



Studentische Zeitschrift
für Rechtswissenschaft Heidelberg
Wissenschaft Online

AUFSÄTZE

Stella Elmentaler

Die Pflicht juristischer Personen zur Leistung
einer Ausländer-Prozesskostensicherheit nach § 110 ZPO – zugleich Besprechung
von *BGH*, Beschl. v. 23.8.2017, IV ZR 93/17

Lukas Collier

Die Rolle der nationalen Gerichte
bei der Durchsetzung des *Digital Markets Act*

Marcel Nashwan

Internationaler Gewalteinsatz:
Möglichkeiten und Grenzen der rechtlichen Steuerung und Aufarbeitung
durch den *Internationalen Gerichtshof*

Julia Bierlein

Sittenwidrigkeit im Medizinstrafrecht

Josefine Schütz

Urteilsanmerkung zum Beschluss des *Bundesgerichtshofs*
vom 11.5.2021 – 4 StR 350/20

Erik Frehse

Digestenexegese zu Afr. 5 quaest. D. 30.108.12

Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft Heidelberg

Redaktion

Chefredaktion: Andreas Warchal, Luise Carla Hamsch, Patrick Seyfried
Ressortleitung StudZR-WissOn: Emma Sendler, Leonard Wagner

Lara Achenza	Deren Göral	Saide Nestler
Alice Ballach	Philipp Heye	Carolin Reh
Alina Beckmann	Samuel Hu	Viola Sauter
Emma Bury	Anna Huber	Monika Schröder
Tim Buchholz	Johanna Kerscher	Winnie Schubert
Franziska Burkhard	Rose Knöchlein	Fabian Schulz
Bozheng Chen	Henrik-Hugo Kohlhas	Josefine Schütz
Andra Cristea	Celine Kreuz	Elias Sieger
Rafaela Da Cunha	Fynn Langen	Silas Stegert
Alec Daudert	Sarah Löffler	Adrian Trinter
Jonas Fischer	Oskar Luong	Johanna Wiegand
Maximilian Funk	Khaled-Ismail Madi	Ruben Zimmermann
Faustyna Gonka	Melina Meding	Anna Zitt
Julia Göbes	Jonathan C. Morath	

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	Prof. 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	Prof. 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, Stella Elmentaler, Moritz Barth, Julia Bierlein

Vorstand des StudZR e. V.:

Johannes Tegel, Stella Elmentaler, Fabienne Schlachter

StudZR-WissOn 1/2025

**Studentische Zeitschrift für
Rechtswissenschaft Heidelberg
Wissenschaft Online**

1. Ausgabe des Jahres 2025

Erschienen im Juni 2025

Seiten 1 bis 186

eISSN

2629-7132

DOI

10.11588/srzwo.2025.1

Herausgeber

Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft Heidelberg e.V.

Juristisches Seminar

Friedrich-Ebert-Anlage 6–10

69117 Heidelberg

www.studzr.de

E-Mail: vereinsvorstand@studzr.de

Zitiervorschlag: *Autor*, StudZR-WissOn 2025, S.

Inhaltsverzeichnis

Aufsätze

Stella Elmentaler

Die Pflicht juristischer Personen zur Leistung einer Ausländer-Prozesskostensicherheit nach § 110 ZPO – zugleich
Besprechung von BGH, Beschl. v. 23.8.2017, IV ZR 93/17 1

Lukas Collier

Die Rolle der nationalen Gerichte bei der Durchsetzung des
Digital Markets Act 35

Marcel Nashwan

Internationaler Gewalteinsatz: Möglichkeiten und Grenzen der
rechtlichen Steuerung und Aufarbeitung durch den
Internationalen Gerichtshof 74

Julia Bierlein

Sittenwidrigkeit im Medizinstrafrecht 114

Josefine Schütz

Urteilsanmerkung zum Beschluss des Bundesgerichtshofs vom
11.5.2021 – 4 StR 350/20 140

Erik Frehse

Digestenexegese zu Afr. 5 quaest. D. 30.108.12 168

Stella Elmentaler*

Die Pflicht juristischer Personen zur Leistung einer Ausländer-Prozesskostensicherheit nach § 110 ZPO – zugleich Besprechung von BGH, Beschl. v. 23.8.2017, IV ZR 93/17

Abstract

§ 110 ZPO sieht für ausländische Kläger eine Pflicht zur Leistung einer Prozesskostensicherheit vor. Die Prozesskostensicherheit soll sicherstellen, dass der Beklagte seinen Erstattungsanspruch für die im gewonnenen Prozess angefallenen Kosten gegen den ausländischen Kläger durchsetzen kann. Tatbestandsvoraussetzung des § 110 ZPO ist, dass der Kläger seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland hat. Für juristische Personen des Privatrechts bieten sich für die Bestimmung ihres gewöhnlichen Aufenthalts verschiedene Anknüpfungspunkte an. Nachdem die Problematik Gegenstand vielfältiger Diskussionen in Rechtsprechung und Literatur war, äußerte sich der BGH mit Beschluss vom 23.8.2017 (Az. IV ZR 93/17) erstmals ausdrücklich zu der Frage. Der Beitrag setzt sich kritisch mit dieser Entscheidung, der ihr zugrundeliegenden, in § 110 ZPO getroffenen Interessenabwägung zwischen Justizgewährungsanspruch und Beklagtenschutz und ihren Folgen für unterschiedliche Fallgruppen auseinander.

* Die Verfasserin hat ihre Erste Juristische Staatsprüfung an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg abgelegt und promoviert aktuell an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg. Der Beitrag beruht auf einer Studienarbeit, die im Sommersemester 2021 von Prof. Dr. Christoph Kern, LL.M. (Harvard) gestellt wurde.

A. Einleitung

Der Schutz des zu Unrecht Beklagten durch die Rechtsordnung ist ein wesentlicher Grundpfeiler des rechtsstaatlichen Zivilprozesses. Eines der ältesten und wichtigsten Instrumente, um diesen Schutz zu gewährleisten, ist die Verpflichtung des Klägers zur Leistung einer Prozesskostensicherheit. Die Sicherheitsleistung garantiert, dass dem Beklagten im Falle eines Obsiegens die ihm entstandenen Prozesskosten ersetzt und entsprechende Kostenerstattungsansprüche vollstreckt werden können. Ein effektiver Beklagenschutz ist daher auch für das Vertrauen der Allgemeinheit in die Funktionsfähigkeit und den Gerechtigkeitsgehalt des eigenen Rechtssystems unerlässlich.¹

Gleichzeitig bedeutet die Pflicht zur Leistung einer Prozesskostensicherheit immer eine tatsächliche Hürde für den Kläger und die Durchsetzung seiner möglicherweise berechtigten Ansprüche. So kann das Bestehen einer Pflicht zur Prozesskostensicherheitsleistung darüber entscheiden, ob ein Kläger sich überhaupt zur Klageerhebung entscheidet.² Der freie Zugang zu den Zivilgerichten als Ausprägung des Justizgewährungsanspruchs,³ der nach Art. 20 Abs. 3 GG In- und Ausländern gleichermaßen zusteht,⁴ ist nicht zuletzt auch für die Attraktivität des deutschen Gerichtsstands von Relevanz.⁵

Das deutsche Zivilprozessrecht löst diesen Konflikt im Grundsatz zugunsten eines möglichst freien Zugangs zu den Zivilgerichten⁶ und sieht eine Prozesskostensicherheitsleistung nur in wenigen Ausnahmefällen vor.⁷ Der häufigste und wichtigste Fall ist die Ausländer-Prozesskostensicherheit nach § 110 ZPO. Gemäß § 110 Abs. 1 ZPO müssen Kläger, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt außerhalb der EU oder des Gebiets des Europäischen

¹ *Streinz/Leible*, Prozeßkostensicherheit und gemeinschaftsrechtliches Diskriminierungsverbot, IPRax 1998, 162 (169).

² *Dastis/Singhartl*, Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 23.08.2017 – IV ZR 93/17, EWiR 2017, 707 (707).

³ *Rux*, in: BeckOK-GG, Ed. 59, Stand: 15.9.2024, Art. 20 Rn. 199; *Primožic/Broich*, Festsetzung hoher Prozesskostensicherheiten für ausländische Kläger, MDR 2007, 188 (189); *Knöfel*, Anmerkung zu LG Berlin, Urt. v. 29.10.2009 – 33 O 433/07, EWiR 2010, 35 (36).

⁴ *Primožic/Broich* (Fn. 3), S. 189.

⁵ *Kubis*, Ausländer-Prozeßkostensicherheit und Diskriminierungsverbot, ZEuP 1999, 965 (971); *Reeg*, Die „Ausländer“-Sicherheit nach § 110 ZPO – eine oft übersehene Prozesseinrede, IWRZ 2020, 105 (106).

⁶ *Hartmann*, in: Anders/Gehle, ZPO, 82. Aufl. 2024, § 110 Rn. 1.

⁷ *Primožic/Broich* (Fn. 3), S. 188.

Währungsraums (EWR) haben, auf Verlangen des Beklagten Prozesskostensicherheit leisten.

Der gewöhnliche Aufenthalt nach § 110 ZPO bereitet besondere Probleme, wenn der Kläger eine juristische Person ist. Für juristische Personen des Privatrechts bieten sich für die Bestimmung ihres gewöhnlichen Aufenthalts verschiedene Anknüpfungspunkte an. Nachdem die Problematik Gegenstand vielfältiger Diskussionen in Rechtsprechung und Literatur war, äußerte sich der *BGH* mit Beschluss vom 23.8.2017 (Az. IV ZR 93/17) erstmals ausdrücklich zu dem Anknüpfungspunkt des § 110 ZPO bei juristischen Personen.⁸ Die Beantwortung der Frage nach dem Anknüpfungspunkt des gewöhnlichen Aufenthalts stellt eine Ausprägung der gesetzgeberischen Abwägung von Beklagenschutz und klägerischem Justizgewährungsanspruch dar. Die Entscheidung des *BGH* gibt daher Anlass, sich kritisch mit der in § 110 ZPO getroffenen Interessenabwägung auseinanderzusetzen.

Während die Verhältnismäßigkeit der gesetzgeberischen Abwägung von klägerischem Justizgewährungsanspruch und Beklagenschutz vereinzelt infrage gestellt wird,⁹ wird die grundsätzliche Verfassungsmäßigkeit des § 110 ZPO im Folgenden unterstellt. Stattdessen soll der Fokus auf eine interessengerechte Auslegung der Tatbestandsmerkmale des § 110 ZPO und insbesondere des Anknüpfungspunktes bei juristischen Personen gelegt werden. Für jede Auslegungsweise ist daher zu prüfen, ob sie einer angemessenen Interessenabwägung von Justizgewährungsanspruch und Beklagenschutz gerecht wird.

Im Folgenden soll im Detail auf die Ausländer-Prozesskostensicherheit nach § 110 ZPO und ihre Zwecksetzung eingegangen werden (**B.**). Anschließend wird der Beschluss des *BGH* vom 23.8.2017 anhand der zuvor beleuchteten Zwecksetzung und Interessenabwägung des § 110 ZPO besprochen (**C.**).

⁸ *BGH*, NJW-RR 2017, 1320 f.; vgl. zum Stand der Diskussion vor dem Beschl. *ebd.*, S. 1320.

⁹ *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht mit internationalem Insolvenzrecht und Schiedsverfahrensrecht, 8. Aufl. 2021, Rn. 685; *Altenkirch*, Die Sicherheitsleistung für die Prozesskosten – Ein Vergleich des deutschen und englischen Zivilprozessrechts und ein Vorschlag für das Schiedsverfahren, 2013, S. 142; *Dastis/Singbartl* (Fn. 2), S. 708; *Schütze*, Zur cautio iudicatum solvi bei unbestimmtem Verwaltungssitz juristischer Personen, IPRax 2018, 493 (493).

B. Die Ausländer-Prozesskostensicherheit

Die Beantwortung der Frage nach dem Anknüpfungspunkt des § 110 ZPO bei juristischen Personen bedarf einer gründlichen Auseinandersetzung mit dem Rechtsinstitut der Ausländer-Prozesskostensicherheit. Auf einen kurzen Überblick über § 110 ZPO als zentrale Norm der Ausländer-Prozesskostensicherheit im deutschen Zivilrecht (I.) folgt daher eine Untersuchung des Normzwecks des § 110 ZPO und der historischen Hintergründe, die zu der heutigen Schutzrichtung der Norm geführt haben (II.). Sodann soll eine Betrachtung des Instituts der Prozesskostensicherheit im Ausland die deutsche Interessenabwägung in einen rechtsvergleichenden Kontext setzen (III.). Anschließend wird die Beweislastverteilung des § 110 ZPO als Ausprägung der oben herausgearbeiteten Interessenabwägung näher beleuchtet (IV.). Zuletzt wird eine kurze Zusammenfassung der gesetzgeberischen Interessenabwägung und der darauf beruhenden *ratio legis* gegeben (V.).

I. § 110 ZPO als zentrale Norm der Prozesskostensicherheit

§ 110 ZPO stellt in Abs. 1 die Tatbestandsvoraussetzungen einer Pflicht zur Prozesskostensicherheitsleistung fest: Die Norm knüpft dabei an den gewöhnlichen Aufenthalt des Klägers an und bestimmt eine Sicherheitspflicht für den Fall, dass dieser nicht in der EU oder dem Gebiet des EWR liegt. Abs. 2 enthält konkrete Ausnahmetatbestände, die eine Befreiung von dieser Pflicht unter den dort bestimmten Voraussetzungen vorsehen.

Eine Pflicht zur Prozesskostensicherheitsleistung besteht nur „auf Verlangen des Beklagten“, sodass das Gericht eine Pflicht nach § 110 ZPO nur auf Antrag des Beklagten oder seines Streithelfers auferlegen kann.¹⁰ Der Antrag nach § 110 Abs. 1 ZPO stellt die Geltendmachung einer prozesshindernden Einrede dar.¹¹ Gemäß § 113 ZPO ist dem Kläger bei Anordnung einer Sicherheitsleistung eine Frist zur Leistung zu bestimmen, nach deren Ablauf die Klagerücknahme fingiert wird.¹² Die Einrede nach § 110 Abs. 1 ZPO muss rechtzeitig gemäß § 282 Abs. 3

¹⁰ Herget, in: Zöller, ZPO, 35. Aufl. 2024, § 110 Rn. 4.

¹¹ Schulz, in: MüKo-ZPO, 6. Aufl. 2020, § 110 Rn. 36; Bork, in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. 2016, § 110 Rn. 38.

¹² Schulz, in: MüKo-ZPO (Fn. 11), § 110 Rn. 40; Foerste, in: Musielak/Voit, ZPO, 21. Aufl. 2024, § 110 Rn. 1.

ZPO und damit grundsätzlich vor Verhandlung in der Hauptsache in erster Instanz erfolgen.¹³

II. Zum Zweck der Prozesskostensicherheit

Die Betrachtung der Funktion und Zwecksetzung der Prozesskostensicherheit ist essenziell für die Auslegung des § 110 ZPO. Die Tatbestandsmerkmale, die eine Pflicht zur Prozesskostensicherheitsleistung begründen, sind stets im Lichte des Zwecks und der Grenzen des § 110 ZPO zu interpretieren.¹⁴ Im Folgenden wird daher zunächst auf die Zielsetzung und Anknüpfungspunkte der Prozesskostensicherheitsleistung in einem historischen Kontext (1.) und dann auf die Reform des § 110 ZPO a. F. und ihre Folgen für die *ratio legis* eingegangen (2.). Im Anschluss findet sich eine Analyse des Zwecks und der Funktion des § 110 ZPO n. F. (3.).

1. Von der *cautio pro expensis* zur ZPO

Ein mit der Sicherheitsleistung nach § 110 ZPO häufig in Verbindung gebrachtes Rechtsinstitut ist die aus dem römischen Recht stammende *cautio indicatum solvi* – eine den Beklagten treffende Pflicht zur Sicherheitsleistung. Zweck der *cautio indicatum solvi* war die Sicherung der vollständigen Erfüllung des Urteils.¹⁵ Anknüpfungspunkt waren verschiedene individuelle Risikofaktoren, die eine Vollstreckung des Urteils beeinträchtigen könnten – insbesondere auch die Frage, ob der Beklagte „ökonomisch verdächtig“ war.¹⁶ Neben der *cautio indicatum solvi* gab es im römischen Recht die *cautio pro expensis*, eine den Kläger treffende Pflicht zur Sicherheitsleistung für Prozesskosten. Diese Pflicht bestand für jeden Kläger – unabhängig von seinen finanziellen Umständen oder seiner Herkunft.¹⁷ Obwohl die *cautio pro expensis* der heutigen Pflicht nach § 110 ZPO deutlich näher kommt,¹⁸ hat sich der Begriff *cautio indicatum solvi* im internationalen

¹³ BGH, NJW 2001, 3630 (3630); Herget, in: Zöller (Fn. 10), § 110 Rn. 4; Schulz, in: MüKo-ZPO (Fn. 11), § 110 Rn. 37; Nagel/Gottwald, Internationales Zivilprozessrecht, 8. Aufl. 2020, Rn. 5.74; zur Geltendmachung in höheren Instanzen BGH, NJW-RR 1993, 1021 (1021); NJW 2001, 3630 (3630); Wöstmann, in: Saenger, ZPO, 10. Aufl. 2023, § 110 Rn. 3; Schmidt, in: Prütting/Gehrlein, ZPO, 16. Aufl. 2024, § 110 Rn. 3.

¹⁴ Schütze, Der gewöhnliche Aufenthaltsort juristischer Personen und die Verpflichtung zur Stellung einer Prozesskostensicherheit nach § 110 ZPO, IPRax 2011, 245 (246).

¹⁵ Danelzik, Sicherheitsleistung für die Prozeßkosten – Eine rechtsvergleichende und rechtspolitische Betrachtung, 1976, S. 83; Altenkirch (Fn. 8), S. 15.

¹⁶ Danelzik (Fn. 15), S. 84.

¹⁷ Ebd., S. 95.

¹⁸ Ebd., S. 88.

Sprachgebrauch als Bezeichnung für Prozesskostensicherheiten aller Arten etabliert.¹⁹

Das Institut der Prozesskostensicherheit findet sich zudem in verschiedenen europäischen Rechtsordnungen ab dem 8. Jahrhundert wieder. Die Pflicht zur Prozesskostensicherheitsleistung knüpfte dabei üblicherweise an die konkreten Risiken einer Vollstreckung des Prozesskostenerstattungsanspruchs an. So enthielt die Allgemeine Gerichtsordnung für die preußischen Staaten eine Ausnahme von der allgemeinen Pflicht zur Prozesskostensicherheitsleistung für Kläger mit Immobilien im Inland.²⁰ Eine Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit des Klägers enthielt erstmals im deutschsprachigen Rechtsraum die im Jahr 1877 als § 102 ZPO eingeführte Norm zur Sicherheitsleistung.²¹ Mit ihrer Beschränkung der Pflicht auf Ausländer bringt die Norm eine in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts in weiten Teilen Europas entwickelte Ausländerfeindlichkeit und damit einhergehende Diskriminierung zum Ausdruck.²²

Der bis ins späte 20. Jahrhundert fortbestehende § 110 ZPO a. F. entsprach in seinem Wortlaut größtenteils dem § 102 ZPO von 1877²³ und knüpfte für die Pflicht zur Prozesskostensicherheitsleistung an die Staatsangehörigkeit des Klägers an.²⁴ Das Kriterium der Staatsangehörigkeit sollte typisierend solche Kläger von der Pflicht zur Prozesskostensicherheitsleistung befreien, bei denen nicht von Vollstreckungsschwierigkeiten auszugehen sein dürfte.²⁵ § 110 ZPO a. F. enthielt außerdem einen Ausnahmetatbestand, nach dem die Pflicht zur Prozesskostensicherheitsleistung entfiel, soweit Deutsche vor den Gerichten des Heimatstaates des Klägers ebenfalls nicht zur Prozesskostensicherheitsleistung verpflichtet waren.²⁶ Der Ausnahmetatbestand sollte als „Druckmittel“²⁷ andere

¹⁹ Riezler, Internationales Zivilprozessrecht und prozessuales Fremdenrecht, 1949, S. 429; Altenkirch (Fn. 8), S. 15; Schütze, Die Bedeutung und Bestimmung des Sitzes von Gesellschaften im Rahmen des § 110 ZPO, AG 2021, 75 (75).

²⁰ Altenkirch (Fn. 8), S. 16.

²¹ Danelzik (Fn. 15), S. 7.

²² Ebd., S. 101; Altenkirch (Fn. 8), S. 16; Beitzke, Rezension zu: Internationales Zivilprozeßrecht. Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht, Nr. 20 von Erwin Riezler, AcP 151, 268 (175); Hepting, Die Gegenseitigkeit im internationalen Privatrecht und internationalen Zivilprozessrecht, 1973, S. 263.

²³ Danelzik (Fn. 15), S. 7.

²⁴ Altenkirch (Fn. 8), S. 17; Danelzik (Fn. 15), S. 10.

²⁵ Danelzik (Fn. 15), S. 10.

²⁶ Ebd., S. 48.

²⁷ BT-Drucks. 13/10871, S. 15.

Staaten zu einer Abschaffung der Pflicht zur Sicherheitsleistung für Deutsche bewegen.²⁸

Neben seinen offen ausländerfeindlichen Ursprüngen²⁹ sollte § 110 ZPO a. F. außerdem dem politisch motivierten Schutz deutscher Emigranten im Ausland vor einer Sicherheitsleistungspflicht vor deutschen Gerichten dienen.³⁰ Den Beklagtenschutz, der eigentlich und offiziell der primäre Zweck der Prozesskostensicherheitsleistung sein sollte,³¹ förderte die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit allerdings nur bedingt. So benachteiligte § 110 ZPO a. F. nicht nur Ausländer mit Vermögenswerten im Inland, er versäumte es auch, den Beklagten zu schützen, der sich einem deutschen Kläger gegenüber sah, dessen Wohnsitz und Vermögen im Ausland lagen.³² Dementsprechende Kritik an der Effektivität des § 110 ZPO a. F. zum Beklagtenschutz wurde bereits viele Jahre vor seiner Reform laut.³³

2. Zur Europarechtswidrigkeit und Reform des § 110 ZPO a. F.

Eine Änderung des § 110 ZPO a. F. erfolgte trotz der langjährigen Kritik allerdings erst infolge zweier Entscheidungen des *EuGH* in den 1990er Jahren, die die Europarechtswidrigkeit der Norm feststellten.³⁴ In seinem Urteil vom 1.7.1993³⁵ entschied der *EuGH*, dass die Pflicht eines britischen Testamentsvollstreckers zur Sicherheitsleistung nach § 110 ZPO eine Verletzung der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56, 57 AEUV (Art. 59, 60 EWGV) darstelle. Die Frage eines Verstoßes gegen das allgemeine Diskriminierungsverbot nach Art. 18 AEUV (Art. 7 EWGV) ließ er dabei zunächst offen.³⁶ Mit Urteil vom 20.3.1997³⁷ entschied der *EuGH* dann in dem Fall der klagenden Eheleute *Hayes*, dass in der Pflicht zur Prozesskostenleistung nach § 110 ZPO a. F. auch ein

²⁸ *Hepting* (Fn. 22), S. 263 ff.; *Schütze*, Die verkannte Funktion der Ausländersicherheit, IPRax 1990, 87 (87); *Bork/Schmidt-Parzefall*, Zur Reformbedürftigkeit des § 110 ZPO, JZ 1994, 18 (18); *Streinz/Leible* (Fn. 1), S. 164.

²⁹ *von Bar*, Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts Band II, 2. Aufl. 1889, S. 393 f.; *Schütze* (Fn. 19), S. 75.

³⁰ *Schütze*, Die Rechtsprechung des EuGH zur Ausländerkaution – Luxemburg locuta causa finita, RIW 1998, 285 (286); *Schütze* (Fn. 14), S. 246.

³¹ *Hahn*, CPO, S. 205.; *Danelzik*, Prozeßkostensicherheitsleistung, S. 8.

³² *Bork/Schmidt-Parzefall* (Fn. 28), S. 18; *Schütze* (Fn. 30), S. 286.

³³ *von Bar* (Fn. 29), S. 394; *Riezler* (Fn. 19), S. 153; *Beitzke* (Fn. 22), S. 275 f.; *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht, 8. Aufl. 2020, Rn. 2004 ff.

³⁴ BT-Drucks. 13/10871, S. 13; *Altenkirch* (Fn. 8), S. 19.

³⁵ *EuGH*, NJW 1993, 2431 (2431).

³⁶ *Schütze*, Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 1.7.1993 – Rs. C-20/92, DZWir 1994, 22 (23); *Altenkirch* (Fn. 8), S. 19 f.

³⁷ *EuGH*, NJW 1998, 2127 (2127 ff.).

Verstoß gegen das allgemeine Diskriminierungsverbot läge. Dabei bemängelte der *EuGH* insbesondere die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit des Klägers, welche dazu führe, dass Kläger aus anderen Mitgliedsstaaten einen erschwerten Zugang zu deutschen Gerichten hätten.³⁸ Der *EuGH* zog einen Vergleich zu einem inländischen Kläger mit Wohnsitz und Vermögenswerten im Ausland, bei dem eine Vollstreckung ähnlich problematisch sein dürfte wie bei ausländischen Klägern.³⁹ Dieser war nach § 110 ZPO a. F. indes nicht zur Leistung einer Prozesskostensicherheit verpflichtet.

Im Anschluss an diese Entscheidung wurde § 110 ZPO grundlegend geändert; der heutige § 110 ZPO trat am 1.10.1999 in Kraft. Zum einen fand mit der Ausweitung der Privilegierung auf das gesamte EU- und EWR-Gebiet eine formale Gleichstellung der Bürger aller Mitgliedsstaaten statt.⁴⁰ Darüber hinaus berücksichtigte der deutsche Gesetzgeber die angesprochene Kritik, dass die Staatsangehörigkeit kein geeigneter Anknüpfungspunkt für den Beklagenschutz sei, und führte daher das Kriterium des gewöhnlichen Aufenthalts ein.⁴¹

3. Zur *ratio legis* des § 110 ZPO n. F.

Mit der Reform § 110 ZPO konzentrierte sich der Gesetzgeber auf den eigentlichen Zweck der Prozesskostensicherheit: den Schutz des Beklagten bei der Durchsetzung seines Kostenerstattungsanspruchs.⁴² Im Falle eines Obsiegens soll sich dieser aus der Sicherheit befriedigen können.⁴³ Der Beklagenschutz als *ratio legis* ist daher bei der Auslegung des § 110 ZPO stets an erster Stelle zu berücksichtigen.⁴⁴

Genau genommen liegt der Zweck des § 110 ZPO allerdings nicht im umfänglichen Schutz vor der gerichtlichen Inanspruchnahme durch einen vermögenslosen Kläger und einer damit verbundenen Nichterstattung,⁴⁵ sondern speziell in dem Schutz vor formalen Vollstreckungsproblemen im Ausland.⁴⁶ Der

³⁸ *Schütze* (Fn. 30), S. 286; *Altenkirch* (Fn. 8), S. 21.

³⁹ *EuGH*, NJW 1998, 2127 (2127 ff.); *Kubis* (Fn. 5), S. 970.

⁴⁰ *Kubis* (Fn. 5), S. 972.

⁴¹ BT-Drucks. 13/10871, S. 17; *Bork*, in: Stein/Jonas (Fn. 11), § 110 Rn. 2; *Schütze*, Zur cautio iudicatum solvi juristischer Personen, IPRax 2014, 272 (272).

⁴² BT-Drucks. 13/10871, S. 17; *Kubis* (Fn. 5), S. 971.

⁴³ *Kühnen*, Handbuch der Patentverletzung, 13. Aufl. 2021, E. II. 2. a) Rn. 13; *Schütze* (Fn. 8), S. 493.

⁴⁴ *Schütze* (Fn. 14), S. 246.

⁴⁵ *BGH*, NJW 1984, 2762 (2762 ff.); *Jaspersen*, in: BeckOK-ZPO, Ed. 55, Stand: 1.12.2024, § 110 Rn. 1.

⁴⁶ *Schmidt*, in: Prütting/Gehrlein (Fn. 13), § 110 Rn. 2; *Hartmann*, in: Anders/Gehle (Fn. 6), § 110 Rn. 2; *Schack* (Fn. 8), Rn. 681; *Schütze* (Fn. 8), S. 493.

Gesetzgeber geht in § 110 ZPO davon aus, dass eine Vollstreckung dann mit besonderen Schwierigkeiten einhergeht, wenn der Kostenschuldner seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland hat und mit dem betreffenden Staat kein völkerrechtliches Abkommen nach § 110 Abs. 2 Nr. 2 ZPO besteht, das eine Vollstreckung formal sicherstellen könnte.⁴⁷ Der Gesetzgeber entschied sich gerade, diese formalen Vollstreckungsrisiken⁴⁸ und nicht etwa das tatsächliche Insolvenzrisiko des Klägers im Einzelfall aufzufangen.⁴⁹ Dass beispielsweise ein Kläger mit einem gewöhnlichen Aufenthalt in der EU oder im EWR-Gebiet vermögenslos und eine Vollstreckung des Kostenerstattungsanspruchs aus diesem Grund gefährdet ist, kann daher keine Pflicht zur Prozesskostenleistung begründen.⁵⁰

Dass der Gesetzgeber für eine Pflicht nach § 110 Abs. 1 ZPO an den gewöhnlichen Aufenthalt anknüpft, beruht auf der Prämisse, dass die der Vollstreckung zugängliche Vermögensmasse eines Klägers mit gewöhnlichem Aufenthalt im Ausland typischerweise ebenfalls im Ausland liegt.⁵¹ § 110 ZPO stellt damit gerade nicht auf das tatsächliche Vorliegen von Inlandsvermögen im Einzelfall ab,⁵² sondern ist grundsätzlich typisierender Natur.

Diese Typisierung ist insofern paradox, als dass für die Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts notwendigerweise tatsächliche Gegebenheiten hinzugezogen werden müssen.⁵³ Das Gericht muss zunächst anhand tatsächlicher Umstände des Einzelfalls feststellen, ob ein ausländischer gewöhnlicher Aufenthalt gegeben ist. Anschließend wird abstrakt-typisierend an die Prämisse angeknüpft, dass sich am gewöhnlichen Aufenthalt auch üblicherweise Vermögenswerte befinden. Die Frage nach dem Mehrwert der Typisierung, wenn auch unmittelbar an das tatsächliche Vorliegen von Vermögenswerten im Inland angeknüpft werden könnte, liegt daher nicht ganz fern. Im Ergebnis dürfte die Typisierung darauf zurückzuführen sein, dass § 110 ZPO gerade vor formalen und nicht tatsächlichen Vollstreckungsrisiken

⁴⁷ BT-Drucks. 13/10871, S. 17; so bereits *BGH*, NJW 1984, 2762 (2762 ff.); ZIP 2016, 1703 (1703 ff.); *Schulz*, in: MüKo-ZPO (Fn. 11), § 110, Rn. 2, 21; *Schroeder*, Zur Reichweite des § 110 ZPO im grenzüberschreitenden Konzernverbund, IPRax 2011, 58 (59); *Schütze* (Fn. 8), S. 493 f.

⁴⁸ *OLG Karlsruhe*, NJW-RR 2008, 944 (946); *Schroeder* (Fn. 47), S. 59.

⁴⁹ *Jaspersen*, in: BeckOK-ZPO (Fn. 45), § 110 Rn. 1; *Schütze*, in: Wieczorek/Schütze, 5. Aufl. 2022, § 110 Rn. 42 f.

⁵⁰ *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 16.3.2017, GRUR-RS 2017, 113388.

⁵¹ *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 25.2.2015, BeckRS 2016, 9830; *Altenkirch* (Fn. 8), S. 37.

⁵² *BGH*, NJW-RR 2017, 1320 (1320 f.); *Schütze* (Fn. 41) S. 273.

⁵³ *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 16.3.2017, GRUR-RS 2017, 113388; *Jaspersen*, in: BeckOK-ZPO (Fn. 45), § 110 Rn. 20a; *Reeg* (Fn. 5), S. 106.

schützen soll. Das Spannungsverhältnis von tatsächlicher und individueller Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts und der typisierend daran anknüpfenden Pflicht zur Sicherheitsleistung soll auch im Rahmen des Anknüpfungspunktes bei juristischen Personen eine große Rolle spielen.

Eine Ausnahme von der Typisierung des § 110 ZPO bildet der Tatbestand des Abs. 2 Nr. 3. Demnach entfällt eine Pflicht des ausländischen Klägers zur Prozesskostensicherheitsleistung, soweit dieser ein zur Deckung der Prozesskosten hinreichendes Grundvermögen oder dinglich gesicherte Forderungen im Inland⁵⁴ besitzt. § 110 Abs. 2 Nr. 3 ZPO zeigt, dass eine Bezugnahme auf das tatsächliche und individuelle Risiko der Vollstreckbarkeit der Wertung des § 110 ZPO nicht gänzlich fern liegt. Der deutsche Gesetzgeber hat sich allerdings darauf beschränkt, die Pflicht nach § 110 ZPO aufgrund individueller Umstände entfallen zu lassen – ein im Einzelfall erhöhtes Insolvenzrisiko kann eine Pflicht zur Prozesskostensicherheitsleistung gerade nicht positiv begründen. Das individuelle Insolvenzrisiko findet somit ausschließlich und in engem Rahmen zugunsten des Klägers und seines freien Zugangs zu den Gerichten Beachtung⁵⁵ – nicht jedoch zugunsten des Beklagten und einer Sicherung seiner Kostenerstattungsansprüche. Abs. 2 Nr. 3 relativiert daher die typisierende Natur des § 110 ZPO nur bedingt.

III. Zur *cautio iudicatum solvi* im internationalen Rechtsvergleich

Die gesetzgeberische Entscheidung, die Pflicht zur Sicherheitsleistung typisierend zu beurteilen und auf formale Probleme der Auslandsvollstreckung zu beschränken, ist indes nicht alternativlos. Während einige Rechtsordnungen für die Prozesskostensicherheit, ähnlich dem deutschen § 110 ZPO, auf die spezifischen Risiken einer Auslandsvollstreckung abstellen,⁵⁶ berücksichtigen

⁵⁴ Nach ganz herrschender Meinung muss das Vermögen in Deutschland liegen. Vermögen in der EU oder im Gebiet des EWR genügt nicht. Vgl. *Schulz*, in: Musielak/Voit (Fn. 12), § 110 Rn. 6; *Jaspersen*, in: BeckOK-ZPO (Fn. 45), § 110 Rn. 27.

⁵⁵ *Kubis* (Fn. 5), S. 972.

⁵⁶ So z. B. Brasilien, *Samtleben*, in: Internationaler Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen Band IV, Stand: Juni 2024, 1023, S. 19 f.; Dänemark, *Jaspers*, in: Internationaler Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen Band IV, Stand: Juni 2024, 1031, S. 11; Polen, *Gralla*, in: Internationaler Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen Band IV, Stand: Juni 2024, 1113, S. 7; Schweden, *Pålsson*, in: Internationaler Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen Band IV, Stand: Juni 2024, 1120, S. 7; Slowenien, *Rudolf*, in: Internationaler Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen Band IV, Stand: Juni 2024, 1129, S. 15; Spanien, *Schütze/Karl*, in: Internationaler Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen Band IV, Stand: Juni 2024, 1130, S. 12; Südafrika, *Doser*, in:

andere zudem das tatsächliche und individuelle Insolvenzrisiko des Klägers.⁵⁷

So begründen nach Art. 99 der Schweizer ZPO sowohl ein klägerischer Sitz im Ausland als auch die tatsächliche Gefährdung der Vollstreckung der Kostenerstattungsansprüche des Beklagten eine Sicherheitspflicht.⁵⁸ Auch die englische Zivilprozessordnung (*Civil Procedural Rules*) knüpft für die Pflicht zur Prozesskostensicherheit neben einem gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland außerdem an die Zahlungsfähigkeit von klägerischen Gesellschaften an.⁵⁹ Eine Beschränkung der Berücksichtigung des Insolvenzrisikos auf juristische Personen soll dabei verhindern, dass natürlichen Personen durch hohe Sicherheitsleistungen praktisch der Rechtsweg versperrt wird.⁶⁰ Die niederländische ZPO wiederum gewährt in Par. 224 – ähnlich dem § 110 Abs. 2 Nr. 3 ZPO – eine Ausnahme von der Ausländer-Sicherheitspflicht für Kläger, die über ein hinreichendes Vermögen im Inland verfügen, sowie darüber hinaus in Fällen, in denen eine Sicherheitsleistung zu einer effektiven Rechtswegsperre führen würde.⁶¹ Bemerkenswert ist nicht zuletzt Art. 169 der griechischen ZPO, der ausschließlich an die konkrete Gefährdung der Vollstreckung der Kostenerstattungsansprüche des Beklagten im Einzelfall anknüpft.⁶²

Im internationalen Vergleich wird deutlich, dass die Pflicht zur Prozesskostensicherheit nicht selten auch dem Schutz des Beklagten vor tatsächlichen Vollstreckungsrisiken dient. Insbesondere haben sich ausländische Gesetzgeber vermehrt für eine weniger typisierende, sondern eher einzelfallorientierte Beurteilung der Schutzbedürftigkeit des Beklagten entschieden. Durch Ausnahmetatbestände, wie es beispielsweise das niederländische Recht mit Entfall der Pflicht zur Sicherheitsleistung bei sonstiger effektiver Rechtswegsperre vorsieht, kann die Einschränkung des klägerischen

Internationaler Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen Band IV, Stand: Juni 2024, 1133, S. 5.

⁵⁷ So z. B. China, *Etgen/Jan*, in: Internationaler Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen Band IV, Stand: Juni 2024, 1028, S. 5; Singapur, *Schütze*, in: Internationaler Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen Band IV, Stand: Juni 2024, 1127, S. 4 f.; Australien, *Hopffgarten*, in: Internationaler Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen Band IV, Stand: Juni 2024, 1013, S. 5.

⁵⁸ *Rüegg*, in: Spühler/Tenchio/Infanger, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2017, Art. 99 Rn. 12.

⁵⁹ *Altenkirch* (Fn. 8), S. 68.

⁶⁰ *Ebd.*, S. 65; so auch in Singapur, *Schütze* (Fn. 57), 1127.

⁶¹ *Freudenthal*, in: Internationaler Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen Band IV, Stand: August 2020, 1100, S. 6 f.

⁶² *Kerameus*, in: Internationaler Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen Band IV, Stand: August 2020, 1043, S. 7; *Schütze* (Fn. 8), S. 293.

Justizgewährungsanspruchs minimiert werden. Ähnlich schützt das englische Recht gerade den Justizgewährungsanspruch natürlicher Personen, indem die Einzelfallbetrachtung auf klägerische Gesellschaften beschränkt ist. Eine Berücksichtigung des klägerischen Insolvenzrisikos im Einzelfall, wie es das griechische Recht vorsieht, führt wiederum zu einem besonders hohen Schutz des Beklagten.

IV. Zur Beweislastverteilung im Kontext der Interessenabwägung

Der Beklagte trägt die Beweislast für das Vorliegen der für ihn günstigen Tatbestandsmerkmale aus § 110 Abs. 1 ZPO.⁶³ Er muss darlegen, dass sich der gewöhnliche Aufenthalt des Klägers nicht im Inland befindet.⁶⁴ Ist er dazu in der Lage, trifft den Kläger eine sekundäre Beweislast.⁶⁵ Für das Vorliegen der Ausnahmetatbestände des Abs. 2 ist der Kläger beweispflichtig.⁶⁶

Die vom Gesetzgeber getroffene Abwägung von Beklagtenschutz und klägerischem Justizgewährungsanspruch spiegelt sich somit auch in der Beweislastverteilung wider. So gilt der Grundsatz, dass keine Prozesskostensicherheit zu leisten ist – es sei denn, der Beklagte kann das Vorliegen der Tatbestandsmerkmale des § 110 ZPO beweisen. Dem Beklagten wiederum kommt die typisierende Natur des § 110 ZPO zugute, da er nicht die individuelle Gefährdung seiner Ansprüche durch einzelne Umstände des Klägers, sondern nur das Merkmal des ausländischen gewöhnlichen Aufenthalts beweisen muss. Gleichzeitig wird dem Kläger in § 110 Abs. 2 Nr. 3 ZPO die Möglichkeit gegeben, sich durch das Aufzeigen individueller, seine Solvenz bestätigender Umstände von der Pflicht zur Prozesskostensicherheitsleistung zu befreien.

V. Fazit

Der deutsche Gesetzgeber hat sich mit § 110 ZPO für eine stark typisierende Beschränkung des Beklagtenschutzes auf auslandsbedingte und formale Vollstreckungshindernisse entschieden. Das individuelle und tatsächliche Vollstreckungsrisiko des Klägers ist dabei – im Gegensatz zu vielen anderen Rechtsordnungen – gerade nicht vom Schutzbereich des § 110 ZPO umfasst. Die typisierende Natur des § 110 Abs. 1 ZPO beruht in erster Linie auf der

⁶³ BGH, Beschl. v. 3.11.2005, BeckRS 2005, 13656; NJW-RR 2017, 1320 (1320 f.); *Hergel*, in: Zöller (Fn. 10), § 110 Rn. 7; *Schulz*, in: MüKo-ZPO (Fn. 11), § 110 Rn. 43.

⁶⁴ *Wöstmann*, in: Saenger (Fn. 13), § 110 Rn. 2.

⁶⁵ BGH, Beschl. v. 3.11.2005, BeckRS 2005, 13656; OLG Düsseldorf, Urt. v. 16.3.2017, GRUR-RS 2017, 113388.

⁶⁶ So schon BGH, NJW 1982, 1223 (1223 ff.); *Hergel*, in: Zöller (Fn. 10), § 110 Rn. 7.

Prämisse, dass bei einem gewöhnlichen Aufenthalt des Klägers im Inland üblicherweise keine Vollstreckung im Ausland notwendig sein dürfte. Die Tatbestandsmerkmale des § 110 ZPO sind unter Berücksichtigung dieser Typisierung und anhand seines Schutzzwecks auszulegen.

C. Besprechung von BGH, Beschl. v. 23.8.2017 – IV ZR 93/17

Im Folgenden soll der Beschluss des BGH vom 23.8.2017 im Lichte der soeben erläuterten Zwecksetzung des § 110 ZPO besprochen werden. Einer kurzen Einführung in den Sachverhalt und die Entscheidung des BGH (I.) folgt die Würdigung der streitgegenständlichen Fallkonstellation (II.). Zuletzt wird aufgezeigt, welche Implikationen sich im Kontext der zentralen Fragestellung nach dem Anknüpfungspunkt des § 110 ZPO bei juristischen Personen für die im Urteil offen gelassene Frage der alternativen Fallkonstellation ergeben (III.).

I. Einführung

1. Zu Sachverhalt und Prozessgeschichte

Bei der Klägerin handelt es sich um eine auf den Seychellen ansässige *Ltd.* Nach Vortrag der Klägerin bestand der alleinige Gesellschaftszweck in dem Erwerb und der Haltung einer Segelyacht zur privaten Nutzung durch die Gesellschafter. Infolge des Diebstahls der Yacht sei der Zweck nunmehr die Geltendmachung von Ansprüchen gegen Versicherer; sämtliche Geschäftstätigkeiten würden vom Wohnort des Direktors der Klägerin in Österreich vorgenommen. Die Klägerin verfolgt einen Anspruch gegen die Beklagte, einen Versicherer mit Sitz in Deutschland, aus einer Yachtkaskoversicherung.

Das LG München I hatte die Klägerin mit Zwischenurteil vom 6.11.2014⁶⁷ zur Leistung einer Prozesskostensicherheit nach § 110 ZPO verpflichtet, die die Prozesskosten für die ersten beiden Instanzen umfasste. Das LG entschied, dass sich aus dem Satzungssitz der Klägerin auf den Seychellen eine Pflicht nach § 110 ZPO ergebe.

Vor dem BGH beantragte die Beklagte gemäß § 112 Abs. 3 ZPO die Anordnung einer ergänzenden Prozesskostensicherheit für die Kosten der Revisionsinstanz. Die Klägerin machte dagegen geltend, dass ihr Verwaltungssitz jedenfalls seit 2014 am Wohnsitz ihres gesetzlichen Vertreters in Österreich und damit

⁶⁷ LG München I, Urt. v. 6.11.2014 – 14 HKO 25260/13 (nicht veröffentlicht).

innerhalb der EU liege. Eine Pflicht zur Prozesskostensicherheitsleistung nach § 110 ZPO bestünde daher schon dem Grunde nach nicht.⁶⁸

2. Das zentrale Problem: Der gewöhnliche Aufenthalt juristischer Personen

Nach § 110 Abs. 1 ZPO besteht eine Pflicht zur Prozesskostensicherheitsleistung nur dann, wenn der Kläger seinen gewöhnlichen Aufenthalt außerhalb der EU oder des Gebiets des EWR hat. Bei juristischen Personen ist in Ermangelung eines tatsächlichen Aufenthaltsorts an ihren Sitz anzuknüpfen.⁶⁹ Fallen der statutarische und der Verwaltungssitz, wie im vom BGH entschiedenen Fall, auseinander, besteht Uneinigkeit darüber, auf welchen der Orte im Rahmen des § 110 ZPO abzustellen ist.⁷⁰

3. Begriffsbestimmungen

In diesem Zusammenhang bietet sich eine kurze Klärung der zentralen Begriffe „statutarischer Sitz“, „Verwaltungssitz“ und „In- und Ausland“ an.

Mit dem Begriff „Inland“ soll im Folgenden das von § 110 ZPO festgelegte Gebiet von EU und EWR gemeint sein. „Ausland“ und „ausländisch“ bezieht sich damit nicht auf Gebiete außerhalb Deutschlands, sondern außerhalb der EU und des Gebiets des EWR.

Der teilweise von Literatur und Rechtsprechung⁷¹ – und auch vom BGH im vorliegenden Beschluss – verwendete Begriff „Gründungssitz“⁷² ist gleichzusetzen mit den an anderer Stelle verwendeten Begriffen „statutarischer Sitz“⁷³, „satzungsmäßiger Sitz“⁷⁴ oder „Satzungssitz“⁷⁵. Gemeint ist der Sitz, der in der Satzung oder im Register⁷⁶ festgelegt ist. Im Folgenden wird der Einheitlichkeit halber der Begriff „statutarischer Sitz“ verwendet.

⁶⁸ BGH, NJW-RR 2017, 1320 f.

⁶⁹ BGH, NJW-RR 2005, 148 (148 ff.); *Herget*, in: Zöller (Fn. 10), § 110 Rn. 2; *Schulz*, in: MüKo-ZPO (Fn. 11), § 110 Rn. 13.

⁷⁰ BGH, NJW-RR 2017, 1320 (1320 f.).

⁷¹ OLG Schleswig, BauR 2013, 828 (828 ff.); *Schulz*, in: MüKo-ZPO (Fn. 11), § 110 Rn. 13.

⁷² BGH, NJW-RR 2017, 1320 (1320).

⁷³ So z. B. *Schütze* (Fn. 14), S. 246; *Schütze* (Fn. 8), S. 494.

⁷⁴ So z. B. OLG Düsseldorf, Urt. v. 25.2.2015, BeckRS 2016, 9830.

⁷⁵ In erster Instanz LG München I, Urt. v. 6.11.2014 – 14 HKO 25260/13 (nicht veröffentlicht).

⁷⁶ *Nagel/Gottwald* (Fn. 13), Rn. 5.80.

Der Verwaltungssitz ist nach § 17 Abs. 1 S. 2 ZPO und § 24 BGB der Ort, an dem die Verwaltung geführt wird.⁷⁷ Genauer versteht man darunter den „Tätigkeitsort der Geschäftsführung und der dazu berufenen Vertretungsorgane, also de[n] Ort, wo die grundlegenden Entscheidungen der Unternehmensleitung effektiv in laufende Geschäftsführungsakte umgesetzt werden.“⁷⁸

4. Die Entscheidung des BGH

Der BGH wies die Einrede der Beklagten zurück und befand, dass eine Pflicht zur Leistung einer Prozesskostensicherheit schon dem Grunde nach nicht bestehe. In einem ersten Schritt entschied der BGH, dass es für den Tatbestand des § 110 ZPO auf den Verwaltungssitz und nicht den statutarischen Sitz der Klägerin ankomme. Allerdings beschränkte das Gericht diese Entscheidung auf Kläger mit Verwaltungssitz innerhalb der EU und ließ die Frage, ob eine Pflicht zur Prozesskostensicherheitsleistung auch für Kläger mit statutarischem Sitz im Inland und Verwaltungssitz im Ausland gilt, ausdrücklich offen. Der BGH entschied dann, dass im vorliegenden Fall der Verwaltungssitz am Aufenthaltsort des einzigen organschaftlichen Vertreters der Klägerin und damit in Österreich liege, insbesondere da sich am statutarischen Sitz keine Geschäftsräume befänden. Zuletzt wies der BGH auf die Beweispflicht der Beklagten in Bezug auf das Vorliegen eines Verwaltungssitzes im Ausland hin, der sie nach Ansicht des Senats nicht hinreichend nachgekommen war.

Der vorliegende Beschluss stellt eine erste höchstrichterliche Klärung der viel diskutierten Frage des gewöhnlichen Aufenthalts juristischer Personen im Rahmen des § 110 Abs. 1 ZPO dar. In der Vergangenheit hatte der BGH die Frage ausdrücklich offengelassen.⁷⁹ Der *vierte Zivilsenat* folgt in seinem Beschluss der ganz herrschenden Meinung in Literatur und Rechtsprechung. Insbesondere bestätigt er Urteile der *OLG Karlsruhe*,⁸⁰ *München*⁸¹ und *Düsseldorf*,⁸² die ebenfalls auf den Verwaltungssitz des Klägers abgestellt hatten. Gleichzeitig richtet sich das Urteil ausdrücklich gegen eine Entscheidung des *Schleswig-Holsteinischen OLG*,⁸³ das die Maßgeblichkeit des statutarischen Sitzes vertreten hatte.

⁷⁷ Toussaint, in: BeckOK-ZPO (Fn. 45), § 17 Rn. 7.

⁷⁸ BGHZ 97, 269 (269 ff.).

⁷⁹ BGH, NJW-RR 2005, 148 (148 ff.); ZIP 2016, 1703 (1703 ff.).

⁸⁰ OLG Karlsruhe, NJW-RR 2008, 944.

⁸¹ OLG München, ZIP 2010, 2069 (2069 ff.).

⁸² OLG Düsseldorf, Urt. v. 20.12.2012, BeckRS 2016, 3303; Urt. v. 25.2.2015, BeckRS 2016, 9830.

⁸³ OLG Schleswig, BauR 2013, 828 (828 ff.).

II. Würdigung: der Sitz als Anknüpfungspunkt des § 110 ZPO

Der BGH beantwortet die Frage nach dem Anknüpfungspunkt des § 110 ZPO bei juristischen Personen mit Verwaltungssitz in der EU im Ergebnis überzeugend. Die Begründung, mit der das Gericht auf den Verwaltungssitz abstellt, ist allerdings an einigen Stellen zu knapp und gebietet eine gründlichere Analyse. Im Folgenden soll zunächst der Sitzbegriff in der Systematik des deutschen Zivil(prozess)rechts untersucht werden (1.). Dann wird in Anlehnung an die Argumentation des BGH gezeigt, dass eine Anknüpfung an den Verwaltungssitz dem Zweck des § 110 ZPO gerecht wird (2.). Im Anschluss findet sich eine Untersuchung der an den Verwaltungssitz zu stellenden Anforderungen (3.) und der Beweislastverteilung im Kontext der Verwaltungssitz-Lösung (4.). Anschließend soll die vom BGH übergangene Problematik des Rechtsmissbrauchs beleuchtet werden (5.). Schließlich wird die hier vertretene Auslegung auf ihre Europarechtsverträglichkeit untersucht (6.).

1. Der Sitz juristischer Personen im deutschen Recht

Der gewöhnliche Aufenthalt und damit auch der Sitz juristischer Personen im Rahmen des § 110 ZPO ist nach der *lex fori*, mithin nach deutschem Recht, zu bestimmen.⁸⁴ Im Folgenden wird daher untersucht, ob das deutsche Zivil(prozess)recht einen Vorrang von statutarischem oder Verwaltungssitz vorschreibt oder ob sich systematische Folgerungen für die Auslegung der Voraussetzung des Sitzes im Rahmen des § 110 Abs. 1 ZPO ergeben.

a) § 17 ZPO

Rechtsprechung⁸⁵ und Literatur⁸⁶ nennen für die Bestimmung des Sitzes im Rahmen der Ausländer-Prozesskostensicherheit regelmäßig § 17 Abs. 1 ZPO als Ausgangspunkt. Nach § 17 ZPO bestimmt sich der allgemeine Gerichtsstand für juristische Personen gemäß Abs. 1 S. 1 nach dem Sitz.⁸⁷ Der Sitz stellt dabei das Gegenstück zum allgemeinen Gerichtsstand am Wohnsitz für natürliche

⁸⁴ Schütze, Das internationale Zivilprozessrecht in der ZPO – Kommentar, 2. Aufl. 2010, § 110 Rn. 36; Schütze, Zur Neuregelung der *cautio iudicatum solvi* in Deutschland, RIW 1999, 10 (10); Schütze, Die Verpflichtung einer nicht partei- und prozessfähigen Partei zur Stellung einer Ausländersicherheit, IPRax 2001, 193 (194).

⁸⁵ BGH, NJW-RR 2005, 148 (148 ff.); LG Berlin, ZIP 2010, 903 (903 ff.); LG Düsseldorf, Entsch. v. 29.7.2014, BeckRS 2016, 14957; LG München I, NJW-RR 2015, 635 (635 ff.).

⁸⁶ Schulz, in: MüKo-ZPO (Fn. 11), § 110 Rn. 13; Hergel, in: Zöller (Fn. 10), § 110 Rn. 2; Hartmann, in: Anders/Gehle (Fn. 6), § 110 Rn. 4; Buck-Heeb, Prozesskostensicherheit gem. §§ 110 ff. ZPO – Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 23.8.2017 – IV ZR 93/17, WuB 2017, 694 (695).

⁸⁷ Patzina, in: MüKo-ZPO (Fn. 11), § 17 Rn. 1.

Personen nach § 13 ZPO dar.⁸⁸ § 17 Abs. 1 S. 2 ZPO legt fest, dass sich der Sitz primär aus dem maßgeblichen materiellen Recht ergibt. Gibt das (deutsche oder ausländische⁸⁹) materielle Recht keinen Aufschluss darüber, wo die Person ihren Sitz hat, ist hilfsweise auf den Ort der Verwaltung abzustellen.⁹⁰ Nach § 17 Abs. 1 ZPO kommt dem statutarischen Sitz damit vorrangige Bedeutung zu – auf den Verwaltungssitz wäre unter Anwendung des § 17 ZPO im Rahmen des § 110 Abs. 1 ZPO lediglich hilfsweise und nachrangig, nämlich in Ermangelung eines statutarischen Sitzes, abzustellen.

Der Vorrang des statutarischen Sitzes nach § 17 ZPO ist jedoch nicht auf § 110 ZPO übertragbar und steht einem Abstellen auf den Verwaltungssitz nicht entgegen. § 17 ZPO stellt keine allgemeingültige Priorität des statutarischen Sitzes fest; es handelt sich um eine spezielle Norm der Gerichtsstandbestimmung.⁹¹ Auch eine entsprechende Anwendung des § 17 ZPO scheidet aus. Der allgemeine Gerichtsstand am (Wohn-)Sitz des Beklagten beruht nicht bloß auf praktischen und zweckmäßigen Erwägungen, sondern hat vielmehr einen eigenen Gerechtigkeitswert.⁹² Da der Kläger das Ob, den Zeitpunkt und die Art der Klage bestimmen kann, soll ausgleichend dazu ein Gerichtsstand am (Wohn-)Sitz des Beklagten dessen Interessen entgegenkommen. §§ 12 ff. ZPO dienen damit insbesondere einer gerechten prozessualen Lastenverteilung.⁹³ Daneben besteht im Rahmen der §§ 12 ff. ZPO ein besonderes Interesse daran, den Gerichtsstand möglichst einfach bestimmen zu können.⁹⁴ Der Zweck der §§ 12 ff. ZPO unterscheidet sich damit stark von dem von § 110 ZPO verfolgten Schutz des Beklagten vor einer Auslandsvollstreckung. Die primäre Anknüpfung des § 17 ZPO an den statutarischen Sitz ist daher nicht ohne weiteres auf § 110 ZPO übertragbar.⁹⁵

⁸⁸ *Schultzky*, in: Zöller (Fn. 10), § 17 Rn. 1; *Bendtsen*, in: Saenger (Fn. 12), § 17 Rn. 1.

⁸⁹ *Patzina*, in: MüKo-ZPO (Fn. 11), § 17 Rn. 9.

⁹⁰ *Heinrich*, in: Musielak/Voit (Fn. 12), § 17 Rn. 10.

⁹¹ *Patzina*, in: MüKo-ZPO (Fn. 11), § 17 Rn. 1; *Bendtsen*, in: Saenger (Fn. 13), § 17 Rn. 1; *Heinrich*, in: Musielak/Voit (Fn. 12), § 17 Rn. 1.

⁹² *Schultzky*, in: Zöller (Fn. 10), § 12 Rn. 2; *Patzina*, in: MüKo-ZPO (Fn. 11), § 12 Rn. 2; *Heinrich*, in: Musielak/Voit (Fn. 12), § 12 Rn. 1; a. A. LG München I, NJW 1973, 1617 (1617).

⁹³ *BayObLG*, MDR 1993, 179; *AG Köln*, Urt. v. 7.12.1993, BeckRS 1994, 1556; *Patzina*, in: MüKo-ZPO (Fn. 11), § 12 Rn. 2; *Toussaint*, in: BeckOK-ZPO (Fn. 45), § 12 Rn. 31.

⁹⁴ OLG Düsseldorf, Urt. v. 20.12.2012, BeckRS 2016, 3303.

⁹⁵ *Ebd.*

Die jüngere Rechtsprechung stützt sich dementsprechend eher selten auf § 17 ZPO.⁹⁶ So knüpft auch der BGH in der vorliegend gegenständlichen Entscheidung nicht an § 17 ZPO an. Dass der BGH sich mit der Anwendbarkeit der Norm überhaupt nicht auseinandersetzt, ist in Anbetracht seiner früheren Rechtsprechung⁹⁷ und der immer noch in der Literatur⁹⁸ aufzufindenden Bezugnahme auf § 17 ZPO allerdings ebenso wenig zu begrüßen.

b) § 24 BGB

Zuweilen wird für die Bestimmung des Sitzes nach § 110 ZPO auch § 24 BGB angeführt.⁹⁹ § 24 BGB sieht, ähnlich dem § 17 ZPO, einen Vorrang des gewählten satzungsmäßigen Sitzes vor; der Verwaltungssitz fungiert lediglich als „Auffangregelung“. ¹⁰⁰ Die Bestimmung des Sitzes nach § 24 BGB ist maßgeblich für Fragen der Rechtsfähigkeit oder des Namensschutzes (§ 57 Abs. 2 BGB) sowie einzelne Register- bzw. Behördenzuständigkeiten (§§ 22, 55 BGB).¹⁰¹ Der Sitz nach § 24 BGB stellt das Äquivalent zum Wohnsitz natürlicher Personen dar¹⁰² und ist daher beispielsweise im Rahmen des § 269 BGB von Relevanz.¹⁰³ Die Funktion des § 24 BGB unterscheidet sich damit grundlegend vom prozessualen Beklagtenschutz des § 110 ZPO. Ein Rückschluss zugunsten des statutarischen Sitzes als Anknüpfungspunkt dürfte daher ebenfalls nicht angebracht sein.

c) Fazit

Im Ergebnis lässt sich weder aus § 17 ZPO noch aus § 24 BGB ein Rückschluss auf den Anknüpfungspunkt des § 110 Abs. 1 ZPO ziehen. Beide Normen sind

⁹⁶ OLG Düsseldorf, Urt. v. 16.3.2017, GRUR-RS 2017, 113388; OLG München, Urt. v. 22.2.2018, BeckRS 2018, 21416; LG Dortmund, Urt. v. 15.7.2020, BeckRS 2020, 17874.

⁹⁷ So nennt der BGH in seinem Urt. v. 30.6.2004 (NJW-RR 2005, 148 (148 ff.)) ausdrücklich § 17 ZPO als Ausgangspunkt für die Bestimmung des Sitzes im Rahmen des § 110 ZPO.

⁹⁸ Schulz, in: MüKo-ZPO (Fn. 11), § 110 Rn. 13; Hergel, in: Zöller (Fn. 10), § 110 Rn. 2; Hartmann, in: Anders/Gehle (Fn. 6), § 110 Rn. 4; Jaspersen, in: BeckOK-ZPO (Fn. 45), § 110 Rn. 19.

⁹⁹ Schütze, in: Wieczorek/Schütze (Fn. 49), § 110 Rn. 43; Schütze (Fn. 14), S. 246; Schulz, in: MüKo-ZPO (Fn. 11), § 110 Rn. 13; Hartmann, in: Anders/Gehle (Fn. 6), § 110 Rn. 4; Jaspersen, in: BeckOK-ZPO (Fn. 45), § 110 Rn. 19.

¹⁰⁰ Lenschner, in: MüKo-BGB I, 10. Aufl. 2025, § 24 Rn. 1.

¹⁰¹ Schwennicke, in: Staudinger, 2023, § 24 Rn. 2; Lenschner, in: MüKo-BGB I (Fn. 100), § 24 Rn. 2; Schöpflin, in: BeckOK-BGB, Ed. 72, Stand: 1.11.2024, § 24 Rn. 2 f.

¹⁰² Mansel, in: Jauernig, 19. Aufl. 2023 § 24; Schöpflin, in: BeckOK-BGB (Fn. 101), § 24 Rn. 1; Westermann, in: Erman, 17. Aufl. 2023, § 24 Rn. 1.

¹⁰³ Westermann, in: Erman (Fn. 103), § 24 Rn. 1.

weder direkt anwendbar, noch haben sie einen dem § 110 ZPO entsprechenden Zweck, der eine Übertragung rechtfertigen würde. § 17 ZPO und § 24 BGB sehen außerdem einen grundsätzlichen Vorrang des statutarischen Sitzes vor, was den Verweis von Rechtsprechung und Literatur, die mit der herrschenden Meinung auf den Verwaltungssitz abstellen, wenig überzeugend erscheinen lässt.

2. Zur Auslegung des Sitzbegriffs anhand des Normzwecks

Die Frage nach dem Anknüpfungspunkt des § 110 Abs. 1 ZPO bedarf daher einer eingehenden Auseinandersetzung mit dem Normzweck. So geht auch der *BGH* in der vorliegenden Entscheidung ausführlich auf den Zweck des § 110 ZPO ein, der darin bestehe, „den obsiegenden Beklagten vor Schwierigkeiten bei der Durchsetzung seines Kostenerstattungsanspruchs zu bewahren, die typischerweise bei einer Vollstreckung [im Ausland] auftreten“.¹⁰⁴

Wie unter **B.** erläutert, ist primärer Zweck des § 110 ZPO der Schutz des Beklagten vor Vollstreckungshindernissen im Ausland. Unklar ist, anhand welcher Parameter eine Sicherung der Vollstreckung des Kostenerstattungsanspruchs zu beurteilen ist. Davon wiederum hängt ab, ob auf den statutarischen, den Verwaltungssitz oder gegebenenfalls sogar beide abzustellen ist.

a) Die Zustellungsfähigkeit als Merkmal formaler Vollstreckbarkeit

In der Vergangenheit knüpfte die Rechtsprechung regelmäßig an die Zustellungsfähigkeit am jeweiligen Klägersitz als ausschlaggebendes Merkmal an.¹⁰⁵ Da § 110 ZPO die formale Vollstreckung der Kostenerstattungsansprüche schützt, muss die Möglichkeit einer Zustellung im Inland an den Kläger in jedem Fall gesichert sein¹⁰⁶ – unabhängig davon, auf welchen Sitz abgestellt wird. Dies lässt sich gut an einem Fall veranschaulichen, in dem drei Instanzen die Frage nach dem Anknüpfungspunkt des § 110 ZPO mit Blick auf die Zustellungsfähigkeit unterschiedlich beantworteten.

Das *LG Düsseldorf* vertrat dabei in erster Instanz, dass ein Kläger dann von der Pflicht zur Prozesskostensicherheitsleistung befreit ist, wenn sein statutarischer Sitz sich im Inland befindet und an diesem Sitz auch Zustellungen möglich sind.¹⁰⁷ Es sprach sich explizit für den statutarischen Sitz als Anknüpfungspunkt

¹⁰⁴ *BGH*, NJW-RR 2017, 1320 (1320).

¹⁰⁵ *OLG Karlsruhe*, NJW-RR 2008, 944; *OLG München*, ZIP 2010, 2069 (2069 ff.); *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 20.12.2012, BeckRS 2016, 3303; *LG München I*, ZIP 2009, 1979 (1979).

¹⁰⁶ *LG München I*, ZIP 2009, 1979 (1979); *Schroeder* (Fn. 47), S. 59

¹⁰⁷ *LG Düsseldorf*, *Entsch.* v. 29.7.2014, BeckRS 2016, 14957.

aus und benannte die Zustellungsfähigkeit als einzige notwendige Voraussetzung für den statutarischen Sitz. Das *OLG Düsseldorf* hingegen stellte in nächster Instanz ausdrücklich auf das Vorliegen eines Verwaltungssitzes ab und entschied, dass die Zustellungsfähigkeit notwendige Voraussetzung des Verwaltungssitzes sei. Während die Gesellschaft zwar einen Verwaltungssitz sowie eine zustellungsfähige Adresse in der EU habe, fielen diese nicht zusammen, weswegen die Klägerin dennoch nach § 110 ZPO zur Sicherheitsleistung verpflichtet sei.¹⁰⁸ Die Zustellungsfähigkeit wurde damit kurzerhand als Merkmal und Voraussetzung für den Verwaltungssitz eingeordnet – eine Qualifizierung, die der Rechtsprechung und Literatur bis heute nicht fremd ist.¹⁰⁹

Der *BGH* lehnte dies schließlich in dritter Instanz entschieden ab: Solange sich sowohl der Ort der Unternehmensleitentscheidungen als auch die zustellungsfähige Adresse, wenn auch an unterschiedlichen Orten, im Inland befänden, seien die Voraussetzungen eines Inlands-Sitzes gegeben.¹¹⁰ Zutreffend erkannte das Gericht, dass, solange sich Zustellungsadresse und Verwaltungssitz innerhalb der EU befinden, weder in formaler noch in tatsächlicher Hinsicht ausländerspezifische Vollstreckungshindernisse bestehen dürften.¹¹¹

Der Fall zeigt, dass das Vorliegen einer zustellungsfähigen Adresse im Inland zwar unstrittig Voraussetzung für eine Nichtanwendbarkeit des § 110 Abs. 1 ZPO,¹¹² aber nicht notwendigerweise ein Merkmal des Verwaltungssitzes ist. Insbesondere ist die Zustellungsfähigkeit für sich genommen kein hinreichendes Merkmal des Verwaltungssitzes¹¹³ – dafür bedarf es nach dem allgemeinen Verständnis des Verwaltungssitzes einer darüberhinausgehenden Verfestigung der Unternehmensleitentscheidungen.¹¹⁴ Im Ergebnis könnte man die Zustellungsfähigkeit daher als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des § 110 ZPO bezeichnen. Aus der Notwendigkeit der Zustellungsfähigkeit lässt sich jedenfalls kein Rückschluss auf die Anknüpfung an den statutarischen oder den Verwaltungssitz treffen. So scheint auch der *BGH* im vorliegenden Fall, da die

¹⁰⁸ *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 25. 2.2015, BeckRS 2016, 9830.

¹⁰⁹ *OLG Karlsruhe*, NJW-RR 2008, 944; *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 20.12.2012, BeckRS 2016, 3303; *Foerste*, in: Musielak/Voit (Fn. 12), § 110 Rn. 4; *Lehment/Eßer*, Nicht-technische Verteidigungen im Patentverletzungsprozess: Aktivlegitimation und Prozesskostensicherheit, GRUR-Prax 2019, 429 (431).

¹¹⁰ *BGH*, ZIP 2016, 1703 (1703 ff.).

¹¹¹ *Baumert*, Anmerkung zu *BGH*, Urt. v. 21.6.2016 – X ZR 41/15, EWiR 2016, 681 (682).

¹¹² *Schroeder* (Fn. 47), S. 59; *Lehment/Eßer* (Fn. 109), 429 (431).

¹¹³ *OLG München*, Urt. v. 22.2.2018, BeckRS 2018, 21416; *Linnerz*, Anmerkung zu *LG München I*, Urt. v. 20.5.2009 – 21 O 12220/08, EWiR 2010, 99 (100).

¹¹⁴ *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 16.3.2017, GRUR-RS 2017, 113388.

Zustellungsfähigkeit nicht einmal erwähnt wird, für selbstverständlich zu nehmen, dass eine zustellungsfähige Adresse Voraussetzung für eine Nichtanwendbarkeit des § 110 ZPO ist.

b) Vermögenswerte als Indikator tatsächlicher Vollstreckbarkeit

Stattdessen geht der BGH im vorliegenden Beschluss auf die Funktion des Verwaltungssitzes für die tatsächliche Vollstreckbarkeit ein und merkt an, dass ein Anknüpfen an den Verwaltungssitz dem Zweck des § 110 ZPO deshalb gerecht werde, weil sich dort üblicherweise das Vermögen des Klägers befinde.¹¹⁵ Ob eine Auslandsvollstreckung notwendig sei, richte sich daher nach dem Sitz der Verwaltung.¹¹⁶ Der Verwaltungssitz stelle gerade die Parallele zum gewöhnlichen Aufenthalt natürlicher Personen dar.¹¹⁷

Dies ist insofern schlüssig, als dass auch hinter dem Anknüpfen an den gewöhnlichen Aufenthalt natürlicher Personen die gesetzgeberische Prämisse steht, dass sich an ihrem gewöhnlichen Aufenthaltsort typischerweise die der Zwangsvollstreckung ausgesetzte Vermögensmasse befindet.¹¹⁸ Soweit statutarischer und Verwaltungssitz auseinanderfallen, hat der Verwaltungssitz in der Regel deutlich mehr Aussagekraft über das Vorliegen von Vermögen im Inland und damit über die Notwendigkeit einer Auslandsvollstreckung. Während abweichend davon im Einzelfall das Vermögen tatsächlich doch im Ausland liegen kann, so handelt es sich dabei um ein gesetzesimmanentes Risiko, das auf der typisierenden Natur des § 110 ZPO beruht. § 110 Abs. 1 ZPO soll nur solche Kläger zur Sicherheitsleistung verpflichten, bei denen typischerweise eine Auslandsvollstreckung notwendig sein dürfte. Soweit ein Verwaltungssitz im Inland vorliegt, ist dies nicht der Fall.

Eine Nichtanwendbarkeit des § 110 Abs. 1 ZPO ist bei Vorliegen eines inländischen Verwaltungssitzes daher mit Blick auf eine verhältnismäßige Interessenabwägung notwendig. Die Auferlegung einer Pflicht zur Prozesskostensicherheitsleistung und damit eine Einschränkung des klägerischen Justizgewährungsanspruchs ist nur dann gerechtfertigt, wenn dies dem Schutz des Beklagten vor Vollstreckungshindernissen im Ausland dient. Soweit sich allerdings der Verwaltungssitz und damit auch vollstreckungsfähiges Vermögen im Inland befinden, besteht – typischerweise – keine Gefahr der

¹¹⁵ So auch OLG München, Urt. v. 22.2.2018, BeckRS 2018, 21416; Buck-Heeb (Fn. 86), 694 (695).

¹¹⁶ So auch Altenkirch (Fn. 8), S. 34.

¹¹⁷ So auch Buck-Heeb (Fn. 86), 694 (696); Lehment/Eßler (Fn. 109), 429 (430).

¹¹⁸ OLG Düsseldorf, Urt. v. 25.2.2015, BeckRS 2016, 9830; Altenkirch (Fn. 8), S. 37.

Auslandsvollstreckung, vor der der Beklagte zu schützen wäre. Eine Einschränkung des klägerischen Justizgewährleistungsanspruchs wäre nicht gerechtfertigt. Es genügt, dass der Kläger seinen Verwaltungssitz im Inland hat; ein statutarischer Sitz im Inland ist nicht notwendig.

