



Studentische Zeitschrift  
für Rechtswissenschaft Heidelberg  
Wissenschaft Online

**AUFSÄTZE**

*Niklas Donner*

Der Vorschlag einer „Gesellschaft mit beschränkter Haftung  
mit gebundenem Vermögen“ – eine erstrebenswerte neue Rechtsform?

*Jasper Siegert*

Die Wirkweite des Staatsziels Tierschutz – Art. 20a GG in Theorie und Praxis

*Annika Beisel*

Rechtsprobleme gestufter und gemischter Entscheidungen  
im Europäischen Verwaltungsrecht

*Moritz Clasen*

Netzwerkdurchsetzungsgesetz – Überblick über zentrale Regelungen  
und etwaige Verbesserungsmöglichkeiten

*Fabian Schulz*

„Geeignet ist nur, wer vorbehaltlos die Beschlüsse der Partei- und Staatsführung  
anerkennt und bereit und fähig ist, sich unter Einsatz seiner ganzen Persönlichkeit für  
ihre Verwirklichung einzusetzen“ (MdJ DDR 1970) – Juristenausbildung in der DDR

## Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft Heidelberg

### Redaktion

Chefredaktion: Moritz Barth, Stella Elmentaler, Julia Bierlein  
Ressortleitung StudZR-WissOn: Ruben Yves Zimmermann, Elias Sieger

Alice Ballach	Johanna Kerscher	Monika Schröder
Alina Beckmann	Henrik-Hugo Kohlhas	Josefine Schütz
Regine Brüner	Sophia Lehr	Carl-Friedrich Seelig
Bozheng Chen	Sarah Löffler	Patricia Sugg
Andra Christea	Oskar Luong	Huy Lan Tran
Maximilian Funk	Melina Meding	Andreas Warchal
Julia Göbes	Viola Sauter	Johanna Wiegand
Deren Göral	Fabienne Schlachter	Anna Zitt

### 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. Volker Erb	Dr. Christian Marxsen, LL.M. (NYU)
Prof. Dr. Stefan Geibel, Maître en droit	Prof. Dr. Boris P. Paal, M.Jur. (Oxford)
Prof. Dr. Bernd Grzeszick, LL.M. (Cambridge)	Prof. Dr. Ulrich Palm
Prof. Dr. Bernd Heinrich	Prof. Dr. Andreas Pickenbrock
Prof. Dr. Christian Heinze, LL.M. (Cambridge)	Prof. Dr. Charlotte Schmitt-Leonardy
Prof. Dr. Dres. H.c. Burkhard Hess	Dr. Felix Steffek, LL.M. (Cambridge)
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. Marc-Philippe Weller
Prof. Dr. Stephan Kirste	Dr. Nika Witteborg-Erdmann, M.A.
Prof. Dr. Hanno Kube, LL.M. (Cornell)	Dr. Rumiana Yotova, LL.M. (Leiden)
Prof. Dr. Christian Laue	

### 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, Patricia Sugg, Huy Lan Tran

Vorstand des StudZR e. V.:  
Niels Elsner, Johannes Tegel, Leo Krause-Wichmann

# **StudZR-WissOn 2/2022**

**Studentische Zeitschrift für  
Rechtswissenschaft Heidelberg  
Wissenschaft Online**

2. Ausgabe des Jahres 2022  
Erschienen im Dezember 2022  
Seiten 212 bis 351

**eISSN**

2629-7132

**DOI**

10.11588/srzwo.2022.2

**Herausgeber**

Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft Heidelberg e.V.

Juristisches Seminar

Friedrich-Ebert-Anlage 6–10

69117 Heidelberg

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

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

**Zitiervorschlag: *Autor*, StudZR-WissOn 2022, S.**

# Inhaltsverzeichnis

<b>Editorial</b>	212
<b>Aufsätze</b>	
<b>Niklas Donner</b> Der Vorschlag einer „Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit gebundenem Vermögen“ – eine erstrebenswerte neue Rechtsform?	214
<b>Jasper Siegert</b> Die Wirkweite des Staatsziels Tierschutz – Art. 20a GG in Theorie und Praxis	243
<b>Annika Beisel</b> Rechtsprobleme gestufter und gemischter Entscheidungen im Europäischen Verwaltungsrecht	273
<b>Moritz Clasen</b> Netzwerkdurchsetzungsgesetz – Überblick über zentrale Regelungen und etwaige Verbesserungsmöglichkeiten	302
<b>Fabian Schulz</b> „Geeignet ist nur, wer vorbehaltlos die Beschlüsse der Partei- und Staatsführung anerkennt und bereit und fähig ist, sich unter Einsatz seiner ganzen Persönlichkeit für ihre Verwirklichung einzusetzen“ (MdJ DDR 1970) – Juristenausbildung in der DDR	325

WissOn.studzr.de

---

**Editorial****100 Jahre Frauen in juristischen Berufen**

Das Erscheinen der StudZR-WissOn 2/2022 markiert das Ende eines ganz besonderen Jahres: 2022 konnten wir das hundertjährige Jubiläum der Zulassung von Frauen zu juristischen Berufen feiern. Die durch das „Gesetz über die Zulassung der Frauen zu den Ämtern und Berufen in der Rechtspflege“ vom 11.7.1922 herbeigeführte Änderung der Rechtslage machte den Weg frei für hunderttausende Juristinnen, die seitdem durch ihre berufliche Tätigkeit, aber auch durch ihr darüberhinausgehendes Engagement unseren Rechtsstaat und unsere Gesellschaft veränderten und weiterentwickelten.

Das Jubiläum wurde von diversen Vorträgen, Seminaren und nicht zuletzt durch die groß angelegte, vom Bundesjustizministerium geförderte Kampagne „100 Jahre Frauen in juristischen Berufen“ des deutschen Juristinnenbundes begleitet, in deren Rahmen im April auch in Heidelberg eine Veranstaltung stattfand. Beleuchtet wurden insbesondere die Juristinnen, die für ein geschlechtergerechtes Berufsrecht und Gleichberechtigung in juristischen Berufen gekämpft haben – und die Hindernisse, die sie im vergangenen Jahrhundert überwunden haben. Gleichzeitig wurde über die Barrieren diskutiert, die Juristinnen in ihrem beruflichen Alltag auf dem Weg zur Gleichstellung auch heute noch im Wege stehen.

Besonders sticht bei einem Blick auf den *status quo* die massive Diskrepanz zwischen dem Anteil von Frauen in der Juristerei im Allgemeinen und der Anzahl von Frauen in der Rechtswissenschaft hervor. Während der Anteil der Studentinnen im ersten Semester und auch der Absolventinnen des juristischen Staatsexamens in den letzten Jahren stetig gestiegen ist und an vielen Universitäten den der Studenten und Absolventen sogar übersteigt,<sup>1</sup> ist die Verteilung auf der Ebene der Professuren deutlich unausgewogener. So belegt eine Studie der Uni Frankfurt, dass noch 2018 lediglich 17,6 % aller

---

<sup>1</sup> Statistisches Bundesamt, Daten abrufbar unter: <https://www-genesis.destatis.de/genesis/online?operation=ergebnistabelleUmfang&levelindex=1&levelid=1669638290314&downloadname=21311-0003#abreadcrumb> (zuletzt abgerufen am 28.11.2022).

rechtswissenschaftlichen Professuren in Deutschland von Frauen besetzt waren.<sup>2</sup> Auch in der Fachliteratur ist die Bilanz laut dieser Studie ernüchternd: Bei der Herausgabe und Bearbeitung von Kommentaren und Zeitschriften lag der Frauenanteil weit unter 20 %, bei der Herausgabe von Handbüchern zum Öffentlichen Recht sogar bei 0 %.<sup>3</sup>

Als Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft bewegen wir uns genau an der Schnittstelle von Studium und Wissenschaft. Die genannte Diskrepanz von Studium und Wissenschaft erleben wir daher in unserem Redaktionsalltag hautnah.

Auf der einen Seite bedeutet das diesjährige Jubiläum einen besonderen Grund zur Freude: Die Herausgabe unserer Zeitschriften wäre ohne das Engagement unserer Redakteurinnen, die gerade in den letzten Jahren nicht selten die Mehrzahl unserer Ressortleitungs- und Chefredaktionsposten besetzten, kaum denkbar. Gleichzeitig – obwohl wir uns bei der StudZR größte Mühe geben, die ausgewogene Geschlechterverteilung unseres Studiengangs und unserer Gesellschaft auch auf Autorensseite und durch unseren Beirat widerzuspiegeln – zeigt ein Blick in die Vergangenheit deutlich, dass sich die Unterrepräsentation von Frauen in der Rechtswissenschaft auch durch unsere Zeitschriften zieht. Somit bietet das diesjährige Jubiläum auch für uns eine gute Erinnerung an das, was auf dem Weg zur Gleichstellung von Frauen in juristischen Berufen noch geschehen muss, und Anlass, nach Möglichkeiten zu suchen, wie wir als juristische Zeitschrift dazu beitragen können.

*Moritz Barth, Stella Elmentaler, Julia Bierlein*  
Chefredaktion

---

<sup>2</sup> *Sacksofsky/Stix*, Daten und Fakten zur Repräsentanz von Frauen in der Rechtswissenschaft, 2018, S. 6, abrufbar unter: [https://www.jura.uni-frankfurt.de/73356125/Daten\\_und\\_Fakten\\_zur\\_Repr%C3%A4sentanz\\_von\\_Frauen\\_in\\_der\\_Rechtswissenschaft\\_Sacksofsky\\_Stix\\_2018.pdf](https://www.jura.uni-frankfurt.de/73356125/Daten_und_Fakten_zur_Repr%C3%A4sentanz_von_Frauen_in_der_Rechtswissenschaft_Sacksofsky_Stix_2018.pdf); (zuletzt abgerufen am 28.11.2022).

<sup>3</sup> *Ebd.*, S. 27.



Niklas Donner\*

## Der Vorschlag einer „Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit gebundenem Vermögen“ – eine erstrebenswerte neue Rechtsform?

### Abstract

„Nachhaltigkeit“ und „Generationengerechtigkeit“ prägen als gesellschaftliche Leitziele den politischen Diskurs. Diese Prägung schlägt sich im Unternehmensrecht nieder, für das etwa die unionale Richtlinienggebung zur Nachhaltigkeitsberichterstattung mehr und mehr zum Entwicklungsfaktor wird. Vor dem Hintergrund dieser Entwicklung überrascht es nicht, dass es in der Rechtswissenschaft Bemühungen gibt, das Verhältnis des Unternehmens zu seinen Anteilseignern und Stakeholdern grundlegend neu zu vermessen. Der Vorschlag einer „GmbH mit gebundenem Vermögen“ als Rechtsformvariante zur GmbH lässt sich als eine solche Bemühung verstehen. Dieser Beitrag untersucht das Gelingen dieser Bemühung und kommt zu dem Ergebnis, dass die vorgeschlagene Gesellschaftsform in rechts- und wirtschaftspolitischer Hinsicht nicht erstrebenswert ist und zudem unionsrechtlichen Bedenken begegnet.

---

\* Der Autor ist Student der Rechtswissenschaft mit dem Schwerpunkt Unternehmensrecht an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg und studiert in seinem siebten Studiensemester im Rahmen eines Auslandsaufenthalts am King's College London. Der Beitrag beruht auf einer für das Berliner Blockseminar „Aktuelle Herausforderungen des Unternehmensrechts: Grenzüberschreitende Mobilität, Nachhaltigkeit, Digitalisierung“ angefertigten Arbeit, die im Juni 2022 im Bundesministerium der Justiz vorgestellt wurde. Besonderer Dank gebührt für seine Unterstützung Prof. Dr. Stefan J. Geibel, *Maitre en droit* (Université Aix-Marseille III). Der Beitrag wurde redaktionell betreut von stud. iur. Alice Ballach.

## A. Einleitung: Eine gesellschaftsrechtliche Kontroverse

Wenige gesellschaftsrechtliche Diskussionen sind in jüngerer Zeit so hitzig geführt worden wie die um den von einer Gruppe von Rechtswissenschaftlern<sup>1</sup> im Juni 2020 vorgelegten Entwurf über eine „GmbH in Verantwortungseigentum“ (VE-GmbH) und seine im Februar 2021 überarbeitete Fassung über eine „GmbH mit gebundenem Vermögen“ (GmbH-gebV)<sup>2</sup>, die es bis in den Koalitionsvertrag der „Ampel-Regierung“ geschafft hat.<sup>3</sup> *Fleischer* hat diesen Umstand mit der Feststellung zugespitzt, es gebe nur „glühende Anhänger und entschiedene Gegner“<sup>4</sup>. Und in der Tat: Während es auf der einen Seite heißt, die GmbH-gebV solle „nachhaltiges, zweckorientiertes Wirtschaften, beispielsweise auch im Interesse der Mitarbeitenden und der Umwelt, ermöglichen“<sup>5</sup>, ist auf der anderen von einem „Fremdkörper im Recht der Körperschaften“<sup>6</sup>, einem „Etikettenschwindel“<sup>7</sup> und einem „Pakt gegen künftige Generationen“<sup>8</sup> die Rede. Der vorliegende Beitrag erläutert in gebotener Kürze die Leitprinzipien der GmbH-gebV (**B.**), bevor sie sich nach einigen Bemerkungen zur methodischen Herangehensweise um eine systematische Analyse der rechts- und wirtschaftspolitischen Argumente für und wider die neue Rechtsform bemüht (**C.**). Schließlich wirft sie einen Blick auf die jüngst von *Engel*

---

<sup>1</sup> Prof. Dr. Anne Sanders, Prof. Dr. Dr. h.c. Barbara Dauner-Lieb, Dr. Arne v. Freeden, Prof. Dr. Simon Kempny, Prof. Dr. Florian Möslin, Prof. Dr. Rüdiger Veil.

<sup>2</sup> *Stiftung Verantwortungseigentum*, Entwurf eines Gesetzes für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung in Verantwortungseigentum (GmbH-VE-E) und Entwurf eines Gesetzes für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung und gebundenem Vermögen (GmbH-gebV-E), abrufbar unter <https://www.gesellschaft-mit-gebundenem-vermoegen.de/der-gesetzesentwurf/> (zuletzt abgerufen am 3.12.2022).

<sup>3</sup> Koalitionsvertrag 2021–2025 zwischen der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands (SPD), BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und den Freien Demokraten (FDP), S. 30.

<sup>4</sup> *Fleischer*, Ein Schönheitswettbewerb für eine neue Gesellschaftsform mit Nachhaltigkeitsbezug: Zur rechtspolitischen Diskussion um eine GmbH mit gebundenem Vermögen, ZIP 2022, 345 (346).

<sup>5</sup> GmbH-gebV-E (Fn. 2), S. 12 f.

<sup>6</sup> *Habersack*, „Gesellschaft mit beschränkter Haftung in Verantwortungseigentum“ – ein Fremdkörper im Recht der Körperschaften, GmbHR 2020, 992 (996 f.).

<sup>7</sup> *Arnold/Burgard/Roth/Weitemeyer*, Die GmbH in Verantwortungseigentum – eine Kritik, NZG 2020, 1321 (1321).

<sup>8</sup> *Hüttemann/Rawert/Weitemeyer*, Zauberwort „Verantwortungseigentum“, npoR 2020, 296 (296).

und *Haubner*<sup>9</sup> aufgeworfene Frage nach der Unionsrechtskonformität des Vorschlags (D.).

## B. Leitprinzipien der GmbH mit gebundenem Vermögen

Die GmbH-gebV zeichnet sich wesentlich durch drei Grundprinzipien aus: die Vermögensbindung („Asset Lock“<sup>10</sup>), die Anteilsbindung („Share Lock“) und die Unumkehrbarkeit dieser Bindungen.

### I. Vermögensbindung („Asset Lock“)

Der in einer GmbH-gebV erwirtschaftete Jahresüberschuss steht abweichend von § 29 Abs. 1 GmbHG nicht den Gesellschaftern, sondern der Gesellschaft zu, § 77f Abs. 2 S. 1, 2 GmbHG-gebV; abweichende Regelungen sind unwirksam, § 77f Abs. 2 S. 3 GmbHG-gebV. Der Gesellschafter einer GmbH-gebV hat also allein Mitbestimmungs-, keine Gewinnrechte. Auszahlungen des Gesellschaftsvermögens sind nicht nur in den Grenzen von § 30 Abs. 1 GmbHG, sondern vollumfänglich unzulässig, es sei denn, sie sind durch vollwertige Gegenansprüche gedeckt, § 77g Abs. 2 S. 1, 2 GmbHG-gebV. Insbesondere dürfen die Gesellschafter für etwaige Dienste eine „angemessene Vergütung“ erhalten, § 77g Abs. 2 S. 3 GmbHG-gebV.

### II. Anteilsbindung („Share Lock“)

Gesellschafter einer GmbH-gebV kann eine natürliche Person, eine andere GmbH-gebV, ein anderer Rechtsträger mit dauerhaft gebundenem Vermögen (insbesondere eine Stiftung<sup>11</sup>) oder – wenn in der Satzung zugelassen – eine Personengesellschaft mit allein natürlichen Personen als Gesellschaftern sein, § 77a Abs. 2 S. 1, 2 GmbHG-gebV. Nicht zugelassen sind – wegen ihrer normtypischen Gewinnorientierung<sup>12</sup> – Kapitalgesellschaften.<sup>13</sup> Zu dieser Beschränkung des Gesellschafterkreises tritt eine gesetzliche Vinkulierungs- und

<sup>9</sup> *Engel/Haubner*, Die GmbH mit gebundenem Vermögen und das Europarecht, DSfR 2022, 844 ff.

<sup>10</sup> Der Begriff „Asset Lock“ ist insoweit missverständlich, als er suggeriert, dass Vermögensgegenstände des Unternehmens in diesem „eingemauert“ wären. Als Begriffsalternative wird daher die Bezeichnung „Capital Lock“ vorgeschlagen, siehe GmbH-gebV-E (Fn. 2), S. 31 (Fn. 31) und *Reiff*, Entwurf eines Gesetzes für die GmbH in Verantwortungseigentum (VE-GmbH) vorgelegt, ZIP 2020, 1750 (1751, Fn. 24).

<sup>11</sup> GmbH-gebV-E (Fn. 2), S. 42.

<sup>12</sup> Vgl. *Arnold/Burgard/Roth/Weitmeyer* (Fn. 7), S. 1323; *Reiff*, Verantwortungseigentum „mit gebundenem Vermögen“ – Überarbeiteter Gesetzesentwurf zur Erweiterung des GmbHG vorgelegt, NJOZ 2021, 609 (611): „Binnenlogik der *Kapitalgesellschaft selbst*“.

<sup>13</sup> GmbH-gebV-E (Fn. 2), S. 41 f.

Einziehungsregelung: Die Anteilsabtretung und der Eintritt eines Anteilserben bedürfen der Zustimmung der Gesellschafter, § 77c Abs. 2 S. 2, Abs. 4 S. 2 GmbHG-gebV. Die Gesellschafter haben also ein umfassendes Auswahlrecht über ihre Nachfolger.

### III. Unumkehrbarkeit von Vermögens- und Anteilsbindung

Die skizzierten Regelungen zur Vermögens- und Anteilsbindung lassen sich schon *de lege lata* weitestgehend satzungsgestalterisch erreichen: Gewinnverzichtsklauseln sind zulässig<sup>14</sup> und vor allem bei der gemeinnützigen GmbH anzutreffen<sup>15</sup>; Vinkulierungen (§ 15 Abs. 5 GmbHG) und Einziehungen (§ 34 GmbHG), die das Eindringen unliebsamer Dritter verhindern sollen, sind in den meisten GmbH-Satzungen vorgesehen.<sup>16</sup> Die wesentliche Neuheit der GmbH-gebV ist die Möglichkeit, diese Gestaltungen zu verewigen: Der Bindungsbeschluss kann „weder aufgehoben noch eingeschränkt werden“, § 77b Abs. 1 S. 2 GmbHG-gebV. *De lege lata* ist die Schaffung solcher unabänderlichen Satzungsbestandteile wegen des Grundsatzes der Verbandsautonomie nicht möglich.<sup>17</sup> Unternehmer, die ihre Unternehmen „in Verantwortungseigentum“ führen wollen, können sich zwar mit verschiedenen Stiftungskonstruktionen behelfen. Verbreitet sind das „Doppelstiftungsmodell“, bei dem die Anteile an der unternehmenstragenden Gesellschaft an eine privatnützige und eine gemeinnützige Stiftung verteilt werden, wobei die Anteile der ersteren nur Mitbestimmungs-, diejenigen der letzteren nur Gewinnrechte vermitteln, und das „Vetoanteil-Modell“, bei dem die Unabänderlichkeit der Vermögens- und Anteilsbindung durch Vorsehung eines Einstimmigkeitserfordernisses für ihre Aufhebung und Übertragung eines „Veto-Shares“ auf eine gemeinnützige Stiftung sichergestellt wird.<sup>18</sup> Diese Gestaltungen werden allerdings als

<sup>14</sup> Grundlegend BGHZ 14, 264 (271).

<sup>15</sup> *Leuschner*, in: Habersack/Caspar/Löbke II, 2. Aufl. 2020, § 29 Rn. 72.

<sup>16</sup> Rechtstatsächliche Nachweise bei *Bayer/Hoffmann/Schmidt*, Satzungscomplexität und Mustersatzung, GmbHR 2007, 953 (955 f.): Vinkulierungsklauseln in 75 % und Einziehungsklauseln in 61 % der Fälle.

<sup>17</sup> Unstrittig, siehe nur GmbH-gebV-E (Fn. 2), S. 19.

<sup>18</sup> Überblick zu diesen und anderen Stiftungskonstruktionen für „Verantwortungseigentum“ bei *Homeyer/Reiff*, Verantwortungseigentum ante portas? – Erste Betrachtungen einer weitreichenden Idee, npoR 2020, 224 (228 f.).

aufwendig angesehen<sup>19</sup> und sind in ihren Einzelheiten rechtsunsicher.<sup>20</sup> Die GmbH-gebV soll an ihrer Stelle durch die Abkehr vom Grundsatz der Verbandsautonomie eine einfache und rechtsicherere Lösung bieten.<sup>21</sup> Zur Verhinderung von Umgehungen der Unumkehrbarkeit von Vermögens- und Anteilsbindung werden die Möglichkeit der Konzernierung durch Vertrag nach den §§ 291 f. AktG (§ 77i GmbHG-gebV) und das Umwandlungsrecht (§§ 77n ff. GmbHG-gebV) eingeschränkt.

### C. Rechts- und wirtschaftspolitische Sinnhaftigkeit

#### I. Zur Methode: Wann empfiehlt sich die Einführung einer neuen Rechtsform?

Die Frage nach dem methodischen Programm für die Bewertung der rechts- und wirtschaftspolitischen Sinnhaftigkeit der Einführung einer neuen Rechtsform wurde in der Diskussion zur GmbH-gebV bislang kaum gestellt.<sup>22</sup> Es lohnt daher, ihr einige Aufmerksamkeit zu schenken – nicht zuletzt, weil der Konsens über die Methode nicht selten der erste Schritt zu einem Konsens in der Sache ist.

---

<sup>19</sup> Siehe etwa GmbH-gebV-E (Fn. 2) und *Homeyer/Reiff* (Fn. 18), S. 229, die sich in ihrer Einschätzung auf eine Studie des Instituts für Demoskopie Allensbach (Nachfolgeregelungen in großen Familienunternehmen: Option Stiftungslösung?, BDO AG WPG (Hrsg.), 2015, S. 29 ff.) stützen.

<sup>20</sup> So haben *Homeyer/Reiff* (Fn. 18), S. 230 betreffend das „Vetoanteil-Modell“ die Fragen aufgeworfen, ob es sich dabei um eine unzulässige Umgehung des Grundsatzes der Verbandsautonomie handele, ob die Ausübung des Vetorechts unter Umständen aufgrund der mitgliedschaftlichen Treuepflicht untersagt sein kann (vgl. dazu auch *OLG Stuttgart*, NZG 2000, 490) und ob die Anhäufung von Vetoanteilen aus einem Markt bei einer Stiftung kartellrechtlich beachtlich sei (vgl. dazu auch *EuGH*, Urt. v. 18.1.2017, C-623/15, *Toshiba Corp. ./ European Commission*, Rn. 71 f.). Im „Doppelstiftungsmodell“ wird – abhängig von der rechtlichen Ausgestaltung und den tatsächlichen Umständen im Einzelfall – von manchen eine schlechthin unzulässige Variante der „Unternehmensselbstzweckstiftung“ gesehen, ausführlich dazu *Hüttemann/Rawert*, in: *Staudinger*, 2017, § 80 Rn. 226, 230 m. w. N.

<sup>21</sup> GmbH-gebV-E (Fn. 2), S. 18 f. Nicht näher eingegangen werden soll hier auf die Frage, ob die Abkehr vom Grundsatz der Verbandsautonomie die GmbH-gebV derart wesentlich von der normalen GmbH unterscheidet, dass anstelle einer Umsetzung durch Schaffung einer Rechtsformvariante die Einführung einer völlig neuen Gesellschaftsform erforderlich oder regelungstechnisch sinnvoll wäre, siehe dazu näher *Reiff* (Fn. 10), S. 1753.

<sup>22</sup> So auch der Befund von *Fleischer* (Fn. 4), S. 346.

## 1. Kosten-Nutzen-Analyse als methodisches Programm

Im Ausgangspunkt liegt es nahe, die neue Rechtsform einer Kosten-Nutzen-Analyse zu unterziehen.<sup>23</sup> Der Beitrag der Rechtswissenschaft zu einer solchen Analyse liegt in der Untersuchung der Auswirkungen der Rechtsformausgestaltung auf die Interessen der von ihr betroffenen Stakeholder (Gesellschafter, Gläubiger, Arbeitnehmer, Allgemeinheit). Auf sie baut der Beitrag der Wirtschaftswissenschaften, der Versuch einer Quantifizierung dieser Auswirkungen als Kosten- und Nutzenpunkte, auf. Neben den Auswirkungen auf Stakeholder-Belange sind im Grundsatz die Kosten der Gesetzgebung an sich,<sup>24</sup> die in den Ministerien und sonstigen Behörden anfallenden Begleitkosten nach der Umsetzung<sup>25</sup> und die Informationskosten, die Marktteilnehmern durch das Auftreten einer unbekannteren Rechtsform entstehen,<sup>26</sup> zu berücksichtigen. Sollte die neue Rechtsform für die Stakeholder der von ihr getragenen Unternehmen allerdings langfristig mehr Nutzen als Kosten einbringen, dürften die einmalig anfallenden Gesetzgebungskosten in der Regel ebenso vernachlässigbar sein wie die mit der Zeit tendenziell abnehmenden Begleit- und Informationskosten. Im Folgenden wird sich daher auf die Auswirkungen auf Stakeholder-Belange konzentriert.

## 2. Quantifizierungsprobleme

Dass eine genaue Quantifizierung dieser Auswirkungen bei einer prospektiven Kosten-Nutzen-Analyse kaum zu leisten ist, liegt auf der Hand: Es fehlt an einer empirischen Grundlage für Bezifferungen.<sup>27</sup> Ein Grund dafür, von der Kosten-Nutzen-Analyse als methodischem Programm abzuweichen, ist das nicht. Sie stellt einen Rahmen zur Verfügung, in dem sich Argumente für und wider die neue Rechtsform systematisieren lassen und trägt so zur „Rationalisierung“ der Entscheidungsfindung bei.<sup>28</sup> Treffend ist insofern das Bild von *Alfon* und

---

<sup>23</sup> *Ebd.*; Siehe auch Röder, Die Personengesellschaft mit beschränkter Haftung – Eine Lücke im deutschen Gesellschaftsrecht, ZHR 184 (2020), 457 (462).

<sup>24</sup> *Fleischer* (Fn. 4), S. 347.

<sup>25</sup> Solche Begleitkosten entstehen etwa dadurch, dass Ministerialbeamte sich mit der neuen Rechtsform auf Kosten anderer Regelungsfelder befassen müssen (Opportunitätskosten) oder neue Beamte eingestellt und Abteilungen geschaffen werden müssen.

<sup>26</sup> *Ribstein*, Making Sense of Entity Rationalization, 58 *Business Lawyer* 2003, 1023 (1029) hat in diesem Zusammenhang den pointierten Begriff der „costs of confusion“ geprägt.

<sup>27</sup> *Fleischer* (Fn. 4), S. 347 spricht daher von einem „vernünftigen Vermuten“.

<sup>28</sup> Zu diesem und weiteren Vorzügen *Fleischer*, Gesetzesfolgenabschätzung im Aktien- und Kapitalmarktrecht, in: FS v. Rosen, 2008, S. 595 (609 ff.).

*Andrews*: „Thus, a successful CBA [Cost-Benefit Analysis] might be rather like an impressionist painting – much less detailed than a photograph, but much more recognisable than an abstract image would be.“<sup>29</sup>

### 3. Entscheidung unter Unsicherheit

Mit der Einsicht, dass ein „verschwommenes“ Bild besser ist als ein ganz und gar abstraktes, ist allerdings noch nicht geklärt, wie man aus der „Verschwommenheit“ zu einer konkreten Handlungsempfehlung gelangt. *Fleischer* hat in diesem Zusammenhang vorgeschlagen, die neue Rechtsform dann einzuführen, wenn ihre absehbaren Kosten nicht ersichtlich außer Verhältnis zu ihrem absehbaren Nutzen stehen.<sup>30</sup> Diese „veränderungsfreundliche“ Argumentationslastverteilung kann man hinterfragen. Denkbar wäre auch, die neue Rechtsform umgekehrt nur einzuführen, wenn ihr absehbarer Nutzen ersichtlich ihre absehbaren Kosten überwiegt.<sup>31</sup> Für *Fleischer*'s Vorschlag spricht, dass durch die Einführung im Zweifelsfall eine empirische Grundlegung der Kosten-Nutzen-Analyse möglich wird und der Gesetzgeber sein Rechtsformangebot gegebenenfalls zurückziehen kann. Der Vorschlag sollte aber um einen Aspekt ergänzt werden: Von der Einführung sollte auch dann abgesehen werden, wenn Regelungsalternativen existieren, die bei Verfolgung des gleichen Ziels ein ersichtlich besseres Kosten-Nutzen-Verhältnis aufweisen, insbesondere bei größerem absehbaren Nutzen geringere Kosten erwarten lassen.<sup>32</sup> Die knappen Ressourcen im Gesetzgebungsprozess<sup>33</sup> sollten auf die aussichtsreichsten Ansätze fokussiert werden.

## II. Versuch einer Kosten-Nutzen-Analyse

Der folgende Versuch einer Kosten-Nutzen-Analyse bemüht sich daher um eine Darstellung des Kosten-Nutzen-Verhältnisses der GmbH-gebV unter Berücksichtigung von Regelungsalternativen.<sup>34</sup>

---

<sup>29</sup> *Alfon/Andrews*, Cost-Benefit Analysis in Financial Regulation, FSA Occasional Paper Series Vol. 3, 1999, S. 25.

<sup>30</sup> *Fleischer* (Fn. 4) S. 348.

<sup>31</sup> Für diese umgekehrte Argumentationslastverteilung spricht sich *Fleischer* (Fn. 28), S. 609 f. selbst im Kontext des Kapitalmarktrechts aus.

<sup>32</sup> *Fleischer* (Fn. 4), S. 351 stellt das Denken in Regelungsalternativen selbst als Qualitätsmerkmal eines Reformprozesses heraus.

<sup>33</sup> Vgl. *Ebd.*, S. 347: „[...] Regelgeberressourcen in einer parlamentarischen Demokratie notorisch knapp [...]“.

<sup>34</sup> Ausgeklammert werden steuer- und verteilungspolitische Aspekte, siehe zu solchen *Hüttemann/Schön*, Die „GmbH mit gebundenem Vermögen“ – ein Steuersparmodell?,

## 1. Nutzen einer GmbH-gebV

Als Nutzen der GmbH-gebV steht insbesondere dreierlei in Rede: Die neue Rechtsform soll nachhaltiges Unternehmertum fördern (*a*), einen Beitrag zur Lösung von Unternehmensnachfolgeproblemen leisten (*b*) und die Rechtsformwahlfreiheit erweitern (*c*).

### a) Förderung „nachhaltigen Unternehmertums“

Eine etwaige Nachhaltigkeitsförderung durch die GmbH-gebV dürfte ihr größter Nutzenpunkt sein. Sie bedarf daher besonderen Augenmerks. Das gilt umso mehr wegen der notorischen Unschärfe des Nachhaltigkeitsbegriffs.<sup>35</sup>

#### aa) Das Nachhaltigkeitsverständnis des Entwurfs

Herkömmlich wird unter Nachhaltigkeit der Ausgleich wirtschaftlicher, sozialer und ökologischer Belange mit dem Ziel der Maximierung des Gemeinnutzens für jetzige und künftige Generationen verstanden,<sup>36</sup> wobei die Förderung eines der Belange häufig reflexartig den anderen zuträglich ist.<sup>37</sup> Dem entspricht im Kontext unternehmerischer Nachhaltigkeit die Feststellung, dass Shareholder-Ansatz und Stakeholder-Ansatz als Konzepte der Unternehmensleitung ähnliche Ergebnisse produzieren, weil es regelmäßig im Interesse der Shareholder liegt, auf die Interessen anderer Stakeholder Rücksicht zu nehmen.<sup>38</sup> Wenn der Entwurf durch die Vermögensbindung den Shareholder-Value als Entscheidungsfaktor ausschalten und dadurch einen „Stakeholder-Ansatz ohne Shareholder als Stakeholder“ erreichen will,<sup>39</sup> beruht er mithin auf zwei Prämissen: Erstens derjenigen, dass diese Reflexförderung von Stakeholder-

---

DB 2021, 1356 ff. und die Erwiderung bei *Kempny*, Die „GmbH mit gebundenem Vermögen“ ist kein „Steuersparmodell“, DB 2021, 2248 ff., sowie *Watrin/Riegler*, „Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit gebundenem Vermögen“ – Würdigung der vorgeschlagenen Anpassungen des KStG und des ErbStG, FR 2021, 350 ff.

<sup>35</sup> Statt vieler *Schön*, „Nachhaltigkeit“ in der Unternehmensberichtserstattung, ZfPW 2022, 207 (209): „Mit der Proliferation des Nachhaltigkeitsbegriffs einher geht unvermeidlich dessen nachlassende inhaltliche Schärfe.“

<sup>36</sup> Z. B. bei *Glaser*, Nachhaltige Entwicklung und Demokratie, S. 44 ff. und *Kahl*, Staatsziel: Nachhaltigkeit und Generationengerechtigkeit, DÖV 2009, 2 (6) m. w. N.

<sup>37</sup> Vgl. *Glaser* (Fn. 36), S. 61: „kein zwingender Antagonismus“.

<sup>38</sup> Vgl. *Fleischer*, in: BeckOGK-AktG, Stand: 1.2.2022, § 76 Rn. 32 ff.; *Kort*, Vorstandshandeln im Spannungsverhältnis zwischen Unternehmensinteresse und Aktionärsinteressen, AG 2012, 605 (609 f.).

<sup>39</sup> Vgl. GmbH-gebV-E (Fn. 2), S. 12; *Sanders*, Vermögensbindung und „Verantwortungseigentum“ im Entwurf einer GmbH mit gebundenem Vermögen, NZG 2021, 1573 (1575).



Belangen durch den Shareholder-Ansatz unzureichend ist. Und zweitens derjenigen, dass auch die Berücksichtigung des Shareholder-Values im Rahmen des Stakeholder-Ansatzes zumindest typischerweise unverhältnismäßige Nachteile für andere Belange nach sich zieht. Der Entwurf sieht den Shareholder-Value damit nicht als Triebfaktor, der durch gesetzliche Lenkung als Mittel zur Nachhaltigkeitsförderung genutzt werden kann, sondern als deren größtes Hindernis. Ob er mit dieser Gleichung „weniger Shareholder-Value, mehr Nachhaltigkeit“ richtig liegt, ist zumindest zweifelhaft.<sup>40</sup>

#### bb) Ausschaltung von Gewinnanreizen statt nachhaltigem Purpose

Auch wenn man aber das Nachhaltigkeitsverständnis des Entwurfs teilt, sollte man das Ausmaß der Nachhaltigkeitsförderung durch die GmbH-gebV nicht überschätzen. Die Vermögensbindung schwächt Anreize zur Gewinnmaximierung, da die Anteilseigner von dieser nicht mehr unmittelbar profitieren. Sie erhöht dadurch für den Fall eines Konflikts zwischen Gewinnmaximierung und Stakeholder-Belangen die Wahrscheinlichkeit einer Entscheidung zugunsten letzterer.<sup>41</sup> Eine Verpflichtung der Unternehmensleitung auf eine nachhaltige Wirtschaftsweise oder das Verfolgen nachhaltiger Zwecke sieht der Entwurf aber nicht vor.<sup>42</sup> Nachhaltiges Wirtschaften bleibt auch in der GmbH-gebV daher letztlich zur Disposition der Anteilseigner gestellt.<sup>43</sup> Der Nachhaltigkeitsförderung ist das abträglich. Ausländische Rechtsformen mit Nachhaltigkeitsbezug<sup>44</sup> gehen daher einem „Dual-Purpose-Ansatz“ nach und verlangen die Förderung von

---

<sup>40</sup> Insbesondere könnte es im Interesse der Stakeholder liegen, dass die Anteilseigner des Unternehmens zumindest „auffangweise“ – nämlich für den Fall, dass intrinsische Motivation abnimmt oder gänzlich verloren geht – möglichst starke wirtschaftliche Anreize dafür haben, sich um das Unternehmen zu kümmern. Zu den nachteiligen Auswirkungen der Ausschaltung von Gewinnanreizen für die Gesellschafter auf Stakeholder-Belange siehe näher auch unten 2. b).

<sup>41</sup> Vgl. *Vetter/Lauterbach*, Bedarf es gesetzlicher Regelungen für Gesellschaften in Verantwortungseigentum?, in: FS Grunewald, 2021, S. 1199 (1216). Wenn ein wohlverstandener Shareholder-Ansatz die Belange anderer Stakeholder aber regelmäßig bereits einpreist, darf die Anzahl der Fälle, in denen es zu einem solchen Konflikt kommt, nicht überbewertet werden.

<sup>42</sup> GmbH-gebV-E (Fn. 2), S. 12, 40; vgl. auch *Sanders* (Fn. 39), S. 1574.

<sup>43</sup> Kritisch deshalb z. B. *Fleischer* (Fn. 4), S. 353; *Reiff* (Fn. 12) S. 611.

<sup>44</sup> Z. B. die US-amerikanische *Benefit Corporation* und die britische *Community Interest Company*.

Gemeinwohlbelangen neben der Verfolgung des erwerbswirtschaftlichen Zwecks.<sup>45</sup>

cc) Rechtsformoffenheit zulasten Nachhaltigkeitsförderung

Den Verzicht auf ein „Purpose-Element“ erklärt der Entwurf damit, dass die GmbH-gebV für alle Unternehmenszwecke offen sein soll.<sup>46</sup> Soweit die Rechtsform erwerbswirtschaftlichen Unternehmen eröffnet werden soll, die nicht i. S. d. § 51 Abs. 1 S. 1 AO unmittelbar gemeinnützig sind, leuchtet das ein. Dass aber eine als nachhaltig beworbene Rechtsform, nicht-nachhaltigen Unternehmen offen stehen soll, verwundert. Die Erklärung dürfte in der Doppelzwecksetzung des Entwurfs liegen: Die GmbH-gebV soll nicht nur Nachhaltigkeit fördern, sondern auch zur Lösung von Unternehmensnachfolgeproblemen beitragen<sup>47</sup> – und zwar nicht nur für nachhaltige, sondern alle bedürftigen Unternehmen. Sie leidet also unter einem Zielkonflikt: Effektivere Nachhaltigkeitsförderung durch einen Purpose-Ansatz heißt weniger Unternehmen bei der Nachfolge helfen. Das wirft die Frage auf, ob die Probleme Nachhaltigkeit und Unternehmensnachfolge nicht besser getrennt voneinander behandelt werden sollten und der Entwurf sich mit einer gleichzeitigen Antwort auf beide „Dauerbrenner“ zu viel vorgenommen hat.

b) Beitrag zur Lösung von Unternehmensnachfolgeproblemen

Die GmbH-gebV soll die Unternehmensnachfolge erleichtern, indem sie durch die unumkehrbare Bindung von Vermögen und Anteilen die Weitergabe des Unternehmens an intrinsisch motivierte Mitglieder einer „Fähigkeiten- und Wertefamilie“<sup>48</sup> ermöglicht.

aa) Vermögensbindung und Nachfolgerfindung

Für das Antreten einer Unternehmensnachfolge gibt es – wie für das unternehmerische Tätigwerden überhaupt – zwei Triebfedern: intrinsische und extrinsische Motivation.<sup>49</sup> Wer intrinsisch zur Nachfolge motiviert ist, der wird sie unabhängig davon antreten wollen, ob Träger des Unternehmens eine GmbH-gebV oder eine normale GmbH ist. Der Entwurf nimmt zwar in

<sup>45</sup> Siehe näher bei *Fleischer* (Fn. 4), S. 351 ff.

<sup>46</sup> GmbH-gebV-E (Fn. 2), S. 25; *Sanders* (Fn. 39), S. 1574.

<sup>47</sup> Siehe dazu sogleich unter *b*).

<sup>48</sup> GmbH-gebV-E (Fn. 2), S. 16 ff.; *Sanders*, Eine Gesellschaft in Verantwortungseigentum im GmbHG, ZRP 2020, 140 (141).

<sup>49</sup> Vgl. die Ausführungen bei *Sanders* (Fn. 39), S. 1579 f. m. w. N.

Anspruch, finanzschwächeren Mitgliedern der Fähigkeiten- und Wertefamilie die Nachfolge zu erleichtern, weil die Vermögensbindung ihnen den Anteilserwerb zum Nominalwert ermögliche.<sup>50</sup> Dem Gesellschafter einer normalen GmbH steht es indes schon *de lege lata* frei, seine Anteile (partiell) schenkungsweise zu veräußern;<sup>51</sup> er ist nicht gezwungen, sie an den Meistbietenden abzugeben. Der Nachfolge durch intrinsisch Motivierte dürfte die GmbH-gebV daher weder nützen, noch schaden. Anders verhält es sich für die Nachfolge durch extrinsisch Motivierte: Wer (auch) durch eine Aussicht auf unternehmerischen Gewinn<sup>52</sup> motiviert ist, für den ist die Nachfolge in die GmbH-gebV keine Option. Die Nachfolgerfindung wird hierdurch erschwert, weil der Kandidatenkreis verkleinert wird. Dabei ist nicht ersichtlich, dass eine teilweise Gewinnorientierung zwangsläufig im Widerspruch zum Ziel der Weitergabe in der „Fähigkeiten- und Wertefamilie“ steht: Interesse an unternehmerischem Gewinn und eine Überzeugung von bestimmten unternehmerischen Werten schließen sich nicht aus.<sup>53</sup>

bb) Insbesondere: GmbH-gebV und familieninterne Nachfolge

Die Ausschaltung wirtschaftlicher Anreize könnte insbesondere die von vielen Familienunternehmern erhoffte familieninterne Weitergabe<sup>54</sup> erschweren. Denn den Abkömmlingen des Unternehmers fehlt es häufig an intrinsischer Motivation und/oder nötigen Fähigkeiten für eine Übernahme des Unternehmens.<sup>55</sup> Das lässt sich in einer normalen GmbH mit der „Trennung von Führungsmacht und Eigentum“ auffangen: Der Abkömmling wird kapitalistisch beteiligt, die Unternehmensleitung einem externen Geschäftsführer übertragen.<sup>56</sup> In der GmbH-gebV ist dies für den Abkömmling aber unattraktiv: Er hat von seiner kapitalistischen Beteiligung keinen wirtschaftlichen Nutzen, trägt aber das Risiko

<sup>50</sup> GmbH-gebV-E (Fn. 2), S. 17; Sanders (Fn. 48) S. 141.

<sup>51</sup> Zu dieser Möglichkeit Stenger, in: Scherer, Unternehmensnachfolge, 6. Aufl. 2022, § 2 Rn. 36 ff.

<sup>52</sup> Gemeint ist damit der durch Ausschüttungen oder Weiterveräußerungen allein aus dem Anteil fließende Gewinn im Gegensatz zur Vergütung von für das Unternehmen erbrachten Dienstleistungen.

<sup>53</sup> Ebenso Grunewald/Henrichs, Die GmbH in Verantwortungseigentum, wäre das ein Fortschritt?, NZG 2020, 1201 (1202).

<sup>54</sup> Albach/Freund, Generationenwechsel und Unternehmenskontinuität – Chancen, Risiken, Maßnahmen – Eine empirische Untersuchung bei Mittel- und Großunternehmen gefördert von der Bertelsmann Stiftung, 1989, S. 187 f.

<sup>55</sup> Frank, Die „kleine“ AG als Organisationsform für die Nachfolge in Familienunternehmen, 2002, S. 49.

<sup>56</sup> Ebd., S. 60.

des Einlageverlustes.<sup>57</sup> Das Leitbild der GmbH-gebV – die Weitergabe des Unternehmens in der intrinsisch motivierten Fähigkeiten- und Wertefamilie – kollidiert hier mit dem Wunsch, das Unternehmen als „Familiensache“ zu erhalten. Eine GmbH-gebV sollte der Unternehmer daher nur in Betracht ziehen, wenn eine familieninterne Nachfolge nicht gewollt ist.

### cc) Erhaltung des Lebenswerks durch Vermögensbindung

In der Lösung dieses Falls nun, in dem eine familienexterne Nachfolge als letzte Option verbleibt, soll der Hauptbeitrag der GmbH-gebV zur Lösung von Nachfolgeproblemen liegen.<sup>58</sup> Sie soll die Lücke schließen, die für mittelständische Unternehmer besteht, weil die Gründung einer Stiftung zur Bewahrung ihres Lebenswerks zu kostenaufwendig ist.<sup>59</sup> Die Bindung von Vermögen und Anteilen der GmbH-gebV senkt in der Tat die Wahrscheinlichkeit von gewinnorientierten Umgestaltungen des Unternehmens, die das Lebenswerk des Gründers beschädigen würden, indem sie Kernwerte des Unternehmens aufgeben. Denn mangels Aussicht auf Vereinnahmung des Gewinns durch Ausschüttung oder Veräußerung<sup>60</sup> wird es für solche Umgestaltungen regelmäßig an einem Anreiz fehlen. Ein wirklicher „Stiftungsersatz“ ist die GmbH-gebV deshalb aber nicht. Die Stiftung zeichnet sich wesentlich durch den grundsätzlich unabänderlichen Stiftungszweck (§§ 80 Abs. 2 S. 1, 87 BGB) aus und erfüllt erst durch die Bindung des Vermögens *an diesen* ihre Bewahrungsfunktion.<sup>61</sup> Der Entwurf verzichtet auf eine Bindung der Nachfolger etwa an die „Unternehmensphilosophie“ des Gründers und stellt Zweck und Gegenstand des Unternehmens ebenso zu ihrer Disposition wie die Art und Weise des Wirtschaftens.<sup>62</sup> Wie schon in Sachen

<sup>57</sup> Vgl. *Loritz/Weinmann*, Die GmbH mit gebundenem Vermögen – Kreative Idee oder Legitimation zum Betreiben eines Unternehmens ohne typische Unternehmerpflichten, DStR 2021, 2205 (2210): „Der Gesellschafter einer GmbH-gebV gibt (Risiko-)Kapital und erhält im Gegenzug nur ein Risiko, mehr nicht.“

<sup>58</sup> *Sanders* (Fn. 39) S. 1575.

<sup>59</sup> GmbH-gebV-E (Fn. 2), S. 18; *Sanders* (Fn. 48) S. 142. Kritisch bezüglich des Bedarfs einer Stiftungsalternative aber *Grunewald/Henrichs* (Fn. 53), S. 1203, Fn. 9.

<sup>60</sup> Da auch für den Anteilserwerber keine Aussicht auf Vereinnahmung des Gewinns besteht, wird er regelmäßig nicht mehr als den Nominalwert der Anteile als Kaufpreis zu zahlen bereit sein. § 77c Abs. 3 S. 1 GmbHG-gebV ermöglicht es zudem, die Veräußerung über dem Nominalwert statutarisch auszuschließen.

<sup>61</sup> *Weitemeyer*, in: MüKo-BGB I, 9. Aufl. 2021, § 80 Rn. 2.

<sup>62</sup> Plastisch *Sanders* (Fn. 39), S. 1578: „Während der Vater Pflugscharen hergestellt hat, kann die Tochter entscheiden, Waffen für die Bundeswehr herzustellen.“

Nachhaltigkeitsförderung begnügt er sich mit der Erhöhung der Wahrscheinlichkeit eines gewünschten Ergebnisses, ohne es sicherzustellen.

*c) Erweiterung der Rechtsformwahlfreiheit*

Die vom Entwurf vorgesehene Abkehr vom Grundsatz der Verbandsautonomie ist vielfach als eine Beschränkung der Privatautonomie kritisiert worden.<sup>63</sup> Wenn dagegen von den Entwurfsverfassern eine Erweiterung der Privatautonomie durch Erweiterung des Rechtsformangebots in Anspruch genommen wird,<sup>64</sup> offenbart dies das schwierige Verhältnis von Selbstbindung und Privatautonomie.

aa) Selbstbindung und Privatautonomie

Die Privatautonomie verbürgt in erster Linie Schutz vor Fremdbestimmung – und zwar sowohl als Abwehrrecht gegenüber dem Staat<sup>65</sup> als auch in Gestalt eines Anspruchs auf staatlichen Schutz vor einer (sozial oder wirtschaftlich) stärkeren Vertragspartei.<sup>66</sup> Vor den Folgen eigener Entscheidungen schützt sie dagegen grundsätzlich nicht;<sup>67</sup> die Bindung an diese ist vielmehr notwendiges Gegenstück zur Entscheidungsfreiheit. Ein Widerspruch zwischen Selbstbindung und Privatautonomie besteht nur, wenn der Entscheider sich der Folgen der Entscheidung nicht hinreichend bewusst und daher unfrei war.<sup>68</sup> Die Unumkehrbarkeit der Entscheidung für eine GmbH-gebV ist daher solange keine Beeinträchtigung der Privatautonomie, wie sie freien Willens, d.h. mit hinreichender Folgenkenntnis erfolgt. Um diese sicherzustellen, sieht der Entwurf das Erfordernis der notariellen Beurkundung vor (§ 77b Abs. 1 S. 1

<sup>63</sup> Etwa bei *Arnold/Burgard/Roth/Weitemeyer* (Fn. 7), S. 1324; *Grunewald/Hennrichs* (Fn. 53), S. 1202; *Loritz/Weinmann* (Fn. 57), S. 2207; *Vetter/Lauterbach* (Fn. 41), S. 1217 ff.

<sup>64</sup> *Sanders* (Fn. 39), S. 1576. Zustimmend *Fischer*, Die GmbH mit gebundenem Vermögen als eine mögliche neue Rechtsform für den Mittelstand, BB 2021, 2114 (2117 f.).

<sup>65</sup> Vgl. BVerfGE 115, 25 (42) und 109, 96 (109 f.) zur Versicherungspflicht.

<sup>66</sup> Vgl. BVerfGE 81, 242 (255) – Handelsvertreterentscheidung; 89, 214 (232) – Angehörigenbürgschaften und 103, 89 (100 f.) – Kontrolle ehevertraglicher Abreden.

<sup>67</sup> *Hillgruber*, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992, S. 118 ff.; *ders.*, Das Prinzip der Selbstverantwortung – Verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen, in: *Riesenhuber*, Das Prinzip der Selbstverantwortung, 2011, S. 165 (171 f.); *Schwabe*, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, JZ 1998, 66 (69 f.).

<sup>68</sup> Ausführlich und m. w. N. *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht: Rechtspaternalismus und Verhaltensökonomik in Familien-, Gesellschafts- und Verbraucherrecht, 2014, S. 63.

GmbHG-gebV),<sup>69</sup> welches die Rechtsordnung als Instrument zum Schutz bei folgenschweren Entscheidungen kennt.<sup>70</sup> In der Ermöglichung unabänderlicher Satzungsklauseln liegt daher keine Beschränkung der Privatautonomie der Gründer einer GmbH-gebV, sondern eine Erweiterung der ihnen im Rahmen ihrer Rechtsformwahlfreiheit zur Verfügung stehenden Gestaltungsmöglichkeiten.<sup>71</sup>

#### bb) Selbstbindung und Verhaltensökonomie

Nicht jede Erweiterung des „Rechtskreises“ ist allerdings auch rechtsökonomisch sinnvoll. Die Erkenntnisse der Verhaltensökonomie veranlassen zu Zweifeln an unumkehrbarer Selbstbindung. Denn während das neoklassische Modell des *homo oeconomicus* von Präferenzstabilität über Zeit ausgeht, hat die empirische Forschung gezeigt, dass erstens die Präferenzen des Menschen über Zeit variieren und dass der Mensch zweitens dazu neigt, dies zu verkennen und seine gegenwärtigen Präferenzen überzubewerten (*projection bias*).<sup>72</sup> Der Gesellschafter mag sich also freien Willens und mit hinreichender Folgenkenntnis für eine GmbH-gebV entschlossen haben – es besteht das Risiko, dass er dabei die Möglichkeit späterer Präferenzverschiebungen unterbewertet hat und sich deshalb selbst in einer Organisationsform fängt, die seinen späteren Präferenzen nicht entspricht. Das kann zu Motivationsverlust und damit einem Qualitätsverlust in der Unternehmensleitung führen.<sup>73</sup>

#### cc) Die Selbstbestimmung der Nachfolgeneration

Die Selbstbindung des Gründers steht ferner in einem Spannungsverhältnis zur Selbstbestimmung der Nachfolger. Von einem Eingriff in die Privatautonomie wird man zwar auch für diese nicht sprechen können. Denn der Nachfolger tritt an die Stelle des Rechtsvorgängers und muss sich dessen Entscheidung als eigene zurechnen lassen: Was für den Rechtsvorgänger kein Eingriff war, kann auch für seinen Nachfolger keiner sein. Allerdings liegt auf der Hand, dass man die Erweiterung des Rechtsformangebots kaum als Nutzen der GmbH-gebV verstehen kann, wenn nur der Gründer von ihr profitiert, während allen

<sup>69</sup> Die deklaratorische (§ 53 II 1 GmbHG) Vorschrift soll vor der „einschneidenden Bedeutung der dauerhaften Vermögensbindung“ warnen, GmbH-gebV-E (Fn. 2), S. 46.

<sup>70</sup> Überblick bei *Einsle*, in: MüKo-BGB I, 9. Aufl. 2021, § 128 Rn. 2.

<sup>71</sup> Vgl. *Reul*, Grundrechte und Vertragsfreiheit im Gesellschaftsrecht, DNotZ 2007, 184 (188): „Bereitstellung und Ausgestaltung dieser Organisationstypen [...] eine Erweiterung der Handlungsmöglichkeiten.“

<sup>72</sup> *Schmolke* (Fn. 68), S. 185 m. w. N.

<sup>73</sup> Siehe zu Anreizdefiziten insgesamt unten 2. b).

Nachfolgern die Nutzung des breiten Angebots an Rechtsformen verwehrt wird. Man muss das nicht als „Pakt gegen künftige Generationen“<sup>74</sup> ansehen, um sich zu fragen, ob hierin eine Bevormundung der Nachfolgenerationen liegt, die dem vom Entwurf gezeichneten Bild der GmbH-gebV als Vehikel zur „treuhänderischen“ Entwicklung eines Unternehmens für künftige Generationen<sup>75</sup> widerspricht.

*d) Zwischenergebnis*

Teilt man das Nachhaltigkeitsverständnis des Entwurfs, so ist in einer GmbH-gebV aufgrund der durch die Vermögensbindung veränderten Anreizstruktur die Wahrscheinlichkeit nachhaltiger Entscheidungen erhöht. Auf eine Sicherstellung nachhaltigen Wirtschaftens verzichtet der Entwurf aber. Der Entwurf erschwert die (familieninterne) Nachfolgerfindung und senkt dafür die Wahrscheinlichkeit einer gewinnmotivierten Beschädigung des Lebenswerks durch die Nachfolger. Eine stiftungsähnliche Garantie der Lebenswerkerhaltung bietet sie aber nicht. Schließlich beeinträchtigt die GmbH-gebV weder die Privatautonomie des Gründers noch die seiner Nachfolger. Während sie aber für ersteren die Rechtsformwahlfreiheit um eine neue Gestaltungsmöglichkeit erweitert, nimmt sie letzteren den Zugriff auf das Rechtsformangebot.

