

# HAMBURGER RECHTSNOTIZEN

## AUS DEM INHALT

**Nils Winkler**

Strafbarkeit von  
Tätlichkeiten im Sport

**Jan-Alexander Jeske**

Die Bedeutung des  
Rechtsstaats-  
prinzips für die EU

**Laura Jacobs**

Die türkische Militär-  
offensive auf Afrin

**Marlene Ostrop**

Zur Rechtslage beim  
hoch- und vollauto-  
matisierten Fahren

2018



# Inhaltsverzeichnis

## Aufsätze

Stud. iur. Nils Winkler Strafbarkeit von Tötlichkeiten im Sport am Beispiel des Bundesliga-Fußballs . . . . . Der sportadäquate Kung-Fu-Tritt von Tim Wiese im Hamburger Volksparkstadion . . . . .	1
Stud. iur. Franziska Jensen Mediation in Planfeststellungsverfahren . . . . . Besonderheiten, Grenzen und Chancen . . . . .	7
Stud. iur. Jan-Alexander Jeske Die Bedeutung des Rechtsstaatsprinzips für die Grundlagen der Europäischen Union . . . . . Ein Beitrag zu den Notwendigkeiten und Möglichkeiten seiner Kontrolle und Durchsetzung in den Mitgliedstaaten . . . . .	14
Stud. iur. Laura Jacobs Die türkische Militäroffensive auf Afrin . . . . .	23
Stud. iur. Julius Adler Preisschirmschäden im Kartellschadensersatzrecht – Grundlage für einen Schadensersatzanspruch? . . . . .	25
Stud. iur. Marlene Ostrop Zur Rechtslage beim hoch- und vollautomatisierten Fahren . . . . . Wie weit sind wir tatsächlich noch entfernt vom fahrerlosen Autofahren? . . . . .	30
Stud. iur. Emily Mary Laing Der Grundsatz der Planerhaltung . . . . .	34

## Klausuren

Stud. iur. Robert Feist Klausur Erbrecht . . . . .	42
-------------------------------------------------------	----

## Hausarbeiten

Stud. iur. Christoph Baaß Die Crowdworker: Arbeits- und sozialrechtliche Einordnung . . . . .	44
--------------------------------------------------------------------------------------------------	----

## Rechtsprechung

Prof. Dr. Olaf Muthorst BGH vom 20.07.2016: Keine Mietsicherheit für verjährte Betriebskosten . . . . .	51
------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

### Rezensionen

Dipl.-Jur. Jost Behrens Rosenberg/Schwab/Gottwald: Zivilprozessrecht .....	53
-------------------------------------------------------------------------------	----

### Veranstaltungsberichte

Wiss. Mit. Aylin Aslan Blockseminar „Die Revision im Strafverfahren“ – Exkursion nach Leipzig .....	54
Stud. iur. Felix Behnke, stud. iur. Maurus Wollensak Blockseminar „Einführung in das US-amerikanische Recht“ in Chicago .....	56
Stud. iur. Maximilian Maisch, stud. iur. Johannes Tapken ELSA Deutschland Verwaltungsrecht Moot Court (EDVMC) .....	57
Impressum .....	58

Nils Winkler\*

## Strafbarkeit von Tötlichkeiten im Sport am Beispiel des Bundesliga-Fußballs

### Der sportadäquate Kung-Fu-Tritt von Tim Wiese im Hamburger Volksparkstadion

*Ein grobes Foulspiel oder gar eine Tötlichkeit wird in der Fußball-Bundesliga regelmäßig mit einem Platzverweis sowie einer Sperre von mehreren Spielen geahndet. Dieser Beitrag blickt über den Spielfeldrand hinaus und befasst sich mit einer etwaigen Strafbarkeit derartiger Regelverstöße nach dem Strafgesetzbuch. Im Folgenden werden insbesondere unter Berücksichtigung der Lehre von der Sportadäquanz unterschiedliche Maßstäbe diskutiert. Es muss das Ziel sein, den Charakter des Sports zu bewahren.*

#### I. Einleitung

Es war eines der brutalsten Fouls in der Geschichte der Fußball-Bundesliga. In einem der regelmäßig brisanten Nordduelle zwischen dem Hamburger Sport-Verein und Werder Bremen hatte der Torhüter der Gastemannschaft, *Tim Wiese*, in den Augen vieler Anhänger, Zuschauer und Experten weit über die Stränge geschlagen: Am 07.05.2008, dem 32. Spieltag der Saison 2007/2008, stürmte *Wiese* in der 42. Spielminute aus seinem Tor und mit gestrecktem Bein sowie den Stollen voraus in einen Zweikampf mit HSV-Stürmer *Ivica Olic*. Der hatte Glück, *Wiese* trat knapp am Kopf des Angreifers vorbei. *Olic* erlitt lediglich eine Prellung im Schulter-Hals-Bereich.<sup>1</sup>

Knapp vier Monate später teilte der Hamburger Staatsanwalt *Wilhelm Möllers* mit, dass das Ermittlungsverfahren gegen *Tim Wiese* eingestellt worden sei. Ein Außenstehender hatte wegen versuchten Totschlags Strafanzeige erstattet. *Möllers* teilte mit, es gebe weder

Beweise noch einen Tatverdacht.<sup>2</sup> *Franz Beckenbauer* dürfte diese Aussage nicht zufrieden gestellt haben. Der ehemalige Profifußballer, Trainer und Funktionär war am Abend des 07.05.2008 als Experte für den übertragenden Fernsehsender im Einsatz. Für ihn war *Wieses* mit der Gelben Karte geahndetes Foulspiel „schon fast ein Mordversuch“.<sup>3</sup> Eine juristische Begründung lieferte er freilich nicht.

Insoweit ist im Folgenden nach der „Strafbarkeit von Tötlichkeiten im Sport am Beispiel des Bundesliga-Fußballs“ zu fragen.

#### II. Begriff des Sports

Der Deutsche Olympische-Sportbund zählt beeindruckende 27,5 Millionen Mitglieder in 90.000 Turn- und Sportvereinen.<sup>4</sup> Im Schnitt ist damit etwa jeder Dritte Mitglied eines Vereins. Sport ist mithin ein wesentlicher gesellschaftlicher Bestandteil. Eine rechtliche Einordnung dessen ist unabdingbar.

##### 1. Sport ist kein rechtsfreier Raum

Der allgemeinen Herleitung des Sportbegriffs ist zunächst voranzustellen, dass der Sport nicht als „rechtsfreier Raum“ zu bezeichnen ist. Treffender erscheint die Bezeichnung als Raum „rechtsarmer“ Natur.<sup>5</sup> Zurückzuführen ist diese Beschreibung auf die zurückhaltende staatliche Normsetzung im Sport. Der Staat hat weder die Schaffung eines Sportgesetzbuches ernsthaft in Erwägung gezogen, noch wendet die Recht-

\* Der Autor ist Student der Rechtswissenschaft an der Universität Hamburg, ausgebildeter Redakteur sowie freier Mitarbeiter in der Sportredaktion für die Hörfunkprogramme des Norddeutschen Rundfunks (NDR). Dieser Beitrag beruht auf einer im Seminar „Sportstrafrecht“ bei Professor Dr. Dr. Milan Kuhli eingereichten Seminararbeit.  
1 *Bellinger*, Als Kung-Fu-Wiese Olic niederstreckte, [http://www.ndr.de/sport/fussball/50\\_jahre\\_bundesliga/Als-Kung-Fu-Wiese-Olic-niederstreckte,wiese243.html](http://www.ndr.de/sport/fussball/50_jahre_bundesliga/Als-Kung-Fu-Wiese-Olic-niederstreckte,wiese243.html) (17.04.2018).

2 *Schubert*, Strafanzeige gegen Kung-Fu-Wiese, <http://www.spox.com/de/sport/fussball/bundesliga/0809/Artikel/wiese-strafranzeige-totschlag-olic.html> (17.04.2018).

3 *Bellinger*, Als Kung-Fu-Wiese Olic niederstreckte, [http://www.ndr.de/sport/fussball/50\\_jahre\\_bundesliga/Als-Kung-Fu-Wiese-Olic-niederstreckte,wiese243.html](http://www.ndr.de/sport/fussball/50_jahre_bundesliga/Als-Kung-Fu-Wiese-Olic-niederstreckte,wiese243.html) (17.04.2018).

4 <http://www.dosb.de/>, Stand: 2016.

5 *Reinhart*, in: *Fritzweiler/Pfister/Summerer*, Sportrecht, S. 757 Rn. 1.

sprechung Tatbestände des Strafgesetzbuches regelmäßig auf Sachverhalte des Sports an.<sup>6</sup> Der Sportbegriff bildet die Grenze zwischen Strafflosigkeit und Strafbarkeit.<sup>7</sup>

Die zurückhaltende Auseinandersetzung der Strafgerichte mit Sportsachverhalten schlägt sich auch im Hinblick auf eine potentielle Schärfung des Sportbegriffs nieder. Eine Definition ist durch die Rechtsprechung bislang nicht aufgestellt worden. Wenigen Urteilen sind allenfalls Merkmale bzw. beschreibende Elemente zu entnehmen, die jedoch nicht zu einer tragfähigen Definition führen.<sup>8</sup> Wesentliche Voraussetzungen für einen sportlichen Kampf seien bereits getroffene Sicherheitsvorkehrungen sowie die Beachtung von Chancengleichheit.<sup>9</sup> Diese Merkmale sind in niedrigerer Instanz um weitere ergänzt worden: Es müsse ein Wettbewerb vorliegen, ein Regelwerk bestehen und schließlich auch das Risiko möglicher Verletzungen abzuschätzen sein.<sup>10</sup>

Die Ansätze in der Rechtswissenschaft gehen in eine ähnliche Richtung. Eine Ansicht verweist auf eine nicht abgeschlossene Aufzählung von 15 Merkmalen, die konsequenterweise nicht als Definition, sondern als „Typusbegriff“ bezeichnet wird. Je größer die Übereinstimmung mit den Merkmalen sei, desto sicherer könne vom Begriff des Sports ausgegangen werden. Wesentliche Merkmale seien etwa die Körperbetätigung, ein organisierter Sportbetrieb sowie der menschliche Spieltrieb und das Vorhandensein von Regeln.<sup>11</sup>

Eine andere Ansicht stützt den Sportbegriff ebenfalls auf mehrere – überwiegend bereits genannte – Merkmale, wobei der verbandsmäßigen Organisation die größte Wichtigkeit zukommt.<sup>12</sup>

## 2. Charakteristische Merkmale des Fußballs

Fußball ist das „volkstümlichste Ballspiel der Welt“.<sup>13</sup> Der Sport zeichnet sich im Wesentlichen durch wohl-durchdachtes, verständnisvolles Zusammenspiel innerhalb eines Teams aus.<sup>14</sup> Es kommt darauf an, „im Kampf um den Ball schneller und gewandter als der Gegner zu sein“.<sup>15</sup> Eine erhöhte Gefährlichkeit ergibt sich im Fußball daraus, dass die Spieler mit Fußballschuhen auflaufen, die mit sog. Stollen versehen sind. Schwere Verletzungen sollen dadurch vermieden werden, dass alle Spieler zum Tragen von Schienbeinschonern verpflichtet

sind.<sup>16</sup> Fußballer wirken innerhalb einer Gruppe zusammen, sodass sich ein Zusammengehörigkeitsbewusstsein entwickelt.<sup>17</sup> Dies wirkt sich grundsätzlich auch auf Regelübertretungen aus. Über allem steht zunächst der sportliche Erfolg. Soweit die Verletzung einer Regel nicht zu einem unmittelbaren „Erfolg“ führt (etwa das Verhindern eines gegnerischen Tores), wird die Mannschaft in-folgedessen oftmals geschwächt, z. B. durch eine Hinausstellung des foulenden Spielers. Insoweit ist jeder Spieler im Sinne der Mannschaft zunächst darauf bedacht, nicht etwa aufgrund unkontrollierter Aggressionen in einem Zweikampf einen Platzverweis zu provozieren, sodass hier von vorneherein grundsätzlich ein geringeres Interesse an einer möglichen Tatbestandserfüllung im Hinblick auf die §§ 223 ff. StGB besteht. Andererseits kann sich in einem hektischen und von Emotionen getriebenen Spiel auch eine Gruppendynamik ergeben, deren Folge eine gegenseitige Beeinflussung ist.<sup>18</sup> Dies kann Spieler zum einen zu einer Überreaktion bewegen; zum anderen können sich tendenziell aggressivere Spieler auch durch Mitspieler zurückhalten lassen, sodass schließlich auch die Gruppendynamik hinsichtlich einer etwaigen Strafbarkeit zu berücksichtigen ist.

## III. Begriff der Tätlichkeit

Gegenstand dieser Ausarbeitung ist die Strafbarkeit von Tätlichkeiten, sodass nunmehr der Begriff der Tätlichkeit herzuleiten ist. Die Herleitung des Begriffs der Tätlichkeit geschieht mittels Darstellung des Regelwerks des Deutschen Fußball-Bundes e. V. (DFB). Die Regel 12 des DFB enthält Regelungen über verbotenes Spiel und unsportliches Betragen.

Systematisch sind den jeweiligen Vergehen die Konsequenzen vorangestellt. Hinsichtlich dieser Konsequenzen unterscheidet Regel 12 zwischen direktem Freistoß, indirektem Freistoß und Disziplinarmaßnahmen. Disziplinarmaßnahmen sind gem. Regel 12 Nr. 3 u. a. dann erforderlich, wenn ein Spieler eine Tätlichkeit begangen hat. Der Regel folgend kann eine Tätlichkeit nur von einem Spieler begangen werden, der nicht um den Ball kämpft und „übermäßige Härte oder Brutalität gegen einen Gegner, Mitspieler [...] einsetzt oder einzusetzen versucht.“ Nicht erforderlich ist ein tatsächlicher Kontakt. Folglich ist für die Annahme einer Tätlichkeit auch hier dem Wortlaut der Norm folgend ein erhebliches Überschreiten des durch die Regeln Erlaubten notwendig. Wer einem Gegenspieler oder einer anderen Person ohne Kampf um den Ball absichtlich etwa mit der Hand ins Gesicht schlägt, begeht ebenfalls eine Tätlichkeit, „es sei denn, die eingesetzte Kraft war vernachlässigbar“.

