektive etwa 135,3 Mrd. € (ca. 5,9 % des BIP) sowohl nominal als auch relativ spürbar geringer.

⁷ Zu den einzelnen Nuancen bei Umfang und Grenzen: *Michalski*, (Zahn-)Ärztliche Aufklärungspflicht über die Ersatzfähigkeit von Heilbehandlungskosten, *VersR* 1997, 137 (142 f.).

⁸ BT-Drucks. 17/10488, S. 22.

richterrechtlich anerkannten Aufklärungspflicht und der nunmehr kodifizierten Informationspflicht ausging. Zudem soll die Aufklärung den Patienten ausweislich der Entwurfsbegründung in die Lage versetzen, die wirtschaftliche Tragweite seiner Entscheidung zu überschauen und ihn so zu eigenverantwortlichen und selbstbestimmten Entscheidungen im Rahmen der Behandlung befähigen.⁹

Im Hinblick auf den mit der richterrechtlichen wirtschaftlichen Aufklärungspflicht verfolgten Zweck wurde indes betont, sie diene (nur) dazu, den Patienten vor unnötigen Kosten und unverhältnismäßigen finanziellen Belastungen zu bewahren.¹⁰ Der von der Entwurfsbegründung daneben in Bezug genommene Schutz der Entscheidungsfreiheit taucht in dieser Zweckbeschreibung nicht auf, sodass man zu der Annahme gelangen könnte, der Normzweck sei durch das PatRG erweitert worden. Diese geläufige Zweckbeschreibung der richterrechtlichen wirtschaftlichen Aufklärungspflicht hat jedoch einen topischen Charakter, der auf die Vermengung zweier unterschiedlicher Begründungsansätze in der Rechtsprechung zurückgeht.¹¹ Wie zu zeigen sein wird, bestand auch nach der früheren Rechtsprechung der Zweck der Aufklärung im Schutz der Entscheidungsfreiheit des Patienten in Ansicht der wirtschaftlichen Behandlungsfolgen.

1. Vermengung unterschiedlicher Begründungsansätze

Erstmals eine Pflicht zur wirtschaftlichen Aufklärung nahm das *AG Köln* im Hinblick auf den möglichen Selbstkostenanteil einer zahnärztlichen Behandlung an.¹² Mit diesem Urteil bildete sich eine Reihe von Entscheidungen bis hoch zum *BGH* heraus, welche diese Pflicht darauf gründeten, dass dem Patienten keine Informationen vorenthalten werden sollen, welche für dessen Behandlungsentscheidung von Bedeutung sind, wozu auch die Übernahmemöglichkeit durch den Versicherer zähle.¹³ Zu dieser Linie ausdrücklich in Widerspruch setzte sich das *LG Saarbrücken*.¹⁴ Pflichtwidrig sei nicht das Vorenthalten der Information über die Kostenerstattungsmöglichkeit, da diese nicht unmittelbar das Vertragsverhältnis zwischen Arzt und Patient

⁹ BT-Drucks. 17/10488, S. 1, 9, 22; so auch: *BGH*, NJW 2020, 1211 (1212).

¹⁰ *BGH*, NJW 2000, 3429 (3431); *OLG Stuttgart*, NJW-RR 2013, 1183 (1183); *Giesen*, Arzthaftungsrecht, 4. Aufl. 1995, Rn. 268.

¹¹ Vgl. *Baden*, „Wirtschaftliche Aufklärungspflichten“ in der Medizin, NJW 1988, 746 (747), mit Bedenken hinsichtlich einer fehlenden klaren Grenzziehung zur heute von § 630e BGB erfassten Selbstbestimmungsaufklärung.

¹² *AG Köln*, NJW 1980, 2756.

¹³ *LG Köln*, VersR 1983, 960; *BGH*, NJW 1983, 2360 f.; *OLG Köln*, NJW 1987, 2304.

¹⁴ *LG Saarbrücken*, NJW 1984, 2632 (2633).

betreffe. Stattdessen maßgeblich sei die Verursachung überflüssiger Behandlungskosten, wodurch die allgemeine dienstvertragliche Schadensabwendungspflicht des Dienstverpflichteten gegenüber dem Dienstherrn verletzt würde.¹⁵ Trotz der ausdrücklichen Distanzierung des *LG Saarbrücken* von der bisherigen, dem ersten Ansatz folgenden *BGH*-Rechtsprechung, übernahm der sechste Senat in einem späteren Urteil begrifflich den vom *LG Saarbrücken* entwickelten, an die Vermeidung unnötiger Behandlungskosten und unverhältnismäßiger finanzieller Belastungen anknüpfenden Pflichtbegriff, ohne dabei inhaltlich von seiner vorherigen, auf die Entscheidungserheblichkeit der Information abstellenden, Rechtsprechung abzugehen.¹⁶

2. Maßgeblichkeit der Entscheidungsfreiheit

Trotz einer Übernahme des auf einen reinen Vermögensschutz hindeutenden Topos wird auch in der darauffolgenden Rechtsprechung in der Sache auf das schützenswerte Vertrauen des Patienten hinsichtlich der Mitteilung von Informationen, welche die Kostenübernahmemöglichkeit betreffen, abgestellt.¹⁷ Auch brächte ein rein vermögensschützender Charakter der wirtschaftlichen Aufklärung die Notwendigkeit mit sich, die Vermögensschädigung als eigentlichen Pflichtverstoß zu sehen.¹⁸ Hiermit wäre es nicht vereinbar, dass die Rechtsprechung eine Aufklärung selbst dann für erforderlich gehalten hat, wenn der Patient eine bestimmte, mit unnötigen Kosten verbundene Behandlungsmethode ausdrücklich wünscht.¹⁹ Überdies führte das Anerkenntnis einer derartigen Pflicht dazu, dass der Arzt grundsätzlich nur die günstigste Behandlung vornehmen dürfte, obwohl er anerkanntermaßen durch den Behandlungsvertrag nur zur medizinisch sorgfaltsgemäßen Behandlung verpflichtet ist.²⁰ Somit bestand auch der Zweck der von der Rechtsprechung entwickelten wirtschaftlichen Aufklärungspflicht nur im Ausgleich von Informationsasymmetrien, die zu Schäden führen können und nicht im

¹⁵ Auch in der jüngeren Rechtsprechung wird deswegen teilweise noch in Bezug auf die wirtschaftliche Aufklärung von einer Schutzpflicht gesprochen, so: *OLG Frankfurt a. M.*, NJW-RR 2004, 1608 f., was wie zu zeigen sein wird, technisch unsauber ist, siehe **B. II. 2. a).**

¹⁶ *BGH*, NJW 1988, 759 (760); die inhaltliche Kontinuität wird an dem Verweis auf das Urteil *BGH*, NJW 1983, 2630 f. ersichtlich.

¹⁷ *BGH*, NJW 2000, 3429 (3431); *OLG-Stuttgart*, NJW-RR 2002, 1604 (1605); *LG Karlsruhe*, NJW-RR 2005, 1690 ff.

¹⁸ Dass das Vorliegen eines Vermögensschadens für sich bereits Schwierigkeiten bereitet, wird noch zu zeigen sein, siehe dazu **D. VI.**

¹⁹ *BGH*, NJW 1983, 2630 (2631).

²⁰ In diese Richtung auch *Füllgraf* (Fn. 4), S. 2620.

Verhindern von Vermögensschäden als solchen.²¹ Durch die Kodifikation wurde der Schutzzweck folglich nicht erweitert. Soweit auch heute noch oft die Rede davon ist, dass § 630c Abs. 3 BGB ausschließlich den Schutz des Vermögens des Patienten bezwecke,²² wird damit nicht an den Begründungsansatz des *LG Saarbrücken* angeknüpft. Vielmehr soll damit zum Ausdruck gebracht werden, dass die Entscheidungsfreiheit des Patienten nicht im Hinblick auf seine grundrechtlich geschützte körperliche Selbstbestimmung beim ärztlichen Eingriff, sondern nur angesichts der wirtschaftlichen Folgen des Behandlungsvertrags geschützt wird.²³

II. Die wirtschaftliche Informationspflicht im System der allgemeinen schuldrechtlichen Pflichten

Der Arzt ist nach § 630a Abs. 1 BGB nur zur Leistung der medizinischen Behandlung verpflichtet. Mangels Erheblichkeit für diese ist die wirtschaftliche Informationspflicht des § 630c Abs. 3 BGB als Nebenpflicht einzuordnen.²⁴ Ersichtlich an ihrer Stellung innerhalb der aus dem Behandlungsvertrag folgenden Pflichten der §§ 630a ff. BGB ist sie als nach dem Vertragsschluss entstehende Nebenpflicht konzipiert.²⁵ Auch die ungeschriebene wirtschaftliche Aufklärungspflicht, in deren Zweckbestimmung die Pflicht des § 630c Abs. 3 BGB unverändert eintritt²⁶, wurde überwiegend als vertragliche Nebenpflicht aus § 241 Abs. 2 BGB abgeleitet.²⁷ Um sich mit den bereits eingangs erwähnten Bedenken, der Arzt werde durch die wirtschaftliche Aufklärungs- bzw. Informationspflicht zum Sachwalter der Vermögensinteressen des Patienten gemacht, auseinander setzen zu können (3.), ist zunächst der richtige dogmatische Rechtsgrund für die Aufklärung herauszuarbeiten und dessen

²¹ *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, 7. Aufl. 2014, Rn. 454; *Wagner*, in: MüKo-BGB V (Fn. 1), § 630c Rn. 54, 55; *Kim*, Aufklärungspflicht im Arztrecht, 1989, S. 72.

²² *Hegerfeld* (Fn. 5), S. 429; *Spickhoff*, Die Arzthaftung im neuen bürgerlich-rechtlichen Normenumfeld, MedR 2015, 845 (850); *Francke/Hart*, Charta der Patientenrechte, 1999, S. 189.

²³ So auch: *Schelling*, Die Pflicht des Arztes zur wirtschaftlichen Aufklärung im Lichte zunehmender ökonomischer Zwänge im Gesundheitswesen, MedR 2004, 422 (426), der von der „Selbstbestimmung des Patienten über seine finanziellen Belastungen spricht“; näher zur Abgrenzung **B. III. 2.**

²⁴ *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, Arztrecht, 8. Aufl. 2021, Kap. 5 Rn. 21; *Katzenmeier*, in: BeckOK-BGB, Ed. 60, Stand: 1.11.2021, § 630a Rn. 116; dies entspricht auch dem gesetzgeberischen Willen: BT-Drucks. 17104/88, S. 22.

²⁵ *Voigt*, in: NK-BGB II (Fn. 3), § 630c Rn. 17.

²⁶ Siehe oben **B. I.**

²⁷ *BGH*, NJW 2000, 3429 (3431); *OLG Köln*, Urt. v. 23.3.2005 – 5 U 144/04, Rn. 6 (juris); *AG Bergheim*, Urt. v. 30.9.2008 – 28 C 515/07, Rn. 15 (juris); *Katzenmeier*, in: BeckOK-BGB (Fn. 24), § 630c Rn. 16.

tatsächliches Vorliegen zu untersuchen (2.). Dabei soll auch berücksichtigt werden, dass die Rechtsprechung die wirtschaftliche Aufklärungspflicht teilweise als vorvertragliche Nebenpflicht eingeordnet hatte (1.).²⁸

1. Vorvertraglicher Charakter der wirtschaftlichen Aufklärungspflicht

Vorvertragliche Aufklärungspflichten unterscheiden sich von vertraglichen Aufklärungspflichten anhand des Grundes, weswegen die Information für den geschützten Teil erheblich ist. Bei vorvertraglichen Aufklärungspflichten liegt dieser Grund darin, dass die vorenthaltenen Informationen geeignet sind, den anderen vom Vertragsschluss abzuhalten.²⁹ Aufklärung nach Vertragsschluss ist dagegen geschuldet, wenn ohne sie die Gefahr einer Selbstschädigung durch den anderen Teil besteht.³⁰ Infolge seines Versicherungsschutzes wünscht der Patient in aller Regel nur solche Maßnahmen, die ihm von seinem Versicherer erstattet werden.³¹ Das Vorenthalten der Information über das Risiko einer fehlenden Kostenerstattung ist somit sowohl geeignet, den Patienten vom Abschluss des Behandlungsvertrags abzuhalten, als auch stellen die selbst zu tragenden Kosten für den Patienten eine ungewollte Vermögenseinbuße dar.³² Dennoch dominiert der vorvertragliche Charakter, da die Möglichkeit einer Information nach Vertragsschluss keine eigenständige schädigungsverhindernde Bedeutung hat, sondern dem Patienten nur die nachträgliche Betätigung seiner bereits bei Vertragsschluss geschützten Entscheidungsfreiheit ermöglicht.³³ Somit handelt es sich bei § 630c Abs. 3 BGB um eine vertragliche Nebenpflicht, welche eine schwerpunktmäßig vorvertragliche Interessenlage regelt.

2. Rechtsgrund für eine den Vertragspartner schützende Nebenpflicht

Ausweislich der Gesetzesbegründung ist der Rechtsgrund für die wirtschaftliche Informationspflicht das überlegene Wissen des behandelnden Arztes hinsichtlich

²⁸ So bereits *AG Köln*, NJW 1980, 2756, das auf den aus Treu und Glauben abgeleiteten Grundsatz des Vertrauensschutzes bei Vertragsverhandlungen abhebt; *OLG Hamm*, NJW 1995, 790; *OLG Düsseldorf*, VersR 1985, 458 (459).

²⁹ *Olzen*, in: Staudinger, 2019, § 241 Rn. 452; vgl. zu der Aufklärungspflicht eines Hausverkäufers *BGH*, NJW 1979, 2243 (2243).

³⁰ *Breidenbach*, Die Voraussetzungen von Informationspflichten beim Vertragsschluss, 1989, S. 3; *Pohlmann*, Die Haftung wegen Verletzung von Aufklärungspflichten, S. 106; *Kramme*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, 16. Aufl. 2021, § 242 Rn. 73.

³¹ *LG Bremen*, NJW 1991, 2353 (2354); *Vofß* (Fn. 6), S. 162.

³² Zur problematischen Frage, ob ein Vermögensschaden durch Anrechnung des Behandlungswerts im Wege der Differenzhypothese ausgeschlossen ist, siehe **D. VI.**

³³ So räumt auch *Hegerfeld* (Fn. 5), S. 430, 478 ein, dass die Information über die Kosten dazu führen kann, dass der Patient seine getroffene Entscheidung nochmals überdenkt und sich umentscheidet.

der Erstattungsfähigkeit der Behandlungskosten.³⁴ Hierin sah zuvor auch schon die Rechtsprechung den Grund für die wirtschaftliche Aufklärungspflicht.³⁵ Tatbestandlich knüpft § 630c Abs. 3 S. 1 BGB folglich in seiner ersten Variante an die positive Kenntnis des Arztes über die nicht gesicherte Übernahme der Behandlungskosten durch einen Dritten an. In der zweiten Variante genügt es dagegen bereits, wenn sich nach den Umständen hierfür hinreichende Anhaltspunkte ergeben.

Zunächst ist der Frage nachzugehen, ob dieser Rechtsgrund die wirtschaftliche Aufklärungs- und Informationspflicht überhaupt in dogmatischer Hinsicht überzeugend zu tragen vermag. In einem zweiten Schritt ist zu untersuchen, ob ein entsprechender Informationsvorsprung in den von § 630c Abs. 3 BGB erfassten Fällen auch tatsächlich gegeben ist.

a) Dogmatische Richtigkeit des Rechtsgrunds

Zu Beginn der Untersuchung, ob ein etwaiger Wissensvorsprung des Arztes in Bezug auf die Kostenübernahmemöglichkeiten als Rechtsgrund für die wirtschaftliche Aufklärungspflicht dogmatisch überzeugt, ist zunächst eine Einordnung der von der Rechtsprechung ursprünglich als vertragliche Nebenpflicht aus § 241 Abs. 2 BGB hergeleiteten wirtschaftlichen Aufklärungspflicht in die zu § 241 Abs. 2 BGB entwickelten Untergruppen vertraglicher Schutzpflichten vorzunehmen. Als Generalklausel bedarf § 241 Abs. 2 BGB nämlich der Konkretisierung, die traditionell anhand verschiedener Fallgruppen vorgenommen wird.³⁶ Zu unterscheiden sind bei den Schutzpflichten i. S. d. § 241 Abs. 2 BGB einerseits die einer unmittelbaren Schädigung des geschützten Vertragspartners in seinen Rechten, Rechtsgütern oder Interessen durch den Schutzpflichtigen entgegenwirkenden Fürsorge- und Obhutspflichten von den Informationspflichten, welche die Verhinderung einer Selbstschädigung des geschützten Teils infolge fehlender oder mangelhafter Information bezwecken.³⁷ Die Informationspflichten selbst sind wiederum in Aufklärungs- und Beratungspflichten zu unterteilen. Aufklärungspflichten werden durch konkrete Umstände ausgelöst und zielen in der Regel auf die

³⁴ BT-Drucks. 17/10488, S. 22: „Dies folgt schon aus dem überlegenen Wissen des Behandelnden im täglichen Umgang mit Abrechnungen und dem Leistungskatalog der gesetzlichen Krankenversicherung“.

³⁵ BGH, NJW 2000, 2429 (2431); OLG Frankfurt a. M., NJW-RR 2004, 1608 (1608).

³⁶ Bachmann, in: MüKo-BGB II, 8. Aufl. 2019, § 241 Rn. 55; Canaris, Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen, JZ 2001, 499 (519).

³⁷ Olzen, in: Staudinger (Fn. 29), § 241 Rn. 441; Krebs, Sonderverbindung und außerdeltische Schutzpflichten, 2000, S. 508; Breidenbach (Fn. 30), S. 11.

Information über bestimmte Tatsachen ab, durch die ein Mangel an Wissen beseitigt werden soll.³⁸ Die Information ist neutral gehalten und enthält keine Handlungsempfehlung.³⁹ Demgegenüber umfasst Beratung nicht nur die Tatsacheninformation, sondern auch Werturteile hinsichtlich der Schlüsse, die aus diesen Informationen zu ziehen sind, also Handlungsempfehlungen, und ist somit eine umfassendere Informationspflicht, welche zudem unabhängig von speziellen Auslösfaktoren besteht.⁴⁰

Wie unter **B. I.** gezeigt, besteht der in der wirtschaftlichen Informationspflicht des § 630c Abs. 3 BGB fortlebende Zweck der wirtschaftlichen Aufklärung nicht unmittelbar im Vermögensschutz als solchem, sondern im Schutz der Entscheidungsfreiheit des Patienten im Hinblick auf die wirtschaftlichen Folgen einer Behandlung. Somit ist die ungeschriebene wirtschaftliche Aufklärungspflicht als Informationspflicht und nicht als Obhutspflicht einzuordnen. Nach der Rechtsprechung zur ungeschriebenen wirtschaftlichen Aufklärungspflicht war der geschuldete Informationsinhalt die bloße Information über die mögliche Nichtübernahme der Behandlungskosten.⁴¹ Demgegenüber verlangt § 630c Abs. 3 BGB eine Information über die voraussichtlichen Kosten der Behandlung.⁴² Geschuldet ist jedoch sowohl nach der alten Rechtsprechung als auch nach § 630c Abs. 3 BGB somit ein bestimmter Informationsgehalt, der dem Patienten nur eine Entscheidungsgrundlage, nicht aber ihm bereits eine Entscheidungsempfehlung liefern soll. Die wirtschaftliche Aufklärungs- bzw. Informationspflicht ist somit als Aufklärungs- und nicht als Beratungspflicht einzuordnen. Eine Aufklärungspflicht setzt ein erkennbares Informationsgefälle zulasten einer Vertragspartei hinsichtlich einer für diese entscheidungserheblichen Information voraus, an deren Kenntniserlangung die unwissende Vertragspartei ein schützenswertes Interesse hat und deren Mitteilung der wissenden Partei zumutbar ist.⁴³

³⁸ *Bachmann*, in: MüKo-BGB II (Fn. 36), § 241 Rn. 124; *Pohlmann* (Fn. 30), S. 29.

³⁹ *Lang*, Informationspflichten bei Wertpapierdienstleistungen, 2003, S. 33.

⁴⁰ *Olzen*, in: Staudinger (Fn. 29), § 241 Rn. 437; *Lang* (Fn. 39), S. 34.

⁴¹ *BGH*, NJW 1983, 2630 (2631); *LG Bremen*, NJW 1991, 2353 (2354).

⁴² Die Frage nach dem konkreten Inhalt der Informationspflicht wird unter **D. III.** vertieft.

⁴³ So die Rechtsprechung seit dem Bond-Urteil: *BGHZ* 123, 126 (128 ff.); vgl. auch *Olzen*, in: Staudinger (Fn. 29), § 241 Rn. 448; *Pohlmann* (Fn. 30), S. 103.

Das Abstellen auf den Wissensvorsprung des Arztes im Hinblick auf die Kostenübernahme ist somit ein dogmatisch überzeugender Rechtsgrund für die Pflicht des § 630c Abs. 3 BGB.⁴⁴

b) Tatsächliches Bestehen des Rechtsgrundes

Bei der Untersuchung, ob ein solches Informationsgefälle auch tatsächlich besteht und ob der Patient hinsichtlich der Information schutzwürdig ist, werden insbesondere Unterschiede zwischen gesetzlich und privat Versicherten sowie zwischen den von den beiden Tatbestandsvarianten des § 630c Abs. 3 BGB jeweils erfassten Konstellationen zu berücksichtigen sein.

aa) Schutzbedürftigkeit des Patienten

Eine Schutzbedürftigkeit des Informationsbedürftigen besteht dann, wenn sich die aufgrund der widerstreitenden Parteiinteressen grundsätzlich zulässige Ausnutzung von Wissensvorteilen ausnahmsweise als unbillig darstellt.⁴⁵ Dies ist namentlich dann der Fall, wenn das Ausnutzen des Wissensvorteils nach Treu und Glauben ein Verstoß gegen die Fairness am Markt ist.⁴⁶ Zur Bewertung der Billigkeit oder Unbilligkeit des Ausnutzens eines Informationsvorsprungs hinsichtlich der Erstattungsfähigkeit der Behandlungskosten gilt es sich zunächst vor Augen zu führen, dass ohne eine entsprechende Informationspflicht nur selten über die voraussichtliche Kostenhöhe gesprochen werden dürfte. Denn der Arzt ist auf eine Erörterung der Behandlungskosten nicht angewiesen. Im Falle eines gesetzlich Krankenversicherten erwirbt er nach § 630a Abs. 1 BGB mit der Leistungsbewirkung ohnehin zumeist einen Vergütungsanspruch gegen die kassenärztliche Vereinigung oder im Falle stationärer Behandlung unmittelbar gegen die Krankenkasse, dessen Höhe sich nach den vertraglichen Regelungen nach §§ 82 ff. SGB V bzw. §§ 108 f. SGB V bemisst.⁴⁷ Entsteht ein solcher Anspruch nicht oder ist der Patient privatversichert, ist eine ausdrückliche Kostenvereinbarung ebenfalls nicht erforderlich, da sich die

⁴⁴ Insofern verwundert die Distanz, welche der BGH erkennen zu lassen scheint, wenn er explizit hervorhebt, dass der Gesetzgeber den Grund für die wirtschaftliche Informationspflicht in einem Wissensvorsprung sehe, ohne sich diese Einschätzung zu eigen zu machen, BGH, NJW 2020, 1211 (1212).

⁴⁵ BGH, NJW 1984, 2289 (2290); Pohlmann (Fn. 30), S. 102.

⁴⁶ BGH, NJW 1967, 1022 (1023); Bachmann, in: MüKo-BGB II (Fn. 36), § 241 Rn. 136; Olzen, in: Staudinger (Fn. 29), § 241 Rn. 454.

⁴⁷ Laufs/Katzenmeier/Lipp (Fn. 24), Kap. 3 Rn. 52 ff.

Vergütungshöhe dann nach §§ 630b, 612 Abs. 1 und 2 BGB nach der GOÄ und der GOZ richtet, welche zwingendes Preisrecht sind.⁴⁸

Demgegenüber gehen sowohl der privat als auch der gesetzlich versicherte Patient in aller Regel davon aus, hinsichtlich der Behandlung selbst nicht belastet zu werden.⁴⁹ Als zumeist medizinischer Laie, vermag der Patient zudem die mit der Übernahmefähigkeit der Behandlungskosten eng zusammenhängende Frage nach der medizinischen Notwendigkeit der Behandlung nicht zu beurteilen.⁵⁰ Es wäre somit mit der Fairness am Markt nicht vereinbar, wenn der nicht auf Preisverhandlungen angewiesene Arzt in Ansicht des erkennbar nicht bestehenden Willens des Patienten zur Selbstkostentragung seinen Wissensvorsprung hinsichtlich der (möglichen) Nichtübernahme der Kosten durch den Versicherer für sich behielte, um eine höher zu vergütende Behandlung durchführen zu können.

bb) Informationsgefälle

Ein erkennbares Informationsgefälle besteht grundsätzlich nur, wenn eine Seite die entsprechende Information hat, während der andere Teil erkennbar nicht über die Information verfügt und sie für ihn auch nicht ohne weiteres aus ihm zugänglichen Informationsquellen erschließbar ist.⁵¹

(1) Wissen des Arztes, § 630c Abs. 3 S. 1 Var. 1 BGB

Verhältnismäßig unproblematisch besteht ein Informationsgefälle, wenn der Arzt positive Kenntnis davon hat, dass eine Kostenübernahme durch den Versicherer des Patienten jedenfalls ungesichert ist. Denn dem hierum wissenden Arzt steht in aller Regel ein unwissender Patient gegenüber. Weder gesetzlich noch privat Versicherte, welche sich erkennbar gleichermaßen auf ihre Selbstbelastungsfreiheit verlassen,⁵² haben so eine weitgehende Kenntnis des gesetzlichen Leistungskatalogs oder der sich für die Übernahmemöglichkeit stellenden Fragen der medizinischen Notwendigkeit der Behandlung, als dass sie

⁴⁸ *Katzenmeier*, in: BeckOK-BGB (Fn. 24), § 630b Rn. 2; *Voigt*, in: NK-BGB II (Fn. 3), § 630b Rn. 5; *Uleer/Miebach/Patt*, Abrechnung von Arzt- und Krankenhausleistungen, 3. Aufl. 2006, Teil 1. A. Rn. 2.

⁴⁹ *AG Pforzheim*, MedR 2003, 234 (235); *Schelling* (Fn. 23), S. 425; *Voß* (Fn. 6), S. 162; *Glatz*, Der Arzt zwischen Aufklärung und Beratung, 1998, S. 328: auch der Privatversicherte geht nur davon aus, dass er im Verhältnis zu seiner Versicherung die Behandlungskosten vorübergehend kreditiert.

⁵⁰ BT-Drucks. 17/10488, S. 22; *Schelling* (Fn. 23), S. 423; *Schmid*, Medizinisch notwendige Heilbehandlung und private Krankenversicherung, NJW 1981, 2504 (2504).

⁵¹ *BGH*, WM 1986, 6 (7); *Pohlmann* (Fn. 30), S. 106; *Breidenbach* (Fn. 30), S. 46.

⁵² Siehe dazu **B. II. 2. b) aa)**.

das Risiko des Ausbleibens einer Kostenübernahme selbst einschätzen könnten.⁵³ Die sich in der Entwurfsbegründung und bereits in der früheren Literatur zu findende Differenzierung zwischen gesetzlich und privat krankenversicherten Patienten,⁵⁴ welche auch in der aktuellen Kommentarliteratur prominent hervortritt,⁵⁵ ist in Bezug auf diese Konstellation allenfalls von empirischem Wert. Denn sofern der Arzt positive Kenntnis über mitteilungspflichtige Umstände hat, ist es gleichgültig, ob er diese bezüglich eines Privatversicherten oder eines gesetzlich Krankenversicherten erlangt. Dies mag freilich bei letzterem angesichts der (vermeintlich)⁵⁶ besseren Kenntnis des Leistungskatalogs der gesetzlichen Krankenversicherung als des Leistungsangebots einer privaten Krankenversicherung häufiger vorkommen.⁵⁷ Dennoch erscheint es irreführend, einen Grundsatz der eigenverantwortlichen Informationsbeschaffung durch den privat versicherten Patienten aufzustellen und eine Ausnahme dann anzunehmen, wenn der Arzt doch einen Informationsvorsprung hat.⁵⁸ Maßgeblicher Rechtsgrund ist von vornherein nur der Informationsvorsprung.⁵⁹

(2) Hinreichende Anhaltspunkte, § 630c Abs. 3 S. 1 Var. 2 BGB

Fraglich ist ein Informationsvorsprung jedoch in den von § 630c Abs. 3 S. 1 Var. 2 BGB erfassten Konstellationen, also dann, wenn der behandelnde Arzt kein positives Wissen über die ungesicherte Erstattungsfähigkeit besitzt. Unklar ist bereits, was mit den „hinreichenden Anhaltspunkten“ gemeint ist. Zurecht weist *Spickhoff* darauf hin, dass denkbar ist, dass der Gesetzgeber damit an die

⁵³ *AG Pforzheim*, MedR 2003, 234 (234); *Schelling* (Fn. 23), S. 423; *Glatz* (Fn. 49), S. 332.

⁵⁴ BT-Drucks. 17/10488, S. 22, wonach der einen gesetzlich Versicherten behandelnde Arzt in aller Regel ein überlegenes Wissen habe, wohingegen es bei Privatpatienten grundsätzlich in deren Verantwortungsbereich liege, Kenntnisse über den Inhalt und Umfang des Versicherungsvertrags zu haben; so schon: *Michalski* (Fn. 7), S. 144.

⁵⁵ *Wagner*, in: MüKo-BGB V (Fn. 1), § 630c Rn. 59 f., *Walter*, in: BeckOGK-BGB, Stand: 1.11.2021, § 630c Rn. 51; *Katzenmeier*, in: BeckOK-BGB (Fn. 24), § 630c Rn. 19.

⁵⁶ Zurecht wird auf die auch bei gesetzlichen Krankenversicherungen zunehmenden Unterschiede zwischen den Leistungskatalogen, die zahlreichen Änderungen im Krankenversicherungsrecht und die primäre Informationspflicht auch der gesetzlichen Krankenkasse hingewiesen, *Spickhoff*, Patientenrechte und Patientenpflichten – Die medizinische Behandlung als kodifizierter Vertragstypus, VersR 2013, 267 (274); *Montgomery*, Das Patientenrechtgesetz aus Sicht der Ärzteschaft, MedR 2013, 149 (153).

⁵⁷ *Baden* (Fn. 11), S. 747; *Wagner*, Kodifikation des Arzthaftungsrechts – Zum Entwurf eines Patientenrechtgesetzes, VersR 2012, 789 (794).

⁵⁸ So aber BT-Drucks. 17/10488, S. 22; anschließend *Katzenmeier*, Der Behandlungsvertrag – Neuer Vertragstypus im BGB, NJW 2012, 817 (819); *Wagner* (Fn. 56), S. 794; kritisch auch *Rehborn/Gescher*, in: Erman, 16. Aufl. 2020, § 630c Rn. 36.

⁵⁹ Siehe oben **B. II. 2. a).**

Rechtsprechung zur ungeschriebenen wirtschaftlichen Aufklärungspflicht anknüpfen wollte, nach der es genüge, wenn begründete Zweifel an der Kostenübernahme bestanden.⁶⁰ Ohne dass dies eindeutig herausgearbeitet worden wäre, scheint diese Rechtsprechung eher so zu verstehen sein, dass nur die (positive) Kenntnis der unsicheren Übernahmelage erfasst sein soll (also nicht nur positive Kenntnis von der gesicherten Nichtübernahme) und nicht auch ein Kennenmüssen einer ungesicherten Übernahme.⁶¹ Da jedoch schon nach § 630c Abs. 3 S. 1 Var. 1 BGB die Kenntnis von einer nicht gesicherten vollständigen Kostenübernahme genügt, wird § 630c Abs. 3 S. 1 Var. 2 BGB überwiegend so verstanden, dass eine positive Kenntnis nicht erforderlich ist und eine infolge von fahrlässiger Nichtkenntnis unterbliebene Information genügt.⁶²

Hierin muss dogmatisch nicht unbedingt ein Verzicht auf das Erfordernis des überlegenen Wissens des Arztes im Einzelfall zugunsten der generellen Unterstellung eines solchen liegen.⁶³ Denn ein Informationsgefälle besteht auch dann, wenn der Auskunftspflichtige zwar noch keine positive Kenntnis hat, diesen aber eine vorgeschaltete Informationsbeschaffungspflicht trifft.⁶⁴ Diese subjektive Pflichterweiterung ist jedoch nur dann gerechtfertigt, wenn sie zugleich mit objektiven Begrenzungen einhergeht. Diese bestehen darin, dass die Information für den Pflichtigen leicht zu beschaffen sein muss und die Sonderverbindung zwischen den Parteien ein besonderes Fürsorge- oder Beratungselement enthält.⁶⁵ Letzteres kann aufgrund der beruflichen Stellung des

⁶⁰ *Spickehoff* (Fn. 4), § 630c BGB Rn. 36.

⁶¹ Vgl. *BGH*, NJW 1983, 2630 (2631); *KG*, NJW-RR 2000, 35 (36): dort wird das Aufdrängen nämlich nicht objektiv anhand bestimmter, dem Arzt unbekannter Umstände bejaht, sondern subjektiv daraus, dass dem Arzt Tatsachen bekannt waren, aus denen sich die Unsicherheit der Kostenübernahme ergibt; in diese Richtung wohl *Voigt*, in: NK-BGB II (Fn. 3), § 630c Rn. 20; *Deutsch/Spickehoff* (Fn. 21), Rn. 561, sprechen von „Wissen über die Ungewissheit“.

⁶² *Wagner*, in: MüKo-BGB V (Fn. 1), § 630c Rn. 61, *Jaeger*, Patientenrechtegesetz, 2013, Rn. 173, *Hegerfeld* (Fn. 5), S. 436; gerungen wird um den Fahrlässigkeitsmaßstab, siehe dazu **D. IV.**

⁶³ So aber *Voigt*, in: NK-BGB II (Fn. 3), § 630c Rn. 20 in Bezug auf die Entwurfsbegründung.

⁶⁴ *Olzen*, in: Staudinger (Fn. 29), § 241 Rn. 449; *Emmerich*, Das Recht der Leistungsstörungen, 6. Aufl. 2005, § 5 Rn. 16 ff.

⁶⁵ *Krebs* (Fn. 37), S. 509; *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 584; *Breidenbach* (Fn. 30), S. 59 ff.; dies entspricht den Parametern „Möglichkeit der Information“ und „Funktionskreis“ aus dessen „beweglichem System“; Der dritte Parameter „Informationsbedarf“ entspricht der bereits dargelegten Schutzwürdigkeit, siehe **B. II. 2. b) aa).**

Auskunftspflichtigen oder infolge der Inanspruchnahme besonderen Vertrauens bestehen.⁶⁶

Die Aufklärung über die Möglichkeit einer Kostenübernahme ist ohne Belang für die medizinische Effektivität der nach § 630a Abs. 1 BGB geschuldeten Behandlung, sodass sich aus der beruflichen Stellung eines Arztes kein besonderer Vertrauenstatbestand ergibt.⁶⁷ Auch eine tatsächliche Inanspruchnahme besonderen Vertrauens wird schon mangels Erörterung der Kostenfrage⁶⁸ in aller Regel nicht bestehen. Jedoch ist zuzugeben, dass es Konstellationen gibt, in denen der Arzt mit deutlich geringen Informationsbeschaffungskosten zuverlässig Kenntnis über Unsicherheiten bei der Kostenerstattung erlangen kann. Bei Zugrundelegung von *Breidenbachs* beweglichem System können auch geringere Informationsbeschaffungskosten allein in Verbindung mit dem Schutzbedürfnis des Patienten eine Informationsbeschaffungspflicht rechtfertigen.⁶⁹ Hierbei erlangt die Differenzierung zwischen gesetzlich und privat Versicherten, welche für die Frage der positiven Kenntnis nur von empirisch-deskriptivem Wert ist, auch sachlich Bedeutung. Denn in der Tat dürfte infolge der fehlenden öffentlichen Bekanntmachung der Versicherungsbedingungen bei Privatpatienten ein die Auskunftspflicht mit vorgeschalteter Informationsbeschaffungspflicht rechtfertigender sachkundebasierter Informationsbeschaffungskostenvorsprung des Arztes grundsätzlich nicht bestehen, auch wenn er sich im Einzelfall hinsichtlich Versicherern, mit denen der Arzt in besonders regelmäßigem Kontakt steht, ergeben kann.⁷⁰ Demgegenüber ist ein solcher angesichts der nach § 94 Abs. 2 S. 1 SGB V bekanntgegebenen verbindlichen Richtlinien bei Kassenpatienten grundsätzlich zu bejahen, wobei sich auch hier angesichts von Abweichungen zwischen den gesetzlichen Krankenkassen und häufigen Gesetzesänderungen im Einzelfall ein anderes Bild ergeben kann.⁷¹

⁶⁶ *Breidenbach* (Fn. 30), S. 75 f.

⁶⁷ *Francke/Hart* (Fn. 22), S. 189; *Glatz* (Fn. 49), S. 328.

⁶⁸ Siehe **B. II. 2. b) aa**.

⁶⁹ *Breidenbach* (Fn. 30), S. 72; *Müller/Hempel*, Nebenpflichten des Verkäufers unter besonderer Berücksichtigung der Verjährung, AcP 205 (2005), 246 (248); zum Gebrauchtwagenverkauf: *BGH*, NJW 1983, 218 (218); zur Schutzbedürftigkeit des Patienten siehe schon **B. II. 2. b) aa**.

⁷⁰ *Schelling* (Fn. 23), S. 423; *Hegerfeld* (Fn. 5), S. 437; *Wagner*, in: MüKo-BGB V (Fn. 1), § 630c Rn. 60; *Deutsch/Spickhoff* (Fn. 21), Rn. 563.

⁷¹ *Spickhoff* (Fn. 4), § 630c BGB Rn. 36; *Katzenmeier*, in: BeckOK-BGB (Fn. 24), § 630c Rn. 19.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass ein die wirtschaftliche Informationspflicht dogmatisch tragender Wissensvorsprung des Arztes auch in den von der zweiten Variante des § 630c Abs. 3 BGB erfassten Fällen grundsätzlich besteht. Bei privat versicherten Patienten ist bei der Auslegung jedoch Zurückhaltung geboten, da für eine vorgeschaltete Informationsbeschaffungspflicht des Arztes erhöhte Anforderungen an die Schutzbedürftigkeit des Patienten und den Informationsbeschaffungskostenvorsprung des Arztes zu stellen sind.

3. Der Arzt als Sachwalter fremder Vermögensinteressen?

Die gegenüber der wirtschaftlichen Informationspflicht geäußerten Bedenken im Hinblick auf eine zu weite Ausdehnung der Pflichten des Arztes in den wirtschaftlichen Bereich lassen sich zwei Gruppen zuordnen. Zum einen finden sich vor allem in der älteren Literatur Stimmen, welche bereits die richterrechtliche wirtschaftliche Aufklärungspflicht für rechtsgrundlos hielten, da den Arzt keine Vermögensbetreuungspflicht treffe und er somit nicht gehalten sei mit der Übernahmemöglichkeit durch den Versicherer auf einen Umstand hinzuweisen, welcher in einem Rechtsverhältnis wurzele, an dem der Patient selbst und gerade nicht der Arzt beteiligt sei.⁷² Diese Einwände vermögen nicht zu verfangen. Denn wie gezeigt wurde, handelt es sich bei der wirtschaftlichen Aufklärungspflicht entsprechend ihrer Zweckbestimmung um eine Aufklärungspflicht i. S. d. § 241 Abs. 2 BGB, deren Rechtsgrund dogmatisch zulässig in einem in aller Regel tatsächlich gegebenen Informationsgefälle besteht.⁷³ Eine allgemeine Vermögensbetreuungspflicht ist hierfür nicht erforderlich und wird dem Arzt somit auch nicht unterstellt.⁷⁴ Das zwischen Arzt und Patient bestehende Informationsgefälle entfällt ferner nicht allein dadurch, dass die Informationen aus dem Versicherungsverhältnis stammen.⁷⁵ Es entspricht vielmehr gerade der Eigenart von Aufklärungspflichten i. S. d. Dogmatik zu § 241 Abs. 2 BGB, dass diese im Gegensatz zu informationellen Leistungspflichten Informationen zum Gegenstand haben, die nicht mit der Hauptleistungspflicht korrespondieren.⁷⁶

⁷² So etwa *Füllgraf* (Fn. 4), S. 2620; in diese Richtung auch heute noch *Deutsch/Spickhoff* (Fn. 21), Rn. 561, welche die wirtschaftliche Aufklärung nur für eine Obliegenheit und deren Normierung als vertragliche Nebenpflicht somit für eine Überbetonung der wirtschaftlichen Beratung halten.

⁷³ Siehe **B. II. 2. b).**

⁷⁴ *Terbille/Schmitz-Herscheidt*, Zur Offenbarungspflicht bei ärztlichen Behandlungsfehlern, NJW 2000, 1749 (1752) zur insoweit ähnlichen Lage bei der Fehleroffenbarungspflicht.

⁷⁵ So präzise bereits *BGH*, NJW 1983, 2630 (2631).

⁷⁶ *Pohlmann* (Fn. 30), S. 30.

In diesem Zusammenhang ist auch der wenig überzeugende und bereits unter **B. I. 1.** dargestellte Ansatz des *LG Saarbrücken* ergangen, welches zur Vermeidung der Bezugnahme auf das Versicherungsverhältnis vordergründig im Verhältnis Arzt-Patient auf eine Vermögensfürsorgepflicht des Arztes abhebt, was nicht nur sachlich nicht überzeugt, sondern kurioserweise außervertragliche wirtschaftliche Aspekte noch prominenter hervorstellt als die auf die bloße Information gerichtete Aufklärungspflicht.

Demgegenüber finden sich vor allem in der neueren Literatur Stimmen, welche die wirtschaftliche Informationspflicht des § 630c Abs. 3 BGB nicht generell infrage stellen, aber zur Zurückhaltung und Grenzziehung bei der Annahme einzelner wirtschaftlicher Aufklärungspflichten mahnen.⁷⁷ Diese Bedenken sind berechtigt. Denn die wirtschaftliche Aufklärungspflicht ist auslöschungsfaktorabhängige Aufklärungspflicht i. S. d. Dogmatik zu § 241 Abs. 2 BGB und keine auslöschungsfaktorunabhängige Beratungspflicht.⁷⁸ Als von dem konkreten Auslöschungsfaktor „Wissensvorsprung hinsichtlich bestimmter Tatsachen“ abhängige Nebenpflicht, darf diese nicht weiter ausgedehnt werden, als ein tatsächliches Wissen⁷⁹ oder eine gerechtfertigte Informationsbeschaffungspflicht⁸⁰ besteht. Mangels genereller Inanspruchnahme besonderen Vertrauens durch die berufliche Stellung des nur für die medizinische Behandlung verantwortlichen Arztes können letztere nicht generell, sondern nur bei sorgfältiger Prüfung im Einzelfall angenommen werden. Andernfalls würde der Arzt tatsächlich in die ihm fremde Rolle eines beratenden und nicht bloß aufklärenden Sachwalters fremder Vermögensinteressen gedrängt.

III. Die wirtschaftliche Informationspflicht im System der behandlungsvertraglichen Pflichten der §§ 630a ff. BGB

Untersuchungsbedürftig ist zum einen das Verhältnis zur therapeutischen Informationspflicht des § 630c Abs. 2 S. 1 BGB sowie zur Selbstbestimmungsaufklärung nach § 630 e Abs. 1 BGB.

1. Therapeutische Informationspflicht des § 630c Abs. 2 S. 1 BGB

Was das Verhältnis der wirtschaftlichen Informationspflicht zu der therapeutischen Informationspflicht des § 630c Abs. 2 S. 1 BGB angeht, so wird

⁷⁷ *Spickhoff*, Patientenrechte und Gesetzgebung, Rechtspolitische Anmerkungen zum geplanten Patientenrechtgesetz, ZRP 2012, 65 (67); *Deutsch/Spickhoff* (Fn. 21), Rn. 562.

⁷⁸ Siehe oben **B. II. 2. a).**

⁷⁹ Siehe **B. II. 2. b) bb) (1).**

⁸⁰ Siehe **B. II. 2. b) bb) (2).**

teilweise angenommen, dass die wirtschaftliche Informationspflicht des § 630c Abs. 3 zur „Basis-Information“ des § 630c Abs. 2 S. 1 gehöre, jedoch nicht überwiegend medizinische Inhalte, sondern die aus dem medizinischen Anlass entstehenden wirtschaftlichen Konsequenzen betreffe.⁸¹ Dies erscheint zweifelhaft. Denn die Informationspflicht des § 630c Abs. 2 S. 1 BGB soll ausweislich der Gesetzesbegründung identisch mit den von der Rechtsprechung zur „therapeutischen Aufklärung bzw. Sicherheitsaufklärung“ entwickelten Grundsätzen sein.⁸² Diese erfassten nur solche Schutz- und Warnhinweise, die zur Sicherstellung des „Behandlungserfolges“ notwendig sind, sog. Compliance.⁸³ Trotz der überschießenden Umsetzung der Kodifikation, welche auch Umstände wie die Erläuterung der Diagnose und der Therapie, die auch nach § 630e Abs. 1 BGB erforderlich sind, miteinbezieht,⁸⁴ ist die therapeutische Informationspflicht somit nur typisierte Ausprägung der nach § 630a Abs. 1 BGB für die Behandlung geschuldeten Sorgfalt.⁸⁵ Demgegenüber ist die nach § 630c Abs. 3 BGB geschuldete Information für den Behandlungserfolg ohne Bedeutung. Ungeachtet der systematischen Plausibilität infolge der gemeinsamen Normierung in § 630c BGB besteht aufgrund dieser Wesensverschiedenheit keine Spezialität des § 630c Abs. 3 zu § 630c Abs. 2 S. 1 BGB.⁸⁶

2. Verhältnis zu den Aufklärungspflichten des § 630e Abs. 1 BGB

Was das Verhältnis zu den als Selbstbestimmungsaufklärung bezeichneten Pflichten des § 630e Abs. 1 BGB angeht, scheint insbesondere in der frühen Rechtsprechung zwischen den beiden Pflichtregimen nicht sauber getrennt worden zu sein. So leitet das *OLG Köln* eine wirtschaftliche Informationspflicht zur Wahrung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten bei der Entscheidung über die Vornahme einer konkreten Behandlungsmethode ab.⁸⁷ Diese Vermengung wurde viel kritisiert, meist mit dem Hinweis darauf, dass die wirtschaftliche Aufklärungspflicht ja nur das Vermögen und nicht die

⁸¹ *Walter*, in: BeckOGK-BGB (Fn. 55), § 630c Rn. 49; *ders.*, Das neue Patientenrechtegesetz, 2013, Rn. 135.

⁸² BT-Drucks. 17/10488, S. 21.

⁸³ *BGH*, NJW 1981, 2002 (2003); *Katzenmeier*, Die Rahmenbedingungen der Patientenautonomie, MedR 2012, 576 (580).

⁸⁴ Dies kritisierend: *Spickhoff* (Fn. 77), S. 67; *Thurn* (Fn. 1), S. 155.

⁸⁵ *Mansel*, in: Jauernig, 18. Aufl. 2021, § 630c Rn. 3; *Hart*, Patientensicherheit nach dem Patientenrechtegesetz, MedR 2013, 159 (160).

⁸⁶ So auch *Hegerfeld* (Fn. 5), S. 429; *Hart*, Ein Patientenrechtegesetz ohne Eigenschaften, GesR 2012, 385 (386).

⁸⁷ *OLG Köln*, NJW 1987, 2304 (2304); jedenfalls nicht klar trennend auch: *BGH*, NJW 1983, 2630 (2630).

grundrechtliche Selbstbestimmung des Patienten schütze.⁸⁸ Auch wenn hier erneut das Topos des Vermögensschutzes⁸⁹ durchscheint, ist diese Forderung nach einer klaren Trennung berechtigt. Denn die Selbstbestimmungsaufklärung nach § 630e Abs. 1 BGB, welche bereits vor ihrer Kodifikation im Deliktsrecht als vertragsunabhängige ärztliche Berufspflicht anerkannt war,⁹⁰ soll den Patienten infolge der Wissensakzessorietät der Einwilligungswirksamkeit nur in die Lage versetzen, die Tragweite des mit der Behandlung verbundenen ärztlichen Eingriffs in die körperliche Unversehrtheit und die Gesundheit sowie die Heilungschance richtig einschätzen zu können.⁹¹ Hierfür kommt es nicht auf die Höhe der zu erwartenden Kosten an.⁹² Demzufolge kann in einem – infolge einer möglichen Nichtübernahme der Behandlung – höheren Eigenkostenanteil auch keine Belastung i. S. d. § 630e Abs. 1 S. 3 BGB gesehen werden, welche für sich isoliert eine Hinweispflicht auf eine alternative Behandlungsmethode begründet.⁹³ In dogmatischer Hinsicht besteht der Unterschied zwischen den beiden gleichermaßen auf den Ausgleich eines Informationsgefälles gerichteten vertraglichen Pflichten darin, dass die Selbstbestimmungsaufklärung nach § 630e Abs. 1 BGB vertragliche Hauptleistungspflicht ist,⁹⁴ wohingegen die wirtschaftliche Information nach § 630c Abs. 3 BGB vertragliche Nebenpflicht mit vorvertraglichem Charakter ist.

IV. Zwischenergebnis

In diesem ersten Teil des Beitrags wurde gezeigt, dass der Zweck der wirtschaftlichen Informationspflicht des § 630c Abs. 3 BGB und auch schon der ungeschriebenen wirtschaftlichen Aufklärungspflicht nicht unmittelbar im Schutz des Patientenvermögens, sondern im Ausgleich eines Informationsgefälles lag, damit letzterer eigenverantwortlich beim Schluss des Behandlungsvertrags auch in Kenntnis der wirtschaftlichen Folgen der Behandlung entscheiden kann (**I.**). Daraus folgt, dass die nach der Systematik der

⁸⁸ Hegerfeld (Fn. 5), S. 429; Kim (Fn. 21), S. 72; Francke/Hart (Fn. 22), S. 189.

⁸⁹ Siehe oben **B. I. 1.**

⁹⁰ BGH, NJW 1959, 814 (814 f.); Katzenmeier, in: BeckOK-BGB (Fn. 24), § 630e Rn. 5.

⁹¹ Wagner, in: MüKo-BGB V (Fn. 1), § 630e Rn. 4; Spickhoff (Fn. 4), § 630e BGB Rn. 1.

⁹² Hart (Fn. 85), S. 162; somit kann die wirtschaftliche Information niemals Elemente der Selbstbestimmungsaufklärung enthalten, a. A. Katzenmeier (Fn. 58), S. 819.

⁹³ So aber: AG Pforzheim, MedR 2003, 234 (234); Deutsch/Spickhoff (Fn. 21), Rn. 440; hiergegen richtigerweise mit Hinweis auf den unterschiedlichen Zweck: Hegerfeld (Fn. 5), S. 430, Gafner/Strömer, Die Arzthaftung bei der Behandlung gesetzlich krankenversicherter Patienten, MedR 2012, 159 (165); Schelling (Fn. 23), S. 426.

⁹⁴ Aufgrund des engen inneren Zusammenhangs zwischen der Einwilligung, welche die Behandlung erst zulässig werden lässt: BGH, NJW 1984, 1807 (1808 f.); Hart (Fn. 85), S. 161.

§§ 630a ff. BGB eindeutig als vertragliche Nebenpflicht konzipierte Pflicht in erheblichem Maße einen vorvertraglichen Charakter hat (**II. 1.**). Es wurde ausgehend von der Einordnung der wirtschaftlichen Informationspflicht als vom überlegenen Wissen des Arztes getragene Aufklärungspflicht die Bedeutung einer strengen Bindung an tatsächlich vorhandenes Wissen oder an begründbare Wissensverschaffungspflichten unterstrichen (**II. 2.**). Zuletzt wurde gezeigt, dass die wirtschaftliche Informationspflicht nach § 630c Abs. 3 BGB als vertragliche Nebenpflicht von den Hauptleistungspflichten zur therapeutischen Information nach § 630c Abs. 2 S. 1 BGB und zur Aufklärung nach § 630e Abs. 1 BGB zu trennen ist (**III.**).

C. Rechtsvergleichende Einordnung

Als vertrauensschutzbasierte Pflicht zur Aufklärung über behandlungsexterne Faktoren,⁹⁵ gerät die wirtschaftliche Informationspflicht in den Verdacht einer Verwandtschaft mit den aus der *fiduciary relationship* zwischen Arzt und Patient abgeleiteten Pflichten im US-amerikanischen Recht (**I.**). In einem zweiten Schritt soll ein kurzer Überblick über die Erweiterung (vor)vertraglicher Aufklärungspflichten durch Vorschaltung von Informationsbeschaffungspflichten bei geringeren Informationsbeschaffungskosten zur Überwindung vertraglicher Informationsasymmetrien in anderen Rechtskreisen gegeben werden (**II.**).

I. Behandlungsexterne Aufklärung aufgrund *fiduciary relationship*

Der Untersuchung ist voranzustellen, dass im Gegensatz zum deutschen Recht ein Verstoß gegen vertragliche Aufklärungspflichten im US-amerikanischen Medizinrecht meist keinen vertraglichen Schadensersatzanspruch nach sich zieht. Denn das Vertragsrecht ist aufgrund der Annahme, dass der Patient regelmäßig nicht in der Lage sei, dem Arzt vertraglich ausgehandelte Verhaltenspflichten aufzuerlegen, die von der normalen ärztlichen Praxis abweichen, weitgehend durch die standardisierten Deliktsregeln und die Deliktshaftung überlagert.⁹⁶ Der Begriff des *fiduciary*, also sinngemäß des Treuhänders, ist nicht in einem personalen, sondern in einem funktionalen Sinne zu verstehen. Der unter ihn fallende Personenkreis erfasst auf den ersten Blick ganz unterschiedliche Berufsbilder vom Beamten bis zum Gewerkschaftsführer und wurde im

⁹⁵ Glatz, (Fn. 49), S. 327.

⁹⁶ Ebd., S. 64; *District of Columbia Court of Appeals, Vassiliades v. Garfinckel's Brooks Brothers*, 13.5.1985, 492 A.2d 580 (592): „We hold that the breach of the physician-patient relationship is an actionable tort“; Shultz, *From Informed Consent to Patient Choice: A New Protected Interest*, 95 Yale L. J. (1985), 219 (223 f.).

20. Jahrhundert auch auf den behandelnden Arzt erweitert.⁹⁷ Gemeinsamer Anknüpfungspunkt für jede *fiduciary relationship* ist dabei, dass der Treuhänder – regelmäßig aufgrund besonderer fachlicher Kompetenz – eine eigene Angelegenheit einer anderen Person in deren Interesse wahrnimmt.⁹⁸ Hinsichtlich der Durchführung der anvertrauten Tätigkeit befindet sich der Treugeber durch die Abgabe der Befugnis und infolge der Fachkompetenz des Treuhänders in einer Abhängigkeit.⁹⁹ Ziel der Pflichten aus der *fiduciary relationship* ist es, zu verhindern, dass der Treuhänder diese Machtposition eigennützig missbraucht.¹⁰⁰

Aus der *fiduciary relationship* trifft den Treuhänder die Pflicht zur Weitergabe tatsächlich vorhandener Informationen hinsichtlich solcher Tatsachen, die im Zusammenhang mit dem anvertrauten Geschäft die Rechte und Interessen des Prinzipals in relevanter Art und Weise betreffen und geeignet sind, sein weiteres Verhalten möglicherweise zu beeinflussen.¹⁰¹ Auch wenn die aus der *fiduciary relationship* erwachsende Aufklärungspflicht funktional der wirtschaftlichen Informationspflicht des § 630c Abs. 3 BGB auf den ersten Blick zu entsprechen scheint, besteht zwischen beiden doch ein grundlegender Unterschied. Während die wirtschaftliche Informationspflicht als die Entscheidungsfreiheit des Patienten in Ansehung der finanziellen Behandlungsfolgen schützende eigenständige vertragliche Nebenpflicht neben die ärztliche Behandlung nach § 630a Abs. 1 BGB tritt (**B. II. 2.**), stellt im Falle der *fiduciary*-Aufklärung die vertraglich geschuldete medizinische Behandlung zugleich das übertragene Geschäft und somit Anknüpfungspunkt der Aufklärungspflichten dar.¹⁰² Eine darüber hinausgehende Treuhänderstellung hinsichtlich wirtschaftlicher Aspekte wird abgelehnt.¹⁰³ In der Konsequenz bedeutet dies, dass obwohl eine deliktische Fahrlässigkeitshaftung (*negligence*) auf Schadensersatz für einen durch einen *breach of fiduciary duty* herbeigeführten Vermögensschaden möglich ist, diese nur dann

⁹⁷ Glatz (Fn. 49), S. 138; Frankel, *Fiduciary Law*, 71 Cal. L. Rev. (1983), 795 (796).

⁹⁸ Scott, *The Fiduciary Principle*, 37 Cal. L. Rev. (1949), 539 (540): „who undertakes to act in the interest of another person“.

⁹⁹ Glatz (Fn. 49), S. 139; Frankel (Fn. 97), S. 800: „By definition, the entrustor becomes dependent because he must rely on the fiduciary for a particular service“.

¹⁰⁰ Glatz (Fn. 49), S. 139; Weinrib, *The Fiduciary Obligation*, 25 Tor. L. J. (1975), 1 (7): „to obviate the danger, that discretion’s exercise might be prejudiced by self-serving considerations“.

¹⁰¹ Glatz (Fn. 49), S. 143; *Supreme Court of Arizona, Matter of Swartz*, 15.6.1981, 630 P.2d 1020 (1026): „the duty of an agent to make full disclosure to his principal of all material facts relevant to the agency“.

¹⁰² Glatz (Fn. 49), S. 151.

¹⁰³ *Supreme Court of California, Moore v. Regents of the University of California*, 9.7.1990, 793 P.2d 479 (485) Fn. 10: „A physician is not the patient’s financial adviser“.

durch die Nichtmitteilung behandlungsexterner Umstände ausgelöst wird, wenn sie sich über die mögliche Beeinflussung des ärztlichen Urteils in einen behandlungsinternen Faktor verwandelt haben.¹⁰⁴ Um einen originären Schutz der finanziellen Entscheidungsfreiheit des Patienten wie bei § 630c Abs. 3 BGB geht es somit gerade nicht. Die erfassten Konstellationen – etwa der einen Patienten mit Bereicherungsabsicht nicht auf eine medizinisch gleichwertige oder eingriffsfärmere aber wesentlich kostengünstigere Behandlungsmethode hinweisende Arzt¹⁰⁵ – fallen demnach eher in die Anwendungsbereich der typisierten Sorgfaltspflichten der §§ 630c Abs. 2, 630e Abs. 1 BGB.

II. Überwindung von Informationsasymmetrien durch vorgeschaltete Informationsbeschaffungspflichten

Die Vorschaltung von Informationsbeschaffungspflichten vor kenntnisakzessorische (vor)vertragliche Aufklärungspflichten zur Schaffung einer informationellen Fahrlässigkeitshaftung reiht sich historisch in eine zunehmende Durchbrechung des Grundsatzes ein, dass für eine vorvertragliche Informationshaftung vorsätzliches Handeln erforderlich ist.¹⁰⁶ Diese wurde in Kontinentaleuropa durch das Rechtsinstitut der *culpa in contrahendo* (*c.i.c.*) ermöglicht.¹⁰⁷

¹⁰⁴ Glatz (Fn. 49), S. 151; *Supreme Court of California, Moore v. Regents of the University of California*, 9.7.1990, 793 P.2d 479 (485) Fn. 10: „the reason why a physician must disclose possible conflicts is not because he has a duty to protect his patient's financial interests, but because certain personal interests may affect professional judgment“.

¹⁰⁵ Glatz (Fn. 49), S. 164 f.

¹⁰⁶ Fleischer (Fn. 65), S. 584: Dieser Grundsatz folgt im deutschen Recht daraus, dass Einzelschriften des BGB aus dem Bereich der vorvertraglichen Informationshaftung, z. B. §§ 123 Abs. 1, 444, 826 BGB sowie § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. §§ 263, 264a StGB, an eine arglistige Täuschung anknüpfen, Pohlmann (Fn. 30), S. 32; Grigoleit, Vorvertragliche Informationshaftung, 1997, S. 37 leitet hieraus sogar ein grundsätzlich jede fahrlässige Haftung für vorvertragliches Informationsverhalten ausschließendes Vorsatzdogma ab.

¹⁰⁷ Fleischer (Fn. 65), S. 991; die vor der Kodifikation der *c.i.c.* in §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB nur richterrechtliche Derogation des informationellen Vorsatzdogmas hält auch Grigoleit (Fn. 106), S. 50 ff. für methodisch zulässig; Schwierigkeiten bestehen bis heute bei der Abgrenzung der Anfechtung nach § 123 BGB zur Vertragsrückgängigmachung nach *c.i.c.*: Die in BGH, NJW 1998, 302 (303 f.) getroffene Abgrenzung, wonach ein Schadensersatzanspruch nach *c.i.c.* zusätzlich tatbestandlich einen Vermögensschaden voraussetzt, setzt sich dem Einwand aus, dass auch die rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit zu den nach § 241 Abs. 2 BGB geschützten Interessen gehört und es eines Vermögensschadens für die Annahme einer Interessenschädigung folglich nicht bedarf, Loosbelders, Schuldrecht AT, 19. Aufl. 2021, Rn. 155; Fleischer, Konkurrenzprobleme um die culpa in contrahendo, AcP 200 (2000), 91 (118).

Auch in Frankreich werden im Rahmen der – im Gegensatz zum deutschen Recht auch vermögensschützenden – deliktsrechtlichen Generalklausel des Art. 1240 CC Informationspflichten mit vorgeschalteten Informationsbeschaffungspflichten, sog. *obligations de s’informer pour informer* tatbestandlich erfasst.¹⁰⁸ Diese können auch fahrlässig verletzt werden.¹⁰⁹ Auch hinsichtlich der objektiven Begrenzungen scheint ein weitgehender Gleichlauf zur deutschen Rechtslage zu bestehen, seit sich die für die Annahme einer Informationsbeschaffungspflicht erforderliche *impossibilité de connaître l’information* aus der streng am Informationsbedürftigen ausgerichteten Perspektive einem komparativen, an den unterschiedlichen Informationszugang der Parteien anknüpfenden Maßstab geöffnet hat.¹¹⁰

Der für Kontinentaleuropa prägende vorvertragliche Rundumschutz durch *c.i.c.* ist im US-amerikanischen Recht nicht zu finden und vertrüge sich wohl auch nicht mit dem trotz einiger Durchbrechungen noch immer prägenden *caveat-emptor*-Prinzip.¹¹¹ Funktional an die Stelle der vorvertraglichen Haftung für Informationspflichtverletzungen tritt der deliktsrechtliche *misrepresentation*-Tatbestand.¹¹² Dieser setzt zwar den Eintritt eines Vermögensschadens voraus, lässt hierfür jedoch in Abkehr vom früheren Erfordernis einer *intentional misrepresentation* auch kausales fahrlässiges informationelles Handeln genügen.¹¹³ Hinsichtlich der objektiven Begrenzung der Aufklärungspflicht geht das US-Recht zwar von dem Grundsatz „the duty is a duty to disclose, and you cannot disclose what you do not know.“¹¹⁴ aus. Es ist jedoch anerkannt, dass eine

¹⁰⁸ Fleischer (Fn. 65), S. 739; Ghestin, La formation du contrat, 3. Aufl. 1993, n°640; zur ursprünglich den Gewerbetreibenden ins Auge nehmenden Rechtsprechung, vgl. *Cour de Cassation, Chambre commerciale*, 10.2.1987, Bull. civ. IV, n° 41 und *Cour de Cassation, Chambre civile 1ère*, 18.4.1989, Bull. civ. I, n° 150, S. 99.

¹⁰⁹ Fleischer (Fn. 65), S. 735; Ghestin (Fn. 108), n°575, S. 633: „On quitte ainsi le domaine du dol pour entrer dans celui de la simple faute, qui peut consister dans la violation d’une obligation d’informer l’autre partie“.

¹¹⁰ *Fabré-Magnan*, De l’obligation d’information dans le contrats, 1992, n°259 ff.: „l’égal accès des contractants à l’information“; aufgegriffen von *Cour de Cassation, Chambre commerciale*, 4.7.1989, Bull. civ. IV, n°213, S. 143: „L’information sur les prestations antérieures du mannequin était difficilement accessible à l’agence de publicité.“; Fleischer (Fn. 65), S. 756.

¹¹¹ *Kessler/Fine*, *Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study*, 77 Harv. L. Rev. (1964), 401 (439).

¹¹² Fleischer (Fn. 65), S. 917.

¹¹³ Fleischer (Fn. 65), S. 919; *Prosser/Keeton*, *On the Law of Torts*, 5. Aufl. 1984, § 107, S. 745 ff.

¹¹⁴ Vgl. auch *Court of Appeal, Joel v. Law Union and Crown Insurance Co.*, 30.7.1908, [1908] 2 K.B. 863 (884).

Aufklärungspflicht auch hinsichtlich solcher Tatsachen bestehen kann, zu denen die eine Seite über einen besseren Informationszugang als die andere verfügt.¹¹⁵

Es lässt sich somit festhalten, dass es sich bei der Verbindung von Aufklärungspflichten mit Informationsbeschaffungspflichten und somit bei der Schaffung fahrlässiger Informationshaftungstatbestände um ein rechtskreisübergreifendes allgemeines, auch rechtsökonomisch motiviertes Prinzip zur Überwindung von Informationsasymmetrien handelt.¹¹⁶

D. Ausgewählte Probleme bei den Voraussetzungen und Rechtsfolgen

Im letzten Teil des Beitrags sollen die gewonnenen dogmatischen Erkenntnisse zur Entscheidung von Auslegungsfragen auf Tatbestands- und Rechtsfolgenseite des § 630c Abs. 3 BGB eingesetzt werden.

I. Nicht gesicherte Übernahme der Behandlungskosten

Eine nicht gesicherte Übernahme liegt jedenfalls dann vor, wenn die Erstattungsfähigkeit durch die private Krankenversicherung unsicher oder es nicht sicher ist, ob bestimmte Maßnahmen in den Leistungskatalog der gesetzlichen Krankenversicherung fallen, auf die der Versicherte einen Anspruch hat.¹¹⁷ Fraglich ist, ob auch der Fall erfasst ist, dass der Patient überhaupt keinen Versicherungsschutz hat. Teilweise wird dies im Wege eines erst-recht-Schlusses bejaht.¹¹⁸ Hiermit wird jedoch verkannt, dass die für die Annahme einer Aufklärungspflicht erforderliche Schutzbedürftigkeit des (versicherten) Patienten daraus resultiert, dass er infolge seines Versicherungsschutzes glaubt, selbst keine Kosten tragen zu müssen.¹¹⁹ Ein nicht versicherter Patient weiß dagegen ohnehin schon, dass kein Dritter für die Kosten aufkommen wird.¹²⁰ Mangels Erheblichkeit der Information für den Patienten besteht folglich der Rechtsgrund für eine entsprechende Informationspflicht nicht, sodass dieser

¹¹⁵ *Holmes*, A Contextual Study of Commercial Good Faith: Good-Faith Disclosure in Contract Formation, 39 U. Pitt. L. Rev. (1978), 381 (446): „The existence of reasonable access to basic facts should be one factor in determining the existence and extent of the duty to speak“; unter umgekehrten Vorzeichen eine Aufklärungspflicht verneinend bereits: *U.S. Supreme Court, Laidlaw v. Organ*, 15.3.1817, 15 U.S. 178 (1817), 195 „where the means of intelligence are equally accessible to both parties“.

¹¹⁶ *Fleischer*, (Fn. 65), 992; *Wagner*, in: MüKo-BGB V (Fn. 1), § 630c Rn. 61.

¹¹⁷ *Spickhoff* (Fn. 4), § 630c BGB Rn. 34.

¹¹⁸ *Schmidt*, in: JurisPK-BGB, Stand: 23.6.2020, § 630c Rn. 31.

¹¹⁹ Siehe oben **B. II. 2. b) aa**.

¹²⁰ So auch *Hegerfeld* (Fn. 5), S. 440; *Wenzel/Steinmeister*, Das neue Patientenrechtgesetz, Veränderungen in der Arzthaftung, BuGBl 58 (2015), 23 (26 f.).

vom Wortlaut erfasste Fall im Wege der teleologischen Reduktion aus dem Anwendungsbereich des § 630c Abs. 3 BGB auszuschneiden ist.

II. Maßstab für das Vorliegen hinreichender Anhaltspunkte für die nicht gesicherte Kostenübernahme, § 630c Abs. 3 S. 1 Var. 2 BGB

Das Vorliegen hinreichender Anhaltspunkte wird teilweise mit fahrlässiger Unkenntnis gleichgesetzt.¹²¹ Nach dem Fahrlässigkeitsmaßstab des § 276 Abs. 2 BGB komme es demnach darauf an, ob ein vernünftiger Arzt in der Situation des Behandelnden erkannt hätte, dass die vollständige Übernahme der Behandlungskosten nicht gesichert ist.¹²² Dem wird entgegnet, dass mit der zweiten Variante nur die bisherige Rechtsprechung übernommen werden sollte, nach der eine Informationspflicht nur bei begründeten Zweifeln an der Kostenübernahme bestand.¹²³ Der Mehrwert dieses Rückgriffs auf einen unbestimmten Rechtsbegriff ist begrenzt.¹²⁴ Soweit ersichtlich, soll damit lediglich ein Ausschluss leichter Fahrlässigkeit bezweckt werden.¹²⁵ Ob diese Wertung der Rechtsprechung zu den begründeten Zweifeln entnommen werden kann, ist schon deshalb fraglich, da diese wohl nur die Ausweitung der Aufklärungspflicht auf dem Arzt tatsächlich bekannte Tatsachen, aus denen sich die Möglichkeit der Nichtübernahme der Kosten ergibt, bezweckte und keine Aufklärungspflicht bei fahrlässiger Unkenntnis statuieren wollte.¹²⁶ Plausibler ist es aus dogmatischer Sicht, davon auszugehen, dass in den von der zweiten Variante erfassten Fällen der Informationspflicht eine Informationsbeschaffungspflicht aufgrund leichterer Informationsbeschaffung vorgeschaltet ist. Dies liegt auch deshalb nahe, da hierin ein rechtskreisübergreifendes Prinzip zum Ausgleich struktureller Informationsnachteile liegt.¹²⁷ Sollte für die Verletzung der (vor)vertraglichen Informationsbeschaffungspflicht nicht der Verschuldensmaßstab des § 276 Abs. 1 BGB gelten, hätte der Gesetzgeber dies deutlicher zum Ausdruck bringen müssen.¹²⁸ Dogmatische Bedenken an dieser Lösung bestehen allein insofern, als dass – insbesondere bei privat Versicherten – der Arzt nicht in jedem Fall einen leichteren Zugang zur Frage der Möglichkeit der Nichtübernahme der Kosten

¹²¹ *Jaeger*, (Fn. 62), Rn. 173.

¹²² *Wagner*, in: MüKo-BGB V (Fn. 1), § 630c Rn. 61.

¹²³ *Spickhoff* (Fn. 22), S. 850; *Rehborn*, Das Patientenrechtegesetz, GesR 2013, 257 (261); *Schneider*, in: Prütting/Wegen/Weinreich (Fn. 30), § 630c BGB Rn. 15.

¹²⁴ So auch *Hegerfeld* (Fn. 5), S. 436.

¹²⁵ *Spickhoff* (Fn. 4), § 630c BGB Rn. 36.

¹²⁶ Siehe oben **B. II. 2. b) bb) (2)**.

¹²⁷ Siehe oben **C. II.**

¹²⁸ *Hegerfeld* (Fn. 5), S. 437.

hat.¹²⁹ Dem kann jedoch dadurch Rechnung getragen werden, dass eine Information des Patienten trotz fehlender positiver Kenntnis nur dann der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt entspricht, wenn diese leichtere Informationsbeschaffungsmöglichkeit tatsächlich besteht. Entscheidend ist somit nur Zurückhaltung bei der Bestimmung der objektivierten Sorgfaltsanforderungen des § 276 Abs. 2 BGB im Einzelfall. Auf eine Restriktion bei der Intensität des Sorgfaltsverstößes kommt es dagegen nicht an. Mithin ist aus dogmatischer Sicht der Ansicht beizupflichten, welche den Fahrlässigkeitsmaßstab des § 276 Abs. 2 BGB anlegen möchte.

III. Umfang der Informationspflicht

Nach dem Wortlaut des § 630c Abs. 3 BGB hat der Behandelnde nur über die voraussichtlichen Kosten der Behandlung zu informieren. Bei engem Wortlautverständnis könnte dies bedeuten, dass ein expliziter Hinweis auf die Möglichkeit der Nichtübernahme der Behandlungskosten durch den Dritten nicht erforderlich ist.¹³⁰ Hiergegen spricht jedoch, dass ein expliziter Hinweis auf die möglicherweise fehlende Kostenübernahme nach der Rechtsprechung zur ungeschriebenen wirtschaftlichen Aufklärungspflicht geschuldet war¹³¹ und der Gesetzgeber an diese anknüpfen wollte.¹³² Auch wird dem im Ausgleich vertragsschlussrelevanter Informationsungleichgewichte liegenden Zweck nur dann entsprochen, wenn der grundsätzlich von der Selbstbelastungsfreiheit ausgehende Patient¹³³ auf die Möglichkeit hingewiesen wird, dass er die Kosten möglicherweise selbst zu tragen hat.¹³⁴ Nach wie vor hat der Arzt somit auch auf die Möglichkeit der fehlenden Kostenübernahme hinzuweisen.

Auslegungsspielräume bestehen auch hinsichtlich der Frage, über welche Kosten zu informieren ist. Zwar liegt es begrifflich näher, dass mit „der“ Behandlung nur die konkret vorzunehmende Behandlung gemeint ist.¹³⁵ Dennoch wird der Arzt teilweise auch für verpflichtet gehalten, über die Kosten einer aufgrund eines Behandlungsfehlers erforderlichen Folgebehandlung aufzuklären.¹³⁶ Dabei sind

¹²⁹ Zuletzt auch: *BGH*, NJW 2020, 1211 (1212); für eine restriktive Auslegung der „Kenntnis“ und der „Zweifel“ bei der ungeschriebenen wirtschaftlichen Aufklärungspflicht bereits *Schelling* (Fn. 23), S. 427.

¹³⁰ *Voigt*, in: NK-BGB II (Fn. 3), § 630c Rn. 27, der diesen aber auf § 241 Abs. 2 BGB stützt.

¹³¹ *BGH*, NJW 1983, 2630 (2631).

¹³² BT-Drucks. 17/10488, S. 9 f.

¹³³ Siehe dazu **B. II. 2. b) aa).**

¹³⁴ *Hegerfeld* (Fn. 5), S. 444.

¹³⁵ *Ebd.*, S. 449; *Frahm/Nixdorf/Walter*, Arzthaftungsrecht, 6. Aufl. 2018, Rn. 33.