## 2. Kosten einer GmbH-gebV

Auf Kostenseite sind eine Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen (*a*), eine Beeinträchtigung der Qualität der Unternehmensleitung (*b*) und eine Beeinträchtigung effizienter Kapitalallokation infolge des „Selbstzweckcharakters“ der GmbH-gebV (*c*) zu erörtern.

*a) Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen*

Es bietet sich an, einerseits zwischen den Gläubigern der Gesellschafter und den Gläubigern der Gesellschaft, andererseits zwischen der Verletzung eines Vertrauenstatbestands und einer Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen im Übrigen zu unterscheiden.

aa) Verletzung des Schutzes der Gesellschaftergläubiger

Wenn über das Vermögen eines Gesellschafters das Insolvenzverfahren eröffnet oder in seinen Geschäftsanteil die Zwangsvollstreckung betrieben wird, kann die Gesellschaft diesen einziehen bzw. sich abtreten lassen (§ 77m GmbHG-gebV).

<sup>74</sup> So das Etikett von *Hüttemann/Rawert/Weitemeyer* (Fn. 8), S. 296.

<sup>75</sup> GmbH-gebV-E (Fn. 2), S. 12; *Sanders* (Fn. 39), S. 1574.

Der Gesellschafter erhält zum Ausgleich einen Erstattungsanspruch (§ 77k GmbHG-gebV), den die Gläubiger pfänden können. Von einer normalen GmbH, in der Einziehung bzw. Zwangsabtretung in der Satzung geregelt worden sind,<sup>76</sup> unterscheidet sich die Situation insoweit, als der Erstattungsanspruch nur in Höhe der Einlage, nicht in Höhe des anteiligen Unternehmenswerts besteht. Wird daher eine Gesellschaft ohne Vermögensbindung nach Begründung einer Forderung gegen ihren Gesellschafter in eine GmbH-gebV umgewandelt, könnte das Vertrauen des Gläubigers, auf den Unternehmenswert zugreifen zu können, verletzt werden. Ein missbräuchliches „In-Sicherheit-Bringen“ des Schuldnervermögens durch die Vermögensbindung ist indes als Gläubigerbenachteiligung nach § 133 InsO bzw. § 3 AnfG anfechtbar.<sup>77</sup> Auch ohne einen Benachteiligungsvorsatz ist das Einbringen von Vermögen in eine GmbH-gebV nach § 134 InsO bzw. § 4 AnfG binnen vier Jahren anfechtbar, weil es sich als unentgeltliche Leistung darstellt, soweit der Gesellschafter keinen Ausgleich für die „Weggabe“ des Realwerts des Anteils erhält.<sup>78</sup> Darüber hinaus sieht § 77b Abs. 5 GmbHG-gebV nach dem Vorbild des § 22 UmwG einen Anspruch auf Sicherheitsleistung durch den Gesellschafter, der eine GmbH-gebV gründet oder eine bestehende Gesellschaft in eine GmbH-gebV umwandelt, vor.<sup>79</sup> Der Gläubiger ist in seinem Vertrauen auf den Zugriff auf den Unternehmenswert also umfassend geschützt.

#### bb) Beeinträchtigung der Interessen der Gesellschaftergläubiger

Dennoch könnten Interessen des Gläubigers des Gesellschafters durch die Vermögensbindung beeinträchtigt werden. Zwar liegt keine Beeinträchtigung allein darin, dass der Anspruch nach § 77k GmbHG-gebV für ihn ungünstiger ist als der Zugriff auf den Unternehmenswert.<sup>80</sup> Der Gläubiger hat Anspruch auf das, was dem Schuldner zusteht, nicht darauf, dass der Schuldner sein Vermögen für den Vollstreckungsfall gewinnbringend anlegt.<sup>81</sup> Deshalb sind auch *de lege lata*

<sup>76</sup> Siehe dazu *Strohn*, in: *MüKo-GmbHG I*, 4. Aufl. 2022, § 34 Rn. 8 ff. und 111.

<sup>77</sup> GmbH-gebV-E (Fn. 2), S. 48 f.; *Rolfes/Berisha*, Der Schutz der Gläubiger des Gesellschafters einer GmbH mit gebundenem Vermögen, *GmbHR* 2022, 23 (27).

<sup>78</sup> GmbH-gebV-E (Fn. 2), S. 49; *Rolfes/Berisha* (Fn. 77), S. 28 f. Entsprechend wird die Einbringung von Vermögen in eine Stiftung als unentgeltliche Leistung verstanden, siehe *Weinland*, in: *MüKo-AnfG*, 2. Aufl. 2022, § 4 Rn. 60 m. w. N.

<sup>79</sup> GmbH-gebV-E (Fn. 2), S. 49. Nach *Rolfes/Berisha* (Fn. 77), S. 30 geht das betreffend die Gründer sogar zu weit, da durch die Neugründung einer GmbH-gebV die Aktivmasse nicht geschmälert werde.

<sup>80</sup> A. A. *Arnold/Burgard/Roth/Weitemeyer* (Fn. 7), S. 1325; Kritisch auch *Habersack* (Fn. 6), S. 996.

<sup>81</sup> *Rolfes/Berisha* (Fn. 77), S. 25 f. Zugestehend *Grunewald/Henrichs* (Fn. 53), S. 1204.



der Ausschluss von Gewinnrechten<sup>82</sup> und die Beschränkung der Abfindung auf den Nominalwert<sup>83</sup> zulässig. Eine Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen wird man aber annehmen müssen, wenn dem Gesellschafter die Umgehung der Vermögensbindung möglich und daher tatsächlich nur der Gläubiger vom Zugriff auf das gebundene Vermögen ausgeschlossen ist. Der erste Entwurf wurde vielfach wegen seiner Anfälligkeit für solche Umgehungen kritisiert: Die Vermögensbindung könne durch schuldrechtliche Instrumente ausgehebelt werden, insbesondere seien stille Beteiligungen am Gewinn zulässig<sup>84</sup> und „Gesellschafterverträge“ (etwa Geschäftsführer-, Darlehens-, Miet- und Lizenzverträge) zu befürchten, in denen unangemessen hohe Gegenleistungen vereinbart werden (verdeckte Gewinnausschüttung)<sup>85</sup>. Der zweite Entwurf hat auf diese Kritik reagiert und stille Beteiligungen durch Gesellschafter und diesen nahestehende Personen für unzulässig erklärt (§ 77i Abs. 2, 3 GmbHG-gebV).<sup>86</sup> Um der Gefahr verdeckter Gewinnausschüttungen besser zu begegnen, sind für die GmbH-gebV darüber hinaus die Regeln über die Corporate Governance verschärft worden: Während der erste Entwurf in § 77h Abs. 1 S. 1 VE-GmbHG nur vorsah, dass zur Absicherung der Vermögensbindung „angemessene Vorkehrungen“ zu treffen sind,<sup>87</sup> unterbreitet der zweite zwei konkrete Vorschläge: Entweder sollen die Gesellschafter einen Bericht über die Einhaltung der Vermögensbindung erstellen, der von einem Wirtschaftsprüfer geprüft und an eine Stelle weitergeleitet wird, die auf Auflösung der Gesellschaft klagen kann (§ 77j GmbHG-gebV), oder die GmbH-gebV soll Mitglied in einem an das Genossenschaftsrecht angelehnten (vgl. §§ 53 ff. GenG) Prüfverband werden.<sup>88</sup> Jedwede Umgehung schließen diese Vorgaben nicht aus.<sup>89</sup> Sie greifen

<sup>82</sup> BGHZ 14, 264 (271); *Weller/Reichert*, in: MüKo-GmbHG I, 4. Aufl. 2022, § 14 Rn. 90.

<sup>83</sup> BGHZ 116, 359 (374); *Strohn*, in: MüKo-GmbHG I (Fn. 76), § 34 Rn. 271.

<sup>84</sup> *Arnold/Burgard/Roth/Weitmeyer* (Fn. 7), S. 1327 mit Verweis auf GmbH-VE-E (Fn. 2), S. 11 a. E.

<sup>85</sup> Z. B. bei *Habersack* (Fn. 6), S. 996; *Vetter/Lauterbach* (Fn. 41), S. 1221 f. Diese Befürchtung gestand der erste Entwurf im Grundsatz zu, siehe GmbH-VE-E (Fn. 2), S. 39: „Daher ist anzunehmen, dass in einer GmbH-gebV gerade in späteren Generationen, wenn die engagierten Gründer abgetreten sind, ein besonderes Gefährdungspotential für Umgehungsstrategien bestehen kann.“

<sup>86</sup> GmbH-gebV-E (Fn. 2), S. 75 f.

<sup>87</sup> GmbH-VE-E (Fn. 2), S. 47 ff.; *Sanders* (Fn. 48). S. 143.

<sup>88</sup> Näher dazu GmbH-gebV-E (Fn. 2), S. 82 ff. und 87 ff.

<sup>89</sup> *Weitmeyer/Weißberger/Wiese*, Eine GmbH mit ewigem Gewinnausschüttungsverbot – Bahnbrechende Innovation oder volkswirtschaftlich bedenkliche Perpetuierung, *GmbHR* 2021, 1069 (1075) verweisen in diesen Zusammenhang auf den „Wirecard-Skandal“.

aber bewährte Instrumente zur Kontrolle „von außen“ auf und können daher als zur hinreichenden Umgehungsvermeidung geeignet angesehen werden.<sup>90</sup> Das verbleibende Risiko von Umgehungen ist ausgehend hiervon zwar als Kostenpunkt zu verbuchen, eine schwerwiegende Beeinträchtigung der Interessen der Gesellschaftergläubiger aber nicht anzunehmen.

cc) Beeinträchtigung der Interessen der Gesellschaftsgläubiger

Anders könnte es sich für die Gläubiger der Gesellschaft verhalten. Zwar liegt eine umfängliche Gewinnthesaurierung, wie sie die Vermögensbindung zur Folge hat, im Interesse der Gesellschaftsgläubiger, deren Haftungsmasse durch sie vergrößert wird.<sup>91</sup> Die Vermögensbindung hat aber Schattenseiten. Sie führt dazu, dass das Zur-Verfügung-Stellen von Eigenkapital ein Verlustrisiko ohne Gewinnaussicht begründet, und setzt damit einen Anreiz für Fremdkapitalfinanzierung.<sup>92</sup> Eine deshalb höhere Schuldenquote geht zulasten der Gläubiger. Die Unattraktivität der Eigenkapitalfinanzierung ist insbesondere dann ein Problem, wenn die GmbH-gebV in der Krise auf Mittel externer Investoren angewiesen ist.<sup>93</sup> Die Finanzierung durch schuldrechtliche Instrumente ist hier keine Option, weil sie die Verschuldung vertieft und zur Insolvenzauslösung führen könnte. Eine stille Beteiligung des Investors nach den §§ 230 ff. HGB, welche der GmbH-gebV das benötigte Eigenkapital und dem Investor eine Gewinnaussicht verschafft,<sup>94</sup> lässt der Entwurf zwar zu (§ 77i Abs. 3 GmbHG-gebV).<sup>95</sup> Ob sich Investoren aber auf einen Rettungsversuch einlassen werden, wenn sie kein umfassendes Mitbestimmungs-, sondern lediglich das beschränkte Kontrollrecht nach § 233 HGB haben, ist zweifelhaft. Es gilt daher: Solange es der GmbH-gebV gut geht, geht es ihren Gläubigern gut.

<sup>90</sup> Die „externe Governance“ durch einen Prüfverband mehrt freilich den bürokratischen Aufwand der „GmbH-gebV-Lösung“. *Weitemeyer/Weissenberger/Wiese* (Fn. 89), S. 1075 fragen daher mit Recht, wie groß der Vorteil gegenüber der „Stiftungslösung“ noch ist.

<sup>91</sup> GmbH-gebV-E (Fn. 2), S. 48; *Sanders* (Fn. 39), S. 1579. Zugestehend *Weitemeyer/Weissenberger/Wiese* (Fn. 89), S. 1074.

<sup>92</sup> *Grunewald/Henrichs* (Fn. 53), S. 1204; *Vetter/Lauterbach* (Fn. 41), S. 1212; *Weitemeyer/Weissenberger/Wiese* (Fn. 89), S. 1073.

<sup>93</sup> *Grunewald/Henrichs* (Fn. 53), S. 1204; *Vetter/Lauterbach* (Fn. 41), S. 1212; *Weitemeyer/Weissenberger/Wiese* (Fn. 89), S. 1074.

<sup>94</sup> Die Einlage des Stillen ist grundsätzlich Fremdkapital, kann durch gesellschaftsvertragliche Gestaltung aber Eigenkapitalcharakter erlangen, siehe *Schmidt*, in: MüKo-HGB III, 4. Aufl. 2019, § 230 Rn. 172 m. w. N.

<sup>95</sup> Vgl. auch GmbH-gebV-E (Fn. 2), S. 22.

Gerät sie aber in die Krise, ist es um das Interesse der Gläubiger an einer Unternehmensrettung schlecht bestellt.

*b) Beeinträchtigung der Qualität der Unternehmensleitung*

Eine Beeinträchtigung der Qualität der Unternehmensleitung ginge zulasten aller Stakeholder und stünde so im Konflikt mit der vom Entwurf beabsichtigten Förderung von Stakeholder-Belangen.

*aa) Unternehmensleitung in der Gründergeneration*

Ein Verlust der Leitungsqualität wird befürchtet, weil es dem Gesellschafter einer GmbH-gebV wegen der Vermögensbindung an Aussicht auf unternehmerischen Gewinn als Anreiz für unternehmerisches Engagement fehle.<sup>96</sup> Der Entwurf weist dagegen im Grundsatz zu Recht auf die verhaltensökonomische Forschung hin, die gezeigt hat, dass Unternehmer nicht allein wirtschaftlich, sondern vor allem intrinsisch motiviert sind.<sup>97</sup> Es kann davon ausgegangen werden, dass derjenige, der sich freiwillig für eine Vermögensbindung entscheidet, zunächst mit hinreichender intrinsischer Motivation zu unternehmerischem Engagement ausgestattet ist. Auch fallen wirtschaftliche Anreize in einer GmbH-gebV nicht völlig weg, weil der Unternehmer für seine Leitungstätigkeit eine Vergütung i. S. d. § 77g Abs. 2 S. 3 GmbHG-gebV erhalten kann,<sup>98</sup> die in desto größerer Höhe angemessen sein dürfte, je erfolgreicher die Leitungstätigkeit ist. Dennoch droht bereits in der Gründergeneration ein Qualitätsverlust, weil die Gefahr besteht, dass der Gründer seine intrinsische Motivation überschätzt (*projection bias*)<sup>99</sup> und die wirtschaftlichen Anreize durch die Vergütung geringer sind als die durch unternehmerischen Gewinn<sup>100</sup>.

*bb) Unternehmensleitung in der Nachfolgeneration*

Das Risiko von Qualitätsverlusten verschärft sich in der Nachfolgeneration. Das Auswahlrecht der Gesellschafter über ihre Nachfolger ermöglicht es zwar in der Theorie, nur gleichermaßen motivierte Nachfolger zuzulassen. Es kann das Vorhandensein solcher Nachfolger aber nicht garantieren.<sup>101</sup> Es ist daher

<sup>96</sup> Siehe nur *Grunewald/Hennrichs* (Fn. 53), S. 1203; *Habersack* (Fn. 6), S. 994 f.; *Loritz/Weinmann* (Fn. 57), S. 2209 f.; *Weitemeyer/Weissenberger/Wiese* (Fn. 89), S. 1075 f.

<sup>97</sup> GmbH-gebV-E (Fn. 2), S. 13 ff. Siehe auch *Sanders* (Fn. 48), S. 142 und *dies.* (Fn. 39), S. 1579 f. jeweils m. w. N.

<sup>98</sup> GmbH-gebV-E (Fn. 2), S. 15; *Sanders* (Fn. 39), S. 1579.

<sup>99</sup> Siehe dazu schon oben 1. c) bb).

<sup>100</sup> *Loritz/Weinmann* (Fn. 57), S. 2210.

<sup>101</sup> Zugestehend GmbH-gebV-E (Fn. 2), S. 24; *Sanders* (Fn. 48), S. 143.

wahrscheinlich, dass die Gründer praktisch gezwungen sind, Nachfolger zu wählen, die – weil das Unternehmen nicht ihr eigenes Lebenswerk, sondern das eines anderen ist – weniger stark intrinsisch motiviert sind.<sup>102</sup> Die Aussicht auf unternehmerischen Gewinn, die in einer normalen GmbH dieses „Weniger“ an Motivation kompensieren könnte, fehlt in der GmbH-gebV.

cc) Weitergabe des Unternehmens als Abhilfe?

Das Risiko solcher Qualitätsverluste wäre zwar für sich kein Argument gegen die GmbH-gebV, wenn ihnen effektiv durch die Weitergabe des Unternehmens im Falle eines Motivationsverlustes abgeholfen werden könnte. Diese wird durch die Vermögensbindung allerdings erschwert. Die Veräußerung des Geschäftsanteils ist zwar möglich, sieht sich aber mangels wirtschaftlicher Anreize für den Erwerb den geschilderten Nachfolgerfindungsproblemen<sup>103</sup> ausgesetzt. Die Veräußerung des Unternehmens im Wege eines *asset deals* ist ebenfalls möglich<sup>104</sup> und bietet dem Erwerber auch Aussicht auf unternehmerischen Gewinn. Für sie besteht aber aufseiten des Gesellschafters wenig Anreiz, da ein *asset deal* aufwendig ist<sup>105</sup> und die Erträge aus ihm in der GmbH-gebV gebunden werden und nicht dem Gesellschafter zustehen<sup>106</sup>. Auch die Bestellung eines Fremdgeschäftsführers ist – wie schon gezeigt – für den Gesellschafter unattraktiv, weil sie zur Folge hat, dass er sich nicht mehr vergüten lassen kann und das Risiko des Einlageverlusts ohne eine Gewinnaussicht trägt. Im Falle eines – früher oder später – wahrscheinlichen Verlusts der Leitungsqualität droht daher eine „rationale Apathie“ der Gesellschafter gegenüber dem Unternehmen,<sup>107</sup> weil es an Anreizen für Abhilfemaßnahmen fehlt.

c) *Beeinträchtigung effizienter Kapitalallokation*

Die Vermögensbindung könnte effiziente Kapitalallokation, d.h. den Fluss des Kapitals dorthin, wo es den meisten Nutzen stiftet, beeinträchtigen und sich

---

<sup>102</sup> Arnold/Burgard/Roth/Weitemeyer (Fn. 7), S. 1326; Vetter/Lauterbach (Fn. 41), S. 1214; und Weitemeyer/Weißberger/Wiese (Fn. 89), S. 1076 verweisen auf entsprechende Probleme bei Stiftungen.

<sup>103</sup> Siehe oben 1. b) aa): Der Erwerber müsste selbst intrinsisch motiviert sein.

<sup>104</sup> Reiff (Fn. 12), S. 610; Sanders (Fn. 39), S. 1578.

<sup>105</sup> Jaques, in: Ettinger/Jaques, Beck'sches Handbuch Unternehmenskauf im Mittelstand, 3. Aufl. 2021, Kap. A Rn. 29, 31.

<sup>106</sup> GmbH-gebV-E (Fn. 2), S. 16; Sanders (Fn. 39), S. 1575.

<sup>107</sup> Weitemeyer/Weißberger/Wiese (Fn. 89), S. 1076.

dadurch abträglich auf das Gemeinwohl auswirken.<sup>108</sup> Auch eine solche Auswirkung stünde im Konflikt mit der vom Entwurf beabsichtigten Nachhaltigkeitsförderung.

aa) Risiko der Kapitalfehlallokation mangels „Abflussmechanismus“

Eine Ausschüttung von Gewinnen an die Gesellschafter ist in der GmbH-gebV durch die Vermögensbindung auch insoweit ausgeschlossen, als das Unternehmen für sie keine sinnvolle Verwendung hat. Es fehlt der GmbH-gebV damit an einem „Abflussmechanismus“ für überschüssiges Vermögen, welches sich in der Gesellschaft anzuhäufen droht, obwohl es anderswo nutzenbringender eingesetzt werden könnte.<sup>109</sup> Es dürfte dieses Risiko von Kapitalfehlallokationen sein, welches wirtschaftlich hinter der rechtspolitischen Kritik der GmbH-gebV als „Selbstzweck- bzw. Keinzweckorganisation“<sup>110</sup> und „Unternehmen an sich“<sup>111</sup> steht: Ein Unternehmen, das allein sich selbst zu dienen bestimmt ist, droht sich als *perpetuum mobile*<sup>112</sup> ständig auszuweiten – unabhängig davon, ob diese Ausweitung wirtschaftlich sinnvoll ist oder nicht.

bb) Keine „Einmauerung“ des Vermögens in der GmbH-gebV

Gegen die Befürchtung von Fehlallokationen lässt sich im Grundsatz einwenden, dass überschüssiges Vermögen nicht in der GmbH-gebV „eingemauert“ ist, sondern durch die Gesellschaft frei veräußert oder investiert werden kann.<sup>113</sup> Die Schlagkraft dieses Einwands hängt aber entscheidend davon ab, wie effektiv Veräußerung und Investition verglichen mit dem „automatischen Abfluss“ an die Gesellschafter sind. Die Veräußerung dürfte als „Abflussmittel“ wenig taugen. Es geht schließlich nicht um den Abfluss vermögenswerter Unternehmensbestandteile, sondern die sinnvolle Verwendung des mit diesen erwirtschafteten Jahresüberschusses. Die Investition überschüssigen Vermögens

---

<sup>108</sup> Vgl. grundlegend *Ricardo*, Über die Grundsätze der Politischen Ökonomie und der Besteuerung (herausgegeben von Kunz/Gehrke), 2. Aufl. 2006, S. 132: „Um der allgemeinen Prosperität willen können nicht genug Erleichterungen für die Übertragung und den Austausch aller Arten von Eigentum gewährt werden, denn auf solche Weise wird Kapital jeder Art wahrscheinlich in die Hände jener gelangen, die es am besten zur Erhöhung der Produktion des Landes verwenden.“

<sup>109</sup> *Grunevald/Henrichs* (Fn. 53), S. 1202; *Vetter/Lauterbach* (Fn. 41), S. 1213.

<sup>110</sup> *Arnold/Burgard/Roth/Weitemeyer* (Fn. 7), S. 1323 a. E.

<sup>111</sup> *Habersack* (Fn. 6), S. 995 f. Der Begriff ist geprägt durch *Haußmann*, Die Aktiengesellschaft als „Unternehmen an sich“, JW 1927, 2953 ff.

<sup>112</sup> *Arnold/Burgard/Roth/Weitemeyer* (Fn. 7), S. 1323.

<sup>113</sup> GmbH-gebV-E (Fn. 2), S. 16; *Sanders* (Fn. 39), S. 1575 f.

ist in Form von Beteiligungen an Drittunternehmen<sup>114</sup> oder der Gründung von Tochtergesellschaften<sup>115</sup> vorstellbar. Beteiligung und Gründung durch die Gesellschaft statt durch die Gesellschafter haben aber Nachteile. Ein Konzern ist organisatorisch nicht unbedingt sinnvoll, wenn neue Unternehmensideen verwirklicht werden sollen. Auch ist nicht gesichert, dass sich die Gesellschafter über das neue Unternehmen einig sind: Wo in einer normalen GmbH jeder seine Vision mit den ausgeschütteten Gewinnen im Zweifel allein oder mit Dritten verfolgen kann, müssen sich die Gesellschafter der GmbH-gebV einig sein, weil sie ihre Ideen nur durch das „Nadelöhr“ der Gesellschaft verfolgen können. Die sinnvolle Verwendung überschüssigen Vermögens durch die Gesellschaft ist daher schwerfälliger als diejenige durch die Gesellschafter und die Befürchtung von Kapitalfehlallokationen insoweit berechtigt.

#### cc) Rechtfertigung der Effizienzbeeinträchtigung

Wenn *Sanders* hilfsweise meint, die Wahl der Rechtsform sei eine privatautonome Entscheidung, bei der kein Bürger verpflichtet sei, einem bestimmten Modell ökonomischer Effizienz und optimaler Ressourcenallokation zu folgen,<sup>116</sup> verkennt das den Adressaten der Kritik: Es ist nicht der Bürger, der die volkswirtschaftlichen Folgen seiner Rechtsformwahl einpreisen soll; es ist der auf das Gemeinwohl verpflichtete Staat, der sie bei der Entscheidung darüber, ob er eine neue Rechtsform anbietet, berücksichtigen muss. Die Inkaufnahme von Fehlallokationsrisiken ist daher rechtfertigungsbedürftig. Bei Stiftungen, bei denen sie in ähnlicher Weise bestehen,<sup>117</sup> hat der Gesetzgeber eine solche Rechtfertigung in der Zweckgebundenheit des Stiftungsvermögens an einen gemeinwohlkonformen (§ 80 Abs. 2 S. 1 Var. 3 BGB), häufig „wohltätigen“ Zweck gesehen.<sup>118</sup> Eine solche Zweckbindung gibt es bei der GmbH-gebV – wie bereits dargelegt – nicht: Sie ist weder an nachhaltige Zwecke noch die Zweckvorstellungen ihres Gründers gebunden.

---

<sup>114</sup> Zu beachten ist allerdings § 77a I 2 GmbHG-gebV, der eine reine Vermögensverwaltung durch die GmbH-gebV ausschließen soll, GmbH-gebV-E (Fn. 2), S. 40 f.

<sup>115</sup> Die GmbH-gebV kann Konzernmutter sein, GmbH-gebV-E (Fn. 2), S. 70, 75.

<sup>116</sup> *Sanders* (Fn. 39), S. 1580.

<sup>117</sup> Vgl. *Arnold/Burgard/Roth/Weitemeyer* (Fn. 7), S. 1324; *Rawert*, Die Stiftung als Familiengesellschaft (?) – Zur Virtualisierung gesellschaftsrechtlicher Strukturen durch das Stiftungsrecht, ZGR 2018, 835 (865).

<sup>118</sup> *Mugdan*, Motive I, S. 658: „Das Gesetz lasse diese exorbitante Wirksamkeit des Einzelwillens zu, wegen der wohlthätigen Wirkungen der Stiftungen [...]“

*d) Zwischenergebnis*

Die Gläubiger der Gesellschafter sind durch die GmbH-gebV nicht in ihren schutzwürdigen Interessen verletzt. Die Gläubiger der Gesellschaft profitieren zwar von der mit der Gewinnthesaurierung einhergehenden „Resilienz“ der Gesellschaft, haben im Krisenfall aber kaum Aussicht auf eine Unternehmensrettung. Schon in der Gründer- und erst recht in der Nachfolgeneration droht wegen des *projection bias* und mangels wirtschaftlicher Anreize ein Qualitätsverlust in der Unternehmensleitung, der zulasten aller Stakeholder geht. Schließlich besteht mangels eines effektiven „Abflussmechanismus“ für überschüssiges Vermögen das Risiko von Kapitalfehlallokationen in der GmbH-gebV.

**3. Abwägung unter Berücksichtigung von Alternativansätzen**

Mit der Einführung einer GmbH-gebV nähme der Gesetzgeber ein Kostenrisiko in Kauf, ohne dass dadurch Nachhaltigkeitsförderung, das Lebenswerk des Gründers oder ein „treuhänderisches“ Führen des Unternehmens für die Nachfolgeneration gesichert würden. Gesichert sind freilich auch die Kosten einer GmbH-gebV nicht: Sie muss nicht in die gläubigerschädigende Krise geraten, ihre Leitungsorgane müssen nicht an Motivationsdefiziten leiden und in ihr muss sich kein überschüssiges Vermögen häufen. Man kann aus diesem Grund an einem (ersichtlichen) Überwiegen der Kosten über den Nutzen zweifeln. Öffnet man aber den Blick für Regelungsalternativen, zeigt sich ein deutlicheres Bild: Purpose-Ansätze stellen Nachhaltigkeitsförderung sicher, ohne die Kosten einer Vermögensbindung verbuchen zu müssen. Entsprechendes gälte für die Ermöglichung der satzungsmäßigen Festschreibung einer unabänderlichen „Unternehmensphilosophie“.<sup>119</sup> Die GmbH-gebV leidet dagegen unter einem nutzenhemmenden „Dyssynergie-Effekt“, weil sie zugleich auf das Nachhaltigkeits- und das Nachfolgeproblem zu antworten sucht. Das spricht dafür, dass bei getrenntem Verfolgen dieser Herausforderungen mit alternativen Regelungsansätzen ein ersichtlich besseres Kosten-Nutzen-Verhältnis in Aussicht steht, als es der Vorschlag einer GmbH-gebV zeitigt.

**III. Zwischenergebnis**

Die Einführung einer GmbH-gebV ist daher in rechts- und wirtschaftspolitischer Hinsicht nicht erstrebenswert.

---

<sup>119</sup> Ein solcher Vorschlag dürfte sich mit Blick auf die Perpetuierung eines Einzelwillens zum Teil ähnlicher Kritik ausgesetzt sehen, wie die GmbH-gebV. Zumindest die speziell aus der Vermögensbindung folgenden Einwände könnte er aber ausräumen.

#### D. Rechtliche Zulässigkeit: Vereinbarkeit mit Art. 54, 49 AEUV

Die im Entwurf vorgesehenen Umwandlungsbeschränkungen könnten zudem gegen die Niederlassungsfreiheit aus Art. 54, 49 AEUV verstoßen. Ein solcher Verstoß hätte wegen des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts die Unwirksamkeit der Umwandlungsbeschränkungen und mithin die Möglichkeit einer Umgehung der Vermögens- und Anteilsbindung durch Umwandlung zu Folge.<sup>120</sup> Damit würde das wesentlich Neue des Vorschlags einer GmbH-gebV, nämlich die Unumkehrbarkeit der Vermögens- und Anteilsbindung,<sup>121</sup> außer Kraft gesetzt.<sup>122</sup>

#### I. Gewährleistungsinhalt: Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot

Aus den Art. 54, 49 AEUV folgt ein Recht auf grenzüberschreitenden Formwechsel<sup>123</sup> sowie auf grenzüberschreitende Verschmelzung<sup>124</sup> und Spaltung<sup>125</sup>. Dieses Recht ist zunächst vor diskriminierenden Beschränkungen geschützt, d. h. vor der Nichtzulassung von Umwandlungen unter Beteiligung ausländischer Gesellschaften, wo solche unter Beteiligung allein inländischer Gesellschaften zugelassen sind.<sup>126</sup> Darüber hinaus hat der *EuGH* in der Entscheidung *Kraus*<sup>127</sup> allerdings ein diskriminierungsunabhängiges Kontrollprogramm begründet, nach welchem eine rechtfertigungsbedürftige Beeinträchtigung der Niederlassungsfreiheit auch im Falle von diskriminierungsfreien Beschränkungen vorliegt, die geeignet sind, „die Ausübung der durch den EWG-Vertrag garantierten grundlegenden Freiheiten

<sup>120</sup> Darauf weisen auch *Engel/Haubner* (Fn. 9), S. 844 hin.

<sup>121</sup> Siehe dazu oben unter **B. III.**

<sup>122</sup> *Engel/Haubner* (Fn. 9), S. 844 stellen treffend fest, dass es der vorgeschlagenen Rechtsformvariante in diesem Fall an der „gesellschaftsrechtliche[n] Existenzberechtigung“ fehlte.

<sup>123</sup> *EuGH*, Urt. v. 16.12.2008, C-210/06, *Cartesio*, Rn. 111 ff.; Urt. v. 12.7.2012, C-378/10, *VALE*, Rn. 34 ff.; Urt. v. 25.10.2017, C-106/16, *Polbud*, Rn. 29 ff.

<sup>124</sup> Vgl. *EuGH*, Urt. v. 13.12.2005, C-411/03, *Sevic*, Rn. 30 f.

<sup>125</sup> Es wird der weiten Formulierung *ibd.*, Rn. 19 entnommen, siehe *Bayer/Schmidt*, Grenzüberschreitende Sitzverlegung und grenzüberschreitende Restrukturierungen nach MoMiG, *Cartesio* und *Trabrennbahn*, ZHR 173 (2009), 735 (768); *Krause/Kulpa*, Grenzüberschreitende Verschmelzungen – Vor dem Hintergrund der „Sevic“-Entscheidung und der Reform des deutschen Umwandlungsrecht, ZHR 171 (2007), 38 (46).

<sup>126</sup> Zum Diskriminierungsverbot im Bereich der Niederlassungsfreiheit grundlegend *EuGH*, Urt. v. 21.6.1974, C-2/74, *Reyners*, Rn. 15 ff. und Urt. v. 28.1.1986, C-270/83, *KOM ./.* *Französische Republik*, Rn. 14.

<sup>127</sup> *EuGH*, Urt. v. 31.3.1993, C-19/92, *Kraus*.



durch die Gemeinschaftsangehörigen [...] zu behindern oder weniger attraktiv zu machen.“<sup>128</sup> An diesen Gewährleistungsinhalten ist der vorgesehene Ausschluss der GmbH-gebV vom Formwechsel (§ 77n Abs. 5 GmbHG-gebV) und von der Beteiligung an grenzüberschreitenden Verschmelzungen und Spaltungen als übertragender Rechtsträger (vgl. §§ 77n Abs. 4 GmbHG-gebV)<sup>129</sup> zu messen.

## II. Beeinträchtigung durch Angebot einer Rechtsformvariante?

Soweit es dabei um das Vorliegen einer Beeinträchtigung der Niederlassungsfreiheit durch diese Regelungen geht, stellen sich vor allem zwei Fragen. Erstens: Welche Rolle (wenn überhaupt eine) spielt die Ausgestaltung der GmbH-gebV als Rechtsformvariante statt als eigene Rechtsform? Und zweitens: Lässt sich eine Beeinträchtigung deshalb bezweifeln, weil die GmbH-gebV Privaten lediglich als Angebot zur Verfügung gestellt und ihnen nicht aufgezwungen wird?

### 1. Bedeutung der Ausgestaltung als Rechtsformvariante statt als eigene Rechtsform

*Engel* und *Haubner* haben in ihrem Beitrag entwickelt, dass für die vorgeschlagene GmbH-gebV als Rechtsformvariante ein anderer Prüfungsmaßstab gelten könnte als für eine Gesellschaft mit gebundenem Vermögen als eigene Rechtsform: Während die GmbH-gebV als Rechtsformvariante zur GmbH aus Sicht des Unionsrechts wie eine normale GmbH zu behandeln und der Ausschluss rechtsformkongruenter grenzüberschreitender Umwandlungen daher am Maßstab des diskriminierungsunabhängigen Beschränkungsverbots zu messen sei, seien Umwandlungsbeschränkungen für eine Gesellschaft mit gebundenem Vermögen als eigene Rechtsform im Grundsatz Sache der „Konturierung“ der Rechtsform durch den nationalen Gesetzgeber.<sup>130</sup> In der

<sup>128</sup> *Ebd.*, Rn. 32; *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2019, § 3 Rn. 3 ff. m. w. N.

<sup>129</sup> Wenn § 77n IV GmbHG-gebV die GmbH-gebV als übertragende Rechtsträgerin im Rahmen von grenzüberschreitenden Verschmelzungen kategorisch ausschließt, kann für grenzüberschreitende Spaltungen konsequenterweise nichts anderes gelten.

<sup>130</sup> *Engel/Haubner* (Fn. 9), S. 845 f., 847, die allerdings annehmen, dass auch bei Ausgestaltung als eigene Rechtsform wegen des Effektivitätsgrundsatzes eine Beeinträchtigung vorläge, weil mangels vergleichbarer Rechtsformen im Ausland eine grenzüberschreitende Umwandlung *de facto* ausgeschlossen sei, siehe *ebd.*, S. 847. Ob es dabei die Anforderungen des Beschränkungs- oder des Diskriminierungsverbots sind, auf die sich der Effektivitätsgrundsatz bezieht, geht aus den Ausführungen nicht zweifelsfrei hervor.

Konsequenz dieser Differenzierung läge es, Umwandlungsbeschränkungen für eine Gesellschaft mit gebundenem Vermögen als eigene Rechtsform nur am Diskriminierungsverbot zu messen,<sup>131</sup> mit dem eine inländische wie grenzüberschreitende Umwandlungen gleichermaßen erfassende beschränkende Regelung nicht in Konflikt geriete. Anders als bei der als Rechtsformvariante ausgestalteten GmbH-gebV würde es bei einer als eigene Rechtsform ausgestalteten Gesellschaft mit gebundenem Vermögen daher schon an einer Beeinträchtigung der Niederlassungsfreiheit fehlen. Den Prüfungsmaßstab in dieser Weise daran zu koppeln, ob sich die beschränkenden Regelungen auf eine eigene Rechtsform oder eine Rechtsformvariante beziehen, erscheint allerdings deswegen fragwürdig, weil dadurch die Wirkung einer unionsprimärrechtlichen Garantie auf in der Sache identische Regelungen von der willkürlichen Entscheidung des nationalen Gesetzgebers über die rechtstechnische Umsetzung seines Vorhabens abhängig gemacht wird. Der nationale Gesetzgeber darf sich einem „strengerem“ Prüfungsmaßstab aber nicht schlicht dadurch entziehen können, dass er statt der Ausgestaltung als Rechtsformvariante nunmehr eine neue Rechtsform einführt. Das spricht dafür, unabhängig von der rechtstechnischen Umsetzung des Vorhabens eine Prüfung am Maßstab (auch) des Beschränkungsverbots vorzunehmen, bei der es entscheidend vom Wesen der Rechtsform(variante) und der mit ihr gesetzgeberisch verfolgten Zwecke abhängt, ob Umwandlungsbeschränkungen gerechtfertigt sind.

## 2. Bedeutung der freiwilligen Gründungsentscheidung der Gesellschafter

Zu erwägen ist allerdings, ob selbst bei Prüfung nach Maßgabe des Beschränkungsverbots eine rechtfertigungsbedürftige Beeinträchtigung der Niederlassungsfreiheit deshalb nicht vorliegt, weil sich die Gesellschafter einer GmbH-gebV freien Willens für eine Rechtsform mit Umwandlungsbeschränkungen entschieden haben.<sup>132</sup> Gegen diesen *volenti non fit iniuria*-Gedanken spricht auf Ebene des Unionsrechts aber die Funktion der Grundfreiheiten als Mittel zum Zweck der Binnenmarktverwirklichung i. S. d. Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 1 S. 1 EUV, Art. 26 Abs. 1 AEUV: Die Grundfreiheiten sind nicht primär zum Schutze des Einzelnen, sondern in einem Gemeininteresse

---

<sup>131</sup> Die Alternative wäre der Sache nach ein reduzierter Kontrollmaßstab bei der Prüfung des Beschränkungsverbots bei eigenen Rechtsformen statt Rechtsformvarianten, der mangels klarer Kriterien für eine solche Abstufung kaum überzeugen dürfte.

<sup>132</sup> Mit einer entsprechenden *volenti non fit iniuria*-Erwägung ist oben unter **C. II. 1. c) aa)** ein Eingriff in die Privatautonomie verneint worden.

eingerrichtet,<sup>133</sup> das auch dann berührt sein kann, wenn man eine Beeinträchtigung von Individualinteressen mit dem *volenti non fit iniuria*-Gedanken verneinen kann. Das Angebot einer „umwandlungsfesten“ Rechtsform würde zu einer zweiten Klasse an Gesellschaften führen, die nicht umfassend am Binnenmarkt partizipieren, sondern an ihren Herkunftsstaat gebunden sind.<sup>134</sup> Mit dem Ziel der Binnenmarktvertiefung erscheint das kaum vereinbar. Vor diesem Hintergrund ergibt sich in Ansehung des Effektivitätsgrundsatzes aus Art. 4 Abs. 3 EUV, dass dem Gesellschafter einer GmbH-gebV das Berufen auf die Niederlassungsfreiheit nicht deswegen versperrt sein kann, weil er sich in der Vergangenheit freien Willens für diese Rechtsform entschieden hat.

### III. Rechtfertigung durch zwingendes Allgemeininteresse

Stellen die §§ 77n ff. GmbHG-gebV demnach eine beeinträchtigende Regelung dar, so sind sie nur gerechtfertigt, wenn sie in nichtdiskriminierender Weise der Erreichung eines Ziels zwingenden Allgemeininteresses dienen und nicht über das zur Zielerreichung Erforderliche hinausgehen.<sup>135</sup>

#### 1. Nachhaltigkeitsförderung

*Engel* und *Haubner* haben die Frage aufgeworfen, ob sich Nachhaltigkeitsförderung als Grund zwingenden Allgemeininteresses anerkennen ließe und dafür auf die Agenda 2030 der UN-Generalversammlung verwiesen.<sup>136</sup> Auch die in Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 1 S. 2 EUV erwähnte „nachhaltige Entwicklung“ böte einen Anhaltspunkt. Wünschenswert wäre eine solche Anerkennung nicht. Der vom *EuGH* anerkannte Kanon der Gründe zwingenden Allgemeininteresses umfasst bereits alle im Rahmen einer Nachhaltigkeitsanalyse zu beachtenden Belange.<sup>137</sup> Für die Einführung einer unbestimmten Rechtfertigungsgeneralklausel besteht kein Bedarf. Selbst wenn der *EuGH* aber einer „Rechtfertigung durch Nachhaltigkeit“ Tür und Tor

---

<sup>133</sup> Vgl. *Müller-Graff*, in: Hatje/Müller-Graff, Enzyklopädie Europarecht I, 1. Aufl. 2014, § 9 Rn. 1: „[...] auch wenn sie nicht um ihrer selbst willen bestehen, sondern von den Vertragsparteien eingesetzt sind, um die gesellschaftsvertragliche Leitzieltrias der Union zu verwirklichen [...]“.

<sup>134</sup> *Engel/Haubner* (Fn. 9), S. 849: „Einigelung einer nationalen Wirtschaft“.

<sup>135</sup> „Vier-Kriterien-Test“, siehe *EuGH*, Urt. v. 31.3.1993, C-19/92, *Kraus*, Rn. 32.

<sup>136</sup> *Engel/Haubner* (Fn. 9), S. 848.

<sup>137</sup> Vgl. die Auflistung bei *Engel/Haubner* (Fn. 9), S. 848 f.

öffnete: Für die GmbH-gebV, die nachhaltiges Wirtschaften nicht garantiert, sondern zur Disposition der Gesellschafter stellt, dürfte sie nicht eingreifen.<sup>138</sup>

## 2. Missbrauchsverhinderung

Der *EuGH* hat anerkannt, dass Mitgliedstaaten grenzüberschreitende Umwandlungen zur missbräuchlichen Umgehung von Bestimmungen des eigenen Rechts unterbinden können.<sup>139</sup> Dass aber die Umwandlung einer GmbH-gebV in eine Gesellschaft ohne Vermögensbindung schlechthin missbräuchlich wäre, ist nicht ersichtlich. Sie muss schließlich nicht zum Ziel haben, Gewinnausschüttungen an die Gesellschafter zu ermöglichen, sondern kann auch etwa in einem legitimen Bedürfnis der Satzungssitzverlegung ins Ausland liegen (vgl. § 4a GmbHG)<sup>140</sup>, z. B. weil sich der örtliche Tätigkeitsschwerpunkt des Unternehmens verlagert hat. Die Gesellschafter könnten i. R. d. ausländischen Rechts sogar eine GmbH-gebV statutarisch nachzubilden suchen. Eine missbräuchliche Umgehung mag daher im Einzelfall vorliegen; die Umwandlung in eine Rechtsform ohne Vermögensbindung kann aber nicht an sich als missbräuchlich angesehen werden.

## IV. Zwischenergebnis

Die in den §§ 77n ff. GmbHG-gebV vorgeschlagenen Umwandlungsbeschränkungen verstoßen daher gegen die durch Art. 54, 49 AEUV gewährleistete Niederlassungsfreiheit.

## E. Fazit: Keine erstrebenswerte Rechtsform

Die Einführung einer GmbH-gebV ist rechts- und wirtschaftspolitisch nicht sinnvoll und verstieße gegen Unionsrecht. Der Vorschlag sollte daher nicht weiter verfolgt werden. Für seine Kernanliegen – die Förderung nachhaltigen Unternehmertums und die Lösung von Unternehmensnachfolgeproblemen – könnte er dennoch insoweit von Wert sein, als er den Blick auf im Ausland gewählte Regelungsalternativen wie Dual-Purpose-Ansätze<sup>141</sup>, Nachhaltigkeitszertifizierungen<sup>142</sup> und eine Unterwerfung der Stiftungen unter

<sup>138</sup> So auch *Engel/Haubner* (Fn. 9), S. 848.

<sup>139</sup> *EuGH*, Urt. v. 12.9.2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes*, Rn. 51.

<sup>140</sup> Beispiel von *Engel/Haubner* (Fn. 9), S. 847.

<sup>141</sup> Siehe oben unter **C. II. 1. a) bb)**.

<sup>142</sup> Vorbild hierfür könnte die französische *Société à Mission* sein. Siehe näher bei *Fleischer* (Fn. 4), S. 352 f.

ein System der Normativbestimmungen<sup>143</sup> gelenkt hat. Es steht zu hoffen, dass die deutsche Rechtswissenschaft das zum Anlass nimmt, diese Ansätze sorgfältig auf ihre Sinnhaftigkeit und Brauchbarkeit für die deutsche Wirtschaft zu untersuchen.

---

<sup>143</sup> Hierfür sprechen sich unter Verweis auf das in Skandinavien praktizierte Modell *Weitemeyer/Weissenberger/Wiese* (Fn. 89), S. 1078 aus.

Jasper Siegert\*

## Die Wirkweite des Staatsziels Tierschutz – Art. 20a GG in Theorie und Praxis

### Abstract

Der Tierschutz genießt seit nunmehr genau 20 Jahren Verfassungsrang in Deutschland. Der Beitrag nimmt dieses Jubiläum zum Anlass, eine kritische Bilanz aus der deutschen Staatspraxis unter dem Staatsziel Tierschutz zu ziehen. Hierfür werden zunächst die Art. 20a GG zugrundeliegenden Prinzipien sowie die einzelnen Pflichten, die sich aus der Norm für die Staatsgewalt ergeben, erläutert. In einem zweiten Schritt wird daraufhin das Handeln von Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltung anhand ausgewählter Fallbeispiele auf seine Vereinbarkeit mit dem Staatsziel untersucht. Am Ende steht ein gemischtes Fazit: Während Art. 20a GG in dogmatischer Hinsicht ein effektives Mittel für eine Verbesserung des rechtlichen Tierschutzniveaus darstellt, bleibt die deutsche Staatspraxis auch 20 Jahre später hinter dem grundgesetzlichen Handlungsauftrag zurück.

---

\* Der Autor studiert im siebten Semester Rechtswissenschaft und Geschichte an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Er ist studentische Hilfskraft am dortigen Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht bei Prof. Dr. Armin v. Bogdandy. Der Beitrag beruht auf einer im Sommersemester 2022 bei Prof. Dr. Dr. h.c. Anne Peters verfassten Seminararbeit und wurde redaktionell betreut von stud. iur. Ruben Zimmermann.

## A. 20 Jahre Staatsziel Tierschutz – Jubiläum einer umstrittenen Norm

Seit August 2002 lautet Art. 20a GG: „Der Staat schützt auch in Verantwortung für die künftigen Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen *und die Tiere* im Rahmen der verfassungsgemäßen Ordnung durch die Gesetzgebung und nach Maßgabe von Recht und Gesetz durch die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung.“<sup>1</sup> Der Tierschutz genießt somit seit nunmehr 20 Jahren Verfassungsrang in Deutschland.<sup>2</sup> Doch wie ist die Norm nach dieser Zeit zu bewerten?

Beim Versuch, eine Bilanz aus der bisherigen Existenz von Art. 20a GG zu ziehen, sieht man sich mit einer Vielzahl unterschiedlicher Positionen konfrontiert: Während gerade im Vorfeld der Aufnahme des Tierschutzes in das Grundgesetz zum Teil erhebliche Bedenken dahingehend geäußert wurden, dass ein Tierschutz von Verfassungsrang den Gesetzgeber übermäßig einschränken und zu einer Vielzahl unerwünschter Folgen für die Gesellschaft führen werde,<sup>3</sup> mehren sich gerade in den letzten Jahren kritische Stimmen, denen zufolge sich durch die Verfassungsänderung nichts an den wesentlichen tierschutzrechtlichen Problemen geändert habe.<sup>4</sup>

Tatsächlich muss eine Bilanz über die Auswirkungen von Art. 20a GG auf die verfassungsrechtliche Dogmatik sowie die Staatspraxis gemischt ausfallen: Wenngleich die Aufnahme des Tierschutzes in das Grundgesetz in vielerlei Hinsicht zu einer Verbesserung des rechtlichen Tierschutzniveaus in der Bundesrepublik geführt hat, bleiben große Teile der deutschen Staatspraxis auch zwanzig Jahre nach der Verfassungsänderung hinter dem Schutzauftrag von Art. 20a GG zurück. Um diese These zu belegen, wird zunächst auf die rechtliche Qualifikation von Art. 20a GG sowie auf die Frage einzugehen sein, welche

<sup>1</sup> Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Staatsziel Tierschutz), BGBl. 2002 I, S. 2862.

<sup>2</sup> Für eine rechtsvergleichende Perspektive siehe *Evans*, Constitutional Inclusion of Animal Rights in Germany and Switzerland: How Did Animal Protection Become an Issue of National Importance?, *Society and Animals* 18 (2010), 231 ff.

<sup>3</sup> *Kloepfer/Rossi*, Tierschutz im Grundgesetz? – Zu den rechtlichen Konsequenzen einer Staatszielbestimmung „Tierschutz“ im Grundgesetz – insbesondere zu ihren Auswirkungen auf die Forschungsfreiheit, *JZ* 1998, 369 (375 ff.); *Spranger*, Auswirkung einer Staatszielbestimmung „Tierschutz“ auf die Forschungs- und Wissenschaftsfreiheit, *ZRP* 2000, 285 (287).

<sup>4</sup> *Diehl/Tuider*, Vorwort, in: *Diehl/Tuider*, Haben Tiere Rechte? – Aspekte und Dimensionen der Mensch-Tier-Beziehung, 2019, S. 13 (13); *Felde/Gregori/Maisack*, Staatsziel Tierschutz endlich wirksam umsetzen, in: *Bülte/Felde/Maisack*, Reform des Tierschutzrechts – Die Verwirklichung des Staatsziels Tierschutz *de lege lata*, 2022, S. 83 ff.

konkreten Gewährleistungen sich aus der Norm für den Tierschutz ergeben (**B.**). In einem zweiten Schritt soll daraufhin die Staatspraxis der letzten zwanzig Jahre anhand drei ausgewählter Beispiele darauf untersucht werden, inwieweit sie Art. 20a GG zur Geltung verholfen hat (**C.**).

## **B. und die Tiere – Tierschutz im Grundgesetz**

Im folgenden Abschnitt sollen die grundlegenden Strukturen von Art. 20a GG nachgezeichnet werden. Hierbei wird im Anschluss an eine Auseinandersetzung mit der Rechtsnatur der Vorschrift der Frage nachgegangen werden, welche konkreten rechtlichen Garantien sich aus Art. 20a GG ergeben.

### **I. Zwischen Programmsatz und Grundrecht – Die rechtliche Qualifikation von Art. 20a GG**

Art. 20a GG ist eine Staatszielbestimmung.<sup>5</sup> Dieser Begriff ist seit dem im Auftrag von *BMI* und *BMJ* angefertigten Sachverständigenbericht „Staatszielbestimmungen/Gesetzgebungsaufträge“ unter der dort verwandten Definition als eigene Normenkategorie anerkannt.<sup>6</sup> Demnach sind Staatsziele Verfassungsnormen mit objektiv-rechtlich bindender Wirkung, die dem Staat die fortdauernde Erfüllung bestimmter Aufgaben vorschreiben.<sup>7</sup> Was dies in Hinblick auf Art. 20a GG bedeutet, soll nun herausgearbeitet werden.

#### **1. Tierschutz als Prinzip**

Staatsziele lassen sich von anderen Normenarten abgrenzen, indem man auf die Unterscheidung zwischen Regeln und Prinzipien zurückgreift:<sup>8</sup> Unter Regeln versteht man hierbei Normen, die für einen Tatbestand eine zwingende Rechtsfolge vorsehen, die durch Subsumtion ermittelt wird.<sup>9</sup> Demgegenüber haben Prinzipien eine finale Struktur, welche zur Verwirklichung bestimmter

<sup>5</sup> *Nattrass*, „... und die Tiere“ – Constitutional Protection for Germany’s Animals, *Animal Law* 10 (2004), 283 (302).

<sup>6</sup> *Hahn*, Staatszielbestimmungen im integrierten Bundesstaat, 2010, S. 63; *Hesse*, Der Beitrag von Verfassungen in den neuen Bundesländern zur Verfassungsentwicklung in Deutschland, *KritV* 1993, 7 (11).

<sup>7</sup> *Bundesminister des Innern/Bundesminister der Justiz*, Staatszielbestimmungen/Gesetzgebungsaufträge, Bericht der Sachverständigenkommission, 1983, Rn. 7.

<sup>8</sup> *Faller*, Staatsziel „Tierschutz“ – Vom parlamentarischen Gesetzgeber zum verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat?, 2004, S. 135; *Caspar/Schröter*, Das Staatsziel Tierschutz in Art. 20a GG, 2003, S. 17.

<sup>9</sup> *Haupt*, The Nature and Effects of Constitutional State Objectives: Assessing the German Basic Law’s Animal Protection Clause, *Animal Law* 16 (2010), 213 (226).



Ziele verpflichtet, ohne aber einzelne Handlungen vorzugeben.<sup>10</sup> Als Optimierungsgebote verlangen sie, das Ziel im Rahmen der rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten so weit wie möglich zu realisieren.<sup>11</sup> Somit sind Staatsziele in Hinblick auf die oben genannte Definition als Prinzipien einzuordnen.<sup>12</sup>

Für das Staatsziel Tierschutz bedeutet diese Qualifikation als Prinzip, dass staatliche Organe dazu verpflichtet sind, Tiere so weit wie möglich zu schützen.<sup>13</sup> Im Einzelnen umfasst dies den Schutz der Tiere vor nicht artgemäßer Haltung, vermeidbaren Leiden sowie der Zerstörung ihrer Lebensräume.<sup>14</sup> Jedoch kommt dem Staat bei der Verwirklichung dieses Ziels ein weiter Gestaltungsspielraum zu.<sup>15</sup> Daher können sich aus Art. 20a GG lediglich im Ausnahmefall Pflichten zu einem bestimmten Handeln oder einer spezifischen Verhaltensweise ergeben.<sup>16</sup> Auch schließt die Kategorisierung als Staatsziel nicht aus, dass der Tierschutz gegenüber anderen Rechtsgütern zurücktreten kann.<sup>17</sup>

## 2. Rechtliche Verbindlichkeit

Staatsziele sind trotz des soeben skizzierten weiten Gestaltungsspielraums mehr als politische Programmsätze. Sie sind vielmehr unmittelbar geltendes Verfassungsrecht und binden als solches den Staat umfassend.<sup>18</sup> Aus der Kategorisierung als Prinzip folgt zudem nicht, dass ein Staatsziel nicht unter bestimmten Umständen auch Regelcharakter entfalten kann.<sup>19</sup> So hat etwa das *BVerfG* aus dem Sozialstaatsprinzip eine konkrete Pflicht des Staates abgeleitet, für Hilfsbedürftige zu sorgen.<sup>20</sup> Dem wird teilweise entgegengehalten, dass der

<sup>10</sup> *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 9. Aufl. 2020, S. 72.

<sup>11</sup> *Callies*, Rechtsstaat und Umweltstaat – Zugleich ein Beitrag zur Grundrechtsdogmatik im Rahmen mehrpoliger Verfassungsrechtsverhältnisse, 2001, S. 125.

<sup>12</sup> *Glock*, Das deutsche Tierschutzrecht und das Staatsziel „Tierschutz“ im Lichte des Völkerrechts und des Europarechts, 2004, S. 39.

<sup>13</sup> *Epiney*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, 7. Aufl. 2018, Art. 20a Rn. 88.

<sup>14</sup> BT-Drucks. 14/8860, S. 3.

<sup>15</sup> *Murswiek*, in: Sachs, 9. Aufl. 2021, Art. 20a Rn. 17; *Callies*, Tierschutz zwischen Europa- und Verfassungsrecht – Überlegungen am Beispiel der Tierversuchsrichtlinie, NuR 2012, 819 (822).

<sup>16</sup> *Krings*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, 15. Aufl. 2022, Art. 20a Rn. 37.

<sup>17</sup> *Braun*, Tierschutz in der Verfassung – und was nun? Die Bedeutung des neuen Art. 20a GG, DÖV 2003, 488 (492); *Obergfell*, Ethischer Tierschutz mit Verfassungsrang – Zur Ergänzung des Art. 20a GG um „drei magische Worte“, NJW 2002, 2296 (2298).