3. Die Anforderungen an den Verwaltungssitz

Nachdem herausgearbeitet wurde, dass der klägerische Verwaltungssitz im Inland eine Ausländer-Prozesskostensicherheit ausschließt, sind nunmehr die Anforderungen an den Verwaltungssitz im Rahmen des § 110 ZPO zu beleuchten. Obwohl Zweck des § 110 ZPO der Schutz vor formellen Hindernissen der Auslandsvollstreckung ist, muss für die Bestimmung des Verwaltungssitzes notwendigerweise an tatsächliche Umstände angeknüpft werden.¹¹⁹ So orientiert sich auch die Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts natürlicher Personen – anders als beispielsweise der Wohnsitz – ausschließlich an tatsächlichen Gegebenheiten.¹²⁰

Dabei gilt: Je strenger die Anforderungen an das Vorliegen eines Verwaltungssitzes sind, desto wahrscheinlicher ist das tatsächliche Vorliegen von Vermögen und damit eine Inlandsvollstreckung. Gleichzeitig ist die vom Gesetzgeber getroffene Entscheidung eines bloß typisierenden Schutzes, der gerade nicht das individuelle Insolvenzrisiko umfassen soll, zu beachten. Welche Anforderungen an das Vorliegen eines Verwaltungssitzes zu stellen sind, ist daher im Lichte der gesetzgeberischen Interessenabwägung zu beurteilen.

Der Verwaltungssitz ist der Ort, an dem „die grundlegenden Entscheidungen der Unternehmensleitung effektiv in laufende Geschäftsführungsakte umgesetzt werden.“¹²¹ Daneben wird auch eine „gewiss[e] Verfestigung“ der Unternehmensleitentscheidungen verlangt.¹²² Als Merkmale des Verwaltungssitzes werden in Rechtsprechung und Literatur unter anderem die Einrichtung von Geschäftsräumen,¹²³ das Beschäftigen von Mitarbeitern¹²⁴ oder

¹¹⁹ OLG Düsseldorf, Urt. v. 16.3.2017, GRUR-RS 2017, 113388; Jaspersen, in: BeckOK-ZPO (Fn. 45), § 110 Rn. 20a.

¹²⁰ Reeg (Fn. 5), S. 106.

¹²¹ BGHZ 97, 269 (269 ff.).

¹²² OLG Düsseldorf, Urt. v. 16.3.2017, GRUR-RS 2017, 113388.

¹²³ OLG Düsseldorf, Urt. v. 20.12.2012, BeckRS 2016, 3303; OLG München, Urt. v. 22.2.2018, BeckRS 2018, 21416; Schütze (Fn. 84), § 110 Rn. 37; Kühnen (Fn. 43), E. II. b) Rn. 17.

¹²⁴ OLG Karlsruhe, NZG 2018, 757 (757 ff.); LG Berlin, ZIP 2010, 903 (903 ff.); Lehment/Eßer (Fn. 109), 429 (431).

eine inländische Außenpräsenz¹²⁵ gesehen. Auch stellt der Sitz des allgemeinen Geschäftsbetriebs – beispielsweise der Produktionsstandort – als Verfestigung der Unternehmensleitentscheidungen häufig ein starkes Indiz für den Verwaltungssitz dar.¹²⁶ Als Äquivalent zum gewöhnlichen Aufenthalt natürlicher Personen spielt auch die Dauerhaftigkeit¹²⁷ der Niederlassung eine wichtige Rolle.

Besondere Relevanz für die Bestimmung des Verwaltungsortes hat der gewöhnliche Aufenthalt der gesetzlichen Vertreter,¹²⁸ die die zentralen Unternehmensentscheidungen treffen. Bei mehreren Geschäftsführern könnten dementsprechend mehrere Orte als Anknüpfungspunkte des § 110 ZPO in Betracht kommen. Der BGH entschied dazu in früherer Rechtsprechung, dass eine Qualifizierung der infrage kommenden Orte nach dem Schwerpunkt der Geschäftsführungstätigkeit nicht notwendig sei, solange die Tätigkeitsorte aller Geschäftsführer im Inland liegen.¹²⁹

Das OLG München stellte demgegenüber jüngst zutreffend fest, dass das Verhältnis der Geschäftsführer mit Blick auf die grundlegenden Unternehmensleitentscheidungen zumindest dann eine wichtige Rolle spielt, wenn einer von ihnen seinen gewöhnlichen Aufenthalt nicht im Inland hat.¹³⁰ Der Verwaltungssitz soll gerade den Ort darstellen, an dem der Schwerpunkt der Unternehmensleitung liegt. Ähnlich wird auch bei natürlichen Personen, bei denen mehrere gewöhnliche Aufenthaltsorte infrage kommen, auf den Ort abgestellt, mit dem der Kläger am engsten verbunden ist¹³¹ – seinen Lebensmittelpunkt.¹³²

Dies macht es notwendig, nur solche Tätigkeiten zu berücksichtigen, die die Richtung des Unternehmens auch tatsächlich inhaltlich beeinflussen.¹³³ Es bedarf einer Einbindung in die Unternehmensleitung in einem Maß, in dem ein tatsächlicher Einfluss auf Fragen der Vollstreckbarkeit der

¹²⁵ OLG München, Urt. v. 22.2.2018, BeckRS 2018, 21416.

¹²⁶ Schütze (Fn. 8), S. 494.

¹²⁷ Schütze, in: Wieczorek/Schütze (Fn. 49), § 110 Rn. 38; Reeg (Fn. 5), S. 106.

¹²⁸ OLG München, ZIP 2010, 2069 (2069 ff.); OLG Düsseldorf, Urt. v. 25.02.2015 – I-2 U 56/14, BeckRS 2016, 9830; OLG Karlsruhe, NZG 2018, 757 (757 ff.).

¹²⁹ BGH, ZIP 2016, 1703 (1703 ff.).

¹³⁰ OLG München, Urt. v. 22.2.2018, BeckRS 2018, 21416.

¹³¹ Schütze, in: Wieczorek/Schütze (Fn. 49), § 110 Rn. 46; a. A. Schulz, in: MüKo-ZPO (Fn. 11), § 110 Rn. 12.

¹³² Baumert (Fn. 111), 681 (682).

¹³³ OLG München, Urt. v. 22.2.2018, BeckRS 2018, 21416; a. A. Kühnen (Fn. 43), E. II. 2. b) Rn. 18 f.

Kostenerstattungsansprüche denkbar ist. Dies ist typischerweise dort der Fall, wo der Schwerpunkt der sonstigen Unternehmensführung stattfindet. Auch das der Vollstreckung ausgesetzte Vermögen der juristischen Person ist üblicherweise nicht auf viele Orte verteilt, sondern konzentriert sich auf wenige oder einen einzelnen Hauptverwaltungssitz. Die Bezeichnung eines jeden Ortes als Verwaltungssitz, an dem die Unternehmensleitentscheidungen beispielsweise bloß formal ausgeführt werden,¹³⁴ ist kaum aussagekräftig für einen tatsächlichen Zugriff auf das Vermögen der juristischen Person und damit für eine Vollstreckbarkeit der Ansprüche.¹³⁵ Eine schwerpunktmäßige Qualifizierung der Geschäftsführertätigkeit ist auch deshalb notwendig, weil es für das Vorliegen eines Verwaltungssitzes einer gewissen Verfestigung der Unternehmensleitentscheidungen bedarf.¹³⁶ Mit Blick auf die Dauerhaftigkeit zeichnet sich der Verwaltungsort gerade durch eine stetige und eingerichtete Richtungsgebung aus. Eine gelegentliche Beteiligung an der Geschäftsführung stellt noch keine dauerhafte Verfestigung dar und genügt den Anforderungen an den Verwaltungssitz nicht.

Gleichzeitig darf die Bestimmung des Verwaltungssitzes nicht zu einer verkappten Einzelfallbetrachtung werden. Es handelt sich bei der Anknüpfung an den Verwaltungssitz stets um eine typisierende Beurteilung, die Aufschluss darüber geben soll, an welchem Ort eine Vollstreckung tatsächlich durchgeführt werden müsste. Ähnlich dem gewöhnlichen Aufenthalt natürlicher Personen ist daher auf den relativen Schwerpunkt der Unternehmensleitung abzustellen. Im vorliegenden Fall ist der *BGH* daher zutreffend davon ausgegangen, dass sich der Verwaltungssitz der klägerischen Gesellschaft am Wohnsitz ihres einzigen organschaftlichen Vertreters befindet.¹³⁷

4. Konsequenzen der Verwaltungssitz-Lösung für die Beweislastverteilung

Wie eingangs ausgeführt,¹³⁸ trägt der Beklagte die Beweislast dafür, dass sich der klägerische Verwaltungssitz im Ausland befindet. Häufig hat der Beklagte allerdings keine Kenntnisse über die interne Organisationsstruktur des klägerischen Unternehmens und auch nur bedingt Möglichkeiten, diese

¹³⁴ *OLG München*, Urt. v. 22.2.2018, BeckRS 2018, 21416.

¹³⁵ *Schütze* (Fn. 19), 75 (77).

¹³⁶ Vgl. dazu oben **C. II. 2. a)**.

¹³⁷ Vgl. *BGH*, NJW-RR 2017, 1320 (1320 f.).

¹³⁸ Siehe dazu oben unter **B. IV.**

eigenständig zu ermitteln.¹³⁹ Der Beweis des ausländischen Verwaltungssitzes und damit auch der klägerischen Gesellschaftsstrukturen¹⁴⁰ dürfte für den Beklagten daher mit beachtlichen Schwierigkeiten verbunden sein. Die Bestimmung des statutarischen Sitzes setzt demgegenüber in der Regel keine Kenntnisse der internen Unternehmensstruktur voraus, sondern ist häufig unkompliziert einsehbar. Aus Sicht der Beweisbarkeit wäre demnach ein Abstellen auf den statutarischen Sitz beklagtenfreundlicher.

Im Ergebnis können Gründe der Beweisbarkeit einem dem Zweck des § 110 ZPO deutlich besser nachkommenden Anknüpfen an den Verwaltungssitz allerdings nicht entgegenstehen. Stattdessen ist es richtig, die Schwierigkeiten der Beweisbarkeit des Verwaltungssitzes für den Beklagten abzuschwächen. So hat die Rechtsprechung zutreffend erkannt, dass an den Negativbeweis des Verwaltungssitzes „keine überspannten Anforderungen“ zu stellen sind.¹⁴¹ Der Beklagte muss daher lediglich „plausible Anhaltspunkte“ anführen, aus denen sich der Negativbeweis aus Abs. 1 ergibt.¹⁴² Soweit der Beklagte entsprechende Anhaltspunkte darlegen konnte, trifft den Kläger eine sekundäre Beweislast. Dies ist auch angemessen, da dem Kläger die Aufklärung seiner eigenen Organisationsstruktur leichter möglich und zumutbar ist.¹⁴³

Die mit der Beweislastverteilung des § 110 ZPO verbundenen möglichen Beweisschwierigkeiten des Beklagten bezüglich des klägerischen Verwaltungssitzes können durch niedrigere Anforderungen an die Vortragslast aufgefangen werden und stehen einem Anknüpfen an den Verwaltungssitz nicht entgegen.

5. Die Gefahr einer rechtsmissbräuchlichen Verlegung steht dem Anknüpfen an den Verwaltungssitz nicht entgegen

Die Vertreter eines Anknüpfens an den statutarischen Sitz begründen dies zuweilen mit der Gefahr eines Rechtsmissbrauchs durch Verlegen des Verwaltungssitzes. Der BGH benennt diese unter anderem vom *Schleswig-*

¹³⁹ OLG Düsseldorf, Urt. v. 16.3.2017, GRUR-RS 2017, 113388; OLG München, Urt. v. 22.2.2018, BeckRS 2018, 21416; Krimmel, Prozesskostensicherheit einer Gesellschaft mit EU/EWR-Verwaltungssitz, IWRZ 2018, 41 (41).

¹⁴⁰ Lehment/Eißer (Fn. 109), 429 (430).

¹⁴¹ OLG Düsseldorf, Urt. v. 16.3.2017, GRUR-RS 2017, 113388; LG Dortmund, Urt. v. 15.7.2020, BeckRS 2020, 17874.

¹⁴² OLG Düsseldorf, Urt. v. 16.3.2017, GRUR-RS 2017, 113388.

¹⁴³ Schütze (Fn. 8), S. 495; Schütze (Fn. 19), 75 (78); a. A. Schiller, Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 23.8.2017 – IV ZR 93/17, GWR 2017, 416 (416).

Holsteinischen OLG vertretene Argumentation¹⁴⁴ – der im Übrigen auch das *LG München I* im vorliegenden Fall ausdrücklich gefolgt ist¹⁴⁵ – zwar kurz.¹⁴⁶ Eine inhaltliche Auseinandersetzung mit diesen Bedenken findet allerdings nicht statt. In Anbetracht des Risikos, dass die Kostenerstattungspflicht vollständig unterlaufen werden könne,¹⁴⁷ was auch der Gesetzgeber des § 110 ZPO n. F. berücksichtigte,¹⁴⁸ ist die Frage eines rechtsmissbräuchlichen Verhaltens im Rahmen des § 110 ZPO jedoch nicht unbeantwortet zu lassen.

Das *Schleswig-Holsteinische OLG* argumentiert, dass eine Verlegung des Verwaltungssitzes „unproblematisch“ möglich sei und dazu führen könne, dass sich die Beklagte einer Pflicht nach § 110 ZPO entzieht.¹⁴⁹ Das *LG München I* führt in erster Instanz des vorliegenden Falles darüber hinaus aus, dass eine Verlegung des Verwaltungssitzes dann mit besonders wenig Aufwand verbunden sei, wenn sich der Verwaltungssitz der Gesellschaft vollständig nach dem Wohnort des Direktors richte.¹⁵⁰

Ob eine Verlegung des Verwaltungssitzes tatsächlich so einfach möglich ist, dürfte allerdings zu bezweifeln sein. Wie oben ausgeführt, bedarf es für das Vorliegen eines Verwaltungssitzes einer gewissen Verfestigung der Umsetzung der Unternehmensleitentscheidungen.¹⁵¹ Die Anforderungen an das Vorliegen eines Verwaltungssitzes sind nicht unerheblich.¹⁵² Die Verlegung des Verwaltungssitzes als verfestigter Schwerpunkt der Unternehmensleitung ist in der Regel mit erheblichen Kosten und logistischem Aufwand verbunden. Darüber hinaus kann eine Verlegung – je nach Ausgestaltung des Verwaltungssitzes – auch wesentliche gesellschafts- und steuerrechtliche Folgen haben.¹⁵³

Das tatsächliche Risiko, dass ein Kläger die mit einem enormen Aufwand verbundene Verlegung seines Verwaltungssitzes einzig zu rechtsmissbräuchlichen Zwecken auf sich nimmt, dürfte daher nicht besonders groß sein.¹⁵⁴ In der Praxis wird es häufig bereits an einem tatsächlichen Vorliegen

¹⁴⁴ *OLG Schleswig*, BauR 2013, 828 (828 ff.).

¹⁴⁵ *LG München I*, Urt. v. 6.11.2014 – 14 HKO 25260/13 (nicht veröffentlicht).

¹⁴⁶ *BGH*, NJW-RR 2017, 1320 (1320 f.).

¹⁴⁷ *Schroeder* (Fn. 47), S. 60.

¹⁴⁸ BT-Drucks. 13/10871, S. 15.

¹⁴⁹ *OLG Schleswig*, BauR 2013, 828 (828 ff.).

¹⁵⁰ *LG München I*, Urt. v. 6.11.2014 – 14 HKO 25260/13 (nicht veröffentlicht).

¹⁵¹ *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 16.3.2017, GRUR-RS 2017, 113388.

¹⁵² *OLG Karlsruhe*, NJW-RR 2008, 944; NZG 2018, 757 (757 ff.); vgl. oben **C. II. 2. a).**

¹⁵³ *Dastis/Singbartl* (Fn. 2), 707 (708).

¹⁵⁴ So auch *ebd.*, 707 (708); *Buck-Heeb* (Fn. 86), 694 (696).

eines inländischen Verwaltungssitzes mangeln.¹⁵⁵ So befand sich im Fall des *Schleswig-Holsteinischen OLG* am vom dortigen Kläger behaupteten Verwaltungssitz nicht einmal eine zustellungsfähige Adresse, geschweige denn ein eingerichteter Geschäftsraum.¹⁵⁶ Eine Befreiung von der Pflicht nach § 110 ZPO wäre daher bereits an dem Vorliegen eines Verwaltungssitzes im Inland gescheitert – einer Anknüpfung an den statutarischen Sitz bedarf es nicht.

Bei kleineren Gesellschaften, die von einem einzelnen gesetzlichen Vertreter geführt werden, gestaltet sich eine Veränderung des Verwaltungsortes grundsätzlich etwas flexibler.¹⁵⁷ Allerdings ist auch hier anzumerken, dass eine Veränderung des Lebensmittelpunkts des Geschäftsführers mit großem Aufwand verbunden ist. Dass der Geschäftsführer dies einzig zum Zwecke der Vermeidung einer Pflicht zur Prozesskostensicherheitsleistung auf sich nimmt, dürfte ebenfalls eher unwahrscheinlich sein.

Soweit die Voraussetzungen eines Verwaltungssitzes im Inland tatsächlich erfüllt sind, ist eine Nichtanwendbarkeit des § 110 ZPO hinzunehmen. Insofern kann sich für juristische Personen nichts anderes ergeben als für natürliche Personen, die einer Pflicht zur Prozesskostensicherheitsleistung theoretisch ebenfalls durch ein Verlegen ihres gewöhnlichen Aufenthalts „entgehen“ könnten. Soweit die für eine formale Vollstreckbarkeit notwendige Zustellbarkeit gesichert ist und sich der tatsächliche Verwaltungssitz im Inland befindet, ist das Risiko einer Auslandsvollstreckung, vor der § 110 ZPO schützen soll, grundsätzlich nicht höher als bei einem Kläger mit statutarischen Inlandssitz. Da der Beklagte keinen höheren Gefahren ausgesetzt ist, gibt es keinen Grund, dem Kläger dennoch die Pflicht zur Sicherheitsleistung aufzuerlegen.¹⁵⁸

Das Abstellen auf den Verwaltungssitz erhöht die Gefahr eines Rechtsmissbrauchs – entgegen der Ansicht des erstinstanzlichen Gerichts des vorliegenden Falls und des *Schleswig-Holsteinischen OLG*¹⁵⁹ – nicht. Die tatsächliche Gefahr eines rechtsmissbräuchlichen Verlegens des Verwaltungssitzes ist angesichts der hohen Anforderungen an das Vorliegen eines Verwaltungssitzes äußerst gering. Sind diese Anforderungen erfüllt, besteht im Vergleich zu einem

¹⁵⁵ *Schulz*, in: MüKo-ZPO (Fn. 11), § 110 Rn. 13.

¹⁵⁶ *OLG Schleswig*, BauR 2013, 828 (828 ff.); *Schütze* (Fn. 41), S. 273.

¹⁵⁷ *Dastis/Singbartl* (Fn. 2), 707 (708).

¹⁵⁸ Vgl. *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 16.3.2017, GRUR-RS 2017, 113388.

¹⁵⁹ *LG München I*, Urt. v. 6.11.2014 – 14 HKO 25260/13 (nicht veröffentlicht); *OLG Schleswig*, BauR 2013, 828 (828 ff.).

inländischen Kläger keine besondere Schutzwürdigkeit des Beklagten; eine Pflicht nach § 110 ZPO ist nicht gerechtfertigt.

6. Kein Verstoß gegen den AEUV

Der BGH befand im vorliegenden Beschluss zutreffend, dass einem Anknüpfen an den Verwaltungssitz, jedenfalls dann, wenn dieser sich im Inland befindet, „europarechtliche Gründe“ nicht entgegenstehen.¹⁶⁰ Während der BGH sich dabei im Ergebnis auf die Vereinbarkeit mit dem Diskriminierungsverbot beschränkt (a)), soll im Folgenden außerdem die Rechtsprechung des EuGH in der *Überseering*-Entscheidung Beachtung finden (b)).

a) Zum Diskriminierungsverbot aus Art. 18 AEUV

Der EuGH hat die Zulässigkeit von Normen zur Prozesskostensicherheit regelmäßig am Diskriminierungsverbot aus Art. 18 AEUV (vormals Art. 6 EGV) gemessen.¹⁶¹ Auch eine Auslegung des Sitzes als Tatbestandsmerkmal des § 110 ZPO darf, wie der BGH im vorliegenden Beschluss zutreffend erkennt,¹⁶² nicht gegen das europarechtliche Diskriminierungsverbot verstoßen. Art. 18 AEUV verbietet jegliche Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit;¹⁶³ von seinem Anwendungsbereich sind auch juristische Personen umfasst.¹⁶⁴ Eine Diskriminierung liegt vor, wenn dem Betroffenen durch die Ungleichbehandlung von In- und Ausländern ein Nachteil entsteht.¹⁶⁵

Der BGH stellt im vorliegenden Beschluss zutreffend fest, dass das Anknüpfen an den Verwaltungssitz in dem Fall, dass sich dieser im Inland befindet, zu einem Entfallen der Pflicht nach § 110 ZPO und damit zu einer Gleichbehandlung mit inländischen Gesellschaften führt.¹⁶⁶ Die Nichtanwendung des § 110 ZPO stellt gerade keinen Nachteil dar. Soweit es sich also um einen Kläger mit statutarischem Auslands- und inländischem Verwaltungssitz handelt, ist ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot durch Abstellen auf den Verwaltungssitz ausgeschlossen.

¹⁶⁰ BGH, NJW-RR 2017, 1320 (1320 f.).

¹⁶¹ EuGH, NJW 1998, 2127 (2127 ff.); Urt. v. 2.10.1997, C-122/96, *Saldanha*.

¹⁶² BGH, NJW-RR 2017, 1320 (1320 f.).

¹⁶³ EuGH, Urt. v. 16.10.1980 – Rs. C-147/79, *Hochstrass, Epiney*, in: Calliess/Ruffert EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 18 AEUV Rn. 12.

¹⁶⁴ Rust, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, 7. Aufl. 2015, Art. 18 AEUV Rn. 46; Wendel, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim EUV/AEUV, 83. Aufl. 2024, Art. 18 AEUV Rn. 113; Streinz/Leible (Fn. 1), S. 167.

¹⁶⁵ Wendel, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim EUV/AEUV (Fn. 164), Art. 18 AEUV Rn. 14.

¹⁶⁶ BGH, NJW-RR 2017, 1320 (1320 f.).

b) Zur Entscheidung des EuGH in der Sache Überseering

Eine Anknüpfung an den Verwaltungssitz widerspricht auch nicht der *EuGH*-Rechtsprechung zum Sitz juristischer Personen in der Sache *Überseering*.¹⁶⁷ Der *EuGH* entschied dort, dass die Rechts- und Parteifähigkeit nach dem Recht des statutarischen Sitzes und nicht des tatsächlichen Verwaltungssitzes zu beurteilen ist. Der *EuGH* sah in *Überseering* die Niederlassungsfreiheit juristischer Personen durch eine Aberkennung der Rechts- und Parteifähigkeit in anderen EU-Mitgliedsstaaten bedroht.¹⁶⁸ Die Rechts- und Parteifähigkeit einer in einem anderen Mitgliedsstaat gegründeten Gesellschaft soll daher auch dann nach dem Recht dieses Mitgliedstaats beurteilt werden, wenn die Gesellschaft ihren effektiven Verwaltungssitz in einen anderen Mitgliedstaat verlegt. Ein Abstellen auf den Verwaltungssitz würde europäische Gesellschaften effektiv daran hindern, sich in letzterem niederzulassen.¹⁶⁹

Ein Anknüpfen an den Verwaltungssitz im Rahmen des § 110 ZPO hindert den Kläger demgegenüber nicht daran, sich in Deutschland oder in einem der anderen Mitgliedsstaaten niederzulassen. Im Gegenteil führt eine Niederlassung im Inland gerade zu einer Befreiung von der Pflicht nach § 110 ZPO und stellt damit auch kein tatsächliches Hindernis für die Niederlassung dar. Der sich mit einem Anknüpfen an den statutarischen Sitz ergebende Gleichlauf von Rechts- und Parteifähigkeit und Sicherheitspflicht hat auch keinen eigenen Mehrwert für den von § 110 ZPO verfolgten Beklagtenschutz¹⁷⁰ und rechtfertigt daher keine Übertragung der Anknüpfung an den statutarischen Sitz aus *Überseering*. Die Frage nach der klägerischen Rechts- und Parteifähigkeit ist unabhängig von der Frage der Prozesskostensicherheit zu beantworten;¹⁷¹ die Rechtsprechung des *EuGH* steht dem Anknüpfen an den Verwaltungssitz nicht entgegen.

III. Zum ausgelassenen *obiter dictum*: Die juristische Person mit statutarischem Inlandssitz und ausländischem Verwaltungssitz

Die Frage des Anknüpfungspunktes des § 110 ZPO in dem Fall, dass der Kläger eine im Inland gegründete Gesellschaft mit ausländischem Verwaltungssitz ist,

¹⁶⁷ *EuGH*, NJW 2002, 3614 (3614); *Schütze* (Fn. 14), S. 246.

¹⁶⁸ *EuGH*, NJW 2002, 3614 (3614); *Kindler*, Auf dem Weg zur Europäischen Briefkastengesellschaft? Die „Überseering“-Entscheidung des *EuGH* und das internationale Privatrecht, NJW 2003, 1073 (1074).

¹⁶⁹ *Geyhalter/Gänßler*, Perspektiven nach „Überseering“ – wie geht es weiter?, NZG 2003, 409 (409).

¹⁷⁰ *Schütze* (Fn. 41), S. 273; *Buck-Heeb* (Fn. 86), 694 (695).

¹⁷¹ *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 31.3.2000, BeckRS 2000, 5740; *Schütze* (Fn. 84), S. 195.

hat der BGH ausdrücklich offengelassen.¹⁷² Unter Heranziehen der oben ausgeführten Ansätze ergibt sich indes eine klare Antwort: Der Normzweck des § 110 ZPO gebietet ein ausschließliches Anknüpfen an den Verwaltungssitz (1.). Ein Anknüpfen an den statutarischen Sitz birgt ein erhöhtes Risiko des Rechtsmissbrauchs (2.). Gegen ein Anknüpfen an den Verwaltungssitz sprechen keine europarechtlichen Gründe (3.).

1. Der Zweck des § 110 ZPO verlangt ein ausschließliches Anknüpfen an den Verwaltungssitz

Zweck des § 110 ZPO ist es, den Beklagten vor den formalen Hindernissen einer Vollstreckung im Ausland zu bewahren. Unproblematisch wurde daher in solchen Fällen auf den Verwaltungssitz im Ausland abgestellt und eine Pflicht nach § 110 ZPO bejaht, in denen eine Zustellung und damit schon eine Vollstreckung der Form nach am inländischen Verwaltungssitz nicht möglich war.¹⁷³ Wie oben ausgeführt, kann dem Beklagtenschutz allerdings nur dann effektiv nachgekommen werden, wenn sich typischerweise auch tatsächlich vollstreckbares Vermögen im Inland befindet.¹⁷⁴

Der statutarische Sitz, soweit dieser sich vom Verwaltungssitz unterscheidet, fungiert nicht selten als „leere Hülle“¹⁷⁵ ohne tatsächliche Vermögenswerte. Ließe man einen zustellungsfähigen statutarischen Sitz im Inland genügen, wäre es zwar formal möglich, eine Vollstreckung dort anzustreben. Dies wäre im Ergebnis allerdings nutzlos, wenn die tatsächlichen Vermögenswerte gleichwohl im Ausland liegen. Denn dann müsste der Beklagte die Vollstreckung seiner Kostenerstattungsansprüche – trotz eines zustellungsfähigen statutarischen Sitzes – im Ausland suchen.¹⁷⁶ Der Verwaltungssitz gibt zumindest bedingt und typisierend Aufschluss darüber, ob eine Vollstreckung im Inland möglich ist.¹⁷⁷ Der statutarische Inlandssitz hingegen ist für die Frage, ob eine Vollstreckung im Ausland notwendig wird, nicht aussagekräftig. Der Schutzzweck des § 110 ZPO

¹⁷² BGH, NJW-RR 2017, 1320 (1320 f.).

¹⁷³ OLG Karlsruhe, NJW-RR 2008, 944; OLG Düsseldorf, Urt. v. 20.12.2012, BeckRS 2016, 3303.

¹⁷⁴ Siehe oben C. II. 2. b).

¹⁷⁵ BGH, NJW-RR 2017, 1320 (1320 f.); Schütze (Fn. 14), S. 246; Schütze (Fn. 41), S. 273.

¹⁷⁶ OLG Düsseldorf, Urt. v. 25.2.2015, BeckRS 2016, 9830; OLG München, Urt. v. 22.2.2018, BeckRS 2018, 21416; Kühnen (Fn. 43), E. II. 2. b) Rn. 21; weiter noch Streinz/Leible (Fn. 1), S. 169.

¹⁷⁷ Altenkirch, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 21.6.2016 – X ZR 41/15, LMK 2016, 382279.

verlangt es somit, dass ausschließlich auf den Verwaltungssitz abgestellt wird.¹⁷⁸ Ein statutarischer Inlandssitz genügt nicht.

2. Der Verwaltungssitz als stringenter Lösungsansatz in Fällen der rechtsmissbräuchlichen Inkassoession

In Fallkonstellationen, in denen der Kläger eine juristische Person mit statutarischem Inlandssitz und ausländischem Verwaltungssitz ist, liegt die Problematik der rechtsmissbräuchlichen Inkassoession selten fern. So hatte das *LG Berlin* in einem Fall zu entscheiden, in dem der einzige Gesellschaftszweck der Klägerin in der Vertretung der Interessen ihrer US-amerikanischen Muttergesellschaft lag.¹⁷⁹ Der statutarische Sitz der Klägerin befand sich in Deutschland und der alleinvertretungsberechtigte Geschäftsführer und zugleich Prozessbevollmächtigte der Klägerin hatte seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Frankfurt. Die beiden anderen Geschäftsführer der Klägerin, die zugleich führende Rollen in der Muttergesellschaft einnahmen, lebten indes in den USA. Der streitgegenständliche Anspruch hatte ursprünglich der Muttergesellschaft zugestanden, die ihn an die kürzlich gegründete Klägerin abtrat.¹⁸⁰ Die Beklagte machte geltend, dass die Klägerin sich mittels einer rechtsmissbräuchlichen Inkassoession der Pflicht zur Kostenerstattung entziehen wolle.¹⁸¹

An dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass die rechtsmissbräuchliche Inkassoession genau genommen kein isoliertes Problem des § 110 ZPO ist. Denn auch ein Kläger mit statutarischem und Verwaltungssitz im Inland kann den Anspruch an eine vermögenslose Tochtergesellschaft abtreten, deren einziger Zweck in der Durchsetzung dieses Anspruchs besteht. Ähnlich gelagert sind auch Fälle der gewillkürten Prozessstandschaft, in denen der Anspruch im Prozess durch einen vermögenslosen Kläger geltend gemacht wird, um im Ergebnis Kostenerstattungspflichten zu umgehen.¹⁸² Die Gefahr der rechtsmissbräuchlichen Inkassoession liegt häufig nicht im spezifischen Risiko einer möglichen Auslandsvollstreckung, sondern in einer möglichen Insolvenz des Klägers. Dass es sich bei der rechtsmissbräuchlichen Inkassoession um ein

¹⁷⁸ *Schack* (Fn. 8), Rn. 685; *Altenkirch* (Fn. 8), S. 35.

¹⁷⁹ *LG Berlin*, ZIP 2010, 903 (903 ff.).

¹⁸⁰ Art. VI Abs. 6 des deutsch-amerikanischen Freundschafts-, Handels- und Schiffsverkehrsvertrages von 1954 sieht eine Befreiung von der Prozesskostensicherheitsleistung vor. Diese Befreiung setzt allerdings einen ständigen Aufenthalt oder ausreichendes Immobilienvermögen des Klägers im Inland voraus, sodass sie nicht über § 110 ZPO hinausgeht. Vgl. dazu *Schütze*, in: *Wieczorek/Schütze* (Fn. 49), § 110 Rn. 60.

¹⁸¹ *LG Berlin*, ZIP 2010, 903 (903).

¹⁸² So z. B. in BGHZ 96, 151; *Hübsch*, in: *BeckOK-ZPO*, (Fn. 45), § 51 Rn. 51.

Problem handelt, das über den Anwendungsbereich des § 110 ZPO hinausgeht, schließt eine Lösung der Problematik für Fälle mit Auslandsbezug durch Anwendung des § 110 ZPO allerdings nicht grundsätzlich aus.

Das *LG Berlin* befand im oben genannten Fall, dass die Neugründung der Klägerin im Inland und anschließende Inkassozeession einzig der Umgehung des § 110 ZPO diene und gegen § 242 BGB verstieße.¹⁸³ Die Klägerin könne sich daher nicht auf ihren Inlandssitz berufen und sei zur Prozesskostensicherheitsleistung nach § 110 ZPO verpflichtet. Auch ein Teil der Literatur sieht in der rechtsmissbräuchlichen Inkassozeession regelmäßig einen Verstoß gegen das Umgehungsverbot, der einen Entfall der Pflicht nach § 110 ZPO ausschließt und zur Sicherheitsleistungspflicht führt.¹⁸⁴ Sowohl ein Abstellen auf § 242 BGB als auch auf das Umgehungsverbot werden dafür kritisiert, dass durch die Pflicht zur Prozesskostensicherheit im Ergebnis der Zessionar benachteiligt würde, während der eigentliche Vorwurf der Treuwidrigkeit den Zedenten treffen sollte.¹⁸⁵ Stattdessen ist die Abtretung nach § 138 BGB für nichtig zu erklären, sodass der ausländische Zedent den Anspruch selbst durchsetzen und Sicherheit leisten muss.¹⁸⁶

Davon abgesehen kann außerdem ein Anknüpfen an den Verwaltungssitz dem von § 110 ZPO vorgesehenen Beklagtenschutz in Fällen der rechtsmissbräuchlichen Inkassozeession hinreichend gerecht werden. Im Gegensatz zur bloß formalen Gründung einer Gesellschaft im Inland ist das Einrichten eines inländischen Verwaltungssitzes mit einem beachtlichen Aufwand verbunden. In Fällen der rechtsmissbräuchlichen Inkassozeession dürfte daher regelmäßig bereits kein inländischer Verwaltungssitz vorliegen, sodass der Kläger trotz neu gegründetem, statutarischem Inlandssitz zur Sicherheitsleistung verpflichtet wäre.¹⁸⁷ Der Fall des *LG Berlin*, in dem zwei der Geschäftsführer im Ausland saßen, ist dabei wohl ein Grenzfall. Ein Verwaltungssitz im Inland wäre jedenfalls abzulehnen gewesen, soweit der inländische Gesellschafter als Prozessbevollmächtigter lediglich die Entscheidungen der beiden anderen, im Ausland ansässigen Gesellschafter ausführte und der Schwerpunkt der Unternehmensleitung damit im Ausland lag. Soweit ein Verwaltungssitz im Inland zu bejahen ist, ist das den Beklagten

¹⁸³ *LG Berlin*, ZIP 2010, 903 (903 ff.).

¹⁸⁴ So bereits *Riezler* (Fn. 19), S. 431; zuletzt außerdem *Bork*, in: Stein/Jonas (Fn. 11), § 110 Rn. 11; *Schütze*, in: Wiczorek/Schütze (Fn. 49), § 110 Rn. 31 f.; *Nagel/Gottwald* (Fn. 13), Rn. 5.80.

¹⁸⁵ *Altenkirch* (Fn. 8), S. 41, *Schroeder* (Fn. 47), S. 61.

¹⁸⁶ *Schack* (Fn. 8), Rn. 685; *Schroeder* (Fn. 47), S. 61 f.

¹⁸⁷ *Schulz*, in: MüKo-ZPO (Fn. 11), § 110 Rn. 13; *Schütze* (Fn. 19), 75 (77).

treffende Risiko nicht größer als bei einem vermögenslosen inländischen Kläger und daher nicht vom Schutzbereich des § 110 ZPO umfasst. Das Vollstreckungsrisiko ist dann hinzunehmen¹⁸⁸ – die Lösung des *LG Berlin* über § 242 BGB ist nicht nur dogmatisch fragwürdig, sondern überdehnt auch den Schutzzweck des § 110 ZPO. Ein Abstellen auf den Verwaltungssitz ist dogmatisch stringent und wird dem Zweck der Norm gerecht.

3. Keine entgegensehenden europarechtlichen Erwägungen

Ein ausschließliches Anknüpfen an den Verwaltungssitz ist auch aus europarechtlicher Sicht unbedenklich. Das Abstellen auf den ausländischen Verwaltungssitz stellt keinen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot aus Art. 18 AEUV dar. Zwar ist die Auferlegung einer Pflicht zur Prozesskostensicherheitsleistung für juristische Personen mit inländischem statutarischem Sitz und ausländischem Verwaltungssitz eine Erschwerung der Durchsetzung der klägerischen Interessen und damit ein Nachteil für den Kläger.¹⁸⁹ Diese Benachteiligung ist allerdings gerade nicht auf die „Staatsangehörigkeit“ des Klägers zurückzuführen.

Die Staatsangehörigkeit juristischer Personen bestimmt sich nach Art. 54 Abs. 1 AEUV.¹⁹⁰ Gemäß Art. 54 Abs. 1 AEUV sind solche Gesellschaften geschützt, die nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedsstaats gegründet wurden und ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung in einem Mitgliedsstaat haben. Knüpft man an den Verwaltungssitz an, so gilt die Sicherungspflicht, soweit kein inländischer Verwaltungssitz vorliegt, für Gesellschaften mit statutarischem Sitz in Deutschland genauso wie für solche, deren statutarischer Sitz in einem anderen EU-Mitgliedsstaat liegt.¹⁹¹ Die Benachteiligung beruht gerade auf dem Vorliegen eines ausländischen Verwaltungssitzes und nicht auf einer Ungleichbehandlung juristischer Personen mit statutarischen Sitzen in unterschiedlichen Mitgliedsstaaten. Die Ungleichbehandlung aufgrund des Verwaltungssitzes ist, sollte sie unter den von Art. 54 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 AEUV geschützten Begriff der Staatsangehörigkeit

¹⁸⁸ *Altenkirch* (Fn. 8), S. 41; *Schroeder* (Fn. 47), S. 60.

¹⁸⁹ *östOGH*, Urt. v. 21.12.1994, RdW 1995, 220; *Ehricke*, Art. 12 I (ex 6 I) EG-Vertrag und das nationale Zivilprozeßrecht – Bilanz und Perspektive, IPRax 1999, 311 (320).

¹⁹⁰ *Rust*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje EUV/AEUV (Fn. 164), Art. 18 AEUV Rn. 46; *Wendel*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim EUV/AEUV (Fn. 164), Art. 18 AEUV Rn. 113; *Streinz*, in: Streinz EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 18 AEUV Rn. 37.

¹⁹¹ *OLG München*, ZIP 2010, 2069 (2069 ff.); Urt. v. 22.2.2018, BeckRS 2018, 21416; *Jaspersen*, in: BeckOK-ZPO (Fn. 45), § 110 Rn. 19a; *Schütze* (Fn. 14), S. 247.

fallen, zumindest durch den Beklagtenschutz als Zweck des § 110 ZPO gerechtfertigt. Ein Verstoß gegen Art. 18 AEUV liegt daher nicht vor.¹⁹²

IV. Schlussbetrachtung

Die besprochene Entscheidung des *BGH* verdient im Ergebnis Zustimmung. Soweit ein Verwaltungssitz im Inland vorliegt, gebieten der Zweck des § 110 ZPO und insbesondere der klägerische Justizgewährungsanspruch ein Anknüpfen an diesen Verwaltungssitz. Die vom *BGH* offen gelassene Frage einer Sicherheitspflicht bei statutarischem Inlandssitz und ausländischem Verwaltungssitz ist dahingehend zu beantworten, dass das Vorliegen eines inländischen Verwaltungssitzes nicht nur ausreichende, sondern notwendige Voraussetzung dafür ist, dass eine juristische Person keine Prozesskostensicherheit nach § 110 ZPO leisten muss – ein statutarischer Inlandssitz genügt nicht. Nur so kann ein effektiver Schutz des Beklagten vor einer Auslandsvollstreckung gewährleistet werden. Um einer angemessenen Interessenabwägung von Beklagtenschutz und klägerischem Justizgewährungsanspruchs gerecht zu werden, ist in jedem Fall an den Verwaltungssitz der juristischen Person anzuknüpfen.

¹⁹² So auch *OLG München*, ZIP 2010, 2069 (2069 ff.).

Lukas Collier*

Die Rolle der nationalen Gerichte bei der Durchsetzung des *Digital Markets Act*

Abstract

Der EU-Gesetzgeber wählte mit dem *Digital Markets Act* (DMA) eine primär zentralistische Durchsetzungsarchitektur mit der EU-Kommission als *sole enforcer*. Nichtsdestotrotz ist ein *private enforcement* daneben möglich. Nationale Gerichte in der EU sollen daher – vorwiegend bei Verfahren im Bereich des kollektiven Rechtsschutzes – den DMA in Zusammenarbeit mit der EU-Kommission möglichst einheitlich auslegen und DMA-Verstöße der „Torwächter“ mit Schadensersatz- oder Unterlassungsansprüchen ahnden. Dieses *private enforcement* kann jedoch vor allem durch Beweishürden für die klagende Partei, Verzögerungsversuche durch den verklagten Torwächter oder durch den Umstand gebremst werden, dass der DMA in seiner Natur noch rechtliches Neuland ist. In welchem Umfang solche DMA-Klagen zu erwarten sind, bleibt daher noch abzuwarten.

* Der Verfasser studiert Rechtswissenschaft an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg im neunten Semester. Der Beitrag beruht auf einer Schwerpunktbereichsarbeit im Schwerpunktbereich Forensische Praxis mit Fokus auf die transnationale Rechtsverfolgung, die von Prof. Dr. Azar Aliyev, LL.M. im Sommersemester 2024 gestellt wurde.

A. Einleitung

I. Problemstellung und Relevanz des Themas

Alphabet, Amazon, Apple, Booking, ByteDance, Meta und Microsoft – dieses besonders dominant agierende Septett des sogenannten *Big Tech* ist an unserer heutigen „Plattformgesellschaft“¹ maßgeblich beteiligt. Gleichzeitig sind sie die ersten von der EU-Kommission ernannten „Torwächter“ (engl. *Gatekeepers*), die mit ihren zentralen Plattformdiensten den Zugang zu besonders großen Nutzergruppen kontrollieren.² Für viele Unternehmen und Verbraucher führt kein Weg an ihnen vorbei.³

Als „zentraler neuer Baustein für die europäische Digitalordnung“⁴ versucht der *Digital Markets Act* (DMA)⁵, eine EU-Verordnung aus 2022, diese Marktmacht der Torwächter zu regulieren. Von großer Bedeutung ist dabei die Effektivität bzw. Wirksamkeit des DMA⁶ – ein Ziel, das mit der erfolgreichen Durchsetzung der Regeln steht und fällt.⁷

Seit März 2024 sind die Verpflichtungen des DMA für Torwächter „scharf geschaltet“.⁸ Sollten diese ihre Ge- und Verbote nicht einhalten, droht das Einschreiten der EU-Kommission.⁹ Was aber, wenn die Kommission zu lange

¹ *Nash/Bright/Margetts/Lehdonvirta*, Public Policy in the Platform Society, Policy & Internet 2017, 368 (368).

² *Europäische Kommission*, DMA designated Gatekeepers, abrufbar unter: https://digital-markets-act.ec.europa.eu/gatekeepers_en (zuletzt abgerufen am 25.3.2025).

³ *Pahlen/Brösamle*, Definition zentraler Begriffe des DMA, in: Schmidt/Hübener, Das neue Recht der digitalen Märkte, 2023, S. 25 (Rn. 14).

⁴ *Eustrup*, Die EU-Plattformregulierung: Eine „Verfassung“ für digitale Akteure im Werden?, ZUM 2023, 178 (178).

⁵ Verordnung (EU) 2022/1925 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14.9.2022 über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor und zur Änderung der Richtlinien (EU) 2019/1937 und (EU) 2020/1828 (Gesetz über digitale Märkte).

⁶ So z. B. „*effective protection of consumers*“ (ErwG 24 VO 2022/1925), „*effective regulation and enforcement*“ (ErwG 79 VO 2022/1925) und „*effective and consistent application of the obligation in this Regulation*“ (ErwG 102 VO 2022/1925) – insgesamt wird im DMA auf die Effektivität, oder in der deutschen Fassung „Wirksamkeit“, 88 Mal Bezug genommen.

⁷ *Reyna*, DMA and DAS *Effective* Enforcement – Key to Success, Journal of Antitrust Enforcement 2024, 320 (320).

⁸ *Podszun*, Im Rausch der Freiheit: Die ersten Wochen des DMA, K&R 2024, 1 (1).

⁹ Beispielsweise leitete die EU-Kommission vergangenes Jahr angesichts von Zweifeln über die Konformität mit dem DMA ein Verfahren gegen *Apple, Alphabet und Meta* ein, um die Einhaltung der Regeln des DMA zu überprüfen: *Europäische Kommission*, Commission opens non-compliance investigations against Alphabet, Apple and Meta under the Digital Markets Act, Pressemitteilung v. 25.3.2024, abrufbar unter:

für die Durchsetzung der DMA-Pflichten braucht oder Betroffenen gar ein Schaden durch eine Pflichtverletzung entstanden ist? Dies wirft die entscheidende Frage auf, ob Betroffene DMA-Pflichten gerichtlich durchsetzen können, respektive welche Rolle nationale Gerichte bei der Durchsetzung des DMA tragen.

II. Zielsetzung und Fragestellung dieses Beitrags

Ziel dieses Beitrags ist, die relevanten Funktionen der nationalen Gerichte zur Durchsetzung des DMA zu finden, sie in die Durchsetzungsstruktur der Verordnung einzuordnen und Hürden bei der gerichtlichen Durchsetzung aufzuzeigen sowie potenzielle Lösungen hierzu anzubieten.

Dieser Beitrag geht von der Hypothese aus, dass nationale Gerichte eine entscheidende Rolle bei der Durchsetzung des DMA spielen können. Es wird erwartet, dass sie die behördliche Durchsetzung nicht nur unterstützen, sondern in vielen Fällen sogar übertreffen könnten.

III. Gang der Untersuchung

Eingangs wird kurz der Adressatenkreis und Anwendungsbereich des DMA betrachtet.¹⁰ Ebenso wird auf die rechtliche Einordnung des DMA und seine Zielsetzung eingegangen.

Sodann werden die Durchsetzungsmöglichkeiten des DMA untersucht, insbesondere ob der DMA Raum für die private Rechtsdurchsetzung lässt.¹¹ Im Anschluss werden die Aufgaben der Gerichte im Rahmen des DMA mit besonderem Fokus auf die einheitliche Anwendung und Durchsetzung des DMA beleuchtet.

Sind die Aufgaben der Gerichte konturiert, wird thematisiert, welche Rolle deutsche Gerichte bei der Durchsetzung des DMA erhalten, wie kollektiver und individueller Rechtsschutz die Gerichte beanspruchen könnten und welche DMA-spezifischen Probleme sich für die Gerichte im Hauptsacheverfahren stellen könnten.¹²

https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_24_1689
abgerufen am 25.3.2025).

¹⁰ Siehe unten **B**.

¹¹ Siehe unten **C**.

¹² Siehe unten **D**.

(zuletzt

Zum Schluss zieht der Autor ein Fazit bezüglich der Hypothese und gibt eine Einschätzung über die praktischen Auswirkungen ab.

B. Der DMA als Regulierungsrahmen für Torwächter

I. Adressaten und Anwendungsbereich

Der DMA richtet sich an Unternehmen, die als Torwächter zentrale Plattformdienste wie Online-Vermittlungsdienste, Suchmaschinen oder soziale Netzwerke bereitstellen und dabei eine gefestigte Marktposition innehaben (vgl. ErwG 2, 3, 14 DMA). Er trat nach den Vorgaben des Art. 54 DMA schrittweise in Kraft, beginnend mit dem 1.11.2022. Mittlerweile findet die gesamte Verordnung unmittelbar in allen EU-Mitgliedstaaten Anwendung und betrifft nach Art. 1 Abs. 2 DMA alle zentralen Plattformdienste, die Torwächter für gewerbliche Nutzer oder Endnutzer in der EU anbieten, unabhängig vom Niederlassungsort des *Gatekeepers*.

II. Rechtliche Einordnung

Der DMA hat seine Wurzeln im Wettbewerbsrecht,¹³ wurde jedoch bewusst keinem bestehenden Rechtsrahmen zugewiesen. Er ist als selbstausführende *ex-ante*-Regulierung konzipiert.¹⁴

Im Gegensatz zum Kartellrecht, das Sachverhalte wie zum Beispiel in § 19a Abs. 2 GWB *ex post* betrachtet, erlegt der DMA den Torwächtern vorformulierte Verhaltenspflichten auf, ohne dass es auf ein konkretes Verhalten oder dessen Auswirkungen ankommt.¹⁵ Damit soll bereits im Vorfeld potenziell wettbewerbschädliches Verhalten der Torwächter unterbunden werden.

III. Zielsetzung

Auf Art. 114 AEUV fußend,¹⁶ verfolgt der DMA das übergeordnete Ziel, durch die Regulierung von Torwächtern Fairness und Bestreitbarkeit auf digitalen

¹³ Körber, Lessons from the Hare and the Tortoise: Legally imposed self-regulation, proportionality and the right to defence under the DMA – Part 2, NZKart 2021, 436 (439); Kumkar, Neue Impulse für den Wettbewerb auf digitalen Märkten: Der Digital Markets Act nach dem Trilog-Verfahren, RDi 2022, 347 (Rn. 13); Weigl, Margrethe, the 80, and Who? – Private Durchsetzung des Digital Markets Act (DMA), in: Buchheim/Kraetzig/Mendelsohn/Steinrötter, Plattformen, S. 97 (98).

¹⁴ Mendelsohn/Budżinski, Hintergrund, Ziele und wettbewerbspolitische Einordnung des DMA, in: Schmidt/Hübener (Fn. 3), S. 43 (Rn. 17).

¹⁵ Lettl, Das Gesetz über digitale Märkte (Digital Markets Act – DMA), WRP 2022, 1453 (1455); Mendelsohn/Budżinski (Fn. 14), Rn. 20.

¹⁶ Siehe Präambel des DMA: „gestützt auf den Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, insbesondere auf Artikel 114“.

Märkten herzustellen (Art. 1 Abs. 1 DMA). Hierdurch sollen Innovationen gefördert, die Wahlfreiheit für Verbraucher erhöht und faire Zugangsbedingungen für gewerbliche Nutzer geschaffen werden (ErwG 4 DMA). Um diese Ziele zu erreichen, statuiert der DMA in den Art. 5 – 7 Ge- und Verbote für Torwächter, die unfaire oder die Bestreitbarkeit beschränkende Praktiken in Bezug auf jeden zentralen Plattformdienst der Torwächter verhindern sollen (ErwG 7 DMA). Hierbei bezieht sich der Begriff „unfair“ gemäß ErwG 33 DMA auf ein Ungleichgewicht zwischen den Rechten und Pflichten gewerblicher Nutzer, durch das der Torwächter einen unverhältnismäßigen Vorteil erlangt. Dies kann gemäß ErwG 33 DMA beispielsweise durch ungleichmäßige Nutzungsbedingungen, diskriminierende Praktiken oder die Benachteiligung von Drittanbietern auf der Plattform erfolgen. Der Begriff „Bestreitbarkeit“ hingegen bezieht sich gemäß ErwG 32 DMA auf die Fähigkeit von Unternehmen, Hindernisse für einen Markteintritt oder eine Expansion wirksam zu überwinden und den Torwächter aufgrund der Vorzüge ihrer Produkte und Dienstleistungen herauszufordern.

C. Durchsetzungsarchitektur des DMA

Im Ausgangspunkt ist zwischen der behördlichen Durchsetzung und der gerichtlichen, also privaten Durchsetzung zu unterscheiden.¹⁷

I. Behördliche Durchsetzung

1. Die Europäische Kommission als Ankerpunkt

Ausweislich des Art. 38 Abs. 7 UAbs. 2 S. 2 DMA sowie nach den Art. 20 ff. DMA ist die EU-Kommission, wie in den nahestehenden EU-kartellrechtlichen Normen üblich,¹⁸ alleinige Durchsetzungsbehörde (*sole enforcer*) bzw. Kontrollorgan. Nach ErwG 99 DMA und im Umkehrschluss auch nach ErwG 92 DMA fußt diese Entscheidung auf Gründen der einheitlichen Anwendung, Durchsetzung und Durchführung der Verordnung.¹⁹ Denn zur Erreichung der gewünschten Vollharmonisierung durch den DMA sowie des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarktes, wie Art. 1 Abs. 1 DMA vorgibt, ist eine Zuständigkeitskonzentration notwendig. Diese Abkehr von dezentralen behördlichen Durchsetzungsmechanismen soll auch eine gewisse Fragmentierung des Binnenmarkts verhindern und somit Rechtssicherheit

¹⁷ Weigl (Fn. 13), S. 107.

¹⁸ Galle/Dressel, Private Rechtsdurchsetzung des DMA, Stand und Perspektiven, EuZW 2024, 107 (107).

¹⁹ Brösamle/Etz, Rolle nationaler Behörden und Gerichte, in: Schmidt/Hübener (Fn. 3), S. 146 (Rn. 4).

schaffen, ErwG 9 DMA. Andernfalls würden, EU-weit gesehen, nationale Behörden nach ihrem nationalen Recht unterschiedliche Entscheidungen treffen.

Zentrale Aufgaben der EU-Kommission sind die Ernennung der Torwächter (Art. 3 DMA) sowie damit verbunden die Überprüfung der Voraussetzungen einer Benennung (Art. 4 DMA), die Durchführung von Marktuntersuchungen (Art. 16 ff. DMA) und die Verhängung von Buß- und Zwangsgeldern (Art. 29 ff. DMA).

Angesichts der Herausforderung, große Torwächter zu überwachen, ihre Taktiken nachzuweisen und zu beschränken, wurde der EU-Kommission ein Bündel an Befugnissen erteilt. So hat sie zum Beispiel nach den Art. 21 – 23 DMA umfangreiche Untersuchungsbefugnisse, darf nach Art. 24 DMA einstweilige Maßnahmen gegen Torwächter erlassen oder gemäß Art. 30 DMA hohe Geldbußen bei DMA-Verletzungen verhängen.

2. Mitwirkung nationaler Behörden

In Hinblick auf die Position der EU-Kommission als *sole enforcer* bleiben den nationalen Behörden nur wenige Aufgaben zur Anwendung, Fortentwicklung oder Durchsetzung des DMA. Jedoch sollen die Behörden gemäß Art. 38 DMA eng mit der EU-Kommission zusammenarbeiten. Ihnen fällt daher allenfalls eine unterstützende Funktion zu.²⁰ So sollen sie der EU-Kommission zum Beispiel Informationen (ErwG 82 und 90 DMA) oder auch Sachverständige der nationalen Datenschutz- und Verbraucherschutzbehörden zur Verfügung stellen (ErwG 85 DMA).

II. Private Durchsetzung

Als Gegenstück zur behördlichen Durchsetzung könnte die private Durchsetzung vor nationalen Gerichten relevant werden. Schiedsgerichte oder Wettbewerbsbehörden sind keine nationalen Gerichte i. S. d. DMA.²¹

Die Rolle nationaler Gerichte bei der Durchsetzung des DMA hängt jedoch bedeutend davon ab, ob aus dem DMA überhaupt Ansprüche erwachsen und ob

²⁰ Das European Competition Network sagte stellvertretend für die nationale Wettbewerbsbehörden der EU-Mitgliedsstaaten seine Unterstützung bereits zu: *European Competition Network*, Joint Paper of the heads of the national competition authorities of the European Union – How national competition agencies can strengthen the DMA, 23.6.2021, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Others/DMA_EC_N_Paper.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (zuletzt abgerufen am 25.3.2025).

²¹ *Käseberg/Gappa*, in: HK-DMA, 1. Aufl. 2023, Art. 2 Rn. 153.

sie vor einem nationalen Gericht von Betroffenen geltend gemacht werden können.

1. Möglichkeit der privaten Durchsetzung

a) Voraussetzung: selbstvollziehende Normen

Damit Private unmittelbar aus dem EU-Sekundärrecht Ansprüche ableiten können, muss jene Norm mindestens selbstvollziehend (*self-executing*) sein,²² also eine klare und unmissverständliche Verpflichtung aufstellen, deren Anwendung kein weiteres Eingreifen der Unionsbehörden oder der nationalen Behörden erfordert.²³

In Art. 5 DMA werden den Torwächtern bestimmte Pflichten auferlegt und sogar die Begünstigten – die gewerblichen Nutzer und Endnutzer – genannt. Wer gegen wen und mit welchem Inhalt Ansprüche hat, wird aus der Norm daher klar und unmissverständlich ersichtlich. Art. 5 DMA ist daher selbstvollziehend.²⁴

Die Selbstvollziehbarkeit von Art. 6 und 7 DMA ist teilweise in Frage gestellt worden.²⁵ Dagegen spricht der Verweis von Art. 6 DMA auf Art. 8 DMA zur weiteren Ausformung durch die EU-Kommission sowie einige unbestimmte Rechtsbegriffe wie „auf einfache Weise“ in Art. 6 Abs. 3 DMA oder „unbedingt erforderlich und angemessen“ in Art. 6 Abs. 4 UAbs. 2 DMA. Auch Art. 7 DMA enthält vage Formulierungen wie „zumutbarer Antrag“ in Abs. 5 oder „erforderliches Schutzniveau“ in Abs. 6. Verglichen mit Art. 101 und 102 AEUV, deren selbstaushörender Charakter allgemein anerkannt ist,²⁶ wirken diese Normen dennoch vergleichsweise präzise.²⁷ Zudem entstammen die Ge- und Verbote der Art. 5 – 7 DMA bekannten wettbewerbsrechtlichen

²² *Schläpke/Schuler*, Private enforcement – a key implementation mechanism of the DMA, in: Schmidt/Hübener, New digital markets act, 2023, S. 114 (Rn. 6); *Weigl* (Fn. 13), S. 106.

²³ Grundlegend: *EuGH*, Urt. v. 5.2.1963 C-26/62, *van Gend & Loos*, Slg. 1963, 1 (25 f.); Urt. v. 20.9.2001 – C-390/98, Slg. 2001, I-6117 (Rn. 91); *EuGH Große Kammer*, NJW 2018, 1233 (Rn. 65).

²⁴ Statt vieler: *Schläpke/Schuler* (Fn. 22), Rn. 7.

²⁵ *Podszun*, Private Enforcement and Gatekeeper Regulation: Strengthening the Rights of Private Parties in the Digital Markets Act, *Journal of European Competition Law & Praxis*, 2022, 254 (264).

²⁶ *EuGH*, Urt. v. 5.2.1963 – 26/62, *van Gend & Loos*, Slg. 1963, 1 (25).

²⁷ *Weigl* (Fn. 13), S. 102.

Verfahren.²⁸ Daher sprechen die besseren Argumente für die Selbstausführbarkeit der Art. 6 und 7 DMA.²⁹

Im Ergebnis sind also die Ge- und Verbote der Art. 5 – 7 DMA selbstausführend.

b) Der Wille des Gesetzgebers zur Ermöglichung der privaten Durchsetzung

Zwar sind die Ge- und Verbote des DMA *self-executing*, doch scheint der DMA neben der behördlichen Durchsetzung die private Durchsetzung vor Gericht nicht vorgesehen zu haben.³⁰ Eine ausdrückliche Erlaubnis wie in Art. 82 DSGVO fehlt auch in der aktuellen Gesetzesfassung. Einzig die Verbandsklage gegen Verstöße von Torwächtern benennt die Verordnung in Art. 42 DMA ausdrücklich.

Aufgrund dieser Zurückhaltung bezüglich Möglichkeiten zur privaten Durchsetzung im DMA ist hierüber eine lebhafte Debatte entstanden. Bis auf wenige Vertreter³¹ ist es mittlerweile mit der finalen DMA-Fassung Konsens, dass der DMA die private Rechtsdurchsetzung zulässt.³² Dies ergibt sich zuvorderst aus Art. 39 Abs. 1 DMA, der Kooperationsfragen bezüglich Verfahren vor nationalen Gerichten zur Anwendung dieser Verordnung regelt.

²⁸ Karbaum/Schulz, „Antitrust Litigation 2.0“ – Private Enforcement beim DMA?, NZKart 2022, 107 (111).

²⁹ Weigl (Fn. 13), S. 102.

³⁰ Wenn man z. B. im DMA-Text nach „Kommission“ sucht, erhält man über 390 Treffer, während es bei der Suche nach „Gericht“ nur neun Treffer sind.

³¹ So vor allem Körber (Fn. 13), S. 442; kritisch ebenfalls Klumpe, „Think twice“ – Die private Rechtsdurchsetzung des DMA nach dem Referentenentwurf zum Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz, in: Kirk/Offergeld/Rohner, Kartellrecht in der Zeitenwende, 2023, S. 131 (134); Komminos, The Digital Markets Act and Private Enforcement: Proposals for an Optimal System of Enforcement, in: Charbit/Gachot, Eleanor M. Fox Liber Amicorum, 2021, S. 425 (433); McIntyre, Decentralisation and Recentralisation: An Institutional Analysis of EU Competition Law and the Digital Markets Act, The London School of Economics Law Review, 2022, 227 (282).

³² Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz, Schlaglichter der Wirtschaftspolitik, 6 (2022), 36 (40); Gemeinsame Stellungnahme des deutschen, französischen und niederländischen Wirtschaftsministeriums, „Strengthening the Digital Markets Act and Its Enforcement“, Pressemitteilung v. 27.5.2021, S. 2; Brösamle/Etz, Role of national authorities and courts, in: Schmidt/Hübener (Fn. 22), S. 96 (Rn. 37); Meyer/Moss, Die Eckpfeiler der europäischen Plattformregulierung (Teil 1): Charakteristika von Online-Plattformen und ein Überblick über den DMA, JURA 2024, 375 (386); Rurali/Seegers, Private Enforcement of the EU Digital Markets Act: The way ahead after going live, v. 19.6.2023, abrufbar unter: <https://carteldamageclaims.com/2023/06/19/private-enforcement-of-the-eu-digital-markets-act-the-way-ahead-after-going-live/> (zuletzt abgerufen am 25.3.2025); Schläpke/Schuler (Fn. 22), Rn. 2; Weigl (Fn. 13), S. 100.

Daraus lässt sich ableiten, dass private Streitigkeiten über Verstöße des DMA grundsätzlich vor nationalen Gerichten ausgetragen werden können.³³ Von dieser Möglichkeit ist auch der deutsche Gesetzgeber ausgegangen und erstreckte mit der elften GWB-Novelle³⁴ die Regelungen der §§ 33 ff. GWB zu kartellrechtlichen Schadensersatz- und Unterlassungsklagen weitgehend auch auf DMA-Verstöße.³⁵ Somit können Geschädigte nicht nur eine Kompensation für erlittene Schäden durch DMA-Verstöße verlangen, sondern gleichzeitig generalpräventiv im Interesse der Allgemeinheit verhaltenssteuernd auf den Torwächter einwirken.³⁶

2. Aufgaben und Rechte der nationalen Gerichte

Vom Ergebnis ausgehend, dass eine private Durchsetzung vor nationalen Gerichten auf Grundlage des DMA möglich und erwünscht ist, zieht das für die Gerichte sowohl Aufgaben und Rechte mit sich.

a) Effektiver Rechtsschutz

Nationale Gerichte müssen Unternehmen und Endnutzern effektiven Rechtsschutz bei Verstößen von *Gatekeepern* gegen den DMA gewähren. Dieses Recht darf durch *Gatekeeper* nicht einseitig behindert werden (Art. 5 Abs. 6 DMA).³⁷ Unterlassungs- und Schadensersatzklagen vor nationalen Gerichten dezentralisieren und beschleunigen die DMA-Durchsetzung – wichtig angesichts der Dynamik digitaler Märkte.³⁸

b) Zusammenarbeit mit der EU-Kommission

Um eine kohärente Anwendung und dynamische Fortentwicklung des DMA im Zusammenspiel von dezentraler Durchsetzung durch nationale Gerichte und zentraler Durchsetzung durch die EU-Kommission zu gewährleisten, sieht Art. 39 DMA verschiedene Kooperationsmechanismen vor. Im Vordergrund

³³ *Rurali/Seegers* (Fn. 32).

³⁴ Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen und anderer Gesetze (GWBuÄndG) v. 7.11.2023 in der Fassung v. 25.10.2023, BGBl. I Nr. 294.

³⁵ BT-Drucks. 20/6824, S. 20; *Schläpke/Schuler* (Fn. 22), Rn. 110.

³⁶ *Lahme/Ruster*, in: HK-DMA (Fn. 21), Art. 39 Rn. 4; *Weigl* (Fn. 13), S. 99, 103.

³⁷ Dass es dieser Klarstellung aufgrund der einseitigen Regelsetzungsmacht der Torwächter bedarf, ist nach *Podszun*, in: HK-DMA (Fn. 21), Art. 5 Abs. 6 DMA Rn. 122 ein rechtsstaatliches „Armutszeugnis“.

³⁸ *Achleitner*, Die Durchsetzung im Digital Markets Act: *Private Enforcement* unerwünscht?, ZÖR 2023, 287 (296); *Galle/Dressel* (Fn. 18), S. 107.

steht dabei zum einen der Informationsaustausch³⁹ und zum anderen die einheitliche Anwendung und Durchsetzung des DMA⁴⁰.

aa) Informationsaustausch

Nach Art. 39 Abs. 1 DMA können nationale Gerichte die EU-Kommission um Übermittlung von Informationen oder Stellungnahmen zur Anwendung des DMA ersuchen. Dies ermöglicht eine Koordinierung zwischen dezentraler privater Durchsetzung und zentraler behördlicher Durchsetzung (ErwG 92 DMA).

Gemäß Art. 39 Abs. 2 DMA sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, der EU-Kommission eine Abschrift aller schriftlichen Urteile ihrer nationalen Gerichte zukommen zu lassen, in denen über die Anwendung des DMA entschieden wird. Es ist anzunehmen, dass Gerichte wertvolle Erkenntnisse über die Praxistauglichkeit des DMA sammeln und Regelungslücken aufdecken, die über diese Pflicht in den Gesetzgebungsprozess zurückgespielt werden können. Hierdurch erhält die EU-Kommission einen Überblick über die Auslegung und Anwendung des DMA durch nationale Gerichte.

bb) Einheitliche Anwendung und Durchsetzung des DMA

Von zentraler Bedeutung für die Rolle der nationalen Gerichte bei der Durchsetzung des DMA ist die Vorgabe des Art. 39 Abs. 5 DMA, wonach die Gerichte keine Entscheidungen erlassen dürfen, die im Widerspruch zu einem von der EU-Kommission nach dieser Verordnung erlassenen oder beabsichtigten Beschluss stehen. Art. 39 Abs. 5 DMA entspricht Art. 16 Abs. 1 S. 1 Verordnung (EG) 1/2003⁴¹, der auf *EuGH*-Rechtsprechung zum Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit (Art. 4 Abs. 3 EUV) zurückgeht.⁴² Die Vorschrift statuiert eine Bindungswirkung von EU-Kommissionsentscheidungen. Hierbei ist fraglich, auf welche Arten von EU-Kommissionsentscheidungen sich diese

³⁹ Siehe unten **C. II. 2. b) aa)**.

⁴⁰ Siehe unten **C. II. 2. b) bb)**.

⁴¹ Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln v. 16.12.2002.

⁴² *EuGH*, Urt. v. 28.2.1991 – C-234/89, *Delimitis*, Slg. 1991, I-953 (Rn. 47); Urt. v. 14.12.2000 – C-344/98, *Masterfoods*, Slg. 2000, I-11369 Rn. 49-60; *Lahme/Ruster*, in: HK-DMA (Fn. 21), Art. 39 Rn. 25.

Bindungswirkung erstreckt⁴³ und welche Folgen sie für die Gerichte bei einer abgeschlossenen⁴⁴ und noch ausstehenden⁴⁵ Kommissionsentscheidung hat.

(1) Von der Bindungswirkung betreffende EU-Kommissionsentscheidungen

Nach Art. 39 Abs. 5 S. 1 sowie Art. 1 Abs. 7 DMA sind nur Kommissionsbeschlüsse von der Bindungswirkung für nationale Gerichte (und Behörden) erfasst. Mögliche Beschlüsse nach dem DMA betreffen die Benennung von Torwächtern (Art. 3 Abs. 9 DMA), die Aussetzung oder Befreiung von Verpflichtungen (Art. 9 Abs. 1 S. 2, Art. 10 Abs. 1 S. 1 DMA), die Nichteinhaltung von Verpflichtungen (Art. 29 Abs. 1) oder Zwangsgelder (Art. 31 Abs. 1 DMA).

§ 33b GWB wiederholt die Bindungswirkung von Beschlüssen zum DMA für deutsche Gerichte. Dass hier nur Benennungs- und Nichteinhaltungsbeschlüsse genannt sind, liegt an deren besondere Bedeutung für Schadensersatzklagen, wofür § 33b GWB geschaffen wurde,⁴⁶ und ist insoweit unschädlich. Art. 39 Abs. 5 DMA genießt als Vorschrift einer EU-Verordnung, die nach Art. 288 UAbs. 2 AEUV keiner Umsetzung bedarf und hinreichend bestimmt ist,⁴⁷ unmittelbare Anwendbarkeit neben § 33b GWB. Die Bindungswirkung weiterer, nicht unbedingt bestandskräftiger Beschlüsse und für andere Verfahren als Schadensersatzklagen ist mithin dieser Vorschrift zu entnehmen.⁴⁸

Von Art. 39 Abs. 5 DMA nicht umfasst sind *e contrario* Stellungnahmen der EU-Kommission,⁴⁹ die für die Gerichte aufgrund der richterlichen Unabhängigkeit keine Bindungswirkung entfalten.⁵⁰ Allerdings hat der *EuGH* bereits entschieden, dass das betreffende Gericht solche Stellungnahmen im Rahmen der loyalen Zusammenarbeit gemäß Art. 4 Abs. 3 EUV „als Beurteilungsgesichtspunkte im

⁴³ Siehe unten **C. II. 2. b) bb) (1)**.

⁴⁴ Siehe unten **C. II. 2. b) bb) (2)**.

⁴⁵ Siehe unten **C. II. 2. b) bb) (3)**.

⁴⁶ § 33b GWB diene der Umsetzung des Art. 9 der RL 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. November 2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union (Kartellschadensersatz-Richtlinie), um in Schadensersatzverfahren Gerichte an bestandskräftige Entscheidungen zu Art. 101 oder 102 AEUV zu binden.

⁴⁷ BT-Drucks. 20/6824, S. 21.

⁴⁸ Zu diesem Thema näher: A-Drucks. 20(9)262 – Stellungnahme Prof. Dr. Franck LL.M. (Yale) zur 11. GWB-Novelle v. 12.6.2023, BT-Drucks. 20/6824.

⁴⁹ Becker, Privatrechtliche Durchsetzung des Digital Markets Act, ZEuP 2023, 403 (423); Brösamle/Etz (Fn. 19), Rn. 33.

⁵⁰ Brösamle/Etz (Fn. 19), Rn. 33.

Rahmen des bei ihm anhängigen Rechtsstreits berücksichtigen und seine Entscheidung im Hinblick auf alle ihm übermittelten Dokumente begründen muss.“⁵¹

(2) Folgen der Bindungswirkung aus abgeschlossenen EU-Kommissionsverfahren für nationale Gerichte

Die Bindungswirkung eines EU-Kommissionsbeschlusses erstreckt sich sowohl auf tatsächliche als auch auf rechtliche Gesichtspunkte.⁵² Hierbei handelt es sich dann im deutschen Recht wohl um eine unwiderlegliche Vermutung.⁵³ Am Beispiel eines Nichteinhaltungsbeschlusses bedeutet dies, dass zum Beispiel die zugrunde gelegten technischen Spezifikationen einer bestimmten Plattformfunktion als Tatsachenstoff und die rechtliche Einordnung des Verhaltens als Verstoß gegen den DMA für das Gericht bindend in den Prozess gegen den Torwächter fließen.⁵⁴

Die Bindungswirkung ermöglicht daher sogenannte *follow-on* Klagen.⁵⁵ Sofern ein DMA-Vergehen behördlich festgestellt wurde, sind Gerichte gemäß Art. 39 Abs. 5 DMA sowie deutsche Gerichte auch nach § 33b S. 1 GWB an den Beschluss der EU-Kommission gebunden.⁵⁶ Kläger können sich also – im Gegensatz zur davon losgelösten sogenannten *stand-alone* Klage⁵⁷ – auf die Feststellungen der EU-Kommission stützen und müssen den Verstoß nicht nochmals beweisen.

(3) Folgen der Bindungswirkung aus beabsichtigten Beschlüssen für nationale Gerichte

Art. 39 Abs. 5 S. 2 DMA ordnet an, dass Gerichte es vermeiden sollen, Entscheidungen zu erlassen, die einem beabsichtigten Beschluss der EU-Kommission in einem von ihr nach dem DMA eingeleiteten Verfahren zuwiderlaufen würden.

⁵¹ So zum Beihilferecht: *EuGH*, Urt. v. 13.2.2014 – C-69/13, *Mediaset SpA*, EuZW 2014, 269 (Rn. 31).