6 Hirsch, Zu strafrechtlichen Fragen des Sportrechts, in: *Vergleichen-de Strafrechtswissenschaft*, Festschrift für Andzej J. Szwarz, 2009, 559 (560).

7 Reinhard, in: *Fritzweiler/Pfister/Summerer*, Sportrecht, S. 763 Rn. 8.

8 Berkl, *Der Sportunfall im Lichte des Strafrechts*, 2007, S. 31 ff.

9 BGH NJW 1953, 912.

10 BayObLG NJW 1999, 372 ff.

11 Berr, *Sport und Strafrecht*, 1973, S. 22.

12 Pfister, in: *Fritzweiler/Pfister/Summerer*, Sportrecht, S. 7 Rn. 5.

13 Petermann, *Sportlexikon*, 1969, S. 233.

14 Norman, *Sport Lexikon*, 1928, S. 86.

15 BayObLGSt 1961, 180 (183).

16 Brockhaus Sport, 2007, S. 183.

17 Anders, in: *Prohl/Röthig*, Sportwissenschaftliches Lexikon, S. 131.

18 Kent, *Sportwissenschaft und Sportmedizin*, 1998, S. 151.

Weiterhin ist das grobe Foulspiel gem. der Regel 12 zu berücksichtigen. Als grobes Foulspiel zu ahnden sind Tacklings oder Angriffe, die eine Gefahr für den Gegner darstellen oder übermäßig hart oder brutal ausgeführt werden. Ebenfalls ein grobes Foulspiel begeht, wer im Kampf um den Ball übermäßig hart einsteigt oder die Gesundheit des Gegners gefährdet. Soweit es den Spielern darauf ankommt, den Ball zu erkämpfen, handelt es sich regelmäßig wohl noch um grobes Foulspiel. Jedes Verhalten, das den Rahmen des Wettbewerbs überschreitet, ist als Tätlichkeit zu werten, sofern der Tatbestand dem nicht entgegensteht.

#### IV. Konzepte zur Begründung einer Strafflosigkeit im Sport

Von nun an sind die Grundlagen für die Strafbarkeit bzw. Strafflosigkeit von Tätlichkeiten darzustellen. In der Literatur wird eine Strafflosigkeit für Sportler, die Tätlichkeiten begehen, unterschiedlich begründet. Nachfolgend ist insbesondere auf den sportadäquaten Ansatz einzugehen.

##### 1. Tatbestandsausschluss

Im Rahmen des Tatbestandsausschlusses existieren die Lösungen der restriktiven Auslegung, der Sozialadäquanz, des erlaubten Risikos sowie der Sportadäquanz nach *Schild*.

##### a) Restriktive Auslegung

Verschiedene Ansichten in der Literatur wollen den Tatbestand des § 223 I StGB für den Sport einschränken. Für diese restriktive Auslegung werden unterschiedliche Argumente angeführt.

Eine Ansicht beurteilt Körperverletzungen im Sport grundsätzlich nachlässiger als Körperverletzungen, die nicht auf sportliche Betätigungen zurückzuführen sind. Der Gesetzgeber habe bewusst darauf verzichtet, den Sport durch spezielle Normen zu regulieren. Verletzungen im Sport seien darüber hinaus nicht mit allgemeinen Körperverletzungen vergleichbar und schließlich habe der im Sport in Betracht zu ziehende Tätertyp wenig oder keine kriminelle Energie. Die Reichweite dieser nachlässigeren Beurteilung von Sportkörperverletzungen sei sportspezifisch und daher an der Leistungsfähigkeit des Geschädigten zu messen. Das Verhalten, das zu einer Sportverletzung führt, sei strafrechtlich relevant, wenn es zu einer erheblichen physischen Beeinträchtigung komme, „die die sportliche Leistung objektiv mindert“.<sup>19</sup>

Probleme ergeben sich hier bereits bei einer notwendigen Differenzierung zwischen regelgerechtem und regelwidrigem Verhalten. Abhängig von den Folgen des

Täterverhaltens ist eine Tätlichkeit nicht immer strafbar und regelkonformes Verhalten nicht immer strafflos. Eine „saubere“ Grätsche im Fußball, die nicht den Tatbestand der Regel 12 des DFB erfüllt, ist dann unter den Körperverletzungstatbestand zu subsumieren, wenn sich der Gegenspieler schwer verletzt.<sup>20</sup> Schließlich ist diesseits noch anzumerken, dass der oben erwähnte Tätertyp lediglich grundsätzlich wenig oder keine kriminelle Energie aufweist. Eine generelle Betrachtung führte zu unhaltbaren Ergebnissen. Insbesondere im Sport gibt es solche Menschen, die sich weniger unter Kontrolle haben und sich schneller sowie stärker als andere zu Tätlichkeiten hinreißen lassen.

Die Vertreter der situationsadäquaten Auslegung setzen dagegen an einer der beiden Handlungsalternativen des § 223 I StGB an. Eine Körperverletzung setzt gem. § 223 I Alt. 1 StGB ein übles, unangemessenes Behandeln des Opfers voraus, das das körperliche Wohlbefinden oder die körperliche Unversehrtheit nicht nur unerheblich beeinträchtigt.<sup>21</sup> Die situationsadäquate Auslegung soll verdeutlichen, dass etwa das Zufallbringen eines Passanten nicht mit dem Zufallbringen eines Fußballspielers vergleichbar sei. Das Zufallkommen auf dem Spielfeld sei ein nicht wegzudenkender Bestandteil des körpernahen Ballsports. Daher müssten die Wettkampfbedingungen berücksichtigt werden, wenn es darum gehe, einen Sachverhalt unter den Tatbestand des § 223 I Alt. 1 StGB zu subsumieren und als unangemessen zu bewerten. Fällt ein Gegenspieler im Spielfluss, ergebe sich die Straffreiheit aus einer situationsadäquaten Auslegung des Tatbestandes.<sup>22</sup> Diese dogmatische Begründung gelte jedoch ausdrücklich nicht für solche Verletzungen, die sich infolge eines Regelverstößes ergeben. Kritisch wird dieser Ansicht entgegengehalten, dass sie sich auf die körperliche Misshandlung und damit nur auf eine der beiden Alternativen des § 223 I StGB beziehe.<sup>23</sup>

Schließlich will eine dritte Ansicht den Tatbestand des § 223 I StGB aufgrund eines gesundheitsfördernden Zweckes des Sports entfallen lassen. Dies wird mit Parallelen zum ärztlichen Heileingriff begründet. Wesentliches Element dieser Ansicht ist die Förderung der Gesundheit als Zweck des Sports, sodass wenigstens die üblichen Stöße gegen den Körper eines Mitstreiters nicht tatbestandsmäßig sein sollen.<sup>24</sup>

##### b) Sozialadäquanz

Der Ausschluss der Tatbestandsmäßigkeit wird neben der oben angeführten restriktiven Auslegung des Tatbestandes verschiedentlich auch mit der sog. Sozialadäquanz

20 *Berkl*, Der Sportunfall im Lichte des Strafrechts, S. 113.

21 *Fischer*, in: Fischer, StGB, § 223 Rn. 4.

22 *Eser*, Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Sportlers, insbesondere des Fußballspielers, JZ 1978, 368 ff.

23 *Reinhart*, in: Fritzweiler/Pfister/Summerer, Sportrecht, S. 793 Rn. 70.

24 *Burgardsmeier*, Der Ringkampf im Strafrecht, 1913, S. 38 f.

19 *Schiffer*, Die strafrechtliche Behandlung der Sportverletzung, 1977, S. 74 ff.

begründet.<sup>25</sup> Der Sportbetrieb sei ein Anwendungsfall der Sozialadäquanz, weil es kein gesetzlich normiertes sportgerechtes oder regelentsprechendes Verhalten gebe. Sozialadäquat sei das Verhalten, das im Einklang mit anerkannten Vorstellungen des Gemeinschaftslebens stehe. Konkret für den Sport setze sozialadäquates Handeln voraus, dass sich bei der Sportausübung an die geltenden Regeln gehalten werde. Sozialadäquates Handeln sei schließlich nicht strafbegründend.

Während zum Teil angenommen wird, dass jedes Verhalten, das über die Regeln hinausgehe, nicht mehr sozialadäquat sei, fragt der Begründer der Sozialadäquanz, inwieweit auch regelwidriges Verhalten noch sozialadäquat zu sein habe. Schließlich wisse man als Teilnehmer eines Wettkampfes, dass dieser nicht vollständig ohne Regelübertretungen durchgeführt werden könne. Erstmals wird hier der Begriff der Sportadäquanz angeführt, der nachfolgend noch Berücksichtigung finden wird. Im Ergebnis wird die Grenze der Sozialadäquanz außerhalb des jeweils geltenden Regelwerks angesetzt und dort gezogen, wo geringfügige Regelverstöße nicht zu vermeiden seien und hingenommen werden müssten. Diese Grenzziehung sei jedoch nicht allgemein vorzunehmen, sondern an dem Charakter der konkreten Sportart festzumachen. Dies gelte insbesondere für den Fußball. Leichtfahrlässige, aber dennoch folgenschwere Regelverstöße seien noch adäquat und daher nicht tatbestandsmäßig.

Eine Tötlichkeit würde jedoch immer dann vorliegen, wenn der vorgegebene Regelrahmen erheblich überschritten würde, sodass bereits begrifflich nicht mehr von einem leichten Regelverstoß auszugehen wäre. Tötlichkeiten wie der Kung-Fu-Tritt im Fußball müssen nicht hingenommen werden, um die Ausübung des Sports zu ermöglichen und sind mithin nicht sozialadäquat.

### c) Erlaubtes Risiko

Die Lehre vom erlaubten Risiko dient der Vermeidung einer Pflicht, jede Handlung zu unterlassen, aus der sich vorhersehbar lebensgefährliche Gefahren für andere entwickeln können. Sie findet im Straßenverkehr und auch im Sport Anwendung.<sup>26</sup> Die Reichweite des erlaubten Risikos wird durch eine Interessenabwägung festgelegt. Ziel ist eine Verhältnismäßigkeit „zwischen dem Rang der betreffenden Tätigkeit innerhalb der Gesellschaft [...] und der durch sie begründeten Gefahren“.<sup>27</sup> Im Sport ist auf die Wahrscheinlichkeit und auf den Umfang der möglichen Rechtsgutsverletzung abzustellen, um das Maß des erlaubten Risikos zu bestimmen. Der Rang des Sports innerhalb der Gesellschaft ist hoch, er

wird umfangreich gefördert.<sup>28</sup> Maßgebend kann auch bei dieser Lehre das Regelwerk der jeweiligen Sportart sein. Sportregeln mit Schutzfunktion, sogenannte regulative Regeln, sollen Sicherheitsvorkehrungen treffen, um drohende Gefahren zu vermeiden. Es müsse sich jedoch um eine anerkannte und in einem Verband organisierte Sportart handeln, um schließlich feststellen zu können, „dass sich die Erlaubtheit des Risikos im Sport an den jeweiligen Sportregeln orientiere“. Im Ergebnis sei derjenige von Strafe freizustellen, der unter Einhaltung der Regeln zulässige Gefahren geschaffen habe.<sup>29</sup>

Die Lehre vom erlaubten Risiko ist Kritik ausgesetzt. Mangels Konkretisierung sei unklar, in welchen Fällen noch von einem erlaubten Risiko gesprochen werden könne.<sup>30</sup> Jedenfalls wird durch den Rückgriff auf die einschlägigen Regelwerke erneut deutlich, dass sich Straffreiheit auch unter Berücksichtigung dieser dogmatischen Begründung lediglich für solche Körperverletzungen ergibt, die nicht erheblich aus dem Rahmen des jeweiligen Regelwerks fallen. Unerwähnt bleibt an dieser Stelle die umstrittene Frage, ob das erlaubte Risiko tatbestandsausschließende oder rechtfertigende Wirkung entfaltet.<sup>31</sup>

### d) Sportadäquanz

Von den vorgenannten Ansichten unterscheidet sich die Lehre von der Sportadäquanz, aufgrund derer die Begehung einer Tötlichkeit nicht zu strafrechtlichen Sanktionen führen solle. Der Begründer dieser Lehre<sup>32</sup> zielt darauf ab, auch für vorsätzliche Körperverletzungen im Wettkampf Strafbarkeitsfreiräume zu schaffen. Sie sollen selbst dann gelten, wenn Regeln absichtlich missachtet worden sind. Mit der sog. Sportadäquanz hat der Begründer derselben ein Kriterium hervorgebracht, das ein strafloses Foul etwa im Fußball „von einem aggressiven, feindseligen, daher strafwürdigen Verletzen des Körpers des anderen unterscheidet“.<sup>33</sup> Zwei Aspekte der Lehre von der Sportadäquanz sind hervorzuheben: Erstens verlangt sie einen konkreten Bezug zu der ausgeübten anerkannten Sportart. Zweitens muss dem vorsätzlich Foul spielenden Täter „der dadurch mögliche Ballbesitz oder der Sieg im Zweikampf wichtig(er)“<sup>34</sup> sein als die billigend in Kauf genommene Verletzung des Gegenspielers. Daher soll etwa der Fausthieb auf dem Weg zur Kabine tatbestandsmäßig bleiben. Begründet wird dies schließlich auch mit dem Aspekt der Fairness. Die-

25 Zipf, Einwilligung und Risikoübernahme, 1970, S. 93 ff.

26 Kellner, Einwilligung in die Lebensgefährdung, 1974, S. 34.

27 Schmitt, Körperverletzungen bei Fußballspielen, 1985, S. 130.

28 Schmitt, Körperverletzungen bei Fußballspielen, 1985, S. 130.

29 Berkl, Der Sportunfall im Lichte des Strafrechts, 2007, S. 151.

30 Schmitt, Körperverletzungen bei Fußballspielen, 1985, S. 130.

31 Reinhart, in: Fritzweiler/Pfister/Summerer, Sportrecht, S. 792 Rn. 68.

32 Schild, Sportadäquanz: Zur Begründung eines Strafbarkeitsfreiraums, in: Strafe und Prozess im freiheitlichen Rechtsstaat, Festschrift für Hans-Ulrich Paeffgen, 153 (153).