<sup>18</sup> *Faber*, Der grundgesetzliche Schutzauftrag des Art. 20a GG, Rechtliche Charakterisierung und Bedeutung einer verfassungsrechtlichen Novation, UPR 2002, 378 (379); *Murswiek*, in: Sachs (Fn. 15), Art. 20a Rn. 56a.

<sup>19</sup> *Sommermann*, Staatsziele und Staatszielbestimmungen, 1997, S. 361.

<sup>20</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 18.6.1975 – 1 BvL 4/74, Rn. 45 (juris).

staatliche Gestaltungsspielraum nicht nur das „Wie“, sondern auch das „Ob“ der Staatszielverwirklichung umfasse, weswegen eine Verpflichtung zu bestimmten Tätigkeiten nicht möglich sei.<sup>21</sup> Dieser Einwand liefe jedoch auf eine Reduzierung von Staatszielen zu bloßen Absichtsbekundungen hinaus.<sup>22</sup> Um ein solches Leerlaufen zu verhindern, kann ein Staatsziel darum auch zu konkreten Maßnahmen verpflichten.

Ein besonderer Fall der Verdichtung von Staatszielen liegt vor, wenn ihr Kernbereich betroffen ist.<sup>23</sup> Auch Art. 20a GG enthält einen solchen unantastbaren Kernbereich.<sup>24</sup> Diesen umschreibt die amtliche Begründung als „ethisches Mindestmaß für den menschlichen Umgang mit Tieren“<sup>25</sup>. Hierunter fallen insbesondere die Grundprinzipien des Tierschutzgesetzes (TierSchG), zuvörderst das Gebot, dass keinem Tier ohne einen vernünftigen Grund Schmerzen, Leiden oder Schäden zugefügt werden dürfen (1 S. 2 TierSchG).<sup>26</sup> Dieses ethische Schutzminimum ist der staatlichen Disposition entzogen und führt bei einer Verletzung zur Verfassungswidrigkeit des Eingriffs.<sup>27</sup> Insoweit weist Art. 20a GG im Kernbereich eine mit der Wesensgehaltsgarantie der Grundrechte aus Art. 19 Abs. 2 GG vergleichbare Struktur auf.

### 3. Tierschutz als subjektives Recht?

Ob und inwiefern sich aus den Garantien in Art. 20a GG subjektive Rechte ableiten lassen, ist umstritten. Nach herrschender Ansicht können der Norm keinerlei subjektive Rechte entnommen werden, weder für die Tiere selbst noch für den Menschen hinsichtlich der tierlichen Umwelt.<sup>28</sup> Diese Annahme wird von unterschiedlichen Stimmen kritisiert:

<sup>21</sup> *Scheuner*, Staatszielbestimmungen, in: FS Forsthoff, 1972, 325 (339 f.); *Müller-Bromley*, Staatszielbestimmung Umweltschutz im Grundgesetz? – Rechtsfragen der Staatszielbestimmung als Regelungsform der Staatsaufgabe Umweltschutz, 1990, S. 38.

<sup>22</sup> *Calliess* (Fn. 15), S. 822; *Merten*, Über Staatsziele, DÖV 1993, 368 (370).

<sup>23</sup> *Uble*, Das Staatsziel „Umweltschutz“ im System der grundgesetzlichen Ordnung – Zu dem von der Verfassungskommission empfohlenen neuen Art. 20a GG, DÖV 1993, 947 (951); *Faller* (Fn. 8), S. 136 f.

<sup>24</sup> *Faber* (Fn. 18), S. 380 f.

<sup>25</sup> BT-Drucks. 14/8860, S. 1.

<sup>26</sup> *Peters/Arnold*, Rechtsgutachten zur Frage der Verfassungsmäßigkeit der Verlängerung der betäubungslosen Kastration männlicher Ferkel durch das Vierte Gesetz zur Änderung des Tierschutzgesetzes vom 17.12.2018, S. 27; *Hirt/Maisack/Moritz*, TierSchG, 3. Aufl. 2016, Art. 20a Rn. 11.

<sup>27</sup> *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, 3. Aufl. 2015, Art. 20a Rn. 71; *Caspar/Schröter* (Fn. 8), S. 47 f.

<sup>28</sup> *BVerwG*, NVwZ 1998, 1080 (1081); *Faber* (Fn. 18), S. 378; *Braun* (Fn. 17), S. 489.

Eine Strömung in der Literatur fordert eigene Rechte für Tiere: Bereits vor der Einführung von Art. 20a GG wurde diskutiert, ob Tiere eigene Rechte haben könnten.<sup>29</sup> Neuere Stimmen streben einen Paradigmenwechsel hin zu einem subjektiv-rechtlichen Tierschutz an und fordern Grundrechte für die tierische Person.<sup>30</sup> Diesen Ansichten ist zuzugestehen, dass durch sie die Durchsetzung von Tierschutzbelangen deutlich vereinfacht würde.<sup>31</sup> Jedoch mahnen Kritiker an, dass eine Individualisierung des Tierschutzes unvereinbar mit der Anthropozentrik des Grundgesetzes sei, der zufolge nur der Mensch als Rechtssubjekt in Frage komme.<sup>32</sup> Jedenfalls aber ist die Begründung subjektiver Tierrechte nach dem Wortlaut von Art. 20a GG *de constitutione lata* nicht möglich.<sup>33</sup>

Daneben stellt sich die Frage, ob die Bürger aus Art. 20a GG Ansprüche herleiten können. Aus der Rechtsprechung des *BVerfG* zum Sozialstaatsprinzip geht hervor, dass sich aus objektiv-rechtlichen Bestimmungen i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG subjektive Rechte ergeben können.<sup>34</sup> Im Anschluss hieran wird in Bezug auf das ebenfalls in Art. 20a GG kodifizierte Staatsziel Umweltschutz in der Literatur diskutiert, ob aus Art. 1 Abs. 1 bzw. Art. 2 Abs. 2 GG i. V. m. Art. 20a GG ein Recht auf ein ökologisches Existenzminimum folgt, was dem Einzelnen einen gegen den Staat gerichteten Anspruch auf ein Mindestmaß an Umwelt- und Klimaschutz gewähren könnte.<sup>35</sup> In seinem Klima-Beschluss<sup>36</sup> hat

<sup>29</sup> v. Lersner, Gibt es Eigenrechte der Natur?, NVwZ 1988, 988 (989 f.); v. Loeper/Reyer, Das Tier und sein rechtlicher Status – Zur Weiterentwicklung und Transparenz und Konsequenz des Tierschutzrechts, ZRP 1984, 205 (208 ff.).

<sup>30</sup> Stucki, Grundrechte für Tiere – Eine Kritik des geltenden Tierschutzrechts und rechtstheoretischen Grundlegung von Tierrechten im Rahmen einer Neupositionierung des Tieres als Rechtssubjekt, 2016, S. 333 ff.; Peters, Die Rechtsstellung von Tieren – Status quo und Weiterentwicklung, in: Diehl/Tuider, Haben Tiere Rechte? – Aspekte und Dimensionen der Mensch-Tier-Beziehung, 2019, S. 122 (127 ff.); Obergfell, Tiere als Mitgeschöpfe im Zivilrecht, RW 2016, 388 ff.

<sup>31</sup> v. Loeper, Tierrechte – Entwicklungsdynamik und in der Praxis entschiedene Konflikte, in: Interdisziplinäre Arbeitsgemeinschaft Tierethik, Tierrechte – Eine interdisziplinäre Herausforderung, 2007, S. 158 (173 f.).

<sup>32</sup> Scholz, in: Dürig/Herzog/Scholz, 95. EL 2021, Art. 20a Rn. 75 f.

<sup>33</sup> v. Harbou, Sache, Mitgeschöpf, Rechtssubjekt? Das Tier im deutschen Recht – Geschichte, Gegenwart und Perspektiven, in: Michel/Kühne/Hänni, Animal Law – Tier und Recht: Entwicklungen und Perspektiven im 21. Jahrhundert, S. 571 (588 f.); Sommermann, in: v. Münch/Kunig, 7. Aufl. 2021, Art. 20a Rn. 37.

<sup>34</sup> *BVerfG*, Urt. v. 9.2.2010 – 1 BvL 1/09125, Rn. 133 (juris).

<sup>35</sup> Scholz, in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 32), Art. 20a Rn. 8; Steinberg, Verfassungsrechtlicher Umweltschutz durch Grundrechte und Staatszielbestimmungen, NJW 1996, 1985 ff.

<sup>36</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18.

das *BVerfG* das Bestehen eines solchen Anspruchs im konkreten Fall zwar ausgeschlossen, die Frage nach der Existenz des Rechts auf ein ökologisches Existenzminimum jedoch explizit offengelassen.<sup>37</sup>

Nach der vorgenannten Konstruktion scheint ein subjektives Recht auf ein Mindestmaß an Tierschutz aus Art. 1 Abs. 1 bzw. Art. 2 Abs. 2 GG i. V. m. Art. 20a GG zumindest denkbar. Dagegen spricht jedoch, dass der Tierschutz anders als der Umweltschutz keine existenziellen menschlichen Interessen betrifft.<sup>38</sup> Auch sollte Art. 20a GG nach dem Willen des verfassungsändernden Gesetzgebers primär dazu dienen, bereits anerkannte Rechtspositionen zu verstärken, anstatt neue zu begründen.<sup>39</sup> Daher können der Norm ebenfalls keine subjektiven Rechte der Bürger entnommen werden.<sup>40</sup>

Indes griffe es zu kurz, spräche man Art. 20a GG jegliche Bedeutung im Bereich subjektiver Rechte ab. Denn auch die herrschende Auffassung erkennt an, dass Grundrechte durch Art. 20a GG aufgeladen werden können.<sup>41</sup> Hierfür finden sich zahlreiche Beispiele: So wird etwa die Presse- und Filmfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG) eines über Missstände in einem Tierversuchslabor berichtenden Journalisten durch Art. 20a GG verstärkt.<sup>42</sup> Dasselbe gilt für die Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG) bei scharfer Kritik an Politikern, die sich für die Käfighaltung von Legehennen einsetzen.<sup>43</sup> Somit ist festzuhalten, dass Art. 20a GG zwar unmittelbar keine subjektiven Rechte begründet. Jedoch kann das Staatsziel mittelbar auf die Rechtsposition des Einzelnen einwirken.

## II. Auswirkungen des Art. 20a GG für staatliches Handeln

Im Folgenden wird auf die einzelnen Pflichten einzugehen sein, welche sich aus Art. 20a GG für das Handeln der einzelnen Staatsgewalten ergeben.

<sup>37</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18, Rn. 113–115 (juris).

<sup>38</sup> *Hildermann/Fertig*, 10 Jahre Staatsziel Tierschutz in Deutschland, in: Michel/Kühne/Hänni, *Animal Law – Tier und Recht: Entwicklungen und Perspektiven im 21. Jahrhundert*, S. 531 (540).

<sup>39</sup> *Schröter*, Tierschutz und staatliche Schutzpflicht – Die verfassungsrechtliche Gemeinwohlverantwortung für das Tier in Art. 20a GG und ihre Schranken, in: Caspar/Luy, *Tierschutz bei der religiösen Schlachtung*, 2010, S. 132 (135).

<sup>40</sup> *Sommermann*, in: v. Münch/Kunig (Fn. 33), Art. 20a Rn. 20.

<sup>41</sup> *Kloepfer/Rossi* (Fn. 3), S. 373; *Faller* (Fn. 8), S. 253.

<sup>42</sup> *OLG Hamm*, Urt. v. 21.7.2004 – 3 U 77/04, Rn. 42 (juris).

<sup>43</sup> *OLG München*, NJW-RR 2006, 328 (328).

## 1. Auswirkungen für die Gesetzgebung

Bereits dem Wortlaut von Art. 20a GG ist zu entnehmen, dass dem Gesetzgeber bei der Umsetzung des Staatsziels Tierschutz eine besonders hervorgehobene Bedeutung zukommt.<sup>44</sup> Fraglich ist somit, wie sich Art. 20a GG hier genau auswirkt.

### a) Berücksichtigungspflicht

Aus Art. 20a GG ergibt sich zunächst in formeller Hinsicht die Pflicht, Tierwohlbelange bei normsetzenden Entscheidungen zu berücksichtigen.<sup>45</sup> Genauer ist der Gesetz- oder Verordnungsgeber dazu verpflichtet, sich umfangreich über negative Folgen seiner Tätigkeit für das Tierwohl zu informieren und gegebenenfalls nach einer milderen Alternative zu suchen.<sup>46</sup> Sofern eine solche nicht ersichtlich ist, wird eine umfangreiche Abwägung zwischen dem Regelungsziel und der Belastung für die Tiere erforderlich, die der Bedeutung des Staatsziels Rechnung tragen muss.<sup>47</sup>

Eine besondere Konkretisierung dieser Pflicht hat das *BVerfG* in seiner Legehennen II-Entscheidung vorgenommen. Das *Gericht* entschied in diesem Fall, dass die unzureichende Beteiligung der gemäß § 16b Abs. 1 S. 2 TierSchG bei einer Änderung der Verordnung zum Schutz landwirtschaftlicher Nutztiere und anderer zur Erzeugung tierischer Produkte gehaltener Tiere bei ihrer Haltung (TierSchNutztV) anzuhörenden Tierschutzkommission zugleich eine Verletzung von Art. 20a GG darstelle.<sup>48</sup> Habe der Gesetzgeber das Ermessen des untergesetzlichen Normgebers durch Verfahrensvorschriften eingeschränkt, bedeute ein Verstoß gegen dieses Verfahren zugleich eine Verletzung von Art. 20a GG.<sup>49</sup> Damit zieht das *Gericht* eine Parallele zur Dogmatik zum Grundrechtsschutz durch Verfahren.<sup>50</sup>

<sup>44</sup> Kluth, in: Friauf/Höfling, 51. EL 2021, Art. 20a Rn. 98.

<sup>45</sup> Hirt/Maisack/Moritz (Fn. 26), Art. 20a Rn. 16; Faber (Fn. 18), S. 380.

<sup>46</sup> *BVerwG*, ZUR 2019, 681 (683); *Epiney*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 13), Art. 20a Rn. 81 f.

<sup>47</sup> *Kloepfer*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 214. EL 2021, Art. 20a Rn. 39; *Huster/Rux*, in: BeckOK-GG, Ed. 50, Stand: 15.2.2022, Art. 20a Rn. 26.

<sup>48</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 12.10.2010 – 2 BvF 1/07, Rn. 120 (juris).

<sup>49</sup> *Ebd.*, Rn. 122 (juris).

<sup>50</sup> *Sachs*, Staatsorganisationsrecht: Erlass von Rechtsverordnungen, JuS 2011, 572 (574); *Hillgruber*, Verletzung von einfachgesetzlichen Verfahrensvorschriften – Einfachgesetzliche Vorschriften als Prüfungsmaßstab im Normenkontrollverfahren, JA 2011, 318 (320).

Kritiker der Entscheidung verweisen darauf, dass das *BVerfG* die Wirkweite von Art. 20a GG überschätzt habe, da die Norm ausschließlich das Ziel – einen effektiven Tierschutz –, nicht aber den Weg dorthin vorgebe.<sup>51</sup> Indes verkennt dies die doppelte Gewährleistungsdimension von Art. 20a GG: Einerseits kommt dem Normgeber ein weiter Gestaltungsspielraum dabei zu, für welches Mittel er sich im Ergebnis entscheidet. Andererseits bindet ihn Art. 20a GG auf dem Weg zu diesem Ergebnis insoweit, als dass die gesetzgeberische Entscheidung eine Abwägung auf Grundlage einer vollständigen Ermittlung der Tatsachen darstellen muss.<sup>52</sup> Jede Verfahrensvorschrift ist somit Ausfluss dieser verfassungsrechtlichen Berücksichtigungs- und Abwägungspflicht und führt bei ihrer Missachtung daher richtigerweise zu einer Verletzung von Art. 20a GG.

*b) Konkretisierungspflicht*

In materieller Hinsicht ist es die zentrale Aufgabe des Gesetzgebers, das Staatsziel zu konkretisieren.<sup>53</sup> Im Einzelnen umfasst dieser Konkretisierungsauftrag die Pflicht, grundsätzlich alle gesetzgeberischen Maßnahmen zu unterlassen, die auch nur mittelbar zu Schmerzen oder Leiden einzelner Tiere führen könnten.<sup>54</sup> So hat der Staat z. B. alle Regelungen zu unterlassen, die Tierquälerei oder nicht artgerechte Haltungsformen erleichtern könnten.<sup>55</sup> Spiegelbildlich hierzu folgt aus Art. 20a GG die Pflicht, gegen Handlungen Privater einzuschreiten, wenn diese das Tierwohl mehr als erforderlich beeinträchtigen.<sup>56</sup> Diese Schutzpflicht kann den Staat bereits zu präventivem Handeln verpflichten.<sup>57</sup> Auch hat er zur Durchsetzung des Schutzauftrages ein effektives gesetzliches Instrumentarium bereitzustellen.<sup>58</sup>

Zweck von Art. 20a GG ist zudem – wie bereits festgestellt – die Optimierung des Tierschutzes.<sup>59</sup> Aus diesem Grund ist der Gesetzgeber zur Förderung schonender Tierhaltungsformen verpflichtet.<sup>60</sup> Ferner sind bereits existente

<sup>51</sup> *Durner*, Anmerkung zu BVerfG, 2. Senat, Beschluss vom 12. Oktober 2010 – 2 BvF 1/07 – Vorschriften zur Legehennenhaltung verfassungswidrig, DVBl. 2011, 97 (98 f.); *Ketterer*, Ende der Käfighaltung von Legehennen? Anmerkungen zum Beschluss des BVerfG vom 12.10.2010 – 2 BvF 1/07, NuR 2011, 417 (419).

<sup>52</sup> *Hirt/Maisack/Moritz* (Fn. 26), Art. 20a Rn. 22.

<sup>53</sup> *Sommerrmann*, in: v. Münch/Kunig (Fn. 33), Art. 20a Rn. 41; *Lorz/Metzger*, TierSchG, 7. Aufl. 2019, Art. 20a Rn. 12.

<sup>54</sup> *Bernsdorff*, in: Umbach/Clemens, 2002, Art. 20a Rn. 13.

<sup>55</sup> *Hirt/Maisack/Moritz* (Fn. 26), Art. 20a Rn. 17.

<sup>56</sup> *Braun* (Fn. 17), S. 489; *Wolff*, in: Hömig/Wolff, 13. Aufl. 2022, Art. 20a Rn. 5.

<sup>57</sup> *Kloepfer*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz (Fn. 47), Art. 20a Rn. 72.

<sup>58</sup> *Hirt/Maisack/Moritz* (Fn. 26), Art. 20a Rn. 23.

<sup>59</sup> *Hildermann/Fertig* (Fn. 38), S. 544.

<sup>60</sup> v. *Loeper*, in: TierSchG, 2002, Einf. Rn. 104a; *Obergfell* (Fn. 17), S. 2296.

Standards ständig auf ihre Vereinbarkeit mit europa- und völkerrechtlichen Verpflichtungen sowie dem aktuellen Stand der Wissenschaft zu überprüfen.<sup>61</sup> Hierbei sind auch etwaige Verschiebungen gesellschaftlicher Moralvorstellungen zu berücksichtigen.<sup>62</sup> Gegebenenfalls ist der Gesetzgeber zur Nachbesserung verpflichtet.<sup>63</sup>

c) Verschlechterungsverbot?

Eng verknüpft mit dem Charakter als Optimierungsgebot ist die umstrittene Frage, ob und inwiefern aus dem Staatsziel ein Verschlechterungsverbot abzuleiten ist.

Einige entnehmen Art. 20a GG ein absolutes Rückschrittsverbot hinter den tierschutzrechtlichen Standard des Jahres 2002.<sup>64</sup> Der verfassungsändernde Gesetzgeber habe mit der Novellierung von Art. 20a GG eine Verbesserung des Tierschutzes bewirken wollen, wozu es im Widerspruch stünde, wenn die seinerzeit bereits bestehenden Standards unterschritten würden.<sup>65</sup> Zudem wird auf das Staatsziel Umweltschutz verwiesen, bei dem ein Rückschrittsverbot anerkannt sei.<sup>66</sup>

Kritiker befürchten eine übertriebene Einschränkung der gesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit durch ein solches Verschlechterungsverbot.<sup>67</sup> Der Gesetzgeber habe das Staatsziel im Einzelfall mit den konkurrierenden Rechtsgütern abzuwägen, wobei dem Tierschutz nicht automatisch der Vorrang eingeräumt werden könne, wenn zwingende Umstände eine Absenkung des Tierschutzstandards erfordern würden.<sup>68</sup> Zudem sei mit der Einführung von Art. 20a GG keine Verbesserung, sondern lediglich eine Aufwertung des Tierschutzes zu einem Verfassungsgut bezweckt gewesen.<sup>69</sup> Etwas Anderes folge

<sup>61</sup> *Unruh*, Tierschutz mit Verfassungsrang – Auswirkungen auf Gesetzgebung, Vollzug und Gerichtsbarkeit, DtW 2003, 183 (185); *Caspar/Schröter* (Fn. 8), S. 46 f.

<sup>62</sup> *Caspar/Geissen*, Das neue Staatsziel „Tierschutz“ in Art. 20a GG, NVwZ 2002, 913 (914); *Faller* (Fn. 8), S. 201.

<sup>63</sup> *Lorz/Metzger* (Fn. 53), Art. 20a Rn. 12; *Faber* (Fn. 18), S. 380.

<sup>64</sup> *Holste*, „... und die Tiere“ – Das Staatsziel Tierschutz in Art. 20a GG, JA 2002, 907 (910); *Huster/Rux*, in: BeckOK-GG (Fn. 47), Art. 20a Rn. 25.

<sup>65</sup> *Calliess* (Fn. 15), S. 825; *Caspar/Schröter* (Fn. 8), S. 45.

<sup>66</sup> *Hirt/Maisack/Moritz* (Fn. 26), Art. 20a Rn. 21; *Epiney*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 13), Art. 20a Rn. 65.

<sup>67</sup> *Caspar*, Tierschutz in der Verfassung? Gründe, Gegenstände und Perspektiven für einen Art. 20b GG, ZRP 1998, 441 (445); *Krings*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Fn. 16), Art. 20a Rn. 46.

<sup>68</sup> *Hildermann/Fertig* (Fn. 38), S. 543; *Faller* (Fn. 8), S. 205.

<sup>69</sup> *VGH Baden-Württemberg*, NVwZ-RR 2006, 398 (400).

auch nicht aus dem Verweis auf den Umweltschutz, da das dortige Verschlechterungsverbot Ausprägung der Verantwortung für die kommenden Generationen sei, welche so beim Tierschutz nicht bestehe.<sup>70</sup>

Tatsächlich würde ein absolutes Verschlechterungsverbot den Gesetzgeber unzulässig einschränken, da ihm hierdurch etwa die Möglichkeit genommen wäre, der Abwanderung landwirtschaftlicher Betriebe ins Ausland durch eine partielle Senkung von Tierschutzstandards entgegenzuwirken. Andererseits ließe eine uneingeschränkte Gestaltungsfreiheit den absoluten Schutz des ethischen Schutzminimums leerlaufen. Richtigerweise besteht daher ein Verschlechterungsverbot nur insoweit, als dass der Schutzstandard nicht unter den Kernbereich von Art. 20a GG abgesenkt werden darf.<sup>71</sup>

## 2. Auswirkungen für die Rechtsanwendung

Neben dem Gesetzgeber spielen auch Rechtsprechung und Verwaltung eine entscheidende Rolle bei der Realisierung des Inhalts von Art. 20a GG.<sup>72</sup> Im Folgenden wird darum auf die wichtigsten Konsequenzen einzugehen sein, welche sich aus dem Staatsziel für die Rechtsanwendung ergeben.

### a) Auslegung des einfachen Rechts

Als Staatszielbestimmung stellt Art. 20a GG eine grundsätzliche Wertentscheidung dar.<sup>73</sup> Behörden und Gerichte müssen darum Gesetze und Verordnungen im Lichte dieser Grundentscheidung im Sinne eines effektiven Tierschutzes auslegen.<sup>74</sup> Art. 20a GG bildet somit den Maßstab insbesondere für die Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe und die Auslegung von Generalklauseln.<sup>75</sup> Diese Wirkung betrifft dabei nicht allein tierschutzrechtliche Bestimmungen, sondern erstreckt sich auf die gesamte Rechtsordnung.<sup>76</sup>

Ihre Grenze findet diese tierschutzkonforme Auslegung in dem in Art. 20 Abs. 3 GG zum Ausdruck kommenden Prinzip der Gewaltenteilung: Hat der Gesetzgeber mit dem auszulegenden Rechtssatz eine eindeutige

<sup>70</sup> *Epiney*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 13), Art. 20a Rn. 88.

<sup>71</sup> *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Fn. 27), Art. 20a Rn. 71; *Murswiek*, in: Sachs (Fn. 15), Art. 20a Rn. 51b.

<sup>72</sup> *Sommermann*, in: v. Münch/Kunig (Fn. 33), Art. 20a Rn. 46; *Kloepfer*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz (Fn. 47), Art. 20a Rn. 56.

<sup>73</sup> *Scholz*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 32), Art. 20a Rn. 18.

<sup>74</sup> *Hirt/Maisack/Moritz*, (Fn. 26), Art. 20a Rn. 28.

<sup>75</sup> *V/G Saarlouis*, Urt. v. 24.4.2013 – 5 K 593/12, Rn. 28 (juris).

<sup>76</sup> *Wolff*, in: Hömig/Wolff (Fn. 56), Art. 20a Rn. 6; *Kloepfer*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz (Fn. 47), Art. 20a Rn. 54.



Wertentscheidung getroffen, kann sich der Rechtsanwender nicht über diese Entscheidung hinwegsetzen, auch wenn sich hierdurch Spannungen zum Staatsziel ergeben.<sup>77</sup> Kommt ein Gericht zu dem Ergebnis, dass eine gesetzgeberische Entscheidung Art. 20a GG verletzt, so ist es daher darauf verwiesen, den Rechtssatz in einem Normenkontrollverfahren vor dem *BVerfG* für nichtig erklären zu lassen.<sup>78</sup>

*b) Art. 20a GG als verfassungsimmanente Schranke*

Ein weiterer Aspekt der Wirkung des Staatsziels auf die Rechtsanwendung ist die Funktion als verfassungsimmanente Grundrechtsschranke.<sup>79</sup> Dieser Aspekt war bereits für die Genese des Staatsziels von zentraler Bedeutung: Vieles deutet darauf hin, dass die Einfügung des Staatsziels Tierschutz als direkte Reaktion auf das Schächt-Urteil<sup>80</sup> des *BVerfG* erfolgte.<sup>81</sup> Das *Gericht* nahm in dieser Entscheidung eine sehr zurückhaltende Auslegung des TierSchG vor, um eine Kollision mit der Religionsfreiheit eines muslimischen Metzgers zu vermeiden, und führte damit der Öffentlichkeit vor Augen, dass es für die Einschränkung vorbehaltlos gewährleisteter Grundrechte wie der Religionsfreiheit am Verfassungsrang des Tierschutzes fehlte.<sup>82</sup> Das hatte zur Folge, dass großen Teilen des TierSchG das Verdikt der Verfassungswidrigkeit drohte.<sup>83</sup> Diesem Problem sollte durch die Aufnahme des Tierschutzes ins Grundgesetz höchstwahrscheinlich Abhilfe geschaffen werden.

Vor diesem Hintergrund überrascht es, dass einige Stimmen in der Literatur bestreiten, dass Art. 20a GG zur Einschränkung vorbehaltloser Grundrechte geeignet ist.<sup>84</sup> Begründet wird diese Ansicht damit, dass Staatsziele im Rang unter den Grundrechten stünden und somit nicht als verfassungsimmanente Schranke dienen könnten.<sup>85</sup> Indes verkennt dieses Argument, dass die Grundrechte mit Ausnahme der Menschenwürde keinen absoluten Vorrang im Grundgesetz

<sup>77</sup> *VG Bremen*, Urt. v. 28.5.2010 – 5 K 1274/09, Rn. 42 f. (juris).

<sup>78</sup> *Hirt/Maisack/Moritz* (Fn. 26), Art. 20a Rn. 30.

<sup>79</sup> *Faber* (Fn. 18), S. 381.

<sup>80</sup> *BVerfG*, Urt. v. 15.1.2002 – 1 BvR 1783/99.

<sup>81</sup> *Kluge*, Staatsziel Tierschutz: Am Scheideweg zwischen verfassungspolitischer Deklamation und verfassungsrechtlichem Handlungsauftrag, *ZRP* 2004, 10 (11); *Holste* (Fn. 64), S. 907 f.

<sup>82</sup> *Caspar/Schröter* (Fn. 8), S. 15; *Nattrass* (Fn. 5), S. 301 f.

<sup>83</sup> *Fielenbach*, Die Notwendigkeit der Aufnahme des Tierschutzes in das Grundgesetz, 2005, S. 175.

<sup>84</sup> *Bamberger*, Vorbehaltlose Grundrechte unter staatlichem Vorbehalt? Zur Auflösung eines grundrechtsdogmatischen Paradoxons, *Der Staat* 39 (2000), 355 (363).

<sup>85</sup> *Spranger* (Fn. 3), S. 288; *Huster/Rux*, in: BeckOK-GG (Fn. 47), Art. 20a Rn. 46 f.

genießen. Darum stehen Staatsziele mit ihnen auf einer Stufe.<sup>86</sup> Dem entspricht es, dass Art. 20a GG bereits vor Aufnahme des Tierschutzes als Schranke für die Kunst- und Religionsfreiheit herangezogen wurde.<sup>87</sup> Etwas Anderes kann daher nicht für den Tierschutz gelten.<sup>88</sup> Art. 20a GG ermöglicht somit die Einschränkung vorbehaltloser Grundrechte, insbesondere der Religionsfreiheit sowie der Freiheit von Kunst und Wissenschaft.<sup>89</sup> Die Frage nach der Verfassungswidrigkeit des TierSchG stellt sich daher nicht mehr.<sup>90</sup> Es ist nun Aufgabe der Abwägung im Einzelfall, einen angemessenen Ausgleich zwischen dem Tierschutz und anderen Rechtsgütern herzustellen.<sup>91</sup>

### c) Tierschutz in der Abwägung

Praktisch relevant wird Art. 20a GG vor allem bei Ermessensentscheidungen.<sup>92</sup> Hier ist die Vorschrift in verschiedener Hinsicht zu beachten. Zunächst ist der Tierschutz stets als eigene Größe in der Abwägung heranzuziehen: Steht dem Rechtsanwender bei einer Entscheidung, die einen Bezug zum Tierwohl aufweist, Ermessen zu, hat er die Belange des Tierschutzes zu berücksichtigen.<sup>93</sup> Anderenfalls liegt ein Ermessensfehler vor, aus dem die Rechtswidrigkeit der Entscheidung resultiert.<sup>94</sup>

Ferner wird Art. 20a GG in der Verhältnismäßigkeitsprüfung relevant. Hier verstärkt der hohe verfassungsrechtliche Wert von Art. 20a GG als „überragend wichtiges Gemeinschaftsgut“<sup>95</sup> das Gewicht des Tierschutzes in der Abwägung mit den Grundrechten.<sup>96</sup> Kollidiert das Staatsziel mit einem Grundrecht, ist ein Ausgleich im Wege praktischer Konkordanz herzustellen.<sup>97</sup> Hiernach sind

<sup>86</sup> Hillmer, Auswirkungen einer Staatszielbestimmung „Tierschutz“ im Grundgesetz, insbesondere auf die Forschungsfreiheit, S. 153.

<sup>87</sup> *BVerwG*, NJW 1995, 2648 (2649), NVwZ 1998, 852 (852).

<sup>88</sup> Wolff, in: Hömig/Wolff (Fn. 56), Art. 20a Rn. 5; *Epiney*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 13), Art. 20a Rn. 92.

<sup>89</sup> *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Fn. 27), Art. 20a Rn. 88; *Murswiek*, in: Sachs (Fn. 15), Art. 20a Rn. 72.

<sup>90</sup> *Knauff*, Das Tierschutzprinzip, SächsVBl. 2003, 101 (103); *Scholz*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 32), Art. 20a Rn. 83.

<sup>91</sup> *Sommermann*, in: v. Münch/Kunig (Fn. 33), Art. 20a Rn. 54.

<sup>92</sup> *Peters*, Art. 20a GG – Die neue Staatszielbestimmung des Grundgesetzes, NVwZ 1995, 555 (556 f.); *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Fn. 27), Art. 20a Rn. 79.

<sup>93</sup> *Epiney*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 13), Art. 20a Rn. 94.

<sup>94</sup> *Krings*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Fn. 16), Art. 20a Rn. 38.

<sup>95</sup> *OVG Sachsen-Anhalt*, Beschl. v. 14.5.2018 – 3 M 141/18, Rn. 33 (juris).

<sup>96</sup> *Peters/Arnold* (Fn. 26), S. 20; *Faller* (Fn. 8), S. 225 f.

<sup>97</sup> *KG*, Beschl. v. 24.7.2009 – (4) 1 Ss 235/09, Rn. 7 (juris).

widerstreitende Verfassungsgüter durch eine Abwägung im konkreten Einzelfall in einen möglichst schonenden Ausgleich zu bringen.<sup>98</sup>

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass Art. 20a GG alle staatliche Gewalt dazu verpflichtet, das bestmögliche Maß an Tierschutz herzustellen. Hierfür trifft die Rechtssetzung wie die Rechtsanwendung eine Vielzahl einzelner Pflichten, um das Staatsziel in den konkreten Entscheidungen zu verwirklichen. Gleichzeitig enthält Art. 20a GG mit dem ethischen Schutzminimum einen unantastbaren Kernbereich, den der Staat unter allen Umständen zu respektieren hat.

### C. Art. 20a GG in der Staatspraxis

Art. 20a GG ist nach dem bisher Gesagten also als ein Auftrag an den Staat zu verstehen, ein möglichst hohes Maß an Tierschutz zu gewährleisten. Hieraus folgt, dass das Staatsziel sinnvollerweise daran zu messen ist, inwieweit es zu einer tatsächlichen Verbesserung des Tierschutzniveaus in Deutschland geführt hat. Um dieser Frage nachzugehen, sollen zunächst die wichtigsten Erfolge in der Umsetzung des Staatsziels angeführt werden, bevor anhand einiger Fallbeispiele genauer auf die Defizite im Vollzug von Art. 20a GG eingegangen werden soll.

### I. Erfolge in der Umsetzung von Art. 20a GG

Der Vollzug von Art. 20a GG ist geprägt durch eine starke Divergenz der Dynamiken: Während der durch das Staatsziel eigentlich besonders adressierte Gesetzgeber bisher keine besondere Aktivität auf diesem Gebiet entfaltet hat,<sup>99</sup> existiert primär aus der Rechtsprechung eine Vielzahl positiver Beispiele, von denen einige im Folgenden exemplarisch dargestellt werden sollen.<sup>100</sup>

Eines der bedeutendsten Beispiele ist die zuvor bereits angesprochene Legehennen II-Entscheidung des *BVerfG*.<sup>101</sup> Bereits vor diesem Beschluss hatte das *Verfassungsgericht* klargestellt, dass Anlagen, die gegen das ethische Schutzminimum verstoßen, keinen immissionsschutzrechtlichen Bestandsschutz genießen.<sup>102</sup> Hiermit führte es seine Linie aus der Legehennen I-Entscheidung fort, in der es die Käfighaltung von Legehennen für verfassungswidrig erklärt

<sup>98</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 16.5.1995 – 1 BvR 1087/91, Rn. 51 (juris).

<sup>99</sup> *Arning*, Eigenrechte für Tiere – Tierschutz de lege ferenda? Mehr Tierschutz durch ein Rechtekonzept für Tiere, 2008, S. 121; *Martinez*, Paradigmenwechsel in der landwirtschaftlichen Nutztierhaltung – von betrieblicher Leistungsfähigkeit zu einer tierwohlorientierten Haltung, RW 2016, 441 (452 ff.).

<sup>100</sup> *Hildermann/Ferig* (Fn. 38), S. 566.

<sup>101</sup> Siehe **B. II. 1. a)**.

<sup>102</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 14.1.2010 – 1 BvR 1627/09.

hatte.<sup>103</sup> Impulse ergaben sich aus Art. 20a GG auch für das *BVerwG*: In einem Urteil aus dem Jahr 2018 legte es das Verwahrungsrecht (§§ 688 ff. BGB) im Lichte von Art. 20a GG aus und leitete hieraus für eine Fundbehörde die Pflicht her, ein dort abgegebenes Tier angemessen zu versorgen.<sup>104</sup>

Ein Beispiel für die erfolgreiche Anwendung von Art. 20a GG als verfassungsimmanente Schranke liefert ein Urteil des Berliner *Kammergerichts* aus dem Jahr 2009. Das *Gericht* sprach die dort Angeklagten wegen der Tötung zweier Kaninchen im Rahmen einer künstlerischen Performance der Tötung von Wirbeltieren ohne vernünftigen Grund gemäß § 17 Abs. 1 S. 1 TierSchG schuldig.<sup>105</sup> Anders als noch im Jahr 1991 war dieses Verhalten nicht durch die Kunstfreiheit gerechtfertigt. Hatte das *AG Kassel* seinerzeit noch entschieden, dass tierquälerische Inhalte einer künstlerischen Vorführung nicht geahndet werden könnten, da der Tierschutz keinen Verfassungsrang habe,<sup>106</sup> sah das *Kammergericht* nunmehr in Art. 20a GG eine taugliche Schranke der Kunstfreiheit.<sup>107</sup>

In einem weiteren Fall entschied das *LG Berlin* zugunsten von Tierschützern, die vor einem Pelzgeschäft protestiert hatten.<sup>108</sup> Die durch das Staatsziel Tierschutz aufgeladene Meinungs- (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG) und Versammlungsfreiheit (Art. 8 Abs. 1 GG) der Demonstranten überwiege das Recht der Ladenbetreiberin am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (Art. 14 Abs. 1 GG).<sup>109</sup> Das *Landgericht* erkannte hiermit die verstärkende Wirkung von Art. 20a GG für die Grundrechte.

Anzuführen ist zuletzt ein Urteil des *OLG Naumburg* aus dem Jahre 2018, in dem die Richter dem gestiegenen verfassungsrechtlichen Gewicht des Tierschutzes Rechnung trugen:<sup>110</sup> Das *Gericht* hielt das Eindringen von Tierschutzaktivisten in eine Tierzuchtanlage, in der Verstöße gegen die TierSchNutztV dokumentiert werden sollten, gemäß § 34 StGB für gerechtfertigt, da die Vorschrift im Lichte von Art. 20a GG auszulegen sei, was zur Folge habe, dass es sich beim Tierschutz um ein notstandsfähiges Rechtsgut handle.<sup>111</sup>

<sup>103</sup> *BVerfG*, Urt. v. 6.7.1999 – 2 BvF 3/90.

<sup>104</sup> *BVerwG*, Urt. v. 26.4.2018 – 3 C 7/16, Rn. 20 f. (juris).

<sup>105</sup> *KG*, Beschl. v. 24.7.2009 – (4) 1 Ss 235/09, Rn. 1 (juris).

<sup>106</sup> *AG Kassel*, NStZ 1991, 443 (443 f.).

<sup>107</sup> *KG*, Beschl. v. 24.7.2009 – (4) 1 Ss 235/09, Rn. 7 f. (juris).

<sup>108</sup> *LG Berlin*, Urt. v. 3.7.2009 – 3 O 221/09.

<sup>109</sup> *Ebd.*, Rn. 29 f. (juris).

<sup>110</sup> *OLG Naumburg*, Urt. v. 22.2.2018 – 2 Rv 157/17.

<sup>111</sup> *Ebd.*, Rn. 20 (juris).

Diese Beispiele führen exemplarisch vor Augen, dass die Rechtsprechung Art. 20a GG in den letzten 20 Jahren zum Anlass genommen hat, das rechtliche Tierschutzniveau in Deutschland partiell anzuheben. Die den Entscheidungen zugrunde liegende Methodik eignet sich zudem für eine kontinuierliche Weiterentwicklung in der Zukunft und könnte somit die Grundlage für den durch Art. 20a GG angestrebten Paradigmenwechsel hin zu einer tierschutzfreundlichen Gesetzesauslegung darstellen.

## II. Defizite in der Umsetzung von Art. 20a GG

Trotz dieser Bemühungen verbleibt dennoch ein erhebliches Maß an Defiziten im Vollzug des Staatsziels, welches im Folgenden anhand ausgewählter Beispiele herausgearbeitet werden soll. Um hierbei einen möglichst umfassenden Eindruck von der Staatspraxis unter Art. 20a GG zu erhalten, wird sich die Analyse in chronologischer Reihenfolge jeweils einem Fallbeispiel aus Rechtsprechung, Gesetzgebung und Verwaltung widmen. Als Beispiele dienen sollen das Urteil des *BVerfG* zum Schächtverbot, die Verlängerung der Übergangsfrist für die betäubungslose Ferkelkastration durch das Vierte Gesetz zur Änderung des Tierschutzgesetzes sowie die Verwaltungspraxis beim Export von Rindern in Drittstaaten.

Diese Fallbeispiele sind in mehrerer Hinsicht von besonderer Relevanz: Einerseits steht die Schächt-Rechtsprechung von *BVerfG* und *BVerfG* in einem derart besonderen Zusammenhang mit der Erhebung des Tierschutzes zum Staatsziel,<sup>112</sup> dass eine Analyse der Staatspraxis unter Art. 20a GG fast notwendigerweise hier ansetzen muss. Demgegenüber war kaum ein tierschutzrechtliches Thema in den letzten zwanzig Jahren von einem derart hohen öffentlichen Interesse begleitet wie das Vierte Gesetz zur Änderung des Tierschutzgesetzes.<sup>113</sup> Zuletzt handelt es sich bei Rinderexporten in Drittstaaten

<sup>112</sup> Siehe hierzu **B. II. 2. b).**

<sup>113</sup> Für die breite mediale Reaktion siehe *Balser*, Unbegreiflicher Rückschlag für den Tierschutz - und die Koalition, *SZ* v. 5.11.2018, abrufbar unter: <https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/ferkel-kastration-1.4196399> (zuletzt abgerufen am 8.12.2022); *Szegin*, Das ist eine Sauerei, *taz* v. 3.10.2018, abrufbar unter: <https://taz.de/Gastkommentar-Ferkelkastration/!5537893/> (zuletzt abgerufen am 8.12.2022); *Schmeitzner*, Schmerzhafter Aufschub, *Tagesschau.de* v. 29.11.2018; *Werner*, Ferkelkastration: Deutschland ohne Eier und Herz, *Wirtschaftswoche* v. 5.12.2018, abrufbar unter: <https://www.wiwo.de/politik/deutschland/werner-killhart-ferkelkastration-deutschland-ohne-eier-und-herz/23713804.html> (zuletzt abgerufen am 8.12.2022); *Raether*, Arme Schweinchen, *Zeit Online* v. 4.10.2018, abrufbar unter: [https://www.zeit.de/2018/41/ferkelkastration-betaeubung-massentierhaltung-tierschutz-koalition?utm\\_referrer=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F](https://www.zeit.de/2018/41/ferkelkastration-betaeubung-massentierhaltung-tierschutz-koalition?utm_referrer=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F) (zuletzt abgerufen am 8.12.2022); *Bodderas*, Kastration verursacht einen dumpfen, lag anhaltenden

um eine jüngere Entwicklung in der Verwaltungspraxis, die aufgrund der Aktualität der Problemstellung und der bisher nur teilweise erfolgten Befassung im Schrifttum einer kritischen Analyse bedarf.

### 1. Schächten und der Tierschutz

Das Schächten, also das betäubungslose Schlachten aus religiösen Gründen, spielte nach dem bisher Gesagten eine bedeutende Rolle bei der Erhebung des Tierschutzes zum Staatsziel. Darauf aufbauend soll nun anhand der Folgeentscheidung des *BVerwG*<sup>114</sup> zum Schächt-Urteil des *BVerfG* untersucht werden, welche Rolle das Schächten in der Rechtsprechung unter Art. 20a GG gespielt hat.

#### a) Sachverhalt

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Ein Metzger muslimischen Glaubens hatte sich mit einer Verfassungsbeschwerde gegen die Versagung einer nach § 4a Abs. 2 Nr. 2 TierSchG erforderlichen Schächtgenehmigung gewandt. Das *BVerfG* entschied, dass das Schächten als solches zwar kein Akt der Religionsausübung sei, die durch die Versagung der Genehmigung betroffene Berufsfreiheit des Metzgers jedoch durch die Religionsfreiheit verstärkt werde.<sup>115</sup> Durch diese Konstruktion gelang es dem *BVerfG*, das TierSchG an der Religionsfreiheit zu messen, ohne sich mit dem Problem auseinandersetzen zu müssen, dass der Tierschutz vor der Novellierung von Art. 20a GG keine verfassungsimmanente Schranke für die Religionsfreiheit darstellen konnte.<sup>116</sup> Weiter führte das *BVerfG* aus, dass es im Sinne einer grundrechtskonformen Auslegung für die Genehmigung ausreichen müsse, wenn der Antragsteller substantiiert und nachvollziehbar darlege, dass nach der Überzeugung seiner Glaubensgemeinschaft eine betäubungslose Schlachtung zwingend erforderlich sei. Ein tatsächlicher Nachweis sei nicht erforderlich.<sup>117</sup>

---

Eingeweideschmerz, Welt v. 6.11.2018, abrufbar unter: <https://www.welt.de/politik/deutschland/article183410428/Experte-ueber-Ferkel-Kastrationen-Dumpfer-lang-anhaltender-Eingeweideschmerz.html> (zuletzt abgerufen am 8.12.2022).

<sup>114</sup> *BVerwG*, Urt. v. 23.11.2006 – 3 C 30/05.

<sup>115</sup> *BVerfG*, Urt. v. 15.1.2002 – 1 BvR 1783/99, Rn. 32 (juris).

<sup>116</sup> *Hain/Umrub*, Neue Wege in der Grundrechtsdogmatik? – Anmerkungen zum Schächt-Urteil des *BVerfG* nach Änderung des Art. 20a GG, DÖV 2003, 147 (152); *Unruh*, Zur Abwägung von Religionsfreiheit und Tierschutz unter dem Grundgesetz, in: Caspar/Luy, Tierschutz bei der religiösen Schlachtung, 2010, S. 158 (166).

<sup>117</sup> *BVerfG*, Urt. v. 15.1.2002 – 1 BvR 1783/99, Rn. 58 (juris).

Nachdem das *BVerfG* das Verfahren an die Instanzgerichte zurückverwiesen hatte, legte die beklagte Behörde, wohl auch in Reaktion auf die in der Literatur geübte heftige Kritik am *BVerfG*,<sup>118</sup> gegen die instanzgerichtliche Entscheidung Revision ein. Dies begründete sie damit, dass sich die rechtliche Beurteilung durch die nunmehr erfolgte Aufnahme des Tierschutzes ins Grundgesetz verändert habe.<sup>119</sup>

Das *BVerwG* verneinte dies und wies die Revision zurück.<sup>120</sup> Zwar sei nunmehr nicht mehr fraglich, ob das Schächtverbot einen Verstoß gegen die Religionsfreiheit darstelle, sondern ob umgekehrt § 4a Abs. 2 Nr. 2 TierSchG gegen Art. 20a GG verstoße.<sup>121</sup> Die verfassungsrechtliche Aufwertung des Tierschutzes habe jedoch nicht zur Folge, dass ihm grundsätzlich Vorrang gegenüber der Religionsfreiheit zu gewähren sei. Vielmehr sei es Aufgabe des Gesetzgebers, einen schonenden Ausgleich zwischen den Rechtsgütern herzustellen, was er mit § 4a Abs. 2 Nr. 2 TierSchG getan habe.<sup>122</sup> Im Übrigen sei dem *BVerfG* darin zuzustimmen, dass die nachvollziehbare Darlegung zwingender Gründe für die Erteilung einer Genehmigung genügen müsse.<sup>123</sup>

#### b) Rechtliche Würdigung

Dieses Urteil des *BVerwG* bedarf in Hinblick auf seine Vereinbarkeit mit dem Staatsziel Tierschutz der kritischen Überprüfung.

##### aa) Verknennung von Art. 20a GG in der Auslegung

Einen ersten Kritikpunkt bietet die Auslegung von § 4a Abs. 2 Nr. 2 TierSchG durch das *BVerwG*. Das *Gericht* schloss sich hier dem *BVerfG* in seiner umstrittenen Interpretation der Tatbestandsmerkmale "Religionsgemeinschaft" und "zwingende Gründe" an und ließ ebenso wie das *BVerfG* die substantiierte und nachvollziehbare Darlegung dieser Gründe durch den Betroffenen genügen.<sup>124</sup> Zur Begründung verwiesen die Richter darauf, dass sie sich an die Entscheidung des *BVerfG* gebunden sähen. Denn durch die Änderung von

---

<sup>118</sup> Caspar, Verfassungs- und Verwaltungsrechtliche Aspekte des Schächtens, NuR 2002, 402 ff.; Volkemann, Anmerkung zum Urteil des BVerfG vom 15.1.2002, DVBl. 2002, 332 ff.

<sup>119</sup> *BVerwG*, Urt. v. 23.11.2006 – 3 C 30/05, Rn. 2 f. (juris).

<sup>120</sup> *Ebd.*, Rn. 12 (juris).

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

<sup>122</sup> *Ebd.*

<sup>123</sup> *Ebd.*, Rn. 13 (juris).

<sup>124</sup> *Ebd.*, Rn. 8, 13 (juris).

Art. 20a GG entfalle deren Bindungswirkung nur so insoweit, wie der Tierschutz konkret betroffen sei.<sup>125</sup>

Mit dieser Argumentation setzte sich das *BVerwG* in explizitem Widerspruch zum *Hessischen Verwaltungsgerichtshof*, der in der Vorinstanz eine Bindung an das Urteil des *BVerfG* generell abgelehnt hatte.<sup>126</sup> Begründet hatte der *VGH* dies damit, dass das *BVerfG* in den tragenden Entscheidungsgründen davon ausgegangen sei, dass der Tierschutz nur ein Gemeinwohl von hoher Bedeutung darstelle. Die entsprechende Auslegung von § 4a Abs. 2 Nr. 2 TierSchG beruhe auf dieser Bewertung des Tierschutzes, welche sich durch die Einführung von Art. 20a GG jedoch maßgeblich gewandelt habe.<sup>127</sup>

Kritiker des Urteils des *VGH* wenden ein, dass auch nach Änderung von Art. 20a GG keine alternative Auslegung der Begriffe "Religionsgemeinschaft" und "zwingende Vorschriften" möglich sei, da diese religionsverfassungsrechtlich determiniert seien.<sup>128</sup> Dagegen spricht jedoch, dass das *BVerfG* seine eigene Auslegung ausdrücklich als Weg bezeichnet hat, unverhältnismäßige Folgen für die Religionsfreiheit abzuwenden.<sup>129</sup> Das *BVerfG* hat die Begriffe also nicht ihrem Sinne nach determiniert vorgefunden, sondern sie im Sinne einer grundrechtskonformen Rechtsfortbildung selbst gebildet.<sup>130</sup> In diesem Fall kommt Art. 20a GG jedoch eine erhebliche Bedeutung zu: Wenn die bisherige Auslegung Ergebnis einer verfassungsgerichtlichen Wertentscheidung war, so muss sich die Aufwertung des Tierschutzes bei der Beurteilung dieser Entscheidung niederschlagen.<sup>131</sup> Etwas Anderes liefe der Ausstrahlungswirkung von Art. 20a GG auf das einfache Recht zuwider.<sup>132</sup> Durch die Änderung von Art. 20a GG ist damit die Bindungswirkung der Auslegung von § 4a Abs. 2 Nr. 2 TierSchG durch das Schächt-Urteil entgegen der Auffassung des *BVerwG* umfassend entfallen.<sup>133</sup>

---

<sup>125</sup> *BVerwG*, Urt. v. 23.11.2006 – 3 C 30/05, Rn. 11 (juris).

<sup>126</sup> *HessVGh*, NuR 2005, 464 (464).

<sup>127</sup> *Ebd.*, S. 465.

<sup>128</sup> *Unruh* (Fn. 116), S. 169.

<sup>129</sup> *BVerfG*, Urt. v. 15.1.2002 – 1 BvR 1783/99, Rn. 54 f.

<sup>130</sup> *Schröter* (Fn. 39), S. 145.

<sup>131</sup> *Schwarz*, Das Spannungsverhältnis von Religionsfreiheit und Tierschutz am Beispiel des „rituellen Schächtens“, 2003, S. 46.

<sup>132</sup> Siehe hierzu **B. II. 2. a)**.

<sup>133</sup> *Cirsovius*, Überdimensionaler Grundrechtsschutz zugunsten des islamischen Fundamentalismus: Anmerkungen zum „Schächturteil“ des Bundesverwaltungsgerichts 23.11.2006 – 3 C 30.05, NuR 2008, 237 (240); *HessVGh*, NuR 2005, 464 (465).



Das *BVerfG* verkannte somit das Erfordernis, § 4a Abs. 2 Nr. 2 TierSchG im Interesse praktischer Konkordanz zwischen Religionsfreiheit und Tierschutz neu auszulegen.<sup>134</sup> Hier wäre insbesondere der Frage nachzugehen gewesen, ob auch unter Art. 20a GG die substantiierte und nachvollziehbare Darlegung zwingender Gründe für die Erteilung einer Schächtgenehmigung genügt. Denn diese ungeschriebenen Tatbestandsmerkmale wurden erst durch das *BVerfG* in § 4a Abs. 2 Nr. 2 TierSchG hineingelesen, um die Norm mangels Verfassungsranges des Tierschutzes vor der Nichtigkeit zu bewahren.<sup>135</sup> Angesichts des durch die Verfassungsänderung stark gestiegenen Gewichts des Tierschutzes scheint hier nunmehr ein strengerer Maßstab vorzugswürdig. Einem solchen würde es etwa entsprechen, einen Nachweis dafür zu verlangen, dass der eigene Glaube es dem Antragsteller zwingend vorschreibt, ausschließlich Fleisch von geschächteten Tieren zu verspeisen, und diesen Nachweis der richterlichen Überprüfung zugänglich zu machen.<sup>136</sup> Hierdurch würde § 4a Abs. 2 Nr. 2 TierSchG seinem Charakter als Ausnahmeregelung wieder gerecht und es könnte ein angemessener Ausgleich zwischen Tierschutz und Religionsfreiheit im konkreten Einzelfall hergestellt werden, wohingegen die bisherige Auslegungspraxis das Tierwohl im Regelfall zurücktreten lässt.<sup>137</sup> Eine restriktive Genehmigungspraxis entspräche zudem dem Willen des historischen Gesetzgebers des TierSchG.<sup>138</sup>

#### bb) Verknennung von Art. 20a GG in der Abwägung

Weiterhin bietet die Abwägung zwischen Art. 4 Abs. 1 GG und Art. 20a GG Anlass zur Kritik. Das *BVerfG* führte hierzu aus, dass der Gesetzgeber diese widerstreitenden Belange durch § 4a Abs. 2 Nr. 2 TierSchG in einen angemessenen Ausgleich gebracht habe. Hieran habe sich durch Art. 20a GG nichts geändert, da der Tierschutz schon zuvor als hoher Gemeinwohlbelang angesehen worden sei. Eine andere Betrachtung würde eine weder von der Verfassung noch vom Tierschutzgesetzgeber beabsichtigte Bevorzugung des

<sup>134</sup> *Lorz/Metzger* (Fn. 53), Art. 20a Rn. 17.

<sup>135</sup> *Kluge* (Fn. 81), S. 12.

<sup>136</sup> *Dietz*, Das Schächten im Spannungsfeld zwischen Religionsfreiheit und Tierschutz – Folgerungen für die behördliche Genehmigungspraxis aus dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 23. November 2006, 3 C 30.05, DÖV 2003, 522 f., DÖV 2007, 489 (492 f.); *VG Augsburg*, Beschl. v. 19.12.2007 – AU 4 E 07.1720, Rn. 12 (juris); *HessVGH*, NuR 2005, 464 (469).

<sup>137</sup> *Caspar/Schröter* (Fn. 8), S. 94; *Hirt/Maisack/Moritz* (Fn. 26), Art. 20a Rn. 25 f.

<sup>138</sup> *Cirsovius* (Fn. 133), S. 242.