⁵² *Franck*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht II, 7. Aufl. 2024, § 33b GWB Rn. 13; *Lahme/Ruster*, in: HK-DMA (Fn. 21), Art. 39 Rn. 25.

⁵³ *Lahme/Ruster*, in: HK-DMA (Fn. 21), Art. 39 Rn. 30.

⁵⁴ *Weinert/Lange-Schlüter*, Digital Markets Act (DMA): Klagemöglichkeiten vor deutschen Gerichten – die großen “W-Fragen”, BB 2025, 515 (517).

⁵⁵ *Ollerdifßen*, § 60 Zivilprozess und Europäisches Kartellrecht, in: Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, 4. Aufl. 2020, Rn. 11; *Schläpke/Schuler* (Fn. 22), Rn. 1.

⁵⁶ *Schläpke/Schuler* (Fn. 22), Rn. 114.

⁵⁷ *Weinert/Lange-Schlüter* (Fn. 54), 515 (517).

Sofern das Gericht in einem anhängigen DMA-Verfahren über den gleichen Lebenssachverhalt wie im beabsichtigten oder laufenden EU-Kommissionsverfahren befindet, muss es prüfen, ob es das Verfahren aus Gründen der Rechtssicherheit aussetzt, Art. 39 Abs. 5 S. 3 DMA. Denn Art. 39 Abs. 5 DMA dient der Widerspruchsfreiheit zwischen Entscheidungen der EU-Kommission und der Gerichte bezüglich der Anwendung des DMA. Nur wenn es sich um eindeutige Verstöße handelt, könnte das Gericht nach der *acte clair*-Doktrin des *EuGH* ohne Aussetzen entscheiden.⁵⁸

Die Gerichte dürfen zwar bei der EU-Kommission anfragen, ob ein Verfahren eingeleitet ist und ob und wann mit einer Entscheidung zu rechnen ist.⁵⁹ Doch werden die Gerichte den Ausgang des EU-Kommissionsverfahrens kaum antizipieren können. Insofern liegt es nahe, für sie von einem faktischen Zwang auszugehen, angesichts des Loyalitätsgebot aus Art. 4 Abs. 3 EUV das Verfahren vorübergehend auszusetzen.⁶⁰ Diese Aussetzung kann entweder direkt mit Art. 39 Abs. 5 S. 3 DMA oder im deutschen Recht über eine unionsrechtskonforme Anwendung des § 148 ZPO erreicht werden.⁶¹ Durch diese Aussetzungspflicht wird der Vorrang der EU-Kommissionsentscheidung gegenüber nationalen Gerichtsurteilen zum DMA verfahrensrechtlich abgesichert.

Diese Regelung stellt einen bedeutenden Eingriff in die Entscheidungshoheit der nationalen Gerichte dar. Sie müssen ihre Verfahren an die EU-Kommissionsverfahren anpassen und gegebenenfalls hintanstellen, um Widersprüche zu vermeiden. Dies kann zu erheblichen Verzögerungen der gerichtlichen Durchsetzung führen, insbesondere wenn die EU-Kommission noch keine finale Entscheidung getroffen hat, sondern ein Beschluss nur beabsichtigt ist.⁶² Hier müsste das Gericht einstweilige Maßnahmen in Betracht ziehen, worauf aber nicht näher eingegangen wird.⁶³

Andererseits trägt Art. 39 Abs. 5 DMA auch zur Rechtssicherheit und einheitlichen Auslegung des DMA bei, indem Konflikte zwischen EU-

⁵⁸ *EuGH*, Urt. v. 6.10.1982 – Rs. 283/81, *CILFIT*, NJW 1983, 1257 (1258); Ritter/Wirtz, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 52), Art. 16 VO 1/2003 Rn. 7.

⁵⁹ So zu dem spiegelbildlichen Art. 16 VO 1/2003: *EuGH*, Urt. v. 28.2.1991 – C-234/89, *Delimitis*, Slg. 1991, I-953 Rn. 53.

⁶⁰ Becker (Fn. 49), S. 421; Labme/Ruster, in: HK-DMA (Fn. 21), Art. 39 Rn. 26; Klumpe (Fn. 31), S. 135; Podszus (Fn. 25), S. 265.

⁶¹ Franck, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 52), § 33b GWB Rn. 30.

⁶² Zur Möglichkeit des Ausnutzens dieser Vorschrift siehe unten **D. II. 2.**

⁶³ Weiterführend Ritter/Wirtz, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht I, 7. Aufl. 2025, Art. 16 VO 1/2003 Rn. 7.

Kommission und Gerichten vermieden werden. Die nationalen Gerichte werden hierdurch in ein Kooperationsverhältnis mit der EU-Kommission eingebunden, um eine effektive und konsistente Durchsetzung des DMA zu gewährleisten. Zudem darf vermutet werden, dass die EU-Kommission ihr Verfahren, das einen Gegenstand betrifft, der auch Gegenstand eines Zivilprozesses vor einem nationalen Gericht wurde, vorrangig bearbeitet, insbesondere, wenn der Ausgang jenes Prozesses davon abhängt.⁶⁴ Offen muss die Frage bleiben, wie diese Bevorzugung mit Art. 9 des Europäischen Kodex für eine gute Verwaltungspraxis⁶⁵ harmonisiert, wonach ein anhängiges Gerichtsverfahren als sachfremder Umstand keine Rolle bei der Entscheidung spielen darf.

Insgesamt zeigt sich, dass Art. 39 Abs. 5 DMA die Stellung der EU-Kommission als zentrale Durchsetzungsinstanz stärkt und die Gerichte in Konfliktfällen zu einer Ausrichtung an der Kommissionspraxis verpflichtet. Die Gerichte behalten zwar ihre Entscheidungshoheit, müssen diese aber im Einklang mit der EU-Kommission ausüben. Hierin zeigt sich die besondere Herausforderung für die Gerichte, als Teil eines Mehrebenensystems die effektive privatrechtliche Durchsetzung des DMA im Zusammenspiel mit der EU-Kommission sicherzustellen.

D. Die Rolle der deutschen nationalen Gerichte im Hauptsacheverfahren

Die effektive Durchsetzung des DMA durch nationale – im Folgenden deutsche – Gerichte setzt voraus, dass der Zugang zum Recht gerade für Verbraucher barrierearm ist, die rechtlichen Hürden für Kläger überwindbar sind und das bestehende Machtgefälle zwischen Privaten und Torwächtern ausgeglichen werden kann. Speziell für das Hauptsacheverfahren werden daher zunächst die Möglichkeiten der privaten Durchsetzung des DMA⁶⁶ und danach die potenziellen Herausforderungen für die Gerichte⁶⁷ betrachtet.

Gemäß § 87 GWB sind für Rechtsstreitigkeiten, die die Anwendung des DMA betreffen, ausschließlich Landgerichte zuständig. Nach § 89 GWB dürfen die

⁶⁴ So noch die insoweit übertragbare Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Gerichten der EU-Mitgliedstaaten bei der Anwendung der Artikel 81 und 82 des Vertrags, ABl. C 101/54, Rn. 12.

⁶⁵ *Europäische Bürgerbeauftragte*, Der Europäische Kodex für gute Verwaltungspraxis, 2015, S. 18, abrufbar unter: <https://www.ombudsman.europa.eu/pdf/de/3510> (zuletzt aufgerufen am 25.3.2025).

⁶⁶ Siehe unten **D. I.**

⁶⁷ Siehe unten **D. II.**

Bundesländer für diese Rechtsstreitigkeiten die örtliche Zuständigkeit an einzelnen „Kartell-Landgerichten“ konzentrieren.⁶⁸

I. Möglichkeiten der privaten Rechtsdurchsetzung nach dem DMA gegen Torwächter

Möglich sind vor deutschen Gerichten zum einen Kollektivklagen⁶⁹ und Individualklagen⁷⁰. Da der DMA in Art. 42 DMA explizit Verbandsklagen zulässt, soll mit dem kollektiven Rechtsschutz begonnen werden.

1. Kollektiver Rechtsschutz

Kollektiver Rechtsschutz bezeichnet die gebündelte Rechtsverfolgung einer Vielzahl gleichartig Betroffener mit ähnlichem Rechtsverhältnis zum Beklagten in einem einzigen Zivilprozess mit Zuständigkeitskonzentration.⁷¹ Er ist bei Massenschäden sinnvoll, wo durch eine Verletzungshandlung viele Personen geschädigt werden.⁷²

Vorteile sind die Bündelung von Ressourcen, Synergien⁷³ und Skaleneffekte⁷⁴ sowie eine reiche Datenlage⁷⁵ für eine ideale Prozessökonomie. Gemeinsame Klagen können das Machtgefälle zu finanzstarken Beklagten ausgleichen und die Erfolgsaussichten erhöhen. Zudem werden Kosten und Risiken für den

⁶⁸ Von dieser Möglichkeit haben fast alle Bundesländer außer Thüringen, das Saarland und die Stadtstaaten Gebrauch gemacht, vgl. *Schmidt*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 52), § 89 GWB Rn. 3.

⁶⁹ Siehe unten **D. I. 1.**

⁷⁰ Siehe unten **D. I. 2.**

⁷¹ *Althammer*, in: Zöller, 35. Aufl. 2024, Vorbem. §§ 50-58 ZPO Rn. 55; *Groh*, Kollektiver Rechtsschutz, in: Weber kompakt, Rechtswörterbuch, 11. Ed. 2024.

⁷² Empfehlung der Kommission 2013/396/EU, ErwG 2; *Klumpe*, Lost in the flood ... – Zum Sammelklage-Inkasso im Rahmen kartellrechtlicher Schadensersatzklagen, WuW 2022, 462 (463).

⁷³ *Morell*, Keine Kooperation ohne Konflikt: Verstößt ein Inkassodienstleister durch das Angebot einer Prozessversicherung gegen § 4 RDG?, JZ 2019, 809 (814).

⁷⁴ *Albers*, Kampf ums Recht? Massenverfahren und Rechtsverwirklichung im Lichte der neuen Gesetzgebung, JZ 2024, 261 (267); *Morell* (Fn. 73), S. 814.

⁷⁵ *Engler*, Die Bedeutung der unechten Legal Tech-Sammelklagen für den kollektiven Rechtsschutz, 2022, S. 218 f.; *Petrascu/Unsel*, Das Sammelklage-Inkasso im Lichte der BGH-Rechtsprechung und der RDG-Reform, NJW 2022, 1200 (1201).

Einzelnen reduziert, was den Zugang zum Recht, gerade bei geringfügigen Schäden bzw. Forderungen (sog. Streuschäden⁷⁶), erleichtert.⁷⁷

Kollektiver Rechtsschutz spielt daher eine wichtige Rolle für die private Durchsetzung.⁷⁸ Seine Wirksamkeit und mittelbar auch die Rolle der Gerichte bei der Durchsetzung des DMA hängt davon ab, inwieweit kollektiver Rechtsschutz möglich sein wird. Die Untersuchung des kollektiven Rechtsschutzes in Deutschland konzentriert sich auf Verbandsklagen⁷⁹ und das Sammelklageninkasso⁸⁰, deren Bedeutung für die deutschen Gerichte sodann erörtert wird⁸¹.

a) Verbandsklagen nach dem VDuG

Der deutsche Gesetzgeber setzte mit dem Verbandsklagenrichtlinienumsetzungsgesetz (VRUG)⁸² die explizit in Art. 42 DMA genannte Richtlinie (EU) 2020/1828⁸³ (Verbandsklagerichtlinie) um. Hierdurch setzte er zahlreiche Bestimmungen in Kraft – darunter das Verbraucherrehtedurchsetzungsgesetz (VDuG)⁸⁴. Das VDuG ermöglicht es Verbrauchern i. S. d. § 1 VDuG, ihre Ansprüche gebündelt in der neuen, potenzialträchtigen Abhilfeklage (§§ 14 ff. VDuG) durchzusetzen und in der bereits seit November 2018 bestehenden Musterfeststellungsklage (§§ 41 f. VDuG) festzustellen.

⁷⁶ Das sind Schäden, deren Höhe im Einzelnen so gering ist, dass sich eine Rechtsverfolgung für den Geschädigten nicht lohnt, die aber in Addition sämtlicher Geschädigter eine große Schadenssumme entstehen lassen, vgl. *Klumpe* (Fn. 72), S. 463; *Meller-Hannich*, Gruppenklagen, Verbandsklagen – bedarf es neuer Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes im Zivilprozess?, NJW-Beilage 2018, 29 (30).

⁷⁷ *Meller-Hannich*, Zivilprozessrecht, 3. Aufl. 2022, Rn. 434.

⁷⁸ *Schläpke/Schuler* (Fn. 22), Rn. 134.

⁷⁹ Siehe unten **D. I. 1. a).**

⁸⁰ Siehe unten **D. I. 1. b).**

⁸¹ Siehe unten **D. I. 1. d).**

⁸² Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2020/1828 über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher und zur Aufhebung der Richtlinie 2009/22/EG sowie zur Änderung des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes (Verbandsklagenrichtlinienumsetzungsgesetz – VRUG) v. 13.10.2023, BGBl. I Nr. 272.

⁸³ RL (EU) 2020/1828 über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher und zur Aufhebung der Richtlinie 2009/22/EG (Verbandsklagenrichtlinie) v. 25.11.2020 in der Fassung v. 13.12.2023.

⁸⁴ Gesetz zur gebündelten Durchsetzung von Verbraucherrechten (Verbraucherrehtedurchsetzungsgesetz – VDuG) v. 13.10.2023.

aa) Abhilfeklage

Die Abhilfeklage ermöglicht die gebündelte Durchsetzung von Verbraucheransprüchen in vielen Bereichen des Verbraucherrechts, insbesondere bei Massenschäden durch Unternehmen.

(1) Funktionsweise

Klageberechtigt sind qualifizierte Verbraucherverbände (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 VDuG)⁸⁵ und Einrichtungen⁸⁶ (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 VDuG). Bei gleichartigen Ansprüchen von mindestens 50 Verbrauchern sind sie befugt, Leistungsklagen – sogenannte Abhilfeklagen – vor Oberlandesgerichten gemäß § 3 Abs. 1 VDuG zu erheben. Verbraucher können gemäß § 46 VDuG an dem Verfahren teilnehmen, indem sie ihre Ansprüche oder Rechtsverhältnisse, die Gegenstand einer Verbandsklage sind, zur Eintragung in das Verbandsklagenregister anmelden.

Bei der Abhilfeklage kann zwischen der Abhilfe-Sammelklage (§ 1 Abs. 1 Nr. 1, § 14 S. 1, § 15 Abs. 1 S. 1, § 16 Abs. 1 S. 2 VDuG) einerseits und der Abhilfe-Gruppenklage (§ 1 Abs. 1 Nr. 1, § 14, § 15 Abs. 1 S. 1, § 16 Abs. 1 S. 1 VDuG) andererseits unterschieden werden.⁸⁷

Bei der Abhilfe-Sammelklage begehrt der klagende Verband eine Leistung des Unternehmers an namentlich benannte Verbraucher (§ 16 Abs. 1 S. 1 VDuG).⁸⁸ Demgegenüber begehrt der klagende Verband bei der Abhilfe-Gruppenklage eine Leistung des Unternehmers an nicht individualisierte Verbraucher, die „im Wesentlichen“ eine gleichartige Gruppe bilden müssen.⁸⁹ Diesem Typ der Abhilfeklage unterfällt insbesondere das Ziel der Verurteilung des Unternehmers zu einem kollektiven Gesamtbetrag (§ 14 S. 2, § 16 Abs. 1 S. 1 Fall 1, Abs. 2 S. 2,

⁸⁵ Nach § 4 UKlaG i. V. m. § 2 Abs. 1 Nr. 1 VDuG sind private Vereinigungen klagebefugt, die satzungsmäßig dem Verbraucherschutz dienen, nicht gewerbsmäßig tätig sind und sich durch öffentliche Mittel finanzieren, vgl. *Albers* (Fn. 74), S. 264 f.

⁸⁶ Verbraucherverbände sind nach § 33 Abs. 4 Nr. 2 GWB qualifiziert, wenn sie in der Liste nach § 4 Abs. 1 UKlaG eingetragen sind, Liste abrufbar unter: https://www.bundesjustizamt.de/DE/Themen/Verbraucherrechte/UKlaGundUWG/Liste/Verbraucherverbaende/Verbraucherverbaende_node.html (zuletzt abgerufen am 25.3.2025), oder in dem von der Europäischen Kommission geführten Verzeichnis nach Art. 5 Abs. 1 S. 4 Verbandsklage-RL aufgenommen sind, Verzeichnis abrufbar unter: <https://representative-actions-collaboration.ec.europa.eu/cross-border-qualified-entities> (zuletzt abgerufen am 25.3.2025).

⁸⁷ *Vollkommer*, Die neue Abhilfeklage nach dem VDuG: Strukturen und erste Anwendungsprobleme, MDR 2023, 1349 (1353).

⁸⁸ *Ebd.*

⁸⁹ *Ebd.*

§ 18 Abs. 2, §§ 19, 21, 25 Abs. 1 S. 2 VDuG). Dieser Gesamtbetrag ist vom Sachwalter an diejenigen Verbraucher zu verteilen, die sich im Register angemeldet haben (§ 26 VDuG), deren Ansprüche Gegenstand der Abhilfeklage sind (vgl. § 204a Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BGB) und die die im Abhilfegrundurteil genannten Nachweise erbringen können (§ 16 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 VDuG).⁹⁰ Da Torwächter ihre Marktmacht gegenüber einer Vielzahl von Nutzern ausüben, dürfte eine Leistung an individualisierte Verbraucher unwahrscheinlich sein. Ähnlich wie bei den Schadensersatzansprüchen nach Art. 82 Abs. 1 DSGVO dürfte es bei DMA-Verstößen vor allem auf die Auskehrung eines Geldbetrags aufgrund eines Schadensersatzanspruches ankommen, wofür die Abhilfe-Gruppenklage die richtige VDuG-Klageart ist.

Das mehrphasige Verfahren nach § 16 Abs. 1 S. 1 VDuG gliedert sich in ein Abhilfegrundurteil, in dem der Anspruch dem Grunde nach festgestellt wird, gefolgt von einer Vergleichsphase (§ 17 Abs. 1 VDuG) und, sofern ein Vergleich scheitert, schließlich einem Abhilfeendurteil, das die Leistung an die Verbraucher tituliert (§ 17 Abs. 2 VDuG). Die Umsetzung des Abhilfeendurteils erfolgt in einem Umsetzungsverfahren (§§ 18 Abs. 1 Nr. 1, 22 VDuG) durch einen gerichtlich bestellten Sachwalter (§ 23 Abs. 1 S. 1 VDuG), der die Ansprüche der angemeldeten Verbraucher aus einem Umsetzungsfond erfüllt (§ 25 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 S. 1 VDuG).⁹¹

(2) Potenzial

Qualifizierte Einrichtungen können nicht nur auf Unterlassung und Beseitigung von Verstößen klagen, sondern auch Ansprüche auf Leistung, insbesondere auf Schadenersatz, geltend machen, § 14 VDuG. Dadurch geht die Abhilfeklage über ein bloßes Feststellungsurteil (§ 41 Abs. 1 VDuG) hinaus und ermöglicht eine umfassende Schadenskompensation der Verbraucher.

Weitere Vorteile der Abhilfeklage sind ihre Kostenfreiheit für Verbraucher,⁹² der großzügige Anmeldezeitraum bis drei Wochen nach Schluss der mündlichen Verhandlung (§ 46 Abs. 1 S. 1 VDuG) sowie das höhere Vertrauen in die dem Verbraucherschutz verpflichteten klageberechtigten Verbände. Insgesamt schafft die Abhilfeklage damit ein vertrauenswürdiges, kostenloses Instrument

⁹⁰ *Vollkommer* (Fn. 87), S. 1353; *Vollkommer*, in: Zöller (Fn. 71), § 1 VDuG Rn. 15-16.

⁹¹ *Vollkommer* (Fn. 87), S. 1353 f.

⁹² Vgl. § 46 Abs. 1 VDuG sowie BT-Drucks. 20/6520, S. 100.

mit niedrigen Anmeldehürden,⁹³ das den Zugang zum Recht vereinfacht und es vermag, dem rationalen Desinteresse⁹⁴ entgegenzuwirken.⁹⁵

(3) Herausforderungen für die Abhilfeklagen

Kritiker bezweifeln das Klageinteresse der Verbände, da diese nicht gewinnorientiert agieren und mit den Ressourcen beklagter Torwächter nicht mithalten könnten.⁹⁶

Allerdings lässt die Entscheidungshistorie der Verbraucherzentrale, die jährlich etwa 1.000 Verfahren einleitet,⁹⁷ daran zweifeln, dass tatsächlich mangelndes Klageinteresse besteht.

Die Prozessfinanzierung stellt eine weitere Hürde auf, insbesondere bei Verfahren gegen finanzkräftige Torwächter.⁹⁸ Drittfinanzierungen ermöglichen aufwendige Verfahren, ohne dass der Kläger ein finanzielles Risiko trägt. Im Gegenzug erhalten die Finanzierer im Erfolgsfall einen Teil des erstrittenen Betrags oder eine vorher vereinbarte Vergütung.⁹⁹

⁹³ So muss man, neben den obligatorischen persönlichen Daten, nur den Gegenstand und Grund des geltend gemachten Anspruchs oder des Rechtsverhältnisses bezeichnen; die Höhe des Anspruchs ist eine freiwillige Angabe. Siehe hierzu das Anmeldeformular zum Verbandsklageregister, abrufbar unter: https://www.bundesjustizamt.de/DE/Themen/Verbraucherrechte/VerbandsklageregisterMusterfeststellungsklagenregister/Verbandsklagenregister/Verbandsklagen/Klagen/202404/Anmeldung/Formular_node.html (zuletzt abgerufen am 25.3.2025).

⁹⁴ Zum Begriff vgl. nur *Voit*, Sammelklagen und ihre Finanzierung, 2021, S. 51.

⁹⁵ *Engler* (Fn. 75), S. 220; *Mecklenburg/Brinkschmidt*, Kollektivklagen wegen Kartellrechtsverstößen – Paradigmenwechsel durch das Verbandsklagenrichtlinienumsetzungsgesetz?, *WuW* 2024, 63 (64); *Mengden*, David gegen Goliath im Kartellschadensersatzrecht – Lassen sich Musterfeststellungsklage bzw. EU-Verbandsklage als kollektive Folgeklage einsetzen?, *NZKart* 2018, 398 (398); *Welling*, Die neue Verbandsklage nach VDuG – Gamechanger oder wenig Neues?, *jurisPR-BKR*, 3/2024, Anm. 1.

⁹⁶ *Albers* (Fn. 74), S. 267; *Mengden* (Fn. 95), S. 404; *Morell* (Fn. 73), S. 814.

⁹⁷ *Verbraucherzentrale Bundesverband*, Urteilsdatenbank, abrufbar unter: <https://www.vzbv.de/verbraucher/urteile-finden> (zuletzt abgerufen am 25.3.2025).

⁹⁸ *Mengden* (Fn. 95), S. 398.

⁹⁹ *Hornkohl*, Kartellrechtliche Kollektivklagen nach dem Verbandsklagenrichtlinienumsetzungsgesetz: (K)ein Meilenstein?, *NZKart* 2024, 2 (3); *Scholl*, Der Prozessfinanzierungsvertrag, in: *Hamm, Beck'sches Rechtsanwalts-Handbuch*, 12. Aufl. 2022, Rn. 250.

Der Gesetzgeber sowie die höchstrichterliche Rechtsprechung¹⁰⁰ stehen der Fremdfinanzierung am Zivilverfahren skeptisch gegenüber.¹⁰¹ Nach § 4 Abs. 2 VDuG ist eine Prozessfinanzierung durch Dritte unzulässig, wenn die vereinbarte Erfolgsbeteiligung 10 % übersteigt, um deren Geschäftsmodelle einzudämmen¹⁰² und Verbraucher stärker profitieren zu lassen.¹⁰³ Diese Grenze spiegelt bei weitem nicht den international üblichen Erfolgsbeteiligungen von ca. 25 – 35 % wider.¹⁰⁴ Die Abhilfeklage droht – in Situationen, in denen Drittfinanzierungen unverzichtbar sind¹⁰⁵ – zu einem „toten Recht“ verkommen.¹⁰⁶

Allerdings zeigt etwa die Abhilfeklage des Verbrauchervereins Sachsen gegen *Amazon*,¹⁰⁷ dass Verbraucherzentralen mit öffentlichen Mitteln¹⁰⁸ durchaus in der Lage sind, auch gegen Torwächter gerichtlich vorzugehen. Der Abhilfeklage haben sich mittlerweile über 60.000 Verbraucher angeschlossen.¹⁰⁹ Dies relativiert den Einwand der erschwerten Drittfinanzierung zumindest teilweise.

¹⁰⁰ So vor allem BGH, Urt. v. 13.9.2018 – I ZR 26/17, Rn. 38 (juris) – Prozessfinanzierer I; Urt. v. 9.5.2019 – I ZR 205/17, Rn. 21 (juris) – Prozessfinanzierer II; entgegen dem BGH: OLG Schleswig, Urt. v. 14.2.2019 – 2 U 4/18, Rn. 65 ff. (juris).

¹⁰¹ Meller-Hannich/Gsell, Die Regulierung privater Prozessfinanzierung in der EU, AnwBl 2023, 160 (161).

¹⁰² BT-Plenarprotokoll 20/116, S. 14371; FDP-Fraktion im Bundestag, Einigung zum Verbandsklagerecht, abrufbar unter: <https://www.fdpbt.de/einigung-zum-verbandsklagerecht> (zuletzt abgerufen am 25.3.2025).

¹⁰³ BT-Plenarprotokoll 20/116, S. 14377 f.

¹⁰⁴ 25-30 % üblich: Gsell/Meller-Hannich/Stadler, Prozessfinanzierung in Deutschland vor dem Hintergrund europäischer Regelungsinitiativen, JZ 2023, 989 (996); 30 – 50 % üblich, während 10 % praktisch nie vorkämen: Riehm, Effektive Rechtsdurchsetzung durch finanzierte Abtretungsmodelle, NJW 2024, 2713 (Rn. 11).

¹⁰⁵ Gsell/Meller-Hannich/Stadler (Fn. 104), S. 989; Mecklenburg/Brinkschmidt (Fn. 95), S. 68.

¹⁰⁶ Gsell/Meller-Hannich/Stadler (Fn. 104), S. 989 Fn. 6; so pessimistisch auch Albers (Fn. 74), S. 267; Galle/Dressel (Fn. 18), S. 113; Vollkommer (Fn. 87), S. 1350.

¹⁰⁷ Anhängig vor dem BayObLG, Az. 102 VKI 1/24 e, bekanntgegeben im Verbandsklagenregister am 23.5.2024.

¹⁰⁸ Verbraucherzentrale Sachsen, Klageregister für Amazon-Prime Sammelklage eröffnet, Pressemitteilung v. 23.5.2024, abrufbar unter: <https://www.verbraucherzentrale-sachsen.de/pressemitteilungen/vertraege-reklamation/klageregister-fuer-amazon-primesammelklage-geoeffnet-95589> (zuletzt abgerufen am 25.3.2025); im sächsischen Haushalt eingeplant ist ein Zuschuss i. H. v. ca. 3,5 Mio. € für die Kerntätigkeit der Sächsischen Verbraucherzentrale, darunter auch Verfahrenskosten, vgl. Sächsisches Staatsministerium der Finanzen, Haushaltsplan 2023/2024 – Einzelplan 08, S. 198.

¹⁰⁹ Verbraucherzentrale Sachsen, Noch mehr Werbung bei Amazon Prime Video, Pressemitteilung v. 8.10.2024, abrufbar unter: <https://www.verbraucherzentrale-sachsen.de/pressemitteilungen/vertraege-reklamation/noch-mehr-werbung-bei-amazon-prime-video-100204> (zuletzt abgerufen am 25.3.2025).

bb) Musterfeststellungsklage

Die Musterfeststellungsklage nach §§ 41 f. VDuG ermöglicht es klageberechtigten Stellen, gerichtlich feststellen zu lassen, ob Ansprüche oder Rechtsverhältnisse zwischen Verbrauchern und einem Unternehmer bestehen. Sie ließe sich zwar zur Durchsetzung des DMA heranziehen, wird aber aufgrund ihres Ergebnisses – ein reines Feststellungsurteil – kein attraktives Instrument hierfür sein.¹¹⁰

Betroffene Verbraucher müssten ihre Ansprüche dann immer noch allein in einem weiteren Verfahren gegen den Torwächter durchsetzen, wo sich die Parteien sehr wahrscheinlich nicht auf Augenhöhe gegenüberstehen.

cc) Zwischenergebnis

Im Bereich der Verbandsklagen ist die Abhilfeklage für die Durchsetzung der Verbraucherinteressen vielversprechend. Ihre Wirksamkeit bei DMA-Verstößen hängt aber von der Klagebereitschaft der Verbände und den finanziellen Ressourcen ab. Die 15 jährlich erwarteten Abhilfeklagen¹¹¹ erscheinen mithin realistisch.

b) *Sammelklageninkasso*

aa) Funktionsweise

Eine andere effektive Möglichkeit zur gebündelten Durchsetzung von Ansprüchen könnte das Sammelklageninkasso sein, wie es bereits von Anbietern wie Cartel Damage Claims (CDC) international¹¹² praktiziert wird. Dabei handelt es sich um eine Form der Inkassodienstleistung nach § 2 Abs. 2 RDG, bei der Geschädigte, vor allem auch Unternehmer,¹¹³ fiduziarisch ihre Ansprüche auf ein Klagevehikel (Zweckgesellschaft¹¹⁴) abtreten, welches sodann die gebündelten

¹¹⁰ Galle/Dressel (Fn. 18), S. 114.

¹¹¹ BT-Plenarprotokoll 20/116, S. 14377.

¹¹² Sehr ähnliche Modelle z. B. in den Niederlanden oder Österreich: *Petrascu/Unsel* (Fn. 75), Rn. 19.

¹¹³ BGHZ, 230, 255 Rn. 44 – *Airdeal*; *Mescheder*, Die fehlende Rechtssicherheit beim „Inkasso 2.0“, RDt 2024, 180 (Rn. 9).

¹¹⁴ Eine Zweckgesellschaft ist eine rechtlich selbstständige Gesellschaft, die für einen eng begrenzten und genau definierten Zweck gegründet wird. Sie dient dem Zweck, bestimmte Vermögenswerte, Risiken oder Transaktionen vom Vermögen und den Aktivitäten des Gründungsunternehmens zu trennen: *Böcking/Groos/Tonne*, in: *Ebenroth/Boujong HGB*, 5. Aufl. 2024, § 290 HGB Rn. 31.

Ansprüche gegen den Schuldner als (versteckte¹¹⁵) Sammelklage geltend macht.¹¹⁶ Im Zivilprozess werden die Forderungen dann im Wege der objektiven Klagehäufung nach § 260 ZPO gebündelt.

Im Erfolgsfall leitet der Inkassodienstleister den Erlös nach Abzug einer Erfolgsbeteiligung von meist 20 – 40 % (*quota litis*) an die Geschädigten weiter.¹¹⁷ Diese tragen keine Verfahrenskosten und profitieren von spezialisierter Prozessführung; ökonomisch betrachtet ist dieses Geschäft für den Kunden immer noch vorteilhaft.¹¹⁸

Anders als bei Verbandsklagen ist die Erfolgsbeteiligung bei den häufigen¹¹⁹ Drittfinanzierungen nicht beschränkt und der Streitwert bis 30 Mio. € offen (§ 39 Abs. 2 GKG).¹²⁰

bb) Potenzial zur Durchsetzung des DMA

Gerade für Ansprüche gegen marktmächtige Torwächter im Anwendungsbereich des DMA könnte das Sammelklageninkasso somit eine schlagkräftige Durchsetzungsoption darstellen. Es ermöglicht die effiziente Bündelung einer Vielzahl an Ansprüchen und schafft durch die Einbindung spezialisierter Dienstleister ein Gegengewicht zur Marktmacht der Torwächter. Zudem bestehen im Vergleich zu Verbandsklagen größere Anreize für Prozessfinanzierer, was die Durchsetzung von Ansprüchen gegen finanzstarke Torwächter erleichtert.¹²¹

cc) RDG-Konformität

Im Gegensatz zu klassischen Inkassodienstleistungen machen Sammelklageninkassos die abgetretenen Ansprüche i. d. R. nicht außergerichtlich, sondern auf dem Klageweg geltend. Dies wurde von vielen Instanzgerichten als Verstoß gegen die Inkassodienstleistungserlaubnis nach § 10 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 RDG gesehen, wodurch die Abtretungen der

¹¹⁵ Obwohl die Klage formal von der Zweckgesellschaft erhoben wird, handelt es sich faktisch um eine Sammelklage, da die Ansprüche einer Vielzahl von Geschädigten gemeinsam geltend gemacht werden. Daher wird diese Vorgehensweise als „versteckte“ Sammelklage bezeichnet vgl. *Galle/Dressel* (Fn. 18), S. 114.

¹¹⁶ *Galle/Dressel* (Fn. 18), S. 114.

¹¹⁷ *Engler* (Fn. 75), S. 116.

¹¹⁸ *Ebd.*, S. 221.

¹¹⁹ *Ebd.*, S. 219.

¹²⁰ Vgl. *LG München I*, Urt. v. 7.2.2020 – 37 O 18934/17, Rn. 93 (juris).

¹²¹ *Albers* (Fn. 74), S. 267; *Morell* (Fn. 73), S. 814.

Kundenforderungen nach § 134 BGB i. V. m. § 3 RDG nichtig seien.¹²² Dies steht der Gesetzesbegründung des RDG allerdings insoweit entgegen, als sie die Vorteile einer gebündelten Anspruchsdurchsetzung hervorhebt¹²³ und § 13b Abs. 1 Nr. 3d RDG die gebündelte Rechtsdurchsetzung voraussetzt.¹²⁴ Der BGH hat zudem in seinen Entscheidungen, darunter *Airdeal* und *financialright*, erwidert, dass solche Sammelklageninkassos die Inkassodienstleistungserlaubnis nicht überschreiten.¹²⁵

Da der DMA kartellrechtsnah ausgestaltet ist,¹²⁶ lassen sich Probleme der gebündelten Rechtsdurchsetzung im Kartellrecht möglicherweise auch auf den DMA übertragen.¹²⁷ Insofern sieht sich ein Sammelklageninkasso, das DMA-Verstöße verfolgt, instanzgerichtlicher Rechtsprechung gegenüber, die für das komplexe Kartellrecht die nach § 10 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 RDG i. V. m. § 2 Abs. 2 RDG erforderliche Sachkunde bei Inkassodienstleistern verneint.¹²⁸ Folgt man dieser Auffassung, läge keine erlaubte Rechtsdienstleistung im Sinne des § 3 RDG vor; die Abtretungen wären auch in diesem Fall nichtig.

Diese Rechtsprechung überzeugt nicht. Erstens gibt der Wortlaut des RDG keine Einschränkung für Inkassodienstleistung auf einfache Sachverhalte her. Zweitens wird die erforderliche Sachkunde zum konkreten Geschäftsmodell von der Aufsichtsbehörde (seit 1.1.2025 das Bundesamt für Justiz¹²⁹) geprüft, § 2 Abs. 1 Rechtsdienstleistungsverordnung (RDV)^{130,131} Drittens hat der Gesetzgeber trotz diesbezüglich geführter Diskussionen zur RDG-Novelle¹³²

¹²² *LG München I*, Urt. v. 7.2.2020 – 37 O 18934/17, Rn. 156 (juris); weitere Rechtsprechungsnachweise bei: BGHZ, 230, 255 Rn. 14 – *Airdeal*.

¹²³ BT-Drucks. 19/27673, S. 46, 61.

¹²⁴ *Mescheder* (Fn. 113), S. 181 Rn. 9.

¹²⁵ *BGH*, Urt. v. 24.10.2022 – VIa ZR 162/22, Rn. 16 (juris); BGHZ 234, 125 (Rn. 11) – *financialright*; 230, 255 (Rn. 16) – *Airdeal*.

¹²⁶ *Heinemann/Meier*, Der Digital Markets Act (DMA): Neues „Plattformrecht“ für mehr Wettbewerb in der digitalen Wirtschaft, EuZ 2021, 86 (89); *Meyer/Moss* (Fn. 32), S. 379.

¹²⁷ *Galle/Dressel* (Fn. 18), S. 114; *Labme/Ruster*, in: HK-DMA (Fn. 21), Art. 39 Rn. 43.

¹²⁸ *LG Mainz*, WuW 2023, 165 (Rn. 81) – Rundholzvermarktung; *LG Stuttgart*, Urt. v. 28.4.2022 – 30 O 17/18, Rn. 74 (juris); *LG Hannover*, BeckRS 2021, 1433 (Rn. 90) – Zuckerkartell (CDC); 2020, 12818 (Rn. 153) – Zuckerkartell (Kaufland).

¹²⁹ Gesetz zur Stärkung der Aufsicht bei Rechtsdienstleistungen und zur Änderung weiterer Vorschriften v. 15.3.2023 in der Fassung v. 10.3.2023, BGBl. I Nr. 64, S. 5.

¹³⁰ Verordnung zum Rechtsdienstleistungsgesetz – Rechtsdienstleistungsverordnung (RDV) v. 1.7.2008 in der Fassung v. 10.3.2023, BGBl. I 2008, S. 1069.

¹³¹ So auch noch zum RBERG das *BVerfG*, Stattgebender Kammerbeschluss v. 20.2.2002 – 1 BvR 423/99, 1 BvR 821/00, 1 BvR 1412/01, Rn. 30 (juris) – Inkasso I, dessen Auslegung auf das RDG übertragbar ist, vgl. *Engler* (Fn. 75), S. 123.

¹³² Gesetz zur Förderung verbrauchergerichteter Angebote im Rechtsdienstleistungsmarkt v. 1.10.2021, BGBl. I 2021, S. 3415.

bewusst nicht einzelne Rechtsbereiche von Inkassodienstleistungen ausgenommen.¹³³ In diesem Sinne hat auch der BGH klargestellt, dass eine Beschränkung der Befugnis des Inkassodienstleisters auf ein bestimmtes Rechtsgebiet nicht vorgesehen ist.¹³⁴ Jedenfalls für *stand-alone* Klagen kam Generalanwalt Szpunar in diesem Zusammenhang in seinem Schlussantrag zu dem Ergebnis, dass eine pauschale Ablehnung von Sammelklageninkassomodellen gegen den Effektivitätsgrundsatz und den Grundsatz des effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes verstößt.¹³⁵ Szpunar stützte sich dabei auf die Prämissen, dass das RDG jegliche Formen von Abtretungsmodellen für Kartellschadensersatzansprüche ausschließt und betroffenen Unternehmen keine gleichwertige Rechtsschutzmöglichkeit zur effektiven Durchsetzung von Massenschäden zur Verfügung steht.

Des Weiteren räumte der BGH in seiner *Airdeal*-Entscheidung auch weitere Bedenken gegen das Sammelklageninkasso aus, wie zum Beispiel, dass Prozessfinanzierung und Inkasso sowie die Bündelung von Ansprüchen verschiedener Marktstufen in einem unzulässigen Interessenkonflikt nach § 4 RDG stünden.¹³⁶ In dieser Hinsicht stehen dem Sammelklageninkasso, wenn es nach dem BGH geht, keine pauschalen Hürden mehr im Weg.¹³⁷

c) Zwischenergebnis

Das Sammelklageninkasso bietet gegenüber Verbandsklagen viele Vorteile bei der privaten Durchsetzung des DMA vor nationalen Gerichten. Durch Spezialisierung, uneingeschränkte Streitwertgrenzen und Drittfinanzierung können renommierte Kanzleien beauftragt werden. Die Gewinnorientierung schafft Klageanreize¹³⁸ und auch größere Unternehmen können teilnehmen.

Verbandsklagen sind für Verbraucher zwar kostenlos und genießen höhere Akzeptanz, jedoch hängen Verbraucher vom Klagewillen der klageberechtigten

¹³³ BT-Drucks. 19/27673, Anl. 3, S. 62.

¹³⁴ BGHZ 234, 125 (Rn. 40 f.) – financialright; so auch für Wohnraummietrecht BGHZ 224, 89 (Rn. 223) – Lexfox; betreffend das LKW-Kartell *OLG München*, Urt. v. 28.3.2024 – 29 U 1319/20, BeckRS 2024, 11448.

¹³⁵ *Generalanwalt beim EuGH Szpunar*, Schlussantrag des Generalanwalts in der Rs. C-253/23 v. 19.09.2024, Rn. 136.

¹³⁶ BGH, Urt. v. 24.10.2022 – VIa ZR 162/22, Rn. 16 (juris); BGHZ 234, 125 Rn. 48 ff. – financialright; 230, 255 Rn. 45 – *Airdeal*.

¹³⁷ Engler, Keine Hürden (mehr) für unechte Legal Tech-Sammelklagen, AnwBl 2021, 253 (253).

¹³⁸ Morell (Fn. 73), S. 814.

Verbände ab, der angesichts des hohen Verfahrensaufwands gegen Torwächter und der Finanzierungsfrage gering bleiben dürfte.¹³⁹

Zusammenfassend wird wohl das Sammelklageninkasso für eine effektive Möglichkeit sorgen, privat gegen DMA-Verstöße von Torwächtern vorzugehen.¹⁴⁰

d) Folgen für die Justiz

Zwar stehen Gerichte bei Erhebung einer Verbands- oder Sammelklage auf den ersten Blick mitunter einer überwältigenden Anzahl an Ansprüchen gegenüber. Doch bedeutet die gebündelte Durchsetzung auch, dass den Gerichten eine Vielzahl an Einzelverfahren erspart bleibt. Aufgrund der Einführung der Möglichkeit einer Verbandsklage wird zum Beispiel von einer Reduzierung um 20.000 Einzelklagen ausgegangen;¹⁴¹ der Sammelklage von *MyRight* gegen *VW* wegen des Abgasskandals haben sich rund 45.000 VW-Kunden angeschlossen.¹⁴²

Aufgrund mangelnder Digitalisierung der Gerichte und den unausgereiften Geschäftsverteilungsplänen erscheint es jedoch noch zweifelhaft, ob die Spruchkörper den „gigantischen Bündelungen“ gewachsen sind.¹⁴³ Trotz dieses Pessimismus schließt sich hier die Frage an, was die Alternative wäre – die Klagen einzeln durchzusetzen würden die Gerichte jedenfalls nicht viel weniger beanspruchen.¹⁴⁴

2. Möglichkeit und Relevanz von Individualklagen

Individualklagen gegen DMA-Verstöße sind für gewerbliche Nutzer, Endnutzer und Verbraucher möglich. Ihnen stehen einklagbare Rechte aus dem DMA¹⁴⁵ sowie Abwehransprüche (§ 33 Abs. 1 GWB) und Schadensersatzansprüche

¹³⁹ Vgl. *Galle/Dressel* (Fn. 18), S. 113-114; vgl. oben **D. I. 1. a) aa) (3)**.

¹⁴⁰ So auch *Labme/Ruster*, in: HK-DMA (Fn. 21), Art. 39 Rn. 43; *Petrasincu/Unsel* (Fn. 75), Rn. 40.

¹⁴¹ BT-Plenarprotokoll 20/116, S. 14377.

¹⁴² *Petrasincu/Unsel* (Fn. 75), Rn. 17.

¹⁴³ *Engler* (Fn. 75), S. 217; *Hartung*, Der Regierungsentwurf zum Legal Tech Inkasso – hält er, was er verspricht?, AnwBl 2021, 152 (153); *Klumpe* (Fn. 72), S. 462 f.; beklagt hat z. B. das OLG Schleswig, dass bei über 19.000 gebündelten Ansprüchen eine „sinnvolle Bearbeitung der Einzelfälle angesichts der schieren Masse ausgeschlossen war“; OLG Schleswig, Urt. v. 22.4.2022 – 1 U 36/21, Rn. 32 (juris).

¹⁴⁴ *Hartung* (Fn. 143), S. 160.

¹⁴⁵ *Schläpke/Schuler*, DMA als Gegenstand von Private Enforcement, in: Schmidt/Hübener (Fn. 3), S. 164 Rn. 48; *EuGH*, Urt. v. 17.9.2002 – C-253/00, *Muñoz*, Slg. 2002, I-7289-7323 (Rn. 30 ff.); vgl. zur direkten Anwendung des Primärrechts: *EuGH Große Kammer*, NJW 2018, 1233 (Rn. 65 ff.).

(§ 33a Abs. 1 GWB) zu.¹⁴⁶ Weitere Anspruchsgrundlagen wie § 823 Abs. 2 BGB werden durch das GWB als *lex specialis* verdrängt.¹⁴⁷

Dennoch sind Individualklagen unwahrscheinlich: Bei Verbrauchern aufgrund des rationalen Desinteresses und Machtungleichgewichts gegenüber Torwächtern, bei gewerblichen Nutzern wegen der Gefahr, Beziehungen zu einem Unternehmen zu riskieren, von dem sie abhängig sind.¹⁴⁸

II. Mögliche Herausforderungen für nationale Gerichte bei der Durchsetzung des DMA

Obwohl private Rechtsschutzmöglichkeiten für DMA-Verstöße grundsätzlich effektiv sein können, gibt es dennoch Verfahrenshürden, die eine Durchsetzung erschweren könnten. Ähnlich wie im Kartellrecht sind insbesondere Beweisschwierigkeiten näher zu betrachten.¹⁴⁹ Zudem könnten Beklagte versuchen, Verfahren hinauszuzögern, wobei die Einleitung eines Verfahrens nach Art. 8 Abs. 2 DMA hierfür ein Einfallstor bieten könnte.¹⁵⁰ Da der DMA seiner Rechtsnatur nach Neuland für die Gerichte darstellt, droht außerdem eine uneinheitliche Rechtsanwendung.¹⁵¹

1. Beweisfragen als Stolperstein der privaten Durchsetzung des DMA

Der Grundsatz, dass jede Partei die für sie günstigen Tatsachen beweisen muss (Rosenberg'sche Formel¹⁵²), ist in Zivilprozessen kontinentaleuropäischer Prägung anerkannt.¹⁵³ Für Kläger dürfte es jedoch schwierig sein, einzelne DMA-Verstöße, die oft digitaler Natur sind und/oder auf Informationen beruhen, die

¹⁴⁶ Verbraucher können auch zu den Betroffenen nach §§ 33, 33a GWB zählen, vgl. Roth, in: FK-Kartellrecht, 110. EL 2025, § 33 GWB Rn. 59.

¹⁴⁷ Schläpke/Schuler (Fn. 22), Rn. 109, 118; insoweit für Kartellschadensersatz: BGHZ 166, 154 (Rn. 14) – Probeabonnement.

¹⁴⁸ Monti, The Digital Markets Act – Institutional Design and Suggestions for Improvement, TILEC Discussion Paper Nr. 2021-04, S. 13; nach den analysierten Gerichtsfällen von Podszun (Fn. 25), S. 261 klagen Unternehmen zuvorderst nur dann, wenn sie entweder ebenfalls finanzkräftig sind oder neben der Schließung des Betriebs keine andere Wahl haben als zu klagen; Weinert/Lange-Schlüter (Fn. 54), S. 517.

¹⁴⁹ Siehe unten D. II. 1.

¹⁵⁰ Siehe unten D. II. 2.

¹⁵¹ Siehe unten D. II. 3.

¹⁵² Rosenberg, Die Beweislast auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozessordnung, 5. Aufl. 1965, S. 98 f.

¹⁵³ RGZ 159, 257 (261); BGHZ 61, 346 (351); 91, 243 (260).

nur dem Torwächter vorliegen, darzulegen und zu beweisen. Dies gilt insbesondere für *stand-alone* Klagen.¹⁵⁴

So stehen Kläger beim Beweis eines Verstoßes gegen Art. 5 – 7 DMA zum Beispiel vor den Beweishürden der technischen Komplexität (wie der Nachweis fehlender Interoperabilität und Zugang zu Hardware- und Software-Funktionen, Art. 6 Abs. 7 DMA), dem fehlenden Zugang zu internen Daten und Informationen (zum Beispiel Nachweis der Verwendung nicht-öffentlicher Daten gewerblicher Nutzer durch den Torwächter im Wettbewerb, Art. 6 Abs. 2 DMA), dem Nachweis von Diskriminierung und unfairen Praktiken (zum Beispiel Nachweis der Bevorzugung eigener Dienste beim Ranking durch den Torwächter, Art. 6 Abs. 5 DMA), und der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe (zum Beispiel „unbedingt erforderliche“ und „angemessene“ Maßnahmen des Torwächters, Art. 6 Abs. 5, Art. 6 Abs. 7, Art. 7 Abs. 9 DMA).

Um eine effektive Durchsetzung des DMA auch ohne bindende Entscheidungen der EU-Kommission zu gewährleisten, sollten die Beweisanforderungen für Betroffene nicht zu hoch sein. Beweiserleichterungen wie eine Beweislastumkehr,¹⁵⁵ Auskunfts- und Offenlegungsansprüche¹⁵⁶ oder Schadensvermutungen¹⁵⁷ könnten Klägern helfen, ihre Ansprüche durchzusetzen.

a) Beweislastumkehr zugunsten des Klägers aus Art. 8 Abs. 1 DMA

Anschließend an die Torwächter-Obligationen aus Art. 5 – 7 DMA, beginnt Art. 8 Abs. 1 DMA mit: „Der Torwächter hat die Einhaltung der Verpflichtungen aus den Artikeln 5, 6 und 7 dieser Verordnung sicherzustellen und weist diese nach.“ Aus dem Wortlaut „weist diese nach“ folgt primär nur eine Nachweispflicht – gegenüber wem und in welchem Kontext ist die Frage.

Diese korrespondiert mit der Berichtspflicht aus Art. 11 Abs. 1 DMA, wonach ein Torwächter innerhalb von sechs Monaten nach dem Benennungsbeschluss der EU-Kommission einen Bericht übermitteln muss, in dem er transparent und ausführlich seine ergriffenen Maßnahmen zur Einhaltung der Verpflichtungen darlegt beziehungsweise nachweist. In diesem Kontext besteht die Nachweispflicht nur gegenüber der EU-Kommission, was auch ErwG 2 der

¹⁵⁴ Richter/Gömann, Private Enforcement des DMA – Ein Ausblick am Beispiel Amazons, NZKart 2023, 208 (212).

¹⁵⁵ Siehe unten **D. II. 1. a).**

¹⁵⁶ Siehe unten **D. II. 1. b).**

¹⁵⁷ Siehe unten **D. II. 1. c).**

DurchführungsVO 2023/814¹⁵⁸ deutlich macht.¹⁵⁹ Hieraus lässt sich erkennen, dass die Nachweispflicht gerade für die Verfolgung der Aufgaben der EU-Kommission zum DMA unerlässlich ist und es sich um eine Mitwirkungspflicht handelt.

Andererseits zeigte bereits die Verordnung (EG) Nr. 1/2003¹⁶⁰, dass Beweislast und Nachweis vom Gesetzgeber kongruent verstanden werden. Ausweislich des ErwG 5 S. 1 und 2 zu Art. 2 („Beweislast“) dieser VO wird „nachzuweisen“ synonym für „zu beweisen“ verstanden. Überträgt man diese Erkenntnis auf Art. 8 Abs. 1 DMA, ergibt sich, dass der Torwächter die Einhaltung der Art. 5 – 7 DMA beweisen muss.¹⁶¹

Demgegenüber enthält Art. 3 Abs. 2 DMA („Es wird davon ausgegangen, dass“) eine explizite Beweislastverschiebung zuungunsten eines potenziellen Torwächters, was dafürspricht, dass der DMA sonst keine Beweisverschiebung zuungunsten der Torwächter enthält, zumal Art. 8 Abs. 1 DMA vom Wortlaut der Vermutung des Art. 3 Abs. 2 DMA abweicht.¹⁶² Auch obliegt nach Art. 2 S. 1 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 dem Kläger die Beweislast für Verstöße gegen Art. 101 Abs. 1 und Art. 102 AEUV,¹⁶³ sodass zwischen jener Kartellrechtsvorschrift und dem DMA ein beweisrechtlicher Gleichlauf bestehen würde.

Zwar unterscheidet Art. 8 Abs. 1 DMA nicht zwischen behördlicher und privater Durchsetzung, doch ist die Norm eher von einem Über-Unterordnungsverhältnis geprägt, demnach als Verwaltungsvorschrift einzuordnen, wo eine Änderung zivilprozessualer Beweislastregeln systemfremd wäre. Eine derart weitreichende Doppelwirkung der Norm im Verwaltungs- und Zivilprozessrecht dürfte vom Gesetzgeber nicht intendiert sein, zumal sie dem

¹⁵⁸ Durchführungsverordnung (EU) 2023/814 der Kommission vom 14. April 2023 zur Festlegung detaillierter Vorschriften für die Durchführung bestimmter Verfahren durch die Kommission nach der Verordnung (EU) 2022/1925 des Europäischen Parlaments und des Rates (DurchführungsVO (EU) 2023/814) v. 14.4.2023, ABl. L 102, S. 6–19.

¹⁵⁹ „Bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben nach [dem DMA] muss sich die Kommission hauptsächlich auf die von den betreffenden Unternehmen bereitgestellten Informationen stützen.“

¹⁶⁰ Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln v. 16.12.2002.

¹⁶¹ *Bueren/Zober*, Privatrechtliche Durchsetzung des DMA nach der 11. GWB-Novelle, NZKart 2023, 642 (646 f.).

¹⁶² *Ebd.*, S. 646.

¹⁶³ Hierzu explizit *EuGH*, NZKart 2023, 269 (Rn. 56).

Charakter einer Regulierungsverordnung wie dem DMA widerspricht. Vielmehr bezweckt Art. 8 Abs. 1 DMA lediglich eine Mitwirkungspflicht der Torwächter gegenüber der Kommission.

Im Ergebnis sollte eine Beweislastumkehr nicht aus Art. 8 Abs. 1 DMA geschlossen werden.¹⁶⁴ Der Wortlaut deutet stattdessen darauf hin, dass aufgrund des anzunehmenden Informationsgefälles zwischen Kläger und Beklagtem entweder eine reduzierte Substantiierungslast des Klägers angenommen werden sollte oder auf das bereits bestehende Instrument der sekundären Darlegungslast¹⁶⁵ zurückgegriffen werden kann.¹⁶⁶

b) Auskunfts- und Offenlegungsansprüche

Der DMA enthält neben Art. 5 Abs. 9 und 10, die primär die Transparenz erhöhen sollen, keine weiteren Auskunfts- und Offenlegungsansprüche. Jedoch etablierte § 33g GWB im Zuge der Umsetzung der Kartellschadensersatz-Richtlinie¹⁶⁷ Ansprüche auf Herausgabe von Beweismitteln und Erteilung von Auskünften für Schadensersatzklagen nach § 33a GWB, die gemäß § 33 Abs. 1 GWB auch bei DMA-Verstößen geltend gemacht werden können.

Sowohl Anspruchsteller (Abs. 1) als auch Anspruchsgegner (Abs. 2) können die Herausgabe genau bezeichneter Beweismittel verlangen, sofern dies verhältnismäßig ist (Abs. 3). Flankiert wird § 33g GWB von Verfahrensvorschriften in §§ 88b-d GWB, die ebenfalls auf den DMA anwendbar sind und die Durchsetzung von kartellrechtlichen Schadensersatzansprüchen erleichtern sollen.¹⁶⁸

Der BGH setzt die Grundvoraussetzungen des § 33g GWB recht niedrig an und fordert nur eine gewisse Wahrscheinlichkeit für das Bestehen eines

¹⁶⁴ Im Ergebnis auch *Körber* (Fn. 13), S. 442; *Schöpfke/Schuler* (Fn. 145), Rn. 56; unsicher aufgrund der erheblichen Belastung für Anspruchsgegner: *Galle/Dressel* (Fn. 18), S. 113; a. A.: *Richter/Gömann* (Fn. 154), S. 211; wohl auch *Bueren/Zober* (Fn. 161), S. 646; beschränkend auf *stand-alone* Klagen: *Weigl* (Fn. 13), S. 121 f.; *Weinert/Lange-Schlüter* (Fn. 54), S. 517.

¹⁶⁵ Hierzu *BGH*, NJW 2021, 1669 (Rn. 27); 2020, 1962 (Rn. 37); *Meller-Hannich* (Fn. 77), Rn. 344.

¹⁶⁶ *Lahme/Ruster*, in: HK-DMA (Fn. 21), Art. 39 Rn. 31.

¹⁶⁷ RL 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. November 2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union (Kartellschadensersatz-Richtlinie), ABl. L 349, S. 1–19.

¹⁶⁸ BT-Drucks. 18/10207, S. 62.

Schadensersatzanspruchs aufgrund konkreter Anhaltspunkte.¹⁶⁹ Zum Schutz laufender DMA-Verfahren schließt § 33g Abs. 5 Var. 2 GWB einige Dokumente temporär vom Offenlegungsanspruch aus, die eigens für dieses Verfahren erstellt wurden. Der Aufwendungsersatzanspruch in § 33g Abs. 7 GWB sollte Kläger nicht abschrecken, da diese Aufwendungen – soweit diese erforderlich und zweckmäßig waren¹⁷⁰ – als Kosten der Rechtsverfolgung im Erfolgsfall nach den allgemeinen Regeln der §§ 249 ff. BGB zusammen mit dem Schadensersatzanspruch nach § 33a Abs. 1 GWB geltend gemacht werden können.¹⁷¹

Insgesamt schaffen die Auskunftsrechte aus § 33g GWB einen angemessenen Ausgleich zur abgelehnten Beweislastumkehr aus Art. 8 Abs. 1 DMA, um Betroffenen die effektive Geltendmachung von Schadensersatz- und Unterlassungsklagen bei DMA-Verstößen zu ermöglichen.¹⁷²

c) Schadensvermutung nach § 33a Abs. 2 GWB

§ 33a Abs. 2 GWB normiert eine widerlegbare Vermutung, dass ein Kartell einen Schaden verursacht hat.¹⁷³ Diese Kausalitätsvermutung erleichtert dem Kläger den Nachweis des „Ob“ eines Schadens,¹⁷⁴ da Kartellanten ihre Preisabsprachen nicht freiwillig zugeben.¹⁷⁵ Trotz Empfehlung der Monopolkommission¹⁷⁶ hat der Gesetzgeber diese Schadensvermutung nicht auf DMA-Verstöße erstreckt, da es sich hierbei um missbrauchsähnliches Verhalten und nicht um klassische Kartellverstöße handelt.¹⁷⁷

Bei *Hardcore*-Kartellen als Form kollusiver horizontaler Wettbewerbsbeschränkungen¹⁷⁸ entsteht der kausale Schaden durch erhöhte

¹⁶⁹ BGH, NZKart 2023, 362 (Rn. 46).

¹⁷⁰ Ständige Rspr., vgl. BGH, NJW 2022, 472 (Rn. 11); 2020, 144 (Rn. 21); 2018, 935 (Rn. 6).

¹⁷¹ Bach, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 52), § 33g GWB Rn. 150; Franck, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 52), § 33a GWB Rn. 58.

¹⁷² So auch Weigl (Fn. 13), S. 122.

¹⁷³ BGHZ 224, 281 (Rn. 40) – Schienenkartell II.

¹⁷⁴ BT-Drucks. 18/10207, S. 55; Roth, in: FK-Kartellrecht (Fn. 146), § 33a GWB Rn. 94.

¹⁷⁵ Anderson/Bolema/Geckil, Damages in Antitrust Cases, AEG Working Paper 2007-2, S. 2.

¹⁷⁶ Monopolkommission, Wettbewerb 2022: XXIV. Hauptgutachten, Rn. 493, abrufbar unter: <https://www.monopolkommission.de/de/gutachten/hauptgutachten/385-xxiv-gesamt.html> (zuletzt abgerufen am 25.3.2025).

¹⁷⁷ BT-Drucks. 20/6824, S. 19.

¹⁷⁸ Ewald, in: Wiedemann (Fn. 55), Rn. 94.

Bezugspreise,¹⁷⁹ dessen Nachweis selbst in *Follow-on*-Klagen schwierig ist.¹⁸⁰ Bei DMA-Verstößen, wie der Nutzung nicht-öffentlicher Daten von Drittanbietern durch Plattformen zur Entwicklung eigener Konkurrenzprodukte (Art. 6 Abs. 2 und 5 DMA),¹⁸¹ ließe sich der Schaden hingegen maßgeblich an Umsatzeinbrüchen des betroffenen gewerblichen Nutzers ableiten. Das „Ob“ des Schadensnachweises dürfte somit leichter fallen als bei *Hardcore*-Kartellen.

Überdies findet § 33a Abs. 3 GWB auf DMA-Verstöße Anwendung, nach dem hinsichtlich der Höhe sowie Entstehung¹⁸² des Schadens der Maßstab des § 287 ZPO gilt.¹⁸³ Hiernach genügt ein geringerer Grad richterlicher Gewissheit, es reicht die deutlich überwiegende, auf gesicherter Grundlage beruhende Wahrscheinlichkeit.¹⁸⁴ Für den Geschädigten wäre es regelmäßig kaum möglich, mehr als den Indizienbeweis zu erbringen.¹⁸⁵ Hinzu kommt, dass viele DMA-Verstöße, etwa gegen Art. 6 Abs. 4 und 7 DMA, meist in entgangenem Gewinn nach § 252 BGB resultieren. Denn hier existiert oft noch keine Geschäftsbeziehung zwischen Torwächter und Betroffenen. Der Schaden beruht dann meist auf dem Nichtabschluss eines Vertrages und fällt somit in die Kategorie des entgangenen Gewinns. Hierfür sieht § 252 S. 2 BGB zusätzlich eine für § 287 ZPO ergänzende Beweiserleichterung für das „Wie“ des Schadens, also die Höhe des entgangenen Gewinns, vor.¹⁸⁶

Flankiert werden diese Vorschriften von einer tatsächlichen Schadensvermutung für unmittelbar Betroffene in der wettbewerbs-¹⁸⁷ und kartellrechtlichen¹⁸⁸

¹⁷⁹ *Topel*, in: Wiedemann (Fn. 55), Rn. 80.

¹⁸⁰ *Petrascu/Unsel* (Fn. 75), Rn. 12; *Richter/Gömann* (Fn. 154), S. 212.

¹⁸¹ Vgl. *Palmer*, Amazon uses data from third-party sellers to develop its own products, WSJ investigation finds, CNBC v. 23.4.2020, abrufbar unter: <https://www.cnbc.com/2020/04/23/wsj-amazon-uses-data-from-third-party-sellers-to-develop-its-own-products.html> (zuletzt abgerufen am 25.3.2025); siehe hierzu auch *Europäische Kommission*, Kartellrecht: Amazon, Pressemitteilung v. 10.11.2020, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_20_2077 (zuletzt abgerufen am 25.3.2025).

¹⁸² BGHZ, 224, 281 Rn. 25 – Schienenkartell II; *Meller-Hannich* (Fn. 77), Rn. 352.

¹⁸³ *Weinert/Lange-Schlüter* (Fn. 54), S. 517.

¹⁸⁴ BGHZ, 224, 281 Rn. 35 – Schienenkartell II; *Lahme/Ruster*, in: HK-DMA (Fn. 21), Art. 39 Rn. 60.

¹⁸⁵ *Weinert/Lange-Schlüter* (Fn. 54), S. 522.

¹⁸⁶ *Cholena/Herbers/Lisner*, Private Enforcement des Digital Markets Act (DMA), CMS Blog, Private Enforcement des Digital Markets Act, 4.1.2024, abrufbar unter: <https://www.cmshs-bloggt.de/kartellrecht/private-enforcement-des-digital-markets-act/> (zuletzt abgerufen am 25.3.2025).

¹⁸⁷ Ständige Rspr., vgl. BGH, GRUR 1993, 55 (57) – Tchibo/ROLEX II; GRUR 2008, 933 (Rn. 19) – Schmiermittel; GRUR 2016, 860 (Rn. 21) – Deltamethrin II.

¹⁸⁸ BGHZ 224, 281 Rn. 44 – Schienenkartell II.

Rechtsprechung. Auch kann und muss die Feststellung über die Entstehung und Höhe des Schadens nach kartellrechtlicher Rechtsprechung nur auf Basis von Indizien erfolgen.¹⁸⁹ Da die Grundlage der Schadensermittlung bei einer Klage nach § 33a Abs. 1 GWB sowohl im Kartellrecht als auch bei DMA-Verstößen hypothetischer Natur ist, liegt eine Übertragung dieser Rechtsprechung auf DMA-Verstöße nah.¹⁹⁰

Insoweit besteht kein Bedürfnis einer Erstreckung der Schadensvermutung aus § 33a Abs. 2 GWB auf DMA-Verstöße.

d) Zwischenergebnis

Eine Beweislastumkehr zugunsten des Klägers lässt sich aus Art. 8 Abs. 1 DMA nicht ableiten. Jedoch stehen dem Kläger Ansprüche auf Herausgabe von Beweismitteln und Auskunft aus § 33g GWB i. V. m. §§ 89b-d GWB zu, um den Nachweis einer Pflichtverletzung des Torwächters zu erleichtern. Deutschland erstreckt diese Ansprüche aktuell als einziges EU-Land auf DMA-Verstöße.¹⁹¹ Zusätzlich könnte die sekundäre Darlegungslast dem Kläger weiterhelfen.

Die nicht erfolgte Erstreckung der Schadensvermutung des § 33a Abs. 2 GWB auf DMA-Verstöße wird kompensiert durch die Schadensermittlung nach § 287 ZPO, auf den § 33a Abs. 3 GWB verweist, und der im engen Zusammenhang mit dem in DMA-Schadensersatzverfahren oft relevanten § 252 BGB steht. Unterstützt von gefestigter Rechtsprechung im Wettbewerbs- und Kartellrecht hat das Gericht einen erheblichen Spielraum bei der Schätzung der Schadensentstehung und -höhe.

Dennoch werden bestehende Beweisunsicherheiten Geschädigte wahrscheinlich dazu veranlassen, auf eine für Gerichte gemäß § 33b GWB bindende Kommissionsentscheidung zum DMA-Verstoß des Torwächters zu warten und auf dieser Tatsachenbasis eine *Follow-on*-Klage zu betreiben.¹⁹²

2. „Brüsseler-Torpedo“ zur Verzögerung von Gerichtsverfahren

Ähnlich zu dem Phänomen des „italienischen Torpedos“ – also die Blockade eines befürchteten Verfahrens durch potenzielle Beklagte, indem eine Sache

¹⁸⁹ BGHZ 224, 281 Rn. 36 f. – Schienenkartell II.

¹⁹⁰ Klumpe (Fn. 31), S. 140; Lahme/Ruster, in: HK-DMA (Fn. 21), Art. 39 Rn. 61.

¹⁹¹ Siehe etwa in Frankreich: Art. L.483-1 i. V. m. Art. L.481-1 Code de commerce; in Irland: Sec. 5 i. V. m. Sec. 2(1) S.I. No. 43/2017; in den Niederlanden: Art. 843a, 844 ff. Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering i. V. m. Art. 193k lit. a Burgerlijk Wetboek; in Österreich: § 37j i. V. m. § 37b Nr. 1 KartG 2005.

¹⁹² Achleitner (Fn. 38), S. 293; Becker (Fn. 49), S. 421.

missbräuchlich in Italien rechtshängig gemacht wird, weil dort die Prüfung der Zuständigkeit erfahrungsgemäß lange Zeit in Anspruch nehmen wird¹⁹³ – könnte ein Gatekeeper versuchen, durch Einleitung eines „regulatorischen Dialogs“¹⁹⁴ nach Art. 8 Abs. 3 S. 1 i. V. m. Art. 20 DMA ein anhängiges Verfahren gegen ihn zu verzögern.

Hierbei kann er die Kommission ersuchen, ein Verfahren zur Feststellung der Wirksamkeit seiner Maßnahmen zu Art. 6 und 7 DMA einzuleiten. Die Einleitung liegt jedoch im Ermessen der Kommission (Art. 8 Abs. 3 S. 2 DMA).

Entscheidet sich die Kommission für ein Verfahren, sollen nationale Gerichte gemäß Art. 39 Abs. 5 S. 2 und 3 DMA ihr anhängiges Verfahren bis zur Entscheidung der Kommission aussetzen, sofern die jeweilige Vorschrift aus Art. 6 oder 7 DMA eine Rolle spielt.¹⁹⁵

Da es keine Fristen gibt, bis wann die EU-Kommission über das Verfahren endgültig entscheiden muss,¹⁹⁶ könnte dieser „Brüsseler Torpedo“ ein erhebliches Verzögerungspotenzial mit sich bringen. Geht man davon aus, dass die EU-Kommission zur Umsetzung des DMA jetzt schon unter Kapazitätsengpässen leidet¹⁹⁷ und zieht man den *Google Shopping*-Fall heran, an dem sie sieben Jahre lang untersucht hat,¹⁹⁸ könnte man eine durchaus pessimistische Prognose für die Verfahrensverzögerung wagen. Auch wenn die Verzögerung viel kürzer wäre als befürchtet – zum Beispiel, weil die Kommission das Verfahren bevorzugt behandelt¹⁹⁹ – würde dies dennoch ein Hemmnis der privaten Rechtsdurchsetzung der Art. 6 und 7 DMA darstellen.²⁰⁰

¹⁹³ *Franzosi*, Worldwide Patent Litigation and the Italian Torpedo, EIPR 1997, 382 (384 f.); dazu näher *Kastanidis*, Prozessrechtliche Behandlung der Feststellungsklagen nach der EuGVVO, GPR 2022, 121 (126); ein berühmtes Beispiel für einen „italienischen Torpedo“ ist der Verpackungsmaschine II-Fall, in dem erst nach 9 Jahren die Unzuständigkeit festgestellt wurde: *Corte di Cassazione Rom*, GRUR Int 2005, 264 (225).

¹⁹⁴ *Weigl* (Fn. 13), S. 102.

¹⁹⁵ Siehe hierzu ausführlich oben **C. II. 2. b) bb) (3)**.

¹⁹⁶ So aber vorgeschlagen von *Podszun* (Fn. 25), S. 265.

¹⁹⁷ *Klumpe* (Fn. 31), S. 132.

¹⁹⁸ *Europäische Kommission*, Kommissionsentscheidung v. 27.6.2017 – AT.39740, Rn. 39 – Google Search (Shopping).

¹⁹⁹ Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Gerichten der EU-Mitgliedstaaten bei der Anwendung der Art. 81 und 82 des Vertrags, ABl. C 101/54, Rn. 12.

²⁰⁰ So auch *Becker* (Fn. 49), S. 421; *Klumpe* (Fn. 31), S. 135.

Allerdings muss der Torwächter der Kommission detailliert darlegen, warum er das Verfahren aufgrund besonderer Umstände anregt.²⁰¹ Der Aufwand hierfür dürfte erheblich sein, so dass ein Torwächter diesen Schritt wohl nur bei bedrohlichen Klagen gehen würde.

Zudem ist der Kommission aufgrund ihres Arbeitspensums zuzutrauen, nur selektiv auf solche Ersuche einzugehen, da Konkretisierungen der Pflichten nach Art. 6 und 7 DMA nicht zwingend in allen Fällen nötig sind.²⁰² Auch könnte das Gericht zu dem Schluss gelangen, dass keine Aussetzung erforderlich ist.

Der Fortgang torpedierter Verfahren hängt somit maßgeblich vom Interesse der Kommission ab, solchen Ersuchen entgegenzukommen, von der Dauer ihrer Entscheidung und vom Umgang der Gerichte mit dieser Problematik.

3. DMA als rechtliches Neuland

Gegen die Möglichkeit der privaten Rechtsdurchsetzung wurde angeführt, dass der DMA rechtlich neuartig und demnach eine Zersplitterung der Rechtsprechung die Folge sei.²⁰³ Dieser Kritik nachgehend wird daher die Lage der Präzedenzfälle beim DMA²⁰⁴, die Schaffung höchstrichterlicher Rechtsprechung auch ohne den Willen der Parteien²⁰⁵ sowie die mögliche Hilfe von der EU-Kommission und vom *EuGH*²⁰⁶ thematisiert.

a) Fehlende Präzedenzfälle

Der DMA als neuartige Regulierung wirft für die Spruchkörper anspruchsvolle Herausforderungen auf, da nur sehr wenig Rechtsprechung im Zusammenhang

²⁰¹ Nach dem Antrag auf ein Spezifikationsverfahren nach Art. 8 Abs. 3 DMA sind umfangreiche Angaben zu den geplanten Maßnahmen, deren Zusammenwirken und Umsetzungszeitplan sowie interne Dokumente als Belege gefordert, so dass der Aufwand für Analyse, Konzeption, Begründung und Dokumentation der Umsetzungsschritte erheblich sein dürfte vgl. das Antragsformular, abrufbar unter: https://digital-markets-act.ec.europa.eu/document/download/b034f7c4-c877-420c-87fa-0e69f8aea522_en?filename=Article%208%283%29%20DMA%20Template%20%28request%20for%20specification%20dialogue%29_1.pdf (zuletzt abgerufen am 25.3.2025).