33 Schild, Das strafrechtliche Problem der Sportverletzung, Jura 1982, 585 (589).

34 Schild, Das strafrechtliche Problem der Sportverletzung, Jura 1982, 585 (589).

se stelle den Rahmen dar, in dem der Sport noch Wirklichkeit sei. Verlangt wird, dass etwa der Gegenspieler im Fußball nicht als Gegner oder Feind gesehen wird, sondern als Mitkämpfer.<sup>35</sup>

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die Lehre von der Sportadäquanz eine Fortentwicklung der Lehre von der Sozialadäquanz darstellt und insgesamt ein noch engeres, speziell auf die Eigenschaften des Sports zugeschnittenes Korrektiv ist. Jedoch gibt es keinen angemessenen Grund dafür, die Lehre von der Sportadäquanz mit dem Begriff der Fairness zu verknüpfen und sie auf diese Weise im Ergebnis wieder zu begrenzen. Die daraus resultierende Folge ist die Notwendigkeit einer Abgrenzung, die mit den Begebenheiten des Sports nicht zu vereinbaren ist. Dass der Faustschlag auf dem Weg in die Kabine nicht mehr vom Begriff der Fairness gedeckt sein dürfte, spricht für sich. Jedoch ist auch der eingangs angeführte Kung-Fu-Tritt wohl nicht mehr als fair darzustellen. Ohne den Fairness-Begriff ließe sich allerdings auch für dieses Vergehen eine Straflosigkeit begründen: Bei dem Kung-Fu-Tritt von Bremens *Tim Wiese* während des Nordderbys im Mai 2008 ist der Bezug zum Sport gegeben. Außerdem kam es dem Torwart darauf an, Ballbesitz zu erlangen oder wenigstens die gefährliche Angriffssituation vonseiten des Gegners zu unterbinden. Dieses dem Sport und den aus ihm herrührenden Emotionen gerecht werdende Ergebnis ist nicht darstellbar, wenn der Begriff der Fairness zwingend zu berücksichtigen wäre.

Darüber hinaus erscheint die Lehre von der Sportadäquanz praxistauglich. Tätlichkeiten sind aus dem Sport nicht hinwegzudenken.<sup>36</sup> Jedes dieser Vergehen strafrechtlich zu sanktionieren, entspräche nicht der Wirklichkeit. Dass nur der Täter sportadäquat handelt, dem unter Inkaufnahme einer Verletzung des Gegenspielers der Ballbesitz und damit der Erfolg seiner Mannschaft wichtiger ist, stellt ein klares Kriterium zur Abgrenzung von sonstigen allgemeinen Körperverletzungen dar.

Die Sportadäquanzlehre wurde speziell für das Fußballspiel entwickelt. Unter Außerachtlassung des Begriffs der Fairness ist diese Lehre ein taugliches Korrektiv zur Begründung von Strafbarkeitsfreiräumen im Sport. Die Lehre berücksichtigt den Charakter des Sports, der regelmäßig situationsabhängig und von Emotionen sowie Stimmungen geprägt ist. Mit Anwendung dieser Lehre bliebe der Sport in seiner Faszination erhalten, ohne kleinlich und wirklichkeitsfremd jedes deutlich über das Regelwerk hinausgehende Verhalten zu sanktionieren.

<sup>35</sup> *Schild*, Das strafrechtliche Problem der Sportverletzung, Jura 1982, 585 (589).

<sup>36</sup> Vgl. *Schmitt*, Körperverletzungen bei Fußballspielen, 1985, S. 39.

## e) Ergebnis

Zur Begründung eines Tatbestandsausschlusses kommen die verschiedenen Ansichten hinsichtlich einer restriktiven Auslegung des Tatbestandes des § 223 I StGB nicht über lediglich bei Einzelfällen zu vertretbaren Lösungen führende Ansätze hinaus. Die Lehre von der Sozialadäquanz verhilft zu dem mindestens notwendigen Ergebnis der Straflosigkeit für Körperverletzungen aufgrund regelgerechten Verhaltens. Dasselbe gilt für die – jedoch konturenlose – Lehre vom erlaubten Risiko. Die Lehre von der Sportadäquanz schafft eine Lösung, die sich an die Besonderheiten des Sports anpasst, so dass in zahlreichen Fällen ein Tatbestandsausschluss aufgrund sportadäquaten Verhaltens vertretbar ist.

## 2. Rechtfertigung

Über den Tatbestandsausschluss hinaus wird für die Straflosigkeit von Körperverletzungen im Sport auch die rechtfertigende Einwilligung herangezogen. Das Rechtsinstitut der Einwilligung schreibt einem Berechtigten grundsätzlich die Befugnis zu, über seine Rechtsgüter zu verfügen. Dadurch erhält der in die Rechtsgüter Eingreifende die Erlaubnis, dieselben zu beeinträchtigen. Ist eine wirksame Einwilligung erteilt worden, bleibt der Täter trotz Tatbestandsverwirklichung straflos.<sup>37</sup> In der Literatur ist umstritten, inwieweit der Sport vom Anwendungsbereich der Einwilligung umfasst wird.

### a) Problem des Anknüpfungspunktes

Eine Ansicht beruft sich zur Begründung einer etwaigen Straflosigkeit einer Körperverletzung im Sport auf das Rechtsinstitut der Einwilligung. Danach genügt als Anknüpfungspunkt für die Einwilligung die Vornahme einer möglichen Verletzungshandlung eines anderen. Es sei davon auszugehen, dass Sportler, die sich in Kenntnis des Verletzungsrisikos in einen Wettkampf begeben, wenigstens in das Risiko einer fahrlässigen Körperverletzung einwilligen. Diese Art der Einwilligung wird als Risikoeinwilligung bezeichnet.<sup>38</sup> Danach hat derjenige die typischen Folgen der jeweiligen Sportart zu akzeptieren, der sich mit einer Handlung, die eine Gefahr begründen kann, einverstanden zeigt. Ausreichend für diese Form der Einwilligung sei bereits „die freiwillige Teilnahme an einem sportlichen Wettkampf“.<sup>39</sup> Wie weit die Einwilligung des Verletzten reicht, sei an dem Wesen der jeweils in Rede stehenden Sportart zu messen.<sup>40</sup> Im Fußball seien körperliche Verletzungen nicht zweckmäßig, kämen jedoch gleichwohl vor und seien in Grenzen durch das Regelwerk erlaubt. Daher erstrecke sich die Risikoeinwilligung wenigstens auf solche Körperverletzungen, die aufgrund der

<sup>37</sup> *Rönnau*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann, LK, vor § 32 Rn. 146.

<sup>38</sup> *Reinhart*, in: Fritzweiler/Pfister/Summerer, Sportrecht, S. 797 Rn. 73.

<sup>39</sup> BayObLGSt 1960, 266 (269).

<sup>40</sup> BayObLGSt 1960, 266 (269).

Regeln erlaubt seien. Die Einwilligung betreffe darüber hinaus auch diejenigen Körperverletzungen, die trotz Beachtung der Regeln und eines fairen Spiels „durch unglückliche Zufälle ohne Verschulden eines Spielers erfahrungsgemäß immer wieder entstehen und [...] unvermeidbar sind“ und etwa auf Übereifer, Erregung und technischer Unvollkommenheit beruhen.<sup>41</sup> Zu denken ist u. a. an das sog. Rempeln.<sup>42</sup>

Eine andere Ansicht lehnt die Anwendung des Rechtsinstituts der Einwilligung als Rechtfertigung für tatbestandsmäßige Körperverletzungen im Sport ab. Es erscheine als Fiktion, zu behaupten, dass bereits die Teilnahme an einem Wettkampf als Einwilligung in Körperverletzungen zu werten sei. Auch wenn Wettkampfteilnehmer mit Schädigungen rechnen, vertrauen sie in der Regel dennoch darauf, dass Verletzungen gerade nicht eintreten.<sup>43</sup> Insbesondere für den Fußball sei eine Einwilligung in Körperverletzungen eine „künstliche Unterstellung“. Die Vertreter dieser Ansicht verlangen für eine wirksame Einwilligung, dass der Geschädigte sowohl die Verletzungshandlung als auch den Verletzungserfolg billigt. Die Erfolgseinwilligung wird für vorsätzlich begangene Delikte vorausgesetzt.<sup>44</sup> Für die Erfolgseinwilligung sei jedoch nicht erforderlich, dass im Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung „sowohl Handlung als auch Erfolg [...] eindeutig und in allen Einzelheiten bekannt sein müssen“. Vielmehr genüge ein Wahrscheinlichkeitsurteil. Danach sei ein tatbestandlicher Erfolg gerechtfertigt, wenn sich die eingetretene Verletzung im Rahmen der vorgestellten Gefahr realisiert.<sup>45</sup>

#### b) Sittenwidrigkeit

Soweit die Einwilligungslösung für den Sport für anwendbar gehalten wird, sind ihre Grenzen am Maßstab der Sittenwidrigkeit gem. § 228 StGB zu messen. Danach ist eine tatbestandsmäßige Körperverletzung trotz Vorliegens einer Einwilligung nicht gerechtfertigt, wenn die Tat gegen die guten Sitten verstößt. Der Begriff der guten Sitten ist dabei an dem „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“ zu messen.<sup>46</sup> Ein Indiz für einen Verstoß gegen die guten Sitten, ist ein Geschehen, das nicht mehr im Rahmen einer anerkannten Sportart stattfindet; wenn etwa keine anerkannten Wettkampfregele bestehen.<sup>47</sup> Schließlich ist auch die „vorsätzliche

Missachtung der Sportregeln“ als Verstoß gegen die guten Sitten gewertet worden.<sup>48</sup>

#### c) Zwischenergebnis

Das Rechtsinstitut der Einwilligung ist zur Begründung einer etwaigen Straflosigkeit trotz tatbestandsmäßiger Körperverletzung ungeeignet. Die Einwilligungslösung erscheint bereits deshalb unpraktikabel, weil für den Sport eine generelle – und keine individuell angelegte – Lösung notwendig ist, denn grundsätzlich kann die Wirkung der Einwilligung bestimmten Personen gegenüber verweigert werden. Für den Sport hätte dies die Konsequenz, dass von elf Spielern der gegnerischen Mannschaft ein Spieler – etwa der Unfairste – ausgeschlossen werden könnte. Für den geordneten und übersichtlichen Ablauf eines Fußballspiels ist dies nicht vorstellbar. Dasselbe gilt für die Voraussetzung, dass eine Einwilligung frei widerruflich ist und daher regelmäßig aktualisiert werden kann. Auch dies lässt sich im Rahmen eines Fußballspiels unter Berücksichtigung der zahlreichen Beteiligten nur schwer umsetzen.<sup>49</sup> Ebenfalls nicht haltbar ist das Argument, dass die Einwilligung in die Handlung genüge, um eine Strafbarkeit gem. §§ 223 ff. StGB zu rechtfertigen. Zwar ist es insoweit richtig, dass Sportler mit Schädigungen rechnen. Aber gerade weil sie damit rechnen, vertrauen sie gleichwohl darauf, dass diese nicht eintreten. Jede andere Darstellung ließe die Wirklichkeit außer Betracht, sodass die konstruierte Einwilligungslösung für den Sport abzulehnen ist.

### 3. Ergebnis

Dem Wesen des Sports kommt zur Begründung einer möglichen Straflosigkeit einer Körperverletzung im sportlichen Wettkampf ein Tatbestandsausschluss über die Lehre von der Sportadäquanz am nächsten. Sie berücksichtigt sowohl sämtliche Gegebenheiten des Sports, ohne diesen in seiner gewohnten und vor allem bewährten Form einzuschränken, als auch das Interesse anderer Beteiligter – wie etwa Zuschauern – ein Fußballspiel „mit Ecken und Kanten“ zu sehen. Dazu gehören riskante Zweikämpfe ebenso wie Rangeleien oder waghalsige Aktionen, die zumindest im Sport üblich sind.

### V. Schlussbemerkung

Selbst wenn es im Fall des Kung-Fu-Tritts von Bremens Torwart *Tim Wiese* am 07.05.2008 infolge des Ermittlungsverfahrens zu einer Anklage gekommen wäre, mit einer Strafe hätte der Schlussmann nicht rechnen müssen. Ohnehin wirkte *Wiese* überrascht. Von den Ermittlungen erfuhr er nach der Rückkehr aus seinem Sommerurlaub. Zwar gestand er, dass die Szene schlimm gewesen sei. „Aber man sollte lieber Verbrecher verfol-

<sup>41</sup> BayObLGSt 1961, 180 (182).

<sup>42</sup> *Sonnen*, Einwilligung eines Zuschauers eines Fußballspiels in eine von einem Spieler verursachte Körperverletzung, JA 1982, 266 (267).

<sup>43</sup> *Dickert*, Der Standort der Brauchtumspflege in der Strafrechtsordnung – Dargestellt am Beispiel des Maibaumdiebstahls, JuS 1994, 631 (636).

<sup>44</sup> *Lenckner/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, StGB, vor § 32 Rn. 34.

<sup>45</sup> *Berr*, Sport und Strafrecht, 2007, S. 143.

<sup>46</sup> *Hardtung*, in: Joecks/Miebach, MüKo, § 228 Rn. 17.

<sup>47</sup> OLG Hamm NJW 1997, 949 ff.

<sup>48</sup> BayObLGSt 1960, 266 (269).