¹³⁶ *Spickhoff* (Fn. 4), § 630c BGB Rn. 38.

zwei Spielarten denkbar. Zum einen könnte dies im Wege einer nach der Erstbehandlung entstehenden auf wirtschaftliche Aspekte begrenzten Fehleroffenbarungspflicht erfolgen.¹³⁷ Hiermit würde man jedoch den vorvertraglichen Zuschnitt des Zwecks der wirtschaftlichen Informationspflicht des § 630c Abs. 3 BGB verkennen, der im Schutz der Entscheidungsfreiheit hinsichtlich der Behandlung besteht.¹³⁸ Mit der Vornahme der Erstbehandlung ist der Vergütungsanspruch des Arztes diesbezüglich jedoch endgültig entstanden. Eine nachträgliche Information vermag diesen Zweck nicht zu erreichen.¹³⁹ Zudem wird über die Folgebehandlung meist ein eigener, die wirtschaftliche Informationspflicht nach § 630c Abs. 3 BGB erneut auslösender Behandlungsvertrag geschlossen, sodass für eine die Grenze zu § 630c Abs. 2 S. 2 BGB verwischende wirtschaftliche Fehleroffenbarungspflicht gar kein Bedürfnis besteht.¹⁴⁰

Alternativ wäre auch denkbar, dass zu den voraussichtlichen Kosten der vorzunehmenden Erstbehandlung auch stets die Kosten etwaiger Folgebehandlungen gehören. Dies birgt nicht nur das praktische Problem, dass die genaue Art der Folgebehandlungen und somit die Kosten vor der Vornahme der Erstbehandlung nur schwer zu beziffern sind. Diese Pflicht bedeutete letztlich auch eine Missachtung der systematischen Unterschiede zwischen der lediglich die Eigenkosten für die Erstbehandlung betreffenden wirtschaftlichen Informationspflicht des § 630c Abs. 3 BGB und der Aufklärungspflicht des § 630e Abs. 1 BGB, welche den Patienten in die Lage versetzen soll, die Erfolgsaussichten der Behandlung und somit die Notwendigkeit von Folgebehandlungen einschätzen zu können.¹⁴¹

IV. Zeitpunkt der Information

Die Information hat „vor Beginn der Behandlung“ zu erfolgen. Ausweilich der Entwurfsbegründung ist der Behandlungsbegriff des § 630c BGB jedoch in Abgrenzung von der von § 630e BGB erfassten konkreten medizinischen Maßnahme in einem weiten Sinne als Gegenstand des Behandlungsvertrags zu verstehen.¹⁴² Nach einem solchen Verständnis wäre bereits in einem Stadium zu informieren, welches noch vor dem Anamnesegespräch liegt und in dem

¹³⁷ *Terbille/Schmitz-Herscheidt* (Fn. 74), S. 1754.

¹³⁸ Siehe dazu **B. II. 1.**

¹³⁹ *Jaeger* (Fn. 62), Rn. 186; *Schelling/Warntjen*, Die Pflicht des Arztes zur Offenbarung von Behandlungsfehlern, *MedR* 2012, 506 (510).

¹⁴⁰ *Hegerfeld* (Fn. 5), S. 450.

¹⁴¹ *Ebd.*, S. 449, siehe dazu schon **B. III. 2.**

¹⁴² BT-Drucks. 17/10488, S. 21.

regelmäßig die Tatbestandsvoraussetzungen der positiven Kenntnis oder der hinreichenden Anhaltspunkte für eine ungesicherte Kostenübernahme noch nicht vorliegen dürften.¹⁴³ Da der Wortlaut bei der Zeitpunktbestimmung folglich nicht weiterhilft, sind teleologische Aspekte in Augenschein zu nehmen. Klar ist, dass die Information jedenfalls vor der Vornahme der kostenpflichtigen Maßnahme zu erfolgen hat, da andernfalls die Vergütungspflicht vollumfänglich entstanden ist.¹⁴⁴ Dennoch sollte hieraus nicht der Schluss gezogen werden, dass „vor Beginn der Behandlung“ jeder Zeitpunkt vor der Durchführung der konkreten Maßnahme ist.¹⁴⁵ Denn der einer vorvertraglichen Situation entsprechende bezweckte Schutz der Entscheidungsfreiheit des Patienten¹⁴⁶ setzt voraus, dass dieser die Möglichkeit hat, seine Behandlungsentscheidung ernsthaft zu überdenken, was auch die Kontaktaufnahme mit dem eigenen Versicherer zwecks Kostenübernahme einschließt.¹⁴⁷ Somit ist ein gewisser zeitlicher Mindestabstand zur Vornahme der kostenpflichtigen Maßnahme einzuhalten.

V. Form der Information

Nach § 630c Abs. 3 S. 1 BGB hat die Information in der Textform des § 126b BGB zu erfolgen. Weitergehende Formanforderungen bleiben unberührt, § 630c Abs. 3 S. 2 BGB. Umstritten ist dabei die Rechtsfolge eines Formverstößes. Teilweise wird davon ausgegangen, dass der Formverstoß nach § 125 S. 1 BGB zur Nichtigkeit des Behandlungsvertrags führe.¹⁴⁸ Dies überzeugt nicht. Denn bereits inhaltlich ist die Information über die voraussichtlichen Kosten als Erfüllung einer vertraglichen Nebenpflicht nicht identisch mit dem vertragsbegründenden Behandlungsversprechen des Arztes.¹⁴⁹ Dieser kommt, wie gezeigt, sogar ohne ausdrückliche Kostenvereinbarung nach §§ 630b, 612 Abs. 1 BGB zustande.¹⁵⁰ Überdies kann die Information auch nach Vertragsschluss erfolgen.¹⁵¹ Schließlich spricht auch der eindeutige Wille des Gesetzgebers, dass der Pflichtverstoß in Übereinstimmung mit der früheren Rechtsprechung nur als Schadensersatzanspruch dem Vergütungsanspruch

¹⁴³ *Wagner*, in: MüKo-BGB V (Fn. 1), § 630c Rn. 56.

¹⁴⁴ *Schneider*, in: Prütting/Wegen/Weinreich (Fn. 30), § 630c Rn. 16; *Voigt*, in: NK-BGB II, § 630c Rn. 22; siehe **B. II. 1.**

¹⁴⁵ So aber wohl *Hegerfeld* (Fn. 5), S. 461 f.

¹⁴⁶ Siehe dazu **B. II. 1.**

¹⁴⁷ So auch *Weidenkaff*, in: Palandt (Fn. 1), § 630c Rn. 11.

¹⁴⁸ *Rebborn* (Fn. 123), S. 262; *Mansel*, in: Jauernig (Fn. 85), § 630c Rn. 9; *Rebborn/Gescher*, in: Erman (Fn. 58), § 630c Rn. 40.

¹⁴⁹ *Hegerfeld* (Fn. 5), S. 456; *Weidenkaff*, in: Palandt (Fn. 1), § 630c Rn. 11.

¹⁵⁰ Siehe hierzu **B. II. 2. b) aa).**

¹⁵¹ Siehe diesbezüglich **D. IV.**

entgegengehalten werden könne,¹⁵² gegen eine Annahme der Nichtigkeit des gesamten Behandlungsvertrages.

VI. Ersatzfähiger Schaden

Ausgehend von diesem gesetzgeberischen Willen geht man auch überwiegend davon aus, dass ein Verstoß gegen § 630c Abs. 3 BGB zu einem mit dem Vergütungsanspruch aufrechenbaren Schadensersatz nach § 280 Abs. 1 BGB führt, wobei der Schaden darin liegen soll, dass der Patient die Kosten selbst zu tragen hat und diese nicht vom Krankenversicherer übernommen werden.¹⁵³ Hieran wird gelegentlich Kritik geäußert. So bleibe unklar, warum die aus einer privatautonom vereinbarten Behandlung rechtlich geschuldete Arztvergütung als unfreiwillige Vermögenseinbuße des Patienten einzuordnen ist.¹⁵⁴ Nach den Untersuchungen im ersten Teil handelt es sich in den von der wirtschaftlichen Informationspflicht erfassten Fällen gerade um Konstellationen, in denen infolge einer vertragsschlusswesentlichen Informationsasymmetrie keine rein eigenverantwortliche Entscheidung hinsichtlich einer persönlichen Vergütungspflicht getroffen wird. Eine nicht erstattbare Vergütungspflicht ist nicht gewollt, sodass am Merkmal der Unfreiwilligkeit kein Zweifel bestehen kann.¹⁵⁵ Möglicherweise liegt jedoch schon deshalb keine Vermögenseinbuße vor, da nach der Differenzhypothese die erhaltene Behandlung als geldwerter Vorteil, dessen Wert nach der GOÄ der Höhe der Vergütung entspricht, in Anrechnung zu bringen ist.¹⁵⁶ Diese Frage kann hier nicht in der gebotenen Ausführlichkeit erörtert werden. Nach meinem Dafürhalten sollten bei deren Beantwortung die Erkenntnis, dass die wirtschaftliche Informationspflicht im Kern eine vorvertragliche Aufklärungspflicht ist¹⁵⁷ und die zur Vertragsaufhebung durch *c.i.c.* entwickelte Kontroverse berücksichtigt werden. Wer wie der *BGH* davon ausgeht, dass zusätzlich zur Willensbeeinflussung ein Vermögensschaden erforderlich ist,¹⁵⁸ wird sich wohl näher mit der Frage beschäftigen müssen, warum nach dem subjektiven Schadensbegriff die

¹⁵² BT-Drucks. 17/10488, S. 22 unter Berufung auf *BGH*, VersR 2000, 999 (1002); die Rechtsprechung nahm einen (vorvertraglichen) Schadensersatzanspruch aus positiver Vertragsverletzung i. H. d. Arzthonorars an: *BGH*, NJW 2000, 3429 (3432); *OLG Stuttgart*, NJW-RR 2002, 1604 (1605); *LG Bielefeld*, VersR 1998, 1516.

¹⁵³ *Wagner*, in: MüKo-BGB V (Fn. 1), § 630c Rn. 67; *Spickhoff* (Fn. 4), § 630c BGB Rn. 42; zuletzt *BGH*, NJW 2020, 1211 (1213).

¹⁵⁴ *Voigt*, in: NK-BGB II (Fn. 3), § 630c Rn. 17; *Katzenmeier/Voigt* (Fn. 2), S. 474.

¹⁵⁵ So auch *Schütz/Dopbeide*, Fehlerhafte medizinische Behandlung und ärztlicher Honoraranspruch, VersR 2006, 1440 (1444).

¹⁵⁶ *Katzenmeier/Voigt* (Fn. 2), S. 474; *Schütz/Dopbeide* (Fn. 155), S. 1444.

¹⁵⁷ Siehe dazu **B. II. 1.**

¹⁵⁸ *BGH*, NJW 1998, 302 (305).

medizinische Leistung des Arztes stets für die Zwecke des Patienten nicht voll brauchbar sein soll. Am Ergebnis des (teilweisen) Ausschlussanspruches kann trotz der Unstimmigkeiten aufgrund des eindeutigen gesetzgeberischen Willens und der früheren Rechtsprechung kein Zweifel bestehen.¹⁵⁹ Eine vorzugswürdige Alternative könnte aber darin liegen, die Frage nach dem Vermögensschaden durch die Annahme eines Ausschlusses der Durchsetzung des Vergütungsanspruches aufgrund unzulässiger Rechtsausübung nach § 242 BGB auszuklammern.¹⁶⁰

VII. Beweislast

Unter Zugrundelegung der herrschenden Annahme eines Vermögensschadens stellt sich sodann die Frage, wer diesen zu beweisen hat. Nach dem als *Rosenberg'sche* Formel bekannten Umkehrschluss ist es grundsätzlich Sache des Patienten als Anspruchsteller, den Verstoß gegen die Informationspflicht und den Ursachenzusammenhang mit dem Schaden, also den Umstand, dass er sich bei Erhalt der Information gegen die Behandlung entschieden hätte, zu beweisen.¹⁶¹ Da die wirtschaftliche Informationspflicht gegenüber der leistungssichernden therapeutischen Information nach § 630c Abs. 2 und der Selbstbestimmungsaufklärung nach § 630e Abs. 1 BGB eigenständige („vermögensschützende“) Nebenpflicht ist, unterfällt sie auch keinem beweislasterkehrenden Tatbestand des § 630h BGB.¹⁶² In seinem jüngsten Urteil zur wirtschaftlichen Informationspflicht des § 630c Abs. 3 BGB hat der *BGH* auch der Übertragung sowohl der Rechtsprechung zur Beweislastumkehr bezüglich „aufklärungsrichtigen Verhaltens“ nach der Verletzung therapeutischer Informationspflichten als auch bei der Kapitalanlageberatung eine Absage erteilt.¹⁶³ Eine Beweislastumkehr zu Lasten des Auskunftspflichtigen für aufklärungsrichtiges Verhalten wird angenommen, wenn eine vertragliche Aufklärungspflicht, bei der es um einen auf eine bestimmte Verhaltensweise ausgelegten Rat oder Hinweis geht, verletzt wird und es für den anderen Teil

¹⁵⁹ *Katzenmeier/Voigt* (Fn. 2), S. 474; *Voigt*, in: NK-BGB II (Fn. 3), § 630c Rn. 28, die jedoch auf die Notwendigkeit einer sorgfältigen Prüfung eines Mitverschuldens nach § 254 Abs. 1 BGB hinweisen.

¹⁶⁰ So auch *Spickhoff* (Fn. 4), § 630c BGB Rn. 42; *Deutsch/Spickhoff* (Fn. 21), Rn. 561

¹⁶¹ *Ziegler* (Fn. 1), S. 1188; vgl. zu Hinweispflichten des Verkäufers kosmetischer Präparate *BGH*, NJW 1975, 824 (825).

¹⁶² BT-Drucks. 17/10488, S. 22; *Wagner*, in: MüKo-BGB V (Fn. 1), § 630h Rn. 16; a. A. *Ziegler* (Fn. 1), S. 1190, der wohl aufgrund eines zusätzlichen Verstoßes einer den Vorgaben des § 630c Abs. 3 BGB nicht genügenden Erklärung gegen AGB-rechtliche Bestimmungen einen groben Informationsfehler i. S. d. § 630h Abs. 5 S. 1 BGB annimmt.

¹⁶³ *BGH*, NJW 2020, 1211 (1213).

vernünftigerweise nur eine bestimmte Möglichkeit gibt, sich „aufklärungsrichtig“ zu verhalten.¹⁶⁴ Der *BGH* lehnt eine Übertragung auf Verletzungen der wirtschaftlichen Informationspflicht mit der Begründung ab, dass der Behandelnde nach § 630c Abs. 3 BGB keinen auf eine bestimmte Verhaltensweise ausgerichteten Rat schulde, sondern nur eine Information über die voraussichtlichen Kosten der Behandlung, welche dem Patienten die wirtschaftliche Tragweite seiner Entscheidung vergegenwärtigen soll.¹⁶⁵ Aus dogmatischer Sicht steht hier hinter die überzeugende Erwägung, dass es sich bei der wirtschaftlichen Informationspflicht um eine Schutzpflicht in Form einer Aufklärungspflicht handelt, welche dem Informationsbedürftigen nur eine Entscheidungsgrundlage liefern soll,¹⁶⁶ wohingegen es bei der therapeutischen Aufklärung des § 630c Abs. 2 S. 1 BGB um eine leistungssichernde Beratungspflicht geht, welche im Hinblick auf den angestrebten Vertragszweck der Heilung auch den Entscheidungsprozess beeinflussen soll.¹⁶⁷

Auch eine Übertragung der Rechtsprechung zu Aufklärungspflichtverletzungen in Kapitalanlagefällen, bei denen eine Beweislastumkehr auch bei mehreren gleich „vernünftigen“ Handlungsalternativen angenommen wird,¹⁶⁸ lehnt der *BGH* unter Berufung auf die andere Interessenlage im Medizinrecht, bei der nicht die wirtschaftliche Disposition, sondern persönliche und medizinische Fragen im Vordergrund stünden, ab.¹⁶⁹ Diese Interessenserwägungen mögen etwas irreführend sein, da sie den Anschein erwecken, eine Übertragung sei im Einzelfall möglich, wenn doch ausnahmsweise wirtschaftliche Interessen im Vordergrund stehen.¹⁷⁰ Eindeutiger wäre es gewesen, die dogmatischen Unterschiede in den Vordergrund und nicht im Stile einer salvatorischen Klausel an das Ende der Erwägungen zu stellen.¹⁷¹ Entscheidender Punkt ist, wie schon bei der Verwerfung der Beweislastumkehr für „aufklärungsrichtiges Verhalten“, dass § 630c Abs. 3 BGB als integritätsinteresseschützende Aufklärungspflicht nur den Schutz vor finanziellen Überraschungen bezweckt¹⁷² und keine Schutzrichtung hinsichtlich der Art der medizinischen Behandlung entfaltet, sodass im Rahmen des § 630c Abs. 3 BGB ein Hinweis auf alternative

¹⁶⁴ *BGH*, NJW 1973, 1688 (1688); 1989, 2320 (2321).

¹⁶⁵ *BGH*, NJW 2020, 1211 (1213).

¹⁶⁶ Siehe dazu **B. II. 2. a)**.

¹⁶⁷ *Katzenmeier/Voigt* (Fn. 2), S. 475.

¹⁶⁸ *BGH*, NJW 2012, 2427 (2429 f.); NJW-RR 2016, 1187 (1188).

¹⁶⁹ *BGH*, NJW 2020, 1211 (1214).

¹⁷⁰ Dies nimmt etwa *Ziegler* (Fn. 1), S. 1189 für medizinisch vergleichbare Behandlungsalternativen mit erheblich unterschiedlichen Kosten an.

¹⁷¹ *BGH*, NJW 2020, 1211 (1215).

¹⁷² Siehe dazu **B. I.**

Behandlungsmethoden nicht geschuldet ist.¹⁷³ Bei Verletzungen der wirtschaftlichen Informationspflicht geht es also im Gegensatz zur Verletzung von Beratungspflichten bei der Kapitalanlage nie um einen unübersichtlichen und die Beweisführung für den Anleger unzumutbar erschwerenden Kreis von Handlungsalternativen,¹⁷⁴ sondern nur um die konkrete Frage, ob sich der Patient in Ansicht der Kosten für oder gegen die Behandlungsmethode entschieden hätte.

Eine generelle Übertragung der Beweislastumkehrungen ist somit ausgeschlossen. Möglich bleibt im Rahmen der Überzeugungsbildung nach § 286 ZPO eine tatsächliche Vermutung oder ein Anscheinsbeweis.¹⁷⁵

E. Fazit

Im letzten Teil des Beitrags wurde der Wert einer grundsätzlichen dogmatischen und rechtsvergleichenden Untersuchung der wirtschaftlichen Informationspflicht für die Beantwortung konkreter Auslegungsfragen aufgezeigt. Es wäre ein erfreulicher Erfolg dieses Beitrags, wenn einige der Erkenntnisse Eingang in die infolge des Urteils des *BGH* und der zunehmenden Praxisrelevanz erwartbar steigende wissenschaftliche Beschäftigung mit der wirtschaftlichen Informationspflicht fänden.

¹⁷³ *Katzenmeier/Voigt* (Fn. 2), S. 475.

¹⁷⁴ *Roth*, Beweislastprobleme um Verletzungen der Aufklärungspflicht bei Kapitalanlagen, *JZ* 2015, 1081 (1083 f.).

¹⁷⁵ *Katzenmeier/Voigt* (Fn. 2), S. 476.

Matthias Holzheu*

Kann ein Werkvertrag ein Kaufvertrag sein? Besprechung von *EuGH*, Urt. v. 7.9.2017, Rs. C-247/16, *Schottelius* unter besonderer Berücksichtigung der verwendeten Auslegungsmethoden

Abstract

Der Beitrag thematisiert eine Entscheidung des *EuGH* zur Frage, ob die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie auch auf einen deutschen Werkvertrag Anwendung finden kann. Um diese Frage zu beantworten, legte der *EuGH* die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie aus. Die Auslegung nahm er zunächst anhand seines üblichen Auslegungsprogramms vor. Im weiteren Verlauf der Auslegung zog der *EuGH* aber auch das UN-Kaufrecht heran, an dem sich der Unionsgesetzgeber im konkreten Fall orientiert hatte. Diese „Auslegung nach Vorbildrecht“ stellt eine methodische Neuerung dar.

Examining the *Schottelius* ruling, this article tries to shed light on the question of how the European Court of Justice (ECJ) interprets EU law. Responding to a request for a preliminary ruling, the ECJ determined that the Consumer Sales Directive does not apply to a German contract for work. In the first part of its decision, the ECJ used its well-established methods of interpretation. However, in the second part, the ECJ bases its interpretation on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG). The recourse was possible because the CISG had served as a model for the Consumer Sales Directive. This “interpretation in accordance with a model law” constitutes a novelty in the ECJ jurisprudence.

* Der Verfasser studiert Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Dieser Beitrag beruht auf einer Seminararbeit, die im Rahmen eines Seminars zum Kaufrecht im Sommersemester 2020 bei Prof. Dr. Christian Baldus und Dr. Thomas Raff entstanden ist. Ihnen gilt mein besonderer Dank für Ihre tatkräftige Unterstützung und hilfreichen Anmerkungen. Der Beitrag wurde redaktionell betreut von stud. iur. Mihail Kolev.

A. Einleitung

Wozu dienen Auslegungsmethoden, d. h. juristische Methodenlehre? Zum einen kann man die Aufgabe von Methodenlehre in der *Herstellung* von juristischen Entscheidungen sehen. Hierbei können Auslegungsmethoden den Interpreten einerseits bei der Rechtsanwendung disziplinieren, also verhindern, dass dieser das Gesetz willkürlich anwendet (voluntatives Defizit). Andererseits kann Methodenlehre dem Rechtsanwender helfen, eine Rechtsnorm intellektuell zu durchdringen (kognitives Defizit).¹

Zum anderen lässt sich der Sinn der Methodenlehre auch in der *Darstellung* von Entscheidungen sehen. Auslegungsmethoden helfen dann, gerichtliche Entscheidungen durch die Anwendung objektivierbarer Kriterien nachvollziehbar und rational überprüfbar zu machen.² Auf diese Weise trägt Methodenlehre zur Überzeugungskraft von Gerichtsurteilen bei.

Insofern kann möglicherweise die europäische Methodenlehre, die danach fragt, wie der *EuGH* das Unionsrecht auslegt, helfen, die nach wie vor verbreiteten Vorbehalte gegen selbigen abzubauen.³ Es hilft dabei, sich zunächst bewusst zu machen, dass der *EuGH* bei der Auslegung des Primär- und Sekundärrechts nicht zwingend dem deutschen Vierkanon (Wortlaut, Systematik, Gesetzgebungsgeschichte, Telos) folgt.⁴ Denn die Richter am *EuGH* kommen aus 27 verschiedenen Staaten mit unterschiedlichen Rechtsordnungen und Rechtstraditionen. So kennt z. B. das u. a. in Irland geltende *common law* andere Auslegungsmethoden als die in Deutschland herrschenden (*literal rule*, *golden rule*, *mischief rule*). Der *EuGH* wendet wiederum eigene Methoden an, die dem deutschen Recht fremd sind. Hierzu sind z. B. das Effizienzgebot (*effet utile*), wonach eine Norm so auszulegen ist, dass ein Regelungsziel bestmöglich erreicht wird,⁵ und der Grundsatz, dass Ausnahmen eng auszulegen sind (*singularia non sunt extendenda*)⁶ zu zählen.

Es soll daher in den Blick genommen werden, welche Auslegungsmethoden der *EuGH* in der Rechtssache Schottelius *tatsächlich* anwendet. In dogmatischer

¹ Reimer, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, Rn. 8.

² Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 11. Aufl. 2020, Rn. 696.

³ So z. B. Jahn, Europarichter überziehen ihre Kompetenzen, NJW 2008, 1788 (1788), der dem *EuGH* „Methodenwillkür“ vorwirft.

⁴ Baldus/Raff, in: Gebauer/Teichmann, EnzEuR VI, 1. Aufl. 2016, § 3 Rn. 36.

⁵ *EuGH*, Urt. v. 14.10.1999, C-223/98, *Adidas*, Rn. 24; vgl. dazu Potacs, Effet utile als Auslegungsgrundsatz, EuR 2009, 465 ff.

⁶ *EuGH*, Urt. v. 23.3.2006, C-465/04, *Honeymoon ./.* Mariella De Zotti, Rn. 24; Urt. v. 28.10.2010, C-203/09, *Volvo Car ./.* Autobof Weidendorf, Rn. 42.

Hinsicht ist dabei besonders darauf zu achten, ob die vorgenommene Auslegung für den *EuGH* typisch ist. Ferner ist zu fragen, ob die Entscheidung unter der neuen Warenkaufrichtlinie⁷ anders ergehen würde.

B. Analyse der Entscheidung

I. Sachverhalt

Das Urteil erging in einem Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV. Gegenstand des Ausgangsverfahrens vor dem *LG Hannover* war ein Rechtsstreit zwischen Frau *Schottelius* und Herrn *Seifert*. Die Eheleute *Schottelius* hatten mit dem Unternehmer *Seifert* einen Vertrag über die Sanierung ihres Gartenpools geschlossen. Im Rahmen der Sanierung verkaufte *Seifert* verschiedene, zur Instandsetzung des Pools erforderliche Güter an die Eheleute *Schottelius*, insbesondere eine Filteranlage mit einer Pumpe. Nach Abnahme des Werks im Jahre 2011 zeigten sich verschiedene Mängel. Der Aufforderung der Eheleute, diese Mängel zu beseitigen, kam *Seifert* jedoch nicht nach. Herr *Schottelius* beseitigte daraufhin die Mängel selbst und auf eigene Kosten. In der Folge versuchten die Eheleute, die Kosten der Sanierung von Herrn *Seifert* zurückzufordern. Dieser Forderung stand jedoch entgegen, dass Herrn *Seifert* keine wirksame Nachfrist gemäß § 637 Abs. 1 BGB gesetzt worden und die Setzung einer Nachfrist auch nicht gemäß § 637 Abs. 2 BGB entbehrlich gewesen war.⁸ Somit hatte Frau *Schottelius* nach dem geltenden deutschen Werkvertragsrecht keine Möglichkeit, sich die Kosten der Selbstvornahme von Herrn *Seifert* rückerstatten zu lassen.

II. Vorlagefrage

Das *LG Hannover* erkannte, dass die Zahlungsklage von Frau *Schottelius* gegen Herrn *Seifert* aufgrund der fehlenden Fristsetzung eigentlich abzuweisen wäre.⁹ Das Gericht stellte sich jedoch die Frage, ob das Fristsetzungserfordernis des § 637 Abs. 1 BGB mit Art. 3 Abs. 5 zweiter Gedankenstrich Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (VGKRL) in Verbindung mit ihren Erwägungsgründen 7 und 10 vereinbar sei.¹⁰

⁷ RL 2019/771/EU.

⁸ Der Ehemann von Frau *Schottelius* hatte zwar am 16.11.2011 eine Frist gesetzt. Die Fristsetzung war jedoch nach deutschem Recht unwirksam, da Herr *Schottelius* seine Gewährleistungsansprüche bereits am 3./4.11.2011 an seine Frau abgetreten hatte.

⁹ *LG Hannover*, Beschl. v. 22.4.2016 – 17 O 43/15, Rn. 5 (juris).

¹⁰ *Ebd.*

Art. 3 Abs. 5 zweiter Gedankenstrich VGKRL sieht vor, dass der Verbraucher im Falle eines vertragswidrigen Verbrauchsguts eine angemessene Minderung des Kaufpreises oder eine Vertragsauflösung verlangen kann, „wenn der Verkäufer nicht innerhalb einer angemessenen Frist Abhilfe geschaffen hat.“ Von einer ausdrücklichen Fristsetzung durch den Verbraucher ist nicht die Rede. Daher wird die deutsche Umsetzung der Richtlinie, die mit §§ 437 Nr. 2, 323 Abs. 1 BGB eine ausdrückliche Fristsetzung für Minderung und Rücktritt auch im Verbrauchsgüterkauf vorsieht, seit langem als richtlinienwidrig angesehen.¹¹ Wohl im Anschluss daran vermeinte das *LG Hannover*, bei gegebener Richtlinienwidrigkeit das Fristsetzungserfordernis des § 637 Abs. 1 BGB – so wie es seit der Quelle-Entscheidung des *BGH*¹² Praxis ist – teleologisch reduzieren und dadurch der Klage *Schottelius*’ doch noch stattgeben zu können.¹³

Die Besonderheit war allerdings, dass der beim *LG Hannover* anhängige Fall keinen Kaufvertrag, sondern einen Werkvertrag betraf. Dies war dem *LG Hannover* bewusst, welches dem *EuGH* als „möglicherweise auf den Fall anwendbare[.] nationale[.] Vorschriften“ die einschlägigen Bestimmungen über den Werkvertrag (§§ 634, 634a, 636, 637 BGB), nicht aber über den Kaufvertrag übermittelte.¹⁴ Wie kam also das *LG Hannover* dazu, bei einem Fall, der einen Werkvertrag betraf, eine Vorlagefrage über die Auslegung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie zu stellen?

Die Antwort auf diese Frage ist möglicherweise in der deutschen Gesetzgebungsgeschichte zu finden. Im Jahre 2002 wurden mit der Schuldrechtsreform sowohl Kauf- als auch Werkvertragsrecht reformiert. Seitdem lehnt sich das Werkvertragsrecht in Systematik und Formulierung an das Kaufrecht an.¹⁵ Das Kaufrecht steht wiederum unter dem Einfluss der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie. Aus deutscher Sicht liegt daher die gedankliche Verknüpfung von Werkvertragsrecht und Verbrauchsgüterkaufrichtlinie nahe. Vermutlich sah das *LG Hannover* den vorliegenden Fall daher als eine günstige Gelegenheit an, um anhand der Ähnlichkeit von Werk- und Kaufvertragsrecht die seit langem bestehende Frage nach der Richtlinienkonformität des

¹¹ *Lorenz*, in: MüKo-BGB IV, 8. Aufl. 2019, Vor § 474 Rn. 25; *Faust*, Anmerkung zu *BGH*, Urt. v. 12.8.2009 – VIII ZR 254/08, JZ 2010, 202 (202).

¹² *BGH*, NJW 2009, 427 (428 ff.).

¹³ *LG Hannover*, Beschl. v. 22.4.2016 – 17 O 43/15, Rn. 55 (juris).

¹⁴ *Ebd.*, Rn. 6-52 (juris).

¹⁵ *Teichmann*, Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002 – Das neue Werkvertragsrecht, JuS 2002, 417 (423).

Fristsetzungserfordernisses im Verbrauchsgüterkauf endlich verbindlich klären zu lassen.¹⁶

In dogmatischer Hinsicht ging das *LG Hannover* davon aus, dass der in Rede stehende Vertrag zwischen *Schottelius* und *Seifert* – vom Gericht nach deutschem Recht als Werkvertrag eingestuft – ein Vertrag zwischen Verbraucher und Unternehmer i. S. d. Verbrauchsgüterkaufrichtlinie ist und damit in den Anwendungsbereich der Richtlinie fällt. In diesem Fall würde das *LG Hannover* die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung des nationalen Rechts treffen, welche sich aus Art. 288 Abs. 3 AEUV i. V. m. Art. 4 Abs. 3 EUV ergibt.¹⁷ Diese Verpflichtung besteht nicht nur für Recht, das ausdrücklich der Umsetzung einer Richtlinie dient, sondern für das gesamte nationale Recht, einschließlich solcher Bestimmungen, die vor der Richtlinie erlassen wurden.¹⁸ Obwohl die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie im Kaufrecht umgesetzt wurde, wäre somit auch das Werkrecht im Falle einer Überwölbung durch die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie entsprechend auszulegen und ggf. zu reduzieren.¹⁹ Folglich ist die Überlegung des *LG Hannover* grundsätzlich zutreffend. Voraussetzung ist aber, dass der in Rede stehende Werkvertrag tatsächlich von der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie überwölbt ist.

III. Die Antwort des *EuGH*

1. Kammerbesetzung

Für die Entscheidung war die zehnte Kammer zuständig, die aus drei Richtern (*Maria Berger*, *Anthony Borg Barthet* und *Egils Levits*) bestand. Die Besetzung mit nur drei Richtern weist darauf hin, dass es sich aus Sicht des Gerichtshofs um einen Fall von geringerer Bedeutung gehandelt hat.²⁰ Berichterstatterin war *Berger*, eine Österreicherin. Als Berichterstatterin entwarf sie das Urteil, sodass ihr eine wichtige Rolle zukommt.²¹ Für diese Untersuchung gilt es daher im Blick zu behalten, inwiefern sich die Tatsache, dass die Berichterstatterin aus dem

¹⁶ In diese Richtung auch *Gutzeit/Jacksch*, Anmerkung zu *EuGH*, Urt. v. 7.9.2017 – C-247/16 (*Schottelius*), *EuZW* 2018, 130 (130).

¹⁷ Vgl. *EuGH*, Urt. v. 10.4.1984, C-14/83, *Von Colson und Kamann ./. Land Nordrhein-Westfalen*.

¹⁸ *EuGH*, Urt. v. 19.4.2016, C-441/14, *Dansk Industri ./. Nachlass des Karsten Eigil Rasmussen*, Rn. 31.

¹⁹ Auch wenn in diesem Fall das zentrale Argument des *BGH* für eine teleologische Reduktion, nämlich der Wille des Gesetzgebers, eine mit der Richtlinie vereinbare Regelung zu schaffen, welcher zu einer planwidrigen Regelungslücke führt, nicht greifen würde, vgl. *BGH*, *NJW* 2009, 427 (429).

²⁰ *Zedler*, *Mehrsprachigkeit und Methode*, 2015, S. 178.

²¹ Vgl. *Baldus/Raff* (Fn. 4), § 3 Rn. 19.

deutschen Rechtskreis stammt, auf die vom Gerichtshof verwendeten Auslegungsmethoden auswirkt.²² Hinzu kommt, dass mit *Levits*, einem in Deutschland ausgebildeten Juristen, ein weiterer Richter dem deutschen Rechtskreis zuzurechnen ist.²³

Generalanwalt war *Henrik Saugmandsgaard Øe*, ein Däne. Auf einen Schlussantrag wurde verzichtet. Ebenso wie die Besetzung der Kammer mit nur drei Richtern weist dies darauf hin, dass der Gerichtshof den Fall eher als Routinesache ohne grundsätzliche Bedeutung angesehen hat.²⁴

2. Überblick

Der *EuGH* beantwortete die Vorlagefrage allerdings nicht, sondern erklärte sie für unzulässig, da sie nicht entscheidungserheblich sei (Rn. 47).²⁵

Eine Vorlagefrage muss gemäß Art. 267 Abs. 2 AEUV entscheidungserheblich sein, damit der *EuGH* die begehrte Auslegung vornimmt. Zwar kommt es bei der Frage der Entscheidungserheblichkeit grundsätzlich auf die Einschätzung des vorlegenden Gerichts an, wie bereits aus der Formulierung des Art. 267 Abs. 2 AEUV hervorgeht. Der *EuGH* behält es sich aber seit der Rs. *Foglia / Novello II* vor, in Ausnahmefällen die Entscheidungserheblichkeit zu verneinen und die Vorlagefrage nicht zu beantworten.²⁶ Neben hypothetischen Fallkonstellationen zählt dazu insbesondere der Fall, dass die Vorlagefrage für die Entscheidung des nationalen Gerichts nicht relevant ist.²⁷ Wenn etwa die auszulegende Richtlinie auf den Ausgangssachverhalt gar nicht anwendbar ist, besteht auch keine Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung des nationalen Rechts. Wie der *EuGH* die Richtlinie auslegt, kann für das mitgliedstaatliche Gericht dann gar nicht entscheidungserheblich sein.

Auch im vorliegenden Fall warf der *EuGH* die Frage auf, ob die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie auf einen wie den im Ausgangsverfahren fraglichen Sachverhalt Anwendung findet oder ob das *LG Hannover* die Richtlinie

²² Auch in Österreich ist der in Deutschland übliche Viererkanon (Wortlaut, Systematik, Geschichte, Telos) herrschend, so *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 4. Aufl. 2021, § 4 Rn. 24.

²³ Als gebürtiger Lette hat *Levits* beide Staatsexamina an der Universität Hamburg abgelegt und war danach als wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität Kiel tätig.

²⁴ *Baldus/Raff* (Fn. 4), § 3 Rn. 19.

²⁵ Alle im Text angegebenen Randnummern beziehen sich auf die hier zu besprechende Entscheidung *EuGH*, Urt. v. 7.9.2017, C-247/16, *Schottelius*.

²⁶ *EuGH*, Urt. v. 16.12.1981, C-244/80, *Foglia ./.* *Novello II*.

²⁷ *EuGH*, Urt. v. 16.7.1992, C-343/90, *Laurenço Dias ./.* *Director da Alfândega do Porto*, Rn. 18.

irrtümlich herangezogen hat (Rn. 26). Der *EuGH* prüfte daher ausdrücklich vorab, ob die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie auf den Ausgangsfall überhaupt Anwendung findet (Rn. 28). Nur wenn dies zu bejahen ist, kann die Beantwortung der Vorlagefrage entscheidungserheblich sein.

Zur Bestimmung des Anwendungsbereichs der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie kam es wesentlich auf die Auslegung des Begriffs „Kaufvertrag“ an (Rn. 32). Die Auslegung nahm der *EuGH* (in dieser Reihenfolge) anhand des Wortlauts (Rn. 30), des Zusammenhangs (Rn. 33-38) und der Entstehungsgeschichte (Rn. 39-43) der Richtlinie vor. Er kam zu dem Schluss, dass ein (deutscher) Werkvertrag kein Kaufvertrag i. S. d. Richtlinie ist (Rn. 46). Folgerichtig nahm der *EuGH* die vom *LG Hannover* begehrte Auslegung von Art. 3 Abs. 5 zweiter Gedankenstrich VGKRL nicht vor (Rn. 47).

3. Wortlautauslegung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie

Um zu ermitteln, welche Arten von Verträgen in ihren Anwendungsbereich fallen, legt der *EuGH* die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie aus. Anhand des Art. 1 Abs. 1 VGKRL, wonach Zweck der Richtlinie die Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedsstaaten zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs ist, und Art. 1 Abs. 2 VGKRL, der die Begriffe Verbraucher und Verkäufer bestimmt, kommt der *EuGH* zu dem Schluss, dass die Richtlinie ihren Anwendungsbereich auf „Kaufverträge“ beschränkt (Rn. 29, 30). Es handelt sich dabei um eine Wortlautauslegung. Im französischen Original der Entscheidung tritt die Arbeit am Wortlaut deutlicher zutage, weil dort die Schlüsselbegriffe – anders als in der deutschen Version – wörtlich zitiert werden (Rn. 30):

En effet, il ressort, notamment, de l'article 1^{er}, paragraphe 1, de cette directive que celle-ci a pour objet de rapprocher les dispositions [...] relatives à certains aspects de la « vente » [...]. En outre, il ressort [...] de son article 1^{er}, paragraphe 2, définissant, notamment, les notions de « consommateur » et de « vendeur », qu'elle s'applique uniquement aux ventes conclues entre un vendeur professionnel et un acheteur consommateur.

Insgesamt handelt es sich um eine einfache und knappe Wortlautauslegung. Ein umfassender, expliziter Sprachvergleich findet nicht statt.²⁸ Dies verwundert jedoch nicht, da der *EuGH* regelmäßig keinen expliziten Sprachvergleich vornimmt, sondern diesen auf die schwierigen Fälle begrenzt.²⁹ Von einem

²⁸ Instrukтив für expliziten Sprachvergleich z. B. *EuGH*, Urt. v. 22.3.2012, C-190/10, *Génesis ./ Boys Toys SA*, Rn. 43 ff.

²⁹ *Baldus/Raff* (Fn. 4), § 3 Rn. 77.

schwierigen Fall ist bei Begriffen wie „Kauf“ und „Verkäufer“ freilich nicht auszugehen.

4. Autonome und einheitliche Auslegung

Nach der Feststellung, dass die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie nur auf Kaufverträge anwendbar ist, fragt sich der *EuGH*, was ein Kaufvertrag i. S. d. Verbrauchsgüterkaufrichtlinie ist. Zur Beantwortung dieser Frage kommt es zunächst darauf an, auf welche Weise der Begriff „Kaufvertrag“ auszulegen ist. Grundsätzlich hat der *EuGH* bei der Auslegung von Sekundärrecht zwei Möglichkeiten: Er kann die Begriffe entsprechend dem Verständnis der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen oder „autonom und einheitlich“ auslegen.³⁰ Autonome Auslegung bedeutet, dass der Begriff in seinem spezifisch unionsrechtlichen Sinne aus sich selbst heraus zu bestimmen ist.³¹ Auf den vorliegenden Fall bezogen würde dies bedeuten, dass der Begriff „Kaufvertrag“ nicht im Sinne des deutschen Kaufvertragsbegriffs gemäß § 433 BGB zu verstehen wäre, sondern einer „europäisch-autonomen Ausfüllung“ bedürfte.³² „Einheitliche“ Auslegung meint, dass der Begriff im gesamten Gebiet der Union einheitlich auszulegen ist.³³

Vorliegend prüft der *EuGH* zunächst, ob die Richtlinie selbst eine Definition des Begriffs „Kaufvertrag“ enthält, was er verneint. Sodann stellt er fest, dass hinsichtlich der Bedeutung des Begriffs auch nicht auf die nationalen Rechtsvorschriften verwiesen wird. Daher sei der Begriff „Kaufvertrag“ autonom und einheitlich auszulegen (Rn. 32). Dieser Dreischritt entspricht dem üblichen Vorgehen des *EuGH* bei der autonomen und einheitlichen Auslegung.³⁴

Der *EuGH* äußert sich auch dazu, *wie* die autonome und einheitliche Auslegung erfolgen muss: Sie ist unter Berücksichtigung des Kontextes der Vorschrift und des mit der fraglichen Regelung verfolgten Ziels zu finden (Rn. 31). Normalerweise findet sich hier auch der Topos, dass Begriffe, die das Unionsrecht nicht definiert, „entsprechend ihrem Sinn nach dem gewöhnlichen

³⁰ *Riesenhuber*, in: ders., Europäische Methodenlehre, 4. Aufl. 2021, § 10 Rn. 4.

³¹ *Mayer*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 73. EL 2021, Art. 19 EUV Rn. 53.

³² *Mankowski*, Anmerkung zu *EuGH*, Urt. v. 7.9.2017 – C-247/16 (*Schottelius*), NJW 2017, 3217 (3217).

³³ *EuGH*, Urt. v. 9.11.2016, C-34/10, *Brüstle* ./ *Greenpeace*, Rn. 26.

³⁴ *EuGH*, Urt. v. 21.10.2010, C-467/08, *Padawan SL* ./ *SGAE*, Rn. 31 f.; Urt. v. 9.11.2016, C-34/10, *Brüstle* ./ *Greenpeace*, Rn. 25; *Baldus/Raff* (Fn. 4), § 3 Rn. 44.

Sprachgebrauch“ zu bestimmen sind.³⁵ Insofern fällt auf, dass der *EuGH* sein übliches Auslegungsprogramm in dieser Entscheidung etwas variiert hat.

Auf diese Weise eröffnet sich der *EuGH* über die Frage nach der autonomen und einheitlichen Auslegung den Weg zur eigentlichen Auslegung des Begriffs „Kaufvertrag“. Es entspricht dem üblichen Vorgehen des *EuGH*, die Frage nach der autonomen und einheitlichen Auslegung am Anfang seiner Auslegung zu stellen.³⁶

5. Keine Wortlautauslegung des Begriffs „Kaufvertrag“

Die Wortlautauslegung fragt nach der Bedeutung eines Ausdrucks im allgemeinen Sprachgebrauch bzw. im besonderen Gebrauch der jeweiligen Fachsprache.³⁷ Eine derartige Wortlautauslegung speziell des Begriffs „Kaufvertrag“ nimmt der *EuGH* nicht vor. Dies ist insofern ungewöhnlich, als dass der *EuGH* normalerweise bei der Auslegung eines Begriffs mit dem Wortlaut beginnt.³⁸ Auch nach deutschem Methodenverständnis würde der Rechtsanwender mit einer Auslegung des Wortlauts beginnen.³⁹ Insgesamt fällt auf, dass es der *EuGH* in der Entscheidung vermeidet, eine Definition des Begriffs „Kaufvertrag“ zu entwickeln. Hierfür hätte der *EuGH* sogar auf eine bereits bestehende unionsrechtliche Definition zurückgreifen können: Nach Art. 2 S. 1 Nr. 5 der Verbraucherrechterichtlinie⁴⁰ ist ein Kaufvertrag „jeder Vertrag, durch den der Unternehmer das Eigentum an Waren an den Verbraucher überträgt oder deren Übertragung zusagt und der Verbraucher hierfür den Preis zahlt oder dessen Zahlung zusagt, einschließlich von Verträgen, die sowohl Waren als auch Dienstleistungen zum Gegenstand haben.“ Eine solche rechtsaktübergreifende Auslegung unterbleibt hier vermutlich, weil auch im vorliegenden Fall *Seifert* Eigentum auf *Schottelius* übertragen hat und somit ein Rückgriff auf die Definition der Verbraucherrechterichtlinie nicht weitergeführt

³⁵ *EuGH*, Urt. v. 10.3.2005, C-336/03, *easyCar* ./ *Office of Fair Trading*, Rn. 21; *EuGH*, Urt. v. 12.2.2009, C-446/07, *Klarenberg* ./ *Ferrottron Technologies*, Rn. 37, 41.

³⁶ Siehe z. B. *EuGH*, Urt. v. 9.11.2016, C-34/10, *Bristle* ./ *Greenpeace*, Rn. 25; *Riesenhuber* (Fn. 30), § 10 Rn. 5.

³⁷ *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 141.

³⁸ *EuGH*, Urt. v. 21.11.2018, C-452/17, *Zako* ./ *Sanidel SA*, Rn. 38; Urt. v. 6.10.1982, C-283/81, *CILFIT* ./ *Ministero della Sanità*, Rn. 6, 8, 17 f.; *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, 9. Aufl. 2021, § 9 Rn. 170; *Neuner*, Bürgerliches Recht AT, 12. Aufl. 2020, § 4 Rn. 58.

³⁹ *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 320; *Reimer* (Fn. 1), Rn. 281.

⁴⁰ RL 2011/83/EU.

hätte.⁴¹ Richtigerweise konzentriert sich der *EuGH* vor allem auf die Frage, wie ein Kaufvertrag von anderen Verträgen abzugrenzen ist. Insofern wird auch deutlich, warum der *EuGH* sein übliches Auslegungsprogramm modifiziert und auf den Topos von der „Bestimmung anhand des gewöhnlichen Sprachgebrauchs“ verzichtet hat.⁴²

6. Auslegung nach dem Zusammenhang

Die eigentliche Auslegung beginnt der *EuGH* damit, mehrere Artikelbestimmungen derselben Richtlinie heranzuziehen, um den Begriff „Kaufvertrag“ zwar nicht zu definieren, aber doch abgrenzbar zu machen.

a) Kaufvertrag nur bei „ergänzender“ Dienstleistung

Der *EuGH* stellt zunächst fest, dass ein deutscher Werkvertrag eine Dienstleistung beinhaltet, in der Richtlinie aber nur bestimmte Verträge mit Dienstleistungskomponente einem Kaufvertrag gleichgestellt werden (Rn. 33 f.). Diesbezüglich verweist der *EuGH* auf Art. 1 Abs. 4 VGKRL, wonach Verträge über die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender Verbrauchsgüter einem Kaufvertrag gleichgestellt werden (Rn. 35). Er verweist auch auf Art. 2 Abs. 5 VGKRL, wonach ein Kaufvertrag auch die Montage des Gutes und damit eine Dienstleistung beinhalten kann (Rn. 36).

Der *EuGH* folgert daraus, dass auch bestimmte Verträge mit Dienstleistungskomponente Kaufverträgen gleichgestellt werden und dadurch von Anwendungsbereich der Richtlinie umfasst sind (Rn. 37). Zugleich kommt der *EuGH* zu seinem zentralen Auslegungsergebnis: Anhand der beiden gleichgestellten Vertragstypen (Werklieferungs- und Montagevertrag) schließt er, dass ein Kaufvertrag i. S. d. Richtlinie nur dann vorliegt, wenn die Dienstleistung den Verkauf lediglich „ergänzt“ (Rn. 38).

Nach der Terminologie des *EuGH* handelt es sich hier um eine Auslegung anhand des Zusammenhangs bzw. Kontextes (*frz. contexte*). Der *EuGH* setzt hier verschiedene Bestimmungen innerhalb der Richtlinie zueinander in Verhältnis. Dabei wird das zu klärende Tatbestandsmerkmal „Kaufvertrag“ anhand benachbarter Begriffe erläutert. Diese Argumentationsfigur wird *noscitur a sociis* genannt.⁴³ Nach deutschem Methodenverständnis handelt es sich um eine

⁴¹ Vgl. zur rechtsaktübergreifenden Auslegung *EuGH*, Urt. v. 5.7.2012, C-49/11, *Content Services* ./ *Bundesarbeitskammer*, Rn. 43 ff.

⁴² Siehe oben **B. III. 4.**

⁴³ *Möllers* (Fn. 22), § 4 Rn. 114.

systematische Auslegung anhand des inneren Systems der Vorschrift.⁴⁴ Dies entspricht dem, was man mit *Savigny* als logische Auslegung bezeichnen könnte.⁴⁵

Der *EuGH* legt hier innerhalb des Rechtsakts aus. Dies entspricht seinem typischen Vorgehen.⁴⁶ Denn aufgrund des im Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 Abs. 1 S. 1 EUV) begründeten fragmentarischen Charakters des Unionsrechts findet sich eine rechtsaktsübergreifende Auslegung nur selten.⁴⁷

b) *Exkurs: „Ergänzender Charakter“ als taugliches Abgrenzungskriterium?*

In den Urteilsanmerkungen wurde teilweise kritisiert, dass das Kriterium des „ergänzenden Charakters“ keine klare Abgrenzung erlaube. So mache der *EuGH* keine quantitativen Angaben, wann die Dienstleistung den Verkauf ergänze und wann sie ihn dominiere.⁴⁸ Ebenso wenig wisse man, ob es für die Abgrenzung auf den Zeitaufwand, das erforderliche Knowhow oder den Marktwert der einzelnen Leistungen ankomme.⁴⁹ Andere wiederum zeigten sich weniger skeptisch, sondern erkannten hierin die deutsche Schwerpunkttheorie wieder, wonach es darauf ankomme, was Hauptgegenstand des Vertrags sei.⁵⁰ Es stellt sich also die Frage, wie tauglich das vom *EuGH* entwickelte Abgrenzungskriterium ist.

Denkbar ist zunächst, dass die bestehenden Unklarheiten der deutschen Übersetzung geschuldet sind. Im französischen Original heißt es (Rn. 38):

D'autre part, pour que ces catégories de contrats, impliquant une prestation de services, puissent être qualifiées de « contrats de vente », au sens de cette directive, la prestation de services doit être seulement accessoire à la vente.

Demnach muss die Dienstleistung im Verhältnis zum Kauf *accessoire* sein. Dies wurde vorliegend mit „ergänzen“ (als Verbalkonstruktion) übersetzt. In der englischen Version wurde *accessoire* mit *ancillary* übersetzt, in der italienischen mit *accessorio*. Diese Begriffe haben eine gewisse Schwankungsbreite in der

⁴⁴ So die Terminologie bei *Reimer* (Fn. 1), Rn. 316.

⁴⁵ *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts I, 1840, S. 213 f.; vgl. dazu *Huber*, Savignys Lehre von der Auslegung der Gesetze aus heutiger Sicht, JZ 2003, 1 (5).

⁴⁶ *Riesenhuber* (Fn. 30), § 10 Rn. 23.

⁴⁷ *Möllers* (Fn. 22), § 4 Rn. 137.

⁴⁸ *Gutzzeit/Jacksch* (Fn. 16), S. 131.

⁴⁹ *Ebd.*

⁵⁰ *Schmeel*, Wann liegt nach Unionsrecht ein Werkvertrag vor? Anmerkung zu *EuGH*, Urt. v. 7.9.2017 – C-247/16 (*Schottelius*), IBR 2018, 320 (320); *Wilke*, Vertrag mit Dienstleistung als Hauptgegenstand kein Kaufvertrag i.S.d. Verbrauchsgüterkauf-RL („*Schottelius*“), EWiR 2017, 657 (658).

Übersetzung („akzessorisch“, „nebensächlich“, „untergeordnet“, „unwesentlich“).⁵¹ Ob die in der deutschen Fassung gewählte Übersetzung mit „ergänzend“ (bzw. „ergänzen“) die klarste ist, mag dahinstehen. Sie ist jedenfalls korrekt.⁵² Im Übrigen wird anhand der anderen Bedeutungen des Wortes *accessoire* (insbes. nebensächlich, unwesentlich) deutlich, dass ein Schwerpunkt auf dem Kauf zu liegen hat.

Dies entspricht nach Ansicht *Schmeels* der Abgrenzung im UN-Kaufrecht.⁵³ Im UN-Kaufrecht folgt die Abgrenzung von Kaufverträgen zu Dienstleistungsverträgen primär einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise. Ein Kaufvertrag liegt vor, wenn der kaufvertragliche Teil „überwiegt“ (Art. 3 Abs. 2 CISG), d. h. wertmäßig mehr als 50 % des gesamten Vertrags ausmacht.⁵⁴ Der *EuGH* hat aber, worauf *Gutzeit/Jacksch* richtigerweise hingewiesen haben,⁵⁵ nicht definiert, wann und unter welchem Gesichtspunkt die Dienstleistung den Kauf ergänzt. Man kann daher nicht mit Sicherheit davon ausgehen, dass es wie im UN-Kaufrecht auf eine wirtschaftliche Betrachtungsweise ankommt.⁵⁶ Denkbar wäre auch, auf den primär gewollten Vertragszweck abzustellen.⁵⁷ Der Unterschied wird etwa deutlich, wenn ein Auto in einer Werkstatt repariert wird und der Wert des Ersatzteils höher ist als der Wert der Arbeit.⁵⁸ Wirtschaftlich betrachtet handelt es sich dann um einen Kaufvertrag. Stellt man hingegen auf den Vertragszweck ab, so handelt es sich um einen Werkvertrag, denn der Kunde geht für die Reparatur in die Werkstatt und nicht, um ein Ersatzteil zu kaufen.

Insgesamt ist *Gutzeit/Jacksch* dahingehend zuzustimmen, dass das Kriterium des „ergänzenden Charakters“ unklar bleibt und eine präzise und rechtssichere Abgrenzung nicht ermöglicht.⁵⁹

⁵¹ Siehe z. B. *Bertaux/Lepointe*, Dictionnaire français allemand, 1966.

⁵² *Fleck/Güttler/Kettler*, Wörterbuch Recht, Wirtschaft und Politik I: Französisch-Deutsch, 2017, gibt als Bedeutung für *accessoire* „ergänzend“ an, allerdings erst an dritter Stelle. Auch *ancillary* lässt sich mit „ergänzend“ übersetzen, siehe *Dietl/Lorenz*, Wörterbuch Recht, Wirtschaft und Politik I: Englisch-Deutsch, 7. Aufl. 2016.

⁵³ *Schmeel* (Fn. 50), S. 320.

⁵⁴ *Mankowski*, in: MüKo-HGB V, 4. Aufl. 2018, Art. 3 CISG Rn. 13.

⁵⁵ Siehe oben **B. III. 6. b).**

⁵⁶ Das UN-Kaufrecht wird im weiteren Verlauf der Entscheidung noch eine wichtige Rolle spielen, siehe unten **B. III. 7. b).**

⁵⁷ *Magnus*, UN-Kaufrecht – CISG as CISG can, ZEuP 2020, 645 (663).

⁵⁸ Beispiel von *Bertino*, Some reflections on CJEU Schottelius and on the proposed Directive on the sale of goods, EuCML 2018, 211 (213).

⁵⁹ *Gutzeit/Jacksch* (Fn. 16), S. 131.

7. Historische Auslegung

Das mithilfe einer Auslegung nach dem Zusammenhang gewonnene Verständnis des Begriffs „Kaufvertrag“ als ein solcher, welcher eine Dienstleistung höchstens in untergeordneter Weise umfasst, erhärtet (*frz. corroborer*) der *EuGH* im Wege einer historischen Auslegung (Rn. 39). Dabei führt der *EuGH* die Vorarbeiten zu dieser Richtlinie an, was einer genetischen Auslegung entspricht (*a*). Zugleich verweist der *EuGH* aber auch auf das UN-Kaufrecht, an dem sich die Richtlinie orientiere (*frz. inspire*). Es wird zu klären sein, welche Auslegungsmethode der *EuGH* hier anwendet (*b*).

a) Genetische Auslegung von Art. 2 Abs. 5 VGKRL

Zunächst bezieht sich der *EuGH* auf die Kommissionsbegründung des Richtlinienvorschlags (Rn. 40). Der Abschnitt der Kommissionsbegründung, aus dem der *EuGH* zitiert, bezieht sich auf Art. 2 Abs. 3 des Richtlinienvorschlags, welcher dem heutigen Art. 2 Abs. 5 VGKRL entspricht. Die diesbezügliche Begründung der Kommission lautete:

Im Grünbuch⁶⁰ behandelt wurde die Frage nach der Ausdehnung der gesetzlichen Garantieregelung auf Service-Leistungen im Zusammenhang mit Gütern (Montage, Reparatur, Wartung usw.). Die Reaktionen hierzu waren in der überwiegenden Mehrheit positiv. Allerdings ist die Kommission der Auffassung, daß es aufgrund der Komplexität und Vielgestaltigkeit der Service-Leistungen kaum möglich ist, die auf den Kauf von Gütern anwendbaren Regeln ohne weiteres auf den Bereich der Dienstleistungen auszudehnen. Demgegenüber läßt sich bei der Montage von Gütern im Verbund mit einem Kaufabschluß diese Ausweitung problemlos bewerkstelligen bzw. ist sie aufgrund der Schwierigkeit, in der Praxis diese beiden Leistungen des Gewerbetreibenden deutlich zu unterscheiden, und der Notwendigkeit, den Verbraucher auf homogene Weise zu schützen, sogar unerlässlich.⁶¹

Aus dieser Begründung schloss der *EuGH*, dass Dienstleistungen nach dem Willen des Gesetzgebers grundsätzlich nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen sollten (Rn. 40).

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz stellt allerdings Art. 2 Abs. 5 VGKRL dar, wonach auch die Montage (eine Dienstleistung) vom Anwendungsbereich der Richtlinie umfasst wird. Diese Ausnahme erklärt sich jedoch nach Ansicht des *EuGH* mit dem Willen des Gesetzgebers, der für Verbraucher bestehenden

⁶⁰ Grünbücher sind von der Kommission veröffentlichte Mitteilungen, welche eine Diskussion über einen bestimmten Politikbereich in Gang setzen sollen und oft von einem Weißbuch, welches konkrete Vorschläge enthält, gefolgt werden, siehe *Bergmann*, Handlexikon der EU, 5. Aufl. 2015.

⁶¹ KOM(1995)520 endg., S. 13.

Schwierigkeit zu begegnen, die beiden Leistungen (Verkauf und Montage) des Gewerbetreibenden zu unterscheiden (Rn. 42). Der Grundsatz, dass Dienstleistungen nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen sollen, wird also von Art. 2 Abs. 5 VGKRL als Ausnahmegesetz nicht berührt.

Zugleich fällt auf, dass der *EuGH* hier fast wortgleich die oben bereits zitierte Kommissionsbegründung anführt und diese als „Willen des Gesetzgebers“ bezeichnet. Dies drängt sich nicht ohne Weiteres auf: Gesetzgeber der Union sind gemäß Art. 289 AEUV Parlament und Rat. Hingegen hat die Kommission gemäß Art. 294 Abs. 2 AEUV nur das Vorschlagsrecht. Vorliegend hatte das Parlament den Kommissionsvorschlag zwar allgemein begrüßt.⁶² Die speziellen teleologischen Erwägungen, die sich in der Kommissionsbegründung finden und auf die sich der *EuGH* bezieht, hat das Parlament jedoch nicht mehr ausdrücklich aufgegriffen.

In solchen Fällen wird in der Literatur teilweise die Ansicht vertreten, die konkreten Normvorstellungen eines Verfassers, der nicht einem gesetzgebenden Organ angehört, könnten nicht als Willen des Gesetzgebers angesehen werden.⁶³ Nach überwiegender Ansicht sind aber die Regelungszwecke des Entwerfenden dem Gesetzgeber zuzurechnen, solange dieser bei Beratung und Beschlussfassung des Gesetzes keinen besonderen eigenen Sinn herausstellt (sog. Paktentheorie).⁶⁴ Indem sich der *EuGH* auf die Kommissionsbegründung stützt, folgt er also (implizit) der Paktentheorie. Dies hat der *EuGH* bereits in der Vergangenheit häufiger getan.⁶⁵

Insgesamt nimmt der *EuGH* in diesem Abschnitt eine klassische genetische Auslegung vor, bei der er den Willen des Gesetzgebers anhand der Gesetzesmaterialien rekonstruiert.

b) „Auslegung nach Vorbildrecht“ von Art. 1 Abs. 4 VGKRL

Nachdem der *EuGH* durch eine genetische Auslegung gezeigt hat, dass Art. 2 Abs. 5 VGKRL lediglich aus Gründen des Verbraucherschutzes eingefügt

⁶² So z. B. der Ausschuss für Umweltfragen, Volksgesundheit und Verbraucherschutz, PE 224.596 endg., S. 22.

⁶³ Larenz (Fn. 39), S. 329.

⁶⁴ Engisch, Einführung in das juristische Denken, 12. Aufl. 2018, S. 142; Reimer (Fn. 1), Rn. 352; Neuner (Fn. 38), § 4 Rn. 38.

⁶⁵ Siehe z. B. *EuGH*, Urt. v. 27.6.2013, verb. Rs. C-457/11 bis 460/11, *VG Wort ./.* *Kyocera u. a.*, Rn. 69; Urt. v. 15.7.2010, C-256/09, *Purrucker ./.* *Guillermo Vallés Pérez*, Rn. 84; *Riesenhuber* (Fn. 30), § 10 Rn. 34.

wurde und daher nur Ausnahmecharakter hat, geht er auch auf Art. 1 Abs. 4 VGKRL ein.

Dazu heißt es in der Entscheidung wörtlich (Rn. 43):

Die Gleichstellung der in Art. 1 Abs. 4 der Richtlinie 1999/44 genannten Verträge über die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender Verbrauchsgüter mit Kaufverträgen wurde bei der ersten Lesung des Richtlinienvorschlags mit Blick [frz. *à la lumière*] auf Art. 3 Abs. 1 des [...] Übereinkommens des Vereinten Nationen [UN-Kaufrecht] in den Text aufgenommen, um vor allem den Schwierigkeiten der Einstufung solcher Verträge Rechnung zu tragen, die sowohl eine für Werk- und Dienstverträge typische Pflicht zum Tätigwerden als auch eine für den Kaufvertrag typische Pflicht zur Lieferung einer Sache beinhalten.

Der *EuGH* meint also, dass auch die Gleichstellung von Verträgen über die Lieferung noch herzustellender oder zu erzeugender Güter mit Kaufverträgen lediglich aus Gründen des Verbraucherschutzes erfolgt sei, nämlich um der schwierigen Einstufung solcher Verträge zu begegnen. Somit handele es sich auch hierbei nur um eine Ausnahme, die den Grundsatz, dass Dienstleistungsverträge nicht in den Anwendungsbereich fallen, unberührt lasse.

Dieses Argument leuchtet ein. Zu klären ist jedoch, welche Auslegungsmethode der *EuGH* hier anwendet. Insbesondere fragt sich, wie der *EuGH* zu der Annahme gelangt, Zweck der Vorschrift sei es, den Schwierigkeiten der Einstufung gemischter Verträge Rechnung zu tragen.

Grundsätzlich sind drei Lesarten denkbar: Erstens könnte man hierin eine genetische Auslegung im subjektiv-historischen Sinne sehen. Deren Ziel ist es, die tatsächlichen Regelungsabsichten der Verfasser, d. h. des historischen Gesetzgebers zu rekonstruieren.⁶⁶ Als Regelungsabsicht können dabei „die zutage liegende Grundabsicht des Gesetzgebers und diejenigen Vorstellungen, die in den Beratungen der gesetzlichen Körperschaft oder ihrer zuständigen Ausschüsse *zum Ausdruck gebracht* und ohne Widerspruch geblieben sind,“ gelten.⁶⁷ Zweitens könnte man die Passage auch als objektiv-teleologische Auslegung lesen. Diese fragt nach dem aktuellen, im Entscheidungszeitpunkt maßgebenden Sinn einer Vorschrift, welcher nicht notwendigerweise dem vom Gesetzgeber der Regelung beigelegten Sinn entsprechen muss.⁶⁸ Drittens wäre denkbar, dass der Regelungszweck von Art. 3 Abs. 1 CISG auch Art. 1 Abs. 4

⁶⁶ Reimer (Fn. 1), Rn. 251; Rütters/Fischer/Birk (Fn. 2), Rn. 783; Neuner (Fn. 38), § 4 Rn. 38.

⁶⁷ Larenz (Fn. 39), S. 329 [eigene Hervorhebung].

⁶⁸ Larenz/Canaris (Fn. 37), S. 154.

VGKRL unterstellt wird, was man „Auslegung nach Vorbildrecht“ nennen könnte.⁶⁹

aa) Genetische Auslegung im subjektiv-historischen Sinne?

Für die erste Lesart spricht zunächst, dass angesichts der Gesetzgebungsgeschichte davon auszugehen ist, dass sich der Unionsgesetzgeber an Art. 3 Abs. 1 CISG orientiert hat. So besagte der ursprüngliche Änderungsvorschlag 17 des Parlaments, auf den der heutige Art. 1 Abs. 4 VGKRL zurückgeht: „Verträge über die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender Waren werden Kaufverträgen gleichgestellt.“⁷⁰

Diese Formulierung bewegt sich nahe am Wortlaut von Art. 3 Abs. 1 Hs. 1 CISG:

Den Kaufverträgen stehen Verträge über die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender Ware gleich, es sei denn, daß der Besteller einen wesentlichen Teil der für die Herstellung oder Erzeugung notwendigen Stoffe selbst zur Verfügung zu stellen hat.

Im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens sollte auf Vorschlag des Rates folgender Halbsatz hinzugefügt werden, der fast wortgleich Art. 3 Abs. 1 Hs. 2 CISG entsprach:

Als Kaufverträge im Sinne dieser Richtlinie gelten auch Verträge über die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender Verbrauchsgüter, es sei denn, daß der Verbraucher einen wesentlichen Teil der für die Herstellung oder Erzeugung notwendigen Stoffe selbst zur Verfügung zu stellen hat.⁷¹

Zudem geht aus einer Stellungnahme der Kommission ausdrücklich hervor, dass sich der heutige Art. 1 Abs. 4 VGKRL „vom Wortlaut her“ am UN-Kaufrecht orientiert.⁷² Auch in anderem Zusammenhang hat der Unionsgesetzgeber mehrmals auf das UN-Kaufrecht Bezug genommen.⁷³ Aus der

⁶⁹ Begriff in Anlehnung an *Riesenhuber* (Fn. 30), § 10 Rn. 39.

⁷⁰ ABl. 1998, C 104, S. 34.

⁷¹ Gemeinsamer Standpunkt des Rates, ABl. 1998, C 333, S. 48. Der Ratsvorschlag scheiterte allerdings am Widerstand des Parlaments, sodass der zweite Halbsatz wieder gestrichen wurde, siehe Beschluss des Europäischen Parlaments über den Gemeinsamen Standpunkt, ABl. 1999, C 98, S. 228.

⁷² KOM(1999)16 endg., S. 3.

⁷³ KOM(1995)520 endg., S. 12, 13, 14, 15, 16; Stellungnahme des Parlaments in 1. Lesung, PE 224.596 endg., S. 23; siehe ferner Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses, ABl. 1997, C 66, S. 8 f.

Gesetzgebungsgeschichte geht also klar hervor, dass sich der Unionsgesetzgeber am UN-Kaufrecht orientiert hat.⁷⁴

Aus den Gesetzesmaterialien geht aber nicht hervor, welchen Zweck der Unionsgesetzgeber mit Art. 1 Abs. 4 VGKRL verfolgt hat. Diese Vorschrift gab es im ursprünglichen Vorschlag der Kommission noch nicht.⁷⁵ Sie wurde erstmals in besagtem Änderungsvorschlag 17 durch das Parlament eingebracht.⁷⁶ Daher finden sich diesbezüglich naturgemäß keine Ausführungen in der Begründung des Kommissionsvorschlags.⁷⁷ Das Parlament hat seinen eigenen Änderungsvorschlag nicht kommentiert.⁷⁸ Auch die Kommission hat Änderungsvorschlag 17 wortgleich übernommen, ohne nähere Ausführungen zu ihren Motiven zu machen.⁷⁹ In der entsprechenden Stellungnahme heißt es lediglich: „Ganz übernommen hat die Kommission die Änderungen 11, 14, 15 und 17.“⁸⁰

Die hinter Art. 1 Abs. 4 VGKRL stehenden Regelungsabsichten wurden im Gesetzgebungsverfahren also *nicht* zum Ausdruck gebracht.⁸¹ Die vom *EuGH* identifizierte Regelungsabsicht kann somit nicht als aus den Gesetzesmaterialien rekonstruierter Wille des Gesetzgebers angesehen werden. Es handelt sich daher nicht um eine genetische Auslegung im subjektiv-historischen Sinne. Die erste Lesart scheidet somit aus.

bb) Objektiv-teleologische Auslegung?

Nach der zweiten Lesart wäre davon auszugehen, dass der *EuGH* eine objektiv-teleologische Auslegung von Art. 1 Abs. 4 VGKRL vornimmt. Die Passage wäre dann dahingehend zu verstehen, dass nach Ansicht des *EuGH* der Zweck der

⁷⁴ *Staudenmayer*, Die EG-Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf, NJW 1999, 2393 (2394); *Mankowski* (Fn. 32), S. 3217.

⁷⁵ Vgl. ABl. 1996, C 307, S. 9.

⁷⁶ ABl. 1998, C 104, S. 34.

⁷⁷ Vgl. KOM(1995)520 endg., S. 13.

⁷⁸ Im Bericht des Ausschusses für Umweltfragen, Volksgesundheit und Verbraucherschutz werden die wichtigsten Änderungsanträge erläutert, eine Bemerkung zum heutigen Art. 1 Abs. 4 VGKRL findet sich aber nicht, PE 224.596 endg., S. 23 f.

⁷⁹ ABl. 1998, C 148, S. 15.

⁸⁰ KOM(1998)217 endg., S. 3.

⁸¹ Zumindest was Parlament und Kommission betrifft. Materialien des Rates waren teilweise nicht abrufbar. Unklar ist, ob diese überhaupt veröffentlicht wurden bzw. dem Gericht vorlagen. In den zugänglichen Materialien des Rates findet sich kein Hinweis darauf, dass dieser sich zu Art. 1 Abs. 4 VGKRL geäußert hat, jedenfalls wurde diese Vorschrift auf Betreiben von Parlament und Kommission in den Text aufgenommen und vom Rat akzeptiert.

Vorschrift im Anwendungszeitpunkt darin besteht, den Schwierigkeiten der Einstufung gemischter Verträge Rechnung zu tragen. Dann müsste man aber den Hinweis auf das UN-Kaufrecht als ein nur nebenbei Gesagtes (*obiter dictum*) verstehen. Gegen ein solches Verständnis spricht, dass sich der *EuGH* i. d. R. knapp äußert und auf das Notwendige beschränkt.⁸² Somit scheidet auch diese Lesart aus.

cc) Zutreffenderweise: „Auslegung nach Vorbildrecht“

Es bleibt die dritte Lesart, wonach der *EuGH* Art. 1 Abs. 4 VGKRL wie Art. 3 Abs. 1 CISG auslegt. Dies erinnert an die sog. historische Auslegung i. e. S., bei der die Vorläufer der einschlägigen Gesetzesnorm berücksichtigt werden, um den historischen Willen des Gesetzgebers zu erkunden.⁸³ Diese Auslegungsmethode macht sich den Erfahrungssatz zunutze, dass der Normsetzer eine Vorschrift im bisherigen Sinne verstanden haben will, wenn er sie unverändert übernimmt.⁸⁴ Auch dem *EuGH* ist dieser Gedanke nicht fremd, denn er hat bereits Vorläuferbestimmungen zu Auslegungszwecken herangezogen.⁸⁵ Allerdings bezieht sich die historische Auslegung i. e. S. auf den Fall, dass eine geltende mit einer außer Kraft gesetzten Norm verglichen werden soll und beide von demselben Gesetzgeber erlassen wurden.⁸⁶ In Bezug auf die Richtlinie und das UN-Kaufrecht haben aber unterschiedliche Normsetzer gehandelt und beide Rechte sind noch in Kraft.

Besser könnte daher der Begriff „Auslegung nach Vorbildrecht“ passen. Hier orientiert sich der Auslegende ebenfalls an einer Vorschrift, nämlich an derjenigen, die Vorbild für die in Rede stehende, auszulegende Vorschrift war.

(1) Nationales Recht als ungeeignetes Vorbild

Zu beachten ist allerdings, dass der *EuGH* eine autonome Auslegung vornimmt, weshalb Vorbildrecht, insbesondere mitgliedstaatliches, grundsätzlich *nicht* als autoritativ anzusehen ist.⁸⁷ Dies begründet sich damit, dass der Unionsgesetzgeber seinen Regeln andere Zwecke beilegen kann und sie in sein eigenes Rechtssystem einbettet.⁸⁸ Zudem würde eine Verweisung auf das

⁸² *Wegener*, in: Calliess/Ruffert, 5. Aufl. 2016, Art. 252 AEUV Rn. 3; *Huber*, in: Streinz, 3. Aufl. 2018, Art. 252 AEUV Rn. 9.

⁸³ *Möllers* (Fn. 22), § 4 Rn. 149.

⁸⁴ *Reimer* (Fn. 1), Rn. 349.

⁸⁵ *EuGH*, Urt. v. 22.6.1999, C-412/97, *ED ./ . Italo Fenocchio*, Rn. 16.

⁸⁶ *Möllers* (Fn. 22), § 4 Rn. 149.

⁸⁷ *EuGH*, Urt. v. 14.1.1982, C-64/81, *Cormann ./ . Hauptzollamt Gronau*, Rn. 8.

⁸⁸ *Riesenhuber* (Fn. 30), § 10 Rn. 39.

mitgliedsstaatliche Vorbildrecht die Angehörigen der vorbildgebenden Rechtsordnung bei Rechtssuche und rechtlicher Argumentation bevorzugen, sodass der Grundsatz der Gleichberechtigung aller Mitgliedsstaaten in Frage gestellt wäre.⁸⁹ Es besteht daher Einigkeit, dass mitgliedsstaatliches Recht bei der Auslegung von unionsrechtlichen Vorschriften nicht heranzuziehen ist, sondern höchstens Anhaltspunkte für eine mögliche Auslegung geben kann.⁹⁰

(2) Völkerrecht als Vorbild

Im Unterschied dazu wurde in der Literatur bereits in der Vergangenheit für das Verhältnis zwischen Unionsrecht und internationalem Einheitsrecht vertreten, dass letzteres zur Auslegung von ersterem herangezogen werden könne. So liegt, wenn sich das Unionsrecht am internationalen Einheitsrecht orientiere, wie z. B. die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie am UN-Kaufrecht, nach Ansicht *Grundmanns* eine entsprechende Auslegung „auf der Hand“.⁹¹ Auch *Pfeiffer* geht davon aus, dass Wertungen des UN-Kaufrechts auf die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (und von dort auf das deutsche Umsetzungsrecht) „übertragen“ werden können.⁹² Wird diese Ansicht hier, in der Rs. *Schottelius*, durch den *EuGH* bestätigt?