Tierschutzes darstellen, welche das Leerlaufen der Religionsfreiheit zur Folge hätte.<sup>139</sup>

An dieser Argumentation fällt auf, dass das *BVerwG* die Einstufung des Tierschutzes als „hoher Gemeinwohlbelang“ nahezu unverändert aus dem Urteil des *BVerfG* übernahm.<sup>140</sup> Dies erstaunt jedoch angesichts dessen, dass es das erklärte Ziel der Aufnahme des Tierschutzes ins Grundgesetz war, das Gewicht des Tierschutzes gerade auch in Reaktion auf das Schächt-Urteil zu erhöhen.<sup>141</sup> Infolgedessen handelt es sich beim Tierschutz nunmehr richtigerweise um ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut.<sup>142</sup> Indem es an der Wertung des *BVerfG* festhielt, konterkarierte das *BVerwG* die durch die Verfassungsänderung beabsichtigte Neubewertung des Verhältnisses von Tierschutz und Religionsfreiheit geradezu.<sup>143</sup> Hierbei konnte es sich auch nicht auf den Willen des Gesetzgebers des TierSchG stützen. Denn dieser strebte ja selbst eine restriktive Handhabung von § 4a Abs. 2 Nr. 2 TierSchG an.<sup>144</sup> Doch selbst wenn dies nicht der Fall wäre, läge kein Verstoß gegen Art. 20 Abs. 3 GG vor. Denn der Wille des verfassungsändernden Gesetzgebers zur Aufwertung des Tierschutzes stünde normhierarchisch über dem Willen des Gesetzgebers des TierSchG.

Aus dieser Fehlgewichtung lässt sich auch die Annahme des *BVerwG* erklären, dass eine andere Ausgestaltung von § 4a Abs. 2 Nr. 2 TierSchG mit dem Grundrechtsschutz nicht vereinbar sei.<sup>145</sup> Tatsächlich hätte das *Gericht* bei einer angemessenen Berücksichtigung der Aufwertung des Tierschutzes zu dem Schluss kommen müssen, dass die Existenz einer Ausnahmeregelung vom Schächtverbot nach der Verfassungsänderung nicht mehr zwingend erforderlich ist.<sup>146</sup> Da ihm durch seine Einschätzung der Weg zu einer ausführlichen Verhältnismäßigkeitsabwägung verstellt war, verpasste es das *BVerwG* außerdem, im Rahmen der Erforderlichkeit der Schächterlaubnis auf alternative Schlachtmethode einzugehen, durch die sowohl das Tierwohl als auch die

<sup>139</sup> *BVerwG*, Urt. v. 23.11.2006 – 3 C 30/05, Rn. 12 (juris).

<sup>140</sup> Vgl. *BVerfG*, Urt. v. 15.1.2002 – 1 BvR 1783/99, Rn. 45 (juris).

<sup>141</sup> BT-Drucks. 14/8860, S. 3; *Kluge* (Fn. 81), S. 13.

<sup>142</sup> Siehe **B. II. 2. c).**

<sup>143</sup> *Schröter* (Fn. 39), S. 143.

<sup>144</sup> *Kluge*, Das Schächten als Testfall des Staatszieles Tierschutz, NVwZ 2006, 650 (653).

<sup>145</sup> *BVerwG*, Urt. v. 23.11.2006 – 3 C 30/05, Rn. 12 (juris).

<sup>146</sup> *Traulsen*, Zum verfassungsrechtlichen Rahmen für einfachgesetzliche Regelungen über das Schächten, NuR 2007, 800 (801); *Dietz*, Ausnahmegenehmigungen zum Schächten aufgrund § 4a TierSchG – Probleme und Lösungsansätze aus Sicht der Vollzugsbehörde, NuR 2003, 477 (483).

Religionsfreiheit gewahrt werden. So besteht etwa die Möglichkeit, Schlachttiere durch das vorherige Anlegen von Elektroden zu betäuben, ohne hierbei zu riskieren, dass ein vollständiges Ausbluten verhindert und dadurch gegen die muslimischen bzw. jüdischen Speisevorschriften verstoßen wird.<sup>147</sup>

Im Ergebnis wäre das *BVerwG* zwar auch in diesem Fall wohl zu dem Ergebnis gekommen, dass § 4a Abs. 2 Nr. 2 TierSchG einen verfassungsgemäßen Ausgleich zwischen Religionsfreiheit und Tierschutz herstellt. Jedoch hätte eine Abwägung offenbart, dass ein Festhalten an der Vorschrift im Lichte von Art. 20a GG nicht unbedingt geboten ist und die Regelung eine religionsfreundliche Lösung darstellt.<sup>148</sup> Eine darüberhinausgehende grundrechtskonforme Reduktion im Sinne des *BVerfG* ist darum nicht mehr erforderlich. Vielmehr ist der durch § 4a Abs. 2 Nr. 2 TierSchG hergestellte Ausgleich durch eine strikt am Wortlaut orientierte Auslegung zu verwirklichen. Das *BVerwG* hätte darum gut daran getan, zu seiner restriktiven Auslegungspraxis aus der Zeit vor dem Schächt-Urteil zurückzukehren.<sup>149</sup> Stattdessen hielt das *BVerwG* an der Linie des *BVerfG* fest und verpasste damit die Möglichkeit, Maßstäbe für eine Auslegung von § 4a Abs. 2 Nr. 2 TierSchG zu setzen, die der vom Verfassungsgeber gewollten Aufwertung des Tierschutzes gerecht wird.

## 2. Betäubungslose Ferkelkastration

Ein anschauliches Beispiel für die mangelhafte Umsetzung von Art. 20a GG durch die Gesetzgebung liefert die Verlängerung der Übergangsfrist für die betäubungslose Ferkelkastration durch das Vierte Gesetz zur Änderung des Tierschutzgesetzes.<sup>150</sup>

### a) Sachverhalt

Das Kastrieren von neugeborenen Ferkeln ist gemäß § 6 Abs. 1 S. 2 Nr. 2a TierSchG zulässig. Nach § 5 Abs. 1 S. 1 TierSchG haben solche Eingriffe grundsätzlich unter Betäubung zu erfolgen. Von der Betäubungspflicht sind gemäß § 5 Abs. 3 TierSchG allerdings bestimmte Eingriffe ausgenommen. Hierzu zählte bis 2013 die Kastration von Ferkeln im Alter unter sieben Tagen (§ 5 Abs. 3 Nr. 1a TierSchG). Diese Ausnahmeregelung wurde durch das Dritte Gesetz zur Änderung des Tierschutzgesetzes gestrichen.<sup>151</sup> An ihre Stelle trat der

<sup>147</sup> Dietz (Fn. 136), S. 491; Unruh (Fn. 116), S. 188 f.

<sup>148</sup> Traulsen (Fn. 146), S. 801.

<sup>149</sup> Siehe *BVerwG*, Urt. v. 23.11.2000 – 3 C 40/99.

<sup>150</sup> Viertes Gesetz zur Änderung des Tierschutzgesetzes, BGBl. 2018 I, 2586 (2586).

<sup>151</sup> Drittes Gesetz zur Änderung des Tierschutzgesetzes, BGBl. 2013 I, 2182 (2183).

weitgehend inhaltsgleiche § 21 Abs. 1 TierSchG a. F., welcher der betäubungslosen Ferkelkastration eine Übergangsfrist bis Ende 2018 gewährte.<sup>152</sup> Durch das Vierte Gesetz zur Änderung des Tierschutzgesetzes wurde diese Frist im Dezember 2018 – wenige Tage vor Fristende – um weitere zwei Jahre verlängert.<sup>153</sup>

Zweck der Kastration ist die Vermeidung des sog. „Ebergeruchs“, welcher von einer Vielzahl der Konsumenten als unappetitlich wahrgenommen wird.<sup>154</sup> Die Kastration ohne anästhetische Mittel dient der Einsparung von Kosten, jedoch ist sie für die Ferkel mit erheblichen Schmerzen verbunden.<sup>155</sup> Ferner existieren seit geraumer Zeit mehrere alternative, deutlich schonendere Methoden.<sup>156</sup> Demgegenüber führt die Gesetzesbegründung aus, dass diese Verfahren nicht markttauglich seien. Den landwirtschaftlichen Betrieben würden darum erhebliche finanzielle Mehrbelastungen drohen. Gerade kleine Höfe wären darum gezwungen, ihre Tiere an größere Betriebe abzugeben, welche sich die Umstellung auf alternative Verfahren leisten könnten.<sup>157</sup> Die drohende Beeinträchtigung der Landwirte durch eine solche Strukturveränderung rechtfertige die Fortsetzung der betäubungslosen Kastration.<sup>158</sup>

#### *b) Rechtliche Würdigung*

Fraglich ist, ob der Gesetzgeber durch diese Verlängerung der Übergangsfrist in § 21 Abs. 1 S. 1 TierSchG n. F. gegen Art. 20a GG verstoßen hat.

##### aa) Verknennung der Berücksichtigungspflicht

Zunächst kommt ein Verstoß gegen die gesetzgeberische Berücksichtigungspflicht in Betracht. Diese erfordert, dass der Gesetzgeber eine Abwägung zwischen dem Regelungsziel und dem Tierwohl unter Berücksichtigung des verfassungsrechtlichen Wertes des Tierschutzes vornimmt.<sup>159</sup> Im vorliegenden Fall war also eine Abwägung zwischen Art. 20a GG und der Berufs- (Art. 12 Abs. 1 GG) und Eigentumsfreiheit (Art. 14 Abs. 1 GG) der Landwirte erforderlich. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass Art. 20a

<sup>152</sup> Drittes Gesetz zur Änderung des Tierschutzgesetzes, BGBl. 2013 I, 2182 (2195).

<sup>153</sup> Viertes Gesetz zur Änderung des Tierschutzgesetzes (Fn. 150), S. 2586.

<sup>154</sup> *Peters/Arnold* (Fn. 26), S. 6.

<sup>155</sup> *Maisack*, Betäubungslose Ferkelkastration noch bis 2019 – ein Verstoß gegen Art. 20a GG?, in: Internationale Gesellschaft für Nutztierhaltung, Nutztierhaltung im Fokus: Kastration beim Ferkel und mögliche Alternativen, S. 38 (38).

<sup>156</sup> BT-Drucks. 18/10689, S. 6 ff.

<sup>157</sup> BT-Drucks. 19/5522, S. 4.

<sup>158</sup> *Ebd.*, S. 6.

<sup>159</sup> Siehe **B. II. 1. a)**.

GG wie bereits festgestellt ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut darstellt. Als solches ist es nach der Drei-Stufen-Theorie des *BVerfG* dazu geeignet, besonders schwere Eingriffe in die Berufsfreiheit bis hin zu objektiven Berufswahlregelungen zu rechtfertigen.<sup>160</sup> Demgegenüber würden die Kosten für die Erzeugung eines Kilogramms Schweinefleisch durch die Umstellung auf alternative Methoden lediglich um wenige Cent steigen. Laut mehreren Umfragen wäre der Großteil der Verbraucher zudem bereit, einen solchen Preisanstieg zugunsten eines erhöhten Tierschutzniveaus zu zahlen.<sup>161</sup> Die Intensität des Eingriffs in die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit der Landwirte wäre darum als gering einzustufen; es würde sich – nach der Drei-Stufen-Theorie – lediglich um eine mit vergleichsweise geringeren Gemeinschaftsinteressen zu rechtfertigende Berufsausübungsregelung handeln. Es liegen mithin keine Gründe für ein derart starkes Überwiegen der wirtschaftlichen Interessen vor, deretwegen sich eine Abwägung *a priori* erübrigen hätte.

Aus dieser Gegenüberstellung folgt jedoch nicht ohne Weiteres, dass der Gesetzgeber seine Berücksichtigungspflicht verletzt hat. Vielmehr steht ihm ein weiter Gestaltungsspielraum zu.<sup>162</sup> Aus den Gesetzgebungsmaterialien geht indes nicht hervor, dass es überhaupt zu einer ernsthaften Abwägung zwischen dem Tierwohl und den Interessen der Landwirte gekommen ist. Vielmehr konzentriert sich die Begründung einseitig auf die Kosten einer Umstellung auf die Kastration unter Betäubung.<sup>163</sup> Zwar lässt sich einwenden, dass dies nicht zwangsläufig bedeutet, dass der Gesetzgeber die negativen Folgen für das Tierwohl nicht gesehen hat. Jedoch übersieht dieser Einwand, dass die Berücksichtigungspflicht verlangt, dass sich die Abwägung auch tatsächlich in der gesetzgeberischen Begründung niederschlägt.<sup>164</sup> Da dies nicht der Fall ist, ist die gesetzgeberische Berücksichtigungspflicht verletzt.

#### bb) Verkennung des ethischen Schutzminimums

Darüber hinaus könnte das ethische Schutzminimum verletzt worden sein. Dieses gewährleistet, dass keinem Tier ohne vernünftigen Grund Schmerzen zugefügt werden dürfen.<sup>165</sup> Maßgeblich ist somit, ob im Jahr 2018 ein vernünftiger Grund für die Fortsetzung der betäubungslosen Kastration vorlag.

<sup>160</sup> *BayVGH*, Beschl. v. 7.1.2013 – 9 ZB 11.2455, Rn. 10 (juris).

<sup>161</sup> *Peters/Arnold* (Fn. 26), S. 39.

<sup>162</sup> Siehe **B. I. 2.**

<sup>163</sup> BT-Drucks. 19/5522, S. 4, 6.

<sup>164</sup> *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Fn. 27), Art. 20a Rn. 73; *Murswiek*, in: Sachs (Fn. 15), Art. 20a Rn. 76.

<sup>165</sup> Siehe **B. I. 2.**

Dies ist im Wege einer umfassenden Güterabwägung zu ermitteln.<sup>166</sup> Neben dem bereits hervorgehobenen verfassungsrechtlichen Wert des Tierschutzes ist hierbei zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber bereits bei der Änderung des TierSchG im Jahr 2013 ausdrücklich darauf verwiesen hatte, dass in Anbetracht der alternativen Behandlungsmethoden kein vernünftiger Grund mehr für die betäubungslose Kastration bestehe.<sup>167</sup> Hinzu kommt, dass sich die Kosten der Alternativverfahren nach 2013 günstiger als vom damaligen Gesetzgeber erwartet entwickelt haben.<sup>168</sup>

Diesen Erwägungen steht insbesondere das wirtschaftliche Interesse der Landwirte gegenüber, durch die drohenden Zusatzkosten keinen Nachteil im internationalen Wettbewerb zu erleiden.<sup>169</sup> Gegen ein Überwiegen dieses Interesses spricht neben den niedriger als noch 2013 angenommenen Kosten jedoch, dass das *BVerfG* in seiner Legehennen I-Entscheidung den Grundsatz aufgestellt hat, dass wirtschaftliche Überlegungen allein keinen vernünftigen Grund im tierschutzrechtlichen Sinne darstellen können, sodass weitere Gründe für die Rechtfertigung tierischen Leidens hinzukommen müssten.<sup>170</sup> Derartige andere Gründe für das Festhalten an der betäubungslosen Ferkelkastration sind jedoch nicht ersichtlich. In Betracht käme hier höchstens der Einwand, dass bei einer durch zusätzliche Kosten verursachten Abwanderung der Fleischproduktion ins Ausland dort unter Umständen mit einem noch niedrigeren Tierschutzniveau zu rechnen wäre. Jedoch erscheint ein solches Szenario angesichts der Bereitschaft der deutschen Verbraucher, etwaige Mehrkosten in der Erzeugung durch höhere Preise zu tragen, nicht als derart wahrscheinlich, dass es eine Fortsetzung der bisherigen Praxis rechtfertigen könnte.

Somit ist festzuhalten, dass bereits 2013 kein vernünftiger Grund mehr für die betäubungslose Ferkelkastration bestand. Seitdem haben sich die Umstände dahingehend verschoben, dass der Eingriff angesichts etablierter Alternativverfahren noch weniger erforderlich ist. Zuletzt fehlt abseits wirtschaftlicher Überlegungen ein zwingender Grund für ein Festhalten an der bisherigen Praxis. Mithin hat der Gesetzgeber zugelassen, dass Tiere ohne einen vernünftigen Grund Schmerzen erleiden, und hat somit das ethische

---

<sup>166</sup> *Maisack*, Zum Begriff des vernünftigen Grundes im Tierschutzrecht, 2007, S. 52.

<sup>167</sup> BT-Drucks. 17/10572, S. 24.

<sup>168</sup> BT-Drucks. 18/10689, S. 16.

<sup>169</sup> BT-Drucks. 19/5522, S. 4.

<sup>170</sup> *BVerfG*, Urt. v. 6.7.1999 – 2 BvF 3/90, Rn. 140 (juris).

Schutzminimum verletzt. § 21 Abs. 1 S. 1 TierSchG n. F. ist mithin als verfassungswidrig einzustufen.

### 3. Tiertransporte in Drittländer

In der Verwaltungspraxis häufen sich in den letzten Jahren Fälle, in denen Veterinärbehörden unter Verweis auf zu befürchtende Tierschutzverstöße Transporte in Drittländer stoppen. Anhand eines dieser Fälle, der schließlich zu einer Entscheidung des *OVG Nordrhein-Westfalen* führte<sup>171</sup>, soll im Folgenden untersucht werden, inwieweit die Verwaltungspraxis beim Transport von Tieren in Drittländer dem Staatsziel Tierschutz gerecht wird.

#### a) Sachverhalt

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Eine Veterinärbehörde hatte einem Rinderzüchter den Transport von Rindern nach Marokko auf Grundlage von § 16a Abs. 1 S. 1 Var. 2, S. 2 Nr. 1 TierSchG untersagt. Zur Begründung hatte die Behörde ausgeführt, dass sie aufgrund der ihr vorliegenden Erkenntnisse davon überzeugt sei, dass die Rinder in Marokko entweder unmittelbar nach ihrer Ankunft unter Verstoß gegen § 1 S. 2 TierSchG geschlachtet oder aber unter Verstoß gegen § 2 Nr. 2 TierSchG gehalten würden.<sup>172</sup> Der Züchter wandte sich daraufhin im einstweiligen Rechtsschutz an das *OVG*. Das *Gericht* gab dem Züchter Recht. Es sei nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit feststellbar, dass die befürchteten Tierschutzverletzungen tatsächlich eintreten würden.<sup>173</sup> Ferner sei zweifelhaft, ob der Züchter für etwaige Tierschutzverletzungen in Marokko überhaupt verantwortlich sei.<sup>174</sup> Zuletzt überwogen in einer allgemeinen Interessenabwägung die Grundrechte des Züchters aus Artt. 12, 14 GG die Belange des Tierschutzes.<sup>175</sup>

#### b) Rechtliche Würdigung

Fraglich ist, ob die Entscheidung des *OVG Nordrhein-Westfalen* einer rechtlichen Überprüfung in Hinblick auf Art. 20a GG standhält.

##### aa) Verknennung von Art. 20a GG in der Auslegung

Zunächst stellt sich die Frage, ob die durch das *OVG* vorgenommene Auslegung des TierSchG mit Art. 20a GG vereinbar ist. Der Überprüfung bedarf primär die

<sup>171</sup> *OVG Nordrhein-Westfalen*, Beschl. v. 10.12.2020 – 20 B 1958/20.

<sup>172</sup> *Ebd.*, Rn. 4 (juris).

<sup>173</sup> *Ebd.*, Rn. 11 f. (juris).

<sup>174</sup> *Ebd.*, Rn. 9 (juris).

<sup>175</sup> *Ebd.*, Rn. 13 (juris).

Annahme der Richter, dass zweifelhaft sei, ob der Exporteur für Tierschutzverletzungen in Marokko verantwortlich ist.<sup>176</sup> Diese überzeugt nicht. Zwar ist grundsätzlich derjenige verantwortlich, der die Rechtsverletzung selbst begeht.<sup>177</sup> Indes schließt dies – im Einklang mit der Figur des Zweckveranlassers im allgemeinen Gefahrenabwehrrecht<sup>178</sup> – nicht aus, dass Maßnahmen auch gegen denjenigen getroffen werden können, der Tiere an eine Person gibt, von der ein tierschutzrechtlicher Verstoß mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist.<sup>179</sup> Dies gilt auch für den Transport von Tieren ins Ausland, ungeachtet dessen, ob das zu befürchtende Verhalten nach dortigem Recht zulässig ist oder nicht.<sup>180</sup> Denn § 16a Abs. 1 S. 1 Var. 2 TierSchG bezweckt gerade die Verhinderung von künftigen Tierschutzverstößen, nicht deren Sanktionierung. Eine solche Auslegung ist auch durch Art. 20a GG geboten. Denn dieser verpflichtet den Staat dazu, nach Möglichkeiten bereits präventiv einzuschreiten, sobald eine künftige Tierwohlverletzung zu befürchten ist.<sup>181</sup> Dies muss gerade auch bei grenzüberschreitenden Sachverhalten möglich sein.<sup>182</sup>

An diese Frage der Verantwortlichkeit schließt sich das Problem der erforderlichen Wahrscheinlichkeit einer Tierschädigung an. Das *Gericht* verlangte hier eine konkrete Gefahr. Erforderlich sei darum, dass im konkreten Fall in überschaubarer Zeit mit hinreichender Wahrscheinlichkeit mit dem Schadenseintritt gerechnet werden könne.<sup>183</sup> Eine solche Gefahr liege jedoch nicht vor, weil lediglich allgemeine Informationen über Tierschutzverletzungen in Marokko vorgebracht worden seien. Was mit den in Rede stehenden Rindern geschehen werde, sei hingegen mit Ausnahme ihrer in ungewisser Zukunft zu erwartenden Schlachtung nicht sicher.<sup>184</sup>

Bei der Beurteilung dieser Einschätzung ist zu berücksichtigen, dass die Gefahrenprognose im Rahmen von § 16a Abs. 1 TierSchG mit Rücksicht auf den Wert des beeinträchtigten Rechtsguts und der Schwere der Verletzung vorzunehmen ist.<sup>185</sup> Angesichts des Werts von Art. 20a GG und der Schwere

<sup>176</sup> *OVG Nordrhein-Westfalen*, Beschl. v. 10.12.2020 – 20 B 1958/20, Rn. 9 (juris).

<sup>177</sup> *Hirt/Maisack/Moritz* (Fn. 26), § 16a Rn. 3.

<sup>178</sup> Siehe *Götz/Geis*, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 17. Aufl. 2022, § 13 Rn. 18 ff.

<sup>179</sup> *NdsOVG*, Beschl. v. 15.10.2012 – 11 ME 234/12, Rn. 13 (juris).

<sup>180</sup> *VG Köln*, Beschl. v. 18.11.2020 – 21 L 2135/20, Rn. 45 (juris).

<sup>181</sup> *Kloepfer*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz (Fn. 47), Art. 20a Rn. 72.

<sup>182</sup> *VG Köln*, Beschl. v. 10.12.2020 – 21 L 2339/20, Rn. 26 (juris).

<sup>183</sup> *OVG Nordrhein-Westfalen*, Beschl. v. 10.12.2020 – 20 B 1958/20, Rn. 8 (juris).

<sup>184</sup> *Ebd.*, Rn. 12 (juris).

<sup>185</sup> *Lorz/Metzger* (Fn. 53), § 16a Rn. 6.



einer durch z. B. eine unsachgemäße Schächtung drohenden Beeinträchtigung des Tierwohls sind die Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit darum deutlich gesenkt. Vor diesem Hintergrund ist gegen die Prognose des *OVG* einzuwenden, dass aus einer Vielzahl von dokumentierten Fällen hervorgeht, dass die überwiegende Zahl der nach Marokko exportierten Rinder dort unter mit dem Tierwohl nicht zu vereinbarenden Bedingungen gehalten und anschließend unter Verletzung tierschutzrechtlicher Standards geschlachtet wird.<sup>186</sup> Somit sprach vieles dafür, dass die tierschutzwidrige Behandlung der Tiere in Marokko wahrscheinlicher war als das Gegenteil. Dies gilt umso mehr, als dass das *Gericht* annahm, dass ihre Schlachtung gewiss sei. Das *Gericht* ging somit mit anderen Worten vom sicheren Eintritt eines Ereignisses aus, welches mit hoher Wahrscheinlichkeit eine Verletzung des TierSchG darstellen würde. Die Annahme einer konkreten Gefahr lag somit nahe. Jedenfalls aber war die Gefahrenprognose zumindest offen. Dies verkannte das *OVG*, indem es die Ausstrahlungswirkung von Art. 20a GG auf den Gefahrenbegriff unzureichend berücksichtigte.

bb) Verknennung von Art. 20a GG in der Abwägung

Ebenfalls kritikwürdig ist die vorgenommene Interessenabwägung. Hier hätte die unsichere Gefahrenprognose durch eine umfassende Folgenabwägung ausgeglichen werden müssen.<sup>187</sup> Dafür hätte das *Gericht* die Folgen der Aussetzung der Vollziehung bei Rechtmäßigkeit der Anordnung unter Berücksichtigung etwaiger irreversibler Konsequenzen mit dem gegenteiligen Fall abwägen müssen.<sup>188</sup> Hierzu hatte das *VG Köln* in der Vorinstanz ausgeführt, dass durch die zu befürchtende Schlachtung ein irreparabler Eingriff in Art. 20a GG drohe.<sup>189</sup> Demgegenüber betonte das *OVG*, dass dem Züchter durch die Aufrechterhaltung der Anordnung irreparable Schäden drohten, da er gegen vertragliche Pflichten verstieße und hierdurch seine Position auf dem marokkanischen Markt verschlechtert würde.<sup>190</sup>

Diese Argumentation überzeugt nicht. Wirtschaftliche Überlegungen allein können – wie bereits festgestellt – laut *BVerfG* keinen vernünftigen

<sup>186</sup> *Felde*, Vorlaufatteste für Tiertransporte zu einer Sammelstelle, NVwZ 2019, 534 (535 f.); *Guretzki*, „Kuh-Tourismus“ auf Abwegen: Die Ausfuhr lebender Tiere aus der EU in Drittstaaten und die Möglichkeiten, diese aus Gründen ihres Schutzes einzuschränken, EuZW 2021, 1026 (1028).

<sup>187</sup> Vgl. *Gersdorf*, in: BeckOK-VwGO, Ed. 60, Stand: 1.1.2022, § 80 Rn. 190.

<sup>188</sup> Vgl. *Buchbeister*, in: Wysk, 3. Aufl. 2020, § 80 Rn. 51; *Schenke*, Verwaltungsprozessrecht, 17. Aufl. 2021, Rn. 1002.

<sup>189</sup> *VG Köln*, Beschl. v. 10.12.2020 – 21 L 2339/20, Rn. 52 (juris).

<sup>190</sup> *OVG Nordrhein-Westfalen*, Beschl. v. 10.12.2020 – 20 B 1958/20, Rn. 13 (juris).

Rechtfertigungsgrund für tierisches Leiden darstellen.<sup>191</sup> Da durch die Schlachtung unter erheblichen Schmerzen gerade dieser Kernbereich von Art. 20a GG bedroht war, hätte das *OVG* weitergehende Überlegungen anstellen müssen, warum der Ausfuhrstopp dem Exporteur nicht zuzumuten gewesen sein sollte. Indem es stattdessen einseitig auf seine wirtschaftlichen Interessen abstellte, verkannte es die Bedeutung von Art. 20a GG. Dieser hätte es entsprochen, die Anordnung aufrecht zu erhalten, bis die tatsächliche Gefahrenlage im Hauptsacheverfahren hätte geklärt werden können.

Die Entscheidung des *OVG Nordrhein-Westfalen* offenbart wie ähnliche Urteile anderer Oberverwaltungsgerichte<sup>192</sup> ein strukturelles Defizit bei Tiertransporten in Drittländer: Veterinärämter, die ihren Schutzauftrag aus Art. 20a GG wahrnehmen, indem sie Tierwohlgefährdungen im Ausland zu verhindern versuchen, werden durch die Gerichte unter Verweis auf wirtschaftliche Sachzwänge hieran gehindert.<sup>193</sup>

Insgesamt verdeutlichen die angeführten Beispiele, dass weiterhin erhebliche Defizite bei der Umsetzung von Art. 20a GG bestehen. Gerade die Ausstrahlung der Norm auf das einfache Recht und der hohe verfassungsrechtliche Wert des Tierschutzes werden häufig nur unzureichend berücksichtigt. Dies verhindert die durch das Staatsziel gebotene Neuausrichtung des Tierschutzrechts und führt zu einem Widerspruch zwischen dem verfassungsrechtlichen Wert des Tierschutzes einerseits und der deutschen Staatspraxis andererseits.

#### D. Schluss

Zum Abschluss der Untersuchung ist festzuhalten, dass die Aufnahme des Tierschutzes in Art. 20a GG zu einer deutlichen Aufwertung des rechtlichen Tierschutzniveaus in Deutschland geführt hat. Der Staat ist nunmehr durch das Staatsziel im Sinne eines umfassenden Optimierungsgebotes zur stetigen Ausgestaltung eines bestmöglichen Schutzniveaus verpflichtet. Hierbei kommt ihm zwar ein weiter Gestaltungsspielraum zu, indes ist mit dem ethischen Schutzminimum der Kernbereich des Tierschutzrechts seiner Disposition entzogen.

Ferner ermöglicht das Verfassungsgut Tierschutz den Eingriff in schrankenlose Grundrechte und stellt das TierSchG somit auf eine sichere verfassungsrechtliche Grundlage. Zuletzt verpflichtet die Ausstrahlungswirkung

---

<sup>191</sup> Siehe **C. II. 2. b) bb)**.

<sup>192</sup> Siehe *NdsOVG*, Beschl. v. 26.5.2021 – 11 ME 117/21.

<sup>193</sup> *Felde/Gregori/Maisack* (Fn. 4), S. 87.

von Art. 20a GG den Rechtsanwender dazu, die Belange des Tierschutzes sowohl bei der Auslegung des einfachen Rechts als auch bei Abwägungsentscheidungen angemessen zu berücksichtigen. In der Theorie bietet Art. 20a GG somit eine gute Basis für eine effektive Durchsetzung von Tierwohlbelangen innerhalb der gesamten Rechtsordnung.

Dieser theoretischen Grundlage steht eine Staatspraxis gegenüber, in der einerseits gerade die Rechtsprechung aus Art. 20a GG wichtige Impulse für eine Verbesserung von Tierwohlstandards gezogen hat. Demgegenüber ist der Gesetzgeber seinem grundgesetzlichen Handlungsauftrag bisher in großen Teilen nicht gerecht geworden. Und auch aus der Rechtsprechung liegen prominente Beispiele vor, in denen die Gerichte Art. 20a GG nur unzureichend berücksichtigt haben und hierdurch eine effektive Durchsetzung des Staatsziels durch die Verwaltung verhindert haben. Insoweit konnte folglich die eingangs aufgestellte These belegt werden, dass die deutsche Staatspraxis der vergangenen 20 Jahre dem grundgesetzlichen Handlungsauftrag lediglich teilweise gerecht geworden ist.

Angesichts dieser Diskrepanz zwischen Theorie und Praxis stellt sich die Frage, durch welche Instrumente Art. 20a GG zu einer effektiveren Durchsetzung verholfen werden könnte. Hierzu könnte etwa die Stärkung der prozessualen Situation von dem Tierwohl verschriebenen Interessengruppen einen Beitrag leisten. Daher bedürfen insbesondere die seit geraumer Zeit erhobenen Forderungen nach der Schaffung eines Verbandsklagerechts für Tierschutzorganisationen einer näheren Befassung durch den Gesetzgeber.<sup>194</sup>

---

<sup>194</sup> Siehe *Groß*, Die Rechtsdurchsetzung von Tierbelangen insbesondere durch tierschutzrechtliche Verbandsklagen, 2018; *Ley*, Das Instrument der Tierschutz-Verbandsklage – Hintergründe, theoretische Grundlagen und praktische Umsetzung, 2018; *Han*, Die Verbandsklage im Tierschutzrecht, 2021.

**Annika Beisel\***

## **Rechtsprobleme gestufter und gemischter Entscheidungen im Europäischen Verwaltungsrecht**

### **Abstract**

Der Beitrag untersucht gestufte und gemischte Verwaltungsentscheidungen als Kooperationsform zwischen den mitgliedstaatlichen und den unionalen Verwaltungen im europäischen Verwaltungsverbund. Es werden die mit dieser Sonderform von Entscheidungen einhergehenden Rechtsprobleme bezüglich der Verfahrensrechte des Einzelnen und des Individualrechtsschutzes aufgezeigt. Anschließend werden die bisherigen Lösungen anhand der Rechtsprechung der europäischen Gerichtsbarkeit vorgestellt und schließlich der Reformbedarf und die Reformperspektiven erörtert.

---

\* Die Verfasserin hat Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg studiert und arbeitete während des Studiums als studentische Hilfskraft am Institut für deutsches und europäisches Verwaltungsrecht. Zurzeit absolviert sie ihr Referendariat am *Landgericht Heidelberg*. Der Beitrag beruht auf einer Studienarbeit, die von Prof. Dr. Dr. h.c. Wolfgang Kahl, M.A. im Wintersemester 2019/20 in der Vorlesung Europäisches Verwaltungsrecht gestellt wurde. Der Beitrag wurde redaktionell betreut von ref. iur. Fabienne Schlachter.

## A. Einleitung

Der Vollzug des europäischen Verwaltungsrechts hat sich in den letzten Jahren stark von der strikten Trennung zwischen dem direkten, unionseigenen und dem indirekten, mitgliedstaatlichen Vollzug entfernt und sich hin zu einer verstärkten ebenenübergreifenden Kooperation der Verwaltungsträger gewandelt, sodass man von einem *Europäischen Verwaltungsverbund*<sup>1</sup> oder von Verwaltungskooperationsrecht sprechen kann.<sup>2</sup> Dabei haben sich besondere Kooperationsformen beim Vollzug von Unionsrecht herausgebildet, zu denen im vertikalen Verhältnis zwischen nationalen Behörden und Unionsorganen auch sogenannte „gestufte“ und „gemischte“ Verfahren zählen, die den „wichtigsten Typus europäischer Verwaltungszusammenarbeit“<sup>3</sup> bilden.<sup>4</sup> Während ebenenübergreifende Verwaltungskooperation zum effektiven und einheitlichen Vollzug des Unionsrechts beitragen kann,<sup>5</sup> bergen gestufte und gemischte Verwaltungsentscheidungen wegen der Verflechtung der Entscheidungszuständigkeiten der beteiligten Akteure aber auch Risiken für die Verfahrensrechte sowie den effektiven Rechtsschutz Einzelner.<sup>6</sup> Im Folgenden sollen die damit verbundenen Rechtsprobleme erläutert und die bisherigen

---

<sup>1</sup> Begriffsprägend *Schmidt-Aßmann*, Einleitung: Der Europäische Verwaltungsverbund und die Rolle des Europäischen Verwaltungsrechts, in: ders./Schöndorf-Haubold, Der europäische Verwaltungsverbund, Formen und Verfahren der Verwaltungszusammenarbeit in der EU, 2005, S. 1 ff.; siehe auch *Weiß*, Der Europäische Verwaltungsverbund, 2010. Für eine Typologisierung der verschiedenen Verbundtypen siehe *Kabl*, Europäische Behördenkooperation – Typen und Formen von Verbundsystemen und Netzwerkstrukturen, in: Holoubek/Lang, Verfahren der Zusammenarbeit von Verwaltungsbehörden in Europa, 2012, S. 15 (23 ff.).

<sup>2</sup> Dazu *v. Arnould*, Zum Status quo des europäischen Verwaltungsrechts, in: Terhechte, Verwaltungsrecht der Europäischen Union, 2. Aufl. 2022, § 2 Rn. 11; *Fuchs*, Allgemeine Grundsätze eines europäischen Verfahrens der Verwaltungskooperation, in: Holoubek/Lang (Fn. 1), S. 361 (363 f.); *Ruffert*, in: Callies/ders., EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 197 AEUV Rn. 12.

<sup>3</sup> *Schmidt-Aßmann*, Strukturen Europäischer Verwaltung und die Rolle des Europäischen Verwaltungsrechts, in: FS Häberle, 2004, S. 395 (399).

<sup>4</sup> *Schuster*, Das Kohärenzprinzip in der Europäischen Union, 2017, S. 128; *Stelkens*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, EuR Rn. 191 f.

<sup>5</sup> Dazu *Kabl*, Der Europäische Verwaltungsverbund: Strukturen – Typen – Phänomene, Der Staat 50 (2011), 353 (357); *Weiß*, Schnittstellenprobleme des europäischen Mehrebenenverwaltungsrechts, Die Verwaltung 38 (2005), 517 (529 f.).

<sup>6</sup> *Gundel*, Justiz- und Verfahrensrechte, in: Ehlers, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Aufl. 2014, § 27 Rn. 59; *Nowak*, Europäisches Kooperationsverwaltungsrecht, in: Leible/Terhechte, Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht, Enzyklopädie Europarecht III, 2. Aufl. 2021, § 40 Rn. 50, 53, 55; *Holoubek*, in: ders./Lang (Fn. 1), S. 349 (358 f.).

Lösungsansätze dargestellt werden; anschließend soll erörtert werden, inwiefern Reformbedarf besteht.

## B. Begriffsbestimmung und Anwendungsbereich

### I. Begriff der gestuften und gemischten Entscheidungen

Gestufte bzw. „mehrstufige“<sup>7</sup> Entscheidungen ergehen in vertikal gestuften Verfahren zwischen nationalen Behörden und der Europäischen Kommission.<sup>8</sup> Auf der ersten Stufe steht dabei die Verfahrenseinleitung auf nationaler Ebene, was häufig durch die Antragstellung des Bürgers bei der „ausführenden“ mitgliedstaatlichen Behörde erfolgt.<sup>9</sup> Auf der zweiten Stufe wird das Verfahren an die EU-Kommission weitergeleitet, welche im Hintergrund gemäß sekundärrechtlichen Bestimmungen die verbindliche Entscheidung trifft.<sup>10</sup> Erst durch diesen an den Mitgliedstaat adressierten Beschluss der Kommission nach Art. 288 Abs. 4 AEUV kann dann wiederum auf der nationalen Ebene die nationale Behörde rechtmäßig tätig werden, indem sie z. B. die Entscheidung gegenüber dem Antragsteller ohne eigenen Entscheidungsspielraum umsetzt und so das Verfahren beendet.<sup>11</sup>

„Gemischte“<sup>12</sup> Entscheidungen bzw. Entscheidungen in „mehrstufige[n]“<sup>13</sup> Verwaltungsverfahren mit „gemischten“<sup>14</sup> Entscheidungszuständigkeiten<sup>15</sup> liegen vor, wenn im Verfahren sowohl auf unionaler als auch auf nationaler Ebene jeweils eine Entscheidung in eigener Verantwortung getroffen wird.<sup>14</sup> Gemischte Entscheidungen sind als Sonderfall der gestuften Entscheidungen einzuordnen.<sup>15</sup>

<sup>7</sup> So die Bezeichnung bei *Hofmann*, Rechtsschutz und Haftung im Europäischen Verwaltungsverbund, 2004, S. 152.

<sup>8</sup> *Kabl*, Lücken und Ineffektivitäten im Europäischen Verfahrensverbund am Beispiel des Rechts auf Anhörung, DVBl. 2012, 602 (603); näher zum Begriff des gestuften Verfahrens: *Winter*, Kompetenzverteilung und Legitimation in der Europäischen Mehrebenenverwaltung, EuR 2005, 255 (258).

<sup>9</sup> *Gundel*, Verwaltung, in: Schulze/Jansen/Kadelbach, Europarecht, 4. Aufl. 2020, § 3 Rn. 138; *Kabl* (Fn. 8), S. 603; *Nehl*, Europäisches Verwaltungsverfahren und Gemeinschaftsverfassung, 2002, S. 43.

<sup>10</sup> *Gundel* (Fn. 9), § 3 Rn. 138; *Kabl* (Fn. 8), S. 603; *Nehl* (Fn. 9), S. 43.

<sup>11</sup> *Nehl* (Fn. 9), S. 43; *Nöbmer*, Das Recht auf Anhörung im europäischen Verwaltungsverfahren, 2013, S. 293; *Schuster* (Fn. 4), S. 128.

<sup>12</sup> So die Bezeichnung bei *Gundel* (Fn. 6), § 27 Rn. 67.

<sup>13</sup> *Nehl* (Fn. 9), S. 79.

<sup>14</sup> *Gundel* (Fn. 6), § 27 Rn. 67.

<sup>15</sup> Vgl. die Klassifizierung bei *Nehl* (Fn. 9), S. 75, 79.

## II. Anwendungsbereiche gestufter und gemischter Entscheidungen

Gestufte und gemischte Verfahren sind in zahlreichen Bereichen des EU-Sekundärrechts anzutreffen.<sup>16</sup> Im Folgenden dienen das europäische Zollverwaltungsrecht sowie das europäische Beihilfenrecht als Referenzgebiete.

Im EU-Zollrecht treten gestufte Entscheidungen beim Verfahren zur Erstattung oder zum Erlass von Abgabenbeträgen auf Grundlage von Art. 116 Abs. 3 Unionszollkodex (UZK)<sup>17</sup> auf.<sup>18</sup> Wie aus Art. 116 UZK hervorgeht, sind dabei grundsätzlich die mitgliedstaatlichen Zollbehörden zur Entgegennahme und Entscheidung über Anträge des Betroffenen zuständig.<sup>19</sup> Nur in bestimmten, in Art. 116 Abs. 3 UZK näher ausgestalteten Fallgruppen müssen die Behörden das Verfahren an die Kommission überleiten.<sup>20</sup> Diese erlässt dann eine verbindliche Entscheidung, zu deren Umsetzung die nationalen Zollbehörden gegenüber dem Antragsteller verpflichtet sind.<sup>21</sup>

Ein weiteres Beispiel für gestufte Verwaltungsverfahren ist die Verwaltung von Unionsbeihilfen, wie die des EU-Sozialfonds gemäß Art. 162 AEUV oder die des Europäischen Fonds für regionale Entwicklung gemäß Art. 176 AEUV.<sup>22</sup> Die Finanzierung und Mittelverteilung erfolgt nach der Verordnung (EU) Nr. 1303/2013 in einem komplexen mehrstufigen Verfahren.<sup>23</sup> Die Zuständigkeit für die laufende Verwaltung, die Gewährung der Mittel und die Überwachung der Mittelverwendung im Rahmen der Finanzprogramme liegt dabei bei den

---

<sup>16</sup> Für einen Überblick zu den Erscheinungsformen gestufter Verwaltungsverfahren siehe *Nehl* (Fn. 9), S. 39 ff.

<sup>17</sup> Verordnung (EU) Nr. 952/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 9.10.2013, ABl. L 269/1.

<sup>18</sup> *Gundel* (Fn. 9), § 3 Rn. 139; *Saurer*, Der Einzelne im europäischen Verwaltungsrecht: Die institutionelle Ausdifferenzierung der Verwaltungsorganisation der Europäischen Union in individueller Perspektive, 2014, S. 260.

<sup>19</sup> *Gundel* (Fn. 6), § 27 Rn. 60; *Kahl* (Fn. 5), S. 368; *Schuster* (Fn. 4), S. 128 f.

<sup>20</sup> Zu den einzelnen Fallgruppen siehe *Alexander*, in: Witte, Zollkodex der Union (UZK), 8. Aufl. 2022, Art. 116 UZK Rn. 32.

<sup>21</sup> *Gundel* (Fn. 6), § 27 Rn. 60; *Kahl* (Fn. 8), S. 603.

<sup>22</sup> *Gundel* (Fn. 6), § 27 Rn. 61; *Kingreen*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union I: EUV/AEUV, 76. EL Mai 2022, Art. 163 AEUV Rn. 2; ausführlich *Nöhmer* (Fn. 11), S. 193 ff.; dazu berichtend *Eckes/Mendes*, The right to be heard in composite administrative procedures: lost in between protection?, ELR 36 (2011), 651 (653, 655 ff.).

<sup>23</sup> Siehe zu dem Verfahrensablauf: *Epiney/Bieber*, in: Bieber/Epiney/Haag/Kotzur, Die Europäische Union, Europarecht und Politik, 14. Aufl. 2021, § 30 Rn. 14.

mitgliedstaatlichen Behörden.<sup>24</sup> Die verbindliche Entscheidung über die Auszahlung oder die Kürzung von Fördermitteln wird aber von der Kommission getroffen.<sup>25</sup>

Im Bereich der Unionsbeihilfen sind auch gemischte Entscheidungen anzutreffen, insbesondere bei der Verwaltung von Gemeinschaftsfonds.<sup>26</sup>

Auch das Beihilfenaufsichtsverfahren bei der Vergabe nationaler Beihilfen gemäß Art. 108 Abs. 2 und 3 AEUV i. V. m. Art. 2 ff. bzw. Art. 12 ff. BVVO<sup>27</sup> ist als mehrstufiges Verwaltungsverfahren zu klassifizieren, da der gemäß Art. 31 Abs. 2 BVVO an den Mitgliedstaat adressierte (Un-)Vereinbarkeitsbeschluss (Art. 9 BVVO) der Kommission Präjudizwirkung für die Entscheidung der nationalen Behörde gegenüber dem Antragsteller entfaltet.<sup>28</sup> Die mitgliedstaatliche Behörde vollzieht den Kommissionsbeschluss nur gegenüber dem Einzelnen durch Auszahlung oder Rückforderung der rechtswidrigen Beihilfe.<sup>29</sup>

### C. Rechtliche Probleme gestufter und gemischter Entscheidungen

Gestufte Verfahren bringen zwar den Vorteil mit sich, dass sich das EU-Organ auf die Entscheidung einzelner problematischer oder besonders wichtiger Fälle fokussieren kann, während sich die mitgliedstaatlichen Behörden mit der Masse an „normalen“ Fällen befassen.<sup>30</sup> So wird zum einen durch die verbindliche Letztentscheidungsbefugnis auf Unionsebene ein kohärenter Verwaltungsvollzug gesichert, indem unionsrechtswidrige Entscheidungen minimiert werden,<sup>31</sup> zum anderen aber auch im Einklang mit Art. 298 Abs. 1 Var. 2 AEUV die Effizienz und Funktionsfähigkeit der europäischen Verwaltung durch eine Entlastung der Unionsorgane gewährleistet.<sup>32</sup>

<sup>24</sup> Gündel (Fn. 6), § 27 Rn. 61 m. Fn. 202; Kahl (Fn. 8), S. 603; Nöbmer (Fn. 11), S. 193 ff.; Schöndorf-Haubold, Die Strukturfonds der Europäischen Gemeinschaft, Rechtsformen und Verfahren europäischer Verbundverwaltung, 2003, S. 123, 158.

<sup>25</sup> Gündel (Fn. 6), § 27 Rn. 61 m. w. N.; Kahl (Fn. 8), S. 603; Nöbmer (Fn. 11), S. 194.

<sup>26</sup> Gündel (Fn. 6), § 27 Rn. 67; Nebl (Fn. 9), S. 79 ff.

<sup>27</sup> Verordnung (EU) 2015/1589 des Rates v. 13.7.2015, ABl. L 248/9.

<sup>28</sup> Kahl (Fn. 5), S. 368 f.; Nebl (Fn. 9), S. 63 ff., insb. S. 65; Niedobitek, Europarecht, Grundlagen und Politiken der Union, 2. Aufl. 2020, § 8 Rn. 84; Röhl, Ausgewählte Verwaltungsverfahren, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts II, 2. Aufl. 2012, § 30 Rn. 51.

<sup>29</sup> Schmidt-Abmann (Fn. 3), S. 399.

<sup>30</sup> Gündel (Fn. 6), § 27 Rn. 61; Nöbmer (Fn. 11), S. 295; Schmidt-Abmann (Fn. 3), S. 399.

<sup>31</sup> Kahl (Fn. 5), S. 368; Schuster (Fn. 4), S. 129.

<sup>32</sup> Nöbmer (Fn. 11), S. 295.



Entscheidungen, die in gestuften und gemischten Verfahren zwischen Kommission und nationalen Behörden ergehen, können jedoch auch zu erheblichen rechtlichen Problemen für den Einzelnen führen. Im Folgenden werden daher ausgewählte Probleme, die sich im Hinblick auf die Rechte des Einzelnen im Verwaltungsverfahren sowie im Hinblick auf die Rechtsschutzmöglichkeiten des Einzelnen ergeben, dargestellt und erörtert.<sup>33</sup>

## I. Rechtsprobleme im Hinblick auf Individualrechte im Verwaltungsverfahren

### 1. Die Verfahrensgarantien des Art. 41 GRCh

Als Ausfluss des Wesens der EU als „Rechtsgemeinschaft“<sup>34</sup> und der Rechtsstaatlichkeit aus Art. 2 S. 1 EUV garantiert Art. 41 GRCh dem Einzelnen ein Recht auf eine gute Verwaltung (Abs. 1), das sich in Einzelausprägungen, wie u. a. dem Recht auf Anhörung (Abs. 2 lit. a), dem Recht auf Akteneinsicht (Abs. 2 lit. b) und dem Recht auf Entscheidungsbegründung (Abs. 2 lit. c) konkretisiert.<sup>35</sup> Diese Verfahrensgarantien waren schon vor Inkrafttreten der GRCh am 1.12.2009 durch die Rechtsprechung der Unionsgerichte als allgemeine Rechtsgrundsätze anerkannt.<sup>36</sup> Art. 41 Abs. 1 GRCh verpflichtet zwar explizit nur die Organe, Einrichtungen oder sonstigen Stellen der Union zur Einhaltung der Verfahrensrechte; als fortbestehende allgemeine Rechtsgrundsätze binden diese nach vorherrschender Ansicht aber auch die Mitgliedstaaten bei der Ausführung von Unionsrecht – trotz der fehlenden Grundrechtsverpflichtung in Art. 41 Abs. 1 GRCh.<sup>37</sup>

---

<sup>33</sup> Auf Haftungsfragen kann an dieser Stelle nicht näher eingegangen werden, siehe dazu aber *Frensz*, Handbuch Europarecht V: Wirkungen und Rechtsschutz, 2010, § 2 Rn. 1936 ff.; *Hofmann* (Fn. 7), S. 300 ff.; *ders.*, Rechtsschutz und Haftung im Europäischen Verwaltungsverbund, in: Schmidt-Aßmann/Schöndorf-Haubold (Fn. 1), S. 353 (376 ff.); *Shirvani*, Haftungsprobleme im Europäischen Verwaltungsverbund, EuR 2011, 619 (627 ff.).

<sup>34</sup> Siehe die Erläuterungen zur Charta der Grundrechte (2007/C 303/02) v. 14.12.2007, ABl. C 303/17, 28.

<sup>35</sup> *Streinz*, in: *ders.*, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 41 GRCh Rn. 8.

<sup>36</sup> Siehe die Erläuterungen zur Charta der Grundrechte (2007/C 303/02) v. 14.12.2007, ABl. Nr. C 303/17, 28 unter Hinweis auf *EuGH*, Urt. v. 31.3.1992, C-255/90 P, *Burban ./.* *Parlament* und *EuG*, Urt. v. 18.9.1995, T-167/94, *Nölle ./.* *Rat und Kommission* sowie Urt. v. 9.7.1999, T-231/97, *New Europe Consulting et al. ./.* *Kommission*. Dazu *Galetta/Grzeszick*, in: Stern/Sachs, GRCh, Art. 41 Rn. 8 f. m. w. N.; *Gundel* (Fn. 6), § 27 Rn. 3, 5; *Jarass*, GRCh, 4. Aufl. 2021, Art. 41 Rn. 1.

<sup>37</sup> So *Jarass* (Fn. 36), Art. 41 Rn. 10 f.; *Kabl* (Fn. 8), S. 602; *Magiera*, in: Meyer/Hölscheidt, GRCh, 5. Aufl. 2019, Art. 41 Rn. 9; *Ruffert*, in: Calliess/*ders.* (Fn. 2), Art. 41 GRCh Rn. 9.

Als „Verteidigungsrechte“<sup>38</sup> zählen das Recht auf Anhörung vor nachteiligen individuellen Maßnahmen und das Recht auf Akteneinsicht zu den wichtigsten Verfahrensgarantien.<sup>39</sup> Das Anhörungsrecht bzw. Recht auf rechtliches Gehör beinhaltet die Information des Betroffenen über Eröffnung und Gegenstand des Verwaltungsverfahrens und gibt ihm das Recht, eine Stellungnahme zu den von der Verwaltungsbehörde dargelegten Tatsachen abzugeben, die bei der Entscheidung der Verwaltung auch berücksichtigt werden muss.<sup>40</sup> Das Recht auf Einsicht in die Akten, welche die eigene Person betreffen, ist wiederum Grundvoraussetzung für die wirksame Gewährung rechtlichen Gehörs, da der Betroffene ohne Kenntnis der Tatsachenlage auch nicht effektiv dazu Stellung nehmen kann.<sup>41</sup> Auf diese Weise können die Interessen des Betroffenen im Verwaltungsverfahren berücksichtigt werden.<sup>42</sup>

Auch das Recht darauf, dass die Behörde ihre Entscheidung hinsichtlich der tragenden rechtlichen und tatsächlichen Aspekte begründet, fördert die Transparenz und dient der Möglichkeit einer späteren gerichtlichen Kontrolle des Verwaltungshandelns.<sup>43</sup> Den Verfahrensgarantien des Art. 41 GRCh kommt somit maßgebliche Bedeutung für den Rechtsschutz des Einzelnen und für die Richtigkeit der Verwaltungsentscheidung zu.<sup>44</sup>

## 2. Beeinträchtigung der Verfahrensrechte durch gestufte Entscheidungen

Die einzelnen Verfahrenspflichten des Art. 41 Abs. 2 GRCh müssen grundsätzlich nur von der Behörde beachtet werden, die im Außenverhältnis gegenüber dem Bürger auftritt.<sup>45</sup> Daher kann bei gestuften Entscheidungen die Verschiedenheit zwischen der nach außen zuständigen und der in der Sache

<sup>38</sup> *EuGH*, Urt. v. 18.10.1989, C-374/87, *Orkem ./.* *Kommission*, Rn. 32 f., Urt. v. 10.9.2013, C-383/13 PPU, *M.G. et al. ./.* *Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, Rn. 32; *EuG*, Urt. v. 25.3.2025, T-563/12, *Central Bank of Iran ./.* *Rat*, Rn. 92.

<sup>39</sup> *Kabl* (Fn. 8), S. 602; *Magjera*, in: Meyer/Hölscheidt (Fn. 37), Art. 41 Rn. 11, 13.

<sup>40</sup> *Magjera*, in: Meyer/Hölscheidt (Fn. 37), Art. 41 Rn. 12; *Ruffert*, in: Calliess/ders. (Fn. 2), Art. 41 GRCh Rn. 15.

<sup>41</sup> *Galetta/Grzeszick*, in: Stern/Sachs (Fn. 36), Art. 41 Rn. 72; *Voet van Vormizeele*, in: Schwarze u. a., *EU-Kommentar*, 4. Aufl. 2019, Art. 41 GRCh Rn. 9; *Shirvani*, *Verfahrensgrundrechte in mehrstufigen, das EU-Recht vollziehenden Verwaltungsverfahren – Dargestellt am Beispiel des Arzneimittelzulassungs- und Gentechnikrechts*, DVBl. 2011, 674 (676).

<sup>42</sup> *Bast*, *Rechtsschutz im europäischen Verwaltungsrecht*, in: Leible/Terhechte (Fn. 6), § 41 Rn. 10.

<sup>43</sup> *Galetta/Grzeszick*, in: Stern/Sachs (Fn. 36), Art. 41 Rn. 81; *Jarass* (Fn. 36), Art. 41 Rn. 30; *Magjera*, in: Meyer/Hölscheidt (Fn. 37), Art. 41 Rn. 15; *Shirvani* (Fn. 41), S. 677.

<sup>44</sup> *Bast* (Fn. 42), § 41 Rn. 10; *Nebl* (Fn. 9), S. 187.

<sup>45</sup> *Jarass*, *GRCh*, 3. Aufl. 2016, Art. 41 Rn. 14.

entscheidenden Behörde zu einer Beeinträchtigung der Verfahrensrechte führen.<sup>46</sup>

Insbesondere die Adressatenstellung ist in solchen Fällen problematisch, in denen der Einzelne in keinem direkten Rechtsverhältnis zur Kommission steht, da sich ihr Beschluss nur unmittelbar an die mitgliedstaatliche Behörde richtet.<sup>47</sup> Hiervon kann der Einzelne trotzdem unmittelbar betroffen sein, da den nationalen Behörden meist kein Entscheidungsspielraum zusteht, sondern sie den Kommissionsbeschluss nur als deren „verlängerter Arm“<sup>48</sup> gegenüber dem Einzelnen vollziehen.<sup>49</sup>

Es ist daher zu klären, in welcher Phase des Verfahrens und vor welcher Behörde der betroffene Einzelne seine Verfahrensrechte geltend machen kann.<sup>50</sup> Insbesondere hinsichtlich des Anhörungsrechts stellt sich bei mehrstufigen Verfahren mit verbindlicher Letztentscheidungsbefugnis der Kommission die Frage, ob der Einzelne vor der Kommissionsentscheidung durch diese selbst angehört werden muss, es also zu einer doppelten Anhörung kommt, oder ob auch die Anhörung auf erster Stufe durch die nationale Behörde dem Recht auf rechtliches Gehör gemäß Art. 41 Abs. 2 lit. a GRCh genügt. Entsprechende Unklarheiten bestehen auch hinsichtlich des Akteneinsichtsrechts.