²⁰² *Weigl* (Fn. 13), S. 102.

²⁰³ *Klumpe* (Fn. 31), S. 134 f.; *Komninos* (Fn. 31), S. 433; *Körber* (Fn. 13), S. 442; *McIntyre* (Fn. 31), S. 282; *Monti* (Fn. 148), S. 13.

²⁰⁴ Siehe unten **D. II. 3. a).**

²⁰⁵ Siehe unten **D. II. 3. b).**

²⁰⁶ Siehe unten **D. II. 3. c).**

mit dem DMA existiert.²⁰⁷ Trotz ähnlicher Ziele bestehen bedeutende Unterschiede zwischen DMA und Kartellrecht hinsichtlich des Anwendungsbereichs, Regulierungsansatzes und Pflichtenkatalogs. Eine pauschale Übertragung der kartellrechtlichen Rechtsprechung auf DMA-Verfahren ist daher nicht ohne weiteres möglich.²⁰⁸

b) Das Leitentscheidungsverfahren beim BGH

Im Zivilprozess besteht die Gefahr, dass höchstrichterliche (Leit-)Entscheidungen durch vorzeitige einvernehmliche Verfahrensbeendigung verhindert werden.²⁰⁹ Klagende Verbraucherverbände könnten durch akzeptable Vergleiche zwar scheinbare Erfolge erzielen, jedoch ermöglicht dies Torwächtern, wegweisende Urteile zu verhindern. Solche Entscheidungen wären andernfalls geeignet, einen bedeutenden Beitrag zur Rechtsentwicklung zu leisten und über den Prozess hinaus verhaltenssteuernde Wirkungen zu entfalten.²¹⁰

Das inzwischen eingeführte Leitentscheidungsverfahren beim BGH²¹¹ könnte Abhilfe schaffen, indem Revisionsgerichte anhängige Verfahren zur Klärung bedeutender Rechtsfragen bestimmen können. Dies soll Gerichte entlasten und Orientierung – allerdings keine formale Bindungswirkung (!) – bieten,²¹² ohne den Dispositionsgrundsatz im Zivilprozess zu berühren. Denn nach § 565 Abs. 1 S. 1 ZPO n. F. könne das Leitentscheidungsverfahren ohnehin nur dann beginnen, wenn das Revisionsverfahren vorzeitig ohne begründetes Urteil endet, die Parteien auf jenes Verfahren also keinen Einfluss mehr haben. Dieses Verfahren könnte ein Baustein werden, um Orientierungssätze für DMA-Verfahren auch ohne Parteiwillen höchstrichterlich zu konturieren.²¹³

²⁰⁷ So hat sich der BGH in einem Verfahren gegen *Amazon* mit dem Verhältnis des § 19a Abs. 1 GWB zum DMA auseinandergesetzt: BGH, NZKart 2024, 500 (Rn. 171 – 190). Die *Rechtbank Amsterdam* befasste sich mit dem „Pay or Consent“-Modell Facebooks und der Vereinbarkeit mit dem DMA: *Rechtbank Amsterdam*, Beschl. v. 2.9.2024 – 10795074 CV FORM 23-14577, abrufbar unter: deplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:RBAMS:2024:5807 (zuletzt abgerufen am 25.3.2025).

²⁰⁸ *Klumpe* (Fn. 31), S. 134 f.

²⁰⁹ *Albers* (Fn. 74), S. 270; *Vollkommer*, Das Leitentscheidungsverfahren beim BGH, NJW 2024, 3257 (3257).

²¹⁰ *Weigl* (Fn. 13), S. 120.

²¹¹ Gesetz zur Einführung eines Leitentscheidungsverfahrens beim Bundesgerichtshof v. 24.10.2024, BGBl. I Nr. 328.

²¹² *Vollkommer* (Fn. 209), S. 3258.

²¹³ Zum Vorhaben und der Kritik hierzu: *Albers* (Fn. 74), S. 267 ff.; *Vollkommer* (Fn. 209), S. 3260.

c) Vorlageverfahren beim EuGH und Stellungnahmen der EU-Kommission

Nicht zuletzt dürfen die Gerichte bei Fragen zur Anwendung und Auslegung des DMA den EuGH gemäß Art. 267 AEUV um eine verbindliche Vorabentscheidung ersuchen.²¹⁴ Das anhängige nationale Verfahren wird zwar dadurch bis zur EuGH-Entscheidung gemäß § 148 ZPO analog ausgesetzt,²¹⁵ doch kann hiermit auch Rechtssicherheit für spätere Verfahren geschaffen werden.

Zusätzlich hat die EU-Kommission als *amicus curiae* gemäß Art. 39 Abs. 3 DMA die Möglichkeit, nationalen Gerichten eine schriftliche Stellungnahme zu übermitteln oder – mit Erlaubnis des betreffenden Gerichts – mündlich Stellung zu nehmen, wenn dies zur kohärenten Anwendung des DMA erforderlich ist. Die Stellungnahmen sollen den Gerichten eine wertvolle fachliche Unterstützung bieten, um eine einheitliche Anwendung des Unionsrechts zu fördern und praktische Lösungsansätze aufzuzeigen (ErwG 92 DMA). Macht die EU-Kommission von diesem Recht zur Beteiligung am Verfahren Gebrauch, kann sie das betreffende Gericht um die Übermittlung aller zur Beurteilung des Falls notwendigen Schriftstücke ersuchen, Art. 39 Abs. 4 DMA. Zieht man die parallelen und schon länger bestehenden Anwendungsgebiete dieser Möglichkeit des *amicus curiae* heran, so wird von hiervon seitens der EU-Kommission eher selektiv Gebrauch gemacht.²¹⁶ Wie weit die Stellungnahmen die betreffenden nationalen Gerichtsverfahren beeinflusste, kann hier nicht weiter untersucht werden.

4. Zwischenergebnis

Noch werden die Gerichte einige Zeit vor der Herausforderung stehen, den DMA ohne eigene Rechtsprechungsgrundlage anwenden zu müssen. Die

²¹⁴ Podszun/Bongartz/Kirk, Digital Markets Act – Neue Regeln für Fairness in der Plattformökonomie, NJW 2022, 3249 (3254).

²¹⁵ BGH, NZI 2023, 586 (Rn. 14); Beschl. v. 11.2.2020, BeckRS 2020, 2755 (Rn. 48); Beschl. v. 24.1.2012, BeckRS 2012, 4328 (Rn. 4).

²¹⁶ So z. B. zu Art. 15 Abs. 3 der Verordnung 1/2003, wonach die EU-Kommission höchstens zweimal im Jahr als *amicus curiae* auftrat: Europäische Kommission, Amicus curiae observations – Antitrust, abrufbar unter: https://competition-policy.ec.europa.eu/antitrust-and-cartels/national-courts/amicus-curiae-observations_en (zuletzt abgerufen am 25.3.2025); zu Art. 29 Abs. 2 der Verordnung (EU) 2015/1589 liegt die Zahl der Ingebrauchnahme dieser Möglichkeit nur marginal höher: Europäische Kommission, Amicus curiae observations – State aid, abrufbar unter: https://competition-policy.ec.europa.eu/state-aid/national-courts/amicus-curiae-observations_en (zuletzt abgerufen am 25.3.2025).

Spruchkörper werden eine Übertragung von wettbewerbs- oder kartellrechtlicher Rechtsprechung vom Einzelfall abhängig machen müssen.

Das Leitentscheidungsverfahren am *BGH* birgt Potenzial zur Entlastung der Gerichte und zur Klärung wesentlicher Rechtsfragen, vielleicht auch zur Anwendung der Regeln des *GWB* im Bezug zum *DMA*.

Bedeutende Rechtsfragen zur Auslegung des *DMA* werden von dem *EuGH* zu beantworten sein. Zudem können nationale Gerichte von der Beteiligung der EU-Kommission am Zivilprozess profitieren, um eine kohärente Anwendung des *DMA* zu gewährleisten.

E. Fazit

I. Zusammenfassung der Erkenntnisse

Die im Vorfeld aufgestellte Hypothese wird im Kern bestätigt: Nationale Gerichte können neben der EU-Kommission eine wesentliche Rolle bei der Durchsetzung des *DMA* spielen – vorausgesetzt, dass institutionelle, verfahrensrechtliche und praktische Herausforderungen angemessen bewältigt werden. Dieses zentrale Ergebnis wird durch folgende Erkenntnisse untermauert, die jedoch die konkrete Ausgestaltung und Herausforderungen dieser Rolle erläutern, nicht aber das "Ob" in Frage stellen:

1. Verhaltenssteuerung durch Privatrechtsschutz

Privatwirtschaftliche Gerichtsverfahren erweisen sich als Instrument, das über den rein individuellen Rechtsschutz hinaus dem öffentlichen Interesse dient. Durch ihre verhaltenssteuernde Wirkung auf Torwächter unterstützen und ergänzen sie die behördliche Durchsetzung, ohne diese jedoch ersetzen zu können.²¹⁷

2. Kollektiver Rechtsschutz: Sammelklagen vs. Verbandsklagen

Im Bereich des kollektiven Rechtsschutzes weisen die Möglichkeiten des Sammelklageninkassos ein deutlich größeres Potenzial auf als Verbandsklagen, um *DMA*-Verstöße effektiv zu bekämpfen.²¹⁸

3. Beweislast und Beweislasterleichterungen

Die Herausforderungen der Beweisführung für Kläger hängen maßgeblich von den Gerichten ab. Obwohl Art. 8 Abs. 1 *DMA* keine Beweislastumkehr vorsieht,

²¹⁷ Siehe oben **C. II. 1. b).**

²¹⁸ Siehe oben **D. I. 1. c).**

können § 33g GWB (Auskunftsansprüche) und § 287 ZPO (Schadensermittlung) die Beweislast für Kläger abmildern – insbesondere im Bereich der Schadensbeweissführung.²¹⁹

4. Risiken von Verfahrensmanövern

Torwächter könnten Gerichtsverfahren durch Spezifizierungsverfahren (Art. 8 Abs. 3 S. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 1 DMA) verzögern („Brüsseler Torpedo“). Eine selektive Handhabung solcher Ersuchen durch die EU-Kommission sowie eine sorgfältige Prüfung der Verfahrensaussetzung durch das betreffende Gericht kann dem entgegenwirken.²²⁰

5. Rechtsunsicherheit und Präzedenzfälle

Da der DMA rechtlich neuartig ist, fehlen klare Präzedenzfälle. Hier bieten sich Leitentscheidungen des BGH, Vorabentscheidungen des EuGH und Stellungnahmen der EU-Kommission an, um Rechtsfragen zu klären und eine kohärente Anwendung zu gewährleisten.²²¹

II. Ausblick

Torwächter müssen sich vor Gericht immer mehr verteidigen. Aus internationaler Sicht häufen sich bereits Klagen gegen Torwächter,²²² und auch in Deutschland verklagte beispielsweise *Idealo*, geführt vom *Axel Springer* Konzern, *Google* auf ca. eine halbe Milliarde Euro Schadensersatz wegen Selbstbevorzugung.²²³ *Apple* versucht weiterhin sein Ökosystem zu schützen und torpediert so beispielsweise alternative *App-Stores* mit einer neuen, abschreckenden Gebührenstruktur.²²⁴

Zur Klärung einiger offener Fragen zur privaten Durchsetzung des DMA, wie zum Beispiel zur Frage der Beweislastumkehr aus Art. 8 Abs. 1 DMA, sollte die EU-Kommission alsbald Möglichkeit zu einer Stellungnahme in einem Gerichtsverfahren bekommen, um die Frage aus ihrer Sicht zu beantworten.

²¹⁹ Siehe oben D. II. 1. d).

²²⁰ Siehe oben D. II. 2.

²²¹ Siehe oben D. II. 3.

²²² *Schläpke/Schuler* (Fn. 22), (Rn. 1 m. w. N.).

²²³ *Gulz*, *idealo* verklagt *Google* auf rund eine halbe Milliarde Euro Schadensersatz, *idealo* v. 15.4.2019, abrufbar unter: <https://www.idealo.de/magazin/e-commerce/idealo-verklagt-google> (zuletzt abgerufen am 25.3.2025).

²²⁴ *Porter, Apple, Meta, and Google targeted by EU in DMA non-compliance investigations*, *The Verge* v. 25.3.2024, abrufbar unter: <https://www.theverge.com/2024/3/25/24111232/european-commission-digital-markets-act-investigation> (zuletzt abgerufen am 25.3.2025).

Außerdem hat bisher nur Deutschland GWB-Vorschriften auf den DMA erstreckt. Hier sollten andere Mitgliedsstaaten ähnliche Regelungen treffen. Die Kommission könnte hierzu, ähnlich zur Kartellschadensersatz-RL, eine Richtlinie zur Vereinheitlichung der privaten Durchsetzung des DMA schaffen.²²⁵

Mit dem erst kürzlichen Scharfstellen der Verpflichtungen des DMA fängt die Arbeit für das DMA-Team der Kommission so richtig an;²²⁶ auch die Gerichte werden von nun an zur Durchsetzung des DMA ihren Teil beitragen.

²²⁵ So auch *Klumpe* (Fn. 31), S. 138.

²²⁶ *Podszun* (Fn. 8), S. 1.

Marcel Nashwan*

Internationaler Gewalteinsatz: Möglichkeiten und Grenzen der rechtlichen Steuerung und Aufarbeitung durch den *Internationalen Gerichtshof*

Abstract

Der *Internationale Gerichtshof* (IGH) wurde geschaffen, um durch friedliche Konfliktlösung und die Etablierung völkerrechtlicher Verantwortlichkeiten künftige Generationen vor der Geißel des Krieges zu bewahren. Doch die Realität sieht anders aus: Statt von Kriegen spricht man heute von bewaffneten Konflikten – ein Begriff, der jedoch nichts an der Intensität des Leids der Betroffenen ändert. Besonders die Zivilbevölkerung trägt die verheerenden Folgen dieser Konflikte, deren Brutalität und Auswirkungen den Kriegen vergangener Zeiten in nichts nachstehen.

In einer politisierten und zunehmend unübersichtlichen Konfliktlandschaft, in der Staaten ihre Souveränität betonen und sich verstärkt von internationaler Gerichtsbarkeit distanzieren, stellt sich die Frage, welche Möglichkeiten und Grenzen dem IGH bei der rechtlichen Steuerung und Aufarbeitung internationaler Gewaltanwendung bleiben.

* Der Verfasser studiert im achten Semester Rechtswissenschaft an der Humboldt-Universität zu Berlin und ist Mitarbeiter im Bundestagsbüro von Prof. *Monika Grütters*, Vorsitzende des Unterausschusses „Vereinte Nationen, internationale Organisationen und zivile Krisenprävention“ des Deutschen Bundestages. Der Beitrag beruht auf einer vorausgehenden Studienarbeit des Schwerpunktbereiches „Völkerrecht und Europarecht“ im Seminar „Völkerrecht und Internationale Konflikte“, die im Sommersemester 2024 von Prof. *Dr. Christian Marxsen* gestellt wurde.

A. Einleitung

I. Einführung und Fragestellung

„*Ubi lux, ibi ius, ibi pax!*“¹ Wo Licht ist, ist Recht, wo Recht ist, ist Frieden. Doch wer bringt Licht in die kriegerischen Auseinandersetzungen unserer Zeit?

Seit seiner Gründung nach dem Zweiten Weltkrieg² wurden an den *Internationalen Gerichtshof* (IGH) hohe Erwartungen gerichtet, die die Hoffnung auf eine friedliche Beilegung internationaler Streitigkeiten und die Zurückdrängung kriegerischer Auseinandersetzungen widerspiegeln.³ Die Schaffung eines institutionalisierten Spruchkörpers, der befugt ist, zwischenstaatliche Konflikte zu lösen und Verantwortlichkeit für völkerrechtliche Verstöße zu etablieren, schien dabei als vielversprechender Ansatz, um künftige Generationen vor der Geißel des Krieges zu bewahren und einen nachhaltigen Frieden zu schaffen.⁴ Allerdings sieht sich der IGH angesichts des stetig komplexer werdenden Geflechts globaler Beziehungen einer Realität ausgesetzt, in der gewaltsame Konflikte eine neue Gestalt annehmen und Regionen in aller Welt erschüttern.⁵ Staaten sind dabei längst nicht mehr „Monopolisten des Krieges“⁶, vielmehr kommt nicht-staatlichen Akteuren eine immer größere Rolle bei der Ausübung von Macht und Gewalt auf der internationalen Bühne zu.⁷ Gleichzeitig haben

¹ Dieser Satz wurde vom französischen Politiker *Léon Bourgeois* geprägt, siehe dazu *Harley*, Post-War International Organization, in: *Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting* 34 (1940), 104 (115).

² *International Court of Justice*, History, abrufbar unter: <https://www.icj-cij.org/history> (zuletzt abgerufen am 11.3.2025).

³ Zur Rolle des IGH als Instrument der friedlichen Streitbeilegung: *UN-Generalversammlung*, Resolution 37/10, Manila Declaration on the Peaceful Settlement of International Disputes v. 15.11.1982; *Fleischbauer*, Der Internationale Gerichtshof und die Staatengemeinschaft am Ende des Jahrhunderts, in: *Die Friedens-Warte*, Vol. 74, No. 1/2, 1999, S. 113 ff.

⁴ Vgl. hierzu die Präambel der UNCh und Art. 1 Nr. 1 UNCh, in denen das Ziel formuliert wird, künftige Generationen vor der Geißel des Krieges zu bewahren und internationale Streitigkeiten mit friedlichen Mitteln beizulegen. Siehe auch Art. 92 UNCh zur Einrichtung des IGH als Hauptrechtsprechungsorgan der Vereinten Nationen; *Pellet/Müller*, in: *Zimmermann/Tams/Oellers-Frahm/Tomuschat*, *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 3. Aufl. 2019, Art. 38 Rn. 4 ff.

⁵ Ein Überblick liefert die *Servicestelle Friedensbildung Baden-Württemberg*, *Kriege und Konflikte weltweit – Aktuelle Porträts und Analysen aus friedenspädagogischer Sicht*, 2025, abrufbar unter: <https://www.friedensbildung-bw.de/aktuelle-konflikte> (zuletzt abgerufen am 11.3.2025).

⁶ *Münkler*, *Die neuen Kriege*, 1. Aufl. 2004, S. 7; *Brüha*, Gewaltverbot und humanitäres Völkerrecht nach dem 11. September 2001, *AVR* (2002), 383 (383).

⁷ *Schwab*, *Die Transformation des Krieges und Angriffe auf zivile Infrastruktur*, *Mittelweg* 36, 33 (2024), 32 (32).

herkömmliche internationale bewaffnete Konflikte noch lange nicht an Aktualität verloren. Dies unterstreichen die aktuellen Entwicklungen im *Iran*, der in der Nacht vom 13. auf den 14.4.2024 einen direkten Angriff auf *Israel* unternahm.⁸

Wie kommt der *IGH* seiner intendierten Funktion, der friedlichen Streitbeilegung, angesichts der heutigen Ausprägungen der Gewalt nach? Welche Möglichkeiten und welche Grenzen kommen dem Hauptjustizorgan der *Vereinten Nationen* sowohl in der rechtlichen Steuerung als auch in der Aufarbeitung des Internationalen Gewalteinsatzes zu? Diese Arbeit beschränkt sich hierbei auf den unilateralen, nicht vom *UN-Sicherheitsrat* legitimierten Gewalteinsatz gemäß Art. 39, 42, 53 UNCh.

II. Gang der Darstellung

Im Folgenden wird zunächst der *IGH* als Institution betrachtet, um dessen historische Entwicklung, rechtliche Grundlagen und Zuständigkeit nachzuzeichnen (**III.**). Im Anschluss wird der Begriff des internationalen Gewalteinsatzes analysiert und der rechtliche Rahmen der Gewaltanwendung aufgezeigt (**B.**). Daran anschließend widmet sich der Beitrag den Möglichkeiten und Grenzen des *IGH* in der rechtlichen Steuerung internationaler Gewaltanwendung (**C.**), insbesondere seiner Rolle als Forum für Austausch (**C. II. 1.**), seiner Funktion als Streitbeilegungsorgan (**C. II. 2.**) und seiner Fähigkeit zur Rechtsfortbildung (**C. II. 4.**). Die Grenzen seiner Wirksamkeit (**C. III.**) werden anhand juristischer, politischer und institutioneller Hindernisse untersucht. Darauf aufbauend wird die Rolle des *IGH* bei der Aufarbeitung internationaler Gewaltanwendung betrachtet (**D.**), wobei Fragen der Tatsachenfeststellung, Verantwortlichkeitszuschreibung und möglicher Rechtsfolgen wie Reparationsansprüche analysiert werden. Abschließend wird die zentrale Fragestellung der Arbeit aufgegriffen, nämlich inwiefern der *IGH* internationale Gewaltanwendung rechtlich steuern und aufarbeiten kann (**E.**). Dabei wird bewertet, welche Möglichkeiten und Grenzen sich in der Praxis zeigen und welchen tatsächlichen Einfluss der Gerichtshof im internationalen System hat.

⁸ *Tagesschau*, Iran greift Israel an, 14.4.2024, abrufbar unter: <https://www.tagesschau.de/ausland/asien/iran-drohnen-114.html> (zuletzt abgerufen am 11.3.2025).

III. Der IGH

Der IGH ist das Hauptrechtsprechungsorgan der *Vereinten Nationen* (Art. 93 UNCh). Als Nachfolger des *Ständigen Internationalen Gerichtshofs* (StIGH),⁹ der seine Tätigkeit im Jahre 1922 aufnahm,¹⁰ lässt sich die historische Entwicklung des IGH als kontinuierlichen Prozess der Institutionalisierung und Formalisierung der internationalen Rechtsprechung verstehen.¹¹ Mit der Implementierung eines Internationalen Gerichtshofs wurde ein dauerhafter Mechanismus der gerichtlichen Rechtsdurchsetzung im Staatenverhältnis geschaffen und damit das Völkerrecht institutionell in erheblichem Maße ausgebaut. Der IGH ist weder als Rechtssubjekt mit dem StIGH identisch, noch setzt er dessen Rechtspersönlichkeit fort.¹² Inhaltlich basiert er jedoch auf dem StIGH und knüpft an dessen Rechtsprechung sowie Zuständigkeit an.¹³

Die rechtlichen Grundlagen des IGH sind eng mit der Gründung der *Vereinten Nationen* und der Verabschiedung ihrer Charta verbunden.¹⁴ Art. 92 bis 96 der UNCh widmen sich der Einrichtung und dem Aufbau des IGH und verweisen weitergehend auf das Statut des Internationalen Gerichtshofs (IGHSt), welches nach Art. 92 Abs. 1 UNCh integraler Bestandteil der Charta der Vereinten Nationen ist. Mit der Auflösung des StIGH durch Beschluss der letzten Richter am 31.1.1946¹⁵ und der Errichtung des IGH als Hauptrechtsprechungsorgan der *Vereinten Nationen* wurde diese Kontinuität der Gerichtsbarkeit rechtlich abgesichert. Art. 37 IGHSt stellt klar, dass bestehende Verweise auf den StIGH fortan als Verweise auf den IGH gelten.¹⁶ Damit wurde das IGH-Statut de facto und de jure zum maßgeblichen Regelwerk, das als integraler Bestandteil der UN-Charta gilt.¹⁷ Alle UN-Mitgliedsstaaten sind kraft ihrer Mitgliedschaft zugleich Parteien des IGHSt (Art. 93 Abs. 2 UNCh). Staaten, die nicht Mitglieder der

⁹ Oellers-Frahm, in: Simma/Khan/Nolte/Paulus, *The Charter of the United Nations: A Commentary*, 3. Aufl. 2012, Art. 92 Rn. 11.

¹⁰ *International Court of Justice*, Permanent Court of International Justice, abrufbar unter: <https://www.icj-cij.org/pcij> (zuletzt abgerufen am 11.3.2025).

¹¹ Vgl. Richemond-Barak, Rosenne's *The World Court – What It Is and How It Works*, 7. Aufl. 2020, S. 4 ff.

¹² Oellers-Frahm, in: Simma (Fn. 9), Art. 92 Rn. 12 f.; Spiermann, in: Zimmermann (Fn. 4), *Introduction* Rn. 2 ff.; Walter, in: Ehlers/Schoch, *Rechtsschutz im Öffentlichen Recht*, 1. Aufl. 2021, § 2 Rn. 8.

¹³ Epping, in: Ipsen, *Völkerrecht*, 8. Aufl. 2024, § 59 Rn. 42; Oellers-Frahm, in: Simma (Fn. 9), Art. 92 Rn. 13.

¹⁴ BGBl. 1973, Teil II, S. 505 ff.

¹⁵ *International Court of Justice*, *The Permanent Court of International Justice (PCIJ)*, abrufbar unter: <https://www.icj-cij.org/pcij> (zuletzt abgerufen am 11.3.2025).

¹⁶ Oellers-Frahm, in: Simma (Fn. 9), Art. 92 Rn. 15.

¹⁷ *Ebd.*, Art. 92 Rn. 18.

Vereinten Nationen sind, können dem IGHSt unter bestimmten Voraussetzungen ebenfalls beitreten und damit als Partei vor dem *IGH* auftreten (Art. 93 Abs. 2 UNCh). Dieser wendet gemäß Art. 38 Abs. 1 UNCh das Völkerrecht ohne Beschränkungen auf ein bestimmtes Vertragssystem an¹⁸ und ist damit die einzige internationale gerichtliche Institution, die sowohl dauerhaft allen Staaten offensteht als auch für alle Sachgebiete zuständig ist¹⁹ und dabei einer festen Verfahrensordnung folgt („Weltgerichtshof“).²⁰

Grundsätzlich sind zwei verschiedene Verfahrensarten vor dem *IGH* zu unterscheiden: Das Streitverfahren gemäß Art. 36 Abs. 1 Alt. 1 IGHSt und das Gutachtenverfahren gemäß Art. 96 UNCh. Die Durchführung des Streitverfahrens vor dem *IGH* erfordert die Feststellung seiner Zuständigkeit. Diese hat drei wesentliche Voraussetzungen: Die Parteifähigkeit der vor ihm auftretenden Streitparteien (Art. 34 Abs. 1, 35 IGHSt),²¹ deren Unterwerfung unter die Gerichtshoheit des *IGH* in der konkreten Angelegenheit²² und die Zulässigkeit des Klagegegenstands.²³ Im Rahmen des Gutachtenverfahrens kann der *IGH* auf Ersuchen eines dazu befähigten Organs ein Gutachten zu jeder

¹⁸ *Ebd.*, Art. 92 Rn. 31.

¹⁹ Die umfassende Zuständigkeit des *IGH* für völkerrechtliche Streitigkeiten zeigt sich in seiner vielseitigen Rechtsprechung. Vgl. dazu: Territoriale Streitigkeiten, z. B. *IGH*, Territorial Dispute (*Libyen v. Tschad*), Urt. v. 3.2.1994, ICJ-Reports 1994, 6 ff.; Land, Island and Maritime Frontier Dispute (*El Salvador v. Honduras*), Urt. v. 11.9.1992, ICJ-Reports 1992, 351 ff.; Frontier Dispute (*Burkina Faso v. Mali*), Urt. v. 22.12.1986, ICJ-Reports 1986, 554 ff.; Staatsangehörigkeitsrecht, z. B. *IGH*, Nottebohm (*Liechtenstein v. Guatemala*), Urt. v. 6.4.1955, ICJ-Reports 1955, 4 ff.; wirtschaftsrechtliche Streitigkeiten, z. B. *IGH*, Anglo-Iranian Oil Co. Case (*Vereinigtes Königreich v. Iran*), Urt. v. 22.7.1952, ICJ-Reports 1952, 93 ff.; Diplomatenrecht, z. B. *IGH*, United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (*USA v. Iran*), Urt. v. 24.5.1980, ICJ-Reports 1980, 3 ff.; internationales Organisationsrecht, z. B. *IGH*, Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, Gutachten v. 29.4.1999, ICJ-Reports 1999, 62 ff.; völkerrechtliche Haftung, z. B. *IGH*, Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Gutachten v. 11.4.1949, ICJ-Reports 1949, 174 ff.; Seerecht, z. B. *IGH*, Continental Shelf (*Libyen v. Malta*), Urt. v. 3.6.1985, ICJ-Reports 1985, 13 ff.; Umweltrecht, z. B. *IGH*, Gabčíkovo-Nagymaros Project (*Ungarn v. Slowakei*), Urt. v. 25.9.1997, ICJ-Reports 1997, 3 ff.

²⁰ Vgl. *Abi-Saab*, The International Court as a World Court, in: Fifty Years of the International Court of Justice, 1996; *Bernhardt*, World Court Digest, 1. Aufl. 1993; *Jennings/Higgins/Tomka*, in: Zimmermann (Fn. 4), Introduction Rn. 6; *Oellers-Frahm*, in: Simma (Fn. 9), Art. 92 Rn. 1 ff.; *Richemond-Barak*, Rosenne's The World Court (Fn. 11).

²¹ *Epping*, in: Ipsen (Fn. 13), § 59 Rn. 53; *Oellers-Frahm*, in: Simma (Fn. 9), Art. 92 Rn. 83.

²² *Epping*, in: Ipsen (Fn. 13), § 59 Rn. 54 ff.; *Oellers-Frahm*, in: Simma (Fn. 9), Art. 92 Rn. 84 ff.

²³ *Epping*, in: Ipsen (Fn. 13), § 59 Rn. 65; *Oellers-Frahm*, in: Simma (Fn. 9), Art. 92 Rn. 87 ff.

Rechtsfrage erstellen (Art. 96 Abs. 1 UNCh). Der *IGH* entscheidet nach eigenem Ermessen darüber, ob er ein entsprechendes Gutachtensuchen annimmt, wobei nur zwingende Gründe („*compelling reasons*“) eine Ablehnung rechtfertigen.²⁴

B. Vorüberlegungen zum internationalen Gewalteinsatz

I. Untersuchungsgegenstand

Der Untersuchungsgegenstand ist mit dem „Internationalen Gewalteinsatz“ ein rechtlich nicht klar gefasster Begriff. Im Folgenden soll daher zunächst dargelegt werden, was der *IGH* unter „Gewalt“ versteht.

Der normative Ausgangspunkt für eine Auseinandersetzung mit dem Gewaltbegriff im internationalen Kontext ist Art. 2 Nr. 4 UNCh. Wegen dessen offenen Wortlauts sind Umfang und Tragweite umstritten.²⁵ Nach der heute herrschenden Auffassung ist damit militärische beziehungsweise bewaffnete Gewalt gemeint, einschließlich sogenannter *measures short of war*.²⁶ Dies bestätigt die Spruchpraxis des *IGH*, der den Begriff der Gewalt in seinen Urteilen ausschließlich im Kontext von militärischer Gewalt benutzte.²⁷

Angepasst an die Bedürfnisse der heutigen Gemeinschaft, in der aufgrund veränderter politischer Ziele vermehrt indirekte Gewaltanwendung begünstigt wird, fasst der *IGH* unter „Gewalt“ – bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen – allerdings auch indirekte Gewalt.²⁸ Darunter fallen Handlungen, bei denen ein Staat Gewalt durch Unterstützung, Steuerung oder

²⁴ *IGH*, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Gutachten v. 8.7.1996, ICJ-Reports 1996, 226 (234); Western Sahara, Gutachten v. 16.10.1975, ICJ-Reports 1975, 3 (21); Ipsen, in: Ipsen (Fn. 13), § 59 Rn. 81.

²⁵ Vgl. Heinegg, in: Ipsen (Fn. 13), § 55 Rn. 18 f.; Randelzhofer/Dörr, in: Simma (Fn. 9), Art. 2 (4) Rn. 14 ff.

²⁶ Arnould, Völkerrecht, 5. Aufl. 2023, § 13 Rn. 1046; Heinegg, in: Ipsen, (Fn. 13), § 55 Rn. 18 f.; Kreß, Zur Lage des völkerrechtlichen Gewaltverbots, in: Zeitschrift für Außen- und Sicherheitspolitik 12 (2019), 454 (455).

²⁷ Vgl. *IGH*, Corfu Channel Case (*Großbritannien v. Albanien*), Urt. v. 9.4.1949, ICJ-Reports 1949, 4 ff.; Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (*Nicaragua v. USA*), Urt. v. 27.6.1986, ICJ-Reports 1986, 14 ff.; Oil Platforms (*Iran v. USA*), Urteil v. 6.11.2003, ICJ-Reports 2003, 161 ff.

²⁸ „*effective-control*“, siehe dazu: *IGH*, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (*Nicaragua v. USA*), Urt. v. 27.6.1986, ICJ-Reports 1986, 14 (64 f.); Randelzhofer/Dörr, in: Simma (Fn. 9), Art. 2 (4) Rn. 23 ff.

Finanzierung nicht-staatlicher Akteure ausübt, um das Gewaltverbot zu umgehen, ohne selbst direkt militärisch aktiv zu werden.²⁹

Versuche einzelner Staaten zur Ausweitung des Gewaltbegriffs auf Formen politischen und wirtschaftlichen Zwangs blieben erfolglos.³⁰ Zwar schließt der Wortlaut des Art. 2 Nr. 4 UNCh dies nicht aus, allerdings bestätigte der IGH in kontinuierlicher Rechtsprechung, dass eine derartige Ausweitung mit den Zielen der UNCh unvereinbar ist.³¹

Der „Einsatz“ der Gewalt ist mit der Anwendung gleichzusetzen. Die bloße Androhung von Gewalt ist folglich nicht Gegenstand dieses Beitrags. „International“ spielt auf das Element der Zwischenstaatlichkeit an, setzt also einen grenzübergreifenden Sachverhalt voraus.³²

II. Rechtlicher Rahmen der Gewaltanwendung

Der rechtliche Rahmen des Gewalteinsatzes umfasst eine Vielzahl an Normen und Prinzipien, die darauf abzielen, den Einsatz von Gewalt zu begrenzen und zu regulieren.³³ Mit der Einführung des Art. 2 Nr. 4 UNCh ist es den Staaten gelungen, ein weitreichendes Gewaltverbot zu formulieren.³⁴ Der Art. 2 Nr. 4 UNCh wird vom IGH selbst als „cornerstone of the United Nations Charter“³⁵ bezeichnet und statuiert die Basis zwischenstaatlichen Zusammenlebens.³⁶ Auch außerhalb der UNCh stellt das Gewaltverbot geltendes Völkergewohnheitsrecht dar.³⁷ Trotz des grundsätzlichen Verbots der Anwendung von militärischer Gewalt erkennt die UNCh bestimmte Ausnahmen an, insbesondere das Recht auf Selbstverteidigung gemäß Art. 51 UNCh sowie die Ermächtigung durch den UN-Sicherheitsrat nach Art. 42 UNCh.³⁸ Diese Tatbestände stehen im Regel-

²⁹ Randelzhofer/Dörr, in: Simma (Fn. 9), Art. 2 (4) Rn. 23 ff.

³⁰ Heinegg, in: Ipsen (Fn. 13), § 55 Rn. 18.

³¹ Chehtman, in: The Cambridge Companion to – The International Court of Justice, 1. Aufl. 2023, S. 452; Heinegg, in: Ipsen (Fn. 13), § 59 Rn. 18.

³² Randelzhofer/Dörr, in: Simma (Fn. 9), Art. 2 (4) Rn. 16 ff.

³³ Randelzhofer/Dörr, in: Simma, (Fn. 9); Art. 2 (4) Rn. 2.

³⁴ Im Gegensatz zum Kriegsverbot des Briand-Kellogg-Pakt von 1928. Siehe dazu: Ebd., Art. 4 IV Rn. 11 ff.; Randelzhofer/Dörr, in: Simma (Fn. 9), Art. 2 (4) Rn. 12.

³⁵ IGH, Armed Activities on the Territory of the Congo (*Demokratische Republik Kongo v. Uganda*), Urte. v. 19.12.2005, ICJ-Reports 2005, 168 (223). Bestätigend siehe IGH, Oil Platforms (*Iran v. USA*), Urteil v. 6.11.2002, Sondervotum v. Richter Elaraby, ICJ-Reports 2003, 161 (291).

³⁶ Randelzhofer/Dörr, in: Simma (Fn. 9), Art. 2 (4) Rn. 71 ff.

³⁷ IGH, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (*Nicaragua v. USA*), Urte. v. 27.6.1986, ICJ-Reports 1986, 14 (102).

³⁸ Ebd.

Ausnahme-Verhältnis zum allgemein geltenden Gewaltverbots und unterliegen strengen Bedingungen.³⁹ Zwar werden im völkerrechtlichen Diskurs häufig über die Bestimmungen der UNCh hinausgehende Rechtfertigungsgründe vorgebracht, deren Umfang, Reichweite und sogar Existenz sind jedoch umstritten.⁴⁰

Eine bedeutende Rolle kommt zudem dem humanitären Völkerrecht zu, das im Kontext bewaffneter Konflikte komplexe Normen zur Regulierung des Verhaltens der Konfliktparteien bereitstellt.⁴¹ Es zielt darauf ab, dass auch in Zeiten bewaffneter Auseinandersetzungen gewisse grundlegende humanitäre Standards eingehalten werden, um unnötiges Leiden zu vermeiden und einen Ausgleich zwischen militärischen Interessen einerseits und der Bewahrung von Menschlichkeit andererseits zu schaffen. Ausdruck findet dieser Grundsatz unter anderem in Art. 51 Abs. 5 lit. b und Art. 57 Abs. 2 lit. a Zusatzprotokoll I zu den Genfer Abkommen vom 12. August 1949 über den Schutz der Opfer internationaler bewaffneter Konflikte.

C. Möglichkeiten und Grenzen der rechtlichen Steuerung

Es stellt sich nun die Frage der Möglichkeiten und Grenzen der rechtlichen Steuerung internationaler Gewaltanwendung durch den IGH. Im Rahmen diese Beitrags wird unter „rechtlichen Steuerung“ im Kontext internationaler Gewaltanwendung die zielorientierte und bewusste Gestaltung sowie Steuerung von Konflikten verstanden, d. h. die Gesamtheit der Anstrengungen, durch die eine Konfliktsituation neu gestaltet werden soll.

I. Bedeutung internationaler Gerichte für die Steuerung der Gewaltanwendung

Der Gedanke der Implementierung eines rechtlichen Mechanismus zur Steuerung internationaler Gewaltanwendung lässt sich bis zur Friedenskonferenz

³⁹ Dies gilt zumindest nach der europäischen Völkerrechtslehre (siehe hierzu: *Randelzhofer/Dörr*, in: Simma (Fn. 9), Art. 2 (4) Rn. 44 ff.). Auch in der US-amerikanischen Völkerrechtslehre wird die grundlegende Geltung des Gewaltverbots nicht bestritten; vielmehr konzentrieren sich abweichende Auffassungen auf die Reichweite der Rechtfertigungsgründe. Vgl. dazu *Glennon*, *How International Rules Die*, *Georgetown Law Journal*, Vol. 93 (2005), 939 ff.

⁴⁰ Vgl. *Heinegg*, in: Ipsen (Fn. 13), § 56 Rn. 46 ff.

⁴¹ *Seidl-Hohenveldern* spricht von „Humanisierung der Kriegsführung“, siehe *Seidl-Hohenveldern*, in: *Seidl-Hohenveldern*, *Lexikon des Rechts*, 3. Aufl. 2001, S. XXIX. Zur Rolle des IGH in der Durchsetzung des humanitären Völkerrechts, siehe *Higgins*, *Themes and Theories – Selected Essays, Speeches, and Writings in International Law*, Bd. 1, 1. Aufl. 2009, S. 307.

von Den Haag im Jahr 1899 zurückverfolgen.⁴² Der aus dieser Konferenz hervorgehende *Ständige Schiedshof* und später der *SIIGH* (der Vorläufer des heutigen *IGH*) dienten als Versuche, Konflikte durch rechtliche Mittel zu lösen.⁴³ Sie gründeten sich auf der Hoffnung, dass die Autorität eines Richterspruchs dazu führen kann, einen Streit zu beenden, der auf internationaler Ebene das besondere Risiko einer kriegerischen Auseinandersetzung birgt.⁴⁴ Sie reflektieren insofern das Bewusstsein dafür, dass aus subjektiver Sicht schwer zu bestimmen ist, wer mit seiner Gewalt objektiv im Recht ist.⁴⁵ Vielmehr wird die Notwendigkeit eines neutralen Mechanismus erkannt, der von einem Konsens der beteiligten Staaten getragen wird und nach vorgegebenen rechtlichen Maßstäben entscheidet, um Konflikte zu entschärfen und einen langfristigen Frieden zu sichern.

II. Die Möglichkeiten des *IGH*

1. Bereitstellung eines Forums für Austausch

Der *IGH* bietet durch die Austragung gerichtlicher Verfahren ein Forum für den Austausch zwischen den Streitparteien, in dem Konflikte durch friedliche Verhandlungen bereinigt werden können. Dabei wird bereits früh im Streitverfahren darauf geachtet, die Parteien aktiv in die Lösungsfindung einzubeziehen. So sieht Art. 42 Abs. 2 *IGHSt* vor, dass alle Parteien umgehend kontaktiert werden, sobald eine Klage anhängig gemacht wird. Außerdem können die Streitparteien gemäß Art. 43 Abs. 5 *IGHSt* im Rahmen des mündlichen Verfahrens ihre Ansichten unter Vorschau der Beweise vortragen.⁴⁶ Durch diese dialogische Struktur des gerichtlichen Verfahrens werden die

⁴² RGBl. 1901, 393; 1910, 5.

⁴³ Mosler, in: Simma, Charta der Vereinten Nationen Kommentar, 1. Aufl. 1991, Art. 92 Rn. 34; Oellers-Frahm, in: Simma (Fn. 9), Art. 92 Rn. 1 ff.

⁴⁴ Vgl. Epping, in: Ipsen (Fn. 13), § 59 Rn. 36.

⁴⁵ Siehe hierzu das Paradox des *bellum iustum ex utraque parte*, das insbesondere in der Spätscholastik durch Francisco de Vitoria (1483–1546) thematisiert wurde. Die *bellum iustum*-Lehre, die ursprünglich in der Antike und im Mittelalter entwickelt wurde, ging davon aus, dass ein Krieg gerecht sei, wenn er einer gerechten Sache (*iusta causa*) diene und mit der rechten Gesinnung (*recta intentio*) geführt wurde. Diese Kriterien führten jedoch zu einem grundlegenden Problem, das Vitoria erkannte: Da beide Konfliktparteien für sich beanspruchen konnten, im Recht zu sein, wurde es unmöglich, objektiv zu bestimmen, welche Seite tatsächlich gerecht handelte, vgl. Kastner, Vom „gerechten Krieg“ zur Ächtung des Krieges, JA 1999, 705 ff.

⁴⁶ Siehe dazu exemplarisch: *IGH*, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (*Südafrika v. Israel*), Verbatim-Protokoll 2024/1, S. 21 ff.

Parteien gezwungen, sich auf einen argumentativen Diskurs einzulassen.⁴⁷ Schließlich ist jede Partei verpflichtet, ihre Position anhand des geltenden, vom Gerichtshof zu interpretierenden Rechts, zu begründen und zu legitimieren. Dies führt dazu, dass die Vielschichtigkeit der Konfliktlinien auf einen rechtlichen Grundgehalt reduziert wird.⁴⁸

Der IGH tritt hierbei nicht nur als zur Objektivität verpflichteter Moderator des Geschehens auf, sondern trägt auch selbst zur Konfliktlösung bei.

a) IGH als „Katalysator“

Bereits der StGH stellte in seinem Gutachten zum *Railway Traffic Case* zwischen Litauen und Polen fest, dass die Funktion der gerichtlichen Streitbeilegung nicht nur darin liegt, in Verhandlungen einzutreten, sondern diese auch so weit wie möglich voranzutreiben.⁴⁹ So kann er etwa auf die Bereitschaft der Parteien einwirken, ihre Standpunkte und Prämissen zu überdenken, indem er ihre Ausführungen überprüft und bisher übersehene Probleme aufdeckt. Damit schaltet sich eine unabhängige Partei in die Tatsachenforschung ein und bringt den Diskurs voran.⁵⁰

b) IGH als „Vermittler“

Nicht zu vernachlässigen ist zudem die Rolle des IGH als eine Art Vermittler zwischen den Parteien, um außergerichtliche Einigungen mit dem Ziel einer friedlichen Bereinigung des Konflikts zu erreichen. Dabei steht ihm einerseits offen, die Parteien zur Einigung untereinander zu ermutigen: „*pending a decision of the Court on the merits, any negotiation between the Parties with a view to achieving a direct and friendly settlement is to be welcomed*“⁵¹, um Konfliktsituationen noch vor einer endgültigen Entscheidung beizulegen. Realistisch ist aber ebenso, den Parteien durch ein Urteil Entscheidungsparameter und -prinzipien an die Hand zu geben, um den Konflikt anschließend in Eigenregie beizulegen.⁵²

⁴⁷ Grasern, Verfahrensboykott vor dem Internationalen Gerichtshof – Sachverhaltsermittlung und Beweiswürdigung, AVR 1987, 460 (475).

⁴⁸ Siehe dazu IGH, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. USA)*, Memorial Nicaragua v. 30.4.1985, 3 (132).

⁴⁹ StGH, *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*, Series A/B, No. 42, 1931, Rn. 31.

⁵⁰ Deiseroth, *Stärkung des Völkerrechts durch Anrufung des Internationalen Gerichtshofs*, 1. Aufl. 2004, S. 139.

⁵¹ IGH, *Passage through the Great Belt (Finland v. Denmark)*, Anordnung v. 29.7.1991, Rn. 35.

⁵² IGH, *Frontier Dispute (Burkina Faso v. Mali)*, Anordnung v. 9.4.1987, S. 4.

Auch wenn diese Form der Vermittlung im Kontext bewaffneter Konflikte in der Vergangenheit noch nicht zur Anwendung gekommen ist, hat der frühere Vizepräsident des IGH, Richter *Christopher Weeramantry*, rückbeziehend auf ein Sondervotum des polnischen IGH-Richters *Manfred Lachs*,⁵³ die vermittelnde Tätigkeit des IGH und ihre Bedeutung im Kontext kriegesischer Konflikte wie folgt hervorgehoben:

*[...] the Court can lend its good offices and encouragement towards the settlement of a dispute by the Parties themselves. Such procedure also has a proven value [...]. This assumes great practical significance especially in the context of a dispute involving the daily loss of life where at the same time diplomatic initiatives are afoot for the settlement of the dispute.*⁵⁴

Dazu ist anzumerken, dass diese Form der Abhilfe in der friedlichen Beilegung von Streitigkeiten außerhalb des IGH zwar nicht explizit im IGHSt vorgesehen wird, sich allerdings aus einer Zusammenschau von UNCh, IGHSt und den Zielen der *Vereinten Nationen* eine inhärente Kompetenz des IGH annehmen lässt.⁵⁵ Auch wenn der IGH nicht in der Lage ist, die Parteien zu Verhandlungen zu verpflichten,⁵⁶ hat sich die Methode in zahlreichen Konstellationen bewährt⁵⁷ und birgt die große Chance, durch frühzeitige Verhandlungen zwischen den Parteien Eskalationen zu verhindern.

2. Streitbeilegung durch Urteil

Die UNCh sieht in Art. 33 UNCh die „gerichtliche Entscheidung“ als eine der gebotenen und völkerrechtlich zulässigen Möglichkeiten zur Beilegung eines Streits zwischen Staaten vor. Teilweise wird die gerichtliche Streitbeilegung sogar als Kernfunktion des IGH betrachtet (vgl. Art. 38 IGHSt).⁵⁸

Bewaffnete Konflikte haben ihre Ursprünge häufig weit vor der endgültigen Eskalation der Gewalt und sind letztlich eine Verkörperung widerstreitender Interessen der jeweiligen Parteien.⁵⁹ Der IGH stellt den Versuch dar, diese

⁵³ IGH, United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (*USA v. Iran*), Urt. v. 24.5.1980, Sondervotum v. Richter *Sachs*, ICJ-Reports 1980, 3 (49).

⁵⁴ IGH, Legality of Use of Force (*Serbien und Montenegro v. Belgien*), Anordnung v. 2.6.1999, Sondervotum v. Richter *Weeramantry*, ICJ-Reports 1999, 124 (197).

⁵⁵ Vgl. *Ebd.*, S. 197 f.

⁵⁶ IGH, United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (*USA v. Iran*), Urt. v. 24.5.1980, Sondervotum von Richter *Lachs*, ICJ-Reports 1980, 3 (49).

⁵⁷ IGH, Frontier Dispute (*Burkina Faso v. Mali*), Anordnung v. 9.4.1987, ICJ-Reports 1987, 7 ff.

⁵⁸ *Deiseroth* (Fn. 50), S. 137.

⁵⁹ Vgl. IGH, Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Ukraine v. Russland*) Memorial der Ukraine v. 1.7.2022, abrufbar unter: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case->

politischen Streitigkeiten anhand von Recht und Gesetz aufzulösen und damit abseits eines politischen Machtgefälles und des Einflusses der Staaten neutral und verbindlich zu entscheiden.⁶⁰ Das wesentliche Element besteht darin, die konkurrierenden Positionen und Interpretationen zu bearbeiten und der Eskalationsdynamik von Maßnahmen und Gegenmaßnahmen Einhalt zu gebieten.⁶¹

Dazu ist der *IGH* berufen, einen realen Sachverhalt mitsamt seinen politischen, ökonomischen, religiösen und kulturellen Indikationen auf für das gerichtliche Verfahren entscheidungsrelevante Tatsachen und Rechtsnormen zu reduzieren, um über dessen Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit zu entscheiden.⁶² Die Entscheidung liegt dabei in den Händen der aus allen Rechtskreisen der Welt kommenden und im höchsten Maße qualifizierten Richter, die nach geheimer Beratung mit einfacher Mehrheit der anwesenden Richter über Anträge entscheiden (vgl. Art. 2, 3, 9, 55 IGHSt). Um dem Anspruch eines unabhängigen Streitschlichtungsorgans gerecht zu werden, müssen die Richter frei sein, Fälle gerecht und lediglich auf Grundlage von Feststellungen und des Völkerrechts entscheiden zu können.⁶³ Vor diesem Hintergrund wurde durch das IGHSt eine die politische Instrumentalisierung eindämmende Organisationsstruktur geschaffen (siehe beispielsweise Art. 2, 3, 16, 17, 18, 19, 24, 32 IGHSt). Damit gehen zahlreiche Abschirmungsmechanismen einher.⁶⁴ So können nach Art. 18 Abs. 1 IGHSt Richter nur durch einstimmigen Beschluss der übrigen Richter ihres Amtes enthoben werden und genießen gemäß Art. 19 IGHSt bei der Wahrnehmung ihres Amtes diplomatische Vorrechte und Immunitäten. Nicht zuletzt soll sie ihre herausragende Befähigung, wie sie Art. 2 IGHSt verlangt („of

related/182/182-20220701-wri-01-00-en.pdf (zuletzt abgerufen am 12.4.25), S. 8-36; Preliminary objections of the Russian Federation v. 3.10.2022, abrufbar unter: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/182/182-20221003-wri-01-00-en.pdf> (zuletzt abgerufen am 12.4.25), S. 8-32. Beide Seiten stellen den Konflikt unterschiedlich dar: Während die *Ukraine* ihn als Folge russischer Aggression und völkerrechtswidriger Annexion ukrainischen Territoriums beschreibt, argumentiert *Russland*, dass die Auseinandersetzung bereits 2014 begann und eine Reaktion auf ukrainische Militäroperationen gegen die selbsternannten Volksrepubliken Donezk und Luhansk sei.

⁶⁰ Vgl. *Oellers-Frahm*, in: Simma (Fn. 9), Art. 92 Rn. 108; *Pellet/Müller*, in: Zimmermann (Fn. 4), Art. 38 Rn. 55 ff.

⁶¹ *Bogdandy/Verzár*, In wessen Namen? Internationale Gerichte in Zeiten globalen Regierens, 1. Aufl. 2014, S. 44.

⁶² Vgl. *Mosler*, in: Simma, UNCh Kommentar (Fn. 43), Art. 92 Rn. 55 f.

⁶³ *Aznar/Methymaki*, in: Zimmermann (Fn. 4), Art. 2 Rn. 9.

⁶⁴ *Thirlway*, The International Court of Justice, 2016, S. 11 f.

*high moral character*⁶⁵), befähigen, dem dauerhaften und verschiedenartigen Druck standzuhalten.⁶⁵

a) Streitverfahren („Contentious Cases“)

Die primäre Aufgabe des IGH ist es, nach Art. 38 Abs. 1 IGHSt die ihm unterbreiteten Streitigkeiten zu entscheiden. Im Zentrum des Gerichtshofs steht sein Streitverfahren, dessen Ziel in der Rechtsverwirklichung und damit einhergehend der friedlichen Streitbeilegung durch bindendes Urteil (Art. 59 UNCh) liegt.⁶⁶ In diesem Zuge kann der IGH die Parteien zur Einhaltung des Völkerrechts und sofortigen Beendigung der Gewalt aufrufen.⁶⁷ Die Mitglieder der Vereinten Nationen sind nach Art. 94 Abs 1 UNCh verpflichtet, in jedem Streitfall, in dem sie Partei sind, sich der Entscheidung des IGH zu fügen. Dabei bleibt die Bindungswirkung von der Abwesenheit einer Partei unberührt.⁶⁸

Dennoch ist es wichtig anzumerken, dass aufgrund des zeitlichen Verzugs zwischen der Einleitung des Verfahrens und dem Urteilsspruch nur begrenzt Einfluss auf den Verlauf der Gewalt genommen werden kann. Oftmals ist die Gewaltanwendung zum Zeitpunkt des Urteils bereits abgeschlossen oder weit fortgeschritten, was bedeutet, dass das Gerichtsurteil in erster Linie eine retrospektive Funktion einnimmt.⁶⁹ Nichtsdestotrotz ist seine unmittelbare Wirkung auf den Konfliktverlauf nicht zu unterschätzen. Immerhin birgt die Aussicht darauf, vor dem IGH zur Rechenschaft gezogen zu werden, ein erhebliches Abschreckungspotential und könnte Staaten dazu veranlassen, vorsichtiger und zurückhaltender zu agieren, wenn es um die Anwendung von Gewalt oder die Verletzung völkerrechtlicher Normen geht. Eine Verurteilung vor dem IGH ist an einen nicht unerheblichen Ansehensverlust geknüpft und kann sowohl politische als auch wirtschaftliche Konsequenzen nach sich

⁶⁵ Dazu Prott, Der internationale Richter im Spannungsfeld der Rechtskulturen, 1. Aufl. 2023, S. 43 f.; Aznar-Gómez, in: Zimmermann (Fn. 4), Art. 2 Rn. 11.

⁶⁶ Cranford/Baetans/Cameron, in: The Cambridge Companion to – The International Court of Justice (Fn. 33), S. 21.

⁶⁷ IGH, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (*Nicaragua v. USA*), Urt. v. 27.6.1986, ICJ-Reports 1986, 14 (149).

⁶⁸ IGH, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (*Nicaragua v. USA*), Urt. v. 27.6.1986, ICJ-Reports 1986, 14 (23); United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (*USA v. Iran*), Urt. v. 24.5.1980, ICJ-Reports 1980, 3 (18).

⁶⁹ So etwa im Fall „Oil Platforms“, in dem der IGH erst 2003 ein Urteil über Vorfälle aus den Jahren 1987–1988 fällte: IGH, Oil Platforms (*Iran v. USA*), Urt. v. 6.11.2003, ICJ-Reports 2003, 161 ff.

ziehen.⁷⁰ Nicht zu unterschätzen ist darüber hinaus die öffentliche Aufmerksamkeit, die mit einem Streitverfahren vor dem *IGH* einhergeht. Dadurch kann auf nationaler und internationaler Ebene Druck auf Staaten ausgeübt werden, sich völkerrechtskonform zu verhalten.⁷¹

b) Gutachtenverfahren

Zwar betonte der *IGH* im Gutachten zu Nuklearwaffen, dass die Konfliktlösung gerade nicht Zweck des Gutachtenverfahrens ist,⁷² nichtsdestotrotz bildet die Entscheidung des Gutachtens die Rechtsauffassung des *IGH* ab und baut politischen Druck auf. Damit eignet sich das Streitverfahren zumindest als indirektes Instrument der Streitbeilegung.⁷³

In der Praxis wurde das Gutachtenverfahren im Kontext bewaffneter Gewalt nur in wenigen Fällen und ausschließlich von der *UN-Generalfversammlung* angefordert. Dies geschah insbesondere in Konstellationen, in denen die Arbeit des *UN-Sicherheitsrats* durch ein Veto⁷⁴ blockiert wurde.⁷⁵ In seiner Rechtsprechung hat der Gerichtshof angedeutet, dass ein Zusammenhang zwischen der Frage, die Gegenstand eines Antrags ist, und der Tätigkeit des antragenden Organs bestehen muss.⁷⁶ Tatsächlich wurde allerdings noch kein Gutachtensuchen der in Art. 96 Abs. 1 UNCh genannten Organe vom *IGH* abgelehnt.⁷⁷ Grund dafür ist das weite Aufgabenfeld der *UN-Generalfversammlung* aus Art. 10 UNCh, das ihr einräumt, sich mit allen Fragen und Angelegenheiten im Rahmen der UNCh auseinanderzusetzen.⁷⁸ Dadurch eröffnet sich die Möglichkeit,

⁷⁰ Ipsen, in: Ipsen (Fn. 13), § 59 Rn. 74; vgl. Sachs, Rechtsdurchsetzung bei Entscheidungen des *IGH* – Möglichkeiten und Grenzen des Sicherheitsrates, in: Sicherheit und Frieden, 2006, S. 144 (146).

⁷¹ Tagesschau, Russland muss Krieg in Ukraine stoppen, 16.2.2022, abrufbar unter: <https://www.tagesschau.de/ausland/europa/igh-zu-ukraine-101.html> (zuletzt abgerufen am 11.3.2025).

⁷² *IGH*, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Gutachten v. 8.7.1996, ICJ-Reports 1996, 226 (236).

⁷³ Walter, in: Walter/Ungern-Sternberg/Abushov, Self-Determination and Secession in International Law, 1. Aufl. 2014, S. 18.

⁷⁴ Resolutionsentwurf S/1997/199; S/PV.3747; S/1997/241; S/PV.3756.

⁷⁵ *IGH*, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Gutachten v. 8.7.1996, ICJ-Reports 1996, S. 226 ff.; Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Gutachten v. 9.7.2004, ICJ-Reports 2004, 136 ff.

⁷⁶ *IGH*, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Gutachten v. 9.7.2004, ICJ-Reports 2004, 136 (145).

⁷⁷ Einziges Beispiel einer Ablehnung eines Gutachtensuchens: *StIGH*, Status of Eastern Carelia, Gutachten v. 23.7.1923, PCIJ Series B No. 5, S. 5, Rn. 27 ff.

⁷⁸ *IGH*, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Gutachten v. 9.7.2004, ICJ-Reports 2004, 136 (145).

Rechtseinschätzungen über konkrete Streitigkeiten zwischen Parteien anzufragen, die einer Unterwerfung unter den IGH in der konkreten Sache nicht zugestimmt haben.⁷⁹

In Abwesenheit einer vergleichbaren Regelung zu Art. 94 Abs. 1 UNCh, die für „*decisions*“ eine Rechtsverbindlichkeit für die beteiligten Staaten ausspricht, kommt den Gutachten keine Bindungswirkung zu.⁸⁰

c) Zusammenfassung

119 Länder⁸¹, darunter das ehemalige *Jugoslawien* und die *UDSSR*, haben sich bisher an Verfahren vor dem IGH beteiligt. Besonders kleinere Staaten nutzen diese Möglichkeit, da sie über weniger politische Durchsetzungskraft verfügen.⁸² Dies könnte auf die klare rechtliche Bewertung der Handlungen und Ansprüche im Rahmen der Verfahren zurückzuführen sein, da diese unabhängig von politischen Machtverhältnissen als attraktive Gelegenheit der Rechtsverwirklichung dienen.

3. Erlass vorsorglicher Maßnahmen

Ein hohes Rüstungsniveau, neue Wege der Kriegsführung und die kontinuierliche Weiterentwicklung hochmoderner Waffensysteme, insbesondere Massenvernichtungswaffen (Chemische, biologische, radiologische und nukleare Waffen), erschweren zunehmend die Unterscheidung von Kombattanten und Zivilisten und bergen durch ihr zerstörerisches Potential eine so nie da gewesene Bedrohung für das Fortbestehen der Menschheit auf dem bisher erreichten zivilisatorischen, kulturellen und technischen Niveau.⁸³ Um frühzeitig Gewalteskalationen und die Ausweitung von Konflikten einzudämmen, kommt insbesondere die Möglichkeit des Erlasses vorsorglicher Maßnahmen in Betracht.⁸⁴ Das Abwarten auf ein Urteil im ordentlichen Streitverfahren, bei dem

⁷⁹ IGH, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Gutachten v. 9.7.2004, ICJ-Reports 2004, 136 (157 f.); *Crawford/Baetans/Cameron*, in: The Cambridge Companion to – The International Court of Justice (Fn. 31), S. 31.

⁸⁰ Vgl. *Arnauld*, Völkerrecht (Fn. 26), § 6 Rn. 491; *Epping*, in: Ipsen (Fn. 13), § 59 Rn. 79.

⁸¹ *International Court of Justice*, Contentious cases organized by State, abrufbar unter: <https://www.icj-cij.org/index.php/cases-by-country> (zuletzt abgerufen am 11.3.2025).

⁸² *Crawford/Baetans/Cameron*, in: The Cambridge Companion to – The International Court of Justice (Fn. 31), S. 25.

⁸³ Vgl. *Randelzhofer/ Dörr*, in: Simma (Fn. 9), Art. 2 (4) Rn. 2.

⁸⁴ IGH, Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Ukraine v. Russian Federation*), Anordnung v. 16.3.2022, ICJ-Reports 2022, 211 (230).

erst nach Jahren mit einem finalen Spruch zu rechnen ist,⁸⁵ würde in solchen Konstellationen keinen rechtzeitigen Schutz gewährleisten und damit das Vertrauen in die Gerichtsbarkeit erheblich beeinträchtigen. Im Zuge des einstweiligen Rechtsschutzes kann der *IGH* vor seiner Entscheidung in der Hauptsache vorsorgliche Maßnahmen beschließen, um deeskalierend tätig zu werden und menschliches Leiden zu verhindern, ohne das finale Urteil vorwegzunehmen.⁸⁶

In Ermangelung einer klassischen Definition des Begriffes der vorsorglichen Maßnahmen erfolgt an dieser Stelle ein Verweis auf einen Umschreibungsversuch von *Dr. Oellers-Frahm*, die vorsorgliche Maßnahmen als „jede das außerprozessuale Verhalten der Parteien im Hinblick auf die richterliche Entscheidung während der Dauer der Rechtshängigkeit regelnde Verfügung seitens des Gerichts“⁸⁷ versteht. Diese Definition verdient insbesondere vor dem Hintergrund des *LaGrand*-Falls Zustimmung. Der *LaGrand*-Fall betraf die Konsularrechte zweier deutscher Staatsbürger, der Brüder *Walter* und *Karl LaGrand*, die in den USA zum Tode verurteilt wurden, ohne dass ihnen der konsularische Beistand nach der Wiener Konsularkonvention gewährt worden war. Deutschland hatte beim *IGH* vorsorgliche Maßnahmen beantragt,⁸⁸ um die bevorstehende Hinrichtung zu verhindern. Obwohl der *IGH* eine entsprechende Anordnung erließ,⁸⁹ wurde *Walter LaGrand* dennoch hingerichtet. In seinem späteren Urteil betonte der *IGH*, dass vorsorgliche Maßnahmen eine zweifache Schutzfunktion erfüllen: Sie dienen einerseits dazu, die Rechte der Parteien vor irreparablen Schäden zu bewahren und andererseits dazu, die effektive Rechtsdurchsetzung

⁸⁵ So etwa im Fall „Armed Activities on the Territory of the Congo“, in dem die *Demokratische Republik Kongo* am 23.6.1999 das Verfahren einleitete, während das Urteil erst 2005 erging: *IGH, Armed Activities on the Territory of the Congo (Demokratische Republik Kongo v. Uganda)*, Urt. v. 19.12.2005, ICJ-Reports 2005, 168 ff.

⁸⁶ *Ebd.*, S. 222 Rn. 44; *Oellers-Frahm/Zimmermann*, in: *Zimmermann* (Fn. 4), Art. 41 Rn. 20 ff.

⁸⁷ *Oellers-Frahm*, Die einstweilige Anordnung in der internationalen Gerichtsbarkeit, 1975, S. 11.

⁸⁸ *IGH, LaGrand (Deutschland v. USA)*, Antrag Deutschlands auf Anordnung vorläufiger Maßnahmen v. 2.3.1999, abrufbar unter: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/104/10618.pdf> (zuletzt abgerufen am 14.4.2025).

⁸⁹ *IGH, LaGrand (Deutschland v. USA)*, Anordnung v. 3.3.1999, ICJ-Reports 1999, 9 ff.

sicherzustellen, indem sie verhindern, dass eine endgültige gerichtliche Entscheidung durch einseitige Maßnahmen vereitelt wird.⁹⁰

Obwohl Art. 41 Abs. 1 IGHSt dem Gerichtshof ein Ermessen bei der Beurteilung der Erforderlichkeit einstweiliger Maßnahmen im konkreten Fall einräumt, haben sich in der Rechtsprechung bestimmte Kriterien herausgebildet, die das gerichtliche Ermessen einschränken.⁹¹ Parallel dazu entwickelte sich eine gefestigte Praxis des einstweiligen Rechtsschutzes, die insbesondere der besonderen Dringlichkeit solcher Maßnahmen Rechnung trägt (vgl. Art. 73 Abs. 1, 74, 75 IGH-VerfO). Dem Gerichtshof steht nach Art. 75 Abs. 1 IGH-VerfO zu, die Maßnahmen von Amts wegen (*proprio motu*) zu erlassen, was vorherige Anträge entbehrlich macht. Weiterhin wird in der Praxis regelmäßig auf eine mündliche Verhandlung verzichtet.⁹²

In Konstellationen ungeklärter Zuständigkeit des Gerichtshofes hat sich in der jüngeren Spruchpraxis etabliert, dass der IGH sich vor der Entscheidung über deren Anordnung nicht endgültig von seiner Zuständigkeit in der Hauptsache überzeugen muss, sondern eine reduzierte Zuständigkeitsprüfung vornimmt.⁹³ Dabei greift er auf einen *prima facie*-Test zurück, nach dem die vom Antragsteller angeführten Bestimmungen dem ersten Anschein nach eine Grundlage für die Feststellung der Zuständigkeit des Gerichtshofes zu bieten scheinen müssen.⁹⁴ Der genaue Maßstab ist zwar umstritten, doch lässt sich der Rechtspraxis entnehmen, dass keine allzu strengen Anforderungen an die Zuständigkeit

⁹⁰ IGH, LaGrand (*Deutschland v. USA*), Urt. 27.6.2001, ICJ-Reports 2001, 466 (502 f.); Oellers-Frahm/Zimmermann, in: Zimmermann (Fn. 4), Art. 41 Rn. 25 ff.; Kolb, in: The Cambridge Companion to – The International Court of Justice (Fn. 31), S. 152 f.

⁹¹ Voraussetzungen: *prima-facie*-Zuständigkeit, Gefahr eines irreparablen Schadens, Dringlichkeit, Zusammenhang zwischen den beantragten Maßnahmen und den zu schützenden Rechten, Plausibilität des behaupteten Rechts. Siehe hierzu: IGH, Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Ukraine v. Russland*), Anordnung v. 16.3.2022, ICJ-Reports 2022, 211 (217 ff.; 223 ff.; 226 ff.).

⁹² IGH, Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Ukraine v. Russland*), Anordnung v. 16.3.2022, ICJ-Reports 2022, 211 ff.

⁹³ Vgl. Epping, in: Ipsen (Fn. 13), § 59 Rn. 77.

⁹⁴ IGH, Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Ukraine v. Russland*), Anordnung v. 16.3.2022, ICJ-Reports 2022, 211 (217 f.); Heselhaus, Die Entscheidung des IGH über den Erlass vorsorglicher Maßnahmen in den Fällen *Legality of the Use of Force* vom 2. Juni 1999, AVR 2000, 328 (331 f.).

gestellt werden.⁹⁵ Gleichzeitig darf der Maßstab jedoch nicht zu niedrig angesetzt werden, damit die Feststellung der vorläufigen Zuständigkeit nicht einer Formalität gleichkommt. Dies bestätigte der IGH im Fall *Legality of Use of Force* (*Serbien und Montenegro v. Belgien*), indem er den Antrag auf einstweilige Maßnahmen ablehnte, da keine *prima-facie*-Zuständigkeit gegeben war. Die von *Jugoslawien* angeführten Rechtsgrundlagen boten dem ersten Anschein nach keine ausreichende Grundlage für die Zuständigkeit des IGH, insbesondere da die genannten völkerrechtlichen Verträge keine anwendbare Zuständigkeitsklausel enthielten.⁹⁶

Die gefestigte Rechtsprechung, die vorsorglichen Maßnahmen bindende Wirkung zuspricht, stärkt deren Bedeutung in der völkerrechtlichen Konfliktsteuerung.⁹⁷ Besonders im Kontext bewaffneter Gewalt wiegt deren Missachtung schwer, da sie einen Völkerrechtsverstoß darstellt.⁹⁸ So lässt sich im Ukrainekrieg feststellen, dass spätestens seit dem Beschluss vom 16.3.2022, in dem unter anderem die sofortige Einstellung sämtlicher militärischer Handlungen im Gebiet der *Ukraine* angeordnet wurden,⁹⁹ Russlands Angriffshandlungen in der *Ukraine* völkerrechtswidrig sind.¹⁰⁰ Die weiteren Wirkungen eines solchen Beschlusses sind im Einzelnen jedoch umstritten. Aufgrund des klaren Wortlauts des Art. 94 Abs. 2 UNCh, der sich auf Urteile und nicht „Anordnungen“ bezieht, stehen nach derzeitiger Rechtsauffassung zumindest keine Durchsetzungsmöglichkeiten der vorsorglichen Maßnahmen zur Verfügung. Deren Umsetzung und Einhaltung obliegen somit den Parteien

⁹⁵ Vgl. IGH, *Fisheries Jurisdiction* (*Verinigtes Königreich v. Island*), Anordnung v. 17.8.1972, ICJ-Reports 1972, 12 ff.; *Nuclear Tests* (*Neuseeland v. Frankreich*), Anordnung v. 22.6.1973, ICJ-Reports 1973, 135 ff.; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (*Gambia v. Myanmar*), Anordnung v. 23.1.2020, ICJ-Reports 2020, 3 ff.

⁹⁶ IGH, *Legality of Use of Force* (*Serbien und Montenegro v. Belgien*), Anordnung v. 2.6.1999, ICJ-Reports 1999, S. 124 ff.

⁹⁷ IGH, *LaGrand* (*Deutschland v. USA*), Urt. v. 27.6.2001, ICJ-Reports 2001, 466 (503 f.); *Thirlway* (Fn. 64), S. 149 ff.

⁹⁸ *Thirlway* (Fn. 64), S. 151 f.

⁹⁹ IGH, *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (*Ukraine v. Russland*), Anordnung v. 16.3.2022, ICJ-Reports 2022, 211 ff.

¹⁰⁰ Vgl. LTO, *Russland muss Militärgewalt sofort einstellen*, 16.3.2022, abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/internationaler-gerichtshof-igh-vorlaeufige-massnahmen-ukraine-russland-krieg-voelkermord-genozid-konvention> (zuletzt abgerufen am 11.3.2025); Marxsen, „Putin missbraucht das Völkerrecht“, 26.3.2022, abrufbar unter: <https://www.mpg.de/18426845/voelkerrecht-ukraine> (zuletzt abgerufen am 11.3.2025).

selbst.¹⁰¹ Gleichwohl kann sich der *IGH* gemäß Art. 78 *IGH-VerfO* von den Parteien über die Umsetzung der Maßnahmen unterrichten lassen. Sofern den erlangten Informationen zu entnehmen ist, dass die Maßnahmen nicht ausreichend umgesetzt worden sind, kann der *IGH* weitere Maßnahmen anordnen.¹⁰² Im Dezember 2020 wurde zudem durch eine Resolution des *IGH*¹⁰³ die Einrichtung eines *ad-hoc*-Komitees beschlossen, das aus drei Richtern besteht und sich mit der Umsetzung vorsorglicher Maßnahmen befassen soll. Dazu sollen Untersuchungen durchgeführt werden und regelmäßig Berichte an den Gerichtshof übersandt werden. Damit soll der Druck auf die Parteien, sich an die Beschlüsse zu halten, erhöht werden.¹⁰⁴ Es bleibt abzuwarten, inwieweit sich dieses Instrument als wirksam erweist.