Der Zweck des Art. 3 Abs. 1 CISG besteht darin, das Problem der gemischten Verträge zu regeln, welches in der Abgrenzung vom Kaufvertrag zum Werk- und Dienstvertrag besteht.⁹³ Dies entspricht genau dem Zweck, den der *EuGH* in Bezug auf Art. 1 Abs. 4 VGKRL identifiziert hat (Rn. 43). Es liegt daher die Annahme nahe, dass der *EuGH* den Normzweck von Art. 3 Abs. 1 CISG auf Art. 1 Abs. 4 VGKRL übertragen hat. Dafür spricht jedenfalls die ausdrückliche Bezugnahme auf Art. 3 Abs. 1 CISG. Zudem hat der *EuGH* hinsichtlich des von ihm identifizierten Telos weder Erwägungsgründe noch Gesetzesmaterialien angeführt, was ebenfalls dafürspricht, dass sich dieser nicht aus der Richtlinie selbst ergeben hat. Von einer Übertragung des Normzwecks scheint auch

⁸⁹ *Grundmann/Riesenhuber*, Die Auslegung des Europäischen Privat- und Schuldvertragsrechts, JuS 2001, 529 (530).

⁹⁰ *Mayer*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 31), Art. 19 EUV Rn. 60; *Lutter*, Die Auslegung angeglichenen Rechts, JZ 1992, 593 (602); *Grundmann/Riesenhuber* (Fn. 89), S. 530.

⁹¹ *Grundmann*, „Inter-Instrumental-Interpretation“, Systembildung durch Auslegung im Europäischen Unionsrecht, *RabelsZ* 2011, 882 (901).

⁹² *Pfeiffer*, Systemdenken im neuen Leistungsstörungen- und Gewährleistungsrecht, *ZGS* 2002, 23 (25).

⁹³ So ausdrücklich *Westermann*, in: MüKo-BGB III, 6. Aufl. 2012, Art. 3 CISG Rn. 2 mit Verweis auf *Handelsgericht Zürich*, CISG-online Nr. 637; ebenso *Magnus*, in: Staudinger, 2018, Art. 3 CISG Rn. 5; *Lüderitz/Fenge*, in: Soergel, 13. Aufl. 2000, Art. 3 CISG Rn. 2; implizit *Saenger*, in: Ferrari, 3. Aufl. 2018, Art. 3 CISG Rn. 1; *Mankowski*, in: MüKo-HGB (Fn. 54), Art. 3 CISG Rn. 2.

Mankowski auszugehen, der in seiner Urteilsanmerkung davon spricht, dass Art. 3 Abs. 1 CISG „Ausstrahlungskraft“ entfalte und „gleichsam überwirk[t]“. ⁹⁴

(3) „Auslegung nach Vorbildrecht“ als methodische Neuerung?

Ist die hier offenbar vorgenommene „Auslegung nach Vorbildrecht“ eine Neuerung? Nur teilweise, denn der *EuGH* hat bereits in der Vergangenheit das UN-Kaufrecht zur Auslegung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie herangezogen. Im Schlussantrag zur Rs. *Quelle*⁹⁵ wurde das Verhältnis von Nachbesserung und Ersatzlieferung gemäß Art. 3 Abs. 2 VGKRL diskutiert. Generalanwältin *Trstenjak* vertrat dabei die Ansicht, der Verbraucher müsse diejenige der beiden Abhilfen wählen, die möglich und verhältnismäßig sei.⁹⁶ Ihre Argumentation stütze *Trstenjak* dabei unter anderem auf Art. 46 CISG, wonach der Käufer ebenfalls nicht diejenige Abhilfe wählen kann, die im Vergleich zur anderen unverhältnismäßig ist.⁹⁷ In der Rs. *Ferenschild*⁹⁸ diskutierte Generalanwalt *Szpunar* im Schlussantrag die Frage, ob die Gewährleistungsansprüche des Käufers vor Ablauf der zweijährigen Haftungsfrist des Art. 5 Abs. 1 S. 1 VGKRL verjähren können. *Szpunar* bejahte dies.⁹⁹ Er berief sich dabei darauf, dass auch nach Art. 39 Abs. 2 CISG, an dem sich Art. 5 Abs. 1 VGKRL orientiert habe, die Ansprüche des Käufers vor Ablauf der Haftungsfrist verjähren könnten.¹⁰⁰ Auch in den Schlussanträgen zu den Rs. *Putz* und *Gebr. Weber* findet sich ein kurzer Hinweis auf das UN-Kaufrecht.¹⁰¹ Es zeigt sich also, dass die Generalanwälte bereits zuvor das vorbildgebende UN-Kaufrecht zur Auslegung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie herangezogen haben.

Im Unterschied zur Rs. *Schottelius* wurde allerdings in der jeweiligen Entscheidung selbst (*Quelle*, *Ferenschild*, *Gebr. Weber* und *Putz*) nicht auf das UN-Kaufrecht verwiesen. In diesem Punkt dürfte die Rs. *Schottelius* eine Neuerung darstellen.

(4) Abgrenzung zur sog. völkerrechtskonformen Auslegung

Weiter ist die „Auslegung nach Vorbildrecht“ von dem zu unterscheiden, was bisher in der Literatur als „völkerrechtskonforme Auslegung“ bezeichnet

⁹⁴ *Mankowski* (Fn. 32), S. 3215.

⁹⁵ *EuGH*, Urt. v. 17.4.2008, C-404/06, *Quelle* ././ Bundesverband der Verbraucherzentralen.

⁹⁶ *GA Trstenjak*, Schlussantr. C-404/06, *Quelle* ././ Bundesverband der Verbraucherzentralen, Rn. 44.

⁹⁷ *Ebd.*, Fn. 28 zu Rn. 44.

⁹⁸ *EuGH*, Urt. v. 13.6.2017, C-133/16, *Ferenschild* ././ JPC Motor SA.

⁹⁹ *GA Szpunar*, Schlussantr. C-133/16, *Ferenschild* ././ JPC Motor SA, Rn. 59.

¹⁰⁰ *Ebd.*, Rn. 58.

¹⁰¹ *GA Mazák*, Schlussantr. C-65/09, *Gebr. Weber* ././ Jürgen Wittmer, Rn. 57 und C-87/09, *Putz* ././ Medianess Electronics GmbH, Rn. 58.

wurde.¹⁰² Zur völkerrechtskonformen Auslegung ist vor allem die Rs. *Interfood* zu zählen, welche die Auslegung einer Vorschrift des gemeinsamen Zolltarifs, wonach der Einfuhrzoll von Früchten anhand ihres Zuckergehalts zu bestimmen ist, betraf.¹⁰³ Die Frage war, ob die betreffende Vorschrift zwischen natürlichem Zucker und Zuckerzusatz unterscheidet oder ob es stets auf den Gesamtzuckergehalt ankommt. Der *EuGH* stützte seine Auslegung unter anderem darauf, dass die Union zuvor mit ihren GATT-Handelspartnern ein Abkommen geschlossen hatte, in welchem die betreffende Vorschrift dahingehend verstanden wurde, dass es stets auf den Gesamtzuckergehalt ankommt.¹⁰⁴ Ebenfalls dazu zählt die Rs. *Van Duyn*, welche die Auslegung des heutigen Art. 45 Abs. 3 AEUV betraf, also die Frage, unter welchen Umständen die Arbeitnehmerfreizügigkeit eingeschränkt werden kann.¹⁰⁵ Bei der Auslegung dieser Bestimmung zog der *EuGH* den „völkerrechtliche[n] Grundsatz [...], daß ein Staat seinen eigenen Staatsangehörigen die Einreise in sein Hoheitsgebiet oder den Aufenthalt in diesem nicht versagen darf“ heran.¹⁰⁶

Um eine „Auslegung nach Vorbildrecht“ handelte es sich in beiden Fällen nicht. In der Rs. *Interfood* lag der Fall sogar genau umgekehrt: Die unionsrechtliche Vorschrift wurde anhand eines völkerrechtlichen Vertrags, der erst *nach* Erlass der Vorschrift geschlossen wurde und insofern den Gesetzgeber gar nicht geleitet haben kann, ausgelegt.

Denkbar wäre aber, da auch das UN-Kaufrecht ein völkerrechtlicher Vertrag ist, die hier vorgenommene „Auslegung nach Vorbildrecht“ ebenfalls der völkerrechtskonformen Auslegung zuzuordnen.

C. Neue Richtlinie – andere Entscheidung?

Der Unionsgesetzgeber hat im Jahre 2019 die sog. Warenkaufrichtlinie (WKRL) erlassen, die gemäß Art. 23 WKRL ab dem 1.1.2022 an die Stelle der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie treten wird. Daher stellt sich die Frage, ob die Entscheidung des *EuGH* in der Rs. *Schottelius* unter der neuen Richtlinie anders ergehen würde. Dafür kommt es entscheidend auf den Kaufvertragsbegriff der

¹⁰² So z. B. bei *Adrian*, Grundprobleme einer juristischen (gemeinschaftsrechtlichen) Methodenlehre, 2009, S. 453; *Potacs*, Auslegung im öffentlichen Recht, 1994, S. 76 Fn. 129.

¹⁰³ *EuGH*, Urt. v. 26.4.1972, C-92/71, *Interfood* ././ *Hauptzollamt Hamburg-Ericus*.

¹⁰⁴ *Ebd.*, Rn. 6.

¹⁰⁵ *EuGH*, Urt. v. 4.12.1974, C-41/74, *Van Duyn* ././ *Home Office*.

¹⁰⁶ *Ebd.*, Rn. 21/23.

neuen Richtlinie an, m. a. W., ob möglicherweise diesmal ein Werkvertrag i. S. d. § 631 BGB in den Anwendungsbereich der Richtlinie fällt.

I. Sachlicher Anwendungsbereichs der Warenkaufrichtlinie

Nach Art. 3 Abs. 1 WKRL gilt die Richtlinie für Kaufverträge zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer. Die Warenkaufrichtlinie definiert also, anders als die Vorgängerrichtlinie, ihren sachlichen Anwendungsbereich. Zugleich definiert die Warenkaufrichtlinie, ebenfalls im Gegensatz zur Vorgängerrichtlinie, was ein Kaufvertrag ist. Nach Art. 2 Nr. 1 WKRL ist ein Kaufvertrag jeder Vertrag, „durch den der Verkäufer das Eigentum an Waren auf einen Verbraucher überträgt oder die Übertragung des Eigentums an dieser Ware auf den Verbraucher zusagt und der Verbraucher hierfür den Preis dafür [sic!] zahlt oder dessen Zahlung zusagt.“¹⁰⁷ In den Anwendungsbereich fallen gemäß Art. 3 Abs. 2 WKRL auch Verträge über die Bereitstellung noch herzustellender oder zu erzeugender Waren. Diese Vorschrift entspricht Art. 1 Abs. 4 VGKRL. Schließlich fallen gemäß Art. 8 WKRL auch Kaufverträge, die eine Montage- oder Installationsleistung beinhalten, in den Anwendungsbereich der neuen Richtlinie. Diese Vorschrift entspricht Art. 2 Abs. 5 VGKRL. Wie auch Erwägungsgrund 17 S. 2 WKRL erläutert, sollen aber Montage- und Installationsverträge nicht insgesamt in den Anwendungsbereich der WKRL einbezogen werden.¹⁰⁸

Hinsichtlich ihres sachlichen Anwendungsbereichs steht die Warenkaufrichtlinie also erkennbar in Tradition zur Verbrauchsgüterkaufrichtlinie. In der Literatur wird daher teilweise die Auffassung vertreten, „der Anwendungsbereich änder[e] sich gegenüber der Vorgänger-Richtlinie 1999/44/EG nicht.“¹⁰⁹ Dies ist jedoch nicht ganz zutreffend, wie sich im Folgenden zeigen wird.

II. Unterschied: Keine autonome und einheitliche Auslegung des Begriffs „Kaufvertrag“

Um herauszufinden, wie der *EuGH* den gleichen Ausgangsfall unter der neuen Richtlinie entscheiden würde, soll im Folgenden die Warenkaufrichtlinie ebenso ausgelegt werden, wie dies durch den *EuGH* (voraussichtlich) erfolgen würde.

¹⁰⁷ Dies entspricht der Definition, die sich in Art. 2 S. 1 Nr. 5 der Verbraucherrechterichtlinie findet. Daran zeigt sich der Wille des Unionsgesetzgebers zu einer rechtsaktübergreifenden, einheitlichen Begriffsbildung; vgl. dazu *Riesenhuber* (Fn. 30), § 10 Rn. 24.

¹⁰⁸ *Staudenmayr*, Die Richtlinien zu den digitalen Verträgen, ZEuP 2019, 663 (668).

¹⁰⁹ *Tonner*, Die EU-Warenkauf-Richtlinie: auf dem Wege zur Regelung langlebiger Waren mit digitalen Elementen, VuR 2019, 363 (363).

Wie im Ausgangsfall ist davon auszugehen, dass der *EuGH* zunächst Zweifel anbringen würde, ob ein deutscher Werkvertrag in den Anwendungsbereich der Richtlinie fällt. Der *EuGH* würde sodann feststellen, dass die Richtlinie ihren Anwendungsbereich gemäß Art. 3 Abs. 1 WKRL auf Kaufverträge beschränkt. Die Frage wäre nun, wie der Begriff „Kaufvertrag“ zu verstehen, d. h. auszulegen ist, insbesondere ob auch ein deutscher Werkvertrag darunterfällt.

Wie bereits oben dargelegt, pflegt der *EuGH* vor der eigentlichen Auslegung zu erläutern, ob der in Rede stehende Begriff unionsautonom und einheitlich auszulegen ist.¹¹⁰ Bei der Prüfung, ob für die Definition des Begriffs „Kaufvertrag“ auf das nationale Recht verwiesen wird, würde der *EuGH* auf Erwägungsgrund 17 S. 3 WKRL stoßen. Dort heißt es:

Wenn ein Vertrag sowohl Elemente eines Warenkaufs als auch der Bereitstellung von Dienstleistungen enthält, soll das nationale Recht bestimmen, ob der ganze Vertrag als Kaufvertrag im Sinne der Richtlinie gelten kann.

Erwägungsgrund 17 S. 3 WKRL ist somit als Unionsvorschrift zu verstehen, die hinsichtlich der Auslegung eines Begriffs auf das Recht der Mitgliedsstaaten verweist. Zu beachten ist allerdings, dass es nur um die Frage geht, ob der *ganze* Vertrag (frz. *l'ensemble du contrat*) als Kaufvertrag anzusehen ist. Das kaufvertragliche Element des Vertrags unterfällt demnach in jedem Fall der Richtlinie. Auf das mitgliedstaatliche Recht kommt es nur an, wenn auch der restliche Teil des Vertrages der Warenkaufrichtlinie unterworfen werden soll.

Im Ausgangsfall müsste der *EuGH* also das deutsche Recht heranziehen, um zu bestimmen, ob der in Rede stehende Vertrag insgesamt noch als Kaufvertrag anzusehen ist. Gegenstand des Vertrages zwischen *Schottelius* und *Seifert* war die Sanierung des Gartenpools, im Wege derer *Seifert* verschiedene Güter an *Schottelius* verkaufte und in den Pool einbaute. Kauf und Werkleistung können hier nicht als mehrere, gedanklich voneinander trennbare Vereinbarungen angesehen werden. Vielmehr sind die Bestandteile verschiedener Vertragstypen derart verbunden, dass sie nur in ihrer Gesamtheit ein sinnvolles Ganzes ergeben, sodass von einem gemischten Vertrag auszugehen ist.¹¹¹ Wie gemischte Verträge rechtlich zu behandeln sind, ist im deutschen Recht umstritten. Vertreten werden u. a. die Absorptionstheorie, nach der das Recht des im Vordergrund stehenden Vertragstyps die Regeln der anderen in Betracht kommenden Vertragstypen verdrängt, und die Kombinationstheorie, nach der auf die einzelnen

¹¹⁰ *Riesenhuber* (Fn. 30), § 10 Rn. 4.

¹¹¹ So die Definition bei *Grüneberg*, in: Palandt, 80. Aufl. 2021, Vor § 311 Rn. 19.

Vertragsbestandteile grundsätzlich die jeweils für sie geltenden Normen anzuwenden sind.¹¹² Herrschend dürfte die Theorie vom Schwerpunkt des Vertrages sein, wonach im Wege einer Einzelfallbetrachtung das Recht des Vertragstyps heranzuziehen ist, der den rechtlichen oder wirtschaftlichen Schwerpunkt des Vertrags bildet.¹¹³

Nach ständiger Rechtsprechung des *BGH* bedeutet dies für die Abgrenzung von Kauf- und Werklieferungsverträgen einerseits und Werkverträgen andererseits, dass ein Kauf- oder Werklieferungsvertrag vorliegt, wenn der Schwerpunkt des Vertrags auf der Übertragung von Eigentum und Besitz liegt, hingegen von einem Werkvertrag auszugehen ist, wenn Schwerpunkt die Herstellung eines funktionstauglichen Werks ist.¹¹⁴ Im Ausgangsfall lag der Schwerpunkt auf der Sanierung des Pools, sodass auch nach deutschem Recht der in Rede stehende Vertrag nicht als Kaufvertrag anzusehen ist.¹¹⁵ Auf den werkvertraglichen Teil, der die strittige Frage nach der Selbstvornahme gemäß § 637 BGB umfasst, wäre daher die Warenkaufrichtlinie – wie im Ausgangsfall die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie – nicht anwendbar. Am Ende steht also dasselbe Ergebnis. Dies bestätigt die bereits erwähnte Ansicht, dass das vom *EuGH* entwickelte Kriterium des „ergänzenden Charakters“ der deutschen Schwerpunkttheorie entspricht.¹¹⁶

Der Verweis des Erwägungsgrundes 17 S. 3 WKRL auf das mitgliedstaatliche Recht lässt sich mit dem allgemeine Bestreben des Unionsgesetzgebers erklären, so wenig wie möglich in das allgemeine nationale Vertragsrecht einzugreifen, welches dieser auch in Erwägungsgrund 18 WKRL zum Ausdruck gebracht hat.¹¹⁷ Ob der Unionsgesetzgeber dem *EuGH* einen Gefallen damit getan hat, dass dieser in Zukunft das mitgliedstaatliche Recht wird heranziehen müssen, welches sich mit der Abgrenzung von Kauf- und Dienstleistungsverträgen möglicherweise selbst schwertut, steht freilich auf einem anderen Blatt.

¹¹² Überblick bei *Emmerich*, in: MüKo-BGB III, 8. Aufl. 2019, § 311 Rn. 28.

¹¹³ *BGH*, NJW 1981, 341 (342); 1995, 324 (326); 2010, 150 (151); *Emmerich*, in: MüKo-BGB III (Fn. 112), § 311 Rn. 28; *Grüneberg*, in: Palandt (Fn. 111), Vor § 311 Rn. 26; *Brox/Walker*, Schuldrecht BT, 45. Aufl. 2021, § 23 Rn. 10.

¹¹⁴ *BGH*, NJW 2018, 3380 (3381) m. w. N.

¹¹⁵ So hat auch das *LG Hannover* den Vertrag eingestuft, siehe oben **B. II.**

¹¹⁶ Siehe oben **B. III. 6. b).**

¹¹⁷ *Staudenmayer* (Fn. 108), S. 677.

Mittlerweile liegt das Gesetz zur Umsetzung der Warenkaufrichtlinie vor.¹¹⁸ Erwägungsgrund 17 hat dort keine Erwähnung gefunden.

D. Zusammenfassung und Bewertung

Der *EuGH* konnte die Vorlagefrage des *LG Hannover* nur beantworten, wenn der in Rede stehende Werkvertrag nach § 631 BGB vom Anwendungsbereich der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie umfasst war. Im Wege einer kursorischen Wortlautauslegung der Richtlinie ermittelte der *EuGH* zunächst, dass sich deren Anwendungsbereich nur auf Kaufverträge beschränkt. Danach erörterte der *EuGH* – wie üblich – ausdrücklich vorab, ob der Begriff „Kaufvertrag“ autonom und einheitlich auszulegen sei. Die eigentliche Auslegung des Begriffs „Kaufvertrag“ begann der *EuGH* mit einer Auslegung nach dem Zusammenhang. Hier war typisch, dass nur innerhalb des Rechtsakts ausgelegt wurde.

An die Auslegung nach dem Zusammenhang schloss sich eine umfangreiche historische Auslegung an. Hinsichtlich Art. 2 Abs. 5 VGKRL nahm der *EuGH* eine klassische genetische Auslegung vor, die auch inhaltlich überzeugt. Zur Auslegung von Art. 1 Abs. 4 VGKRL griff der *EuGH* auf das UN-Kaufrecht zurück, was man „Auslegung nach Vorbildrecht“ nennen könnte. Damit schloss sich der *EuGH* einer entsprechenden, in Literatur und Schlussanträgen bereits vertretenen Praxis an.

Am Ende der Auslegung stand das Ergebnis, dass die in Art. 2 Abs. 5 und Art. 1 Abs. 4 VGKRL genannten Verträge nur aus Gründen des Verbraucherschutzes Kaufverträgen gleichgestellt wurden. Verträge mit Dienstleistungen anderer Art – wie z. B. der in Rede stehende Werkvertrag zwischen *Schottelins* und *Seifert* – sollen aber grundsätzlich nicht in den Anwendungsbereich der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie fallen. Daher beantwortete der *EuGH* die Vorlagefrage des *LG Hannover* nicht.

Auch unter der neuen Warenkaufrichtlinie würde das Urteil vom Ergebnis her gleich ausfallen. Der Weg dorthin wäre jedoch ein anderer: Die Abgrenzung von Kauf- zu Dienstleistungsverträgen würde der *EuGH* nicht anhand seines eigenen Kriteriums des „ergänzenden Charakters“ vornehmen, sondern so, wie es in der jeweiligen mitgliedstaatlichen Rechtsordnung üblich wäre.

¹¹⁸ Gesetz zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags vom 25.6.2021, BGBl. I S. 2133.

Die Entscheidung überzeugt insbesondere in methodischer Hinsicht.¹¹⁹ Insofern sollte diese Entscheidung gegenüber solchen Stimmen skeptisch machen, die dem *EuGH* pauschal methodische Beliebigkeit vorwerfen.¹²⁰ Zudem zeigt die ausführliche historische Auslegung, dass die früher in der Literatur verbreitete Auffassung, die historische Auslegung spiele nur eine untergeordnete Rolle,¹²¹ nicht (mehr) zutreffend ist.

¹¹⁹ So auch *Gutzeit/Jacksch* (Fn. 16), S. 131; ebenso *Wilke* (Fn. 50), S. 658, der von einem „schulmäßig gewonnene[n] Auslegungsergebnis“ spricht.

¹²⁰ So aber *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 2), Rn. 820a.

¹²¹ So z. B. *Huber*, *Recht der Europäischen Integration*, 1996, § 8 Rn. 6; in neuerer Zeit *Oppermann/Classen/Nettesheim* (Fn. 38), § 9 Rn. 174.

Greta Louisa Niehaus*

Aufklärungspflichten des Emittenten nach Art. 17 Market Abuse Regulation bei eigenen Gesetzesverletzungen

Abstract

Gemäß Art. 17 Marktmissbrauchsverordnung sind an der Börse gelistete Unternehmen dazu verpflichtet, den Markt über Insiderinformation unter bestimmten Voraussetzungen zu informieren. Der Beitrag befasst sich mit der Frage, ob diese Pflicht auch für das Unternehmen möglicherweise nachteilige Informationen, wie eigene Gesetzesverletzungen, gelten muss.

According to Art. 17 Market Abuse Regulation, companies listed on the stock exchange market are obliged to inform the market about inside information under certain conditions. The article aims to answer the question of whether this duty must also apply to information that may be detrimental to the company, such as its own violations of the law.

* Die Autorin studiert im neunten Semester Rechtswissenschaft an der Humboldt-Universität zu Berlin. Der Beitrag entstand im Wintersemester 2020 im Rahmen eines Moduls für Kapitalmarktrecht bei Prof. Dr. Lars Klöhn, LL.M. (Harvard) und wurde redaktionell betreut von stud. iur. Mihail Kolev.

A. Einleitung

„An ounce of prevention is not worth a *pound* of cure, it is worth a *ton* of cure.”¹ – so hat es *Warren Buffett* in Bezug auf die US-Großbank Wells Fargo ausgedrückt, welche sich 2016 wegen eines Skandals um fingierte Konten verantworten musste. Gesetzesverletzungen können für Emittenten in der Tat sehr teuer werden, sei es durch Aufklärungskosten, Geldbußen oder Reputationsschäden. Schon allein deshalb hat der Emittent ein Interesse daran, solche Verstöße geheim zu halten.

In diesem Zusammenhang sorgt seit dem Jahr 2015 auch die VW-Dieselfaffäre in Deutschland immer noch für Aufruhr, als US-amerikanische Umweltbehörden herausfanden, dass VW seit 2008 die offiziellen Abgaswerte seiner Dieselfahrzeuge durch eine Täuschungssoftware manipuliert hatte. In den Schadensersatzprozessen gegen die VW AG wegen unterlassener Ad-hoc-Mitteilung wurde sich etwa gefragt, ob das Management des Konzerns die Anleger „vorsätzlich zu spät“ informiert hatte.² Vertieft sich wegen einer fehlenden Mitteilung ein Schaden der Aktionäre und würde der Kapitalmarkt, wie *Warren Buffett* meint, im Gegenzug in Wahrheit eine frühzeitige Ad-hoc-Publizität belohnen?

Vor dem Hintergrund dieser ungeklärten Fragen und der hohen praktischen Relevanz soll dieser Beitrag der Frage nachgehen, ob der Emittent im deutschen Recht gemäß Art. 17 Marktmissbrauchsverordnung (englisch: Market Abuse Regulation; im Folgenden: MAR)³ verpflichtet ist, den Markt über eigene Gesetzesverletzungen aufzuklären. Dafür bietet es sich zunächst an, sich einen Überblick über die Grundlagen der Ad-hoc-Publizität zu verschaffen (**B.**). Die Frage, ob der Emittent die Veröffentlichung aufschieben kann, setzt systematisch das Bestehen einer Ad-hoc-Publizität voraus. Nachdem daher zunächst darzustellen ist, unter welchen Voraussetzungen bei Gesetzesverletzungen eine Ad-hoc-Publizität besteht (**C.**), wird geprüft, ob der Emittent die Veröffentlichung der Information gemäß Art. 17 Abs. 4 MAR aufschieben kann (**D.**). Schließlich analysiert der Beitrag, ob eine unbedingte Ad-hoc-Pflicht den *Nemo-tenetur*-Grundsatz verletzen würde (**E.**).

¹ *Warren Buffett* bei CNBC, abrufbar unter: <https://www.youtube.com/watch?v=Q9wynaQBoJ4> (zuletzt abgerufen am 31.12.2021); Originalzitat von Benjamin Franklin: „An ounce of prevention is worth a pound of cure.”

² Grundsatzurteil: *BGH*, Urt. v. 25.5.2020 – VI ZR 252/19.

³ Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014.

B. Grundlagen

I. Struktur des Art. 17 MAR

Art. 17 MAR regelt die sog. Ad-hoc-Publizitätspflicht⁴, die Pflicht zur Veröffentlichung von Insiderinformationen. Es handelt sich dabei um eine der praktisch sowie dogmatisch wichtigsten Publizitätspflichten des europäischen Kapitalmarktrechts und fügt sich in dessen System als anlassbezogene Sekundärmarktpublizität ein.⁵ Die MAR passt ihre Regeln zur Ad-hoc-Publizität zwar an die rechtlichen, wirtschaftlichen und technologischen Entwicklungen an,⁶ lehnt sich aber auch in vielen Bereichen an die bisherige Rechtslage an.⁷ Daher kann bei der Auslegung der Vorschriften der MAR oft auf das bisherige Rechtsverständnis, in diesem Fall des § 15 WpHG a. F., zurückgegriffen werden.⁸

Normadressaten sind gemäß Art. 17 Abs. 1 UAbs. 3 MAR Emittenten i. S. d. Art. 3 Abs. 1 Nr. 21 MAR, die für ihre Finanzinstrumente eine Zulassung zum Handel an einem geregelten Markt in einem Mitgliedstaat beantragt oder eine Genehmigung hierfür erhalten haben. Ausgedehnt wurde der Anwendungsbereich auf Emittenten, deren Finanzinstrumente in einem multilateralen oder organisierten Handelssystem eines Mitgliedstaats gehandelt werden, wenn sie eine Zulassung zum Handel in diesem System erhalten oder in einem multilateralen System beantragt haben. Normadressaten sind dagegen nicht Vorstandsmitglieder.⁹ Diese müssen aber im Rahmen ihrer Organisationspflicht auf die Einhaltung von Art. 17 MAR hinwirken.¹⁰ Schließlich gilt die Ad-hoc-Publizitätspflicht nach Art. 17 Abs. 2 MAR auch für Teilnehmer am Markt für Informationszertifikate, welche in Art. 3 Abs. 1 Nr. 20 MAR definiert werden.

Art. 17 Abs. 1 MAR verpflichtet den Emittenten, Insiderinformationen i. S. d. Art. 7 MAR, die diesen Emittenten unmittelbar betreffen, unverzüglich bekannt zu geben. Eine Befreiung ist gemäß Art. 17 Abs. 4 MAR möglich, wenn der

⁴ *Klöhn*, Ad-hoc-Publizität und Insiderverbot im neuen Marktmissbrauchsrecht, AG 2016, 423 (429); *Kumpan*, Ad-hoc-Publizität nach der Marktmissbrauchsverordnung, DB 2016, 2039.

⁵ *Klöhn*, MAR, 1. Aufl. 2018, Art. 17 Rn. 1.

⁶ RL 2014/596/EU, Erwägungsgrund 3.

⁷ *Kumpan* (Fn. 1), S. 2039.

⁸ *Veil*, Europäisches Insiderrecht 2.0 – Konzeption und Grundsatzfragen der Reform durch MAR und CRIM-MAD, ZBB 2014, 85 (91).

⁹ *Kumpan*, in: Baumbach/Hopt, 40. Aufl. 2021, Art. 17 MAR Rn. 2.

¹⁰ *Ebd.*

Emittent ein berechtigtes Interesse an dem Aufschub der Veröffentlichung hat, keine Irreführung der Öffentlichkeit zu befürchten ist und der Emittent die Vertraulichkeit der Information gewährleisten kann. Außerdem kann er aus Gründen der Finanzstabilität gemäß Art. 17 Abs. 5 MAR sowie zum Schutz von Grundrechten von der Ad-hoc-Publizität befreit sein. Neben der allgemeinen Ad-hoc-Publizitätspflicht gemäß Art. 17 Abs. 1 MAR gibt es weitere Spezialregelungen der anlassbezogenen Publizität in Art. 17 Abs. 7, 8 MAR, wobei Art. 17 Abs. 7 MAR lediglich auf die allgemeine Ad-hoc-Publizität verweist.¹¹ Auf nationaler Ebene wird das Publizitätsregime des Art. 17 MAR in Deutschland durch § 26 WpHG flankiert und kann mithilfe der Schadensersatzansprüche aus §§ 97, 98 WpHG geltend gemacht werden,¹² in deren Vordergrund der Kursdifferenzschaden der Anleger steht.¹³

II. Teleologie der Ad-hoc-Publizität

Was ist Sinn und Zweck der Ad-hoc-Publizitätspflicht? Unter den vielen Begründungen für eine effektiv durchgesetzte Ad-hoc-Publizität lassen sich primär drei rechtsökonomisch ermittelbare Schutzzwecke diskutieren: der individuelle Anlegerschutz (1.), der Marktschutz (2.) sowie der Aktionärsschutz (3.).

1. Individueller Anlegerschutz

Im Rahmen der US-amerikanischen *disclosure philosophy* steht vor allem der individuelle Anlegerschutz im Vordergrund.¹⁴ Häufig wird der tiefere Grund der Ad-hoc-Publizität auch im deutschen Recht im individuellen Anlegerschutz gesehen.¹⁵ Es fragt sich allerdings, welche Anleger konkret davon angesprochen sind. Antwort darauf gibt das sog. „Informationsarbitrage-Modell“, welches auf die Ökonomen *Sanford Grossman* und *Joseph Stiglitz* zurückgeht und die Anleger in zwei Gruppen einordnet, die Informationshändler auf der einen und die

¹¹ *Klöbn* (Fn. 5), Art. 17 Rn. 2.

¹² *Hellgardt*, in: Assmann/Schneider, WpHG, 7. Aufl. 2019, §§ 97, 98 Rn. 5; *Klöbn* (Fn. 5), Art. 17 Rn. 4.

¹³ *Weller*, in: Fehlerhafte Kapitalmarktinformation zwischen Freiheit und Haftung, FS Hoffmann-Becking, 2013, S. 1341 ff.

¹⁴ *Gruson/Wiegmann*, Die Ad-hoc-Publizitätspflicht nach amerikanischem Recht und die Auslegung von § 15 WpHG, AG 1995, 173 (174).

¹⁵ In Europa RL 2014/596/EU, Erwägungsgründe 49, 55; in den USA *Baumann*, Rule 10b-5 and the Corporation's Affirmative Duty to Disclose, 67 Geo. L. J. (1979), 935 (939); in Deutschland BGHZ 192, 90 Rn. 56 – *IKB*; *BGH*, ZIP 2013, 1165 Rn. 34 – *Geltl*; zum Anlegerschutz *Fleischer*, DJT-Gutachten, Teil F, S. 19 ff.

Utilitätshändler (*utility traders*¹⁶) bzw. Liquiditätshändler (*liquidity traders*¹⁷) auf der anderen Seite.¹⁸

Die Informationshändler suchen, prüfen und interpretieren Informationen.¹⁹ Sie entscheiden über ihre Anlage allein danach, ob der von ihnen ermittelte „wahre“ Wert vom aktuellen Kurswert abweicht, d. h. sie kaufen Wertpapiere, wenn der ermittelte Wert höher ist als der aktuelle Kurs und sie verkaufen sie, wenn der wahre Wert unter den Handelskurs fällt.²⁰ Utilitätshändler hingegen bleiben rational uninformiert und sind nicht an neuen Informationen interessiert, sondern handeln aus gänzlich anderen Gründen.²¹ Vor diesem Hintergrund kann die Schutzwirkung der Ad-hoc-Publizität nur auf die Informationshändler abzielen, welche nämlich von ihren Vorteilen auch Gebrauch machen, also anhand von Informationen Anlageentscheidungen treffen.²²

Allerdings gilt es auch zu beachten, wie Informationen überhaupt an den Markt gelangen. Das ist eine Frage der Kapitalmarkteffizienz. Heute werden drei Stufen der Kapitalmarkteffizienz unterschieden.²³ Die erste Stufe beschreibt den Zustand, bei dem lediglich alle historischen Informationen und Preise in die Bildung der Marktpreise einfließen. Dies wird als die schwache Kapitalmarkteffizienz oder als reine *random-walk*-Theorie bezeichnet.²⁴ Sobald sich in den Wertpapierpreisen auch alle veröffentlichten Informationen über die jeweiligen Emittenten niederschlagen, wird von einer halbstrengen Kapitalmarkteffizienz gesprochen.²⁵ Die strenge Form der Kapitalmarkteffizienz setzt schließlich voraus, dass in den Marktpreisen alle, auch die nicht veröffentlichten (Insider-) Informationen, über notierte Unternehmen enthalten sind.²⁶ Dies entspricht aber nicht der Realität auf den Wertpapiermärkten,

¹⁶ *Gosben/Parchomovsky*, The Essential Role of Securities Regulation, 55 Duke L. J. (2006), 711 (724).

¹⁷ *Ebd.*

¹⁸ *Grossman/Stiglitz*, On the Impossibility of Informationally Efficient Markets, 70 Am. Econ. Rev. (1980), 393; Vorarbeiten bei *Grossman/Stiglitz*, Information and Competitive Price Systems, 66 Am. Econ. Rev. (1976), 246.

¹⁹ *Gosben/Parchomovsky* (Fn. 16), S. 72; *Klöhn*, Wertpapierhandelsrecht diesseits und jenseits des Informationsparadigmas, ZHR 177 (2013), 349 (355 f.).

²⁰ *Ebd.*

²¹ *Gosben/Parchomovsky* (Fn. 16), S. 724.

²² *Klöhn* (Fn. 19), S. 375 f.

²³ *Dennis*, Materiality and the Efficient Capital Market Model: A Recipe for the Total Mix, Sec. L. Rev. (1985), 373 (375).

²⁴ *Ebd.*, S. 375 ff.

²⁵ *Ebd.*, S. 377 ff.

²⁶ *Ebd.*, S. 380 f.

vielmehr ist vom Vorliegen einer halbstrengen Kapitalmarkteffizienz auszugehen.²⁷

Auch wenn teilweise vertreten wird, dass gerade der individuelle Anlegerschutz mit einer effizienten Ad-hoc-Publizitätspflicht erreicht wird,²⁸ können auf Grundlage der halbstrengen Kapitalmarkteffizienz kursrelevante und durch Ad-hoc-Meldung bekannt gegebene Informationen keine Kenntnis einer Arbitragemöglichkeit für Informationshändler vermitteln, da sie mit ihrer Veröffentlichung an Kursrelevanz verlieren.²⁹ Es folgt also, dass die Ad-hoc-Publizität weniger den einzelnen Anleger schützt, sondern vielmehr die Informationseffizienz des Marktes verbessert und daher den Markt an sich schützt. Die Informationshändler profitieren davon reflexartig, indem ihre Such- und Analysekosten von Informationen sowie Risiken für sie gesenkt werden.³⁰ Auch die rational uninformierten Händler profitieren, da u. a. die Liquidität des Marktes erhöht wird, was wiederum zu niedrigeren Handelskosten führt.³¹

2. Marktschutz

Festgestellt wurde also, dass der primäre Schutzzweck der Ad-hoc-Publizität im Marktschutz liegen muss, was in Deutschland³² und Europa³³ auch allgemein anerkannt ist. Das Marktschutzziel lässt sich in dem auch die MAR prägenden Prinzip der amerikanischen *equal-access*-Theorie³⁴ verankern, nach der ein gleichberechtigter Zugang zu kursrelevanten Informationen hergestellt und garantiert werden soll.³⁵ Daraus resultieren die folgenden untergeordneten Schutzziele, die durch die Ad-hoc-Publizität bewirkt werden sollen: die Verbesserung von Informations- und Fundamentalwerteffizienz der

²⁷ *Dennis* (Fn. 23), S. 380 f.

²⁸ *Heidmeier*, Die Ad-hoc-Publizität gemäß § 44a BörsG im System der Berichtspflichten für börsennotierte Aktiengesellschaften, AG 1992, 110 (113).

²⁹ *Klöbn* (Fn. 5), Vor Art. 17 Rn. 37.

³⁰ *Klöbn* (Fn. 5), Art. 17 Rn. 9.

³¹ *Klöbn* (Fn. 5), Vor Art. 17 Rn. 69.

³² Vgl. z. B. *Ibrüg*, Wissenszurechnung im Kapitalmarktrecht – untersucht anhand der Pflicht zur Ad-hoc-Publizität gemäß Art. 17 MAR, ZHR 181 (2017), 381 (390); zum alten Recht Begr RegE 2. FMFG, BT-Drucks. 12/6679, S. 48; BGHZ 192, 90 Rn. 56 – *IKB*; *Assmann*, in: *Assmann/Schneider* (Fn. 12), § 15 Rn. 307; *Pfüller*, in: *Fuchs, WpHG*, 2. Aufl. 2016, § 15 Rn. 539.

³³ Vgl. nur RL 2003/6/EU, Erwägungsgründe 12, 15, 24; *EuGH*, NJW 2012, 2787 Rn. 34 – *Daimler AG ./.* *Markus Gell*; *EuGH*, NZG 2015, 432 Rn. 22 – *Lafonta ./.* *AMF*.

³⁴ *Heisterkamp*, Über Insider und Outsider – das neue deutsche Insiderrecht im europäischen Vergleich, DZWiR 1994, 517 (518).

³⁵ *Klöbn* (Fn. 5), Art. 17 Rn. 7.

Marktpreise,³⁶ die Verhinderung von Insiderhandel³⁷ und der dadurch erzeugte Schutz des Vertrauens in die Integrität der Kapitalmärkte.³⁸ Die Pflicht zur Ad-hoc-Publizität bildet damit insbesondere das Komplementärstück zum Verbot des Insiderhandels.

3. Aktionärsschutz

Schließlich dient die Ad-hoc-Publizität auch den Aktionären (*Corporate-Governance-Funktion*), hauptsächlich indem die Agenturkosten³⁹ gesenkt werden.⁴⁰ Agenturkosten sind allgemein die Kosten, die sich, unter Annahme von Informationsasymmetrien, daraus ergeben, dass Vorstände nicht im Interesse der Aktionäre handeln.⁴¹ Der Vorstand hat einen höheren Anreiz im Interesse der Aktionäre zu handeln, also seine Sorgfaltspflichten zu beachten, je besser die Aktionäre und der Aufsichtsrat ihn durch höhere Informationseffizienz kontrollieren können.⁴²

III. Beispielfälle

Bevor näher auf das Bestehen einer Ad-hoc-Publizitätspflicht eingegangen wird, sollen zunächst Beispielfälle aufgeführt werden, anhand derer sich die Voraussetzungen des Art. 17 MAR im Folgenden veranschaulichen lassen.

Beispiel 1: Emittent E ist ein großer Energiekonzern. Seit Jahren versteckt E Schulden in Millionenhöhe außerhalb der Bilanz. Dies droht nun aufzufliegen, weshalb der Vorstand sich fragt, ob er sofort eine Ad-hoc-Meldung veröffentlichen sollte.

Beispiel 2: Bei dem Emittenten H handelt es sich um einen Hedgefonds. His neubestellter Vorstand erfährt, dass ein Mitarbeiter noch vor Bestellung des neuen Vorstands Insiderhandel betrieben hat. Interne Untersuchungen der Compliance-Abteilung ergeben, dass es sich dabei um einen einmaligen Vorfall handelte. Der neue Vorstand möchte den Fall näher untersuchen und ahnden

³⁶ Klöbn (Fn. 5), Art. 17 Rn. 7.

³⁷ Begr. RegE 2. FMFG, BT-Drucks. 12/6679, S. 34.; Begr. RegE AnSVG BT-Drucks. 15/3174, S. 34; Ehricke, in: Hopt/Voigt, Informationshaftung, S. 187, 251.

³⁸ Begr. RegE AnSVG BT-Drucks. 15/3174, S. 34.

³⁹ Jensen/Meckling, Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs and ownership structure, 3 J. Fin. Econ. (1976), 305 (308).

⁴⁰ Klöbn (Fn. 5), Vor Art. 17 Rn. 52 ff.

⁴¹ Vgl. Jensen/Meckling (Fn. 39), S. 308.

⁴² Ebd.

sowie sein Compliance-System überprüfen lassen. Er fragt sich nun allerdings, ob die Information trotzdem der Ad-hoc-Publizitätspflicht unterliegt.

C. Bestehen einer Ad-hoc-Pflicht gemäß Art. 17 Abs. 1 MAR

Damit ein Emittent eine rechtmäßige Aufschubentscheidung über eine Gesetzesverletzung treffen kann, muss systematisch zunächst eine Ad-hoc-Publizitätspflicht gemäß Art. 17 Abs. 1 MAR bestehen. Diese kann bei Gesetzesverletzungen nicht automatisch angenommen werden, vielmehr müssen die einzelnen Voraussetzungen daraufhin geprüft werden.

Ausgangspunkt für Gesetzesverletzungen eines Emittenten ist die Legalitätspflicht des Vorstands, nach der jedes einzelne Vorstandsmitglied die gesetzlich im Aktiengesetz festgelegten Pflichten für den Vorstand zu beachten und zu erfüllen hat.⁴³ Pflichtwidriges Überschreiten der Kompetenzen führt daher zu einem Verstoß gegen § 93 Abs. 1 AktG.⁴⁴ Ebenso hat der Emittent und damit seine Organmitglieder im Außenverhältnis sämtliche rechtliche Pflichten und Vorgaben der Rechtsordnung einzuhalten.⁴⁵ Damit geht einher, dass der Vorstand auch dafür zu sorgen hat, dass sich die Mitarbeiter des Unternehmens im Rahmen ihrer betrieblichen Tätigkeit rechtstreu verhalten, was eine entsprechende Organisation und Kontrolle voraussetzt.⁴⁶ Der Diskussion, ob diese sog. Compliance-Pflicht⁴⁷ nicht doch aus einem eigenständigen Legalitätsinteresse der Gesellschaft entspringt, kann kaum Relevanz zugesprochen werden.⁴⁸ Bei Verletzungen dieser Pflichten lässt sich hinsichtlich der Qualifizierung als ad-hoc-pflichtige Insider Tatsache zwischen dem Compliance-Verstoß selbst (**I.**), also einem bereits eingetretenen Ereignis, und

⁴³ Spindler, in: MüKo-AktG II, 5. Aufl. 2018, § 93 Rn. 86.

⁴⁴ BGHZ 164, 249 – *Magusta/Commerzbank II*; BGH, NZG 2015, 792 Rn. 24 – *Ision II*; Fleischer, in: Spindler/Stilz, § 93 Rn. 20.

⁴⁵ Siehe Aufzählungen bei Fleischer, Aktienrechtliche Legalitätspflicht und „nützliche“ Pflichtverletzungen von Vorstandsmitgliedern, ZIP 2005, 141 (142 ff., 144); Habersack, Die Legalitätspflicht des Vorstands der AG, in: FS Schneider, 2011, S. 429 (431 f.); Ibrüg, Reformbedarf beim Haftungstatbestand des § 93 AktG, WM 2004, 2098 (2103); Paefgen, Dogmatische Grundlagen, Anwendungsbereich und Formulierung einer Business Judgment Rule im künftigen UMAG, AG 2004, 245 (251 f.); Thole, Managerhaftung für Gesetzesverstöße, ZHR 173 (2009), 504 (509); Verse, Compliance im Konzern, ZHR 175 (2011), 401 (403 ff.).

⁴⁶ Pelz, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, § 5 Rn. 45.

⁴⁷ Zum Begriff Grütznher/Jakob, Compliance von A-Z, Compliance.

⁴⁸ Liese, BB-Special 2008, Beil. 5, 17, 18 ff.; a. A. Bachmann, Interne Ermittlungen – ohne Grenzen?, ZHR 180 (2016), 563 (566 f.).

den dadurch drohenden Konsequenzen (II.), also künftigen Umständen, unterscheiden.⁴⁹

I. Begangener Compliance-Verstoß als bereits eingetretenes Ereignis

Wird ein Compliance-Verstoß z. B. im Rahmen einer Compliance-Untersuchung aufgedeckt, so kann dieses sog. *finding*⁵⁰ ad-hoc-pflichtig gemäß Art. 17 Abs. 1 MAR sein. Dies ist der Fall, wenn es sich um eine Insiderinformation i. S. v. Art. 7 Abs. 1 MAR handelt (1.), die den Emittenten unmittelbar betrifft und unverzüglich bekannt gegeben werden müsste (2.).

1. Insiderinformation gemäß Art. 7 Abs. 1 MAR

Damit es sich um eine Insiderinformation handelt, müsste die Information gemäß Art. 7 Abs. 1 MAR präzise sein (a), den Emittenten betreffen (b) sowie nicht öffentlich bekannt sein (c). Die Kursrelevanz erfordert bei Gesetzesverletzungen eine intensivere Analyse (d).

a) Präzise Information

Informationen sind gemäß Art. 7 Abs. 2 MAR dann als präzise anzusehen, wenn damit Umstände oder Ereignisse gemeint sind, die bereits gegeben sind oder bei denen man vernünftigerweise erwarten kann, dass sie in Zukunft gegeben sein werden. Maßgeblich ist zudem, dass die Information spezifisch genug ist, um einen Schluss auf die möglichen Auswirkungen auf den entsprechenden Kurs zuzulassen.

Bezüglich der Frage, ob *findings* überhaupt präzise Informationen sein können, ist zwischen den bloßen Sachverhalten einerseits und den hieraus folgenden rechtlichen Bewertungen andererseits zu differenzieren.⁵¹ Bei den aufgedeckten Sachverhalten handelt es sich nämlich zwar um vergangene Umstände⁵², sie sind allerdings nicht präzise, also spezifisch genug, um selbst Gegenstand einer eigenständigen Ad-hoc-Mitteilung sein zu können.⁵³ Allein die rechtliche Bewertung führt von einer kursneutralen zu einer kursspezifischen Information mit einem „Wert“ für einen verständigen Anleger.⁵⁴

⁴⁹ Schockenhoff, Geheimhaltung von Compliance-Verstößen, NZG 2015, 409 (412).

⁵⁰ Zum Begriff *Bunz*, Ad-hoc-Pflichten im Rahmen von Compliance Audits, NZG 2016, 1249 (1252).

⁵¹ Pfüller, in: Fuchs (Fn. 32), § 15 Rn. 287; *Bunz* (Fn. 50), S. 1252.

⁵² Zum Begriff (altes Recht) *Klöbn*, in: KöKoWpHG, 2. Aufl. 2014, § 13 Rn. 18 ff.

⁵³ Zum alten Recht Pfüller, in: Fuchs (Fn. 32), § 15 Rn. 287; *Bunz* (Fn. 50), S. 1252.

⁵⁴ *Ebd.*

b) Emittentenbezug

Weiterhin muss die Information direkt oder indirekt einen oder mehrere Emittenten bzw. Finanzinstrumente betreffen. Eine nähere Bestimmung, wann ein Emittentenbezug anzunehmen ist, enthält Art. 17 MAR nicht. Allerdings wird allgemein angenommen, dass dem Merkmal keine selbstständige Abgrenzungswirkung zukommt.⁵⁵ Hintergrund dessen ist, dass es keine kursrelevante Information geben kann, die nicht zumindest mittelbaren Bezug hat. Ansonsten würde gegen die informationelle Chancengleichheit, dem Zweck des Insiderrechts, verstoßen werden.⁵⁶ Zwar wird das Erfordernis des Emittenten- oder Finanzinstrument-Bezugs ausdrücklich im Wortlaut des Art. 7 Abs. 1 lit. a) MAR erwähnt, allerdings handelt es sich lediglich um einen redundanten Begriff, welcher insofern kein echtes Kriterium bei der Gesetzesanwendung darstellt.⁵⁷

c) Nicht öffentlich bekannte Information

Eine Information ist öffentlich bekannt, wenn sie einer unbestimmten Anzahl von Personen zugänglich gemacht wurde.⁵⁸ Unter Öffentlichkeit ist im Rahmen der MAR das „breite Anlegerpublikum“ zu verstehen.⁵⁹ Ließe man eine enger gefasste Bereichsöffentlichkeit ausreichen, würde dem fundamentalen kapitalmarktrechtlichen Prinzip des *equal access to information*⁶⁰ widersprochen.⁶¹

Die Sachverhalte sowie die daraus gezogenen rechtlichen Bewertungen sind regelmäßig nur den Organmitgliedern, den (rechtlichen) Beratern und ggf. Mitarbeitern bekannt. Da der Kapitalmarktöffentlichkeit deshalb die Kenntnisnahme nicht ohne weiteres möglich ist, handelt es sich hierbei um „nicht öffentlich bekannte“ Informationen.⁶²

⁵⁵ Z. B. schon unter altem Recht *Assmann*, in: Assmann/Schneider (Fn. 12), § 13 Rn. 46; *Claussen/Florian*, Der Ermittlerleitfaden, AG 2005, 745, 750; *Hopt*, Auf dem Weg zum deutschen Insidergesetz – Die Vorüberlegungen vom Herbst 1992, in: FS Beusch, 1993, S. 393 (397); *Schäfer*, in: Schäfer/Hamann, WpHG, § 13 Rn. 45; a. A. *Schacht*, S. 55.

⁵⁶ *Klöbn* (Fn. 5), Art. 7 Rn. 116 f.

⁵⁷ *Ebd.*; a. A. *Mennicke/Jakovou*, in: Fuchs (Fn. 32), § 13 Rn. 107 („eindeutiger Gesetzeswortlaut“).

⁵⁸ *Kumpan*, in: Baumbach/Hopt (Fn. 9), MAR, Art. 7 Rn. 5.

⁵⁹ So schon zum alten Recht *Ebricke*, in: Hopt/Voigt, Informationshaftung, S. 187, 255 ff.; *Klöbn*, Wann ist eine Information öffentlich bekannt i.S.v. Art. 7 MAR?, ZHR 180 (2016), 707, 714 ff.; *ders.* (Fn. 4), S. 427; *Kumpan* (Fn. 4), S. 2042.

⁶⁰ *Heisterkamp*, Über Insider und Outsider – das neue deutsche Insiderrecht im europäischen Vergleich, DZWiR 1994, 517 (518); siehe oben **B. II. 2.**

⁶¹ *Klöbn* (Fn. 59), S. 718 f.

⁶² *Bunz* (Fn. 50), S. 1252.

d) Kursrelevanz

Entscheidend ist schließlich, ob die *findings* bzw. ihre rechtliche Bewertung auch kursrelevant sind, d. h. ob sie Informationen darstellen, die ein verständiger Anleger wahrscheinlich als Teil der Grundlage seiner Anlageentscheidung nutzen würde (Art. 7 Abs. 4 MAR). Die Kursrelevanz entspricht der *materiality* im US-amerikanischen Recht, welche auch dort die entscheidende Rolle bei der Bestimmung einer Insiderinformation spielt.⁶³ Insofern kann auf den *Reasonable Investor Test*⁶⁴ zurückgegriffen werden, nach dem die Eignung zur Kursrelevanz in objektiv-nachträglicher Weise, anhand einer *ex-ante*-Prognose aus der Perspektive eines verständigen Anlegers zu bestimmen ist.⁶⁵ Dabei greift es zu kurz, wenn ohne jegliche Differenzierung im Einzelfall allein wegen der Gesetzeswidrigkeit und der daraus folgenden Schäden die Kursrelevanz generell unterstellt wird.⁶⁶ Hingegen ist die Frage nach der Kursrelevanz äußerst faktenintensiv und nach den Umständen des Einzelfalls zu beurteilen.⁶⁷

Bei der Subsumtion unter dem *Reasonable Investor Test* ist die Erkenntnis, dass zwischen Aktionären und Vorstand Agenturkosten (*agency costs*) anfallen und dass diese den Wert der Aktien senken, entscheidend.⁶⁸ Fällt die Identifizierung dieser Kosten einfach und verdichten sie sich zu einer zählbaren Größe – in den USA spricht man von *quantitative materiality*⁶⁹ – ist die Beurteilung über die Kursrelevanz unproblematisch.⁷⁰ Häufig sind dann die aus der Gesetzesverletzung drohenden Konsequenzen als zukünftige Umstände eine ad-hoc-pflichtige Insiderinformation, gesetzt die weiteren Voraussetzungen sind erfüllt.⁷¹ Fällt die Prüfung hingegen schwerer aus, müssen die (zusätzlichen) Einbußen aufgrund der Gesetzesverletzung, z. B. Ausfälle im operativen Geschäft, insbesondere Schadensersatzansprüche Dritter, Verlust von

⁶³ Vgl. *Longstreth*, SEC Disclosure Policy Regarding Management Integrity, Bus. L., 1983, 1413 (1417).

⁶⁴ *Klöbn*, Kapitalmarktinformationshaftung für Corporate-Governance-Mängel?, ZIP 2015, 1145 (1150).

⁶⁵ RL 2014/596/EU, Erwägungsgrund 14; zum alten Recht *BGH*, WM 2010, 399 (400); 2012, 303 (308); 2013, 1171 (1174).

⁶⁶ *Klöbn* (Fn. 54), S. 1150; so aber z. B. *Breßler/Kubnke/Schulz/Stein*, Inhalte und Grenzen von Amnestien bei Internal Investigations, NZG 2009, 721 (725); *Schockenhoff* (Fn. 49), S. 413; *Wilken/Hagemann*, Compliance-Verstöße und Insiderrecht, BB 2016, 67 (69).

⁶⁷ Schon unter altem Recht *Pfüller*, in: Fuchs (Fn. 32), § 15 Rn. 287; *Klöbn* (Fn. 54), S. 1150.

⁶⁸ *Klöbn*, in: KöKoWpHG (Fn. 52), § 13 Rn. 353.

⁶⁹ *Langevoort*, Seeking Sunlight in Santa Fe's Shadow: The SEC's Pursuit of Managerial Accountability, 79 Wash. U. L. Q. (2001), 449 (457).

⁷⁰ *Klöbn* (Fn. 54), S. 1151.

⁷¹ *Schockenhoff* (Fn. 49), S. 412 f.

Geschäftschancen und insgesamt die Reputation des Unternehmens, evaluiert werden.⁷² Ebenso spielen in Bezug auf die Gesetzesverletzung selbst – vorausgesetzt die Informationen darüber sind verlässlich und weisen eine gewisse Detailtiefe auf⁷³ – etwa die Art und Weise des Verstoßes, der relevante Zeitraum, die Person des Täters und das Risiko externer Ermittlungen eine Rolle.⁷⁴ Einem Kriterium ist dabei besondere Bedeutung beizumessen: Richten sich die Vorwürfe über die Gesetzesverletzung gegen das *derzeitige* Management, fallen die Kosten mit hoher Wahrscheinlichkeit wesentlich höher aus, als wenn sie sich gegen ehemalige Unternehmensangehörige richteten.⁷⁵

In der Theorie kann man die Kosten berechnen, indem man die Einbußen in allen denkbaren Szenarien mit ihrer Eintrittswahrscheinlichkeit multipliziert, diese Beträge auf den Tag der Ad-hoc-Pflicht abzinst und sie dann zusammenzählt. In der Praxis ist allerdings klar, dass man diese Größe nicht genau berechnen kann, sondern sich ihr wenn überhaupt anhand einer Prognose nur annähern kann.⁷⁶

Schließlich ist die Kursrelevanz keine absolute, sondern eine relative Größe, d. h. sie richtet sich stets nach den Markterwartungen. Selbst wenn die Information einen Schluss auf höhere Agenturkosten in der Gesellschaft zulässt, ist sie demnach nur kursrelevant, wenn der Markt die Agenturkosten nicht schon aufgrund anderer Informationen erwartet.⁷⁷ Erwähnenswert ist außerdem die Möglichkeit, der Marktreaktion nach Bekanntwerden der Information eine „Indizwirkung“ bezüglich der Entscheidung über die Kursrelevanz zuzusprechen.⁷⁸

Die vorstehenden Erläuterungen zeigen auf, dass Informationen über Gesetzesverletzungen bzw. ihre rechtliche Bewertung zwar nicht automatisch Kursrelevanz zugesprochen werden kann, sondern dies im Einzelfall anhand verschiedener Kriterien ermittelt werden muss. Sinnvoll erscheint daher eine Klassifizierung von Gesetzesverstößen in Hinblick auf die Kursrelevanz.

⁷² *Bunz* (Fn. 50), S. 1253; *Klöhn*, Kapitalmarktinformationshaftung für Corporate-Governance-Mängel?, ZIP 2015, 1145 (1151); so auch BaFin, Konsultation 14/2019 des neuen Moduls C des Emittentenleitfadens – Regelung aufgrund der MAR, S. 29.

⁷³ *Schockenhoff* (Fn. 49), S. 413; vgl. *Klöhn*, in: KöKoWpHG (Fn. 52), § 13 Rn. 201 ff.

⁷⁴ *Bunz* (Fn. 50), S. 1253

⁷⁵ *Ebd.*

⁷⁶ *Klöhn* (Fn. 54), S. 1151.

⁷⁷ *Ebd.*

⁷⁸ *BGH*, ZIP 2010, 426, Rn. 16 – *Freenet*; *BGHZ* 192, 90 Rn. 41 – *IKB*; *BGH*, ZIP 2013, 1165 Rn. 23, 31 – *Geltl.*

Handelt es sich um einen schwerwiegenden und andauernden Gesetzesverstoß, für den eine oder mehrere Personen mit hohem Rang im Unternehmen verantwortlich sind und ist das Risiko externer Ermittlungen hoch, so ist die Kursrelevanz in jedem Fall zu bejahen. Je weniger dieser Kriterien erfüllt sind, desto niedriger dürfte im Idealfall die Kursrelevanz sein.

Für die Gesetzesverletzung im *Beispiel 2* dürfte dies heißen, dass die Kursrelevanz eher gering ausfällt. Es handelt sich um einen einmaligen Verstoß, bei dem feststeht, dass zumindest das derzeitige Management nicht involviert war. Außerdem möchte der neue Vorstand angemessene Konsequenzen aus dem Vorfall ziehen.

Anders hingegen verhält es sich im *Beispiel 1*. Der Emittent E versteckt wissentlich und seit mehreren Jahren eine hohe Summe an Schulden. Zudem ist das Risiko externer Ermittlungen hoch. Die Information ist damit eindeutig kursrelevant.

2. Unmittelbare Betroffenheit und Unverzüglichkeit

Der Ad-hoc-Publizität unterliegen nur solche Insiderinformationen, die den Emittenten unmittelbar betreffen. Zweck dieser Voraussetzung ist, dass der Emittent nur diejenigen Insiderinformationen bekannt geben muss, die er typischerweise zu geringeren Kosten als alle anderen Teilnehmer des Marktes suchen und analysieren kann.⁷⁹ Hintergrund dessen ist der Zweck der Ad-hoc-Pflicht, welcher u. a. in dem Marktschutz, d. h. in der Herstellung informationeller Chancengleichheit für Marktteilnehmer, besteht.⁸⁰ Dies inkludiert die Senkung der Such- und Analysekosten der Marktteilnehmer, indem wiederum der Emittent, als derjenige mit den geringsten Kosten für die Suche, Analyse und Veröffentlichung der Information (*least cost provider*), zur Ad-hoc-Publizität verpflichtet wird.⁸¹

Gesetzesverletzungen kann kein anderer Marktteilnehmer als der Emittent selbst besser erkennen und analysieren, die Voraussetzung der unmittelbaren Betroffenheit ist demnach erfüllt. Das Argument, der Emittent sei nicht

⁷⁹ Klöhn (Fn. 5), Art. 17 Rn. 68 f.; zum alten Recht Voß, in: Just/Voß/Ritz/Becker, WpHG, § 15 Rn. 59; Klöhn, WpHG § 15 Rn. 58 f.; Klöhn, Die Regelung selektiver Informationsweitergabe gem. § 15 Abs. 1 Satz 4 u. 5 WpHG – eine Belastungsprobe, WM 2010, 1869 (1878).

⁸⁰ Ibrüg, (Fn. 32), S. 390; siehe oben **B. II. 2.**

⁸¹ Klöhn (Fn. 5), Art. 17 Rn. 69.

unmittelbar betroffen, weil es primär um ein Fehlverhalten des Organs gehe, kann daher nicht davon abbringen.⁸²

Vielmehr kann der „Opferrolle“ des Emittenten im Rahmen der Unverzüglichkeit Beachtung geschenkt werden.⁸³ Vielfach wird die Ad-hoc-Publizität als „Wissensnorm“ verstanden, indem die Kenntnis des Emittenten von der Insiderinformation als objektives Merkmal in den Tatbestand hineingelesen wird.⁸⁴ Begründend wird dafür unter anderem aufgeführt, dass lediglich das positive Wissen des Vorstands des Emittenten zurechenbar sei und eine weitergehende Wissenszurechnung auf Grundlage von Wissensorganisationspflichten zu weit ginge und daher ausgeschlossen sein müsse.⁸⁵ Jedoch ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des Art. 17 Abs. 1 MAR, dass die Ad-hoc-Publizität keine Kenntnis des Emittenten über die Information voraussetzt.⁸⁶ Der Emittent muss lediglich von der Insiderinformation *unmittelbar betroffen sein* und nicht – wie bei Artt. 8, 10 MAR – über sie *verfügen*. Dies entspricht auch dem Telos der Vorschrift, nach dem eine Beschränkung auf diejenigen Informationen, die der Emittent kennt, äußerst abwegig wäre, da der Emittent vor allem bei der Suche und der Analyse der Information einen Kostenvorteil hat.⁸⁷ Der Emittent muss die Information, unabhängig von der Kenntnis, unverzüglich veröffentlichen, d. h. ohne schuldhaftes Zögern.⁸⁸ Damit werden nicht bloß eine Veröffentlichungspflicht, sondern gerade auch eine Informationssuch-, -aufklärungs-, -weiterleitungs- und -analysepflicht statuiert.⁸⁹ Im Übrigen können die in Deutschland entwickelten Grundsätze der Wissenszurechnung nicht anwendbar sein.⁹⁰ Art. 17 Abs. 1 MAR wirkt

⁸² Schon zum alten Recht *Klöbn* (Fn. 54), S. 1152.

⁸³ *Ebd.*

⁸⁴ *Ibrig* (Fn. 32), S. 385; *Koch*, Die Ad-hoc-Publizität: Veröffentlichungs- oder Wissensorganisationspflicht?, AG 2019, 273-286; *Thomale/Weller*, Ad hoc-Publizitätshaftung – § 97 WpHG im Rechtsvergleich, in: FS Krieger, 2020, S. 1009 (1010 f.).

⁸⁵ *Koch* (Fn. 84), S. 273 ff.; *Thomale*, Der gespaltene Emittent, 2018, S. 51 ff.; *ders.*, Kapitalmarktinformationshaftung ohne Vorstandswissen, NZG 2018, 1007 ff.; *ders./Weller* (Fn. 84), S. 1010 f.

⁸⁶ Zum alten Recht *Voß*, in: Just/Voß/Ritz/Becker (Fn. 79), § 15 Rn. 93; *Hellgardt*, Praxis- und Grundsatzprobleme der BGH-Rechtsprechung zur Kapitalmarktinformationshaftung, DB 2012, 673 (675); a. A. *Ekkenga*, Individuelle Entscheidungsprozesse im Recht der Ad-hoc-Publizität, NZG 2013, 1081 (1085); zum neuen Recht *Klöbn*, Die (Ir-)Relevanz der Wissenszurechnung im neuen Recht der Ad-hoc-Publizität und des Insiderhandelsverbots, NZG 2017, 1285 (1286 f.).

⁸⁷ *Klöbn*, (Fn. 86), S. 1286.

⁸⁸ *Klöbn* (Fn. 5), Art. 17 Rn. 105 f.

⁸⁹ *Ebd.*

⁹⁰ *Klöbn* (Fn. 86), S. 1287; a. A. *Ibrig* (Fn. 32), S. 389 f.

vollharmonisierend und das Ziel, europaweit einheitliche Anforderungen an Emittenten zu stellen (Erwägungsgrund Nr. 5 MAR), wäre erheblich beeinträchtigt, würde man auf in Deutschland entwickelte Grundsätze abstellen.⁹¹ Hingegen kann die Unkenntnis des Emittenten vorwerfbar sein, wenn er es z. B. unterlassen hat, ein Compliance-System einzurichten, um Fehlverhalten der Organe und Mitarbeiter aufzuspüren, und er bei Einrichtung eines solchen Systems Kenntnis des Fehlverhaltens erhalten hätte.⁹²

II. Drohende Konsequenzen als zukünftige Umstände

Zivilrechtliche Schadensersatzansprüche und strafrechtliche Sanktionen sind übliche Nachwirkungen von Gesetzesverletzungen eines Emittenten und können insoweit eine eigenständige Ad-hoc-Publizität begründen.⁹³

Interessant ist allerdings die Frage, ob vorbezeichnete Aufwendungen nicht bereits vor ihrer Realisierung eine mitteilungspflichtige Insiderinformation darstellen.⁹⁴ Entscheidend ist dabei, ob der Eintritt solcher künftiger Umstände *vernünftigerweise* erwartet werden kann (Art. 7 Abs. 2 S. 1 MAR). Früher hatte der *BGH* unter altem Recht bzgl. solcher Fragen darauf abgestellt, ob eine „überwiegende“ Wahrscheinlichkeit, d. h. eine Eintrittswahrscheinlichkeit von über 50 % des Ereignisses, besteht.⁹⁵ Später hat der *EuGH* im Rahmen der „Daimler/Geltl“-Entscheidung diesen Grundsatz abgelehnt und eine differenziertere Betrachtung von Eintrittswahrscheinlichkeit und Kursbeeinflussungspotenzial gestärkt.⁹⁶ Die Eintrittswahrscheinlichkeit sei demnach dann zu bejahen, wenn „eine umfassende Würdigung der bereits verfügbaren Anhaltspunkte ergibt, dass tatsächlich erwartet werden kann, dass [die Ereignisse] in Zukunft existieren oder eintreten werden“.⁹⁷ Auf einen genauen Wahrscheinlichkeitsgrad hat der *EuGH* sich nicht festgelegt, eine besonders hohe Wahrscheinlichkeit sei aber nicht erforderlich.⁹⁸ Der *BGH* hob daraufhin seine bisherige Rechtsprechung auf und determinierte, dass eine Insiderinformation gegeben sein könne, „wenn nach den Regeln der allgemeinen Erfahrung eher mit dem Eintritt des künftigen Umstands als mit seinem

⁹¹ *Klöbn* (Fn. 5), Art. 17 Rn. 111 f.; *ders.* (Fn. 86), S. 1287 f.

⁹² *Klöbn*, in: *KöKoWpHG* (Fn. 52), § 15 Rn. 156.

⁹³ *Thelen*, Schlechte Post in eigener Sache: Die Pflicht des Emittenten zur Ad-hoc-Mitteilung potentieller Gesetzesverstöße, *ZHR* 182 (2018), 62 (74); *Wilken/Hagemann* (Fn. 66), S. 67.

⁹⁴ Dazu *Schockenhoff* (Fn. 49), S. 412; *Wilken/Hagemann* (Fn. 66), S. 67 f.

⁹⁵ *BGH*, NZG 2008, 300 – *DaimlerChrysler* ./ *Schrempp-Rücktritt* (Ls.).

⁹⁶ *EuGH*, Urt. v. 28.6.2012, C-19/11, *Daimler AG* ./ *Markus Geltl*.

⁹⁷ *Ebd.*, Rn. 49.

⁹⁸ *Ebd.*, Rn. 46.

Ausbleiben zu rechnen ist“.⁹⁹ Die Wahrscheinlichkeit müsse zwar nicht zusätzlich hoch sein, auf Basis dessen wird jedoch (weiterhin) eine Eintrittswahrscheinlichkeit von „50 % + X“ für erforderlich gehalten.¹⁰⁰

Nach diesen Grundsätzen sind drohende Konsequenzen aufgrund von Gesetzesverletzungen keine ad-hoc-pflichtige Insiderinformation, solange das Risiko der Aufdeckung nach den Regeln der allgemeinen Erfahrung die Schwelle von 50 % nicht überschreitet.¹⁰¹

III. Zwischenfazit

Die Subsumtion unter Art. 17 Abs. 1 MAR von Gesetzesverletzungen selbst bzw. ihrer rechtlichen Bewertung sowie ihren Konsequenzen hat gezeigt, dass sie ad-hoc-pflichtig sein können. Indessen muss der Einzelfall besonders hinsichtlich der Kursrelevanz und der Eintrittswahrscheinlichkeit von zukünftigen Umständen evaluiert werden.

Wenn die Information in *Beispiel 2* als nicht kursrelevant eingestuft wird, unterliegt sie nicht der Ad-hoc-Publizitätspflicht. Hingegen müsste Emittent E in *Beispiel 1* die Information über seine Schulden in der Theorie unverzüglich veröffentlichen, vorausgesetzt die Kapitalmarktöffentlichkeit wäre noch nicht informiert. Auch die daraus folgenden rechtlichen Konsequenzen würden dann schon vor ihrem Eintritt veröffentlicht werden müssen, da das Risiko der Aufdeckung als hoch, damit höher als 50 %, einzustufen ist.

D. Selbstbefreiung nach Art. 17 Abs. 4 MAR

Daran schließt sich die Frage an, ob im Hinblick auf die rechtliche Bewertung der Gesetzesverletzung Art. 17 Abs. 4 MAR eingreifen könnte. Der Emittent kann die Offenlegung von Insiderinformationen demnach auf eigene Verantwortung aufschieben, wenn die unverzügliche Offenlegung geeignet wäre,

⁹⁹ BGH, NZG 2013, 708 – *Daimler AG* ./ *Markus Gelll* (Ls.).

¹⁰⁰ *Bingel*, Die “Insiderinformation” in zeitlich gestreckten Sachverhalten und die Folgen der jüngsten EuGH-Rechtsprechung für M&A-Transaktionen, AG 2012, 685 (689); *Hützer*, Zum Begriff der Insiderinformation, NZG 2012, 860 (862); *Klöbn* (Fn. 4), S. 428; *Kocher/Widder*, Ad-hoc-Publizität, Daimler, Daimler AG, Insider-Information, Zwischenschritte, zeitlich gestreckter Vorgang Kommentar zu EuGH vom 28.6.2012 – Rs. C-19/11BB 2012, 1820 (1821); *dies.*, Die Bedeutung von Zwischenschritten bei der Definition von Insiderinformationen, BB 2012, 2837 (2838); *Poelzig*, Insider- und Marktmanipulationsverbot im neuen Marktmissbrauchsrecht, NZG 2016, 528 (532); kritisch *Mock*, Gestreckte Verfahrensabläufe im Europäischen Insiderhandelsrecht. Zugleich Besprechung von EuGH v. 28. Juni 2012 – Rs C-19/11, ZBB 2012, 286 (289) (suggeriere nicht existierende Präzision).

¹⁰¹ *Schockenhoff* (Fn. 49), S. 412.

seine berechtigten Interessen zu beeinträchtigen, der Aufschub nicht geeignet ist, die Öffentlichkeit irrezuführen und der Emittent die Geheimhaltung der Insiderinformation sicherstellen kann. Da diese Befreiung nicht von einer Genehmigung der zuständigen Aufsichtsbehörde abhängt und der Emittent auch nicht verpflichtet ist, der BaFin den Aufschub im Vorhinein mitzuteilen, wird sie auch häufig „Selbstbefreiung“ genannt.¹⁰² Zweck der Vorschrift ist der Schutz berechtigter Emittenteninteressen, insbesondere der Erhalt der Investitionsanreize des Emittenten.¹⁰³ Weder in Erwägungsgrund Nr. 50 der MAR noch in der – allerdings nicht abschließenden – Aufzählung in den Leitlinien der ESMA, werden Gesetzesverletzungen als ein berechtigtes Emittenteninteresse genannt, welches einen Aufschub der Ad-hoc-Publizität rechtfertigen könnte.¹⁰⁴ Daher gilt es, nach der Erarbeitung der Systematik und des Zwecks des Art. 17 Abs. 4 MAR (I.) die Voraussetzungen der Vorschrift daraufhin zu prüfen (II.).

I. Systematik und Zweck des Art. 17 Abs. 4 MAR

Ausgangspunkt der Analyse des Art. 17 Abs. 4 MAR ist der zugrundeliegende Interessenkonflikt beim Aufschub der Ad-hoc-Publizität zwischen Emittenten bzw. seinem Management und sowohl den Aktionären als auch dem Kapitalmarkt. Einerseits tendiert das Management dazu, Informationen, deren Veröffentlichung im Aktionärsinteresse läge, aufzuschieben.¹⁰⁵ Andererseits schiebt das Management, in Übereinstimmung mit den Aktionärsinteressen, Ad-hoc-Mitteilungen auf, die vor allem den Kapitalmarkt und auch Nicht-Marktteilnehmer, wie Konkurrenten, Gläubiger, Arbeitnehmer und die allgemeine Öffentlichkeit, interessieren.¹⁰⁶

Art. 17 Abs. 4 MAR errichtet daher zwei Schranken für den Aufschub der Ad-hoc-Publizität und schützt damit sowohl das Aktionärs- als auch das Kapitalmarktinteresse.¹⁰⁷ Erstens folgt aus Art. 17 Abs. 4 lit. a) MAR, dass das Management keine Informationen verschweigen darf, deren Aufdeckung im Aktionärsinteresse liegt. Diese Schranke wird auch „gesellschaftsrechtliche

¹⁰² Klöhn (Fn. 5), Art. 17 Rn. 134; bereits unter altem Recht *Pfüller*, in: Fuchs (Fn. 32), § 15 Rn. 342.