<sup>49</sup> *Zipf*, Einwilligung und Risikoübernahme, 1985, S. 92.

gen, anstatt so einer Anzeige nachzugehen.<sup>50</sup> Auch der infolge des Kung-Fu-Tritts Geschädigte bezog Stellung. HSV-Stürmer *Ivica Olic* wurde von Polizeibeamten verhört. Er erklärte gegenüber Journalisten, dass er nicht

50 *Schubert*, Strafanzeige gegen Kung-Fu-Wiese, <http://www.spox.com/de/sport/fussball/bundesliga/0809/Artikel/wiese-strafanzeige-totschlag-olic.html> (17.04.2018).

verstehe, dass man *Tim Wiese* wegen so einer Sache anzeige.<sup>51</sup> Auch diese mild gestimmten Äußerungen zeigen, dass für den Sport andere Maßstäbe gelten sollten, als für einen vergleichbaren Tritt auf offener Straße.

51 *Schubert*, Strafanzeige gegen Kung-Fu-Wiese, <http://www.spox.com/de/sport/fussball/bundesliga/0809/Artikel/wiese-strafanzeige-totschlag-olic.html> (17.04.2018).

Franziska Jensen\*

## Mediation in Planfeststellungsverfahren

### Besonderheiten, Grenzen und Chancen

*Dieser Beitrag geht der Frage nach, ob und inwieweit der Einsatz von Mediation einen Beitrag zur Konfliktbewältigung in Planfeststellungsverfahren zu leisten vermag. Hierfür wird das Planfeststellungsverfahren zunächst überblicksartig auf konfliktsturende Schwächen hin untersucht. Sodann wird das Konzept der Mediation und sein Verhältnis zur Öffentlichkeitsbeteiligung skizziert, sowie seine Besonderheiten und Probleme im öffentlich-rechtlichen Bereich und insbesondere im Planfeststellungsrecht dargestellt. Abschließend erfolgt eine Potentialanalyse des Mediationsverfahrens im Hinblick auf die zuvor gewonnenen Erkenntnisse.*

#### I. Einleitung

Die Neuordnung des Eisenbahnknotens Stuttgart, der Fahrrinnen ausbau der Unter- und Außenelbe Hamburg oder aktuell die Errichtung eines festen Fehmarnbelt-Tunnels, all diese Großplanungen haben eines gemeinsam: den immensen Widerstand in der Bevölkerung. Allein letzterem Projekt trat die Öffentlichkeit auf deutscher Seite mit rund 12.600 Einwendungen entgegen.<sup>1</sup> Das Selbstverständnis der Bürger/innen hat sich in den letzten Jahren gewandelt, weg von einem „Objekt obrigkeitlicher Fürsorge“<sup>2</sup> hin zu einem eigenständigen und selbstverantwortlichen Individuum. Mit dem steigenden Bedürfnis nach umfangreicher Partizipation an

Planungsvorgängen sinkt gleichzeitig die Bereitschaft, behördliche oder politische Entscheidungen hinzunehmen.<sup>3</sup> Insbesondere die Realisierung flächendeckender Infrastrukturprojekte zieht regelmäßig Protestaktionen nach sich.<sup>4</sup> Solch größere Vorhaben, die einem Planfeststellungsvorbehalt unterliegen, bergen ein besonderes Konfliktpotential in sich.<sup>5</sup> Sie sind raumbeanspruchend und beeinflussen die Entwicklung und Funktion eines Gebiets maßgeblich.<sup>6</sup> Auf diese Weise werden unterschiedlichste öffentliche, private, politische und wirtschaftliche Belange tangiert.<sup>7</sup> Mehrparteienkonflikte sind vorprogrammiert.

Die Vorhabengegner/innen beabsichtigen, die zuständigen Behörden von ihren widerstreitenden Standpunkten zu überzeugen und schon im Vorfeld eines Verfahrens die politische Willensbildung öffentlichkeitswirksam zu beeinflussen.<sup>8</sup> Ihre Gegenwehr wird oft über das gesamte Planfeststellungsverfahren aufrechterhalten und führt nicht selten zu langwierigen und kostspieligen Streitigkeiten vor den Verwaltungsgerichten.<sup>9</sup> Schließlich können Vorhaben am Widerstand der Bevölkerung scheitern.<sup>10</sup> Auf der anderen Seite stehen die Vorhabenträger/innen und Vorhabenträger/innen. Letz-

3 *Wagner/Engelhard*, NVwZ 2001, 370 (371).

4 *Holtkamp/Stach*, Friede, Freude, Eierkuchen? – Mediationsverfahren in der Umweltpolitik, 1995, S. 48.

5 *Burgi/Durner*, Modernisierung des Verwaltungsverfahrenrechts durch Stärkung des VwVfG, Transparenz, Bürgerfreundlichkeit und Perspektiven der Bürgerbeteiligung insbesondere im Verfahren der Eröffnungskontrolle, 2012, S. 149.

6 *Kanngießer*, Mediation zur Konfliktlösung bei Planfeststellungsverfahren: Grenzen und Perspektiven, 2004, S. 71.

7 *Burgi/Durner*, Modernisierung des Verwaltungsverfahrenrechts, 2012, S. 149.

8 *Kanngießer*, Mediation zur Konfliktlösung, 2004, S. 17.

9 *Kanngießer*, Mediation zur Konfliktlösung, S. 17.

10 *Ehlers/Pünder*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2016, S. 550.

\* Die Autorin ist Studentin der Rechtswissenschaft an der Universität Hamburg. Dieser Beitrag beruht auf einer im Schwerpunktbereich „Umwelt- und Planungsrecht“ bei Professor Dr. Ivo Appel eingereichten Schwerpunktthausarbeit.

1 *A/S Femern*, Das Deutsche Planfeststellungsverfahren für die Errichtung einer festen Fehmarnbeltquerung, <http://femern.com/de/News-and-press-search/2017/May/Den-tyske-myndighedsgodkendelse-af-Femern-forbindelsen> (22.08.2018).

2 *Zillesen*, Demokratietheoretische Aspekte der Mediation, in: Falk/Heintel/Krainz (Hg.), Handbuch Mediation und Konfliktmanagement, 2005, S. 83 (83).

tere haben den finanziellen Mehraufwand durch die Verzögerungen zu tragen und kämpfen mit Planungsunsicherheit, Imageverlust durch den medienwirksamen Aktionismus der Vorhabengegner/innen und mit abgeschreckten Investor/innen.<sup>11</sup>

Es ist Aufgabe des Gesetzgebers, der Politik und leitenden Administrative dem mitwirkungsorientierten Selbstverständnis der Bevölkerung zu begegnen und die einzelnen Interessen über entsprechende rechtliche Kontrollmechanismen und Entscheidungsfindungen auszugleichen.<sup>12</sup> Bei der Bewältigung derart komplexer Konflikte gerät der Staat jedoch zunehmend an die Grenzen seiner Belastbarkeit und droht „in der Normenflut und Verfahrensschwemme zu ertrinken.“<sup>13</sup> Dies wirft die Frage auf, ob die bestehenden Konfliktregulierungsmechanismen in Planfeststellungsverfahren defizitär sind.

Der beliebte „Standort Deutschland“<sup>14</sup> befindet sich in stetigem räumlichen Wandel und erfordert daher immer neue Planfeststellungen. Genügen die vorhandenen Regelungen nicht, um die Öffentlichkeit auf eine konfliktminimierende, befriedigende und effiziente Weise in die Entscheidungsfindung über die Zulässigkeit von Großprojekten einzubinden, gilt es das bisherige Verfahren zu überdenken und unkonventionelle Möglichkeiten in Betracht zu ziehen.

Eine derartige Möglichkeit stellt das seit geraumer Zeit angewandte außergerichtliche Mediationsverfahren dar.<sup>15</sup> Mit diesem ist die Hoffnung verbunden, über Konfliktmittlung die Öffentlichkeit auf kooperative Weise besser in Planungsprozesse zu integrieren, einen konsensualen Interessenausgleich voranzutreiben und somit weitergehende Akzeptanz zu schaffen, Rechtsstreitigkeiten zu vermeiden, Verfahren zu beschleunigen und Kosten zu senken.<sup>16</sup>

Mediation soll Planfeststellungsverfahren dort ergänzen, wo ihnen hinsichtlich der Entstehung und Bewältigung von Mehrparteienkonfliktlagen Schwächen attestiert werden. Kann sie diesen Erwartungen gerecht werden?

## II. Konfliktschürende Schwächen des Planfeststellungsverfahrens

Im Planfeststellungsverfahren wird umfassend und abschließend über die Zulässigkeit eines geplanten Vorhabens entschieden.<sup>17</sup> Die Planfeststellungsbedürftigkeit ergibt sich aus fachplanungsgesetzlicher Anordnung.<sup>18</sup> Liegt diese vor, richtet sich das Verfahren grundlegend nach den §§ 72 bis 78 VwVfG, mit abweichenden und ergänzenden Regelungen in den einzelnen Fachplanungsgesetzen.

Das Planfeststellungsverfahren sieht in seinem Anhörungsverfahren gem. § 73 VwVfG zunächst eine öffentliche Planauslegung vor, anschließend die Möglichkeit zur Erhebung von Einwendungen und grundsätzlich auch die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, bei welcher die Einwendungen gegen das Vorhaben erörtert werden. Die Erörterung liegt teils im Ermessen der Behörde. Der verfahrensabschließende Planfeststellungsbeschluss gem. § 74 I 1 VwVfG ergeht als Allgemeinverfügung i. S. d. § 35 S. 2 VwVfG und entscheidet gem. § 75 I VwVfG über die Zulässigkeit des Vorhabens. Er entfaltet gem. § 75 I VwVfG Konzentrationswirkung, d. h. er ersetzt alle sonst erforderlichen behördlichen Entscheidungen und regelt somit alle öffentlich-rechtlichen Beziehungen zwischen Vorhabenträger/in und den durch den Plan Betroffenen mit rechtsgestaltender Wirkung. Insoweit kommt dem Planfeststellungsverfahren eine Interessenausgleichs- und Konfliktbewältigungsfunktion zu.<sup>19</sup>

Fraglich ist, inwieweit die vorhandenen Regelungen diesen Anforderungen gerecht werden. Die Beteiligungsmöglichkeiten erscheinen ausgeprägt, dennoch findet in der Regel keine frühzeitige und allumfassende Aufklärung der Öffentlichkeit über die verfahrensrechtlichen Abläufe statt. Dadurch entsteht eine Informationsasymmetrie zwischen Behörde und Vorhabenträger/in einerseits und den Betroffenen und Umweltverbänden andererseits.<sup>20</sup> Durch mangelnde Information über Verfahrensstand und Planungsstadium entstehen Fehlvorstellungen über den Inhalt des Planfeststellungsverfahrens und das Maß der darin vorgesehenen Einfluss-

11 *Kanngießer*, Mediation zur Konfliktlösung, 2004, S. 80 f.

12 *Kanngießer*, Mediation zur Konfliktlösung, 2004, S. 81.

13 *Ehlers/Pünder*, Allg. VerwR, 15. Aufl. 2016, S. 550.

14 *Pünder*, Kooperation statt Konfrontation – Möglichkeiten und Grenzen der Mediation in Planfeststellungsverfahren, VERW 2005, 1 (4); *Handelsblatt*, EY-Umfrage: Deutschland bei Investoren beliebtester Europastandort, <http://www.handelsblatt.com/unternehmen/mittelstand/ey-umfrage-deutschland-bei-investoren-beliebtester-europastandort/19840902.html> (22.08.2018).

15 *Hehn*, Mediation im öffentlich-rechtlichen Genehmigungsverfahren – Potentiale und Grenzen, in: Thomé-Kozmiensky/Dombert/Versteyl (Hg.), Immissionschutz – Planung, Genehmigung und Betrieb von Anlagen, 2011, S. 273 (273).

16 *Pünder*, VERW 2005, 1 (5).

17 *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 18. Aufl. 2017, § 72, Rn. 10.

18 *Konieczek-Woger/Köppel*, Für wen planen wir? Analyse und Vergleich zweier Planungskontroversen – Ursachen und mögliche Handlungsstrategien, in: Technische Universität Berlin, Fakultät VI, Planen Bauen Umwelt, Institut für Stadt- und Regionalplanung (Hg.), Arbeitshefte des Instituts für Stadt- und Regionalplanung der Technischen Universität Berlin, 2016, S. 28.

19 *Pünder*, VERW 2005, 1 (2).