Die gegenwärtige Lage in der *Ukraine* wirft zweifellos einen Schatten auf dessen Wirksamkeit, da trotz des Erlasses vorsorglicher Maßnahmen die Anwendung von Gewalt nicht unterbunden werden konnte. Dennoch ist anzuerkennen, dass durch diese Maßnahmen politischer Druck aufgebaut wurde und sie dazu beitrugen, die zunehmende Isolation des Aggressors zu fördern.¹⁰⁵ Letztendlich bleibt dem *IGH* die Möglichkeit, einen Verstoß gegen die vorsorglichen Maßnahmen in einem späteren Urteil festzustellen.¹⁰⁶

4. Rechtsfortbildung und -stabilisierung

a) Kann der *IGH* Recht „schaffen“?

Die Frage, inwieweit der *IGH* selbst Recht schaffen kann, ist komplex und würde eine umfassende Erörterung erfordern, die den Rahmen dieses Beitrags sprengen würde. Daher erfolgt hier eine verkürzte Darstellung des Diskurses. Grundsätzlich ist der *IGH* kein legislatives Organ und hat daher keine Befugnis,

¹⁰¹ *Sachs* (Fn. 72), S. 144 (148).

¹⁰² Siehe *IGH*, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (*Südafrika v. Israel*), Anordnung v. 28.3.2024, Anordnung v. 5.4.2024, Anordnung v. 24.5.2024.

¹⁰³ *International Court of Justice*, Pressemitteilung Nr. 2020/38 v. 21.12.2020, abrufbar unter: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/press-releases/0/000-20201221-PRE-01-00-EN.pdf> (zuletzt abgerufen am 11.3.2025).

¹⁰⁴ *Ebd.*

¹⁰⁵ Bisher sind 33 Staaten dem Verfahren *Ukraine v. Russland* beigetreten, vgl. *IGH*, Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Ukraine v. Russland*), Interventionen, abrufbar unter: <https://www.icj-cij.org/case/182/intervention> (zuletzt abgerufen am 11.3.2025).

¹⁰⁶ *IGH*, *LaGrand (Deutschland v. USA)*, Urt. 27.6.2001, ICJ-Reports 2001, 466 (516).

eigenständig Recht zu schaffen.¹⁰⁷ Seine Aufgabe besteht vielmehr in der Anwendung und Interpretation bestehender Rechtsquellen im Rahmen anhängiger Verfahren. Der *IGH* gibt somit geltendes Recht wieder und „schafft“ es nicht. Dies gilt selbst dann, wenn das Gericht bei der Feststellung und Anwendung des Rechts notwendigerweise über dessen Existenz¹⁰⁸ entscheiden sowie dessen Bedeutung und Tragweite feststellen muss. In Übereinstimmung mit den erklärten Intentionen seiner Gründer¹⁰⁹ hat das Gericht daher immer wieder abgelehnt, als Gesetzgeber zu handeln.¹¹⁰

Nichtsdestotrotz ist die Rolle des *IGH* in der Rechtsfortbildung nicht zu verkennen. Es gilt zu untersuchen, inwieweit seine Entscheidungen und Interpretationen bestehender Rechtsquellen zur Weiterentwicklung des Völkerrechts beitragen.

b) Rechtsfortbildung durch Auslegung und Kodifizierung

Aufgrund seiner ständigen Befassung mit neuen Konfliktsituationen kommt dem *IGH* die Möglichkeit und Aufgabe zu, Regeln und Grundsätze der Gewaltanwendung im Kontext des konkreten Falles zu entwickeln, anzupassen und zu interpretieren. In den Worten des *IGH* selbst: „*The function of the Court is to state the law*“.¹¹¹ Er entscheidet also darüber, was Recht ist, und was rechtswidrig ist. Somit ist der *IGH* im höchsten Maße dazu im Stande und gleichzeitig in der Pflicht, bei der Fortentwicklung des Völkerrechts mitzuwirken, das die Anwendung von Gewalt in internationalen Beziehungen reguliert.¹¹²

Vor dem Hintergrund der Lückenhaftigkeit des Völkerrechts kommt der gerichtlichen Interpretation eine herausragende Bedeutung zu, da die

¹⁰⁷ *Crawford/Baetens/Cameron*, in: *The Cambridge Companion to – The International Court of Justice* (Fn. 31), S. 36; *Messineo*, in: *Kent/Skoutaris/Trinidad, The Future of International Courts – Regional, Institutional and Procedural Challenges*, 1. Aufl. 2019, S. 110.

¹⁰⁸ *IGH*, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. USA)*, Urt. v. 27.6.1986, ICJ-Reports 1986, 14 (102).

¹⁰⁹ *Pellet*, in: *Zimmermann* (Fn. 4), Art. 38 Rn. 326.

¹¹⁰ *IGH*, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Gutachten v. 8.7.1996, ICJ-Reports 1996, 226 (237).

¹¹¹ *IGH*, *Northern Cameroons (Kamerun v. Vereinigtes Königreich)*, Urteil v. 2.12.1963, ICJ-Reports 1963, 15 (33).

¹¹² *Tiadi*, in: *The Cambridge Companion to – The International Court of Justice* (Fn. 31), S. 73.

einschlägigen Rechtsquellen, insbesondere das Völkervertragsrecht, viel Spielraum für Konkretisierung und Auslegung lassen.¹¹³

Grundsätzlich entfalten die Entscheidungen des *IGH* gemäß Art. 59 IGHSt über die Streitparteien und den Streitgegenstand hinaus keine bindende Wirkung, sondern gelten lediglich *inter partes*. Sie haben somit keine präjudizielle Wirkung, das heißt, der *IGH* ist nicht verpflichtet, die rechtlichen Feststellungen aus früheren Urteilen zu übernehmen.¹¹⁴ Dennoch dienen seine Urteile gemäß Art. 38 Abs. 1 lit. d IGHSt als Rechtserkenntnisquellen und haben somit eine mittelbare Bedeutung für die Feststellung von Völkerrecht.¹¹⁵

In der Praxis beruft sich der *IGH* dennoch ständig auf frühere Entscheidungen¹¹⁶ und legt großen Wert darauf, Widersprüche innerhalb seiner Rechtsprechung zu vermeiden, um Kontinuität und Kohärenz sicherzustellen.¹¹⁷ Dem liegt die Prämisse zugrunde, dass die vom *IGH* angestrebte Gerechtigkeit nicht auf den Einzelfall beschränkt ist, sondern den Grundsätzen eines Rechtsstaats entspricht.¹¹⁸ Dies setzt eine konsistente und in gewissem Maße vorhersehbare Gesetzesauslegung voraus. Immerhin bildet Kohärenz das Fundament richterlicher Argumentation und trägt damit dazu bei, das Vertrauen in die Integrität und Unparteilichkeit des Gerichtshofs zu stärken.¹¹⁹ Dabei verweist der *IGH* auf frühere Entscheidungen, ohne eine Unterscheidung zwischen Urteilen und Gutachten zu treffen.¹²⁰ Obwohl letztere keine bindende Wirkung entfalten und sich in ihrer Rechtsnatur von erstgenannten unterscheiden, werden sie doch als Orientierungshilfe für die Rechtsfindung herangezogen. Dies verdeutlicht, dass der *IGH* auch ihnen trotz fehlender Verbindlichkeit eine gewisse Autorität beimisst.

Die Rechtsprechung des *IGH* stellt eine Manifestation des aktuellen Stands des Völkerrechts dar und zielt auf eine Beeinflussung der staatlichen Praxis im Sinne

¹¹³ Vgl. Oellers-Frahm, Beyond Dispute: International Judicial Institutions as Lawmakers – Lawmaking Through Advisory Opinions?, German Law Journal 2011, 1033 (1040 f.).

¹¹⁴ Brown, in: Zimmermann (Fn. 4), Art. 59 Rn. 12; Sachs (Fn. 70), S. 144 (144).

¹¹⁵ Vgl. Sachs (Fn. 70), S. 144 (145).

¹¹⁶ Exemplarisch *IGH*, Oil Platforms (*Iran v. USA*), Urteil v. 6.11.2003, ICJ-Reports 2003, 161 (183 ff.), rückbeziehend auf *IGH*, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (*Nicaragua v. USA*), Ur. v. 27.6.1986, ICJ-Reports 1986, 14 (141); *Pellet/Müller*, in: Zimmermann (Fn. 4), Art. 38 Rn. 308 ff.

¹¹⁷ Sachs (Fn. 70), S. 144 (144).

¹¹⁸ Brown, in: Zimmermann (Fn. 4), Art. 9 Rn. 81 ff.

¹¹⁹ Vgl. *Pellet/Müller*, in: Zimmermann (Fn. 4), Art. 38 Rn. 310.

¹²⁰ *IGH*, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (*Nicaragua v. USA*), Ur. v. 27.6.1986, ICJ-Reports 1986, 14 (23).

seiner Auslegung ab.¹²¹ Dies trägt zur Stabilisierung zwischenstaatlicher Verhaltenserwartungen bei, da der *IGH* auf diese Weise Rechtsklarheit schafft und „*uncertainty from their [the states] legal relations*“¹²² entfernt.¹²³ Schließlich ist eine wesentliche Voraussetzung für die Einhaltung und Durchsetzung geltenden Völkerrechts, dass sein genauer Inhalt transparent und bekannt ist.

Die Wirkungskraft dessen wird durch die hohe Dichte der Rezeption der Rechtsprechung des *IGH* verdeutlicht. Man beachte beispielsweise, wie eng sich die *Völkerrechtskommission* bei der Abfassung ihrer Artikel über die Staatenverantwortlichkeit an die Rechtsprechung des *IGH* gehalten hat¹²⁴ und wie häufig diese Rechtsprechung in den Entscheidungen anderer internationaler Gerichte als Recht herangezogen wurde.¹²⁵

Abschließend soll an zwei zentrale Konzepte in der Rechtsfortbildung des *IGH* angeknüpft werden, die vor allem im Kontext bewaffneter Konflikte von herausragender Bedeutung sind.

aa) Befassung mit „politischen Fragen“

Diverse Staaten haben gelegentlich Bedenken hinsichtlich der Rolle des Gerichtshofs in politischen Angelegenheiten geäußert.¹²⁶ Dies zeigt sich exemplarisch im Fall der Geiselnahme in Teheran in den 1980er Jahren.¹²⁷ Nach der Besetzung der US-Botschaft in Teheran und der Geiselnahme von 52 US-

¹²¹ Vgl. *Pellet/Müller*, in: Zimmermann (Fn. 4), Art. 38 Rn. 67 f.

¹²² *IGH*, Northern Cameroons (*Kamerun v. Vereinigtes Königreich*), Urt. v. 2.12.1963, ICJ-Reports 1963, 15 (34).

¹²³ *Bogdandy/Verzár* (Fn. 63), S. 20 ff.; *Brown*, in: Zimmermann (Fn. 4), Art. 59 Rn. 81 ff. *Deiseroth* (Fn. 50), S. 143.

¹²⁴ *IGH*, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (*Nicaragua v. USA*), Urt. v. 27.6.1986, ICJ-Reports 1986, 14 (64 f.); UNGA Res. 56/83: Verantwortlichkeit der Staaten für völkerrechtswidrige Handlungen, v. 12.12.2001, A/RES/56/83.

¹²⁵ *BVerfG*, Beschl. v. 5.11.2013 – 2 BvR 1579/11, abrufbar unter: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2013/11/rk20131105_2bvr157911.html (zuletzt abgerufen: 12.4.25), Rn. 3; *EGMR*, Jones u. a. gegen das Vereinigte Königreich, Urt. v. 14.1.2014, Bsw. 34356/06, 40528/06, abrufbar unter: https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Justiz/JJT_20140114_AUSL000_000BSW34356_0600000_000/JJT_20140114_AUSL000_000BSW34356_0600000_000.pdf (zuletzt abgerufen am 11.3.2025), S. 6; *ICTY*, Prosecutor v. Duško Tadić, Urt. v. 7.5.1997, IT-94-1, abrufbar unter: <https://www.icty.org/en/press/tadic-case-the-verdict> (zuletzt abgerufen am 11.3.2025).

¹²⁶ *IGH*, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (*Südafrika v. Israel*), Schriftliche Stellungnahme Israels v. 30.1.2024, S. 83 ff.

¹²⁷ *IGH*, United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (*USA v. Iran*). Urteil v. 24.5.1980, ICJ-Reports 1980, 3 ff.

Diplomaten argumentierten die *USA* vor dem *IGH*, dass der *Iran* gegen das Wiener Übereinkommen über diplomatische Beziehungen verstoßen habe.¹²⁸ Der *IGH* entschied zugunsten der *USA* und forderte die Freilassung der Geiseln.¹²⁹ Der *Iran* wies jedoch die Zuständigkeit des Gerichts zurück und begründete dies damit, dass es sich nicht um einen „Rechtsstreit“ im engeren Sinne handle. Vielmehr sei der Fall aufgrund seiner politischen und historischen Dimensionen nicht für eine gerichtliche Lösung geeignet und entziehe sich somit der Jurisdiktion des *IGH*.¹³⁰

Sollte sich diese Rechtsauffassung durchsetzen, würde der *IGH* weitgehend handlungsunfähig. Im Rahmen von internationaler Gewaltanwendung geht es schließlich immer auch um das Bestreben, nationale Interessen zu schützen, sodass allen internationalen Streitigkeiten zwangsläufig auch eine „politische“ Komponente innewohnt.¹³¹ Bereits *Carl von Clausewitz* bezeichnete Krieg als „Fortsetzung der Politik mit anderen Mitteln“.¹³²

Der *IGH* hat allerdings sowohl bei Entscheidungen im ordentlichen Verfahren¹³³ als auch in seiner Funktion als Gutachtenersteller¹³⁴ wiederholt betont, dass politische Implikationen, die einer Rechtsstreitigkeit anhaften, diese nicht ihres justiziablen Charakters berauben. Dabei hat er einen extensiven Begriff von Rechtsstreitigkeiten beziehungsweise Rechtsfragen zugrunde gelegt. Dies zeigt sich in seiner Praxis, in der bislang kein Fall allein aufgrund politischer Indikationen abgewiesen wurde.

¹²⁸ *IGH*, United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (*USA v. Iran*), Memorial der Vereinigten Staaten von Amerika v. 12.1.1980, ICJ-Reports 1980, 3 (123).

¹²⁹ *IGH*, United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (*USA v. Iran*), Urt. v. 24.5.1980, ICJ-Reports 1980, 3 (45).

¹³⁰ *IGH*, United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (*USA v. Iran*), Urt. v. 24.5.1980, ICJ-Reports 1980, 3 (8).

¹³¹ *Lucht*, Der Internationale Gerichtshof: Zwischen Recht und Politik, 2011, S. 6, 105; *Tomuschat*, in: Zimmermann (Fn. 4), Art. 36 Rn. 14.

¹³² *Clausewitz*, Vom Kriege, 1832, 1. Buch, 1. Kapitel, Unterkapitel 24.

¹³³ Vgl. *IGH*, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (*Nicaragua v. USA*), Urt. v. 27.6.1986, ICJ-Reports 1986, 14 (435); United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (*USA v. Iran*), Urt. v. 24.5.1980, ICJ-Reports 1980, 3 (19).

¹³⁴ *IGH*, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Gutachten v. 8.7.1996, ICJ-Reports 1996, 226 (233 f.); Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Gutachten v. 9.7.2004, ICJ-Reports 2004, 136 (155).

bb) Befassung neben dem *UN-Sicherheitsrat*

Im Verfahren *Nicaragua v. USA*¹³⁵ negierten die *USA* die Zuständigkeit des *IGH*. Dies begründeten sie unter anderem damit, dass das Vorbringen *Nicaraguas* darauf abzielte, eine Aggressionshandlung der *USA* festzustellen, was den politischen Organen der *Vereinten Nationen* vorbehalten wäre. Für Fragen des Gewaltverbots und der Selbstverteidigung trage der *UN-Sicherheitsrat* nach Art. 24 UNCh die Hauptverantwortung, in die sich der *IGH* nicht einmischen dürfe.¹³⁶

Der *IGH* wies diesen Einwand als unbegründet zurück und führte dazu aus, dass er die Zuständigkeit des *UN-Sicherheitsrats* aus Art. 24 Abs. 1 UNCh zwar als eine primäre, nicht aber als eine ausschließliche Zuständigkeit verstehe. Daraus folgte er, dass beide Organe in Bezug auf dieselbe Angelegenheit ihre Funktionen eigenständig, aber komplementär ausüben könnten.¹³⁷ Dies umfasst sowohl die Befassung mit noch anhaltender Gewaltanwendung¹³⁸ als auch die Befassung mit einem Recht zur Selbstverteidigung aus Art. 51 UNCh.¹³⁹

cc) Bedeutung für die Möglichkeiten des *IGH* in der rechtlichen Steuerung

Die Analyse der Rechtsprechung des *IGH* verdeutlicht seine Bedeutung in der Weiterentwicklung des Völkerrechts. Dabei steht er kontinuierlich im Spannungsfeld divergierender rechtlicher Auffassungen und Praktiken. Dieser Herausforderung begegnet er durch die Überzeugungskraft seiner Argumente, die auf den üblichen Auslegungsmethoden basieren. Durch die wiederholte Bekräftigung seiner Zuständigkeit festigt er seine Rolle in der friedlichen Streitbeilegung und setzt damit den Grundstein für kommende Befassungen mit internationalen Konflikten.

¹³⁵ *IGH*, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (*Nicaragua v. USA*).

¹³⁶ *IGH*, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (*Nicaragua v. USA*), Counter-Memorial USA v. 17.8.84, abrufbar unter: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/70/9627.pdf> (zuletzt abgerufen am 12.4.25), S. 138 Rn. 450 ff.

¹³⁷ *IGH*, Nicaragua Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (*Nicaragua v. USA*), Urt. v. 27.6.1986, ICJ-Reports 1986, 14 (434 f.); Tomuschat, in: Zimmermann (Fn. 4), Art. 36 Rn. 16.

¹³⁸ *IGH*, Nicaragua Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (*Nicaragua v. USA*), Urt. v. 27.6.1986, ICJ-Reports 1986, 14 (26).

¹³⁹ *Ebd.*, 14 (27).

III. Grenzen der Gerichtsbarkeit

Die Grenzen des *IGH* bei der Steuerung internationaler Konflikte ergeben sich aus seiner rechtlichen Ausgestaltung und den strukturellen Merkmalen des Völkerrechts, die seine Zuständigkeit, Durchsetzungskraft und Rolle im internationalen System prägen.

1. Jurisdiktionelle Hindernisse und Zuständigkeitsfragen

a) Nicht-Staatliche Akteure

Im geopolitischen Gefüge wird das traditionelle Konzept der Staaten als alleinige Akteure der internationalen Bühne zunehmend von einem neuen Phänomen herausgefordert: der wachsenden Präsenz und dem Einfluss nicht-staatlicher Akteure.¹⁴⁰ Staaten sind nicht länger „Monopolisten des Krieges“,¹⁴¹ vielmehr ist der internationale Gewalteinsatz vielseitig. Dabei ist nicht zuletzt durch die Ereignisse vom 11.9.2001 evident geworden, dass das Gewaltpotenzial nicht-staatlicher Akteure längst nicht mehr hinter dem von Staaten zurückbleibt. Sie verfügen über erhebliche Ressourcen und Fähigkeiten, um weitreichende Gewaltakte auszuführen und wirken sich destabilisierend auf den globalen Frieden und die internationale Sicherheit aus.¹⁴²

Welche Lösung hält der *IGH* dafür bereit? Kurz gesagt: Keine. Die Gerichtsbarkeit des *IGH* erschöpft sich in zwischenstaatlichen Streitigkeiten.¹⁴³ Dabei ist anerkannt, dass Staaten grundsätzlich nicht für Handlungen nicht-staatlicher Akteure, ungeachtet ihres Aufenthaltsorts und ihrer

¹⁴⁰ Finke, (Un-)bedingte Gleichheit nichtstaatlicher Gewaltakteure im Völkerrecht, 1. Aufl. 2020, S. 21.

¹⁴¹ Münkler (Fn. 6), S. 7; Bruha (Fn. 6), S. 383 (383).

¹⁴² Siehe hierzu die Angriffe vom 7.10.2023 durch die nicht-staatliche Terrororganisation Hamas: *Bundeszentrale für politische Bildung*, Sechs Monate nach dem Angriff der Hamas auf Israel – Chronologie des Kriegsgeschehens, 12.4.2024, abrufbar unter: <https://www.bpb.de/kurz-knapp/hintergrund-aktuell/547184/sechs-monate-nach-dem-angriff-der-hamas-auf-israel-chronologie-des-kriegsgeschehens/> (zuletzt abgerufen am 11.3.2025). Zur völkerrechtlichen Einordnung der Hamas als nicht-staatlicher Akteur: *Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages*, Völkerrechtliche Aspekte der völkerrechtswidrigen Anwendung von Gewalt, 8.6.2021, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/853618/b2f73bc3f4cb16e4ae72903ccc6e71d4/WD-2-043-21-pdf-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 11.3.2025).

¹⁴³ Chebtman, in: The Cambridge Companion to – The International Court of Justice (Fn. 31), S. 452; Ipsen, in: Ipsen (Fn. 13), § 59 Rn. 53; Oellers-Frahm, in: Zimmermann (Fn. 4), Art. 92 Rn. 132.

Staatsangehörigkeit, zuständig sind.¹⁴⁴ Entscheidend für eine gerichtliche Aufarbeitung ist, ob und in welchem Umfang die Handlungen Staaten zugerechnet werden können. Mit dieser Frage sah sich der IGH in der Vergangenheit in zunehmender Zahl konfrontiert.¹⁴⁵

Vor diesem Hintergrund hat der IGH zwar Maßstäbe geschaffen,¹⁴⁶ beziehungsweise dem Recht schärfere Konturen verliehen, jenseits der Debatte über die Angemessenheit oder Unzulänglichkeit der Maßstäbe¹⁴⁷ wird damit jedoch nicht die Problematik gelöst, die im Rahmen nicht zurechenbarer Gewaltanwendung entsteht. Diese bleibt dem Zugriff des IGH als reinem Staatengerichtshof grundsätzlich versagt.

b) Mangelnde obligatorische Gerichtsbarkeit

Ähnlich dem StIGH¹⁴⁸ haftet auch dem IGH ein fatales Manko an: Es ist nicht gelungen ist, eine obligatorische Zuständigkeit zu etablieren.¹⁴⁹ Es können zwar theoretisch alle Staaten vor dem Gerichtshof verklagt werden, dies wird jedoch durch das Zustimmungserfordernis eingeschränkt. Als Ausfluss der staatlichen Souveränität in Gestalt des Konsensprinzips, das in Art. 36 IGHSt seinen Niederschlag findet, müssen die Streitparteien daher der Gerichtsbarkeit zustimmen (*par in parem non habet iudicium*).¹⁵⁰ Einfach gesagt wird damit die gerichtliche Aufarbeitung durch den IGH in verbindlichen Verfahren von dem Willen der Streitparteien abhängig gemacht.¹⁵¹ Dabei lässt sich erkennen: Je wichtiger der Ausgangspunkt einer Streitigkeit ist, desto weniger Willens sind die Staaten, die Kontrolle über die Streitbeilegung an ein unabhängiges Gremium wie den IGH zu übergeben. Besonders im Zusammenhang mit internationaler

¹⁴⁴ Darstellung der früheren Auffassungen, siehe *Finke* (Fn. 140), S. 32 ff.; *Hofmann*, Zurechnungskriterien für Aktionen nicht-staatlicher Gewaltakteure, in: JURA 2012, 349 (350).

¹⁴⁵ IGH, United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (*USA v. Iran*), Urt. v. 24.5.1980, ICJ-Reports 1980, 3 ff.; Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Bosnien und Herzegowina v. Serbien und Montenegro*), Urt. v. 11.6.1996, ICJ-Reports 1996, S. 595 ff.

¹⁴⁶ „effective-control“, siehe dazu: IGH, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (*Nicaragua v. USA*), Urt. v. 27.6.1986, ICJ-Reports 1986, 14 (64 f.); *Randelzhofer/Dörr*, in: Simma (Fn. 9), Art. 2 (4) Rn. 23 ff.

¹⁴⁷ Vgl. *Randelzhofer/Dörr*, in: Simma (Fn. 9), Art. 2 (4) Rn. 23 ff.

¹⁴⁸ Art. 14 S. 2 Völkerbundssatzung: „Dieser Gerichtshof befindet über alle ihm von den Parteien unterbreiteten internationalen Streitfragen.“

¹⁴⁹ *Chestermann/Oellers-Frahm*, in: Zimmermann (Fn. 4), Art. 92 UNCh Rn. 6 ff.; *Thirlway* (Fn. 64), S. 45.

¹⁵⁰ *Tomuschat*, in: Zimmermann (Fn. 4), Art. 36 Rn. 19.

¹⁵¹ *Thirlway* (Fn. 64), S. 5 f.

Gewaltanwendung stellt dies ein bitteres Urteil dar, da sich in den unzähligen völkerrechtlichen Verträgen kaum Unterwerfungsklauseln finden, die eine Gerichtsbarkeit, abseits der *ad-hoc* Unterwerfung,¹⁵² ermöglichen. Insbesondere enthalten die Genfer Konventionen, ihre Zusatzprotokolle, sowie die Haager Abkommen kein solches Obligatorium. So mangelte es dem IGH im *Irak-Krieg* an einer allgemeinen Zuständigkeit, sodass kein prozessualer Weg bestand, mögliche Verstöße gegen das Gewaltverbot und das humanitäre Völkerrecht geltend zu machen.¹⁵³ Die *USA* hatten nach Einleitung des Verfahrens gegen *Nicaragua* ihre Unterwerfung nach Art. 36 Abs. 2 IGHSt widerrufen und sich damit künftiger Verfahren entzogen.¹⁵⁴ Gleichzeitig wäre ein Verfahren auch an der fehlenden Gegenseitigkeit gescheitert, also einer wirksamen reziproken irakischen Unterwerfungserklärung.

Ein vergleichbares Problem zeigt sich in den gegenwärtig andauernden Konflikten in der *Ukraine* sowie im *Gaza-Streifen*. Zwar wurde in den aktuellen Verfahren eine Art juristischer Umweg über die Völkermordkonvention eingeschlagen, die in Art. IX Völkermordkonvention eine solche Unterwerfungsklausel enthält.¹⁵⁵ Hierdurch besteht das Risiko, dass die wesentlichen rechtlichen Probleme des Konflikts unbehandelt bleiben und lediglich Randaspekte erfasst werden. Denn der Inhalt des Urteils ist schließlich nach Art. 36 IGHSt von der Art der Übertragung der Zuständigkeit auf den IGH abhängig. Die Konsequenz dessen ist: „*The Court can play only a limited role in the present proceedings.*“¹⁵⁶

¹⁵² Vgl. *Tams*, Unterwerfung mit Einschränkungen, Vereinte Nationen 56 (2008), 153.

¹⁵³ Dies ergibt sich daraus, dass weder die *Vereinigten Staaten* noch der *Irak* eine Unterwerfungserklärung gemäß Art. 36 Abs. 2 IGHSt abgegeben haben, vgl. IGH, „Declarations recognizing the jurisdiction of the Court as compulsory“, abrufbar unter: <https://www.icj-cij.org/en/declarations> (zuletzt abgerufen am 11.3.2025).

¹⁵⁴ Erklärung der Vereinigten Staaten von Amerika v. 7.10.1985, UN Treaty Series, Vol. 1408, Annex A, abrufbar unter: <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201408/v1408.pdf> (zuletzt abgerufen am 11.3.2025), S. 270; *Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages*, Klagemöglichkeiten gegen US-Sanktionen wegen Nord Stream 2: Zur Jurisdiktion des Internationalen Gerichtshofs, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/807546/95ba4854a389f1475f7f26837b5a0c91/WD-2-086-20-pdf-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 11.3.2025).

¹⁵⁵ IGH, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (*Südafrika v. Israel*), Antrag auf Verfahrensanleitung von Südafrika v. 29.12.2023, abrufbar unter: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20231228-app-01-00-en.pdf> (zuletzt abgerufen am 13.4.2024).

¹⁵⁶ IGH, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (*Südafrika v. Israel*), Anordnung v. 26.1.2024 Erklärung v.

Zwischen 280.771 und 315.190 Menschen sollen seit dem Beginn des Irak-Kriegs im März 2003 bis zum März 2023 ihr Leben verloren haben.¹⁵⁷ Auch wenn die Zahlen variieren, wirken die Bilder der Folteropfer¹⁵⁸ und der Zerstörung bis heute nach. Der fehlende Zugriff des IGH zur Prüfung der Völkerrechtsmäßigkeit der militärischen Operationen der „*Koalition der Willigen*“¹⁵⁹ dient beispielhaft und sinnbildlich für die Grenzen der rechtlichen Steuerung und Aufarbeitung des IGH im Kontext kriegesischer Auseinandersetzung.

2. Das Vollzugsdefizit

a) Gutachtenverfahren

Die Gutachten des IGH sind nicht rechtsverbindlich und damit nicht durchsetzbar.¹⁶⁰ Es obliegt damit den Staaten, zu entscheiden, ob sie aus dem Gutachten eine Konsequenz ziehen. Das Ergebnis eines Gutachtens kann bisweilen „nur“ als Argument in der politischen Debatte angeführt werden.¹⁶¹

Richter Nolte, abrufbar unter: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20240524-ord-01-02-en.pdf> (zuletzt abgerufen am 12.4.25), Rn. 2.

¹⁵⁷ *Watson Institute for International and Public Affairs*, Blood and Treasure: United States Budgetary Costs and Human Costs of 20 Years of War in Iraq and Syria, 15.3.2023, abrufbar unter: <https://watson.brown.edu/costsofwar/files/cow/imce/papers/2023/Costs%20of%2020%20Years%20of%20Iraq%20War%20Crawford%2015%20March%202023%20final%203.21.2023.pdf> (zuletzt abgerufen am 11.3.2025), S. 14.

¹⁵⁸ Unter anderem aus dem von den USA betriebenen Gefängnis *Abu Ghraib*, vgl. *Sina/Engel*, Irak: Abu Ghraib – Spätfolgen der Folter, *Weltspiegel* v. 12.3.2023, abrufbar unter: <https://www.daserste.de/information/politik-weltgeschehen/weltspiegel/sendung/irak-abu-ghraib-folter-100.html> (zuletzt abgerufen am 11.3.2025).

¹⁵⁹ *International Commission of Jurists*, ICJ deplores moves toward a war of aggression on Iraq, 18.3.2003, abrufbar unter: <https://www.icj.org/icj-deplores-moves-toward-a-war-of-aggression-on-iraq/> (zuletzt abgerufen am 11.3.2025); *Kaleck*, The Iraq invasion is a crime, *European Center for Constitutional and Human Rights* v. 6.6.2016, abrufbar unter: <https://www.ecchr.eu/en/publication/the-iraq-invasion-is-a-crime/> (zuletzt abgerufen am 11.3.2025); *Tomuschat*, Völkerrecht ist kein Zweiklassenrecht – Der Irak-Krieg und seine Folgen, in: *Vereinte Nationen* 2003, 41 ff.

¹⁶⁰ *Arnauld*, Völkerrecht (Fn. 26), § 6 Rn. 491; vgl. Epping, in: Ipsen (Fn. 13), § 59 Rn. 79.

¹⁶¹ Vgl. IGH, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Gutachten v. 8.7.1996, ICJ-Reports 1996, 226 ff.; IGH, *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, Gutachten v. 22.7.2010, ICJ-Reports 2010, 403 ff.; IGH, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Gutachten v. 9.7.2004, ICJ-Reports 2004, 136 ff.

b) Urteile und vorsorgliche Maßnahmen

Urteile des *IGH* sind gemäß Art. 59 IGHSt nur für die Streitparteien und den konkreten Fall bindend. Art. 94 Abs. 1 UNCh verpflichtet die Vertragsstaaten dazu, Urteile des *IGH*, soweit sie selbst Partei sind, zu befolgen.¹⁶² Gleiches gilt für die Anordnung vorsorglicher Maßnahmen.¹⁶³ Davon strikt zu trennen ist die Frage der Vollstreckbarkeit.

Die Tätigkeit des *IGH* erschöpft sich in der Feststellung der Vereinbarkeit mit dem Völkerrecht und ist mit Erlass der Maßnahmen beziehungsweise des Urteils grundsätzlich abgeschlossen. Die Umsetzung obliegt den Beteiligten.¹⁶⁴ Sollte die unterlegene Partei das Urteil nicht befolgen, ist die davon betroffene Partei darauf angewiesen, die allgemeinen Mittel des Völkerrechts zur Durchsetzung ihrer völkerrechtlichen Ansprüche zu nutzen. In der Regel werden hierbei sowohl diplomatische Verfahren zur friedlichen Streitbeilegung als auch Gegenmaßnahmen (Retorsion und Repressalien)¹⁶⁵ eingesetzt. Zusätzlich eröffnet die UNCh einen Durchsetzungsmechanismus: Nach Art. 94 Abs. 2 UNCh kann der *UN-Sicherheitsrat* auf Antrag Empfehlungen abgeben oder Maßnahmen beschließen, um die Umsetzung eines Urteils zu erzwingen. Art. 94 Abs. 2 UNCh bezieht sich dabei ausdrücklich nur auf Urteile („*judgments*“), nicht dagegen auf Anordnungen vorsorglicher Maßnahmen. Aufgrund des eindeutigen Wortlauts der Norm besteht im Rahmen einstweiliger Maßnahmen daher kein Durchsetzungsverfahren i. S. v. Art. 94 Abs. 2 UNCh.¹⁶⁶

Ein entscheidendes Problem liegt in der politischen Natur des *UN-Sicherheitsrates*. Da es sich bei dem Verfahren nach Art. 94 Abs. 2 UNCh nicht bloß um eine Verfahrensfrage i. S. v. Art. 27 Abs. 2 UNCh handelt, bedarf es gemäß Art. 27 Abs. 3 UNCh der Zustimmung von neun Mitgliedern des *UN-Sicherheitsrats* einschließlich aller ständigen Mitglieder.

Dies führt zu einem strukturellen Dilemma: Der *UN-Sicherheitsrat* ist ein politisches Gremium, in dem die Mitglieder letztlich eigene strategische Interessen verfolgen, die wiederum das Vollstreckungsermessen¹⁶⁷ bedingen. Ob eine *IGH*-Entscheidung durchgesetzt wird, hängt daher maßgeblich von den

¹⁶² Oellers-Frahm, in: Simma (Fn. 9), Art. 94 Rn. 4 ff.

¹⁶³ Siehe **C. II. 3.**

¹⁶⁴ Vgl. Epping, in: Ipsen (Fn. 13), § 59 Rn. 74.

¹⁶⁵ Ipsen, in: Ipsen (Fn. 13), § 59 Rn. 74; vgl. Sachs (Fn. 72), S. 144 (146).

¹⁶⁶ Oellers-Frahm, Zur Vollstreckung der Entscheidungen internationaler Gerichte im Völkerrecht, ZaöRV 1976, 654 (662).

¹⁶⁷ Art. 94 Abs. 2 UNCh: „[...] to the Security Council, which may, if it deems necessary, make recommendations or decide upon measures to be taken to give effect to the judgment.“.

geopolitischen Interessen der P5 – den fünf ständigen Mitglieder des *UN-Sicherheitsrats* – ab. Da sich keine Praxis einer analogen Anwendung des Art. 27 Abs. 3 UNCh und damit der Enthaltung der Streitparteien entwickelt hat, besteht damit zumindest gegen jede Durchsetzung von Urteilen gegen ständige Mitglieder ein faktisches Vetorecht.¹⁶⁸ Die Schwächen dieses Mechanismus wurden im bislang einzigen praktischen Fall deutlich, als eine vollstreckende Resolution¹⁶⁹ am Veto der *USA* (der Beklagten) scheiterte.¹⁷⁰ Dies wurde einspruchslos vom Präsidenten des *UN-Sicherheitsrats* hingenommen.

Angesichts der derzeit anhängigen Verfahren vor dem *IGH*, von denen viele gegen den Willen der Beklagten stattfinden,¹⁷¹ erscheint eine erneute Zunahme von Widerstand gegen *IGH*-Entscheidungen wahrscheinlich. Im Fall *Ukraine* gegen *Russland* sind die Chancen einer zwangsweisen Durchsetzung jedenfalls gering. Dies zeigt, dass die Durchsetzung von Urteilen stark von den strategischen Interessen der Staaten abhängt – insbesondere von denen der ständigen Mitglieder des *UN-Sicherheitsrats*. Ihre geopolitischen Überlegungen können die Durchsetzung blockieren und damit die Effektivität der *IGH*-Urteile erheblich einschränken.

3. Politische Einflussnahme auf den *IGH*

Der *IGH* stößt an die Grenzen seiner Möglichkeiten der rechtlichen Steuerung von gewaltsamen Konflikten, wenn er seiner Hauptfunktion, der Schlichtung von Streitigkeiten durch unabhängiges Urteil, nicht mehr effektiv nachkommen kann. Um diesem Anspruch gerecht zu werden, ist es erforderlich, dass der *IGH* frei von politischer Instrumentalisierung agieren kann. Schließlich soll er allen Staaten dienen und nicht nationale Interessen durchsetzen. Die institutionelle Unabhängigkeit stellt einen wesentlichen Grund für das Vertrauen in den *IGH* dar. Vor allem im internationalen Bereich spielt dieses Vertrauen eine zentrale

¹⁶⁸ *Sachs* (Fn. 72), S. 144 (149). Reformvorschläge siehe: *UN-Generalversammlung*, Report of the Open-ended Working Group on the Question of Equitable Representation on and Increase in the Membership of the Security Council and Other Matters Related to the Security Council, UN Doc. A/58/47, Fifty-eighth Session, Supplement No. 47, abrufbar unter: <https://digitallibrary.un.org/record/529659?v=pdf> (zuletzt abgerufen am 11.3.2025), S. 10.

¹⁶⁹ *IGH*, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (*Nicaragua v. USA*), Urt. v. 27.6.1986, ICJ-Reports 1986, 14 ff.

¹⁷⁰ UN Doc. S/PV. 2718 v. 28.10.1986, S. 51.

¹⁷¹ Vgl. etwa *IGH*, Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Ukraine v. Russland*), Anordnung v. 16.3.2022, ICJ-Reports 2022, 211 (216); dort stellt *Russland* explizit die Zuständigkeit des Gerichtshofs infrage.

Rolle, da die Streitparteien souveräne Staaten sind, die sich der Gerichtsbarkeit freiwillig unterworfen haben.

a) Bedeutung des Konsensprinzips

Eine politische Einflussnahme auf den *IGH* könnte sich daraus ergeben, dass Staaten sich freiwillig seiner Gerichtsbarkeit unterwerfen müssen, damit ein Verfahren stattfinden kann.¹⁷² Da der *IGH* auf die Anerkennung der Staatengemeinschaft angewiesen ist, könnte er gezwungen sein, in bestimmten Fällen Zurückhaltung zu üben, um einerseits weitere Staaten zur Anerkennung seiner Gerichtsbarkeit zu bewegen und andererseits die bereits bestehende Anerkennung nicht zu gefährden.

Sollte der staatliche Wille zur Unterwerfung unter dessen Gerichtsbarkeit zumindest indirekt Einfluss auf die Entscheidungen des *IGH* haben, könnte dies seine Unabhängigkeit der Streitbeilegung beeinträchtigen und seine Rolle in der Fortentwicklung des Völkerrechts einschränken.

Eine solche Einflussnahme scheidet bereits aus, wenn eine breite und bedingungslose Anerkennung für die Gerichtsbarkeit des *IGH* bestünde. In der Realität zeichnet sich allerdings ein gegensätzliches Bild. So haben derzeit zwar 74 Staaten eine generelle Unterwerfungserklärung nach Art. 36 Abs. 2 IGHSt abgegeben,¹⁷³ eine große Anzahl davon jedoch mit teils umfassenden Vorbehalten,¹⁷⁴ vor allem im Zusammenhang mit militärischen Operationen.¹⁷⁵ Von den ständigen Mitgliedern des *UN-Sicherheitsrates* hat nur das *Vereinigte Königreich* eine solche Erklärung abgegeben.¹⁷⁶

Bei der Analyse einschlägiger Rechtsprechung finden sich mehrere Beispiele, in denen Staaten nach einer Niederlage in einem Verfahren vor dem *IGH* ihre

¹⁷² *Lucht* (Fn. 131), S. 10 f.

¹⁷³ *International Court of Justice*, Declarations recognizing the jurisdiction of the Court as compulsory, abrufbar unter: <https://www.icj-cij.org/en/declarations> (zuletzt abgerufen am 11.3.2025).

¹⁷⁴ *Thirway* (Fn. 64), S. 47 ff.; *Tomuschat*, in: Zimmermann (Fn. 4), Art. 36 Rn. 83 ff.

¹⁷⁵ So z. B. Deutschland siehe: *Eick*, Die Anerkennung der obligatorischen Gerichtsbarkeit des Internationalen Gerichtshofs durch Deutschland, *ZaöRV* 2008, 763 (763 ff.).

¹⁷⁶ *International Court of Justice*, Declarations recognizing the jurisdiction of the Court as compulsory – Vereinigtes Königreich und Nord Irland, abrufbar unter: <https://www.icj-cij.org/declarations/gb> (zuletzt abgerufen am 12.4.2025).

Unterwerfungserklärung zurückgezogen haben.¹⁷⁷ Dazu zählen die *USA*¹⁷⁸, *Kanada*¹⁷⁹ und *Frankreich*¹⁸⁰. Schwieriger verhält es sich damit, zu bestimmen, welche Lehren der *IGH* aus diesem Umstand gezogen hat und inwiefern dies in die heutige Rechtsprechung einfließt.¹⁸¹

Aufschluss könnte dabei die Betrachtung jüngerer Urteile liefern. Im Zuge der aktuellen Geschehnisse im Nahen Osten ordnete der *IGH* am 26.1.2024 vorsorgliche Maßnahmen an.¹⁸² Inhaltlich beschränkte sich der Beschluss dabei weitgehend auf eine Erinnerung an die bestehenden Normen. Die einzelnen Entscheidungen¹⁸³ und deren Wirkung sind umstritten und müssen im Kontext eines hochkomplexen Konfliktes betrachtet werden. Daher soll an dieser Stelle keine weitergehende Analyse stattfinden. Fest steht allerdings, dass von der Möglichkeit, eine sofortige Waffenruhe anzuordnen, nicht Gebrauch gemacht wurde. Vor dem Hintergrund einer im *UN-Sicherheitsrat* verabschiedeten Resolution¹⁸⁴ sowie einer bereits im November 2023 ergangenen Resolution der *UN-Generalversammlung*,¹⁸⁵ die beide einen solchen Waffenstillstand beinhalteten, erscheint der Beschluss des *IGH* insofern zurückhaltend. Die genauen Erwägungen der Richter bleiben dabei offen. Ob bewusst oder unbewusst – die

¹⁷⁷ Vgl. Gross, The International Court of Justice: Consideration of Requirements for Enhancing Its Role in the International Legal Order, in: American Journal of International Law, Vol. 65 (1971), 253 (262 f.).

¹⁷⁸ Erklärung der Vereinigten Staaten von Amerika vom 7. Oktober 1985, UN Treaty Series, Vol. 1408, Annex A, S. 270, abrufbar unter: <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201408/v1408.pdf> (zuletzt abgerufen am 11.3.2025); Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages, Klagemöglichkeiten gegen US-Sanktionen wegen Nord Stream 2: Zur Jurisdiktion des Internationalen Gerichtshofs, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/807546/95ba4854a389f1475f7f26837b5a0c91/WD-2-086-20-pdf-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 11.3.2025); Jennings/Higgins/Tomka, in: Zimmermann (Fn. 4), Introduction Rn. 135.

¹⁷⁹ Rosenne, Documents on the International Court of Justice, 1. Aufl. 1991, S. 623 f.

¹⁸⁰ Alexandrov, Reservations in Unilateral Declarations Accepting the Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice, 1995, S. 76–90.

¹⁸¹ Vgl. Lucht (Fn. 131), S. 136 f.

¹⁸² *IGH*, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (*Südafrika v. Israel*), Anordnung v. 26.1.2024, Rn. 86.

¹⁸³ *IGH*, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (*Südafrika v. Israel*), Anordnung v. 26.1.2024; Anordnung v. 28.3.2024; Anordnung v. 24.5.2024.

¹⁸⁴ *UN-Sicherheitsrat*, Resolution S/RES/2728 (2024).

¹⁸⁵ *UN-Generalversammlung*, Resolution A/RES/ES-10/22.

Abhängigkeit von der freiwilligen Unterwerfung schafft einen Mechanismus, der richterliche Zurückhaltung zumindest begünstigt.¹⁸⁶

b) Verhältnis zum UN-Sicherheitsrat

Eine potenzielle politische Einflussnahme auf den *IGH* ergibt sich auch aus der Tatsache, dass die Durchsetzung seiner Urteile im Falle einer Nichtbefolgung, wie oben dargestellt¹⁸⁷, dem *UN-Sicherheitsrat* obliegt. Neben dem grundsätzlichen Durchsetzungsproblem könnte dies die richterliche Entscheidungsfreiheit insofern beeinträchtigen, als dass der *IGH* vermeiden könnte, Entscheidungen zu treffen, die absehbar im *UN-Sicherheitsrat* keine Durchsetzung erfahren.¹⁸⁸ Eine wiederholte Kollision zwischen der Rechtsprechung des *IGH* und den Mehrheitsverhältnissen im *UN-Sicherheitsrat* könnte schließlich die Autorität des *IGH* schwächen.

Allerdings lässt sich bislang keine abschließende Bewertung darüber treffen, inwieweit die Notwendigkeit der UN-Sicherheitsratsbeteiligung die Rechtsprechung des *IGH* tatsächlich beeinflusst. Die Möglichkeit, ein Urteil über den *UN-Sicherheitsrat* durchzusetzen, wurde in der bisherigen Praxis des *IGH* lediglich ein einziges Mal in Anspruch genommen,¹⁸⁹ sodass die empirische Grundlage für eine Analyse begrenzt ist. Fest steht jedoch, dass die Durchsetzung in diesem Fall – wie oben dargestellt – am Veto der *USA* scheiterte. Dies legt zumindest nahe, dass sich der *IGH* der potenziellen Vereitelung der Durchsetzung seiner Urteile durch politische Entscheidungen im *UN-Sicherheitsrat* bewusst ist.

c) Konsequenzen für die rechtliche Steuerung

Anhand der bisherigen Rechtsprechung lassen sich lediglich Tendenzen erkennen. Die Begründung des Urteils bleibt letztlich den Richtern des *IGH* überlassen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass eine übermäßige richterliche Rechtsfortbildung die Grenzen der judikativen Funktion überschreiten könnte.

Würde der *IGH* seine richterliche Entscheidungsfreiheit dahingehend nutzen, über die Rechtsauslegung hinaus völkerrechtliche Normen faktisch weiterzuentwickeln oder das Gewaltverbot durch restriktive, nicht von der Staatengemeinschaft getragenen Interpretationen, zu verschärfen, überschritte er die Grenzen judikativer Kompetenz und nähme eine quasi-legislative Rolle ein.

¹⁸⁶ Vgl. *Heselhaus* (Fn. 94), S. 328 (374); vgl. *Lucht* (Fn. 131), S. 135 ff.

¹⁸⁷ Siehe oben **C. III. 2. b).**

¹⁸⁸ *Lucht* (Fn. 131), S. 11 f.

¹⁸⁹ Siehe oben **C. III. 2. b).**

Auch wenn eine solche Entwicklung völkerrechtlichen Schutzinteressen dienen mag, läge sie außerhalb der Funktion des Gerichts als judikatives Organ.¹⁹⁰

Eine progressivere Rechtsprechung des *IGH* könnte das Risiko einer Kompetenzüberschreitung bergen, weshalb eine zurückhaltende Anwendung des Völkerrechts geboten und völkerrechtlich legitimiert ist.¹⁹¹ Immerhin obliegt die Fortentwicklung des Völkerrechts gemäß Art. 13 Abs. 1 lit. a UNCh der *UN-Generalversammlung*, die diese Aufgabe durch die *Völkerrechtskommission* wahrnimmt.¹⁹² Die Aufgabe des *IGH* besteht hingegen darin, das Recht so anzuwenden, wie er es vorfindet und nicht, es neu zu schaffen.

Eine Zurückhaltung in den Urteilen kann daher Ausdruck einer unzureichend gefestigten Rechtspraxis und -überzeugung sein. Dennoch erscheint eine verstärkte Berücksichtigung politischer Einflussfaktoren in der Bewertung der Rechtsprechung des *IGH* angesichts aktueller und künftiger Verfahren erforderlich.

4. Lösung des Konflikts durch Urteil?

Im wissenschaftlichen Diskurs wird zurecht die Frage aufgeworfen, ob hochpolitische Streitigkeiten, als solche kriegerische Auseinandersetzungen nun einmal im Kern gelten, überhaupt durch eine bloße juristische Entscheidung beigelegt werden können.¹⁹³ Die politischen, ökonomischen, religiösen oder anderen Ursachen eines Konflikts werden durch ein Verfahren vor dem *IGH* schwerlich beseitigt beziehungsweise gelöst. Dadurch kommt es erst gar nicht zu einer Bereinigung des zugrundeliegenden Konflikts.¹⁹⁴ Insofern ist nicht auszuschließen, dass der *IGH* mit seinen Verfahrensarten¹⁹⁵ nur in Grenzen an der nachhaltigen Lösung kriegerischer Auseinandersetzungen mitwirken kann. Die konkreten Auswirkungen seiner Rechtsprechung sind mannigfaltig und schwer empirisch aufzuzeigen. Allerdings genügt ein Blick auf die Karte, um festzustellen, dass die aktuellen Konfliktherde schon lange vor der Gründung des *IGH* bestanden und während seiner 79-jährigen Geschichte keine endgültige Lösung gefunden haben. Das Urteil zu *Nicaragua* beispielsweise konnte den

¹⁹⁰ *Pellet*, in: Zimmermann (Fn. 4), Art. 38 Rn. 67 f.

¹⁹¹ Vgl. *Sunstein*, One case at a time – Judicial Minimalism on the Supreme Court, 1. Aufl. 1999, S. 16 ff.

¹⁹² Vgl. *Tomuschat*, Die Völkerrechtskommission der Vereinten Nationen, in: Vereinte Nationen 1988, 180 ff.

¹⁹³ Vgl. *Neuhold*, Internationale Konflikte – verbotene und erlaubte Mittel ihrer Austragung, 1. Aufl. 1977, S. 389.

¹⁹⁴ *Deiseroth* (Fn. 50), S. 138.

¹⁹⁵ Siehe **A. II.**

zugrundeliegenden Konflikt nicht lösen.¹⁹⁶ Diese Erkenntnis legt nahe, dass ein langfristiger Frieden nicht allein durch Urteile erreicht werden kann. Wie *Mohamed Shababuddeen*, ehemaliger Richter am IGH, sagte: „[t]o be sure, judicial process alone cannot banish war“.¹⁹⁷

D. Die Rolle des IGH bei der Aufarbeitung internationaler Gewaltanwendung

Im Rahmen der juristischen Aufarbeitung des internationalen Gewalteinsatzes sind sowohl das Gutachtenverfahren als auch das Streitverfahren des IGH von Bedeutung. Der Unterschied besteht darin, dass das Gutachtenverfahren nicht durch Staaten eingeleitet werden kann, sondern gemäß Art. 96 UNCh dazu dient, den Organen der *Vereinten Nationen* bei der Erfüllung ihrer Aufgaben dient und darüber hinaus keine Bindungswirkung entfaltet. Dennoch kann es genutzt werden, um konkrete Streitfragen zu bewerten, insbesondere wenn rechtliche Hindernisse eine Behandlung im Streitverfahren verhindern.¹⁹⁸ Während im Gutachtenverfahren sämtliche völkerrechtliche Normen berücksichtigt werden können, ist das Streitverfahren gemäß Art. 36 IGHSt auf die jeweiligen Unterwerfungserklärungen der Streitparteien beschränkt.

Die grundsätzliche Vorgehensweise der rechtlichen Aufarbeitung verläuft in beiden Verfahren weitgehend übereinstimmend. Im Folgenden werden die verschiedenen Stufen mitsamt ihren Grenzen exemplarisch dargestellt.

¹⁹⁶ Das Urteil des IGH im Fall *Nicaragua v. USA* stellte zwar völkerrechtswidrige Handlungen der USA fest und sprach *Nicaragua* Reparationszahlungen zu, führte jedoch nicht zur Beendigung des Konflikts. Die USA weigerten sich, das Urteil anzuerkennen und nutzten ihr Vetorecht im UN-Sicherheitsrat, um eine Durchsetzung zu verhindern. Zudem setzten sie ihre Unterstützung für die Contras fort, was den Bürgerkrieg in *Nicaragua* weiter anheizte, und verweigerten die Zahlung der Schadenssumme. Die politischen Spannungen blieben bestehen und nach einem Regierungswechsel in *Nicaragua* 1991 zog die neue Regierung die Klage zurück, womit das Verfahren endgültig beendet wurde. Vgl. dazu ausführlich *Highet*, *Between a Rock and a Hard Place – The United States, the International Court of Justice, and the Nicaragua Case*, abrufbar unter: <https://scholar.smu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2513&context=til> (zuletzt abgerufen am 11.3.2025), S. 1083-1101.

¹⁹⁷ *Shababuddeen*, *The World Court at the Turn of the Century*, in: *The International Court of Justice – Its Future Role after Fifty Years*, Band 3, 1. Aufl. 1997, S. 3 (18).

¹⁹⁸ Siehe **C. II. 2. b)**.

I. Tatsachenforschung

„Im Krieg ist die Wahrheit das erste Opfer“¹⁹⁹. Dies macht eine unabhängige und gründliche Tatsachenerforschung unerlässlich, um mehr Transparenz in kriegsrechtliche Auseinandersetzungen zu bringen. Der IGH spielt dabei eine entscheidende Rolle, indem er umfangreiche Untersuchungen durchführt, um relevante Fakten und Beweise für die Beurteilung eines Falles zusammenzutragen.²⁰⁰

Gemäß Art. 50 IGHSt ist der IGH dabei befugt, Sachverständige zu ernennen oder selbst Untersuchungen anzustellen, um den Sachverhalt festzustellen. Dies umfasst nach Art. 49 IGHSt die Überprüfung von schriftlichen Dokumenten, Zeugenaussagen, Expertengutachten und anderen Quellen. Darüber hinaus können forensische Analysen und Überprüfungen vor Ort durchgeführt werden,²⁰¹ um die Echtheit und Zuverlässigkeit der Beweismittel zu gewährleisten.

Die Ermittlungen begrenzen sich dabei auf das Vorbringen der Parteien. Als Ausfluss des zentralen Konsensprinzips ist es nicht Aufgabe des IGH, über diesen Rahmen hinaus Tatsachenforschung zu betreiben.²⁰² Der kontradiktorische Verfahrensablauf²⁰³ soll gewährleisten, dass alle relevanten Tatsachen von den Parteien vorgebracht werden.

Trotz dieser Bemühungen sieht sich der IGH bei seinen Untersuchungen mit erheblichen Hindernissen konfrontiert. Dazu zählen insbesondere mangelnde Kooperationsbereitschaft, begrenzte Zugangsmöglichkeiten zu

¹⁹⁹ Dieser Satz wird *Aischylos* (525–456 v. Chr.), griech. Dichter und Begründer der griechischen Tragödie, zugesprochen. Zur Einordnung siehe: *Jauer*, Das erste Opfer im Krieg ist die Wahrheit, in: Bundeszentrale für politische Bildung, abrufbar unter: <https://www.bpb.de/themen/deutschlandarchiv/509007/das-erste-opfer-im-krieg-ist-die-wahrheit/> (zuletzt abgerufen: 11.3.2025).

²⁰⁰ IGH, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Demokratische Republik Kongo v. Uganda)*, Urt. v. 19.12.2005, ICJ-Reports 2005, 168 (200).

²⁰¹ Vgl. IGH, *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (USA v. Iran)*, Korrespondenz v. 15.3.1980, ICJ-Reports 1980, 3 (511).

²⁰² IGH, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Demokratische Republik Kongo v. Uganda)*, Urt. v. 19.12.2005, ICJ-Reports 2005, 168 (200).

²⁰³ Das kontradiktorische Verfahren gilt sowohl im schriftlichen (Art. 44 ff., 49 IGH-VerfO) als auch im mündlichen Verfahren (Art. 54 ff. IGH-VerfO). Siehe dazu IGH, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. USA)*, Urt. v. 27.6.1986, ICJ-Reports 1986, 14 (39).

Konfliktgebieten, Schwierigkeiten bei der Sicherung von Beweismitteln und die Manipulation von Informationen durch beteiligte Parteien.²⁰⁴

Eine weitere große Herausforderung liegt in der Boykottierung beziehungsweise dem Fernbleiben einer Partei vom Prozess, wie es im Fall *Nicaragua* gegen die *USA* geschehen ist.²⁰⁵ Oft zeigt sich, dass Staaten vor allem dann an Transparenz und Aufklärung interessiert sind, wenn es ihren eigenen Interessen dient.²⁰⁶ Abseits des Statusverlustes,²⁰⁷ den der *IGH* durch ein solches Verhalten erleidet, kann die Unwilligkeit einer Partei zu einer unvollständigen oder verzerrten Darstellung der Fakten führen, da das Gericht nicht in der Lage ist, alle relevanten Beweise und Argumente zu prüfen.

Zwar verpflichtet Art. 53 Abs. 2 IGHSt den *IGH*, auch bei der Abwesenheit einer Partei sicherzustellen, dass der Antrag der klagenden Partei sachlich und rechtlich begründet ist, bevor ihm stattgegeben wird.²⁰⁸ Nichtsdestotrotz wird damit die Fähigkeit des *IGH* beeinträchtigt, ein fundiertes rechtliches Urteil zu fällen.²⁰⁹

II. Feststellung

In einem nächsten Schritt stellt der *IGH* fest, wie sich die anwendbaren Regeln des Völkerrechts auf die ihm vorliegenden Untersuchungen projizieren.²¹⁰ Daraus folgt die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit der gerügten Handlungen.²¹¹ Das Urteil bringt dabei die Rechtsauffassung des *IGH* als von der Staatengemeinschaft getragenen Gerichtshof zum Ausdruck. Als höchstes Rechtsprechungsorgan der *Vereinten Nationen* ist das Urteil gemäß Art. 60 IGHSt unanfechtbar und endgültig. Bestehen die rechtswidrigen Handlungen zum Zeitpunkt des Urteils fort, kann der *IGH* im Streitverfahren die Pflicht zur

²⁰⁴ *Ebd.*, S. 38 Rn. 57.

²⁰⁵ *Ebd.*, S. 23 Rn. 27; United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (*USA v. Iran*), Urt. v. 24.5.1980, ICJ-Reports 1980, 3 (18); Nuclear Tests (*New Zealand v. France*), Order of 22 June 1973, ICJ-Reports 1973, S. 257 Rn. 15; Siehe dazu: Jennings/Higgins/Tomka, in: Zimmermann (Fn. 4), Introduction Rn. 124 ff.

²⁰⁶ *Grasern* (Fn. 47), S. 460 (461); Mosler, in: FS Schlochauer, 1981, S. 439 (442).

²⁰⁷ *IGH*, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (*Nicaragua v. USA*), Urt. v. 27.6.1986, ICJ-Reports 1986, 14 (23); *Grasern* (Fn. 47), S. 460 (461 f.).

²⁰⁸ *Grasern* (Fn. 47), S. 460 (464 f.).

²⁰⁹ *Ebd.*, S. 460 (465).

²¹⁰ *IGH*, Armed Activities on the Territory of the Congo (Demokratische Republik Kongo v. Uganda), Urt. v. 19.12.2005, ICJ-Reports 2005, 168 (219).

²¹¹ *Ebd.* S. 168 (280); Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (*Nicaragua v. USA*), Urt. v. 27.6.1986, ICJ-Reports 1986, 14 (146).

sofortigen Beendigung der völkerrechtswidrigen Handlungen feststellen.²¹² In der Praxis ist die Feststellung der Völkerrechtswidrigkeit von Handlungen eine der wichtigsten Formen der Genugtuung.²¹³

III. Rechtsfolge: Reparationszahlungen

Der *IGH* stellt in seinen Urteilen zur Gewaltanwendung wiederholt fest, dass der verletzten Partei Reparationszahlungen für die Völkerrechtsverstöße zustehen.²¹⁴ Dies dient vornehmlich der Wiederherstellung des rechtlichen Gleichgewichts zwischen den Streitparteien.²¹⁵

Dabei ist es allgemeine Praxis, dass der *IGH* nicht unmittelbar über den Umfang und die Art der Entschädigung entscheidet. Vielmehr stellt er in seinem Urteil nur die Pflicht zur Zahlung von Reparationen fest und verweist die Verhandlung über die Art und den Umfang an die betroffenen Staaten zurück. Der *IGH* überwacht diese Verhandlungen und betont, dass „in der Phase des Verfahrens, die der Wiedergutmachung gewidmet ist [d. h. der Verhandlungsphase], keine Partei die Schlussfolgerungen seines Urteils in Frage stellen kann, da sie rechtskräftig geworden sind“.²¹⁶

An dieser Stelle wird erneut erkennbar, dass die Rechtsprechung des *IGH* in erster Linie der Streitbeilegung dient. Die Anregung zur Reaktivierung von Verhandlungen läuten damit zumindest theoretisch den Prozess vom gewaltsamen zum friedlichen Miteinander ein. Dazu gibt der *IGH* den Parteien mit dem Urteil lediglich eine gerichtliche Einschätzung der Umstände an die Hand, einerseits als Anerkennung erlittener Rechtsverstöße und andererseits als Grundlage für Verhandlungen. Im Idealfall trägt dies dazu bei, einen aufgezwungenen, fragilen Frieden zu vermeiden und stattdessen eine stabilere

²¹² *IGH*, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (*Nicaragua v. USA*), Urte. v. 27.6.1986, ICJ-Reports 1986, 14 (146).

²¹³ Hoss, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2011, Stichwort: *Satisfaction*, Rn. 23 ff.

²¹⁴ *IGH*, Armed Activities on the Territory of the Congo (*Demokratische Republik Kongo v. Uganda*), Urte. v. 19.12.2005, ICJ-Reports 2005, 168 (281); Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (*Nicaragua v. USA*), Urte. v. 27.6.1986, ICJ-Reports 1986, 14 (149).

²¹⁵ Vgl. PCIJ, Factory at Chorzów (*Deutschland v. Polen*), Urteil v. 13.9.1928, Serie A No. 17, S. 47: „The essential principle contained in the actual notion of an illegal act [...] is that reparation must, as far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and reestablish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed.“.

²¹⁶ *IGH*, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (*Nicaragua v. USA*), Urte. v. 27.6.1986, ICJ-Reports 1986, 14 (142).

Grundlage für eine langfristige Konfliktlösung zu schaffen, die einer erneuten Anwendung von Gewalt vorbeugt.

E. Schlussfolgerung

Das Ziel dieses Beitrags bestand darin, sich mit den Möglichkeiten und Grenzen des *IGH* auseinanderzusetzen, sowohl in Bezug auf die rechtliche Steuerung als auch auf die Aufarbeitung des internationalen Gewalteinsatzes. Mit dem *IGH* als unabhängigem Spruchkörper wurde den Staaten ein Instrument der friedlichen Streitbeilegung an die Hand gegeben, das auf geordneten Verfahren und geltendem Recht basiert. Durch ständige Übung hat er seine Möglichkeiten und Mittel kontinuierlich weiterentwickelt und dabei maßgeblich an der Kodifizierung und Konturierung des Völkerrechts mitgewirkt.²¹⁷ Er gilt als „[l’]adaptateur de droit [le] plus [efficace] de l’ordre juridique international“²¹⁸ und trägt mit seiner aufeinander aufbauenden Rechtsprechung zur Stabilisierung zwischenstaatlicher Verhaltenserwartungen bei.²¹⁹ Die Entscheidungen des *IGH* bezüglich *Russland*²²⁰ und *Israel*²²¹ verdeutlichen, dass er in der Lage ist, zügig zu handeln und Druck auf die Parteien auszuüben, das Völkerrecht zu beachten.²²²

Grundsätzlich sind der gerichtlichen Streitbeilegung keine inhärenten Grenzen gesetzt. Der *IGH* hat in zahlreichen Verfahren bewiesen, dass sich selbst hochkomplexe Konflikte samt ihrer verschiedenartigen Hintergründe in eine Streitigkeit rechtlicher Natur reduzieren lassen.²²³ Die Grenzen des *IGH* ergeben sich letztlich erst daraus, dass er von dem Verhalten und der Einstellung derjenigen abhängig gemacht wird, die er regulieren soll.²²⁴ Solange es den Staaten freisteht, einem Verfahren zu entgehen, wird es auch in Zukunft nicht möglich sein, in sensiblen Bereichen völkerrechtliche Verantwortlichkeiten zu etablieren. Ohne eine neutrale und konsequente Aufarbeitung von Völkerrechtsverstößen bleibt die Grundlage für nachhaltigen Frieden brüchig – stattdessen verstetigen

²¹⁷ Siehe dazu **C. II. 4.**

²¹⁸ *Pellet*, L’adaptation du droit international aux besoins changeants de la société internationale, 2007, S. 21.

²¹⁹ Siehe **C. II. 4.**

²²⁰ *IGH*, Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Ukraine v. Russland*), Anordnung v. 16.3.2022, ICJ-Reports 2022, 211 ff.

²²¹ *IGH*, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (*Südafrika v. Israel*), Anordnung v. 26.1.2024.

²²² Siehe **C. II. 3.**

²²³ Siehe **C. II. 2.**

²²⁴ Siehe **C. II. 1.**; vgl. *Giladi/Shany*, in: The Cambridge Companion to – The International Court of Justice (Fn. 31), S. 108.

sich Gewaltzyklen, während die Zivilbevölkerung weiterhin den höchsten Preis für das Scheitern rechtlicher Durchsetzung zahlt.²²⁵ Die derzeit anhängigen Verfahren vor dem *IGH* bieten Anlass zur Befürchtung einer erneuten Zunahme von Widerstand gegen *IGH*-Entscheidungen – eine Entwicklung, die nicht nur die Autorität des Gerichtshofs untergräbt, sondern auch die Stabilität und Wirksamkeit des Völkerrechts als Ganzes in Frage stellt. Es gilt abzuwarten, wie die Staatengemeinschaft darauf reagieren wird.

²²⁵ Siehe **C. II. 1. b)**.

Julia Bierlein*

Sittenwidrigkeit im Medizinstrafrecht

Abstract

Medizinische Eingriffe finden schon lange nicht mehr nur aus gesundheitlichen Gründen statt. Vor allem solche Eingriffe, die nicht medizinisch indiziert sind, werfen die Frage auf, bis wann eine Einwilligung möglich ist, und ab wann der Eingriff sittenwidrig ist. Die Sittenwidrigkeit ist Grundlage für die Frage, wie weit die Privatautonomie in der Medizin reicht und wann der allgemeine Rechtsgüterschutz anfängt. Bei der Beantwortung treffen moralisch-ethische auf rechtliche Wertungen. Der Beitrag befasst sich mit dieser Frage unter Einbeziehung des Wortlauts des § 228 StGB, der Gesetzgebungsgeschichte der Sittenwidrigkeit, einer Analyse der Rechtsprechung sowie der diesbezüglichen Entwicklung. Schließlich wird zu den Besonderheiten im Medizinstrafrecht Stellung genommen und zuletzt ein Überblick über Bereiche gegeben, in denen der Frage nach der Sittenwidrigkeit besondere Bedeutung zukommt. Das Fazit ist klar: Wir brauchen die Sittenwidrigkeit als Korrektiv, um gerechte Entscheidungen zu treffen.

* Die Verfasserin studiert im zehnten Semester Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg mit dem Schwerpunkt Medizin- und Gesundheitsrecht und war bis April 2024 Chefredakteurin dieser Zeitschrift. Der Beitrag beruht auf einer im Wintersemester 2023/2024 verfassten Seminararbeit im Rahmen des Seminars „Medizinstrafrecht“ bei Prof. Dr. Dr. h. c. Gerhard Dannecker.

A. Einleitung

Recht wandelt sich stetig, so auch das Medizinstrafrecht. Der Schwangerschaftsabbruch war einmal rechts- und damit sittenwidrig,¹ heute ist er es unter bestimmten Voraussetzungen nicht mehr.² Eine Sterilisation ist nie sittenwidrig³, die Verstümmelung weiblicher Genitalien immer⁴. Bis zu welchem Grad können sich Menschen für eine Schönheitsoperation verletzen lassen? Und darf man irgendwann in der Zukunft seinen Kopf transplantieren lassen?

Täglich willigen Menschen in medizinische Behandlungen ein, um gesünder, schöner oder glücklicher zu werden. Doch im deutschen Strafgesetzbuch gibt es eine Grenze. Diese Grenze ist nicht statisch, passt sich der Gesellschaft an, muss von den Gerichten immer wieder neu bestimmt werden und hat doch oder vielleicht gerade deshalb eine Sonderstellung im Medizinstrafrecht: die Sittenwidrigkeit.

Die Sittenwidrigkeit ist Grundlage für die Frage, wie weit die Privatautonomie in der Medizin reicht und wann der allgemeine Rechtsgüterschutz anfängt. Bei der Beantwortung treffen moralisch-ethische auf rechtliche Wertungen.⁵

Welche Bedeutung kommt der Sittenwidrigkeit also im Medizinstrafrecht zu? Und wie hat sich die Sittenwidrigkeit im Lauf der Zeit entwickelt? Wie wird sie in medizinstrafrechtlichen Fällen ausgelegt, im Gegensatz zu Fällen aus anderen Rechtsgebieten? Und sollte dem Begriff „Sittenwidrigkeit“, der von vielen Stimmen aus der Literatur als nicht präzise bestimmbar kritisiert wird⁶, überhaupt Bedeutung zukommen?

¹ RGSt 77, 350 ff.

² BMFSFJ, Schwangerschaftsabbruch nach § 218 Strafgesetzbuch, 21.10.2024, abrufbar unter: <https://www.bmfsfj.de/bmfsfj/themen/familie/schwangerschaft-und-kindwunsch/schwangerschaftsabbruch/schwangerschaftsabbruch-nach-218-strafgesetzbuch-81020#:~:text=Ein%20Schwangerschaftsabbruch%20ist%20nicht%20strafbar,%20218a%20Absatz%201%20StGB> (zuletzt abgerufen am 24.2.2025).

³ BGHSt 67, 48 ff.

⁴ BT-Drucks. 16/9420.

⁵ Magnus, Der Sittenverstoß im Kontext des Medizinstrafrechts, medstra 2023, 137 (137).

⁶ Morgenstern, Abstoßend, gefährlich, sozialschädlich? Zur Unbestimmtheit der Sittenwidrigkeitsklausel des § 228 StGB, JZ 2017, 1146 (1153 f.); Rönnau, Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht, 2001, S. 169 ff., Paeffgen/Zabel, in: NK-StGB III, § 228 Rn. 33.

Das Wort „Sitte“ kommt vom lateinischen Wort „*mos*“ und wird unter anderem übersetzt mit „Brauch, Sitte, Benehmen, Regel, Vorschrift“.⁷ Im Duden wird „Sitte“ beschrieben als „für bestimmte Lebensbereiche einer Gemeinschaft geltende, dort übliche, als verbindlich betrachtete Gewohnheit, Gepflogenheit, die im Laufe der Zeit entwickelt, überliefert wurde“.⁸ Synonyme sind „Brauch, Tradition, Anstand, Moral“ sowie „Schicklichkeit“.⁹ Auf *Wikipedia* wird „Sitte“ verstanden als „die Gesamtheit moralischer Werte und Regeln im Sinne einer moralischen Autorität (Heteronomie)“. Sittlich sei das äußere Verhalten in der Gesellschaft, wobei man innerlich anderer Meinung sein könne.¹⁰ Bei dem Sprichwort „Andere Länder, andere Sitten!“¹¹ steht der Kulturbezug im Vordergrund. Von den 1920er bis in die 1970er Jahre gab es in Deutschland eine Sittenpolizei, die gegen den „moralischen Verfall“ der Gesellschaft kämpfte.¹² Im Iran agiert eine solche noch heute auf brutale Weise.¹³

Sitten haben also vor allem etwas mit Gesellschaft zu tun. Sie sind ein Orientierungspunkt für das Miteinander der Menschen. Und sie scheinen so wichtig zu sein, dass sie sogar in Gesetzestexten Eingang gefunden haben.

Solche Gedanken hat sich auch die Rechtsprechung gemacht, wenn sie in ihren Urteilen auf diesen so genannten „allgemeinen Sprachgebrauch“ abstellt.¹⁴ Dabei

⁷ Langenscheidt, Langenscheidt Wörterbuch Latein, 2023, Stichwort „Sitte“.

⁸ Duden, Wörterbuch, 10. Aufl. 2023, Stichwort „Sitte“.

⁹ Ebd.