Gestufte Entscheidungen werfen auch Fragen für die Reichweite der Begründungspflicht der Kommission auf. Denn das Begründungserfordernis ist einzelfallabhängig und kann je nachdem, wer als Adressat der Entscheidungsbegründung angesehen wird, aufgrund unterschiedlichen Kenntnisstands variieren.<sup>51</sup> So können an einen staatengerichteten Beschluss geringere Begründungsanforderungen zu stellen sein als an dieselbe Entscheidung, die gegenüber einem zuvor nicht am Verfahren beteiligten Einzelnen ergeht.<sup>52</sup>

---

<sup>46</sup> *Gundel* (Fn. 9), § 3 Rn. 140; *Kahl* (Fn. 8), S. 603.

<sup>47</sup> Z. B. die zollrechtliche Erlassentscheidung gemäß Art. 116 Abs. 3 UZK i. V. m. Art. 101 UZK-DelVO; dazu *Nöbmer* (Fn. 11), S. 296.

<sup>48</sup> *Schmidt-Aßmann* (Fn. 3), S. 399.

<sup>49</sup> Vgl. *ebd.*; *Nöbmer* (Fn. 11), S. 296.

<sup>50</sup> *Fehling*, Die Funktion von Verfahren im Unionsrecht, in: *Leible/Terhechte* (Fn. 6), § 3 Rn. 54; *Shirvani* (Fn. 41), S. 674; *Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (Fn. 4), EuR Rn. 203.

<sup>51</sup> *Galetta/Grzeszick*, in: *Stern/Sachs* (Fn. 36), Art. 41 Rn. 82; vgl. auch *Gellermann*, in: *Streinz* (Fn. 35), Art. 296 AEUV Rn. 13.

<sup>52</sup> So die Argumentation bei *EuGH*, Urt. v. 26.6.1986, C-203/85, *Nicolet Instrument* ././ *Hauptzollamt Frankfurt am Main-Flughafen*, Rn. 11.

### 3. Rechtsprechungsentwicklung im Bereich des Zollverfahrens

In der Unionsrechtsprechung wurden die Probleme gestufter Entscheidungen im Zollverfahren für die Verfahrensrechte des Einzelnen, insbesondere für das Anhörungsrecht, zwar erkannt, jedoch lange Zeit mit Verweis auf fehlende Regelungen im Sekundärrecht hingenommen.<sup>53</sup> Eine Rechtsprechungsänderung des *EuGH* von grundlegender Bedeutung erfolgte aber im Jahr 1991 im Fall *TU München*.<sup>54</sup> In diesem Urteil entschied der *EuGH*, dass das Anhörungsrecht in mehrstufigen Zollverfahren eine Möglichkeit des Betroffenen zur Stellungnahme vor der Kommission selbst erfordere, auch wenn das Sekundärrecht dies nicht vorsehe.<sup>55</sup> Bei seinem Urteil ließ sich der *Gerichtshof* von dem Gedanken leiten, dass der gerichtlich nur beschränkt kontrollierbare Beurteilungsspielraum der Kommission durch höhere Anforderungen an die Gewährung der Verfahrensgarantien kompensiert werden müsse, um so eine gerichtliche Kontrolle zu gewährleisten.<sup>56</sup>

Diese Rechtsprechung wurde in den folgenden Jahren bestätigt.<sup>57</sup> Eine „mittelbare“ Anhörung des Betroffenen über die nationalen Zollbehörden reicht demnach nicht aus, um dem Anhörungsrecht vor der Kommission gerecht zu werden.<sup>58</sup> Eine eigene Anhörung durch die Kommission wird dann als erforderlich erachtet, wenn die Kommission – wie im Fall *Kaufring*<sup>59</sup> – zum

<sup>53</sup> *EuGH*, Urt. v. 26.6.1986, C-203/85, *Nicolet Instrument ./.* Hauptzollamt Frankfurt am Main-Flughafen, Rn. 11, 15 ff., ebenso Urt. v. 8.3.1988, C-43/87, *Nicolet Instrument GmbH ./.* Hauptzollamt Frankfurt am Main-Flughafen, Rn. 13 f.; dazu *Gundel* (Fn. 6), § 27 Rn. 63; *Kabl* (Fn. 8), S. 603.

<sup>54</sup> *EuGH*, Urt. v. 21.11.1991, C-269/90, *Hauptzollamt München-Mitte ./.* Technische Universität München; dazu *Saurer* (Fn. 18), S. 261 ff.

<sup>55</sup> *EuGH*, Urt. v. 21.11.1991, C-269/90, *Hauptzollamt München-Mitte ./.* Technische Universität München, Rn. 25.

<sup>56</sup> *Ebd.*, Rn. 14; dazu *Gundel* (Fn. 6), § 27 Rn. 65; näher zu diesem Kompensationsgedanken: *Kabl*, Grundrechtsschutz durch Verfahren in Deutschland und in der EU, *VerwArch* 95 (2004), 1 (9 f.); *Nebl* (Fn. 9), S. 283; *Saurer* (Fn. 18), S. 261 f.

<sup>57</sup> Bzgl. Fischereilizenzen: *EuGH*, Urt. v. 29.6.1994, C-135/92, *Fiskano AB ./.* Kommission, Rn. 39; bzgl. Zollfragen: *EuG*, Urt. v. 9.11.1995, T-346/94, *France-Aviation ./.* Kommission, Rn. 33 f., Urt. v. 19.2.1998, T-42/96, *Eyckeler & Malt AG ./.* Kommission, Rn. 74 ff., 78, 84 f., Urt. v. 17.9.1998, T-50/96, *Primex Produkte Import-Export GmbH & Co. KG u. a. ./.* Kommission, Rn. 57 ff.

<sup>58</sup> *EuG*, Urt. v. 19.2.1998, T-42/96, *Eyckeler & Malt AG ./.* Kommission, Rn. 84 ff., insb. Rn. 86, Urt. v. 18.1.2000, T-290/97, *Mehibas Dordtselaan BV ./.* Kommission, Rn. 44 ff., insb. Rn. 46, Urt. v. 10.5.2001, T-186/97 u. a., *Kaufring AG u. a. ./.* Kommission, Rn. 160 f., dazu *Gundel* (Fn. 6), § 27 Rn. 64; *Saurer* (Fn. 18), S. 263; *Shirvani* (Fn. 41), S. 676.

<sup>59</sup> *EuG*, Urt. v. 10.5.2001, T-186/97 u. a., *Kaufring AG u. a. ./.* Kommission, Rn. 152, 155, 160.

Nachteil des Betroffenen eine von den mitgliedstaatlichen Behörden abweichende Sachverhaltswürdigung vornehmen will.<sup>60</sup> Sie ist außerdem notwendig, wenn die Kommission – wie im Fall *TU München*<sup>61</sup> – ihre Entscheidung maßgeblich auf einen Aspekt stützen will, zu dem vor der nationalen Behörde noch keine Stellungnahme des Antragstellers erfolgt ist.<sup>62</sup> Somit fordert die europäische Rechtsprechung vor dem Erlass gestufter Entscheidungen in Zollverfahren eine Anhörungsdoppelung.<sup>63</sup> Diese Erwägungen sind auch auf das Recht zur Akteneinsicht übertragbar.<sup>64</sup>

Im Bereich des EU-Zollrechts hat die Europäische Kommission die Rechtsprechung der europäischen Gerichte in Bezug auf die Anhörungsrechte mittlerweile sekundärrechtlich umgesetzt.<sup>65</sup> Der von der Kommissionsentscheidung Betroffene hat sowohl vor der nationalen Behörde (Art. 22 Abs. 6 UZK) als auch vor der Kommission (Art. 99 UZK-DeIVO<sup>66</sup>) ein Anhörungsrecht.<sup>67</sup> Zudem trifft die Kommission eine Begründungspflicht nach Art. 296 S. 2 AEUV, wenn sie den Antrag auf Erstattung oder Erlass ablehnt.<sup>68</sup> Im Zollverfahren wurden somit Rechtssicherheit und Rechtsklarheit geschaffen.

---

<sup>60</sup> *Gundel* (Fn. 9), § 3 Rn. 142; *Sydow*, Verwaltungskooperation in der Europäischen Union, Zur horizontalen und vertikalen Zusammenarbeit der europäischen Verwaltungen am Beispiel des Produktzulassungsrechts, 2004, S. 274.

<sup>61</sup> *EuGH*, Urt. v. 21.11.1991, C-269/90, *Hauptzollamt München-Mitte* ./ *Technische Universität München*, Rn. 25.

<sup>62</sup> *Gundel* (Fn. 6), § 27 Rn. 64; ebenso *Classen*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Fn. 22), Art. 197 AEUV Rn. 71

<sup>63</sup> Dazu *Sydow* (Fn. 60), S. 275; *ders.*, Europäisierte Verwaltungsverfahren, *JuS* 2005, 202 (203 f.).

<sup>64</sup> *EuG*, Urt. v. 19.2.1998, T-42/96, *Eyckeler & Malt AG* ./ *Kommission*, Rn. 79 ff., Urt. v. 17.9.1998, T-50/96, *Primex Produkte Import-Export GmbH & Co. KG u. a.* ./ *Kommission*, Rn. 62 f.; *Classen*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Fn. 22), Art. 197 AEUV Rn. 71; *Gundel* (Fn. 6), § 27 Rn. 64.

<sup>65</sup> *Gundel* (Fn. 6), § 27 Rn. 64 Fn. 209.

<sup>66</sup> Delegierte Verordnung (EU) 2015/2446 der Kommission v. 28.7.2015 zur Ergänzung der Verordnung (EU) Nr. 952/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates mit Einzelheiten zur Präzisierung von Bestimmungen des Zollkodex der Union, ABL. L 343/1.

<sup>67</sup> Näher dazu *Alexander*, in: *Witte* (Fn. 20), Art. 116 UZK Rn. 36.

<sup>68</sup> *Ebd.*, Art. 116 UZK Rn. 39.

#### 4. Ungeklärte Probleme

##### a) Geltung der Verfahrensrechte im Beihilfenrecht

Jedoch sind die verfahrensrechtlichen Probleme nicht in allen Bereichen gelöst, in denen es zu gestuften Entscheidungen kommt. Insbesondere im Beihilfenaufsichtsverfahren werden die Verfahrensrechte des Einzelnen durch die im gestuften Verfahren ergehende Entscheidung der Kommission bezüglich der Rückforderung rechtswidriger Beihilfen erheblich beeinträchtigt.<sup>69</sup> Das Beihilfenaufsichtsverfahren ist als bilaterales Verfahren zwischen Mitgliedstaat und Kommission ausgestaltet.<sup>70</sup> Obwohl der Beihilfenempfänger von der an den Mitgliedstaat gerichteten Rückerstattungsentscheidung der Kommission aufgrund der damit verbundenen Rückzahlungspflicht belastet ist, stehen ihm als „Dritten“ kaum Verfahrensrechte zu, insbesondere weder Akteneinsichts- noch Anhörungsrecht, vgl. Art. 24 BVVO.<sup>71</sup> Diese „verfahrensrechtlich defizitäre Sonderstellung“<sup>72</sup> des Beihilfenverfahrensrechts wird in der Literatur insbesondere im Hinblick auf die Änderungsmöglichkeit im Zuge der Reform der BVVO im Juli 2013 stark kritisiert.<sup>73</sup> Die europäische Gerichtsbarkeit scheint diese Beeinträchtigung der Individualrechte jedoch mit der Begründung hinzunehmen, dass es sich gerade um „kein Verfahren ‚gegen‘ den Beihilfenempfänger“<sup>74</sup> handle, da nur der Mitgliedstaat Adressat der Entscheidung sei; ein weitergehendes Akteneinsichtsrecht würde zudem die Kontrolle staatlicher Beihilfen gefährden.<sup>75</sup> Im Schrifttum wird demgegenüber mehrheitlich die Erstreckung der Verfahrensrechte des Art. 41 Abs. 2 GRCh,

<sup>69</sup> Ausführlich *Kahl* (Fn. 8), S. 604 ff.; *Nehl* (Fn. 9), S. 300 ff.; vgl. auch *Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (Fn. 4), EuR Rn. 203.

<sup>70</sup> *Hilbert*, Die europäische Beihilfenaufsicht, JURA 2017, 1150 (1158).

<sup>71</sup> *Ebd.*; *Mederer*, in: v. d. Groeben/Schwarze/Hatje, *Europäisches Unionsrecht*, 7. Aufl. 2015, Art. 108 AEUV Rn. 93; ausführlich zum Akteneinsichtsrecht *Giesberts/Gayger*, Kein Akteneinsichtsrecht des Beihilfenempfängers? Grundrechtliche Defizite im Beihilfenverfahren der EU-Kommission, EuZW 2019, 669 ff.

<sup>72</sup> *Nöbmer* (Fn. 11), S. 225.

<sup>73</sup> Sehr deutlich *Giesberts/Gayger* (Fn. 71), S. 669, 673; *Nehl*, Recht auf rechtliches Gehör, in: *Heselhaus/Nowak*, *Handbuch der Europäischen Grundrechte*, 2. Aufl. 2020, § 58 Rn. 41; *Plappert*, Die neue Beihilfeverfahrensverordnung unter besonderer Beachtung der Auskunftersuchen an Marktteilnehmer, EuZW 2014, 216 (219) sieht darin wegen der gleichzeitig eingeführten Informationspflicht sogar eine Verschlechterung.

<sup>74</sup> *EuG*, Urt. v. 8.7.2004, T-198/01, *Technische Glaswerke Ilmenau GmbH ./.* Kommission, Rn. 193, Urt. v. 1.7.2010, T-62/08, *ThyssenKrupp Aciai Speciali Terni SpA ./.* Kommission, Rn. 163.

<sup>75</sup> *EuGH*, Urt. v. 29.6.2010, C-139/07 P, *Kommission ./.* Technische Glaswerke Ilmenau GmbH, Rn. 50 ff., 58; auch *EuG*, Urt. v. 13.12.2018, T-165/16, *Ryanair DAC und Airport Marketing Services Ltd ./.* Kommission, Rn. 45 ff., 54, Urt. v. 13.12.2018, T-165/15, *Ryanair DAC und Airport Marketing Services Ltd ./.* Kommission, Rn. 56 ff.

insbesondere des Anhörungs- und des Akteneinsichtsrechts, auf den Beihilfenempfänger gefordert.<sup>76</sup> Begründet wird dies damit, dass zumindest der Wortlaut des Art. 41 Abs. 2 lit. b GRCh („Recht jeder Person auf Zugang zu den sie betreffenden Akten“) gerade keine Adressatenstellung erfordere.<sup>77</sup> Zudem sei der Empfänger einer zurückzufordernden Beihilfe vergleichbar stark belastet wie der Zuschussempfänger einer gekürzten EU-Strukturfondsbeihilfe;<sup>78</sup> in diesen Fällen bejahen *EuG* und *EuGH* die Geltung der Verteidigungsrechte auch dann, wenn eine sekundärrechtliche Regelung für das betreffende Verfahren fehlt.<sup>79</sup> Am Beispiel des Beihilfenrechts zeigt sich also deutlich, wie gestufte Entscheidungen, bei denen nur der Mitgliedstaat oder die nationale Behörde als Adressat des Kommissionsbeschlusses angesehen wird, die Verfahrensgarantien des dadurch belasteten Einzelnen beeinträchtigen können.

*b) Anhörungsrecht bei rechtlich unverbindlichen Zwischenhandlungen*

Noch offen ist, inwiefern eine Anhörung auch vor Verfahrenshandlungen der Kommission erforderlich ist, die für die Entscheidung der nationalen Behörde zwar rechtlich nicht bindend sind, aber gegebenenfalls faktische Auswirkungen haben können; das ist etwa bei Stellungnahmen der Fall.<sup>80</sup> Während dies teilweise im Hinblick auf ein transparentes und partizipatives Verwaltungsverfahren gefordert wird,<sup>81</sup> wird es überwiegend als rechtsstaatlich nicht zwingend erachtet.<sup>82</sup> Denn die Belange des Einzelnen können auch vor den nationalen Behörden noch hinreichend beachtet werden, z. B. indem diese dem Betroffenen die Verfahrenshandlung der Kommission bekanntgeben und ihm dazu ein Recht auf Stellungnahme einräumen.<sup>83</sup> Insofern scheint es in diesem Fall im Verhältnis zwischen den Verfahrensrechten des Einzelnen und der Verwaltungseffizienz

<sup>76</sup> *Giesberts/Gayger* (Fn. 71), S. 673; *Nöbmer* (Fn. 11), S. 213 ff., insb. S. 220 f.; *Weiß* (Fn. 1), S. 173.

<sup>77</sup> So *Giesberts/Gayger* (Fn. 71), S. 670; *Nehl*, Recht auf Akteneinsicht, in: *Heselhaus/Nowak* (Fn. 73), § 59 Rn. 34.

<sup>78</sup> *Nehl* (Fn. 73), § 58 Rn. 39; *Nöbmer* (Fn. 11), S. 205 f.

<sup>79</sup> *EuG*, Urt. v. 6.12.1994, T-450/93, *Lisrestal u. a. ./.* *Kommission*, Rn. 42 ff.; bestätigt durch *EuGH*, Urt. v. 24.10.1996, C-32/95 P, *Kommission ./.* *Lisrestal u. a.*, Rn. 24 ff.

<sup>80</sup> Dazu *Kahl* (Fn. 8), S. 603 Fn. 28; *Nöbmer* (Fn. 11), S. 299; *Shirvani* (Fn. 41), S. 676.

<sup>81</sup> Dafür *Winter* (Fn. 8), S. 271 ff., insb. S. 276.

<sup>82</sup> Mit Hinweis auf rechtsstaatlich gebotene Ausnahmen *Kahl* (Fn. 8), S. 603 Fn. 28 m. w. N.; ebenso *Nöbmer* (Fn. 11), S. 300; *Shirvani* (Fn. 41), S. 676.

<sup>83</sup> So die Lösung von Art. III-24 Abs. 5 S. 2 des ReNEUAL-Musterentwurfs, in: *Schneider/Hofmann/Ziller*, ReNEUAL – Musterentwurf für ein EU-Verwaltungsverfahren, 2015, S. 64 f.; vgl. dazu auch die Erläuterungen: *ibd.*, S. 89 Rn. 88.

angemessen, eine Anhörung nur vor der außenwirksam entscheidenden nationalen Behörde zu gewähren.<sup>84</sup>

*c) Begründungspflicht bei verfahrensinternen Zwischenhandlungen*

Auch die Frage nach der Begründungspflicht bei verfahrensinternen Zwischenakten von Unionsbehörden ist noch ungeklärt. In der Unionsrechtsprechung wird die Begründungspflicht solcher Zwischenhandlungen, die nicht isoliert gerichtlich angreifbar sind, tendenziell verneint.<sup>85</sup> Da die Begründungspflicht aber nicht nur der gerichtlichen Überprüfbarkeit, sondern auch der Transparenz des Verfahrens für den Einzelnen dient, wird auch in solchen Fällen vermehrt eine Begründungspflicht für wünschenswert erklärt.<sup>86</sup>

## 5. Reformperspektiven

Gestufte Entscheidungen bewegen sich im Spannungsverhältnis zwischen den Verfahrensgarantien des Einzelnen (Art. 41 GRCh) und dem Grundsatz der Effizienz der europäischen Verwaltung (Art. 298 Abs. 1 Var. 2 AEUV) sowie der Kohärenz, das je nach Bereich unterschiedlich aufgelöst wird. Einerseits wird dem Betroffenen im mehrstufigen Zollverwaltungsverfahren ein doppeltes Anhörungsrecht – also sowohl vor den mitgliedstaatlichen Zollbehörden als auch vor der Kommission – gewährt, wodurch hier der Individualrechtsschutz die Verwaltungseffizienz überwiegt.<sup>87</sup> Im Beihilfenaufsichtsverfahren andererseits wird nach der aktuell gültigen Rechtslage, die von der europäischen Rechtsprechung bestätigt wurde, das Spannungsverhältnis – ohne hinreichenden Grund – zugunsten der Effizienz des Verwaltungsverfahrens aufgelöst, indem dem Einzelnen mangels Adressatenstellung kaum Verfahrensrechte gegenüber der Kommission zugestanden werden. Eine allgemeine, bereichsübergreifende Lösung der offenen Probleme, die sich bezüglich der Verfahrensgarantien Einzelner stellen, ist also bisher noch nicht gefunden.

---

<sup>84</sup> Ebenso *v. Danwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, 2008, S. 640 f. Fn. 202; *Kahl* (Fn. 8), S. 603 Fn. 28; *Nöbmer* (Fn. 11), S. 299 f.

<sup>85</sup> *EuGH*, Urt. v. 15.10.1987, C-222/86, *Unectef./.* *Heylens u. a.*, Rn. 15 f.; zustimmend *v. Danwitz* (Fn. 84), S. 641.

<sup>86</sup> Deutlich bei *Fehling*, Buch III des ReNEUAL-Musterentwurfs aus der Perspektive der europäischen Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Schneider/Rennert/Marsch, ReNEUAL – Musterentwurf für ein EU-Verwaltungsverfahren, Tagungsband, Fachtagung am 5. und 6. November 2015 im Bundesverwaltungsgericht in Leipzig, 2016, S. 143 (152); ebenso *Shirvani* (Fn. 41), S. 677.

<sup>87</sup> Ebenso *Nöbmer* (Fn. 11), S. 193.



Für eine vollumfassende Sicherung der Rechte des Einzelnen in gestuften und gemischten Verwaltungsverfahren erscheint es trotz der damit verbundenen verlängerten Verfahrensdauer rechtsstaatlich geboten, die Verfahrensgarantien auch bereichsübergreifend doppelt zu gewähren, also auf der jeweiligen Verfahrensstufe, wie dies im Zollrecht bereits der Fall ist.<sup>88</sup> Denn die komplexen Formen der vertikalen Behördenkooperation dürfen nicht zu rechtsstaatlichen Lücken hinsichtlich der wirksamen Geltung der Verfahrensgarantien des Einzelnen führen. Nur durch eine zweifache, voneinander unabhängige Gewährung der Verfahrensrechte aus Art. 41 GRCh wird sichergestellt, dass die Interessen des Betroffenen auf jeder relevanten Verfahrensstufe berücksichtigt werden, sodass im Ergebnis eine richtige Verwaltungsentscheidung ergehen kann. Transparente und richtige Verwaltungsentscheidungen sind wichtig, um die Akzeptanz und demokratische Legitimation des europäischen Verwaltungsverbundes zu fördern.<sup>89</sup>

Diese doppelte Gewährung der Verfahrensgarantien kann dabei im Wesentlichen auf zwei Wegen rechtlich verankert werden: einerseits durch bereichsspezifische Kodifikationen, wie im EU-Zollrecht, andererseits durch eine Gesamtkodifikation des in europäischen Verbundentscheidungen geltenden, allgemeinen Verwaltungsverfahrensrechts.

Ein Beispiel dafür, wie ein allgemeines Verwaltungsverfahrensrecht vor dem Erlass von gestuften und gemischten Entscheidungen aussehen könnte, liefert der von einem Netzwerk europäischer Verwaltungsrechtswissenschaftler ausgearbeitete ReNEUAL-Musterentwurf (2014)<sup>90</sup> für ein EU-Verwaltungsverfahrensrecht. So sieht Art. III-24 Abs. 1 S. 1 des ReNEUAL-Musterentwurfs eine Gewährung des Anspruchs auf rechtliches Gehör „in allen Abschnitten eines Verbundverfahrens“<sup>91</sup> zwischen Unionsorganen und nationalen Behörden vor.<sup>92</sup>

Angesichts des kaum zu überblickenden Flickenteppichs an bereichsspezifischen, sekundärrechtlichen Regelungen wäre eine kodifizierende

---

<sup>88</sup> So auch *Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (Fn. 4), EuR Rn. 203; vgl. auch *Sydon* (Fn. 60), S. 275. Anders aber *Eckes/Mendes* (Fn. 22), S. 669, die eine einzige Anhörung auf der Ebene, auf der letztlich die Sachentscheidung getroffen wird, als ausreichend erachten.

<sup>89</sup> Vgl. *Kahl* (Fn. 8), S. 609.

<sup>90</sup> *Schneider/Hofmann/Ziller* (Fn. 83).

<sup>91</sup> Abgedruckt in *Schneider/Hofmann/Ziller* (Fn. 83), S. 64. Zum Begriff des Verbundverfahrens: Art. I-4 Abs. 4 ReNEUAL, in: *Schneider/Hofmann/Ziller* (Fn. 83), S. 22, S. 27 Rn. 21.

<sup>92</sup> Dies kritisch bewertend *Febling* (Fn. 86), S. 151.

Lösung daher wünschenswert, um Rechtsklarheit und -sicherheit zu schaffen.<sup>93</sup> Eine baldige Realisierung ist momentan aber aufgrund der noch ungeklärten Kompetenzfrage hinsichtlich der Kodifikation des Kooperationsverwaltungsrechts<sup>94</sup> als eher unwahrscheinlich einzustufen. Daher ist vorerst ein bereichsspezifisches Tätigwerden des europäischen Gesetzgebers erforderlich.<sup>95</sup> Insbesondere die BVVO muss durch eine Reform in Einklang mit Art. 41 GRCh gebracht werden, um auf diese Weise die Verfahrensgarantien des Beihilfenempfängers zu stärken.

## II. Rechtsprobleme im Hinblick auf den Individualrechtsschutz

Gestufte und gemischte Verwaltungsentscheidungen können durch die Verflechtung von Behördenbeiträgen auf unionaler und nationaler Ebene zu Rechtsschutzdefiziten in verwaltungsgerichtlichen Verfahren führen.<sup>96</sup>

### 1. Das Recht auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz aus Art. 47 GRCh

Art. 47 Abs. 1 GRCh gewährt dem Einzelnen aufgrund des Wesens der Union als „Rechtsgemeinschaft“ ein Grundrecht auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz, wenn seine unionsrechtlich garantierten Rechte oder Freiheiten durch Unionsstellen oder Stellen der Mitgliedstaaten bei der Durchführung von Unionsrecht verletzt werden.<sup>97</sup> Daneben folgt aus Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV, dass es Aufgabe der Mitgliedstaaten ist, die erforderlichen Rechtsbehelfe zu schaffen, um einen wirksamen Rechtsschutz in den vom Unionsrecht erfassten Bereichen zu gewährleisten.

Der Schutzbereich des Art. 47 GRCh beinhaltet, dass jeder Betroffene auf zumutbare Weise Zugang zu wirksamen gerichtlichen Rechtsbehelfen haben

<sup>93</sup> Ebenso hinsichtlich des Beihilfenrechts *Hilbert* (Fn. 70), S. 1162; allgemein zu den Vorteilen einer Kodifikation, *Kabl*, Kodifizierung des Verwaltungsverfahrensrechts in Deutschland und in der EU, Grundlagen, Entwicklung, Perspektiven, JuS 2018, 1025 (1026, 1030).

<sup>94</sup> Siehe zur umstrittenen Frage, ob die EU eine Kompetenz zur Regelung des allgemeinen Verwaltungsrechts hat, grundlegend *Kabl*, Hat die EG die Kompetenz zur Regelung des Allgemeinen Verwaltungsrechts?, NVwZ 1996, 865 ff. m. w. N.; dazu auch *ders.* (Fn. 93), S. 1032 m. w. N.

<sup>95</sup> Ebenso *Kabl* (Fn. 8), S. 608; ähnlich *Nöhmer* (Fn. 11), S. 322 f.

<sup>96</sup> Ausführlich dazu *Hofmann* (Fn. 33), S. 359 ff.; *Nebl* (Fn. 9), S. 413 ff.; *Nöhmer* (Fn. 11), S. 303 ff.; *Sydow* (Fn. 60), S. 277 ff.

<sup>97</sup> Siehe die Erläuterungen zur Charta der Grundrechte (2007/C 303/02) v. 14.12.2007, ABL Nr. C 303/17, 30; *Jarass* (Fn. 36), Art. 47 Rn. 3, 11; *Lemke*, in: v. d. Groeben/Schwarze/Hatje (Fn. 71), Art. 47 GRCh Rn. 5, 7.

muss.<sup>98</sup> Der Rechtsschutz muss lückenlos gewährt werden, d. h. jede belastende Maßnahme muss vollständig gerichtlich überprüfbar sein.<sup>99</sup> Außerdem gewährt Art. 47 Abs. 2 das Recht auf eine gerichtliche Entscheidung in „angemessener Frist“, also dass die Gerichtsverfahren effektiv und zügig durchgeführt werden.<sup>100</sup> Zudem wird im Schrifttum – trotz fehlender Erwähnung in Art. 47 GRCh und in der Rechtsprechung – überwiegend vertreten, dass auch ein hinreichend klar bestimmter Rechtsweg zum Recht auf effektiven Rechtsschutz zählt.<sup>101</sup>

Das europäische Rechtsschutzsystem folgt dabei dem sogenannten Trennungsprinzip: Danach sind Rechtsverletzungen durch Unionsorgane nur vor den Unionsgerichten geltend zu machen, während Rechtsverletzungen durch mitgliedstaatliche Behörden bei der Anwendung von Unionsrecht vor den nationalen Gerichten gerügt werden müssen.<sup>102</sup> Das Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV gewährleistet dabei als Bindeglied zwischen nationalen und unionalen Gerichten eine kohärente Auslegung und Anwendung des Unionsrechts.<sup>103</sup>

## 2. Beeinträchtigung durch gestufte Verwaltungsentscheidungen

Probleme für den effektiven Rechtsschutz des Einzelnen ergeben sich bei solchen gestuften Entscheidungen, bei denen die nationale Behörde zwar die außenwirksame Entscheidung gegenüber dem Bürger trifft, die Kommission diese Entscheidung aber durch ihre verfahrensinterne Beteiligung vorgegeben hat, wie es im Beihilfen- und Zollrecht der Fall ist.<sup>104</sup> Dabei ist die Entscheidung

---

<sup>98</sup> *Jarass* (Fn. 36), Art. 47 Rn. 29; *Merli*, Rechtsschutz in grenzüberschreitenden verwaltungsrechtlichen Kooperationsverfahren in Europa, in: Holoubek/Lang (Fn. 1), S. 377 (384).

<sup>99</sup> *Hofmann* (Fn. 7), S. 285.

<sup>100</sup> *Jarass* (Fn. 36), Art. 47 Rn. 52 m. w. N.; *Lenke* in: v. d. Groeben/Schwarze/Hatje (Fn. 71), Art. 47 GRCh Rn. 14.

<sup>101</sup> Dafür *Hofmann* (Fn. 7), S. 197; *Merli* (Fn. 98), S. 384; *Novak*, Recht auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz, in: Heselhaus/ders. (Fn. 73), § 55 Rn. 44; *Schmidt-Aßmann*, Kohärenz und Konsistenz des Verwaltungsrechtsschutzes, Herausforderungen angesichts vernetzter Verwaltungen und Rechtsordnungen, 2015, S. 55.

<sup>102</sup> *Fehling*, Europäisches Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozessrecht, in: Terhechte (Fn. 2), § 10 Rn. 102; *Ruffert*, Von der Europäisierung des Verwaltungsrechts zum Europäischen Verwaltungsverbund, DÖV 2007, 761 (768); *Stelkens*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 4), EuR Rn. 196.

<sup>103</sup> *Merli* (Fn. 98), S. 381; *Novak*, Rechtsschutz im europäischen Verwaltungsrecht, in: Terhechte (Fn. 2), § 11 Rn. 59; *Sydow* (Fn. 60), S. 283 f.; ausführlich zur Bedeutung des Art. 267 AEUV für die Kohärenzsicherung: *Schmidt-Aßmann* (Fn. 101), S. 116 ff.

<sup>104</sup> *Classen*, Effektive und kohärente Justizgewährleistung im europäischen Rechtsschutzverbund, JZ 2006, 157 (161); *Sydow*, Die Vereinheitlichung des

der nationalen Behörde isoliert gerichtlich angreifbar, wenn sie z. B. in Deutschland als Verwaltungsakt i. S. d. § 35 VwVfG zu qualifizieren ist, sodass der Betroffene den jeweiligen nationalen Rechtsweg bestreiten kann, in Deutschland also eine Anfechtungsklage nach § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO erheben kann.<sup>105</sup>

Soweit die nationale Entscheidung in gestuften Verfahren aber durch den staatengerichteten Kommissionsbeschluss präjudiziert ist, stellt sich die Frage nach der Prüfungs- und Verwerfungskompetenz der nationalen Gerichte, wenn sie das Unionshandeln für ungültig halten.<sup>106</sup> Seit dem 1987 ergangenen Urteil im Fall *Foto-Frost*<sup>107</sup> verneint der *EuGH* in ständiger Rechtsprechung eine Kompetenz nationaler Gerichte dazu, über die Gültigkeit von Handlungen der Unionsorgane zu entscheiden.<sup>108</sup> Stattdessen trifft die mitgliedstaatlichen Gerichte eine Vorlagepflicht an den *EuGH* im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 Abs. 1 lit. b AEUV, wenn sie von der Ungültigkeit des Kommissionsbeschlusses überzeugt sind.<sup>109</sup> Dieses Verwerfungsmonopol des *EuGH* dient der Sicherung der Kohärenz des Rechtsschutzsystems.<sup>110</sup> Die strikte Anwendung des Trennungsprinzips kann jedoch zu verschiedenen Problemen beim Rechtsschutz gegen gestufte Entscheidungen führen.

*a) Verzögerung des Gerichtsverfahrens durch Rechtswegdoppelung*

Der Betroffene muss bei gestuften Verwaltungsentscheidungen nicht nur gegen den verfahrensabschließenden nationalen Akt gerichtlichen Rechtsschutz ersuchen. Denn sobald ihm die interne Kommissionsentscheidung – auch formlos – bekannt wurde, beginnt nach Art. 263 Abs. 6 AEUV eine zweimonatige Klagefrist, mit deren Ablauf die Entscheidung der Kommission in Bestandskraft erwächst.<sup>111</sup> Auch eine inzidente Überprüfung der Kommissionsentscheidung im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens vor

---

mitgliedstaatlichen Vollzugs des Europarechts in mehrstufigen Verwaltungsverfahren, *Die Verwaltung* 34 (2001), 517 (540).

<sup>105</sup> *Nöbmer* (Fn. 11), S. 304.

<sup>106</sup> Zu dieser Frage im Zollrecht: *EuGH*, Urt. v. 22.10.1987, C-314/85, *Foto-Frost* ./ *Hauptzollamt Lübeck-Ost*, Rn. 9, 11.

<sup>107</sup> *EuGH*, Urt. v. 22.10.1987, C-314/85, *Foto-Frost* ./ *Hauptzollamt Lübeck-Ost*.

<sup>108</sup> *Ebd.*, Rn. 15; bestätigt in *EuGH*, Urt. v. 6.11.2012, C-199/11, *Europese Gemeenschap* ./ *Otis NV u. a.*, Rn. 53.

<sup>109</sup> *Gundel* (Fn. 6), § 27 Rn. 66; *Hofmann* (Fn. 7), S. 256; *Thiele*, *Europäisches Prozessrecht*, 2. Aufl. 2014, § 9 Rn. 55.

<sup>110</sup> *EuGH*, Urt. v. 22.10.1987, C-314/85, *Foto-Frost* ./ *Hauptzollamt Lübeck-Ost*, Rn. 16 f.

<sup>111</sup> *Nöbmer* (Fn. 11), S. 304 f.; *Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (Fn. 4), *EuR* Rn. 198.

dem *EuGH* nach Art. 267 Abs. 1 lit. b AEUV i. V. m. Art. 277 AEUV wäre dann wegen der Umgehung der Bestandskraft unzulässig.<sup>112</sup> Um dies zu verhindern, muss der Betroffene parallel zum nationalen Gerichtsverfahren eine Nichtigkeitsklage gemäß Art. 263 Abs. 4 Var. 2 AEUV gegen den Kommissionsbeschluss erheben.<sup>113</sup> Weil bei diesen Formen der gestuften Entscheidungen aber nur die nationale Behörde und nicht der Kläger Adressat der Kommissionsentscheidung ist, ist der Kläger nur klagebefugt, wenn er individuell und unmittelbar betroffen ist.<sup>114</sup> Nach der sogenannten *Plaumann*-Formel liegt eine individuelle Betroffenheit vor, wenn die Entscheidung den Kläger „wegen bestimmter persönlicher Eigenschaften oder besonderer, ihn aus dem Kreis aller übrigen Personen heraushebender Umstände berührt und ihn daher in ähnlicher Weise individualisiert wie den Adressaten“.<sup>115</sup> Das ist bei gestuften Entscheidungen der Fall, weil der Einzelne von der umsetzenden, nationalen Entscheidung materiell beschwert ist.<sup>116</sup> Der *EuGH* bejaht zudem eine unmittelbare Betroffenheit bei gestuften Entscheidungen schon dann, wenn der Kommissionsbeschluss für die nationale Behörde bindend ist und diese den Beschluss lediglich im Einzelfall umsetzt, wie es z. B. im Beihilfenaufsichtsrecht bei dem staatengerichteten Rückforderungsbeschluss der Kommission nach Art. 16 BVVO der Fall ist.<sup>117</sup>

Problematisch ist dabei jedoch, dass sich das Gerichtsverfahren durch dieses Beschreiten eines doppelten Rechtsweges erheblich verzögern kann, insbesondere wenn sowohl vor den europäischen als auch vor den nationalen Gerichten der gesamte Instanzenzug durchlaufen werden muss.<sup>118</sup> So betrug z. B. im Jahr 2018 die durchschnittliche Dauer von Vorabentscheidungsverfahren vor dem *EuGH* 16 Monate, bei Verfahren vor dem *EuG* waren es sogar 20

<sup>112</sup> Vgl. *EuGH*, Urt. v. 9.3.1994, C-188/92, *TWD Textilwerke Deggendorf GmbH* ././ *Bundesrepublik Deutschland*, Rn. 14 ff., insb. Rn. 17, Urt. v. 30.1.1997, C-178/95, *Wiljo NV* ././ *Belgischer Staat*, Rn. 21; *Classen* (Fn. 104), S. 161; *Nöhmer* (Fn. 11), S. 304 f.; *Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (Fn. 4), EuR Rn. 198.

<sup>113</sup> *Gundel* (Fn. 6), § 27 Rn. 66.

<sup>114</sup> *Classen* (Fn. 104), S. 161; *Nehl* (Fn. 9), S. 416 f.

<sup>115</sup> *EuGH*, Urt. v. 15.7.1963, C-25/62, *Plaumann & Co.* ././ *Kommission*, S. 238.

<sup>116</sup> Mit Beispielen aus dem Zollrecht: *Saurer* (Fn. 18), S. 266; dazu auch *Sydow*, *Europäisierte Verwaltungsverfahren*, JuS 2005, 202 (207).

<sup>117</sup> Vgl. *EuGH*, Urt. v. 13.5.1971, C-41/70 - 44/70, *NV International Fruit Company u. a.* ././ *Kommission*, Rn. 23/29; *Classen* (Fn. 104), S. 161; *Nöhmer* (Fn. 11), S. 305; *Sydow* (Fn. 60), S. 285; vgl. auch *Weiß* (Fn. 5), S. 540.

<sup>118</sup> Näher dazu *Hofmann* (Fn. 7), S. 297 ff.; *ders.* (Fn. 33), S. 374; *Sydow* (Fn. 60), S. 293.

Monate.<sup>119</sup> Ob dies mit dem in Art. 47 Abs. 2 S. 1 GRCh garantieren Recht auf Entscheidung in angemessener Frist noch zu vereinbaren ist, erscheint zweifelhaft.<sup>120</sup>

*b) Mangelnde Rechtswegklarheit*

Für den Betroffenen ist bei gestuften Entscheidungen oft nicht klar, gegen welche belastende Maßnahme er vor welchem Gericht vorgehen muss.<sup>121</sup> Nur in seltenen Fällen ist der verbindliche Kommissionsbeschluss in mehrstufigen Verfahren direkt an den Betroffenen adressiert, sodass er dagegen unmittelbar eine Nichtigkeitsklage gemäß Art. 263 Abs. 4 Var. 1 AEUV erheben kann und muss.<sup>122</sup> Oft hingegen ist die Beteiligung anderer Verwaltungsstellen durch verwaltungsinterne Entscheidungen der Unionsorgane und deren präjudizielle Wirkung für den Einzelnen nicht erkennbar.<sup>123</sup> Auch ist es für den Einzelnen nicht immer leicht zu unterscheiden, ob es sich um eine Entscheidung des Unionsorgans mit Präjudizwirkung handelt, gegen die eine Nichtigkeitsklage statthaft ist, oder ob es sich um eine bloße vorbereitende, nicht anfechtbare Zwischenmaßnahme handelt.<sup>124</sup>

Problematisch sind auch die Fälle, in denen der Betroffene von der internen Kommissionsentscheidung erst erfährt, wenn bereits das Verfahren gegen die abschließende Entscheidung der mitgliedstaatlichen Behörde eröffnet wurde.<sup>125</sup> Dabei ist in der Literatur umstritten, ob auch in diesen Fällen eine direkte Nichtigkeitsklage parallel zum nationalen Verfahren erhoben werden muss. Dies wird einerseits mit der Begründung bejaht, dass die mangelnde Rechtswegklarheit sich lediglich auf den Beginn der Klagefrist auswirken könne, nicht aber auf die Erforderlichkeit einer parallelen Klageerhebung.<sup>126</sup>

---

<sup>119</sup> *EuGH*, Pressemitteilung Nr. 39/19 v. 25.3.2019, Rechtsprechungsstatistiken 2018, abrufbar unter: [https://curia.europa.eu/jcms/jcms/p1\\_1840875/de/](https://curia.europa.eu/jcms/jcms/p1_1840875/de/) (zuletzt abgerufen am 12.12.2020).

<sup>120</sup> Ebenso *Hofmann* (Fn. 7), S. 298; vgl. auch *v. Arnould* (Fn. 2), § 2 Rn. 30; *Weiß* (Fn. 76), S. 158.

<sup>121</sup> *Classen* (Fn. 104), S. 162.

<sup>122</sup> So bei *EuGH*, Urt. v. 30.1.1997, C-178/95, *Wiljo NV ./ Belgischer Staat*, Rn. 10, 19 ff., 23; dazu *Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (Fn. 4), *EuR* Rn. 197.

<sup>123</sup> *Frenz* (Fn. 33), § 2 Rn. 1931; *Hofmann* (Fn. 7), S. 269 m. Bsp.; *ders.* (Fn. 33), S. 373.

<sup>124</sup> *Hofmann* (Fn. 7), S. 271 m. w. N.; *Nehl* (Fn. 9), S. 414.

<sup>125</sup> So der Fall bei *EuGH*, Urt. v. 27.9.1983, C-216/82, *Universität Hamburg ./ Hauptzollamt Hamburg-Kebrvieder*, Rn. 6 ff., insb. Rn. 10, Urt. v. 23.5.1989, C-378/87, *Top Hit Holzvertrieb GmbH ./ Kommission*, Rn. 12 ff.; dazu *Gundel* (Fn. 6), § 27 Rn. 66.

<sup>126</sup> So *Nehl* (Fn. 9), S. 430; vgl. auch *Hofmann* (Fn. 7), S. 270.

Dagegen wird zu Recht vorgebracht, dass die Einleitung eines weiteren Gerichtsverfahrens für den Einzelnen aus Gründen der Rechtssicherheit unzumutbar sei und in diesen Fällen auch nicht eine Umgehung der Bestandskraft des Kommissionsbeschlusses drohe.<sup>127</sup> Wenn der Einzelne erst im Verlauf des nationalen Verfahrens von dem präjudiziellen Kommissionsbeschluss und dessen Anfechtbarkeit erfährt, überwiegt das Recht des Einzelnen auf effektiven Rechtsschutz das Bedürfnis nach Rechtssicherheit.

Das Problem der Rechtswegklarheit kann aber durch eine Doppelung der Verfahrensrechte in gestuften Verfahren gelöst bzw. abgeschwächt werden: Wenn auch die Kommission den Einzelnen anhört, bevor sie ihren verbindlichen Beschluss trifft, erlangt der Betroffene damit Kenntnis von dessen Existenz und Tragweite.<sup>128</sup> Unklarheiten können zudem dadurch beseitigt werden, dass die außenwirksam entscheidende Behörde ihrer Begründungspflicht aus Art. 41 Abs. 2 lit. c GRCh nachkommt, indem sie auf die Beteiligung der anderen Behörde hinweist und eine entsprechende Rechtsbehelfsbelehrung erlässt.<sup>129</sup> Durch eine Verbesserung der Position des Betroffenen im gestuften Verwaltungsverfahren nimmt also auch die Rechtswegklarheit zu.

### c) Verletzung der Vorlagepflicht durch das nationale Gericht

Wenn die nationalen Behörden den Kommissionsbeschluss ohne eigenen Entscheidungsspielraum umsetzen müssen, kann die Rechtsstellung des Einzelnen beeinträchtigt werden, falls der Kommissionsbeschluss unionsrechtswidrig ist und das nationale Gericht dennoch seiner Vorlagepflicht nicht nachkommt. Denn der Einzelne hat kaum Möglichkeiten, eine Vorlage an den *EuGH* zu erzwingen.<sup>130</sup> Er hat kein Initiativrecht im Vorabentscheidungsverfahren, sondern kann eine Vorlage lediglich „anregen“.<sup>131</sup> Nach erfolgloser Berufung und Revision kann er gegebenenfalls Verfassungsbeschwerde beim *BVerfG* wegen Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG) durch willkürliche Nichtvorlage einlegen.<sup>132</sup> Also kann die Durchsetzung der Vorlagepflicht im Einzelfall sehr kompliziert und zeitaufwendig sein, wodurch das Recht des Betroffenen auf

<sup>127</sup> So *Gundel* (Fn. 6), § 27 Rn. 66; *Lecheler/Gundel*, Übungen im Europarecht, 1999, S. 97; *Nöhmer* (Fn. 11), S. 307.

<sup>128</sup> Ähnlich *Nehl* (Fn. 9), S. 432.

<sup>129</sup> So *Classen* (Fn. 104), S. 162; *Hofmann* (Fn. 7), S. 297.

<sup>130</sup> *Hofmann* (Fn. 7), S. 288; *Weiß* (Fn. 76), S. 163; dazu aus österreichischer Perspektive berichtend: *Merli* (Fn. 98), S. 382.

<sup>131</sup> *Fehling* (Fn. 102), § 10 Rn. 105; *Hofmann* (Fn. 7), S. 288.

<sup>132</sup> Dazu *Hofmann* (Fn. 7), S. 288 ff. m. w. N.; vgl. auch *Ehrlicke*, in: Streinz (Fn. 35), EUV/AEUV, Art. 267 AEUV Rn. 52.

effektiven Rechtsschutz verletzt werden kann. Falls das nationale Gericht nicht an den *EuGH* vorlegt und die Klage gegen die verfahrensabschließende, nationale Verwaltungsentscheidung erfolglos bleibt, erwächst diese trotz möglicher Unionsrechtswidrigkeit in Bestandskraft. Bei einer erfolgreichen, parallel dazu erhobenen Nichtigkeitsklage vor dem *EuG* zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit der fraglichen Unionshandlung kann die nationale Verwaltungsbehörde aber gegebenenfalls zu einer Rücknahme ihrer bestandskräftigen, unionsrechtswidrigen Entscheidung nach der vom *EuGH* entwickelten *Kühne & Heitz*-Doktrin<sup>133</sup> verpflichtet werden.<sup>134</sup>

### 3. Beeinträchtigung durch gemischte Verwaltungsentscheidungen

#### a) Rechtsschutzprobleme am Beispiel der Rechtssache *Borelli*

Eine besondere Rechtsschutzproblematik stellte sich im Fall *Borelli*<sup>135</sup>, den der *EuGH* 1992 zu entscheiden hatte und bei dem eine italienische Gesellschaft Mittel aus einem Agrarfonds der EU beantragte.<sup>136</sup> Voraussetzung der Mittelbewilligung war nach der einschlägigen EU-Verordnung<sup>137</sup>, dass sowohl auf europäischer als auch auf nationaler Ebene eine positive Entscheidung erging, die von der jeweiligen Behörde eigenverantwortlich getroffen wurde. Also lag die Situation einer gemischten Entscheidung vor, für die sowohl die Kommission als auch die nationale Behörde ihre Zustimmung erteilen mussten.<sup>138</sup> Eine Besonderheit war, dass die Genehmigung der Kommission von der positiven Entscheidung der nationalen Behörde abhängig war, also der nationalen Entscheidung präjudizielle Wirkung zukam.<sup>139</sup> Im Fall *Borelli* lehnte die nationale Behörde den Antrag jedoch letztendlich ab, weshalb auch die Kommission den Antrag trotz Vorliegens der übrigen Genehmigungsvoraussetzungen nicht bewilligen konnte.

<sup>133</sup> *EuGH*, Urt. v. 13.1.2004, C-453/00, *Kühne & Heitz NV* ./ . *Productschap voor Pluimvee en Eieren*, Rn. 24 ff.

<sup>134</sup> Näher dazu *Wegener*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 2), EUV/AEUV, Art. 267 AEUV Rn. 41 m. w. N.

<sup>135</sup> *EuGH*, Urt. v. 3.12.1992, C-97/91, *Oleificio Borelli SpA* ./ . *Kommission*. Dazu aus italienischer Perspektive berichtend: *Galetta*, Wechselwirkung zwischen nationalem Verwaltungsrecht und europäischem Gemeinschaftsrecht – aus italienischer Perspektive, in: Magiera/Sommermann, Verwaltung in der Europäischen Union, S. 63 (76 ff.).

<sup>136</sup> Die folgende Sachverhaltszusammenfassung beruht auf: *Classen* (Fn. 104), S. 162; *Gundel* (Fn. 6), § 27 Rn. 68; *Nehl* (Fn. 9), S. 79 f.

<sup>137</sup> Verordnung (EWG) Nr. 355/77 des Rates v. 15.2.1977, ABl. L 51/1.

<sup>138</sup> So die Einordnung bei *Gundel* (Fn. 6), § 27 Rn. 67 f.; *Nehl* (Fn. 9), S. 79.

<sup>139</sup> *Nehl* (Fn. 9), S. 79; *Nöhmer* (Fn. 11), S. 306.



Fraglich ist in diesen Fällen, ob sowohl die Entscheidung der Kommission als auch die Entscheidung der nationalen Behörde isoliert angegriffen werden können und müssen.<sup>140</sup> Rechtsschutzprobleme können bei solchen gemischten Entscheidungen zudem insbesondere dann entstehen, wenn die (Teil-)Entscheidung der mitgliedstaatlichen Behörde nach nationalem Recht – wie im Fall *Borelli* – als eine nicht eigenständig anfechtbare, vorbereitende Handlung bewertet wird.<sup>141</sup> Das Trennungsprinzip verbietet es dem *EuGH* mangels Zuständigkeit auch in solchen Fällen mit gemischter Entscheidungszuständigkeit, die Rechtmäßigkeit des mitgliedstaatlichen Handelns zu überprüfen.<sup>142</sup> Dies ist nach dem *EuGH* vielmehr nur im Rahmen des Vertragsverletzungsverfahrens nach Art. 258 f. AEUV möglich.<sup>143</sup> Daher ist zu klären, wie bei solchen gemischten Entscheidungen ein effektiver und lückenloser Rechtsschutz des Einzelnen erreicht werden kann.

Der *EuGH* wälzte im Fall *Borelli* die Sicherstellung des Rechtsschutzes an die mitgliedstaatlichen Gerichte selbst ab, indem er urteilte, dass eine Klage gegen die nationale Verwaltungshandlung zulässig sei, „selbst wenn die innerstaatlichen Verfahrensvorschriften dies in einem solchen Fall nicht vorsehen“.<sup>144</sup> Das nationale Verwaltungsprozessrecht wird insofern europäisiert, als entweder entsprechende Rechtsbehelfe geschaffen werden müssen oder die nationalen Gerichte die Zulässigkeit bestehender Rechtsbehelfe unionsrechtskonform auslegen müssen, z. B. indem sie vorbereitende Maßnahmen der nationalen Behörden mit Präjudizwirkung gegenüber der Kommission als beschwerende und somit eigenständig angreifbare Akte ansehen.<sup>145</sup> Dieses Konzept der mitgliedstaatlichen Verantwortlichkeit für die Gewährung des Rechtsschutzes

<sup>140</sup> *Nebt* (Fn. 9), S. 80; *Nöhmer* (Fn. 11), S. 306.

<sup>141</sup> Vgl. *EuGH*, Urt. v. 3.12.1992, C-97/91, *Olejificio Borelli SpA ./.* Kommission, Rn. 8; *Gundel* (Fn. 6), § 27 Rn. 68; *Nebt* (Fn. 9), S. 433. Ähnliche Probleme stellen sich im deutschen Recht bei der gerichtlichen Überprüfbarkeit der nationalen Auswahl und Meldung eines FFH-Gebiets nach der FFH-RL, vgl. dazu: *Kabl/Gärditz*, Rechtsschutz im europäischen Kontrollverbund am Beispiel der FFH-Gebietsfestsetzungen, NuR 2005, 555 (556 ff.); *Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (Fn. 4), EuR Rn. 200.

<sup>142</sup> So *EuGH*, Urt. v. 3.12.1992, C-97/91, *Olejificio Borelli SpA ./.* Kommission, Rn. 9 f.; bestätigt durch Urt. v. 21.3.2000, C-6/99, *Association Greenpeace France u. a. ./.* Ministère de l'Agriculture et de la Pêche u. a., Rn. 53; *Classen* (Fn. 104), S. 162.

<sup>143</sup> *EuGH*, Urt. v. 22.3.1990, C-347/87, *Triveneta Zuccheri SpA u. a. ./.* Kommission, Rn. 16 f.; *Gundel* (Fn. 6), § 27 Rn. 69 m. w. N.; vgl. ferner *García de Enterría*, The Extension of the Jurisdiction of National Administrative Courts by Community Law: the Judgment of the Court of Justice in *Borelli* and Article 5 of the EC Treaty, YEL 13 (1993), 19 (24).

<sup>144</sup> *EuGH*, Urt. v. 3.12.1992, C-97/91, *Olejificio Borelli SpA ./.* Kommission, Rn. 13 (Zitat), Rn. 15.

<sup>145</sup> *Gundel* (Fn. 6), § 27 Rn. 70 f.; *Hofmann* (Fn. 7), S. 296.

wird nun durch Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV ausdrücklich festgeschrieben. Der Betroffene kann also vor den nationalen Gerichten klagen, welche dann gegebenenfalls die Frage der Gültigkeit des Kommissionshandelns zur Entscheidung an den *EuGH* im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens vorlegen müssen.<sup>146</sup> Sofern der Rechtsbehelf vor dem nationalen Gericht schließlich doch erfolgreich ist, kann die Kommission trotz ihrer wegen Fristablaufs bestandskräftig gewordenen ablehnenden Entscheidung aufgrund der neuen Sachlage erneut über den Antrag entscheiden, ohne an die vorherige Entscheidung gebunden zu sein.<sup>147</sup> Letztlich erreicht der Kläger auf diese Weise doch sein Rechtsschutzziel.

#### b) Kritische Rezeption im Schrifttum

Diese Lösung erfuhr im Schrifttum allerdings viel Kritik, da sie die in Art. 291 Abs. 1 AEUV niedergelegte institutionelle Autonomie sowie die Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten beim Vollzug von Unionsrecht stark einschränkt.<sup>148</sup> Auch ist sie für den Kläger sehr zeitaufwendig, sodass zweifelhaft ist, ob damit noch das Erfordernis einer Gerichtsentscheidung in „angemessener Frist“ nach Art. 47 Abs. 2 S. 1 GRCh erfüllt wird.<sup>149</sup>

#### c) Aktuelle Entwicklungen

Lange Zeit war unklar, ob der *EuGH* auch zukünftig an der in der *Borelli*-Entscheidung entwickelten Vorgehensweise festhalten wird. Denn zum einen besteht diese spezifische Verfahrensart mit gemischter Entscheidungszuständigkeit im EU-Agrarrecht nicht mehr.<sup>150</sup> Zum anderen hat der *EuGH* in verschiedenen neueren Urteilen eine Abweichung vom Trennungsprinzip zugelassen: So hielt er etwa in einem Urteil aus 2007 betreffend den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten der Unionsorgane die inzidente Überprüfung der Unionsrechtsmäßigkeit des mitgliedstaatlichen Handelns durch die Unionsgerichtsbarkeit für möglich.<sup>151</sup> Auch in dem im Jahr

<sup>146</sup> Hofmann, Composite decision making procedures in EU administrative law, in: ders./Türk, Legal Challenges in EU Administrative Law: Towards an Integrated Administration, 2009, S. 136 (154); Nöhmer (Fn. 11), S. 306.