20 *Holland*, Mediation in Planungsverfahren auf kommunaler Ebene unter besonderer Berücksichtigung der Bauleitplanung, in: Kommunalwissenschaftliches Institut der Universität Potsdam (Hg.) KWI-Arbeitshefte/22, 2012, S. 17; *Appel*, Staat und Umwelt in Umweltverwaltungsverfahren, NvWZ 2012, 1361 (1365).

möglichkeiten.<sup>21</sup> So sind in gestuften Verfahren, bei denen dem Planfeststellungsverfahren eine Bedarfs- und Raumordnungsplanung vorausgeht, bereits wesentliche Punkte wie die Planrechtfertigung oder die Alternativenprüfung vorentschieden.<sup>22</sup>

Eine allumfassende Prüfung der Sach- und Rechtslage findet im dadurch konzentrierten Planfeststellungsverfahren nicht mehr statt. Die Bürger/innen halten dies jedoch für selbstverständlich und sehen ihre Mitwirkungsmöglichkeiten auf unfaire Weise beschnitten, weil ihnen die einzelnen Verfahrensabstufungen mit ihren jeweiligen Partizipationsmöglichkeiten nicht ausreichend transparent gemacht wurden.<sup>23</sup>

Darüber hinaus wird der Gegenstand des Planfeststellungsverfahrens deutlich durch den/die Vorhabenträger/in vorgeprägt. Diese/r legt in seinem/ihrem Antrag den Rahmen für die Konzeption des Vorhabens fest. Die Konzeption wird von der Zulassungsbehörde lediglich nachvollziehend kontrolliert.<sup>24</sup> Die dadurch entstehende Verfahrensprägung durch den/die Vorhabenträger/in wird dadurch verstärkt, dass sich die Behörden häufig der Möglichkeit informeller Vorabsprachen i. S. d. § 25 II VwVfG oder des § 5 UVPG bedienen. Bereits vor Beginn des Planfeststellungsverfahrens findet demnach eine Verständigung zwischen Antragsteller/in und Behörde über Inhalt und Umfang der benötigten Dokumente sowie erforderliche zusätzliche Untersuchungen statt.<sup>25</sup> Hierdurch sehen sich die zuständigen Behörden stets dem Vorwurf der Voreingenommenheit und mangelnder Neutralität ausgesetzt.<sup>26</sup> Zumindest eine faktische Nähe zum/zur Vorhabenträger/in ist aufgrund der teils langjährigen Vorverhandlungen kaum ausgeschlossen.<sup>27</sup>

Signifikant für das Planfeststellungsverfahren ist außerdem, dass das Anhörungsverfahren erst eingeleitet wird, wenn ein Plan i. S. d. § 73 I VwVfG nebst gegebenenfalls erforderlicher Dokumente zur Umweltverträglichkeit bereits vorliegt. Der originäre Planungsprozess ist dann bereits abgeschlossen und das Vorhaben nahezu entscheidungsreif. Liegt der Plan ausgearbeitet vor, wird im Anhörungsverfahren kaum mehr die „Nullvariante“, d. h. der komplette Verzicht auf das Projekt in Betracht

gezogen. Die Öffentlichkeitsbeteiligung richtet sich also grundsätzlich nicht auf das „Ob“ einer Vorhabenrealisierung, sondern nur noch auf das „Wie“. Dies stellt die Ergebnisoffenheit der Entscheidung infrage und suggeriert den Betroffenen, dass substantielle Änderungen infolge des Anhörungsverfahrens nicht mehr zu erreichen sind.<sup>28</sup> Hierbei verspricht auch die jüngst eingeführte frühe Öffentlichkeitsbeteiligung gem. § 25 III VwVfG keine elementare Erleichterung, denn dieser sieht eine bloße Hinwirkungsobliegenheit für die Behörde vor und überlässt die Beteiligungsdurchführung dem Verantwortungsbereich der Vorhabenträger/innen.

Problematisch ist überdies, dass bei einem so späten Beteiligungszeitpunkt die Planungsunterlagen schon derart umfangreich und differenziert sind, dass eine Beurteilung des Sachverhalts ohne externen Sachverstand nicht ohne Weiteres möglich ist.<sup>29</sup> Die Planungskonzeption ist detailliert ausgearbeitet und auf technisch hohem Niveau. Dies verstärkt einerseits den Eindruck, sie stehe nicht mehr zur Disposition. Und führt andererseits dazu, dass sie Laien nur schwer als Grundlage zur angemessenen Vorbereitung auf den Erörterungstermin dienen kann. So führt die Erörterung, soweit sie durchgeführt wird, nicht zum gewünschten Interessenausgleich, sondern oftmals zu einer weiteren Aufspaltung der Konfliktparteien.<sup>30</sup> Der Erörterungstermin kann zudem dermaßen überladen sein, dass nicht zielführende Grundsatzdebatten und Spezialfragen die eigentlichen Erörterungen verdrängen und der Termin lediglich als Zeitverzögerung wahrgenommen wird.<sup>31</sup>

Prägend für das Verfahren ist auch, dass § 73 IV VwVfG kein allgemeines Beteiligungsrecht vorsieht. Einwendungsberechtigt sind nur diejenigen, deren Belange durch das Vorhaben berührt werden. Zwar geht das Verständnis von Belangen in diesem Sinne über subjektiv-öffentliche Rechte hinaus, sodass jede/r Betroffene Einwendungen erheben kann.<sup>32</sup> Jedoch kann über die eigene Betroffenheit hinaus, grundsätzlich nicht die Berührung der Belange Dritter oder der Allgemeinheit geltend gemacht werden.<sup>33</sup> Eine derart selektive Einwendungsbefugnis erscheint insbesondere vor dem Hintergrund der Legitimationsfunktion demokratischer Teilhabe pro-

21 *Franzius*, Stuttgart 21: Eine Epochenwende?, *GewArch* 2012, 225 (227).

22 *Franzius*, Stuttgart 21: Eine Epochenwende?, *GewArch* 2012, 225 (227).

23 *Appel*, Frühe Bürgerbeteiligung und Vorhabenakzeptanz, in: Heckmann/Schenke/Sydow (Hg.), *Verfassungsstaatlichkeit im Wandel*, Festschrift für Thomas Würtenberger, 2013, S. 341 (348 f.)

24 *Burgi/Durner*, Modernisierung des Verwaltungsverfahrensrechts, 2012, S. 164.

25 *Holtkamp/Stach*, Mediationsverfahren in der Umweltpolitik, 1995, S. 114.

26 *Fehling*, Reform der Bürgerbeteiligung für die Planfeststellung von Infrastrukturvorhaben, *BLJ* 2012, 92 (94).

27 *Hehn*, Mediation im Genehmigungsverfahren, in: Thomé-Kozmiansky/Dombert/Versteyl (Hg.), 2011, S. 273 (273).

28 *Durinke/Durinke*, Rechtlicher Rahmen und Grenzen von informellen Beteiligungsprozessen, *KommJur* 2016, 241 (241); *Appel*, in: FS Würtenberger, 2013, S. 341 (349).

29 *Appel*, in: FS Würtenberger, 2013, S. 341 (347).

30 *Holtkamp/Stach*, Mediationsverfahren in der Umweltpolitik, 1995, S. 114.

31 *Guckelberger*, Bürokratieabbau durch Abschaffung des Erörterungstermins?, *DÖV* 2006, 97 (97 ff.); *Füßer/Kindler*, Die Möglichkeiten zur Effektivierung des Erörterungstermins, im Rahmen des geltenden Rechts, *UPR* 2012, 168 (172).

32 *Franzius*, *GewArch* 2012, 225 (227).

33 *Kämper*, in: BeckOK VwVfG, 40. Edition, Stand: 01.07.2018, § 73, Rn. 47.

blematisch.<sup>34</sup> Gemäß § 73 IV 4 VwVfG sind jedenfalls anerkannte Verbände einzubeziehen. Die Öffnung des Anhörungsverfahrens für alle beteiligungswilligen Interessengruppen im Sinne umfassender und kontinuierlicher Mitwirkungsmöglichkeiten ist jedoch nicht vorgezogen.

Im Wesentlichen mangelt es dem Verfahren also an umfassenden Informations- und Kommunikationsstrukturen sowie an ausgewogenen Einflussmöglichkeiten. Zwar können die erkannten Schwächen im Planfeststellungsverfahren unterschiedlich schwer gewichtet werden. So könnten die informellen Vorabgespräche der Verwaltung mit dem/der Vorhabenträger/in als Elemente eines „kooperativen Staats“<sup>35</sup> gewertet werden, was vor dem Hintergrund des umweltrechtlichen Kooperationsprinzips zu begrüßen ist. Staatliche Kooperation sollte sich jedoch nicht in selektiven und einseitigen Handlungen erschöpfen, sondern als Leitlinie eines modernen Verwaltungsrechts dienen. Die Planfeststellung berührt ein kompliziertes Geflecht multipler Beziehungen und sorgt aufgrund von Technologieentwicklung und erhöhter Regulierungsdichte für Unsicherheiten. Diesen und dem damit einhergehenden gesteigerten Konfliktpotential gilt es durch transparente, strukturierte und mitwirkungsorientierte Zusammenarbeit aller Interessenslager zu begegnen.

### III. Das Konzept der Mediation

Die Mediation als alternative Konfliktlösungsmethode verfolgt das Ziel einer Konsensfindung durch Vermittlung. Diese Idee ist nicht neu, sondern hat eine 2500 Jahre zurückverfolgbare Tradition.<sup>36</sup> In den 80er Jahren wurde dieser Ansatz insbesondere in den USA wiederentdeckt und das Mediationsverfahren nach heutigem Verständnis geprägt.<sup>37</sup> Mediation gewann auch in Europa immer mehr an Popularität, was sich allerdings erst 2008 in einer Richtlinie über Mediation in Zivil- und Handelssachen<sup>38</sup> widerspiegelte. Die nationale Umsetzung erfolgte 2012 mit dem deutschen Mediationsgesetz.<sup>39</sup> Das Mediationsgesetz orientiert sich zwar an der Richtlinie, ist jedoch nicht in seinem sachlichen Geltungsbereich beschränkt. Es gilt somit auch im öffentlichen Recht und insbesondere im Planfeststellungsrecht.<sup>40</sup>

In § 1 MediationsG wird Mediation definiert als ein *vertrauliches, strukturiertes Verfahren*, bei dem die Parteien mithilfe eines oder mehrerer *unabhängiger* und *neutraler* dritter Personen (Mediator/innen) *ohne Entscheidungsbefugnis freiwillig* und *eigenverantwortlich* eine *einvernehmliche* Beilegung des Konfliktes anstreben. Ein Konflikt ist dann gegeben, wenn mindestens eine Streitpartei der Ansicht ist, dass ihre Vorstellungen, Überzeugungen, Wünsche oder Ziele unvereinbar mit denen einer Anderen sind.<sup>41</sup> Die Konfliktbeteiligten können ihre divergierenden Interessen nicht (mehr) aus eigener Initiative ausgleichen und sind auf die Einschaltung eines/einer neutralen Dritten zur Findung einer bedürfnisgerechten Lösung angewiesen.<sup>42</sup> Zusammenfassend beschreibt das Konzept der Mediation einen strukturierten mittlergestützten Aushandlungsprozess zur selbstständigen konsensualen Konfliktbeilegung durch die Konfliktparteien.

Im Sinne des Mediationsgesetzes ist Mediation demnach eine Methode zur Konfliktlösung.<sup>43</sup> Dieses Verständnis hängt mit der privatrechtlichen Ausrichtung der Mediationsrichtlinie zusammen, an welcher sich auch das deutsche Mediationsgesetz in seinen Regelungen orientiert. Privatrechtliche Anwendungsfelder sind dabei meist bipolare, festgefahrene Konflikte wie Ehescheidungen.<sup>44</sup> Um den erkannten Problemen im Planfeststellungsverfahren zu begegnen, ist dieses Verständnis jedoch dahingehend zu erweitern, dass eine vorgelagerte, ausgelagerte oder verfahrensbegleitende Mediation, ebenso wie die Öffentlichkeitsbeteiligung, auch auf Konfliktvermeidung ausgerichtet ist.<sup>45</sup>

Als kooperatives Verfahren der konsensorientierten Zusammenarbeit geht die Mediation zudem über die bloße Beteiligung hinaus. Sie beschränkt sich nicht auf die Gelegenheit zur Äußerung und Erörterung von Standpunkten. Solange die Öffentlichkeitsbeteiligung keinen verfahrensrechtlichen Beschränkungen unterliegt, lässt sie sich jedoch zumindest mit Mediation verbinden. So stellt die frühe Öffentlichkeitsbeteiligung gem. § 25 III VwVfG trotz ihrer schwachen Ausgestaltung als Hinwirkungsobliegenheit jedenfalls ein Einfallstor für die Mediation dar.<sup>46</sup>

34 Holland, in: KWI-Arbeitshefte/22, 2012, S. 17.

35 Bogumil/Jann, *Verwaltung und Verwaltungswissenschaft in Deutschland, Einführung in die Verwaltungswissenschaft*, 2. Aufl. 2009, S. 176f.

36 Fuchs/Wagner/Hehn, *Mediation im öffentlichen Bereich – Möglichkeiten und Grenzen*. Ein Beitrag aus Anlass von Stuttgart 21, UPR 2011, 81 (82).

37 Voß, in: Johlen/Oerder (Hg.), *Münchener Anwaltshandbuch Verwaltungsrecht*, 4. Aufl. 2017, § 3, Rn. 5f.

38 RL 2008/52/EG.

39 Artikel 1 des Gesetzes zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung in Deutschland.

40 Von Bagen, *Mediation im Verwaltungsverfahren nach Inkrafttreten*

des Mediationsförderungsgesetzes, ZUR 2012, 468 (469).

41 Montada/Kals, *Mediation: Psychologische Grundlagen und Perspektiven*, 3. Aufl. 2013, S. 91.

42 Miller, *Rechtliches Verfahrensmanagement in komplexen Verfahren zur Schaffung von Baurecht*, 2017, S. 252; Krautzberger, in: Ernst/Zinkahn (Begr.), *BauGB*, 124. Ergänzungslieferung, 2017, § 4b, Rn. 4.

43 Feldmann, *Neue Wege bei der Bürger- und Öffentlichkeitsbeteiligung und mehr Transparenz im Umweltbereich*, *Ausgewählte Neuerungen des Umweltverwaltungsgesetzes für Baden-Württemberg*, NVwZ 2015, 321 (324).

44 Fuchs/Hehn/Wagner, UPR 2011, 81 (82).

45 Feldmann, NVwZ 2015, 321 (324).

46 Schwab, *Akzeptanz für industrielle Projekte durch frühe Öffentlichkeitsbeteiligung*, *VDI-Richtlinien und Unternehmenskommunikation*, UPR 2016, 377 (381 ff.).