¹⁰ *Wikipedia*, Sitte, abrufbar unter: <https://de.wikipedia.org/wiki/Sitte> (zuletzt abgerufen am 18.12.2024).

¹¹ DWDS, Stichwort: „andere Länder andere Sitten“, abrufbar unter: <https://www.dwds.de/wb/andere%20Länder%2C%20andere%20Sitten> (zuletzt abgerufen am 30.4.2025).

¹² Klemm, Auch herumstehende „bürgerliche Frauen“ hielt die Sitte für verdächtig, Welt v. 9.9.2024, abrufbar unter: <https://www.welt.de/geschichte/article245470990/Sittenpolizei-Auch-buergerliche-Frauen-hielten-die-staatlichen-Moralwaechter-fuer-verdaechtig.html> (zuletzt abgerufen am 22.2.2025); ZDF-*Presse*, Zweiteilige ZDFInfo-Doku über die Geschichte der Sittenpolizei in Deutschland, abrufbar unter: <https://presseportal.zdf.de/pressemitteilung/zweiteilige-zdfinfo-doku-ueber-die-geschichte-der-sittenpolizei-in-deutschland> (zuletzt abgerufen am 18.12.2024).

¹³ Tagesschau, Berüchtigte Moralpolizei im Iran wieder im Einsatz, 16.7.2023, abrufbar unter: <https://www.tagesschau.de/ausland/asien/iran-moralpolizei-100.html> (zuletzt abgerufen am 22.2.2025); Amnesty International, Iran: Zunehmende Unterdrückung von Frauen und Mädchen durch Sittenpolizei und Massenüberwachung, 26.7.2023, abrufbar unter: <https://www.amnesty.de/allgemein/pressemitteilung/iran-unterdrueckung-frauen-maedchen-kopftuchzwang-sittenpolizei> (zuletzt abgerufen am 22.2.2025).

¹⁴ Althenger, Der allgemeine Sprachgebrauch – ein Erfahrungssatz?, in: FS Krämer, 2009, S. 413 (413); Fikentscher, in: Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, Band IV, 1999, S. 176 ff.

ist fraglich, ob der allgemeine Sprachgebrauch im Recht überhaupt ein zielführendes Auslegungsmittel darstellt, und wenn ja, inwieweit auf ihn abgestellt werden muss.¹⁵ Der Begriff „allgemeiner Sprachgebrauch“ erfasst schlicht sprachliches Verhalten, nämlich den allgemeinen „Gebrauch“ der Sprache in Wort und Schrift in der gewohnten, üblichen Ausdrucksform.¹⁶ „Sprachgebrauch“ meint, dass eine „[Rede]wendung [als] üblich oder nicht üblich“ gilt,¹⁷ also als grammatisch – syntaktisch und semantisch – akzeptiert oder nicht akzeptiert.¹⁸ In der rechtlichen Auslegung steht dagegen der semantische Aspekt, also die Bedeutung, die einem sprachlichen Ausdruck vom durchschnittlichen Sprecher oder Hörer der deutschen Sprachgemeinschaft beigemessen wird, im Mittelpunkt.¹⁹ Bei der Auslegung eines Textes wird nach dem „Wortsinn“ gesucht.²⁰ Gleichzeitig macht die Auslegung eines Gesetzesbegriffs nach dem allgemeinen Sprachgebrauch aufgrund der Gefahr einer zu weiten Ausdehnung von Begriffen nur Sinn, wenn sie in Zusammenhang mit einer teleologischen Auslegung stattfindet.²¹

B. Sittenwidrigkeit im Medizinstrafrecht

I. Sittenwidrigkeit im Recht

Die Sittenwidrigkeit ist für verschiedene Rechtsgebiete relevant.

1. Verfassungs- und Zivilrecht

Im Verfassungsrecht weist Art. 2 Abs. 1 GG auf das „Sittengesetz“ hin, gegen das bei der Entfaltung des Persönlichkeitsrechts nicht verstoßen werden darf. Es ist als unbestimmter Rechtsbegriff interpretations- und auslegungsbedürftig.²²

Im Zivilrecht wird der Begriff „Verkehrssitte“ als Überbegriff für die Sitten verwendet, die im Rechtsverkehr gebräuchlich sind. Nach § 138 BGB ist ein „Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt“ nichtig und im Bereicherungsrecht trifft den Leistungsempfänger eine Herausgabepflicht, wenn seine Annahme „gegen die guten Sitten verstoßen hat“, § 817 BGB.

¹⁵ Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 307 ff.; *Altebenger* (Fn. 14), S. 413.

¹⁶ *Altebenger* (Fn. 14), S. 413.

¹⁷ *Wahrung*, Deutsches Wörterbuch, 2018, Stichwort „Sprachgebrauch“.

¹⁸ *Altebenger* (Fn. 14), S. 413.

¹⁹ *Ebd.*

²⁰ Larenz (Fn. 15), S. 320.

²¹ *Puppe*, Kleine Schule des juristischen Denkens, 4. Aufl. 2019, S. 132.

²² *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz, 105. EL 2025, Art. 2 Rn. 45; *Rixen*, in: Sachs, 10. Aufl. 2024, Art. 2 Rn. 94 ff.

2. Strafrecht

Im Strafgesetzbuch kommt die Sittenwidrigkeit im Bereich der Straftaten gegen die körperliche Unversehrtheit vor, nämlich in § 228 StGB. In diesem Paragraphen zur rechtfertigenden Einwilligung steht: „Wer eine Körperverletzung mit Einwilligung der verletzten Person vornimmt, handelt nur dann rechtswidrig, wenn die Tat trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt.“ Das allgemeine Strafrecht verbietet also, unbeschränkt in Körperverletzungen einzuwilligen. Diese Norm ist zentral für den Bereich des Medizinstrafrechts. Auch hier wird dem Patienten eine Beschränkung bei der Einwilligung in medizinische Eingriffe auferlegt. Fraglich ist zunächst, ob medizinisch indizierte Eingriffe überhaupt als Körperverletzung zu qualifizieren sind.

a) Tatbestand des § 228 StGB

aa) Heileingriff als Körperverletzung

Damit die Einwilligung in einen ärztlichen Heileingriff durch § 228 StGB beschränkt werden kann, müsste der Heileingriff überhaupt eine Körperverletzung im Sinne der §§ 223 ff. StGB sein. Nach der Rechtsprechungstradition des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs seit dem 19. Jahrhundert ist jeder ärztliche Heileingriff tatbestandlich eine Körperverletzung.²³ Dafür muss kein chirurgischer Eingriff vorliegen. Der pathologische Zustand, der für eine tatbestandliche Gesundheitsschädigung vorliegen muss, ist bereits etwa durch eine schmerzlindernde Spritze, die Gabe von Tabletten oder Röntgenstrahlung erreicht.²⁴

Dies wird von der Literatur vielfach kritisiert. So wird der Rechtsprechung entgegengehalten, dass der Heileingriff in seiner Gesamtheit gerade das Gegenteil der Beschädigung der Gesundheit sei und man den Arzt nicht diskriminieren solle.²⁵ Wenn eine Heilbehandlung – auch ohne Zustimmung – medizinisch geboten ist, kunstgerecht durchgeführt wurde, erfolgreich ist und keine wesentliche Substanzverletzung verursacht, könne sie nicht unter den Tatbestand des § 223 Abs. 1 StGB subsumiert werden.²⁶

²³ RGSt 25, 357 (380); BGH, Urt. v. 28.11.1957 – 4 StR 525/57 (juris), BGHSt 11, 111 (112).

²⁴ Sommer/Tsambikakis, in: MAH MedR, 2. Aufl. 2012, § 3 Rn. 21.

²⁵ Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl. 2019, § 223 Rn. 31.

²⁶ Bockelmann, Strafrecht des Arztes, 1968, S. 67; Tag, Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsverhältnis zwischen Patientenautonomie und Lex artis, 2000, S. 44 ff.; Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder (Fn. 25), § 223 Rn. 32; Knauer/Brose, in: Spickhoff Medizinrecht, 4. Aufl. 2022, § 223 Rn. 20.

Allein die Erfüllung eines Tatbestands bedeutet jedoch noch keine Strafbarkeit. Eine etwaige Diskriminierung besteht ebenfalls nicht: Auch ein Arzt sollte, wenn er ohne Rechtfertigung in die körperliche Integrität eines anderen eingreift, strafrechtlich dafür verantwortlich gemacht werden.²⁷ Genau das ist durch die Körperverletzungsdelikte möglich. Der Arzt setzt sich also keinem besonderen strafrechtlichen Risiko aus. Der ärztliche Heileingriff ist eine Körperverletzung nach den §§ 223 ff. StGB.

bb) Geschütztes Rechtsgut

Das geschützte Rechtsgut der §§ 223-231 StGB ist die „körperliche Unversehrtheit“, also das körperliche Wohl eines Menschen in Gestalt seiner körperlichen Unversehrtheit und Gesundheit.²⁸ Ob, und wenn ja, inwieweit neben der physischen Gesundheit auch die psychische von §§ 223 ff. StGB geschützt wird, ist streitig. Es stellt sich also zunächst die Frage, welches Rechtsguts konkret geschützt werden soll. Anhand dessen kann beurteilt werden, inwiefern der Gesetzgeber die Verfügung über eben dieses Rechtsgut beschränken kann.²⁹ Teilweise wird der menschliche Körper als reiner Organismus betrachtet, unabhängig vom Willen des Menschen.³⁰ Dabei werden jedoch die Wechselwirkungen zwischen Körper und Geist vernachlässigt. Eine Abgrenzung von Körper und Psyche ist kaum möglich.³¹ Die §§ 223 ff. StGB schützen also sowohl den Körper als auch die Person in ihrer Autonomie, ihren Körper zu gebrauchen und über ihn zu verfügen.³²

cc) Einwilligung

Obwohl der Begriff „Einwilligung“ im StGB nicht häufig vorkommt³³, macht der Wortlaut des § 228 StGB deutlich, dass diese als Rechtsinstitut im Strafrecht vorgesehen ist.³⁴ Um das Selbstbestimmungsrecht des Patienten über seinen

²⁷ Hardtung, in: MüKo-StGB IV, 4. Aufl. 2021, § 228 Rn. 75.

²⁸ BT-Drucks. 13/08 587, S. 35; Knauer/Brose, in: Spickhoff Medizinrecht (Fn. 26), § 223 Rn. 1.

²⁹ Vgl. Morgenstern (Fn. 6), S. 1147 f.

³⁰ Amelung/Lorenz, Mensch und Person als Schutzobjekte strafrechtlicher Normen, insbesondere bei der Körperverletzung, in: FS Otto, 2007, S. 527 (531); Joecks, in: MüKo-StGB IV (Fn. 27), vor §§ 223 ff. Rn. 4.

³¹ Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder (Fn. 25), § 223 Rn. 1.

³² Hardtung, in: MüKo-StGB IV (Fn. 27), § 223 Rn. 1; Tag (Fn. 26), S. 68 ff.

³³ Siehe nur §§ 56c Abs. 3, 68c Abs. 2 S. 2, 109 Abs. 1, 184c Abs. 4, 218a Abs. 2, Abs. 3, 228, 283d Abs. 1 Var. 1, 299 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 2, 323b StGB

³⁴ Morgenstern (Fn. 6), S. 1147.

Körper zu garantieren, muss er vor dem Heileingriff eine solche wirksame Einwilligung abgegeben haben, damit der Eingriff rechtmäßig ist.³⁵

Es ist streitig, ob die Einwilligung tatbestandsausschließende³⁶ oder rechtfertigende³⁷ Wirkung hat. Diese Frage ist jedoch für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit nicht von Bedeutung, sodass der Streit hier dahinstehen kann.

Eine Einwilligung kann nur wirksam sein, wenn eine Aufklärung durch den Arzt stattgefunden hat (*informed consent*).³⁸ Der Arzt muss insbesondere über die Diagnose, Art und Umfang der Maßnahme, zu erwartende Folgen und mögliche Risiken aufgeklärt haben.³⁹

dd) Beschränkung der Einwilligung

§ 228 StGB schränkt die Reichweite der Einwilligung in Körperverletzungen, also auch in medizinische Heileingriffe, ein:⁴⁰ Eine Einwilligung ist nur innerhalb eines tolerierbaren Rahmens disponibel und die Grenze der Toleranz ist bei einem „Verstoß gegen die guten Sitten“ überschritten.⁴¹

b) Gesetzgebungsgeschichte der Sittenwidrigkeit

Am 26.5.1933 wurde die heutige Vorschrift des § 228 StGB als § 226a StGB a. F. eingeführt.⁴² Bei ihrer Entwicklung spielte das Medizinstrafrecht von Anfang an eine zentrale Rolle.

Als das StGB im Jahr 1871 in Kraft trat, enthielt es überhaupt keine gesetzliche Regelung zu den Voraussetzungen und der Wirkung des zustimmenden Willens des Verletzten.⁴³ In frühen Entscheidungen des Reichsgerichts spielte die Einwilligung für die Strafbarkeit des Täters einer Körperverletzung keine Rolle.

³⁵ Sommer/Tsambikakis, in: MAH MedR (Fn. 24), § 3 Rn. 22.

³⁶ Roxin/Greco, Strafrecht AT I, 5. Aufl. 2020, § 13 Rn. 12 ff.; Knauer/Brose, in: Spickhoff Medizinrecht (Fn. 26), § 223 Rn. 7.

³⁷ BGH, Urt. v. 1.2.1961 – 2 StR 457/60 (juris), BGHSt 16, 309; BGH, Urt. v. 15.10.2003 – 1 StR 300/03 (juris).

³⁸ Knauer/Brose, in: Spickhoff Medizinrecht (Fn. 26), § 223 Rn. 26.; BGH, NJW 1989, 1533; 2011, 1088 ff.; Sommer/Tsambikakis, in: MAH MedR (Fn. 24), § 3 Rn. 27.

³⁹ Dölling, in: HK-GS, 5. Aufl. 2022, § 228 Rn. 17.

⁴⁰ Knauer/Brose, in: Spickhoff Medizinrecht (Fn. 26), § 228 Rn. 1.

⁴¹ Ebd.

⁴² Morgenstern (Fn. 6), S. 1149.

⁴³ Niedermair, Körperverletzung mit Einwilligung und die guten Sitten, 1999, S. 1.

Grund war, dass es für die Körperverletzung keine Norm entsprechend des § 216 StGB gab.⁴⁴

Zu Beginn des 20. Jahrhundert kam bei den Beratungen zur Reform des StGB dann der Wunsch nach einer gesetzlichen Regelung auf, die strittige Einzelprobleme bei Fällen der Körperverletzung klärt. Zentrale Frage war die nach dem Umgang mit ärztlichen Heileingriffen, die vor allem die Ärzteschaft gesetzlich beantwortet haben wollte.⁴⁵

Teilweise wurde vertreten, dass bei einem medizinischen Eingriff schon der Tatbestand der (vorsätzlichen) Körperverletzung nicht erfüllt sei.⁴⁶ Andere sahen den Tatbestand als erfüllt an, aber durch das ärztliche Berufsrecht gerechtfertigt.⁴⁷ Dabei sollte auch das Berufsrecht keinen Eingriff gegen den Willen des Patienten erlauben. Heilexperimente, bei denen es um die Infizierung gesunder Menschen ging, wurden abgelehnt.⁴⁸ Man sprach aber bereits über die Rechtfertigung von Bluttransfusionen und Hauttransplantationen sowie über die Strafbarkeit von Kastrationen und Sterilisationen.⁴⁹

Um die Frage des ärztlichen Heileingriffs zu klären, wurde die Gute-Sitten-Klausel zum ersten Mal im Kommissionsentwurf 1913 (§ 293 KE) erwähnt.⁵⁰ Man war sich über die Rechtfertigung der *lege artis* vorgenommenen Behandlung durch eine Einwilligung einig.

Im Entwurf 1919 (E 1919) verzichtete man wieder auf die Einwilligung und stellte stattdessen fest, dass der Heileingriff schon per se keine Körperverletzung sei. Um die Willensfreiheit des Patienten zu schützen, gab es eine Sondervorschrift zur eigenmächtigen Heilbehandlung (§ 313 E 1919).⁵¹

⁴⁴ RGSt 2, 442 f.; 6, 61 ff.

⁴⁵ Reichsjustizministerium, Entwürfe zu einem deutschen Strafgesetzbuch, 1920, Dritter Teil, Denkschrift zu dem Entwurf von 1919, S. 238.

⁴⁶ Reichsjustizministerium, in: Schubert, Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozeßrechts I, Weimarer Republik (1918-1932), Strafgesetzbuch, S. 362.

⁴⁷ Reichsjustizministerium, Entwürfe zu einem deutschen Strafgesetzbuch, 1920, Dritter Teil, Denkschrift zu dem Entwurf von 1919 (Fn. 45), S. 238.

⁴⁸ Ebd.

⁴⁹ Ebd.

⁵⁰ Reichsjustizministerium, Entwürfe zu einem deutschen Strafgesetzbuch, 1920, Erster Teil, Entwurf der Strafrechtskommission (1913), § 293.

⁵¹ Reichsjustizministerium, Entwürfe zu einem deutschen Strafgesetzbuch, 1920, Zweiter Teil, Entwurf von 1919, § 313.

Wenige Jahre später wurde die Straflosigkeit des ärztlichen Eingriffs in § 238 E 1925 ausdrücklich geregelt.⁵² Die Zulässigkeit von Eingriffen wurde auch anhand der ärztlichen Ethik entschieden. So stand beispielsweise die Zulässigkeit von Unfruchtbarmachungen ohne medizinische Notwendigkeit im Raum.⁵³ In § 239 E 1925 wurde die Einwilligung anhand der Gute-Sitten-Klausel geregelt.⁵⁴ Anwendungsfälle für diese Vorschrift waren nur noch Sportverletzungen, medizinische Experimente und ärztliche Eingriffe, die nicht der Heilkunst entsprachen.⁵⁵

Nach Überarbeitung durch den Reichsrat 1927 übernahm der Reichstag mit kleinen sprachlichen Änderungen die genannten Normen über die Heilbehandlung als § 263 E 1927 sowie über die Einwilligung des Verletzten als § 264 E 1927.⁵⁶ In der Diskussion um § 263 E 1927 wurde bereits eingewandt, dass durch die Verbindung mit dem Anstands- und Billigkeitsgefühl die Frage der Möglichkeit einer Einwilligung nicht mehr vom Gesetzgeber, sondern vom jeweiligen Richter abhängt.⁵⁷ Dieses Problem zur Auslegung der Sittenwidrigkeit besteht bis heute und wird regelmäßig neu diskutiert.⁵⁸

Nach der Machtergreifung *Hitlers* wurde die Strafgesetznovelle vom 26.5.1933 durch das Ermächtigungsgesetz von der Reichsregierung erlassen, um einige Fragen, zum Beispiel hinsichtlich der Mensur schlagender Verbindungen oder Boxkämpfen, im Sinne einer künftigen nationalsozialistischen Gesamtstrafrechtsreform zu regeln.⁵⁹ Der Strafgesetzentwurf von 1933 enthielt § 263, der den ärztlichen Heileingriff aus dem Tatbestand der Körperverletzung ausschloss⁶⁰, aber nie Gesetz wurde. Laut den damaligen Gesetzesmaterialien war die Wissenschaft zwar weitgehend davon überzeugt, dass beim Heileingriff bereits der Tatbestand einer Körperverletzung ausscheidet, die Rechtsprechung vertrat aber die gegenteilige Meinung, sodass die Ärzteschaft weiterhin eine

⁵² *Reichsjustizministerium*, in: Schubert, Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozeßrechts I (Fn. 46), S. 225.

⁵³ *Ebd.*, S. 363.

⁵⁴ *Ebd.*, S. 225.

⁵⁵ *Ebd.*, S. 362, 364.

⁵⁶ *Ebd.*, S. 464.

⁵⁷ *Ebd.*, S. 612.

⁵⁸ Vgl. BGH, JuS 2004, 350 (351); BGHSt 49, 34 ff.; BGHSt 49, 166 ff.; BGHSt 53, 55 ff.; BGH, NJW 2004, 2458 (2458 f.); BGH, Urt. v. 22.1.2015 – 3 StR 233/14; BGHSt 60, 166, Rn. 43, 45.

⁵⁹ Vgl. *Schäfer/Richter/Schafheutle*, Die Strafgesetznovellen von 1933 und 1934, 1934, B I a) Gesetz zur Abänderung strafrechtlicher Vorschriften, Einführung.

⁶⁰ *Reichsjustizministerium*, in: Schubert, Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozeßrechts II, NS-Zeit (1933-1939), Strafgesetzbuch, 1. Teil, S. 49.

legislatorische Klarstellung verlangte.⁶¹ Schließlich wurde noch in demselben Jahr § 226a erlassen. Dieser sollte als Rechtfertigungsgrund im medizinischen Bereich dienen und war Richtschnur für das ärztliche Operationsrecht.⁶² Diese Vorschrift umfasste außerdem Eingriffe zu experimentellen und kosmetischen Zwecken und legitimierte Sterilisationen und Kastrationen mit Einwilligung oder auf Antrag des Betroffenen.⁶³ Bis heute ist die Norm zur Einwilligung (neben Tatbestandslösungen⁶⁴) der einzige normative Anknüpfungspunkt für die strafrechtliche Beurteilung ärztlichen Handelns.⁶⁵ Der Gesetzgeber wollte also eine Möglichkeit schaffen, ärztliches Handeln zu entkriminalisieren, aber dennoch unter gewissen Umständen, also bei Überschreitung der guten Sitten, als rechtswidrig zu beurteilen.⁶⁶

Bei der sechsten großen Strafrechtsreform, dem 6. StrRG, wurde die Vorschrift inhaltsgleich in § 228 StGB übernommen.⁶⁷

II. Auslegungsmöglichkeiten der Sittenwidrigkeit

Fraglich ist, wie die Sittenwidrigkeit auszulegen ist. Die Maßstäbe für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit sind äußerst umstritten und haben sich im Laufe der Zeit erheblich gewandelt.⁶⁸ Fest steht allerdings, dass es um die Sittenwidrigkeit der Tat als solche geht und nicht um die Sittenwidrigkeit der Einwilligung.⁶⁹

1. Frühere Rechtsprechung

Im Jahr 1953 legte der BGH das Merkmal der Sittenwidrigkeit zum ersten Mal aus. Es ging um eine tödlich endende Schlägerei.⁷⁰ Der Angeklagte war vom Opfer zu einer Prügelei aufgefordert worden. Obwohl das Opfer noch nicht kampfbereit war, schlug der Angeklagte ihm mit der Faust gegen die Schläfe,

⁶¹ Vgl. *Reichsjustizministerium*, in: Schubert, Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozeßrechts II, NS-Zeit (1933-1939), Strafgesetzbuch, 2. Teil, S. 254.

⁶² *Schäfer/Richter/Schafbentle* (Fn. 59), § 226a, Anm. 1.

⁶³ *Ebd.*, Anm. 1, 2.

⁶⁴ Siehe oben **B. I. 2. b).**

⁶⁵ *Niedermair* (Fn. 43), S. 192.

⁶⁶ *Reichsjustizministerium*, Entwürfe zu einem deutschen Strafgesetzbuch, 1920, Dritter Teil, Denkschrift zu dem Entwurf von 1919 (Fn. 45), S. 238.

⁶⁷ BT-Drucks. 13/8991, S. 18.

⁶⁸ BGH, JuS 2004, 350 (351).

⁶⁹ *Tsambikakis/Dorneck*, in: Tsambikakis/Rostalski Medizinstrafrecht, 2023, § 228 StGB Rn. 19.

⁷⁰ BGH, Urt. v. 22.1.1953 – 4 StR 373/52 (juris).

woraufhin dieser starb. Das *Landgericht* hatte einen Sittenverstoß verneint⁷¹, der *BGH* bejahte ihn. Der Grund war: „Maßgebend ist, ob ein Verstoß gegen das sittliche Empfinden eines gerecht Denkenden vorliegt.“⁷²

Noch im selben Jahr konkretisierte der *BGH* seine Aussage bei einem Fall zu einer Mensur: „Die Frage, ob eine Körperverletzung trotz Einwilligung des Verletzten gegen die guten Sitten verstößt, lässt sich nicht nur nach der Schwere der Verletzungen beantworten. Vielmehr spielen auch die sonstigen Umstände und vor allem die Beweggründe eine wesentliche Rolle.“⁷³ In einem anderen Urteil, in dem die Einwilligung bei einer fahrlässigen Tötung in Frage stand, heißt es, die Sittenwidrigkeit sei zugunsten des Angeklagten eng auszulegen.⁷⁴ Vor allem aber formulierte der *BGH* die Anstandsformel, die jahrelang Grundlage für weitere strafrechtliche Urteile wurde: „Als Verstoß gegen die guten Sitten kann [...] nur das angesehen werden, was nach dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden zweifellos strafwürdiges Unrecht ist.“⁷⁵

Anhand dieser Urteile wird deutlich, dass die Rechtsprechung die Sittenwidrigkeit zunächst an Zweck und Kontext der Körperverletzung festmachte. Gleichzeitig wurde eine Interessenabwägung vorgenommen, also die gegensätzlichen Rechtsgüter abgewogen.

Es genügt aber nicht, dass nur (böse) Gedanken einer Person darüber entscheiden, ob eine Tat strafrechtlich relevant ist oder nicht. In diesem Fall wäre die Gefahr, dass sich ein Gesinnungsstrafrecht entwickelt, groß.⁷⁶

2. Neuere Rechtsprechung

Die neuere Rechtsprechung setzt den Schwerpunkt für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit weniger bis gar nicht mehr auf den Tatzweck, sondern stattdessen auf die Schwere der drohenden Gefahren, also das Gewicht des tatbestandlichen Rechtsgutsangriffs.⁷⁷

⁷¹ Vgl. *ebd.*, Rn. 2.

⁷² *Ebd.*, Rn. 9 (juris); siehe auch schon *RG*, JW 38, 30 Nr. 5.

⁷³ *BGH*, NJW 1953, 473 (475).

⁷⁴ *BGH*, Urt. v. 22.1.1953 – 4 StR 373/52 (juris).

⁷⁵ *BGH*, NJW 1953, 473 (475); dem folgend z. B. *BGH*, Urt. v. 22.1.2015 – 3 StR 233/14 (juris); *OLG München*, Urt. v. 25.9.2013 – 4 StRR 150/13 (juris).

⁷⁶ *Kühl*, Der Abschied des Strafrechts von den guten Sitten, in: FS Jakobs, 2007, S. 293 (295).

⁷⁷ Vgl. *BGHSt* 49, 34 (44); 49, 166 (170 f.); 53, 55 (62 f.).

In einem Urteil aus dem Jahr 2003 bezeichnet der BGH den Begriff der guten Sitten als „konturenlos“ und ergänzt die Anstandsformel so, dass nur das sittenwidrig sein kann, „was nach allgemein gültigen moralischen Maßstäben, die vernünftigerweise nicht in Frage gestellt werden können, mit dem eindeutigen Makel der Sittenwidrigkeit behaftet ist“.⁷⁸

In einem Urteil aus dem Jahr 2004 stellte der BGH bei der Auslegung die rechtlichen Aspekte in den Vordergrund. Während in vorherigen Entscheidungen die Sittenwidrigkeit regelmäßig mit Moral in Verbindung gebracht wurde⁷⁹, bestimmte der BGH nun, dass die Sittenwidrigkeit „weniger außerrechtliche, ethisch-moralische Kategorien“ betrifft.⁸⁰ Stattdessen müsse der Begriff „auf seinen rechtlichen Kern beschränkt werden“.⁸¹

In einem Urteil aus dem Jahr 2008 steht: „[D]ie Grenze zur Sittenwidrigkeit [ist] überschritten [...] bei konkreter Todesgefahr, unabhängig von der tatsächlich eingetretenen Rechtsgutsverletzung“.⁸² Die Gefahren werden also aus einer *ex-ante*-Sicht beurteilt und eine *ex-post*-Sicht auf den Taterfolg wird ausgeschlossen. Im Jahr 2012 wurde in einem Urteil auf die „konkrete Lebensgefahr“ abgestellt.⁸³ Noch etwas weiter ausgelegt wurde die Sittenwidrigkeit in einem Urteil im Jahr 2015; hier genügte, dass das Opfer „zumindest in die konkrete Gefahr einer schweren Gesundheitsbeschädigung gebracht“ wurde.⁸⁴

Es scheint so, als werde § 228 StGB „im Lichte des § 216 StGB“ ausgelegt.⁸⁵ Während § 216 StGB eine Einwilligung in Tötungsdelikte ausschließt, ist nach § 228 StGB eine Einwilligung in eine konkret lebensgefährliche Körperverletzungshandlung nicht wirksam.⁸⁶

Aus diesen Urteilen wird deutlich, dass die Rechtsprechung nun eine konkrete Gefahr des Todes oder zumindest einer schweren körperlichen Beeinträchtigung für die Annahme der Sittenwidrigkeit voraussetzt. Dabei versucht der BGH, § 228 StGB konsequent auf das Rechtsgut der Körperverletzungsdelikte zu

⁷⁸ BGH, JuS 2004, 350 (351).

⁷⁹ BGHSt 49, 34 ff.; 49, 166 ff.; 53, 55 ff.

⁸⁰ BGH, NJW 2004, 2458 (2458).

⁸¹ *Ebd.*, S. 2459.

⁸² BGH, Urt. v. 20.11.2008 – 4 StR 328/08 (juris); BGHSt 53, 55 (63).

⁸³ BGH, Urt. v. 12.6.2012, BeckRS 2012, 15221, Rn. 8.

⁸⁴ BGH, Urt. v. 22.1.2015 – 3 StR 233/14; BGHSt 60, 166, Rn. 43, 45.

⁸⁵ Kudlich, Am Ende zählt nur eins: Ein Sterben ohne Schmerz, JA 2019, 953 (954).

⁸⁶ *Ebd.*

beziehen (sog. Rechtsgutslösung⁸⁷), um dem ständigen Wandel moralischer Wertungen in der Gesellschaft gerecht zu werden.

3. Kritik an der Rechtsprechung und differenzierender Ansatz

Die Rechtsprechung zu § 228 StGB und auch schon die Inklusion der Sittenwidrigkeitsklausel generell haben in der Literatur für reichlich Kritik gesorgt. So gibt *Morgenstern* ihrem Aufsatz über den § 228 StGB den Titel „Abstoßend, gefährlich, sozialschädlich?“⁸⁸, *Hardtung* wählt den ironischen Titel „Die guten Sitten am Bundesgerichtshof“⁸⁹ und *Niedermair* leitet sein Buch zu dem Thema⁹⁰ mit einem Zitat aus *Goethes* „Faust“⁹¹ ein: „Gewöhnlich glaubt der Mensch, wenn er nur Worte hört, / Es müsse sich dabei doch auch was denken lassen.“

Es wird deutlich, dass die Regel zum „Verstoß gegen die guten Sitten“ den Autoren unsinnig erscheint. Das liegt vor allem an folgenden Einwänden:

Erstens sieht ein Teil der Literatur im § 228 StGB einen Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot aus Art. 103 Abs. 2 GG.⁹² Es wird eingewandt, die Norm sei „extrem porös“⁹³, sie setze eine Verfügungsgrenze ohne jegliche inhaltliche Kriterien.⁹⁴ Bereits vor der sechsten großen Strafrechtsreform wurde der Paragraph scharf kritisiert: „Der in § 226a StGB verwandte Begriff der guten Sitten stellt [...] ein Einfallstor für rechtsgutsfremde Erwägungen dar.“⁹⁵

Dieses Argument geht jedoch fehl. Art. 103 Abs. 2 GG verlangt nur so viel an gesetzlicher Bestimmtheit, wie dem Gesetzgeber möglich ist.⁹⁶ Es ist üblich, dass Einzelfallabwägungen nicht innerhalb einer Norm präzisiert werden können, so ist auch etwa § 240 Abs. 2 StGB rechtmäßig⁹⁷ und dem § 228 StGB an

⁸⁷ Vgl. *Gaede*, Mit der Sittenwidrigkeit gegen Hooligangewalt – das Ende der „Dritten Halbzeit“, ZIS 2014, 489 ff.; *Hardtung*, in: MüKo-StGB IV (Fn. 27), § 228 Rn. 36.

⁸⁸ *Morgenstern* (Fn. 6), S. 1146.

⁸⁹ *Hardtung*, Die guten Sitten am Bundesgerichtshof, Jura 2005, 401 ff.

⁹⁰ *Niedermair* (Fn. 43).

⁹¹ *Goethe*, Faust. Der Tragödie Erster Teil, 1.1.1986.

⁹² *Morgenstern* (Fn. 6), S. 1146 ff.; *Paeffgen/Zabel*, in: NK-StGB III (Fn. 6) § 228 Rn. 44; *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder (Fn. 25), § 228 Rn. 30 ff.

⁹³ *Paeffgen/Zabel*, in NK-StGB III (Fn. 6), § 228 Rn. 44.

⁹⁴ *Ebd.*

⁹⁵ *Freund*, Der Entwurf eines 6. Gesetzes zur Reform des Strafrechts, ZStW 109 (1997), 455 (473).

⁹⁶ *Hardtung*, in: MüKo-StGB IV (Fn. 27), § 228 Rn. 32.

⁹⁷ BVerfG, Urt. v. 11.11.1986 – 1 BvR 713/83, 921 (juris); BVerfGE 73, 206 (252 ff.).

Bestimmtheit mindestens gleich. Die Sittenwidrigkeitsklausel ist hinreichend bestimmt.

Problematisch erscheint außerdem, dass eine gesellschaftliche „Grundübereinstimmung“ zur Bestimmung der guten Sitten nicht etwa kollektiv oder sozialpsychologisch, also durch die Erhebung von Meinungsumfragen, bestimmt werden kann.⁹⁸

Dies ist jedoch auch nicht nötig, wenn auf die konkrete Gefahr einer Rechtsgutsverletzung abgestellt wird. Diese ist nämlich mit allgemeinen strafrechtlichen Methoden bestimmbar.⁹⁹

Weiter wird eingewandt, dass die Sittenwidrigkeit den selbstbestimmten Menschen bevormundet.¹⁰⁰ *Rostalski* beschrieb sie als „Einfallstor von Moralisierung, paternalistischen sowie kollektivistischen Tendenzen“. ¹⁰¹ Die Einwilligung ist eine Ausprägung des verfassungsrechtlichen Selbstbestimmungsrechts und werde durch § 228 StGB so eingeschränkt, dass dem Einzelnen scheinbar allgemein gültige Vernunftabwägungen aufgezwängt werden.¹⁰²

Doch auch dieses Argument ist nicht überzeugend. Zum einen darf der Staat seinen Bürger bevormunden, wenn anzunehmen ist, dass er seine Rechtsgutspreisgabe später selbst bereut.¹⁰³ Zum anderen muss eine Abgrenzung von Selbst- und Fremdschädigung vorgenommen werden. § 228 StGB soll nicht den Einzelnen vor einer Selbstgefährdung schützen, sondern vielmehr den Einzelnen davon abhalten, schrankenlos einen anderen zu verletzen oder zu töten.¹⁰⁴

Eine Beurteilung nur anhand der Motivation führt aufgrund von Beweisschwierigkeiten zu Rechtsunsicherheit. Beachtet man dagegen nur die Tatschwere, wäre es rechtmäßig, wenn sich aus der Körperverletzung zwar kein

⁹⁸ *Paeffgen/Zabel*, in NK-StGB III (Fn. 6), § 228 Rn. 36; *Fischer*, in: Fischer-StGB, 72. Aufl. 2025, § 228 Rn. 11.

⁹⁹ Vgl. *Puppe* (Fn. 21), S. 121 ff.

¹⁰⁰ *Paeffgen/Zabel*, in NK-StGB III (Fn. 6), § 228 Rn. 51.

¹⁰¹ *Rostalski*, Die Widrigkeiten der Sittenwidrigkeitsformel des § 228 StGB, HRRS 5/2020, 211 (214).

¹⁰² *Ebd.*

¹⁰³ *Hardtung* (Fn. 89), S. 405.

¹⁰⁴ *Magnus* (Fn. 5), S. 138.

besonders gravierendes Ausmaß ergibt, die konkrete Lebenssituation aber einen strafwürdigen Unrechtsgehalt aufweist, wie beispielsweise bei Doping-Fällen.¹⁰⁵

Um ein sachgemäßes Urteil zur Sittenwidrigkeit zu erhalten, ist es folglich nötig, sowohl Tatzweck als auch Tatschwere einzubeziehen. Art und Umfang der Körperverletzung sowie gegebenenfalls das Risiko der Lebensgefahr sind vorrangig zu berücksichtigen. Der Zweck kann danach als Korrektiv herangezogen werden.¹⁰⁶ Auf diese Weise wird die rechtliche Lage zuerst an tatsächlichen, äußeren Gegebenheiten festgemacht und danach im Einzelfall durch die innere Einstellung des Täters im Vergleich mit dem gesellschaftspolitischen Konsens über die Sittenwidrigkeit ergänzt.¹⁰⁷ Es gilt der Grundsatz, je schwerwiegender der Eingriff in die körperliche Integrität ausfällt, desto mehr bedarf es eines rechtfertigenden (positiven) Zwecks.¹⁰⁸

III. Besonderheiten im Medizinstrafrecht

Ausgehend von diesen Überlegungen ist fraglich, ob die Sittenwidrigkeit, wie soeben dargestellt, im Medizinstrafrecht konsequent beurteilt werden kann oder ob es Besonderheiten gibt. Schnell wird deutlich, dass beim *Hei*versuch der Tatzweck eine besondere Bedeutung hat und aufgrund dessen das Sittenwidrigkeitsurteil auf sein strafrechtliches Minimum zu beschränken ist.

1. Rechtsprechung

Im Medizinstrafrecht legt die Rechtsprechung andere Maßstäbe bei der Beurteilung der Sittenwidrigkeit an.

Im Jahr 1963 lag dem BGH ein Fall zu einer Kastration vor. Das Urteil stellte fest: „Ein Sittenverstoß liegt nicht vor, wenn der Eingriff zur Behebung einer Krankheit ärztlich geboten ist, weil er das einzige erfolgversprechende Gegenmittel darstellt [...]. Hierbei ist unter Krankheit [...] auch der Zustand zu verstehen, dass ein hochgradig abartiger Geschlechtstrieb schwere leibseelische Folgen und Enthemmtheit [...] bewirkt.“¹⁰⁹

Was zu dieser Zeit als Krankheit verstanden wurde, sei dahingestellt. Wichtig ist, dass schon hier bei der Auslegung betont wird, dass der ärztliche Heileingriff

¹⁰⁵ Bott/Volz, Die Anwendung und Interpretation des mysteriösen § 228 StGB, JA 2009, 421 (423).

¹⁰⁶ BGHSt 49, 166 (170); Stree, in: Schönke/Schröder (Fn. 25), § 228 Rn. 7.

¹⁰⁷ Bott/Volz (Fn. 105), S. 423 f.

¹⁰⁸ OLG Zweibrücken, JR 1994, 518 (519); Stree, in: Schönke/Schröder (Fn. 25), § 228 Rn. 8.

¹⁰⁹ BGH, Urt. v. 13.12.1963, BGHSt 19, 201 (Leitsatz und 203 f.).

aufgrund seiner medizinischen Gebotenheit grundsätzlich kein Verstoß gegen die guten Sitten ist. Der aner kennenswerte Zweck spricht gegen die Sittenwidrigkeit des Verhaltens.

Auch in der aktuellen Rechtsprechung wird die Besonderheit des Heileingriffs vom *BGH* betont. So steht in einem Urteil aus dem Jahr 2019: „Eine Maßnahme, die medizinisch indiziert ist, verstößt [...] grundsätzlich nicht gegen die guten Sitten.“¹¹⁰ Bei medizinisch indizierten Behandlungen macht der *BGH* eine Ausnahme von dem Grundsatz, der Tatzweck könne nicht zur Feststellung des Sittenverstoßes herangezogen werden. Stattdessen steht der verfolgte Zweck sogar im Vordergrund.¹¹¹ Grund dafür ist, dass der Patient die Möglichkeit haben soll, „auch lebensgefährliche oder sonst besonders folgenreiche medizinische Behandlungen, die der Wiederherstellung der Gesundheit des Kranken oder der Rettung des Lebens dienen“, zu bekommen.¹¹²

Zu einem Fall der indirekten Sterbehilfe wurde das Folgende entschieden: Eine Pflegekraft verabreichte einem 84-jährigen zur Abwendung darmkrebsbedingter Schmerzen in der Sterbephase eine Morphininjektion. Die Dosis wich von der ärztlichen Verordnung um das Doppelte ab. Der Patient verstarb wenig später. Es konnte aber nicht tatsächlich festgestellt werden, ob die Morphingabe ursächlich für den Tod war.¹¹³ Der *BGH* beurteilte die Verabreichung von Betäubungsmitteln wie Morphin und sogar die Gabe „harter Drogen“ unter Verstoß gegen das BtMG als im Einklang mit den guten Sitten stehend, wenn die „damit verbundenen Gefahren [...] im Einzelfall durch einen billigen Zweck der Handlung, wie der Bekämpfung von Vernichtungsschmerzen eines Sterbenden, kompensiert werden.“¹¹⁴ Diese Entscheidung macht deutlich, dass auch bei medizinischen Behandlungen am Lebensende im Kontext von Sterbebegleitung und Sterbehilfe der aner kennenswerte Zweck über das Sittenwidrigkeitsurteil entscheidet.

Dem *BGH* ist im Ergebnis zuzustimmen. Das Urteil reiht sich in weitere Entscheidungen ein, die die Selbstbestimmung und die Möglichkeit eines würdevollen Sterbens am Lebensende stärken.¹¹⁵ Problematisch erscheint allerdings die Begründung, die nur auf dem aner kennenswerten Zweck fußt. In der Literatur ist schon lange umstritten, warum ärztliche Heileingriffe prinzipiell

¹¹⁰ *BGH*, Urt. v. 30.1.2019 – 2 StR 325/17 Rn. 19 (juris).

¹¹¹ *BGH*, Urt. v. 26.5.2004 – 2 StR 505/03, BGHSt 49, 166 (171).

¹¹² *BGH*, Urt. v. NStZ 2020, 29 (31).

¹¹³ *BGH*, Urt. v. 30.1.2019 – 2 StR 325/17 Rn. 19 (juris).

¹¹⁴ *Ebd.*, Rn. 22.

¹¹⁵ *Kudlich* (Fn. 85), S. 955; *BGH*, NJW 2011, 161; *BGH*, NJW 2019, 3089.

straflos sein sollen.¹¹⁶ So erinnere die Begründung in diesem Urteil fast schon an die Auffassung in der Literatur, die in einem ärztlichen Heileingriff keine tatbestandliche Körperverletzung sieht.¹¹⁷

Weiter wird eingewandt, dass nicht ersichtlich sei, warum die Motivation des Arztes entscheidend dafür ist, wie weit die Einwilligung des Einzelnen reicht; in einem freiheitlichen Rechtsstaat solle es gerade nicht auf bloße Gedanken ankommen.¹¹⁸

Eine andere Ansicht betrachtet den aner kennenswerten Zweck durchaus als Argument für die guten Sitten, vertritt jedoch auch, dass es auf die (bösen) Gedanken, Absichten oder Motive des Handelnden nicht ankommen sollte. Vielmehr seien auch hier die objektiven Zwecke des ärztlichen Verhaltens entscheidend, Gedanken dürften schließlich nicht verboten werden.¹¹⁹

Als Beispiel wird angeführt, dass ein Arzt, der einen bösartigen Tumor entfernt und sich die Behandlung über das Zehnfache des üblichen Honorars vergüten lässt, nicht sittenwidrig handelt. Der entscheidende, billigenswerte Zweck sei die Entfernung des pathologischen Befundes zur Wiederherstellung des Gesundheitszustands, und dies sei völlig unabhängig davon, ob für den Arzt die finanziellen Interessen die ausschlaggebende Motivation waren.¹²⁰

Diese Ansicht ist überzeugend, weil dem Patienten auf diese Weise jede Chance auf Behandlung offenbleibt, ohne dass die Legalität davon abhängt, welche Interessen der jeweils behandelnde Arzt gerade verfolgt. Selbst wenn die Pflegerin im obigen Fall missgünstige Gedanken hinsichtlich des im Sterben liegenden Patienten gehabt hätte, käme es dennoch nur darauf an, dass sie in seinem Sinne handelte. Der relevante Tatzweck war, seine Schmerzen zu lindern, so wie er es wollte. Die Selbstbestimmung der Patienten hat – vor allem in Fällen der Sterbehilfe – im Vordergrund zu stehen.

Ein Verstoß gegen die guten Sitten liegt allerdings dann vor, wenn die Behandlung die Grenzen der *leges artes* überschritten hat.¹²¹ In eine fehlerhafte Behandlung könne nicht wirksam eingewilligt werden.

¹¹⁶ Krell, Lebensgefährliche Operationen zwischen Heilversuch und Humanexperiment (Teil I), medstra 2017, 3 (3).

¹¹⁷ Vgl. oben **B. I. 2. b**); Kudlich (Fn. 85), S. 955.

¹¹⁸ Rostalski (Fn. 101), S. 214 f.

¹¹⁹ Magnus (Fn. 5), S. 138.

¹²⁰ Ebd.

¹²¹ BGHSt 43, 306 (309); BGH, NStZ-RR 2007, 340 (341); StV 2008, 464 (465 f.).

Auch dagegen könnte man einwenden, dass jeder Mensch doch letztendlich in der Lage ist, selbst zu entscheiden und über sich zu bestimmen. Doch das würde einen Verstoß gegen das höchste Prinzip der Ärzte bedeuten, nämlich, nach den Regeln der ärztlichen Kunst zu handeln.¹²² Wären Verstöße gegen dieses Prinzip möglich, gäbe es im medizinischen Bereich keine Basis mehr für Vertrauen in die Behandlungen.

2. Überblick über weitere medizinstrafrechtliche Fälle

Anhand weiterer strafrechtlicher Fälle soll ein Überblick darüber gegeben werden, welche Maßstäbe an die Sittenwidrigkeit bei medizinischen Eingriffen gelegt werden.

a) Schwangerschaftsabbruch

Der Schwangerschaftsabbruch ist ein Beispiel dafür, wie sich die Beurteilung der Sittenwidrigkeit im Medizinrecht der Gesellschaft anpasst. Noch 1944 entschied das *Reichsgericht*, dass eine sittenwidrige Körperverletzung vorliegt, wenn es infolge der Einführung einer Tablette in die Scheide zur Herbeiführung eines Schwangerschaftsabbruchs zu Schmerzen beim Urinieren kommt. Grund war der bereits unsittliche Zweck.¹²³ Dies ist heutzutage nicht mehr haltbar.¹²⁴ Ein Schwangerschaftsabbruch wird infolge gesellschaftlicher Entwicklungen, wie der Emanzipation der Frau, grundsätzlich nicht mehr als sittenwidrig angesehen¹²⁵ und die eben beschriebenen Schmerzen sind nicht mehr Folge einer sittenwidrigen Körperverletzung.

b) Amputation

Amputationen und andere erhebliche körperliche Eingriffe sind dann nicht sittenwidrig, wenn sie einen positiven Zweck verfolgen, also etwa zur Lebensrettung dienen.¹²⁶ Sie sind allerdings sittenwidrig, wenn sie nicht aus einem sinnvollen Zweck geschehen oder der Zweck verwerflich ist, zum Beispiel, wenn die Amputation zur reinen Verstümmelung oder zur Begehung eines Versicherungsbetrugs durchgeführt wird.¹²⁷

c) Kastration

¹²² Engisch, Die rechtliche Bedeutung der ärztlichen Operation, 1958, S. 20.

¹²³ RG, Urt. v. 10.3.1944 – 1 D 13/44, RGSt 77, 350.

¹²⁴ Tsambikakis/Dorneck (Fn. 69), § 228 StGB Rn. 26.

¹²⁵ Vgl. dazu oben A.

¹²⁶ Tsambikakis/Dorneck (Fn. 69), § 228 StGB Rn. 26.

¹²⁷ OLG Düsseldorf, Urt. v. 6.6.1997 – 2 Ss 147/97–49/97.

Die Kastration ist mittlerweile im KastrG geregelt und wird nicht mehr über die Sittenwidrigkeit beurteilt. Eine Kastration ist rechtswidrig, wenn die in § 2 KastrG genannten Voraussetzungen nicht vorliegen.¹²⁸ Hier wurde § 228 StGB also von einer spezielleren gesetzlichen Regelung abgelöst.

d) Einspritzen eines Placebos

Die Gabe oder das Einspritzen eines Placebos, also einem „Scheinmedikament“, das aussieht wie ein echtes Medikament, aber keine Wirkstoffe enthält, stellt keinen Verstoß gegen die guten Sitten dar, weil die Patienten daran glauben, dass das Medikament nützlich und wirksam ist.¹²⁹

e) Entfernung aller Zähne

In eine medizinisch sinnlose vollständige Zahnextraktion ist laut BGH mangels Urteilsfähigkeit schon eine wirksame Einwilligung nicht möglich. Die Literatur diskutiert dieses Problem teilweise unter dem Gesichtspunkt der Sittenwidrigkeit.¹³⁰ Im Ergebnis ist die sinnlose Entfernung aller Zähne also rechtswidrig.

3. Wunschmedizin

In Anbetracht dessen, dass bereits bei gewissen ärztlichen Heileingriffen über Rechtmäßigkeit diskutiert wird, ist in diesem Zusammenhang besonders spannend, wie mit ärztlichen Eingriffen umgegangen wird, die aus medizinischer Sicht gar nicht erforderlich sind. Gerade mit fortschreitender Technik auch im medizinischen Bereich ist es zunehmend möglich, seinen Körper zu erneuern, zu verschönern und einfach zu verbessern. Aber kann das von der Rechtsordnung gebilligt werden?

So wird von Magnus vertreten, dass die Sittenwidrigkeit in der Wunschmedizin nicht erst dann erreicht sei, wenn eine konkrete schwere Gesundheitsschädigung besteht, sondern bereits dann, „wenn durch den Eingriff eine erhebliche Beeinträchtigung von Körperfunktionen erreicht wird, die noch unterhalb der Schwelle zur schweren Körperverletzung (§ 226 StGB) liegt“.¹³¹ Zur Begründung führt sie an, dass zum einen eine schwerwiegende Fremdschädigung vorliegt,

¹²⁸ Tsambikakis/Dorneck (Fn. 69), § 228 StGB Rn. 21.

¹²⁹ OLG Hamm, Urt. v. 3.8.1988 – 4 Ss 1073/87.

¹³⁰ Hardtung, in: MüKo-StGB IV (Fn. 27), § 228 Rn. 54; Tsambikakis/Dorneck (Fn. 69), § 228 StGB Rn. 26.

¹³¹ Magnus, Informed consent: Ein hinreichendes Konzept im Strafrecht?, in: Lindner, Selbst- oder bestimmt? Illusionen und Realitäten des Medizinrechts, 2017, S. 107 (113); Magnus (Fn. 5), S. 138.

zum anderen mangels medizinischer Indikation aus ärztlicher Sicht der vernünftige Grund für eine Behandlung wegfällt.¹³² Die Patientenautonomie sei „wertgebunden“, das heißt „an das objektiv verstandene physische und psychische Wohl des Patienten gekoppelt“.¹³³ Daraus folgert sie, dass es Ärzten verboten ist, „Forderungen nach Behandlungen eines autonomen Patienten umzusetzen, die dessen eigenem körperlichen oder geistigen Wohl massiv zuwiderlaufen und die er bei bedachter und langfristig orientierter Entscheidung nicht getroffen hätte.“¹³⁴

Magnus argumentiert hier vor allem aus ethisch-moralischer Sicht, die jedoch nicht ausschlaggebend für das Sittenwidrigkeitsurteil sein darf. Es ist, wie von der Rechtsprechung betont¹³⁵, nur die rechtliche Sicht ausschlaggebend. So wird von *Hardtung* kritisiert, dass die Ausweitung des Anwendungsbereichs von § 228 StGB nicht hinreichend rechtlich begründet wird.¹³⁶ Folglich ist dieser Ansicht ist nicht zu folgen.

Stattdessen ist auch in der Wunschmedizin die übliche Sittenwidrigkeitsprüfung durchzuführen und ein Verstoß erst anzunehmen, sobald die Gefahr für eine schwere Gesundheitsschädigung oder Lebensgefahr anzunehmen ist.

a) Schönheitsoperationen

Der Paradefall in der Wunschmedizin ist die Schönheitsoperation. In Deutschland werden jährlich schätzungsweise eine halbe bis eine Million Schönheitsoperationen durchgeführt.¹³⁷ Die Möglichkeit, sich durch Schönheitsoperationen dem gewünschten Schönheitsideal näher zu bringen, haben sie zu einem Massenphänomen gemacht.¹³⁸ Das Verlangen, sein Aussehen zu ändern, und die Möglichkeit, dies mit ärztlicher Hilfe zu erreichen, haben das

¹³² *Magnus* (Fn. 131), S. 112 f.

¹³³ *Ebd.*, S. 122.

¹³⁴ *Ebd.*, S. 125.

¹³⁵ Siehe oben **B. II. 2.**

¹³⁶ *Hardtung*, in: MüKo-StGB IV (Fn. 27), § 228 Rn. 56.

¹³⁷ *Statista*, Anteil der häufigsten Schönheitsoperationen in Deutschland in den Jahren 2021 bis 2023, abrufbar unter: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/221664/umfrage/anteil-der-haeufigsten-schoenheitsoperationen-in-deutschland/#:~:text=Laut%20der%20International%20Society%20of,meisten%20ästhetisch%20plastischen%20Eingriffen%20weltweit> (zuletzt abgerufen am 18.12.2024).

¹³⁸ *Herrmann*, Schönheitsideal und medizinische Körpermanipulation, *EthikMed* 2006, 71 (71 ff.).

Arzt-Patienten-Verhältnis verändert. Der Grund, dass Menschen zum Arzt gehen, ist nicht mehr nur, um geheilt, sondern um verändert zu werden.¹³⁹

Da in diesen Fällen kein medizinischer Grund vorliegt, fällt der Heilzweck als billigenswerter Grund weg, und ein Verstoß gegen die guten Sitten muss weitreichender geprüft werden als bei der üblichen Heilbehandlung.

Ist ärztliches Handeln nicht mehr legitim, wenn weder Heilzweck noch medizinische Indikation vorliegen, oder ist der Wunsch nach ästhetischer Veränderung ein billigenswerter Zweck, der die Wunschbehandlung mit dem Heileingriff gleichstellt?¹⁴⁰

Die Schönheitsoperation gehört zu den *Enhancements*, also dem Bereich „aller korrigierender Eingriffe in den menschlichen Körper, durch die nicht eine Krankheit behandelt wird bzw. die nicht medizinisch indiziert sind.“¹⁴¹ Schönheitsoperationen sind dabei diejenigen *Enhancements*, die auf die „Verschönerung“ des Körpers gerichtet sind.

Durch Schönheitsoperationen üben Menschen ihr Grundrecht auf freie Entfaltung ihrer Persönlichkeit (hergeleitet aus Art. 2 Abs. 1 GG) aus, das auch selbstgefährdende Tätigkeiten umfasst sowie die Befugnis, sein Äußeres nach eigenen Wünschen zu gestalten.¹⁴²

Zuerst ist eine Lifestyle- bzw. Wunschbehandlung nicht auf gleiche Stufe wie die Wahrnehmung eines Gesundheitsinteresses zu stellen. Hier muss dem Verletzenden in gleicher Weise eine Grenze gesetzt werden wie bei Körperverletzungen außerhalb des medizinischen Bereichs.

In der Regel ist eine Schönheitsoperation aber in Anbetracht von Tatschwere und Tatzweck nicht sittenwidrig, da sie gesellschaftlich akzeptiert und vom Betroffenen gewollt ist.

Die Grenze der Strafbarkeit ist erreicht, wenn der Einwilligende aus einer objektiven Betrachtung *ex ante* durch den schönheitschirurgischen Eingriff in konkrete Todesgefahr gebracht wird.¹⁴³

¹³⁹ Magnus, Patientenautonomie im Strafrecht, 2015, S. 322.

¹⁴⁰ Magnus (Fn. 5), S. 137 ff.; Magnus (Fn. 139), S. 322.

¹⁴¹ Korff, Lexikon der Bioethik, 1998, Stichwort „Enhancement“.

¹⁴² BVerfGE 47, 239 (248).

¹⁴³ Wagner, in: Saliger/Tsambikakis, Strafrecht der Medizin, 2022, § 5 Rn. 67.

Auch Eingriffe, die eine schwerste, irreversible körperliche Beeinträchtigung verursachen, ohne dass dafür eine medizinische Notwendigkeit besteht, werden als sittenwidrig eingestuft.¹⁴⁴ Als nicht sittenwidrig werden hingegen Schönheitsoperationen angesehen, die nur zu einem veränderten Aussehen führen, das nach allgemeinen Vorstellungen als unschön oder sogar als Verunstaltung erscheint. Es ist in einer pluralistischen Gesellschaft nicht möglich ein einheitliches Schönheitsideal zu bestimmen, weshalb § 228 StGB nicht zur Anwendung kommt.¹⁴⁵

Diskutiert wurde auch der Bereich der kosmetischen Operationen zu verwerflichen oder deliktischen Zwecken, wie zum Beispiel gesichtskonturenverändernde Eingriffe bei einem gesuchten Verbrecher.¹⁴⁶ Dass diese Zwecke eine Strafbarkeit begründen können, wird heutzutage aber ausgeschlossen.¹⁴⁷

b) *Enhancements*

Im Bereich der sonstigen *Enhancements* geht es nicht darum, dass der Arzt den ursprünglichen Gesundheitszustand wiederherstellt, sondern darum, bei einem gesunden Menschen mit medizinischen Mitteln einen verbesserten Gesundheitszustand zu schaffen.¹⁴⁸ Beispiele sind Stimmungsaufheller, Appetitzügler, „Anti-Aging“-Arzneien oder auch etwa „Lerndoping“ durch Einnahme oder Verabreichung von *Ritalin*. Es stellt sich hier die Frage, ob das ärztliche Berufsrecht auf diesen Handlungsbereich überhaupt anwendbar ist. Hier muss im Einzelfall eine Abgrenzung erfolgen, die sicher nicht leicht ist.¹⁴⁹

Um die Frage nach einer möglichen Strafbarkeit der die Mittel verschreibenden Ärzte zu beurteilen, stellt sich zunächst das grundsätzliche Problem, dass gesunde Personen Medikamente für Kranke einnehmen und die medikamentöse Wirkung so missbrauchen. Auch ist noch nicht gänzlich erforscht, welche Nebenwirkungen auftreten können, wenn gewisse Medikamente von Gesunden eingenommen werden.¹⁵⁰ Gemäß § 13 BtMG sind manche Arzneimittel bereits gesetzlich zur Behandlung von *Enhancements* ausgeschlossen.

¹⁴⁴ Joost, in: Roxin/Schroth, Medizinstrafrecht, 4. Aufl. 2010, S. 428; im Ergebnis auch BGH, NJW 1978, 1206.

¹⁴⁵ Magnus (Fn. 139), S. 333.

¹⁴⁶ Wagner (Fn. 143), § 5 Rn. 68.

¹⁴⁷ Ebd.

¹⁴⁸ Magnus (Fn. 139), S. 349.

¹⁴⁹ Eberbach, Die Verbesserung des Menschen, MedR 2008, 325 (332).

¹⁵⁰ Magnus (Fn. 139), S. 353.

Auch bei den *Enhancements* betrachtet man zur Bestimmung der Sittenwidrigkeit die Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung. Da die Eingriffe nicht medizinisch indiziert sind, liegt ein Verstoß gegen die guten Sitten vor, wenn der Eingriff mit schweren oder nicht wiedergutzumachenden Nebenfolgen einhergeht.¹⁵¹

c) Transplantation, Organspende, Organhandel

Da sich der Heilzweck auf den von dem Eingriff Betroffenen beziehen muss, fehlt ein solcher nach der herrschenden Lehre bei der Entnahme eines Transplantats von einem lebenden Spender.¹⁵² Die strafrechtliche Zentralnorm für die Lebendorganspende ist § 19 Abs. 1 Transplantationsgesetz (TPG); die Zulässigkeit ist abschließend geregelt in § 8 Abs. 1 TPG. Problematisch ist, dass das TPG die ursprünglichen Schranken des § 228 StGB durch neue Strafvorschriften (*leges speciales*) weiter ausgeweitet hat. Dessen ist sich auch das BVerfG in seinem Urteil aus dem Jahr 1999 bewusst: „Rechtlich sind die Möglichkeiten der Organentnahme von lebenden Spendern durch § 8 Abs. 1 S. 2 TPG [...] jedoch beschränkt worden.“¹⁵³

Zunächst dürfen nach herrschender Meinung nur paarige Organe entnommen werden. Dies ist hinsichtlich des Schutzes des Lebendspenders sinnvoll.¹⁵⁴ Der Gesetzgeber geht allerdings zu weit, wenn er in §§ 8 Abs. 1 S. 2, 19 Abs. 2 TPG den Spenderkreis limitiert. Dabei werden die ohnehin begrenzten Möglichkeiten auf Lebensrettung durch Organspende weiter eingeschränkt. Darin kann ein Verstoß gegen Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG gesehen werden.¹⁵⁵

Damit einhergehend steht die Frage nach Organspenden gegen Entgelt im Raum. Im Jahr 2001 gab es in Deutschland das erste Urteil zum Organhandel im Internet: Ein 20-Jähriger hatte versucht, seine Niere für 100.000 € bei *eBay* zu verkaufen, und erhielt eine Jugendstrafe.¹⁵⁶ Eine Organspende gegen Entgelt

¹⁵¹ *Ebd.*, S. 362.

¹⁵² Bockelmann (Fn. 26), S. 103; Paeffgen/Zabel, in: NK-StGB III (Fn. 6), § 228 Rn. 93; Ulsenheimer, in: Handbuch des Arztrechts, 2019, § 152 Rn. 30.

¹⁵³ BVerfG, Urt. v. 11.8.1999 – 1 BvR 2181-98; Paeffgen/Zabel, in: NK-StGB III (Fn. 6), § 228 Rn. 93 f.

¹⁵⁴ BGH, Urt. v. 30.6.1987 – VI ZR 257/86; Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder (Fn. 25), § 223 Rn. 50c.

¹⁵⁵ Gutmann/Schroth, Organlebenspende, 2002, S. 17 f.; Seidenath, Verfassungsmäßigkeit der Regelung der Organentnahme bei lebenden Organspendern im Transplantationsgesetz, MedR 2000, 28 (34).

¹⁵⁶ Organhandel bei eBay, Jugendstrafe für Nierenverkäufer, 22.11.2001, abrufbar unter: <http://www.spiegel.de/netzwelt/web/0,1518,169045,00.html> (zuletzt abgerufen am 18.12.2024).

wird von der herrschenden Meinung aufgrund eines Verstoßes gegen die guten Sitten strikt abgelehnt.¹⁵⁷ Die Sittenwidrigkeit ergibt sich allerdings nicht aus dem Austausch von Organ und Geld, sondern aus dem Ausnutzen der Notlage des Einwilligenden.¹⁵⁸ Dagegen kann zwar eingewandt werden, dass sich sowohl Spender als auch Empfänger meist in prekären Situationen befinden und ihre Möglichkeit auf Besserung auf paternalistische Weise durch die Vorschriften des TPG verhindert werden.¹⁵⁹ Allerdings geschehen solche „Spenden“ häufig nicht freiwillig, weshalb der Einwilligende besonders zu schützen ist.¹⁶⁰

Die strafrechtlichen Risiken riskanter Organentnahmen ergeben sich weiterhin allein aus den §§ 228, 216 StGB.¹⁶¹ Sobald die Organentnahme konkret geeignet ist, den Spender lebensgefährlich zu verletzen, ist die Handlung sittenwidrig und eine Einwilligung nicht möglich.¹⁶²

4. Ausblick: Kopftransplantation

Mit fortschreitender Technik werden in Zukunft weitere Bereiche aufkommen, die Fragen nach der Sittenwidrigkeit in der Medizin aufwerfen. Dazu zählt etwa die Fetalchirurgie, in der der heranwachsende Fetus bei Fehlbildungen oder Erkrankungen bereits vor der Geburt aus dem Mutterleib geholt und operiert wird¹⁶³, oder auch die zunehmende Nutzung von Künstlicher Intelligenz im Krankenhaus, die wohl bald schwere Erkrankungen erkennen soll, schon bevor beim Patienten Symptome auftreten.¹⁶⁴

Doch auch was für die meisten noch nach Science-Fiction klingt, könnte schon bald vor deutschen Gerichten verhandelt werden. Die Rede ist von Kopf- oder Gehirntransplantationen. Diese Begriffe sind nicht ganz zutreffend. Wie *Heene* in

¹⁵⁷ *BVerfG*, Beschl. v. 11.8.1999 – 1 BvR 2181-98 (juris); *BSG*, Urt. v. 16.7.1996 – 1 RK 15/95 (juris); *Schreiber*, Wann darf ein Organ entnommen werden? – Recht und Ethik der Transplantation, in: FS Steffen, 1995, S. 451 ff. (453).

¹⁵⁸ *Paeffgen/Zabel*, in NK-StGB III (Fn. 6), § 228 Rn. 94.

¹⁵⁹ *Deutsch*, Zum geplanten strafrechtlichen Verbot des Organhandels, ZRP 1994, 179 (179).

¹⁶⁰ *Paeffgen/Zabel*, in NK-StGB III (Fn. 6), § 228 Rn. 94.

¹⁶¹ *Gutmann*, in: Schroth/König/Gutmann/Oduncu TPG, 2005, § 8 Rn. 14; *Fateh-Moghadam*, in: Saliger/Tsambikakis (Fn. 143), § 8 Rn. 23.

¹⁶² *Schroth*, in: Schroth/König/Gutmann/Oduncu (Fn. 161), § 19 Rn. 173.

¹⁶³ *Schöne*, Fetalchirurgie, Wenn Kinder bereits vor der Geburt operiert werden, Welt v. 14.1.2015, abrufbar unter: <https://www.welt.de/gesundheit/article136350905/Wenn-Kinder-bereits-vor-der-Geburt-operiert-werden.html> (zuletzt abgerufen am 18.12.2024).

¹⁶⁴ *Wehrs*, KI im Gesundheitswesen – praktische Nutzung, rechtliche Hürden, abrufbar unter: <https://www.krankenhaus-it.de/item.3250/ki-im-gesundheitswesen-praktische-nutzung-rechtliche-huerden.html> (zuletzt abgerufen am 18.12.2024).

ihrem Aufsatz „Kopf- und Ganzkörpertransplantation – Rechtlich zulässig?“¹⁶⁵ feststellt, sollte man besser von Ganzkörpertransplantation sprechen, da der abgetrennte Kopf weiterlebt und deshalb als Empfänger des Transplantats anzusehen ist.¹⁶⁵ Mit fortschreitender medizinischer Technik stellen sich Fragen über die rechtliche Zulässigkeit solcher Transplantationen. Welche juristischen Probleme kommen durch die Ganzkörpertransplantationen auf? Benötigen sie aus medizinischen und ethischen Gründen eine konkrete Regulierung? Und nicht zuletzt: Ist die Transplantation eines Kopfes nicht vielleicht sogar ein Verstoß gegen die guten Sitten und damit generell rechtswidrig?

Im Fall von *Waleri Spiridonow*, der an einer unheilbaren Schwächung der Muskeln litt, hätten sich diese Fragen beinahe schon gestellt. Er erklärte sich bereit, sich vom italienischen Neurochirurg *Sergio Canavero* auf diese Weise operieren zu lassen.¹⁶⁶ Hier stellt sich auch die Frage nach der Unterscheidung von Heilversuch und Humanexperiment, das primär Forschungszwecken dient.¹⁶⁷ Doch kann man überhaupt genau unterscheiden, warum ein Chirurg eine solche Operation durchführt, ob es ihm um den Heilzweck oder um Forschung geht? Und ist das überhaupt von Bedeutung? Die Fragen, die sich bisher zur Sittenwidrigkeit gestellt haben, müssen erneut beantwortet werden, und die zu beurteilenden Fälle werden infolge der fortschreitenden Medizin immer beeindruckender.

C. Fazit

Abschließend lässt sich sagen, dass die Sittenwidrigkeit im Medizinstrafrecht in den unterschiedlichsten Fällen von Bedeutung ist und das auch in Anbetracht aktuell ungeklärter sowie zukünftiger Fälle bleiben wird.

Um auf die anfangs gestellten Fragen zurückzukommen: Ja, die Sittenwidrigkeit wird in medizinstrafrechtlichen Fällen anders ausgelegt als in anderen Rechtsgebieten und das ist aus den aufgezeigten Gründen auch richtig so.

Die Rechtsprechung hat Richtlinien entwickelt, um einen Verstoß gegen die guten Sitten zu überprüfen, und passt diese sachgemäß an. Auch wenn die Sittenwidrigkeit unpräzise oder altmodisch wirkt, ist sie doch unabdingbar für

¹⁶⁵ Heene, Kopf- und Ganzkörpertransplantation – Rechtlich zulässig?, MedR 2017, 286 (286).

¹⁶⁶ Canavero, Heaven: The head anastomosis venture Project outline for the first human head transplantation with spinal linkage (GEMINI), Surg Neurol Int., 2013, 335; Canavero, The “Gemini” spinal cord fusion protocol: Reloaded, Surg Neurol Int., 2015, 18.

¹⁶⁷ Oswald, in: Roxin/Schroth (Fn. 144), S. 679 ff.

bestimmte Fälle. Die Gesundheit oder sogar Lebensrettung des Patienten muss bei medizinischen Eingriffen an erster Stelle stehen. Gerade hier ist die Beachtung des Selbstbestimmungsrechts unabdingbar und die Andersbehandlung medizinstrafrechtlicher Fälle angebracht. Die Beachtung der guten Sitten im Medizinstrafrecht schützt sowohl den Patienten als auch den Rechtsstaat.

Josefine Schütz*

Urteilsanmerkung zum Beschluss des *Bundesgerichtshofs* vom 11.5.2021 – 4 StR 350/20

Abstract

Der Beitrag befasst sich mit einem Beschluss des *vierten Senats des Bundesgerichtshofs* vom 11.5.2021 (Az. 4 StR 350/20) zur umstrittenen Vertragsarztuntreue im Rahmen des § 266 StGB. Dabei hat sich der BGH erneut mit der Frage der Vermögensbetreuungspflicht von Vertragsärzten gegenüber den gesetzlichen Krankenkassen auseinandergesetzt und eine solche bei der Verordnung häuslicher Krankenpflege gem. § 37 V SGB V abgelehnt. Stattdessen wurde der Angeklagte wegen Beihilfe zum Abrechnungsbetrug gem. §§ 263, 27 StGB verurteilt. Der Beitrag analysiert die Herleitung der Vermögensbetreuungspflicht des Vertragsarztes und seine tatsächliche Notwendigkeit für eine sachgerechte Strafverfolgung. Ziel sollte bleiben einer übermäßigen Ausdehnung des Untreuetatbestands entgegenzuwirken.

*_Die Verfasserin studiert Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg und befindet sich in der Examensvorbereitung für das Erste Juristische Staatsexamen. Sie ist wissenschaftliche Hilfskraft bei Prof. Dr. A. Katarina Weilert LL.M. (UCL). Der Beitrag basiert auf einer im Wintersemester 2022/23 im Rahmen eines Seminars zum Gesundheitsstrafrecht bei Prof. Dr. Dr. h.c. Gerhard Dannecker verfassten Seminararbeit.

A. Einleitung

Um die Fallgruppe der Vertragsarztuntreue herrscht schon lange eine kontrovers diskutierte Debatte.¹ Der *vierte Senat* des BGH hat in seinem Urteil vom 11.5.2021 dazu Stellung genommen und eine Vermögensbetreuungspflicht des Vertragsarztes bei der Verordnung von häuslicher Krankenpflege gemäß § 37 Abs. 2 SGB V abgelehnt.² Damit bleibt der BGH seiner bisherigen Rechtsprechungslinie treu.³ Bereits die letzte Entscheidung des *vierten Senats*⁴ ist vielfach auf Kritik gestoßen.⁵ Vor dem Hintergrund der Mutation der Untreuestrafbarkeit zu einem Universaldelikt⁶ mit sehr weitreichendem Anwendungsbereich,⁷ ist auch die neue Entscheidung des *vierten Senats* kritisch zu würdigen.

B. Sachverhalt

Der Angeklagte betrieb als kassenärztlich zugelassener Facharzt für Allgemeinmedizin eine Praxis in Bochum. Seine Ehefrau war an der Gründung eines Pflegedienstes mitbeteiligt, der sich in unmittelbarer räumlicher Nähe der Praxis befand. Bevor sie ihre Approbation verlor und ihre kassenärztliche Zulassung zurückgeben musste, arbeitete sie einige Zeit als Ärztin mit ihrem Ehemann zusammen. Dabei verfolgte sie die Absicht, ärztliche Verordnungen auszustellen, um Anträge für einige von ihren ehemals gesetzlich krankenversicherten Patienten auf häusliche Krankenpflege zu stellen. Dafür spiegelte sie nur vor, dass die Patienten bestimmte näher angeführte Behandlungsmaßnahmen nicht selbst vornehmen könnten und daher häuslicher

¹ Übersicht über den Streitstand: *Saliger*, in: Satzger/Schluckebier/Werner, 6. Aufl. 2024, § 266 Rn. 16.