¹⁰³ 401 F2d 833 (2d Cir. 1968).

¹⁰⁴ ESMA, Final Report Guidelines on the Market Abuse Regulation – market soundings and delay of inside information, 13 Jul 2016, ESMA/2016/1130, Rn. 48 ff.

¹⁰⁵ *Kothari/Shu/Wysocki, Do Managers Withhold Bad News?*, 47 J. Acct. Res., 2009, 241 ff.

¹⁰⁶ Klöhn (Fn. 5), Art. 17 Rn. 140.

¹⁰⁷ *Ebd.*

Schranke“ oder „Corporate-Governance-Schranke“ genannt.¹⁰⁸ Zweitens darf das Management keine Informationen verschweigen, an deren Veröffentlichung der Kapitalmarkt ein primäres Interesse hat, entweder weil der Emittent die Vertraulichkeit der Information nicht gewährleisten kann oder weil der Markt durch die Geheimhaltung in die Irre geführt wird, Art. 17 Abs. 4 lit. b) und c) MAR. Diese Schranken werden daher „Marktschutz-Schranken“ genannt.¹⁰⁹

II. Voraussetzungen der Selbstbefreiung

1. Beschlusserfordernis

Unter den formellen Voraussetzungen stellt sich zuallererst die Frage, ob die Befreiung von der Ad-hoc-Publizität einen Beschluss des Emittenten voraussetzt oder ob er auch ohne einen solchen Beschluss von der Ad-hoc-Publizität befreit sein kann. Im vorliegenden Zusammenhang erscheint diese Frage besonders problematisch, da ein Beschluss, dem Kapitalmarkt Compliance-Verstöße zu verschweigen, praktisch fernliegend ist.¹¹⁰

Schon der Wortlaut des Art. 17 Abs. 4 MAR („Offenlegung aufschieben“), vor allem aber die Formulierung in Art. 4 Abs. 1 lit. a) Durchführungsverordnung (EU) 2016/1055 („Datum und Uhrzeit der Entscheidung über den Aufschub der Offenlegung von Insiderinformationen“), spricht für das Erfordernis eines Beschlusses des Emittenten.¹¹¹ Auch die BaFin¹¹² sowie die ESMA¹¹³ gehen eindeutig davon aus, dass für den wirksamen Aufschub der Veröffentlichung ein Beschluss herbeizuführen ist. Die Zuständigkeit liegt dafür grundsätzlich beim Vorstand mit der Möglichkeit der Delegation auf ein untergeordnetes, vom

¹⁰⁸ Schon zum alten Recht *Klöhn*, Marktbetrug (Fraud on the Market). Voraussetzungen und Beweis der haftungsbegründenden Kausalität beim Anspruch auf Ersatz des Differenzschadens wegen fehlerhafter Information des Sekundärmarkts, ZHR 178 (2014), 55 (85 ff.).

¹⁰⁹ *Ebd.*, S. 88 ff.

¹¹⁰ *Klöhn* (Fn. 54), S. 1152; *Wilken/Hagemann* (Fn. 66), S. 71.

¹¹¹ *Krause*, Kapitalmarktrechtliche Compliance: neue Pflichten und drastisch verschärfte Sanktionen nach der EU-Marktmissbrauchsverordnung, CCZ 2014, 248 (255); *Kumpen* (Fn. 4), S. 2043; *Mennicke*, Ad-hoc-Publizität bei gestreckten Entscheidungsprozessen und die Notwendigkeit einer Befreiungsentscheidung des Emittenten, NZG 2009, 1059 (1061); *Retsch*, Die Selbstbefreiung nach der Marktmissbrauchsverordnung, NZG 2016, 1201 (1205); *Seibt/Wollenschläger*, Revision des Marktmissbrauchsrechts durch Marktmissbrauchsverordnung und Richtlinie über strafrechtliche Sanktionen für Marktmanipulation, AG 2014, 593 (600); *Veil* (Fn. 8), S. 93.

¹¹² BaFin, Konsultation 14/2019 des neuen Moduls C des Emittentenleitfadens – Regelung aufgrund der MAR, S. 54.

¹¹³ ESMA, Final Report – Draft technical standards on the Market Abuse Regulation (ESMA/2015/1455), Rn. 239.

Vorstand zu kontrollierendes Ad-hoc-Gremium, oder in Einzelfällen auch beim Aufsichtsrat.¹¹⁴ Laut der BaFin stellt es einen Verstoß gegen Art. 17 MAR dar, wenn eine Insiderinformation nicht unverzüglich veröffentlicht wurde und kein Aufschub beschlossen wurde, selbst wenn die Möglichkeit eines Aufschubs theoretisch bestanden hätte.¹¹⁵

Fraglich ist allerdings, ob ein fehlender Beschluss den automatischen Ausschluss der Befreiungsmöglichkeit zur Folge hat. Art. 17 Abs. 4 MAR sieht keine Rechtsfolge für einen fehlenden Beschluss vor. Aus der Teleologie der Vorschrift folgt weiterhin, dass das Informationsinteresse des Marktes von einem solchen Beschluss unabhängig ist, da er kaum davon profitieren würde.¹¹⁶ Allerdings bedeutet ein Beschluss gleichzeitig die Beurteilung des Entscheidungsträgers über den Aufschub. Insofern kann er sich nicht mehr auf einen etwaigen Beurteilungsspielraum berufen.¹¹⁷ Im Ergebnis ist schließlich festzuhalten, dass der Emittent auch ohne einen Beschluss von der Ad-hoc-Publizität befreit sein kann.

2. Berechtigtes Emittenteninteresse

Damit der Emittent die Veröffentlichung einer Information aufschieben kann, muss er ein berechtigtes Interesse haben. In diesem Kontext stellen sich bereits abstrakt einige schwierige und nicht abschließend geklärte Fragen: Wie bestimmt sich das Emittenteninteresse? Muss es das Marktinteresse für einen Aufschub überwiegen? Was bedeutet „berechtigt“?

a) Emittenteninteresse

aa) Abstrakte Bestimmung

Unter dem alten Recht wurde früher ohne genauere Definition vertreten, der Emittent hätte ein „eigenes“ Interesse.¹¹⁸ Bekannt ist allerdings, dass der Begriff des Emittenteninteresses nicht wörtlich, sondern metaphorisch zu verstehen ist,

¹¹⁴ BaFin, Konsultation 14/2019 des neuen Moduls C des Emittentenleitfadens – Regelung aufgrund der MAR, S. 54.

¹¹⁵ *Ebd.*

¹¹⁶ *Klöhn* (Fn. 5), Art. 17 Rn. 184.

¹¹⁷ *Ebd.*, Rn. 185.

¹¹⁸ *Pfüller*, in: Fuchs (Fn. 32), § 15 Rn. 435; *Bitter*, Geschäftsschädigende Verlautbarungen börsennotierter Aktiengesellschaften über Vertragspartner im Spannungsfeld zwischen Ad-hoc-Publizität und vertraglicher Rücksichtnahmepflicht – Ist das Urteil in Sachen Kirch/Breuer verallgemeinerungsfähig?, WM 2007, 1953 ff.; *Brandi/Süßmann*, Neue Insiderregeln und Ad-hoc-Publizität – Folgen für Ablauf und Gestaltung von M&A-Transaktionen, AG 2004, 642 (649 f.); *Kersting*, The Case for Abolishing Sovereign Debtors' Privileges, ZBB 2012, 442 (446); dagegen bereits *Klöhn* (Fn. 108) S. 73 ff.

da juristische Personen keine „eigenen“ Interessen haben können, sondern stets die hinter der Gesellschaft stehenden natürlichen Personen gemeint sind.¹¹⁹ Dabei ist fraglich, ob lediglich die Interessen der Gesellschafter zu berücksichtigen sind (*shareholder value*) oder auch die anderer Personen, nämlich Gläubiger, Arbeitnehmer, Verbraucher und der Öffentlichkeit (*stakeholder value*).¹²⁰ Aus Erwägungsgrund Nr. 50 lit. a) MAR sowie aus dem Telos des Art. 17 Abs. 4 MAR folgt, dass das Emittenteninteresse im Sinne des *Shareholder-value*-Ansatzes zu bestimmen ist und daher mit dem Aktionärsinteresse gleichzusetzen ist, da letztlich die Aktionäre das Residualinteresse der Gesellschaft tragen.¹²¹

Doch wie lässt sich das Aktionärsinteresse genau ermitteln? Ohne groß nachzudenken, würde man bei der Ermittlung zuallererst auf die Idee kommen, zwischen Verkäufern und Käufern sowie zwischen positiven und negativen Informationen zu unterscheiden.¹²² Aktionäre, die verkaufen möchten, würden von einer Veröffentlichung positiver Nachrichten profitieren. Hingegen wäre für Aktionäre, die weitere Aktien kaufen möchten, eher eine Geheimhaltung in ihrem Interesse.¹²³ Bei negativen Informationen würden sich die Interessen genau umkehren, da sich Verkäufer für eine Geheimhaltung aussprechen würden, während Käufer so viele Informationen wie möglich erhalten wollen würden.¹²⁴

Allerdings kann es nicht so einfach sein, wie es zunächst scheint. Da Aktionäre ihre Stellung in der Zukunft nicht kennen können, muss ihr Interesse aus einer *Ex-ante*-Perspektive aller Aktionäre bestimmt werden.¹²⁵ Und alle Aktionäre haben ein gemeinsames Ziel: die Maximierung des Kapitalwerts des Unternehmens.¹²⁶ Die logische Konsequenz daraus ist, dass ein Aufschub der Ad-hoc-Publizität nur dann im Interesse der Aktionäre liegt, wenn die erwarteten Kosten der sofortigen Ad-hoc-Publizität größer sind als die erwarteten Kosten

¹¹⁹ Klöhn (Fn. 5), Art. 17 Rn. 145.

¹²⁰ Ebd.

¹²¹ Schon zum alten Recht Klöhn, in: KöKoWpHG (Fn. 52), § 15 Rn. 191 ff.; ders. (Fn. 108), S. 75 ff.; ders. (Fn. 54), S. 1153 f.; ders./Schmolke, Unternehmensreputation (Corporate Reputation), NZG 2015, 689 (694).

¹²² Ayres, Back to Basics: Regulating How Corporations Speak to the Market, 77 Va. L. Rev. (1991), 945 (985 ff.); Macey/Miller, Good Finance, Bad Economics: An Analysis of the Fraud-on-the-Market Theory, 42 Stan. L. Rev. (1989), 1059 (1072).

¹²³ Ebd.

¹²⁴ Ebd.

¹²⁵ Easterbrook/Fischel, Corporate Control Transactions, 91 Y. L. J. (1982), 698 (703 f.).

¹²⁶ Macey/Miller (Fn. 122), S. 1074.

des Aufschubs.¹²⁷ Anders gewendet: Der Erwartungsnutzen des Aufschubs muss höher sein als der Erwartungsnutzen der (unverzöglichen) Veröffentlichung.

Es liegt im Interesse der Aktionäre, dass der Vorstand des Emittenten diese Kosten-Nutzen-Rechnung *ex ante* vornimmt, da er aufgrund seiner Funktion und Informationslage am besten dafür geeignet ist.¹²⁸ Den jeweiligen erwarteten Kosten kann er sich, wie im Rahmen der Kursrelevanz, allerdings lediglich anhand einer Prognose nähern.¹²⁹ Teilweise wird vertreten, dass diese Einschätzung vollumfänglich der gerichtlichen Überprüfung unterliege.¹³⁰ Es erscheint allerdings sinnvoller, dem Vorstand – soweit er auf Grundlage angemessener Information, ohne Interessenkonflikt, zum Wohle der Gesellschaft und nicht wider besseren Wissens handelt – wie bei der *business judgment rule* einen gerichtlich nicht kontrollierbaren Beurteilungsspielraum zuzugestehen.¹³¹ Das Gericht prüft daher nur die weiteren Voraussetzungen von Art. 17 Abs. 4 MAR. Die Darlegungs- und Beweislast des Vorstands reicht allerdings erheblich weiter als im Anwendungsbereich des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG, womit den Vorstand eine Pflicht zur nachvollziehbaren und substantiierten Dokumentation der Tatsachenbasis sowie Begründung des Aufschubs trifft.¹³²

bb) Übertragung auf Gesetzesverletzungen

Welche konkreten Folgen ergeben sich daraus, insbesondere für die Beurteilung von Gesetzesverletzungen? Im Rahmen der Kosten-Nutzen-Abwägung ergibt es Sinn, grundsätzlich zwischen positiven und negativen Insiderinformationen zu unterscheiden. Insbesondere der Aufschub negativer Informationen muss nämlich intensiver hinterfragt werden, da das Management des Emittenten in diesem Fall von einem „zu hohen“ Aktienkurs profitiert.¹³³ Es liegt auf der Hand, dass eine Gesetzesverletzung eine negative Information ist. Daher könnte man grundsätzlich davon ausgehen, dass eine Geheimhaltung einer solchen Information nicht im Interesse der Aktionäre läge,¹³⁴ nicht nur nach

¹²⁷ Ausführlich schon zum alten Recht *Klöhn*, in: KöKoWpHG (Fn. 52), § 15 Rn. 196 ff.; *ders.* (Fn. 108), S. 78 f.; zum neuen Recht *ders./Schmolke*, Der Aufschub der Ad-hoc-Publizität nach Art. 17 Abs. 4 MAR zum Schutz der Unternehmensreputation, ZGR 2016, 866 (876 ff.).

¹²⁸ *Klöhn/Schmolke* (Fn. 127), S. 884.

¹²⁹ *Klöhn* (Fn. 5), Art. 17 Rn. 154; *ders./Schmolke* (Fn. 127), S. 884; s.o. **C. I. 1. d).**

¹³⁰ *Kumpfan/Schmidt*, in: Schwark/Zimmer, 5. Aufl. 2020, Art. 17 MAR Rn. 208.

¹³¹ Ausführlich schon zum alten Recht *Klöhn*, in: KöKoWpHG (Fn. 52), § 15 Rn. 219 ff.; *ders.* (Fn. 108), S. 85 ff.; zum neuen Recht *ders./Schmolke* (Fn. 127), S. 884.

¹³² *Klöhn/Schmolke* (Fn. 127), S. 885.

¹³³ *Klöhn* (Fn. 108), S. 81.

¹³⁴ *Klöhn*, in: KöKoWpHG (Fn. 52), § 15 Rn. 269; *Wilken/Hagemann* (Fn. 66), S. 71.

ökonomischer Betrachtung, sondern auch schlicht, weil jeder Aktionär faktisch Teil der Gesellschaft ist („stockholder’s concerns *as an owner* about the activities of his corporation“¹³⁵). Könnte es aber nicht doch im Interesse der Aktionäre liegen, dass selbst negative Informationen vorerst nicht veröffentlicht werden? Das heißt anders ausgedrückt: Können im Rahmen von Gesetzesverletzungen die Kosten der sofortigen Publizität die der Geheimhaltung überwiegen? Um eine Antwort auf diese Frage zu finden, gilt es, die jeweiligen Kosten konkret zu evaluieren.

(1) Kosten der unverzüglichen Publizität

Neben den direkten Rechtsbefolgungs- und Rechtsverfolgungskosten bei sofortiger Publizität, wie beispielsweise Ermittlungsverfahren, Sanktionen, Schadensersatzansprüche etc., spielen vor allem die indirekten Kosten eine große Rolle. Diese bestehen für Aktionäre, spiegelbildlich zu den Vorteilen anderer Interessengruppen, in der Gefährdung von Geschäftschancen und dem Rufverlust aufgrund der Veröffentlichung der Information, der Schwächung der Verhandlungsposition des Emittenten und weiteren begründeten Gefährdungen des Kapitalwerts der Gesellschaft.¹³⁶ Ökonomische Studien haben ergeben, dass insbesondere der Reputationsschaden für den Kursverlust verantwortlich ist, er macht dabei etwa zwei Drittel des gesamten Kursrückgangs aus.¹³⁷ Insofern liegt die Abwendung des Reputationsschadens ganz besonders im Interesse der Aktionäre, weshalb im Folgenden ein spezielles Augenmerk darauf gelegt werden muss.

Der Nutzen des Aufschubs besteht also zunächst darin, einen Reputationsschaden für den Emittenten einzudämmen oder gar ganz zu vermeiden. Zu beachten ist allerdings, dass Art. 17 Abs. 4 MAR nur einen (zeitweiligen) Aufschub und keinen Wegfall der Veröffentlichung konstituiert. Denkbar wäre aber, dass die Gesetzesverletzung innerhalb der Aufschubperiode aufgeklärt und abgestellt wird, die Ad-hoc-Publizität somit für immer entfällt.¹³⁸ Es wäre nicht vertretbar, eine Pflicht zur Veröffentlichung bereits „behobener“ Verstöße zu fordern, soweit keine weiteren Verstöße zu befürchten sind, da erst diese erzwungene Publizität negative Folgen nach sich ziehen würde (*self-fulfilling*

¹³⁵ O.V., Foreign Bribes and the Securities Acts’ Disclosure Requirements, 74 Mich. L. Rev., 1976, 1222 (1225).

¹³⁶ Klöhn (Fn. 108), S. 79.

¹³⁷ Karpoff/Lee/Martin, The consequences to managers for financial misrepresentation, 43 J. Fin. & Quant. Anal. (2008), 581 (582).

¹³⁸ Vgl. Klöhn (Fn. 127), S. 877.

prophesy).¹³⁹ Dies muss jedoch bereits zum Zeitpunkt der Aufschubentscheidung *ex ante* erkennbar sein.¹⁴⁰ Zudem können „Schnellschüsse“ und damit eine vorschnelle Verunsicherung des Kapitalmarkts durch den Aufschub vermieden werden.¹⁴¹ Der Markt hat ein Interesse daran, dass der Emittent klare Tatsachen schafft, bevor er eine Mitteilung herausgibt.¹⁴² Es lässt sich also auf den Informationsmehrwert einer späteren Veröffentlichung abstellen.

Weiterhin sind die Kosten der unverzüglichen Publizität höher als die des Aufschubs, wenn eine Überreaktion des Marktes auf die Veröffentlichung der Gesetzesverletzung zu erwarten ist.¹⁴³ Die Veröffentlichung negativer Informationen könnte den Markt in Panik versetzen, somit die Folgen weiter verschärfen.¹⁴⁴ Dies spielt vor allem eine Rolle, wenn bereits ein neuer Vorstand im Amt ist und es sich um eine Gesetzesverletzung des vorherigen Vorstands handelt oder wenn die Gesetzesverletzung noch Aufklärung bedarf, es sich also um „unfertige“ Informationen handelt.¹⁴⁵

Schließlich könnte ein Aufschub in Betracht kommen, wenn die Veröffentlichung zu Fundamentalwerteinbußen führen würde oder die Gesellschaft sich sogar in Insolvenznähe begeben würde. Dies wäre bei der Veröffentlichung von Gesetzesverletzungen durchaus denkbar, da der Emittent beispielsweise konkrete Geschäftschancen verlieren könnte oder er sich gezwungen sehen könnte, bestimmte Joint-Ventures aufzugeben.¹⁴⁶

Die Kosten der unverzüglichen Publizität bestehen folglich in den direkten sowie in den indirekten Kosten, wobei für letztere vor allem der Reputationsschaden verantwortlich sein wird. Das Management des Emittenten muss insbesondere ein Auge darauf haben, ob eine Überreaktion des Marktes zu erwarten ist und in welchem Maße die Einbußen der Gesellschaft schaden würden.

(2) Nutzen der unverzüglichen Publizität

Ein zynischer, aber dennoch interessanter Gedanke ist der folgende: „[Shareholders] care plenty about a management that is stealing *from* the

¹³⁹ Pfüller, in: Fuchs (Fn. 32), § 15 Rn. 288.

¹⁴⁰ Klöhn (Fn. 127), S. 877.

¹⁴¹ Bunz (Fn. 50), S. 1255.

¹⁴² Thelen (Fn. 93), S. 86.

¹⁴³ Oesterle, The Inexorable March toward a Continuous Disclosure Requirement for Publicly Traded Corporations: Are We There Yet?, 20 *Cardozo L. Rev.* (1998), 135 (224).

¹⁴⁴ *Ebd.*

¹⁴⁵ Klöhn (Fn. 127), S. 879.

¹⁴⁶ Klöhn, in: KöKoWpHG (Fn. 52), § 15 Rn. 270.

company, but are concerned not a whit about a management that is stealing *for* the company.”¹⁴⁷ Es liegt in der Tat auf der Hand, dass Aktionäre daran interessiert sind, dass der Vorstand seine Sorgfalts- und Treuepflichten im Innenverhältnis einhält. Gegenteilig dieser These, muss es die Aktionäre allerdings auch umsorgen, wenn der Vorstand seine Legalitätspflicht im Außenverhältnis verletzt. Grund dafür ist, wie eingangs durch *Warren Buffetts* Worte aufgegriffen, dass eine spätere externe Aufdeckung nach einer Geheimhaltung durch den Emittenten weitaus schwerwiegendere Folgen für die gesamte Gesellschaft mit sich ziehen kann. Die unverzügliche Publizität kann nämlich in dem Sinne angebracht sein, als dass sie eine Vertiefung des Reputationsschadens verhindert. Dies liegt daran, dass die Geheimhaltung bei einer Entdeckung vom Markt als „Vertuschung“ wahrgenommen werden kann und die Folgen der mangelnden Vertrauenswürdigkeit gravierender sein können als eine sofortige Veröffentlichung. Die Lösung dafür könnte nur sein, dass der „Mantel des Schweigens“ für alle Zeit um die Gesetzesverletzung gehüllt wird, was praktisch teilweise schwierig umzusetzen ist.¹⁴⁸ Zudem wird eingewendet, dass sich Aktionäre ein korrektes Bild vom Wert ihrer Anteile schaffen wollen und dies nur bei der (unverzöglichen) Publizität ermöglicht wird.¹⁴⁹

Ein weiterer Vorteil der unverzüglichen Publizität liegt darin, dass die Agenturkosten zwischen Aktionären und Management gesenkt werden können. Dies lässt sich unter anderem damit begründen, dass die Marktsanktion bei der (unverzöglichen) Publizität den Vorstand diszipliniert.¹⁵⁰ Dieses Interesse besteht allerdings nur dann, wenn der Reputationsschaden und sonstige Folgeschäden geringer sind als die Agenturkosten, ansonsten läge die sofortige Publizität nicht im Interesse der Aktionäre.¹⁵¹ Daher darf keine Überreaktion des Marktes zu erwarten sein.¹⁵²

Schließlich muss auch ins Gewicht fallen, dass aufgrund der Vielzahl der involvierten Akteure ein erhöhtes Risiko von Insiderhandel bestehen kann, weshalb die sofortige Veröffentlichung ebenfalls angebracht sein könnte.¹⁵³

¹⁴⁷ *Longstreth* (Fn. 63), S. 1418.

¹⁴⁸ *Wilken/Hagemann* (Fn. 66), S. 71.

¹⁴⁹ *Kumpan/Schmidt*, in: Schwark/Zimmer (Fn. 130), Art. 17 MAR Rn. 208.

¹⁵⁰ *Ebd.*

¹⁵¹ *Klöhn* (Fn. 127), S. 882.

¹⁵² *Ebd.*

¹⁵³ *Thelen* (Fn. 93), S. 87.

Insiderhandel zu vermeiden ist nämlich gerade der Zweck der Ad-hoc-Publizität.¹⁵⁴

Auf der Seite des Nutzens der sofortigen Publizität muss folglich vor allem die Verhinderung eines sich vertiefenden Reputationsschadens ins Gewicht fallen. Geringere Agenturkosten sowie ein geringeres Risiko für Insiderhandel sind vom Management des Emittenten im Hinterkopf zu behalten.

cc) Stellungnahme

Die Kosten müssen mit dem Nutzen der Publizität abgewogen werden. Da es dabei stark auf den Einzelfall der Gesetzesverletzung und der jeweiligen Gesellschaft ankommt, lassen sich nur schwer allgemeingültige Aussagen treffen. Herausarbeiten lassen sich dennoch die folgenden Leitlinien für eine Abwägung: (1) Zunächst ist vom Management des Emittenten festzustellen, ob eine Überreaktion des Marktes zu erwarten ist. Sollte dies nämlich der Fall sein, so ist es wahrscheinlicher, dass die Kosten den Nutzen der sofortigen Publizität überwiegen. (2) Ist zum Zeitpunkt der Aufschubentscheidung konkret erkennbar, dass sich die Gesetzesverletzung des Emittenten unverzüglich abstellen lässt und dies auch absehbar ist, so ist es ebenfalls wahrscheinlicher, dass die Kosten der sofortigen Publizität ihren Nutzen überwiegen würden. In diesem Fall würde ein selbstbefreiender Aufschub in Betracht kommen, sofern die weiteren Voraussetzungen des Art. 17 Abs. 4 MAR erfüllt sind. Sollte dies hingegen nicht der Fall sein, erscheint die sofortige Publizität angebracht, vor allem um eine Vertiefung des Reputationsschadens zu vermeiden und damit das Vertrauen der Anleger nicht zu verlieren. Die direkten Kosten würden sowohl bei der sofortigen Publizität als auch bei einer späteren Veröffentlichung anfallen, sofern der Gesetzesverstoß nicht abgestellt wurde.

Die Entscheidung ist schließlich von einem unbefangenen und gutgläubigen Vorstand auf Grundlage angemessener Information zu treffen. Nur bei Erfüllung dieser Voraussetzungen ist ihm ein gerichtlich nicht kontrollierbarer Beurteilungsspielraum zuzugestehen.¹⁵⁵

Dem folgend ist in *Beispiel 1* zunächst festzustellen, ob der Vorstand unbefangen ist. Sollte er überdies nicht wider besseren Wissens handeln und alle verfügbaren Informationen haben, ist ihm ein Beurteilungsspielraum zuzusprechen. Hinweise auf eine Überreaktion des Marktes gibt es keine. Zudem wäre der Vorstand vermutlich nicht dazu in der Lage, den Verstoß unverzüglich abzustellen. Da der

¹⁵⁴ Siehe oben **B. II. 2.**

¹⁵⁵ Siehe oben **II. 2. a) aa).**

Verstoß nun droht aufzufliegen und die direkten Kosten dadurch unabwendbar sind, wäre es für den Vorstand sinnvoller, unverzüglich eine Ad-hoc-Meldung zu veröffentlichen. Damit bestünde zumindest die Chance, einen vertieften Reputationsschaden zu vermeiden.

Kommt man in *Beispiel 2* zum Ergebnis, dass die Information ad-hoc-pflichtig ist, so stellt sich auch hier die Frage des Aufschubs. Da es sich um einen Verstoß unter der Regie des vorherigen Managements handelt, ist eine Überreaktion des Marktes möglich. Zudem handelte es sich um einen einmaligen, nicht andauernden Verstoß. Daher würden die Kosten den Nutzen der Publizität wahrscheinlich überwiegen, weshalb ein Aufschub angebracht wäre.

b) Berechtigtes Interesse

Der Emittent ist ferner nur insoweit von der Ad-hoc-Publizität gemäß Art. 17 Abs. 4 MAR befreit, als er ein „berechtigtes“ Interesse an dem Aufschub hat. Anders als bisher angenommen, ist das Emittenteninteresse, d. h. das Aktionärsinteresse, nicht mehr gegen die Interessen des Kapitalmarktes abzuwägen.¹⁵⁶ § 6 S. 1 WpAV fordert zwar eine solche Abwägung, die Vorschrift ist aber aufgrund der maximalharmonisierenden Wirkung von Art. 17 Abs. 4 MAR unbeachtlich.¹⁵⁷ Der deutsche Verordnungsgeber hat keine Kompetenz, die Anforderungen der unmittelbar geltenden MAR zu ändern.¹⁵⁸ Daraufhin deutet auch der uneingeschränkte Wortlaut des Art. 17 Abs. 4 MAR hin, der eine entsprechende Formulierung misst, im Gegensatz zu Art. 17 Abs. 5 MAR, für den Erwägungsgrund Nr. 52 S. 3 MAR eine Interessenabwägung vorsieht.

Welche Voraussetzungen statuiert das Erfordernis der Berechtigung stattdessen? Vielfach wird dem Zusatz „berechtigt“ gar keine eigene Bedeutung zugemessen. Weiterhin findet weder in den Erwägungsgründen noch in den Leitlinien der ESMA eine differenzierte Betrachtung oder Konkretisierung statt. Die ESMA dürfte aber der Ansicht sein, dass dieses Tatbestandsmerkmal hervorheben soll, dass Art. 17 Abs. 4 lit. a) MAR eng ausgelegt werden muss.¹⁵⁹ Allerdings ist ein allgemeines Gebot einer restriktiven Auslegung nicht erkennbar.¹⁶⁰

¹⁵⁶ Klöhn (Fn. 4), 430; Kumpan (Fn. 4), S. 2043; Poelzig (Fn. 100), S. 764; Retsch (Fn. 11), S. 1202.

¹⁵⁷ Horcher, in: BeckHdB-AG, § 22 Rn. 47; Klöhn (Fn. 5), Art. 17 Rn. 169.

¹⁵⁸ *Ebd.*

¹⁵⁹ ESMA, Final Report Guidelines on the Market Abuse Regulation – market soundings and delay of inside information, 13 July 2016, ESMA/2016/1130, Rn. 52.

¹⁶⁰ Klöhn (Fn. 5), Art. 17 Rn. 173 f.

Am überzeugendsten ist letztlich der Ansatz von *Lars Klöhn*, das Merkmal als allgemeines Rechtsmissbrauchsverbot¹⁶¹ aufzufassen, um vor allem Fälle „nützlicher Pflichtverletzungen“ auszuschließen.¹⁶² Denn nur so vervollständige sich der Art. 17 Abs. 4 MAR, indem die Voraussetzung des „Emittenteninteresses“ die Aktionäre schützt, Art. 17 Abs. 4 lit. b) u. c) MAR das Marktinteresse schützen (genauer unter **3.**) und die Voraussetzung „berechtigt“ schließlich das Interesse Dritter schützt.¹⁶³ Insofern ist festzuhalten, dass Art. 17 Abs. 4 MAR nicht rechtsmissbräuchlich einzusetzen ist.

3. Fehlende Eignung zur Irreführung der Öffentlichkeit

Gemäß Art. 17 Abs. 4 lit. b) MAR darf der Aufsicht nicht dazu geeignet sein, die Öffentlichkeit in die Irre zu führen. Diese Voraussetzung dient dem Schutz der berechtigten Interessen des Kapitalmarktes, also der Informationshändler.¹⁶⁴ Das Tatbestandsmerkmal ist in den Leitlinien der ESMA anhand von Fallbeispielen konkretisiert. Danach ist von einer Irreführung der Öffentlichkeit auszugehen, wenn (1) die aufgeschobene Insiderinformation erheblich von der vorherigen Ankündigung in dieser Sache abweicht, (2) sie den Umstand betrifft, dass die zuvor bekannt gegebenen Finanzziele wahrscheinlich nicht erreicht werden oder (3) die Insiderinformation im Widerspruch zu einer vom Emittenten zu verantwortenden Informationslage des Marktes steht.¹⁶⁵ Über diese Fallgruppen hinaus hat das Merkmal die Funktion, sicherzustellen, dass Emittenten während des Befreiungszeitraums keine Informationen veröffentlichen, die im Widerspruch zu der zurückgehaltenen Information stehen.¹⁶⁶ Daher wird vorgeschlagen, es sei für den Emittenten am sichersten, zum Gesetzesverstoß gänzlich zu schweigen (*no comment policy*); ein „Recht zur Lüge“ dürfe aber nicht gestattet sein.¹⁶⁷ Allerdings könnte dies durchaus angezweifelt werden, sodass ein „Recht zur Lüge“ möglicherweise doch angebracht wäre. Bei der *no comment policy* ergibt sich nämlich das Dilemma, dass für die Aktionäre eine verweigerte Antwort eben auch eine Antwort bedeutet und dies mehr Durchsicht erlauben würde, als ursprünglich beabsichtigt. Ein

¹⁶¹ *Fleischer*, Der Rechtsmissbrauch zwischen Gemeineuropäischem Privatrecht, JZ 2003, 865 (868 ff.).

¹⁶² *Klöhn* (Fn. 5), Art. 17 Rn. 175 f.; vgl. *Gehrt*, Die neue Ad-hoc-Publizität nach § 15 Wertpapierhandelsgesetz, 1997, S. 169 f.

¹⁶³ *Klöhn* (Fn. 5), Art. 17 Rn. 176.

¹⁶⁴ *Ebd.*, Art. 17 Rn. 247.

¹⁶⁵ ESMA, Final Report Guidelines on the Market Abuse Regulation – market soundings and delay of inside information, 13 July 2016, ESMA/2016/1130, Rn. 82.

¹⁶⁶ BaFin, Konsultation 14/2019 des neuen Moduls C des Emittentenleitfadens – Regelung aufgrund der MAR, S. 57.

¹⁶⁷ *Klöhn*, in: *KöKoWpHG*, § 15 Rn. 320; *Retsch* (Fn. 11), S. 1204.

Ausweg könnte daher lediglich eine Lüge sein, vorausgesetzt diese dient den Aktionären als Gruppe.¹⁶⁸ Dabei handelt es sich um ein äußerst praxisrelevantes Problem, welches daher Aufmerksamkeit vom Gesetzgeber erfahren sollte.

4. Sicherstellung der Geheimhaltung

Die von Art. 17 Abs. 4 lit. c) MAR geforderte Sicherstellung der Geheimhaltung kann bei Gesetzesverletzungen ein weiteres erhebliches praktisches Problem bereiten: Das Tatbestandsmerkmal verpflichtet den Emittenten einerseits dazu, Schranken für den Zugang zur Information zu errichten und andererseits eine unverzügliche Bekanntgabe der Information zu ermöglichen, sobald er die Vertraulichkeit nicht mehr gewährleisten kann.¹⁶⁹ Die Pflichtenintensität hängt jeweils von der Vorhersehbarkeit und der Bedeutung der Insiderinformation ab sowie von der Zumutbarkeit für den Emittenten, wobei es auf seine Größe, sein Tätigkeitsfeld etc. ankommt.¹⁷⁰ Auch wenn die ESMA sich in ihren Leitlinien noch nicht zu diesem Merkmal geäußert hat, muss das Management des Emittenten diese Vorgaben bei einem Aufschub stets beachten.

III. Zwischenfazit

Festgestellt wurde zunächst, dass mit dem berechtigten Emittenteninteresse, welches einen Aufschub der Veröffentlichung der Gesetzesverletzung begründen kann, das Interesse der Aktionäre gemeint ist. Dieses Interesse muss anhand einer Abwägung der Kosten und Nutzen der sofortigen Publizität im Einzelfall bestimmt werden. Insbesondere kommt es dabei darauf an, ob eine Überreaktion des Marktes zu erwarten ist und ob sich die Gesetzesverletzung zeitnah abstellen lässt. Sollte dies nämlich der Fall sein, sprechen die besseren Argumente für einen (ewigen) Aufschub, soweit die Voraussetzungen des Art. 17 Abs. 4 lit. b) u. c) MAR erfüllt sind. Aufgrund dessen kann ein Aufschub der Veröffentlichung der Gesetzesverletzung durchaus möglich sein.

E. Verletzt eine unbedingte Ad-hoc-Publizität den *Nemo-tenetur*-Grundsatz?

Überwiegt der Nutzen der sofortigen Publizität ihre Kosten, besteht die Gefahr einer Irreführung der Öffentlichkeit oder kann der Emittent die Vertraulichkeit der Insiderinformation nicht sicherstellen, ist ein Aufschub nach Art. 17 Abs. 4

¹⁶⁸ *Macey/Miller* (Fn. 122), S. 1091: „[...] management must be free to take bolder steps.“

¹⁶⁹ *Mülbelt/Sajnovits*, Der Aufschub der Ad-hoc-Publizitätspflicht bei Internal Investigations – Teil II, WM 2017, 2041 (2044 ff.); *Retsch* (Fn. 11), S. 1204 f.; *Thelen* (Fn. 93), S. 92 f.

¹⁷⁰ *Klöbn* (Fn. 5), Art. 17 Rn. 270.

MAR nicht möglich. Die durch eine Pflicht zur Veröffentlichung drohende Selbstbelastung des Emittenten wird im Rahmen der Selbstbefreiung nur hinsichtlich einer Verursachung indirekter Kosten berücksichtigt, der Schutz durch den Grundsatz *nemo tenetur se ipsum accusare* bleibt hingegen gesetzlich ungeachtet. Dies wirft die im Folgenden zu untersuchende Frage auf, ob eine unbedingte Ad-hoc-Publizität den Nemo-tenetur-Grundsatz verletzt.

I. Selbstbelastungsfreiheit im deutschen Recht

Nach der Rechtsprechung des *BVerfG* gehört die Selbstbelastungsfreiheit bzw. das Schweigerecht zu den anerkannten Grundsätzen des Strafprozesses (§§ 136, 163a, 243 Abs. 4 StPO).¹⁷¹ Das Schweigerecht besteht jedoch nicht nur in Strafverfahren, sondern auch in Verfahren, in denen dem Betroffenen ähnliche Sanktionen drohen, etwa in Disziplinarverfahren sowie in berufsgerichtlichen Verfahren.¹⁷² Die rechtliche Grundlage der Selbstbelastungsfreiheit kann entweder in dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht nach Art. 1 Abs. 1 i. V. m. Art. 2 Abs. 1 GG¹⁷³ oder in dem Rechtsstaatsprinzip¹⁷⁴ gesehen werden. Relevant für diesen Beitrag ist allerdings zunächst die Frage, inwiefern der Emittent als juristische Person vom persönlichen Schutzbereich erfasst ist. Juristische Personen können Grundrechtsschutz nach Art. 19 Abs. 3 GG nur in Anspruch nehmen, wenn das Grundrecht „seinem Wesen nach“ auch auf sie anwendbar ist.¹⁷⁵ Eine solche Wesensähnlichkeit lehnt das *BVerfG* für das Recht auf Selbstbelastungsfreiheit allerdings bisher ab, da juristische Personen ihren Willen nur durch Organe bilden würden und hinsichtlich Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten einer eingeschränkten Verantwortlichkeit unterlägen.¹⁷⁶ Verletzt ein Organmitglied eine Pflicht oder begeht es eine Straftat, so sei diese Person allein der Täter, wohingegen die juristische Person lediglich mit einem Bußgeld gemäß § 30 OWiG zu ahnden ist.¹⁷⁷

In der Literatur wird vereinzelt angenommen, die Verpflichtung zur Ad-hoc-Publizität sei im Falle eines Zwangs zur öffentlichen Selbstbezeichnung grundsätzlich verfassungswidrig.¹⁷⁸ Andererseits wird vertreten, dass vom

¹⁷¹ *BVerfG*, NJW 1981, 1431 (1431 f.).

¹⁷² *Ebd.*

¹⁷³ *BVerfG*, NJW 1997, 1841 (1843 f.); NJW 2007, 2464 Rn. 152.

¹⁷⁴ *BVerfG*, NJW 2013, 1058 Rn. 60; *BGH*, NJW 2018, 1986 Rn. 23.

¹⁷⁵ *BVerfG*, NJW 1997, 1841 (1843 f.); NJW 2007, 2464 Rn. 151.

¹⁷⁶ *Ebd.*

¹⁷⁷ *Ebd.*

¹⁷⁸ *Assmann*, in: *Assmann/Schneider* (Fn. 12), § 15 Rn. 91; ähnlich *Bunz*, (Fn. 50), S. 1253; *Seibt/Czupka*, Rechtspflichten und Best Practices für Vorstands- und Aufsichtsrats handeln bei der Kapitalmarkt-Recht-Compliance, AG 2015, 91 (103 f.).

BVerfG keine Einschränkung der Pflichten des sich selbst Belastenden anerkannt wurde, sondern vielmehr auf einer zweiten Ebene im Strafverfahren das Eingreifen von Beweisverwertungsverböten in Erwägung gezogen wurde. Die Veröffentlichung strafrechtlich relevanter Informationen müsse daher zum Schutz der Kapitalmarkttransparenz in Kauf genommen werden.¹⁷⁹

Keiner dieser Ansätze kann überzeugen. Auf Grundlage der Rechtsprechung erscheint lediglich die Ansicht als zutreffend, dass der Konflikt mit dem *Nemo-tenetur*-Grundsatz nicht aus der Ad-hoc-Publizitätspflicht selbst folge, sondern aus dem Ordnungswidrigkeitenrecht.¹⁸⁰ Adressat der Ad-hoc-Publizität ist zwar der Emittent, aber das Organmitglied nimmt die Pflicht für die Gesellschaft nach § 9 OWiG für die Gesellschaft wahr. Daher sei der Konflikt auf Ebene des Ordnungswidrigkeitenrechts aufzulösen. Die Ahndung setzt voraus, dass dem Täter normgemäßes Verhalten zumutbar war. Dem einzelnen Vorstandsmitglied ist, soweit in dessen Person ein Konflikt besteht, normgemäßes Verhalten nicht zumutbar. Es kann sich somit auf den *Nemo-tenetur*-Grundsatz berufen. Die restlichen Organmitglieder sowie der Emittent als juristische Personen können sich jedoch nicht darauf berufen und bleiben damit zur Ad-hoc-Publizität verpflichtet.¹⁸¹

II. Ausblick: Internationale Grundlagen

Der Abstecher in das deutsche Verfassungsrecht hat gezeigt, dass, sofern der Emittent keinen Gebrauch von der Aufschubmöglichkeit gemäß Art. 17 Abs. 4 MAR machen kann, eine Pflicht zur unbedingten Ad-hoc-Publizität besteht. Dies wirft weiterführende Fragen auf: Führt dieses Ergebnis zu untragbaren Rechtsfolgen? Besteht damit eine Schutzlücke im deutschen Recht? Könnte und sollte auf Quellen des europäischen Rechts oder sogar des Völkerrechts zurückgegriffen werden, nämlich Art. 47 Abs. 2 Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Art. 14 Abs. 3 lit. g) des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte vom 19.12.1966 oder Art. 6 Abs. 1 EMRK?

Hier ergibt sich ein reichhaltiges Potenzial für zukünftige Studien, die insbesondere auf die internationalen Grundlagen des Rechts auf Selbstbelastungsfreiheit abzielen könnten.

¹⁷⁹ *Hart-Hönig*, Verteidigung von Unternehmen und Organmitgliedern unter dem Compliance-Regime – Zur Möglichkeit autonomer Verteidigung bei Internal Investigations, in: FS Schiller, 2014, S. 281 (300 ff.); *Sajnovits*, Ad-hoc-Publizität und Wissenszurechnung, WM 2016, 765 (772 f.).

¹⁸⁰ *Klöhn* (Fn. 5), Art. 17 Rn. 429.

¹⁸¹ *Ebd.*

F. Zusammenfassung in Thesen

1. Bei der Frage nach einer Ad-hoc-Pflicht bei Gesetzesverletzungen bzw. ihrer rechtlichen Bewertung kommt es insbesondere auf ihre Kursrelevanz an: Schwerwiegende und andauernde Gesetzesverstöße von Personen des Managements sind grundsätzlich kursrelevant und müssen daher unverzüglich vom Emittenten veröffentlicht werden. Je weniger dieser Kriterien zutreffen, desto geringer die Kursrelevanz.
2. Vorbezeichnete Aufwendungen als Folge der Gesetzesverletzungen können schon vor ihrer Realisierung ad-hoc-pflichtig sein, sofern das Aufdeckungsrisiko nach der allgemeinen Erfahrung die Schwelle von 50 % überschreitet.
3. Ein fehlender Beschluss über den Aufschub der Veröffentlichung der Gesetzesverletzung gemäß Art. 17 Abs. 4 MAR hat nicht den automatischen Ausschluss der Selbstbefreiungsmöglichkeit zur Folge. Auf einen Beurteilungsspielraum kann sich dann allerdings nicht mehr berufen werden.
4. Für einen Aufschub der Ad-hoc-Publizität muss der Vorstand eine Kosten-Nutzen-Abwägung aus Sicht der Aktionäre durchführen, bei welcher insbesondere eine mögliche Überreaktion des Marktes zu beachten ist und ebenso beurteilt werden sollte, ob sich die Gesetzesverletzung unverzüglich abstellen ließe. Sollte letzteres der Fall sein, überwiegen die Kosten der Publizität ihren Nutzen, sodass ein Aufschub unter Erfüllung der weiteren Voraussetzungen gerechtfertigt wäre.
5. Der Emittent muss die Geheimhaltung der Information bei einem Aufschub sicherstellen, währenddessen er eine unverzügliche Publizität bei versagter Geheimhaltung gewährleisten muss. Zudem sollte über ein „Recht zur Lüge“ nachgedacht werden, um die Öffentlichkeit bei einem Aufschub nicht irrezuführen.
6. Soweit in der Person eines Vorstandsmitglieds ein Konflikt mit der Ad-hoc-Publizität bestehen würde, kann sich diese auf den *Nemo-tenetur*-Grundsatz berufen. Emittenten als juristische Personen können sich jedoch nicht darauf berufen, bleiben somit zur Ad-hoc-Publizität verpflichtet. Dies schafft Anreiz, auf internationale Grundlagen der Selbstbelastungsfreiheit zu blicken.

Ruben Zimmermann*

Der Atomwaffenverbotsvertrag – Bann der Atombombe oder reine Symbolpolitik?

Abstract

Am 22.1.2021 trat der von mittlerweile 59 Staaten ratifizierte Atomwaffenverbotsvertrag in Kraft. Dieser Beitrag beleuchtet zunächst dessen Entstehung und Verhandlung. Danach werden die sich aus dem Vertrag ergebenden Verpflichtungen der Vertragsstaaten untersucht und Bezüge zum Atomwaffensperrvertrag, zur NATO-Mitgliedschaft und zur weltweiten Nonproliferation hergestellt. Abschließend wird eine Bewertung vorgenommen.

On 22 January 2021, the Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons, which has since been ratified by 59 states, came into force. This article firstly examines its development and negotiation. It then analyzes obligations of contracting states arising from the Treaty and focuses on its relation to the Nuclear Non-Proliferation Treaty, NATO membership and worldwide nonproliferation. Finally, an evaluation is made.

* Der Verfasser studiert im siebten Semester Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Der vorliegenden Artikel basiert auf einer nach dem Wintersemester 2020/2021 im Rahmen eines Seminars zur internationalen Streitbeilegung bei Prof. Dr. Rüdiger Wolfrum verfassten Studienarbeit und wurde von stud. iur. Carl-Friedrich Seelig redaktionell betreut.

A. Einleitung

„Damit schlagen wir heute eine neue Seite auf. Die heimtückischste Waffe, die der Mensch je erfunden hat, ist mit dem heutigen Tag angezählt. Das ist ein großer Schritt nach vorne – hin zu einer Welt frei von Atomwaffen“, so kommentierte *Alexander Schallenberg*, damaliger Außenminister Österreichs, das Inkrafttreten des Atomwaffenverbotsvertrags (TPNW)¹ 90 Tage nach dessen 50. Ratifizierung am 22.1.2021.² Mittlerweile haben 59 Staaten diesen neuen Verbotsvertrag ratifiziert. Auch in Deutschland sprachen sich ganze 92 % der Befragten für einen Beitritt Deutschlands zum Atomwaffenverbotsvertrag aus.³

Dennoch lehnen die Kernwaffenstaaten und ihre Verbündeten, auch Deutschland, den TPNW fast geschlossen ab.

„Wenn man sich lediglich verabschiedet, und sagt ‚Wir wollen damit nichts mehr zu tun haben‘“, so der ehemalige Außenminister Heiko Maas, „wird das nicht dazu führen, dass es auch nur eine Atombombe weniger auf der Welt gibt.“⁴

Tatsächlich sind Atomwaffen als Mittel der Abschreckung nach wie vor fester Bestandteil der globalen Sicherheitsdoktrinen: 2021 verteilten sich rund 11.000 Atomwaffen auf neun Staaten, der ganz überwiegende Anteil auf die USA und auf Russland.⁵ Zwar einigten sich diese jüngst auf eine Verlängerung des

¹ Treaty On The Prohibition Of Nuclear Weapons, 7.7.2017, abrufbar unter: https://treaties.un.org/doc/Treaties/2017/07/20170707%2003-42%20PM/Ch_XXVI_9.pdf (zuletzt abgerufen am 31.12.2021).

² *Österreichisches Bundesministerium für europäische und internationale Angelegenheiten*, Außenminister Schallenberg: Atomwaffen schaffen keine Sicherheit!, 22.1.2021, abrufbar unter: <https://www.bmeia.gv.at/ministerium/presse/aktuelles/2021/01/aussenminister-schallenberg-atomwaffen-schaffen-keine-sicherheit/> (zuletzt abgerufen am 31.12.2021).

³ *Greenpeace*, Greenpeace-Umfrage zu Atomwaffen und Atomwaffenverbotsvertrag, S. 9, 7.2020, abrufbar unter: https://greenwire.greenpeace.de/system/files/2020-07/2020-07-07%20GPD%20Umfrage%20Atomwaffenverbotsvertrag_Frieden.pdf (zuletzt abgerufen am 31.12.2021).

⁴ *Schwarte*, Vertrag in Kraft – ohne Deutschland, Tagesschau v. 22.1.2021, abrufbar unter: <https://www.tagesschau.de/inland/atomwaffen-verbotsvertrag-103.html> (zuletzt abgerufen am 31.12.2021).

⁵ *Statista*, Anzahl der Atomsprenköpfe weltweit 2021, 14.6.2021, abrufbar unter: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/36401/umfrage/anzahl-der-atomsprenkoeefe-weltweit/> (zuletzt abgerufen am 31.12.2021); *Zeit online*, USA veröffentlichen Anzahl ihrer Atomsprenköpfe, *Zeit online* v. 6.10.2021, abrufbar unter: <https://www.zeit.de/politik/ausland/2021-10/atomwaffen-usa-atomsprenkoeefe-russland-abruestung-new-start> (zuletzt abgerufen am 31.12.2021).

New START Abkommens.⁶ Dieses wurde jedoch bereits vor zehn Jahren geschlossen und begrenzt lediglich die Anzahl nuklearer Sprengköpfe und nuklearer Trägersysteme. Zudem wurde der Vertrag über nukleare Mittelstreckensysteme (INF-Vertrag) zwischen den beiden Staaten 2019 aufgekündigt.⁷ Fortschritt auf dem Gebiet, oder auch nur ein tatsächlicher Wille zu verstärkter atomarer Abrüstung unter den Verantwortungsträgern, ist kaum auszumachen. Das Problem einer stagnierenden Nonproliferation besteht damit nach wie vor. Indes könnte die neue deutsche Bundesregierung frische Impulse setzen:

Im Koalitionsvertrag zwischen SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP heißt es, „[wir] werden als Beobachter (nicht als Mitglied) bei der Vertragsstaatenkonferenz des Atomwaffenverbotsvertrages die Intention des Vertrages konstruktiv begleiten“.⁸ Im Wahlprogramm von Bündnis 90/Die Grünen war darüber hinaus sogar der Beitritt Deutschlands gefordert worden.⁹

Auf Grundlage einer Untersuchung des TPNW wird im Folgenden analysiert, weswegen so divergierende Ansichten zum TPNW bestehen, obwohl das grundsätzliche Ziel einer atomwaffenfreien Welt von nahezu allen Staaten der Welt geteilt wird. Hierfür wird zunächst die Entstehung (**B.**) des TPNW untersucht und sodann auf dessen Verpflichtungen (**C.**) eingegangen, wobei schließlich eine Wertung vorgenommen wird. Abschließend folgt ein Fazit (**D.**).

B. Prozess der Vertragsgebung

I. Von der Überprüfungskonferenz des Atomwaffensperrvertrags zur Tagung des ersten Ausschusses der Generalversammlung 2016

Auch wenn es nicht das einzig relevante Thema werden sollte, so lag doch zumindest in der Luft, dass sich die Aufmerksamkeit im ersten Ausschuss in

⁶ *Reif/Bugos*, U.S., Russia Extend New START for Five Years, Arms Control Association, 3.2021, abrufbar unter: <https://www.armscontrol.org/act/2021-03/news/us-russia-extend-new-start-five-years> (zuletzt abgerufen am 31.12.2021).

⁷ *Kimball/Reif*, The Intermediate-Range Nuclear Forces (INF) Treaty at a Glance, Arms Control Association, 8.2019, abrufbar unter: <https://www.armscontrol.org/factsheets/INFtreaty> (zuletzt abgerufen am 31.12.2021).

⁸ *SPD/Bündnis 90/Die Grünen/FDP*, Mehr Fortschritt wagen: Koalitionsvertrag 2021 – 2025, 24.11.2021, S. 145, abrufbar unter: https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Koalitionsvertrag/Koalitionsvertrag_2021-2025.pdf (zuletzt abgerufen am 31.12.2021).

⁹ *Bündnis 90/Die Grünen*, Bundestagswahlprogramm 2021, 6.2021, S. 249 f., abrufbar unter: https://cms.gruene.de/uploads/documents/Wahlprogramm-DIE-GRUENEN-Bundestagswahl-2021_barrierefrei.pdf (zuletzt abgerufen am 31.12.2021).

seiner Sitzung im Jahr 2016 insbesondere auf einen ganz bestimmten Resolutionsentwurf richten würde.

Über sechs Jahre waren seit der Überprüfungskonferenz zum Atomwaffensperrvertrag (NPT) von 2010 vergangen, im Zuge derer dessen Vertragsstaaten ihre Besorgnis über die katastrophalen humanitären Konsequenzen zum Ausdruck gebracht hatten, die mit dem Einsatz von Atomwaffen einhergehen. Weiterhin bekräftigten die Staaten damals erneut, dass alle Staaten zu allen Zeiten das anwendbare Völkerrecht, einschließlich des internationalen humanitären Rechts, einhalten müssten.¹⁰ In der Folgezeit waren verschiedenste Resolutionen zu den verheerenden Folgen von Atomwaffeneinsätzen verabschiedet worden. So etablierte die UN-Generalversammlung Ende 2012 etwa mit Resolution 67/56 eine Arbeitsgruppe, die Vorschläge erarbeiten sollte, wie die Verhandlungen zur atomaren Abrüstung vorangebracht werden könnten, die von vielen als unzureichend kritisiert worden waren.¹¹ Diese und die anschließend auf Anfrage der UN-Generalversammlung vom UN-Generalsekretär eingeholten Ansichten einzelner Mitgliedsstaaten revitalisierten zwar die Debatte um die atomare Abrüstung.¹² Dennoch gaben sich einige Staaten mit den zurückhaltenden Antworten, insbesondere seitens der Atomwaffenstaaten und Staaten mit nuklearer Teilhabe, nicht zufrieden. Vor diesem Hintergrund formte sich mit der „Humanitären Initiative“ langsam eine Gruppe von Staaten, die im Rahmen der NPT-Konferenz 2012 in Wien erstmals eine eigene Erklärung auf den Weg gebracht hatte, in der sie betonte, dass Atomwaffen unter keinen Umständen wieder eingesetzt werden dürften.¹³ Die dahinterstehenden Staaten sollten über den gesamten Vertragsgebungsprozess

¹⁰ 2010 Review Conference of the Parties to the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons, NPT/CONF.2010/50 (Vol. I), 2010, abrufbar unter: [https://undocs.org/NPT/CONF.2010/50\(vol.i\)](https://undocs.org/NPT/CONF.2010/50(vol.i)) (zuletzt abgerufen am 31.12.2021).

¹¹ Taking forward multilateral nuclear disarmament negotiations, UNGA Res. 67/56, 3.12.2012, abrufbar unter: <https://undocs.org/A/RES/67/56> (zuletzt abgerufen am 31.12.2021).

¹² Taking forward multilateral nuclear disarmament negotiations, Report of the Secretary-General, A/69/154, 17.6.2014, S. 9, abrufbar unter: <https://undocs.org/A/69/154> (zuletzt abgerufen am 31.12.2021).

¹³ First Session of the Preparatory Committee for the 2015 Review Conference of the Parties to the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons, Joint Statement on the humanitarian dimension of nuclear disarmament, 2012, abrufbar unter: https://www.reachingcriticalwill.org/images/documents/Disarmament-fora/npt/prepcom12/statements/2May_IHL.pdf (zuletzt abgerufen am 31.12.2021).

hinweg die treibenden Kräfte bleiben.¹⁴ Neben weiteren Erklärungen der Gruppe, die von immer mehr Staaten unterstützt wurden, kam es zu drei internationalen Konferenzen zum humanitären Einfluss von Atomwaffen, abgehalten 2013 und 2014. Diese hatten zum Ziel, für ein größeres Verständnis über die Folgen von Atomwaffeneinsätzen zu sorgen. Diese von der Internationalen Kampagne zur Abschaffung von Atomwaffen (ICAN), einer globalen Koalition von NGOs aus über 100 Ländern, organisierten Konferenzen, welche unter Beteiligung vieler Staaten, internationaler Organisationen und NGOs stattfanden, sensibilisierten große Teile der Öffentlichkeit für den Bedarf weiterer Maßnahmen.¹⁵ Insbesondere im Verlauf der NPT-Überprüfungskonferenz 2015 schlossen sich immer mehr Staaten der Initiative an. Während bei der Konferenz kein Konsens über zu ergreifende Schritte erzielt werden konnte, hatten die Staaten hinter der Humanitären Initiative ihre Ergebnisse und ihre Entschlossenheit, zu handeln, mit dem *Humanitarian Pledge* ausgedrückt, welcher von 127 Staaten unterschrieben wurde.¹⁶

Ein Riss hatte sich durch die Staatenwelt gezogen. Die große Mehrheit voranschreitender Staaten einerseits und die zurückhaltenden Atomwaffenstaaten samt der meisten NATO-Staaten andererseits standen sich nunmehr gegenüber. Daraufhin intensivierte der erste Ausschuss der Generalversammlungen seine Anstrengungen. Im Rahmen dreier, stark von der Humanitären Initiative beeinflusster und vom ersten Ausschuss entworfener Resolutionen wurden die bisherigen Bemühungen gewürdigt.¹⁷ Zudem bestätigte die Generalversammlung Ende 2015 den Vorschlag des ersten Ausschusses, die Arbeitsgruppe 2016 erneut

¹⁴ Österreich, Chile, Costa Rica, Dänemark, der Heilige Stuhl, Ägypten, Indonesien, Malaysia, Mexiko, Neuseeland, Nigeria, Norwegen, die Philippinen, Südafrika und die Schweiz.

¹⁵ *Cirincione*, Vienna Conference Could 'Change the Calculus' of US Nuclear Policy, Defence One v. 8.12.2014, abrufbar unter: <https://www.defenseone.com/ideas/2014/12/vienna-conference-could-change-the-calculus-nuclear-policy/100755/> (zuletzt abgerufen am 31.12.2021).

¹⁶ *Österreichisches Bundesministerium für europäische und internationale Angelegenheiten*, Humanitarian Pledge, 2015, abrufbar unter: https://www.bmeia.gv.at/fileadmin/user_upload/Zentrale/Aussenpolitik/Abruestung/HINW14/HINW14vienna_Pledge_Document.pdf (zuletzt abgerufen am 31.12.2021).

¹⁷ Humanitarian consequences of nuclear weapons, UNGA Res. 70/47, 11.12.2015, abrufbar unter: <https://undocs.org/en/A/RES/70/47> (zuletzt abgerufen am 31.12.2021); Humanitarian pledge for the prohibition and elimination of nuclear weapons, UNGA Res. 70/48, 11.12.2015, abrufbar unter: <https://undocs.org/en/A/RES/70/48> (zuletzt abgerufen am 31.12.2021); Ethical imperatives for a nuclear-weapon-free world, UNGA Res 70/50, 11.12.2015, abrufbar unter: <https://undocs.org/en/A/RES/70/50> (zuletzt abgerufen am 31.12.2021).

in Genf zusammentreten zu lassen.¹⁸ Deren Bericht sollte den Ausgangspunkt der Debatte im ersten Ausschuss für die Verhandlungen über einen neuen Verbotsvertrag bilden.

1. Die erste Phase – einleitende Erklärungen

a) Vorsitzender des Ausschusses

Der Vorsitzende des ersten Ausschusses eröffnete die Sitzung. In seiner Erklärung lobte er zunächst die Fortschritte und den Rückgang von Atomwaffen, verglichen mit deren Hochzeit in den 1980er Jahren.¹⁹ Jedoch sei, unter Verweis auf die wenig erfolgreiche NPT-Überprüfungskonferenz 2015, die Entwicklung ins Stocken geraten. Viele Staaten seien daher entschlossen, der Generalversammlung einen Entwurf vorzulegen, der das Mandat zu Verhandlungen über einen umfassenden Verbotsvertrag über Atomwaffen beinhalte.

b) Ansichten der Staaten

Befürworter eines neuen Vertrags argumentierten, dass mit einem neuen Vertrag eine Lücke geschlossen werde, da der Besitz von Atomwaffen, ihre Entwicklung, Lagerung usw. nach wie vor erlaubt seien.²⁰ Vielfach kritisierten sie das langsame Tempo der Umsetzung des NPT-Vertrags.²¹ Häufig finden sich auch Verweise auf den „*Humanitarian Pledge*“ und die damit verbundene Besorgnis über die Auswirkungen von Atomwaffen auf Mensch und Umwelt.²² Österreich, von Anfang an treibende Kraft des Vorhabens, äußerte, dass es nicht an Sicherheitskonzepten glaube, die auf gegenseitiger Abschreckung beruhen würden.²³ Ein neuer Vertrag würde für gemeinsame Standards sorgen und den NPT stärken. Jedoch fanden sich unter den Befürwortern auch Stimmen, die einräumten, ein Verbot würde nicht zur sofortigen Vernichtung aller

¹⁸ Taking forward multilateral nuclear disarmament negotiations, UNGA Res. 70/33, 11.12.2015, abrufbar unter: <https://www.undocs.org/A/RES/70/33> (zuletzt abgerufen am 31.12.2021).

¹⁹ Erster Ausschuss, 2. Sitzung, 3.10.2016, Erklärung des Vorsitzenden, A/C.1/71/PV.2, S. 1 ff., abrufbar unter: <https://undocs.org/A/C.1/71/PV.2> (zuletzt abgerufen am 31.12.2021).

²⁰ *Ebd.*, Erklärung der Bewegung der Blockfreien Staaten (NAM), S. 6 f.

²¹ *Ebd.*, Erklärung der New Agenda Coalition (NAC), S. 22 ff.

²² Erster Ausschuss, 6. Sitzung, 7.10.2016, Erklärung Liberias, A/C.1/71/PV.6, S. 13, abrufbar unter: <https://undocs.org/A/C.1/71/PV.6> (zuletzt abgerufen am 31.12.2021).

²³ Erster Ausschuss, 3. Sitzung, 4.10.2016, Erklärung Österreichs, A/C.1/71/PV.3, S. 15, abrufbar unter: <https://undocs.org/A/C.1/71/PV.3> (zuletzt abgerufen am 31.12.2021).

Atomwaffen führen.²⁴ Es trüge jedoch zu ihrer Stigmatisierung bei. Weiterhin kamen auch internationale Organisationen zu Wort. So erklärte die Internationale Atomenergie-Organisation (IAEA), man sei bereit, bei der Überprüfung von Abrüstungsabkommen unterstützend tätig zu werden.²⁵ Das Internationale Komitee vom Roten Kreuz (IKRK) erklärte,²⁶ die geplante Konferenz sei ganz im Sinne von Art. VI NPT.²⁷

Andererseits wurde aber auch harsche Kritik an dem Plan der Arbeitsgruppe, baldige Verhandlungen über einen umfassenden Verbotsvertrag zu beginnen, geübt. Diese kam vor allem von Atommächten und Staaten, die an der Politik der gegenseitigen Abschreckung partizipieren. Besonders entschieden war die Erklärung der USA, welche die Kritikpunkte der Gegner des Vorhabens anschaulich zum Ausdruck bringt.²⁸ In dieser wurde auf die Rede *Obamas* in Prag 2009 über dessen Vision einer atomwaffenfreien Welt verwiesen.

So hätten die USA im Anschluss an jene Rede die Rolle und die Anzahl der Atomwaffen so reduziert, dass die strategische Stabilität beibehalten und gleichzeitig neue Möglichkeiten für weitergehende Fortschritte kreiert worden seien. Die andauernde Umsetzung des New START Abkommens zeige zudem, dass es keinen Stillstand gebe. Ein neuer Verbotsvertrag hingegen würde polarisieren und der Glaubwürdigkeit der atomaren Abrüstung schaden. Nur solche Ansätze hätten Aussicht auf Erfolg, die die Sicherheitsinteressen aller Staaten miteinbezögen. Diejenigen aber, die sagten, ein Atomwaffenverbot wäre im Interesse der Mehrheit der Staaten, vergäßen, dass Milliarden von Menschen auf die Abschreckungspolitik zählten. Die USA würden daher, solange Atomwaffen existierten, ein wirksames Atomwaffenarsenal beibehalten, um Feinde abzuschrecken und sich und seine Alliierten zu schützen. Weiterhin bliebe der NPT von höchster Bedeutung, für dessen Umsetzung vermehrte Anstrengungen nötig seien. Da die atomare Abrüstung nicht vom übergreifenden

²⁴ Erster Ausschuss, 2. Sitzung, 3.10.2016, Erklärung Chiles, A/C.1/71/PV.2, S. 25 f., abrufbar unter: <https://undocs.org/A/C.1/71/PV.2> (zuletzt abgerufen am 31.12.2021).

²⁵ Erster Ausschuss, 8. Sitzung, 11.10.2016, Erklärung der IAEA, A/C.1/71/PV.8, S. 19, abrufbar unter: <https://undocs.org/A/C.1/71/PV.8> (zuletzt abgerufen am 31.12.2021).

²⁶ Erster Ausschuss, 9. Sitzung, 12.10.2016, Erklärung des ICRC, A/C.1/71/PV.9, S. 2, abrufbar unter: <https://undocs.org/A/C.1/71/PV.9> (zuletzt abgerufen am 31.12.2021).

²⁷ Art. VI NPT verpflichtet dessen Mitgliedsstaaten dazu, „in redlicher Absicht Verhandlungen [...] über wirksame Maßnahmen zur Beendigung des nuklearen Wettrüstens in naher Zukunft und zur nuklearen Abrüstung sowie über einen Vertrag zur allgemeinen und vollständigen Abrüstung unter strenger und wirksamer internationaler Kontrolle [zu führen]“.

²⁸ Erster Ausschuss, 2. Sitzung, 3.10.2016, Erklärung der USA, A/C.1/71/PV.2, S. 27 f., abrufbar unter: <https://undocs.org/A/C.1/71/PV.2> (zuletzt abgerufen am 31.12.2021).

Sicherheitsumfeld getrennt werden könne, müsse die USA den Bericht der Arbeitsgruppe ablehnen und die anderen Staaten auffordern, dies ebenfalls zu tun. Frankreich erklärte in diesem Sinne, dass die Integrität des NPT durch einen neuen Verbotsvertrag unterwandert würde und es ihn daher ablehne.²⁹ Ein solcher würde ohne die Atommächte auch keinerlei Einfluss haben.

Eindeutig äußerte sich auch Russland.³⁰ Dieses erklärte, die Umsetzung von New START sei im vollen Gange. Daher sei es beleidigend, würden andere Staaten ein zu langsames Tempo auf dem Gebiet der atomaren Abrüstung kritisieren. Weniger ausdrücklich äußerte sich etwa die EU.³¹ Diese wolle weiter für die Implementierung bestehender Regime werben. Dabei stelle für sie der NPT den Eckpfeiler der atomaren Abrüstung dar. Zudem wurde Unterstützung für das Inkrafttreten des Kernwaffenteststopp-Vertrags (CTBT) und weiterer regionaler Abkommen über atomwaffenfreie Zonen bekundet, etwa im Nahen Osten.

Deutschland erklärte, jegliche Ansätze zur nuklearen Abrüstung müssten die Atommächte einschließen, weswegen der Fokus zunächst auf der Weiterentwicklung der Abrüstungsüberprüfungsmechanismen und auf Verhandlungen bei der UN-Abrüstungskonferenz über einen „*Cut-off*“-Vertrag über spaltbares Material gelegt werden müsse.³² Auch Japan betonte lediglich, dass es zu Resultaten bei der nächsten NPT-Überprüfungskonferenz kommen müsse und ließ die Bestrebungen nach einem neuen Vertrag unerwähnt.³³ Kanada bedauerte, dass es sich mangels Konsenses in der Arbeitsgruppe über die weiteren Schritte nicht für die Verhandlung eines Verbotsvertrags aussprechen könne.³⁴ Doch auch Staaten, die keine Atomwaffen besaßen oder der NATO angehörten, stellten den Mehrwert eines neuen Vertrags infrage. So hielt etwa Schweden fest, dass es nur solche Prozesse unterstützen werde, die einen

²⁹ Erster Ausschuss, 4. Sitzung, 4.10.2016, Erklärung Frankreichs, A/C.1/71/PV.4, S. 14, abrufbar unter: <https://undocs.org/A/C.1/71/PV.4> (zuletzt abgerufen am 31.12.2021).

³⁰ Erster Ausschuss, 3. Sitzung, 4.10.2016, Erklärung Russlands, A/C.1/71/PV.3, S. 16 f., abrufbar unter: <https://undocs.org/A/C.1/71/PV.3> (zuletzt abgerufen am 31.12.2021).

³¹ Erster Ausschuss, 2. Sitzung, 3.10.2016, Erklärung der EU, A/C.1/71/PV.2, S. 19 f., abrufbar unter: <https://undocs.org/A/C.1/71/PV.2> (zuletzt abgerufen am 31.12.2021).

³² Erster Ausschuss, 3. Sitzung, 4.10.2016, Erklärung Deutschlands, A/C.1/71/PV.3, S. 24 f., abrufbar unter: <https://undocs.org/A/C.1/71/PV.3> (zuletzt abgerufen am 31.12.2021).

³³ Erster Ausschuss, 5. Sitzung, 6.10.2016, Erklärung Japans, A/C.1/71/PV.5, S. 11 ff., abrufbar unter: <https://undocs.org/A/C.1/71/PV.5> (zuletzt abgerufen am 31.12.2021).

³⁴ Erster Ausschuss, 7. Sitzung, 10.10.2016, Erklärung Kanadas, A/C.1/71/PV.7, S. 20, abrufbar unter: <https://undocs.org/A/C.1/71/PV.7> (zuletzt abgerufen am 31.12.2021).

Unterschied machen könnten.³⁵ Dies sei nur der Fall, wenn sich die gesamte Staatengemeinschaft beteiligen würde. China erklärte, es bedürfe einer schrittweisen Vorgehensweise. Daher sei es nicht der richtige Weg, weitere Mechanismen neben dem NPT und der UN-Abrüstungskonferenz zu etablieren.³⁶

2. Die zweite Phase – thematische Diskussion

Auf dieser Grundlage begann ab dem 13.10.2016 die thematische Diskussion. Eröffnet wurde diese zweite Phase mit allgemeinen, wenig kontroversen Briefings seitens des Präsidenten der Generalversammlung und des hohen Vertreters für Abrüstungsfragen.³⁷ Expliziter wurde der Generalsekretär der UN-Abrüstungskonferenz. Unter Verweis auf die spärlich erfolgreich vergangenen 20 Jahre bei der UN-Abrüstungskonferenz habe die Etablierung der Arbeitsgruppe einen wichtigen Beitrag zur Revitalisierung der Abrüstungsverhandlungen geleistet.³⁸ Das anschließende Briefing vom Vorsitzenden der Arbeitsgruppe fasste deren Bericht zusammen und erläuterte ihn.³⁹ Hierauf folgte eine informelle Diskussion des Vortrags für 15 Minuten. In den sich anschließenden Beiträgen wurden größtenteils die bereits vorher dargelegten Argumente bekräftigt.⁴⁰

Österreich kündigte an, dass es zusammen mit Brasilien, Irland, Mexiko, Nigeria und Südafrika einen Resolutionsentwurf einreichen werde, der unter anderem die Empfehlung der Arbeitsgruppe, 2017 eine allen Staaten offenstehende Konferenz zur Verhandlung eines rechtsverbindlichen Instruments zum Verbot von Atomwaffen einzuberufen, enthalten würde.⁴¹ Weiter hieß es, der NPT bliebe zwar Eckpfeiler der Nonproliferationspolitik. Die künftige Konvention jedoch wäre ein großer Fortschritt, die mit ihm im Einklang stehen werde. Eine

³⁵ Erster Ausschuss, 3. Sitzung, 4.10.2016, Erklärung Schwedens, A/C.1/71/PV.3, S. 28 f., abrufbar unter: <https://undocs.org/A/C.1/71/PV.3> (zuletzt abgerufen am 31.12.2021).

³⁶ Erster Ausschuss, 7. Sitzung, 10.10.2016, Erklärung Chinas, A/C.1/71/PV.7, S. 5, abrufbar unter: <https://undocs.org/A/C.1/71/PV.7> (zuletzt abgerufen am 31.12.2021).

³⁷ Vgl. Erster Ausschuss, 10. Sitzung, 13.10.2016, A/C.1/71/PV.10, S. 1 ff., abrufbar unter: <https://undocs.org/A/C.1/71/PV.10> (zuletzt abgerufen am 31.12.2021).

³⁸ *Ebd.*, Beitrag des Generalsekretärs der UN-Abrüstungskonferenz, S. 6.

³⁹ Erster Ausschuss, 11. Sitzung, 14.10.2016, Beitrag des Vorsitzenden der Arbeitsgruppe, A/C.1/71/PV.11, S. 1 ff., abrufbar unter: <https://undocs.org/A/C.1/71/PV.11> (zuletzt abgerufen am 31.12.2021).

⁴⁰ *Ebd.*, vgl. nur die Beiträge von ASEAN und der Gruppe Afrikanischer Staaten, S. 3 ff.

⁴¹ *Ebd.*, Beitrag Österreichs, S. 16.

neue Konvention werde der Implementierung des NPT vielmehr dienen, insbesondere Art. VI NPT.

Daraufhin ging Österreich auf die Argumente der Gegner des Vorhabens ein. So wurde zunächst die Frage in den Raum gestellt, warum nicht mehr Staaten Atomwaffen erwerben würden, wenn die Abschreckungspolitik wirklich unverzichtbar wäre. Sodann wurde angeführt, es könne einer Konvention, an deren Erarbeitung die Mehrheit der Staaten beteiligt wäre, kaum an Glaubwürdigkeit fehlen. Zudem wisse man aus der Vergangenheit, dass ähnliche bindende Instrumente ebenso begonnen hätten: Niemals sei eine Konvention direkt zu Beginn umgesetzt worden. Allgemein würde zunächst eine Verbotsnorm benötigt.