In Anlehnung an die Grundtheorien sachorientierter Verhandlung<sup>47</sup> bilden sich für die Mediation als strukturiertes Verfahren im Wesentlichen drei Phasen heraus.<sup>48</sup> In einer Vorbereitungsphase geht es um die Initiierung der Mediation und die Schaffung eines konstruktiven Verhandlungsrahmens. Der/die durch die Parteien gemeinsam beauftragte Mediator/in erläutert gem. §§ 2 II und 4 MediationsG das Verfahren und weist auf die Verschwiegenheitspflicht hin. Sodann werden die Verhandlungsteilnehmer/innen gewählt, der Zeitrahmen abgesteckt und die Finanzierungsfrage geklärt, Verfahrensregeln festgelegt, eine Mediationsvereinbarung getroffen und Art und Weise der Information und des Umgangs mit der Öffentlichkeit besprochen.<sup>49</sup> Die zu besprechenden Themen werden gesammelt, versachlicht, einvernehmlich zum Verhandlungsgegenstand erhoben und so der Konflikt von den verhandelnden Personen getrennt.<sup>50</sup> Um eine gemeinsame Verhandlungsgrundlage zu schaffen, werden alle Parteien über den Stand der Planung aufgeklärt und umfassend informiert.<sup>51</sup> Unerlässlich ist es in der Vorbereitungsphase die (Rechts-) Positionen der Beteiligten zu besprechen und ihre dahinterliegenden Interessen herauszuarbeiten.<sup>52</sup> Wird nicht nur danach gefragt, was die einzelnen Parteien wollen (Positionen), sondern auch warum sie genau das wollen (Interessen), nehmen die Konfliktbearbeitungsspielräume durch Erweiterung des Verhandlungsgegenstands zu.<sup>53</sup> Die Mediationsparteien erläutern, vor welchem Hintergrund sie bestimmte Aspekte ablehnen oder befürworten und welche Bedürfnisse es aus ihrer Sicht im Ergebnis zu berücksichtigen gilt, damit sie zustimmen können.<sup>54</sup> Hierbei versucht der/die Mediator/in durch Mittlungsgeschick gegenseitiges Verständnis bei den Beteiligten für die jeweils anderen Interessen zu erzeugen, um so eine Basis zu schaffen, die einer Lösung zugänglich ist.<sup>55</sup>

Sind die Vorbereitungen abgeschlossen und die Interessen offengelegt, beginnt die Durchführungsphase zunächst mit dem unverbindliche Erarbeiten kreativer Lösungsoptionen.<sup>56</sup> Hierbei muss der/die Mediator/in die

Parteien zu Phantasie motivieren, um so viele Ideen wie möglich zu sammeln. Es sollte keine Lösungsmöglichkeit außer Acht gelassen werden, um das Potential des Mediationsverfahrens gänzlich auszuschöpfen.<sup>57</sup> Letztlich werden die gesammelten Lösungsoptionen anhand objektiver Kriterien bewertet und eine eigenverantwortliche und einvernehmliche Entscheidung durch die Parteien getroffen. Dabei werden sowohl rechtliche als auch politische, ökologische, soziale, technische, finanzielle, wirtschaftliche und andere Aspekte in Betracht genommen.<sup>58</sup> Am Ende der Verhandlungen soll eine „Win-Win-Situation“ stehen. Es geht nicht um die Erzielung eines Kompromisses durch gegenseitige Zugeständnisse und allseitigen Verzicht. Das Ziel ist die gemeinsame Erarbeitung eines Konsenses, bei welchem auf die Bedürfnisse aller Beteiligten gleichermaßen eingegangen wird, sodass alle profitieren. Insofern gilt ein Optimierungsgebot „die verschiedenen Interessen durch Modifikation der Positionen soweit wie möglich zu befriedigen.“<sup>59</sup>

Schließlich wird das Ergebnis in einem abschließenden Lösungskonzept zusammengefasst, welches schriftlich i. S. d. § 2 VI 3 MediationsG festgehalten und als Mediationsübereinkunft von den Parteien unterzeichnet wird.<sup>60</sup>

Sodann beginnt die Umsetzungsphase. Um weitreichende Zufriedenheit herzustellen, sollte das erarbeitete Lösungskonzept durch eine ausführliche und nachhaltige Vermittlungs- und Aufklärungstätigkeit allen nicht an der Mediation Beteiligten erörtert werden. Der Erfolg des Mediationsverfahrens hängt nicht nur von der Resonanz der rechtlich und politisch zuständigen Entscheidungsgremien, sondern auch von der breiten Öffentlichkeit ab.<sup>61</sup> Für die Umsetzung gilt es letztlich, das mediativ beschlossene Lösungskonzept in das gesetzlich vorgeschriebene Planfeststellungsverfahren zu implementieren.<sup>62</sup> Die Umsetzungsschritte werden durch den/die Mediator/in kontrolliert und ihre Vereinbarkeit mit dem Mediationsergebnis überwacht. Gegebenenfalls können Neuverhandlungen angestoßen werden, um Implementierungsprobleme zu erörtern.<sup>63</sup>

<sup>47</sup> Wie dem „Harvard-Konzept“ oder dem „Transformationsansatz“.

<sup>48</sup> Troja/Meuer, Mediation im öffentlichen Bereich, in: Falk/Heintel/Krainz (Hg.), Handbuch Mediation und Konfliktmanagement, 2005, S. 219 (226).

<sup>49</sup> Appel, Privatverfahren, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2. Aufl. 2012, S. 851 (925).

<sup>50</sup> Hehn, in: Dombert/Witt (Hg.), Münchener Anwaltshandbuch Agrarrecht, 2. Aufl. 2016, § 4, Rn. 55.

<sup>51</sup> Troja/Meuer, Mediation im öffentlichen Bereich, in: Falk/Heintel/Krainz (Hg.), 2005, S. 219 (226).

<sup>52</sup> Ehlers/Pünder, Allg. VerwR, 15. Aufl. 2016, S. 555.

<sup>53</sup> Ehlers/Pünder, Allg. VerwR, 15. Aufl. 2016, S. 555.

<sup>54</sup> Troja/Meuer, Mediation im öffentlichen Bereich, in: Falk/Heintel/Krainz (Hg.), 2005, S. 219 (226).

<sup>55</sup> Voß, in: Johlen/Oerder (Hg.), Anwaltshandbuch VerwR, 4. Aufl. 2017, § 3, Rn. 158 ff.

<sup>56</sup> Ehlers/Pünder, Allg. VerwR, 15. Aufl. 2016, S. 555.

<sup>57</sup> Appel, Privatverfahren, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2. Aufl. 2012, S. 851 (926).

<sup>58</sup> Troja/Meuer, Mediation im öffentlichen Bereich, in: Falk/Heintel/Krainz (Hg.), 2005, S. 219 (227).

<sup>59</sup> Ehlers/Pünder, Allg. VerwR, 15. Aufl. 2016, S. 555.

<sup>60</sup> Troja/Meuer, Mediation im öffentlichen Bereich, in: Falk/Heintel/Krainz (Hg.), 2005, S. 219 (227).

<sup>61</sup> Ehlers/Pünder, Allg. VerwR, 15. Aufl. 2016, S. 555; Appel, Privatverfahren, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2. Aufl. 2012, S. 851 (926).

<sup>62</sup> Troja/Meuer, Mediation im öffentlichen Bereich, in: Falk/Heintel/Krainz (Hg.), 2005, S. 219 (227).

<sup>63</sup> Holzengel/Ramsauer, VerwArch 2013, 131 (153).

#### IV. Besonderheiten und Grenzen von Mediation in Planfeststellungsverfahren

Mediation im öffentlich-rechtlichen Bereich und somit auch im Planfeststellungsrecht weist im Vergleich zur zivilrechtlich geprägten Mediation strukturelle Unterschiede auf, welche das Gesetz nicht weiter berücksichtigt. Dies ist insoweit ungünstig, als dass an Mediation im öffentlich-rechtlichen Bereich, anders als an die im Rahmen der Privatautonomie weitestgehend frei gestaltbare Mediation zwischen Privatleuten, bereits aufgrund der Beteiligung von Hoheitsträger/innen rechtlich besondere Anforderungen zu stellen sind.<sup>64</sup> Die Verwaltung bleibt stets gemäß Art. 20 III GG an Gesetz und Recht gebunden und dem Gemeinwohl verpflichtet.<sup>65</sup>

Die Durchführung einer Mediation darf nicht zur Umgehung geltenden Rechts führen. Mediationsverfahren können nicht die gesetzlich vorgesehenen Verwaltungsverfahren ersetzen, sondern lediglich ergänzen.<sup>66</sup> Ist ein Planfeststellungsverfahren erforderlich, kann die Entscheidung der Planfeststellungsbehörde nicht durch ein Mediationsergebnis vorweggenommen werden.<sup>67</sup> Die Letztentscheidungsverantwortung liegt immer bei dem zur Entscheidung berufenen Organ.<sup>68</sup> Daher kann ein Mediationsergebnis, anders als in privatrechtlicher Mediation, per se keine rechtliche Bindungswirkung entfalten.<sup>69</sup> Auch das Mediationsgesetz sieht hierfür keine unmittelbare Rechtsverbindlichkeit vor.<sup>70</sup> Dem Planfeststellungsbeschluss geht eine objektive Abwägung aller relevanten Belange voraus, welche nicht aufgrund einer verbindlichen Mediationsvereinbarung beeinflusst werden darf.<sup>71</sup> Eine Selbstverpflichtung der Behörde dem mediativ erzielten Konsens automatisch Vorrang einzuräumen, wäre abwägungsfehlerhaft.<sup>72</sup>

Das Mediationsverfahren ist als informelles Verwaltungshandeln zu klassifizieren.<sup>73</sup> Zwischen diesem informellen Verfahren und dem formellen Planfeststellungsverfahren hat eine klare Trennung zu erfolgen.<sup>74</sup> Das Mediationsergebnis bedarf deshalb stets der Implemen-

tierung in das gesetzlich vorgeschriebenen Verfahren, um rechtliche Wirkung zu entfalten.<sup>75</sup> Ziel der Mediation im öffentlich-rechtlichen Bereich ist es, eine Einigung zu erzielen, die in den administrativ-politischen Planungs- und Entscheidungsprozess einfließen kann.<sup>76</sup> Um dies zu erreichen und eine Implementierung nicht von vorneherein auszuschließen, steht das Mediationsverfahren und sein Ergebnis unter dem Vorbehalt der Vereinbarkeit mit geltendem Recht und insbesondere mit den formellen und materiellen Vorgaben des Planfeststellungsverfahrens.<sup>77</sup>

Weiterhin zu berücksichtigen sind die Besonderheiten der Mediation die damit einhergehen, dass mit Planfeststellungsverfahren eine Vielzahl von Belangen berührt werden. Dies betrifft insbesondere den vergrößerten Teilnehmendenkreis und den erschwerten Informationsfluss, die Grenzen der Vertraulichkeit ob des gesteigerten Öffentlichkeitsbedürfnisses und des behördlichen Untersuchungsgrundsatzes gem. § 24 VwVfG oder die erhöhten Anforderungen an die Herstellung von Verhandlungspartitität aufgrund der unterschiedlichen Machtpositionen der Parteien.<sup>78</sup> Auch sind bei Planfeststellungsverfahren die zugrundeliegenden Wertekonflikte und Partikularinteressen zu bedenken, welche die Mediationsfähigkeit eines (absehbaren) Konflikts erheblich beeinträchtigen können oder gar in Frage stellen, sobald aufgrund tief verankerte ideologische Grundüberzeugungen wie beispielsweise im Umweltschutz kein Verhandlungsanreiz besteht oder ein Mediationsverfahren einseitig zur nachträglichen Akzeptanzschaffung für bereits getroffene Entscheidungen missbraucht werden soll.<sup>79</sup>

Antrieb des Mediationsverfahrens ist die intrinsische Motivation und das Engagement aller Beteiligten. Darin besteht zugleich ein verfahrensimmanenter Nachteil. Die Beteiligten müssen dazu bereit sein, sich zu offenbaren und langwierige und intensive Verhandlungen sowie finanzielle Belastungen auf sich zu nehmen.<sup>80</sup> Dies kann nicht zuletzt für die ehrenamtliche Interessenvertretung eine beträchtliche Hürde darstellen.

Schließlich weisen die Besonderheiten von Mediation im öffentlich-rechtlichen Bereich zugleich ihre Schwierigkeiten und Grenzen auf.

<sup>64</sup> Ehlers/Pünder, Allg. VerwR, 15. Aufl. 2016, S. 552.

<sup>65</sup> Pitschas, Mediation als Methode und Instrument der Konfliktmittlung im öffentlichen Sektor, NVwZ 2004, 396 (399).

<sup>66</sup> Von Bergen, ZUR 2012, 468 (471).

<sup>67</sup> BVerwG NVwZ 2011, 1256 (1258).

<sup>68</sup> Feldmann, NVwZ 2015, 321 (325).

<sup>69</sup> BVerwG vom 04.04.12 – 4C 8/09.

<sup>70</sup> Wissenschaftliche Dienste, Ausarbeitung WD3-3000-300/14: Verbindlichkeit von Mediationsvereinbarungen, <http://www.bundestag.de/blob/419494/230ddf4c2c42e756b9b414c5e385e285/wd-3-300-14-pdf-data.pdf> (22.08.2018), S. 4.

<sup>71</sup> Voß, in: Johlen/Oerder (Hg.), Anwaltshandbuch VerwR, 4. Aufl. 2017, § 3, Rn. 84.

<sup>72</sup> Durinke/Durinke, KommJur 2016, 241 (247).

<sup>73</sup> Wissenschaftliche Dienste, <http://www.bundestag.de/blob/419494/230ddf4c2c42e756b9b414c5e385e285/wd-3-300-14-pdf-data.pdf> (22.08.2018), S. 4.

<sup>74</sup> BVerwGE 139 (150), Rn. 25.

<sup>75</sup> Voß, in: Johlen/Oerder (Hg.), Anwaltshandbuch VerwR, 4. Aufl. 2017, § 3, Rn. 84 ff.

<sup>76</sup> Troja/Meuer, Mediation im öffentlichen Bereich, in: Falk/Heintel/Krainz (Hg.), 2005, S. 219 (219).

<sup>77</sup> Siegel, Mediation und Planfeststellung: Klare Trennung oder funktionale Verschränkung?, DVBl 2012, 1003 (1006).

<sup>78</sup> Voß, in: Johlen/Oerder (Hg.), Anwaltshandbuch VerwR, 4. Aufl. 2017, § 3, Rn. 91 ff.