² BGH, NJW 2021, 3134 f.

³ *Steenbreker*, Der Stand der Rechtsprechung zur Vertragsarztuntreue nach BGH, Beschl. v. 11.5.2021 – 4 StR 350/ 20, medstra 2022, 233 (235).

⁴ BGH, NJW 2016, 3253 ff.

⁵ *Rackow*, Neues zur Untreue des Kassenarztes, jM 2017, 215 ff.; *Schneider*, Neues zur Vermögensbetreuungspflicht des Vertragsarztes gegenüber den gesetzlichen Krankenkassen – Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 16.08.2016 – 4 StR 163/ 16, HRRS 2017, 231 ff.; *Steinhilper*, Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 16.8.2016 – 4 StR 163/16 (LG Halle), MedR 2017, 138 ff.; *Wäßmer/Zeller*, Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 16.9.2016 – 4 StR 163/ 16 (LG Halle), wistra 2017, 71 ff.; *Wengenroth/Wallerstorfer*, Vermögensbetreuungspflicht des Vertragsarztes gegenüber den Krankenkassen – Kommentar zu BGH, Beschl. v. 16.8.2016 – 4 StR 163/ 16 (LG Halle), NZWiSt 2017, 152 ff.

⁶ *Ulsenheimer*, Der Vertragsarzt als Sachwalter der Vermögensinteressen der gesetzlichen Krankenkassen?, MedR 2005, 622 (624).

⁷ *Ransiek*, Risiko, Pflichtwidrigkeit und Vermögensnachteil bei der Untreue, ZStW 116 (2004), 634 (634).

Krankenpflege bedürften. Sie nahm an, dass eine verordnungsgemäße Genehmigung der beantragten Pflegeleistungen erfolgen würde. Deswegen veranlasste sie die jeweiligen Patienten zum Abschluss eines Behandlungsvertrages mit dem von ihr mitbegründeten Pflegedienst, sodass sie die jeweiligen Leistungen im Anschluss gegenüber den Krankenkassen abrechnen konnte. Der Angeklagte verordnete im Zeitraum vom 31.10.2014 bis zum 15.12.2015 auf „Anforderung“ seiner Ehefrau in 16 Fällen für fünf Patienten häusliche Krankenpflege. Dabei täuschte er unter anderem die Erforderlichkeit der verordneten Pflegemaßnahmen wahrheitswidrig vor. Dass die tatsächlichen Voraussetzungen für die häusliche Krankenpflege nicht vorlagen, weil die Patienten keine externe Unterstützung benötigten, nahm er im finanziellen Interesse seiner Ehefrau jedenfalls billigend in Kauf. Die Verordnungen des Angeklagten bewirkten in der Folge, dass die entsprechenden Anträge bei unterschiedlichen gesetzlichen Krankenversicherungen und Ersatzkassen gestellt wurden. Nach der antragsgemäßen Erteilung der erforderlichen Genehmigung kam es unter Einschaltung eines Abrechnungsdienstes der Krankenkassen zu einer Rechnungsstellung über die verordneten Leistungen durch den von der Ehefrau des Angeklagten mitbegründeten Pflegedienst. Zusätzlich wurden die Leistungen nicht oder nur zu einem geringen Teil erbracht, sodass die Rechnungen mit inhaltlich falschen Leistungsnachweisen versehen waren. Dem Angeklagten war dies spätestens ab Herbst 2015 auch bekannt. Insgesamt zahlten die Krankenkassen im Vertrauen auf die Richtigkeit der Abrechnungsunterlagen eine Gesamtsumme in Höhe von 35.014,34 €.

Der *vierte Senat* des BGH entschied, dass die vorangegangene Verurteilung des Angeklagten wegen Untreue in 16 Fällen durch das *LG Bochum* keinen Bestand haben könne, da dem Angeklagten als Vertragsarzt bei der Verordnung von häuslicher Krankenpflege gemäß § 37 Abs. 2 SGB V keine Vermögensbetreuungspflicht obliegt. Er änderte den Schuldspruch gemäß § 354 Abs. 1 StPO zur Strafbarkeit wegen Beihilfe zum Abrechnungsbetrug gemäß §§ 263, 17 StGB. Diese Änderung des Schuldspruchs entzog den Einzelstrafen und der Gesamtstrafen die Grundlage, sodass die Sache im Umfang der Aufhebung des Strafausspruches zur neuen Verhandlung an eine weitere Kammer des *LG Bochum* zurückzuweisen ist.

C. Rechtliche Einordnung der Entscheidung des BGH

Die Kernaussage und der Leitsatz des Urteils des *vierten Senats* beinhalten, dass einem Kassenarzt bei der Verordnung von häuslicher Krankenpflege gemäß § 37

Abs. 2 SGB V keine Vermögensbetreuungspflicht i. S. d. § 266 Abs. 1 StGB hinsichtlich des Vermögens der gesetzlichen Krankenkassen obliegt.⁸

Die Begründung im Einzelnen: Zur Beantwortung der Frage, ob dem Vertragsarzt bei der Verordnung von häuslicher Krankenpflege eine Vermögensbetreuungspflicht hinsichtlich der gesetzlichen Krankenkassen zukommt, wird zunächst die Begrifflichkeit der Vermögensbetreuungspflicht sowie deren Auslegung skizziert.⁹ Davon ausgehend nimmt der BGH bei der Verordnung von Heilmitteln gemäß § 15 Abs. 1 S. 1 SGB V eine Vermögensbetreuungspflicht gegenüber den gesetzlichen Krankenkassen an und¹⁰ begründet dies damit, dass durch die vom Vertragsarzt in eigener Verantwortung ausgestellte Verordnung der gesetzliche Leistungsanspruch des Versicherten aus § 2 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 SGB V auf Sachleistungen konkretisiert wird.¹¹ Die daraus resultierende Rechtsmacht unter Berücksichtigung des Wirtschaftlichkeitsgebots begründe eine besondere Verantwortung für das Vermögen der Krankenkasse.¹² Gleiches nahm die Rechtsprechung des BGH bereits für den Fall an, dass der Vertragsarzt Sprechstundenbedarf verordnet.¹³ Hinsichtlich der dem Sachverhalt zugrunde liegenden Verordnung von häuslicher Krankenpflege lehnt der *vierte Senat* jedoch eine Vermögensbetreuungspflicht des Vertragsarztes mit der Begründung ab, dass den gesetzlichen Krankenkassen in solchen Fällen weitergehende verfahrensrechtliche Kontrollmöglichkeiten zur Verfügung stehen, sodass die Entscheidung über die Leistungserbringung auf Kosten der Krankenkasse nicht mehr allein in der Hand des Vertragsarztes liege.¹⁴ Nach bisheriger Rechtsprechung ist bei der Verordnung von Heilmitteln oder Sprechstunden keine Genehmigungsentscheidung durch die Krankenkasse erforderlich.¹⁵ Dagegen kommt es bei der häuslichen Pflege in formaler Hinsicht erst zum Leistungsfall, wenn die zuständige gesetzliche Krankenkasse vor Leistungsbeginn eine entsprechende Bewilligungsentscheidung erlässt.¹⁶ Zwar ist ebenfalls eine

⁸ BGH, NJW 2021, 3134 (3134).

⁹ Ebd., S. 3135.

¹⁰ Ebd.

¹¹ Ebd.

¹² Ebd.

¹³ BGH, NStZ-RR 2017, 313 (314).

¹⁴ BGH, NJW 2021, 3134 (3135).

¹⁵ BSG, NZS 2012, 296 (297).

¹⁶ BSG, NZS 2001, 89 (91); *Knispel*, in: BeckOK-Sozialrecht, 75. Aufl. 2024, § 37 SGB V Rn. 45; *Nolte*, in: KassKomm Sozialversicherungsrecht, SGB V, 129. Aufl. 2025, § 37 Rn. 5a; *Wagner*, in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung – Pflegeversicherung, 123. Aufl. 2024, § 37 SGB V Rn. 3.

kassenärztliche Verordnung erforderlich, § 73 Abs. 2 S. 1 Nr. 8 SGB V, § 27 BMV-Ä.¹⁷ Allerdings führt dies, im Gegensatz zur Verordnung von Heilmitteln, nicht zu einer Bindung der Krankenkasse an diese Verordnung.¹⁸ Bei Zweifeln der gesetzlichen Krankenkasse an der Notwendigkeit der häuslichen Pflege, weil sie es als möglich erachtet, dass der Versicherte die verordneten Maßnahmen selbst vornehmen kann und dies ihm auch zumutbar ist, kann sie eine gutachterliche Stellungnahme durch einen medizinischen Dienst einholen, § 275 Abs. 1 Nr. 1 SGB V, § 6 Abs. 2 HKP-RL.¹⁹ Diese weiterreichende Kontrollmöglichkeit der gesetzlichen Krankenkassen führt zu einer Unterbrechung der Bindung an die vertragsärztliche Verordnung. Durch diese Unterbrechung fällt die Entscheidung über die häusliche Pflege letztlich nicht alleinig dem Vertragsarzt zu. Eine Strafbarkeit des angeklagten Vertragsarztes wegen Untreue gemäß § 266 Abs. 1 StGB scheitert deshalb am Tatbestandsmerkmal der Vermögensbetreuungspflicht.²⁰

Die Änderung des Schuldspruches zur Beihilfe zum Betrug gemäß §§ 263 Abs. 1, 27 StGB des angeklagten Vertragsarztes wird nicht weitergehend begründet.²¹

D. Rechtliche Würdigung

Die Entscheidung des *vierten Senats* wirft – erneut – die kontrovers diskutierte Frage nach der Vertragsarztuntreue auf. Der letzte Beschluss des *vierten Senats* dazu²² ist im Schrifttum auf scharfe Kritik gestoßen. Für den Tatbestand des § 266 Abs. 1 Var. 2 StGB muss der Vertragsarzt eine Vermögensbetreuungspflicht gegenüber der gesetzlichen Krankenkasse haben.²³ Eine solche bejaht der *vierte Senat* bei der Verordnung von Heilmitteln.²⁴ Und eben diese Herleitung der Vermögensbetreuungspflicht des Vertragsarztes über das Vermögen der Krankenkasse wurde mehrfach (und teilweise scharf) kritisiert.²⁵ Die nun erfolgte Ablehnung der Vermögensbetreuungspflicht des

¹⁷ BGH, NJW 2021, 3134 (3135).

¹⁸ Ebd.

¹⁹ BSG, NZS 2001, 89 (91); Knispel, in: BeckOK-Sozialrecht (Fn. 16), § 37 SGB V Rn. 45; Nolte, in: KassKomm Sozialversicherungsrecht, SGB V (Fn. 16), § 37 Rn. 5a; Brosius-Gersdorf, in: Berchtold/Huster/Rehborn, Gesundheitsrecht, 2. Aufl. 2018, § 37 SGB V Rn. 17.

²⁰ BGH, NJW 2021, 3134 (3135).

²¹ Ebd.

²² BGH, NJW 2016, 3253 ff.

²³ Ebd., S. 3253.

²⁴ Ebd., S. 3254.

²⁵ Siehe nur Saliger, in: Satzger/Schluckebier/Werner (Fn. 1), § 266 Rn. 16 m. w. N.

Vertragsarztes durch den *vierten Senat* stellt jedoch keine Rechtsprechungswende dar. Denn das Urteil vom 11.5.2021 bezieht sich ausschließlich auf die Verordnung von häuslicher Krankenpflege gemäß § 37 Abs. 2 SGB V. Die Rechtsprechung zur Verordnung von Heilmitteln nach § 15 Abs. 1 S. 2 SGB V bleibt davon unberührt.

Insgesamt scheint es so, als ob der *vierte Senat* der bisherigen Entscheidungspraxis der Gerichte treu bleibt. Damit sei allerdings nicht gleichzeitig gesagt, dass ihm uneingeschränkt zuzustimmen ist. Vielmehr ist durch das Urteil vom 11.5.2021 ein – erneuter – Blick auf die Vertragsarztuntreue und insbesondere die Vermögensbetreuungspflicht des Vertragsarztes unvermeidbar geworden.

I. Genehmigungsvorbehalt

Der *vierte Senat* differenziert zwischen dem vorliegenden Fall und der Entscheidung des BGH vom 16.8.2016.²⁶ Im vorliegenden Fall nimmt der *vierte Senat* an, dass eine Vermögensbetreuungspflicht des Vertragsarztes bei der Verordnung von Heilmittel- und Sprechstunden besteht.²⁷ Denn der Genehmigungsvorbehalt der Krankenkasse bei der Verordnung von häuslicher Krankenpflege gemäß § 37 Abs. 2 SGB V (sog. Behandlungssicherungspflege²⁸) stellt nicht nur eine nachgelagerte Kontrollmöglichkeit dar.²⁹ Um eine solche handelte es sich aber bei der Wirtschaftlichkeitskontrolle nach den §§ 106 ff. SGB V, die der Entscheidung von 2016 zugrunde lag.³⁰

Anhand dessen wird deutlich, dass der BGH sich bei der Bestimmung der Vermögensbetreuungspflicht maßgeblich an der tatsächlichen Herrschaft über die Leistungserbringung orientiert. Eine wesentliche Rolle soll dabei das Vorhandensein von Kontrolle spielen, verstanden als eine gleichzeitige Steuerung und Überwachung der Leistungserbringung.³¹

Dies ist insofern auch konsequent, als aus einer fehlenden Kontrolle desjenigen, auf dessen Kosten die Leistung erbracht wird, die Obhutsherrschaft über ein fremdes Vermögen folgt, aus der sich wiederum die

²⁶ BGH, NJW 2016, 3253 ff.

²⁷ BGH, NJW 2021, 3134 (3135).

²⁸ Knispel, in: BeckOK-Sozialrecht (Fn. 16), § 37 SGB V Rn. 19.

²⁹ BGH, NJW 2021, 3134 (3135).

³⁰ Bülte, Der Vertragsarzt-Beschluss des Großen Senats und die Vertragsarztuntreue – zugleich eine Besprechung von OLG Stuttgart, Urt. v. 18.12.2012 – 1 Ss 559/12, NZWiSt 2013, 346 (351).

³¹ BGH, wistra 2008, 427 (428); NJW 2013, 1615 (1615); Schünemann, in: Leipziger Kommentar StGB, 14. Aufl. 2024, § 266 Rn. 21, 86.

Vermögensbetreuungspflicht i. S. d. § 266 StGB ergeben kann.³² Es erscheint daher zunächst folgerichtig, wenn der *vierte Senat* annimmt, dass durch die Genehmigungsentscheidung der Krankenkasse, auf deren Kosten die Leistung erbracht wird, eine Kontrollmöglichkeit vorliegt.³³ Dabei geht der *vierte Senat* nicht auf die teilweise vorgebrachten Zweifel³⁴ ein, ob diese Genehmigungsentscheidung der Krankenkasse überhaupt zusteht. Vor dem Hintergrund des Regel-Ausnahme-Prinzips³⁵ ist im Folgenden daher – mit dem *vierten Senat* – davon auszugehen, dass für die Verordnung von häuslicher Krankenpflege das Regelprinzip gilt, nach welchem von den Krankenkassen grundsätzlich eine vorherige Bewilligung und Genehmigung der beantragten Leistung vorzunehmen ist,³⁶ zumal gewichtige Gründe für diesen Genehmigungsvorbehalt sprechen, etwa der Wortlaut des § 6 Abs. 1 HKP-RL und des § 27 Abs. 3 S. 1 BMV-Ä.³⁷ Dagegen bedarf es für die Verordnung von Heilmitteln – mit Ausnahme der längerfristigen Versorgung in bestimmten Fällen – grundsätzlich keiner Genehmigung der Krankenkasse, vgl. § 30 BMV-Ä i.V.m. Heilmittel-RL. Anzumerken ist, dass eine vertragsärztliche Verordnung (selbstverständlich) in beiden Fällen erforderlich ist (für die Verordnung von Heilmitteln: § 30 Abs. 1, 3 BMV-Ä, §§ 3, 13 Heilmittel-RL; für die Verordnung von häuslicher Krankenpflege: § 27 Abs. 1, § 2 BMV-Ä). Der Differenzierung des *vierten Senats* hinsichtlich der unterschiedlichen Voraussetzungen für den Leistungseintritt in den beiden Fällen ist zuzustimmen.

Darüber hinaus haben die Krankenkassen die Möglichkeit, eine gutachterliche Stellungnahme des medizinischen Dienstes der Krankenkassen gemäß § 275 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB V, § 6 Abs. 2 HKP-RL einzuholen, wenn Zweifel am Vorliegen der Voraussetzungen für eine Verordnung bestehen. Dies soll laut dem *vierten Senat* als Zeichen der Kontrolle seitens der Krankenkasse eine Vermögensbetreuungspflicht des Vertragsarztes ausschließen.³⁸ Von der Verordnung der häuslichen Krankenpflege bis zu ihrem tatsächlichen Leistungseintritt bestehen also die Hürde der Genehmigung durch die

³² Dierlamm/Becker, in: MüKo-StGB IV, Band IV, 4. Aufl. 2022, § 266 Rn. 54; Schuhr, in: Spickhoff, Medizinrecht, 4. Aufl. 2022, § 266 StGB Rn. 21.

³³ Schulz, Untreuetatbestand: Vermögensbetreuungspflicht des häusliche Krankenpflege verordnenden Kassenarztes, jurisPR-StrafR 1/2022, Anm. 2.

³⁴ Richter/Bohlken, Zur Frage des Genehmigungsvorbehalts bei Leistungen der häuslichen Krankenpflege, NZS 2000, 236 ff.

³⁵ Dazu BSG SozR 3 – 2500 § 132a Nr 3.

³⁶ BSG, NZS 2001, 89 (91); Knispel, in: BeckOK-Sozialrecht, § 37 SGB V (Fn. 16), Rn. 45; Wagner, in: Krauskopf (Fn. 16), § 37 SGB V Rn. 4.

³⁷ BGH, NJW 2021, 3134 (3135).

³⁸ Ebd.

Krankenkasse und die Möglichkeit zu einer gutachterlichen Stellungnahme des medizinischen Dienstes.

Diese Kontrollmöglichkeiten stehen den Krankenkassen allerdings erst mit Eingang des Antrags des Versicherten zur Verfügung. Obwohl der *vierte Senat* den Antrag des Versicherten als Voraussetzung für den Leistungseintritt nennt,³⁹ geht er nicht auf den Zeitpunkt des Eintritts der Kontrollmöglichkeiten der Krankenkassen ein. Gemäß § 13 Abs. 3a S. 1 SGB V besteht zur Vorbescheidung des Antrags eine Frist von drei Wochen und bei Einsatz des medizinischen Dienstes eine Frist von fünf Wochen. Wird der Krankenkasse die Verordnung bis zum dritten Arbeitstag nach Ausstellung vorgelegt, trägt die Krankenkasse bis zur Genehmigungsentscheidung die Kosten für die verordnete und vom entsprechenden Dienstleister zwischenzeitlich zur vereinbarten Vergütung erbrachten Leistung gemäß § 37 Abs. 4 SGB V i. V. m. § 6 Abs. 4 S. 1 HKP-RL. In diesem Schwebezustand kommt es also zu einer Leistung auf Kosten der Krankenkasse.⁴⁰

Die Verordnung des Vertragsarzt entfaltet somit schon ohne die Genehmigungsentscheidung der Krankenkasse eine bindende Wirkung, sodass dem Vertragsarzt eben doch eine gewisse Herrschaftsmacht in Bezug auf das Vermögen der Krankenkasse zukommt. Durch die noch nicht eingesetzte Kontrollmöglichkeit der Krankenkasse hat es der Vertragsarzt letztlich ebenso in der Hand, eine Leistungserbringung herbeizuführen wie bei der Verordnung von Heilmittel- oder Sprechstundenbedarf.⁴¹ Wirft man einen Blick auf die zeitliche Abfolge, so bedeutet dies, dass nach der Ausstellung der Verordnung ein Antrag des Versicherten bei der Krankenkasse eingeht, die dann die Verordnung prüft und eine Genehmigungsentscheidung fällt, währenddessen sie aber bereits die Kosten für die Leistungserbringung trägt. Faktisch ist die Genehmigungsentscheidung zumindest einem Teil der Zahlungen nachgelagert.⁴²

Damit unterscheidet sich die Verordnung von häuslicher Krankenpflege dann allerdings wenig von der Verordnung von Heilmittel- und Sprechstundenbedarf, bei der die Möglichkeit einer nachträglichen Kontrollen im Sinne einer Wirtschaftlichkeitsprüfung nach §§ 106ff. SGB V besteht. Eine solche nachgeschaltete (Wirtschaftlichkeits-)Kontrolle soll nach der Entscheidung des

³⁹ *Ebd.*

⁴⁰ BSG, NZS 2014, 869 (869); Wagner, in: Krauskopf (Fn. 16), §37 SGB V Rn. 36.

⁴¹ Schulz (Fn. 33); Steenbreker (Fn. 3), S. 236.

⁴² Steenbreker (Fn. 3), S. 236.

vierten Senat aus 2016 eine Vermögensbetreuungspflicht gerade nicht ausschließen.⁴³ Wenn der *vierte Senat* die Vermögensbetreuungspflicht mit der tatsächlichen Herrschaft des Vertragsarztes bei zeitgleich fehlender Kontrollmöglichkeit der Krankenkasse begründet, hätte er (konsequenterweise) auch bei der Verordnung von Behandlungssicherungspflege gemäß § 37 Abs. 2 SGB V eine Vermögensbetreuungspflicht annehmen müssen.

Seine dennoch vorgenommene Unterscheidung ließe sich allenfalls damit begründen, dass ein formales Vorhandensein irgendeines Genehmigungsverfahrens zur Leistungsbewilligung als ausreichende Kontrollmöglichkeit gilt. Das würde bedeuten, dass die zeitliche Abfolge des Verfahrens und damit der Eintritt der Kontrollmöglichkeiten nicht von Bedeutung wäre. Für ein solches Verständnis hat der *vierte Senat* allerdings keine Anzeichen gegeben.⁴⁴ Im Gegenteil geht er auf den zeitlichen Ablauf des Genehmigungsverfahrens ein, indem er behauptet, dass die Leistung der häuslichen Krankenpflege formal gesehen erst mit der vorherigen Bewilligungsentscheidung der Krankenkasse eintrete.⁴⁵ Diese Aussage deutet eher darauf hin, dass der zeitliche Ablauf des Genehmigungsverfahrens eine durchaus entscheidende Rolle spielt. Angesichts der bisherigen Entscheidungspraxis der Gerichte ist dies auch nicht auszuschließen.

Hätte der *vierte Senat* einen genaueren Blick auf das Genehmigungsverfahren der häuslichen Krankenpflege geworfen, wäre dies vor dem Hintergrund der bisherigen Rechtsprechung aufgrund der zwingenden Kostenübernahme gemäß § 6 HKP-RL nicht als ausreichende Kontrollmöglichkeit zu bewerten gewesen.

Auch wenn angenommen wird, dass die zeitliche Abfolge der Genehmigung nicht von Relevanz ist, sondern die Existenz einer formalen Kontrollmöglichkeit ausreicht, ist insgesamt zweifelhaft, ob das Kriterium der Genehmigungspflicht allein einer Vermögensbetreuungspflicht des Vertragsarztes entgegensteht. Dafür ist ein Blick auf die Bestimmung der Vermögensbetreuungspflicht im Tatbestand des § 266 StGB zu werfen.

⁴³ BGH, NJW 2016, 3253 (3254).

⁴⁴ Steenbreker (Fn. 3), S. 236.

⁴⁵ BGH, NJW 2021, 3134 (3135).

II. Vermögensbetreuungspflicht

Es wurde immer wieder in Frage gestellt, ob der Tatbestand des § 266 StGB mit dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG vereinbar ist.⁴⁶ Um dem Bestimmtheitsgebot Rechnung zu tragen ist daher eine restriktive Auslegung der Norm geboten.⁴⁷ Demnach sind auch an das Tatbestandsmerkmal der Vermögensbetreuungspflicht strenge Anforderungen zu stellen.⁴⁸ Es muss eine vertragliche oder gesetzliche Rechtsbeziehung bestehen, die durch eine inhaltlich besonders herausgehobene Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen geprägt ist.⁴⁹ Diese muss über eine allgemeine, für jedermann geltende Pflicht hinausgehen, das Vermögensinteresse des entsprechenden Beziehungspartner zu berücksichtigen; es muss eine tatsächliche Einwirkungsmöglichkeit auf dessen materielle Güter bestehen.⁵⁰ Die Vermögensbetreuungspflicht ist ein täterbezogenes Tatbestandsmerkmal.⁵¹ Es beschreibt das Innenverhältnis zwischen Täter und Vermögensinhaber.⁵² Aus diesem Innenverhältnis heraus muss die Vermögensschädigung erfolgen.⁵³ Der Untreuetatbestand beschreibt demnach eine Vermögensschädigung von innen heraus.⁵⁴

Das Bestehen einer solchen herausgehobenen Pflicht ist mittels einer Gesamtbetrachtung zu bestimmen.⁵⁵ Die Würdigung aller Umstände wurde

⁴⁶ Dabs, § 266 StGB – Viel zu oft missverstanden, NJW 2002, 272 (272); Matt, Missverständnis zur Untreue – Eine Betrachtung auch zum Verhältnis von (Straf-)Recht und Moral, NJW 2005, 389 (389); Reese, Vertragsärzte und Apotheker als Straftäter? – eine strafrechtliche Bewertung des „Pharma-Marketings“, PharmR 2006, 92, (99); Dierlamm/Becker, in: MüKo-StGB IV (Fn. 32), § 266 Rn. 3 ff.; Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch – Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 266 Rn. 1a.

⁴⁷ RGSt 69, 58 (61); BVerfG, NJW 2010, 3209 (3211); Kindhäuser/Hoven, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger, 6. Aufl. 2023, § 266 Rn. 32.

⁴⁸ Reese (Fn. 46), S. 100; Hoyer, in: Systematischer Kommentar zum StGB, 9. Aufl. 2019, § 266 Rn. 27, 50; Ulsenheimer (Fn. 6), S. 625.

⁴⁹ Wittig, in: BeckOK-StGB, 64. Aufl. 2025, § 266 Rn. 15.

⁵⁰ BVerfG, NJW 2010, 3209 (3214); BGH, NJW 2011, 2819 (2819); NJW 2018, 1330 (1330), Kühl, Wirtschaftlichkeitsgebot und Vertragsarzt im Strafrecht – eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der Arzneimittelverordnung, 2014, S. 113; Dierlamm/Becker, in: MüKo-StGB IV (Fn. 32), § 266 Rn. 41; Rengier, Strafrecht Besonderer Teil I – Vermögensdelikte, 26. Aufl. 2024, § 18 Rn. 18 ff.

⁵¹ Kindhäuser/Hoven, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Fn. 47), § 266 Rn. 31; Schünemann, Die „gravierende Pflichtverletzung“ bei der Untreue: dogmatischer Zauberschut oder taube Nuss?, NStZ 2005, (473) 474.

⁵² Kindhäuser/Hoven, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Fn. 47), § 266 Rn. 31.

⁵³ Ebd.

⁵⁴ Ebd.

⁵⁵ BGHSt 13, 315 (317); BVerfGE 126, 170 (196); Perron, in: Schönke/Schröder (Fn. 46), § 266 Rn. 24; Hoyer, in: Systematischer Kommentar StGB (Fn. 48), § 266 Rn. 29.

durch einen Indizienkatalog konkretisiert, der gewisse Anhaltspunkte für das Vorliegen der Vermögensbetreuungspflicht vorlegt.⁵⁶ Maßgeblich sollen der Stellenwert der in Frage stehenden Verpflichtung und die Frage, ob es sich um eine Haupt- oder (bloße) Nebenpflicht handelt, sein sowie der Spielraum und der Grad der Selbstständigkeit des Verpflichteten bei der Pflichterfüllung und zuletzt Dauer oder Umfang des Pflichtenkreises.⁵⁷

Der *vierte Senat* hält es im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung generell für möglich, dass eine solche Pflichtenstellung eine Vermögensbetreuungspflicht des Vertragsarztes begründet.⁵⁸ Dies sei jedenfalls bei der Verordnung von Heilmittel- und Sprechstundenbedarf der Fall.⁵⁹ Denn der Vertragsarzt gebe mit seiner eigenverantwortlich erstellten Verordnung eine verbindliche Feststellung ab, die ein für den Eintritt des Versicherungsfalls erforderliches Vorliegen der medizinischen Voraussetzungen sowie die Notwendigkeit und Wirtschaftlichkeit des verordneten Mittels erklärt.⁶⁰ Damit erfolgt eine Konkretisierung des gesetzlichen Leistungsanspruchs des Versicherten aus § 2 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 SGB V gegen die Krankenkasse. Die Verbindlichkeit dieser Verordnung verschaffe dem Vertragsarzt eine Rechtsmacht, aus der in Verbindung mit der Beachtung des Wirtschaftlichkeitsgebots eine besondere Pflichtenstellung des Vertragsarztes für das Vermögen der Krankenkasse resultiere.⁶¹

Es wird deutlich, dass die gesamte Rechtsprechung insbesondere das Kriterium der Hauptpflicht⁶² und jenes der Eigenverantwortlichkeit⁶³ betont.

Wenn das Bestehen der Vermögensbetreuungspflicht bei der Verordnung von Heilmittel- und Sprechstundenbedarf mittels einer Gesamtbetrachtung zu bestimmen ist, ist im Umkehrschluss auch die Ablehnung im Fall der Verordnung von Behandlungssicherungspflege mittels einer Gesamtbetrachtung zu begründen. Der *vierte Senat* folgt dieser Auslegung der Vermögensbetreuungspflicht und den genannten Kriterien für die

⁵⁶ RGSt 69, 58 (62); *Saliger*, in: Satzger/Schluckebier/Werner (Fn. 1), § 266 Rn. 10.

⁵⁷ BGH, NJW 1991, 2574 (2574); NJW 2015, 1618 (1620); *BVerfG*, NJW 2010, 3209 (3214); *Perron*, in: Schönke/Schröder (Fn. 46), § 266 Rn. 24, *Hoyer*, in: Systematischer Kommentar StGB (Fn. 48), § 266 Rn. 29; *Saliger*, in: Satzger/Schluckebier/Werner (Fn. 1), § 266 Rn. 10.

⁵⁸ BGH, NJW 2021, 3134 (3135).

⁵⁹ *Ebd.*

⁶⁰ *Ebd.*

⁶¹ BGH, NJW 2016, 3253 (3254); NJW 2021, 3134 (3135).

⁶² BGHSt 1, 186 (188); 5, 61 (64); 13, 315 (317); 24, 386 (388); 33, 244 (250).

⁶³ BGHSt 3, 289 (293); 4, 170 (171); 28, 20 (23 ff.); BGH, NStZ 1983, 455 (455); NJW 2000, 529 (530).

Gesamtbetrachtung.⁶⁴ Eine sorgfältige Bestimmung der Vermögensbetreuungspflicht bei der Verordnung von häuslicher Krankenpflege im Wege der Gesamtbetrachtung nimmt der *vierte Senat* im Urteil allerdings nicht vor. Denn er lehnt, wie dargelegt, die Vermögensbetreuungspflicht des Vertragsarztes grundsätzlich allein aufgrund der (formalen) Hürde der Genehmigungsentscheidung der Krankenkassen ab.⁶⁵

Dem wäre nur zuzustimmen, wenn das Kriterium der fehlenden Kontrollmöglichkeit im Rahmen der Gesamtbetrachtung zur Bestimmung der Vermögensbetreuungspflicht ein derartig starkes Gewicht zukommt, dass die restlichen Aspekte der Gesamtbetrachtung nicht überwiegen können. Dazu sind die genannten Kriterien genauer zu betrachten und die fehlende Gesamtbetrachtung bei der Entscheidung des *vierten Senats* nachzuholen.

1. Näheverhältnis: Stellung des Vertragsarztes

Für die Vermögensbetreuungspflicht ist eine über die für jedermann geltende Verpflichtung zur Wahrung der Vermögensinteressen hinausgehende Pflicht erforderlich.⁶⁶ Ausgangspunkt ist daher eine gewisse Nähebeziehung zwischen Verpflichtetem und Treugeber. Nur wenn der Treugeber sein Vermögen einer Person anvertraut, mit der er ein hinreichend intensives und nahes Verhältnis pflegt, kann ein dem Schutzzweck des Untreuetatbestandes entsprechender Angriff von innen erfolgen.⁶⁷ Es ist daher zunächst die Stellung des Vertragsarztes im Rahmen seiner Verordnungstätigkeit zu erörtern.

a) Vertretertheorie

Eine – früher auch vom BGH vertretene – Ansicht nimmt eine Vermögensbetreuungspflicht des Vertragsarztes bereits dann an, wenn er als Vertreter der Krankenkassen i. S. d. § 164 Abs. 1 S. 1 BGB handelt.⁶⁸ Damit kommt beim Einlösen eines Kassenrezeptes zwischen der Krankenkasse und dem jeweiligen Leistungserbringer ein Vertrag öffentlich-rechtlicher Natur

⁶⁴ BGH, NJW 2021, 3134 (3135).

⁶⁵ Ebd.

⁶⁶ Kindhäuser/Hoven, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Fn. 47), § 266 Rn. 31; Schönemann (Fn. 51), 474.

⁶⁷ Dierlamm/Becker, in: MüKo-StGB IV (Fn. 32), § 266 Rn. 46; Kindhäuser/Hoven, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Fn. 47), § 266 Rn. 31; Schneider, Vertragsarztuntreue – Der Vertragsarzt im Spannungsverhältnis zwischen Patientenbehandlung und Vermögensfürsorge, 2019, S. 102.

⁶⁸ BGHSt 49, 17 (24); BGH, NStZ 2004, 568 (569).

zustande.⁶⁹ Übertragen auf das Ausstellen von Verordnungen für Sachleistungen sollte der Vertragsarzt kraft der Kompetenzen, die ihm gemäß §§ 72 Abs. 1, 73 Abs. 2 Nr. 7 SGB V durch das Kassenarztrecht verliehen wurden, bei Verordnungen als Vertreter der Krankenkasse handeln. Er gibt dementsprechend eine Willenserklärung zum Abschluss eines Kaufvertrages über die verordnete Sachleistung mit Wirkung für als auch gegen die Krankenkasse ab.⁷⁰ Diese Vertreterstellung des Vertragsarztes suggeriert eine verhältnismäßig intensive Nähebeziehung des Vertragsarztes zu den Krankenkassen.⁷¹ Eine Erörterung der Kritik an dieser Vertreter-Konstellation bedarf es vorliegend nicht, da die Vertretertheorie auch von der Rechtsprechung bereits verworfen wurde.⁷² Ob die Aufgabe der Vertretertheorie zur Folge hat, dass die Missbrauchsvariante des § 266 StGB im Verhältnis zwischen Vertragsarzt und Krankenkasse gar keine Anwendung mehr findet, ist nicht abschließend geklärt.⁷³ Letztlich ist dies vorliegend auch nicht ausschlaggebend, da der *vierte Senat* sich mit dem Vorliegen der Vermögensbetreuungspflicht auseinandergesetzt hat, die in beiden Varianten des § 266 StGB erforderlich ist.⁷⁴

b) Rechtsbeziehungen zwischen Vertragsarzt und Krankenkasse

Es stellt sich weiterhin die Frage, welche Rechtsbeziehung zwischen Vertragsarzt und Krankenkassen besteht. Grundsätzlich sind alle Rechtsbeziehungen der Krankenkassen (und ihrer Verbände) abschließend im dritten und vierten Kapitel des SGB V geregelt. Insbesondere aus § 72 Abs. 1 S. 1 SGB V wird ein allgemeines Verbot der Schädigung des Vermögens der Krankenkassen

⁶⁹ BSGE 77, 194 (200); BGH, NJW 2004, 454 (455); *Pragal*, Das Pharma-„Marketing“ um die niedergelassenen Kassenärzte: „Beauftragtenbestechung“ gem. § 299 StGB!, NStZ 2005, 133 (133).

⁷⁰ BSGE 77, 194 (200); BGH, NJW 2004, 454 (455).

⁷¹ *Kühl* (Fn. 50), S. 115.

⁷² BSGE 105, 157 (161); BGH, NJW 2012, 2530 (2534).

⁷³ Dafür: *Brand/Hotz*, Das „vertragsärztliche Wirtschaftsstrafrecht“ nach BGH, Beschl. v. 29.03.20212, GSSt 2/11, PharmR 2012, 317 (321); *Reese* (Fn. 46), S. 99; *Wafßmer/Zeller* (Fn. 5), S. 73; dagegen: *Bülte* (Fn. 30), S. 349.

⁷⁴ BGHSt 24, 386 (387 f.); 33, 244 (250); 35, 224 (227); *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, 30. Aufl. 2023, § 266 Rn. 4; *Dierlamm/Becker*, in: MüKo-StGB IV (Fn. 32), § 266 Rn. 31; *Kindhäuser/Hoven*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger, § 266 Rn. 26; *Hoyer*, in: Systematischer Kommentar StGB (Fn. 48), § 266 Rn. 17.

hergeleitet.⁷⁵ Darüber hinaus ergeben sich aus § 72 Abs. 1 S. 1 SGB V keine Bestimmungen der Rechtsbeziehungen.⁷⁶

Die Krankenkassen bedienen sich, im Sinne des Sachleistungsprinzips⁷⁷, regelmäßig Dritter, um die Versorgungsansprüche der Versicherten zu erfüllen. Es entsteht eine gewisse Dreieckskonstellation zwischen Leistungsempfänger (Versichertem), tatsächlichem Leistungserbringer (Apotheke etc.) und Sozialleistungsträger (Krankenkasse), die durch Zwischenschaltung der Kassenärztlichen Vereinigungen zu einem Viereck-Verhältnis ergänzt wird.⁷⁸ Eine unmittelbare Beziehung der Krankenkasse als Sozialleistungsträger zu den Vertragsärzten als Leistungserbringer wird durch die Zwischenschaltung der Kassenärztlichen Vereinigungen verhindert. Unmittelbare Beziehungen bestehen zwischen den Krankenkassen und den Kassenärztlichen Vereinigungen sowie zwischen den Vertragsärzten und den Kassenärztlichen Vereinigungen.⁷⁹ Die Kassenärztlichen Vereinigungen sollen gemäß § 75 Abs. 1 SGB V im Interesse der Krankenkassen die vertragsärztliche Versorgung und die Einhaltung der gesetzlichen und vertraglich vereinbarten Voraussetzungen zur Versorgung sicherstellen. Der Sicherstellungsauftrag umfasst gemäß § 75 Abs. 2 SGB V auch die Beachtung der vertragsärztlichen Rechte und finanzielle Interessen. Den Kassenärztlichen Vereinigungen kommt damit eine Doppelfunktion im Sinne einer Vermittlerrolle zu.⁸⁰ Dies verdeutlicht, dass grundsätzlich keine unmittelbare Rechtsbeziehung zwischen den Krankenkassen und den Ärzten vorliegt.⁸¹

Zwar bestehen gewisse rechtliche Berührungspunkte, unter anderem bei der Vertragsarztzulassung und Wirtschaftlichkeitsprüfung nach §§ 106 ff. SGB V, dies aber auch nur mittelbar. Den Krankenkassen steht keine Rechtsmacht zu, um unmittelbar gegen die Vertragsärzte vorzugehen. Sie haben keine

⁷⁵ *Leimenstoll*, Der Vertragsarzt – Tauglicher Täter einer Untreue zu Lasten der gesetzlichen Krankenkassen?, wistra 2013, 121 (124); *Noak*, Betrugstäterschaft bzw. -teilnahme von Ärzten beim Bezug von Röntgenkontrastmittel – Ein Beitrag aus dem Grenzbereich von Strafrecht und Vertragsarztrecht, MedR 2002, 76 (81).

⁷⁶ *Klötzer*, Ist der niedergelassene Vertragsarzt tatsächlich tauglicher Täter der §§ 299, 331?, NStZ 2008, 12 (14); *Kühl* (Fn. 50), S. 119; *Reese* (Fn. 46), S. 92.

⁷⁷ *Nebendahl*, in: Spickhoff (Fn. 32), § 2 Rn. 12.

⁷⁸ *Kühl* (Fn. 50), S. 120; *Clemens*, in: Quaas/Zuck/Clemens, Medizinrecht, 4. Aufl. 2018, § 18 Rn. 3.

⁷⁹ *Clemens*, in: Quaas/Zuck/Clemens (Fn. 78), § 18 Rn. 3.

⁸⁰ *Schiller*, in: Schnapp/Wigge, Handbuch des Vertragsarztrechts, 3. Aufl. 2017, § 5 A. Rn. 191; *Zierrmann*, in: Sodan, Krankenversicherungsrecht, 3. Aufl. 2018, § 20 Rn. 73.

⁸¹ *Schneider* (Fn. 67), S. 44; *Wigge*, in: Schnapp/Wigge (Fn. 80), § 2 Rn. 39; *Clemens*, in: Quaas/Zuck/Clemens (Fn. 78), § 18 Rn. 52.

durchsetzbaren Rechte und Pflichten gegenüber den Vertragsärzten.⁸² Demgegenüber sind die Vertragsärzte auch nur den Kassenärztlichen Vereinigungen (und den Patienten) gegenüber berechtigt und verpflichtet.⁸³ Ausnahmen bestehen bei der Vereinbarung von Sonderverbindungen zwischen Vertragsärzten und Krankenkassen gemäß § 72a SGB V. Da ansonsten keine bedeutenden Rechtsbeziehungen zwischen Krankenkassen und Vertragsärzten bestehen, zeugt dies von einer eher wenig herausgehobenen Verpflichtung des Vertragsarztes.⁸⁴

2. Selbstständigkeit

Im vorliegenden Urteil hat der *vierte Senat* die Ablehnung der Vermögensbetreuungspflicht bei der Verordnung von Behandlungssicherungspflege (ausschließlich) mit dem Vorhandensein von Kontrolle und im Rückschluss mit der mangelnden Selbstständigkeit des Vertragsarztes begründet.⁸⁵ Es gilt daher noch dringender als bisher die Frage zu beantworten, ob das Vorhandensein von Kontrollmöglichkeiten durch die Krankenkasse taugliches Kriterium für die Annahme der Vermögensbetreuungspflicht ist. Insbesondere vor dem Hintergrund, dass der verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz eine restriktive Auslegung der Vermögensbetreuungspflicht gebietet,⁸⁶ ist eine dogmatisch schlüssige Erklärung dieses Kriteriums zu erörtern.

a) Entscheidungsspielraum als Kriterium

Das spezifische Handlungsunrechts der Untreue stellt sich dar als Fehlgebrauch der dem Verpflichteten obliegenden Obhutspflicht bzw. Dispositionsbefugnis über das fremde Vermögen. Mithin ist ein Eingreifen des Tatbestandes unmöglich, wenn dem Verpflichteten zu enge Grenzen in seinen Handlungsspielräumen gesetzt sind, als dass er dem Wortsinn nach noch eine Dispositionsbefugnis hat.⁸⁷ Nach dem Wortlaut des § 266 StGB ist eine „Betreuung“ von Vermögensinteressen erforderlich. Betreuen bedeutet nichts anderes, als dass dem Verpflichteten Vermögensinteresse anvertraut wird. Ein

⁸² BSGE 77, 194 (200); *Clemens/Wiegand*, in: Laufs/Kern/Rehborn, Handbuch des Arztrechts, 5. Aufl. 2019, § 31 Rn. 16; *Reese* (Fn. 46), S. 96; *Ulsenheimer* (Fn. 6), S. 626.

⁸³ *Schneider* (Fn. 67), S. 44.

⁸⁴ *Kühl* (Fn. 50), S. 115.

⁸⁵ BGH, NJW 2021, 3134 (3135).

⁸⁶ Siehe oben **D. II.**

⁸⁷ *Esser*, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller, AnwaltKommentar StGB, 3. Aufl. 2020, § 266 Rn. 50; *Dierlamm/Becker*, in: MüKo-StGB IV (Fn. 32), § 266 Rn. 54; *Kindhäuser/Hoven*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Fn. 47), § 266 Rn. 34.

solches Anvertrauen kann allerdings nur vorliegen, wenn dem Verpflichteten gewisse Entscheidungsfreiheiten gegeben sind und auch gegeben sein sollen.⁸⁸ Denn anstelle des Vermögensinhabers muss jetzt der Verpflichtete über die ihm überlassenen Vermögensinteressen entscheiden können.⁸⁹ Über eine gewisse Eigenverantwortlichkeit bei der Wahrung eines fremden Vermögens herrscht grundsätzlich Einigkeit.⁹⁰ Denn nur bei Vorliegen einer gewissen Entscheidungsfreiheit des Verpflichteten bei der Vermögensbetreuung ist der Vermögensinhaber dem Verpflichteten ähnlich ausgeliefert wie einem Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugten.⁹¹ Da sich die Vermögensbetreuungspflicht des Verpflichteten gerade aus der ihm übertragenen Herrschaft über das Vermögen ergibt, setzt das zwangsläufig einen gewissen Handlungsspielraum voraus.⁹²

b) Vertragsärztlicher Entscheidungsspielraum

Zur Bestimmung des vertragsärztlichen Entscheidungsspielraums bei der Verordnungstätigkeit ist zunächst anzuführen, dass der Beruf des Arztes ein freier Beruf ist, § 1 Abs. 1 BÄO. Trotz gesetzgeberischer Reglementierung der Tätigkeitsausübung überwiegt der freiberufliche Kern des Arztberufes.⁹³ Daraus folgt auch, dass der Vertragsarzt nicht zu einer Behandlungsübernahme und damit Verordnungserstellung gezwungen werden kann;⁹⁴ es besteht kein Anspruch des Versicherten darauf.⁹⁵ Bei Verstoß gegen sozialrechtliche Vorgaben folgen insoweit (nur) disziplinarrechtliche Konsequenzen.⁹⁶ Eine wichtige sozialversicherungsrechtliche Aufgabe der Vertragsärzte ist gemäß

⁸⁸ Dierlamm/Becker, in: MüKo-StGB IV (Fn. 32), § 266 Rn. 46; Schneider (Fn. 67), S. 103.

⁸⁹ Kraatz, Wider eine Vermögensbetreuungspflicht von Vertragsärzten gegenüber den Krankenkassen – zugleich eine Anmerkung zu BGH vom 16.8.2016 – 4 StR 163/16, medstra 2017, 336 (339); Leimenstoll (Fn. 75), S. 126; Dierlamm/Becker, in: MüKo-StGB IV (Fn. 32), § 266 Rn. 54.

⁹⁰ Dierlamm/Becker, in: MüKo-StGB IV (Fn. 32), § 266 Rn. 54; Heger, in: Lackner/Kühl/Heger (Fn. 74), § 266 Rn. 4, 8; Kindhäuser/Hoven, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Fn. 47), § 266 Rn. 33 f.; Perron, in: Schönke/Schröder (Fn. 46), § 266 Rn. 23a.

⁹¹ Dierlamm/Becker, in: MüKo-StGB IV (Fn. 32), § 266 Rn. 54; Kindhäuser/Hoven, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Fn. 47), § 266 Rn. 33 f.

⁹² Ebd.

⁹³ Lipp, in: Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, 8. Aufl. 2021, II. A. Rn. 4; Schmidbauer, in: Schnapp/Wigge (Fn. 80), § 3 Rn. 33; Ulsenheimer (Fn. 6), S. 626.

⁹⁴ Wigge, in: Schnapp/Wigge (Fn. 80), § 2 Rn. 9.

⁹⁵ Hesral, in: Ehlers, Disziplinarrecht für Ärzte und Zahnärzte, 2. Aufl. 2013, Rn. 92.

⁹⁶ Krieger, Die Behandlungsverweigerung bei Kassenpatienten, insbesondere wegen unzureichender Honorierung, MedR 1999, 519 (519); Wigge, in: Schnapp/Wigge (Fn. 80), § 2 Rn. 8 f.

§ 73 Abs. 2 SGB V die Feststellung der medizinischen Voraussetzungen für das Vorliegen des Versicherungsfalls und den Beginn der notwendigen Gesundheitsleistungen. Diese Entscheidung über die ärztlichen Behandlungsmaßnahmen oder auch Gesundheitsleistungen anderer Leistungserbringer trifft der Vertragsarzt in eigener Verantwortung, §§ 15 Abs. 1 S. 2, 73 Abs. 2 Nr. 7 SGB V. Im Sinne des allgemeinen Wirtschaftlichkeitsgebots gemäß § 12 Abs. 1 SGB V entscheidet der Vertragsarzt über die Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit der Therapie.⁹⁷ Diese grundgesetzlich verankerte Therapiefreiheit wird durch mehrere Faktoren beschränkt.⁹⁸ Zum einen geschieht dies durch das Selbstbestimmungsrecht des Patienten, da niemand ohne Einwilligung behandelt werden darf, § 630d BGB. Zum anderen ist der Vertragsarzt durch die Regeln der ärztlichen Kunst in seiner Therapiefreiheit beschränkt, etwa gemäß § 28 Abs. 1 S. 1 SGB V.⁹⁹ Zusätzlich zu diesen Anforderungen ergeben sich auch aus sozialrechtlichen Vorgaben weitere, insbesondere wirtschaftlich-rechtliche Beschränkungen der Entscheidungsfreiheit des Vertragsarztes.¹⁰⁰ Zwar nahm der *vierte Senat* in seiner Entscheidung aus dem Jahr 2016 an, dass die Kontrollmöglichkeiten der Krankenkassen in Form der Wirtschaftlichkeitskontrolle gemäß §§ 106 ff. SGB V einer eigenständigen Tätigkeit des Vertragsarztes nicht entgegenstehen.¹⁰¹ Dies bestätigte auch die Annahme des *Großen Senats*, dass der Wirtschaftlichkeitsprüfung gemäß §§ 106 ff. SGB V aufgrund der nachträglichen Kontrolle im Zusammenwirken mit den Kassenärztlichen Vereinigungen nur eine geringe Kontrollwirkung zukommt.¹⁰² Allerdings verkennt der *vierte Senat* dabei, dass neben der Wirtschaftlichkeitskontrolle gemäß §§ 106 ff. SGB V weitere Kontrollmöglichkeiten zur Umsetzung des Wirtschaftlichkeitsgebots bestehen.¹⁰³ Verträge und Richtlinien konkretisieren das Wirtschaftlichkeitsgebot bereits im Vorfeld so weit, dass der Vertragsarzt nur aus einem eingeschränkten

⁹⁷ BSGE 73, 271 (282); *Kühl* (Fn. 50), S. 137; *Schwerdtfeger*, Die Leistungsansprüche der Versicherten im Rechtskonkretisierungskonzept des SGB V (Teil 2), NZS 1998, 97 (101).

⁹⁸ *Peick*, in: Sodan (Fn. 80), § 10 Rn. 69.

⁹⁹ *Clemens*, in: Laufs/Kern/Rehborn (Fn. 82), § 28 Rn. 27.

¹⁰⁰ BGH, NJW 2012, 2530 (2534); *Dierlamm/Becker*, in: MüKo-StGB IV (Fn. 32), § 266 Rn. 81; *Laufs*, Immer weniger Freiheit ärztlichen Handelns, NJW 1999, 2717 (2718); *Schimmelpfeng-Schütte*, Der Arzt im Spannungsfeld der Inkompatibilität der Rechtssysteme, MedR 2002, 289 (289); *Schwerdtfeger* (Fn. 97), S. 101.

¹⁰¹ BGH, NJW 2016, 3253 (3256).

¹⁰² BGHSt 57, 202 (217).

¹⁰³ *Schneider* (Fn. 67), S. 279.

Leistungskatalog wählen kann.¹⁰⁴ Demnach kommt dem Vertragsarzt ein relativ großer medizinischer Spielraum zu, ein vermögensrechtlicher Entscheidungsspielraum besteht aber nicht.¹⁰⁵

Dagegen wird eingewandt, dass die soziale Stellung des Vertragsarztes für die Bestimmung einer Verpflichtung irrelevant sei, da mit der Verordnung durch den Vertragsarzt der Sachleistungsanspruch des Patienten erfüllt wird und damit die geforderte Dispositionsfreiheit über das Vermögen der Krankenkasse gegeben ist.¹⁰⁶ Die Pflichten des Vertragsarztes gegenüber seinen Patienten und seine Pflichten gegenüber der Krankenkasse sind zur Bestimmung der Vermögensbetreuungspflicht voneinander abzugrenzen.¹⁰⁷ Die Entscheidung, ob eine Verordnung zur Behandlung überhaupt geboten ist, trifft der Vertragsarzt im Rahmen seines medizinischen Entscheidungsspielraums. Trifft der Vertragsarzt (nach medizinischer Einschätzung) die Entscheidung, dass eine Verordnung auszustellen ist, so stellt sich anschließend die Frage, wie die Verordnung auszustellen ist. Die Auswahl des Mittels nach seiner Rentabilität bei gleicher Wirksamkeit und Verträglichkeit trifft der Vertragsarzt nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten. Das Kriterium der Freiheit von Kontrolle bei der Ausübung der Herrschaft über ein fremdes Vermögen sei daher erfüllt; eine Vermögensbetreuungspflicht des Vertragsarztes somit anzunehmen.¹⁰⁸

Eine alleine darauf basierende Annahme der Vermögensbetreuungspflicht könnte allerdings dazu führen, dass ihre Auslegung nur noch davon abhängt, wie die Kontrollmechanismen im Innenverhältnis nach Außen gestaltet sind.¹⁰⁹ Aufgrund des Bestimmtheitsgebots gemäß Art. 103 Abs. 2 GG sind an das Merkmal der Selbstständigkeit im Rahmen der Bestimmung der Vermögensbetreuungspflicht strenge Anforderungen zu stellen.¹¹⁰ Es ist daher danach zu fragen, ob der Treupflichtige tatsächlich anstelle des Vermögensinhabers handelt.¹¹¹ Bewertungsmaßstab ist der normative Rahmen der Verordnungstätigkeit des Vertragsarztes.¹¹² Im Rahmen der Viereck-

¹⁰⁴ Schlottmann/Weddehage, Verfügbarkeit medizinischer Leistungen zwischen individuellem Bedarf und allgemeiner Richtlinie des Gemeinsamen Bundesausschusses, NZS 2008, 411 ff.

¹⁰⁵ Ulsenheimer (Fn. 6), S. 626 f.

¹⁰⁶ BGH, NStZ 1982, 331 (332); Bülte (Fn. 30), S. 352.

¹⁰⁷ Bülte (Fn. 30), S. 352 f.

¹⁰⁸ Bülte (Fn. 30), S. 351; Schünemann, in: Leipziger Kommentar (Fn. 31), § 266 Rn. 86.

¹⁰⁹ Kraatz (Fn. 89), S. 339.

¹¹⁰ Kraatz (Fn. 89), S. 339; Steenbreker (Fn. 3), S. 237.

¹¹¹ Siehe oben **D. II. 2.**

¹¹² Kraatz (Fn. 89), S. 339; Dierlamm/Becker, in: MüKo-StGB IV (Fn. 32), § 266 Rn. 61.

Konstellation der gesetzlichen Krankenversicherung erbringen die Krankenkassen ärztlichen Leistungen nicht selbst.¹¹³ Ihnen obliegt allerdings die Pflicht, die garantierten medizinischen Leistungen durch Verträge mit Leistungserbringern zu verschaffen.¹¹⁴ Die Krankenkasse stellt ihren Versicherten entgeltliche Leistungen anderer Leistungserbringer zu Verfügung.¹¹⁵ Die tatsächliche vertragsärztliche Versorgung wird durch die Kassenärztlichen Vereinigungen sichergestellt, § 75 Abs. 1 SGB V. Für diese wird der Vertragsarzt nach freier Wahl des Patienten tätig. In dieser Systematik wird deutlich, dass im Rahmen der Leistungsversorgung die Organisation der Kostenträger und die der Ärzte bewusst getrennt wurde.¹¹⁶ Eine Interessenkollision der (Vertrags-)Ärzte und die dadurch drohenden Gefahren für die Sicherstellung einer qualitativen vertragsärztlichen Versorgung gilt es zu verhindern.¹¹⁷ Zur Vermeidung der Interessenkollision ist der Vertragsarzt ein medizinischer Fachmann für den Patienten.¹¹⁸ Es ist zwar mit dem *vierten Senat* und der bisherigen Rechtsprechung anzunehmen, dass der Vertragsarzt den Sachleistungsanspruch des Patienten konkretisiert.¹¹⁹ Die Konkretisierung erfolgt allerdings nur in medizinischer Hinsicht.¹²⁰ Sie erfolgt im Interesse des Patienten, so wie auch der Medizinische Dienst der Krankenversicherung die vertragsärztlichen Feststellungen überprüft und in medizinischen Fragen als Spezialist der Krankenkasse in deren Interesse tätig wird.¹²¹ Die soziale – und mithin auch sozialrechtliche – Betrachtung des Arztberufes ist daher hinsichtlich der Anspruchskonkretisierung von Belang.¹²² Die Konkretisierung wird in Abhängigkeit von der Patientenfürsorge, wirtschaftlichen Bestimmungen und Eigeninteresse des Arztes vorgenommen. Es handelt sich dabei um einen für Versicherungsfälle geradezu typischen dreipoligen Interessenwiderstreit. Daher ist die Anspruchskonkretisierung durch den Vertragsarzt nur durch eine Gesamtschau aller vertragsärztlichen Tätigkeiten zu bewerten.¹²³

¹¹³ Siehe oben **D. II. 1. b).**

¹¹⁴ Kingreen, in: Becker/Kingreen, SGB V – Gesetzliche Krankenversicherung, 9. Aufl. 2024, § 69 Rn. 4.

¹¹⁵ BSGE 73, 271 (282); Kingreen, in: Becker/Kingreen, SGB V (Fn. 114), § 69 Rn. 4.

¹¹⁶ Leimenstoll (Fn. 75), S. 126.

¹¹⁷ BSGE 81, 143; Herffs, Ärztlicher Abrechnungsbetrug bei Beschäftigung von Strohpartnern, wistra 2004, 281 (283); Leimenstoll (Fn. 75), S. 126.

¹¹⁸ Kraatz (Fn. 89), S. 340.

¹¹⁹ BGH, NJW 2021, 3134 (3135).

¹²⁰ BSGE 73, 271 (282); BGH, NJW 2012, 2530 (2534); Klötzer (Fn. 76), S. 15; Kraatz (Fn. 89), S. 340; Leimenstoll (Fn. 75), S. 125; Schwerdtfeger (Fn. 97), S. 50.

¹²¹ Kraatz (Fn. 89), S. 340; Leimenstoll (Fn. 75), S. 125.

¹²² Leimenstoll (Fn. 75), S. 125.

¹²³ Leimenstoll (Fn. 75), S. 128.

c) Wirtschaftlichkeitsgebot

Auch das Wirtschaftlichkeitsgebot vermag dem Vertragsarzt keine eigenständige Finanzverantwortung aufzutragen.¹²⁴ Beim Wirtschaftlichkeitsgebot handelt es sich um ein allgemein geltendes Verbot der Schädigung, vgl. §§ 2 Abs. 1 S. 1, 4 Abs. 3, Abs. 4, 12 Abs. 1, 70 Abs. 1 S. 2 SGB V.¹²⁵ Denn es ist nicht nur von den Vertragsärzten allein einzuhalten, sondern auch von anderen Leistungserbringern und den Krankenkassen selbst zu beachten, § 70 Abs. 1 S. 2 SGB V.¹²⁶ Dies bewirkt lediglich eine Begrenzung der ärztlichen Vergütungsansprüche und gerade nicht, dass der Vertragsarzt dem Lager der Krankenkasse angehört.¹²⁷ Auch das verdeutlicht, dass der Vertragsarzt nicht der Sphäre der Krankenkasse zuzuschreiben ist, sondern ein externer Leistungserbringer der Krankenkasse bleibt. Es lässt sich daher feststellen, dass der Vertragsarzt gerade nicht anstelle der Krankenkasse über ihr Vermögen entscheidet. Dem Vertragsarzt kommt daher keine eigenverantwortliche Finanzverantwortung zu.¹²⁸ Die Kostenübernahme zu Lasten der Krankenkassen, die durch seine Verordnungen ausgelöst wird, hat lediglich eine Reflexwirkung.¹²⁹

d) Zwischenergebnis

Die unterschiedlichen Ansichten hinsichtlich der medizinischen und/oder der wirtschaftlichen Entscheidungskompetenz des Vertragsarztes zeigen, dass dem Kriterium der Selbstständigkeit in der Literatur ein hohes Gewicht beigemessen wird.¹³⁰ Dagegen wird diesem Kriterium von der Rechtsprechung grundsätzlich nur eine gewisse Indizwirkung zugesprochen.¹³¹ Vor diesem Hintergrund ist es erstaunlich, dass der *vierte Senat* nur dieses Kriterium heranzieht, um die Vermögensbetreuungspflicht des Vertragsarztes bei der Verordnung von

¹²⁴ Kraatz (Fn. 89), S. 340.

¹²⁵ Böse/Mölders, Die Durchführung sog. Anwendungsbeobachtungen durch den Kassenarzt als Korruption durch den Kassenarzt als Korruption im Geschäftsverkehr (§ 299 StGB)?, MedR 2008, 585 (591); Roters, in: KassKomm Sozialversicherungsrecht (Fn. 16), § 12 SGB V Rn. 2; Köhl (Fn. 50), S. 129 ff.

¹²⁶ BSG, GesR 2010, 263 (266); BGH, NJW 2016, 3253 (3254); Leimenstoll (Fn. 75), S. 127.

¹²⁷ Kraatz, Arztstrafrecht, 3. Aufl. 2023, Rn. 377; Ulsenheimer (Fn. 6), S. 626.

¹²⁸ LG Halle, wistra 2000, 279 (280); Schneider (Fn. 67), S. 266; Ulsenheimer (Fn. 6), S. 626.

¹²⁹ BGHSt 57, 202 (216); Ransiek, Zur Untreuestrafbarkeit des Vertragsarztes, medstra 2015, 92 (94).

¹³⁰ Dierlamm/Becker, in: MüKo-StGB IV (Fn. 32), § 266 Rn. 55; Kindhäuser/Hoven, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Fn. 47), § 266 Rn. 34; Perron, in: Schönke/Schröder (Fn. 46), § 266 Rn. 24; Wessels/Hillenkamp/Schubert, Strafrecht Besonderer Teil 2, 47. Aufl. 2025, § 21 Rn. 873.

¹³¹ BGHSt 4, 170 (171); 13, 315 (319).

häuslicher Krankenpflege abzulehnen,¹³² zumal er sich dazu noch auf das verfassungsrechtlich problematische Argument stützt, dass dem Vertragsarzt die Kontrolle fehle. Vor dem Hintergrund des vertypen Handlungsunrechts des Untreuetatbestands, dem Fehlgebrauch der eingeräumten Dispositionsmacht, wird der Ansatz der fehlenden Kontrolle den restriktiven Anforderungen, insbesondere in Betracht von Art. 103 Abs. 2 GG, nicht gerecht.¹³³

Insgesamt ist dem *vierten Senat* dahingehend zuzustimmen, dass dem Vertragsarzt keine Selbstständigkeit bei der Verordnung der Behandlungssicherungspflege zukommt. Dies beruht aber darauf, dass dem Vertragsarzt bei jeder seiner Verordnungstätigkeiten kein Entscheidungsspielraum gewährt wird.¹³⁴ Mit ähnlicher Begründung hat bereits der *Große Senat* 2012 eine Selbstständigkeit des Vertragsarztes bei der Verordnung von Arzneimitteln abgelehnt.¹³⁵ Dass der *vierte Senat* im vorliegenden Urteil eine Vermögensbetreuungspflicht des Vertragsarztes für diese Fallgruppe dennoch grundsätzlich für möglich hält, zeugt nur davon, dass er eine Selbstständigkeit des Vertragsarztes bei seiner Verordnungstätigkeit bereits ohne weitere Begründung vorausgesetzt hat.¹³⁶

3. Hauptpflicht

Auch wenn dem Vertragsarzt keine Selbstständigkeit bei der Verordnungstätigkeit zukommt, schließt dies die Annahme einer Vermögensbetreuungspflicht grundsätzlich nicht zwingend aus. Im Rahmen der Gesamtbetrachtung sind alle Kriterien zu erwägen und abzuwägen.¹³⁷ Als weiteres wichtiges Kriterium für die Vermögensbetreuungspflicht wird herangezogen, dass die Vermögensbetreuung des Vertragsarztes charakteristisch im Innenverhältnis zum Treugeber wirken muss.¹³⁸ Teilweise wird gefordert, dass diese Pflicht gerade hauptsächlicher Natur sein soll.¹³⁹ Dagegen wird das Kriterium der Vermögensbetreuungspflicht als Hauptpflicht teilweise auch für überflüssig und irreführend gehalten.¹⁴⁰ Zum einen ergebe sich aus einer sinnvollen Interpretation des Wortlauts des Untreuetatbestands bereits dasselbe

¹³² Brand/Hotz (Fn. 73), S. 322.

¹³³ Kraatz (Fn. 89), S. 339; Steenbreker (Fn. 3), S. 237.

¹³⁴ Siehe oben **D. II. 2.**

¹³⁵ BGH, NJW 2012, 2530 ff.

¹³⁶ Schneider (Fn. 5), S. 232; Steenbreker (Fn. 3), S. 237.

¹³⁷ Siehe oben **D. II.**

¹³⁸ BVerfGE 126, 170 (220); Dierlamm/Becker, in: MüKo-StGB IV (Fn. 32), § 266 Rn. 69; Kindhäuser/Hoven, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Fn. 47), § 266 Rn. 33; Hoyer, in: Systematischer Kommentar StGB (Fn. 48), § 266 Rn. 35.

¹³⁹ Siehe oben **D. II.**

¹⁴⁰ Perron, in: Schönke/Schröder (Fn. 46), § 266 Rn. 24.

Ergebnis.¹⁴¹ Zum anderen sei das Kriterium für eine Begründung der Vermögensbetreuungspflicht bei atypischen Gestaltungen missverständlich.¹⁴² Vor dem Hintergrund der gebotenen restriktiven Auslegung muss die Vermögensbetreuungspflicht jedenfalls zumindest mitbestimmend für die fragliche Pflicht sein.¹⁴³ Fraglich ist daher, ob dem Vertragsarzt eine solche Pflicht zur Wahrnehmung der Vermögensinteressen der gesetzlichen Krankenkasse zukommt. Zwar wird die Vermögensbetreuungspflicht regelmäßig durch gegenseitige Pflichten einer unmittelbaren Rechtsbeziehung geprägt, allerdings kann auch eine einseitige herausgehobene Pflichtenstellung ausreichen.¹⁴⁴ Da aufgrund der Zwischenschaltung der Kassenärztlichen Vereinigungen keine unmittelbare Rechtsbeziehung zwischen Vertragsarzt und Krankenkasse besteht,¹⁴⁵ könnte eine Vermögensbetreuungspflicht nur angenommen werden, wenn die Pflicht zur Wahrnehmung der Vermögensinteressen der Krankenkassen durch den Vertragsarzt aus spezifisch sozialrechtlichen Wertungen oder Normen resultiert.¹⁴⁶

Zur Begründung einer Hauptpflicht wurde früher die Vertreterthese herangezogen. Diese kann, wie dargelegt, heute nicht mehr überzeugen.¹⁴⁷

Als Begründung kommt insbesondere das Wirtschaftlichkeitsgebot in Betracht. Dieses zieht auch der *vierte Senat* heran.¹⁴⁸ Dem Wirtschaftlichkeitsgebot kommt im System der gesetzlichen Krankenversicherung ein hoher Stellenwert zu.¹⁴⁹ Das allgemeine Verbot der Schädigung des Vermögens der Krankenkasse folgt aus § 12 Abs. 1 SGB V und § 72 Abs. 1 S. 1 SGB V.¹⁵⁰ Eine generelle Verpflichtung zur Wahrung der Vermögensinteressen findet sich allerdings bei (fast) jedem Schuldverhältnis in der Pflicht zur gegenseitigen Rücksichtnahme i. S. d. § 241 Abs. 2 BGB. Eine solche allgemeine Rücksichtnahmepflicht kann die für die Vermögensbetreuungspflicht erforderliche herausgehobene Pflichtenstellung nicht allein begründen. Erforderlich ist eine Pflicht mit

¹⁴¹ *Ebd.*

¹⁴² *Ebd.*

¹⁴³ BGH, NJW 2016, 3253 (3253); Maurach/Schroeder/Mainvald/Hoyer/Momsen, Strafrecht Besonderer Teil – Teilband 1, 11. Aufl. 2019, § 45 Rn. 32; Reese (Fn. 46), S. 99.

¹⁴⁴ Kraatz (Fn. 89), S. 339.

¹⁴⁵ Siehe oben D. II. 1. b).

¹⁴⁶ Kraatz (Fn. 89), S. 341.

¹⁴⁷ Siehe oben D. II. 1. a).

¹⁴⁸ BGH, NJW 2021, 3134 (3135).

¹⁴⁹ BGHSt 57, 202 (216); BGH, NJW 2016, 3253 (3255).

¹⁵⁰ Siehe oben D. II. 2. c).

besonders qualifiziertem Inhalt.¹⁵¹ Eine besonders qualifizierte Pflicht könnte aus dem Wirtschaftlichkeitsgebot resultieren. Insbesondere in Verbindung mit der Entscheidungskompetenz des Vertragsarztes könnte sich eine besonders qualifizierte Pflicht ergeben.

Das Wirtschaftlichkeitsgebot bestimmt die Entscheidungsspielräume des Vertragsarztes bei der Ausstellung von Verordnungen maßgeblich mit. Der Vertragsarzt löst durch seine Verordnungstätigkeit eine Zahlungspflicht der Krankenkassen aus.¹⁵² Dabei kommt ihm einerseits eine Entscheidungskompetenz zu¹⁵³, andererseits hat er dabei aber auch das Wirtschaftlichkeitsgebot des § 12 Abs. 1 SGB V zu beachten.

Adressaten des Wirtschaftlichkeitsgebots sind alle Teilhaber des Systems der gesetzlichen Krankenversicherungen.¹⁵⁴ Das Gebot sieht also den zu Schützenden (die Krankenkassen) gleichzeitig als Adressat des Gebots an.¹⁵⁵ Die zahlreichen allgemeinen oder konkretisierten Normierungen des Wirtschaftlichkeitsgebots im SGB V können eine Pflicht des Vertragsarztes nur gegenüber einer bestimmten Adressatengruppe (hier den Krankenkassen) daher nicht begründen. Die Pflichten jeder Adressatengruppe müssen deshalb gesondert ermittelt werden.

Die Entscheidungskompetenz der Vertragsärzte¹⁵⁶ könnte ein Indiz für die Annahme einer solchen besonderen Stellung sein. Denn die Entscheidungsmacht der Vertragsärzte grenzt diese von den anderen gemäß § 70 Abs. 1 S. 1 SGB V Verpflichteten ab.

Diese Verfügung über die finanziellen Ressourcen der Krankenkassen könnte daher eine vertragstypische Leistung des Vertragsarztes darstellen. Und diese ständige Verfügung über das Vermögen der Krankenkasse, bei der der Vertragsarzt das Wirtschaftlichkeitsgebot beachten muss, könnte damit eine besonders qualifizierte Pflicht begründen.¹⁵⁷ Zu beachten ist allerdings, dass diese Verfügungsbefugnis einen reinen Reflex der Verordnungstätigkeit darstellt.¹⁵⁸

¹⁵¹ BGHSt 1, 186 (188); 28, 20 (23 ff.); BGH, NJW 2000, 529 (530); Perron, in: Schönke/Schröder (Fn. 46), § 266 Rn. 23b; Ulsenheimer (Fn. 6), S. 625.

¹⁵² Siehe oben D. II. 2. b).

¹⁵³ Siehe oben D. II. 2. b).

¹⁵⁴ Siehe oben D. II. 2. c).

¹⁵⁵ Kusnik/Mandera, Anmerkungen zu BGH vom 16.8.2016 – 4 StR 163/16, medstra 2017, 38 (44).

¹⁵⁶ Siehe oben D. II. 2. a).

¹⁵⁷ Bülte (Fn. 30), S. 350.

¹⁵⁸ Siehe oben D. II. 2. c).