Die USA erweiterten ihre Argumentation darum, dass die Überprüfungsmechanismen noch nicht hinreichend weit entwickelt seien, um ein umfassendes Verbot absichern zu können.⁴² Die gegenwärtigen Herausforderungen seien nicht dem Fehlen juristischer Instrumente geschuldet, sondern das Resultat der politischen und sicherheitspolitischen Realität. So wären die USA bereit zu weiteren Schritten, gleichwohl scheitere es am *Unwillen anderer Staaten*. Sodann führte Frankreich an, dass es keinen Sinn darin sehe, über atomare Abrüstung zu reden, wenn bewusst die Sicherheitsbedenken anderer Staaten, deren Sicherheit auf atomarer Abschreckung basiere, abgelehnt, bzw. stigmatisiert würden.⁴³ Fahrplan bliebe der Aktionsplan der NPT-Überprüfungskonferenz von 2010.⁴⁴ Die Niederlande verwiesen darauf, dass 70 Jahre ohne den Einsatz von Atombomben der Kritik am Abrüstungsprozess entgegenstünden.⁴⁵ Großbritannien brachte ein, dass die NATO eine atomare Allianz bliebe, solange Atomwaffen existieren würden.⁴⁶ Russland gab, unter dem

⁴² Erster Ausschuss, 11. Sitzung, 14.10.2016, Beitrag der USA, S. 10, abrufbar unter: <https://undocs.org/A/C.1/71/PV.11> (zuletzt abgerufen am 31.12.2021).

⁴³ *Ebd.*, Beitrag Frankreichs, S. 11.

⁴⁴ 2010 Review Conference of the Parties to the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons, NPT/CONF.2010/50 (Vol. I), 2010, S. 19, abrufbar unter: [https://undocs.org/NPT/CONF.2010/50\(vol.i\)](https://undocs.org/NPT/CONF.2010/50(vol.i)) (zuletzt abgerufen am 31.12.2021).

⁴⁵ Erster Ausschuss, 11. Sitzung, 14.10.2016, Beitrag der Niederlande, A/C.1/71/PV.11, S. 17 f., abrufbar unter: <https://undocs.org/A/C.1/71/PV.11> (zuletzt abgerufen am 31.12.2021).

⁴⁶ *Ebd.*, Beitrag Großbritanniens, S. 19 f.

Eindruck vielfach geäußerter Kritik an einem zu langsam vorstattgehenden Abrüstungsprozess, die Historie der START-Abrüstungsverträge wieder.⁴⁷

Differenziert äußerte sich Schweden: Die Sicherheit und das Wohlergehen der eigenen Bürger stünden an erster Stelle.⁴⁸ Insofern könne man nur effektive Maßnahmen unterstützen, die einen Unterschied machen würden. Daraufhin wurde erklärt, dass man sich im vorliegenden Fall der Effektivität einer neuen Resolution und daher auch der Unterstützung des Vorhabens nicht sicher sei. Kanada fügte hinzu, die wachsende Polarisierung bei der atomaren Abrüstung sei eine große Herausforderung.⁴⁹

Deutschland äußerte sich hiernach als Vertreter des „*Progressive Approach*“.⁵⁰ So müsse der Realität ins Auge geblickt und damit die relevanten politischen, sicherheitspolitischen und humanitären Überlegungen bedacht werden.⁵¹ Atomare Abrüstung könne nicht erreicht werden, ohne die regionalen und globalen Sicherheitskonzepte zu berücksichtigen. Mithin seien nur gemeinsam Fortschritte zu erreichen, was nicht einfach, aber effektiv sei. Ein entsprechendes multi- oder plurilaterales Abkommen sei erst geboten, wenn „*global Zero*“ in Reichweite käme. Zudem seien die Staaten, die sich am Verbotsvertrag beteiligen würden, bereits durch den NPT gebunden. Ein Spiegelbild jener Verpflichtungen in einem neuen Vertrag würde nur für Verwirrung sorgen. Im weiteren Verlauf der 71. Tagung wurden andere Angelegenheiten diskutiert.

⁴⁷ Erster Ausschuss, 12. Sitzung, 17.10.2016, Beitrag Russlands, A/C.1/71/PV.12, S. 5 ff, abrufbar unter: <https://undocs.org/A/C.1/71/PV.12> (zuletzt abgerufen am 31.12.2021).

⁴⁸ Erster Ausschuss, 11. Sitzung, 14.10.2016, Beitrag Schwedens, A/C.1/71/PV.11, S. 20, abrufbar unter: <https://undocs.org/A/C.1/71/PV.11> (zuletzt abgerufen am 31.12.2021).

⁴⁹ Erster Ausschuss, 12. Sitzung, 17.10.2016, Beitrag Kanadas, A/C.1/71/PV.12, S. 27 f, abrufbar unter: <https://undocs.org/A/C.1/71/PV.12> (zuletzt abgerufen am 31.12.2021).

⁵⁰ Hierunter Australien, Belgien, Bulgarien, Kanada, Kroatien, Tschechien, Estland, Deutschland, Ungarn, Island, Italien, Japan, Lettland, Luxemburg, Litauen, die Niederlande, Norwegen, Polen, Portugal, Südkorea, Rumänien, Slowakei, Slowenien, Spanien und die Türkei; vgl. zudem bereits das entsprechende Arbeitspapier für die *Arbeitsgruppe*, *The road to zero: The progressive approach*, 25.5.2016, A/AC.286/WP.25/Rev.1, abrufbar unter: <https://undocs.org/A/AC.286/WP.25/Rev.1> (zuletzt abgerufen am 31.12.2021).

⁵¹ Erster Ausschuss, 13. Sitzung, 17.10.2016, Beitrag des „*Progressive Approach*“, A/C.1/71/PV.13, S. 1 ff., abrufbar unter: <https://undocs.org/A/C.1/71/PV.13> (zuletzt abgerufen am 31.12.2021).

3. Die Abstimmung über den Resolutionsentwurf

Am 27.10.2016 kam es zur Abstimmung über den Resolutionsentwurf im ersten Ausschuss.⁵² Dieser war, wie angekündigt, von Österreich vorgestellt worden, das erneut auf die verheerenden Folgen von Atomwaffeneinsätzen einerseits und die stillstehenden Verhandlungen andererseits hinwies. Einige Gegner des Vorhabens verwiesen daraufhin erneut auf ihre geäußerten Meinungen.⁵³ Der Resolutionsentwurf wurde zwar mit großer Mehrheit angenommen (123 Stimmen dafür, 38 dagegen, 16 Enthaltungen).⁵⁴ Jedoch sprachen sich weder Staaten mit Atomwaffen noch NATO-Staaten dafür aus. Der Entwurf würdigte die bisherigen Bemühungen, ermutigte alle Mitgliedsstaaten zur Teilnahme und setzte zwei Verhandlungsrunden für 2017 fest, die erste vom 27.3. bis 31.3., die zweite vom 15.6. bis 7.7., denen ein Vorbereitungstreffen vorausgehen sollte. Im Dezember 2016 kam es zur bestätigenden Resolution (113 Stimmen dafür, 35 dagegen, 13 Enthaltungen) während einer Plenarsitzung der Generalversammlung.⁵⁵ Erneut sprachen sich weder Staaten mit Atomwaffen noch NATO-Staaten dafür aus.

4. Stellungnahme

a) Motivation der Befürworter

Das Feld der Befürworter ist vor allem aus Staaten zusammengesetzt, die über vergleichsweise wenig politischen Einfluss verfügen, bzw. solcher, die nicht in die atomaren Sicherheitsdoktrinen eingebunden sind und die selbst keine der Verpflichtungen eines Verbotsvertrags betreffen. Deren entschlossener Einsatz kann einerseits als opportune Ausnutzung ihrer vorteilhaften politischen Situation für eine atomwaffenfreie Welt gedeutet werden. Mit ihrer Hilfe kommt zivilgesellschaftliche Kritik an der Verbreitung von Atomwaffen vermehrt zum Ausdruck und die Kernwaffenstaaten und ihre Verbündeten werden zu weiterer Abrüstung gedrängt. Andererseits könnte ebenjener Einsatz auch innenpolitisch motiviert sein. Denn diese Staaten können die Unbeliebtheit der Atomwaffen in der eigenen Bevölkerung für ihre Zwecke nutzen, indem sie sich als Förderer

⁵² Erster Ausschuss, Taking forward multilateral nuclear disarmament negotiations, 14.10.2016, A/C.1/71/L.41, abrufbar unter: <https://undocs.org/A/C.1/71/L.41> (zuletzt abgerufen am 31.12.2021).

⁵³ Vgl. Erster Ausschuss, 22. Sitzung, 27.10.2016, Beiträge der USA und Russlands, A/C.1/71/PV22, S. 12 ff., abrufbar unter: <https://undocs.org/A/C.1/71/PV.22> (zuletzt abgerufen am 31.12.2021).

⁵⁴ *Ebd.*, S. 36.

⁵⁵ Taking forward multilateral nuclear disarmament negotiations, 11.1.2017, UNGA Res. 71/258, abrufbar unter: <https://undocs.org/A/RES/71/258> (zuletzt abgerufen am 31.12.2021).

einer besseren, pazifistischeren Welt darstellen, die sich gegen jene Staaten wenden, die an Atomwaffen festhalten. Derweil hätte ein solcher Vertrag für sie keine nennenswerten Konsequenzen. Daran zeigt sich eine gewisse Doppelmoral, profitieren jene Länder doch trotzdem von der gegenwärtigen Abschreckungspolitik. Jedenfalls trieben die Befürworter eines neuen Verbotsvertrags einen Keil in die Staatengemeinschaft und weckten Hoffnungen nach weiterer Abrüstung, die sie nicht im Alleingang erfüllen können.

b) Überprüfung der im ersten Ausschuss geäußerten Argumente

Oft wurde vorgetragen, die Verhandlungen zu einem neuen Vertrag trügen zur Verwirklichung von Art. VI NPT bei. Aufgrund dieses Artikels sind die Kernwaffenstaaten rechtlich dazu verpflichtet, ernsthafte Abrüstungsverhandlungen zu führen und abzuschließen.⁵⁶ Gleichwohl ist zweifelhaft, inwiefern sich die Erarbeitung eines Vertrags, bei dem keine Atommächte und nur die Niederlande unter den NATO-Staaten teilgenommen haben, unter Art. VI NPT subsumieren lässt. Denn dieser verlangt u. a. nach Verhandlungen über *wirksame* Maßnahmen zur nuklearen Abrüstung. Ohne Beteiligung der relevanten Staaten können diese aber kurz- bis mittelfristig nicht effektiv sein. Weiterhin kann die These, dass der Verzicht auf den Erwerb neuer Atomwaffen durch Nicht-Kernwaffenstaaten die Wirksamkeit der nuklearen Abschreckung widerlege, nicht überzeugen. Denn gerade der Erwerb ist Nicht-Kernwaffenstaaten nach Art. II NPT verboten.

Ferner wurde angeführt, Verhandlungen über einen neuen Verbotsvertrag könnten aufgrund der Beteiligung zahlreicher Staaten kaum als unglaubwürdig abgetan werden. Doch die Beteiligung ist nur auf den ersten Blick groß, stehen die Staaten, die den Vertrag ablehnen, doch für mehr als 60 % der Weltbevölkerung. Kritiker des Vorhabens äußerten vielfach, dass die Bedingungen für weitere Abrüstungen nicht gegeben seien. Die hohen Erwartungen auf weitere atomare Abrüstung, die *Obama* 2009 mit seiner Rede in Prag bestärkte,⁵⁷ wurden größtenteils enttäuscht. Doch bereits im Anschluss an jene Rede kam mit den Reaktionen zu ihr zutage, dass es tatsächlich die politische Lage bzw. mangelndes Vertrauen unter den Beteiligten war, welche weitere Abrüstungen nur schwerlich zuließen: So nahm etwa Russland an, es handele sich

⁵⁶ So auch *IGH*, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion v. 8.7.1996, ICJ-Reports 1996, 264, Rn. 99.

⁵⁷ *The White House Office of the Press Secretary*, Remarks By President Barack Obama In Prague As Delivered, 5.4.2009, abrufbar unter: <https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/remarks-president-barack-obama-prague-delivered> (zuletzt abgerufen am 31.12.2021).

um ein Manöver, das dazu führen sollte, dass die USA in einer atomwaffenfreien Welt erneut einen militärischen Vorteil erlangen könnten.⁵⁸ Auch, wenn die Kernwaffenstaaten für mangelnde Fortschritte auf dem Gebiet der atomaren Abrüstung selbst verantwortlich sind, zeigt dies doch, dass ein Staat allein nicht in der Lage ist, die globalen politischen Spannungen grundlegend zu verändern.

c) *Ablauf der Beratungen*

Schon die erste Phase der Tagung zeichnete das Bild einer polarisierten Weltgemeinschaft. Die Fronten hatten sich verhärtet, verschoben hatten sie sich jedoch nicht. Denn die Grundpositionen der einzelnen Staaten waren seit dem ersten Zusammentreffen der Arbeitsgruppe unverändert geblieben.⁵⁹ Während die Erklärungen der Gegner eines umfassenden Verbotsvertrags von Bekundungen geprägt waren, wonach bestehende Regime kleinschrittig zu stärken seien, nannten die Befürworter insbesondere das langsame Tempo der Abrüstung als Grund für einen neuen Verbotsvertrag. Dabei verwiesen sie vielfach auf die humanitären Konsequenzen des Einsatzes von Atomwaffen. Auch im weiteren Verlauf der Verhandlungen kam es kaum zu einem wirklichen Austausch über Vor- und Nachteile eines neuen Verbotsvertrags. Die Staaten äußerten vielmehr ihre seit dem Zusammentreffen der Arbeitsgruppe bestehenden Ansichten und behielten diese im Verlauf der Verhandlungen bei oder verschärfte diese rhetorisch noch. Die Möglichkeit, auf die Vorträge anderer Staaten, bzw. Staatengruppen zu antworten, wurde nicht für Auseinandersetzungen über den Verbotsvertrag genutzt. Für einen trennscharfen Austausch über das Für und Wider eines Resolutionsentwurfs ist im Rahmen der Sitzungen des ersten Ausschusses jedoch allgemein zu wenig Zeit. Die Äußerungen Russlands und der USA einerseits, Österreichs und Irlands andererseits, unterstellten der anderen Seite mangelnde Kenntnis und Inkompetenz auf dem Gebiet. Obwohl von allen Parteien die Wichtigkeit von Verhandlungen und von Art. VI des NPT betont wurde, trugen ihre voreingenommenen Erklärungen nicht zu einer konstruktiven Diskussion bei. Positiv hervorzuheben sind jedoch die Erklärungen Schwedens und Kanadas, die

⁵⁸ *Perkovich*, The Nuclear Ban Treaty: What Would Follow?, Carnegie Endowment for International Peace, 31.5.2017, abrufbar unter: <https://carnegieendowment.org/2017/05/31/nuclear-ban-treaty-what-would-follow-pub-70136> (zuletzt abgerufen am 31.12.2021); vgl. auch die ablehnenden Ansichten Israels und Frankreichs.

⁵⁹ Vgl. hierfür den ersten Bericht der *Arbeitsgruppe*, Proposals to take forward multilateral nuclear disarmament negotiations for the achievement and maintenance of a world without nuclear weapons, 9.10.2013, S. 8, abrufbar unter: <https://www.undocs.org/A/68/514> (zuletzt abgerufen am 31.12.2021).

sachlich auf die Forderungen der Gegenseite eingingen und den eigenen Standpunkt nachvollziehbar erläuterten.

II. Verhandlungen zum Vertrag in der Generalversammlung

1. Vorbereitungstreffen am 16.2.2017

Beim ersten Treffen zu den Vertragsverhandlungen im engeren Sinne, dem Vorbereitungstreffen am 16.2.2017, wurde die Botschafterin Costa Ricas bei der UN, *Elayne Whyte Gómez*, zur Präsidentin der Konferenz gewählt.⁶⁰ Danach wurden der Zeitplan und der Entwurf zu den Verfahrensregeln angenommen. Eigens wurde festgelegt, dass NGOs noch vor späteren informellen Beratungsgesprächen an der öffentlichen Hauptsitzung (ohne Stimmrecht) beteiligt werden sollten.⁶¹

Anschließend äußerte *Whyte Gómez*, dass sie eine inklusive, konstruktive Diskussion anstrebe, um eine verbindliche Atomwaffenkonvention zu gestalten, die den NPT stärken solle. Vertreter der teilnehmenden Staaten betonten während der Sitzung die Wichtigkeit des zu erarbeitenden Vertrags.⁶² Daher müsse die Konferenz für alle Staaten und die Zivilgesellschaft offenstehen. Unter den Staaten mit Atomwaffen oder nuklearer Teilhabe beteiligten sich von hier an jedoch allein die Niederlande.

2. Erste Verhandlungsrunde vom 27.3.2017 bis 31.3.2017

Die erste Verhandlungsrunde war geprägt von einer Reihe allgemeiner Erklärungen darüber, was die Teilnehmer sich von dem Vertrag erhoffen würden. Am 27.3.2017 eröffnete *Whyte Gómez* die erste Sitzung mit der Ankündigung, der Friede werde über die Atomwaffen triumphieren. Hierauf sicherte ihr der Hohe UN-Vertreter für Abrüstungsfragen die volle Unterstützung der UN zu. Gleichwohl äußerte er später an anderer, informeller Stelle, dass Fortschritte auf dem Gebiet der Abrüstung nur auf eine Weise

⁶⁰ United Nations Conference to Negotiate Ban on Nuclear Weapons Holds First Organizational Meeting, Adopts Agenda for 2017 Substantive Session, 16.2.2017, UN doc. DC/3685, abrufbar unter: <https://www.un.org/press/en/2017/dc3685.doc.htm> (zuletzt abgerufen am 31.12.2021).

⁶¹ Participation of non-governmental organizations in the conference, 22.2.2017, A/CONF.229/2017/4, abrufbar unter: <https://undocs.org/A/CONF.229/2017/4> (zuletzt abgerufen am 31.12.2021).

⁶² Die einzelnen Erklärungen zum Treffen am 16.2.2017 und anlässlich der ersten Sitzungsrunde waren trotz Nachfrage bei der UN im Original nicht verfügbar.

erreicht werden könnten, die alle Staaten miteinbezöge.⁶³ Der Vize-Außenminister des Heiligen Stuhls äußerte, dass Frieden nicht auf der Drohung mit gegenseitiger Zerstörung beruhen dürfe und forderte die internationale Gemeinschaft auf, über diese Praktik hinauszuwachsen. Der stellvertretende Generalsekretär der japanischen Konföderation der Organisation der Opfer von Atom- und Wasserstoffbomben, selbst *Hibakusha*,⁶⁴ betonte, dass niemand es verdiene, erneut durch diese Hölle auf Erden gehen zu müssen.⁶⁵ Große Übereinstimmung herrschte darüber, dass der Vertrag ein eindeutiges Verbot von Nuklearwaffen enthalten sollte, ohne dabei detaillierte Überprüfungsmechanismen zu umfassen.

Bei dieser ersten, fünftägigen Sitzung wurden keine ausführlichen Verhandlungen geführt; vielmehr dienten die Erklärungen der Präsidentin *Whyte Gómez* als Grundlage für einen von ihr verfassten ersten Entwurf des Vertragstextes.

Zeitgleich äußerte die Vertreterin der USA außerhalb der Räumlichkeit der Generalversammlung bei einer Pressekonferenz, dass man sich fragen müsse, ob die hinter dem Vertrag stehenden Länder die Natur globaler Bedrohungen verstünden und stellte infrage, ob diesen die Sicherheit ihrer Bürger wirklich wichtig sei.⁶⁶ Ähnlich begründete der Vertreter Großbritanniens, warum sein Land nicht an den Verhandlungen teilnehme: Man gehe nicht davon aus, dass diese Verhandlungen zu einem effektiven Fortschritt auf dem Gebiet führen würden.⁶⁷ Ein Repräsentant Frankreichs sagte, die Bedingungen für einen solchen Vertrag seien derzeit nicht gegeben.⁶⁸

3. Zweite Verhandlungsrunde vom 15.6.2017 bis 7.7.2017

Die zweite Verhandlungsrunde begann am 15.6.2017. Der Vertragsentwurf war bereits am 22.5.2017 veröffentlicht worden. Daher wurden keine allgemeingehaltenen Erklärungen mehr erfragt, sondern Kommentare zum

⁶³ *Casey-Maslen*, *The Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons: A Commentary*, 2019, S. 48.

⁶⁴ Opfer der Atombombenabwürfe von 1945.

⁶⁵ *Future of Life Institute*, *Testimony by Fujimori Toshiki, Hiroshima Survivor*, Future of Life Institute v. 29.3.2017, abrufbar unter: <https://futureoflife.org/2017/03/29/testimony-fujimori-toshiki-hiroshima-survivor/> (zuletzt abgerufen am 31.12.2021).

⁶⁶ *Sengupta/Gladstone*, *United States and Allies Protest U.N. Talks to Ban Nuclear Weapons*, *New York Times* v. 27.3.2017, abrufbar unter: <https://nyti.ms/31YA6Do> (zuletzt abgerufen am 31.12.2021).

⁶⁷ *Ebd.*

⁶⁸ *Nichols*, *U.S., Britain, France, others skip nuclear weapons ban treaty talks*, *Reuters* v. 27.3.2017, abrufbar unter: <https://reut.rs/3abg5xZ> (zuletzt abgerufen am 31.12.2021).

Entwurf erbeten. Ein Vorschlag seitens des Irans, dass alle Entscheidungen im Konsens getroffen werden müssten, wurde nicht akzeptiert; vielmehr einigte man sich darauf, dass für alle künftigen Entscheidungen eine Zweidrittelmehrheit genügen würde.⁶⁹ In den folgenden Tagen wurden die Kommentare der teilnehmenden Staaten von den Delegierten auf nationale Präferenzen und Inkonsistenzen bzw. Probleme im Vertragsentwurf hin untersucht.⁷⁰

Beachtliche Zeit wurde der Präambel gewidmet. Einige Staaten, zuerst Südafrika, forderten, angelehnt an den NPT und den CTBT, die Änderung des Titels von „Konvention“ zu „Vertrag“; Österreich führte hierzu an, dies würde der Unterscheidung des aktuell zu verhandelnden Instruments mit einem umfassenden Übereinkommen zur Vernichtung von Atomwaffen, analog bspw. zur Bio- oder Chemiewaffenkonvention, dienen.⁷¹ Den zweiten Entwurf veröffentlichte *Whyte Gómez* am 27.6.2017 nunmehr als Entwurf zum Atomwaffenverbotsvertrag (Draft Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons).⁷² Im Anschluss an eine weitere Runde von Stellungnahmen zu diesem übererarbeiteten Entwurf im Plenum richtete *Whyte Gómez* informelle Arbeitsgruppen zu den einzelnen Artikeln des Vertragstextes ein, um diese schneller zur Verabschiedungsreife bringen zu können. Während sie selbst die Schirmherrschaft über die Gruppe für Art. 1 innehatte, unterstützten sie weitere Staatenvertreter als Schirmherren bei den anderen Artikeln des Vertragstextes.⁷³ Die Diskussionsrunden zu den Art. 2 – 5, 6 – 8 und 9 – 21 berichteten Präsidentin *Whyte Gómez* über ihre Ergebnisse.⁷⁴

Ein dritter Vertragsentwurf folgte am 3.7.2017.⁷⁵ Obwohl dies der finale Entwurf sein sollte, kam es zu weiteren Überarbeitungen. So fehlten etwa Bestimmungen

⁶⁹ Rules of procedure of the United Nations conference to negotiate a legally binding instrument to prohibit nuclear weapons, leading towards their total elimination, 13.6.2017, A/CONF.229/2017/5, abrufbar unter: <https://undocs.org/A/CONF.229/2017/5> (zuletzt abgerufen am 31.12.2021).

⁷⁰ *Casey-Maslen* (Fn. 63), S. 50.

⁷¹ Plenarsitzung vom 15.6.2017.

⁷² Draft Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons, 27.6.2017, A/CONF.229/2017/CRP.1/Rev.1, abrufbar unter: <https://s3.amazonaws.com/unoda-web/wp-content/uploads/2017/06/A-CONF.229-2017-CRP.1-Rev.1.pdf> (zuletzt abgerufen am 11.12.2021).

⁷³ Vgl. *Casey-Maslen* (Fn. 63), S. 50 f.

⁷⁴ Papers by the facilitators, abrufbar unter: <https://www.un.org/disarmament/tpnw/c-onference-documents.html> (zuletzt abgerufen am 31.12.2021).

⁷⁵ Draft Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons, 3.7.2017, A/CONF.229/2017/L.3, abrufbar unter: <https://www.undocs.org/en/a/conf.229/2017/L.3> (zuletzt abgerufen am 31.12.2021).

über die Verantwortung von Vertragsstaaten, die Atomwaffen genutzt oder getestet hatten, auch im überarbeiteten Vertragstext vom 5.7.2017. Hierauf machten im Plenum mehrere Staaten aufmerksam. In der Folge enthielt der finale Entwurf solche Bestimmungen zur Verantwortlichkeit jener Staaten.⁷⁶

Am 7.7.2017 legte *Whyte Gómez* der Konferenz diesen zur Abstimmung vor. Von den 129 Staaten, die sich zur Abstimmung gemeldet hatten, stimmten 122 für die Annahme, die Niederlande stimmten dagegen, Singapur enthielt sich der Stimme. Vertragsmitglieder geworden sind bisher jedoch nur 59 Staaten, darunter keine Kernwaffen- oder NATO-Staaten.⁷⁷

4. Stellungnahme

Der Vertrag wurde in kurzer Zeit fast allein unter Einbeziehung seiner Befürworter erarbeitet, was die Entstehung eines Vertrags begünstigte, dem in ganz überwiegendem Maße die Vorstellungen der Nicht-Kernwaffenstaaten zugrunde liegen. Dies wurde nach der Erarbeitung im ersten Ausschuss von den Kritikern gerügt.⁷⁸ Zwar wird hierauf häufig entgegnet, dass die Konferenz allen Staaten offen gestanden habe und für einen entsprechend einseitigen Vertrag daher die Staaten, die sich nicht beteiligt haben, selbst verantwortlich seien.⁷⁹ Es ist auch nachvollziehbar, dass die Befürworter des Vertrags diesen lieber ohne die Kernwaffenstaaten und deren Verbündete erarbeiteten als gar nicht. Dennoch kann das Argument, dass die Staaten, die sich nicht beteiligt haben, selbst verantwortlich seien, nicht überzeugen. Denn die Gegner des Vorhabens hatten von Beginn der Debatte an klargemacht, dass sie einen neuen Vertrag für falsch hielten. Am Makel, dass über diese grundlegende Meinungsverschiedenheit hinweggegangen wurde, vermag ein späterer Verweis auf die offene Natur der Konferenz nichts zu ändern. Weiterhin begünstigte die Abkehr vom Konsensprinzip einen Vertrag, der vor allem mehrheitsfähig und

⁷⁶ Substantive revisions to A/CONF.229/2017/L.X, A/CONF.229/2017/CRP.3, 6.7.2017, abrufbar unter: <https://s3.amazonaws.com/unoda-web/wp-content/uploads/2017/07/A-CONF.229-2017-CRP.3.pdf> (zuletzt abgerufen am 31.12.2021).

⁷⁷ ICAN, Signature and ratification status, abrufbar unter: https://www.icanw.org/signature_and_ratification_status (zuletzt abgerufen am 31.12.2021).

⁷⁸ Erster Ausschuss, 10. Sitzung, 11.10.2017, Beitrag Australiens als Vertreter von 29 Staaten, A/C.1/72/PV.10, S. 20 ff., abrufbar unter: <https://undocs.org/A/C.1/72/PV.10> (zuletzt abgerufen am 31.12.2021).

⁷⁹ *Nystuen/Egeland/Graff Hugo*, The TPNW: Setting the record straight, Norwegian Academy of International Law, 10.2018, S. 34, abrufbar unter: <http://intl.no/wp-content/uploads/2018/10/TPNW-Setting-the-record-straight-Oct-2018-WEB.pdf> (zuletzt abgerufen am 31.12.2021).

symbolischer Natur sein würde. Der Vertrag ist oftmals ungenau; viele Regelungen sollten erst bei späteren Treffen der Mitgliedsstaaten getroffen werden. Da das Hauptziel der Stigmatisierung erreicht wurde, wurden Details nicht als deren Verhandlung wert betrachtet.

Zwar verhalfen NGOs schon vorher, etwa der Ottawa-Konvention über das Verbot von Antipersonenminen,⁸⁰ oder dem Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofs, zum Erfolg.⁸¹ Gleichwohl könnte die beispiellos erhöhte Einbeziehung der Zivilgesellschaft, in Form der Statements der NGOs über den gesamten Vertragsgebungsprozess hinweg, einen Präzedenzfall für deren zunehmende Beteiligung darstellen.

C. Die Verpflichtungen

I. Die Präambel

Die Präambel beschreibt die Motivation der Vertragsschließenden, die Gründe für die Annahme des Vertrags, die gefährlichen Folgen eines Atomwaffeneinsatzes und würdigt die Rolle der Zivilgesellschaft. Ausführlich wird der Vertrag in den Kontext bereits bestehender internationaler Grundsätze und Verpflichtungen und rechtlicher, humanitärer und politischer Prinzipien eingeordnet, an denen sich die Mitgliedsstaaten orientieren wollen. Durch die explizite Anerkennung der Leiden der „*Hibakusha*“, des überproportionalen Einflusses von Atomwaffen auf indigene Völker und die Gesundheit von Frauen und Mädchen im Allgemeinen und der Notwendigkeit, die Beteiligung von Frauen an der nuklearen Abrüstung zu stärken, wird deutlich, dass der TPNW sich auf der Höhe der Zeit befindet.

II. Die Quintessenz des TPNW – Art. 1 TPNW

Der erste Artikel des Vertrags bildet zugleich dessen Kernstück. Er verbietet den Mitgliedsstaaten, jemals Atomwaffen oder andere Kernsprengkörper zu entwickeln, zu testen, zu produzieren, zu erwerben, zu besitzen oder zu lagern, bzw. deren Stationierung, Installation oder Einsatz durch andere Staaten zu erlauben, und zwar auf ihren eigenen Territorien als auch an Orten unter ihrer Jurisdiktion oder Kontrolle. Weiterhin verboten wird ihr Transfer, die Kontrolle über sie, die Ermutigung anderer Akteure zu nach diesem Vertrag verbotenen

⁸⁰ *Deutsche Gesellschaft für die Vereinten Nationen*, *Minenbekämpfung*, abrufbar unter: <https://frieden-sichern.dgvn.de/abruestung/minenbekaempfung> (zuletzt abgerufen am 31.12.2021).

⁸¹ *Irmischer*, *Das Römische Statut für einen ständigen Internationalen Strafgerichtshof*, KJ 1998, 473 (473 f.).

Handlungen und auch nur die Suche nach Unterstützung bei diesen; mithin jeglicher Umgang mit ihnen. Explizit verboten wird zudem die Drohung mit der Anwendung von Atomwaffen oder anderen Kernsprengkörpern. Im Sinne eines möglichst universellen Vertragswerks und um Zeit zu sparen, verzichtete man, entgegen vereinzelt anderslautenden Vorschlägen,⁸² auf Definitionen der einzelnen Tatbestandsmerkmale.⁸³ Zwar wird in Abs. 10 der Präambel festgestellt, dass der Einsatz von Atomwaffen gegen das in bewaffneten Konflikten anzuwendende Völkerrecht verstoße, insbesondere gegen Prinzipien und Regeln des internationalen humanitären Rechts. Dies wurde während der zweiten Verhandlungsrunde insbesondere von den Niederlanden und Schweden kritisiert, da diese Sichtweise über das geltende Völkerrecht hinausgehe.⁸⁴ Tatsächlich existierte vor Art. 1 Abs. 1 lit. d TPNW kein umfassendes völkerrechtliches Verbot zur Benutzung von Atomwaffen.⁸⁵ Die Vertragsstaaten dürfen nunmehr unter keinen Umständen, auch nicht im bewaffneten Konflikt oder zur Selbstverteidigung, Atomwaffen einsetzen. Fraglich erscheint, welche Aktivitäten im Einzelnen als Unterstützung, bzw. Ermutigung gelten würden.

In erster Linie stellen die weitreichenden Forderungen in Art. 1 TPNW – auch hinsichtlich des später ausführlich zu betrachtenden Verhältnisses zur NATO-Mitgliedschaft – eine extreme Hürde dar, die den Beitritt vieler Staaten verhindert. Somit kommen jedoch auch andere, akzeptablere Bestimmungen nicht zur Anwendung.

III. Verpflichtende Erklärungen der Mitgliedsstaaten – Art. 2 TPNW

Art. 2 TPNW verpflichtet die Mitgliedsstaaten, 30 Tage nach Inkrafttreten des Vertrags einmalig gegenüber dem UN-Generalsekretär zu deklarieren, ob sie jemals Atomwaffen oder andere Kernsprengkörper besessen, bzw. kontrolliert haben, oder sich solche unter der Kontrolle oder im Besitz anderer Staaten auf ihrem Territorium oder jedem anderen Ort unter ihrer Jurisdiktion oder Kontrolle befinden.

⁸² Vgl. die Kommentare des Irans in der Plenarsitzung vom 16.6.2017.

⁸³ *Casey-Maslen* (Fn. 63), S. 133 f.

⁸⁴ Compilation of amendments received from States on the revised draft submitted by the President dated 30 June 2017, A/CONF.229/2017/CRP.1/Rev.1, abrufbar unter: <http://intlaw.no/wp-content/uploads/2018/10/TPNW-Setting-the-record-straight-Oct-2018-WEB.pdf> (zuletzt abgerufen am 31.12.2021).

⁸⁵ *IGH*, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion v. 8.7.1996, ICJ-Reports 1996, 263, Rn. 96.

Dies beurteilten einige Staaten als unangemessen, besäßen die an der Verhandlung beteiligten Staaten doch keine Atomwaffen.⁸⁶ Jene Staaten seien ohnehin an die Bestimmung des NPT gebunden, solche auch in Zukunft nicht zu besitzen, weswegen auf die Bestimmung verzichtet werden solle. Gleichwohl würden die Bestimmungen des Art. 2 TPNW relevant werden, sollte ein Staat, der Atomwaffen besitzt oder beherbergt, dem Vertrag beitreten.

IV. Der Beitritt zum TPNW

Die Art. 3 und 4 TPNW regeln die Beitrittsprozedere für vier verschiedene Kategorien von potenziellen Mitgliedsstaaten.

1. Kein Atomwaffenbesitz nach dem 7.7.2017 – Art. 3 TPNW

Art. 3 Abs. 1 TPNW regelt das Prozedere für Staaten, die nach dem 7.7.2017 keine Atomwaffen oder andere Kernsprengkörper besessen oder kontrolliert haben, wie sich aus dem Verweis auf die Abs. 1 und 2 von Art. 4 TPNW ergibt. Diese sind verpflichtet, ihre bestehenden Vereinbarungen über Schutzmaßnahmen mit der IAEA beizubehalten oder, sollte es solche noch nicht geben, ein umfassendes Abkommen mit dieser abzuschließen; das Prozedere für diesen Fall bestimmt Abs. 2.

2. Regelungen des Art. 4 TPNW

a) Atomwaffenbesitz nach dem 7.7.2017, aber nicht bei Beitritt

Staaten, die nach der Annahme des Vertrags am 7.7.2017 noch Atomwaffen besaßen, diese jedoch zerstört haben, bevor sie Vertragspartei geworden sind, müssen mit einer zuständigen internationalen Behörde kooperieren, welche die unumkehrbare Vernichtung derer Atomwaffenprogramme überprüft. Zudem müssen sie sodann Schutzprogramme mit der IAEA verhandeln. Die Betonung, dass diese Schutzprogramme einen glaubwürdigen Nachweis über die Zerstörung ihrer Atomwaffen darstellen müssen, legt nahe, dass es eines Zusatzprotokolls oder eines anderen vertieften Übereinkommens bedarf.⁸⁷ Dass Staaten, die Kernenergie zur Entwicklung von Atomwaffen verwendet haben, genauer kontrolliert werden sollen, ist wohlwogen, dürfte für sie die Hemmschwelle zur erneuten Produktion doch wesentlich geringer sein.

⁸⁶ Compilation of amendments received from States on the preamble, Received as of 29 June, S. 36, in: *Casey-Maslen* (Fn. 63), S. 177.

⁸⁷ Müller, Der Nukleare Nichtverbreitungsvertrag und der neue Kernwaffenverbotsvertrag – harmonisch, kompatibel, unverträglich?, S&F 2/2018, 61 (64 f.).

b) Fortwährender Atomwaffenbesitz

Staaten, die nach wie vor Atomwaffen oder andere Kernsprengkörper besitzen oder kontrollieren, sind verpflichtet, ihre Atomwaffen unverzüglich aus dem Betriebszustand zu entfernen und sie so bald wie möglich zu zerstören, jedoch nicht später als nach einer beim ersten Treffen der Mitgliedsstaaten zu bestimmenden Frist. Aus der Einräumung einer Frist zur Entfernung der Atomwaffen ergibt sich, dass dem TPNW das Verständnis zugrunde liegt, dass der Besitz jener Waffen gerade nicht *per se* völkerrechtswidrig ist.⁸⁸ Es bedarf zudem eines Plans zur überprüfbar und unumkehrbaren Vernichtung der Atomwaffen. Dieser Plan muss den anderen Mitgliedsstaaten oder der zuständigen internationalen Behörde übermittelt werden; mit jener muss er verhandelt werden. Auch hier ist ein Abkommen mit der IAEA abzuschließen, auf Basis dessen die IAEA durch Kontrollen die Zerstörung der Atomwaffen sicherstellen kann. Die Möglichkeit der Zerstörung von Atomwaffen nach Beitritt zum TPNW wurde erst auf Anregung Südafrikas während der zweiten Verhandlungsrunde hinzugefügt.⁸⁹

c) Atomwaffen nur beherbergt

Staaten, die lediglich fremde Atomwaffen beherbergen, sind verpflichtet, deren zeitnahe Beseitigung so früh wie möglich sicherzustellen, jedoch nicht später als nach der zu bestimmenden Frist.⁹⁰ Staaten jener Kategorie wiederum sind nach Art. 3 TPNW verpflichtet, ein umfassendes Abkommen mit der IAEA abzuschließen oder beizubehalten.

d) Auswahl einer kompetenten internationalen Behörde

Abschließend verpflichtet Abs. 6 die Mitgliedsstaaten, eine oder mehrere kompetente internationale Behörden auszuwählen, die die unumkehrbare Vernichtung verhandeln und überprüfen sollen. Auf eine Behörde haben sich die Mitgliedsstaaten bislang nicht verständigt. Es ist anzunehmen, dass diese dann auch die im Vertrag nicht näher beschriebenen Methoden zur Vernichtung der Atomwaffen regelt. Nicht geregelt ist jedoch, wann oder wie die Mitgliedsstaaten diese Behörde auswählen. Ferner wurden keinerlei Bestimmungen getroffen, wie

⁸⁸ Ford, Briefing on Nuclear Ban Treaty by NSC Senior Director Christopher Ford, Carnegie Endowment for International Peace, 22.8.2017, abrufbar unter: <https://carnegieendowment.org/2017/08/22/briefing-on-nuclear-ban-treaty-by-nsc-senior-director-christopher-ford-event-5675> (zuletzt abgerufen am 31.12.2021).

⁸⁹ Plenarsitzung v. 17.6.2017.

⁹⁰ Hierunter würden derzeit lediglich Deutschland, Italien, Belgien, die Niederlande und die Türkei als Empfangsstaaten US-amerikanischer Atomwaffen fallen.

diese arbeiten wird. Dies wäre jedoch im Hinblick darauf, dass es derzeit kein genügendes Regime zur Überprüfung der Abrüstung gibt, höchst relevant gewesen.

Für diese Aufgabe naheliegend erschiene zwar die IAEA. Gleichwohl ist das Ziel des TPNW, anders als jenes des NPT, die unumkehrbare Vernichtung von Kernwaffen.⁹¹ Die Aufgabe jener Behörde wäre also die Überprüfung der Abwicklung von Atomprogrammen, nicht der friedlichen Nutzung von Kernenergie. Die IAEA müsste der Übernahme dieser Aufgabe auch zustimmen, was nicht unproblematisch erscheint. Denn diese war bei den Vertragsverhandlungen nicht beteiligt und ihr Gouverneursrat besteht zu großen Teilen aus Repräsentanten von Atomwaffenstaaten oder solcher unter nuklearem Schutzschirm der USA. Mithin ist der Vertrag hier zu ungenau.

V. Pflichten der Mitgliedsstaaten zur Unterstützung

1. Art. 6 TPNW

Art. 6 TPNW statuiert eine Verpflichtung für alle Vertragsstaaten, den Opfern des Einsatzes von Atomwaffen auf dem Gebiet ihrer Hoheitsgewalt angemessene Unterstützung zu bieten und die kontaminierte Umwelt auf dem Gebiet ihrer Hoheitsgewalt oder Kontrolle zu sanieren. Während der zweiten Verhandlungsrunde wurde der Text dahingehend geschärft, dass nicht nur solche Staaten hierzu verpflichtet wären, die diese *selbst verwendet* haben oder *in einer Position hierzu sind*. Mithin ist jeder Staat, auf dessen Territorium oder sonstigen Gebieten unter seiner Kontrolle Überlebende von Atombombentests leben, verpflichtet, diese angemessen zu unterstützen. Ob arme, gleichwohl stark betroffene Staaten hierzu in der Lage sind, ist zweifelhaft. Weiterhin haben jene Staaten, die Atomtests durchgeführt haben, dies fast ausschließlich auf Gebieten außerhalb ihres eigenen Territoriums getan, die heute oftmals nicht mehr unter ihrer Hoheitsgewalt oder Kontrolle stehen. Hieraus folgt das befremdende Ergebnis, dass deren Verhalten größtenteils nicht in den Anwendungsbereich des Artikels fallen und keine Verantwortlichkeit nach diesem Artikel begründen würde. Diese Staaten sind zudem alle nicht Mitglied des Vertrags. Die allgemein gehaltenen Forderungen wurden sehr hastig gegen Ende der Verhandlungen

⁹¹ Vgl. Art. 4 Abs. 2 TPNW.

eingefügt.⁹² Somit wurde eine Gelegenheit vertan, konkrete Bestimmungen festzuschreiben.⁹³

2. Art. 7 TPNW

Art. 7 TPNW statuiert die Pflicht aller Mitgliedsstaaten, mit anderen Mitgliedsstaaten zu kooperieren, um die Umsetzung des Vertrags zu unterstützen. Solche Mitgliedsstaaten, die in der Position hierzu sind, sind verpflichtet, andere Mitgliedsstaaten technisch, materiell und finanziell zur Umsetzung des Vertrags und zudem Opfer, die von dem Einsatz oder Test von Atomwaffen betroffen sind, zu unterstützen. Jeder Mitgliedsstaat, der Atomwaffen genutzt oder getestet hat, hat, ungeachtet anderer völkerrechtlicher Verpflichtungen, eine Verantwortung, eine *angemessene Unterstützung* der betroffenen Staaten zu gewährleisten. Diese könne mithilfe der Vereinten Nation, bestimmter internationaler, regionaler oder nationaler Organisationen, Institutionen und NGOs bereitgestellt werden.

Offen bleibt, was unter angemessener Unterstützung zu verstehen sein soll. Es ist zudem sehr unwahrscheinlich, dass die Staaten, welche Atomwaffen eingesetzt oder getestet haben, dem Vertrag in absehbarer Zeit beitreten werden. Fraglich ist auch die Natur der Verantwortlichkeit. Denn die Formulierung, dass entsprechende Staaten eine Verantwortung zur Unterstützung haben, lässt offen, ob es sich um eine rechtverbindliche oder nur um eine moralische Verantwortung handelt. Auch hier blieb die Gelegenheit ungenutzt, generelle Standards für Umweltschutz und Sicherheitsabläufe festzusetzen.

VI. Streitbeilegung – Art. 11 TPNW

Art. 11 TPNW legt das Prozedere zur Beilegung von Streitigkeiten über Anwendung und Interpretation des Vertrags fest. So sollen Vertragsparteien Streitigkeiten unter sich lösen oder hilfsweise mit anderen friedlichen Mitteln nach Wahl der Parteien und im Einklang mit Art. 33 UN-Charta. Weiterhin könne zwar ein Treffen der Mitgliedsstaaten zur Lösung beitragen. In Anbetracht dessen, dass auch der NPT über keine Bestimmungen hierzu verfügt, wäre ein Streitbeilegungsverfahren, das den Mitgliedsstaaten Entscheidungsbefugnisse

⁹² *Casey-Maslen* (Fn. 63), S. 51.

⁹³ Vgl. *Valentino/Sagan*, The nuclear weapons ban treaty: Opportunities lost, Bulletin of the Atomic Sciences, 16.7.2017, abrufbar unter: <https://thebulletin.org/2017/07/the-nuclear-weapons-ban-treaty-opportunities-lost/> (zuletzt abgerufen am 31.12.2021).

einräumt, wünschenswert gewesen. Gleichwohl fehlen vertiefte Streitbeilegungsmechanismen auch in anderen Abrüstungsverträgen.⁹⁴

VII. Sonstige Bestimmungen

Art. 8 TPNW bestimmt, dass die Vertragsstaaten regelmäßig zusammenkommen sollen, um die wirksame Durchführung des Vertrags zu gewährleisten. Ferner sollen sich die Vertragsstaaten ein Jahr nach Inkrafttreten des Vertrags treffen. Dieses erste Treffen soll vom 22.3.2022 bis 24.3.2022 stattfinden,⁹⁵ gefolgt von weiteren Terminen alle zwei Jahre, unbeschadet der Möglichkeit zur Einberufung außerordentlicher Treffen. Zusätzlich soll zunächst fünf Jahre nach Inkrafttreten eine Überprüfungskonferenz einberufen werden, sodann alle sechs Jahre. Zudem wird bestimmt, dass auch andere Akteure, die nicht Vertragsparteien sind, als Beobachter eingeladen werden.⁹⁶

Art. 9 TPNW enthält Regelungen über die Kostentragung. Die Art. 12 – 15 des TPNW geben die üblichen Verfahren in Bezug auf den Beitritt und das Inkrafttreten wieder.

Art. 10 TPNW regelt das Prozedere für Änderungen und Ergänzungen des Vertrags. Die Möglichkeit hierzu trägt zwar zur Tauglichkeit des TPNW als „Grundlage für später“ bei. Problematisch erscheint jedoch, dass hierfür eine Zweidrittelmehrheit aller Mitgliedsstaaten erforderlich ist und das Verbot von Vorbehalten in Art. 16 TPNW sich dem Wortlaut nach nur auf die Artikel des Vertrags bezieht. Die Möglichkeit des Rücktritts vom Vertrag nach Art. 17 TPNW, der wohl allein bei einem drohenden Atomschlag rechtmäßig wäre, soll zwölf Monate nach Zugang der Erklärung beim Depositär wirksam werden. Fraglich ist, ob dies, dem Wortlaut gemäß, tatsächlich nicht eintreten soll, wenn die Partei am Ende der zwölf Monate Teil (irgend-)eines bewaffneten Konflikts ist. Dies könnte unbillig sein, sollte sie in der Zwischenzeit schuldlos in einen weiteren bewaffneten Konflikt involviert worden sein.

⁹⁴ Vgl. etwa die Bio- oder Chemiewaffenkonvention.

⁹⁵ ICAN, New Dates for the first Meeting of States parties of the TPNW, 8.2021, abrufbar unter: https://www.icanw.org/new_dates_first_meeting_of_states_parties_tpnw_vienna (zuletzt abgerufen am 31.12.2021).

⁹⁶ Vgl. hierfür etwa die entsprechende Absicht im Koalitionsvertrag zwischen SPD/Bündnis90/Die Grünen/FDP (Fn. 8).

VIII. Stellungnahme

1. Verhältnis zum NPT

Vielfach unterbreiten Befürworter wie Kritiker des TPNW ihre Ansichten unter Bezugnahme zum NPT. Diese Auffassungen werden im Folgenden einer Prüfung unterzogen.

Zunächst ist festzuhalten, dass die Bezugnahme beider Verträge zueinander, wie sie in der Debatte oftmals zu undifferenziert vorgenommen wird, nicht unproblematisch ist. Denn es handelt sich um Verträge, deren Anwendungsbereiche sich teilweise ergänzen, deren Grenzen zueinander fließend sind.⁹⁷ So greift zwar auch der TPNW auf Sicherheitsabkommen der Vertragsstaaten mit der IAEA zurück. Jedoch will er insbesondere die Unterscheidung von Atomwaffenstaaten und Nicht-Atomwaffenstaaten des NPT auflösen, indem er mit absoluten Verboten die umfassende Vernichtung von Atomwaffen anstrebt. Derweil verfolgt der pragmatischere NPT vor allem die Nichtverbreitung mit Hilfe der IAEA und fordert lediglich eine schrittweise Abrüstung über verpflichtende Verhandlungen.

a) Das Narrativ der rechtlichen Lücke

Oft findet sich die Aussage, dass der TPNW bestehende Lücken geschlossen habe. So sei nach dem NPT der Besitz von Atomwaffen weiterhin erlaubt gewesen.⁹⁸ Ungeachtet regionaler Verbotsverträge⁹⁹ engt der TPNW die erlaubten Arten des Umgangs mit Atombomben tatsächlich weiter ein. Denn Art. 1 NPT verbietet nur den Kernwaffenstaaten die Verbreitung von Atomwaffen. Art. 1 Abs. 1 lit. b TPNW hingegen verbietet dies allen Vertragsstaaten. Der Erwerb von Atomwaffen war nach Art. 2 des NPT nur den Nicht-Kernwaffenstaaten verboten, nach Art. 1 Abs. 1 lit. c TPNW gilt dies auch für Kernwaffenstaaten. Ferner ist wegen des Verbots der Unterstützung von Kernwaffenstaaten nach Art. 1 Abs. 1 lit. e TPNW fortan auch jegliche sonstige Unterstützung von Aktivitäten, die in Verbindung mit Kernwaffen stehen, untersagt. Insofern beinhaltet der TPNW weitergehende Verbote.

⁹⁷ Mian/Patton/Glaser, Addressing Verification in the Nuclear Ban Treaty, Arms Control Today, 6.2017, S. 10, abrufbar unter: <https://www.armscontrol.org/act/2017-06/features/addressing-verification-nuclear-ban-treaty> (zuletzt abgerufen am 31.12.2021).

⁹⁸ Vgl. nur Erster Ausschuss, 2. Sitzung, 3.10.2016, die Erklärung der NAM, A/C.1/71/PV.2, S. 1 ff., abrufbar unter: <https://undocs.org/A/C.1/71/PV.2>, (zuletzt abgerufen am 31.12.2021).

⁹⁹ Vgl. etwa den Vertrag von Bangkok, Vertrag von Pelindaba.

b) Der Überprüfungsstandard

Unter den Kritiken am Vertrag findet sich auch der Einwand, das bisherige Überprüfungs-niveau zur atomaren Abrüstung könnte durch den TPNW abgesenkt werden.

So fürchtet etwa die deutsche Bundesregierung, der TPNW könnte den NPT und das mit ihm verbundene Kontrollregime wegen geringerer rechtlicher Anforderungen unterwandern.¹⁰⁰ Insbesondere ist sie der Ansicht, die Verifikationsmechanismen des TPNW würden hinter die Standards der IAEA und der NPT-Vertragsstaaten zurückfallen.

Dem steht die dokumentierte Absicht der Verfasser des TPNW gegenüber, dass jeglicher Konflikt mit dem NPT vermieden und so ein vollkommen konsistenter Vertrag geschaffen werden sollte.¹⁰¹ Die Bestimmungen des NPT sollten nicht infrage gestellt, sondern ergänzt und zu vermehrter Wirksamkeit gebracht werden.¹⁰²

Abhilfe leistet zunächst ein Blick in den Vertragstext: Bereits im 18. Absatz der Präambel wird bekräftigt, dass die vollständige und wirksame Umsetzung des NPT, als Eckpfeiler der atomaren Abrüstung und des Nichtverbreitungsregimes, eine entscheidende Rolle bei der Förderung des internationalen Friedens und der internationalen Sicherheit spiele.

Ferner stellt Art. 18 TPNW in diese Richtung gehend fest, dass der TPNW keine anderen Verpflichtungen seiner Mitgliedsstaaten beeinträchtigen solle, solange diese mit dem TPNW zu vereinbaren seien. Art. 18 TPNW stellt nur ebendiese Wirkung fest: dass sich ein Staat hinsichtlich seiner Pflichten aus dem TPNW nicht auf weniger restriktive Verpflichtungen aus anderen Verträgen berufen kann. Nichts anderes ergibt sich aus der Wiener Vertragsrechtskonvention.¹⁰³ Mithin hat Art. 18 TPNW rein deklaratorische Bedeutung.

¹⁰⁰ Vgl. *Auswärtiges Amt*, Jahresabrüstungsbericht 2017, S. 31, abrufbar unter: <https://www.auswaertiges-amt.de/blob/271790/8fccd71252a309496e16991c6bd3f62e/170531-jab-2017-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 31.12.2021).

¹⁰¹ So *Erästö*, *The NPT and the TPNW: Compatible or conflicting nuclear weapon treaties?*, Stockholm International Peace Research Institute, 6.3.2019, abrufbar unter: <https://www.sipri.org/commentary/blog/2019/npt-and-tpnw-compatible-or-conflicting-nuclear-weapons-treaties> (zuletzt abgerufen am 31.12.2021).

¹⁰² *Mohr*, *Der Atomwaffenverbotsvertrag und seine völkerrechtliche Wirkung*, HuV I, 2018, S. 125 (134).

¹⁰³ Vgl. Art. 30 WVK.

Könnte das Niveau bisheriger Vereinbarungen durch Implementierung des TPNW dennoch unterwandert werden?

Diese Frage lässt sich anhand der Bestimmungen der Art. 3 und 4 des TPNW beantworten.

Auf der Basis einer Reihe von Sicherungsmaßnahmen überprüft die IAEA, dass die Staaten ihre internationalen rechtlichen Verpflichtungen einhalten, nukleares Material und nukleare Technologie nur zu friedlichen Zwecken zu nutzen. Die Staaten erklären sich durch den Abschluss entsprechender Vereinbarungen hiermit einverstanden. Jedes Mitglied des NPT, das kein Kernwaffenstaat ist, ist verpflichtet, solche Abkommen mit der IAEA abzuschließen.

Während der Vertragsverhandlungen zum TPNW kam es zu Meinungsverschiedenheiten darüber, ob das Zusatzprotokoll mit der IAEA von 1997, das nach Ansicht einiger Staaten unerlässlich für die wirksame Umsetzung der Bestimmungen aus Art. 1 TPNW sei, mit Beitritt zum TPNW implementiert werden müsse.¹⁰⁴ Dieses erlaubt den Inspektoren der IAEA erweiterten Zugriff auf die mit der Kernkraft verbundenen Prozesse.¹⁰⁵ Im Ergebnis fand sich für diese Forderung auf der Konferenz nicht die notwendige Unterstützung.¹⁰⁶ Gleichwohl wurde für Nicht-Kernwaffenstaaten das „*INFCIRC/153 (Corrected)*“¹⁰⁷ Abkommen festgeschrieben. Dieses wurde bereits 1971 vom Gouverneursrat der IAEA als Standard etabliert. Das Abkommen stellt bis heute in seiner korrigierten Version die Grundlage für Schutzabkommen mit allen Nicht-Kernwaffenstaaten dar. Somit entspricht Art. 3 TPNW genau dem Standard, welcher nach Art. 3 Abs. 1 NPT für Nicht-Kernwaffenstaaten gilt. Hervorzuheben ist, dass der TPNW damit präziser ist als der NPT, da in diesem nicht auf ein spezifisches Abkommen mit der IAEA verwiesen wird. Zum Teil wird jedoch kritisiert, dass das IAEA-Zusatzprotokoll nicht zum Mindeststandard erhoben wurde.¹⁰⁷ Hierdurch werde das Zusatzprotokoll und

¹⁰⁴ Paper submitted by Chile, Sweden and Uganda: Need for a verification mechanism at this stage for a treaty prohibiting nuclear weapons, 10.5.2017, A/CONF.229/2017/WP.6, abrufbar unter: <https://undocs.org/A/CONF.229/2017/WP.6> (zuletzt abgerufen am 31.12.2021).

¹⁰⁵ IAEA, IAEA Safeguards Overview: Comprehensive Safeguards Agreements and Additional Protocols, abrufbar unter: <https://www.iaea.org/publications/factsheets/iaea-safeguards-overview> (zuletzt abgerufen am 31.12.2021).

¹⁰⁶ Vgl. hierfür Art. 3 Abs. 1 TPNW: „without prejudice to any additional relevant instruments“.

¹⁰⁷ Lewis, Safeguards Challenges In The Nuclear Weapons Ban, Arms Control Wonk, 10.7.2017, abrufbar unter: <https://www.armscontrolwonk.com/archive/1203571/safeguards-challenges-in-the-nuclear-weapons-ban/> (zuletzt abgerufen am 31.12.2021).

allgemein die Entwicklung hin zu höheren Überprüfungsstandards untergraben, obwohl dieses bereits das Standardniveau der Überprüfungsabkommen wäre.¹⁰⁸ Dem wird jedoch überzeugend entgegengehalten, dass das Zusatzprotokoll noch kein universell akzeptierter Standard sei, da Versuche, es über dessen freiwillige Annahme hinaus für alle Staaten verpflichtend zu machen, durchweg gescheitert seien.¹⁰⁹ Mithin verpflichtet weder der NPT noch das Völkergewohnheitsrecht zu dessen Implementierung. Zwar ist es denkbar, dass Staaten, die das Zusatzprotokoll nicht in Kraft gesetzt haben, nunmehr auf den jungen TPNW verweisen könnten, der dieses gerade nicht als Mindeststandard festschreibt. Dies könnte die Entwicklung hin zu höheren Kontrollstandards bremsen. Jedoch wird zu Recht angemerkt, dass es über das Mandat der Konferenz hinausgegangen wäre, hätte man die Annahme des Protokolls zur Voraussetzung zum Vertragsbeitritt gemacht.¹¹⁰ Somit hebt der TPNW den Mindestkontrollstandard zwar nicht an und gibt die, für manche ernüchternde, gegenwärtige Rechtslage wieder. Indessen senkt er den Kontrollstandard auch nicht und hindert Staaten genauso wenig daran, das Zusatzprotokoll anzunehmen. Zudem müssen Vertragsstaaten wegen Art. 3 Abs. 1 TPNW ihre derzeitigen Schutzabkommen mit der IAEA beibehalten, was einen Fortschritt darstellt, da somit eine Kündigung des Zusatzprotokolls ausgeschlossen ist.¹¹¹

Weiterhin lässt sich auf die Befürchtungen, der TPNW könne das Schutzniveau senken, erwidern, dass unter dessen Mitgliedsstaaten lediglich zehn das Zusatzprotokoll nicht unterzeichnet haben; diese sind jedoch fast ausschließlich Kleinststaaten, die auch nicht mit Proliferation in Verbindung gebracht werden.¹¹² Problematisch unter diesen ist allein Venezuela, das Mitglied des NPT und des TPNW ist, ohne das Zusatzprotokoll unterzeichnet zu haben. Brasilien hat den TPNW nur unterzeichnet.

¹⁰⁸ *Schneider*, Kernwaffenverbotsvertrag: Das Inkrafttreten ist kein Durchbruch, SWP-Aktuell, 3.1.2021, S. 4, abrufbar unter: https://www.swp-berlin.org/publications/products/aktuell/2021A03_Kernwaffenverbotsvertrag.pdf (zuletzt abgerufen am 31.12.2021).

¹⁰⁹ Nystuen/Egeland/Graff Hugo (Fn. 79), S. 11.

¹¹⁰ *Giorgou*, Safeguards Provisions in the Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons, Arms Control Law, 11.4.2018, abrufbar unter: <https://armscontrollaw.com/2018/04/11/safeguards-provisions-in-the-treaty-on-the-prohibition-of-nuclear-weapons/> (zuletzt abgerufen am 31.12.2021).

¹¹¹ *Erästö* (Fn. 101).

¹¹² Algerien, Argentinien, Brasilien, Ägypten, Iran, Saudi-Arabien, Syrien und Venezuela, vgl. hierfür: *Lewis* (Fn. 107).

Indessen haben vier der fünf Staaten,¹¹³ die trotz NPT-Mitgliedschaft bisher gar keine Abkommen mit der IAEA geschlossen haben, den TPNW unterzeichnet. Für diese besteht somit nun ein erhöhter Druck, Abkommen mit der IAEA zu schließen. Diese stellen jedoch keine ernsthafte Bedrohung für das Nichtverbreitungsregime dar. Ein zu geringer Kontrollstandard wird auch für den zweiten Absatz kritisiert.¹¹⁴ Die Anwendung des zweiten Absatzes, der das Prozedere für Staaten bestimmt, die nicht Mitglied des NPT sind und kein Abkommen mit der IAEA geschlossen haben, ist jedoch allein denkbar für den Südsudan, der nicht mit Proliferation in Verbindung gebracht wird. Daher ist die geäußerte Besorgnis wenig fundiert. Denn der einzige Nachteil der Bestimmungen ist die Festschreibung des bestehenden Standards der mit der IAEA abzuschließenden Abkommen, welcher eventuell die Weiterentwicklung des Schutzniveaustandards bremsen könnte.

c) *Das Risiko des „Auspielens“*

Vielfach wird zudem vertreten, es bestehe die Gefahr, dass Staaten beide Abkommen für ihre Zwecke nutzen könnten, indem sie auf die jeweils niedrigeren Standards verweisen würden.¹¹⁵ Im Zusammenhang mit dieser Problematik wird zudem vertreten, dass Staaten nun womöglich aus dem teilweise strengeren NPT austreten könnten, um nur noch dem TPNW anzugehören.¹¹⁶ Einerseits legt Art. 18 TPNW fest, dass dessen Umsetzung keine Verpflichtungen aus anderen Verträgen beeinträchtigen soll, ein Verweis auf niedrigere Standards im TPNW wäre daher nicht begründet. Andererseits können weniger strenge Verpflichtungen aus anderen Verträgen genauso wenig dem TPNW entgegeng gehalten werden. Kein Vertragsstaat des TPNW ist seit Beitritt vom NPT zurückgetreten. Ein solcher ist auch nicht ohne Weiteres rechtmäßig, normiert dieser doch hohe Anforderung an einen solchen.¹¹⁷

¹¹³ Kapverden, Guinea-Bissau, São Tomé und Príncipe, Timor-Leste; es ist strittig, ob Nordkorea noch Mitglied des NPT ist.

¹¹⁴ *Nötzold*, Der Atomwaffenverbotsvertrag, in: FS Neuss, 2018, S. 353 (363).

¹¹⁵ *Ambos/Lippold*, Völkerrecht und nukleare Abrüstung – eine gesplante internationale Gemeinschaft?, JZ 2020, 913 (920).

¹¹⁶ *Schneider* (Fn. 108).

¹¹⁷ Vgl. Art. X NPT: „Jede Vertragspartei ist in Ausübung ihrer staatlichen Souveränität berechtigt, von diesem Vertrag zurückzutreten, wenn sie entscheidet, dass durch aussergewöhnliche, mit dem Inhalt dieses Vertrags zusammenhängende Ereignisse eine Gefährdung der höchsten Interessen ihres Landes eingetreten ist“.

2. Vereinbarkeit mit der NATO-Mitgliedschaft

Die Niederlande begründeten ihre Stimme gegen den TPNW u. a. damit, dass er nicht mit deren NATO-Mitgliedschaft vereinbar sei.¹¹⁸ Im Folgenden wird die Vereinbarkeit beider Verträge miteinander untersucht.

Die NATO verpflichtete sich im Rahmen ihres Strategischen Konzepts 2010 zum Ziel einer atomwaffenfreien Welt.¹¹⁹ Gleichzeitig wurde erneut bestätigt, dass die NATO eine nukleare Allianz bleiben würde, solange es auf der Welt Atomwaffen gebe. Weiterhin werde Abschreckung als Kernelement der Gesamtstrategie angesehen. Diese Erklärungen sind zwar keine rechtlich verbindlichen Abkommen, sondern politische Erklärungen und somit „soft law“.¹²⁰ Demnach stünde dem Beitritt zum TPNW – rein juristisch betrachtet – zumindest nicht das in Art. 8 des NATO-Vertrags festgeschriebenen Gebot, keine den Bestimmungen dieses *Vertrags* widersprechende Verpflichtungen einzugehen, entgegen.

Gleichwohl stünde dem Beitritt von NATO-Staaten, die selbst Kernwaffen besitzen, praktisch bereits Art. 1 Abs. 1 lit. a TPNW im Weg. Weiterhin läuft der Beitritt von Staaten, die im Rahmen der nuklearen Teilhabe US-Atomwaffen auf ihrem Territorium lagern, Art. 1 Abs. 1 lit. g TPNW zuwider. Ferner wäre auch das Verbot in Art. 1 Abs. 1 lit. c TPNW, Kernwaffen oder die Verfügungsgewalt darüber unmittelbar oder mittelbar anzunehmen, nicht mit der nuklearen Teilhabe vereinbar. Würden Staaten mit nuklearer Teilhabe dem Vertrag dennoch beitreten, müssten diese gemäß Art. 4 Abs. 4 TPNW dafür Sorge tragen, dass diese Waffen so bald wie möglich, spätestens aber zu einem von dem ersten Treffen der Vertragsstaaten festzulegendem Termin, zügig aus ihrem Territorium entfernt würden. Insofern lässt die Regelung einen potenziell langen Zeitraum für die Entfernung zu, der einen Beitritt begünstigen könnte. Denn jener Termin müsste zumindest mit Stimmenmehrheit auf einer Überprüfungskonferenz festgelegt werden und könnte den Staaten mit nuklearer

¹¹⁸ Explanation of vote of the Netherlands on text of Nuclear Ban Treaty, 7.7.2017, abrufbar unter: <https://s3.amazonaws.com/unoda-web/wp-content/uploads/2017/07/Netherlands-EoV-Nuclear-Ban-Treaty.pdf> (zuletzt abgerufen am 31.12.2021).

¹¹⁹ NATO, Strategic Concept for the Defence and Security of the Members of the North Atlantic Treaty Organization, 2010, abrufbar unter: https://www.nato.int/nato_static_fl2014/assets/pdf/pdf_publications/20120214_strategic-concept-2010-eng.pdf (zuletzt abgerufen am 31.12.2021).

¹²⁰ Vgl. *Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestags*, Atomwaffenverbotsvertrag und NATO, 9.8.2021, S. 8 f., abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/863456/507ef99ee28bab03a37337ef7a52d528/WD-2-014-21-pdf-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 31.12.2021).

Teilhabewomöglich große Zeitfenster lassen. Aber auch in diesem Fall und für NATO-Mitgliedsstaaten, die keine US-Atomwaffen beherbergen, wäre eine Mitgliedschaft im TPNW problematisch. Denn Art. 1 Abs. 1 lit. e TPNW verbietet jegliche Art von Unterstützung, Ermutigung und Anleitung zur Teilnahme anderer Akteure an jeglicher Aktivität, die einem Mitgliedsstaat untersagt ist. Derweil verpflichtet Art. 3 des NATO-Vertrags die Mitgliedsstaaten zu gegenseitiger Unterstützung bei der Erhaltung und bei der Fortentwicklung der gemeinsamen Widerstandskraft gegen bewaffnete Angriffe. Gemäß der Beistandsklausel nach Art. 5 des NATO-Vertrags wird ein Angriff gegen eine Partei „als Angriff gegen sie alle angesehen werden“. Zwar wird beiden Artikeln mitunter keine Verpflichtung zur nuklearen Teilhabe, bzw. zum nuklearen militärischen Beistand zugesprochen.¹²¹ Zudem erscheint es nicht nach jeglicher Betrachtungsweise vollkommen ausgeschlossen, dass ein NATO-Mitgliedsstaat weitreichende Vorkehrungen treffen und sich rechtlich, organisatorisch und technisch so stark anpassen könnte, um nach dessen Beitritt keine gemäß dem TPNW verbotene Unterstützungshandlung gegenüber einem anderen NATO-Partner mehr zu leisten.¹²² Die Folgen für die Beziehungen zu den anderen NATO-Staaten nach einem solchen Bruch mit dem Prinzip der nuklearen Abschreckung wären für diesen Mitgliedsstaat jedoch so tiefgreifend, dass ein Beitritt zum TPNW die Mitgliedschaft aushöhlen würde und als solcher daher kaum vorstellbar ist.

Solange die NATO eine atomare Allianz ist, wäre der Beitritt eines NATO-Staates zum TPNW daher unvereinbar mit dessen Verpflichtungen gegenüber der NATO; den Niederlanden ist insofern beizupflichten.

3. Herausbildung von neuem Völkergewohnheitsrecht?

Befürworter des TPNW verweisen darauf, dass nunmehr eine internationale Norm existiere, die Atomwaffen als illegal bezeichnet, weswegen Atommächte sich nun rechtfertigen müssten.¹²³ Dies trifft indes auf jede in einem internationalen Vertrag stehende Norm zu. Gleichwohl ist die infrage stehende Norm aber nicht von einer allgemeinen Praxis getragen, haben sich die Staaten mit der Mehrheit der Weltbevölkerung doch bewusst gegen den Beitritt

¹²¹ Für Art. 3 NATO-Vertrag vgl. *Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestags* (Fn. 120), S. 9 f.; bzgl. Art. 5 NATO-Vertrag: v. *Arnould*, *Völkerrecht*, 4. Aufl. 2019, Rn. 1079.

¹²² *Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestage* (Fn. 120), S. 12.

¹²³ *ICAN*, *Atomwaffen Ächten*, 12.2017, S. 2 ff., abrufbar unter: https://www.icanw.de/wp-content/uploads/2018/01/2017-01_Atomwaffen-aechten_web.pdf (zuletzt abgerufen am 31.12.2021).

entschieden. Aber könnte der Vertrag zumindest gewohnheitsrechtlich in das Völkerrecht Einzug finden?

Zu der Herausbildung von Völkergewohnheitsrecht bedarf es sowohl einer allgemeinen, einheitlichen, dauernden Übung als auch einer entsprechenden Rechtsüberzeugung.¹²⁴ Für erstere genügt zwar die Beteiligung einer repräsentativen Zahl an Völkerrechtssubjekten, gleichwohl muss diese die besonders betroffenen Staaten mit einschließen.¹²⁵ Nach Ansicht des *BVerfG* hindert bereits der Boykott der Vertragsverhandlungen seitens der Atommächte und einiger NATO-Staaten die Annahme einer einheitlichen Staatenpraxis.¹²⁶ Auch die Rechtsüberzeugung, also die Überzeugung, zu einem Verhalten rechtlich verpflichtet zu sein, kann nicht bejaht werden. Denn nicht nur Frankreich, Großbritannien und die USA erklärten unmittelbar nach der Annahme des Vertrags gemeinsam, dass sie Behauptungen, wonach der TPNW Völkergewohnheitsrecht wiedergebe oder zu dessen Entstehung beitrage, nicht akzeptieren würden.¹²⁷ Auch Indien äußerte sich entsprechend.¹²⁸ Weiterhin erklärte die NATO dies kurz vor Inkrafttreten genauso.¹²⁹ Sollte man die Existenz einer völkergewohnheitsrechtlichen Verbotsnorm dennoch bejahen, könnte sie diesen Staaten als „Persistent Objector“ mangels Bindungswirkung zumindest nicht entgegengehalten werden.¹³⁰ Dass sich einige relevante Staaten jedoch hierzu geäußert haben, deutet gleichwohl auf eine gewisse Relevanz des TPNW hin, weswegen man eine völkergewohnheitsrechtliche Verbotsnorm als im Entstehen befindlich einstufen könnte. Zudem kommt die Verfestigung einzelner Aspekte aus dem Vertrag zu Völkergewohnheitsrecht in Betracht. So ist eine allmähliche Herausformung durch entsprechendes Handeln zumindest

¹²⁴ So *Peters*, Völkerrecht AT, 5. Aufl. 2020, S. 123, Rn. 3 f.

¹²⁵ *Ebd.*, S. 125, Rn. 7.

¹²⁶ Vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 15.3.2018 – 2 BvR 1371/13, Rn. 52.

¹²⁷ Statement from UK, US, France on ban treaty, 7.7.2017, in: *Casey-Maslen* (Fn. 63), S. 52.

¹²⁸ *Ministry of External Affairs, Government of India*, Response by the Official Spokesperson to a media query regarding India's view on the Treaty to ban nuclear weapons, 18.7.2017, abrufbar unter: https://www.mea.gov.in/media-briefings.htm?dtl/28628/Response_by_the_Official_Spokesperson_to_a_media_query_regarding_Indias_view_on_the_Treaty_to_ban_nuclear_weapons (zuletzt abgerufen am 31.12.2021).

¹²⁹ *NATO*, North Atlantic Council Statement as the Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons Enters Into Force, 15.12.2020, Rn. 1, abrufbar unter: https://www.nato.int/cps/en/natohq/news_180087.htm?selectedLocale=en (zuletzt abgerufen am 31.12.2021).

¹³⁰ *Vitzthum/Proelß*, Völkerrecht, 8. Aufl. 2019, Rn. 133.

bestimmter Staaten, etwa solcher, die Atomwaffen nur beherbergen, nicht auszuschließen.

4. Der Disput um den richtigen Weg zu „global Zero“

Alle Mitgliedsstaaten der UN stimmen offiziell darin überein, dass die vollständige Vernichtung von Atomwaffen das ultimative Ziel ist. Gleichwohl bestehen große Differenzen zwischen den Staaten darüber, wie dieses erreicht werden soll.

So ist es zwar nicht von der Hand zu weisen, dass bei der Entwicklung hin zur Vernichtung eines bestimmten Waffentyps oftmals die Verbotsnorm am Anfang stand. Gleichwohl ist die Ausgangslage bei den Atomwaffen eine andere.

Einerseits stellen Atomwaffen, anders als die Waffen der bisherigen Konventionen, gerade keinen Waffentypus dar, der fortwährend eingesetzt wird. Andererseits führten die Chemie-, bzw. die Biowaffenkonvention nicht dazu, dass gar keine Bio- oder Chemiewaffen, sondern dass ein bestimmter Untertypus dieser Waffen nicht mehr verwendet wurde. Dies führte nicht zu einer Veränderung der Machtverhältnisse, die für die Sicherheitsdoktrinen von Einfluss gewesen wäre. Das ist im Falle eines Atomwaffenverbots nicht denkbar, stellen diese Waffen doch eine singuläre Kategorie dar.¹³¹ Denn ohne sie wäre die Welt anfälliger für bewaffnete Konflikte. An die Stelle der Atomwaffen träten weniger verheerende Waffen. Ohne die drohende atomare Gegenreaktion könnte ein Staat sodann den Eindruck gewinnen, dass sich ein bewaffneter Konflikt nunmehr lohnen würde. Ohne verlässliche Kontrollmechanismen bestünde zudem die Gefahr, dass ein Akteur Atomwaffen nunmehr heimlich einsatzbereit hielte. Dieses Risiko ist nach jahrzehntelanger Forschung an Atomwaffen ebenso sehr anzuerkennen wie der nur selten als solcher festgestellte Erfolg der atomaren Abschreckung über die letzten 75 Jahre. Wenn auch andere Faktoren hierfür eine Rolle spielten, markieren doch die verheerenden Atombombenabwürfe auf Hiroshima und Nagasaki das Ende der direkten militärischen Auseinandersetzungen zwischen Großmächten. Gerade wegen der Schrecklichkeit jener Ereignisse funktioniert die nukleare Abschreckung.