<sup>147</sup> Gundel (Fn. 6), § 27 Rn. 71 f.

<sup>148</sup> Kritisch Nebl (Fn. 9), S. 435; ebenso García de Enterría (Fn. 143), S. 25 f.

<sup>149</sup> Ebenso Nebl (Fn. 9), S. 436; ähnlich auch Gundel (Fn. 6), § 27 Rn. 72; Hofmann (Fn. 33), S. 374.

<sup>150</sup> Nebl (Fn. 9), S. 79 m. w. N., 437.

<sup>151</sup> *EuGH*, Urt. v. 18.12.2007, C-64/05 P, *Königreich Schweden ./.* Kommission, Rn. 91 ff., insb. Rn. 94. Da der *Gerichtshof* dabei aber den Sondercharakter dieser Entscheidung betont hat, ist sie wohl nicht verallgemeinerungsfähig, vgl. auch Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 4), EuR Rn. 201.

2018 ergangenen Urteil *Berlusconi und Fininvest* im Rahmen der EU-Bankenaufsicht erklärte der *Gerichtshof* allein die Unionsgerichte zur Überprüfung auch nationaler Verfahrensbeiträge auf Verstöße gegen Unionsrecht für zuständig<sup>152</sup>.

In der im Jahr 2020 ergangenen Entscheidung im Rechtsstreit *GAEC Jeanningros* bestätigte der *EuGH* wiederum entsprechend der *Borelli*-Rechtsprechung die Anwendbarkeit des Trennungsprinzips und die alleinige Zuständigkeit der nationalen Gerichte zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit des nationalen Verwaltungshandelns.<sup>153</sup> Im Urteil ging es um ein Eintragungsverfahren bezüglich Ursprungsbezeichnungen im Bereich des Agrar- und Lebensmittelrechts, bei dem die Kommission die letztverbindliche Eintragungsentscheidung nur dann treffen kann, wenn der Mitgliedstaat ihr einen entsprechenden Antrag zuleitet, den er zuvor als gerechtfertigt überprüft hatte.<sup>154</sup> Da also auch in diesem Verfahren der nationalen Behördenentscheidung präjudizielle Wirkung zukommt, liegt eine gemischte Entscheidung entsprechend *Borelli* vor.

Welche Rechtsprechung letztlich anwendbar ist, hängt dabei maßgeblich von der Inhaberschaft der „tatsächliche[n] Entscheidungsbefugnis“ in mehrstufigen Verwaltungsverfahren ab.<sup>155</sup> Die mitgliedstaatlichen Gerichte sind entsprechend der *Borelli*-Rechtsprechung zuständig, wenn den nationalen Behörden die „tatsächliche Entscheidungsbefugnis“ zukommt und mithin die Unionsorgane kein oder nur eingeschränktes Ermessen haben.<sup>156</sup> Sofern jedoch die faktische

---

<sup>152</sup> *EuGH*, Ur. v. 19.12.2018, C-219/17, *Berlusconi und Finanziaria d'investimento Fininvest SpA (Fininvest) ./ Banca d'Italia und Istituto per la Vigilanza Sulle Assicurazioni (IVASS)*, Rn. 43 ff., insb. Rn. 47 und Rn. 57; dazu *Germelmann/Gundel*, Die Entwicklung der *EuGH*-Rechtsprechung zum europäischen Verfassungs- und Verwaltungsrecht im Jahr 2020, BayVBl. 2021, 583 (595 Fn. 208); ausführliche Urteilsbesprechung bei *Brito Bastos*, Judicial review of composite administrative procedures in the Single Supervisory Mechanism: *Berlusconi*, CMLR 2019, 1355 ff.

<sup>153</sup> *EuGH*, Ur. v. 29.1.2020, C-785/18, *GAEC Jeanningros ./ Institut national de l'origine et de la qualité (INAO) u. a.*, Rn. 25 ff.; dazu *Germelmann/Gundel* (Fn. 152), S. 595, die dies als „deutliche[n] Kontrast“ zu den Bankenaufsicht-Urteilen bezeichnen und eine „Zerklüftung des europäischen Verwaltungsrechts“ kritisieren; siehe auch *Simon*, Principes généraux du droit – Protection juridictionnelle effective, Europe 3/2020, 13 ff.

<sup>154</sup> *EuGH*, Ur. v. 29.1.2020, C-785/18, *GAEC Jeanningros ./ Institut national de l'origine et de la qualité (INAO) u. a.*, Rn. 24.

<sup>155</sup> *GA Campos Sánchez-Bordona*, Schlussantr. v. 27.6.2018, C-219/17, *Berlusconi und Finanziaria d'investimento Fininvest SpA (Fininvest) ./ Banca d'Italia und Istituto per la Vigilanza Sulle Assicurazioni (IVASS)*, Rn. 60 (Zitat), 63, 103.

<sup>156</sup> *Ebd.*, Rn. 63, 103; bestätigt durch *EuGH*, Ur. v. 19.12.2018, C-219/17, *Berlusconi und Finanziaria d'investimento Fininvest SpA (Fininvest) ./ Banca d'Italia und Istituto per la Vigilanza*

Letztentscheidungsbefugnis wie im Fall *Berlusconi und Fininvest* bei den Unionsorganen liegt und diese eigenes Ermessen haben, geht der *EuGH* von einer alleinigen Zuständigkeit der Unionsgerichte aus. Insgesamt ist daher anzunehmen, dass der *EuGH* auch in Zukunft an dieser Differenzierung festhalten wird. Somit wird auch die im *Borelli*-Urteil entwickelte Vorgehensweise weiterhin Bestand haben, soweit es um gemischte Entscheidungen in mehrstufigen Verwaltungsverfahren mit tatsächlicher Entscheidungsbefugnis der nationalen Behörden geht.

#### 4. Reformbedarf des Rechtsschutzsystems

Die bisherigen Lösungen des *EuGH* auf Basis des Trennungsprinzips führen zwar im Ergebnis dazu, dass der Betroffene auch gegen vertikal gestufte und gemischte Verwaltungsentscheidungen gerichtlich vorgehen kann. Dennoch gibt es in der Literatur zahlreiche Autoren, die das bisherige Rechtsschutzsystem als unzureichend empfinden und einen europäischen Gerichtsverbund als Spiegelbild zum europäischen Verwaltungsverbund fordern.<sup>157</sup>

##### a) Abweichung vom Trennungsprinzip

Ein Reformvorschlag auf dem Weg zu einem europäischen Gerichtsverbund ist die Aufweichung des geltenden Trennungsprinzips im Bereich vertikaler Verbundentscheidungen in der Form, dass den europäischen und nationalen Gerichten auch Rechtsprechungsbefugnisse hinsichtlich der jeweiligen fremden Hoheitsakte zugesprochen werden.<sup>158</sup> Die nationalen Gerichte sollen demnach ermächtigt werden, inzident auch die Unionsrechtmäßigkeit der Einzelakte der europäischen Organe mit Präjudizwirkung zu überprüfen<sup>159</sup> bzw. sogar zu verwerfen,<sup>160</sup> während auch die europäischen Gerichte inzident das Handeln der nationalen Behörden mit Bindungswirkung für die Kommission hinsichtlich der Vereinbarkeit mit Unionsrecht überprüfen und ersetzen dürften.<sup>161</sup> Ziel ist die

---

*Sulle Assicurazioni (IVASS)*, Rn. 45 f.; dazu auch *Ellerbrok*, Das umgekehrte Vorabentscheidungsverfahren als Schlussstein im europäischen Rechtsschutzverbund, *VerwArch* 113 (2022), 302 (316 f.).

<sup>157</sup> So *v. Arnould* (Fn. 2), § 2 Rn. 30; *Kahl* (Fn. 5), S. 387; *Schoch*, Gerichtliche Verwaltungskontrollen, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts III, 2. Aufl. 2013, § 50 Rn. 371; *Weiß* (Fn. 76), S. 152 ff.

<sup>158</sup> So *v. Arnould* (Fn. 2), § 2 Rn. 30; *Fehling* (Fn. 102), § 10 Rn. 106; *Hofmann* (Fn. 33), S. 374 f.

<sup>159</sup> *Ruffert* (Fn. 102), S. 769.

<sup>160</sup> *Fehling* (Fn. 102), § 10 Rn. 106; *Hofmann* (Fn. 33), S. 374 f.; *Sydow* (Fn. 60), S. 294; *Weiß* (Fn. 76), S. 161 f.

<sup>161</sup> *Hofmann/Türk*, Legal challenges in EU administrative law by the move to an integrated administration, in: dies. (Fn. 146), S. 355 (369).

Vereinfachung des Rechtsschutzes des Betroffenen insofern, als dieser danach nur noch die außenwirksame nationale oder unionale Entscheidung vor dem jeweils zuständigen Gericht angreifen müsste, die ihm gegenüber ergangen ist.<sup>162</sup> Da eine solche Prüfungs- und Verwerfungskompetenz der nationalen Gerichte aber mit der Autonomie des Unionsrechts nicht vereinbar wäre, wäre eine Änderung der europäischen Verträge nötig.<sup>163</sup>

Alternativ wird auch ein Ausbau des Vorabentscheidungsverfahrens durch die Möglichkeit von Vorlagen an europäische administrative Fachgerichte vorgeschlagen.<sup>164</sup>

#### *b) Umgekehrtes Vorabentscheidungsverfahren*

Auch die Einführung eines Vorabentscheidungsverfahrens in umgekehrter Richtung bei vertikal gestuften Entscheidungen zwischen mitgliedstaatlichen und unionalen Behörden wäre eine Änderungsmöglichkeit.<sup>165</sup> Dabei könnten Unionsgerichte den mitgliedstaatlichen Gerichten Fragen vorlegen, bei denen es um die Gültigkeit und Rechtmäßigkeit von mitgliedstaatlichen präjudiziellen Behördenhandlungen nach nationalem Recht geht.<sup>166</sup>

#### *c) Stellungnahme*

Das aktuelle Rechtsschutzsystem, das auf der Anwendung des Trennungsprinzips basiert, kann im Fall von vertikal gestuften und gemischten Entscheidungen zu einer Beeinträchtigung des Grundrechts auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz aus Art. 47 GRCh führen. Im Hinblick auf die möglichen Rechtswegunklarheiten, die Notwendigkeit der Rechtswegdoppelung und den damit verbundenen Aufwand für den Betroffenen, insbesondere das hohe Prozesskostenrisiko sowie die lange Verfahrensdauer, erscheint das bisherige Rechtsschutzsystem reformbedürftig.<sup>167</sup> Aus rechtsstaatlichen Gründen ist eine Lockerung des Trennungsprinzips geboten, um den Rechtsschutz des Einzelnen zu vereinfachen. Dabei ist eine Lösung zu bevorzugen, bei welcher der Kläger auch bei gestuften und gemischten Entscheidungen lediglich gegen diejenige Entscheidung vorgehen muss, die ihm

---

<sup>162</sup> Hofmann (Fn. 7), S. 287.

<sup>163</sup> Fehling (Fn. 102), § 10 Rn. 106; Hofmann (Fn. 7), S. 299.

<sup>164</sup> Vorgeschlagen von Ruffert (Fn. 102), S. 769; zustimmend Weiß (Fn. 76), S. 162.

<sup>165</sup> Dazu Ellerbrok (Fn. 156), S. 323 ff.; Hofmann (Fn. 146), S. 167; Hofmann (Fn. 7), S. 290; ders. (Fn. 33), S. 368; Weiß (Fn. 76), S. 162.

<sup>166</sup> So Hofmann (Fn. 146), S. 159; Hofmann (Fn. 7), S. 290; Weiß (Fn. 76), S. 162

<sup>167</sup> Ebenso Hofmann (Fn. 7), S. 300; Sydow (Fn. 60), S. 284 ff., S. 296.

gegenüber außenwirksam vorgenommen und ihm bekannt gegeben wurde.<sup>168</sup> Durch diesen konzentrierten Rechtsschutz wäre der Rechtsweg für den Einzelnen in jedem Fall eindeutig erkennbar. Durch die Vermeidung paralleler Gerichtsverfahren würden Zeit und Prozesskosten gespart. Somit hätte der Einzelne einen besseren Zugang zu wirksamem Rechtsschutz.

Eine Verwerfungskompetenz der nationalen Gerichte ist hingegen abzulehnen, da sie einen zu starken Eingriff in die Autonomie des Unionsrechts und in das Verwerfungsmonopol des *EuGH* darstellt und zu widersprüchlichen Entscheidungen führen könnte.

Der Vorschlag des umgekehrten Vorabentscheidungsverfahrens ist zu befürworten. Im Fall *Borelli* hätte der Kläger nach diesem Lösungsvorschlag lediglich eine Nichtigkeitsklage gegen den abschließenden Kommissionsbeschluss erheben müssen. Das *EuG* wäre dann ermächtigt gewesen, inzident die Vereinbarkeit des nationalen Verwaltungshandelns mit Unionsrecht zu prüfen.<sup>169</sup> Fragen bezüglich der Auslegung des nationalen Rechts hätte das *Gericht* dann im Wege des umgekehrten Vorabentscheidungsverfahrens an das zuständige nationale Gericht vorlegen müssen.<sup>170</sup> Somit bliebe trotz Prüfungs- und Ersetzungskompetenz des *EuG* die institutionelle und prozedurale Autonomie der Mitgliedstaaten gewahrt. Eine dadurch entstehende verlängerte Verfahrensdauer vor den europäischen Gerichten könnte vermieden werden, indem nur spezielle nationale Gerichte, wie beispielsweise die letztinstanzlichen Gerichte, für die Entscheidung über solche Vorlagen der europäischen Gerichte zuständig wären.<sup>171</sup> Durch ein System von Vorabentscheidungsverfahren in beide Richtungen würden widersprüchliche Gerichtsentscheidungen vermieden und der Einzelne erhielte einen vereinfachten, lückenlosen Rechtsschutz.

Es wäre daher wünschenswert, dass der Unionsgesetzgeber tätig wird und die europäischen Verträge ändert, um so das Grundrecht des Einzelnen auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 47 GRCh, insbesondere hinsichtlich der Rechtswegklarheit und Entscheidung in angemessener Frist, auch gegen vertikal gestufte und gemischte Entscheidungen zu gewährleisten.

---

<sup>168</sup> Anders aber *Nöhmer* (Fn. 11), S. 307, 314, welche die Anfechtung der verbindlichen Entscheidung mit Präjudizwirkung für die nachgeordnete Behörde fordert.

<sup>169</sup> So auch die bevorzugte Lösung von *Nehl* (Fn. 9), S. 434.

<sup>170</sup> Ebenso *Hofmann* (Fn. 146), S. 159.

<sup>171</sup> So der Vorschlag von *Hofmann/Türk* (Fn. 161), S. 370.

#### D. Zusammenfassung und Ausblick

1. Im Europäischen Verwaltungsverbund trägt die vertikale Behördenkooperation auf nationaler und unionaler Ebene im Einklang mit Art. 298 Abs. 1 Var. 2 AEUV zur Steigerung der Verwaltungseffizienz bei und fördert einen kohärenten Verwaltungsvollzug. Gleichzeitig können gemischte und gestufte Entscheidungen aber auch zur Beeinträchtigung des Einzelnen in seinen grundrechtlichen Verfahrensgarantien aus Art. 41 GRCh und seinem Recht auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz aus Art. 47 GRCh führen.

2. Die Verfahrensgarantien stehen dabei in einem Spannungsverhältnis zur Verwaltungseffizienz und -kohärenz. Die Verflechtung von Entscheidungsbefugnissen in komplexen gestuften und gemischten Verfahren darf aber nicht dazu führen, dass der Einzelne in seinen Rechten aus Art. 41 GRCh verletzt wird. Vielmehr müssen die unterschiedlichen Interessen unter Berücksichtigung der jeweiligen bereichsspezifischen Besonderheiten in Ausgleich gebracht werden. Die Auflösung dieses Spannungsfeldes ist primär Aufgabe des europäischen Gesetzgebers.<sup>172</sup> Dabei bietet sich einerseits eine sekundärrechtliche Bereichskodifikation und andererseits eine Gesamtkodifikation des in Verbundverfahren geltenden allgemeinen europäischen Verwaltungsverfahrensrechts an. Da eine solche Kodifikation trotz der Entwicklungen in jüngerer Zeit, wie dem ReNEUAL-Musterentwurf (2014) und dem Entwurf des Europäischen Parlaments (2016), aber tendenziell nicht in den nächsten Jahren absehbar ist,<sup>173</sup> sind für die nahe Zukunft Bereichskodifikationen zu fordern, die der besonderen Problematik bei gestuften Entscheidungen Rechnung tragen. Insbesondere im Beihilfenaufsichtsrecht ist eine Anpassung der BVVO und der Rechtsprechungspraxis geboten, um verfahrensrechtliche Lücken zu schließen.

3. Das geltende prozessuale Trennungsprinzip erschwert es dem Einzelnen bei vertikalen Verbundentscheidungen, sein Grundrecht auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz aus Art. 47 GRCh wahrzunehmen. Diese Grundrechtsbeeinträchtigung durch die Kooperation zwischen der nationalen und unionalen Verwaltung ist jedoch rechtsstaatlich bedenklich. Daher wäre auch hier ein Tätigwerden des europäischen Gesetzgebers hinsichtlich einer Reform

---

<sup>172</sup> Anders wohl *Eckes/Mendes* (Fn. 22), S. 670, die ein Handeln der Rechtsprechung bevorzugen.

<sup>173</sup> Zu den aktuellen Perspektiven einer solchen Kodifikation siehe auch *Kahl* (Fn. 93), S. 1031 ff.

des Rechtsschutzsystems notwendig, um den Rechtsschutz der von gestuften und gemischten Verwaltungsentscheidungen Betroffenen zu verbessern.



**Moritz Clasen\***

## **Netzwerkdurchsetzungsgesetz – Überblick über zentrale Regelungen und etwaige Verbesserungsmöglichkeiten**

### **Abstract**

Um der zunehmenden Verrohung des öffentlichen Diskurses im Internet entgegenzuwirken, wagte der deutsche Gesetzgeber mit der Verabschiedung des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes am 30.6.2017 einen ersten Schritt hin zu einer stärkeren Regulierung des Meinungs Austausches in den sozialen Medien. Das Gesetz soll, unter anderem, die Durchsetzung des geltenden Strafrechts auf Online-Plattformen fördern und kontrollieren.

Seit dem ersten Gesetzesentwurf sieht sich das Netzwerkdurchsetzungsgesetz mit viel Kritik konfrontiert. Im Vordergrund stehen dabei mögliche Gefahren für die Meinungsfreiheit, speziell durch die Abwicklung der Regulierung über die privaten Anbieter der Online-Plattformen und die damit verbundenen Unsicherheiten für die Nutzer. Der nachfolgende Beitrag stellt die Regelungen und Ziele des Gesetzes vor, präsentiert verschiedene Kritikpunkte und diskutiert einige Lösungsansätze.

---

\* Der Verfasser studiert im achten Semester Rechtswissenschaft an der Universität Leipzig. Bei dem vorliegenden Beitrag handelt es sich um eine im Sommersemester 2021 im Rahmen eines Seminars zum IT- und Datenschutzrecht de lege ferenda bei *Dr. Barbara Sandfuchs* verfasste Studienarbeit. Der Beitrag wurde redaktionell betreut von stud. iur. *Carl-Friedrich Seelig*.

## A. Einführung

Der Sturm auf das Kapitol<sup>1</sup> und das Aufwiegeln von Demonstranten über Twitter,<sup>2</sup> Hasskommentare gegen deutsche Politiker und Politikerinnen wie *Renate Künast*,<sup>3</sup> die Radikalisierung und Selbstbestätigung von Coronaleugnern im Netz:<sup>4</sup> Diese Beispiele machen klar, welche Rolle soziale Medien für den öffentlichen Diskurs spielen und dass ihre Bedeutung auch für die gesellschaftliche und politische Realität nicht zu unterschätzen ist. Mit dem 2017 in Kraft getretenen Netzwerkdurchsetzungsgesetz (im Folgenden NetzDG) hat der deutsche Gesetzgeber eine zumindest in Europa einmalige Regelung zur Durchsetzung des Strafrechts im Internet geschaffen. Das Ziel des NetzDG, der Schutz des öffentlichen Diskurses und die Verhinderung einer drohenden oder schon vorhandenen Verrohung im digitalen Raum ist grundsätzlich sehr begrüßenswert und notwendig. Dennoch sind einige Problematiken gerade im Hinblick auf die Rolle der privaten Anbieter bei der Rechtsdurchsetzung und mögliche Gefahren für die Meinungsfreiheit und -vielfalt angemahnt worden.<sup>5</sup> Im Folgenden sollen daher die zentralen Regelungen des Gesetzes vorgestellt, die vielfältigen Probleme diskutiert und schlussendlich konstruktive Verbesserungsvorschläge erarbeitet bzw. aufgezeigt werden.

---

<sup>1</sup> *Steffens*, Sturm auf das Kapitol: Republikaner unter Schock, FAZ v. 7.1.2021, abrufbar unter: <https://www.faz.net/aktuell/politik/von-trump-zu-biden/sturm-auf-us-kapitol-in-washington-republikaner-unter-schock-17134183.html> (zuletzt abgerufen am 3.12.2022).

<sup>2</sup> *Deutsche Welle*, Die Twitter-Flucht der Trump-Anhänger, 13.1.2021, abrufbar unter: <https://www.dw.com/de/die-twitter-flucht-der-trump-anhaenger/a-56216858> (zuletzt abgerufen am 3.12.2022).

<sup>3</sup> *Hoppenstedt*, Künast siegt vor Gericht in Hate-Speech-Verfahren, SZ v. 24.3.2020, abrufbar unter: <https://www.sueddeutsche.de/digital/renate-kuenast-beleidigung-facebook-kammergericht-1.4855652> (zuletzt abgerufen am 3.12.2022).

<sup>4</sup> *Norddeutscher Rundfunk*, Verfassungsschutz: Corona-Leugner radikalieren sich zunehmend im Netz, 20.4.2021, abrufbar unter: <https://www.ndr.de/nachrichten/niedersachsen/Verfassungsschutz-Corona-Leugner-radikalieren-sich-im-Web,extremismus208.html> (zuletzt abgerufen am 3.12.2022).

<sup>5</sup> *Lang*, Netzwerkdurchsetzungsgesetz und Meinungsfreiheit, AÖR 143 (2018), 220 (225 ff.); *Paal/Hennemann*, Soziale Netzwerke in der Pflicht! Meinungsfreiheit in Gefahr?, *Analysen & Argumente* Nr. 326 (2018), S. 1 ff.; *Eijfert/Hoffmann-Riem/Schneider*, Netzwerkdurchsetzungsgesetz in der Bewährung: Juristische Evaluation und Optimierungspotential, 2020, S. 31 ff.

## B. Ziele, Strukturen und Regelungen

Kern des Gesetzes ist der Schutz des öffentlichen Diskurses im Internet.<sup>6</sup> Zusätzlich haben die Entwicklungen im US-Wahlkampf und in Deutschland, hauptsächlich die massenhafte Verbreitung von sog. „Fake News“ in sozialen Netzwerken,<sup>7</sup> den Gesetzgeber dazu bewegt, eine Regelung zu schaffen, um zumindest „strafbare Falschnachrichten“<sup>8</sup> besser verfolgen zu können. Wichtig für das Verständnis des NetzDG ist, dass es keine neuen Regelungen zur Sanktionierung von Fehlverhalten der Benutzer sozialer Netzwerke einführt. Vielmehr schafft es Compliance-Regeln für die Anbieter sozialer Netze, um die bereits bestehenden Straftatbestände, die in § 1 Abs. 3 NetzDG aufgeführt werden, besser bzw. überhaupt in digitalen Netzwerken verfolgen zu können.<sup>9</sup>

Umfasst ist ein breites Spektrum von staats- bzw. demokratiegefährdenden Straftaten über Beleidigung und üble Nachrede bis hin zur Verbreitung pornographischer Inhalte. Das NetzDG ist somit ein Instrument der Rechtsdurchsetzung. Zur Umsetzung werden verschiedene Mechanismen etabliert, die Unternehmen zur Entwicklung eines Beschwerde- und Nachverfolgungssystems für rechtswidrige Inhalte auf ihren Plattformen verpflichten. So zwingen § 2 NetzDG und § 3 NetzDG die Plattformbetreiber dazu, ein Verfahren zum Umgang mit rechtswidrigen Inhalten einzuführen und nachzuweisen. In halbjährlichen Berichten haben die Unternehmen, sofern sie über 100 Beschwerden erhalten, den Umgang mit diesen und die Anzahl der Beschwerden darzustellen. Ferner müssen sie gemäß § 3 NetzDG je nach Art und Deutlichkeit der Rechtswidrigkeit des Geposteten die Inhalte innerhalb bestimmter Fristen löschen. Verstöße gegen diese Auflagen werden mit den in § 4 NetzDG bezifferten Bußgeldern sanktioniert. Diese können, durch den Verweis auf § 30 Abs. 2 S. 3 OWiG, bis zu 50 Millionen € betragen, sind also als beachtlich anzusehen. Wichtig hierbei ist, dass nicht das Versagen im Umgang mit einzelnen in Frage stehenden Inhalten, sondern ein systematisches Versagen der Anbieter sanktioniert werden soll.<sup>10</sup> Das Gesetz richtet sich an die in § 1 Abs. 1 NetzDG legaldefinierten Telemedienanbieter, jedoch gemäß

---

<sup>6</sup> BT-Drucks. 18/12356, S. 1.

<sup>7</sup> Bundeszentrale für politische Bildung, Fake News, abrufbar unter: <https://www.bpb.de/themen/medien-journalismus/stopfakeneews/> (zuletzt abgerufen am 3.12.2022).

<sup>8</sup> BT-Drucks. 18/12356, S. 1.

<sup>9</sup> Ebd., S. 2.

<sup>10</sup> Paal/Hennemann (Fn. 5), S. 4.

§ 1 Abs. 2 NetzDG nur an solche mit mehr als 2 Millionen inländischen registrierten Nutzern.

Interessant ist ebenfalls der Mechanismus der regulierten Selbstregulierung. Gemäß § 3 Abs. 2 NetzDG muss der Anbieter offensichtlich rechtswidrige Inhalte innerhalb von 24 Stunden löschen. Bei nicht offensichtlich rechtswidrigen Inhalten hat der Internet-Intermediär 7 Tage zur Beurteilung und Löschung Zeit. Diese Frist kann nur überschritten werden, „wenn die Rechtswidrigkeit von der Unwahrheit einer Tatsachenbehauptung abhängt“<sup>11</sup> oder wenn die Plattform die Entscheidung über die Rechtswidrigkeit einer anerkannten Einrichtung der regulierten Selbstregulierung überträgt. Diese könnten mithin die Plattformen bei der Verantwortung für die im Einzelfall oft sogar für Juristen schwierigen Abwägungen über die Rechtswidrigkeit einer Aussage entlasten. Die genauen Anforderungen, welche an diese Einrichtungen gestellt werden, werden in § 3 Abs. 6–8 NetzDG erläutert. Die Verantwortung für die Anerkennung solcher Einrichtungen trägt hierbei, wie auch bei der Verteilung der Ordnungsgelder, das Bundesamt für Justiz (BfJ). Als erste Einrichtung einer regulierten Selbstregulierung wurde der Freiwillige Selbstkontrolle Multimedia-Diensteanbieter e. V. (FSM) im Frühjahr 2020 durch das BfJ zugelassen.<sup>12</sup> Der Medienintermediär ist jedoch nicht dazu verpflichtet, diese Bewertung an eine externe Stelle abzugeben. Er kann diese in der entsprechenden Frist auch selbst durchführen.

### C. Problematiken/Verbesserungen

Im Kern richtet sich die Kritik am NetzDG gegen die Gefährdung der Meinungsfreiheit der von Löschungen Betroffenen aus Art. 5 Abs. 1 GG.<sup>13</sup> Daneben werden jedoch auch mögliche Unvereinbarkeiten mit der Berufsfreiheit der Intermediäre, dem Gleichbehandlungsgrundsatz oder dem Bestimmtheitsgebot diskutiert.

---

<sup>11</sup> § 3 Abs. 2 Nr. 3 lit. a NetzDG.

<sup>12</sup> *lifePR*, FSM beginnt Arbeit als Selbstkontrolle nach NetzDG, 3.3.2020, abrufbar unter: <https://www.lifepr.de/inaktiv/freiwillige-selbstkontrolle-multimedia-diensteanbieter-ev-fsm/FSM-beginnt-Arbeit-als-Selbstkontrolle-nach-NetzDG/boxid/788860> (zuletzt abgerufen am 3.12.2022).

<sup>13</sup> *Lang* (Fn. 5), S. 225; *Paal/Hennemann* (Fn. 5), S. 1 ff.; *Eijfert/Hoffmann-Riem/Schneider* (Fn. 5) S. 31 ff.

## I. Formell

In formeller Hinsicht gibt es Differenzen darüber, ob dem Bund überhaupt eine Gesetzgebungskompetenz zustand bzw. zusteht. In der Gesetzesbegründung stützt der Bund seine Zuständigkeit ausdrücklich auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 4 GG (das Recht der Wirtschaft), Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG (die öffentliche Fürsorge) und im Hinblick auf die Strafverfolgung, Jugendschutz und Ordnungswidrigkeitsregelungen in § 4 NetzDG auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG (Strafrecht).<sup>14</sup> Dabei werden verschiedene Regelungen des NetzDG auf verschiedene Kompetenzen gestützt. Dem wird entgegengehalten, dass es sich bei dem Gesetz dem Kern nach, auf welchen es bei der Einordnung ankommt,<sup>15</sup> um eine Regelung zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit in den Medien handelt.<sup>16</sup> Grundsätzlich haben die Länder die Gesetzgebungskompetenz im Hinblick auf Organisation und Inhalt von Rundfunkveranstaltungen.<sup>17</sup> Diese Kompetenz lässt sich auch auf gesetzliche Inhaltsregelungen gegenüber Internetanbietern übertragen.<sup>18</sup> Wäre dies also der Schwerpunkt des Gesetzes, käme den Ländern die Gesetzgebungskompetenz zu.<sup>19</sup>

Entscheidend ist daher, in welchen Bereich das Gesetz einzuordnen ist. Liegt der Schwerpunkt auf der Regulierung der Gewerbetätigkeit von sozialen Netzwerken und auf der Durchsetzung von Bundesrecht, kann die Gesetzgebungskompetenz des Bundes bejaht werden. Steht die meinungsordnende Komponente im Vordergrund, muss die Bundesgesetzgebungskompetenz verneint werden.<sup>20</sup> Beide Effekte sind eng miteinander verbunden. Richtig ist, dass das NetzDG sich das Ziel setzt, die Verrohung der Debattenkultur zu verhindern. Somit hat es

---

<sup>14</sup> BT-Drucks. 18/12356, S. 13; *Iwers/Lachleitner*, Netzwerkdurchsetzungsgesetz, Gutachten des Parlamentarischen Beratungsdienstes des Landtages Brandenburg, 2019, S. 8.

<sup>15</sup> *BVerfG*, Urt. v. 12.3.2008 – 2 BvF 4/03, Rn. 80 (juris).

<sup>16</sup> *Iwers/Lachleitner* (Fn. 14), S. 18.

<sup>17</sup> *BVerfGE* 12, 205 (225).

<sup>18</sup> *Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages*, Zuständigkeiten von Bund, Ländern und der EU im Medien- und Telekommunikationsrecht, 2007, S. 5, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/414758/56625ce3f32429cedc2ca5def04f87a1/wd-10-029-07-pdf-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 3.12.2022).

<sup>19</sup> *Buchheim*, Anfängerhausarbeit – Öffentliches Recht: Grundrechte – Zensor wider Willen?, *JuS* 2018, 548 (552).

<sup>20</sup> *Ebd.*

eindeutig eine medienordnende Tendenz.<sup>21</sup> Fraglich ist folglich, wo die Grenze zwischen Medienordnung und Strafrechtsdurchsetzung zu ziehen ist. Die Verrohung des öffentlichen Diskurses zu verhindern, ist auch ein Ziel des Strafrechts. Das Gesetz verweist auf strafrechtliche Tatbestände, führt jedoch keine (neuen) medienordnenden Regelungen, zumindest mit Blick auf die Benutzer, ein. Zwar können die Täter gerechtfertigt oder aufgrund fehlenden Antrages nicht zu verfolgen sein, dennoch steht die Strafverfolgung im Vordergrund.<sup>22</sup> Die Durchsetzung des Strafrechtes hat dabei auch einen medienordnenden Effekt. Aufgrund dieses Effektes die Gesetzgebungskompetenz des Bundes abzulehnen, überzeugt jedoch nicht.

Ebenfalls werden gewerberechtliche Ziele, wie Risikobegrenzung bzw. -vorbeugung, umgesetzt, sodass insgesamt von einer Bundesgesetzgebungskompetenz ausgegangen werden kann.<sup>23</sup> Das Gesetz ist ebenfalls zur Wahrung der Wirtschaftseinheit im Bundesgebiet als Bundesgesetz erforderlich, da sonst vermutlich in andere Bundesländer zur Umgehung der Maßnahmen ausgewichen werden würde.<sup>24</sup> Eine formelle Verfassungswidrigkeit liegt daher nicht vor.

## II. Materiell

In materieller Hinsicht werden vor allem die Gefahren für die Meinungsfreiheit aus Art. 5 I GG diskutiert, welche sich aus dem Gesetz ergeben könnten. Auf dieser Kritik und den damit verbundenen Verbesserungsvorschlägen soll das Hauptaugenmerk der nachfolgenden Betrachtung liegen.

---

<sup>21</sup> *Ladeur/Gostomzyk*, Gutachten zur Verfassungsmäßigkeit des Entwurfs eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz – NetzDG) i. d. F. v. 16.5.2017 – BT-Drucks. 18/12356, S. 16.

<sup>22</sup> Anders: *Ladeur/Gostomzyk* (Fn. 21), S. 18.

<sup>23</sup> *Iwers/Lechleitner* (Fn. 14), S. 16 ff.; *Buchheim* (Fn. 19), S. 552.

<sup>24</sup> *Ebd.*

Daneben werden Verstöße des Gesetzes gegen die Berufsfreiheit aus Art. 12 GG<sup>25</sup>, gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz aus Art. 3 Abs. 1 GG<sup>26</sup> und gegen das Bestimmtheitsgebot aus Art. 20 Abs. 3 GG<sup>27</sup> angemahnt.

### 1. Meinungsfreiheit

Der Schutzbereich der Meinungsfreiheit und der Begriff der Meinung sind grundsätzlich weit zu verstehen. Umfasst sind auch Tatsachenbehauptungen, soweit sie Voraussetzung für die Meinungsbildung und solange sie nicht bewusst unwahr sind.<sup>28</sup> Geschützt ist die Kommunikation in allen Bereichen.<sup>29</sup> Insoweit sind auch Beiträge in sozialen Medien von der Meinungsfreiheit geschützt, solange die Beitragsverfasser nicht nur interesselose Vermittler sind.<sup>30</sup> Der Schutz gilt ebenso für Äußerungen inländischer juristischer Personen und solcher aus dem EU-Ausland.<sup>31</sup>

In dem der Rechtsdurchsetzung dienenden Gesetz müsste ein Eingriff in besagten Schutzbereich vorliegen.<sup>32</sup> Gemäß §§ 823 Abs. 1, 1004 Abs. 1 S. 2 BGB analog besteht ohnehin eine Pflicht der Plattformbetreiber zur Löschung rechtswidriger Inhalte.<sup>33</sup> Teilweise wird vertreten, es entstände durch die Verpflichtung, ein System der Kontrolle von Inhalten nachzuweisen, keine neue Grundrechtseinschränkung.<sup>34</sup> Weiterhin umfasse das NetzDG nur die Verpflichtung zur Löschung von rechtswidrigen Inhalten, sodass bei der Löschung von rechtmäßigen Inhalten der mögliche Eingriff nicht dem Staat zugerechnet werden könne.<sup>35</sup> Das Gesetz wäre somit gar nicht in der Lage, die Meinungsfreiheit der Betroffenen einzuschränken. Diese Einschätzung wird

---

<sup>25</sup> *Ladeur/Gostomzyk*, Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz und die Logik der Meinungsfreiheit, K&R 2017, 390 (392 f.).

<sup>26</sup> *Nolte*, Hate Speech, Fake News, das Netzwerkdurchsetzungsgesetz und Vielfaltsicherung durch Suchmaschinen, ZUM 2017, 552 (560); *Ladeur/Gostomzyk* (Fn. 25), S. 394; *Liesching*, Die Durchsetzung von Verfassungs- und Europarecht gegen das NetzDG, MMR 2018, 26 (28).

<sup>27</sup> *Ladeur/Gostomzyk* (Fn. 25), S. 391 f.; *Liesching* (Fn. 26), S. 26 f.; *Nolte* (Fn. 26), S. 560.

<sup>28</sup> *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, 16. Aufl. 2020, Art. 5 Rn. 6.

<sup>29</sup> *Ebd.*

<sup>30</sup> *Ebd.*, Rn. 13.

<sup>31</sup> *Ebd.*, Rn. 14.

<sup>32</sup> *Lang* (Fn. 5), S. 227 f.

<sup>33</sup> *BGH*, Urt. v. 1.3.2016 – VI ZR 34/15, Leitsätze (juris).

<sup>34</sup> *Kubiciel*, Neuartige Sanktionen für soziale Netzwerke? Der Regierungsentwurf zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken, *JurisPR-StrafR* 7/2017 Anm. 1, III 3.

<sup>35</sup> *Ebd.*

jedoch zurecht abgelehnt. Begründet wird dies damit, dass der Staat durch die Rahmensetzung bzw. Einführung eines Verfahrens zur Löschung von Inhalten ebenfalls Einfluss darauf nimmt, welche Inhalte gelöscht werden. Das Verfahren habe somit eine „Komplementärfunktion [...] für die Durchsetzung materieller Rechte“<sup>36</sup>. Besonders wenn das Verfahren ggf. mehr Anreize zur Löschung als zur Beibehaltung der Inhalte setzt, ist von einem zurechenbaren Eingriff durch das Gesetz auszugehen.<sup>37</sup>

*a) Overblocking/ Chilling Effects*

Fraglich ist daher zunächst, welche Gefahr für die Meinungsfreiheit von der Regelung bzw. dem festgelegten Verfahren ausgeht. Ein großes Problem wird in der Gefahr des sog. „Overblockings“ und der „Chilling Effects“<sup>38</sup> gesehen. Durch die Sanktionierung des Nichtlöschens von rechtswidrigen Beiträgen und der fehlenden Sanktionierung der Löschung von rechtmäßigen Inhalten setze das Gesetz den Anreiz, lieber zu viel als zu wenig zu löschen („Overblocking“). Durch die fehlende Sanktionierung von unberechtigten Löschungen und dem im NetzDG fehlenden Anspruch des Bürgers auf Wiederaufnahme seines Inhaltes bestünde die Gefahr, dass die Plattformanbieter auch von der Meinungsfreiheit gedeckte Inhalte löschen würden. Somit wäre die Meinungsfreiheit des zu Unrecht von Löschungen Betroffenen gefährdet.<sup>39</sup> Ebenso führten die kurzen Fristen zwischen 24 Stunden und 7 Tagen dazu, dass der Plattformbetreiber gar nicht die Möglichkeit habe, die einzelnen Beiträge sachgerecht zu bewerten.<sup>40</sup> Ferner führe die Gefahr, dass eigene Inhalte gelöscht werden oder eine Strafverfolgung droht, zur Selbstsanktionierung bzw. zu Abschreckungseffekten bei den Mitgliedern der Plattformen („Chilling Effects“), da diese ggf. weniger Inhalte posten würden.<sup>41</sup> Besonders mit Blick auf die Rolle, welche Plattformen wie Facebook oder Twitter für den öffentlichen Diskurs spielen, stellt dieses Verfahren nicht nur ein Problem für die Meinungsfreiheit des Einzelnen, sondern auch eine Gefahr für die politische bzw. gesellschaftliche Auseinandersetzung dar.<sup>42</sup>

---

<sup>36</sup> BVerfGE 73, 280 (296).

<sup>37</sup> Lang (Fn. 5), S. 228.

<sup>38</sup> Paal/Hennemann (Fn. 5), S. 6.

<sup>39</sup> Ebd.

<sup>40</sup> Eijfert/Hoffmann-Riem/Schneider (Fn. 5), S. 35.

<sup>41</sup> Paal/Hennemann (Fn. 5), S. 6.

<sup>42</sup> Ebd.; Eickelmann/Grashöfer/Westermann, ZfM 2017, 177 (182 f.).



Der Warnung vor den Gefahren des „Overblockings“ und der „Chilling Effects“ wird einerseits entgegengehalten, dass das NetzDG gerade an ein systematisches Versagen anknüpft und nicht an die unberechtigte Löschung von einzelnen Inhalten, sodass die Unternehmen, auch aus wirtschaftlichen Gesichtspunkten, wohl eher an der Einrichtung eines ausgewogenen Systems interessiert sein sollten.<sup>43</sup> Weiterhin könnte sich der Nachweis eines systematischen Fehlverhaltens ohnehin schwierig gestalten.<sup>44</sup> Zum anderen wird hervorgehoben, dass das Gegenteil des „Overblockings“, das „Underblocking“, also das Löschen von zu wenigen rechtswidrigen Inhalten, mindestens ebenso problematisch wäre.<sup>45</sup> Eine Vielzahl an persönlichkeitsrechtsverletzenden Beiträgen bliebe in diesem Fall bestehen.<sup>46</sup> Zuletzt lässt sich festhalten, dass sich das Problem auch in der Anwendung des NetzDG nicht gezeigt hat.<sup>47</sup> Die Anzahl der Beschwerden über fehlerhafte Löschungen blieb hinter den Erwartungen des Gesetzgebers zurück,<sup>48</sup> während die Löschquote, also der Anteil der gelöschten Inhalte an den gemeldeten Inhalten im Zeitraum: Januar – Juni 2022 zwischen ca. 14 % (Twitter und Facebook) und ca. 20 % (Google/YouTube) lag.<sup>49</sup> Zwar besteht die Gefahr der Beeinträchtigung der Meinungsfreiheit, diese ist jedoch nur mittelbar auf den Gesetzgeber zurückzuführen und hat sich in der Praxis nicht gezeigt. Ferner konnten die Plattformbetreiber schon bisher Inhalte löschen.<sup>50</sup>

<sup>43</sup> Paal/Hennemann (Fn. 5), S. 6; Lang (Fn. 5), S. 234 f.

<sup>44</sup> Ebd.

<sup>45</sup> Lang (Fn. 5), S. 232 f.

<sup>46</sup> Ebd.

<sup>47</sup> Eifert/Hoffmann-Riem/Schneider (Fn. 5), S. 78; Paal/Hennemann (Fn. 5), S. 7.

<sup>48</sup> Meixner/Figge, Das deutsche Netzwerkdurchsetzungsgesetz: Gesetzgeberische Motive, Aufbau und erste Erfahrungen, Notes de Cerfa Nr. 149 (2019), S. 21.

<sup>49</sup> Google, Transparenzbericht Youtube, abrufbar unter: <https://transparencyreport.google.com/netzdg/youtube> (zuletzt abgerufen am 3.12.2022); Twitter, Netzwerkdurchsetzungsgesetzbericht, abrufbar unter: <https://transparency.twitter.com/content/dam/transparency-twitter/country-reports/germany/NetzDG-Jan-Jun-2022.pdf> (zuletzt abgerufen am 3.12.2022); Facebook, Transparenzbericht Facebook, abrufbar unter: <https://de-de.facebook.com/help/1057152381103922> (zuletzt abgerufen am 3.12.2022).

<sup>50</sup> Zur Frage der Grundrechtsbindung sozialer Netzwerke beim Löschen von Inhalten siehe Schiek, Von der mittelbaren Drittwirkung zur unmittelbaren Grundrechtsbindung Privater? – Inhaltserfernung und Sperren in sozialen Netzwerken, StudZR-WissOn 2021, 61 ff.; Brandwein, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Grundrechtsbindung privater Akteure, StudZR-WissOn 2022, 106 ff.

*b) Private Richter und private Rechtsdurchsetzung*

In engem Zusammenhang zur „Overblocking“-Gefahr steht die Problematik des „vorläufigen privaten Richters“. Während die Internet-Intermediäre unter geringen Anforderungen Inhalte löschen können, steht dem Betroffenen zur Wiedereinsetzung seines (zu Unrecht) gelöschten Posts nur der Weg über die Gerichte offen. Von der Geltendmachung eigener Ansprüche, wird er jedoch aufgrund des Aufwandes und der hohen Kosten im Regelfall absehen.<sup>51</sup> Dadurch sind die Entscheidungen der Plattformanbieter zwar überprüfbar, in der Praxis kommt ihnen jedoch eine Quasi-Jurisdiktion zu. Sowohl im Hinblick auf den durchschnittlichen Benutzer als auch auf Persönlichkeiten der Öffentlichkeit besteht eine Gefahr darin, den Unternehmen die selbstständige Entscheidung über Löschungen von Inhalten zu überlassen. Dies wird auch deutlich, wenn man sich die Sperrung des Twitterkontos des ehemaligen US-Präsidenten *Donald Trump* vergegenwärtigt.<sup>52</sup> Unabhängig davon, wie man zu den Inhalten des ehemaligen Präsidenten steht, erscheint es doch zumindest zweifelhaft, ob ein privates Unternehmen ohne hoheitlich rechtliche Prüfung eine für die Öffentlichkeit so entscheidende Maßnahme vornehmen können/dürfen sollte. Private Plattformbetreiber können so direkten Einfluss auf die Meinungsbildung nehmen. Für den Präsidenten *Trump* war Twitter eines der wichtigsten, wenn nicht gar das wichtigste Medium, zur Verbreitung seiner politischen Botschaften.<sup>53</sup>

Ebenso und damit zusammenhängend wird die Gefahr der Beeinträchtigung der Meinungsfreiheit in der Übertragung der Rechtsdurchsetzung im Internet an private Unternehmen hervorgehoben. Gemeint ist die Problematik, dass die Internet-Intermediäre die Daten der betroffenen Personen nicht an die Strafverfolgungsbehörden weitergeben müssen. Schnelles Löschen kann eine effektive Strafverfolgung erschweren.

Auch hinsichtlich dieser beiden Problematiken wird zurecht betont, dass auch schon vor Einführung des NetzDG die Intermediäre über das Konstrukt der Intermediär- bzw. Störerhaftung zur rechtlichen Prüfung von Inhalten, die ihnen

---

<sup>51</sup> Lang (Fn. 5), S. 247 f.

<sup>52</sup> *Tagesschau*, Twitter sperrt Trump „dauerhaft“, 9.1.2021, abrufbar unter: <https://www.tagesschau.de/ausland/amerika/twitter-sperrt-trump-101.html> (zuletzt abgerufen am 3.12.2022).

<sup>53</sup> *Török*, Trump-Twitter-Populismus, in: *kommunikation.medien*, 8. Ausgabe/2017, S. 5 f., abrufbar unter: <https://eplus.uni-salzburg.at/JKM/content/tit-leinfo/2062094/full.pdf> (zuletzt abgerufen am 3.12.2022).

gemeldet wurden, verpflichtet waren und ein berechtigtes Interesse daran haben, die Inhalte auf ihren Plattformen beurteilen und löschen zu können.<sup>54</sup> Auch in der Praxis sind die Beschwerden nach den Community-Guidelines der Betreiber selbst in deutlich höherer Anzahl eingegangen, sodass die Beurteilung der Inhalte nach dem NetzDG eine eher untergeordnete Rolle spielt.<sup>55</sup> Insgesamt ist aus den genannten Gründen davon auszugehen, dass der mittelbare Eingriff in die Meinungsfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 1 GG durch das NetzDG zumindest nicht zwingend als unangemessen anzusehen wäre. Im Hinblick auf die Erforderlichkeit, also die Frage nach milderem, gleich geeigneten Mitteln, müssen dennoch einige Vorschläge betrachtet werden, welche einen besseren Ausgleich zwischen Meinungsfreiheit und Persönlichkeitsschutz schaffen könnten.

*c) Verbesserungsvorschläge*

Auch wenn das Problem des „Overblockings“ in der Praxis wohl nicht auftrat, bleibt die grundsätzlich problematische Struktur des NetzDG bestehen. Während es mit Blick auf ein mögliches „Underblocking“ ebenfalls nicht förderlich wäre, die Löschung von rechtmäßigen Inhalten zu sanktionieren, sollte dem Betroffenen dennoch ein leichter Weg zur Wiederherstellung seines Beitrages offenstehen. Dadurch könnte auch das Missverhältnis zwischen privater Löschung und gerichtlicher Anspruchsdurchsetzung und damit verbunden das Problem des privaten Richters im Hinblick auf die rechtswidrigen, nach dem NetzDG behandelten Inhalte, zumindest relativiert werden. Der Vorschlag eines vereinfachten Verfahrens zur schnellen Wiederherstellung der Inhalte ist daher durchaus richtig und wichtig.<sup>56</sup> Konkret sollte es einen direkten Anspruch des Betroffenen auf Wiedereinsetzung seines Inhaltes aus dem NetzDG geben. Ausgenommen von diesem Anspruch sollten offensichtlich rechtswidrige Inhalte sein, obwohl sich später zeigen wird, dass auch diese Abgrenzung Probleme birgt.<sup>57</sup> Alle anderen grenzwertigen Inhalte sollten erneut der zuständigen Stelle überwiesen und schnellstmöglich bearbeitet werden. Somit würde nicht nur eine gute Balance aus „Over- und Underblocking“ geschaffen, sondern auch die Meinungsfreiheit der Betroffenen besser geschützt.<sup>58</sup> Ebenso muss ein ausgeglichenes System zur Überwachung der Inhaltskontrolle eingerichtet werden, ohne die ordentlichen Gerichte noch weiter zu überlasten. Teilweise wird vorgeschlagen, sog. „Cyber Courts“ einzuführen, welche als

<sup>54</sup> Paal/Hennemann (Fn. 5), S. 6 f.

<sup>55</sup> Nachweise in Fn. 49.

<sup>56</sup> Lang (Fn. 5), S. 195; Paal/Hennemann, (Fn. 5), S. 10.

<sup>57</sup> Lang (Fn. 5), S. 248.

<sup>58</sup> Ebd.; Paal/Hennemann (Fn. 5), S. 10; Eijfert/Hoffmann-Riem/Schneider (Fn. 5), S. 195.

private Schiedsgerichte fungieren und nach festgelegten Regeln über Rechtstreitigkeiten entscheiden.<sup>59</sup> Ebenso gibt es Vorschläge, öffentlich-rechtliche Anlaufstellen, wie die Landesmedienanstalten, als Beschwerdestellen zu etablieren<sup>60</sup> oder durch ein sog. Co-Regulierungsmodell, ähnlich wie im Jugendschutzrecht, also durch den Ausbau der regulierten Selbstregulierung, einen Zwischenweg zu finden.<sup>61</sup>

Insgesamt erscheint ein Co-Regulierungsmodell und der Ausbau von Stellen wie denen des FSM als der richtige Ansatz. Richtig ist, dass auf diese Weise eine neue Ebene der Gerichtsbarkeit eingeführt würde. Dennoch erscheint diese Hybrid-Lösung, welche im Ansatz vom Gesetzgeber auch schon eingeführt wurde, als die beste Lösung. Nur so kann die extreme Menge an Beschwerden bearbeitet werden. Eine Co-Regulierung ist ein guter Ausgleich aus Transparenz und Unabhängigkeit, sowie staatlicher Kontrolle und Effizienz. Zumindest sollte dieser Möglichkeit eine Chance gegeben werden. Sollten Probleme auftreten, könnte immer noch auf ein System mit rein hoheitlicher Kontrolle umgestellt werden.<sup>62</sup> Hinzu kommt, dass es wichtig ist, die Meldungen bzw. Löschungen nach den Community-Guidelines, also nach den unternehmenseigenen Regelungen, von solchen nach Maßstab des NetzDG zu unterscheiden, deren Anzahl zu veröffentlichen und einige anonymisierte Beschwerden genauer zu betrachten. So könnte man sich ein besseres Bild über den tatsächlichen Umgang der Plattformen mit Beschwerden machen.<sup>63</sup> Zuletzt sollten die Anbieter dazu verpflichtet werden, verfolgte strafbare Inhalte an die Strafverfolgungsbehörden zu melden, um eine effektive Strafverfolgung zu gewährleisten. Besonders im Hinblick darauf, dass ein Großteil der gemeldeten und als rechtswidrig befundenen Inhalte gegen den Volksverhetzungstatbestands des § 130 StGB (der kein Antragsdelikt darstellt) verstießen, ist dies von zentraler Bedeutung.<sup>64</sup>

---

<sup>59</sup> *Ladew*, Netzwerkrecht als neues Ordnungsmodell des Rechts, in: Eifert/Gostomzyk, Netzwerkrecht: Die Zukunft des NetzDG und seine Folgen für die Netzwerkkommunikation, 2018, S. 169 (172 f.).

<sup>60</sup> *Brings-Wiesen*, Wider ein Wirrwarr der Regulierung, 2017, abrufbar unter: <https://www.juwiss.de/40-2017/> (zuletzt abgerufen am 3.12.2022).

<sup>61</sup> *Hain/Ferreau/Brings-Wiesen*, Regulierung sozialer Netzwerke revisited, K&R 2017, 433 (435 ff.).

<sup>62</sup> *Ebd.*

<sup>63</sup> *Löber/Roßnagel*, Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz in der Umsetzung, MMR 2019, 71 (75).

<sup>64</sup> *Ebd.*

*d) Grundsätzliche Überlegungen*

Besonders vor dem Hintergrund, dass der Gesetzgeber die Verbesserung der Debattenkultur als eines der Hauptziele des Gesetzes nennt,<sup>65</sup> soll auch grundsätzlich überlegt werden, ob das NetzDG zur Lösung dieses Problems, besonders infolge der Gefährdung der Meinungsfreiheit, überhaupt den richtigen Ansatz findet.

Teilweise wird gefordert, den öffentlichen Diskurs auch im Internet offen zu halten und gerade nicht durch Löschungen einzuschränken.<sup>66</sup> Teilweise wird eine neu geartete privatrechtliche Rechtsverfolgung als vorzugswürdig angesehen.<sup>67</sup> Richtig ist, dass durch die Struktur des Gesetzes und die damit verbundene Motivation zur Löschung und Ausblendung problematischer Inhalte eine Gefahr für den öffentlichen Diskurs im Internet entsteht. In einer „analogen“ Diskussion können andere zwar wegen rechtswidriger Äußerungen verklagt bzw. angezeigt oder an der Wiederholung der Aussage gehindert, die Aussage jedoch nicht entfernt werden. Ebenso bestehen solche Tendenzen des Ausblendens bereits durch die Problematik der Filterblasen, in welchen sich Meinungen nur gegenseitig bestärken, ohne mit anderen Ideen konfrontiert zu werden.<sup>68</sup> Ein Aufbruch solcher Strukturen und eine Kampagne zur Verbesserung des öffentlichen Diskurses im Internet könnte daher, besonders im Hinblick auf die steigende Relevanz von oftmals nicht rechtswidrigen „Fake News“, vorzugswürdig sein.<sup>69</sup>

Das eine muss das andere jedoch nicht ausschließen. Mit den oben genannten Verbesserungen wäre die Gefahr der Einschränkung der Meinungsfreiheit oder der Meinungsvielfalt gerade durch die Plattformbetreiber selbst deutlich geringer. Die im NetzDG eingeführten Verpflichtungen tragen so eher zu einer Verbesserung des öffentlichen Diskurses bei. Wenn sichergestellt ist, dass, zumindest zum großen Teil, nur die Veröffentlichung rechtswidriger Inhalte sanktioniert und verfolgt wird, könnte dies auch dazu beitragen, dass sich wieder

---

<sup>65</sup> BT-Drucks. 18/12356, S. 1.

<sup>66</sup> Eickelmann/Grashöfer/Westermann (Fn. 42), S. 184.

<sup>67</sup> Köbler, Fake News, Hassbotschaft und Co. – ein zivilprozessualer Gegenvorschlag zum NetzDG, AfP 2017, 282 (283 f.).

<sup>68</sup> Bundeszentrale für politische Bildung, Filterblase, abrufbar unter: <https://www.bpb.de/nachschlagen/lexika/lexikon-in-einfacher-sprache/303050/filterblase> (zuletzt abgerufen am 3.12.2022).

<sup>69</sup> Eickelmann/Grashöfer/Westermann (Fn. 42), S. 184.

mehr Menschen trauen, im Internet ihre Meinung zu äußern. Der Ansatz des NetzDG ist daher nicht als grundsätzlich falsch anzusehen.