Dem Vertragsarzt kommt bei der Verordnungstätigkeit kein eigener wirtschaftlicher Ermessensspielraum zu.¹⁵⁹ Die tatsächliche Überprüfung der Wirtschaftlichkeit erfolgt durch die Krankenkassen und Kassenärztlichen Vereinigungen.¹⁶⁰ Der Vertragsarzt verfolgt bei der ärztlichen Behandlung und der davon umfassten Verordnung von Medikamenten primär die Interessen des Patienten.¹⁶¹ Der Vertragsarzt als Adressat des Wirtschaftlichkeitsgebots wird durch eben dieses vielmehr in seiner Wirkungsmöglichkeit beeinflusst beziehungsweise beschränkt.¹⁶²

Somit lässt sich auch aus dieser besonderen Schädigungsmöglichkeit keine Vermögensbetreuungspflicht schließen. Dem Vertragsarzt wird gesetzlich keine weitergehende Pflicht auferlegt als den anderen Adressaten des Wirtschaftlichkeitsgebots.¹⁶³

Letztlich wäre es auch inkonsequent, ein besonderes Schädigungsverbot des Verpflichteten anzunehmen, während seine Pflichtenstellung nicht gegenüber dem Opfer selbst, sondern nur allgemein besteht. Denn den Krankenkassen kommen keine unmittelbaren Sanktionsmöglichkeiten gegenüber den Vertragsärzten zu.¹⁶⁴ Die vertragsärztliche Pflicht zur Wahrung des Wirtschaftlichkeitsgebots besteht demnach nicht nur speziell gegenüber den Krankenkassen,¹⁶⁵ sondern es handelt sich um eine allgemeine Pflichtenstellung.¹⁶⁶ Es fehlt mithin an der erforderlichen besonders qualifizierten Pflichtenstellung.

Es wäre denkbar, dass neben der Hauptpflicht des Vertragsarztes, seine Patienten medizinisch zu versorgen, die zusätzliche Hauptpflicht besteht, das Vermögen der Krankenkasse zu betreuen.¹⁶⁷ Dafür müsste letztere Pflicht – unabhängig vom Wirtschaftlichkeitsgebot – als eine solche Hauptpflicht zu qualifizieren sein.

Die Krankenkassen bedienen sich Dritter zur Verschaffung der medizinischen Leistungen für ihre Versicherten.¹⁶⁸ Daraus entsteht auch eine Pflicht des

¹⁵⁹ Siehe oben **D. II. 2. b).**

¹⁶⁰ *Kusnik/Mandera* (Fn. 155), medstra 2017, 38 (44).

¹⁶¹ BGHSt 57, 202, 216.

¹⁶² *Ulsenheimer/Gaede*, Arztstrafrecht in der Praxis, 6. Aufl. 2020, Kapitel I Teil 15 Rn. 1718.

¹⁶³ BGHSt 57, 202 (216); *Kraatz* (Fn. 89), S. 341.

¹⁶⁴ Siehe oben **D. I.**

¹⁶⁵ *Kühl* (Fn. 50), S. 131; *Ulsenheimer/Gaede* (Fn. 162), Kapitel I Teil 15 Rn. 1718.

¹⁶⁶ *Ulsenheimer/Gaede* (Fn. 162), Kapitel I Teil 15 Rn. 1719.

¹⁶⁷ BGH, NJW 2016, 3253 (3255 ff.); *Bülte* (Fn. 30), S. 350.

¹⁶⁸ Siehe oben **D. II. 1. b).**

behandelnden Vertragsarztes als Dritter gegenüber den Krankenkassen. Diese Pflicht beinhaltet allerdings nur die fachgerechte Behandlung der Versicherten und damit auch konsequenterweise seine Verordnungstätigkeit.¹⁶⁹ Daneben besteht zwar *auch* die Verpflichtung zur Wirtschaftlichkeit. Diese besteht aber zum einen laut dem *Großen Senat* nicht unmittelbar gegenüber den Krankenkassen.¹⁷⁰ Außerdem ist sie nicht als Hauptpflicht einzuordnen.¹⁷¹ Dafür spricht die rechtliche Auslagerung der Behandlung der Patienten aus der Aufgabensphäre der Krankenkassen¹⁷² und damit die externe Stellung des Vertragsarztes, welche durch die Formulierung des Zusammenwirkens in § 72 Abs. 1 S. 1 SGB V auch gesetzlich betont wird. Denn ein Zusammenwirken bedeutet letztlich die Ergänzung durch die Erfüllung von unterschiedlichen Verantwortungsbereichen.¹⁷³ Bereits bei dieser isolierten Betrachtung des Verhältnisses zwischen Krankenkassen und Vertragsarzt ist die Annahme der Vermögensbetreuung als Hauptpflicht zweifelhaft.¹⁷⁴ Auch bei einer Gesamtschau der Hauptpflichten des Vertragsarztes ergibt sich nichts anderes. Denn primär wird der (Vertrags-)Arzt im Rahmen seiner grundrechtlich geschützten Therapiefreiheit für den Patienten tätig.¹⁷⁵ Er hat sich in erster Linie nicht an der Wirtschaftlichkeit der Behandlung, sondern an einer medizinisch fachgerechten Behandlung zu orientieren; er ist ein medizinischer Sachwalter, der primär die Gesundheitsinteressen der Versicherten zu wahren und erst sekundär die Vermögensinteressen der Krankenkasse zu bedenken hat.¹⁷⁶ Letztlich ist das Leitbild des (Vertrags-)Arztes der *homo empathicus* und nicht der *homo oeconomicus*.¹⁷⁷

4. Gesamtbetrachtung

Zur abschließenden Bestimmung der Vermögensbetreuungspflicht erfolgt eine Gesamtbetrachtung aller Aspekte.¹⁷⁸ Eine für die Untreue erforderliche Schädigung von innen soll insbesondere dann vorliegen, wenn die

¹⁶⁹ Leimenstoll (Fn. 75), S. 127; Reese (Fn. 46), S. 100; Ulsenheimer (Fn. 6), S. 626.

¹⁷⁰ BGH, NJW 2012, 2530 (2535).

¹⁷¹ Kübl (Fn. 50), S. 131; Leimenstoll (Fn. 75), S. 128; Taschke, Strafbarkeit des Vertragsarztes bei der Verordnung von Rezepten – Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 25.11.2003, 4 StR 239/03, StV 2005, 406 (406); Ulsenheimer (Fn. 6), S. 626.

¹⁷² Siehe oben D. II. 2. c).

¹⁷³ Kraatz (Fn. 127), Rn. 325d.

¹⁷⁴ Leimenstoll (Fn. 75), S. 128.

¹⁷⁵ Siehe oben D. II. 2. b).

¹⁷⁶ Kusnik/Mandera (Fn. 155), S. 44; Ulsenheimer (Fn. 6), S. 627.

¹⁷⁷ Dettling, Funktionsbedingungen des Wettbewerbs und des Gesundheitswesens, GesR 2008, 169 (177); Leimenstoll (Fn. 75), S. 125.

¹⁷⁸ Siehe oben D. II.

Vermögensbetreuung eine Hauptpflicht des Vertragsarzt darstellt, bei dessen Ausübung ihm ein ausreichender Entscheidungsspielraum gegeben ist.¹⁷⁹ Die Entwicklung und Heranziehung dieser Merkmale sind dabei auch nicht zu beanstanden. Mangels anerkannter Gewichtung der verschiedenen Merkmale ist allerdings problematisch, dass eben diese Gewichtung je nach Einzelfall unterschiedlich vorzunehmen ist.¹⁸⁰ Grundsätzlich durfte der *vierte Senat* daher dem Kriterium der Selbstständigkeit auch eine entsprechend große Bedeutung zumessen. Dabei verkennt der *vierte Senat* allerdings, dass die angeführten Kontrollmöglichkeiten der Krankenkasse bei genauerer Betrachtung gar kein so weitreichendes Kontrollinstrument sind, wie es auf den ersten Blick scheint und wie er es in seiner Entscheidung angenommen hat.¹⁸¹ Zudem sind dieser Begründung des *vierten Senats* verfassungsrechtlich Bedenken hinsichtlich des Bestimmtheitsgebots entgegenzusetzen.¹⁸² Darüber hinaus lässt die sonstige Rechtsprechung dem Kriterium der Selbstständigkeit ohnehin geringe Bedeutung zukommen.¹⁸³ Nach alledem erscheint es zweifelhaft und widersprüchlich, wenn der *vierte Senat* die Ablehnung der Vermögensbetreuungspflicht bei der Verordnung von häuslicher Krankenpflege allein damit begründet. Denn letztlich läuft eine solche Ansicht Gefahr, dass das alleinige Vorhandensein von Kontrollmöglichkeiten der Krankenkassen zu einem selbstständigen Kriterium für das Vorliegen des Untreuetatbestandes nach § 266 StGB wird.¹⁸⁴

III. Erforderlichkeit des Untreuetatbestands

Die Entscheidung des *vierten Senats* zeigt, dass bei einer restriktiven Auslegung des Tatbestandsmerkmals der Vermögensbetreuungspflicht und der damit verbundenen Ablehnung der Vertragsarztuntreue im vorliegenden Fall keine Strafbarkeitslücken entstehen. Denn der Schuldspruch wurde in den zur Beihilfe zum Betrug gemäß §§ 263 Abs. 1, 27 StGB abgeändert. Tatsächlich liegt eine Strafbarkeit wegen Betrugs viel näher. Denn durch die Ausstellung einer Verordnung schafft der Vertragsarzt eine Grundlage dafür, dass der böswillige Leistungserbringer einen Angriff von außen auf das Vermögen der Krankenkasse verüben kann. Es ist daher nicht verständlich, warum in solchen Fällen eine

¹⁷⁹ Siehe oben **D. II.**

¹⁸⁰ *Schneider* (Fn. 67), S. 105.

¹⁸¹ Siehe oben **D. II. 1. b).**

¹⁸² Siehe oben **D. II.**

¹⁸³ Siehe oben **D. II. 2. e).**

¹⁸⁴ *Kraatz* (Fn. 89), S. 339; *Steenbreker* (Fn. 3), 236 f.; *Ulsenheimer/Geade* (Fn. 162), Kapitel 1 Teil 15 Rn. 1716.

abstruse Konstruktion der Vertragsarztuntreue notwendig sein soll.¹⁸⁵ Weil immer dann, wenn kein Betrug (wie der der Ehefrau) in Frage steht, Straflosigkeit vorläge. Die Möglichkeit einer Sanktionierung gemäß §§ 299a, 299b StGB bestand für den *vierten Senat* wegen des Rückwirkungsverbots des Art. 103 Abs. 2 GG noch nicht. Diese Straftatbestände traten am 4.6.2016 in Kraft, wohingegen die fraglichen Verordnungen im Zeitraum vom 31.10.2014 bis zum 15.12.2015 ausgestellt wurden. Für alle Fälle nach dem Inkrafttreten der §§ 299a, 299b StGB wird in solchen Fallkonstellationen die Frage zu stellen sein, ob eine Unrechtsvereinbarung bei der Zuführung von Patienten i. S. d. § 299a bzw. § 299b StGB zwischen Vertragsarzt und Leistungserbringer geschlossen wurde.¹⁸⁶ Letztlich erfolgt eine Sanktionierung von (vertrags-)ärztlichem Fehlverhalten bereits durch disziplinar- und berufsrechtliche Konsequenzen, die bis hin zur Entziehung der Approbation reichen.¹⁸⁷ Diese Maßnahmen können sich im Ergebnis auf die berufliche und private Existenz ähnlich vernichtend auswirken wie eine strafrechtliche Sanktionierung.¹⁸⁸

Aufgrund anderweitiger Sanktionsmöglichkeiten bedarf es einer strafrechtlichen Sanktionierung über § 266 StGB daher grundsätzlich nicht unbedingt.

IV. Folgen für die Praxis

Durch die Entscheidung des *vierten Senats* wurde den Kontrollmöglichkeiten der Krankenkassen bei der Bestimmung der Vermögensbetreuungspflicht des Vertragsarzt ein erhebliches Gewicht zugesprochen. In Zukunft wird genau zu prüfen sein, für welche Leistungen eine Genehmigung der Krankenkasse erforderlich ist und insbesondere auch in welchem Umfang.¹⁸⁹ Problematisch wird sich dabei gestalten, dass die Genehmigung teilweise von Zufälligkeiten abhängig ist.¹⁹⁰ Insbesondere bei der Fallgruppe der Hilfsmittelversorgung ist zu beachten, dass die Krankenkassen die Genehmigungspflicht für einige Hilfsmittel aussetzen können. Dann erhält der Versicherte das Hilfsmittel bereits aufgrund einer ordnungsgemäßen Verordnung.¹⁹¹ So regelt etwa der Hilfsmittelversorgungsvertrag gemäß § 127 Abs. 2 SGB V zwischen dem

¹⁸⁵ Schneider (Fn. 5), S. 236; Ulsenheimer/Geade (Fn. 162), Kapitel 1 Teil 15 Rn. 1717.

¹⁸⁶ Schulz (Fn. 33).

¹⁸⁷ Dittrich/Dittrich, Neues zur Untreue von Ärzten und Strafbarkeitsrisiken bei „Digitalen Luftleistungen“, ZWH 2022, 101 (105); Steinhilper, in: Laufs/Kern/Rehborn (Fn. 82), § 29 Rn. 39; Schroeder-Printzen, in: Schnapp/Wigge (Fn. 80), § 17 Rn. 13 ff.

¹⁸⁸ Noak (Fn. 75), S. 83.

¹⁸⁹ Schulz (Fn. 33).

¹⁹⁰ Kraatz (Fn. 89), S. 339; Schulz (Fn. 33); Steenbreker (Fn. 3), S. 236.

¹⁹¹ Knispel, in: BeckOK-Sozialrecht (Fn. 16), § 33 SGB V Rn. 54b.

Bayerischen Apothekerverband und der AOK Bayern,¹⁹² dass die Verordnung eines Blutzuckermessgeräts durch einen Vertragsarzt bei einem insulinpflichtigen Patienten keiner Genehmigung bedarf.¹⁹³ Dem Vertragsarzt käme hier also eine Vermögensbetreuungspflicht zu. Dagegen hätte er – nach der Entscheidung des *vierten Senats* – einem nicht insulinpflichtigen Patienten gegenüber keine Vermögensbetreuungspflicht inne, da in diesem Fall eine Genehmigung für das Gerät erforderlich ist. Möglicherweise käme dem Vertragsarzt bei der Verordnung von Hilfsmitteln auch schon keine Vermögensbetreuungspflicht zu. Denn in diesem Bereich soll eine vertragsärztliche Verordnung grundsätzlich nicht erforderlich sein.¹⁹⁴ Anhand dieser Fallgruppe wird deutlich, dass mit dem Urteil des *vierten Senats* keine endgültige Rechtsklarheit geschaffen wurde. Es wird in Zukunft ein genauerer Blick darauf zu werfen sein, ob die Kontrollmöglichkeiten des Treuegebers einer Eigenverantwortlichkeit des Treuenehmers tatsächlich entgegenstehen können.¹⁹⁵

V. Fazit

Diese letztlich doch sehr kritische Auseinandersetzung mit der Entscheidung des BGH rührt daher, dass die Untreuestrafbarkeit in den letzten Jahren zu einem Universaldelikt mutiert ist, das immer passt – oder eben passend gemacht wird. Darin ruht auch die Gefahr, dass eine Verurteilung wegen Untreue vom Ergebnis her vorgenommen wird und dazu den Kriterien mit Indizwirkung im Rahmen der Gesamtbetrachtung der Vermögensbetreuungspflicht das Gewicht von Tatbestandsmerkmalen zugeschrieben wird. Zur Fallgruppe der Vertragsarztuntreue lässt sich abschließend sagen, dass es zu vermeiden gilt, dass das Damoklesschwert der Untreue über jeder ihrer unwirtschaftlichen Verordnungsentscheidungen hängt. Das bedeutet freilich nicht, dass ein rechtswidriges Verhalten des Vertragsarztes ungestraft bleiben soll. Dazu stehen allerdings andere Sanktionsmöglichkeiten zur Verfügung.

¹⁹² Abrufbar unter: https://www.aok.de/gp/fileadmin/user_upload/Hilfsmittel/Hilfsmittel_aus_Apotheken/by_hilfsmittelversorgungsvertrag_apotheken.pdf (zuletzt abgerufen am 25.3.2025).

¹⁹³ Hilfsmittelversorgungsvertrag zwischen dem Bayerischen Apothekerverband und der AOK Bayern, Anlage 2j Position 21.34.02.1, S. 40.

¹⁹⁴ BT-Drucks. 17/ 10170, S. 12.

¹⁹⁵ Ziemann/Corsten, Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 11.5.2021 – 4 StR 350/ 20, medstra 2022, 243 (245).

Erik Frehse*

Digestenexegese zu Afr. 5 quaest. D. 30.108.12

Abstract

In Afr. 5 quaest. D. 30.108.12 hat jemand ein fideikommissarisch beschwertes Vermächtnis erhalten, ist also verpflichtet, das Erhaltene jedenfalls zum Teil an einen Dritten weiterzugeben. Gefragt ist nun, welcher Haftungsmaßstab für den Vermächtnisnehmer gilt. Der respondierende Jurist differenziert danach, ob dem Vermächtnisnehmer selbst ein Vorteil aus dem Testament zukommt oder nicht. Diese Lösung stützt ein Vergleich mit der Rechtslage bei *bonae fidei iudicia* ab, womit sich ein Ansatz systematischen Denkens zeigt. Allerdings bleiben Zweifel daran, ob dieser Ansatz dem klassischen römischen Recht oder nicht vielmehr einer späteren Bearbeitung entstammt. Dieser Beitrag veranschaulicht bei der Darstellung all dessen typische Arbeitsschritte einer Exegese, wobei insbesondere die Textkritik viel Raum einnimmt.

* Der Verfasser studierte Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg und ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl von Prof. Dr. Christian Baldus. Der Beitrag beruht auf einer Studienarbeit, die im Anschluss an das Digestenexegese-Seminar des Sommersemesters 2023 bei Herrn RA Andreas Nitsch von Prof. Dr. Christian Baldus gestellt wurde.

Text und Übersetzung

Latein

Cum quid tibi legatum fidei tuae commissum sit, ut mihi restituas, si quidem nihil praeterea ex testamento capias, dolum malum dumtaxat in exigendo eo legato, alioquin etiam culpam te mihi praestare debere existimavit: sicut in contractibus fidei bonae servatur, ut, si quidem utriusque contrahentis commodum versetur, etiam culpa, sin unius solius, dolus malus tantummodo praestetur.

Übersetzung

Als etwas dir vermacht oder deiner Treue anvertraut wurde, damit du es mir herausgibst, meinte er, dass du, wenn du freilich darüber hinaus nichts aus dem Testament erhältst, beim Einfordern des Vermächtnisses höchstens für *dolus malus* haften musst, andernfalls auch für *culpa*: so wie bei Verträgen nach *bona fides* angenommen wird, dass, wenn nämlich ein Nutzen beider Vertragsparteien besteht, auch für *culpa*, wenn nur einer Vertragspartei, lediglich für *dolus malus* gehaftet wird.

B. Personen und Werk

Die Stelle steht im 30. Buch der Digesten („*de legatis et fideicommissis*“), das Legate und Fideikommiss behandelt. Sie entstammt dem fünften Buch der Quaestionen *Africans*, das ebenfalls erbrechtliche Fragen zum Thema hatte.¹ Der Jurist *Sextus Caecilius Africanus* war gegen Mitte des zweiten Jahrhunderts tätig.³ Über sein Leben ist wenig bekannt. Angenommen wird, dass er aus Nordafrika stammte⁴ und vorwiegend „akademisch“ tätig war.⁵ Als gesichert kann gelten, dass *Africanus* ein Schüler des *Salvius Julianus* war,⁶ dem unter anderem wegen der

¹ Vgl. *Lenel*, *Palingenesia iuris civilis* I, 1889, Sp. 13.

² *Cuiacius*, *Ad Africanum Tractatus VIII*, 1588, S. 1.

³ *Liebs*, *Jurisprudenz*, in: *Handbuch der lateinischen Literatur der Antike* IV, 1997, S. 92 (107): ab 140ern tätig; *Kunkel*, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, 2. Aufl. 1967, S. 172: um 170 bereits tot; ausführlich *Casavola*, *Giuristi adrianei*, 1980, S. 64 ff.

⁴ *Kunkel* (Fn. 3), S. 172; *Ayiter*, *D.* 20, 4, 9, 3 und einige Bemerkungen über *Sextus Caecilius Africanus*, in: *Studi Grosso* II, 1968, S. 13 (18 f.).

⁵ *Giaro*, *Römische Rechtswahrheiten*, 1997, S. 15; *Honoré*, *Julian's Circle*, *TR* 32 (1964), 9 (12).

⁶ *Humbert*, *Faktoren der Rechtsbildung*, in: *Handbuch des Römischen Privatrechts (HRP)*, 2023, § 1 Rn. 39; *Honoré* (Fn. 5), S. 9 ff.

Redaktion des prätorischen Edikts eine zentrale Rolle in der Entwicklung des römischen Rechts zugeschrieben wird.⁷

Von *African* sind ausschließlich Fragmente aus seinen *libri quaestionum* überliefert, außerdem zitiert Ulp. 21 Sab. D. 30.39 pr. seine *libri epistularum*. Den „Werktyp“ der Quaestionenwerke kennzeichnet ihr Fokus auf anspruchsvolle Probleme,⁸ vermutlich regelmäßig zu didaktischen Zwecken.⁹ An *African*s Quaestionen wird häufig ihre schwere Verständlichkeit bemängelt.¹⁰ Bemerkenswert ist außerdem die Urheberfrage: Seit Langem wird in unterschiedlichen Nuancierungen diskutiert, ob nicht erhebliche Teile des Werks eigentlich von *Julian* stammen.¹¹

C. Interpretation

I. Ausgangspunkte

Die *narratio* ist mit dem *responsum* verknüpft. Die *quaestio* muss aus dem *responsum* erschlossen werden – das überrascht in *libri quaestionum*, ist aber nicht einzigartig.¹²

Im Folgenden sollen zunächst die *narratio* und die *quaestio* ermittelt werden, bevor das *responsum* analysiert wird. Dabei ist insbesondere die Heranziehung der *bonae fidei iudicia* von Interesse. Schließlich kann über die Urheberschaft verschiedener Bestandteile der Stelle spekuliert werden.

⁷ Zum Edikt: C. *Tanta*, § 18; *Bund*, Salvius Julianus, Leben und Werk, in: ANRW II.15, 1976, S. 408 (421 ff.).

⁸ *Schulz*, History of Roman Legal Science, 1946, S. 223; *Baldus/Söllner*, Römisches Recht, 2022, S. 153 f.

⁹ *Bubl*, *African*s Quaestionen und ihr Verhältnis zu *Julian*, in: SZ 2 (1881), 180 (191 f.); *Babusioux*, *Papinians Quaestiones*, 2011, S. 16; *Gökel*, Sprachliche Indizien für inneres System bei Q. Cervidius Scaevola, 2014, S. 351.

¹⁰ *Liebs* (Fn. 3), S. 107; dazu *Rodríguez-Ennes*, Algunas precisiones en punto a la vida y obra de Sexto Cecilio Africano, Iura 50 (1999), 129 (139 f.).

¹¹ Schon *Cuiacius* (Fn. 2), S. 1; *Honoré* (Fn. 5), S. 9: im Wesentlichen unveröffentlichte Werke *Julian*s; für mehr Eigenständigkeit *Cerami*, Considerazioni, Iura 22 (1971), 127 (129); *Wacke*, Dig. 19, 2, 33: *African*s Verhältnis zu *Julian* und die Haftung für höhere Gewalt, in: ANRW II.15 (Fn. 7), S. 455 (462).

¹² Z. B. Afr. 5 quaest. D. 30.108.5.

II. *narratio* und *quaestio*

1. Struktur

Die Einleitung mit *cum* verwendet *Afrikan* regelmäßig.¹³ Auch Schilderungen des Sachverhalts mit *ego* und *tu* sind besonders in Questionenwerken nicht selten.¹⁴ Die vom konkreten Fall abstrahierende Einbeziehung des Juristen in die *narratio* durch *ego* spricht gegen einen Ursprung in der Respondierpraxis, passt aber zum mutmaßlichen Ursprung vieler Quaestionenwerke im didaktischen Lehrgespräch.¹⁵

2. *quid tibi legatum legatum fidei tuae commissum sit*

Tu hat etwas¹⁶ erlangt – worum genau es geht, bleibt offen – wobei es hinsichtlich der Art des Erlangens anscheinend zwei Varianten gibt:

a) *legatum sit*

Zum einen kann *tu* als Legatar eine Einzelzuwendung aus der Erbschaft erhalten haben. Das Legat kann entweder ein dinglich wirkendes Vindikationslegat oder ein obligatorisch wirkendes Damnationislegat sein. Im ersten Fall wäre es mit der *rei vindicatio* vom jeweiligen Besitzer einzuklagen, im zweiten mit der *actio ex testamento* vom Erben.¹⁷ Das Abstellen auf *ex testamento* Erlangtes kurz darauf könnte eine bewusste Anlehnung an die Formel der *actio ex testamento*¹⁸ sein, was ein Indiz für ein Damnationislegat ist. Sicher feststellen lässt sich das aber nicht.

b) *fidei tuae commissum*

Tu kann aber auch ein Fideikommiss erhalten haben. Ein Fideikommiss ist eine Bitte des Erblassers an eine Person, die etwas aus der Erbschaft erhält, das Erhaltene – entweder die Erbenstellung als solche oder eine Einzelzuwendung¹⁹ – ganz oder zum Teil an eine andere Person weiterzugeben. Regelmäßig erfolgt sie mit den Worten *fidei tuae commissum*, mit *restitutio* bezeichnet man die

¹³ Z. B. Afr. 4 quaest. D. 5.3.56; Afr. 5 quaest. D. 30.108.2 – wohl jeweils als Variante des davor mit *Si* eingeleiteten Falles, vgl. *Lenel* (Fn. 1), Sp. 13.

¹⁴ *Afrikan* z. B. in D. 30.108.5; zu Pauli quaest. *Schmidt-Ott*, Pauli quaestiones, 1993, S. 102.

¹⁵ Dazu *Babusiaux* (Fn. 9), S. 17.

¹⁶ „*Quid*“ ist als „*aliquid*“ zu verstehen, so auch manche Handschriften, siehe *Mommsen/Krüger* (Hg.), Editio maior, 1870.

¹⁷ Gai. 2.192 ff.; *Lobsse*, Klage aus Testament, in: HRP (Fn. 6), § 97 Rn. 6 ff.; *Wimmer*, Dinglich wirkendes Vermächtnis, in: HRP (Fn. 6), § 60 Rn. 6.

¹⁸ *Mantovani*, Le formule del processo privato romano, 2. Aufl. 1999, S. 48 (51); *Lenel*, Edictum perpetuum, 3. Aufl. 1927, S. 367 f.

¹⁹ Gai. 2.248 ff.

Herausgabe.²⁰ Im zweiten Jahrhundert waren Fideikomnisse einklagbar.²¹ An *fidei* verwundert, dass nach klassischem Recht unmittelbar aufgrund eines Fideikomnisses nichts erlangt werden kann.²² Außerdem besteht ein Widerspruch in der Stelle, denn wenig später wird bei *eo legato* statt etwa *eo legato fidei commissio* von einem Legat ausgegangen.²³

Das wirft die Frage auf, ob sich die Verwendung von *fidei* erklären lässt.

aa) *fidei*

Tu kann vom Erben oder von einem Legatar ein Fideikommiss erhalten haben, der wiederum mit einem Fideikommiss beschwert war.²⁴ Allerdings wäre nicht nur der Nutzen dieser komplizierten Konstellation zweifelhaft. Vor allem wäre es äußerst seltsam, in dieser Variante statt des Erwerbs nur die – wenig später nochmals formulierte – Pflicht zur Weitergabe zu behandeln, während die andere Variante mit Nennung des Legats auf den Erwerb abstellt.

Gleiches gilt für die Möglichkeit, die fideikommissarische Beschwerde eines Erben mit *fidei tuae commissum sit* zu umschreiben. Außerdem wäre dann die Sachverhaltsvariante *nihil praeterea ex testamento capias* sinnlos, da Mitte des zweiten Jahrhunderts bereits das *SC Pegasianum* sicherstellt, dass dem Erben mindestens $\frac{1}{4}$ des Erbes verbleibt.²⁵

Es kann sich auch nicht um ein Fideikommiss zulasten eines im Testament nicht Bedachten handeln: Derartige Anordnungen waren nicht möglich,²⁶ gegebenenfalls wurden sie als Fideikommiss zulasten des Erben ausgelegt.²⁷

Möglich ist aber auch, dass *fidei* ein ursprünglich hier stehendes *fideique* ersetzt hat.²⁸

²⁰ Gai. 2.248 ff.; Überblick bei Longchamp de Bérrier, Il fedecompresso universale, 1997, S. 61.

²¹ Rijfner, Fideikomnisse und ihre Durchsetzung; in: HRP (Fn. 6), § 98; zum Verfahren: Giodice-Sabbatelli, La tutela giuridica dei fedecommissi, 1993; Babusiaux, Zum Rechtsschutz von Fideikommissen, SZ 136 (2019), 140 ff.

²² Gai. 2.248, 260.

²³ Dazu unten C. II. 3. d) – möglicherweise interpoliert.

²⁴ Vgl. Gai. 2.271.

²⁵ Gai. 2.254; Marrone, Manuale di diritto privato romano, 2004, S. 394.

²⁶ Gai. 2.261; Johnston, The Roman law of trusts, 1988, S. 15.

²⁷ Ulp. 5 disp. D. 30.77; Afr. 5 quaest. D. 30.108.13; dazu Wacke, Fideicommissum a debitore relictum, TR 39 (1971), 257 ff.

²⁸ Zu Handschriften mit *fideique* siehe Mommsen/Krüger (Fn. 16); ferner Kübler, Die Haftung für Verschulden, in: SZ 39 (1918), 172 (204); Nörr, Die Entwicklung des

bb) *fideique*

Eine Konstruktion, in der *tu* ein Legat erhalten hat, das aber mit einem Fideikommiss zu *egos* Gunsten beschwert war, wird regelmäßig wie hier – nur mit *fideique* statt *fideive* – ausgedrückt.²⁹ Dass dem Legatar kein Vorteil verbleibt, steht der Wirksamkeit nicht entgegen.³⁰ Der Zweck einer solchen Konstruktion statt eines Legats für *ego* oder eines Fideikommissses auf der Erbschaft ist unklar. Vielleicht war ein Legat für *ego* nicht zulässig³¹ und der Erblasser vertraute *tu* mehr als seinem Erben, ein Fideikommiss zu erfüllen. In der Variante, in der dem Legatar ein Vorteil verbleibt, könnte die Sache zwischen Legatar und Fideikommissar zu teilen gewesen sein; möglicherweise spielten logistische Gründe eine Rolle.

Fraglich ist, wie *fideique* zu *fideive* geworden sein könnte. Eine absichtliche Veränderung kann infolge der spätantiken Gleichstellung von Legaten und Fideikommissen erfolgt sein.³² Nicht selten wurde dabei durch *-ve* ausgedrückt, dass eine Regel für beide Institute galt.³³ *Fideive* zur Ergänzung der *narratio* durch eine weitere Variante wäre dagegen ungewöhnlich.

Zu Veränderungen kam es auch unabsichtlich, häufig durch Abschreibfehler oder falsch entzifferte Buchstaben.³⁴ Wegen der Ähnlichkeit von *-que* und *-ve* ist das gut vorstellbar. Zudem dürfte *-ve* einem oberflächlichen Schreiber auch stimmig vorgekommen sein: Legate und Fideikommisse werden oft in einem Zug genannt. Außerdem hat *vel* einen dialoghaften Charakter und fügt sich somit sprachlich harmonisch ein.³⁵ Unterlaufen sein könnte der Fehler sowohl einem

Utilitätsgedankens, SZ 73 (1956), 68 (102); *Voci*, Diritto ereditario romano II, 2. Aufl. 1963, S. 398 Fn. 19.

²⁹ Z. B. Iul. 42 dig. D. 30.97; Afr. 5 quaest. 30.108.5; Iul. 40 dig. D. 35.2.86.

³⁰ Gai. 1 fideicomm. D. 33.2.29; Iul. 39 dig. D. 30.96.2; *Voci* (Fn. 28), S. 231; *Betti*, Imputabilità dell'inadempimento dell'obbligazione, 1958, S. 43.

³¹ Siehe z. B. Gai. 2.275.

³² *Betti* (Fn. 30), S. 41; zur Gleichstellung C. 6.43.2 (531), Ulp. 67 ed. D. 30.1, vertiefend dazu *Kaser/Knüttel/Lohse*, Römisches Privatrecht, 22. Aufl. 2022, § 88 Rn. 2. Das erklärt auch, wieso manche Stellen wie C. 8.36.3, Maec. 8 fideicomm. D. 35.2.30.8 einen Erwerb „durch“ Fideikommiss anzudeuten scheinen.

³³ Z. B. Ulp. 62 ed. D. 2.12.5; Paul. 5 Sab. D. 19.1.2.1; Maec. 8 fideicomm. D. 35.2.30.2.

³⁴ *Liebs*, Wenn Fachliteratur Gesetz wird, SZ 135 (2018), 395 (440 ff.).

³⁵ Vgl. *Kühner/Stegmann*, Grammatik der lateinischen Sprache II, 2. Aufl. 1914, S. 107.

nachklassischen Bearbeiter³⁶ oder Schreiber als auch den justinianischen Kompilatoren.³⁷

cc) Fazit

Demnach ist eine Erklärung mit *fideiue* schwer zu plausibilisieren. *Fideique* würde sich dagegen, wiewohl die Motive des Erblassers fraglich wären, sprachlich einfügen und eine gängige Konstellation beschreiben. Die Annahme eines Abschreibfehlers ist auch plausibel. Daher ist davon auszugehen, dass hier ursprünglich *fideique* stand.

3. in exigendo

Aufschluss über die Handlung, die Grundlage der Haftung sein soll, verleiht die Gerundivkonstruktion *in exigendo eo legato*. *Exigere* wird üblicherweise mit „verlangen“ oder „gerichtlich einfordern“ übersetzt,³⁸ *fideicommissum* beziehungsweise *legatum exigere* sind gewöhnliche Formulierungen für das Vorgehen sowohl des Fideikommissars gegen den beschwerten Erben oder Legatar als auch des Legatars gegen den Erben.³⁹ Daher bietet sich eine Übersetzung mit „beim Einfordern des Vermächtnisses“ an.

a) Verständnismöglichkeiten

Demnach scheint auf das Herausverlangen des Legats durch *tu* abgestellt zu werden. Das hätte ein enges Verständnis zur Folge: *Tu* haftete nur, wenn er mit *dolus* oder ggf. *culpa* die Sache nicht einfordert, etwa, weil er nicht oder falsch prozessiert.

Exigere könnte für sich genommen aber auch das Vorgehen des Fideikommissars gegen den Legatar beschreiben.

Schließlich könnte auf das Vorgehen des Legatars abgestellt werden und *exigere* dabei nicht nur das Einfordern bezeichnen, sondern auch die Weitergabe umfassen.

³⁶ Schulz (Fn. 8), S. 231, und Wieacker, Textstufen klassischer Juristen, 1960, S. 63, gehen von starken nachklassischen Bearbeitungen aus; für einen vorsichtigen Umgang mit solchen Annahmen Liebs (Fn. 34), S. 440 ff.

³⁷ Voci, Diligentia, Custodia, Culpa, SDHI 56 (1990), S. 29 (59).

³⁸ Henmann/Seckel, Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts, 10. Aufl. 1958, S. 191.

³⁹ Z. B. Paul. 1 fideicomm. D. 32.8 pr.; Scaev. 22 dig. D. 32.41.11.

b) eo legato

Eo legato legt nahe, dass es allein um das Einfordern des Legats durch den Legatar geht.

Hier stellt sich die Frage, ob *tu* – abweichend vom Regelfall⁴⁰ – überhaupt verpflichtet war, das Legat einzufordern. Einzelne Stellen deuten an, dass er bei fehlendem eigenem Interesse am Testament dem Fideikommissar die Wahrnehmung seiner Klagen zu ermöglichen hatte.⁴¹ Mithin war *tu* wohl verpflichtet, dazu beizutragen, dass das Fideikommiss den Bedachten erreichte – unterließ er das, könnte seine Haftung daran anknüpfen.

Die Formulierung könnte aber auch missverständlich sein: Vielleicht wird auf das Vorgehen des Fideikommissars gegen den Legatar abgestellt, und *eo legato* bezeichnet nur, worauf dieses Vorgehen gerichtet ist. In dem Fall, dass *tu* nicht das ganze Legat an *ego* herausgeben muss, wäre das allerdings unpräzise.

c) Aufspaltung in exigere und restituere?

Gegen das enge Verständnis von *exigere* spricht aber, dass damit eine Aufspaltung zwischen Haftung *in exigendo* und *in restituendo* (oder *in reddendo*) entstünde. In einem Rechtsstreit zwischen Fideikommissar und Fideikommissbeschwertem dürfte es aber immer darum gehen, ob Letzterer die Sache herausgeben kann – eine Auskunft nur für die Haftung *in exigendo* hilft also nicht weiter. Auch ist unklar, wieso unterschiedliche Haftungsmaßstäbe gelten sollten.

d) Interpolationsverdacht

In der Literatur wird vertreten, dass *eo legato* eine kompulatorische Ergänzung sei: Für die Kompilatoren habe ein Legat nur vorgelegen, wenn es zu einer bleibenden Bereicherung kam.⁴² Demnach wäre hier *eo fideicommisso* zu verstehen. Rätselhaft ist aber das Motiv für diese Einfügung: Vielleicht wollten sie ausgerechnet die hier anknüpfend an *eo legato* diskutierte Frage beantworten.

e) Weites Verständnis von exigere?

Vorstellbar ist noch, dass *exigere* zwar an sich auf das (Nicht-)Vorgehen aus dem Legat abstellt, aber so zu verstehen ist, dass auch die Weitergabe erfasst ist. Demnach wäre *in exigendo eo legato* mit „beim Herausverlangen und Weitergeben

⁴⁰ Pomp. 6 Sab. D. 30.38 pr.; vgl. Gai. 2.258.

⁴¹ Pap. 20 quaest. D. 31.70 pr., Paul. 1 fideicomm. D. 32.8 pr.

⁴² *Voci* (Fn. 37), S. 58; *Betti* (Fn. 30), S. 43; *d'Ors*, *Las Questiones de Africano*, 1997, S. 209; das zeige sich in I. 2.20.1, C. 6.43.1.4.

des Legats“ zu übersetzen. Wo *exigere* eine Handlung bezeichnet,⁴³ kann allerdings fast immer nur das Einfordern von etwas gemeint sein.⁴⁴ Insbesondere im Dotalrecht finden sich *exigere* und *restituere* oder *reddere* als zwei nebenbeziehungsweise hintereinanderstehende, getrennte Handlungen,⁴⁵ was dagegen spricht, dass das eine im anderen enthalten sein kann. Eine andere Deutung kommt aber in Proc. 6 epist. D. 18.1.68 pr. in Betracht: Der Verkäufer eines Grundstücks hat weiterhin die Pacht einzuziehen (*exigere*), sie soll *emptori accessurum esse*. Gefragt ist nach dem Maßstab seiner Haftung *in exigendo*. Auch hier ist zweifelhaft, ob damit nur das Vorgehen gegen den Pächter erfasst sein und somit die Haftung *in exigendo* von jener *in restituendo* getrennt betrachtet werden soll, oder ob beide Handlungen von *in exigendo* abgedeckt sein sollen.⁴⁶

f) Fazit

Inhaltlich überzeugt es nicht, getreu dem Wortlaut nur auf das Vorgehen des *tu* gegen den Erben abzustellen. Die Annahme eines weiten Verständnisses von *exigere* findet ein schwaches Fundament. Eine spätere Einfügung von *eo legato* mit der Bedeutung *eo fideicommisso* ist möglich, aber das Motiv ist zweifelhaft.

Die spätere Ergänzung eines Wortes lässt sich aber durch einen Schreiber, der eine Unklarheit glätten wollte, das weite Verständnis von *exigere* mit einem zwar raren, aber vorkommenden Sprachgebrauch plausibilisieren. Ein Abstellen nur auf die Haftung beim Herausverlangen erforderte dagegen zahlreiche Zusatzannahmen. Folglich geht es wohl um die Haftung des *tu* im Rahmen des Einforderns des Fideikommisses durch *ego*.

4. *nihil praeterea ex testamento capias*

Hier ist zu klären, wann genau diese Variante einschlägig ist.

a) *ex testamento*

Hier könnte allein auf mit der *actio ex testamento* einzuklagende Zuwendungen abgestellt werden. *Ex testamento* beschreibt meistens Damnationslegate.⁴⁷ Die Formulierung kann aber auch unspezifisch für alles, was jemandem in einem

⁴³ Und nicht z. B. eine Pflicht wie in Ulp. 4 ed. D. 2.13.8 oder das Entstehen für z. B. *culpa* wie in Paul. 10 Sab. D. 9.2.31.

⁴⁴ Z. B. Paul. 3 Sab. D. 12.6.6.2; Ulp. 31 ed. D. 17.2.52.10; Paul. 6 ad Plaut. D. 23.3.56; Ulp. 2 de off. cons. D. 25.3.5.22; Pomp. 21 Sab. D. 46.3.19.

⁴⁵ Paul. 5 quaest. D. 24.3.44.1; Paul. 7 resp. D. 24.3.49 pr.

⁴⁶ In Paul. 5 quaest. D. 19.5.5.4 ist eine ähnliche Deutung möglich.

⁴⁷ Z. B. Afr. 5 quaest. D. 30.108.5, 10.

Testament zugewendet werden kann,⁴⁸ verwendet werden, ferner als Oberbegriff für beide Legatsformen.⁴⁹ Da hier kein Grund erkennbar ist, nur auf Damnationslegate abzustellen, ist von einer weiten Verwendung auszugehen.

Ex testamento dient demnach nur dazu, anderweitig *mortis causa* Erlangtes auszuschließen, wofür insbesondere *donationes mortis causa* in Betracht kämen,⁵⁰ nicht aber ein Pflichtteilsrecht, weil die dafür einschlägige *querela inofficiosi testamenti* die Wirksamkeit des Testaments weitgehend aufhebt.⁵¹ Nicht erfasst wäre noch ein mit einem Kodizill, einer formlosen letztwilligen Anordnung von begrenztem Umfang, angeordneter Fideikommiss zu *tus* Gunsten.⁵² Wegen seiner Umständlichkeit ist dieser Fall eher nicht anzunehmen.

b) nihil praeterea

Es kam vor, dass ein mit einem Fideikommiss beschwerter Legatar oder Erbe das Zugewendete für eine gewisse Zeit nutzen durfte.⁵³ *Nihil praeterea* könnte so zu verstehen sein, dass nur erfasst ist, was über solche unmittelbar aus dem Legat hervorgehenden Vorteile hinausgeht. Allerdings würde das die saubere Unterscheidung zwischen den zwei Fällen erheblich erschweren. Naheliegender ist, dass „nicht mehr als der für die Weitergabe unerlässliche zeitweise Besitz“ gemeint ist.

5. Fazit

Tu hat ein mit einem Fideikommiss beschwertes Legat nicht bestimmbarer Typs erhalten. Gefragt ist nach dem Maßstab seiner Haftung beim Herausgeben an den Fideikommissar.

III. Responsum

1. *existimavit*

Die 3. Person Singular ohne Nennung eines Subjekts wirft die Frage auf, wer hier spricht. *Responsa* in der 3. Person Singular ohne erkennbares Subjekt ziehen sich durch das ganze Werk.

⁴⁸ Z. B. Gai. 1.25; Scaev. 19 dig. D. 32.38.6.

⁴⁹ Iul. 39 dig. D. 30.94.2.

⁵⁰ Deren Grund nicht der Tod ist, sondern eine Absprache *inter vivos*, dazu Marrone (Fn. 25) S. 345 Fn. 5.

⁵¹ Ulp. 14 ed. D. 5.2.8.16; Pugliese, Istituzioni di diritto romano, 3. Aufl. 1991, S. 690.

⁵² Dazu Kaser/Knüttel/Lohse (Fn. 32) § 79 Rn. 24.

⁵³ Pap. 19 quaest. D. 31.67 pr.; Iul. 40 dig. D. 36.1.28.1; Kaser/Knüttel/Lohse (Fn. 32) § 89 Rn. 1.

a) *Africanus oder Iulianus existimavit?*

Die wenigen Stellen, in denen eine 1. Person Singular hinzutritt, legen nahe, dass in der 3. Person Singular ein Jurist einen anderen zitiert. Die dominante Erklärung ist, dass es *Africanus* ist, der *Julianus* zitiert.⁵⁴ Man begründet das vor allem mit wenigen Stellen, in denen das ausdrücklich der Fall ist,⁵⁵ mit stilistischen und sprachlichen Ähnlichkeiten⁵⁶ und der Einfügung von „*Julianus*“ in Schwesterstellen in den Basiliken sowie in Scholien.⁵⁷ Die Auslassung des Subjekts wird damit erklärt, dass es sich um Mitschriften aus mündlich erteiltem Rechtsunterricht handle.⁵⁸ Daneben käme in Stellen wie hier auch in Betracht, dass der Verzicht auf die 1. P. eine Folge der Gesprächseinbettung ist – *ego* ist schließlich bereits an einen Akteur des Sachverhalts vergeben und kann daher nicht mehr als neutraler Entscheider auftreten.⁵⁹ Allerdings erscheint die 3. Person Singular bei *Africanus* nicht nur in solchen Stellen.⁶⁰

b) *Sonstige Erklärungen*

Das häufige subjektlose *respondit* bei Scaevola wird zum Teil als Auflösung der Abkürzung „*r*“ erklärt.⁶¹ Hinweise auf die Verwendung von „*e*“ für *existimavit* gibt es aber nicht.

Ein unpersönliches „man“, für das man auf Deutsch gern die 3. Person Singular verwendet, wird im Lateinischen in der Regel im Passiv, wie hier im Folgesatz mit *servatur*, oder in der 3. Person Plural ausgedrückt.⁶²

Schließlich könnte der Text derart stark nachklassisch überformt worden sein, dass die verlässliche Ermittlung des Sprechers unmöglich ist. Das lässt sich aber auf diese Stelle soweit nicht stützen.⁶³

⁵⁴ Z. B. *Cuiacius* (Fn. 2), S. 1 f.; *Betti* (Fn. 30), S. 41; *d'Ors* (Fn. 42), S. 206.

⁵⁵ Afr. 2 quaest. D. 12.1.23; Afr. 9 quaest. D. 12.6.38 pr.; Afr. 8 quaest. D. 13.7.31; Afr. 4 quaest. D. 16.1.19.1, Afr. 7 quaest. D. 46.3.38.4.

⁵⁶ *Honoré* (Fn. 5), S. 12 ff.; *Schulz* (Fn. 8), S. 230 f.

⁵⁷ *Buhl* (Fn. 9) S. 197; *Schulz* (Fn. 8), S. 230; *d'Ors* (Fn. 42), S. 15 Fn. 43.

⁵⁸ *Ayiter* (Fn. 4), S. 15; *Wacke* (Fn. 11), S. 462. Für Mündlichkeit an sich *Buhl* (Fn. 9), S. 191; skeptisch *Giara* (Fn. 5), S. 211.

⁵⁹ *Ayiter* (Fn. 4), S. 15 f.

⁶⁰ Z. B. Afr. 5 quaest. D. 30.108.3.

⁶¹ *Schulz*, Überlieferungsgeschichte der Responsa des Cervidius Scaevola, in: FS Lenel, 1931, S. 143 (150 ff.); *Schulz* (Fn. 8), S. 224.

⁶² *Menge/Burkard/Schauer*, Lehrbuch der lateinischen Syntax und Semantik, 6. Aufl. 2000, S. 306; *Kühner/Stegmann* (Fn. 35), Bd. 1, S. 3 ff.

⁶³ Vgl. oben Fn. 36.

c) Fazit

Hier drängen sich keine neuen Hinweise zur Urheberfrage auf, sie muss daher unbeantwortet bleiben. Festzuhalten ist, dass der Autor hier wohl das *responsum* eines anderen Juristen wiedergibt.

2. Entscheidung

In einem Fall soll für *dolus*, im anderen auch für *culpa* einzustehen sein.⁶⁴ Herauszuarbeiten ist, was unter diesen Haftungsmaßstäben zu verstehen ist, und wieso beide Varianten verschieden beurteilt werden.

a) dolus und culpa

Für beide Ausdrücke beinhalten die Digesten zwar Definitionen,⁶⁵ sie wurden aber zumindest zeitweise recht uneinheitlich gebraucht und unterlagen zudem einem Wandel.⁶⁶ Fest steht nur, dass die Haftung für *dolus malus* enger ist als jene für *culpa*. Vermutet werden kann, dass hier *dolus* bei, modern gesprochen, vorsätzlicher und möglicherweise auch grob fahrlässiger Nichtleistung einschlägig ist, *culpa* bei Nichtleistung aus sonstigen, nicht rein zufälligen Gründen.⁶⁷ Was davon *tu* verwirklicht hat, ist nicht ermittelbar.

b) custodia

Eine *custodia*-Haftung erweiterte vermutlich in einigen Fällen, in denen der Schuldner zu seinem eigenen Vorteil Besitz an einer fremden Sache hatte, seine Haftung auf alles außer *vis maior*.⁶⁸ Hier wäre eine *custodia*-Haftung demnach in dem Fall, in dem *tu* einen Vorteil aus dem Testament erhält, denkbar. Voraussetzung dafür ist, dass er Besitz am *quid* erlangt hat. Allerdings ist auch in anderen Stellen, in denen es um die Herausgabe eines Fideikommisses geht, von ihr nicht die Rede.⁶⁹ Vermutlich war es also anerkannt, dass jemand, der mit einem Fideikommiss beschwert ist, nicht auf *custodia* haftet.

⁶⁴ Zur Übersetzung von *praestare* siehe auch Cardilli, L'obbligazione di „praestare“, 1995, S. 20 Fn. 47.

⁶⁵ Z. B. *culpa* in Paul. 1 manual. D. 50.16.226, *dolus* in Ulp. 11 ed. D. 4.3.1.2.

⁶⁶ Wie sich u.a. in Ulp. 11 ed. D. 4.3.1.2 zeigt; De Robertis, La disciplina della responsabilità contrattuale I, 1966, S. 31 f., 39 ff.; De Falco, Diligentiam praestare, 1991, S. 53 ff.

⁶⁷ So auch Michel, Gratuité en droit romain, 1962, S. 335. Spezialfall von *dolus* in ähnlichem Kontext: Pap. 18 quaest. D. 35.1.72.3.

⁶⁸ Gai. 3.206 f.; Ulp. 28 ed. D. 13.6.5.5; Kaser/Knüttel/Lohse (Fn. 32), § 46 Rn 15; zur schwierigen Quellenlage Harke, Custodia, 2022, S. 7 f.

⁶⁹ Ulp. 22 Sab. D. 30.47.4; Pap. 18 quaest. D. 35.1.72.3; Ulp. 5 disp. D. 36.1.23.3.

c) Unterschiedliche Beurteilung

Die beiden Varianten unterscheiden sich darin, dass in einem Fall *tu* einen Vorteil aus dem Testament erhält, im anderen nicht. Die Unterscheidung privilegiert damit denjenigen, der – als *nudus minister*⁷⁰ – ohne eigenes Interesse am Testament handelt. Das ist umso nachvollziehbarer, falls gar keine Pflicht besteht, ein beschwertes Legat einzufordern.⁷¹ Die Unbeachtlichkeit etwaiger *donationes mortis causa* spricht für eine hohe juristische Präzision.

Bei Heranziehung anderer Stellen entsteht der Eindruck, dass der fideikommissarisch Beschwerte – ein Erbe ebenso wie ein Legatar – zumeist für *culpa* und *dolus* haftete.⁷² Dass aber keine starren Regeln bestanden, legt Ulp. 5 disp. D. 36.1.23.3 nahe.⁷³ Vermutlich besteht hier eine Parallele zur Haftung eines mit einem Legat beschwerten Erben.⁷⁴ Wenn demnach – die Indiziengrundlage bleibt dünn – grundsätzlich *culpa*-Haftung einschlägig war, ist das Interessante an der vorliegenden Entscheidung, dass für einen beschwerten Legatar, der selbst keinerlei Vorteil erhält, eine Privilegierung greift. Vielleicht handelt es sich um ein Regel-Ausnahme-Verhältnis: Der Regelfall war, dass ein Vorteil verblieb,⁷⁵ hier wird für einen eher seltenen Sonderfall eine Ausnahme statuiert. Nachweisen lässt sich das aber nicht, auch wenn vermutet werden kann, dass eine umständliche Konstruktion mit einem *nudus minister* eher selten war.

Interessant ist der Vorteil als Unterscheidungskriterium. Hierauf wird auch bei anderen Rechtsinstituten abgestellt, insbesondere bei der Haftung für *depositum* (Verwahrung) und *commodatum* (Leihe).⁷⁶ In der Literatur ist daher teils vom „Utilitätsprinzip“ oder „Utilitätsgedanken“ die Rede.⁷⁷

⁷⁰ *Betti* (Fn. 30), S. 43 f.

⁷¹ Dazu oben **C. II. 3. b**).

⁷² Marcian. 8 inst. D. 30.114.19; Pap. 18 quaest. D. 35.1.72.3; so auch *Voci* (Fn. 37), S. 102 Fn. 13; *Grosso*, I legati nel diritto romano II, 1962, S. 404, geht von stärkerer Abhängigkeit vom Einzelfall aus.

⁷³ Zur Klassizität *Grosso* (Fn. 72), S. 404.

⁷⁴ Dazu z. B. Pomp. 6 Sab. D. 30.48.1; Ulp. 25 Sab. D. 30.53.9; *Voci* (Fn. 28), S. 398, geht von Parallelität aus.

⁷⁵ So *d'Ors* (Fn. 42), S. 208.

⁷⁶ Ulp. 28 ed. D. 13.6.5.2; Gai. 9 ed. prov. D. 13.6.18 pr.; Coll. 10.2.1-3; Gai. 3.205-207.

⁷⁷ *Kühler*, Das Utilitätsprinzip als Grund der Abstufung bei der Vertragshaftung, in: FS Gierke, 1910, S. 235 ff.; *ders.*, Die Haftung für Verschulden bei kontraktsähnlichen und deliktsähnlichen Schuldverhältnissen, SZ 39 (1918), 172 ff.; *Marion*, Un essai de reconstruction du développement probable du système classique romain du responsabilité civile, RIDA 3, 177 ff.; teils kritisch *Nörr* (Fn. 28), S. 68 ff.; *Navarra*, Note in tema di „utilitas“, Labeo 50 (2004), 84 (130): *Utilitas* und *commodum* seien Synonyme.

d) alioquin

Interessant ist noch die Gegenüberstellung der beiden Varianten mit *alioquin*: Die Bezugnahme auf einen hypothetischen anderen Fall schafft Struktur. Ein solches Vorgehen identifizieren Teile der Sekundärliteratur als charakteristisch für *Julian* und *Afrikan*.⁷⁸ Auffällig ist ferner, dass *alioquin* typisch für *Afrikans* Quaestionen ist, während es bei *Julian* nur sehr selten vorkommt.⁷⁹ Bei aller gebotenen Vorsicht⁸⁰ legt dieser Befund nahe, dass *Julian* nicht der Autor ist. Falls das *responsum* von *Julian* stammt, folgt daraus, dass der Autor, vermutlich *Afrikan*, dieses durch zusätzliche Ausführungen angereichert hat.

3. sicut-Satz

Der *sicut*-Satz stützt das Ergebnis wohl zusätzlich ab. Die Bezugnahme auf die *bonae fidei iudicia* ist ebenso interessant wie die Behauptung, bei diesen habe der gleiche nach erlangten Vorteilen differenzierte Haftungsmaßstab (Utilitätsgedanke) bestanden. Zu untersuchen ist deshalb, ob die Argumentation inhaltlich stimmig ist, und ob sie zu den bei *Julian* und *Afrikan* beobachteten Ansätzen von Systemdenken passt.

*a) Das Vergleichsobjekt: contractus bonae fidei**aa) contractus bonae fidei*

Contractus fidei bonae dürfte diejenigen Rechtsgeschäfte bezeichnen, die mittels *bonae fidei iudicia* durchgesetzt werden. Diese räumen wegen der Bezugnahme auf die *bona fides* in der Klageformel dem *index* einen großen Beurteilungsspielraum ein.⁸¹ Die Verwendung von *contractus* statt *iudicium* ist tendenziell nachklassisch, aber nicht per se „verdächtig“. ⁸² Selten ist dagegen die Wortstellung – *bonae fidei contractibus* (oder *iudiciis*) wäre üblich.⁸³ Das muss indes nicht auf einen nachklassischen Ursprung des gesamten Satzes hindeuten, sondern kann auch

⁷⁸ Für *Afrikan* *Bubl* (Fn. 9), S. 192 f.; *Cerami* (Fn. 11), S. 136; *Rodríguez-Ennes* (Fn. 10), S. 140; für *Julian* *Bund* (Fn. 7), S. 10 ff.

⁷⁹ 193x in Dig., davon 17x Afr. quaest., 5x bei *Julian*.

⁸⁰ Zur – begrenzten – Aussagekraft des Stils für die Urheberschaft *Nitsch*, Sprachliche Individualität der römischen Juristen, in: Dogmengeschichte und historische Individualität der römischen Juristen, 2012, S. 207 (221 ff.).

⁸¹ Gai. 4.114; *Meissel/Novitskaya*, *Bonae fidei iudicia*, in: HRP (Fn. 6), § 78.

⁸² *Kaser*, Das römische Privatrecht II, 1975, S. 333 Fn. 13; *Navarra* (Fn. 77), S. 119 f.

⁸³ *De Medio*, Note su alcuni frammenti interpolati, Archivio Giuridico Filippo Serafini, IX/LXVIII (1902), 201 (226 f.) deshalb für Interpolation.

durch eine Wortverdrehung eines Schreibers in nachklassischer Zeit entstanden sein, dem diese Wortfolge intuitiv richtig vorkam.⁸⁴

bb) *commodum*

Commodum kann verschiedenste Vorteile unterschiedlichen Ursprungs beschreiben.⁸⁵

cc) *servatur*

Servatur (ut) beschreibt in der Regel eine gewisse Abstraktion.⁸⁶ Normalerweise wird so aber auf erheblich begrenztere Objekte Bezug genommen.⁸⁷

dd) Haftung bei *bonae fidei iudicia*

Allgemeine Aussagen zur Haftung bei *bonae fidei iudicia* trifft Ulp. 29 Sab. D. 50.17.23.⁸⁸ Demnach wird bei *depositum* und *precarius* nur für *dolus* gehaftet, sonst auch für *culpa*. Darauf aufbauend wird vertreten, dass man den Haftungsmaßstab davon abhängig gemacht habe, wem ein Vorteil – *utilitas* oder *commodum* – zugewendet wird.⁸⁹ Eine entsprechende Argumentation findet sich in den Quellen aber nur zur Abgrenzung der Haftung bei *depositum* und *commodatum*.⁹⁰ Dagegen bestehen etwa beim Kauf starke Indizien dafür, dass der Verkäufer in klassischer Zeit nur für *dolus* haftete,⁹¹ und auch bei unentgeltlichen Geschäften wie *mandatum* und *negotiorum gestio* spricht nicht nur D. 50.17.23 gegen die nach dem *utilitas*-Gedanken erwartbare reine *dolus*-Haftung.⁹²

Die im *sicut*-Satz behauptete allgemeine Regel für die Haftung bei *bonae fidei iudicia* galt allenfalls vereinzelt.

⁸⁴ Ähnlich *Betti* (Fn. 30), S. 42; vgl. oben Fn. 34.

⁸⁵ Z. B. Iul. 40 dig. D. 36.1.28.10; Pap. 20 quaest. D. 22.1.3 pr.

⁸⁶ Vgl. z. B. Ulp. 3 de off. cons. D. 42.1.15.5; Pomp. 3 ad Q. Muc. D. 45.1.109.

⁸⁷ Vgl. die Beispiele in Fn. 86: Vollstreckung des Urteils aus Pfandklage, Auslegung einer *stipulatio*.

⁸⁸ Übersicht bei *Navarra* (Fn. 77), S. 98.

⁸⁹ Vgl. oben Fn. 77 – Utilitätsgedanke.

⁹⁰ Wobei das *commodatum* trotz großer Ähnlichkeit wohl kein *bonae fidei iudicium* war: *Segrè*, Sull'età dei giudizi di buona fede di comodato e di pegno, in: Studi giuridici in onore di Carlo Fadda VI, S. 331 ff.; *Scheibbreiter*, Klage aus Leihe, in: HRP (Fn. 6), § 86 Rn. 20 ff.

⁹¹ *Ernst*, Klagen aus Kauf, in: HRP (Fn. 6), § 79 Rn. 143 mit Überblick.

⁹² *Mandatum*. Übersicht über vertretene Ansichten bei *Heinemeyer*, Klage aus Auftrag, in: HRP (Fn. 6), § 82 Rn. 34. *Neg. gest.*: *Meissel*, Klage aus Geschäftsführung ohne Auftrag, in: HRP (Fn. 6), § 83 Rn. 32: keine starren Haftungsregeln, sondern einzelfallbezogen, siehe z. B. Ulp. 10 ed. D. 3.5.3.9; Pomp. 21 ad Q. Muc. D. 3.5.10. Was man in D. 3.5.3.9 vielleicht als Utilitätsgedanken bezeichnen könnte, wird dort unter *aequitas* gefasst.

b) Überzeugungskraft des Vergleichs

aa) Stimmigkeit

Um die Überzeugungskraft des Vergleichs zu beurteilen, soll zunächst heutigen Kriterien folgend seine Stimmigkeit überprüft werden.

(1) Ursprung der Pflicht

Ein wesentlicher Unterschied besteht im Ursprung der Pflicht: Ein Vertragsverhältnis wird bewusst eingegangen, hier dagegen begründet die Anordnung eines Dritten die Pflicht.⁹³ Vereinzelt wird allerdings das Verhältnis zwischen Erben und Legataren als kontraktähnlich aufgefasst, was das Gewicht dieses Unterschieds etwas schmälert.⁹⁴ Auch mögliche Wurzeln des Fideikommisses im *mandatum* würden immerhin eine gewisse Verwandtschaft nahelegen.⁹⁵

(2) *bona fides*

Wie schon die Namen verraten, liegt sowohl dem Fideikommiss als auch den *bonae fidei iudicia* die *fides* zugrunde. Auch wenn dagegen eingewendet wird, dass die flexible *bona fides* die Anwendung eines rigiden Kriteriums wie der *utilitas* gerade ausschließt,⁹⁶ besteht damit doch eine Gemeinsamkeit.⁹⁷

(3) Gegenstand der Pflicht

Zur Herausgabe – genauer: Rückgabe – verpflichten manche *bonae fidei iudicia* wie *depositum* und *commodatum*, die meisten zielen auf etwas anderes ab.

(4) Interessenlage

Der Legatar, der selbst etwas erhält, hat ein eigenes Interesse am Testament, der *nudus minister* nicht. Die Interessenlagen ähneln insoweit denen des Entleihers und des Verwahrers (aber auch des Mandatars), was die Anwendung gleicher Haftungsmaßstäbe rechtfertigt. Allerdings kann es wohl kaum nur darauf ankommen, ob irgendeine der beiden Parteien einen Vorteil erlangt – das wird

⁹³ Deshalb hält *d'Ors* (Fn. 42), S. 208, den Satz für „unecht“; ähnlich *Voci* (Fn. 37), S. 59.

⁹⁴ *Kübler* (Fn. 28), S. 198, unter Bezugnahme auf Ulp. 59 ed. D. 42.4.3.3 und Ulp. 24 Sab. D. 50.17.19 pr.

⁹⁵ Dazu *Johnston* (Fn. 26), S. 22.

⁹⁶ *Segrè* (Fn. 90), S. 366.

⁹⁷ *Voci* (Fn. 37), S. 139; *Navarra* (Fn. 77), S. 110 ff.

schließlich bei jedem Vertrag angestrebt. Die Stelle ist daher zumindest ungenau formuliert.⁹⁸

Interessant ist noch, dass ausschließlich auf Interessen abgestellt wird, die aus dem Testament folgen. Das spricht für Präzision und für eine bewusste Gleichsetzung der aus dem Testament hervorgegangenen Beziehung mit einer aus einem Vertrag folgenden.

(5) Fazit

Es ist nicht stimmig, hier auf alle *bonae fidei iudicia* Bezug zu nehmen. Soweit aber nur auf die (*aliqua*) *bonae fidei iudicia* Bezug genommen wird, bei denen der Utilitätsgedanke wohl bereits bei *Gaius* anerkannt war, nämlich *commodatum* und *depositum*, bestehen nur kleinere Unterschiede wie der, dass hier ein Dritter mit einer Vertragspartei gleichgestellt wird. Das ist nicht unstimmig, denn es soll ja gerade auf etwas Ähnliches, nicht auf Gleiches, Bezug genommen werden.

bb) Systemdenken bei *Afrikan* und *Julian*

(1) Inhalt

Im Allgemeinen arbeiteten die römischen Juristen jedenfalls nicht übermäßig abstrahierend.⁹⁹ Gerade bei *Julian* und auch bei *Afrikan* werden aber häufiger Ansätze von systemhaftem Denken und Theorienbildung beobachtet.¹⁰⁰ Besonders *Julian* stellte dabei auch abstrahierende Rechtssätze auf und wandte Regeln für andere Fälle auf Regelungslücken an,¹⁰¹ wozu er sich selbst auch theoretisch äußerte.¹⁰² Auch „anlehrende“ Bezugnahmen auf ähnliche Fälle, die wohl vor allem ein Ergebnis zusätzlich absichern sollten, kommen vor, nicht selten ausgedrückt mit *sicut(i)*.¹⁰³ Zeitgleich mit dem Aufkommen solcher Argumente wurde es anscheinend auch üblicher, unter Bezugnahme auf

⁹⁸ *Segrè* (Fn. 90), S. 366; *Michel* (Fn. 67), S. 334 f.

⁹⁹ *Nörr* (Fn. 28), S. 68; *Ankum*, *Utilitatis causa receptum*, in: FS David I, 1968, S. 1 (2); anders aber *Cuena-Boy*, *Sistema jurídico y derecho romano*, 1998.

¹⁰⁰ Siehe oben **C. III. 2. d**.

¹⁰¹ *Reggi*, *L'interpretazione analogica* in *Salvio Giuliano I, Parmensi II* (1952), S. 116 (130); *Gallo*, *Alle origini dell'analogia*, in: GS Provera, 1994, S. 37 (43); *Vacca*, *Metodo casistico e sistema prudenziale*, 2006, S. 207 ff.; *Bund* (Fn. 7), S. 445, aber skeptisch ggü. dem Begriff der Analogie.

¹⁰² Iul. 59/90/15 dig. D. 1.3.10-12.

¹⁰³ Iul. 16 dig. D. 23.1.11; Iul. 36 dig. D. 30.91.7; Iul. 39 dig. D. 30.92.2; dazu *Bund* (Fn. 7), S. 18 ff.

abstrakte Kategorien zu argumentieren,¹⁰⁴ wozu die Interessenlage zählt.¹⁰⁵ Die Bezugnahme auf andere Rechtsinstitute und auf abstrakte Kategorien passt also an sich durchaus zum Denken *Julians* und wohl auch *Afrikan*s. Allerdings ist die Weite der Bezugnahme auf alle *bonae fidei iudicia* äußerst ungewöhnlich.¹⁰⁶

(2) Sprache

Wie schon festgestellt, verwendet *Julian* mehrfach *sicut(i)* für Anlehnungen an andere Fälle. *Sicut* war in der Spätantike verbreitet, kam aber bereits in klassischer Zeit vor.¹⁰⁷ *Julian* und insbesondere *Afrikan* verwenden das Wort überproportional häufig.¹⁰⁸ Regelmäßig ist *sicut* in den Afr. quaest., wie hier, an das eigentliche *responsum* angehängt. Dabei wird aber sonst nur auf ein konkretes Rechtsinstitut in einem konkreten Fall Bezug genommen.¹⁰⁹

cc) Fazit

Die Anlehnung an einen anderen Fall durch einen an das eigentliche *responsum* angehängten *sicut*-Satz ist im zweiten Jahrhundert nicht ungewöhnlich. Die Bezugnahme auf die gesamte Kategorie der *bonae fidei iudicia* verwundert aber, weil die Parallelisierung inhaltlich fragwürdig und außerdem das Bezugsobjekt viel weiter ist als bei anderen, ähnlichen Anlehnungen.

c) Versuch einer Zuordnung

Nach alldem besteht ein Fundament, um über die Urheberschaft zu spekulieren: Der *sicut*-Satz kann zu dem gehören, was vermutlich *Afrikan* dem *responsum* von vermutlich *Julian* hinzufügte.¹¹⁰ Allerdings kann diesen Juristen eine Anlehnung dieser Weite mit zudem fragwürdigem Inhalt nicht unterstellt werden. Mit der für sich genommen wenig verdächtigen Formulierung *contractibus fidei bonae* besteht ein Indiz für Veränderungen durch einen späteren und, was sich auch im ungenauen Abstellen auf den Vorteil einer beliebigen Partei äußert, juristisch weniger versierten Bearbeiter. Möglicherweise stand hier ursprünglich eine kompliziertere Begründung, die nur auf *depositum* und *commodatum* Bezug nahm, wo der Utilitätsgedanke als Begründung des Haftungsmaßstabs anerkannt war.

¹⁰⁴ Wieacker, Offene Wertungen bei den römischen Juristen, SZ 94 (1977), 1 (29 ff.).

¹⁰⁵ Seidl, Wege zu Julian, in: FS Lübtow, 1970, S. 215 (221); Ankum (Fn. 99), S. 5 mit verschiedenen Bedeutungsfacetten.

¹⁰⁶ Siehe die Beispiele in Fn. 109; Michel (Fn. 67), S. 350.

¹⁰⁷ Vgl. *sicut* bei Gai. und in Codexstellen.

¹⁰⁸ Von ca. 300x *sicut* in den Digesten 12x Afr., 36x Iul.; von ca. 180x *sicuti* 8x Afr., 20x Iul.

¹⁰⁹ Z. B. Afr. 8 quaest. D. 3.5.48; Afr. 4 quaest. D. 28.2.16; Afr. 5 quaest. D. 30.108.6.

¹¹⁰ In diese Richtung *Voci* (Fn. 37), S. 58, 102 Fn. 13.

Diese Begründung könnte dem Bemühen um Vereinfachung zum Opfer gefallen sein. Wenn es stimmt, dass der Utilitätsgedanke etwa im vierten Jahrhundert eine gewisse Akzeptanz gefunden hatte,¹¹¹ kann die Veränderung ab dieser Zeit vorgenommen worden sein, möglicherweise auch erst durch die Kompilatoren.¹¹²

4. Fazit

Es handelt sich wohl um eine Entscheidung *Julians*, die *Afrikan* wiedergibt und ergänzt. Der Kern der Entscheidung ist, dass ein Legatar, dessen Legat vollständig mit einem Fideikommiss belastet ist, abweichend vom Normalfall des Fideikommissbeschwerten nur für *dolus* haftet. Der Entscheidung liegt zugrunde, dass der Legatar in diesem Fall keine eigenen Interessen am Testament hat. Damit wendet *Julian* einen Gedanken an, der für die Haftung des Verwahrers bereits akzeptiert war. Das kann als innovativ gelten, war aber nicht völlig ungewöhnlich. Der *sicut*-Satz kann ursprünglich dazu gedient haben, diese Bezugnahme auszudrücken, er ist aber in seiner heutigen weiten Form nicht klassisch.

D. Vergleich zum BGB

Da es im BGB kein Fideikommiss gibt, fällt ein Vergleich schwer. Ein Vorerbe ist zwar teils vergleichbar, hat aber jedenfalls rechtlich stets einen Nutzen. Der Utilitätsgedanke hat es aber insoweit ins BGB geschafft, als regelmäßig bei der Haftung begünstigt wird, wer unentgeltlich handelt. Das äußert sich z. B. in § 599 BGB mit der Beschränkung der Haftung des Verleihers auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit und in § 690 BGB mit der, vom römischen Recht stärker abweichenden, Beschränkung der Haftung des unentgeltlichen Verwahrers auf *diligentia quam in suis*.¹¹³

¹¹¹ Nörr (Fn. 28), S. 110.

¹¹² Torrent, Factum debitoris, culpa debitoris, scientia debitoris, FS Álvarez-Suárez, S. 493 (512 ff.); Lusatto, Caso fortuito e forza maggiore come limite alla responsabilità contrattuale I, 1938, S. 79: Kompilatoren hätten *utilitas*-Gedanken zu abstraktem Schema ausgebaut; dagegen Voci (Fn. 37), S. 142: Ulp. 29 Sab. D. 50.17.23 zeige das geringe Interesse der Kompilatoren am *utilitas*-Gedanken.

¹¹³ Lobsse, in: BeckOGK-BGB, Stand: 11.12.2024, § 599 Rn. 2; Henssler, in: MüKo-BGB V, 9. Aufl. 2023, § 690 Rn. 1.