Es ist es populär, Atomwaffen wegen ihres immensen Zerstörungspotenzials zu diskreditieren. Solange es im Völkerrecht aber keine effektive Zentralgewalt gibt, wäre ein Verbot jedoch gefährlich – gesetzt den Fall, es würde überhaupt befolgt werden. Hierfür müsste weitaus früher angesetzt werden. So bedürfte es einer

¹³¹ Vgl. hierzu schon die Bedenken Russlands in Fn. 47.

internationalen Interdependenz und einer Gerichtsbarkeit, die wohl zumindest etwa auf dem Niveau der EU bestehen müsste, damit eine Politik der nuklearen Abschreckung deplatziert und obsolet wäre.

Daher ist das geteilte Ziel einer atomwaffenfreien Welt nur auf dem Wege einzelner, vertrauensbildender Maßnahmen zu erreichen. Hierbei sind insbesondere die praktischen Schritte, die von der EU und den Vertretern des „*Progressive Approach*“ angeführt wurden, hervorzuheben. So sind u. a. regionale Abmachungen und ein „*Cut-off*“-Vertrag über spaltbares Material zu fördern. In diesem Sinne merkte schon Ungarn im ersten Ausschuss an, dass es auf dem Gebiet der atomaren Abrüstung keine Schnellsur gebe.¹³²

Das Prinzip hinter der *MAD-Doktrin* (*mutually assured destruction*) spiegelt sich mithin bis heute zu Recht in den Sicherheitsdoktrinen wider, ungeachtet dessen, dass eine Welt, die keine Abschreckungspolitik bräuchte, zu bevorzugen wäre. Im Hinblick auf die schrecklichen Leiden der Überlebenden der Atomschläge in Japan und auf die unabsehbaren Auswirkungen eines Atomschlags lohnen sich bewaffnete Konflikte mit Atommächten für keine Seite. Die verheerendsten Waffen der Menschheitsgeschichte dienen – paradoxerweise – somit vielfach der Friedenssicherung.

D. Abschließendes Fazit

Der TPNW ist der vorläufige Schlusspunkt einer grundsätzlich zu begrüßenden Bewegung, die sich für vermehrte Aufmerksamkeit für die Folgen von Atomwaffen eingesetzt hat.

Die beispiellos hohe Einbeziehung der Zivilgesellschaft könnte die Praxis der Beteiligung von NGOs bei der Vertragsgebung verfestigen. Entgegen entsprechenden Befürchtungen ist der TPNW nicht geeignet, das Niveau des bisherigen Abrüstungs- und Nichtverbreitungsregimes zu senken. Vielmehr ergänzt er bestehende Verträge. Dabei wäre jedoch häufig eine höhere Detailgenauigkeit wünschenswert gewesen. Der Mangel daran veranschaulicht indessen, dass es sich um einen Vertrag handelt, hinter dem nur jener Teil der Staatengemeinschaft steht, welchem das Tempo der atomaren Abrüstung der Kernwaffenstaaten als zu langsam erscheint. Weil Atomwaffenstaaten dem Vertrag kurz- bis mittelfristig voraussichtlich nicht beitreten werden, sah man für konkrete Regelungen keinen Bedarf.

¹³² Erster Ausschuss, 6. Sitzung, 7.10.2016, Erklärung Ungarns, A/C.1/71/PV.6, S. 19, abrufbar unter: <https://undocs.org/A/C.1/71/PV.6> (zuletzt abgerufen am 31.12.2021).

So muss dieser – nur auf den ersten Blick universale – Vertrag auch verstanden werden: als Gegenreaktion derer, denen es opportun scheint, mit Rückhalt der Zivilgesellschaft auf symbolische Art die schleppende atomare Abrüstung anzuprangern. Hiermit wird einerseits durch die Stigmatisierung von Atomwaffen zusätzlicher Druck auf die relevanten Staaten aufgebaut, die den TPNW allesamt nicht als Teil des richtigen Weges betrachten. Andererseits wird somit aber auch die Spaltung der Staatenwelt in zwei Lager zementiert und ein weiteres Instrument neben den NPT gestellt, das den Abrüstungsprozess sogar verlangsamen könnte, sollte jene Spaltung den produktiven Diskurs auf dem Gebiet hemmen. Die Zeit wird zeigen, ob die künftig abzuhaltenden Konferenzen zum TPNW ein konstruktives Forum sein werden, das zivilgesellschaftlichen Gruppierungen vermehrt eine Bühne bieten und zu Fortschritten auf dem Gebiet führen kann, oder ob sie nur die Machtlosigkeit ihrer Teilnehmer zur Schau stellen werden. Wenn Verträge politisch umstrittene Fragen mit einem Verbot rechtsverbindlich regeln wollen, politisieren sie die Debatte.¹³³ Dies macht es für alle schwieriger, aufeinander zuzugehen. Ohne konkrete Verhandlungen über einzelne Schritte unter Einbeziehung der Atommächte wird es jedoch keinen Fortschritt geben. Vorausgehen müsste zudem eine grundlegende Debatte über die Rolle von Atomwaffen in den Sicherheitsdoktrinen. Denn diese stellt den entscheidenden Streitpunkt in der Staatengemeinschaft dar.

Insofern bestehen begründete Zweifel daran, ob die Existenz des TPNW tatsächlich hilfreicher für die weitere atomare Abrüstung sein wird als eine gänzliche Konzentration auf den NPT.

¹³³ *Ambos/Lippold* (Fn. 115), S. 920.

Paul Philipp Stewens*

Billigkeit, Sittlichkeit, Menschlichkeit: Versuch einer Kritik der Generalklauseln im Völkerrecht

Abstract

Normen, die Bezug auf außerrechtliche Wertvorstellungen wie Treu und Glauben oder Sitte nehmen, sind als Generalklauseln vielfach als Einfallstore für Moral und Politik im Recht kritisiert worden. Meist orientieren sich diese Kritikstrategien an der Gewaltenteilung im Rechtsstaat. Generalklauseln sind auch in zahlreichen Gebieten des Völkerrechts verbreitet, etwa als Ausnahmetatbestände im WTO-Recht oder in Gestalt der *bona fides*. Der Aufsatz überträgt die Kritik *Franz Neumanns* aus dem nationalstaatlichen Kontext auf die horizontal strukturierte Völkerrechtsordnung. Während einige Kritikpunkte aufgrund der Unterschiede beider Rechtssysteme nicht übertragbar sind oder einer Modifikation bedürfen, muss auch im Völkerrecht die Politisierung des Rechts durch Generalklauseln kritisiert werden.

General clauses have often been criticised as gateways for morality and politics into law. These criticisms are often oriented towards the separation of powers in the constitutional state. General clauses are also widespread in numerous areas of international law, e. g. as exceptions in WTO law or in the form of *bona fides*. This essay transfers *Franz Neumann's* critique from the nation-state context to the horizontally structured international legal order. While some points of criticism cannot be transferred or require modification due to differences between the two legal systems, the politicisation through general clauses must be criticised in international law, too.

* Der Verfasser studiert seit dem Wintersemester 2018/19 Internationale Beziehungen am Zentrum für Internationale Studien der Technischen Universität Dresden und ist am dortigen Institut für Internationales Recht, Geistiges Eigentum und Technikrecht an der Professur für Völkerrecht, Europarecht und Öffentliches Recht (Prof. Dr. Dominik Steiger) als studentische Hilfskraft tätig. Der vorliegende Aufsatz basiert auf einem Essay im Seminar „Kritische Theorie(n) des Rechts“ bei *Johannes Haaf, M.A.* aus dem Sommersemester 2020. Der Beitrag wurde redaktionell betreut von stud. iur. *Ruben Zimmermann*.

A. Generalklauseln als Erbe des römischen Rechts

Genauso wie viele andere moderne Rechtsinstitute stehen auch Generalklauseln in der Tradition des Römischen Rechts. Als „Mutterrecht“¹ zahlreicher europäischer Rechtssysteme ist es noch heute von Bedeutung und enthält viele grundlegende Prinzipien, die als allgemeine Rechtsgrundsätze i. S. d. Art. 38 Abs. 1 lit. c IGH-Statut² Einzug in das Völkerrecht gehalten haben, weil sie „die Grundlage des übereinstimmenden innerstaatlichen [...] Rechts bilden und auf den zwischenstaatlichen Verkehr übertragbar sind“.³ In der Folge finden sich auch im zeitgenössischen nationalen und internationalen Recht Generalklauseln, also Normen, die weit gefasst sind und auf unbestimmte Rechtsbegriffe fußen,⁴ die als „wertausfüllungsbedürftige Begriffe“⁵ Bezug auf Wert- und Moralvorstellungen außerhalb des Rechts nehmen.⁶ Hierzu zählt etwa die Generalklausel des § 242 BGB.

Auf das Vordringen der Generalklauseln und deren Risiken hat 1933 erstmals *Justus Wilhelm Hedemann*⁷ aufmerksam gemacht, allerdings liegt sein Fokus, wie

¹ *Honsell*, Römisches Recht, 8. Aufl. 2015, S. 3.

² Statut des Internationalen Gerichtshofs, 26.6.1945, UNTS 557, 143, von 193 Staaten ratifiziert (Stand: 3.12.2020), in Kraft getreten am 24.10.1945.

³ *Verdross/Simma*, Universelles Völkerrecht, 3. Aufl. 1984, § 602.

⁴ *Walkamm*, Generalklauseln – Normen im Spannungsfeld von Flexibilität und Rechtsstaatswidrigkeit, *Rechtstheorie* 39 (2008), 507 (508).

⁵ *Ebd.*

⁶ *Ebd.*, S. 509.

⁷ *Hedemann*, Die Flucht in die Generalklauseln, 1933. Diese Bezugnahme bedarf einer Einordnung. Die Lebenszeit des deutschen Juristen (1878 – 1963) fällt auch in die Zeit des NS-Regimes, dessen Herrschaft er von Beginn an aufgrund seiner deutsch-nationalen Gesinnung etwa als Hauptverantwortlicher für die Schaffung eines nationalsozialistischen „Volksgesetzbuches“ stützte. Obzwar nicht in der NSDAP, war *Hedemann* dennoch ab 1934 förderndes Mitglied der SS – wenn auch nur mit einem monatlichen Beitrag von einer Reichsmark (*Wegerich*, Die Flucht in die Grenzenlosigkeit. *Justus Wilhelm Hedemann (1878-1963)*, 2004, S. 86 f.). Seine Einschätzung von Generalklauseln als „Gefahr für Recht und Staat“ nahm die später kritisierte Rolle der Generalklauseln im Führerstaat (*Neumann*, Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft, *Zeitschrift für Sozialforschung* 6 (1937), 542 (585 ff.)) eigentlich vorweg – und doch vollzog *Hedemann* nach der nationalsozialistischen Machtübernahme eine volle Kehrtwende und befürwortete den Einsatz von Generalklauseln im Zuge der nationalsozialistischen „Rechtserneuerung“ (*Wegerich* (Fn. 7), S. 149). Seine Linientreue gegenüber dem NS-Regime macht ihn damit zu keiner unproblematischen Referenz; der Umstand, dass die einschlägige Monografie noch vor der Machtübernahme entstand und im Zuge von *Hedemanns* Anbiederung an den Nationalsozialismus inhaltlich *de facto* widerrufen wurde, lässt eine Bezugnahme im Rahmen dieses Aufsatzes jedoch angemessen erscheinen.

auch bei späteren Arbeiten von *Franz Neumann*⁸ und *Ingeborg Maus*⁹, auf dem nationalen Recht. Versuche einer Übertragung dieser Kritikstrategien aus dem Kontext des nationalen Rechts- und Verfassungsstaates auf das internationale System, das zwar das Völkerrecht, nicht aber eine Gewaltenteilung im klassischen Sinne kennt, fehlen jedoch weitestgehend.¹⁰ Der vorliegende Aufsatz widmet sich daher einer Betrachtung von Generalklauseln im Völkerrecht und überträgt frühere Kritikstrategien, schwerpunktmäßig die von *Neumann*.

B. Völkerrechtliche Bestandsaufnahme

Zunächst werden dafür relevante Unterschiede des Völkerrechts im Verhältnis zum nationalen Recht skizziert, die eine Übertragung der Kritik an nationalen Generalklauseln nicht ohne Weiteres zulassen, um anschließend anhand einiger ausgewählter völkerrechtlicher Generalklauseln deren Verbreitung im Völkerrecht zu illustrieren.

I. Partikuläre Rechtsnatur des Völkerrechts

Das Völkerrecht unterscheidet sich verschiedentlich vom nationalstaatlichen Recht. Neben einigen für die vorliegende Betrachtung nebensächlichen Distinktionsmerkmale wie der Mediatisierung des Individuums (natürliche Personen besitzen klassischerweise keine unmittelbaren Rechte und Pflichten aus dem Völkerrecht¹¹) oder seiner vielfachen Ergänzungsbedürftigkeit durch nationales Recht (Normen des Völkerrechts müssen typischerweise durch staatliche Organe vollzogen werden)¹² ist vor allem sein genossenschaftlicher/koordinativer Charakter von Bedeutung. Das Völkerrecht fußt auf dem Prinzip der souveränen Gleichheit aller Staaten, aus dem ein striktes Konsensprinzip bei der Rechtsetzung¹³ sowie bei der Unterwerfung unter die internationale Gerichtsbarkeit¹⁴ folgt. Weiterhin kennt das Völkerrecht keine Gewaltenteilung und ist stattdessen von einer „Identität von Rechtsschöpfern

⁸ *Neumann* (Fn. 7).

⁹ *Maus*, *Rechtstheorie und politische Theorie im Industriekapitalismus*, 1986.

¹⁰ Siehe aber *Bueckling*, *Der Fluch der Generalklauseln*, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 16 (1983), 190.

¹¹ Während das für das Gros der Völkerrechtsgebiete auch heute noch zutrifft, sind in Gestalt des internationalen Menschenrechtsschutzes sowie des Völkerstrafrechts bedeutende Ausnahmen entstanden.

¹² *Verdross/Simma* (Fn. 3), §§ 45 ff.

¹³ *Vitzthum*, in: *ders./Proelß*, *Völkerrecht*, 8. Aufl. 2019, Rn. 45; selbst in Situationen, in denen mit Mehrheit entschieden wird, ist eine vorherige Unterwerfung der souveränen Staaten unter diesen Modus der Beschlussfassung erforderlich.

¹⁴ *Ruffert/Walter*, *Institutionalisiertes Völkerrecht*, 2. Aufl. 2015, Rn. 103.

und Rechtsunterworfenen¹⁵ geprägt. Dass den Staaten überdies eine Schlüsselrolle in der Durchsetzung von Völkerrecht zukommt, verstärkt ihre vielgestaltige Beziehung zum Recht noch zusätzlich.

Ferner prägt die Absenz dessen, was als „Weltstaat“ bezeichnet würde, das internationale System. Oberhalb der Staaten existiert keine Struktur, zu der diese in einem subordinationsrechtlichen Verhältnis stehen; auch internationale Organisationen mit vereinzelt supranationalen oder Zwangsbefugnissen (z. B. der Sicherheitsrat als Organ der Vereinten Nationen mit Gewaltlegitimierungsmonopol nach Kapitel VII der UN-Charta¹⁶), bedürfen für deren Ausübung gemäß dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung einer expliziten Übertragung dieser Kompetenzen durch die souveränen Staaten.¹⁷ Das Fehlen eines Weltstaates korrespondiert mit einem Grad an Institutionalisierung des Völkerrechts, der zwar seit 1945 stetig zugenommen hat,¹⁸ sich aber nach wie vor auf einem ungleich niedrigeren Niveau befindet als auf nationaler Ebene. Das internationale System kennt kein Pendant zum Rechts- und Verfassungsstaat, einzelnen Tendenzen der Konstitutionalisierung¹⁹ zum Trotz.

Die skizzierten Unterschiede zwischen Völkerrecht und nationalem Recht, in dessen Kontext Generalklauseln bisher zumeist evaluiert wurden, legen nahe, dass die Kritikstrategien nicht ohne Weiteres Anwendung auf das Völkerrecht finden können, sondern mit Rücksicht auf diese Unterschiede zu übertragen sind. Das setzt freilich das Vorhandensein von Generalklauseln im Völkerrecht voraus – eine Frage, der sich der folgende Abschnitt widmet.²⁰

II. Ausgewählte Generalklauseln im Völkerrecht

1. Sittlichkeit und öffentliche Ordnung

Es lassen sich als Beispiele zunächst Ausnahmetatbestände in den Völkerrechtsgebieten anführen, die wirtschaftliche Transaktionen betreffen. So werden im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union verschiedene

¹⁵ *Vitzthum* (Fn. 13), Rn. 56.

¹⁶ Charta der Vereinten Nationen, 26.6.1945, BGBl. 1973 II S. 431, Yearbook of the United Nations 1969, S. 953, ratifiziert durch 193 Staaten (Stand: 2.12.2020), in Kraft getreten am 24.10.1945.

¹⁷ *Ruffert/Walter* (Fn. 14), Rn. 197.

¹⁸ *Ebd.*, Rn. 61.

¹⁹ *Ebd.*, Rn. 61 ff.

²⁰ Geltungsbereich und Bindungswirkung der genannten Beispiele variieren dabei, sollen aber insofern nicht näher diskutiert werden, als dass die angeführten Rechtsbegriffe lediglich die breite Durchdringung des Völkerrechts mit Generalklauseln illustrieren sollen.

Ausnahmeregelungen hinsichtlich der Grundfreiheiten unter Verweis auf außerrechtliche Größen zugelassen. Art. 36 S. 1 AEUV erlaubt Eingriffe in die Warenverkehrsfreiheit „aus Gründen der öffentlichen Sittlichkeit, Ordnung und Sicherheit“; Art. 52 Abs. 1 AEUV zufolge können Ausnahmen von der Niederlassungsfreiheit mit „Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit“ gerechtfertigt werden. Das Recht der Welthandelsorganisation (WTO) lässt Ausnahmen zum Schutze der öffentlichen Sittlichkeit („necessary to protect public morals“, Art. XX lit. a GATT²¹) beziehungsweise solche, die erforderlich sind, um die öffentliche Moral oder die öffentliche Ordnung aufrechtzuerhalten („necessary to protect public morals or to maintain public order“, Art. XIV lit. a GATS²²), zu.

2. Menschlichkeit und Zivilisiertheit

Als Generalklausel kann zudem der Verweis auf Humanität und öffentliches Gewissen im humanitären Völkerrecht gelten. Dieses als *Martens'sche Klausel* bekannte Prinzip findet sich in Art. 1 Abs. 2 ZP I²³ sowie in der Präambel des IV. Haager Abkommens von 1907²⁴ und wurde auch vom *IGH* verschiedentlich bestätigt.²⁵ Vereinzelt wird gar auf die fraglos außerrechtliche Kategorie der Zivilisiertheit verwiesen; das wohl prominenteste Normbeispiel ist Art. 38 Abs. 3 lit. c IGH-Statut, die in der authentischen englischen Fassung „the general principles of law recognized by civilized nations“ als Quelle des Völkerrechts anerkannt werden. Das Erfordernis der Zivilisiertheit im genannten Artikel besitzt heute jedoch keine praktische Relevanz mehr, es herrscht weitestgehend Einigkeit darüber, dass es jegliche Bedeutung verloren hat: Alle Staaten müssen als zivilisiert gelten – eine Auffassung, die sich mitunter bereits

²¹ General Agreement on Tariffs and Trade, 15.4.1994, UNTS 1867, 154, ratifiziert von 164 Staaten (Stand: 3.12.2020), in Kraft getreten am 1.1.1995.

²² General Agreement on Trade in Services, 15.4.1994, UNTS 1869, 183, ratifiziert von 164 Staaten (Stand: 3.12.2020), in Kraft getreten am 1.1.1995.

²³ Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen vom 12.8.1949 über den Schutz der Opfer internationaler bewaffneter Konflikte (Protokoll I), 8.6.1977, UNTS 1125, 3, ratifiziert von 174 Staaten (Stand: 3.12.2020), in Kraft getreten am 7.12.1978.

²⁴ Abkommen betreffend die Gesetze und Gebräuche des Landkriegs (IV. Haager Abkommen), 18.10.1907, RGBl. 1910 S. 107, in Kraft getreten am 26.1.1910.

²⁵ Vgl. Verweis auf „elementary considerations of humanity“ in *IGH, Corfu Channel Case (Großbritannien v. Albanien)*, Urt. v. 9.4.1949, ICJ-Reports 1949, 4 (22), und *IGH, Reservations to the Convention on Genocide*, Gutachten v. 28.5.1951, ICJ-Reports 1951, 15 (23).

in den *travaux préparatoires* zum Statut des *Ständigen Internationalen Gerichtshofs* findet.²⁶

3. Billigkeit

Weiterhin kennt auch das Völkerrecht den Urteilsmaßstab der Billigkeit (*equity*), der in beinahe allen nationalen Rechtsordnungen zu finden ist und als Mittel dienen soll, Gerechtigkeit unter besonderer Berücksichtigung der Einzelfallumstände zu verwirklichen.²⁷ Hierbei sind Billigkeit *contra legem* und Billigkeit *intra legem* zu unterscheiden.

Die normimmanente Billigkeit „kann dazu dienen, durch die Heranziehung weicherer Kriterien besondere Härten des geltenden Rechts zu mildern, oder auch dazu, fehlende oder unzureichende rechtliche Vorgaben der anwendbaren Norm durch Erwägungen der Angemessenheit etc. zu ergänzen.“²⁸ Sie ist besonders im internationalen Investitionsschutzrecht von Bedeutung, wo das Erfordernis eines *fair and equitable treatment* ausländischer Investitionen als eine der tragenden Säulen gilt.²⁹ Abseits dessen wird auf Billigkeit auch im Kontext der Rechte Indigener,³⁰ bei der Nutzung geteilter natürlicher Ressourcen im Umweltvölkerrecht³¹ sowie bei der Nutzung des Weltraums³² Bezug genommen.

Billigkeit *contra legem* dagegen umfasst die Möglichkeit von Streitparteien, sich darauf zu verständigen, dass der Gerichtshof *ex aequo et bono* entscheidet (Art. 38 Abs. 2 IGH-Statut; für den *Internationalen Seegerichtshof* Art. 293 SRÜ³³). Während Billigkeit *intra legem* ein Bestandteil des Rechts ist und dem Gerichtshof Flexibilität bei dessen Anwendung einräumt, befreit eine Autorisierung des

²⁶ Pellet/Müller, in: Zimmermann/Tams/Oellers-Frahm/Tomuschat, The Statute of the International Court of Justice, 3. Aufl. 2019, Art. 38 Rn. 262.

²⁷ Villiger, Die Billigkeit im Völkerrecht, AVR 25 (1987), 174 (174).

²⁸ Dörr, in: Ipsen, Völkerrecht, 7. Aufl. 2018, § 20, Rn. 10.

²⁹ Herdogen, Principles of International Economic Law, 2. Aufl. 2016, S. 455.

³⁰ Art. 28 Abs. 1 United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (Annex zu UN, GV Resolution 61/295, 2.10.2007).

³¹ Vgl. etwa IGH, Gabčíkovo-Nagymaros Project (*Ungarn v. Slowakei*), Urt. v. 25.9.1997, ICJ-Reports 1997, 7 (54) und *Affaire du lac Lanoux (Espagne, France)*, Schiedsspruch v. 16.11.1954, RIAA XII, 281 (291).

³² UN, GV Resolution 51/122, 13.12.1966 („Declaration on International Cooperation in the Exploration and Use of Outer Space for the Benefit and in the Interest of All States, Taking Into Particular Account the Needs of Developing Countries“).

³³ Seerechtsübereinkommen der Vereinten Nationen, 10.12.1982, UNTS 1833, 3, ratifiziert durch 168 Staaten (Stand: 21.12.2021), in Kraft getreten am 16.11.1994. Bisher ist allerdings von keinem der beiden Gerichtshöfe eine Entscheidung *ex aequo et bono* ergangen: Kotzur, Ex Aequo et Bono, in: Peters, Max Planck Encyclopedia of Public International Law (Onlineausgabe), Rn. 7 f.

Gerichtshofs durch die Streitparteien diesen von der Pflicht, im Rahmen des Rechts zu entscheiden. Der nun mit einer *pouvoir discrétionnaire* ausgestattete Gerichtshof kann außerhalb von Rechtsvorschriften nach einer Lösung für den Disput suchen, wenn er vermutet, dass eine strikte Rechtsanwendung eine ungerechte Lösung hervorbrächte (*summum ius, summa iniuria*) – wobei eine solche Ermessensentscheidung nicht willkürlich sein darf.³⁴ Sie orientiert sich „ausschließlich an den Besonderheiten des konkreten Streitfalls, der Situation und den Interessen der Parteien sowie einer übergreifenden, rechtlich nicht weiter strukturierten Vorstellung von Angemessenheit und Gerechtigkeit“³⁵ – und schafft damit ein potentiell sehr dehnbares Verhältnis zwischen Richtenden und Völkerrecht. Zudem beziehen sich diese Normen auf den ersten der drei Elementarbegriffe der Generalklauseln, die Hedemann in der Einleitung seines Werkes identifiziert, nämlich das (*ius*) *aequum et bonum*.³⁶ Auch die ebenda genannte *exceptio doli*³⁷ oder Arglistenrede, die einen prozessrechtlichen Schutz vor Rechtsmissbrauch durch arglistiges oder treuwidriges Handeln bietet und so eine Berücksichtigung außerrechtlicher, moralischer Faktoren (wie der *bona fides*) zulässt,³⁸ kennt das Völkerrecht: Sie ist in Art. 62 Abs. 2 lit. b WVK³⁹ enthalten.⁴⁰

4. Treu und Glauben

Der dritte Hedemann'sche Elementarbegriff ist zugleich die wohl bedeutendste Generalklausel des Völkerrechts: *bona fides*, die Verpflichtung auf Treu und Glauben. Sie besitzt den Status eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes i. S. d. Art. 38 Abs. 1 lit. c IGH-Statut⁴¹ und ist von zentraler Bedeutung für das Völkerrecht,⁴² ohne den es für Verdross und Simma gänzlich zusammenbräche.⁴³ Als elementare Voraussetzung von Völkergewohnheits- und -vertragsrecht wird

³⁴ Pellet/Müller (Fn. 26), Rn. 157 ff.

³⁵ Dörr, in: Ipsen, Völkerrecht, § 23, Rn. 9.

³⁶ Hedemann (Fn. 7), S. 1.

³⁷ Ebd., S. 2.

³⁸ Faraci/Lonardo, Abuse of Right in International Law: A Roman Law Analogy, in Baade et al., Cynical International Law?, 2021, S. 283 (289 ff.).

³⁹ Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge, 23.5.1969, UNTS 1155, 331, ratifiziert durch 116 Staaten (Stand: 2.12.2020), in Kraft getreten am 27.1.1980.

⁴⁰ Heintschel v. Heinegg, Treaties, Fundamental Change of Circumstances, in: Peters, Max Planck Encyclopedia of Public International Law (Onlineausgabe), Rn. 32.

⁴¹ Dörr (Fn. 28), Rn. 6.

⁴² So hat etwa der IGH festgestellt, dass es sich bei der *bona fides* um „[o]ne of the basic principles governing the creation and performance of legal obligations“ handelt: IGH, Nuclear Tests (Australia v. France), Urt. v. 20.12.1974, ICJ-Reports 1974, 253 (268).

⁴³ Verdross/Simma (Fn. 3), § 60; anders Kotzur, Good Faith (Bona Fide), in: Peters, Max Planck Encyclopedia of Public International Law (Onlineausgabe), Rn. 22.

die *bona fides* bisweilen sogar als zwingende Norm des Völkerrechts angesehen.⁴⁴ Sie manifestiert sich in allgemeinen Rechtsgrundsätzen wie dem Verbot widersprüchlichen Verhaltens (*venire contra factum proprium*) und vertragsrechtlichen Normen wie dem Gebot, Verträge einzuhalten (*pacta sunt servanda*).

5. Zwischenfazit

Diese Auswahl an völkerrechtlichen Generalklauseln erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit, belegt aber das Vorhandensein von Generalklauseln in verschiedenen Bereichen des Völkerrechts trotz seiner vom nationalen Recht verschiedenen Rechtsnatur.

C. Kritik an der Aushöhlung der Rechtsform durch Generalklauseln im Völkerrecht

Zur Beurteilung der von Generalklauseln ausgehenden Risiken für das Völkerrecht werden die Ausführungen von *Franz Neumann* zugrunde gelegt. *Neumann* gehörte der Frankfurter Schule an und steht in der Tradition marxistischer Rechtskritik, die den Rechtsformalismus und die Rolle der sich verselbstständigenden Rechtsform für die bürgerlich-kapitalistische Gesellschaft ins Visier nimmt.⁴⁵

I. Das allgemeine Gesetz bei *Franz Neumann*

Für die Übertragung der Kritik auf das Völkerrecht ist vorab eine begriffliche Dissonanz auszuräumen. *Neumanns* Ausführungen sind dem „Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft“⁴⁶ gewidmet – und in Ermangelung eines gesetzgebenden Souveräns können die Normen des Völkerrechts nicht als Gesetze gelten. Das Gesetz stellt für *Neumann* zwar lediglich die Form dar, in der Rechtsnormen typischerweise erscheinen, er definiert letztere allerdings als „hypothetisches Urteil des Staates über ein künftiges Verhalten der Untertanen“.⁴⁷ Damit die Kritik auf das Völkerrecht übertragen werden kann, muss diese Konzeption auch genereller im Verhältnis zwischen Rechtserzeugenden und Rechtsunterworfenen und damit abgelöst vom Rechtsstaat tragen.

Die wesentliche Schwierigkeit bereitet der Definitionsbestandteil des „Urteils des Staates“, denn das internationale System kennt weder einen Weltstaat noch eine

⁴⁴ *Verdross/Simma* (Fn. 3), § 645.

⁴⁵ *Möller*, Rechtskritik und Systemtheorie, in: Scherr, Systemtheorie und Differenzierungstheorie als Kritik, 2015, S. 186 (188).

⁴⁶ *Neumann* (Fn. 7), S. 542 (Hervorhebung des Autors).

⁴⁷ *Ebd.*, S. 549.

obligatorische Gerichtsbarkeit. In einer weniger institutionell fokussierten Lesart ließe sich „Urteil des Staates“ allerdings in eine „Beurteilung durch den Rechtssetzer“ wandeln – die modifizierte Definition der Rechtsnorm lautete dann: „die hypothetische Beurteilung des künftigen Verhaltens der Rechtsunterworfenen durch den Rechtssetzer“. Dieses Begriffsverständnis behält den Fokus auf die Orientierung an zukünftigem Verhalten bei und harmonisiert gleichzeitig mit der Rechtsetzungslogik des Völkerrechts, wo Völkerrechtssubjekte darin übereinkommen, welches Handeln (oder Unterlassen) sie in der Zukunft als rechtmäßig ansehen wollen.

Der Ursprung der Kritik im Kontext des souveränen Rechtsstaates⁴⁸ steht einer Übertragung auf das Völkerrecht also nicht entgegen; und dort, wo bei *Neumann* von den Eigenschaften und Funktionen des allgemeinen Gesetzes die Rede ist, kann in diesem Zuge somit von allgemeinen Normen gesprochen werden.

1. Politisches und rationales Gesetz

Neumann unterscheidet zunächst zwei Gesetzesbegriffe: den politischen und den rationalen. „Im politischen Sinn ist Gesetz jede Massnahme der souveränen Gewalt ohne Rücksicht auf deren Inhalt“⁴⁹; diese Auffassung kann also einer positivistischen Perspektive zugeordnet werden. In ihm drückt sich allein *voluntas*, der Wille des Souveräns, aus. Demgegenüber steht der naturrechtsnahe rationale Gesetzesbegriff, der von der Vernunft durchdringbare Normen mit ethischen Postulaten bezeichnet. Das Gesetz ist damit ganz *ratio*, obschon es zugleich Ausdruck der *voluntas* des Souveräns sein kann.⁵⁰ Das Völkerrecht kennt beide Arten von Normen. Abkommen über Grenzverläufe, die Proklamation einer ausschließlichen Wirtschaftszone oder der Abschluss bilateraler Investitionsschutzverträge sind sämtlich Ausdruck des souveränen Rechtsbindungswillens der Staaten und damit politische Normen. Solche, die ein ethisches Postulat enthalten, finden sich beispielsweise im Völkerstrafrecht⁵¹ mit seinem Verbot schwerster Verbrechen wie Völkermord oder Verbrechen gegen die

⁴⁸ Anzuerkennen ist zudem, dass *Neumanns* Kritik unter dem Eindruck des Übergangs von der Weimarer Republik in den nationalsozialistischen Führerstaat entstanden ist. Dass sowohl frühere als auch spätere Kritiken von Generalklauseln (siehe unten **C. III.**) vielfach in sehr ähnliche Kerben schlagen, deutet darauf hin, dass sich *Neumanns* Kritik zwar am Beispiel des NS-Regimes deutlich illustrieren lässt, sich ihre Gültigkeit aber nicht auf diesen Kontext beschränkt.

⁴⁹ *Neumann* (Fn. 7), S. 546.

⁵⁰ *Ebd.*, S. 546 f.

⁵¹ Siehe hierzu etwa das Römische Statut des Internationalen Strafgerichtshofes, 17.7.1998, UNTS 2187, 3, ratifiziert von 123 Staaten (Stand: 2112.2021), in Kraft getreten am 1.7.2002.

Menschlichkeit oder auch in Gestalt der Grundnorm des Völkerrechts, der souveränen Gleichheit der Staaten.

Das rationale Gesetz erhalte im Liberalismus die Form des allgemeinen Gesetzes, dessen Herrschaft als Gegengewicht zum politischen Gesetz drei Funktionen erfülle, nämlich „Verhüllung der Herrschaft des Bürgertums zu sein, das ökonomische System berechenbar zu machen und ein Minimum an Freiheit und Gleichheit zu garantieren“⁵². Indem scheinbar das Recht herrsche, werde verschleiert, dass hinter dieser Herrschaft tatsächliche Personen stünden, und indem dem Entscheidungsspielraum der Richtenden durch die Gesetzesherrschaft enge Grenzen gesetzt werden, könnten die Rahmenbedingungen des ökonomischen Wettbewerbs ebenso wie Freiheit und Gleichheit der Menschen zumindest auf fundamentaler Ebene sichergestellt werden – unter gleichzeitiger Wahrung der Gewaltenteilung.⁵³ All diese Funktionen müssten im Verbund gedacht werden, um im Extremfall der „Beseitigung der freien Konkurrenz und ihrer Ersetzung durch den organisierten Staatskapitalismus [...] das allgemeine Gesetz, die Unabhängigkeit der Richter und die Gewaltenunterscheidung“⁵⁴ zu bewahren.

2. Wahrhafte Bestimmtheit als Bedingung der Allgemeinheit des Gesetzes

Neumann formuliert drei Bedingungen, die ein Gesetz zugleich erfüllen muss, um als allgemein gelten zu können – nur dann könne es auch als Recht bezeichnet werden. Das erste Kriterium entnimmt er dem Denken *Jean-Jacques Rousseaus*: Die Satzbildung müsse allgemein sein, das Gesetz dürfe sich also nie auf ein spezifisches Individuum oder eine konkrete Einzelhandlung beziehen. Zweitens müsse das Gesetz in seiner Allgemeinheit wahrhaft bestimmt sein⁵⁵ – ein Prinzip aus der Rechtsphilosophie *Georg Wilhelm Friedrich Hegels*.⁵⁶ Drittens dürfe das allgemeine Gesetz keine rückwirkende Wirkung entfalten.⁵⁷ Im Kontext der Generalklauseln ist das zweite Erfordernis relevant. Für *Neumann* sei diese „wahrhafte Bestimmtheit“ gegeben, solange die wesentlichen Tatbestandsmerkmale der Norm bestimmt seien und darin nicht auf

⁵² *Neumann* (Fn. 7), S. 565 f.

⁵³ *Ebd.*, S. 561 ff.

⁵⁴ *Ebd.*, S. 566.

⁵⁵ *Ebd.*, S. 549.

⁵⁶ Vgl. *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 211.

⁵⁷ *Neumann* (Fn. 7), S. 550.

außerrechtliche Moralvorstellungen verwiesen werde, bezüglich derer kein Konsens zu finden sei.⁵⁸

Diese Bestimmtheit werde durch Generalklauseln mit ihrer Verankerung in ebensolchen Moralordnungen zerstört und mit ihr das rationale Gesetz, gar die Rationalität des Rechtes insgesamt.⁵⁹ Dessen Gefahr sieht *Neumann* in der Entfesselung des politischen Gesetzes und dem Raum, der für die Ausübung von Macht im Recht entstehe – etwa im totalitären Staat, wo „die Generalklausel ein Mittel [sein könne], um den politischen Befehl der Führung reibungslos gegenüber widersprechendem positivem Recht durchzusetzen.“⁶⁰ In der Folge büße das allgemeine Gesetz auch seine oben dargestellten Funktionen ein.

Eine Übertragung der *Neumann*'schen Kritik an Generalklauseln auf das Völkerrecht muss sich folglich zwei Fragen widmen: Erfüllen sie dort überhaupt dieselben Funktionen wie im nationalen Recht, und schaffen sie zusätzlichen Raum für Macht im Völkerrecht?

II. Funktionen der allgemeinen Norm im Völkerrecht

1. Verschleierung von Herrschaft

Zunächst müsste die allgemeine Norm im Völkerrecht der Verschleierung der Herrschaft einer bestimmten Gruppe dienen. *Neumann* zufolge werde vorgeschützt, das Gesetz herrsche, obwohl tatsächlich „Menschen herrschen, wenn sie auch im Rahmen von Gesetzen regieren“⁶¹ – nämlich das Bürgertum mit seinem erheblichen Einfluss auf die Entstehung der Gesetze. Schwinde dessen Einfluss, „so treten im selben Augenblick neue naturrechtliche Doktrinen auf, die dazu bestimmt sind, die Vorherrschaft eines Parlamentes, in dem auch Vertreter der Arbeiterschaft Einfluss haben, zu reduzieren.“⁶²

Die horizontale Natur des Völkerrechts verunmöglicht, von Regierung im engeren Sinne zu sprechen; vielmehr ist zu fragen nach einer privilegierten Gruppe von Völkerrechtssubjekten mit besonderem Einfluss auf die Völkerrechtserzeugung, deren Herrschaft durch die Allgemeinheit der Rechtsnormen verschleiert wird. Hierfür kommen mit einem Blick auf die historische Entwicklung des Weltsystems die Staaten des Globalen Nordens in Betracht, deren Jahrhunderte andauernde Herrschaft über weite Teile der Welt

⁵⁸ *Neumann* (Fn. 7), S. 549 f.

⁵⁹ *Ebd.*, S. 583.

⁶⁰ *Ebd.*, S. 586.

⁶¹ *Ebd.*, S. 562.

⁶² *Ebd.*

im Rahmen von Kolonialismus und Imperialismus eng mit der Entstehung des Völkerrechts verknüpft ist.⁶³ Die Ursprünge des modernen Völkerrechts können daher schwerlich als universell bezeichnet werden: „[C]lassical international law thus consisted of a set of rules with a geographical bias (it was a European law), a religious-ethical aspiration (it was a Christian law), an economic motivation (it was a mercantilist law), and political aims (it was an imperialist law).“⁶⁴ Es lässt sich daher im Rahmen der *Neumann'schen* Theorie eine gewisse Parallele zwischen der Rolle des Bürgertums im nationalen Recht und ehemaligen Kolonialmächten im Völkerrecht herstellen: Beide wirkten als Machtfaktoren aus einer privilegierten Stellung heraus an der Entstehung der jeweiligen Rechtsordnung mit. Dieser Umstand drückt sich auch darin aus, dass neu entstehende Staaten (etwa im Kontext der Dekolonialisierung) „nach ganz herrschender Praxis und Doktrin an das zum Zeitpunkt ihrer Entstehung geltende Völkergewohnheitsrecht gebunden sind“⁶⁵ und damit einer früheren Staatenpraxis und Rechtsüberzeugung unterworfen werden, an der sie nicht beteiligt gewesen sind. Dass trotz dieser vielfachen privilegierten Einflussnahme der Staaten des Globalen Nordens auf die Entstehung des Völkerrechts dieses dennoch weithin als universell⁶⁶ betrachtet wird, deutet darauf hin, dass die *Neumann'sche* Allgemeinheit des Gesetzes auch im internationalen System der Verschleierung tatsächlicher Machtasymmetrien dient.

Geht diese Funktion nun verloren, wenn Generalklauseln die Allgemeinheit der Normen zerstören? Zunächst liegt in der historischen Entwicklung des Völkerrechts die von *Neumann* beschriebene Situation des schwindenden Einflusses der privilegierten Gruppe vor, da mit der aus der Sicht der Kolonialmächte zumeist unfreiwilligen Dekolonisierung im Globalen Süden zahlreiche neue Staaten entstanden, die nun auch souverän an der Völkerrechtserzeugung mitwirken konnten. Entsprechend *Neumanns* Hypothese müssten deshalb naturrechtliche Doktrinen (zu denen auch Generalklauseln gerechnet werden können) auf dem Vormarsch sein – und tatsächlich haben Generalklauseln in beinahe alle Völkerrechtsgebiete Einzug gehalten. Vielfach vollzog sich das im Rahmen der seit 1945 zunehmenden Positivierung des Völkerrechts, die sich dadurch auszeichnet, dass sich der Schwerpunkt der Völkerrechtserzeugung vom Völkergewohnheitsrecht zum Vertragsrecht

⁶³ Vgl. *Anghie*, Imperialism, Sovereignty, and the Making of International Law, 2005.

⁶⁴ *Bedjaoui*, in: *Mutua*, What Is TWAIL?, Proceedings of the Annual Meeting (ASIL) 94 (2000), 31 (33).

⁶⁵ *Dörr*, in: *Ipsen*, Völkerrecht, § 19, Rn. 31 f.

⁶⁶ *Verdross/Simma* (Fn. 3).

verschoben hat.⁶⁷ Dass die Mehrheit der völkerrechtlichen Normen nun also mit verbindlichem Wortlaut festgehalten wurde, bot noch mehr als zuvor die Gelegenheit, im Rahmen von Generalklauseln politische Entscheidungen im gedehnten Rahmen des Rechts durchzusetzen. Diese Form der Machtausübung ist kritisch zu beurteilen,⁶⁸ illustriert aber, dass die Funktion der Verschleierung der Hegemonie des Globalen Nordens im und durch das Völkerrecht durch „zusätzliche Möglichkeiten, dem souveränen, d. h. dem politischen Willen der Staaten Geltung zu verschaffen“⁶⁹, verloren geht. Wo aufgrund des schwindenden Einflusses nicht mehr auf die Herrschaft allgemeiner Normen verwiesen werden kann, tritt das Politische in rechtlichen Entscheidungen wieder deutlicher zu Tage.

Neumann enthält sich dabei einer expliziten Wertung der Verschleierungsfunktion. Im Kontext der eminent politischen Völkerrechtsordnung scheint eine Sichtbarmachung der privilegierten Position der Staaten des Globalen Nordens auch im für universell gehaltenen Völkerrecht wie ein günstiger Nebeneffekt der an und für sich zu kritisierenden geöffneten Interpretations- und Machtspielräume. Die hinzugewonnene Sensibilität kann hierbei etwa einen Ansatzpunkt bieten für die Arbeit an einem reformierten Völkerrecht, einem „international law that is responsive to the needs of variously disadvantaged peoples“⁷⁰.

2. Herstellung ökonomischer Rechtssicherheit

Die zweite Funktion allgemeiner Normen nach *Neumann*, nämlich die Herstellung ökonomischer Rechtssicherheit in einer bürgerlich-kapitalistischen Rechtsordnung, scheinen sie auch im Völkerrecht zu erfüllen. Zunächst finden sich die Hauptmerkmale einer solchen Rechtsordnung (laut *Neumann* „Freiheit des Warenmarktes, Freiheit des Arbeitsmarktes, freie Selektion innerhalb der Unternehmerschicht, Vertragsfreiheit und vor allem Berechenbarkeit der Justiz“⁷¹) auch in verschiedenen Spezialmaterien des Völkerrechts wie dem WTO-Recht oder in Gestalt der Grundfreiheiten im Binnenmarkt der Europäischen Union wieder.⁷² Diese Beobachtung lässt sich auch auf einer

⁶⁷ *Verdross/Simma* (Fn. 3), § 533.

⁶⁸ Vgl. dazu unten **C. III**.

⁶⁹ *Bueckling* (Fn. 10), S. 192.

⁷⁰ *Anghe* (Fn. 63), S. 8.

⁷¹ *Neumann* (Fn. 7), S. 563.

⁷² Das Ziel der Berechenbarkeit der Justiz kann vor dem Hintergrund des Fehlens einer obligatorischen Gerichtsbarkeit im internationalen System freilich nur eingeschränkt übertragen werden.

generelleren Ebene machen. Nicht nur verfolgen zahlreiche bilaterale Abkommen (sei es in Gestalt von bilateralen Investitionsabkommen oder auch lediglich von Freundschaftsverträgen) eine ökonomische Zielsetzung, marxistische Arbeiten zur Völkerrechtstheorie haben vielfach umfangreich auf den Beitrag des Völkerrechts zur Ausbreitung und Stabilisierung des globalen Kapitalismus hingewiesen.⁷³

Letztendlich deutet *Neumann* in seiner Bemerkung, es sei die vorrangige Aufgabe des Staates, eine Rechtsordnung zu schaffen, in der Verträge eingehalten würden,⁷⁴ sogar auf das völkerrechtliche Grundprinzip *pacta sunt servanda* (Art. 26 WVK) hin. Die Verträge, deren Einhaltung sichergestellt werden soll, können dabei der ökonomischen wie der politischen Sphäre zugehörig sein – anders als im nationalen Recht, wo ausschließlich privatrechtliche Verträge von dieser Funktion der allgemeinen Norm berührt sind. Letztere dient im Völkerrecht also ebenfalls der Rechtssicherheit im zwischenstaatlichen Verkehr⁷⁵ und einer Berechenbarmachung der ökonomischen und politischen Verhältnisse.

Die immens weiten Auslegungsspielräume, die Generalklauseln mit ihren außerrechtlichen Moraltatbeständen eröffnen, erodieren die Berechenbarkeit im internationalen System und zerstören, mit *Neumann* gesprochen, die Rationalität der allgemeinen völkerrechtlichen Norm. Auf die von Generalklauseln ausgehende Gefahr der zunehmenden „Unsicherheit des gesamten Rechtslebens“ hat auch *Hedemann* hingewiesen.⁷⁶

3. Sicherung eines Mindestmaßes an Freiheit und Gleichheit

Bezüglich der ethischen Funktion des allgemeinen Gesetzes, das ein Mindestmaß an Freiheit und Gleichheit sicherstellen soll, nimmt *Neumann* hier eine öffentlich-/verwaltungsrechtliche Eingriffsperspektive ein,⁷⁷ wo der Vorbehalt des (allgemeinen) Gesetzes gilt und sich Einschränkungen individueller Rechte durch den Staat auf eine gesetzliche Grundlage stützen müssen.⁷⁸ Das scheint zunächst eine nach den Völkerrechtssubjekten differenzierende Betrachtung notwendig zu machen, denn ein vertikales Verhältnis wie bei *Neumann* findet sich im

⁷³ Siehe bspw. *Chimni*, *Marxism and International Law: A Contemporary Analysis*, *Economic and Political Weekly* 34 (1999), 337 (337 ff.).

⁷⁴ *Neumann* (Fn. 7), S. 563.

⁷⁵ Vgl. *Ipsen*, in: *ders.*, *Völkerrecht*, § 3, Rn. 6 ff.

⁷⁶ *Hedemann* (Fn. 7), S. 67 ff.

⁷⁷ Er betrachtet das allgemeine Gesetz als „die Basis für Eingriffe in Freiheit und Eigentum. Deshalb ist der Charakter des Gesetzes, auf das alle Eingriffe reduziert werden müssen, von entscheidender Bedeutung“: *Neumann* (Fn. 7), S. 565.

⁷⁸ Siehe etwa *Grzeszick*, in: *Maunz/Dürig*, 91. EL 2020, Art. 20 Rn.75 ff.

horizontalen Verhältnis der souveränen Staaten nicht. Im Bereich der Menschenrechte aber, wo Individuen partiell Völkerrechtssubjektivität und Rechtspositionen gegenüber den Staaten besitzen⁷⁹, liegt ein solches Verhältnis durchaus vor. Tatsächlich spielt die Eingriffsrichtung für die Übertragung der Kritik aber eine untergeordnete Rolle, denn Eingriffe in völkerrechtliche Rechtspositionen sind in beiden Konstellationen möglich: horizontal (wie durch einen militärischen Angriff eines Staates auf einen anderen) und vertikal (etwa durch staatliche Foltereinrichtungen). Ob allgemeine Normen auch im Völkerrecht der Sicherstellung von Freiheit und Gleichheit dienen, hängt damit davon ab, ob die Konzeption des nationalstaatlichen Vorbehalts des Gesetzes auf das Völkerrecht übertragen werden kann.

Dem Völkerrecht ist ein Prinzip, demzufolge ein Staat nur in die Rechtsposition eines anderen Staates oder eines Individuums eingreifen kann, wenn eine entsprechende Rechtsgrundlage für diesen Eingriff besteht, jedoch fremd. Bereits 1927 hat der *Ständige Internationale Gerichtshof* festgestellt, dass die souveränen Staaten befugt sind, alles zu tun, was nicht verboten ist (Lotus-Prinzip) – anstatt umgekehrt nur das, was erlaubt ist; sie besitzen demnach „wide measure of discretion which is only limited in certain cases by prohibitive rule“.⁸⁰ Folglich dürfen Staaten beim Eingriff in die Rechte anderer Völkerrechtssubjekte nicht gegen Völkerrecht verstoßen (zu beachten wären hier Rechtfertigungstatbestände wie Notstand oder *force majeure*⁸¹), das Erfordernis einer gesetzlichen/normierten Eingriffsgrundlage besteht allerdings nicht.⁸² In den Begriffen des nationalen Rechts kann also ein Vorrang des „Gesetzes“ im Völkerrecht bejaht werden, ein Vorbehalt des „Gesetzes“ und damit der Mechanismus zur Sicherstellung von Freiheit und Gleichheit, den *Neumann* identifiziert, allerdings nicht.

Dass nun also die allgemeine Norm im Völkerrecht anders als im Kontext des nationalen Rechtsstaates nicht ein Minimum an Freiheit und Gleichheit (weder für Staaten noch für Individuen) sicherstellen soll, beraubt in dieser Hinsicht auch den Kritikpunkt einer Zerstörung der Rationalität des Rechts durch Generalklauseln seiner Grundlage: Wenn die Funktion von Anfang an nicht

⁷⁹ *Verdross/Simma* (Fn. 3), § 47 f.

⁸⁰ *SIIGH*, The Case of the S.S. „Lotus“ (*France v. Turkey*), Urt. v. 7.9.1927, PCIJ Series A, No. 10 (19).

⁸¹ *ILC*, Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries, ILCYB 2001, Vol. II, Part Two, 31, Art. 20 – 25.

⁸² Als Ausnahme wäre das strafrechtlichen Prinzip *nulla poena sine lege* zu nennen, das Bestrafungen ohne gesetzliche Grundlage verbietet und in Art. 23 Römisches Statut verankert ist.

vorgelegen hat, muss auch ihr Verlust durch das Vordringen von Generalklauseln nicht befürchtet werden. Auch die Sicherstellung der Unabhängigkeit der Justiz durch das allgemeine Gesetz scheint in Ermangelung einer echten globalen Gewaltenteilung kaum auf das Völkerrecht übertragbar.

III. Generalklauseln als Einfallstor für Macht im Recht

Die Gefahr des politischen Missbrauchs von Generalklauseln ist auch von anderen Autor:innen verschiedentlich erkannt worden. Bereits *Hedemann* stellt fest, dass sich die Subjekte einer von Generalklauseln weit durchdrungenen Rechtsordnung „im Lande blanker Willkür“⁸³ befänden und illustriert dies anhand des sowjetrussischen Rechtssystems, das allen den Rechtsschutz versage, deren Verhalten im Widerspruch zu den Systemgrundsätzen steht.⁸⁴ *Wallkamm* zeigt, wie Generalklauseln eine Steuerung der Justiz durch die SED-Diktatur ermöglichen,⁸⁵ und *Maus* illustriert, wie die Justiz dazu ermächtigt wird, gesellschaftspolitische Entscheidungen zu treffen, und wie sich die Handlungsspielräume der öffentlichen Verwaltung ausweiten.⁸⁶

Bezüglich des Völkerrechts teilen sich diese Ansätze das Übertragungshindernis einer Perspektive, die zuvörderst die Gewaltenteilung im modernen Verfassungsstaat anvisiert und einen Verlust der Unabhängigkeit der Justiz (bei *Hedemann*, *Neumann* und *Wallkamm*) sowie einer Ermächtigung der Verwaltung im Verhältnis zu Justiz (bei *Maus*) beklagt. Nun kann von einer zwingenden Weltjudikative keinesfalls die Rede sein, solange das Prinzip der souveränen Gleichheit eine freiwillige Unterwerfung der Staaten erforderlich macht.⁸⁷ Um also den Befall des Völkerrechts mit dem „Parasiten Politik“⁸⁸ kritisieren zu können, muss die Justizfixierung der Kritikstrategien aus dem nationalen Recht hintangestellt werden.

Die zweite Perspektive von *Maus* bietet die richtige Intuition: eine Eröffnung politischer Spielräume nicht nur in der Rechtsanwendung, sondern auch bei dessen Durchsetzung im Kontext der Verwaltung bzw. der Exekutive im Allgemeinen. In Ermangelung einer zentralen Durchsetzungsinstanz im Weltsystem erfolgt die Rechtsdurchsetzung dort dezentral durch die einzelnen Völkerrechtssubjekte und dabei vorrangig in Form von Repressalien, also durch

⁸³ *Hedemann* (Fn. 7), S. 72.

⁸⁴ *Ebd.*, S. 72 f.

⁸⁵ *Wallkamm* (Fn. 4).

⁸⁶ *Maus* (Fn. 9), S. 282 f.

⁸⁷ Siehe oben unter **B. I.**

⁸⁸ *Wallkamm* (Fn. 4), S. 518.

„die bewusste Nichterfüllung einer völkerrechtlichen Rechtspflicht als Antwort auf erlittenes Unrecht, die zwar eigentlich selbst völkerrechtswidrig ist, als angemessene Reaktion auf die vorangegangene Verletzung aber gerechtfertigt sein kann.“⁸⁹ In diesem Kontext schaffen Generalklauseln zusätzlichen Raum für das Politische im Recht: Je weiter der Interpretationsspielraum, desto mehr Handlungen und Tatsachen können Staaten einerseits bereits als mit Völkerrecht unvereinbar einstufen (etwa in Gestalt einer vermeintlich unbilligen Aufteilung geteilter natürlicher Ressourcen) und damit umfassend Rechtfertigungsgrundlagen für eigene – an sich völkerrechtswidrige – Repressalien schaffen, andererseits aber auch für noch mit dem Völkerrecht vereinbar befindende (etwa mit einem Verweis auf kulturelle Unterschiede zwischen Staaten, die unterschiedliche Moralvorstellungen und damit abweichende Beurteilungsmaßstäbe bezüglich der Moralatbestände von Generalklauseln nach sich ziehen können). Letztere Ausprägung spielt eine besondere Rolle im Kontext der wirtschaftsnahen Völkerrechtsgebiete, wo etwa zum Schutz der öffentlichen Sittlichkeit von völkerrechtlichen Verpflichtungen Abstand genommen werden darf.⁹⁰ Zu dem weiten Spielraum, der Staaten beim Schutz von öffentlicher Sittlichkeit und öffentlicher Ordnung im Kontext des Rechts der WTO zukommt, hat sich etwa ein Panel des *Dispute Settlement Body* folgendermaßen geäußert: „[T]he content of these concepts for Members can vary in time and space, depending upon a range of factors, including prevailing social, cultural, ethical and religious values. Further, the Appellate Body has stated on several occasions that Members [...] have the right to determine the level of protection that they consider appropriate.“⁹¹ Wie der vergrößerte Einschätzungsspielraum der Staaten durch internationale rechtsprechende Organe bestätigt und mitunter sogar erst geschaffen wird, illustriert ferner die *Margin of Appreciation*-Doktrin des *EGMR*. Dieser in der Rechtsprechung⁹² entwickelte Grundsatz räumt den Staaten bezüglich der Rechts- und Sachlage bei der Durchsetzung der EMRK einen der gerichtlichen Überprüfung durch den *EGMR* entzogenen Beurteilungsspielraum ein – wiederum unter Rekurs auf die unterschiedlichen kulturellen Traditionen der Mitgliedsstaaten.⁹³

⁸⁹ Dörr, in: *Ipsen*, Völkerrecht, § 30, Rn. 41.

⁹⁰ Siehe oben unter **B. II. 1.**

⁹¹ *WTO Dispute Settlement Body*, United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services, Report v. 20.4.2005, WT/DS285/R, Rn. 6.461.

⁹² Vgl. exemplarisch *EMGR*, *Handyside v. Großbritannien*, Urt. v. 7.12.1976, Rs. 5493/72, abrufbar unter <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=01-57499&filename=001-> (zuletzt abgerufen am 21.12.2021), Rn. 48 f.

⁹³ *Kälin/Künzli*, *Universeller Menschenrechtsschutz*, 4. Aufl. 2019, Rn. 3.84 f.

Generalklauseln weiten durch die vergrößerten Interpretationsspielräume der Staaten also auch deren politische Spielräume und erodieren somit die Rechtsform des Völkerrechts; Generalklauseln „ermöglichen es, dass sich durch sie Ströme subjektiver (politischer) Willensinhalte in das mit ihrer Hilfe geschaffene System einer minimalen [Völker]rechtsordnung ergießen.“⁹⁴ In dieser angepassten Form lassen sich die Kritikstrategien aus dem nationalen Recht auch auf die Ebene des Völkerrechts weitertragen.

D. Begrenzte Übertragbarkeit

Die vom nationalen Recht verschiedene Natur des Völkerrechts verhindert, dass die Kritik an der Ausbreitung von Generalklauseln dort übertragen werden kann, wo sie eine demokratietheoretische Stoßrichtung besitzt und Fragen der Gewaltenteilung problematisiert. Da das internationale System keine Judikative im engeren Sinne kennt, ist deren Unabhängigkeit nicht von Generalklauseln bedroht; wo das Lotus-Prinzip dem Vorbehalt des Gesetzes entgegensteht, können dessen Funktionen nicht verloren gehen.

Kritikstrategien aus dem nationalen Recht bezüglich des Völkerrechts deshalb sämtlich zu verwerfen wäre jedoch voreilig. Teils lassen sie sich ablösen vom Kontext des demokratischen Rechtsstaates, und das vor allem dort, wo sie Raum für Machtausübung, für das Politische im Recht schaffen und damit die Rechtsform des Völkerrechts unterlaufen. Verglichen mit nationalem Recht nimmt das Politische im Völkerrecht naturgemäß sicherlich eine gewichtigere Rolle ein – diese jedoch durch Generalklauseln stetig auszuweiten, stellt grundsätzlich eine Bedrohung für die Völkerrechtsordnung dar, das legt eine Übertragung der *Neumann'schen* Rechtskritik nahe. Fokussiert man sich darin auf die wachsenden Handlungsspielräume der Staaten, in denen sich die Rollen der Rechtserzeugenden, Rechtsverpflichteten, Rechtstragenden und Rechtsdurchsetzenden vereinigen, kann eine Kritik der das Völkerrecht aushöhlenden Generalklauseln gelingen. Entsprechende unterschiedssensible Übertragungsanstrengungen wären auch in Bezug auf andere Strömungen kritischer Rechtstheorie zu unternehmen. Vor dem Hintergrund der vorangegangenen Betrachtung käme etwa die Kritik an der Entpolitisierung durch Recht⁹⁵ infrage, die der hier untersuchten Kritiklinie diametral entgegensteht.

⁹⁴ *Bueckling* (Fn. 10), S. 192.

⁹⁵ Vgl. etwa *Kirchheimer*, *Zur Staatslehre des Sozialismus und Bolschewismus*, *Zeitschrift für Politik* 17 (1928), 593 (593 ff.).

Johanna Gallé*

Abfärbung und Prägung (§ 15 Abs. 3 EStG) – Gemeinsamkeiten und Unterschiede

Abstract

Der Beitrag beschäftigt sich mit der einkommensteuerlichen Behandlung von Personengesellschaften und deren Gesellschaftern. Im Mittelpunkt sollen dabei die Abfärb- und Prägeregelungen des § 15 Abs. 3 Nr. 1 und Nr. 2 EStG stehen. Die Regelungen sind insbesondere von Bedeutung, da nicht Personengesellschaften selbst, sondern deren Gesellschafter Besteuerungssubjekt der Einkommensteuer sind. Der Beitrag gibt einen Überblick über die Auswirkungen des § 15 Abs. 3 EStG sowie die Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen der Nr. 1 und 2 der Vorschrift.

* Die Verfasserin studiert Rechtswissenschaften im neunten Fachsemester mit Schwerpunkt Steuerrecht an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Vor Beginn des Studiums schloss sie an der hessischen Hochschule für Finanzen und Rechtspflege die Ausbildung für den gehobenen Dienst der Steuerverwaltung mit dem Grad Dipl.-Finanzwirtin (FH) ab. Der Beitrag basiert auf einer im Rahmen eines steuerrechtlichen Seminars zu dem Thema „Abfärbung und Prägung (§ 15 Abs. 3 EStG) – Gemeinsamkeiten und Unterschiede“ bei Prof. Dr. Bernd Heuermann, Vorsitzender Richter am BFH a. D., entstandenen Arbeit. Besonderer Dank gilt Herrn Prof. Dr. Bernd Heuermann sowie den weiteren Veranstaltungsteilnehmern für wertvolle Anmerkungen. Der Beitrag wurde redaktionell betreut von stud. iur. Alice Ballach.

A. Einleitung

Sowohl private als auch wirtschaftliche Initiativen sind oftmals so komplex, dass deren effektives Ergreifen nur durch Kooperation möglich ist. Ohne den Zusammenschluss und die darin gebündelten unterschiedlichen Fähigkeiten und Tätigkeiten von Personen wäre das Leben in einer modernen Volkswirtschaft, wie wir sie kennen, undenkbar. So ist es nicht verwunderlich, dass der deutsche Gesetzgeber verschiedene Personenzusammenschlüsse gesetzlich normiert hat.

Die wichtigsten Formen von Personengesellschaften sind die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR), die offene Handelsgesellschaft (OHG) und die Kommanditgesellschaft (KG). In diesem Aufsatz werden die Besonderheiten der einkommensteuerrechtlichen Einkünftequalifikation derartiger Personengesellschaften, die der Gesetzgeber mit § 15 Abs. 3 EStG normiert hat, behandelt. Die Auswirkungen des § 15 Abs. 3 EStG sollen beleuchtet werden und die Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen der Nr. 1 und 2 der Vorschrift sollen herausgearbeitet werden. Hierzu werden der Tatbestand (**B. I.**), die Rechtsfolge (**B. II.**), Vermeidungsstrategien (**B. III.**), Zeitpunkt der Umqualifizierung (**B. IV.**) und die Rechtfertigung/Verfassungsmäßigkeit (**B. V.**) auf Unterschiede und Gemeinsamkeiten untersucht.

B. Abfärbe- und Prägetheorie

Die Qualifikation der Einkünfte der Personengesellschaft richtet sich in der Regel nach der von ihr unternommenen Tätigkeit.¹ Besteuerungssubjekt für die Einkommensteuer oder die Körperschaftsteuer ist nicht die Personengesellschaft selbst, sondern der einzelne Gesellschafter (sog. Transparenzprinzip).²

Es handelt sich um gewerbliche Einkünfte, wenn die Personengesellschaft eine gewerbliche Tätigkeit i. S. d. § 15 Abs. 2 EStG ausübt (§ 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EStG). Daneben liegen auch dann gewerbliche Einkünfte vor, wenn die Voraussetzungen des § 15 Abs. 3 EStG, der sowohl die Abfärbe- als auch die Prägetheorie in sich vereint, vorliegen.

Nach § 15 Abs. 3 EStG gilt die mit Einkünfteerzielungsabsicht unternommene Tätigkeit der Personengesellschaft in vollem Umfang als Gewerbebetrieb, wenn die Personengesellschaft auch eine Tätigkeit i. S. d. § 15 Abs. 1 Nr. 1 EStG ausübt

¹ *Zenthöfer*, Einkommensteuer, 13. Aufl. 2019, Rn. 2.2.1. ff.; *Döllerer*, Neues Steuerrecht der Personengesellschaft, DStZ 1983, 179 (179); *Gschwendtner*, Die atypische stille Gesellschaft als beschränkt rechtsfähiges Steuerrechtssubjekt im Einkommensteuerrecht, DStZ 1998, 335 (335).

² *Krumm*, in: Kirchhof, 19. Aufl. 2020, § 15 Rn. 162; *BFH*, NJW 1985, 93 (94).

oder gewerbliche Einkünfte i. S. d. § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG bezieht (§ 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG). § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG ist Ausdruck der Abfärbetheorie.³ Die Tätigkeit der Personengesellschaft gilt auch dann als Gewerbebetrieb, wenn sie keine Tätigkeit i. S. d. § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EStG ausübt, aber bei ihr ausschließlich eine oder mehrere Kapitalgesellschaften persönlich haftende Gesellschafter sind und nur diese oder Personen, die nicht Gesellschafter sind, zur Geschäftsführung befugt sind oder eine gewerblich geprägte Personengesellschaft persönlich haftender Gesellschafter ist (§ 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG).

§ 15 Abs. 3 Nr. 1 Var. 1 EStG wird auch als Seitwärtsinfektion bezeichnet.⁴ Hierfür übt die Personengesellschaft unterschiedliche Tätigkeiten aus, wobei eine Tätigkeit als gewerbliche Tätigkeit i. S. d. § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EStG zu beurteilen ist.⁵

Daneben beschreibt § 15 Abs. 3 Nr. 1 Var. 2 EStG die sog. Aufwärtsinfektion, wobei die zu beurteilende Gesellschaft als Mitunternehmer an einer weiteren Personengesellschaft beteiligt ist und von dieser Gewinnanteile i. S. d. § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 S. 2 EStG bezieht. Die gewerbliche Tätigkeit der Unterbeteiligung infiziert insofern die Tätigkeit der Gesellschaft aufwärts.⁶

§ 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG ist Ausdruck der sog. Prägetheorie. Mit ihrem beherrschenden Einfluss auf die Personengesellschaft prägt die persönlich haftende Kapitalgesellschaft, die unabhängig von ihrer unternommenen Tätigkeit immer gewerbliche Einkünfte erzielt (§ 8 KStG), die zu beurteilende Personengesellschaft.⁷

Die Umqualifizierung der als nicht gewerblich qualifizierten Tätigkeit erfolgt sowohl nach Nr. 1 also nach Nr. 2 nur, wenn sie mit Einkünfteerzielungsabsicht ausgeübt wird. Dazu ist die Absicht, einen betrieblichen Totalgewinn einschließlich etwaiger steuerpflichtiger Veräußerungs- und Aufgabegewinne zu

³ *Wacker*, in: Schmidt Einkommensteuergesetz, 38. Aufl. 2019, § 15 Rn. 196.

⁴ *Bitz*, in: Littmann/Bitz/Pust, Das Einkommensteuerrecht, 141. Aktualisierung 2020, § 15 Rn. 152 ff.

⁵ *Korn/Scheel*, (Keine) Zukunft der gewerblichen Infektion von Personengesellschaften, DStR 2019, 1665 (1665).

⁶ *Ebd.*, S. 1665.

⁷ *Desens/Blischke*, in: Kirchhof/Söhn, Einkommensteuergesetz, 270. Aktualisierung 2016, § 15 Rn. E 27 ff.

erzielen, erforderlich. Daran fehlt es, wenn mit den Einnahmen lediglich die Selbstkosten gedeckt werden.⁸

I. Tatbestand

Im Folgenden soll der Tatbestand des § 15 Abs. 3 Nr. 1 und Nr. 2 EStG auf Gemeinsamkeiten und Unterschiede untersucht werden. Die Auswirkungen des § 15 Abs. 3 EStG können steuerlich weitreichend sein. So wird das Vermögen der Personengesellschaft steuerrechtlich verstrickt und es können gewerbesteuerpflichtige Einkünfte entstehen. Abweichend vom Grundsatz, dass allein die Tätigkeit für die Einkünftequalifikation entscheidend ist, bestimmt § 15 Abs. 3 EStG eine Qualifizierung als gewerbliche Einkünfte.

1. Gemeinsamkeiten

Gemeinsam haben beide Vorschriften, dass sie jeweils das Vorhandensein einer Personengesellschaft fordern. Grundsätzlich werden damit alle nach außen wirkenden Personengesellschaften, wie die OHG, GbR, KG oder ausländische Personengesellschaften, die mit einer inländischen vergleichbar sind, erfasst.⁹

Nicht erfasst werden Erben-, eheliche Gütergemeinschaften und typisch stille Gesellschaften i. S. d. § 230 HGB.¹⁰

Der Erbengemeinschaft sowie der ehelichen Gütergemeinschaft fehlt es insoweit an der für die Infizierung nach § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG erforderlichen nach außen wirkenden unternehmerischen Tätigkeit der Personengesellschaft. Eine Prägung nach § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG kommt der Natur der Gesellschaften nach nicht in Betracht, da die persönliche Haftung bei der Erbengemeinschaft nicht allein einer Kapitalgesellschaft übertragen werden kann und die Kapitalgesellschaft nicht Teil einer ehelichen Gütergemeinschaft sein kann.¹¹

Als reiner Innengesellschaft fehlt der stillen Gesellschaft die von § 15 Abs. 3 EStG vorausgesetzte nach außen wirkende unternehmerische Tätigkeit gleichermaßen; der stille Gesellschafter ist weder am laufenden Gewinn noch am Gesamtgewinn beteiligt und trägt auch kein Unternehmerrisiko. Eine Prägung kann hier nicht stattfinden, da ein stiller Gesellschafter nicht alleiniger persönlich

⁸ *Wacker*, in: Schmidt (Fn. 3), § 15 Rn. 24 ff.

⁹ *Bitz*, in: Littmann/Bitz/Pust, Das Einkommensteuerrecht (Fn. 4), § 15 Rn. 171; *Dißars*, in: Lademann/Söffing, Einkommensteuergesetz, 248. Aktualisierung 2019, § 15 Rn. 256a; *Krumm*, in: Kirchhof (Fn. 2), § 15 Rn. 173.

¹⁰ *Wacker*, in: Schmidt (Fn. 3), § 15 Rn. 187.

¹¹ *Krumm*, in: Kirchhof (Fn. 2), § 15 Rn. 198; *BFH*, NJW 1991, 249 (253).

haftender Gesellschafter und Geschäftsführer sein kann.¹² Anders stellt sich das bei atypisch stillen Gesellschaften dar, bei denen der stille Gesellschafter über die reine Kapitalgebung hinaus auch Risiko und Initiative eines Unternehmers trägt.¹³

2. Unterschiede

Im Folgenden sollen die Unterschiede zwischen § 15 Abs. 3 Nr. 1 und Nr. 2 EStG anhand der Unterscheidungskriterien Tätigkeit (*a*), Haftung (*b*) und Geschäftsführung (*c*) herausgearbeitet werden.

a) Tätigkeiten

Nachfolgend soll der Tatbestand hinsichtlich der Tätigkeiten, die zu dessen Erfüllung benötigt werden, untersucht werden. § 15 Abs. 3 Nr. 1 S. 1 EStG hat ein weitreichendes Tätigkeitserfordernis, während nach § 15 Abs. 3 Nr. 2 S. 1 EStG keine gewerbliche Tätigkeit vorliegen darf.

aa) § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG

Sowohl die Seitwärtsinfektion (§ 15 Abs. 3 Nr. 1 Var. 1 EStG) als auch die Aufwärtsinfektion (§ 15 Abs. 3 Nr. 1 Var. 2 EStG) setzen voraus, dass neben der nicht gewerblichen Tätigkeit auch eine davon zu trennende originär gewerbliche Betätigung oder eine gewerbliche Betätigung im Rahmen einer Mitunternehmerschaft unternommen wird. Die Tätigkeiten müssen trennbar sein, da andernfalls eine einheitliche Tätigkeit anzunehmen ist, die auch als einheitliche Einkunftsart qualifiziert wird. Maßgebend ist, welche Betätigung für die Erfüllung des Gesellschaftszwecks im Vordergrund steht.¹⁴ Die Betätigungen dürfen sich in diesem Fall nicht gegenseitig derartig bedingen, dass nach der Verkehrsauffassung nur eine einheitliche Tätigkeit anzunehmen ist.¹⁵

Ist die gewerbliche Tätigkeit von der Gewerbesteuer befreit, erstreckt sich die Befreiung auch auf die originär nicht gewerbliche Tätigkeit.¹⁶

¹² *Krumm*, in: Kirchhof (Fn. 2), § 15 Rn. 187.

¹³ *Zenthöfer* (Fn. 1), Rn. 2.2.2.4.3.

¹⁴ *Wehrheim/Brodthage*, Die Abfärbetheorie bei teilweise gewerblich tätigen Personengesellschaften, DStR 2003, 485 (488).

¹⁵ *Desens/Blischke*, in: Kirchhof/Söhn (Fn. 7), § 15 Rn. E 16; *BFH*, Beschl. v. 29.11.2012, BeckRS 2013, 94975, Rn. 28.

¹⁶ *Korn/Scheel* (Fn. 5), S. 1669; *Desens/Blischke*, in: Kirchhof/Söhn (Fn. 7), § 15 Rn. E 19.

(1) § 15 Abs. 3 Nr. 1 Var. 1 EStG

Im Falle der Seitwärtsinfektion muss die Personengesellschaft eine originär gewerbliche Tätigkeit i. S. d. §§ 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, Abs. 2 EStG ausüben.¹⁷

Eine der häufig auftretenden Fallkonstellationen ist die freiberufliche Personengesellschaft, bei der einer freiberuflichen Tätigkeit i. S. d. § 18 Abs. 1 Nr. 1 EStG nachgegangen wird. Eine Freiberufler-Personengesellschaft ist nur dann gegeben, wenn alle Gesellschafter der betreffenden Personengesellschaft die Voraussetzungen einer freiberuflichen Tätigkeit i. S. d. § 18 Abs. 1 EStG erfüllen. Zur Begründung führt die Rechtsprechung an, dass das Erfordernis der Freiberuflichkeit nicht von der Gesellschaft, sondern nur von den natürlichen Personen im Gesellschafterkreis verwirklicht werden kann, da alle Berufe i. S. d. § 18 Abs. 1 Nr. 1 EStG eine besondere persönliche Eigenschaft fordern.¹⁸ Aufgrund dessen gilt die mitunternehmerische Beteiligung einer Kapitalgesellschaft immer als berufsfremd – ungeachtet der dahinterstehenden Gesellschafter.¹⁹

Liegen die Voraussetzungen des § 18 Abs. 1 Nr. 1 EStG bei einem Gesellschafter nicht vor, erzielen alle Gesellschafter gewerbliche Einkünfte i. S. d. § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG (Durchsäuerungstheorie).²⁰ Ob eine derartige Einkünftequalifikation aus § 15 Abs. 3 Nr. 1 Var. 1 EStG folgt oder aber eine schlichte Konsequenz des § 18 EStG ist, kann dahinstehen, da in beiden Fällen gewerbliche Einkünfte vorliegen.²¹

(2) § 15 Abs. 3 Nr. 1 Var. 2 EStG

Die Aufwärtsinfektion des § 15 Abs. 3 Nr. 1 Var. 2 EStG setzt, anders als die Seitwärtsinfektion, voraus, dass keine Tätigkeit i. S. d. § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EStG ausgeübt wird, aber Einkünfte i. S. d. § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG bezogen werden. Bei der Beteiligung, aus der die Einkünfte bezogen werden, kann es sich um originär gewerblich tätige, gewerblich geprägte (§ 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG) oder selbst gewerblich infizierte Gesellschaften handeln (§ 15 Abs. 3 Nr. 1 Var. 1

¹⁷ *Desens/Blischke*, in: Kirchhof/Söhn (Fn. 7), § 15 Rn. E 15.