Eine ausschließlich privatrechtliche Rechtsverfolgung ist ebenfalls abzulehnen. Auch oder besonders bei der Anwendung eines Formulars zur vereinfachten Geltendmachung eigener Ansprüche könnten die ordentlichen Gerichte das Aufkommen nicht bewältigen.<sup>70</sup> Die beste Lösung scheint, wie oben aufgeführt, eine erste Überprüfung durch die Plattformbetreiber selbst zu sein, gekoppelt mit einer unabhängigen Prüfung durch Einrichtungen der regulierten Selbstregulierung oder anderen unabhängigen transparent aufgebauten öffentlichen oder zumindest öffentlich überwachten Stellen in schwierigen Fällen.<sup>71</sup> Der Ansatz des NetzDG hat daher auch vor grundsätzlichen Erwägungen Bestand.

## 2. Berufsfreiheit

Daneben werden noch andere Verfassungsverstöße angemahnt, welche hauptsächlich die Rechte der Betreiber betreffen.

In Betracht kommt dabei ein ungerechtfertigter Eingriff in die Berufsfreiheit. Läge dieser vor, müssten die Anforderungen an die Plattformanbieter deutlich abgeändert werden. Das Gesetz verpflichtet die Plattformbetreiber dazu, Verfahren nachzuweisen und sicherzustellen, die die Kontrolle und Löschung von rechtswidrigen Inhalten bewirken. Dazu müssen diese neues Personal einstellen, weiterbilden und zusätzliche Organisationsstrukturen aufbauen. Die Netzwerkanbieter werden somit verpflichtet, einen sowohl finanziellen als auch organisatorischen Mehraufwand zu betreiben. Ein Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit liegt mithin vor. Dieser könnte jedoch gerechtfertigt sein. Gemäß Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG kann die Berufsausübungsfreiheit durch Gesetz eingeschränkt werden. Das Gesetz muss jedoch verfassungskonform sein. Die formelle Verfassungsmäßigkeit ist gegeben.<sup>72</sup> Das Gesetz müsste jedoch ebenso i. S. d. Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes aus Art. 20 Abs. 3 GG ein legitimes Ziel verfolgen, geeignet, erforderlich und angemessen sein. Das Ziel der Rechtsdurchsetzung im Internet sowie der Schutz des öffentlichen Diskurses sind, besonders mit Blick auf den Schutz der Persönlichkeitsrechte des Einzelnen, aber auch der Demokratie, als legitimes Ziel einzuordnen. Das Gesetz ist geeignet, dieses Ziel zumindest zu fördern. Im Hinblick auf den weiten

<sup>70</sup> Köbler (Fn. 67), S. 283 f.

<sup>71</sup> Eifert/Hoffmann-Riem/Schneider (Fn. 5), S. 193.

<sup>72</sup> Siehe oben C. I.

Gestaltungsspielraum, den die Plattformbetreiber bei der Art der Umsetzung der Vorschriften haben, ist ebenfalls davon auszugehen, dass es kein milderes, gleich geeignetes Mittel gibt, dass das Gesetz mithin erforderlich ist.<sup>73</sup> Sowohl das Ziel des Schutzes der Persönlichkeitsrechte Einzelner als auch der Schutz des öffentlichen Diskurses sind als sehr hochwertig einzuordnen. Den Internet-Intermediären kommt dabei eine besondere Rolle zu. Der dafür zu betreibende Aufwand ist dabei im Vergleich zu den Umsätzen, die die großen Plattformen erwirtschaften, nicht als unverhältnismäßig hoch anzusehen. Ferner wurde auch schon selbstständig von diesen begonnen, Überprüfungssysteme aufzubauen. Daher ist auch von der Angemessenheit des Gesetzes im Hinblick auf die Einschränkung der Berufsfreiheit auszugehen.<sup>74</sup>

### 3. Gleichbehandlungsgebot

Weiterhin wird ein Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot gemäß Art. 3 Abs. 1 GG diskutiert. Dadurch, dass nicht alle Unternehmen bzw. sozialen Netze, sondern nur solche in die Pflicht genommen werden, die mehr als zwei Millionen Nutzer haben und bei denen mehr als 100 Beschwerden eingehen, wird teilweise behauptet, die „großen“ Unternehmen würden gegenüber den anderen ungerechtfertigt benachteiligt.<sup>75</sup> Ebenso wird kritisiert, der Presseschutz werde in sozialen Netzwerken vernachlässigt bzw. es gäbe eine Ungleichbehandlung gegenüber „klassischen“ also meist gedruckt veröffentlichten Medien.<sup>76</sup> So seien zum Beispiel Flugblätter als Teil der Presse geschützt. Ähnliche Inhalte wie in physisch verbreiteten Flugblättern könnten jedoch auf Online-Plattformen ohne umfassende staatliche Kontrolle gelöscht werden. Bei der Benachteiligung gegenüber „klassisch“ verbreiteten Medien werden daher die Staatsfreiheit und der fehlende Schutz vor hilfspolizeilichen Löschungen angemahnt.<sup>77</sup> Die Internetanbieter hätten so eine mit der Pressefreiheit nicht vereinbare Kontrollfunktion über redaktionelle Inhalte, da sie diese einfach löschen könnten. Allerdings gilt auch in sozialen Netzwerken die Pressefreiheit und diese findet auch dort ihre Grenzen in der Verletzung von Grundrechten anderer.

Die Ansicht, andere Medien wie der Rundfunk hätten eine deutlich größere Wahrnehmungreichweite als einzelne Beiträge in sozialen Medien, sodass eine

---

<sup>73</sup> *Buchheim* (Fn. 19), S. 554.

<sup>74</sup> *Ebd.*

<sup>75</sup> *Nolte* (Fn. 26), S. 560.

<sup>76</sup> *Ladeur/Gostomzyk* (Fn. 25), S. 394.

<sup>77</sup> *Ebd.*

schärfere Regelung im digitalen Raum ungerechtfertigt sei, ist in Teilen schlichtweg falsch.<sup>78</sup> Viele Beiträge in sozialen Netzen entwickeln um ein Vielfaches mehr Reichweite als der Rundfunk oder Zeitungsbeiträge.<sup>79</sup> Auch die Gefahr der Perpetuierung rechtswidriger Situationen ist, besonders infolge schnellen Teilens und Verbreitens im Vergleich zu klassischen Medien, erhöht.<sup>80</sup> Es ist auch anzunehmen, dass in Zukunft immer mehr Informationen über soziale Medien und weniger über „klassische Medien“ zu den Menschen gelangen werden. Eine Besonderheit des Internets ist durchaus gegeben, sie ist gerade Grund dieses Gesetzes. Die Begründung des Gesetzgebers läuft insofern nicht ins Leere.<sup>81</sup> Insgesamt ist, selbst wenn wegen einer Vergleichbarkeit der Gruppen von einer Ungleichbehandlung auszugehen wäre, nicht von einer fehlenden Rechtfertigung auszugehen.

Die erstgenannte Erwägung wiegt schon schwerer. Es ist in der Tat fraglich, warum die Grenze genau bei zwei Millionen inländisch registrierter Nutzer zu ziehen ist. Die Gesetzesbegründung führt dazu an, dass erst ab dieser Grenze von den nötigen Ressourcen und Kapazitäten zur Erfüllung der Regelungen ausgegangen werden kann.<sup>82</sup> Weiterhin sei ab dieser Grenze die besondere Perpetuierungsfunktion der Netzwerke, die zur Bedrohung des öffentlichen Diskurses führt, gegeben.<sup>83</sup> Mit diesen Argumenten und mit Blick darauf, dass Netzwerke wie Twitter, Facebook oder YouTube, zumindest gemessen an ihren Mitgliedszahlen, mit Abstand die wichtigste Rolle für den öffentlichen Diskurs im digitalen Raum spielen, ist die Ungleichbehandlung sicherlich noch zu rechtfertigen. Dennoch erscheint es sinnvoll, eine niedrigere Grenze zu setzen, da auch kleine Netzwerke erheblichen Einfluss auf die Meinungsbildung (wenn auch noch nicht in Deutschland) einzelner Gruppen haben können und sonst ggf. vermehrt als Ausweichmöglichkeiten in Erscheinung treten werden. Ein

---

<sup>78</sup> *Liesching* (Fn. 26), S. 27.

<sup>79</sup> *Neue Zürcher Zeitung*, Corona, die US-Wahlen und Videospiele: Diese Themen waren bei den Deutschen auf Twitter in diesem Jahr populär, 8.12.2020, abrufbar unter: <https://www.nzz.ch/technologie/corona-die-us-wahlen-und-videospiele-diese-themen-waren-auf-twitter-im-vergangenen-jahr-populaer-ld.1590881> (zuletzt abgerufen am 3.12.2022).

<sup>80</sup> *Doerr/Fouz/Friedrich*, Social Networks Spread Rumors in Sublogarithmic Time, 2011, abrufbar unter: <https://dl.acm.org/doi/pdf/10.1145/1993636.1993640> (zuletzt abgerufen am 3.12.2022).

<sup>81</sup> BT-Drucks. 18/12356, S. 12.

<sup>82</sup> *Ebd.*, S. 19.

<sup>83</sup> *Ebd.*



gutes Beispiel dafür ist der Mikroblogging-Dienst „Parler“, welcher eine Art „Twitter-Clon“<sup>84</sup> darstellt und damit wirbt, keinerlei Kontrolle über die geposteten Inhalte auszuüben. In Amerika ist er damit besonders bei rechten Gruppierungen beliebt geworden.<sup>85</sup>

Insgesamt ist eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes jedoch nicht anzunehmen.

#### 4. Bestimmtheitsgebot

Ebenso wird kritisiert, dass der Begriff der offensichtlichen Rechtswidrigkeit der Inhalte aus § 3 Abs. 2 Nr. 2 NetzDG gegen das Bestimmtheitsgebot des Grundgesetzes aus Art. 20 Abs. 3 GG verstößt, also klarer definiert sein müsste.<sup>86</sup> Dies gelte besonders deshalb, weil die Inhalte durch nicht juristisch ausgebildetes Personal überprüft und eingeordnet werden. Die Kritik ist durchaus angebracht. Selbst für Juristen ist die Abwägung von Meinungsfreiheit und Persönlichkeitsrechten oft schwierig. Auch die Erläuterung in der Gesetzesbegründung, offensichtlich rechtswidrig sei ein Inhalt, wenn es zur Feststellung der Rechtswidrigkeit keine vertiefte Überprüfung benötige,<sup>87</sup> ist wenig hilfreich. Auf der anderen Seite müssen die Betreiber nur ein Verfahren nachweisen, nach welchem offensichtlich rechtswidrige Inhalte innerhalb von 24 Stunden gelöscht werden. Wenn sie also zu dem Schluss kommen, ein Inhalt sei nicht offensichtlich rechtswidrig, ist darin nicht gleich ein Verstoß zu sehen. Weiterhin kann auch das Personal der Plattformbetreiber so geschult werden, zumindest die erste Schicht an besonders groben und kontextlosen Beleidigungen oder anderen Verstößen herauszufiltern. Zuletzt bedeutet die hohe Komplexität der Abwägung auch, dass eine andere Formulierung oder Regelung, nach welchen Kriterien etwas als offensichtlich rechtswidrig einzuordnen ist, unmöglich zu finden ist. Die jetzige Formulierung ist als ausreichend bestimmt anzusehen. Ein Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot liegt nicht vor.

---

<sup>84</sup> Brandt, Twitter versus rechte Clone, Statista v. 11.1.2022, abrufbar unter: <https://de.statista.com/infografik/26561/anzahl-der-nutzerinnen-von-mikroblogging-diensten/> (zuletzt abgerufen am 3.12.2022).

<sup>85</sup> Tagesschau, Parler wieder bei Google verfügbar, 3.9.2022, abrufbar unter: <https://www.tagesschau.de/ausland/amerika/parler-app-google-trump-101.html> (zuletzt abgerufen am 3.12.2022).

<sup>86</sup> Liesching (Fn. 26), S. 27.

<sup>87</sup> BT-Drucks. 18/12356, S. 22.

### III. Unionsrechtliche Problematiken

Auf unionsrechtlicher Ebene werden Verstöße gegen die E-Commerce-Richtlinie und die Dienstleistungsfreiheit aus Art. 56 AEUV angemahnt. Ebenso soll kurz das Verhältnis des NetzDG zum neuen Digital Services Act besprochen werden.

#### 1. E-Commerce-Richtlinie

In Teilen der Literatur wird davon ausgegangen, dass das NetzDG gegen die E-Commerce-Richtlinie (ECRL) 31/2000/EG verstößt.<sup>88</sup> In Art. 14 Abs. 1 lit. b ECRL werden die Mitgliedstaaten dazu verpflichtet, sicherzustellen, dass Dienstanbieter bei Kenntnisnahme von rechtswidrigen Inhalten in einem ihrer Dienste „unverzüglich“ tätig werden, um die Information zu entfernen oder den Zugang zu dem in Frage stehenden Inhalt zu sperren. Fraglich ist, ob die Fristen aus § 3 Abs. 2 NetzDG von 24 Stunden bis zu 7 Tagen dazu führen, dass die Unternehmen nicht unverzüglich tätig werden müssen und somit das NetzDG gegen die Vorgaben Richtlinie verstößt. Das Gesetz würde den Intermediären somit zu viel Zeit einräumen.

Allerdings wird in Erwägungsgrund 48 der E-Commerce Richtlinie die Möglichkeit offengelassen, dass die Mitgliedsstaaten von den Dienstanbietern verlangen, dass diese bei der Verfolgung von rechtswidrigen Inhalten, die nach vernünftigem Ermessen zu erwartende Sorgfalt anwenden. Zusammen mit der Öffnungsklausel in Art. 14 Abs. 3 ECRL, scheint es der Richtlinie nicht zu widersprechen, offene Rechtsbegriffe zur Gewährleistung eines ausgewogenen Systems im Rahmen nationaler Gesetze auszugestalten. Insoweit wurde die Fristenregelung bisher nicht beanstandet.<sup>89</sup> Vor dem Hintergrund, dass die Entscheidung über strittige Inhalte ohnehin vermehrt durch andere Stellen als die der Unternehmen selbst durchgeführt werden sollte, könnte auch diese Problematik so behoben werden. Dem verlangten, unverzüglichen Tätigwerden wäre dann mit der Weiterleitung an die zuständigen Stellen genüge getan. Außerdem wird auf einen möglichen Verstoß gegen das Herkunftslandprinzip gemäß Art. 3 Abs. 2 ECRL hingewiesen. Der Gesetzgeber ging jedoch davon aus, dass er gemäß Art. 3 Abs. 4 lit. a ECRL ausnahmsweise den freien Verkehr auch für Unternehmen aus Drittländern einschränken darf, um die

<sup>88</sup> *Spindler*, Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz, K&R 2017, 533 (535 f.); *Hain/Ferreau/Brings-Wiesen* (Fn. 61), S. 433 f.; *Liesching* (Fn. 26), S. 29.

<sup>89</sup> *Eijfert/Hoffmann-Riem/Schneider* (Fn. 5), S. 26.

Strafverfolgung im Netz zu ermöglichen.<sup>90</sup> Hier wird die Pauschalität des Gesetzes kritisiert, da Art. 3 Abs. 4 ECRL nur Ausnahmen für einzelne, spezifische Unternehmen erlaubt.<sup>91</sup> Dem ist insgesamt zuzustimmen, jedoch ist der Adressatenkreis des Gesetzes durch seine Zwei-Millionen-Grenze sehr eingeschränkt. Der Wortlaut der Richtlinie ist insofern allerdings eindeutig und verlangt gerade eine Betrachtung des Einzelfalls.<sup>92</sup> Dies ist in der abstrakt-generelle Regelung des NetzDG nicht gewährleistet. Ein Verstoß gegen Art. 3 ECRL liegt folglich vor.

## 2. Digital Services Act

Nun ist absehbar, dass mit dem Digital Services Act (DSA) eine europäische Regelung eingeführt wird, die eine einheitliche gesetzliche Grundlage für digitale Dienste darstellen soll und sich so auch mit dem Regelungsbereich des NetzDG überschneidet.<sup>93</sup> Dabei stellt sich nun vor allem die Fragen, ob neben dieser neuen Richtlinie überhaupt noch Platz für die nationale Regelung im NetzDG bleibt.

Der DSA könnte das NetzDG vollständig verdrängen, indem er diesem keine eigenen Regelungsräume mehr überlässt. Da der DSA eine europäische Verordnung darstellt, ist grundsätzlich von unmittelbarer Wirkung und somit auch Verdrängung der nationalen Regelungen in den regulierten Bereichen auszugehen. Soweit also Sachverhalte im DSA geregelt sind, darf der deutsche Gesetzgeber im NetzDG keine widersprechenden Regelungen treffen. Hier liegt nun auch ein entscheidender Unterschied zu den Unvereinbarkeiten mit der eCommerce-Richtlinie. Im Rahmen einer Richtlinie kann noch mit einem Umsetzungsspielraum argumentiert werden. Besonders mit Blick auf unbestimmte Rechtsbegriffe, wie das „unverzögerlich“ in Art. 14 Abs. 1 lit. b) ECRL, war es hier noch vertretbar, eine Konkretisierung dieser Begrifflichkeit durch ein nationales Gesetz zuzulassen. Anders ist es nun bei einer Verordnung,

---

<sup>90</sup> BT-Drucks. 18/12356, S. 14.

<sup>91</sup> *Spindler* (Fn. 88), S. 535 f.; *Hain/Ferreau/Brings-Wiesen* (Fn. 61), S. 433 f.; *Liesching* (Fn. 26), S. 29.

<sup>92</sup> *Ebd.*

<sup>93</sup> *Weiden*, Mehr Freiheit und Sicherheit im Netz: Gutachten zum Entwurf des Digital Services Act im Auftrag der Friedrich-Naumann-Stiftung für die Freiheit, 2022, S. 7, abrufbar unter: [https://shop.freiheit.org/download/P2@1201/553388/FNF%20DSA-Gutach-ten\\_150222\\_web%20final.pdf](https://shop.freiheit.org/download/P2@1201/553388/FNF%20DSA-Gutach-ten_150222_web%20final.pdf) (zuletzt abgerufen am 3.12.2022).

welche unmittelbar gilt. Hier ist eine solche Konkretisierung schwerer zu rechtfertigen.<sup>94</sup>

Der DSA übernimmt ein ähnliches System, wie es auch die eCommerce-Richtlinie einführt und ergänzt dieses um einige, wohl auch an das NetzDG angelehnte, Regelungen, wie die Pflicht zur Information der Betroffenen bei Löschung eines Inhaltes. Grundsätzlich bleibt es bei dem *Notice and Take Down*-Verfahren, also der Verpflichtung zur unverzüglichen Löschung nach Hinweis auf rechtswidrige Inhalte, vgl. Art. 5 Abs. 1 lit. b) DSA.<sup>95</sup> Anders als bei der ECRL lässt sich die Rechtmäßigkeit einer darüberhinausgehenden deutschen Regelung jetzt nur noch schwer begründen. Dies wird auch ersichtlich, wenn man sich die aus Art. 14 Abs. 3 ECRL in Art. 4 Abs. 2 DSA übernommene Öffnungsklausel ansieht. Diese wurde stark verkürzt. Eine eigenständige Festlegung des Lösungs- bzw. Sperrungsverfahrens durch die Mitgliedstaaten ist nun zumindest nicht mehr ausdrücklich erlaubt.<sup>96</sup> Somit ist dies wohl auch nicht mehr gewollt.

Der deutsche Gesetzgeber muss sich der Entscheidung des europäischen Gesetzgebers für diese weniger detaillierte Regelung beugen. Auch die Begründungspflicht (Art. 15 DSA), sowie die Pflicht zum Verfassen eines Transparenzberichtes (Art. 23 DSA), sowie die Benennung eines Bevollmächtigten (Art. 11 DSA) oder die Einrichtung eines Beschwerdeverfahrens (Art. 17 DSA) werden im Digital Services Act geregelt. Ebenso eine Pflicht zur Übermittlung von Informationen an Strafverfolgungsbehörden (Art. 15a DSA). Das NetzDG in jetziger Form wird somit größtenteils verdrängt werden.<sup>97</sup>

Die Kritik besonders mit Blick auf die Funktion der Online-Dienste als vorläufige Richter und die private Rechtsdurchsetzung lässt sich jedoch genauso gegen das System des DSA erheben.

---

<sup>94</sup> *Weiden*, Mehr Freiheit und Sicherheit im Netz: Gutachten zum Entwurf des Digital Services Act im Auftrag der Friedrich-Naumann-Stiftung für die Freiheit, 2022, S. 13, abrufbar unter: [https://shop.freiheit.org/download/P2@1201/553388/FNF%20DSA-Gutachten\\_150222\\_web%20final.pdf](https://shop.freiheit.org/download/P2@1201/553388/FNF%20DSA-Gutachten_150222_web%20final.pdf) (zuletzt abgerufen am 3.12.2022).

<sup>95</sup> *Ebd.*, S. 12.

<sup>96</sup> *Ebd.*, S. 14.

<sup>97</sup> *Kühne*, DSA statt NetzDG – Was ändert sich bei der Bekämpfung von Hassrede in sozialen Netzwerken, 2022, abrufbar unter: <https://www.juwiss.de/49-2022/> (zuletzt abgerufen am 3.12.2022).

### 3. Dienstleistungsfreiheit

Die teilweise vertretene Ansicht, es läge auch ein Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 56 AEUV vor, da keine zwingenden Gründe zur Einschränkung derselben vorlägen,<sup>98</sup> ist abzulehnen. Die Rechtsdurchsetzung im Internet, wenn auch mit einigen Fehlern, ist insgesamt als wichtiger und zwingender Grund einzustufen, da sie durchaus der Verrohung des Diskurses bzw. der Gesellschaft entgegenwirken, die freie Meinungsäußerung fördern und den gesellschaftlichen Zusammenhalt bzw. die Demokratie schützen kann.

### IV. Hypermedialität / Individual- und Massenkommunikation

Zuletzt sollen noch zwei allgemeine Probleme aufgegriffen werden. Dazu gehört zum einen der Umgang mit Kopien der strafbaren Inhalte (sog. Hypermedialität) und zum anderen die Unterscheidung von Individual- und Massenkommunikation durch das Gesetz.

Die Hypermedialität<sup>99</sup> beschreibt das Phänomen, dass verschiedene Aussagen bzw. Inhalte im Internet unbegrenzt oft kopiert und/oder anderweitig weiterverarbeitet und/oder -verbreitet werden können. Fraglich ist daher, inwieweit die Löschung von einzelnen Inhalten überhaupt zum Schutz des öffentlichen Diskurses beitragen kann, wenn andere denselben Inhalt weiterverbreiten können. Theoretisch ließe sich dies nur mit vorherigem Filtern verhindern, was jedoch im Hinblick auf eine mögliche Zensur noch weitaus problematischer wäre.<sup>100</sup> So oder so müsste eine Vielzahl an Inhalten kontrolliert werden. Besonders, wenn strafbare Beiträge kommentiert oder repostet werden, um an ihnen Kritik zu üben, ist das Löschen solcher Beiträge wieder problematisch. Zu Recht hat sich der Gesetzgeber daher von der in ersten Gesetzesentwürfen<sup>101</sup> noch enthaltenen Idee der Kopielöschungspflicht abgewendet. Natürlich kann somit nicht jeder Inhalt effektiv aus dem öffentlichen Diskurs ausgeschlossen werden. Allerdings ist auf diese Weise weiterhin die Auseinandersetzung mit den Beiträgen möglich. Nur der ursprüngliche Inhalt wird herausgenommen und der Verfasser bestenfalls verfolgt. Ferner kann auch ein Verbreiten der Inhalte selbst wieder z. B. als

---

<sup>98</sup> *Spindler* (Fn. 88), S. 535 f.; *Hain/Ferreau/Brings-Wiesen* (Fn. 61), S. 433 f.; *Liesching* (Fn. 26), S. 29.

<sup>99</sup> *Eickelmann/Grashöfer/Westermann* (Fn. 42), S. 179.

<sup>100</sup> *Nolte* (Fn. 26), S. 559.

<sup>101</sup> BT-Drucks. 18/13013, S. 8.

Verleumdung gem. § 187 StGB strafbar sein. Die Problematik der Hypermedialität schmälert jedoch den Effekt des NetzDG nicht in einem solchen Maße, dass die Regelung bzw. eine solche Art der Regulierung dadurch obsolet würde.

In Bezug auf die Abgrenzung von Massen- und Individualkommunikation wird teilweise angemahnt, das NetzDG sei zu ungenau.<sup>102</sup> In § 1 S. 3 NetzDG waren Plattformen zur Individualkommunikation bisher aus dem Anwendungsbereich des NetzDG ausgenommen. Dies birgt Unsicherheit. Wie verhält es sich zum Beispiel mit sogenannten „Over The Top“-Diensten, wie WhatsApp, Telegram oder Skype, welche nicht nur zur Individualkommunikation verwendet werden können?<sup>103</sup> Auch auf solchen Plattformen bzw. in größeren Gruppen werden viele problematische Inhalte geteilt. Der Ausschluss von Plattformen, die nur zur Verbreitung spezifischer Inhalte bestimmt sind, sei problematisch, da man so zur Umgehung des NetzDG Plattformen für die Diskussion eines Themas schaffen könne.<sup>104</sup> Das NetzDG strebt jedoch den Schutz des öffentlichen Diskurses an und nicht die Verfolgung von jeder im Internet begangenen Straftat. Gruppen, in denen in erheblichem Maße strafbare Inhalte verbreitet werden, werden ohnehin überwacht, sodass sie nicht in den Anwendungsbereich des NetzDG aufgenommen werden müssen. Dennoch ist es richtig, dass der Anwendungsbereich dahingehend präzisiert werden sollte. Aus denselben Gründen können auch Plattformen zur Verbreitung spezifischer Inhalte ausgeschlossen bleiben. Schutzziel bleibt der öffentliche Diskurs. Für kleinere Plattformern und Abspaltungen müssen andere Lösungen gefunden werden.

#### D. Fazit

Das NetzDG ist grundsätzlich ein Erfolg und Vorbild; was sich auch daran zeigt, dass sich viele Ansätze des Gesetzes, wie Beschwerdeverfahren aber auch die Verpflichtung zur Benennung eines Bevollmächtigten, im Digital Services Act wiederfinden.<sup>105</sup> Richtig bleibt jedoch auch bei der europäischen Regelung die Kritik, dass eine unabhängige erste Prüfung der Inhalte gewährleistet sein muss und die Ergebnisse der Berichte kritisch ausgewertet werden sollten. Das Problem des vorläufigen Richters und der privaten Rechtsdurchsetzung ist darin

---

<sup>102</sup> Paal/Hennemann (Fn. 5), S. 10.

<sup>103</sup> Ebd.

<sup>104</sup> Liesching, in: Spindler/Schmitz, TMG, 2. Aufl. 2018, § 1 NetzDG, Rn. 62.

<sup>105</sup> Spindler, Digitaler „Wumms“ aus Brüssel, NJW-Editorial v. 14.1.2021, abrufbar unter: <https://rsw.beck.de/aktuell/daily/magazin/detail/digitaler-wumms-aus-bruessel> (zuletzt abgerufen am 3.12.2022).

noch immer nicht gelöst. Dazu müsste das System grundsätzlich geändert werden.

Die Entscheidung des *Bundesgerichtshofs* die Community-Guidelines betreffend verdeutlicht, dass es im Zusammenhang der privaten Rechtsdurchsetzung der Plattformen auch über das NetzDG hinaus noch viele offene Fragen gibt.<sup>106</sup> Der *BGH* stellt hier zu Recht fest, dass auch die Löschungen nach den Kommunikationsstandards, welche die Plattformen über ihre allgemeinen Geschäftsbedingungen festlegen, einem gewissen System folgen müssen, um die Rechte der Betroffenen zu wahren. Die Rolle der Medienintermediäre für den öffentlichen Diskurs wird hier anerkannt.

Insgesamt werden das NetzDG und/oder nachfolgende Regelungen dem öffentlichen Diskurs im Internet, besonders in der Praxis, sicherlich mehr nützen als schaden. Allein die Auseinandersetzung mit der Thematik und der mutige erste Schritt, eine solche Regelung zu fassen, sind zu befürworten. Dennoch sollte man das System der privaten Rechtsdurchsetzung weiter kritisch begleiten, um vor allem die Anbieter sozialer Netze nicht zu Regulatoren des öffentlichen Diskurses werden zu lassen und die Möglichkeiten des Internets im Sinne der Meinungsfreiheit, aber auch im Sinne der Persönlichkeitsrechte eines jeden zu nutzen.

---

<sup>106</sup> *BGH*, Urt. v. 29.7.2021 – ZR III 179/20, Leitsätze (juris).

Fabian Schulz\*

**„Geeignet ist nur, wer vorbehaltlos die Beschlüsse der Partei- und Staatsführung anerkennt und bereit und fähig ist, sich unter Einsatz seiner ganzen Persönlichkeit für ihre Verwirklichung einzusetzen“ (MdJ DDR 1970) –  
Juristenausbildung in der DDR**

**Abstract**

Nach dem Beitritt der ostdeutschen Bundesländer zur Bundesrepublik Deutschland am 3. Oktober 1990 fand nicht nur die Deutsche Demokratische Republik, sondern mit ihr die 45 Jahre währende sozialistische Juristenausbildung ihr Ende. Ein Blick auf deren bewegte Geschichte und den stetigen Konflikt zwischen fachlicher und ideologischer Ausbildung lohnt sich auch über 30 Jahre nach der deutschen Wiedervereinigung. Dabei bietet die Analyse der Juristenausbildung eine einzigartige Möglichkeit, um zu verstehen, welche Anforderungen Partei und Staat an die sozialistischen Rechtsanwender stellten und was die Grundlage der juristischen Entscheidungsfindung sein sollte. Der Beitrag stellt die verschiedenen Phasen der Juristenausbildung in der DDR chronologisch dar. Besondere Berücksichtigung erfährt hierbei die universitäre Ausbildung in ihrem Streben um den neuen sozialistischen Juristen.

---

\* Der Verfasser studiert Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Der Beitrag entstand im Sommersemester 2020 im Rahmen des Seminars „Das Recht ist geleitet von den Interessen der Arbeiterklasse und ihrer Partei“ – Das Privatrecht in der DDR“ bei Prof. Dr. Christian Hattenbauer und wurde redaktionell betreut von stud. iur. *Deren Göral*.



## A. Einleitung und Ausgangslage

Der 8.5.1945 ist mit der bedingungslosen Kapitulation der Wehrmacht als Tag der Befreiung in die Geschichte eingegangen. Nun stellte sich die Frage, wie mit der nach 1933 zunehmend gleichgeschalteten Justiz und ihrem teilweise schwer belasteten Personal umgegangen werden sollte. Auch die Universitäten, welche vielerorts bereitwillig die Lehre an die völkisch-nationalsozialistische Ideologie angepasst hatten, standen auf dem Prüfstand.

In den westlichen Besatzungszonen zeigte sich zügig ein Trend zurück zu der Ausbildungspraxis der Weimarer Republik. Man entschied sich gegen eine reine Fachausbildung und für ein geisteswissenschaftliches Studium mit breitem Ansatz zur Ausbildung von selbständigem Denken.<sup>1</sup> Dies stand im Kontrast zur Sowjetischen Besatzungszone (SBZ), die Justiz und Lehre an den sozialistischen Rechtsbegriff anpassen wollte, der das Recht stets als Mittel zum Zweck der Herrschaftssicherung der Arbeiterklasse erachtet.<sup>2</sup>

Die Unterschiede zeigten sich bei der Frage der Entnazifizierung. Auf der Konferenz von Jalta vom 4. bis 11.2.1945 hatten die Alliierten eine konsequente Entnazifizierung der deutschen Öffentlichkeit einschließlich der Justiz beschlossen. Die am 9.6.1945 gegründete Sowjetische Militäradministration in Deutschland (SMAD) erließ am 4.9.1945 den Befehl Nr. 49, der verfügte, dass „bei der Durchführung der Reorganisation des Gerichtswesens sämtliche früheren Mitglieder der NSDAP aus dem Apparat der Gerichte und der Staatsanwaltschaft zu entfernen sind, ebenso Personen, welche an der Strafpolitik unter dem Hitlerregime unmittelbar teilgenommen hatten.“<sup>3</sup> Noch im Mai 1945 sind ca. 80 % der Richter und Staatsanwälte ehemalige NSDAP-Mitglieder gewesen, deren Anteil durch wellenartige Säuberungen bis 1948 auf 4,8 % gesenkt werden konnte.<sup>4</sup> Dies führte zu einem massiven Engpass an qualifiziertem Personal in der Justiz der SBZ. Auch der Einsatz von weitgehend juristisch ungebildeten, aber ideologietreuen Laien konnte den Bedarf nur

---

<sup>1</sup> *Heinemann/Müller*, Nordwestdeutsche Hochschulkonferenzen 1945 – 1948 I, 1990, S. 185; *Rückert*, Abbau und Aufbau der Rechtswissenschaft nach 1945, NJW 1995, 1251 (1256).

<sup>2</sup> *Buchholz*, Überlegungen zur künftigen Juristenausbildung in der DDR – und in einem einheitlichen Deutschland, ZRP 1990, 254 (256).

<sup>3</sup> *Aleksandrovich Belov*, Um ein antifaschistisch-demokratisches Deutschland, 1968, S. 142 f.

<sup>4</sup> *Anders/Görner/Kamin*, Der Kampf der Arbeiterklasse um die Demokratisierung der Justiz, NJ 1973, 65 (65); *Amos*, Justizverwaltung in der SBZ/DDR, Personalpolitik 1945 bis Anfang der 50er Jahre, 1996, S. 138 ff.

unzureichend decken.<sup>5</sup> Diese sogenannten Richter im Soforteinsatz machten 1945 fast 23 % der Richter und Staatsanwälte aus.<sup>6</sup> Zudem wurden zusätzlich ehrenamtliche Hilfsrichter aus den Reihen der Rechtsanwälte, Referendare und anderer ausgebildeter Juristen rekrutiert.<sup>7</sup> Dennoch fehlte der Justiz weiter flächendeckend Personal. Allein in Sachsen blieben die Stellen von 125 Richtern und 23 Staatsanwälten unbesetzt.<sup>8</sup>

## B. Volksrichterausbildung

Dem großen Bedarf nach qualifizierten Juristen wurde nicht durch eine Steigerung der Kapazitäten der Universitäten begegnet. Im Gegenteil blieben die juristischen Fakultäten, die im Herbst 1945 den Betrieb wieder aufgenommen hatten, ideologisch weitgehend unbeeinflusst.<sup>9</sup> Dies erwuchs daraus, dass die Dauer der universitären Ausbildung keine sofortige Lösung der Personalnot erlaubte.

### I. Erste Phase ab 1946

Um den Konflikt zwischen Personalmangel und ideologischer Belastung aufzulösen, sollten sogenannte Volksrichter, also juristisch ungebildete, aber regimetreue Laien, auf Kurzlehrgängen ausgebildet werden. Diese im Westen und teilweise in der SBZ<sup>10</sup> als „Schmalspurjuristen“ verspottete Lösung war als dauerhafte Antwort konzipiert, um die „reaktionäre Richterkaste zu zerschlagen.“<sup>11</sup> Grundlage war die Anordnung der SMAD vom 17.12.1945, die sechsmonatige Volksrichterlehrgänge für Kontingente von je 30 bis 40 Lernenden unter Regie der Länder vorsah.<sup>12</sup>

Zu diesem Zweck wurden Volksrichterschulen aufgebaut, die bis 1949 zunehmend in Internatsform nach dem Vorbild des sächsischen Bad Schandau

<sup>5</sup> *Pfannkuch*, Volksrichterausbildung in Sachsen 1945-1950, 1993, S. 8.

<sup>6</sup> *Anders/Görner/Kamin* (Fn. 4), S. 66.

<sup>7</sup> *Ebd.*, S. 67; *Pfannkuch* (Fn. 5), S. 8.

<sup>8</sup> *Fechner*, Der Volksrichter im demokratischen Gerichtswesen, *Neuer Weg* 1946, 14 (14 f.).

<sup>9</sup> *Breithaupt*, Rechtswissenschaftliche Biographie der DDR, 1993, S. 2; *Haferkamp/Wudtke*, Richterausbildung in der DDR, *forum historiae iuris* 1997, Rn. 8, abrufbar unter: <https://forhistur.net/media/zeitschrift/9710haferkamp-wudtke.pdf> (zuletzt abgerufen am: 12.12.2022).

<sup>10</sup> *Benjamin*, Zur Geschichte der Rechtspflege in der DDR 1945-1946, 1976, S. 337 Fn. 25.

<sup>11</sup> *Ebd.*, S. 93; *Liwinska*, Die juristische Ausbildung in der DDR – Im Spannungsfeld von Parteilichkeit und Fachlichkeit, 1997, S. 8 f.

<sup>12</sup> *Pfannkuch* (Fn. 5), S. 11.

organisiert wurden, um eine umfassende Kontrolle der Teilnehmer untereinander zu gewährleisten.<sup>13</sup> Die ersten Lehrgänge waren bereits für März 1946 angesetzt.<sup>14</sup> Der enge Zeitplan führte zu massiven Rekrutierungsproblemen. Bewerben konnten sich nachweisbare Antifaschisten egal welchen Geschlechts im Alter von mindestens 25 Jahren.<sup>15</sup> Vorangeschaltet war ein simples Auswahlverfahren, bestehend aus einem mündlichen und schriftlichen Teil ohne juristischen Bezug.<sup>16</sup> Auf diese Weise sollten Arbeiter für die Lehrgänge gewonnen werden, ohne direkt durch ein komplexes Auswahlverfahren abgeschreckt zu werden.<sup>17</sup> Dieses Ziel konnte nur unzureichend verwirklicht werden. So waren im zweiten Lehrgang nur 28 % der Teilnehmer aus der Arbeiterklasse, deren Anteil 1947 auf 37,5 % gesteigert werden konnte.<sup>18</sup> Viele Teilnehmer erwiesen sich jedoch als ungeeignet. So attestierte ihnen der Direktor der Deutschen Justizverwaltung (DJV) *Otto Hartwig* elementare Bildungslücken und falsche Vorstellungen von ihren Aufgaben, was mit hohen Abbrecherraten einher ging.<sup>19</sup> Zudem führte das Vorschlagsrecht der Parteien, des Freien Deutschen Gewerkschaftsbundes und des Frauenausschusses zu einem Übergewicht von Parteimitgliedern.<sup>20</sup> So stellte die SED in den ersten beiden Lehrgängen 79,6 % der Absolventen.<sup>21</sup> Die niedrige Vertretung der Arbeiterschaft und der entgegen der Anordnung der SMAD hohe Anteil an Parteimitgliedern, stieß auch in Teilen der SED auf Widerspruch.<sup>22</sup>

Die Lehrgänge waren ursprünglich zweigleisig in Straf- und Zivilrecht aufgeteilt.<sup>23</sup> Diese Aufspaltung sah sich so massiver Kritik ausgesetzt, dass die SMAD die Zweigleisigkeit noch innerhalb des ersten Lehrgangs im Mai 1946

<sup>13</sup> *Hartwig*, Die Ausbildung der Volksrichter, NJ 1947, 157 (158); *Haferkamp/Wudtke* (Fn. 9), Rn. 12.

<sup>14</sup> *Pfannkuch* (Fn. 5), S. 13.

<sup>15</sup> *Ebd.*, S. 11; *Haferkamp/Wudtke* (Fn. 9), Rn. 11.

<sup>16</sup> *Liwinska* (Fn. 11), S. 13.

<sup>17</sup> *Anders/Görner/Kamin* (Fn. 4) S. 67.

<sup>18</sup> *Benjamin*, Zur Heranbildung des neuen Richters: Zwei aktuelle Probleme, NJ 1949, 129 (130).

<sup>19</sup> *Hartwig* (Fn. 13), S. 157; *Pfannkuch* (Fn. 5), S. 26.

<sup>20</sup> *Hartwig* (Fn. 13), S. 157.

<sup>21</sup> *Gängel*, Die Volksrichterausbildung, in: Im Namen des Volkes. Über die Justiz im Staat der SED. Ausstellung des Bundesministeriums der Justiz. Wissenschaftlicher Begleitband, 1994, S. 49.

<sup>22</sup> *Benjamin* (Fn. 18), S. 130.

<sup>23</sup> *Pfannkuch* (Fn. 5), S. 18 f.

aufhob.<sup>24</sup> Die auf sechs Monate konzipierten Lehrgänge verlängerten sich daher, während gleichzeitig der Stoff reduziert werden musste. 1947 wurden die Lehrgänge auf acht Monate und 1947/48 auf ein Jahr ausgedehnt.<sup>25</sup> Die Politisierung war auf das Fach Rechtssoziologie beschränkt, das im Jahresplan 1947 nur 24 Stunden, also lediglich 2,5 % der Gesamtstundenzahl ausmachte.<sup>26</sup> Den Schwerpunkt bildeten die Vorlesungen im Zivil- und Zivilprozessrecht mit 488 Stunden und dem Straf- und Strafprozessrecht mit 234 Stunden.<sup>27</sup> Dies lag an dem Einfluss der noch mehrheitlich bürgerlichen juristischen Elite.<sup>28</sup> Die Lehre war nach dem Vorbild von Bad Schandau auf Seminare und Arbeitsgemeinschaften ausgelegt, was das sozialistische Miteinander fördern sollte.<sup>29</sup> Die Studenten waren angehalten, in Kleingruppen die Lehrinhalte zu diskutieren, um sich so für ihre späteren Aufgaben zu sozialisieren. Die Lehrgänge krankten an fehlendem und uneinheitlichem sozialistischem Lehrmaterial sowie kaum verfügbaren linientreuen Dozenten, was einen Rückgriff auf konservative und liberale Juristen erforderlich machte.<sup>30</sup> Insgesamt standen den 30 bis 40 Teilnehmern in Sachsen 13 Dozenten gegenüber, die mit nur einer Ausnahme Praktiker ohne Lehrerfahrung waren.<sup>31</sup> Die DJV veröffentlichte Unterrichtsbriefe, die sich Themen wie „Aufbau und Inhalt von Zivilurteilen“ oder „Die Rangordnung der Grundstücksrechte“ widmeten und Übungsaufgaben enthielten.<sup>32</sup> Es war keine praktische Ausbildung vorgesehen; die Länder wurden lediglich angeregt, Exkursionen an Gerichte durchzuführen.<sup>33</sup>

<sup>24</sup> *Pfannkuch* (Fn. 5), S. 20 ff.

<sup>25</sup> *Hartwig*, Die weitere Ausgestaltung der Lehrgänge für Richter und Staatsanwälte, NJ 1949, 13 (13).

<sup>26</sup> *Liwinska* (Fn. 11), S. 41.

<sup>27</sup> *Ebd.*

<sup>28</sup> *Wentker*, Volksrichter in der SBZ/DDR 1945-1952, in: Schriftenreihe der Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte LXXIV, 1997, S. 28 Fn. 92; *Haferkamp/Wudtke* (Fn. 9), Rn. 16.

<sup>29</sup> *Hartwig* (Fn. 25), S. 14; *Gängel* (Fn. 21), S. 50.

<sup>30</sup> *Grube*, Das juristische Studium und die Fortbildung der Richter, NJ 1953, 65 (66); *Streit*, Zur Entwicklung der Rechtspflege in der Deutschen Demokratischen Republik, NJ 1978, 238 (239).

<sup>31</sup> *Pfannkuch* (Fn. 5), S. 31.

<sup>32</sup> *Hartwig*, Die Fortbildung der Absolventen der Lehrgänge für Richter und Staatsanwälte, NJ 1948, 78 (79).

<sup>33</sup> *Pfannkuch* (Fn. 5), S. 24.

## II. Zweite Phase ab 1948

Ab 1948 mehrte sich Kritik an der sogenannten Zweispurigkeit der Volksrichterausbildung, also des losgelösten Nebeneinanders von gesellschaftswissenschaftlichem und fachlichem Unterricht.<sup>34</sup> Daraufhin beschloss die Zweite Juristenkonferenz der DJV im November 1948 eine drastische Ausweitung des gesellschaftswissenschaftlichen Ausbildungsinhalts, der das Fach Rechtssoziologie ersetzen sollte.<sup>35</sup> 1949 gab es 152 Stunden gesellschaftskundlichen Unterricht, was 11 % der Gesamtstundenzahl ausmachte, im Gegensatz zu nur 24 Stunden Rechtssoziologie im Jahr 1947.<sup>36</sup> Ferner wurden Sondervorlesungen wie „Bestrafung von Naziverbrechern“ und „Volkseigene Betriebe“ in den Lehrplan integriert.<sup>37</sup> Zudem wurde die Rechtswissenschaft als Teil der Gesellschaftswissenschaften eingeordnet, sodass auch die fachliche Ausbildung vermehrt gesellschaftswissenschaftliche Elemente aufnehmen sollte.<sup>38</sup> Vor allem die zivilrechtliche Lehre wurde nach sozialistischen Anforderungen umgestaltet. Es wurden nun primär die durch Gesetzgebung geänderten Abschnitte des BGB und eine neue Auslegung der Generalklauseln gelehrt, insbesondere von „Treu und Glauben“ und den „guten Sitten“, die mit der im gesellschaftskundlichen Unterricht erlernten sozialistischen Morallehre ausgefüllt werden sollten.<sup>39</sup> Gleichsam erhöhte sich aber auch die Stundenzahl in den Fächern Zivilrecht, Strafrecht und Prozessrecht signifikant.<sup>40</sup> Methodisch wurde weiterhin auf Seminare, Arbeitsgruppen und Internatsbetrieb gesetzt. Die immer noch fehlenden Lehrmaterialien wurden durch selbstabgefasste Skripte der Dozenten kompensiert.<sup>41</sup>

1950 waren bereits 61 % der Richter und Staatsanwälte Absolventen der Volksrichterlehrgänge.<sup>42</sup> Dennoch blieben 1.816 Planstellen unbesetzt.<sup>43</sup> Dies

<sup>34</sup> Schmidt, Über einige Fragen des gesellschaftswissenschaftlichen Studiums, NJ 1951, 310 (310).

<sup>35</sup> Ohne Verfasser, Die zweite Juristenkonferenz der Deutschen Justizverwaltung, NJ 1948, 265 (266).

<sup>36</sup> Scheele, Zur Eröffnung der Zentralen Richterschule in der DDR, NJ 1950, 183 (183).

<sup>37</sup> Gängel (Fn. 21), S. 53.

<sup>38</sup> Schmidt (Fn. 34), S. 310 f.

<sup>39</sup> Gängel (Fn. 21), S. 57; Haferkamp/Wudtke (Fn. 9), Rn. 19.

<sup>40</sup> Hartwig (Fn. 25), S. 13.

<sup>41</sup> Ebd., S. 14.

<sup>42</sup> Hattenbauer, Über Volksrichterkarrieren, 1995, S. 3; Anders/Görner/Kamin (Fn. 4) S. 67.

<sup>43</sup> Gräff, Rekrutierung und Ausbildung der Juristen in der SBZ/DDR, in: Materialien der Enquete-Kommission „Aufarbeitung von Geschichte und Folgen der SED-Diktatur in Deutschland“, S. 420.

und die Kritik der SMAD wegen der niedrigen Absolventenzahlen führte zu einem Umdenken in der Rekrutierung. Nun wurde die Verwaltung in die Rekrutierung eingebunden und die Mitgliedschaft in der Hitlerjugend war nicht länger ein Ausschlusskriterium.<sup>44</sup> Um der Abbrecherquote Herr zu werden, wurde eine Vorpraxis im Amtsgericht in Form einer mehrwöchigen Unterweisung, die Allgemeinbildung und juristische Themen zum Gegenstand hatte, eingeführt.<sup>45</sup> Zudem wurde die Teilnehmerzahl der Lehrgänge etwa in Sachsen auf 100 Personen erhöht.<sup>46</sup>

Als Reaktion auf weiter gestiegene ideologische Anforderungen wurden die Lehrgänge 1950 auf zwei Jahre verlängert und zunächst parallel mit den einjährigen Lehrgängen in Bad Schandau und Halle durchgeführt.<sup>47</sup> Der gesellschaftswissenschaftliche Unterricht wurde auf 1.123 von 4.600 Stunden ausgeweitet, für den ein dreimonatiger Block zu Anfang der Ausbildung geschaffen wurde.<sup>48</sup> Zudem war ein dreimonatiges Gerichtspraktikum vorgesehen.<sup>49</sup> Man glied die nun abzulegende schriftliche und mündliche Abschlussprüfung fortlaufend an die Assessorenprüfung der Studenten an. Es sollte nicht Wissen, sondern Verständnis abgefragt werden, das durch Vorträge über Themen wie „Aufgaben der Richter und Staatsanwälte bei der Sicherung der Volksernährung“ oder „Der Volksrat“ überprüft wurde.<sup>50</sup>

1951 wurden die Lehrgänge in die Zentrale Richterschule, die 1952 in die Hochschule für Justiz Babelsberg umbenannt wurde, verlegt.<sup>51</sup> Im Jahr 1953 wurde diese mit der Deutschen Verwaltungsakademie zur Deutschen Akademie für Staats- und Rechtswissenschaft „Walter Ulbricht“ (DASR) zusammengelegt.<sup>52</sup> Diese führte auch ein Fernstudium durch, an dem alle Volksrichter verpflichtend bis 1960 teilnehmen mussten, um ihr Staatsexamen

---

<sup>44</sup> *Wentker* (Fn. 28), S. 53 f.; *Haferkamp/Wudtke* (Fn. 9), Rn. 21.

<sup>45</sup> *Hartwig* (Fn. 25), S. 13; *Pfannkuch* (Fn. 5), S. 91.

<sup>46</sup> *Pfannkuch* (Fn. 5), S. 78.

<sup>47</sup> *Łiwinska* (Fn. 11), S. 25.

<sup>48</sup> *Helm*, Stand und künftige Entwicklung der Richterschulen, NJ 1951, 308 (309); *Meder*, Rechtsgeschichte, 6. Aufl. 2017, S. 436.

<sup>49</sup> *Helm*, Erfahrungen aus der Zwischenpraxis der Schüler der Zentralen Richterschule, NJ 1952, 167 (167 f.).

<sup>50</sup> *Hartwig* (Fn. 25), S. 14 f.

<sup>51</sup> *Schmidt* (Fn. 34), S. 310.

<sup>52</sup> *Bernhardt*, Die Deutsche Akademie für Staats- und Rechtswissenschaft „Walter Ulbricht“ 1948-1971, 1997, S. 16 ff.

nachzuholen, was 80 % aller aktiven Richter und Staatsanwälte betraf.<sup>53</sup> Auslöser dafür waren fachliche und ideologische Mängel, die die Absolventen insbesondere der ersten kürzeren Lehrgänge in der Praxis an den Tag gelegt hatten.<sup>54</sup> Das Fernstudium war drei- oder fünfjährig aufgebaut und basierte auf einem Selbststudium, enthielt aber zwei Mal jährlich je zehntägige Präsenzveranstaltungen nach dem bewährten seminarischen Aufbau.<sup>55</sup> Das Fernstudium wurde als Erfolg gefeiert, da bis 1960 fast alle Volksrichter ihr Examen erfolgreich nachholen konnten und insbesondere in den gesellschaftswissenschaftlichen Fächern wie „Geschichte der KPdSU“ sehr gute Noten erzielt wurden.<sup>56</sup> Am 1. September 1955 wurden die Lehrgänge auf vier Jahre verlängert und mit dem Staatsexamen abgeschlossen, was eine faktische Angleichung an das universitäre Studium und somit das Ende der klassischen Volksrichterausbildung bedeutete.<sup>57</sup>

### C. Universitäre Juristenausbildung

Als die juristischen Fakultäten in Berlin, Halle, Leipzig und Jena ab Herbst 1945 ihren Betrieb wieder aufnahmen, spielten sie neben den Volksrichterlehrgängen nur eine untergeordnete Rolle.<sup>58</sup> Die Universitäten übernahmen zunächst die alten Weimarer Studienordnungen und machten keine Anstalten, die Arbeiterklasse hervorgehoben zu berücksichtigen, sodass deren Anteil etwa an der juristischen Fakultät in Berlin noch 1948 unter 20 % lag.<sup>59</sup> Schon 1945 fanden an den Universitäten Entnazifizierungsmaßnahmen statt, die ihren Höhepunkt in der von der SMAD angeordneten „Ordnung der Referendarprüfung und der Ausbildung der Gerichtsreferendare“ (SAPO) vom 16. Dezember 1946 fanden, die nationalsozialistisch vorbelasteten Studenten die Zulassung zum Staatsexamen verweigerte.<sup>60</sup> Die Entnazifizierung wurde wegen des Personalmangels aber weder bei den Professoren noch bei den Studenten

---

<sup>53</sup> *Krutzsch*, Für ein hohes fachliches Niveau der Richter und Staatsanwälte, NJ 1953, 760 (761).

<sup>54</sup> *Benjamin*, Fragen der fachlichen Fortbildung der Richter, NJ 1950, 388 (388 f.).

<sup>55</sup> *Livinska* (Fn. 11), S. 34 ff.; *Gräf* (Fn. 43), S. 443.

<sup>56</sup> *Livinska* (Fn. 11), S. 39.

<sup>57</sup> *Lehmann*, Die juristische Ausbildung in der DDR, JuS 1968, 341 (343); *Wentker* (Fn. 28), S. 332.

<sup>58</sup> *Breithaupt* (Fn. 9), S. 37 f.

<sup>59</sup> *Benjamin* (Fn. 10) S. 125; *Gräf* (Fn. 43), S. 402 f.

<sup>60</sup> *Breithaupt* (Fn. 9), S. 2 f.; *Frank*, Die Juristenausbildung nach 1945 in der SBZ/DDR, NJ 1995, 403 (403).

mit letzter Konsequenz durchgeführt.<sup>61</sup> Dennoch wurden diese Maßnahmen nachträglich als „Erste Hochschulreform“ titulierte.<sup>62</sup> Zur Angleichung an das sowjetische Modell wurde ab 1948 eine zunehmende Verschulung der Universitäten i. S. v. einheitlichen Studienplänen und der Zurückdrängung akademischer Freiheiten gefordert, was die Universitäten jedoch bis 1949 kaum umsetzen.<sup>63</sup>

### I. Erste Hochschulreformen ab 1949

Im Jahr 1949 wendete sich die Aufmerksamkeit der Staatsführung der universitären Ausbildung zu, die nach sozialistischem Vorbild umgestaltet werden sollte. Auslöser war neben der nun gefestigten Machtstellung der SED, dass „die Kandidaten oft die einfachsten Fragen aus dem Gebiete der Wirtschafts-, Gegenwarts- und Gesellschaftskunde nicht zu beantworten wußten.“<sup>64</sup> Zudem konnte im Abschlussjahrgang 1949 nur 15 % der Absolventen eine antifaschistische Gesinnung bescheinigt werden, während 45 % als vollständig ungeeignet für eine Anstellung klassifiziert wurden.<sup>65</sup> Um dieses bürgerlichen Fremdkörpers Herr zu werden, erließ die Deutsche zentrale Verwaltung für Volksbildung (DVV) am 23.5.1949 die „Vorläufige Arbeitsordnung der Universitäten und wissenschaftlichen Hochschulen der Sowjetischen Besatzungszonen Deutschlands“ (VAO).<sup>66</sup> Sie unterstellte die Lehre der DVV, die Studienzulassung einem durch die Landesregierungen berufenen Studiendekan und die studentische Selbstverwaltung der Freien Deutschen Jugend (FDJ).<sup>67</sup> Außerdem wurden die 1946 in jedem Land gegründeten Vorstudienanstalten, die der Weiterqualifizierung der Arbeiterklasse dienten, zu Arbeiter- und Bauern-Fakultäten erhoben, die den Universitäten angegliedert wurden und deren Absolventen bevorzugt zum Fachstudium zugelassen werden sollten.<sup>68</sup>

---

<sup>61</sup> *Livinska* (Fn. 11), S. 65; *Gräf* (Fn. 43), S. 402 f.

<sup>62</sup> *Mierau*, Die juristischen Abschluss- und Diplomprüfungen in der DDR/SBZ, 2000, S. 49.

<sup>63</sup> *Wentker* (Fn. 28), S. 333; *Livinska* (Fn. 11), S. 62.

<sup>64</sup> *Schindowski*, Die Neuregelung des juristischen Studiums an den Universitäten, NJ 1949, 280 (280).

<sup>65</sup> *Livinska* (Fn. 11), S. 68.

<sup>66</sup> *Breithaupt* (Fn. 9), S. 4.

<sup>67</sup> *Livinska* (Fn. 11), S. 68 f.

<sup>68</sup> *Wentker* (Fn. 28), S. 403; *Breithaupt* (Fn. 9), S. 3.