<sup>79</sup> Fuchs/Wagner/Hehn, UPR 2011, 81 (83).

<sup>80</sup> Holzner/Ramsauer, VerwArch 2013, 131 (141).

## V. Chancen von Mediation in Planfeststellungsverfahren

Angesichts der Komplexität und zunehmenden Verwissenschaftlichung von Planfeststellungsverfahren profitieren alle Parteien von dem für die Mediation grundlegenden Informations- und Kommunikationsfluss. Der Erkenntnisgewinn unterstützt die Behörden in ihrer Entscheidungsfunktion. Unsicherheiten im Bezug auf Einzelfragen werden in offenem Dialog geklärt. Die Offenlegung und Einbeziehung aller Interessen steigert die Qualität der behördlichen Abwägung.<sup>81</sup> Die Öffentlichkeit kann durch einen höheren Wissenstand den Planungsprozess nachvollziehen. Das Verfahren gewinnt an Transparenz.

Zudem sorgt die (frühzeitige) Einbeziehung verschiedenster Interessengruppen mit unterschiedlichen Perspektiven und lokalem Sachverstand für ein größeres Spektrum an Lösungsmöglichkeiten, was sich positiv auf die Realisierbarkeit eines Vorhabens auswirkt und somit auch dem/der Vorhabenträger/in entgegenkommt.<sup>82</sup> Ein weiterer Vorteil liegt in der Flexibilität des Mediationsverfahrens. Die Themenabhandlung ist im Gegensatz zu Planfeststellungsverfahren frei bestimmbar. Sie ist nicht auf einen bestimmten Verfahrensgegenstand begrenzt.<sup>83</sup> Außerdem können die Parteien in Übereinstimmung zeitnah Entscheidungen treffen, was nicht zuletzt für Investitionssicherheit sorgt.<sup>84</sup>

Auch sieht die Mediation eine ausgewogene Integration und Mitwirkung aller tatsächlich betroffenen Interessenlager vor und selektiert nicht nach (Rechts-) Positionen. Gelingt die Überführung des Mediationsergebnisses in die obligatorische Planfeststellung, sodass alle Parteien ihre Bedürfnisse darin berücksichtig sehen, stärkt die Mediation somit die demokratische Teilhabe und wirkt gleichzeitig legitimierend für den Planfeststellungsbeschluss. Auf diese Weise kann für Zufriedenheit gesorgt und gleichzeitig Misstrauen gegenüber behördlichen Entscheidungen abgebaut und Vertrauen in den Verwaltungsapparat aufgebaut werden. Mediation kann die Beziehungen zwischen allen Beteiligten mit Blick auf ein zukünftiges Miteinander nachhaltig konstruktiv beeinflussen.<sup>85</sup>

Beachtlich ist letztlich die Möglichkeit der Kostenersparnis. Zwar sind auch Mediationsverfahren ressourcenintensiv und könnten daher auf den ersten Blick einem

effektiven Verwaltungshandeln gar im Wege stehen.<sup>86</sup> Entscheidend ist jedoch das Gesamtsaldo. Durch die Mediation können verzögernde Missverständnisse verhindert, behördliche Informationsgewinnungskosten reduziert und die Justiz dadurch entlastet werden, dass ein konstruktives Mediationsergebnis eine gerichtliche Rechtsdurchsetzung entbehrlich macht.<sup>87</sup>

## VI. Fazit

Mediation fördert Kooperation. Auf diese Weise vermag sie einen ganz entscheidenden Beitrag zur Bearbeitung der Konflikte in Planfeststellungsverfahren zu leisten. Indem sie der Vorbereitung oder Mitgestaltung eines Planfeststellungsbeschlusses dient, welcher von allen Beteiligten mitgetragen werden kann, kann sie zu sozialem Frieden und zu behördlicher sowie justizieller Entlastung beitragen. Gleichzeitig bietet sie der breiten Öffentlichkeit die Möglichkeit, ihre Bedürfnisse zu äußern und sich mitgestaltend und konstruktiv am Verfahren zu beteiligen.

Mediation ist indes kein Wundermittel. Neben der verfahrensimmanenten Abhängigkeit von der Motivation der Verhandlungsbeteiligten, findet die Mediation ihre Grenzen im Rechtsstaatsgebot. Zudem ist nicht jeder Konflikt einem Mediationsverfahren zugänglich. Es bedarf stets Verhandlungsspielräumen und Anreize für ihre Durchführung.

Aber auch, wenn Mediation nicht immer den Königsweg weist und allumfassende Lösungskonzepte hervorbringt, kann sie zumindest zur Bearbeitung von Teilbereichen in komplexen Konfliktlagen dienen. Die Chancen einer erfolgreich durchgeführten Mediation gehen weit über die im Planfeststellungsverfahren vorgesehenen Mechanismen der Konfliktbewältigung und des Interessenausgleichs hinaus. Aus diesem Grund sollte der Ansatz von Mediation in Planfeststellungsverfahren weiterverfolgt werden.

<sup>81</sup> Holtkamp/Stach, Mediationsverfahren in der Umweltpolitik, 1995, S. 114 ff.

<sup>82</sup> Holtkamp/Stach, Mediationsverfahren in der Umweltpolitik, 1995, S. 118.

<sup>83</sup> Ehlers/Pünder, Allg. VerwR, 15. Aufl. 2016, S. 555.

<sup>84</sup> Hehn, Mediation im Genehmigungsverfahren, in: Thomé-Kozmiansky/Dombert/Versteil (Hg.), 2011, S. 273 (281).

<sup>85</sup> Fuchs/Wagner/Hehn, UPR 2011, 81 (83).

<sup>86</sup> Ehlers/Pünder, Allg. VerwR, 15. Aufl. 2016, S. 422.

<sup>87</sup> Schneider, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band II: Informationsordnung, Verwaltungsverfahren, Handlungsformen, 2. Aufl. 2012, § 28, S. 562; Fuchs/Wagner/Hehn, UPR 2011, 81 (83).

Jan-Alexander Jeske\*

## Die Bedeutung des Rechtsstaatsprinzips für die Grundlagen der Europäischen Union

### Ein Beitrag zu den Notwendigkeiten und Möglichkeiten seiner Kontrolle und Durchsetzung in den Mitgliedstaaten

Dieser Aufsatz befasst sich einerseits mit der Frage, welche Bedeutung das Rechtsstaatsprinzip für die Grundlagen der Europäischen Union hat. Dabei wird der elementare Bedeutungsgehalt des Rechtsstaatsgebotes anhand seiner Entstehungsgeschichte herausgearbeitet und das Konzept der Rechtsgemeinschaft untersucht. Andererseits werden die Möglichkeiten und Grenzen seiner Kontrolle und Durchsetzung in den Mitgliedstaaten ausgelotet. Vor dem Hintergrund der aktuellen Entwicklungen in Polen und Ungarn erfolgt eine eingehende Analyse der europarechtlichen Instrumentarien anhand des Maßstabes ihrer Wirksamkeit. In diesem Zusammenhang begutachtet der Verfasser jüngere Initiativen der Europäischen Kommission und des Europäischen Parlaments, Reformvorschläge der Wissenschaft sowie die Verfahren nach Art. 258 AEUV und Art. 7 EUV.<sup>1</sup>

#### I. Einleitung

1689 entwickelte John Locke in der anonym publizierten Schrift *The Second Treatise of Government* deskriptiv die Ursprünge des Gewaltenteilungsprinzips, indem er die Trennung von legislativer, exekutiver, föderativer<sup>2</sup> und prärogativer<sup>3</sup> Gewalt exemplarisch am *British Commonwealth of Nations* herausarbeitete. Mit der Implementierung judikativer Hoheitsbefugnisse in das Konzept der Gewaltenteilung schuf Montesquieu 1748 im Rahmen seines Werkes *De L'esprit des Loix*<sup>4</sup> die Keimzelle für das klassische Verständnis des Gewaltenteilungsgebotes, wie es heute in den Verfassungen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union (EU) verankert ist. Interpretiert man den Begriff der Freiheit, wie er 1795 von Immanuel Kant in seinem ersten Definitivartikel des Buches *Zum ewigen Frieden*<sup>5</sup> entworfen worden ist, als Achtung der individuellen Autonomie durch die Einhaltung des *rule of law*

Prinzips,<sup>6</sup> wurde es bereits Ende des 18. Jahrhunderts um ein vom Menschen aus gedachtes Moment bereichert.

Anlässlich vielfach kritisierter Entwicklungen in osteuropäischen Mitgliedstaaten ist es ratsam, sich gerade diese Komponente der Rechtsstaatlichkeit zu vergegenwärtigen und ihren Bedeutungsgehalt für die Grundlagen der Union zu reflektieren. Die EU sollte ebenso umsichtige wie effektive Antworten auf die Bedrohung der Rechtsstaatlichkeit und die bedenkliche Aushöhlung der Unabhängigkeit mitgliedstaatlicher Justiz konzipieren und diese verwirklichen.

#### II. Die Bedeutung des Rechtsstaatsprinzips für die Grundlagen der EU

##### 1. Inhaltliche Konkretisierung

Während der Terminus „Rechtsstaatlichkeit“ gem. Art. 2 S. 1 EUV von einigen Interpreten primär materiell als Dach über den Säulen eines umfassenden Grundrechtsschutzes und der Wahrung des Verhältnismäßigkeitsprinzips gedacht wird,<sup>7</sup> legt eine formelle Lesart die Akzente im Rahmen der Begriffsbildung vorrangig auf den Vorbehalt des Gesetzes, die Gewaltenteilung, die Rechtssicherheit und das geordnete Verfahren.<sup>8</sup> Die vergleichende Analyse des Wortlautes der Sprachfassungen *rule of Law*, *état de droit*, *stato di diritto* und *estado de derecho* führt zunächst zu divergierenden Bedeutungsinhalten. Den konsensualen Kern prägt im Rahmen des systematischen Vergleichs indes das Element der faktischen Herrschaft des Rechts.<sup>9</sup> Die Essenz der Rechtsstaatlichkeit bildet die Sicherstellung öffentlicher Entscheidungen mittels unabhängiger Institutionen nach normierten Kriterien über rechtliche Streitigkeiten sowie die Bindung von Hoheitsträgern an das gesetzliche Regelungssystem.<sup>10</sup> Da das Rechtsstaatsprinzip sowohl

\* Der Autor ist Student der Rechtswissenschaft an der Universität Hamburg. Dieser Beitrag beruht auf einer im Schwerpunktbereich „Europa- und Völkerrecht“ bei Professor Dr. Bengt Beutler eingereichten Schwerpunkthausarbeit.

<sup>1</sup> Dieser Beitrag berücksichtigt ausschließlich bis zum 28.03.2018 ergangene Entscheidungen des EuGH.

<sup>2</sup> Locke, *The Second Treatise of Government*, 1952, S. 82f. Nr. 143, Nr. 146.

<sup>3</sup> Locke, *The Second Treatise of Government*, 1952, S. 92 Nr. 160.

<sup>4</sup> Montesquieu, *Vom Geist der Gesetze*, 2017, S. 217.

<sup>5</sup> Kant, *Kants Werke*, 1968, S. 349ff.

<sup>6</sup> So etwa: Nádrai, *Rechtsstaatlichkeit als internationales Gerechtigkeitsprinzip*, 2001, S. 13f.

<sup>7</sup> Vgl. Calliess/Ruffert, *EUV/AEUV Kommentar*, 5. Aufl. 2016, Art. 2 Rn. 25.

<sup>8</sup> Heintschel von Heinegg, in: NK *Europäisches Unionsrecht*, 2. Aufl. 2018, Art. 2 Rn. 10.

<sup>9</sup> von Bogdandy/Ioannidis, *Das systemische Defizit: Merkmale, Instrumente und Probleme am Beispiel der Rechtsstaatlichkeit und des neuen Rechtsstaatlichkeitsaufsichtsverfahrens*, *ZaöRV* 2014, 283 (288).

<sup>10</sup> von Bogdandy, *Jenseits der Rechtsgemeinschaft – Begriffsarbeit in der europäischen Sinn- und Rechtsstaatlichkeitskrise*, *EuR* 2017, 487

formelle als auch materielle Implikationen enthält, überzeugt allein ein umfassendes Verständnis der Rechtsstaatlichkeit.<sup>11</sup>

## 2. Die Rechtsstaatlichkeit – eine Wertegrundlage

Der zentrale Bedeutungsgehalt des Rechtsstaatsprinzips für die Grundlagen der EU wird anhand seiner Genese ersichtlich: Während es im wirtschaftsrechtlich akzentuierten Vertrag von Maastricht (1992) noch keine Erwähnung fand, wurde der Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit in den Vertrag von Amsterdam (1997) aufgenommen und von den Müttern und Vätern des Vertrages von Nizza (2001) bestätigt. Mit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon (2009) wurde die vom Verfassungskonvent vorgezeichnete Klassifizierung der Rechtsstaatlichkeit als *Wert* in den primärrechtlichen Regelungsrahmen eingebettet.<sup>12</sup> Zwar folgt aus der Modifikation keine Fundierung der normativen Qualität – gleichsam wurde aber eine über den Prinzipiencharakter hinausweisende ethische Dimension verschriftlicht.<sup>13</sup> Die Proklamation der Rechtsstaatlichkeit als Wert wurde schließlich dem EUV vorangestellt, sodass bereits die Präambel den elementaren Bedeutungsgehalt des Rechtsstaatsgebotes für die unionalen Grundlagen verkündet.