¹⁸ *BFH*, NJW 1986, 1376 (1376); vgl. dazu *Levedag*, Gewerbliche Einkünfte von Rechtsanwaltssozietäten durch Abfärbung, DStR 2018, 2094 (2095).

¹⁹ *BFH*, NJW 2008, 3165 (3167); *Dißars*, in: Lademann/Söffing (Fn. 9), § 15 Rn. 250.

²⁰ *Bitz*, in: Littmann/Bitz/Pust (Fn. 4), § 15 Rn. 163 ff.

²¹ *Desens/Blischke*, in: Kirchhof/Söhn (Fn. 7), § 15 Rn. D 15.

EstG).²² Erforderlich ist, dass die Beteiligung an der Untergesellschaft zum Gesamthandsvermögen der Obergesellschaft gehört.²³

Voraussetzung ist daher, dass die Obergesellschaft als Mitunternehmerin einer gewerblichen Untergesellschaft gewerbliche Einkünfte i. S. d. § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EstG bezieht. Der Obergesellschaft muss also Mitunternehmerinitiative und -risiko zukommen; eine bloße kapitalmäßige Beteiligung ist hierfür nicht ausreichend.²⁴

(3) Bagatellgrenze

Nach dem Gesetzeswortlaut führt grundsätzlich jedwede, auch nur unwesentliche gewerbliche Tätigkeit uneingeschränkt zur Abfärbung.²⁵

(a) § 15 Abs. 3 Nr. 1 Var. 1 EstG

Für die Anwendung des § 15 Abs. 3 Nr. 1 Var. 1 EstG führt nach der Rechtsprechung des *BFH* eine äußerst geringfügige gewerbliche Tätigkeit i. S. d. § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EstG jedoch nicht zur Umqualifizierung. Begründet wird diese wortlauteinschränkende Rechtsprechung mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.²⁶

Eine Tätigkeit von ganz untergeordneter Bedeutung dürfe nicht zur Umqualifizierung führen, da ihr ansonsten ein unverhältnismäßig großes Gewicht beigemessen würde. Fortentwickelt wurde diese Rechtsprechung dergestalt, dass freiberufliche Einkünfte einer Personengesellschaft nicht zu gewerblichen Einkünften umqualifiziert werden, wenn die originär gewerblichen Nettoumsätze nicht höher als 3 % des Gesamtnettoumsatzes (relative Grenze) und nicht höher als 24 500 € (absolute Grenze) im Veranlagungszeitraum sind.²⁷ Letztere Größe orientiert sich an dem gewerbsteuerlichen Freibetrag nach § 11 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 GewStG. Wenn bereits die gewerblichen Umsätze unter dem gewinnbezogenen Freibetrag liegen, drohe i. d. R. kein Gewerbesteuerausfall.²⁸

²² *Bitz*, in: Littmann/Bitz/Pust (Fn. 4), § 15 Rn. 162b; *Meyer/Bäumel*, in: Kanzler Einkommensteuergesetz, 5. Aufl. 2020, § 15 Rn. 531.

²³ *Meyer/Bäumel*, in: Kanzler (Fn. 22), § 15 Rn. 531.

²⁴ *Dißars*, in: Lademann/Söffing (Fn. 9), § 15 Rn. 195 ff.; *Meyer/Bäumel*, in: Kanzler (Fn. 22), § 15 Rn. 532.

²⁵ *Korn/Scheel* (Fn. 5), S. 1667.

²⁶ *BFH*, DStR 1994, 1887; *BFH*, NJW 2000, 312 (312).

²⁷ *BFH*, Beschl. v. 27.8.2014, BeckRS 2015, 94227, Rn. 28.

²⁸ *Wacker*, in: Schmidt (Fn. 3), § 15 Rn. 188.

Ob diese Grenze auch für Einkunftsarten gilt, die nicht freiberuflich sind, ist nicht entschieden. Eine Einschränkung auf freiberufliche Einkünfte ist den Verwaltungsanweisungen in H 15.8 Abs. 5 „Bagatellgrenze“ EStH jedenfalls nicht zu entnehmen und ist mitunter auch sachlich nicht zu rechtfertigen.²⁹

(b) § 15 Abs. 3 Nr. 1 Var. 2 EStG

Für die Aufwärtsinfektion gilt die Bagatellgrenze nicht, wie höchstrichterlich mit Urteil des *BFH* vom 6.6.2019 geklärt wurde. Nach Ansicht des *BFH* würden Einkünfte i. S. d. § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG unabhängig von ihrem Umfang immer zur Umqualifizierung führen. Anders als bei § 15 Abs. 3 Nr. 1 Var. 1 EStG müsse § 2 Abs. 1 S. 2 GewStG allerdings dahingehend verfassungsgemäß ausgelegt werden, dass ein gewerbliches Unternehmen i. S. d. § 15 Abs. 3 Nr. 1 Var. 2 EStG nicht als ein nach § 2 Abs. 1 S. 1 GewStG der Gewerbesteuer unterliegender Gewerbebetrieb gilt.³⁰

(4) Zebragesellschaft

Der (umgekehrte) Fall, d. h. die Beteiligung einer gewerblichen Personengesellschaft an einer nicht gewerblichen Personengesellschaft unterfällt nicht der Abfärberegelung des § 15 Abs. 3 Nr. 1 Var. 2 EStG. Der Wortlaut des § 15 Abs. 3 Nr. 1 Var. 2 EStG gibt diese Folge nicht her. Aus dieser Beteiligung kann die Untergesellschaft, also die nicht gewerblich tätige Personengesellschaft, – mangels Beteiligung – keine Einkünfte i. S. d. § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG beziehen.³¹

(5) Negative Einkünfte

§ 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG wurde durch das JStG 2019 um Satz 2 ergänzt, wonach Satz 1 auch dann gelte, wenn aus der Tätigkeit i. S. d. § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EStG ein Gewinn oder Verlust erzielt wird oder wenn gewerbliche Einkünfte i. S. d. § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG positiv oder negativ sind³².

Bis zur Änderung führten negative Einkünfte bei Tätigkeiten i. S. d. § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 EStG nicht zur Abfärbung.

²⁹ *Korn/Scheel* (Fn. 5), S. 1667; *BFH*, DStR 2018, 1421.

³⁰ *BFH*, DStR 2019, 1630 (1630); zur Begründung siehe **V**.

³¹ *Richter/Churba/Dorn*, Offene Fragen und Probleme bei Anwendung der sog. „Aufwärtsinfektion“ des § 15 Abs. 3 Nr. 1 Var. 2 EStG, DStR 2016, 2944 (2945); *Bitz*, in: *Littmann/Bitz/Pust* (Fn. 4), § 15 Rn. 164.

³² Gesetz zur weiteren steuerlichen Förderung der Elektromobilität und Änderung weiterer steuerlicher Vorschriften vom 17.12.2019 (BGBl. 2019, S. 2451).

bb) § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG

§ 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG kann nur einschlägig sein, falls die Personengesellschaft weder eine gewerbliche Tätigkeit i. S. d. § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EStG noch nach § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG ausübt, da die Tätigkeit der Gesellschaft damit bereits in ihrer Gesamtheit als gewerblich zu beurteilen wäre.³³

cc) Zwischenergebnis

§ 15 Abs. 3 Nr. 1 und Nr. 2 unterscheiden sich im Hinblick auf die Tätigkeit dahingehend, dass für Nr. 1 die Personengesellschaft auch eine gewerbliche Tätigkeit ausüben muss und für Nr. 2 keine solche erbracht werden darf.

b) Haftung

§ 15 Abs. 3 EStG unterscheidet sich ferner in den Haftungsverhältnissen der Gesellschafter.

aa) § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG

Es ist i. R. d. § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG ohne Bedeutung, welcher Gesellschafter und in welchem Umfang dieser für Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet.

bb) § 15 Abs. 3 Nr. 2 S. 1 EStG

(1) Kapitalgesellschaft

Im Gegensatz dazu müssen gemäß § 15 Abs. 3 Nr. 2 S. 1 EStG ausschließlich eine oder mehrere Kapitalgesellschaften persönlich haftender Gesellschafter sein.

Der Begriff der Kapitalgesellschaft entspricht dem des § 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG und ist nicht auf inländische Kapitalgesellschaften beschränkt. Auch ausländische Kapitalgesellschaften sind umfasst, sofern sie den inländischen ähneln. Erfasst wird auch die mit Abschluss des Gesellschaftsvertrages entstehende Vorgesellschaft, wenn diese später ins Handelsregister eingetragen wird.³⁴

(2) Persönliche Haftung

Persönliche Haftung bedeutet, dass ein Gesellschafter neben der Gesellschaft für deren gesetzliche und rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten aufgrund der §§ 124, 128, 130 HGB unbeschränkt haftet, vgl. § 161 Abs. 1 HGB. Unbeschränkt ist die Haftung, wenn sie weder gegenständlich noch

³³ *Desens/Blischke*, in: Kirchhof/Söhn (Fn. 7), § 15 Rn. E 33.

³⁴ *Wacker*, in: Schmidt (Fn. 3), § 15 Rn. 216.

summenmäßig beschränkt ist (Haftung mit dem gesamten Vermögen). Maßgebend ist hierfür ausschließlich die zivilrechtliche Gesellschafterstellung. Persönlich haftende Gesellschafter sind demnach die der OHG, GbR und der Komplementär der KG selbst dann, wenn sie für bestimmte Verbindlichkeiten aufgrund individualvertraglicher Vereinbarungen nicht unbeschränkt haften oder einer Haftungsbeschränkung z. B. aufgrund ihrer Minderjährigkeit unterliegen. Dem steht auch nicht entgegen, dass eine Kapitalgesellschaft aufgrund ihrer Rechtsform nur beschränkt haftet.³⁵

Demnach setzt eine Prägung bei einer GbR und OHG voraus, dass alle Gesellschafter Kapitalgesellschaften sind.³⁶

(3) GmbH & Co. GbR mbH

Gemäß § 15 Abs. 3 Nr. 2 S. 1 EStG gilt die Tätigkeit einer gewerblich geprägten Personengesellschaft auch dann als Gewerbebetrieb, wenn sie nicht gewerblich tätig ist. Eine Personengesellschaft ist gewerblich geprägt, wenn ausschließlich eine oder mehrere Kapitalgesellschaften persönlich haftende Gesellschafter sind und nur diese oder gesellschaftsfremde Personen zur Geschäftsführung befugt sind.

Wegen des Wortlautes „ausschließlich“ war umstritten, ob die sog. GmbH & Co. GbR mbH unter die Vorschrift des § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG zu fassen ist. Bei der GmbH & Co. GbR mbH ist eine GmbH geschäftsführende Gesellschafterin der GbR; daneben gibt es Gesellschafter, die keine Kapitalgesellschaften sind. Im Gesellschaftsvertrag der GbR und/oder individualvertraglich mit jedem Geschäftspartner wird vereinbart, dass die Haftung der anderen Gesellschafter für Verbindlichkeiten der GbR ausgeschlossen ist.³⁷

Nach alter Rechtsprechung wurde eine solche Konstellation von § 15 Abs. 3 Nr. 2 S. 1 EStG erfasst. Der (vertraglich) beschränkt haftende BGB-Gesellschafter stand insoweit dem Kommanditisten einer KG, der seine Haftungseinlage geleistet hatte, gleich.³⁸

³⁵ *Wacker*, in: Schmidt (Fn. 3), § 15 Rn. 218; *Dißars*, in: Lademann/Söffing (Fn. 9), § 15 Rn. 260.

³⁶ *FG München*, DStRE 2009, 713 (714); *Dißars*, in: Lademann/Söffing (Fn. 9), § 15 Rn. 260a.

³⁷ *Desens/Blischke*, in: Kirchhof/Söhn (Fn. 7), § 15 Rn. E 43, 38.

³⁸ BFHE 149, 149; *Bitz*, in: Littmann/Bitz/Pust (Fn. 4), § 15 Rn. 175; *Bode*, in: Blümich, Einkommensteuergesetz, 147. EL 2019, § 15 Rn. 277.

Nach der Entscheidung des *BGH* vom 27.9.1999 ist dieser Auffassung nicht mehr zu folgen. Bei der GbR ist die persönliche Haftung der Gesellschafter ein originäres und typisches Element. Daher sei eine Haftungsbeschränkung rechtsgeschäftlich begründeter Schulden durch gesellschaftsvertragliche Regelungen nicht möglich, sondern allein durch einzelvertraglich zu vereinbarenden Haftungsausschlüssen für jeden einzelnen Vertragsabschluss. Des Weiteren kann die Haftung für gesetzliche Schulden nicht ausgeschlossen werden.³⁹

Dieses Urteil bewirkte, dass die GbR mbH keine praktische Bedeutung mehr hat. Steuerlich führte das Urteil dazu, dass die Gesellschaften, die ehemals eine originär vermögensverwaltende GbR mbH waren, nicht mehr vom Anwendungsbereich des § 15 Abs. 3 Nr. 2 S. 1 EStG erfasst werden. Für die Gesellschaft bedeutet dies, dass ihre Wirtschaftsgüter unter Aufdeckung der stillen Reserven durch Realisierung eines Entnahmegewinns überführt werden mussten.⁴⁰

cc) § 15 Abs. 3 Nr. 2 S. 2 EStG

Neben der Möglichkeit, dass ausschließlich eine oder mehrere Kapitalgesellschaften persönlich haftender Gesellschafter sind, ist es nach § 15 Abs. 3 Nr. 2 S. 2 EStG ausreichend, wenn der persönlich haftende Gesellschafter ausschließlich aus einer oder mehreren gewerblich geprägten Personengesellschaften besteht (sog. doppelstöckige Personengesellschaft). Die gewerblich geprägte Obergesellschaft ist zwar keine Kapitalgesellschaft, wird dieser aber gleichgestellt.⁴¹

Dem Wortlaut nach werden Konstellationen, bei denen die Obergesellschaft nach § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EStG originär gewerblich tätig ist, nicht erfasst. Nach dem Sinn und Zweck des § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG sollen aber alle Gesellschaftskonstellationen erfasst werden, in denen eine Haftung der Gesellschaft auf das Vermögen einer oder mehrerer Kapitalgesellschaften begrenzt ist. Insofern ist das nur gewährleistet, wenn auch originär gewerbliche Personengesellschaften, bei denen die Haftung ausschließlich einer Kapitalgesellschaft obliegt, die Rechtsfolge des § 15 Abs. 3 Nr. 2 S. 2 EStG auslösen. Die Gleichstellung der gewerblich geprägten Obergesellschaft mit einer

³⁹ *BGH*, DStR 1999, 1704 (1706 f.); *Wacker*, in: Schmidt (Fn. 3), § 15 Rn. 227; *Bitz*, in: Littmann/Bitz/Pust (Fn. 4), § 15 Rn. 175.

⁴⁰ *Heinicke*, in: Schmidt (Fn. 3), § 4 Rn. 300 ff.; 503.

⁴¹ *Bode*, in: Blümich (Fn. 38), § 15 Rn. 279; *Wacker*, in: Schmidt (Fn. 3), § 15 Rn. 216.

Kapitalgesellschaft umfasse erst recht auch die Gleichstellung einer originär gewerblich tätigen Obergesellschaft (*argumentum a maiore ad minus*).⁴²

c) *Geschäftsführung*

Auch die Frage, welcher Gesellschafter zur Geschäftsführung befugt ist, ist im Rahmen der § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG ohne Bedeutung. Nach § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG hingegen darf die Geschäftsführung ausschließlich einer oder mehreren Kapitalgesellschaften oder Personen, die nicht Gesellschafter sind, obliegen.

Der Begriff der Geschäftsführung ist gesellschaftsrechtlich zu verstehen, §§ 114 – 117, 164 HGB, §§ 709 – 713 BGB. Geschäftsführung meint demnach die durch Gesetz oder Gesellschaftsvertrag bestehende organschaftliche, im Innenverhältnis der Gesellschafter vorhandene Befugnis, eine Tätigkeit zur Verwirklichung des Gesellschaftszwecks vorzunehmen. Unmaßgeblich ist die Vertretungsbefugnis im Außenverhältnis oder auch die lediglich durch Dienstverhältnis eingeräumte Möglichkeit der Geschäftsführung.⁴³

Die persönliche haftende und die zur Geschäftsführung befugte Kapitalgesellschaft müssen nicht identisch sein. § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG findet folglich auch Anwendung, wenn neben der alleinigen Komplementär-Kapitalgesellschaft eine weitere Kommanditisten-Kapitalgesellschaft zur Geschäftsführung befugt ist.⁴⁴

aa) Einmann-GmbH & Co. KG

Eine Sonderkonstellation bildet die sog. Einmann-GmbH & Co. KG. Dabei ist der einzige Kommanditist der KG zugleich der alleinige Anteilseigner der persönlich haftenden GmbH. Dass der einzige Kommanditist der KG als Geschäftsführer der GmbH tätig wird und damit mittelbar auch die Geschäfte der KG führt, lässt eine Prägung i. S. d. § 15 Abs. 3 Nr. 2 S. 1 EStG nicht scheitern. Der Kommanditist wird nämlich bei der Geschäftsführung der KG gerade nicht als der Kommanditist der Personengesellschaft tätig. Handelsrechtlich obliegt allein der GmbH die Führung der Geschäfte der KG.⁴⁵

⁴² *Desens/Bläschke*, in: Kirchhof/Söhn (Fn. 7), § 15 Rn. E 37; *BFH*, DStR 2010, 1220 (1222).

⁴³ *Wacker*, in: Schmidt (Fn. 3), § 15 Rn. 222; *Bitz*, in: Littmann/Bitz/Pust (Fn. 4), § 15 Rn. 176; *Djifars*, Lademann/Söffing (Fn. 9), § 15 Rn. 258.

⁴⁴ *Wacker*, in: Schmidt (Fn. 3), § 15 Rn. 222.

⁴⁵ *Djifars*, in: Lademann/Söffing (Fn. 11), § 15 Rn. 259; *Wacker*, in: Schmidt (Fn. 3), § 15 Rn. 223.

bb) Einheits-GmbH & Co. KG

Eine weitere umstrittene Konstellation ist die der sog. Einheits-GmbH & Co. KG, in der die KG alleinige Gesellschafterin ihrer Komplementär-GmbH ist. Eine solche Konstellation ist zivilrechtlich wegen des Prinzips der Privatautonomie möglich. Grundsätzlich löst eine solche Konstellation auch die Prägung des § 15 Abs. 3 Nr. 2 S. 1 EStG aus. Im Regelfall wird der GmbH in ihrer Tätigkeit als Geschäftsführerin der KG das Stimmrecht in ihrer eigenen Gesellschafterversammlung aberkannt und stattdessen den Kommanditisten zugewiesen.

cc) Nicht-Gesellschafter

Nach § 15 Abs. 3 Nr. 2 S. 1 EStG müssen die haftende Kapitalgesellschaft oder nur Personen, die nicht Gesellschafter sind, zur Geschäftsführung befugt sein. Bei Personengesellschaften können Nicht-Gesellschafter nach dem Prinzip der Selbstorganschaft nicht alleinige Geschäftsführer sein. Der Tatbestand des § 15 Abs. 3 Nr. 2 S. 1 EStG reduziert sich daher darauf, dass Nicht-Gesellschafter nur neben den unbeschränkt haftenden Gesellschaftern (Kapitalgesellschaft) zur Geschäftsführung befugt sein können. Durch das Prinzip der Selbstorganschaft erlangt der Nicht-Gesellschafter bei Einräumung einer Drittgeschäftsführung lediglich eine derivative Rechtsstellung im Sinne einer Generalvollmacht.⁴⁶

dd) § 15 Abs. 3 Nr. 2 S. 2 EStG

§ 15 Abs. 3 Nr. 2 S. 2 EStG ordnet an, dass die Befugnis zur Geschäftsführung auch einer oder mehreren gewerblich geprägten Personengesellschaften oder der originär gewerblich tätigen Personengesellschaft im o. g. Sinne obliegen kann.

II. Rechtsfolge

§ 15 Abs. 3 EStG führt dazu, dass die von der Personengesellschaft mit Einkünfteerzielungsabsicht unternommene Tätigkeit in vollem Umfang als Gewerbebetrieb gilt. Die Vorschrift begründet also eine sachliche Gewerbesteuerpflicht originär nicht gewerblicher Einkünfte und eine Steuerverstrickung des originär nicht gewerblichen Betriebsvermögens, was tendenziell zu einer höheren Gesamtsteuerlast führt. Sofern die Gesellschafter Mitunternehmer sind, erzielen sie aus ihrer Beteiligung Einkünfte gemäß § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG.⁴⁷

⁴⁶ *Djåars*, in: Lademann/Söffing (Fn. 11), § 15 Rz 258; *Wacker*, in: Schmidt (Fn. 3), § 15 Rn. 224.

⁴⁷ *Korn/Scheel* (Fn. 5), S. 1666; *Wacker*, in: Schmidt (Fn. 3), § 15 Rn. 231.

1. Fiktion Gewerbebetrieb

Der nach § 15 Abs. 3 EStG fingierte Gewerbebetrieb hat verschiedene steuerliche Auswirkungen.

a) *Steuerverstricktes Betriebsvermögen*

Demnach gehören alle Wirtschaftsgüter zum gewerblichen Betriebsvermögen, soweit es der einkommensteuerrechtlich relevanten Betätigung dient und sämtliche Aufgabe- und Veräußerungsgewinne bzw. Verluste der Besteuerung unterliegen.⁴⁸ Die Fiktion des § 15 Abs. 3 EStG gilt nicht im Falle des Wegfalls eines Tatbestandsmerkmals mit der Folge einer Betriebsaufgabe i. S. d. § 16 Abs. 3 EStG.⁴⁹

b) *Buchführungspflicht und Gewinnermittlung*

Die Fiktion bewirkt weiterhin, dass die Einkünfte gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 1 EStG der Gewinn sind. Die Gewinnermittlung erfolgt gemäß §§ 5 i. V. m. 4 EStG durch Betriebsvermögensvergleich, wenn die Gesellschaft nach §§ 140, 141 EStG bzw. §§ 238, 262 HGB buchführungs- und abschlusspflichtig ist oder sie dies freiwillig tut.⁵⁰

2. Gewerbesteuerpflicht

Daneben bewirkt § 15 Abs. 3 EStG – mit Ausnahme des § 15 Abs. 3 Nr. 1 Var. 2 EStG – auch die Gewerbesteuerpflicht, § 2 Abs. 1 S. 1, 2 GewStG.⁵¹

III. Vermeidungsstrategien

Sowohl für die gewerbliche Infektion als auch die gewerbliche Prägung bieten sich Gestaltungsmöglichkeiten an, mit denen die ggf. unerwünschte Fiktion der Gewerblichkeit vermieden werden kann.

1. Ausgliederungsmodell

Die einheitliche Beurteilung kann durch Ausgliederung der gewerblichen Tätigkeit erfolgen. Denkbar sind hierbei zwei Ausweichgestaltungen.

⁴⁸ *Wacker*, in: Schmidt (Fn. 3), § 15 Rn. 233; *Diflars*, in: Lademann/Söffing (Fn. 11), § 15 Rn. 252.

⁴⁹ *BFH*, Beschl. v. 13.7.2017, BeckRS 2017, 124024, Rn. 16; EstR 16 II 6.

⁵⁰ *Diflars*, in: Lademann/Söffing (Fn. 11), § 15 Rn. 252; *Korn/Scheel* (Fn. 5), S. 1666.

⁵¹ *Wacker*, in: Schmidt (Fn. 3), § 15 Rn. 232; vgl. **V. 1. a)** bb).

a) Selbständige Personengesellschaft

Die gewerbliche Betätigung kann in eine zweite Personengesellschaft ausgegliedert werden, sodass die gewerbliche Betätigung und die nicht-gewerbliche Betätigung durch unterschiedliche Rechtsträger erfolgen.⁵²

Voraussetzung hierfür ist, dass es sich um eine zivilrechtlich selbständige Gesellschaft handelt. Nur dann besteht – auch bei Personen- und Beteiligungsidentität – ein eigener Gewerbebetrieb mit eigenen einkommen- und gewerbsteuerlichen Folgen. Mindestanforderungen für ein getrenntes Auftreten nach außen sind u. a. die wirtschaftliche, finanzielle und organisatorische Unabhängigkeit von der Ursprungsgesellschaft. Die Verflechtung der ursprünglichen und der ausgegliederten Gesellschaft darf nicht zu einer mitunternehmerischen Betriebsaufspaltung führen.⁵³

Die Abfärbung i. S. d. § 15 Abs. 3 Nr. 1 Var. 1 EStG wird dadurch verhindert, dass die Schwesterpersonengesellschaft selbständig die Tätigkeit i. S. d. § 15 I Nr. 1 EStG ausübt.⁵⁴ Die Beteiligungsabfärbung i. S. d. § 15 Abs. 3 Nr. 1 Var. 2 EStG kann umgangen werden, indem die mitunternehmerische Beteiligung i. S. d. § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG durch die neu – für den Zweck des Haltens der Beteiligung – gegründete Gesellschaft gehalten wird.⁵⁵

b) Betriebsinnahmen eines Gesellschafters

Andererseits kann die gewerbliche Betätigung auf einen Gesellschafter übertragen werden.⁵⁶ Zur Umgehung von § 15 Abs. 3 Nr. 1 Var. 1 EStG muss die gewerbliche Tätigkeit von einem Gesellschafter im eigenen Namen und auf eigene Rechnung ausgeübt werden. Oder im Falle des § 15 Abs. 3 Nr. 1 Var. 2 EStG beteiligt sich lediglich der Gesellschafter, nicht aber die Gesellschaft selbst an der Untergesellschaft. In diesem Fall gehört die Beteiligung zum Sonderbetriebsvermögen des Gesellschafters. Er erzielt Einkünfte i. S. d. § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG. § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG erfasst seinem Wortlaut nach nämlich nur Einkünfte der Gesellschaft i. S. d. § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EStG, nicht

⁵² BFH, Beschl. v. 27.8.2014, BeckRS 2015, 94228, Rn. 45; *Wehrheim/Brodthage* (Fn. 14), S. 487.

⁵³ *Bitz*, in: Littmann/Bitz/Pust (Fn. 4), § 15 Rn. 162a.

⁵⁴ *Djifars*, in: Lademann/Söffing (Fn. 11), § 15 Rn. 253; *Wacker*, in: Schmidt (Fn. 3), § 15 Rn. 193.

⁵⁵ *Bitz*, in: Littmann/Bitz/Pust (Fn. 4), § 15 Rn. 162c.

⁵⁶ *Djifars*, in: Lademann/Söffing (Fn. 11), § 15 Rn. 253.

aber die des Gesellschafters, wodurch allein durch das Halten der Beteiligung durch einen Gesellschafter die Infizierung nicht erfolgt.⁵⁷

2. § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG

Um eine gewerbliche Prägung i. S. d. § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG vermeiden zu wollen, kommt eine Erweiterung der Haftung bzw. der Geschäftsführungsbefugnis in Betracht.

a) Erweiterung der Haftung

Die Anwendung des § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG scheidet aus, wenn neben der Kapitalgesellschaft noch eine weitere natürliche Person, eine als Kommanditistin beteiligte Kapitalgesellschaft oder eine Körperschaft, die keine Kapitalgesellschaft ist, als unbeschränkt haftende Gesellschafterin hinzutritt.⁵⁸

b) Erweiterung der Geschäftsführungsbefugnis

Sofern ein nicht persönlich haftender Gesellschafter alleine, eine natürliche Person oder der beschränkt haftende Gesellschafter, der eine Kommanditisten-Kapitalgesellschaft ist, neben einer Kapitalgesellschaft zur Geschäftsführung befugt ist, kommt es nicht zur Anwendung des § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG (vgl. 15.8 VI 1 bis 3 EStR).⁵⁹ Die Möglichkeit, dass auch ein Kommanditist zusätzlich zu einem persönlich haftenden Gesellschafter oder allein Geschäftsführer sein kann, ergibt sich aus der dispositiven Vorschrift des § 164 S. 1 Hs. 1 HGB.⁶⁰

Dass der Geschäftsführer der Komplementär-Kapitalgesellschaft, die auch zur Geschäftsführung bei der KG befugt ist, wiederum an der KG als Kommanditist beteiligt ist, führt nicht zur Vermeidung des § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG, da dieser nur mittelbar die Geschäfte der KG im Rahmen der Geschäftsführung bei der GmbH führt.⁶¹

⁵⁷ *Desens/Blischke*, in: Kirchhof/Söhn (Fn. 7), § 15 Rn. E 22; *Bitz*, in: Littmann/Bitz/Pust (Fn. 4), § 15 Rn. 162c, 152 ff.; *Wehrheim/Brodthage* (Fn. 14), S. 488.

⁵⁸ *Bode*, in: Blümich (Fn. 38), § 15 Rn. 277; *Bitz*, in: Littmann/Bitz/Pust (Fn. 4), § 15 Rn. 174b.

⁵⁹ *Bode*, in: Blümich (Fn. 38), § 15 Rn. 278; *Bitz*, in: Littmann/Bitz/Pust (Fn. 4), § 15 Rn. 176b.

⁶⁰ *Djßars*, in: Lademann/Söffing (Fn. 11), § 15 Rn. 259.

⁶¹ *Bode*, in: Blümich (Fn. 38), § 15 Rn. 278; *Wacker*, in: Schmidt (Fn. 3), § 15 Rn. 223.

IV. Zeitpunkt der Umqualifizierung

Auch im Hinblick auf den Zeitpunkt, zu welchem eine Umqualifizierung stattfindet, unterscheiden sich § 15 Abs. 3 Nr. 1 und Nr. 2 EStG:

1. § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG

Die Seitwärtsinfektion gemäß § 15 Abs. 3 Nr. 1 Var. 1 EStG wird durch Aufnahme der gewerblichen Tätigkeit, nicht erst durch gewerbliche Einkünfte, ausgelöst.⁶²

Die gewerbliche Infektion i. S. d. § 15 Abs. 3 Nr. 1 Var. 2 EStG tritt nicht bereits durch das Halten der Beteiligung, sondern erst durch den Bezug der Einkünfte i. S. d. §§ 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 i. V. m. 4a EStG ein. Die Infektion tritt also in dem Veranlagungszeitraum, in dem die Einkünfte den Mitunternehmern zuzurechnen sind, ein.⁶³

2. § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG

Die gewerbliche Tätigkeit beginnt frühestens mit Abschluss des zivilrechtlich wirksamen Gesellschaftsvertrages der Personengesellschaft.⁶⁴

V. Rechtfertigung & Verfassungsmäßigkeit

Grundgedanke der steuerlichen Behandlung von Personengesellschaften ist die steuerliche Gleichstellung von Einzelunternehmern und Mitunternehmern (Rechtsformneutralität des Steuerrechts).⁶⁵ Hier ist diese steuerliche Gleichstellung im Grundsatz nicht gegeben: Der Einzelunternehmer kann im Gegensatz zur Personengesellschaft mehrere organisatorisch und wirtschaftlich getrennte Tätigkeiten ausüben und kann folglich neben gewerblichen auch freiberufliche, land- und forstwirtschaftliche oder vermögensverwaltende Einkünfte erzielen.⁶⁶ Die Fiktion des § 15 Abs. 3 EStG berührt damit die steuerrechtliche Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers, die nach Art. 3 Abs. 1 GG dadurch begrenzt ist, als dass die Steuerlast an den Prinzipien der finanziellen Leistungsfähigkeit auszurichten ist. Daher muss es entsprechende Rechtfertigungsgründe geben. § 15 Abs. 3 EStG bewirkt eine unterschiedliche steuerliche Belastung trotz gleicher Erträge.⁶⁷

⁶² Wehrheim/Brodthage (Fn. 14), S. 491.

⁶³ Korn/Scheel (Fn. 5), S. 1668; BFH, Beschl. v. 26.6.2014, BeckRS 2014, 95990, Rn. 21.

⁶⁴ Bode, in: Blümich (Fn. 38), § 15 Rn. 227.

⁶⁵ Desens/Blischke, in: Kirchhof/Söhn (Fn. 7), § 15 Rn. E 11.

⁶⁶ BFH, NJW 2009, 462 (462 ff.).

⁶⁷ Korn/Scheel (Fn. 5), S. 1666.

Für die unterschiedliche Behandlung von Einzelunternehmern und Gesellschaftern von Personengesellschaften kann weder die stärkere Leistungsfähigkeit eines Zusammenschlusses von Menschen ohne Weiteres herangezogen werden, da diese nicht *per se* höher ist als die des Einzelunternehmers, noch kann das der Gewerbesteuer zugrundeliegende Äquivalenzprinzip zur Rechtfertigung herangezogen werden. Gleichzeitig darf der Gesetzgeber Sachverhalte typisieren, um der Gegebenheit Herr zu werden, dass Steuergesetze Massenvorgänge sind.⁶⁸

1. § 15 Abs. 3 Nr. 1 Var. 1 EStG

Eine Zielsetzung der Abfärberegung ist die Vereinfachung der Einkünfteermittlung von gemischt tätigen Personengesellschaften.⁶⁹ So kann auf unterschiedliche Methoden der Einkünfteermittlung, insbesondere auch die Aufteilung in unterschiedliche Vermögensmassen, verzichtet werden. Dieses Praktikabilitätsargument kann auch nicht dadurch entkräftet werden, dass vergleichbare Schwierigkeiten bei der Einkünfteermittlung beim Einzelunternehmer bestünden. So ist die Abgrenzung beim Einzelunternehmer relativ leicht, bei einer Personengesellschaft hingegen muss die Abgrenzung mehrerer Einkunftsarten bei mehreren Steuerpflichtigen erfolgen und kann gerade auch durch steuerliche Besonderheiten komplex werden.⁷⁰

Außerdem folgt das Steuerrecht mit dieser Regelung der gesellschaftsrechtlichen Vorstellung, dass eine Personengesellschaft eine einheitliche Tätigkeit ausübt und somit insgesamt als kaufmännisch anzusehen ist. Insofern beruht die Personengesellschaft auf einem einheitlichen Organisationsakt, dem Gesellschaftsvertrag. Der dadurch geäußerte gemeinsame Betätigungswille greife zwangsläufig alle von der Gesellschaft ausgeübten Tätigkeitsbereiche auf und fasse sie zu einer gemeinsamen einheitlichen Tätigkeit zusammen, die folglich auch nur unter eine Einkunftsart zu subsumieren sei.⁷¹

Das dritte wesentliche Argument für die Abfärberegung ist die Sicherung des Gewerbesteueraufkommens. Die gewerblichen Einkünfte sind maßgeblich für die Berechnung der Gewerbesteuer (§ 2 Abs. 1 S. 2 GewStG). Die Abfärberegung soll Streit über nicht eindeutig trennbare Tätigkeiten vermeiden und

⁶⁸ *BVerfG*, DStR 2008, 1003, Rn. 83; *Korn/Scheel* (Fn. 5), S. 1666.

⁶⁹ *Wehrheim/Brodthage* (Fn. 14), S. 486; *Seer/Drüen*, Ausgliederung gewerblicher Tätigkeit zur Vermeidung der Gewerbesteuerpflicht freiberuflicher Sozietäten, BB 2000, 2176 (2178).

⁷⁰ *BVerfG*, NVwZ 2008, 1102 (1105 ff.).

⁷¹ *Wehrheim/Brodthage* (Fn. 14), S. 486; *BFH*, DStR 1998, 200 ff.

verhindern, dass gewerbliche Einkünfte in den außergewerblichen Bereich verlagert werden können. Der Umgehungsweg, die Gesellschaft auszugliedern (Ausgliederungsmodell), ist somit ein vorgesehener Weg, der zusätzlichen Besteuerung zu entgehen, insofern dadurch das Problem der nicht eindeutigen Trennbarkeit unweigerlich wegfällt.⁷²

Schließlich führt § 15 Abs. 3 EStG zu einer Annäherung an die Kapitalgesellschaft, welche ausschließlich Einkünfte aus Gewerbebetrieb erzielen kann. Der Gesetzgeber bewegt sich damit im Bereich bereits vorhandener Gestaltungsspielräume, welche angesichts einer umfassenden Gewerbesteuerpflicht der Kapitalgesellschaften nicht überschritten werden.⁷³

Insgesamt stehen die mit § 15 Abs. 3 EStG verbundenen Nachteile in einem angemessenen Verhältnis mit den Zielen der Regelung. So besteht die Möglichkeit, durch gesellschaftsrechtliche Gestaltungen und die Anrechnungsregelung des § 35 EStG die Konsequenzen der Abfärberegung zu mildern oder ihnen auszuweichen. Die Regelung wird auch durch die Rechtsprechung dadurch entschärft, als dass gewerbliche Tätigkeiten von äußerst geringem Umfang keine Abfärbewirkung entfalten.⁷⁴

2. § 15 Abs. 3 Nr. 1 Var. 2 EStG

Für § 15 Abs. 3 Nr. 1 Var. 2 EStG sind die o. g. Rechtfertigungsgründe im Wesentlichen nicht anwendbar. Hier bestehen keine Abgrenzungsschwierigkeiten verschiedener Einkunftsarten, da der Anteil der Obergesellschaft an der Untergesellschaft durch einheitliche und gesonderte Feststellung ermittelt wird und zwar unabhängig von den sonstigen Einkünften der Obergesellschaft. Auch auf den Schutz des Gewerbesteuereinkommens kann nicht verwiesen werden, da Beteiligungseinkünfte gemäß § 9 Nr. 2 GewStG bei der Obergesellschaft nicht der Gewerbesteuer unterliegen. Dementsprechend muss nach Auffassung des *BFH* § 2 Abs. 1 S. 2 GewStG dahingehend ausgelegt werden, dass eine nach § 15 Abs. 3 Nr. 1 Var. 2 EStG infizierte Gesellschaft kein gewerbliches Unternehmen i. S. d. GewStG ist.⁷⁵

Nach Auffassung der Rechtsprechung ist die Aufwärtsinfektion dennoch – und gerade ohne Bagatellgrenze – verfassungsgemäß, da die damit einhergehende

⁷² *Bürger*, Gewerbesteuerpflicht und Freiberuflichkeit, NJW 2019, 1407 (1409); *BFH*, NJW 2002, 919 (920).

⁷³ *BVerfG*, DSStR 2008, 1003 (1008).

⁷⁴ *Ebd.*

⁷⁵ *Korn/Scheel* (Fn. 5), S. 1668; *BFH*, DSStR 2019, 1630 (1635).

Erleichterung der Einkünfteermittlung legitimer Zweck sei, und zwar unabhängig davon, dass das Ausmaß der Vereinfachung geringer ausfalle als bei § 15 Abs. 3 Nr. 1 Var. 1 EStG. Überdies sei eine Überprüfung der Bagatellgrenze mit erheblichem Ermittlungsaufwand verbunden, da das Finanzamt der Obergesellschaft nicht über die steuerlichen Verhältnisse der Untergesellschaft Kenntnis habe. Müsste es die steuerlichen Verhältnisse ermitteln, widerspreche dies dem Verhältnis zwischen Grundlagen- und Folgebescheid.⁷⁶

3. § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG

Grund der Prägung war nach der früheren Rechtsprechung, dass die persönlich haftende Kapitalgesellschaft kraft ihrer Rechtsform gemäß § 8 Abs. 2 KStG nur gewerbliche Einkünfte habe und dies auf die Personengesellschaft durchschlagen müsse, wenn sie das Gesamtbild der Unternehmertätigkeit durch die Führung der Geschäfte präge.⁷⁷

Diese Rechtsprechung wurde jedoch aufgegeben, da die Tätigkeit und damit auch die Qualifizierung der Einkünfte maßgebend durch die Personengesellschaft als Einheit der Gesellschaft in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit selbst bestimmt werde, nicht aber durch die Kapitalgesellschaft.⁷⁸

Nach Aufgabe dieser Gepräge-Rechtsprechung hat sie mit Rückwirkung eine gesetzliche Grundlage in § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG erhalten. Insofern war das verfolgte Ziel des Gesetzgebers, die aufgegebene Rechtsprechung in das Gesetz zu übernehmen und somit die alte Rechtslage fortzuführen.⁷⁹ § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG erfasst den häufig auftretenden Fall der GmbH & Co. KG und sorgt damit für erhebliche Verwaltungsvereinfachung, da in diesen Fällen keine doppelte Ergebnisermittlung für Komplementär und Kommanditisten erforderlich ist.⁸⁰

Die Norm bewirkt eine Einkünftequalifizierung abweichend vom Grundsatz, dass die von den Gesellschaftern erzielten Einkünfte unabhängig von ihrer Rechtsform bestimmt werden, sondern lediglich aufgrund ihrer Tätigkeit. Gerechtfertigt wird dies durch die wirtschaftliche Nähe und Vergleichbarkeit

⁷⁶ BFH, DStR 2019, 1630 (1631); Korn/Scheel (Fn. 5), S. 1669.

⁷⁷ BFH, Urt. v. 24.4.1980 – IV R 68/77, Rn. 15 (juris); vgl. dazu Bode, in: Blümich (Fn. 38), § 15 Rn. 272; Wacker, in: Schmidt (Fn. 3), § 15 Rn. 212.

⁷⁸ Diefars, in: Lademann/Söffing (Fn. 9), § 15 Rn. 254a; BFH, NJW 1985, 93 (94).

⁷⁹ Bode, in: Blümich (Fn. 38), § 15 Rn. 275; Bütz, in: Littmann/Bitz/Pust (Fn. 4), § 15 Rn. 169.

⁸⁰ BT-Drucks. 10/3663, S. 6.

einer derartigen Gesellschaftsstruktur mit einer Kapitalgesellschaft. Nicht nur die Norm selbst ist verfassungsgemäß, sondern auch deren Rückwirkung, da § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG die bisherige Behandlung von Gesellschaftern und Gesellschaften beibehält und lediglich für die Vergangenheit gesetzlich verankert.⁸¹

C. Fazit

Beide Normen behandeln die Einkünftequalifizierung auf Ebene von Personengesellschaften. Die gemeinsame Rechtsfolge ist die Fiktion eines von der Personengesellschaft betriebenen Gewerbebetriebs. Im Tatbestand stellt § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG auf die von der Personengesellschaft unternommene Tätigkeit ab, während § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG auf die Gesellschaftsstruktur Bezug nimmt. Grundsätzlich ist Hintergrund beider Normen der gesetzgeberische Wille, die Einkünfteermittlung zu vereinfachen sowie das Gewerbesteueraufkommen zu sichern.

⁸¹ *Djßars*, in: Lademann/Söffing (Fn. 9), § 15 Rn. 255.

Nikolaus Tzingos*

Erziehungsberechtigte und gesetzliche Vertreter im Jugendstrafverfahren – Eine Analyse der Aufgaben von Eltern im Jugendstrafverfahren im Lichte rechtspolitischer Aspekte

Abstract

Eltern sind für die Erziehung ihrer Kinder zuständig. Diese Behauptung stellt einerseits ein in der Gesellschaft weit verbreitetes Verständnis über den Aufgabenbereich der Eltern dar, andererseits ist dieser Befund zwingende Folge aus Art. 6 Abs. 2 GG. Sobald Kinder aber strafrechtlich auffällig werden (sog. Delinquenz), entsteht ein Spannungsverhältnis zwischen dem, was die Eltern noch tun dürfen, um ihr Kind zu erziehen, und dem, was der Staat an Restriktionen vorgibt, etwa durch Gesetz. Dieses Spannungsverhältnis spiegelt sich nicht zuletzt in den Normen des Jugendstrafgesetzes (JGG) wider. Was also die Rechte und Pflichten der Eltern während des Jugendstrafverfahrens sind, ist der erste Gegenstand des vorliegenden Beitrags. Darauf aufbauend werden die geltenden Vorschriften einem kritischen, rechtspolitischen Blick unterworfen, bevor die Rechtsstellung der Eltern im Jugendstrafverfahren und die rechtspolitischen Probleme des geltenden Rechts zusammengefasst werden.

* Der Verfasser studiert Rechtswissenschaft im achten Fachsemester an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Der Beitrag beruht auf einer Studienarbeit, die im Sommersemester 2020 im Rahmen eines kriminalwissenschaftlichen Seminars über Jugendstrafrecht und Jugendstrafverfahren von Prof. Dr. Dieter Dölling gestellt wurde. Die Studienarbeit wurde mit 16 Punkten bewertet und für die Veröffentlichung von stud. iur. Johanna Kerscher redaktionell betreut.

A. Einleitung

„Trotz der im Grundsatz starken Rechtsstellung haben Eltern und Erziehungsberechtigte in der Praxis des Jugendstrafverfahrens eine geringe Bedeutung.“¹ Dieses Zitat offenbart einerseits Probleme der Rechtsposition von Erziehungsberechtigten und gesetzlichen Vertretern. Andererseits wirft es diesbezügliche rechtspolitische Probleme auf. Wie stark die Rechtsstellung der Erziehungsberechtigten und gesetzlichen Vertreter tatsächlich ist, wird im Folgenden mit anschließender rechtspolitisch erörternder Beurteilung der geltenden Normen dargestellt.

B. Darstellung der Rechtsposition

I. Allgemeines

Prägend für die Rechtsposition der Erziehungsberechtigten und gesetzlichen Vertreter sind sowohl die eigenen prozessualen Fähigkeiten, die ihnen gesetzlich zugewiesen werden (§§ 67 Abs. 1 – 3; 67a Abs. 1 f. JGG) als auch die Einschränkungen durch das JGG (§§ 67 Abs. 4, S. 1; 67a Abs. 3 f.; 51 Abs. 2 JGG). Beide Sphären sind für die parentale Rechtsstellung im Jugendstrafverfahren relevant.

II. Historische Einordnung

In der Vergangenheit hat die Rechtsstellung der Erziehungsberechtigten und gesetzlichen Vertreter eine Veränderung durch Rechtsprechung und Gesetzgebung erfahren. Das *BVerfG* erklärte § 52 Abs. 2 JGG a. F. im Jahre 2003 für nichtig.² Diese Norm ließ einen ausufernden Ausschluss der Erziehungsberechtigten und gesetzlichen Vertreter von der Hauptverhandlung zu.³ Daraufhin fügte der Gesetzgeber im 2. Justizmodernisierungsgesetz⁴ 2006 dem § 51 Abs. 2 JGG verschiedene Kriterien hinzu, bei deren Einschlägigkeit ein Ausschluss möglich blieb, aber erschwert wurde. Doch nicht nur nationale Entwicklungen haben die Rechtsstellung der Erziehungsberechtigten und gesetzlichen Vertreter entscheidend geprägt. Mit dem auf EU-Recht⁵ basierenden 2. Gesetz zur Stärkung der Verfahrensrechte von Beschuldigten im Strafverfahren⁶ wurde mit § 67a JGG a. F. im Jahre 2017 eine neue Vorschrift eingeführt. Diese sah Benachrichtigungspflichten zugunsten der Erziehungs-

¹ Zieger/Nöding, Verteidigung in Jugendstrafsachen, 7. Aufl. 2018, Rn. 119.

² *BVerfG*, NJW 2003, 2009 ff.

³ *Ebd.*

⁴ BGBl. 2016 I, S. 3416.

⁵ RL 2013/48/EU.

⁶ BGBl. 2017 I, S. 3295.

berechtigten und gesetzlichen Vertreter bei freiheitsentziehenden Maßnahmen gegen den Jugendlichen vor. Die Richtlinie 2016/800 des Europäischen Parlamentes und des Rates hat den Gesetzgeber schließlich dazu veranlasst, noch weitergehende Stärkungen der parentalen Rechtsposition vorzunehmen. Im Gesetz zur Stärkung der Verfahrensrechte von Beschuldigten im Jugendstrafverfahren vom 9.12.2019⁷ kam diese Bestrebung zur Geltung.

III. Gesetzliche Vertreter und Erziehungsberechtigte im Verfahren

Als prägende⁸ Norm für die Rechtsstellung elterlicher Akteure lässt sich § 67 JGG ausmachen, welcher nach der Rechtsstellung der Erziehungsberechtigten und gesetzlichen Vertreter bezeichnet ist. Die benannten Akteure beziehen sich im Jugendstrafverfahren auf ihr beschuldigtes Kind, den jugendlichen Beschuldigten.

1. Begriffsbestimmungen

a) Jugendllicher

Jugendllicher ist gemäß § 1 Abs. 2 JGG, wer vierzehn, aber noch nicht achtzehn Jahre alt ist. Das Alter zum Zeitpunkt der Hauptverhandlung ist hierbei maßgeblich, nicht etwa das Alter bei Tatbegehung.⁹ § 67 JGG kommt sowohl in einem Verfahren vor den für allgemeine Strafsachen zuständigen Gerichten (§§ 104 Abs. 1 Nr. 9, 67 JGG) als auch in einem vereinfachten Verfahren (§ 78 Abs. 3 S. 2 JGG) oder einem Vollstreckungsverfahren (§ 83 Abs. 3 S. 2 JGG) zur Anwendung. Auf Heranwachsende wird § 67 JGG wegen einer fehlenden Verweisung in § 109 Abs. 1 JGG nicht angewandt.

b) Gesetzliche Vertreter und Erziehungsberechtigte

Im JGG findet sich keine Legaldefinition für gesetzliche Vertreter und Erziehungsberechtigte. Zur Begriffsbestimmung wird daher auf das BGB rekurriert.¹⁰ Demnach befinden sich Eltern (§ 1631 Abs. 1 BGB) als gesetzliche Vertreter (§ 1629 BGB), Adoptiveltern (§ 1754 BGB) und Vormunde (§§ 1773 ff. BGB) im persönlichen Anwendungsbereich des § 67 JGG. Für die

⁷ BGBl. I 2019 S. 2146.

⁸ Zieger/Nöding (Fn. 1), Rn. 119.

⁹ BGH, NJW 1956, 1607 ff.; Diemer/Schatz/Sonnen, Jugendgerichtsgesetz mit Jugendstrafvollzugsgesetzen, 8. Aufl. 2020, § 67 Rn. 2.

¹⁰ Dallinger/Lackner, Jugendgerichtsgesetz mit ergänzenden Vorschriften, 2. Aufl. 1965, § 67 Rn. 3; Kölbl, in: Eisenberg/Kölbl, 21. Aufl. 2020, § 67 Rn. 5.

Pflegeeltern (§ 1688 BGB) ist die Zugehörigkeit zum persönlichen Anwendungsbereich des § 67 Abs. 1 JGG indes umstritten.

Sollten die Pflegeeltern oder auch der Erziehungsbeistand kraft expliziter gesetzlicher Befugnis wie §§ 33, 44 SGB VIII das Erziehungsrecht übertragen bekommen haben, genügt dies nach einer Auffassung, um parentaler Verfahrensbeteiligter des § 67 Abs. 1 JGG zu sein.¹¹ Nach anderer Ansicht mangelt es bei diesen Akteuren an einer im Sorgerecht wurzelnden Rechtsposition.¹² Diesen Streit löste der Gesetzgeber erst vor Kurzem. Er konstatierte in seinem finalen Entwurf zum jüngst verkündeten Gesetz zur Stärkung der Verfahrensrechte von Beschuldigten im Jugendstrafverfahren, der Begriff der Erziehungsberechtigten und gesetzlichen Vertreter ergebe sich aus dem BGB *und* dem SGB VIII.¹³ Da Pflegeeltern und Erziehungseinrichtungen im SGB VIII erwähnt werden, unterfallen diese Akteure dem persönlichen Anwendungsbereich von § 67 JGG.

2. Rechtsstellung

Nicht nur ein umfassendes Begriffsverständnis der Beteiligten im Jugendstrafverfahren ist nötig, um die Rechtsstellung der Erziehungsberechtigten und gesetzlichen Vertreter darzustellen. Auch das Telos des § 67 JGG sowie grundlegende Prinzipien des GG bedürfen einer näheren Beleuchtung.

a) Verfassungsrechtliche Grundlage und Normzweck

§ 67 JGG ist als Ausfluss der in Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG normierten elterlichen Erziehungsrechte anzusehen.¹⁴ Dem Staat kommt lediglich eine auf Art. 6 Abs. 2

¹¹ *Sommerfeld*, in: Ostendorf, 10. Aufl. 2016, § 67 Rn. 4; *ders.*, Die EU-Richtlinie über Verfahrensgarantien in Strafverfahren für Kinder (= Personen im Alter von unter 18 Jahren), die Verdächtige oder beschuldigte Personen in Strafverfahren sind, und ihre Umsetzung ins deutsche Jugendstrafverfahrensrecht, ZJJ 2018, 296 (298).

¹² *OLG Hamburg*, NJW 1964, 605 ff.; *Trüg*, in: Meier/Rössner/Trüg/Wolff, 2. Aufl. 2014, § 67 Rn. 6.

¹³ BT-Drucks. 18/9534, S. 20.

¹⁴ BVerfGE 107, 104 (122); *Laubenthal/Baier/Nestler*, Jugendstrafrecht, 3. Aufl. 2015, Rn. 231; *Kaspar*, in: MüKo-StPO III/2, 1. Aufl. 2018, § 67 JGG Rn. 1; *Nothacker*, „Erziehungsvorrang“ und Gesetzesauslegung im Jugendgerichtsgesetz: Eine systematisch-methodologische Analyse jugendstrafrechtlicher Rechtsanwendungsprinzipien, 1985, S. 344; *Ostendorf*, Die Rechte von tatverdächtigen Kindern und Jugendlichen sowie deren Eltern bei der polizeilichen Vernehmung, in: FS Heinz, 2012, S. 464 (475).

S. 2 GG fußende, das Elternrecht ergänzende¹⁵ Wächterwirkung¹⁶ zu. Ob die im JGG normierten Rechte in erster Linie dem Schutz der elterlichen Erziehungsinteressen¹⁷ oder dem Wohl des Jugendlichen¹⁸ dienen oder ob gar eine Gleichrangigkeit¹⁹ beider Interessen besteht, ist umstritten.

b) Teleologische Diskussion zu § 67 JGG

Der Wortlaut legt bei erster Betrachtung das letztere Verständnis nahe. Die Rechte des Jugendlichen stehen den parental Akteuren gemäß § 67 Abs. 1 JGG *auch* zu. Dies gilt jedoch nur, *soweit* (§ 67 Abs. 1 JGG) sie der Jugendlichen innehat. Hieraus ließe sich eine Akzessorietät zwischen den Rechten des Jugendlichen und den Rechten der parental Akteure ableiten.²⁰ Der Wortlaut ist insofern unergiebig.²¹ In das elterliche Erziehungsrecht (Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG) wird durch die Rechtsfolgen einer Jugendstraftat in der Regel von Seiten des Staates eingegriffen.²² Dieser Eingriff wird durch die prozessualen Rechte der parental Akteure aus § 67 JGG kompensiert.²³ Auch der Erziehungsgedanke (§ 2 Abs. 1 JGG – positive Spezialprävention)²⁴ beeinflusst das Dreiecksverhältnis zwischen den elterlichen Erziehungsinteressen, dem staatlichen Wächteramt und den Belangen des Jugendlichen.²⁵

Die Eltern haben aber nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht zur Pflege und Erziehung der Kinder, Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG. Die Konfrontation des Jugendlichen mit der Justiz stellt diesen vor eine solche Herausforderung, dass

¹⁵ *Kuhn*, Verfahrensfairness im Jugendstrafrecht – Das deutsche Recht und das Recht der USA im Vergleich, 1996, S. 78.

¹⁶ *Albrecht*, Jugendstrafrecht, 3. Aufl. 2000, S. 351.

¹⁷ *Meyberg*, in: BeckOK-OWiG, Ed. 32, Stand: 1.10.2021, § 67 JGG Rn. 1; *Brunner/Dölling*, Jugendgerichtsgesetz, 13. Aufl. 2018, § 67 Rn. 12.

¹⁸ *Möller*, Führen Verstöße gegen § 67 Abs. 1 JGG bei polizeilichen Vernehmungen eines jugendlichen Beschuldigten zu einem Beweisverwertungsverbot? – Zugleich Besprechung des Urteils des LG Saarbrücken, NStZ 2012, 113 (114); *Sommerfeld*, in: Ostendorf (Fn. 11), § 67 Rn. 6.

¹⁹ *Kaspar*, in: MüKo-StPO (Fn. 14), § 67 JGG Rn. 1; *Trüg*, in: Meier/Rössner/Trüg/Wolff (Fn. 12), § 67 Rn. 1.

²⁰ *Kölbl*, in: Eisenberg/Kölbl (Fn. 10), § 67 Rn. 4; *Schlothauer*, Das kann doch nicht das letzte Wort sein!? Zur Reihenfolge der Worterteilung an jugendliche Angeklagte und ihre gesetzlichen Vertreter bzw. Erziehungsberechtigten, in: FS Eisenberg, 2019, S. 271 (279).

²¹ *Schwer*, Die Stellung der Erziehungsberechtigten und gesetzlichen Vertreter im Jugendstrafverfahren, 1. Aufl. 2004, S. 39.

²² *Diemer/Schatz/Sonnen* (Fn. 9), § 67 Rn. 5.

²³ *Zieger/Nöding* (Fn. 1), Rn. 119.

²⁴ *BVerfG*, NJW 2008, 281 (283).

²⁵ *Ludwig*, Belehrungspflichten aus § 67 JGG und mögliche Fehlerfolgen bei Verstößen, NStZ 2019, 123 (125).

ein erhöhter Bedarf an Unterstützung entsteht.²⁶ Um diese Hilfestellung zu sichern, wurde den Erziehungsberechtigten und gesetzlichen Vertretern eine eigene Verfahrensposition eingeräumt. Die Schutzbelange des Jugendlichen sind somit Hauptzweck des § 67 Abs. 1 JGG. Dass den Eltern hierbei eigene Rechte zukommen, ist freilich nicht zu vernachlässigen.

c) Relation der parentalen und jugendlichen Rechtsstellung

Diese Rechte können die Eltern aber nicht gänzlich unabhängig vom Jugendlichen geltend machen. Sie sollen stets dem Wohle des Jugendlichen dienen.²⁷ Ein derart starker Vorbehalt bei der Rechtsausübung belegt, dass die parentalen Rechte nicht gänzlich losgelöst von den Rechten des Jugendlichen bestehen. Die Rechtsstellung der Erziehungsberechtigten und gesetzlichen Vertreter ist mithin von der Rechtsposition des Jugendlichen abgeleitet.²⁸

3. Die Rechte im Einzelnen

Die Zentralnorm²⁹ für diese abgeleiteten Rechte ist § 67 JGG.

a) § 67 JGG

aa) § 67 Abs. 1 JGG – Recht auf Gehör

§ 67 Abs. 1 JGG räumt den Erziehungsberechtigten und gesetzlichen Vertretern das Recht ein, gehört zu werden, soweit dem Beschuldigten ein solches Recht zusteht. Grundsätzlich ist das Recht auf rechtliches Gehör in Art. 103 Abs. 1 GG verankert. Das hierauf basierende Äußerungsrecht, welches der Beschuldigte in vielerlei Stadien des Jugendstrafverfahren gemäß §§ 57 Abs. 1 S. 2; 58 Abs. 1; 61b Abs. 1 S. 6; 58 Abs. 1 S. 2; 62 Abs. 4; 65 Abs. 1; 88 Abs. 4 JGG und §§ 33 Abs. 3 f.; 33a; 118a Abs. 3; 257; 258; 265; 308; 311a; 326; 351 StPO innehat, steht den Erziehungsberechtigten und gesetzlichen Vertretern somit auch zu. Die Quantität der genannten Normen belegt die mannigfaltigen Möglichkeiten der Erziehungsberechtigten und gesetzlichen Vertreter, sich Gehör zu verschaffen. Dies ist sehr beachtlich, schließlich sind die Eltern nicht der Beschuldigte.

Von herausragender Relevanz ist hierbei das Recht des letzten Wortes.³⁰

²⁶ Kölbl, in: Eisenberg/Kölbl (Fn. 10), § 67 Rn. 4.

²⁷ *Ebd.*

²⁸ Schlothauer (Fn. 20), S. 279.

²⁹ Zieger/Nöding (Fn. 1), Rn. 119.

³⁰ Kölbl, in: Eisenberg/Kölbl (Fn. 10), § 67 Rn. 9a.

(1) Das letzte Wort

§ 258 Abs. 2 S. 2 StPO eröffnet dem Angeklagten das Recht zum letzten Wort. In Verbindung mit § 67 Abs. 1 JGG steht das letzte Wort des jugendlichen Beschuldigten somit auch den elterlichen Akteuren zu. Dies wirft jedoch die Frage auf, welcher dieser beiden Verfahrensbeteiligten das „allerletzte“³¹ Wort innehat.

(2) Das „allerletzte“ Wort

Einige erachten es als zwingend, dem Jugendlichen das „allerletzte“ Wort zuzugestehen.³² Andere legen die Reihenfolge der finalen Worterteilung in die Hand richterlichen Ermessens.³³ Wie bereits oben angeführt, ist die Rechtsstellung der gesetzlichen Vertreter und Erziehungsberechtigten akzessorischer Art zu den Rechten des jugendlichen Beschuldigten. Dieses Rechtsgefüge erführe eine Nivellierung, wenn man das „allerletzte“ Wort einem anderen als dem Jugendlichen erteilt.³⁴ Der Jugendliche hat mithin das „allerletzte“ Wort. Die parentalen Akteure dürfen sich unmittelbar davor äußern. Ihnen wird das (vor)letzte Wort von Amts wegen erteilt.³⁵

bb) Frage - und Antragsrecht

Neben dem Recht auf Gehör ist auch das Recht auf Fragestellung in § 67 Abs. 1 JGG normiert. Das Fragerecht des Jugendlichen steht den Erziehungsberechtigten und gesetzlichen Vertretern aufgrund von § 67 Abs. 1 JGG nicht nur in der Hauptverhandlung (§ 240 Abs. 2 StPO), sondern auch in jedweder anderen Untersuchungshandlung zu.³⁶ Die in § 67 Abs. 1 JGG normierten Antragsrechte umfassen sowohl Beweis- (§ 240 Abs. 2 StPO) als auch Ablehnungs- (§ 24 Abs. 3 StPO) sowie Haftprüfungsanträge (§§ 117; 118; 118b StPO). Auch im Selbstleseverfahren gemäß § 249 Abs. 2 S. 1 StPO steht den parentalen Akteuren damit ein Widerspruchsrecht zu (§ 67 Abs. 1 JGG, § 249 Abs. 2 S. 2 StPO). Es gibt zwar Stimmen in der Literatur, die ihnen dieses Recht

³¹ Vgl. zu dieser Terminologie *Diemer/Schatz/Sonnen* (Fn. 9), § 67 Rn. 5.

³² *Kölbl*, in: *Eisenberg/Kölbl* (Fn. 10), § 67 Rn. 9b; *Kaspar*, in: *MüKo-StPO* (Fn. 14), § 67 JGG Rn. 14; *Reisenhofer*, *Jugendstrafrecht in der anwaltlichen Praxis*, 2. Aufl. 2012, S. 85; *Schlothauer* (Fn. 20), S. 278.

³³ *BGH*, *NStZ* 2003, 382 (382); *ZJJ* 2017, 385 (385); *Brunner/Dölling* (Fn. 17), § 67 Rn. 13.

³⁴ *Schlothauer* (Fn. 20), S. 280.

³⁵ *Kölbl*, in: *Eisenberg/Kölbl* (Fn. 10), § 67 Rn. 9a.

³⁶ *Diemer/Schatz/Sonnen* (Fn. 9), § 67 Rn. 24; *Kaspar*, in: *MüKo-StPO* (Fn. 14), § 67 JGG Rn. 16.

versagen,³⁷ allerdings wäre es inkonsequent, den parentalen Akteuren Beweisanträge zuzugestehen, die Einflussnahme auf die Form der Beweiserhebung hingegen zu versagen.³⁸

cc) Antrag auf Wahl des Verteidigers

Des Weiteren gewährt § 67 Abs. 2 JGG den Erziehungsberechtigten die gleichen Verteidigerwahl- und Rechtsmitteleinlegungsrechte wie dem gesetzlichen Vertreter des Beschuldigten. Sofern die Ansichten über die Auswahl des Verteidigers seitens des Jugendlichen und der Erziehungsberechtigten oder gesetzlichen Vertreter divergieren, ist die Entscheidung des Jugendlichen wegen seines selbstständigen Verteidigerwahlrechts stärker zu gewichten.³⁹

dd) Anfechtungsrecht - Einlegung von Rechtsmitteln § 55 Abs. 2 f. JGG

Zu den Rechtsmitteln, die von den gesetzlichen Vertretern oder Erziehungsberechtigten eingelegt werden können, zählt insbesondere die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§ 67 Abs. 2 JGG, §§ 137 Abs. 2, 298 Abs. 1 StPO). Beschränkt werden diese Rechte durch den Vorbehalt, dass sie nur ausgeübt werden dürfen, wenn sie vorteilhaft für den Beklagten sind.⁴⁰ Beachtlich hierbei ist, dass die Erziehungsberechtigten und gesetzlichen Vertreter im Rahmen dieser Einschränkung ihre Rechtsbehelfe selbstständig⁴¹ einlegen können, sogar wenn der Jugendliche hiervon absieht. Eine von § 298 StPO und § 67 Abs. 2 JGG abweichende, gesonderte Rechtsmittelfrist besteht nicht.

ee) Anwesenheitsrechte

Ein weiteres Recht der Erziehungsberechtigten und gesetzlichen Vertreter findet sich in § 67 Abs. 3 JGG. Hier wird den elterlichen Akteuren ein Recht auf Anwesenheit bei Untersuchungshandlungen zugestanden. § 67 Abs. 3 JGG setzt die auf Art. 15 Abs. 4 EU-RL 2016/800 basierende Erwägung um, um dem Jugendlichen auch außerhalb der Hauptverhandlung eine nahestehende Person zur Seite zu stellen.⁴² Allerdings ist das parentale Anwesenheitsrecht an zwei kumulative Voraussetzungen geknüpft, § 67 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 (Kindeswohl als

³⁷ *Diemer*, in: *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und EMRK*, 8. Aufl. 2019, § 249 StPO Rn. 35.

³⁸ *Kölbel*, in: *Eisenberg/Kölbel* (Fn. 10), § 67 Rn. 10; *Schwer* (Fn. 21), S. 125.

³⁹ *Diemer/Schatz/Sonnen* (Fn. 9), § 67 Rn. 24; *Kaspar*, in: *MüKo-StPO* (Fn. 14), § 67 JGG Rn. 16a.

⁴⁰ *OLG Celle*, NJW 1964, 417; *Kaspar*, in: *MüKo-StPO* (Fn. 14), § 67 JGG Rn. 23.

⁴¹ *Diemer/Schatz/Sonnen* (Fn. 9), § 67 Rn. 26.

⁴² *Ebd.*, § 67 Rn. 27; *Kölbel*, in: *Eisenberg/Kölbel* (Fn. 10), § 67 Rn. 11.

Zweck) und Nr. 2 (weitergehende Praktikabilität des Strafverfahrens). Diese sind in der Regel erfüllt,⁴³ § 67 Abs. 3 S. 2 JGG.

(1) Anwesenheitsrecht bei der polizeilichen Vernehmung

Ob über die Hauptverhandlung hinaus ein Anwesenheitsrecht bei der polizeilichen Vernehmung besteht und wie man ein solches herleitet, ist umstritten. Während einige der Ansicht sind, ein Anwesenheitsrecht der Eltern bei polizeilichen Vernehmungen lasse sich unmittelbar aus § 67 Abs. 1 JGG ableiten,⁴⁴ begründen andere diese Rechtsposition teleologisch.⁴⁵

(2) Einschränkungen des polizeilichen Anwesenheitsrechts

Die geltende Regelung aus § 67 Abs. 1 JGG sowie die Polizeidienstvorschrift (PDV) 382 lassen es allerdings zu, dass es möglich bleibt, die Vernehmung des Jugendlichen ohne die Erziehungsberechtigten vorzunehmen. Die PDV 382 Nr. 3.6.3 erlaubt eine Vernehmung ohne die Erziehungsberechtigten aufgrund von kriminaltaktischen Erwägungen. Es ist folglich nicht gänzlich anerkannt, dass den Erziehungsberechtigten ein umfassendes polizeiliches Anwesenheitsrecht zusteht.⁴⁶ Der Gesetzgeber⁴⁷ hat jedoch jüngst klargestellt, dass ein Anwesenheitsrecht, wie es die PDV 382 Nr. 3.6.4 und 3.6.5 grundsätzlich vorsehen, zugunsten der Erziehungsberechtigten und gesetzlichen Vertreter durchaus besteht.⁴⁸ Auch hat der Jugendliche ein mit dem elterlichen Anwesenheitsrecht korrespondierendes Elternkonsultationsrecht.⁴⁹ Er ist demnach darüber in Kenntnis zu setzen, dass er sich vor seiner Aussage mit seinen Erziehungsberechtigten oder gesetzlichen Vertretern beraten darf.⁵⁰ Dieses Recht sowie das parentale Anwesenheitsrecht liefern allerdings ins Leere, wenn die Erziehungsberechtigten und gesetzliche Vertreter hierüber nicht in Kenntnis gesetzt würden.⁵¹ Ein Anwesenheitsrecht der Eltern bei der polizeilichen Vernehmung besteht also. In Zusammenhang mit diesem Anwesenheitsrecht erwachsen aber auch einige funktional mit den Rechten der

⁴³ *Walther/Goers*, in: BeckOK-StPO, Ed. 37, Stand: 1.7.2020, § 67 JGG Rn. 4c.

⁴⁴ *Ostendorf/Drenkhahn*, Jugendstrafrecht, 10. Aufl. 2020, Rn. 96; *Schwer* (Fn. 21), S. 47.

⁴⁵ *Streng*, Jugendstrafrecht, 5. Aufl. 2020, Rn. 128.

⁴⁶ *BVerfG*, NJW 1988, 1256 (1256); *Brunner/Dölling* (Fn. 17), § 67 Rn. 26.

⁴⁷ BR-Drucks. 368/19, S. 61.

⁴⁸ *Walther/Goers*, in: BeckOK-StPO (Fn. 43), § 67 JGG Rn. 4b.

⁴⁹ *Diemer/Schatz/Sonnen* (Fn. 9), § 67 Rn. 33.

⁵⁰ *OLG Celle*, StraFo 2010, 114.

⁵¹ *Kölbel*, in: Eisenberg/Kölbel (Fn. 10), § 67 Rn.11b; *Ostendorf* (Fn. 14), S. 464 (476).

gesetzlichen Vertreter und Erziehungsberechtigten verknüpfte Pflichten Dritter, jene über ihre Rechte zu benachrichtigen.⁵²

ff) Benachrichtigungspflichten aus § 67 Abs. 3 JGG (Anwesenheitsrecht)

Die Pflicht, elterliche Verfahrensbeteiligte über ihr Anwesenheitsrecht zu informieren, trifft die Polizei⁵³ und den Jugendrichter, § 168c Abs. 5 StPO. Dies lässt sich aus § 67 Abs. 3 JGG ableiten.⁵⁴ Eine weitere, noch speziellere Regelung für derartige Benachrichtigungen findet sich in § 67a JGG.

b) § 67a JGG

§ 67a JGG hat die Unterrichtung der Erziehungsberechtigten und gesetzlichen Vertreter zum Inhalt. Ein Grund für § 67a JGG in seiner neuen Fassung ist Art. 5 der EU-RL 2016/800. Das hierin postulierte Recht des Kindes auf Information des Trägers der elterlichen Verantwortung setzte der Gesetzgeber in § 67a Abs. 1 JGG um.

aa) § 67a Abs. 1 JGG – Mitteilungspflicht

Diese Norm fordert dementsprechend, dass Mitteilungen, die dem Beschuldigten gegenüber erfolgen müssen, in entsprechender Weise dem Erziehungsberechtigten und gesetzlichen Vertreter gegenüber zu machen sind. Ob dies ein eigenständiges Recht oder einen bloßen Rechtsreflex darstellt, ist umstritten.⁵⁵ Im Sinne der obigen Ausführungen zum Verhältnis der Rechtsstellungen von Erziehungsberechtigten und gesetzlichen Vertretern zum Jugendlichen ist § 67a JGG als Vorschrift anzusehen, die Pflichten Dritter normiert, um den elterlichen Akteuren zu einer reflexartigen Rechtsposition zu verhelfen, die wiederum vor allem den jugendlichen Beschuldigten stärkt.

bb) 67a Abs. 2 JGG – Informationspflichten

In § 67a Abs. 2 S. 1 JGG sind überdies gewisse Informationspflichten zugunsten der parental Akteure novelliert worden. Es handelt sich hierbei um die gleichen Informationen, die der Jugendliche kraft § 70a JGG erhält. Wenn diesen etwaige freiheitsentziehende Maßnahmen treffen, werden die Erziehungsberechtigten hierüber ebenfalls informiert, § 67a Abs. 2 S. 2 JGG.

⁵² Kölbl, in: Eisenberg/Kölbl (Fn. 10), § 67 Rn.11b; Diemer/Schatz/Sonnen (Fn. 9), § 67 Rn. 31.

⁵³ Möller (Fn. 18), S.116; Laubenthal/Baier/Nestler (Fn. 14), Rn. 238.

⁵⁴ Diemer/Schatz/Sonnen (Fn. 9), § 67 Rn. 32.

⁵⁵ Kölbl, in: Eisenberg/Kölbl (Fn. 10), § 67a Rn. 3.

c) Zwischenfazit

Die in bloß zwei Vorschriften enthaltenen Rechte, welche den elterlichen Akteuren in vom Jugendlichen abgeleiteter Weise zustehen, sind sowohl qualitativ als auch quantitativ beachtlich. Die parentalen Verfahrensbeteiligten haben hierbei eine Doppelstellung⁵⁶ inne. Einerseits sind sie Träger zahlreicher eigener Rechte, andererseits ist die Ausübung dieser Rechte an das Wohl des Jugendlichen gebunden.

Eine weitere Einschränkung für den parentalen Akteur ergibt sich aus dem staatlichen Wächteramt. Insofern postulieren sowohl Art. 5 als auch Art. 15 der EU-RL 2016/800 die Benennung von Gründen, aus denen die Rechtsstellung der parentalen Akteure im Jugendstrafprozess eingeschränkt werden soll.⁵⁷ Ihr Rechtsverlust muss demnach weiterhin möglich bleiben.

4. Verlust der Rechte*a) §§ 67 Abs. 4; 67a Abs. 3 f. JGG*

Hierfür sind die §§ 67 Abs. 4 S. 1; 67a Abs. 3 f. JGG maßgeblich. Der partielle oder gänzliche Entzug der in den §§ 67 Abs. 1 – 3; 67a Abs. 1 f. JGG genannten Rechte ist bei tatsächlicher Beteiligung an der jugendlichen Verfehlung sowie dem Verdacht hierauf gemäß §§ 67 Abs. 4 S. 1; 67a Abs. 3 f. JGG möglich. Hierbei genügt der einfache, tatsachenbasierte Anfangsverdacht.⁵⁸ Was den Beteiligtenbegriff angeht, herrscht Uneinigkeit.