Zentraler Regelungsgegenstand war die Einführung eines einheitlichen vierjährigen Lehrplans, der einen umfangreichen gesellschaftswissenschaftlichen Schwerpunkt aufwies. Dafür wurde die Ausbildung in zwei Teile gegliedert. Den ersten Teil bildete ein gesellschaftswissenschaftliches Grundstudium, das nach drei Semestern mit einer obligatorischen Zwischenprüfung abgeschlossen wurde und neu etablierte Gebiete wie „politische und soziale Probleme der Gegenwart“ und „Entwicklung der Gesellschaft und ihre Gesetze“ enthielt.<sup>69</sup> Die fachliche Ausbildung in den juristischen Kernfächern fand im zweiten Teil statt. Die Lehre wurde zunehmend verschult. Bevorzugt kamen Seminare, Arbeitsgemeinschaften und Kolloquien zum Einsatz, wodurch Arbeitskollektive geschaffen werden sollten.<sup>70</sup> Außerdem wurden universitäre Repetitorien eingeführt, um ein staatliches Bildungsmonopol zu schaffen.<sup>71</sup> Der FDJ wurden weitreichende Kompetenzen eingeräumt. Sie sollte Seminare und Arbeitsgruppen im Bereich der Gesellschaftswissenschaften leiten und die Einhaltung des Lehrplans durch den noch teils bürgerlichen Lehrkörper überwachen.<sup>72</sup> Die Verschulung sorgte dafür, dass bei über 30 Pflichtwochenstunden ein individuelles Studium weitgehend unmöglich wurde.<sup>73</sup>

Die zunehmende Politisierung schlug sich auch in der Referendarprüfungsordnung vom 28.12.1950 nieder. Der fachliche Prüfungsanteil nahm deutlich ab. Das Staatsexamen setzte sich nun aus drei Klausuren im Strafrecht, Zivilrecht und den Gesellschaftswissenschaften, zwei Hausarbeiten, wovon eine gesellschaftswissenschaftliche Fragen behandelte, und einer mündlichen Prüfung mit ideologischem Schwerpunkt zusammen.<sup>74</sup> Das Referendariat blieb weitgehend unverändert. Jedoch wurde in das zweite

---

<sup>69</sup> *Schindowski* (Fn. 64), S. 280; *Lochen*, „Nachwuchskader“ – Zur Auswahl und Ausbildung von Juristen in der DDR, in: *Im Namen des Volkes? Über die Justiz im Staat der SED. Wissenschaftlicher Begleitband zur Ausstellung des Bundesministeriums der Justiz*, 1994, S. 132.

<sup>70</sup> *Lochen* (Fn. 69), S. 132.

<sup>71</sup> *Livinska* (Fn. 11), S. 72.

<sup>72</sup> *Scheele*, *Neue Methode des Studiums an den juristischen Fakultäten*, NJ 1951, 61 (61 f.); *Fakultätsgruppenleitung der FDJ an der Universität Leipzig*, *Die Arbeit der FDJ-Studiengruppen an der juristischen Fakultät der Universität Leipzig*, NJ 1951, 312 (312 f.).

<sup>73</sup> *Lochen* (Fn. 69), S. 132.

<sup>74</sup> *Neidhard*, *Politisierung der Referendarprüfung in der sowjetischen Zone*, JZ 1951, 300 (300).

Staatsexamen eine gesellschaftswissenschaftliche Klausur aufgenommen.<sup>75</sup> Außerdem mussten die Prüflinge in der mündlichen Prüfung ihre Kenntnisse der marxistischen Staats- und Rechtstheorie unter Beweis stellen.<sup>76</sup>

## II. Zweite Hochschulreform 1951

Trotz der Umgestaltung der universitären Ausbildung und dem dank der Arbeiter-und-Bauern-Fakultäten steigenden Studentenanteil aus der Arbeiterklasse war die Staatsführung bedacht, die Universitäten unter die vollständige Kontrolle der Partei zu stellen, wofür eine engere Verzahnung der gesellschaftswissenschaftlichen und fachlich-juristischen Lehre gefordert wurde.<sup>77</sup> Anfang 1951 stieß das Zentralkomitee (ZK) der SED die Zweite Hochschulreform an.<sup>78</sup>

Die Universitäten wurden, ähnlich wie die Volksrichterlehrgänge, zentralisiert, indem ihre Selbstverwaltung beendet und sie unter die Leitung des 1951 gegründeten Staatssekretariats für Hochschulwesen gestellt wurden, das nicht zuletzt die ideologische Durchdringung der Ausbildung überwachte.<sup>79</sup> Zudem wurde das zehnmonatige Studienjahr von September bis Juli eingeführt, das Raum für Praktika in Verwaltung und Justiz schuf.<sup>80</sup> Der Studienplan war nach einem festen Kurssystem aufgebaut und streng verbindlich. Das erste Studienjahr diente ausschließlich dem Erlernen gesellschaftswissenschaftlicher Grundkenntnisse durch ideologisch aufgeladene Fächer wie „Grundlagen des Marxismus-Leninismus“ oder „Politische Ökonomie“.<sup>81</sup> Fachvorlesungen fanden nicht statt. Das zweite Studienjahr vermittelte das Zivil- und Strafrecht, unter ausdrücklicher Einordnung als gesellschaftliche Erscheinung.<sup>82</sup> Zudem wurden nach sowjetischem Vorbild Arbeits-, Boden- und Familienrecht als selbständige Rechtszweige gelehrt.<sup>83</sup> Fortan wurden Vorlesungen über bürgerliche/imperialistische Rechtsordnungen gehalten, wobei es weniger um

<sup>75</sup> *Gräf* (Fn. 43), S. 414 f.

<sup>76</sup> *Ebd.*

<sup>77</sup> *Grube* (Fn. 30), S. 66 f.

<sup>78</sup> *Breithaupt* (Fn. 9), S. 4.

<sup>79</sup> *Ebd.*

<sup>80</sup> *Nowack/Rudolph*, Die erste Zwischenprüfung des 10-Monate-Studienjahres – Ein Beitrag der Hochschulen im Kampf um den Frieden, NJ 1952, 359 (359 f.); *Graefrath*, Das juristische Studium nach dem neuen Studienplan, NJ 1951, 291 (292 f.); *Haferkamp/Wudtke* (Fn. 9), Rn. 52.

<sup>81</sup> *Graefrath* (Fn. 80), S. 291.

<sup>82</sup> *Nowack/Rudolph* (Fn. 80), S. 360.

<sup>83</sup> *Livinska* (Fn. 11), S. 78.

die Vermittlung von Fachwissen als um deren Kritik ging.<sup>84</sup> Im dritten Studienjahr war ein sechsmonatiges Praktikum an Kreis- und Bezirksgerichten vorgesehen, das durch Vorlesungen im Zivil- und Strafprozessrecht flankiert wurde.<sup>85</sup> Ferner wurden etwa Veranstaltungen im Recht der Landwirtschaftlichen Produktionsgenossenschaft (LPG) gehalten, die als eine Mischung aus fachlich-juristischem Stoff und Ideologie konzipiert waren. Das letzte Studienjahr diente der Spezialisierung zum Verwaltungs- oder Justizjuristen. Es wurden nun auch Nebengebiete wie „Kriminalistik“ oder „Gerichtspsychiatrie“ gelehrt.<sup>86</sup> Jedes Studienjahr wurde mit einer schriftlichen und mündlichen Zwischenprüfung abgeschlossen, die nur einmalig wiederholt werden durften.<sup>87</sup> Zudem wurden die Fächer Sport und Russisch eingeführt.<sup>88</sup> Das traditionelle Staatsexamen wurde 1952 abgeschafft und von nun an unter Beibehaltung des Namens als rein universitäre Prüfung durch die Fakultäten durchgeführt.<sup>89</sup> Es sah neben drei Klausuren eine Hausarbeit und eine mehrstündige mündliche Prüfung vor, die neben fachlichen Inhalten auch extensiv „Grundlagen des Marxismus-Leninismus“ und „Grundlagen der Politischen Ökonomie“ abfragte.<sup>90</sup>

Die Gesellschaftswissenschaften nahmen weiter an Bedeutung zu und machten 20 % der Gesamtstundenzahl aus, wobei sie auch im Selbststudium eine dominierende Stellung einnahmen.<sup>91</sup> Allerdings war die Indoktrination nicht mehr auf die gesellschaftswissenschaftlichen Fächer beschränkt, sondern auch in den fachlichen Vorlesungen zu finden. Jedoch stieß besonders die Fokussierung auf die SED in der Studentenschaft auf Ablehnung.<sup>92</sup> Außerdem nahm der Einfluss der FDJ zu.<sup>93</sup> Sie organisierte weiterhin Seminare, Kolloquien und Arbeitsgruppen. Die Teilnahme an diesen Veranstaltungen wurde aktiv eingefordert, sodass etwa in Leipzig konstant Anwesenheitsquoten zwischen

---

<sup>84</sup> *Gerats*, Die Methodik der Vorlesungen an den juristischen Fakultäten der Deutschen Demokratischen Republik, NJ 1951, 301 (303); *Schröder/Bär*, Zur Geschichte der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin, KJ 1996, 447 (460).

<sup>85</sup> *Graefrath* (Fn. 80), S. 291.

<sup>86</sup> *Livinska* (Fn. 11), S. 86.

<sup>87</sup> *Nowack/Rudolph* (Fn. 80), S. 361; *Jung/Vec*, Der Diplom-Jurist, ZRP 1990, 347 (348).

<sup>88</sup> *Livinska* (Fn. 11), S. 87.

<sup>89</sup> *Dörig*, Juristenausbildung in der DDR, JA 1990, 218 (219); *Haferkamp/Wudtke* (Fn. 9), Rn. 53.

<sup>90</sup> *Graefrath* (Fn. 80), S. 294; *Livinska* (Fn. 11), S. 87 f.

<sup>91</sup> *Breithaupt* (Fn. 9), S. 4 f.; *Haferkamp/Wudtke* (Fn. 9), Rn. 54.

<sup>92</sup> *Buchholz* (Fn. 2), S. 255.

<sup>93</sup> *Brandt*, Mehr und besser lernen!, NJ 1951, 21 (21 f.); *Breithaupt* (Fn. 9), S. 5.

90 % und 100 % erreicht wurden.<sup>94</sup> Die Ausbildung fand weiterhin primär in Seminar- und Kleingruppen statt. Die Studentenzahl verdreifachte sich, was aber mit steigenden Abbrecherquoten von bis zu 40 %, insbesondere durch die Studenten aus der Arbeiterklasse, einherging.<sup>95</sup>

Der Zweck der Zweiten Hochschulreform war nicht zuletzt eine Beschleunigung des Studiums. Das geschah nicht allein aus Personalnot, sondern wurde auch aus finanziellen Motiven forciert. Um der Arbeiterklasse ein Studium zu ermöglichen, hatte der Staat ein umfangreiches Stipendiensystem etabliert, das 1950 fast 50 % und schon 1953 95 % der Studenten unterstützte.<sup>96</sup> Die Fördersumme bemaß sich nach der sozialen Herkunft und betrug bis zu 200 Mark zuzüglich weiterer Zuschläge für z. B. ehemalige Soldaten oder Werkstätige und konnte leistungsabhängig erhöht werden.<sup>97</sup> Außerdem wurde die Aspirantur geschaffen, in der besonders qualifizierte Absolventen zunächst über drei Jahre mit monatlich 450 Mark bei der Promotion und danach über weitere drei Jahre bei der Habilitation unterstützt werden konnten.<sup>98</sup>

Angesichts des erhöhten praktischen Studienanteils wurde das Referendariat zum 31.3.1953 abgeschafft, alle aktiven Referendare mussten dennoch, unabhängig von ihrem Leistungsstand, das zweite Staatsexamen ablegen.<sup>99</sup> Jedoch zeigte sich bald, dass den Absolventen praktische Erfahrung fehlte. Schon im Juni 1954 wurde deshalb eine viermonatige Praktikantenzeit für Richter an deren späterer Arbeitsstätte, mit enger Unterstützung durch einen regulären (Volks-)Richter, eingeführt.<sup>100</sup>

Im Jahr 1953 trat neben die hergebrachten vier juristischen Fakultäten die DASR als fünfte Fakultät. Sie bildete neben dem Fernstudium jährlich 350 Studenten im Direktstudium aus.<sup>101</sup> Das Studium war anfangs in Anlehnung an die Volksrichterlehrgänge auf zwei Jahre konzipiert und enthielt ein sechsmonatiges

---

<sup>94</sup> *Fakultätsgruppenleitung der FDJ an der Universität Leipzig* (Fn. 72), S. 313; *Haferkamp/Wudtke* (Fn. 9), Rn. 55.

<sup>95</sup> *Breithaupt* (Fn. 9), S. 5.

<sup>96</sup> *Livinska* (Fn. 11), S. 75.

<sup>97</sup> *Jung/Vee* (Fn. 87), S. 348; *Westen*, *Das Hochschulrecht in der DDR*, 1969, S. 40 f.; *Berg*, *Juristenausbildung in der DDR*, JuS 1990, 333 (334).

<sup>98</sup> *Livinska* (Fn. 11), S. 85; *Richert*, *Sozialistische Universität: Die Hochschulpolitik der SED*, 1967, S. 92.

<sup>99</sup> *Grube* (Fn. 30), S. 68 f.; *Gräf* (Fn. 43), S. 415.

<sup>100</sup> *Livinska* (Fn. 11), S. 84 f.

<sup>101</sup> *Gräf* (Fn. 43), S. 442; *Haferkamp/Wudtke* (Fn. 9), Rn. 76.

gesellschaftswissenschaftliches Grundstudium und ein zweimonatiges Praktikum, während die restlichen 16 Monate der Unterweisung im Zivil-, Straf-, Prozess-, Familien-, Verwaltungs- und Staatsrecht dienten.<sup>102</sup> Ab 1955 wurde die Dauer der Ausbildung an das vierjährige Studium der Universitäten angepasst und der Studienplan weitgehend übernommen.<sup>103</sup>

### III. Babelsberger Konferenz 1958

Am 2. und 3.4.1958 fand die Babelsberger Konferenz der SED unter Vorsitz von *Walter Ulbricht* an der DASR statt. Nach dem Ende der Volksrichterlehrgänge befürchtete man, dass die Arbeiterklasse wieder aus der Justiz verdrängt und diese erneut verbürgerlicht werden könnte. Zudem sah der Siebenjahresplan von 1958 die Ausbildung von 100.000 neuen Studenten vor, sodass eine etwaige Neuausrichtung der Lehre schnellstmöglich umgesetzt werden musste.<sup>104</sup> *Ulbricht* warf den Universitäten in einer von *Karl Polak* vorbereiteten Rede das Verlassen des Klassenstandpunktes und ein ideologieloses Durcheinander gepaart mit revisionistischem Liberalismus, insbesondere in der Forschung, vor.<sup>105</sup> Deshalb sollte auch die Lehre verschärft ideologisiert werden.

Um sowohl den quantitativen Anforderungen des Siebenjahresplans als auch den qualitativen Anforderungen der Babelsberger Konferenz gerecht zu werden, wurde die Zulassungspraxis überarbeitet. Das Ministerium der Justiz (MdJ) gab 1958 eine neue Zulassungsleitlinie heraus, die einen Arbeiteranteil von 80 % als Ziel bezifferte.<sup>106</sup> Man versuchte nun primär Werk tätige für die Justiz zu gewinnen. Daneben wurde die politische Haltung strenger kontrolliert, so war Westverwandtschaft ein Ausschlusskriterium.<sup>107</sup> Zudem sollten junge Studenten ohne Arbeitserfahrung nach Abschluss ihres Studiums nicht unmittelbar in die Justiz übernommen werden, sondern sich erst in der Produktion beweisen.<sup>108</sup> Dies führte dazu, dass der Anteil an SED-Mitgliedern in der Studentenschaft etwa in Berlin von 28 % 1956 auf 68 % 1958 anstieg.<sup>109</sup> Der Frauenanteil betrug

<sup>102</sup> *Gräf* (Fn. 43), S. 442; *Haferkamp/Wudtke* (Fn. 9), Rn. 76.

<sup>103</sup> *Lehmann* (Fn. 57), S. 343.

<sup>104</sup> *Havel*, Die Entwicklung der Kader des Staatsapparates im Siebenjahresplan, *StuR* 1960, 935 (939); *Haferkamp/Wudtke* (Fn. 9), Rn. 64.

<sup>105</sup> *Klenner*, Vorwärts, doch nicht vergessen: Die Babelsberger Konferenz von 1958, *UK* 2005, 291 (295 f.); *Hone*, *Karl Polak – Parteijurist unter Ulbricht*, *NJ* 2005, 539 (540).

<sup>106</sup> *Linowska* (Fn. 11), S. 101.

<sup>107</sup> *Schröder/Bär* (Fn. 84), S. 457.

<sup>108</sup> *Sorgenicht*, Größte Aufmerksamkeit der Entwicklung von Kadern für Justizorgane!, *NJ* 1959, 697 (698).

<sup>109</sup> *Linowska* (Fn. 11), S. 101.

fast 50 % und Akademikerkinder machten nur noch 14 % aus.<sup>110</sup> Jedoch konnten die Werktätigen nicht zufriedenstellend zum Studium mobilisiert werden, da ein mehrjähriges Internatsstudium, das neben Wohngemeinschaften nach wie vor vorherrschend war, um eine gegenseitige Sozialisierung der Studenten zu ermöglichen, abschreckend wirkte.<sup>111</sup>

Zur inhaltlichen Anpassung der Lehre wurde am 1.8.1958 die „Kommission für Staats- und Rechtswissenschaft beim ZK der SED“ unter Vorsitz von *Gerhard Gründberg* und maßgeblicher Mitarbeit von Sekretär *Karl Polak* gegründet.<sup>112</sup> Der Studienaufbau wurde grundlegend verändert. Der gesellschaftswissenschaftliche Unterricht wurde nach anhaltender Kritik<sup>113</sup> über das Studium verteilt und enger mit der Praxis verbunden. An die Stelle des Grundstudiums trat eine zweiwöchige Blockveranstaltung „Die Politik von Partei und Regierung im gegebenen Stadium der Entwicklung unserer volksdemokratischen Ordnung“.<sup>114</sup> Dennoch fanden im ersten Studienjahr hauptsächlich politische Vorlesungen wie „Dialektischer und historischer Materialismus“ statt.<sup>115</sup> Auch im zweiten Studienjahr lag der Schwerpunkt auf gesellschaftswissenschaftlichen Vorlesungen, vor allem „Politischer Ökonomie“. Zudem wurden vordergründig fachliche Vorlesungen, insbesondere im Staatsrecht, rein ideologisch gehalten.<sup>116</sup> Die eigentliche juristische Ausbildung fand nun im dritten und vierten Studienjahr statt. Schwerpunkte waren LPG- und Arbeitsrecht.<sup>117</sup> Die fachliche Lehre wurde weitgehend politisiert, denn es sollte nicht länger „Normakrobatik“, sondern Klassenkampf gelehrt werden.<sup>118</sup> Zudem besuchten die Studenten nun Gerichtsverhandlungen und entwarfen eigene Urteilsvorschläge, welche anschließend mit dem Richter diskutiert wurden.<sup>119</sup> Außerdem blieben zwei

<sup>110</sup> *Livinska* (Fn. 11), S. 101; *Haferkamp/Wudtke* (Fn. 9), Rn. 110.

<sup>111</sup> *Teilnehmer eines Sonderlehrgangs für Richter und Staatsanwälte*, Vorschläge zur Verbesserung der juristischen Ausbildung, NJ 1959, 700 (700); *Haferkamp/Wudtke* (Fn. 9), Rn. 67.

<sup>112</sup> *Mollnau*, Die Babelsberger Konferenz von 1958, in: *Im Namen des Volkes? Über die Justiz im Staat der SED. Wissenschaftlicher Begleitband zur Ausstellung des Bundesministeriums der Justiz*, 1994, S. 234.

<sup>113</sup> *Grube* (Fn. 30), S. 65 ff.

<sup>114</sup> *Livinska* (Fn. 11), S. 106.

<sup>115</sup> *Ebd.* S. 104 f.

<sup>116</sup> *Rüthers*, *Geschönte Geschichten – geschonte Biographien*, 2. Aufl. 2015, S. 68.

<sup>117</sup> *Lehmann*, *Reform der Juristenausbildung*, JuS 1969, 195 (195).

<sup>118</sup> *Müller/Frenzel*, *Das sozialistische Ausbildungskollektiv fördert eine praxisnahe Ausbildung der Studenten*, NJ 1959, 445 (445).

<sup>119</sup> *Ebd.*

Wochenstunden Sport und vier Wochenstunden Russisch vorgesehen.<sup>120</sup> Das von *Ulbricht* kritisierte Verwaltungsrecht wurde gänzlich gestrichen.<sup>121</sup> Die Zwischenprüfungen am Ende eines jeden Studienjahres waren weiterhin vorgesehen.

Als Neuerung wurden Arbeitseinsätze, Erntehilfen und praktische Tage eingeführt, bei denen einzelne Seminare oder die ganze Fakultät in eine sogenannte Patengemeinde<sup>122</sup> ausrückten, um in einem volkseigenen Betrieb oder einer LPG, zu der eine universitäre Partnerschaft geschlossen worden war, zu arbeiten.<sup>123</sup> Dies sollte auch während des Studienjahres beibehalten werden, indem sich die Studenten, etwa als Leiter einer FDJ-Gruppe, als freiwillige Helfer der Volkspolizei oder durch wöchentliche Arbeitseinsätze auszeichnen sollten.<sup>124</sup> Auf diese Weise sollte die Nähe zwischen Theorie und Praxis demonstriert werden. Eine Schlüsselstellung kam den neuen Studienkollektiven unter Leitung der FDJ zu. Sie bestanden aus etwa 20 Studenten und blieben über das gesamte Studium zusammen, um sich insbesondere im Selbststudium gesellschaftswissenschaftlicher Grundlagen gegenseitig zu sozialisieren und zu überwachen.<sup>125</sup> Die Zunahme des gesellschaftswissenschaftlichen Studienanteils wurde auch im Staatsexamen deutlich, dessen Niveau merklich absank. Es enthielt keine Klausuren mehr und auch nur noch eine Hausarbeit, dafür aber eine sechsstündige mündliche Prüfung mit Fragestellungen wie „Was ist Kommunismus?“ oder „Wodurch wird der Charakter einer Revolution bestimmt?“. <sup>126</sup> Zu dieser Zeit beendeten an der juristischen Fakultät in Berlin jährlich 70 bis 80 Studenten ihre Ausbildung, denen fünf Professoren und zwei Gastprofessoren gegenüber standen, die durch verschiedene Dozenten und Lehrbeauftragte, unter anderem durch *Hilde Benjamin*, unterstützt wurden.<sup>127</sup>

Nachdem man nach der Abschaffung des Referendariats schon 1954 ein viermonatiges Richter-Praktikum eingeführt hatte, wurde dessen Dauer am

---

<sup>120</sup> *Lininska* (Fn. 11), S. 104.

<sup>121</sup> *Nathan*, Die Entwicklung der rechtswissenschaftlichen Lehre und Forschung in der Deutschen Demokratischen Republik, NJ 1959, 678 (681); *Eckert*, Die Babelsberger Konferenz vom 2. und 3. April 1958 – Legende und Wirklichkeit, Der Staat 33 (1994), 59 (64).

<sup>122</sup> *Gräf* (Fn. 43), S. 430.

<sup>123</sup> *Nathan* (Fn. 121), S. 681; *Müller/Frenzel* (Fn. 118), S. 445 f.

<sup>124</sup> *Müller/Frenzel* (Fn. 118), S. 446.

<sup>125</sup> *Brandt* (Fn. 93), S. 21.

<sup>126</sup> *Lininska* (Fn. 11), S. 109, 113.

<sup>127</sup> *Bernhardt* (Fn. 52), S. 99; *Breithaupt* (Fn. 9), S. 74, 77.

1.8.1959 durch das MdJ auf eineinhalb Jahre verlängert.<sup>128</sup> Es waren acht Ausbildungsstationen vorgesehen, die neben Gerichtspraktika auch körperliche Arbeit und die Tätigkeit im Kreisausschuss der Nationalen Front oder in örtlichen Räten vorsahen.<sup>129</sup> Es musste keine Abschlussklausur abgelegt werden. An deren Stelle stand eine Gesamteinschätzung, nicht zuletzt der politischen Gesinnung des Prüflings, die bei Nichtbestehen zu einer sechsmonatigen Praktikumsverlängerung oder zum Ausschluss aus der Justiz führen konnte.<sup>130</sup>

#### IV. Rechtspflegeerlass 1963

Nach Abschluss des Mauerbaus und Einführung des Neuen Ökonomischen Systems (NÖS) durch den VI. Parteitag der SED im Januar 1963 galt es, ein Leistungsprinzip sozialistischer Ausprägung an den Universitäten zu etablieren, das die Leistungsfähigkeit der Studenten in den Vordergrund rücken sollte, sodass sozialistische Gesichtspunkte nur noch bei gleicher Leistungslage ins Gewicht fallen sollten.<sup>131</sup> Dafür wurde vom MdJ der Rechtspflegeerlass vom 4.4.1963 erlassen und im Dezember 1963 ein neuer Rahmenstudienplan verabschiedet.<sup>132</sup>

Ziel war eine stärkere Einbindung der Praxis in das Studium sowie mehr Eigenverantwortlichkeit, die ein wissenschaftlicheres Arbeiten ermöglichen sollte.<sup>133</sup> Dafür wurde die Zulassungspraxis erneut reformiert. Sie stand unter maßgeblichem Einfluss des MdJ, das Bewerber bevorzugte, die eine Berufsausbildung abgeschlossen hatten und wenigstens zwei Jahre werktätig gewesen sowie politisch-gesellschaftlich engagiert waren.<sup>134</sup> Mit § 56 Abs. 2 Bildungsgesetz wurde eine Zulassung nach dem Leistungsprinzip eingeführt, sodass primär die individuelle Leistungsfähigkeit über die Zulassung entscheiden sollte und die Klassenzugehörigkeit nur noch von nachgeordneter Wichtigkeit war. Um demgemäß eine korrekte Selektion der Bewerber zu gewährleisten, wurden schriftliche und mündliche Eignungstests installiert. Diese

<sup>128</sup> *Linwinska* (Fn. 11), S. 110 f.; *Rosenthal*, Die Juristenausbildung in der SBZ, JfO 1959, 7 (22 f.).

<sup>129</sup> *Rosenthal* (Fn. 129), S. 22 f.; *Haferkamp/Wudtke* (Fn. 9), Rn. 74.

<sup>130</sup> *Linwinska* (Fn. 11), S. 111.

<sup>131</sup> *Ebd.*, S. 118 f.

<sup>132</sup> *Wolff*, Inhalt und System der Ausbildung und Weiterbildung der Juristen, NJ 1964, 33 (33); *Gräf* (Fn. 43), S. 404.

<sup>133</sup> *Dornberger/Büchner-Uhde*, Größere Verantwortung der juristischen Fakultäten für die Ausbildung der Juristen, NJ 1963, 335 (336); *Linwinska* (Fn. 11), S. 121; *Lehmann* (Fn. 57), S. 342.

<sup>134</sup> *Wolff* (Fn. 132), S. 33.



untersuchten jedoch primär die ideologische Haltung, wie etwa die Bereitschaft, sich für die Arbeiterklasse einzusetzen, oder fragten Kenntnisse über den sozialistischen Staat ab.<sup>135</sup> Um überhaupt zu der Prüfung zugelassen zu werden, bedurfte es einer positiven Beurteilung des Charakters durch die Schule oder den Betrieb.<sup>136</sup> Darüber hinaus wurden besonders engagierte Studenten ab Mitte der 1960er Jahre als sogenannte „Vertragsstudenten“ direkt durch die SED rekrutiert. Dies waren Studenten, die vor Studienbeginn einen Vertrag mit der SED oder einem Ministerium schlossen, in dem sie sich zu erhöhter Studiendisziplin und besonderem Engagement, wie etwa als inoffizielle Mitarbeiter der Staatssicherheit oder freiwillige Helfer der Volkspolizei, verpflichteten und dafür ein erhöhtes Stipendium und einen festen zukünftigen Arbeitsplatz bei der rekrutierenden Stelle erhielten.<sup>137</sup> Die gestrafften Zulassungsvoraussetzungen führten dazu, dass etwa in Jena 1964 lediglich 23 Studenten ihr Studium aufnahmen, denen drei Professoren mit Lehrstühlen und mehrere Dozenten gegenüberstanden.<sup>138</sup>

Das Studium erfuhr eine grundlegende Überarbeitung. Die Ausbildungsdauer wurde auf fünf Jahre erhöht, wofür die Praktikantenzeit für Richter in verkürztem Umfang von nur 37 Wochen in das Studium integriert wurde.<sup>139</sup> Ganz nach dem Leitgedanken des NÖS und der Hinwendung zu mehr Wissenschaftlichkeit sollte der Anteil an Seminaren, insbesondere in höheren Semestern reduziert werden, die nun als zu formal und schulmäßig kritisiert wurden.<sup>140</sup> Zentrale Neuerung war die Spaltung der Ausbildung in „Justiz“ und „Wirtschaft“, ersteres wurde in Berlin und Leipzig, letzteres in Halle und Jena unterrichtet.<sup>141</sup> Im Bereich Wirtschaft wurden Veranstaltungen wie „Patent- und Warenzeichenrecht“ und „Rechnungswesen“ angeboten, während im Bereich Rechtspflege neben zusätzlichen Veranstaltungen im Prozessrecht etwa „Gerichtliche Psychologie“ oder „Kriminalistik“ gehalten wurden.<sup>142</sup> Auf diese Weise sollte der durch das NÖS gestiegene Bedarf an Fachkräften in der Wirtschaft gedeckt und gleichzeitig der bürgerliche Einheitsjurist verabschiedet

<sup>135</sup> *Westen* (Fn. 97), S. 36 f.; *Gräf* (Fn. 43), S. 405; *Haferkamp/Wudtke* (Fn. 9), Rn. 93.

<sup>136</sup> *Gräf* (Fn. 43), S. 405.

<sup>137</sup> *Ebd.*, S. 429 f.; *Haferkamp/Wudtke* (Fn. 9), Rn. 98.

<sup>138</sup> *Gräf* (Fn. 43), S. 429 Fn. 93; *Breithaupt* (Fn. 9), S. 116.

<sup>139</sup> *Wolff* (Fn. 132), S. 34; *Lehmann* (Fn. 117), S. 196.

<sup>140</sup> *Livinska* (Fn. 11), S. 121.

<sup>141</sup> *Wolff* (Fn. 132), S. 34; *Jung/Vex* (Fn. 87), S. 348; *Haferkamp/Wudtke* (Fn. 9), Rn. 95.

<sup>142</sup> *Lehmann* (Fn. 57), S. 342.

werden.<sup>143</sup> Am Anfang der Ausbildung stand ein einheitliches Grundstudium, das mit einem Vorexamen abgeschlossen wurde und sich ab dem sechsten Semester in die jeweilige Spezialisierung aufteilte.<sup>144</sup> Die Spezialisierung ging mit der späteren Berufslenkung einher. Der gesellschaftswissenschaftliche Studienanteil blieb quantitativ weitgehend unverändert, wurde aber endgültig auf das gesamte Studium verteilt, sodass nun auch in den ersten beiden Studienjahren verschiedene fachliche Veranstaltungen durchgeführt wurden.<sup>145</sup> Man hielt an der Einführungswoche fest, die von den Studenten den spöttischen Beinamen „Rote Woche“ erhielt.<sup>146</sup> Zivil- und Strafrecht waren nur noch Nebenfächer, während Marxismus-Leninismus, marxistische-leninistische Theorie, Wirtschaftsrecht und Staatsrecht die Hauptfächer bildeten.<sup>147</sup> Der Einfluss der FDJ stieg angesichts der Zurückdrängung der Verschulung zugunsten des Selbststudiums, das in den unter ihrer Leitung stehenden Studienkollektiven stattfand, weiter an. Um die Einheit von Theorie und Praxis zu demonstrieren, traten neben die Arbeitseinsätze in LPGn und volkseigenen Betrieben militärische Qualifizierungen für Männer und Übungen in Zivilverteidigung für Frauen.<sup>148</sup> Änderungen betrafen abermals die Abschlussprüfung. Sie wurde in drei Segmente unterteilt: Mehrere mündliche Prüfungen fanden nach dem neunten Semester statt, eine Diplomarbeit war während des zehnten Semesters anzufertigen und nach deren Abschluss wurden erneut mündliche Prüfungen in den Hauptfächern abgenommen.<sup>149</sup> Die Diplomarbeit war als eine praktische Themenarbeit mit eher mäßigem Niveau von 40 bis 50 Seiten konzipiert.<sup>150</sup> Danach durfte der Absolvent die Bezeichnung „Diplomjurist“ führen.

Anstelle des Richter-Praktikums waren i. S. d. Einheit von Theorie und Praxis das sechste und zehnte Semester als Praxissemester konzipiert, deren Stationen sich nach der gewählten Spezialisierung unterschieden. Dem 16-wöchigen Praktikum im zehnten Semester kam besonderes Gewicht zu, da es in dem für den Absolventen später vorgesehenen Einsatzbereich stattfand, in dem man

---

<sup>143</sup> *Breithaupt* (Fn. 9), S. 6 f.; *Wolff* (Fn. 132), S. 34.

<sup>144</sup> *Wolff* (Fn. 132), S. 33; *Lehmann* (Fn. 57), S. 342.

<sup>145</sup> *Lehmann* (Fn. 57), S. 342.

<sup>146</sup> *Liwinska* (Fn. 11), S. 130.

<sup>147</sup> *Jung/Vec* (Fn. 87), S. 348.

<sup>148</sup> *Ebd.*; *Loeben* (Fn. 69), S. 132.

<sup>149</sup> *Jung/Vec* (Fn. 87), S. 348.

<sup>150</sup> *Ebd.*; *Schröder/Bär* (Fn. 84), S. 458.

bereits regulär arbeitete.<sup>151</sup> Eine gesonderte Abschlussbewertung war nicht länger vorgesehen, da in dieser Zeit nun die Diplomarbeit anzufertigen war.

Auf Beschluss des VI. SED-Parteitags wurde die DASR ab Ende 1963 dem Ministerrat unterstellt und sollte zu einer Hochschule für Aus- und Weiterbildung ausgebaut werden, sodass sie nicht länger das juristische Fern- und Direktstudium anbieten konnte.<sup>152</sup> Damit verlor sie ihren Status als fünfte juristische Fakultät der DDR. Ab 1965 bot auch die Hochschule für die juristische Ausbildung des Ministeriums für Staatssicherheit in Eiche ein militärisch aufgebautes Studium zum Diplomjuristen an.<sup>153</sup> Die Ausbildung stand nicht unter Aufsicht des MdJ und wurde bereits in der DDR, etwa durch Justizminister *Kurt Wünsche*, als inhaltlich so schlecht kritisiert, dass sie nicht einmal das Niveau einer Fachschule erreicht hätte und die Absolventen nicht als richtige Juristen angesehen werden könnten.<sup>154</sup>

#### V. Dritte Hochschulreform 1967

Die universitäre Lehre bewegte sich nach dem Rechtspflegeerlass im Spannungsfeld des im Rahmen des NÖS eingeführten Leistungsprinzips einerseits und des klassenorientierten einheitlichen sozialistischen Bildungssystems nach sowjetischem Vorbild andererseits. Dies führte zu einer Neuordnung der Universitäten, an denen die Fakultäten zugunsten von Sektionen, die durch regimetreue Sektionsräte kontrolliert wurden, aufgelöst wurden.<sup>155</sup> Die IV. Hochschulkonferenz der DDR beschloss im Februar 1967 die „Prinzipien zur weiteren Entwicklung der Lehre und Forschung an den Hochschulen der Deutschen Demokratischen Republik“, die als Dritte Hochschulreform nun maßgeblich den Inhalt der Lehre umgestalten sollten.<sup>156</sup>

Ziel war es, die Forschung zu fördern und eng mit der Praxis zu verbinden, sodass praktische Fragestellungen unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten an den Sektionen verstärkt untersucht werden sollten.<sup>157</sup> Da die angestrebte Verwissenschaftlichung der Ausbildung höhere Anforderungen an die Bewerber

<sup>151</sup> *Wolff* (Fn. 132), S. 34; *Lebmann* (Fn. 57), S. 342 f.

<sup>152</sup> *Lebmann* (Fn. 57), S. 343; *Breithaupt* (Fn. 9), S. 48.

<sup>153</sup> *Gräf* (Fn. 43), S. 446 f.

<sup>154</sup> *Ebd.*, S. 447.

<sup>155</sup> *Linwinska* (Fn. 11), S. 136; *Breithaupt* (Fn. 9), S. 9.

<sup>156</sup> *Lebmann* (Fn. 57), S. 343.

<sup>157</sup> *Rohde/Schönefeld/Schulz*, Sozialistische Hochschulreform, NJ 1968, 737 (737); *Breithaupt* (Fn. 9), S. 7 f.

stellte, wurde die Zulassungspraxis erneut gestrafft. Im Sinne des einheitlichen sozialistischen Bildungssystems wurde eine Vorauswahl in den Schulen getroffen. In der achten Klasse musste der Bewerber in die erweiterte Oberstufe aufgenommen worden sein, was lediglich 15 % der Schüler gelang.<sup>158</sup> Daraufhin wurde in der elften Klasse die politische und fachliche Eignung durch Schule und FDJ überprüft, was einschließlich weitergehender Angaben dem jeweiligen Bezirksgericht vorzulegen war, das den Bewerber dann zu einem Eignungsgespräch einlud.<sup>159</sup> Erst wenn man vom Bezirksgericht vorgeschlagen wurde, konnte nach der zwölften Klasse an der eigentlichen schriftlichen und mündlichen Zulassungsprüfung teilgenommen werden. Bei zufriedenstellenden Ergebnissen wurde der Bewerber vorimmatrikuliert und ihm wurde ein Richter als Betreuer zugeteilt, zu dem er während eines zweimonatigen Vorpraktikums am Kreisgericht und im anschließenden dreijährigen Wehrdienst Kontakt hielt.<sup>160</sup> Neben den formalen Hürden waren auch die charakterlichen Anforderungen an die Bewerber gestiegen. Ein Merkblatt des MdJ gab als Richtlinie für die persönliche Eignung aus, dass nur geeignet ist „wer vorbehaltlos die Beschlüsse der Partei- und Staatsführung anerkennt und bereit und fähig ist, sich unter Einsatz seiner ganzen Persönlichkeit für ihre Verwirklichung einzusetzen.“<sup>161</sup> Zudem sollte der Bewerber von der sozialistischen Moral geleitet sein und hohe Lern- und Leistungsbereitschaft sowie aktives Engagement vorweisen können.<sup>162</sup> Es bestand ein Mindestalter von 20 und ein Höchstalter von 30 Jahren sowie der Wunsch nach Werkstätigkeit, einschließlich einer beruflichen Ausbildung.<sup>163</sup> Wer im Zulassungsverfahren besonders überzeugen konnte, hatte weiterhin die Möglichkeit „Vertragsstudent“ zu werden. Deren Anteil machte fast 25 % der Jurastudenten aus, wobei nun auch die Möglichkeit bestand, die Verträge neben der SED und den Ministerien direkt mit Gerichten über einen späteren Arbeitsplatz abzuschließen.<sup>164</sup> Trotzdem gab es mehr Bewerber als die Bedarfspläne vorsahen, sodass phasenweise nur jede vierte Bewerbung berücksichtigt wurde.<sup>165</sup>

---

<sup>158</sup> *Lochen* (Fn. 69), S. 128; *Deja-Lölböffel*, *Erziehung nach Plan*, 1988, S. 97.

<sup>159</sup> *Schröder/Bär* (Fn. 84), S. 457.

<sup>160</sup> *Lochen* (Fn. 69), S. 128 f.; *Haferkamp/Wudtke* (Fn. 9), Rn. 109.

<sup>161</sup> *Schröder/Bär* (Fn. 84), S. 457.

<sup>162</sup> *Ebd.*

<sup>163</sup> *Gräf* (Fn. 43), S. 408.

<sup>164</sup> *Liminska* (Fn. 11), S. 140.

<sup>165</sup> *Schröder/Bär* (Fn. 84), S. 457.

Das Studium sollte nun „wissenschaftlich-produktiv“ sein, also praxisnah, interdisziplinär und selbständig statt passiv und konsumtiv.<sup>166</sup> Um die dafür benötigten fachlichen Kenntnisse in einer auf vier Jahre reduzierten Studienzeit zu vermitteln, wurde die Spaltung des Studiums weiter vertieft.<sup>167</sup> Zu Anfang der Ausbildung stand ein dreisemestriges Grundstudium. Es beinhaltete neben gesellschaftswissenschaftlichen Veranstaltungen sowie der Vermittlung von juristischen Grundlagen auch interdisziplinäre Vorlesungen wie „Anwendungen der Mathematik und Kybernetik“ und nahm neben Russisch eine weitere lebende Fremdsprache nach Wahl auf.<sup>168</sup> Daran schloss sich das viersemestriges Fachstudium als Wirtschafts- oder Justizjurist an. Größere zeitliche Bedeutung kam der Lehre von internationalem Recht und Völkerrecht zu, teils aus kritisch-ideologischen, teils aus wirtschaftlichen Beweggründen. Nach dem Fachstudium war eine Hauptprüfung abzulegen, die sich aus einer fachlichen und einer politischen mündlichen Prüfung sowie den bisher erreichten Noten zu gleichen Teilen zusammensetzte.<sup>169</sup> Der Student konnte das Studium nach Bestehen der Hauptprüfung beenden und sein Diplom gemäß § 52 Abs. 2 Bildungsgesetz im Fern- oder Abendstudium erwerben. Die Ausbildung zum Justizjuristen wurde weiter unterteilt, sodass Richter und Notare in Berlin, Staatsanwälte und Funktionäre in Jena ausgebildet wurden.<sup>170</sup> Als Neuerung konnten leistungsstärkere Studenten ein ein- bis zweijähriges Spezialstudium aufnehmen.<sup>171</sup> Es diente der Vermittlung von Spezialkenntnissen anhand eines individuellen Lehrplans im Bereich des vorgesehenen späteren Arbeitsplatzes und verlangte selbständige, praktische Forschungstätigkeiten und wurde mit einer Diplomarbeit beendet, die nun zu verteidigen war.<sup>172</sup> Alternativ konnte von besonders leistungsstarken und politisch engagierten Studenten ein maximal dreijähriges Forschungsstudium aufgenommen werden.<sup>173</sup> Es erforderte selbständiges Forschen zu praxisrelevanten Themen und war eigenständig durchzuführen, auch wurde die Durchführung von Lehrveranstaltungen

<sup>166</sup> *Robde/Schönefeld/Schulz* (Fn. 157), S. 737.

<sup>167</sup> *Lehmann* (Fn. 117), S. 195; *Breithaupt* (Fn. 9), S. 10.

<sup>168</sup> *Lehmann* (Fn. 57), S. 342 ff.

<sup>169</sup> *Lehmann* (Fn. 117), S. 195; *Berg* (Fn. 97), S. 335.

<sup>170</sup> *Dörig*, Anerkennung juristischer Abschlüsse aus der DDR, NJW 1990, 889 (889); *Hajerkamp/Wudtke* (Fn. 9), Rn. 95.

<sup>171</sup> *Robde/Schönefeld/Schulz* (Fn. 157) S. 740; *Hajerkamp/Wudtke* (Fn. 9), Rn. 101.

<sup>172</sup> *Westen* (Fn. 97), S. 38; *Lehmann* (Fn. 57), S. 344.

<sup>173</sup> *Lehmann* (Fn. 117), S. 195 f.; *Hajerkamp/Wudtke* (Fn. 9), Rn. 102; *Robde/Schönefeld/Schulz* (Fn. 157) S. 740.

erwartet.<sup>174</sup> Über diese Zeit war eine Dissertation anzufertigen, die erstmals wieder zum Tragen des bürgerlichen Titels „Dr. iur.“ berechnete.<sup>175</sup>

Am 1.9.1970 wurde als Reaktion auf Beschwerden aus der Praxis über die unzureichenden Fähigkeiten der Absolventen anstelle der Praxissemester eine einjährige Assistenzzeit für angehende Richter eingeführt.<sup>176</sup> Sie fand am künftigen Einsatzort statt und war als eine Mischung aus ideologischer und beruflicher Ausbildung konzipiert, doch nahm der fachliche Anteil eine dominante Rolle ein, so wurden die Absolventen nur noch vier Wochen an den Rat des Kreises geschickt.<sup>177</sup> Körperliche Arbeits- oder Ernteeinsätze waren nicht länger vorgesehen. An ihrem Ende fand lediglich eine Gesamtbewertung statt.

## VI. Die weitere Ausbildung bis 1990

*Erich Honecker* wurde im Mai 1971 neuer Sekretär des ZK der SED. Im Juni 1971 fand der VIII. Parteitag der SED statt, auf dem nicht nur das NÖS beendet wurde, sondern auch zahlreiche im Zusammenhang stehende Regelungen der Dritten Hochschulreform zurückgenommen wurden.<sup>178</sup> Als Hauptziele wurden die Erhöhung des Studienniveaus und die sozialistische Erziehung und Ausbildung nach den drei Hauptprinzipien, der Einheit von Erziehung und Ausbildung, der Einheit von Theorie und Praxis und der Einheit von Forschung und Lehre, proklamiert.<sup>179</sup> Letztlich zielten alle drei Prinzipien darauf ab, die universitäre Ausbildung wieder fester auf den Boden der marxistisch-leninistischen Ideologie zu stellen und Lehre und Forschung stärker an Staat und Partei zu binden.<sup>180</sup> Von den ideologischen Änderungen abgesehen blieben Studium und Zulassung weitgehend unverändert.

Im Juni 1974 wurde ein neuer Studienplan aufgelegt. Aufgrund rückläufiger Bewerberzahlen wurde die Auswahl nun allein durch das Bezirksgericht unter Mitwirkung des MdJ durchgeführt, ohne eine weitere Zulassungsprüfung an den

---

<sup>174</sup> *Lehmann* (Fn. 57), S. 344.

<sup>175</sup> *Westen* (Fn. 97), S. 42 f.

<sup>176</sup> *Dörig* (Fn. 170), S. 889 f.; *Greve/Wagner*, Ausbildung und Fortbildung der Juristen in der DDR, NJ 1990, 230 (230).

<sup>177</sup> *Lehmann*, Assistenzzeit für Diplomburisten an den Gerichten der DDR, JuS 1970, 481 (481).

<sup>178</sup> *Husner*, Studenten und Studium in der DDR, 1985, S. 10.

<sup>179</sup> *Buchholz*, Probleme der juristischen Ausbildung, NJ 1978, 512 (513).

<sup>180</sup> *Haferkamp/Wudtke* (Fn. 9), Rn. 123.

Sektionen.<sup>181</sup> Die ideologischen Anforderungen blieben unverändert. Die Studiendauer betrug weiterhin vier Jahre, doch wurden Grund- und Fachstudium zusammengefasst und das Spezialstudium, das sich als unpraktisch erwiesen hatte, abgeschafft.<sup>182</sup> Auf dem Lehrplan stand wieder Verwaltungsrecht, das sich allerdings nach sozialistischem Verständnis in seiner Konzeption auf die staatliche Leitung beschränkte.<sup>183</sup> Die zivilrechtliche Lehre wurde im Zuge der Einführung des ZGB 1975 überarbeitet und in das dritte Semester verlegt.<sup>184</sup> Auch durch die V. Hochschulkonferenz von 1980 blieben tiefgreifende Änderungen aus.<sup>185</sup> Zu dieser Zeit absolvierten in der gesamten DDR jährlich 500 bis 600 Studenten das Studium.<sup>186</sup>

Im Jahr 1982 wurde ein neuer Studienplan eingeführt, der die Gesamtstundenzahl um fast 15 % reduzierte und die Möglichkeit, die Assistentenzeit auf zwei Monate zu kürzen, bot.<sup>187</sup> Weitere tiefgreifende Änderungen blieben aus. Noch 1989 wurde eine IV. Hochschulreform konzipiert, die eine gewisse Liberalisierung der Lehre vorsah, aber nicht mehr praktisch umgesetzt wurde.<sup>188</sup> Mit dem Zusammenbruch der DDR verlor die SED ihren Einfluss auf die juristische Lehre. Bereits im November 1989 wurde die dominante Rolle von FDJ und MdJ beendet.<sup>189</sup> Mit dem Beitritt der ostdeutschen Bundesländer zur Bundesrepublik Deutschland am 3.10.1990 war die Juristenausbildung in der DDR endgültig beendet.

## VII. Fernstudium und Weiterbildungen

Das universitäre Fernstudium hatte zentrale Bedeutung in der DDR und war bis 1982 für 40 % der Absolventen verantwortlich.<sup>190</sup> Die Ursprünge lagen in den Fortbildungslehrgängen für Volksrichter bis 1960 an der DASR. Es war zunächst als drei- bis fünfjähriges Selbststudium konzipiert, das neben den fachlichen auch die gesellschaftswissenschaftlichen Lehrinhalte aufgriff.<sup>191</sup> Es wurden jährlich

---

<sup>181</sup> *Livinska* (Fn. 11), S. 165.

<sup>182</sup> *Ebd.*, S. 166; *Dörig* (Fn. 89), S. 219.

<sup>183</sup> *Buchholz* (Fn. 179), S. 514.

<sup>184</sup> *Livinska* (Fn. 11), S. 170.

<sup>185</sup> *Maser*, Die V. Hochschulkonferenz geht auch uns an!, NJ 1980, 100 (100 f.).

<sup>186</sup> *Dörig*, Anerkennung juristischer Abschlüsse aus der DDR, NJW 1990, 889 (889).

<sup>187</sup> *Livinska* (Fn. 11), S. 178.

<sup>188</sup> *Berg* (Fn. 97), S. 335; *Livinska* (Fn. 11), S. 193 ff.

<sup>189</sup> *Breitbaupt* (Fn. 9), S. 12 f.

<sup>190</sup> *Sorgenicht*, Einige Erfahrungen der Staats- und Rechtspraxis, NJ 1982, 479 (481 f.).

<sup>191</sup> *Grube* (Fn. 30), S. 69.

300 bis 360 Studenten zugelassen.<sup>192</sup> Die DASR führte gleichzeitig Kurzlehrgänge für leitende Parteifunktionäre durch, um diesen den Erwerb des Staatsexamens zu ermöglichen.<sup>193</sup>

Nachdem die DASR im Rahmen ihrer Neuausrichtung 1963 ihre Lehrbefugnis für das Fernstudium verloren hatte, wurde die Durchführung von der Humboldt-Universität zu Berlin übernommen.<sup>194</sup> Für die Zulassungsvoraussetzungen gab es keine Besonderheiten. Jedoch war es üblich, von einem Betrieb zum Studium delegiert zu werden.<sup>195</sup> Dafür wurden sogenannte Qualifizierungsverträge abgeschlossen, die dem Studenten einen späteren Arbeitsplatz und die Fortzahlung des Lohns während der Klausurvorbereitung garantierten.<sup>196</sup> Die Studiendauer betrug 5 ½ Jahre, in denen der gleiche Stoff wie im Direktstudium gelehrt wurde.<sup>197</sup> Ferner waren die Spezialisierungen vorgesehen. Über das Studium verteilt fanden Blockseminare, Vorlesungen, Übungen und Klausuren in Präsenz statt, die der Überprüfung des Lehrinhalts dienten.<sup>198</sup> Zur Stoffvermittlung wurde auf Studienanleitungen und Lehrbriefe zurückgegriffen, die Hinweise, Literatúrauszüge und Probefälle enthielten.<sup>199</sup> Schon aus der Natur des Fernstudiums folgte, dass eine umfassende persönliche Indoktrination nicht möglich war. Dennoch waren die Studenten in Studienkollektiven der FDJ organisiert und standen unter besonderer Aufsicht der SED-Parteioorganisation ihrer Arbeitsstelle.<sup>200</sup> Für die Ablegung des Staatsexamens und des Diploms gab es keine Besonderheiten.

An den Fakultäten und der DASR fanden turnusmäßig postgraduale Weiterbildungen statt, die fachliche Spezialkenntnisse wie etwa „Ausländisches Zivil- und Handelsrecht“ oder „Warenzeichen- und Patentrecht“ sowie weiterführendes Verständnis in der marxistisch-leninistischen Lehre vermitteln sollten.<sup>201</sup> Sie dienten nicht zuletzt der fortgeführten akademischen

---

<sup>192</sup> Gräf (Fn. 43), S. 443.

<sup>193</sup> Ebd.

<sup>194</sup> *Lininska* (Fn. 11), S. 186; *Breithaupt* (Fn. 9), S. 48 f.

<sup>195</sup> Gräf (Fn. 43), S. 446.

<sup>196</sup> Dörig (Fn. 89), S. 220.

<sup>197</sup> Gräf (Fn. 43), S. 446.

<sup>198</sup> *Lininska* (Fn. 11), S. 188; Dörig (Fn. 89), S. 220.

<sup>199</sup> Dörig (Fn. 89), S. 220.

<sup>200</sup> Gräf (Fn. 43), S. 446.

<sup>201</sup> *Dornberger/Büchner-Uhde* (Fn. 133), S. 336; *Grube* (Fn. 30), S. 67.



Indoktrination und Kontrolle der Absolventen über die Universität hinaus auch im Arbeitsleben und waren verpflichtend.

#### **D. Zusammenfassung und Fazit**

Die Juristenausbildung in der DDR war durch Spannungen zwischen den ideologischen Anforderungen der SED und den fachlichen Bedürfnissen der Praxis geprägt. Zu Anfang stand ein großer Juristenmangel. Dies lag zum Teil am sozialistischen Rechtsverständnis, das die Justiz als Mittel der Herrschaftssicherung der Arbeiterklasse sah, zum Teil auch an einer konsequenten Entnazifizierung. Zur raschen Umformung der Justiz wurden Volksrichterlehrgänge geschaffen. Diese glichen sich fachlich schnell an die universitäre Ausbildung an, während der politische Unterrichtsanteil stark zunahm.

Ab 1950 traten die Universitäten in den Vordergrund. Sie litten unter Rekrutierungsproblemen und langwierigen Zulassungsprozessen. Man schaffte es über all die Jahre nie, die qualifizierten Arbeiter, die man erreichen wollte, aus den Betrieben zu werben. Die fachliche Lehre erfuhr eine tiefgreifende Neuausrichtung. Leitmotiv war die Einheit von Erziehung und Ausbildung. Man führte extensive gesellschaftswissenschaftliche Vorlesungen ein, die auch den zentralen Prüfungsstoff bildeten. Die Lehre war verschult und unter ständiger Kontrolle der FDJ. Zudem sollte das Studium als Einheit von Theorie und Praxis praxisnah und kompakt erfolgen. Dazu wurde die praktische Ausbildungszeit immer wieder reformiert. Auch waren ab den 1970er Jahren körperliche Arbeitseinsätze vorgesehen. Eine einschneidende Änderung war die Spaltung des Studiums in Justiz und Wirtschaft. Dies ging mit einer verstärkten Absolventenlenkung schon ab dem dritten Studienjahr einher und schaffte den Einheitsjuristen ab. In den 1980er Jahren wurde die Einheit von Forschung und Lehre im Rahmen des NÖS gestärkt. Die Studenten sollten nun durch stärkere Spezialisierung und ihre Diplomarbeiten noch im Studium zu produktiven Wissenschaftlern geformt werden. Die Abschlussprüfungen wiesen eine starke ideologische Prägung auf und sanken vom fachlichen Niveau ab. Dem Fernstudium kam überragende Bedeutung zu, da man nur so verlässlich aktiv Werkstätige für die Justiz gewinnen konnte. Es machte quantitativ einen im Vergleich zur Bundesrepublik Deutschland deutlich größeren Anteil aus. Außerdem dienten Weiterbildungen der dauerhaft fortgeführten fachlichen und ideologischen Qualifikation und Indoktrination der Absolventen.

Im Gegensatz zu den Volksrichterlehrgängen wurde die universitäre Lehre stets argwöhnisch betrachtet, da man eine antisozialistische Elitenbildung fürchtete.

Diese Skepsis manifestierte sich in der Vielzahl an Reformen, sodass kaum ein Student sein Studium mit dem Studienplan beendete, mit dem er es begonnen hatte.<sup>202</sup> Dennoch blieb das Studiensystem im Kern weitgehend unverändert und stellte ideologische Verlässlichkeit stets über die Anforderungen der Praxis. Dass man den Studenten nicht vertraute, zeigte sich nicht nur in der langwierigen Auswahl sowie der ständigen Überwachung und Indoktrination, sondern auch darin, dass die Absolventen durch Weiterbildungen im Hochschulsystem gehalten wurden. Somit konnte das Studium den Ausgleich zwischen parteilicher Ideologie und praktischen Anforderungen nie gänzlich erreichen.

---

<sup>202</sup> *Haferkamp/Wudtke* (Fn. 9), Rn. 128.