Teilweise wird vertreten, unter Beteiligung nicht nur Täterschaft und Teilnahme (§ 28 StGB), sondern auch die Verwirklichung eines Anschlussdelikts (§§ 257; 258; 259 StGB) zu verstehen.⁵⁹ Dies sei geboten, weil auch bei Anschlussdelikten eine akute Gefährdung des Jugendlichen drohe.⁶⁰

Bei enger Auslegung beschränkt sich die Beteiligung gemäß § 67 Abs. 4 S. 1 JGG hingegen nur auf Täterschaft und Teilnahme.⁶¹ Es widerspricht der strafrechtlichen Systematik, eine Beteiligung *nach* Beendigung der Tat anzunehmen.

⁵⁶ Lipp, Die Rechtsstellung der Eltern im Verfahren des Kindes, RdJ 2003, 361.

⁵⁷ RL 2016/800/EU Art. 5 Abs. 2 sowie RL 2016/800/EU Art. 15 Abs. 2.

⁵⁸ BT-Drucks. 16/3038, S. 61; Trüg, in: Meier/Rössner/Trüg/Wolff (Fn. 12), § 51 Rn. 19.

⁵⁹ Müller/Kraus, Erziehungsberechtigte und Rechtsstaatlichkeit im Jugendstrafverfahren, JA 2003, 892 (895); Dallinger/Lackner (Fn. 10), § 67 Rn. 27; Potrykus, Kommentar zum Jugendgerichtsgesetz, 4. Aufl. 1955, S. 530.

⁶⁰ Poell, in: BeckOK-JGG, Ed. 23, Stand: 1.11.2021, § 67 Rn. 42.

⁶¹ Trüg, in: Meier/Rössner/Trüg/Wolff (Fn. 12), § 67 Rn. 18; Sommerfeld, in: Ostendorf (Fn. 11), § 67 Rn. 15.

Gerade hierfür hat der Gesetzgeber eigenständige Tatbestände, die Anschlussdelikte, geschaffen.⁶² Beteiligung gemäß § 67 Abs. 4 S. 1 JGG ist folglich auf Täterschaft und Teilnahme beschränkt. Der Rechtsentzug nach § 67 Abs. 4 JGG ist folglich nur bei einer parentalen Beteiligung gemäß § 28 StGB oder dem Verdacht hierauf möglich.

b) § 51 Abs. 2 JGG – Verhandlungsausschluss

Eine weitere Norm, welche die Rechtsposition der Erziehungsberechtigten und gesetzlichen Vertreter einschränkt, ist § 51 Abs. 2 JGG. Hier sind fünf Voraussetzungen enumeriert, unter denen die Erziehungsberechtigten und gesetzlichen Vertreter von der Verhandlung ausgeschlossen werden können. Falls dies geschieht, wird dem Jugendlichen gemäß § 51 Abs. 6 f. JGG eine prozessuale Ersatzperson zur Seite gestellt.

c) Zwischenfazit

Die Anzahl an Normen, welche die Rechte der Erziehungsberechtigten und gesetzlichen Vertreter im Jugendstrafverfahren einschränkt, ist deutlich geringer, als die Anzahl an aktiven Handlungsmöglichkeiten, welche sie unter dem Vorbehalt des Jugendlichenwohls geltend machen können. Das rechtliche Können überwiegt also das rechtliche Nichtdürfen. Dieser Zwittercharakter⁶³ der parentalen Rechtsstellung kommt zuletzt bei einer Norm zur Geltung, die keiner der beiden Sphären eindeutig zugeordnet werden können.

5. § 50 Abs. 2 JGG

Gemäß § 50 Abs. 2 S. 1 JGG sind die parentalen Akteure zur Hauptverhandlung zu laden. Hierbei überwiegt diejenige Funktion ihrer Rechtsstellung, welche die Rechtsposition der Eltern stärkt. Aus § 50 Abs. 2 S. 2 JGG ergibt sich indes, dass ihnen, falls sie der Ladung nicht folgen, ein Ordnungsgeld oder sonstige Folgen für Zeugen (§ 50 Abs. 2 S. 2 JGG; § 51 Abs. 1 StPO) auferlegt werden können. Dies stellt eine Grenze der elterlichen Rechte dar. Gemäß § 67 Abs. 5 S. 3 JGG muss eine etwaige Ladung überdies nur an eine erziehungsberechtigte Person ergehen.

III. Gesamtfazit zur Darstellung der Rechtsstellung

Die Rechtsstellung der Erziehungsberechtigten und gesetzlichen Vertreter lässt sich, obwohl lediglich § 67 JGG eine derartige Überschrift trägt, nicht allein anhand dieser Norm skizzieren. Auch die §§ 50 Abs. 2; 51 Abs. 2; 67a JGG sind

⁶² Trüg, in: Meier/Rössner/Trüg/Wolff (Fn. 12), § 67 Rn. 18.

⁶³ Lipp (Fn. 56), S. 361.

von enormer Bedeutung. Trotz existierender Voraussetzungen zur Limitierung ihrer Handlungsmöglichkeiten sieht das Gesetz die Erziehungsberechtigten und gesetzlichen Vertreter als wichtigen Bestandteil des Jugendstrafverfahrens an. Ihnen stehen zahlreiche eigenständige prozessuale Rechte zu. Sie unterliegen freilich dem Vorbehalt des Jugendlichenswohls. Der erste Teil der eingangs zitierten Behauptung – die Stärke der parental Rechtsstellung – ließ sich somit verifizieren. Fraglich ist, ob sich der rechtspolitische Teil des Zitates ebenfalls als wahr erweist.

C. Erörternde, rechtspolitische Beurteilung der geltenden Regelungen

Rechtspolitik ist die Gestaltung gesellschaftlichen und politischen Lebens durch staatlich gesetzte und durchgesetzte Normen.⁶⁴ Die geltenden Regelungen zur elterlichen Rechtsstellung im Jugendstrafverfahren werden folglich dahingehend erörtert, ob *de lege lata* den prägenden Leitlinien und der Dogmatik des Jugendstrafprozessrechts Rechnung getragen wird und inwiefern *de lege ferenda* Optimierungsbedarf besteht.

I. Zur fehlenden Legaldefinition der Akteure in § 67 JGG

Trotz nunmehr eindeutigen gesetzgeberischen Willens, der die Miteinbeziehung von Akteuren des SGB VIII in den persönlichen Anwendungsbereich von § 67 Abs. 1 JGG postuliert,⁶⁵ ist das Fehlen einer Legaldefinition nach wie vor Gegenstand eines rechtspolitischen Diskurses.⁶⁶ Empirische Forschung liefert berechtigten Anlass zur Annahme, dass die bisherigen Erziehungsberechtigten und gesetzlichen Vertreter nach lediglich BGB-geprägtem Verständnis des berechtigten Personenkreises, insbesondere die Eltern, *in praxi* kaum von ihren Prozessrechten Gebrauch machen.⁶⁷ Tatsächlich sind die erzieherischen Aufgaben, welche Erziehungsbeistände oder Pflegeeltern in der Rechtspraxis wahrnehmen, mitunter weitergehender als diejenigen der Eltern.⁶⁸ Ob es dem bis zuletzt nur BGB-orientierten Kreis von Erziehungsberechtigten gerade im Verhältnis zu engagierten Pflegeeltern eher gebührt, Rechte aus § 67 JGG wahrzunehmen, darf vor diesem Hintergrund durchaus in Frage gestellt werden.

⁶⁴ Rütbers, Rechtspolitisches Forum 15, S. 30.

⁶⁵ Siehe B. III. 1. b).

⁶⁶ Brunner/Dölling (Fn. 17), § 67 Rn. 7.

⁶⁷ Kölbl, in: Eisenberg/Kölbl (Fn. 10), § 50 Rn. 21a; Richmann, Die Beteiligung des Erziehungsberechtigten und des gesetzlichen Vertreters am Jugendstrafverfahren, 1. Aufl. 2002, S. 227 f.; Rieke, Die polizeiliche und staatsanwaltliche Vernehmung Minderjähriger – Eine Analyse der Rechtsstellung von tatverdächtigen Jugendlichen und Kindern sowie deren Eltern, 1. Aufl. 2003, S. 286 f.

⁶⁸ Vgl. Kölbl, in: Eisenberg/Kölbl (Fn. 10), § 67 Rn.6; Zieger/Nöding (Fn. 1), Rn. 121.

In der Literatur wird allerdings vermutet, es gebe nur eine kleine Gruppe von Personen, die ein ausreichendes Näheverhältnis zum Jugendlichen aufweist, um diesen zu schützen.⁶⁹

1. Rechtspolitische Bedenken an der gesetzgeberischen Auffassung

Es ist zu besorgen, dass die rechtspraktische Inanspruchnahme der nunmehr zusätzlich berechtigten Pflegepersonen- und Einrichtungen zu gering (quantitative Bedenken) oder dem Jugendlichen nicht schutzdienlich genug (qualitative Bedenken) ausfallen könnte. Jedoch wird durch den zahlenmäßigen Anstieg von gemäß § 67 JGG mit Rechten ausgestatteten Personen auch die Anzahl an Personen steigen, die diese Rechte wahrnehmen und den Jugendlichen prozessual unterstützen. Auch in qualitativer Hinsicht liefern die beiden kumulativen Ausschlussgründe (Kindeswohl und Praktikabilität des Prozesses) in § 67 Abs. 3 JGG ein passendes Korrektiv, welches den zahlenmäßigen Zuwachs an rechtlich tätig werdenden Erwachsenen auf das Maß reduziert, was den Schutzbelangen des Jugendlichen qualitativ dienlich ist.

2. *De lege ferenda*

Der gesetzgeberische Wille, Akteure des SGB VIII ebenfalls mit Rechten auszustatten, sollte *de lege ferenda* im Wortlaut des Gesetzes erkennbar sein. Mit der hierdurch steigenden elterlichen Partizipation am Jugendstrafprozess begegnet man dem Problem, dass parentale Hilfeleistung im Jugendstrafprozess rechtspraktisch noch zu selten vorkommt.

II. Zum letzten Wort

Als nächstes rechtspolitisches Problem geltender Regelungen lässt sich das Recht zum letzten Wort ausmachen (§ 67 Abs. 1 JGG; § 258 Abs. 2 S. 2 StPO). Der Gesetzgeber hat bislang auf eine Formulierung in § 67 Abs. 1 JGG verzichtet, die unmissverständlich zum Ausdruck bringt, dass nur dem jugendlichen Beschuldigten das „allerletzte“ Wort gebührt. Gegen ein solches Verständnis, welches die „allerletzte“ Äußerungsmöglichkeit allein dem jugendlichen Beschuldigten zuspricht,⁷⁰ werden kriminalpolitische Bedenken erhoben. Die Erziehungsberechtigten und gesetzlichen Vertreter könnten durch eine zeitlich nachgeordnete Korrektur das letzte Wort des Jugendlichen dahingehend beeinflussen, dass es sich positiv für diesen auswirkt.⁷¹ Womöglich wäre es

⁶⁹ Richmann (Fn. 67), S. 66.

⁷⁰ Siehe oben **B. III. 3. b) aa) (1)**.

⁷¹ Eisenberg, Anmerkung zu BGH – 3 StR 510/16 – Beschluss vom 11.07.2017, ZJJ 2017, 385 (387).

besser, wenn der Richter nur diejenigen Erziehungsberechtigten zum „allerletzten“ Wort kommen lässt, die seinem Ermessen nach die Schutzfunktion gegenüber dem Jugendlichen am besten erfüllen. Eine erhöhtes jugendliches Schutzniveau ließe sich hierdurch verbuchen.

Allerdings sind auch gegenteilige Verhaltensweisen oder zumindest weniger hilfreiche Äußerungen der Erziehungsberechtigten bei Aussprache des letzten Wortes nicht auszuschließen. Etwaige für den Jugendlichen vorteilhafte Äußerungen durch ein „allerletztes“ Wort der parentalen Akteure würden diese nach allgemeiner Lebenserfahrung auch in vorbeugender Weise im „vorletzten“ Wort zum Ausdruck bringen. Der Mehrwert für den Jugendlichen, der bei einer Korrektur seines Wortes durch die parentalen Akteure entsteht, hält sich nach rechtspolitischer Prognose somit in Grenzen.

Im Sinne des Erziehungsgedankens⁷² sollte dem emotional oft beschränkt reifen Jugendlichen darüber hinaus das Gefühl von zumindest in Teilen entwickelter Mündigkeit verliehen werden, indem er eben nicht durch eine parentale Letztäußerung das kontraproduktive Gefühl von Bevormundung erfährt. Ob es zu mehr nachteiliger Bevormundung oder vorteilhaften Korrekturen durch ein „allerletztes“ Wort der Erziehungsberechtigten käme, ist rechtspraktisch nicht eindeutig zu prognostizieren. Der Jugendliche sollte dennoch am Ende des Prozesses die Gelegenheit erhalten, sich und den potenziellen Zuwachs seiner noch in Entwicklung befindlichen emotionalen Reife unter Beweis zu stellen. Würde man diese Chance dem Risiko womöglich fehlerhaften Ermessensgebrauchs des Richters bei der Entscheidung über die Reihenfolge der letzten Äußerungen aussetzen, wäre sogar der Erziehungsgedanke aus § 2 Abs. 1 JGG konterkariert.

Das „allerletzte“ Wort muss also zwingend dem Jugendlichen zustehen. Die normative Klarstellung der prozessualen Letztäußerungsreihenfolge stellt eine wünschenswerte Präzisierung *de lege ferenda* dar.

III. Zum Verteidigerwahlrecht

Ein weiteres rechtspolitisches Problemfeld der Interessenkollision parentaler Akteure und des jugendlichen Beschuldigten ist das Verteidigerwahlrecht. Der jugendliche Beschuldigte und die elterlichen Verfahrensbeteiligten verfolgen bei der Wahl ihres Verteidigers in der Rechtspraxis bisweilen unterschiedliche Interessen. Die Auswahl der Erziehungsberechtigten und gesetzlichen Vertreter

⁷² Vgl. *BGH*, NStZ 2017, 539 (542), der ebenfalls mit dem Erziehungsgedanken argumentiert, allerdings zu einem anderen Ergebnis kommt.

kann auf der Wahrung des Anscheins einer heilen Familie,⁷³ der Intention, der Jugendliche möge einen „Denkzettel“ verpasst bekommen⁷⁴ oder der meist auf sie zukommenden Kostentragung⁷⁵ basieren, während es dem Jugendlichen aller Voraussicht nach primär um den Freispruch⁷⁶ gehen wird. In der Literatur wird diese Interessensverschiedenheit als unproblematisch erachtet.⁷⁷ Das Fingerspitzengefühl des Richters werde meist zugunsten der Interessen des Jugendlichen ausfallen.⁷⁸ Vor dem Hintergrund eklatanter Gefahren des Parteiverrats für den Verteidiger nach § 356 StGB⁷⁹ ist diese Einschätzung jedoch zu kurz gegriffen. Die Interessen des Jugendlichen genießen sowohl nach europarechtlichem Verständnis der EU-RL 2016/800 als auch nach dem Sinn und Zweck des § 67 JGG Vorrang. Dieses Bestreben – die Schutzbelange des Jugendlichen als oberstes Ziel – muss im JGG lückenlos zur Geltung kommen. Dem Einwand, eine konsequente Klarstellung des Vorrangs jugendlicher Schutzbelange würde einen zu starken Eingriff in das Elternrecht bedeuten, lässt sich in Bezug auf die Verteidigerwahl damit begegnen, dass die parentalen Akteure einen zusätzlichen Verteidiger wählen dürfen, §§ 67 Abs. 2 JGG; § 137 Abs. 2 S. 2, Abs. 1 S. 2 StPO. Für den Fall einer Interessenkollision wäre eine normative Präzisierung zugunsten der Wahl des Jugendlichen in § 67 Abs. 2 S. 1 JGG wünschenswert.

IV. Zur Idee der Teilnahmeverpflichtung der Eltern

Nicht nur die Interessenkollision parentaler und jugendlicher Bestrebungen beim letzten Wort oder der Verteidigerwahl sind rechtspolitisch umstritten. Auch das generelle Verhältnis elterlicher Akteure und der Justiz ist vom rechtspolitischen Diskurs umfasst. Immer lauter werdende Stimmen in der Literatur fordern eine Teilnahmeverpflichtung der Erziehungsberechtigten und gesetzlichen Vertreter im Jugendstrafprozess.⁸⁰

⁷³ Zieger, Verteidiger in Jugendstrafsachen – Erfahrungen und Empfehlungen, StV 1983, 305 (306).

⁷⁴ Rieke (Fn. 67), S. 272.

⁷⁵ Ebd., S. 273.

⁷⁶ Zieger/Nöding (Fn. 1), Rn. 123.

⁷⁷ Diemer/Schatz/Sonnen (Fn. 9), § 67 Rn. 24.

⁷⁸ Ebd.

⁷⁹ Schwer (Fn. 21), S. 89.

⁸⁰ Pruin, Elternverantwortung und Elternverpflichtung im Jugendstrafverfahren, ZJJ 2014, 316 (322); Sommerfeld, in: Ostendorf (Fn. 11), Vor § 67-69 Rn. 10a.

1. *De lege lata*

Bisweilen kann gegen die gesetzlichen Vertreter und Erziehungsberechtigten lediglich ein Ordnungsgeld verhängt werden, wenn diese nicht zur Anhörung erscheinen (§ 50 Abs. 2 JGG; § 51 Abs. 1 StPO). Weitergehender Modalitäten zur Motivation, einer Verhandlung beizuwohnen, entbehrt das JGG. Dieses eher schwache Mittel, Erziehungsberechtigte und gesetzliche Vertreter zu prozessualer Anwesenheit zu ermutigen, könnte ein Grund für die rechtspraktisch geringe Partizipation derselben am Jugendstrafverfahren sein. Ein rechtsvergleichender Blick auf die Stellung der Erziehungsberechtigten und gesetzlichen Vertreter in anderen europäischen Ländern zeigt, dass weitergehende Mittel sich als durchaus probat erweisen, eine stärkere Einbindung der Erziehungsberechtigten und gesetzlichen Vertreter zu erwirken.⁸¹

2. Teilnahmekonzepte nach nationalem und internationalem Vorbild

In diesem Zusammenhang werden diverse Konzepte erörtert.

a) *Parenting orders*

Als Denkanstoß für den nationalen Gesetzgeber gelten die schottischen *parenting orders*⁸². Die Eltern eines delinquenten Jugendlichen werden hierbei dazu verpflichtet, an prozessbegleitenden, erzieherischen Beratungsgesprächen teilzunehmen. Eine unterlassene Teilnahme hieran wird mit einer Geldstrafe sanktioniert.⁸³ Kriminologische Untersuchungen ergeben, dass sich derartige Beratungsgespräche positiv auf die Entwicklung des Jugendlichen auswirken.⁸⁴ Ob diese Ergebnisse auf die deutsche Rechtspraxis übertragbar sind und ob sich Zwang wirklich als effektives Mittel erweist, erscheint indes fraglich. Die bisherigen Möglichkeiten, die Erziehungsberechtigten finanziell oder auf anderweitig zwanghaftem Weg zu einer Beteiligung am Jugendstrafverfahren zu drängen (§ 50 Abs. 2 S. 2 JGG; § 51 StPO), werden schon jetzt in der Praxis kaum ausgeschöpft.⁸⁵ Dies lässt sich als rechtspolitisches Argument gegen eine Einführung solcher *parenting orders* in das JGG fruchtbar machen, da die Justiz offenbar bereits jetzt erkennt, dass ein Handeln *gegen* die Eltern weniger Erfolgchancen verspricht als eine gemeinsame Herangehensweise. Dass sich vergleichbare Konzepte im Jugendstrafverfahren anderer europäischer Länder, deren Rechtssysteme und Bevölkerung nicht grundverschieden zur deutschen

⁸¹ Kölbl, in: Eisenberg/Kölbl (Fn. 10), § 50 Abs. 2 Rn. 21.

⁸² Pruin (Fn. 80), S. 322.

⁸³ Ebd.

⁸⁴ Ebd., S. 321.

⁸⁵ Zieger/Nöding (Fn. 1), Rn. 119a.

Rechts- und Wertegesellschaft sind, als positiv für die Entwicklung des Jugendlichen herausstellten,⁸⁶ ist dennoch nicht von der Hand zu weisen.

b) Rechtspolitische Beurteilung

Prägendes Merkmal für die Erziehung Jugendlicher in Deutschland bleibt aber das Erziehungsrecht (Art. 6 Abs. 2 GG) der Eltern. Wie das *BVerfG* zutreffend klarstellte, ist es nicht Teil des staatlichen Wächteramtes, *gegen* den Willen der Eltern für eine bestmögliche Entwicklung des Kindes zu sorgen.⁸⁷ Davon ausgehend, dass finanzielle Sanktionen oder Zwangsbeteiligungen an Beratungen zwar ein löbliches Ziel verfolgen mögen – die bestmögliche Entwicklung des Kindes – so werden diese Sanktionen sicherlich nicht auf großen parentalen Anklang stoßen. Insofern würde *gegen* den Willen der Eltern erzogen werden. Bei noch nicht einmal rechtskräftig festgestellter Delinquenz des jugendlichen Beschuldigten wird die verfassungsrechtliche Konzeption des staatlichen Wächteramtes als bloße Ergänzung zum grundsätzlich stärkeren elterlichen Erziehungsrecht somit konterkariert.⁸⁸

Vereinzelte Stimmen befinden das Element des staatlichen Zwangs während des Jugendstrafprozesses für hilfreich.⁸⁹ Dass ein solches Verständnis aber mit der jugendstrafrechtlichen Dogmatik nur schwerlich vereinbar ist, indiziert bereits eine Empfehlung des *Europarats*. Im Jahre 2003 schlug dieser mit einer den Zwang ablehnenden Haltung freiwillige Einladungen zu etwaigen Elternkursen vor.⁹⁰ Konzepte in Anlehnung an die *parenting orders* sollten folglich, sofern der Gesetzgeber sie zu übernehmen erwägt, ebenfalls fakultativer Natur sein.

c) Verpflichtender erster Termin

Ein weiterer Vorschlag zur kompulsiven Erwirkung parentaler Partizipation kam vom *BMJV*. Es erwog einen frühen ersten Gesprächstermin im Jugendstrafverfahren.⁹¹ Dieser sollte verpflichtend sein und Erziehungsberechtigte und gesetzliche Vertreter zur Partizipation am Jugendstrafverfahren ermutigen.⁹² Vor dem Hintergrund anhaltend geringer Beteiligung⁹³ der

⁸⁶ *Pruin* (Fn. 80), S. 321.

⁸⁷ *BVerfGE* 107, 104 (113).

⁸⁸ Diese Überlegung im Ergebnis teilend: *Pruin* (Fn. 80), S. 322.

⁸⁹ Vorsichtig *Kölbl*, in: Eisenberg/Kölbl (Fn. 10), § 50 Abs. 2 Rn. 21; weitergehend *Rittmeister*, Gerichtliche Anordnung an die Eltern von minderjährigen Intensivtätern, 1. Aufl. 2006, S. 187.

⁹⁰ Empfehlung des *Europarates*, Rec 2003 (20) Nr. 10.

⁹¹ Vgl. *Pruin* (Fn. 80), S. 321.

⁹² Vgl. BT-Drucks. 16/8914, S. 13.

⁹³ *Zieger/Nöding* (Fn. 1), Rn. 121.

Erziehungsberechtigten und gesetzlichen Vertreter wäre auf diese Weise womöglich ein Zuwachs an am Prozess teilhabenden parental Akteuren zu verbuchen. Doch auch hier besteht die berechtigte Sorge, dass der Zwang bei Erziehungsberechtigten, die ohnehin häufig vor eigenen Problemen stehen,⁹⁴ in Trotz mündet. Auch die Erziehungsberechtigten sollten im Jugendstrafverfahren trotz geringerer Schutzwürdigkeit im Verhältnis zum Jugendlichen Hilfe erhalten, damit positive Motivation zur Kooperation⁹⁵ entsteht. Die Erwägung des *BMJV*, einen frühen ersten Termin im Jugendstrafverfahren einzuführen, ist grundsätzlich zu begrüßen. Sie muss jedoch dahingehend verfeinert werden, dass eine Betonung des grundsätzlichen Vorrangs der elterlichen Erziehungsvorstellungen gegenüber den Interessen des Staates in seiner Wächterfunktion stattfindet. Das hierdurch gewonnene Wohlwollen der elterlichen Akteure bei kooperativem Klima erscheint aus psychologischer Sicht erfolgsträchtiger als zwingende Mittel.

d) Rechtspolitische Erörterung von Modalitäten eines ersten Treffens

Freilich sind solche Kooperationstreffen im zeitlichen Rahmen des Beschleunigungsgrundsatzes und der staatlichen und gerichtlichen Ressourcen anzubieten. Vor dem Hintergrund aktuell geringer Partizipation am Jugendstrafverfahren könnte die rechtspolitische Vermutung aufkommen, die Investition in geschultes Personal und gerichtliche Ressourcen stünde nicht in Relation zum gewünschten Ergebnis, da Erziehungsberechtigte und gesetzliche Vertreter womöglich ohnehin auf die Wahrnehmung dieser Angebote verzichten. Diese Sorge erweist sich jedoch als unbegründet. Frühe Partizipation der Erziehungsberechtigten und gesetzlichen Vertreter wirkt sich in der Regel nicht nur positiv auf das Strafurteil des Jugendlichen, sondern auch auf seine künftig hierdurch abnehmende Delinquenz aus.⁹⁶ Von der mutmaßlich sinkenden Straffälligkeit und somit künftig geringeren Inanspruchnahme der Gerichte profitiert auch der Staat langfristig. Es liegt nämlich nahe, dass das Vertrauen in den Rechtsstaat bei Erziehungsberechtigten und gesetzlichen Vertretern steigt, wenn sich der Rechtsstaat selbst kooperativ zeigt, statt verfrüht sanktionierend. Das Konzept eines frühen ersten Treffens verdient also Beifall, sofern es in freiwilliger Weise ausgestaltet wird.

⁹⁴ *Pruin* (Fn. 80), S. 321.

⁹⁵ Vgl. zur Bedeutsamkeit eines kooperativen Klimas vor Gericht: *Schwer* (Fn. 21), S. 274.

⁹⁶ Vgl. *Gensing*, Jugendgerichtsbarkeit und Jugendstrafverfahren im europäischen Vergleich, 1. Aufl. 2014, S. 431.

e) *Runder Tisch*

Die Idee der Erzeugung eines kooperativen Klimas im Jugendstrafverfahren kommt auch bei einem weiteren Vorschlag zur Geltung. Der runde Tisch stellt in diesem Zusammenhang einen pädagogisch-soziologischen Ansatz dar.⁹⁷ Durch ein prozessuales Beisammensein an einem runden Tisch sollen Richter, Erziehungsberechtigte und gesetzliche Vertreter mit dem Jugendlichen gemeinsam den Jugendstrafprozess unter ermutigenden Gegebenheiten vollziehen.⁹⁸ Der Umstand, dass der Richter am runden Tisch sitzend keinen räumlich erhöhten Platz einnimmt, wirkt sich motivierend auf die Erziehungsberechtigten und gesetzlichen Vertreter aus. Hierdurch wird ein Gefühl der Gleichberechtigung aller Verfahrensbeteiligter vermittelt.⁹⁹ Nach empirischer Erprobung dieses Konzeptes ließ sich tatsächlich eine erhöhte Beteiligung der Erziehungsberechtigten und gesetzlichen Vertreter im Jugendstrafverfahren als Resultat des runden Tisches verbuchen.¹⁰⁰

Freilich werden aber auch rechtspraktische Bedenken an einem solchen Konzept angemeldet. So wird die räumliche Praktikabilität eines runden Tisches bei einer Vielzahl von Angeklagten oder sonstigen Verfahrensbeteiligten in Frage gestellt.¹⁰¹ Man könnte darüber hinaus anführen, Erziehungsberechtigte und gesetzliche Vertreter sowie der Jugendliche verlören das Bewusstsein für die Ernsthaftigkeit des Prozesses, wenn das Verfahren einen solch kooperativen Charakter erhält.

Eine solche Erwägung wird jedoch der kriminologischen Erkenntnis, dass jugendliche Delinquenz ganz überwiegend ein bloß punktuell-temporäres, passageres Phänomen mit episodenhaftem Charakter darstellt,¹⁰² nicht gerecht. Die Wahrscheinlichkeit eines erfolgreichen „Selbsteilungsprozesses“¹⁰³ des Jugendlichen kann durch maximale parentale Partizipation im Jugendstrafverfahren erheblich erhöht werden.¹⁰⁴ Die ermunternde Resonanz, auf die der runde Tisch bei parentalen Akteuren stieß, ist in Zusammenhang mit den

⁹⁷ *Schwer* (Fn. 21), S. 274; *Schreiber/Schöch/Bönitz*, Die Jugendgerichtsverhandlung am „Runden Tisch“, 1. Aufl. 1981, S. 186 f.

⁹⁸ *Schreiber/Schöch/Bönitz* (Fn. 97), S. 186.

⁹⁹ *Schwer* (Fn. 21), S. 274; *Schreiber/Schöch/Bönitz* (Fn. 97), S. 186.

¹⁰⁰ *Schreiber/Schöch/Bönitz* (Fn. 97), S. 203.

¹⁰¹ So die Meinung der Jugendrichterin *v. Jason*, in: *Schreiber/Schöch/Bönitz* (Fn. 97), S. 194.

¹⁰² *Rose*, Wenn die (Jugend-)Strafe der Tat nicht auf dem Fuße folgt: Die Auswirkung von Verfahrensverzögerungen im Jugendstrafverfahren, *NStZ* 2013, 315 (319).

¹⁰³ *Streng* (Fn. 45), Rn. 9.

¹⁰⁴ *Böhm/Fenerhelm*, S. 122; *Gensing* (Fn. 96), S. 431.

rechtspraktisch untersuchten Erfolgsaussichten¹⁰⁵ ein überaus motivierendes Indiz für eine steigende Partizipation elterlicher Beteiligter. Diese wird sich wiederum positiv für alle Beteiligten auswirken. Aus diesem Grund verdient der runde Tisch als Konzept zur räumlichen Durchführung des Jugendstrafprozesses lauten rechtspolitischen Beifall.

f) De lege ferenda

Von den hier diskutierten Vorschlägen, etwaige Zwangsmaßnahmen für Erziehungsberechtigte und gesetzliche Vertreter in das Jugendstrafverfahren einzuführen, sind alle kompulsiven Konzepte abzulehnen. Es sollten hingegen Beteiligungsmöglichkeiten auf freiwilliger, kooperativer Basis und in Gestalt des runden Tisches sowie ein früher Gesprächstermin durch den Gesetzgeber eingeführt werden.

V. Zum Anwesenheitsrecht, insbesondere bei der Polizei

1. Rechtspolitische Erörterung

Neben etwaigen neuen Vorschlägen zur Gestaltung des Jugendstrafverfahrens wird bereits das geltende Anwesenheitsrecht der parentalen Akteure bei der Polizei rechtspolitisch hinterfragt. Als Gründe gegen ein uneingeschränktes Anwesenheitsrecht lassen sich das Interesse des Jugendlichen, allein vernommen zu werden, sowie kriminaltaktische Erfolgsaussichten fruchtbar machen. Eine effektive Strafverfolgung ist nämlich ein grundgesetzlich abgesichertes Interesse der Allgemeinheit.¹⁰⁶ Überdies wird vorgebracht, es käme zu einer Hemmung der Geständnisbereitschaft des Jugendlichen, wenn die Eltern anwesend sind.¹⁰⁷ Es besteht die Hoffnung, ein geschulter Polizeibeamter könne bei der ersten polizeilichen Vernehmung des Jugendlichen eine angemessene Einzelfallbewertung vornehmen, ob die parentalen Akteure anwesend sein sollen oder nicht.¹⁰⁸

Die Idee einer auf den Jugendlichen zugeschnittenen Schulung der Polizeibeamten als rechtspolitischen Gegenentwurf zum polizeilichen Anwesenheitsrecht zeigt zwar die lobenswerte Intention auf, den Jugendlichen zu schützen, verfehlt dieses Ziel jedoch aller Voraussicht nach. Die auf kriminalistischen Untersuchungen basierende Vermutung, dass Polizeibeamte in der Praxis bereits die eigenen Dienstvorschriften nicht selten aus kriminaltaktischen Erwägungen

¹⁰⁵ *Schwer* (Fn. 21), S. 274; *Schreiber/Schöch/Bönitz* (Fn. 97), S. 186 f.

¹⁰⁶ *BVerfG*, NJW 1978, 1390 (1390).

¹⁰⁷ *Brunner/Dölling* (Fn. 17), § 67 Rn. 27.

¹⁰⁸ *Ebd.*, § 67 Rn. 27.

heraus missachten,¹⁰⁹ legt nahe, dass mangelnde Rechtsklarheit und polizeiliches Ermessen in diesem Zusammenhang dem Jugendlichen wahrscheinlich zum Nachteil gereichen. Überdies beruhen die Einzelfallentscheidungen bei der jeweiligen Polizeibehörde empirischen Untersuchungen¹¹⁰ zufolge auf unterschiedlichen Motiven. Eine weiterhin uneinheitliche, geradezu willkürliche Handhabung der Polizeibeamten bei der Gewährung parentaler Anwesenheit ist deshalb zu befürchten.¹¹¹ Diese Sorge teilt der Gesetzgeber¹¹² und begegnete ihr durch das Gesetz zur Stärkung der Verfahrensrechte von Beschuldigten im Jugendstrafverfahren. Dessen Gesetzesmaterialien ergeben,¹¹³ dass ein Bedarf nach einer dahingehenden Konturierung des § 67 JGG besteht, in welchen Fällen den Erziehungsberechtigten oder gesetzlichen Vertretern die Anwesenheit zu Untersuchungshandlungen, insbesondere der polizeilichen Vernehmung,¹¹⁴ zu gestatten ist, und in welchen nicht. Er schuf ein Regel-Ausnahme-Verhältnis zugunsten der parentalen Anwesenheit sowie verweishafte Ausnahmen (§ 51 Abs. 2 JGG und § 171 GVG). Diese Regelung darf nicht durch polizeiliches Ermessen ausgehöhlt werden. Die Schaffung enger Ausnahmetatbestände für die Verweigerung parentaler Anwesenheit hat die Polizei zu respektieren.

2. *De lege ferenda*

In Bezug auf die polizeilichen Untersuchungsmaßnahmen hat es der Gesetzgeber dennoch versäumt, diese explizit in § 67 JGG zu nennen. Die beispielhafte Erwähnung der Vernehmung in § 67 Abs. 3 S. 1 JGG ist zu unpräzise. Man könnte dies zwar als legislativ beredtes Schweigen verstehen, die Materialien zum legislativen Prozess des Gesetzes zur Stärkung der Verfahrensrechte von Beschuldigten im Jugendstrafverfahren¹¹⁵ belegen jedoch Gegenteiliges. Die ausdrückliche Nennung der polizeilichen Vernehmung in § 67 Abs. 3 JGG sollte *de lege ferenda* nachgeholt werden.

VI. Zur Benachrichtigungspflicht nach § 67a JGG

1. Verwirrender Wortlaut

Wie eingangs erwähnt, liefe das parentale Anwesenheitsrecht ins Leere, wenn man die Erziehungsberechtigten und gesetzlichen Vertreter über die Existenz

¹⁰⁹ Zieger/Nöding (Fn. 1), Rn. 121.

¹¹⁰ Rieke (Fn. 67), S. 288.

¹¹¹ BR-Drucks. 368/19, S. 61.

¹¹² BT-Drucks. 19/13837, S. 56 f.

¹¹³ BR-Drucks. 368/19, S. 61.

¹¹⁴ BT-Drucks. 19/13837, S. 56 f.

¹¹⁵ BR-Drucks. 368/19, S. 61; BT-Drucks. 19/13837, S. 56 f.

dieses Rechtes nicht informiert.¹¹⁶ Die zentrale Norm, welche sich mit der Benachrichtigung der Erziehungsberechtigten und gesetzlichen Vertretern befasst, ist § 67a JGG. Sie trägt die Unterrichtung der Erziehungsberechtigten und gesetzlichen Vertreter als Überschrift. Während § 67 JGG mit der parentalen Rechtsstellung deklariert wurde, ist in der Überschrift von § 67a JGG keine explizite Rechtsposition formuliert. Es überrascht also nicht, dass die Rechtsnatur letzterer Norm unklar ist.

Während § 67a Abs. 1 f. JGG lediglich Pflichten novelliert, deren Empfänger die Erziehungsberechtigten und gesetzlichen Vertreter sind, lässt § 67a Abs. 6 JGG durch die Verwendung des Begriffs der *Rechte* vermuten, die Erziehungsberechtigten und gesetzlichen Vertreter hätten eine aktivere Stellung inne. Die bloße Verpflichtung anderer Akteure ihnen gegenüber lässt nämlich den Schluss zu, dass die Erziehungsberechtigten und gesetzlichen Vertreter nur Objekt einer Obligation anderer sind, nicht aber eigenständige Träger eines Rechtes, das sie einfordern können. Die inkonsequente Verwendung¹¹⁷ der Begriffe *Recht* und *Pflicht* in § 67a JGG stiftet Verwirrung.

2. Rechtspolitische Erörterung

a) Zu den Rechtsstellungen in § 67a JGG

Falls der Normzweck des § 67 JGG in der Stärkung eigenständiger Rechte der Erziehungsberechtigten und gesetzlichen Vertreter¹¹⁸ läge und dieser auch für § 67a JGG gälte, so erscheint die bloße Verpflichtungsformulierung in § 67a Abs. 1 f. JGG als zu schwach, um Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG gebührend Rechnung zu tragen. In § 67a Abs. 1 f. JGG könnte nach diesem Verständnis die Novellierung von Mitteilungs- und Informationsrechten gefordert werden. Die Rechtsstellung der Erziehungsberechtigten und gesetzlichen Vertreter ist indes akzessorisch zu derjenigen des Jugendlichen.¹¹⁹ Die ausgebliebene Verwendung des Begriffes *Recht* in § 67a Abs. 1 f. JGG ist mithin zu begrüßen. Nur letzteres Verständnis wird dem Postulat der EU-RL 2016/800, welche überhaupt erst den Grund für § 67a Abs. 1 JGG in seiner heutigen Fassung darstellt, gerecht. Erwägungsgrund 22 dieser Richtlinie fordert die Ermöglichung eines fairen Verfahrens und eine wirksame Ausübung der *Rechte* des *Kindes*. Die Stärkung der Rechte des Jugendlichen (was dem Kind in der Formulierung von EU-RL 2016/800 entspricht) ist also entscheidender Normzweck des § 67a JGG.

¹¹⁶ Ostendorf (Fn. 14), S. 476.

¹¹⁷ Kölbl, in: Eisenberg/Kölbl (Fn. 10), § 67a Rn. 3.

¹¹⁸ Diemer/Schatz/Sonnen (Fn. 9), § 67a Rn. 6.

¹¹⁹ Kölbl, in: Eisenberg/Kölbl (Fn. 10), § 67a Rn. 3.

Dies zugrunde legend, ist es im Ergebnis begrüßenswert, dass eine zu weit gehende Emporhebung der Rechtsstellung der Erziehungsberechtigten und gesetzlichen Vertreter durch den Gesetzgeber in § 67a Abs. 1 f. JGG durch konsequente Verwendung des Begriffes *Recht* unterblieben ist.

b) Zu den übrigen Gesetzesänderungen in § 67a JGG

Dass den Erziehungsberechtigten und gesetzlichen Vertretern freilich keine Stellung von geringer Bedeutung im Jugendstrafverfahren zukommt, lässt sich anhand der übrigen Änderungen in § 67a JGG belegen. Die vom Jugendlichen abgeleiteten Mitteilungsrechte der parentalen Akteure wurden detailliert aufgeführt und spezifisch benannt. § 67 Abs. 2 JGG a. F. enthielt keine derartige Präzisierung. Eine angemessene Verbesserung der parentalen Rechtsstellung ist die rechtspolitische Folge der Änderung von § 67a JGG. Diese verdient Beifall.

c) Zur Muss-Vorschrift in § 67a Abs. 2 JGG im Verhältnis zu § 67a Abs. 1 JGG

Allerdings stiften die verschiedenen Begriffe der *Informationen* (§ 67a Abs. 2 JGG), *Mitteilungen* (§ 67a Abs. 1 JGG) und *Unterrichtungen* (Normüberschrift sowie § 67a Abs. 3 JGG) in § 67a JGG weiterhin rechtspolitische Konfusion.¹²⁰ Aus der Vorschrift geht nicht hervor, inwiefern sich diese einander ähnelnden Begriffe unterscheiden. Verwunderlich ist darüber hinaus, dass § 67a Abs. 1 JGG als Soll-Vorschrift novelliert worden ist, § 67a Abs. 2 JGG aber zu einer Muss-Vorschrift wurde. § 67a Abs. 1 JGG hat den in der Rechtspolitik vielfach geforderten Wandel von einer Soll- hin zu einer Muss-Vorschrift¹²¹ nicht vollzogen. Dies wirft die kriminalpolitische Frage nach der hiermit verfolgten Intention des Gesetzgebers auf. Sowohl bei der Vorgängervorschrift des § 67a Abs. 1 JGG (§ 67 Abs. 2 JGG a. F.)¹²² als auch *de lege lata*¹²³ wird behauptet, die Konzipierung als Soll-Vorschrift sei legislativ beabsichtigt.

Diese Auffassung ließe sich damit untermauern, dass der Gesetzgeber bei seiner passgenauen Umsetzung von Art. 5 RL 2016/800 explizit konstatiert, dass sich der Regelungsgehalt dieser Norm trotz der systematischen Verschiebung nicht verändert.¹²⁴ Dass der Regelungsgehalt dieser Vorschrift indes bloßen Soll-Charakter aufweist, ist ein Fehlschluss bloß vordergründiger Betrachtung. Der

¹²⁰ Diemer/Schatz/Sonnen (Fn. 9), § 67a Rn. 10.

¹²¹ Zu § 67 Abs. 2 JGG a. F., der § 67a Abs. 1 JGG n. F. entspricht Trüg, in: Meier/Rössner/Trüg/Wolff (Fn. 12), § 67 Rn. 15; Rieke (Fn. 67), S. 290; Schwer (Fn. 21), S. 172.

¹²² Kaspar, in: MüKo-StPO (Fn. 14), § 67 Rn. 21.

¹²³ Diemer/Schatz/Sonnen (Fn. 9), § 67a Rn. 14.

¹²⁴ Vgl. BT-Drucks. 19/13837, S. 58.

Gesetzgeber stellt im selben Atemzug der Gesetzesbegründung klar, es bleibe dabei, dass Mitteilungen auch an die Erziehungsberechtigten und gesetzlichen Vertreter zu richten *sind*.¹²⁵ Er nimmt in seiner Begründung auch zustimmenden Bezug auf die Stimmen der Literatur, die § 67 Abs. 2 JGG a. F. als Muss-Vorschrift auffassen.¹²⁶ Erstaunlicherweise kommt der bereits für § 67a Abs. 1 JGG n. F. intendierte, zwingende Charakter der Unterrichtungen erst in § 67a Abs. 2 JGG n. F. zum Ausdruck.

Möglicherweise hat der Gesetzgeber hiermit beabsichtigt, 67a JGG als bloße Ordnungsvorschrift derart auszugestalten, dass ihre Missachtung keinen Revisionsgrund¹²⁷ darstellt.

Die Gesetzesmaterialien lassen indes Gegenteiliges vermuten.¹²⁸ Die auf RL 2016/800 basierende Stärkung der elterlichen Rechtsposition würde unterlaufen, wenn die im Zuge dieser Richtlinie gesetzten Normen nicht revisionsträchtig wären. Mithin sollte § 67a Abs. 1 JGG als Muss-Vorschrift ausgestaltet werden, die freilich immer noch eine Pflicht, kein Recht statuiert.

3. Folgen einer Verwehrung des Elternkonsultationsrechts

Hierdurch würde die Rechtsstellung der parentalen Akteure in angemessener Weise verstärkt werden. Eine allzu kraftvolle Stellung elterlicher Verfahrensbeteiligter erntet jedoch rechtspolitische Kritik.¹²⁹ Der Gesetzgeber soll in diesem Sinne absichtlich von einer expliziten Normierung des Elternkonsultationsrechts abgesehen haben, damit ein Verstoß hiergegen kein Beweisverwertungsverbot nach sich zieht.¹³⁰ Die elterliche und jugendliche Rechtsposition hat nach diesem Verständnis insbesondere bei Jugendstrafverfahren, die eine schwere Straftat zum Gegenstand haben,¹³¹ im Verhältnis zum staatlichen Strafverfolgungsanspruch das Nachsehen.¹³²

Es wird zwar konstatiert, dass bei der polizeilichen Vernehmung eine Elternkonsultation regelmäßig ausfällt.¹³³ Dies sei aber weniger schlimm als ein

¹²⁵ BT-Drucks. 19/13837, S. 58.

¹²⁶ BT-Drucks. 19/13837, S. 58 mit Verweis auf *Trüg*, in: Meier/Rössner/Trüg/Wolff (Fn. 12), § 67 Rn. 14.

¹²⁷ Vgl. *BGH*, MDR 1952, 564 (564).

¹²⁸ BT-Drucks. 19/13837, S. 58.

¹²⁹ *Ludwig* (Fn. 25), S. 124.

¹³⁰ *Ebd.*

¹³¹ *Ebd.*

¹³² *Kremer*, Der Einfluss des Elternrechts aus Art. 6 Abs. 2, Abs. 3 GG auf die Rechtmäßigkeit der Maßnahmen des JGG, 1. Aufl. 1984, S. 170.

¹³³ *Ludwig* (Fn. 25), S. 125.

Verstoß gegen das Verteidigerkonsultationsrecht¹³⁴ und insofern hinnehmbar.¹³⁵ Ein solches Verständnis ist rechtspolitisch höchst fragwürdig. Der Gesetzgeber selbst hat Besorgnis an einer uneinheitlichen Handhabung der Polizei bei der Umsetzung des Elternkonsultationsrechts angemeldet.¹³⁶ Es liefe der legislativen Konzeption schlichtweg zuwider, das eigens postulierte Recht zu gefährden, indem eine Aushöhlung durch die Polizei droht. Darüber hinaus ist selbst in Jugendstrafverfahren, bei denen ein Jugendlicher schwerer Straftaten beschuldigt wird, die Unschuldsvermutung¹³⁷ (Art. 6 EMRK) von erheblicher Bedeutung. Ein vom *EGMR* gefordertes *faïres Verfahren*¹³⁸ darf nicht unter vorheriger Schwächung des ohnehin schutzbedürftigen¹³⁹ Jugendlichen stattfinden. Ungeachtet der Tatsache, ob ein etwaiges Beweisverwertungsverbot relativer oder absoluter Art ist, müssen die Einhaltung des gesetzgeberischen Willens und der Schutz der jugendlichen Belange gesichert werden. Die Verwehrung des Elternkonsultationsrechts führt also zu einem Beweisverwertungsverbot.

VII. Entzug der Rechte und Ausschluss von der Hauptverhandlung

Die Schutzbedürftigkeit des Jugendlichen kommt nicht nur durch sein Elternkonsultationsrecht zur Geltung. Auch die Regelungen zum Rechtsentzug der parentalen Akteure sowie ihr Ausschluss von der Verhandlung hängen mit der Schutzbedürftigkeit des Jugendlichen und den Interessen des staatlichen Wächters eng zusammen.

1. Rechtspolitisch erörternde Beurteilung von § 67 Abs. 4 S. 1 JGG

Die Möglichkeiten, den Erziehungsberechtigten und gesetzlichen Vertretern ihre Rechte zu entziehen, ergeben sich aus § 67 Abs. 4 S. 1 JGG. Ein Rechtsentzug ist demnach möglich, wenn die Erziehungsberechtigten und gesetzlichen Vertreter verdächtigt werden, an der Verfehlung des Jugendlichen beteiligt zu sein. In diesem Zusammenhang sind Merkmale der Beteiligung und des Verdachtes rechtspolitisch umstritten. Ohnehin wurden verfassungsrechtliche Bedenken an dieser Vorschrift angemeldet.¹⁴⁰ In Bezug auf den vorzugswürdigen engen Beteiligtenbegriff¹⁴¹ in § 67 Abs. 4 S. 1 JGG wird befürchtet, dass die

¹³⁴ BGHSt 47, 172 (172).

¹³⁵ *Ludwig* (Fn. 25), S. 124.

¹³⁶ BT-Drucks. 19/13837, S. 58.

¹³⁷ *Trüg*, in: Meier/Rössner/Trüg/Wolff (Fn. 12), § 67 Rn. 18.

¹³⁸ *EGMR*, NJW 2002, 499 ff.

¹³⁹ *LG Saarbrücken*, NStZ 2012, 167 ff.

¹⁴⁰ *Rieke* (Fn. 67), S. 279; *Albrecht* (Fn. 16), S. 354; *Richmann* (Fn. 67), S. 222.

¹⁴¹ *Trüg*, in: Meier/Rössner/Trüg/Wolff (Fn. 12), § 67 Rn. 18; *Sommerfeld*, in: Ostendorf (Fn. 11), § 67 Rn. 15.

Vorbildwirkung von straffälligen erziehungsberechtigten Personen rechtspraktisch in eine dem Erziehungsgedanken gegenteilige Richtung verkehrt wird.¹⁴² Dem ist zuzugeben, dass bei letzterem Verständnis die Möglichkeit besteht, einer größeren Anzahl an parentalen Akteuren ihre Rechte zu entziehen. Es liegt die Vermutung nahe, eine steigende Zahl straffälliger Erziehungsberechtigter nähme mit größerer Wahrscheinlichkeit auch stärkeren negativen Einfluss auf Jugendliche im Jugendstrafprozess. Dementsprechend würde ein weites Verständnis des Beteiligtenbegriffes aller Voraussicht nach in mehr Rechtsentzügen enden, die den Jugendlichen schützen sollen.

Dem ist jedoch entgegenzusetzen, dass der Schutz des Jugendlichen und des Jugendstrafverfahrens nur dann gegeben ist, wenn der Erziehungsberechtigte oder gesetzliche Vertreter tatsächlich künftig derartig negativen Einfluss nimmt. Die obige Befürchtung ist mithin zirkulärer Natur. Maßgeblich für eine Prognose der Gefahr einer negativen Beeinflussung des Jugendlichen durch parentale Akteure ist das Verdachtskriterium in § 67 Abs. 4 S. 1 JGG.

a) Rechtspolitische Kritik am Kriterium des Verdachts § 67 Abs. 4 S. 1 JGG

Insbesondere mit Blick auf die Verfassungsmäßigkeit wird dieses Kriterium allerdings als problematisch angesehen.¹⁴³ Diese Bedenken wurden aufgrund der Nichtigkeitserklärung von § 52 Abs. 2 JGG a. F. durch das *BVerfG*¹⁴⁴ bestätigt. Es stellt sich die Frage, wie § 67 Abs. 4 S. 1 JGG in Bezug auf das Verdachtskriterium zu beurteilen ist. Präziser ist danach zu fragen, ab welchem Grad des Verdacht es angemessen erscheint, dem Erziehungsberechtigten oder gesetzlichen Vertreter seine Rechte aus § 67 Abs. 4 JGG zu verwehren.

aa) Grad der Verdächtigung

Für eine niedrige Hemmschwelle wird die kriminalpolitische Befürchtung, die Erziehungsberechtigten würden den Jugendlichen belasten, um sich selbst in besseres Licht zu rücken,¹⁴⁵ fruchtbar gemacht. Allerdings entbehrt diese Behauptung nicht nur hinreichender kriminalistisch-empirischer Belege, sondern auch rechtspolitischer Überzeugungskraft. Es stimmt zwar, dass einige Erziehungsberechtigte den Verteidiger dahingehend unterweisen, der Jugendliche möge doch mit einem „Denkzettel“ versehen werden.¹⁴⁶ In gewissem Maße ist die Sorge, ein prozessuales Tätigwerden der

¹⁴² Diemer/Schatz/Sonnen (Fn. 9), § 67 Rn. 40.

¹⁴³ Rieke (Fn. 67), S. 280; Richmann (Fn. 67), S. 22.

¹⁴⁴ *BVerfG*, NJW 2003, 2009 ff.

¹⁴⁵ Richmann (Fn. 67), S. 211.

¹⁴⁶ Zieger/Nöding (Fn. 1), Rn. 123.

Erziehungsberechtigten und gesetzlichen Vertreter könnte zulasten des Jugendlichen stattfinden, nicht von der Hand zu weisen. Rechtspraktische Untersuchungen ergeben jedoch, dass sich parentale Beteiligung in den häufigsten Fällen positiv auf die Entwicklung des Jugendlichen auswirkt,¹⁴⁷ wobei es auch hierbei an einem „Denkzettel“ liegen könnte, dass der Jugendliche dazulernt. Die Empirische Forschung liefert mithin kein klares Ergebnis.

bb) Verfassungsrechtliche Bedenken

Eindeutiger sind hingegen die verfassungsrechtlichen Bedenken. Eine allzu starke Limitierung der elterlichen Beteiligungsrechte ist nämlich in Hinblick auf die Unschuldsvermutung¹⁴⁸ (Art. 6 Abs. 2 EMRK) höchst fragwürdig. Staatliches Eingreifen als Wächter ist verfassungsrechtlich nur bei bereits *festgestelltem Defizit* angezeigt.¹⁴⁹ Vor diesem Hintergrund kann bei einem festgestellten Defizit, etwa einer rechtskräftigen Verurteilung des Erziehungsberechtigten, ein prozessualer Rechtsentzug durchaus geboten sein. Bei einem bloßen Anfangsverdacht, was das aktuelle Auslegungsergebnis *de lege lata* darstellt,¹⁵⁰ verbietet sich dies jedoch mangels verfassungsrechtlicher Unterfütterung.

cc) Rechtspolitisches Ergebnis verfassungsrechtlicher Bedenken

Dieses Verständnis lässt sich rechtspolitisch untermauern. Empirisch-kriminalistische Untersuchungen zeigen, dass Erziehungsberechtigte und gesetzliche Vertreter häufig nur das Beste für ihr Kind wollen.¹⁵¹ In Fällen, in denen sowohl Jugendliche als auch parentale Akteure einer Straftat verdächtigt werden, wäre es in prozesspsychischer¹⁵² Hinsicht überaus wohltuend für den Jugendlichen, ihm die Möglichkeit zu gewähren, mit den Erziehungsberechtigten gemeinsam „an einem Strang zu ziehen“ und das familiäre Gefüge zu festigen, indem man sich gemeinsam im Prozess der Verdächtigung erwehrt. Freilich soll dies nicht dazu führen, dass der Jugendliche den Unwert einer Straftat verkennt, die er womöglich mit seinem Erziehungsberechtigten beging. An dieser Stelle ist jedoch nochmals auf den bloß passageren, episodenhaften Charakter¹⁵³ jugendlicher Delinquenz hinzuweisen.

¹⁴⁷ Gensing (Fn. 96), S. 431.

¹⁴⁸ Trüg, in: Meier/Rössner/Trüg/Wolff (Fn. 12), § 67 Rn. 18.

¹⁴⁹ Epping/Hüllgruber, in: BeckOK-GG, Ed. 49, Stand: 15.11.2021, Art. 6 Rn. 60; Rieke (Fn. 67), S. 279.

¹⁵⁰ BT-Drucks. 16/3038, S. 61; Trüg, in: Meier/Rössner/Trüg/Wolff (Fn. 12), § 51 Rn. 19.

¹⁵¹ Zieger/Nöding (Fn. 1), Rn. 123; Reisenhofer (Fn. 32), S. 85.

¹⁵² Vgl. Gensing (Fn. 96), S. 431.

¹⁵³ Streng (Fn. 45), Rn. 9.

Im Falle rechtskräftig nachgewiesener Delinquenz wird dem staatlichen Strafanspruch und der Rechtspflege ohnehin genüge getan, da die Möglichkeit eines Rechtsentzuges hier angezeigt bleibt. Bei einem bereits verurteilten Erziehungsberechtigten nimmt die Gewichtigkeit des Bedarfs nach staatlichem Eingreifen (Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG) nämlich stufenweise¹⁵⁴ zu. *E contrario* kann der Fall einer durch Strafurteil belegten Beteiligung nicht mit dem Fall eines bloßen Anfangsverdachteten gleichgestellt werden.

dd) Fehlende Differenzierung von Verdächtigten und Verurteilten

De lege lata findet diesbezüglich keine dem Verhältnismäßigkeitsprinzip Rechnung tragende Differenzierung in § 67 Abs. 4 S. 1 JGG statt. Die Ausgestaltung dieser Norm als Kann-Vorschrift genügt nicht. Die Annahme, dass selbst unberechtigte Verdächtigungen und hierauf basierende Rechtsentziehungen unproblematisch seien, ist vor dem Hintergrund der RL 2016/800 äußerst bedenklich. Diese sieht in Art. 5 nämlich primär eine Stärkung der Verfahrensrechte des Jugendlichen vor. Die Entziehung der Rechte eines Erziehungsberechtigten oder gesetzlichen Vertreters hat aber gravierende Auswirkungen auf die Rechtsstellung des Jugendlichen. Im Falle einer faktischen Wegnahme eines in Retrospektive doch nicht straffälligen parentalen Akteurs würde dem Jugendlichen eine große prozessuale Stütze verwehrt und Vertrauen in den Rechtsstaat früh verspielt werden. Ein solches Szenario steht in diametralem Widerspruch zur RL 2016/800. Auch die hierin vorgesehene Ersatzperson, die dem Jugendlichen anstelle des Erziehungsberechtigten zur Seite gestellt wird (§ 67 Abs. 4 S. 3 JGG), kann die Schwächung der Rechtsposition des Jugendlichen im Falle unberechtigter Verdächtigung des parentalen Akteurs nicht ausgleichen. Der kurzfristig bestellte Pfleger gemäß § 67 Abs. 4 S. 3 JGG kann das Schutzniveau, das bei einem jahrelangen Vertrauensverhältnis¹⁵⁵ zu Erziehungsberechtigten und gesetzlichen Vertretern besteht, nicht ersetzen. Dass einige parentale Akteure bereit sind, die schmachvolle Offenlegung¹⁵⁶ privater Angelegenheiten vor Gericht ihrem Jugendlichen zuliebe in Kauf zu nehmen, unterstreicht, dass Erziehungsberechtigte und gesetzliche Vertreter dem Jugendlichen das höchste Schutzniveau im Prozess bieten können.

Die Möglichkeit einer Hinzuziehung des Pflegers hat bei faktischer Wegnahme eines unberechtigterweise verdächtigten parentalen Akteurs eine bloß symbolische, kaum wirklich kompensatorische Wirkung für den jugendlichen

¹⁵⁴ Grunewald, Die besondere Bedeutung des Erziehungsgedankens im Jugendstrafverfahren, NJW 2003, 1995 (1997).

¹⁵⁵ Vgl. Schwer (Fn. 21), S. 267.

¹⁵⁶ Reisenhofer (Fn. 32), S. 139.

Beschuldigten. Das Szenario einer unberechtigten Verdächtigung ist, sofern man sich *de lege lata* mit einem bloßen Anfangsverdacht begnügt, aufgrund des schwerwiegenden Eingriffs in die schutzbedürftige Rechtssphäre des Jugendlichen nicht unwahrscheinlich genug.

ee) *De lege ferenda*

Der Grad des Verdachtes muss also *de lege ferenda* angehoben werden. Nicht nur verfassungsrechtliche, sondern auch rechtspolitische Erwägungen, insbesondere die prozesspsychische Schwächung des Jugendlichen bei *lege lata* drohender, ausufernder Rechtsentziehung nach § 67 Abs. 4 S. 1 JGG, sprechen hierfür. Ein dringender Verdacht *de lege ferenda* würde die Wahrscheinlichkeit dafür, dass der Hauptzweck der RL 2016/800 *ad absurdum* geführt wird, derart herabsetzen, dass ein angemessener Ausgleich von Elternrecht (Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG) und staatlichem Wächteramt (Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG) entsteht. Vor diesem Hintergrund ist auch der Begriff der Beteiligung in § 67 Abs. 4 S. 1 JGG nicht zu erweitern. Ein Verweis auf § 28 Abs. 2 StGB in § 67 Abs. 4 S. 1 JGG zu Klarstellungszwecken würde sich als hilfreich erweisen.

b) *Rechtspolitische Erörterung von § 51 Abs. 2 JGG*

§ 67 Abs. 4 JGG ist nicht die einzige Vorschrift, die sich mit der Schwächung der parentalen Rechtsstellung befasst. So regelt § 52 Abs. 2 JGG den Verhandlungsausschluss der Erziehungsberechtigten und der gesetzlichen Vertreter. Die rechtspolitische Problematik dieser Vorschrift zeigte sich bereits darin, dass § 52 Abs. 2 JGG a. F. als verfassungswidrig angesehen¹⁵⁷, vom *BVerfG* für nichtig erklärt¹⁵⁸ und vom Gesetzgeber überarbeitet¹⁵⁹ wurde. Wegen früherer Unbestimmtheit dieser Vorschrift wurden fünf verschiedene Voraussetzungen normiert, die einen Ausschluss näher regeln.¹⁶⁰

aa) *Rechtspolitische Erörterung trotz geringer Praxisrelevanz*

Diese Enumeration von neuen Kriterien geschah, obwohl damals¹⁶¹ wie heute¹⁶² von einer geringen praktischen Relevanz dieser Vorschrift ausgegangen wird. Aus diesem Grund wird der Bedarf, sich mit Kriterien des Verhandlungsausschlusses der parentalen Akteure legislativ zu befassen, rechtspolitisch in

¹⁵⁷ Albrecht (Fn. 16), S. 354.

¹⁵⁸ *BVerfG*, NJW 2003, 2006 ff.

¹⁵⁹ BGBl. I 2006, S. 3416.

¹⁶⁰ *Ebd.*

¹⁶¹ BT-Drucks. 16/3038, S. 61.

¹⁶² *Diemer/Schatz/Sonnen* (Fn. 9), § 51 Rn. 5.

Frage gestellt.¹⁶³ Es besteht der Eindruck, die Ausschlusskriterien seien obsolet.¹⁶⁴ Falls ein elterlicher Verfahrensbeteiligter dem jugendlichen Wohl zuwiderhandelt, sei einvernehmliches Sich-Entfernen des parentalen Akteurs auf Anraten des Vorsitzenden ohnehin das wahrscheinlichste Szenario in der Rechtspraxis.¹⁶⁵

bb) Rechtspolitische Kritik an dieser Auffassung

Der Umstand, dass der Gesetzgeber § 51 Abs. 2 JGG durch seine neue Fassung präziserte und verfassungsrechtlichen Geboten Rechnung trug, verdient indes Beifall. Mit der Entwicklung von einer zu unbestimmten Soll-Regelung in § 51 Abs. 2 JGG a. F. hin zu einer Kann-Bestimmung mit konkreten Anforderungen in § 51 Abs. 2 JGG n. F. beabsichtigt der Gesetzgeber, dass jeder Einzelfall einer gründlichen Abwägung mit dem Elternrecht unterzogen wird.¹⁶⁶ Solche Abwägungen bedürfen klarer Anhaltspunkte, die § 51 Abs. 2 n. F. JGG nunmehr liefert. Darüber hinaus ist die Behauptung, eine Vorschrift mit praktisch geringer Bedeutsamkeit bedürfe keiner Überarbeitung, rechtspolitisch rügenswert. Ein Warten auf die steigende Praxisrelevanz einer Rechtsvorschrift, die zudem mit dem GG nicht vereinbar ist, wird unweigerlich zu Problemen in der Praxis führen, sobald die Norm an Bedeutung gewinnt.

cc) Rechtspolitische Kritik an den einzelnen Kriterien

Doch selbst in seiner aktuellen Fassung wird die Verfassungsmäßigkeit des § 51 Abs. 2 S. 1 JGG, insbesondere in Nr. 1 und Nr. 4, in Frage gestellt.¹⁶⁷

(1) § 51 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 JGG

§ 51 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 JGG ermöglicht einen parentalen Ausschluss von der Hauptverhandlung bei der Befürchtung erheblicher erzieherischer Nachteile durch Anwesenheit der elterlichen Akteure. Intention der Vorschrift ist es, die zukünftige Zusammenarbeit von Jugendgerichtshilfe (JGH) und Erziehungsberechtigten zu erleichtern.¹⁶⁸ Eine Sorge besteht darin, dass eine in der Rechtspraxis oft praktizierte Vorführung der Eltern durch den Staat, der ihnen vermeintliche oder tatsächliche Versäumnisse bei der Erziehung des

¹⁶³ Eisenberg/Zötsch, Elternverantwortung für jugendliche Angeklagte, GA 2003, 226 (231); Diemer/Schatz/Sonnen (Fn. 9), § 51 Rn. 5.

¹⁶⁴ Diemer/Schatz/Sonnen (Fn. 9), § 51 Rn. 5.

¹⁶⁵ Eisenberg/Zötsch (Fn. 163), S.231.

¹⁶⁶ BT-Drucks. 16/3038, S. 60.

¹⁶⁷ Trüg, in: Meier/Rössner/Trüg/Wolff (Fn. 12), § 51 Rn. 22; Reisenhofer (Fn. 32), S. 138 f.; Zieger/Nöding (Fn. 1), Rn. 120.

¹⁶⁸ BR-Drucks. 550/06, S. 132.

Jugendlichen aufzeigt, negative Folgen haben könnte. Die Erziehungsberechtigten könnten das Gefühl vermittelt bekommen, versagt zu haben und staatliche vorgeschlagene Maßnahmen der JGH aus Trotz unterwandern.¹⁶⁹ In der Rechtspraxis sind sowohl die JGH als auch andere Beteiligte der Justiz im Jugendstrafverfahren oft über das erforderliche Maß hinaus zu kritisch und unfreundlich zu den Erziehungsberechtigten und gesetzlichen Vertretern und ihren angeblichen Verfehlungen bei der Erziehung des Jugendlichen.¹⁷⁰ Dass derartige Bloßstellungen vorkommen, ist allen Übels Wurzel.

Hier stellt sich die Frage, warum der Gesetzgeber dieses Problem nicht angeht und effiziente Ursachenbekämpfung betreibt. Stattdessen schafft er eine Norm, die das durch selbstverschuldetes Verhalten von JGH und übrigen Akteuren der Justiz eigens verursachte Symptom einer mangelnden Kooperationsbereitschaft der Erziehungsberechtigten und gesetzlichen Vertreter vergeblich in den Griff zu bekommen versucht. Freilich ist eine Kooperationsbereitschaft der parentalen Akteure für weitere Maßnahmen der JGH ein sinnvolles Bestreben. Dieses Ziel wird jedoch konterkariert, indem man den parentalen Akteuren das Gefühl vermittelt, dass sie nicht nur im Gerichtssaal, sondern ganz generell bei der Erziehung ihres Jugendlichen außen vor gelassen werden.¹⁷¹

Die oben vorgeschlagenen Konzepte des Runden Tisches und des freiwilligen frühen Termins würden diejenigen Früchte tragen, welche § 51 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 JGG zwar rechtstheoretisch intendiert, rechtspraktisch aber *ad absurdum* führt. Die künftige Bereitschaft der Erziehungsberechtigten und gesetzlichen Vertreter dazu, der JGH bei der Umsetzung zu erwartender jugendgerichtlicher Sanktionen, so der Wortlaut des § 51 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 JGG, behilflich zu sein, lässt sich paradoxerweise dadurch erreichen, dass diese Nummer aus dem Katalog des § 51 Abs. 2 JGG gestrichen wird. *De lege lata* bekämpft diese Regelung lediglich Symptome, welche die Beteiligten der Judikative mitunter selbst verschulden. Ihrer Ursachenbekämpfung kann an anderer Stelle (früher erster Termin) und durch andere Modalitäten (Runder Tisch) effizienter Rechnung getragen werden.

(2) § 51 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 JGG

Eine weitere problematische Vorschrift zum parentalen Verhandlungsausschluss findet sich in § 51 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 JGG. Sie gilt entgegen den obigen

¹⁶⁹ *Ebd.*

¹⁷⁰ *Reisenhofer* (Fn. 32), S. 138 f.

¹⁷¹ Ähnliches befürchtend auch *Settel/Putzke*, in: BeckOK-JGG, Ed. 23, Stand: 1.11.2021, § 51 Rn. 13.

Behauptungen als besonders praxisrelevant.¹⁷² Diese Norm ermöglicht es dem Vorsitzenden, die Erziehungsberechtigten oder gesetzlichen Vertreter von der Hauptverhandlung auszuschließen, wenn eine Beeinträchtigung der Wahrheitsermittlung befürchtet wird. Da der Schutz des Jugendlichen aber im Gegensatz zur Wahrheitsfindung zu den Pflichten der Erziehungsberechtigten und gesetzlichen Vertreter gehört, kann die bloße Wahrnehmung von Verfahrensrechten keinen Ausschlussgrund nach § 51 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 JGG darstellen.¹⁷³ Es besteht somit die Gefahr, dass aus justiztaktischen Gründen dem Jugendlichen ein Geständnis in Abwesenheit der parentalen Akteure nahegelegt¹⁷⁴ wird und die in Art. 6 Abs. 2 GG verbürgten Partizipationsrechte einfachgesetzlich ausgehöhlt¹⁷⁵ werden. Dieses rechtspraktische Phänomen ist bereits bei der polizeilichen Vernehmung rügenswert. § 51 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 JGG wurde vor allem für den Fall geschaffen, dass der Jugendliche selbst die Abwesenheit seiner parentalen Akteure wünscht.¹⁷⁶ Diese der Sache nach durchaus sinnvolle Erwägung hätte aber auch in diesem Wortlaut novelliert werden sollen. *De lege lata* besteht nämlich für geständnistaktische Motive weiterhin zu viel Raum. Diese treten hinter dem elterlichen Erziehungsrecht zurück. In seiner jetzigen Form bedarf § 51 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 JGG zwar keiner Streichung wie Nr. 1, wohl aber einer dahingehenden Überarbeitung, dass der legislativ intendierte Verhandlungsausschluss zum Wohl des Jugendlichen nicht zu geständnistaktischen Zwecken missbraucht werden kann. Das Interesse des Jugendlichen an einem Ausschluss der parentalen Akteure ist legitim, das Bestreben des staatlichen Wächters hiernach hingegen nicht. Staatliche Strafverfolgungsinteressen haben hierbei das Nachsehen. Bei allzu justiztaktischen Erwägungen darf die Schutzwürdigkeit des Jugendlichen nicht in den Hintergrund geraten.

2. Rechtspolitische Gesamtbeurteilung von § 51 Abs. 2 JGG

Insgesamt ist es zu begrüßen, dass in § 52 JGG ein Ausnahmekatalog novelliert wurde, um einem drohenden, ausufernden Ausschluss von Erziehungsberechtigten und gesetzlichen Vertretern Einhalt zu gebieten. Allerdings wurde in Bezug auf § 51 Abs. 2 JGG die Stellung des Jugendlichen letztlich nicht ausreichend gestärkt. Die Absätze 6 und 7 schaffen zwar Abhilfe für das Szenario, dass Erziehungsberechtigte und gesetzliche Vertreter von der Verhandlung ausgeschlossen sind. Der Gesetzgeber hat jedoch verkannt, dass

¹⁷² Ludwig (Fn. 25), S. 126.

¹⁷³ Brunner/Dölling (Fn. 17), § 51 Rn. 11; ; Schady, in: Ostendorf (Fn. 11), § 51 Rn. 12.

¹⁷⁴ Kölbl, in: Eisenberg/Kölbl (Fn. 10), § 51 Rn. 18a.

¹⁷⁵ Trüg, in: Meier/Rössner/Trüg/Wolff (Fn. 12), § 51 Rn. 22.

¹⁷⁶ Settel/Putzke, in: BeckOK-JGG (Fn. 171), § 51 Rn. 13.

schon der ausufernde Ausschluss nach dem Katalog des § 51 Abs. 2 JGG die Rechtsposition des Jugendlichen enorm schwächen kann. Es ist zu befürchten, dass die elterlichen Akteure von der Verhandlung exkludiert werden, obwohl sie den Schutzbelangen des Jugendlichen dienlich sein könnten. Die Rechtsstellung des jugendlichen Beschuldigten kann aber mittelbar durch die Stärkung der parentalen Rechtsposition in § 51 Abs. 2 JGG verstärkt werden. Der Fokus der jüngsten Änderung von § 51 Abs. 2 JGG¹⁷⁷ - die Schaffung zweier Absätze, die den Fall *nach* dem Ausschluss der Erziehungsberechtigten und gesetzlichen Vertreter regeln – sowie die justiztaktischen Erwägungen in § 51 Abs. 2 JGG erhöhen *de lege lata* das Schutzniveau des jugendlichen Beschuldigten nicht hinreichend genug.

D. Resümee

Letztlich verifiziert die rechtspolitische Beurteilung der geltenden Regelungen die eingangs zitierte These, dass die Rechtsstellung der Erziehungsberechtigten und gesetzlichen Vertreter als durchaus kraftvoll einzuordnen ist. Im Laufe der Jahre stieg ihre Bedeutung *de lege lata* stetig an. Auch die eingeschränkte Praxisrelevanz dieser Regelungen ließ sich im Rahmen der kriminalpolitischen Erörterung bestätigen. Die entscheidenden Erkenntnisse der rechtspolitisch erörternden Beurteilung sind dreierlei.

Zum einen ist festzuhalten, dass die Rechtsstellung der Erziehungsberechtigten und gesetzlichen Vertreter in akzessorischem Zusammenhang zur zentral schützenswerten Figur des Art. 6 Abs. 2 GG sowie des JGG steht, dem jugendlichen Beschuldigten. Die Rechte der parentalen Akteure im JGG sind kein *Selbstzweck*, sondern an das Wohl des Jugendlichen *zweckgebunden*.

Hieran anknüpfend besteht die zweite Erkenntnis darin, dass ein maximales Schutzniveau des Jugendlichen am effektivsten zu erreichen ist, indem man die Erziehungsberechtigten und gesetzlichen Vertreter prozessual stärkt, da sie in aller Regel dem Jugendlichen am besten helfen können.

In diesem Sinne sollte das legislative Augenmerk künftig vermehrt auf die Verbesserung des Dreiecksverhältnisses des Jugendlichen, der parentalen Akteure und dem staatlichen Wächter gelegt werden. Die Szenarien eines Scheiterns der Erziehungsberechtigten und gesetzlichen Vertreter (§ 67 Abs. 4 S. 3 JGG n. F.) wurden zwar novelliert, allerdings schaffen sie dem Problem mangelnder parentaler Prozessbeteiligung keine Abhilfe.

¹⁷⁷ BGBl. 2019 I, S. 2146.

Diese bloße Bekämpfung von Symptomen, welche der Justizapparat durch prozessuale Vorführung und Exklusion der parentalen Akteure mitverschuldet, verfehlt das Ziel, der gering ausfallenden prozessualen Partizipation elterlicher Akteure zu begegnen. Hierzu ist eine effiziente Ursachenbekämpfung angezeigt. Sie lässt sich durch kooperative Konzepte besser erreichen. Im rechtspolitisch problembehafteten Dreiecksverhältnis des staatlichen Wächteramtes, der parentalen Akteure und des jugendlichen Beschuldigten befinden sich die Erziehungsberechtigten und gesetzlichen Vertreter in Bezug auf die ihnen gesetzlich zugewiesene Kraft genau in der Mitte. Gegenüber dem staatlichen Wächteramt bleibt die Rolle der elterlichen Akteure zwar grundsätzlich vorrangig, nicht jedoch im Verhältnis zum jugendlichen Beschuldigten. Bezeichnenderweise hat weder der staatliche Wächter noch der parentale Akteur, sondern der Jugendliche selbst, so die für das Rechtsgefüge im Jugendstrafverfahren symptomatische Abschlussformulierung dieses Beitrags, das letzte Wort.