## 3. Die Europäische Union als Rechtsgemeinschaft

Die Bedeutung des rechtsstaatlichen Wertes für die Grundlagen der EU ist ferner eng mit der Haltung verwoben, dass die Europäische Union eine *Rechtsgemeinschaft*<sup>14</sup> repräsentiert. Auch fast 50 Jahre nach der Begriffsprägung durch *Walter Hallstein* im Jahre 1969 vermittelt die Vorstellung der Union als Rechtsgemeinschaft ein leitendes Verständnis. Den zentralen Lebensnerv des Topos der Rechtsgemeinschaft bildet nach wie vor die Herrschaft des Rechts.<sup>15</sup> Nur wenn das im Rahmen der europäischen Integration geschaffene Regelwerk von allen verpflichteten Akteuren auch gegen politische Strömungen umgesetzt und eingehalten wird, können die in ihm enthaltenen Wertentscheidungen vollumfänglich zu realen Entwicklungen erstarken.<sup>16</sup> Man mag hiergegen einwenden, dass die Rechtsgemeinschaft als ein in Parallelität zur Normativität des deutschen Grundgesetz-

zes verstandener Ausdruck allzu hohe Erwartungen an die Handhabung des Primärrechts in Krisensituationen generiert,<sup>17</sup> die der Autorität des Unionsrechts schaden<sup>18</sup>. Begreift man die Austrittsmöglichkeit und das Subsidiaritätsprinzip hingegen als Beleg für den Freiwilligkeitscharakter der Rechtsgemeinschaft,<sup>19</sup> lässt sich dieser Kritikpunkt insoweit negieren, als dass die Mitgliedstaaten gerade diese Bindungswirkung gewollt haben. Die der Konzeption *Hallsteins* zugrundeliegende finale Zielvorgabe einer Föderation der damaligen Europäische Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) spricht vor diesem Hintergrund nicht für eine neue Begriffsdiskussion,<sup>20</sup> sondern dient *ex contrario* seiner Festigung.

Das Konzept der Rechtsgemeinschaft hat nicht an Aktualität verloren.<sup>21</sup> Insbesondere in einer Zeit der Polykrise,<sup>22</sup> in der die Autorität des Europarechts etwa aufgrund von defizitärer Durchsetzung geschwächt scheint,<sup>23</sup> kann die „Rechtsgemeinschaft“ Orientierung stiften. Ihre Verwirklichung bildet einen Maßstab europäischer Integrität und Glaubwürdigkeit und beinhaltet eine bedeutsame Gelingensvoraussetzung unionaler Zukunftsgestaltung.

## III. Die Kontrolle und Durchsetzung in den Mitgliedsstaaten

### 1. Ursachen der Notwendigkeiten und Möglichkeiten

Die Notwendigkeit der Kontrolle und Durchsetzung des Rechtsstaatsprinzips ist eng mit dessen Bedeutung für die Grundlagen der EU verzahnt, da nur wirksame Kontroll- und Durchsetzungsmechanismen seinen Inhalt tatsächlich sicherzustellen vermögen. *In concreto* verdeutlichen jüngere Entwicklungen in Polen<sup>24</sup>, Ungarn<sup>25</sup> und der Slowakei<sup>26</sup> diese Unerlässlichkeit, wobei insbesondere die Einflussnahme auf Justizräte, die Politisierung der Richterernennung und Eingriffe in die richterliche Unabhängigkeit als klassische Strategien zur Unterminierung der Gewaltenteilung fungieren.<sup>27</sup> In Polen wurden die Angriffe auf das Rechtsstaatsprinzip ferner durch

<sup>17</sup> von *Bogdandy*, EuR 2017, 487 (495 f.)

<sup>18</sup> *Hellwig*, Die Autorität des Unionsrechts – Glauben wir noch daran?, EuZW 2018, 222 (223 ff.)

<sup>19</sup> *Mayer*, NJW 2017, 3631 (3636); dies bezweifelnd: von *Bogdandy*, EuR 2017, 487 (491 f.)

<sup>20</sup> So aber: von *Bogdandy*, EuR 2017, 487 (492).

<sup>21</sup> Ein genuines Verständnis vorschlagend: *Brinker*, Zweifel an der Rechtsgemeinschaft in Europa?, NZKart 2017, 609 (610).

<sup>22</sup> *Calliess*, Bausteine einer erneuerten Europäischen Union – Auf der Suche nach dem europäischen Weg: Überlegungen im Lichte des Weißbuchs der Europäischen Kommission zur Zukunft Europas, NVwZ 2018, 1 (1 ff.)

<sup>23</sup> *Hellwig*, EuZW 2018, 222 (226).

<sup>24</sup> *Bachmann*, Werte und Vorschriften, osteuropa 2016, 209 (220).

<sup>25</sup> von *Bonin*, Die Rechtsstaatsunion in Gefahr?, EuZW 2017, 785 (785).

<sup>26</sup> Venedig-Kommission, Opinion Nr. 877/2017, CDL-AD(2017)001.

<sup>27</sup> *Sanders*, Ein Stress-Test der Rechtsstaatlichkeit, ZRP 2017, 230 (231).

(506).

<sup>11</sup> So auch *Hummer*, Ungarn erneut am Prüfstand der Rechtsstaatlichkeit und Demokratie: Wird Ungarn dieses Mal zum Anlassfall des neu konzipierten „Vor Artikel 7 EUV“-Verfahrens?, EuR 2015, 625 (630).

<sup>12</sup> *Weber*, Europäisches Rechtsdenken in der Krise?, DÖV 2017, 741 (742).

<sup>13</sup> *Niedobitek*, Europarecht – Grundlagen der Union, 1. Aufl. 2014, S. 293 f.

<sup>14</sup> *Hallstein*, Der unvollendete Bundesstaat, 1969, S. 33.

<sup>15</sup> Die Zweifel an diesem Narrativ ausführlich falsifizierend: *Mayer*, Die Europäische Union als Rechtsgemeinschaft Europäische Integration und 70 Jahre NJW, NJW 2017, 3631 (3633 f.)

<sup>16</sup> *Kotzur*, Die Ziele der Union: Verfassungsidentität und Gemeinschaftsidee, DÖV 2005, 313 (317).

den Ausbau des Einflusses auf die „vierte Gewalt“ der Medien<sup>28</sup> sowie Maßnahmen der Kulturpolitik<sup>29</sup> ergänzt und mittels sprachlicher Klischees und Stigmatisierungen politischer Gegner verteidigt.<sup>30</sup> Man mag den Wahlsieg der europaskeptischen *Prawo i Sprawiedliwość* (PiS) auf einen Konflikt zwischen Stadt und Land zurückführen<sup>31</sup> – eine Ursache der gegenwärtigen Rechtsstaatskrise besteht aber zumindest auch darin, dass die EU ihre Vorteile nicht selbstbewusst und überzeugend genug vertreten und dem Wahldebakel insoweit Vorschub geleistet hat. Zu viele Menschen in Europa sind sich der freiheitsrechtlichen Konnotationen des Rechtsstaatsprinzips<sup>32</sup> zu wenig bewusst.<sup>33</sup> Letztlich bildet auch die defizitäre demokratische Legitimation der Unionsinstitutionen einen Grund für die aktuelle Europaskepsis.<sup>34</sup>

## 2. Kritische Würdigung der Kontroll- und Durchsetzungsmodalitäten

Die Bewertung mannigfaltiger Gewährleistungsvarianten muss primär anhand des Maßstabes der Effektivität erfolgen. Dies gebietet bereits die Bedeutung des Rechtsstaatsprinzips als Fundament jeder demokratischen Ordnung.<sup>35</sup> Aber auch die Vorstellung der Europäischen Union als Rechtsgemeinschaft, deren Wesenskern die Autorität des Rechts prägt,<sup>36</sup> impliziert die Notwendigkeit der Verzahnung des Rechtsstaatsprinzips mit wirksamen Kontroll- und Durchsetzungsmechanismen. Nicht umsonst bildet das sog. *effet utile*-Prinzip eine zentrale Auslegungsmaxime des EuGH.<sup>37</sup> Der Gedanke bestmöglicher Wirksamkeit soll daher für die analytische Bewertung fruchtbar gemacht werden.

### a) EU-Rahmen zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips

In seiner Mitteilung vom 11.03.2014 an das Europäische Parlament und den Rat hat die Kommission die Konzeption eines „EU-Rahmens zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips“ publiziert, der sich verfahrenstechnisch aus einem strukturierten Dialog, einer Empfehlung der Kommission und einem *Follow-up* zusammensetzt.<sup>38</sup>

Klärungsbedürftig erscheint die Frage, ob die Kommission überhaupt als zuständiges Verantwortungssubstrat

der präventiven Verfassungsaufsicht fungieren kann.<sup>39</sup> Nicht ausreichend ist es, allein auf Warnungen des Europäischen Parlaments und Einrichtungen des Europarates wie der Venedig-Kommission<sup>40</sup> zu rekurrieren.<sup>41</sup> Vielmehr bedarf das Rechtsstaatsverfahren einer Rechtsgrundlage. Art. 17 I 1 EUV überträgt der Kommission die Förderung allgemeiner Interessen der Union, die als integralen Bestandteil die Rechtsstaatlichkeit in Art. 2 EUV beinhalten.<sup>42</sup> Als „Hüterin der Verträge“<sup>43</sup> lässt sich die EU-Kommission als Organ denken, die auch über das ordentliche Gesetzgebungsverfahren (Art. 294 AEUV) hinaus Initiativen ergreift, sodass kompetenzrechtliche Einwände letztlich nicht durchgreifen.

Gewichtiger ist die kritische Würdigung der Funktionskonstruktion des EU-Rahmens. Selbst wenn man dem alterhergebrachten Dogma zu Art. 258 AEUV insoweit folgt, als dass die Aufsichtsklage konkrete Rechtsverstöße voraussetze<sup>44</sup> und somit die Notwendigkeit eines Schutzmechanismus für systemische Verletzungen der Rechtsstaatlichkeit grundsätzlich existiere,<sup>45</sup> da die Verknüpfung einer systemischen Gefährdung des Rechtsstaatsprinzips mit einer von Art. 258 AEUV geforderten Vertragsverletzung ferner denklogisch nicht unbedingt zwingend sei,<sup>46</sup> kann der EU-Rahmen nur als zusätzliches, ergänzendes Element der Wertesicherung überzeugen.

Das sog. „Vor Art. 7-Verfahren“ erweist sich gegenüber der politischen Sprengkraft des Sanktionsmechanismus (Art. 7 II EUV) als eine subtilere Maßnahme, die von kürzerer Dauer ist und niedrigere Verfahrenshürden enthält.<sup>47</sup> Gleichwohl beinhaltet ein konstruktiver Dialog der Kommission mit einem bewusst von den grundlegenden Werten der Union abweichenden Mitgliedstaat im Rahmen der ersten Phase des EU-Rahmens geringe Erfolgsaussichten hinsichtlich der Wiederherstellung rechtsstaatlicher Standards.<sup>48</sup> Dieses Argument wird zwar durch die Option der Kommission geschwächt, den strukturierten Dialog nach einer sorgfältigen individuellen Fallprüfung kraft Einleitung der zweiten Verfahrensphase zu annullieren. Auch ist zu bedenken, dass eine von den Fällen Ungarn und Polen ausgehende In-

28 Kublik, Auf Linie gebracht Polens öffentlich-rechtlicher Rundfunk unter PiS-Kuratel, *osteuroopa* 2016, 153 (158).

29 Pawłowski, Kulturkampf, *osteuroopa* 2016 (16 ff.).

30 Krzemiński, *Lingua tertii rei publicae* – Die Sprache und das Weltbild der PiS, *osteuroopa* 2016, 119 (121).

31 Bachmann, *osteuroopa* 2016, 37 (52 ff.).

32 Vgl. Geiger, in: Geiger/Kahn/Kotzur, *EUV/AEUV Kommentar*, 6. Aufl. 2017, Art. 2 Rn. 4.

33 Für eine Renaissance des Europa-Optimismus plädierend: Hellwig, *EuZW* 2018, 222 (228).

34 Hellwig, *EuZW* 2018, 222 (222).

35 Diesen Gedanken metaphorisch entfaltend: Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 3. Aufl. 1990, S. 93.

36 Siehe Fn. 14.

37 Vgl. dazu: Potacs, *Effet utile* als Auslegungsgrundsatz, *EuR* 2009, 465 (467 f.).

38 KOM (2014) 158, S. 8 f.

39 Dies kritisch ablehnend: Ministerrat, Dok. 10296/14 vom 24.05.2014, Nr. 24.

40 Die Europäische Kommission für Demokratie und Recht (sog. „Venedig-Kommission“) ist eine Einrichtung des Europarates, die Staaten verfassungsrechtlich berät.

41 So aber: Scheppele/Pech, *VerfBlog* vom 07.03.2018, abrufbar unter: <http://verfassungsblog.de/was-the-commission-right-to-activate-pre-article-7-and-art-71-procedures-against-poland/> (26.03.2018).

42 Eingehender differenzierend: Tauschinsky/Weiß, *Unionsinteresse und Bürgernähe in der Handelspolitik*, *EuR* 2018, 3 (8).

43 Vgl. EP-Res. P8\_TA(2016)0409 vom 25.10.2016, AL, Nr. 6.

44 von Bogdandy/Ioannidis, *ZaöRV* 2014, 283 (286 f.); ausführlich dazu unter dem Punkt: „Das Rechtsstaatsprinzip gem. Art. 2 EUV“.

45 Hofmeister, *Polen als erster Anwendungsfall des neuen „EU Rahmens zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips“*, *DVBl* 2016, 869 (871).

46 KOM (2014) 158, S. 6.

47 Weber, *DÖV* 2017, 741 (747).

48 Hofmeister, *DVBl* 2016, 869 (875).

duktion der erfolglosen Aussprachen auf die abstrakte Konzeption des Rechtsstaatsverfahrens der Bedeutung eines Dialoges gerade *bei* Vorliegen diametral entgegengesetzter Auffassungen nicht gebührend Rechnung trägt. Bestehen bleibt indes die Kritik an der Gewährleistungsfunktionalität des EU-Rahmens, denn nur wenn die Art. 7 EUV vorgelagerte Mechanik tatsächlich die von der Kommission intendierte Stärkung des Rechtsstaatsprinzips zu bewirken vermag, kann das Konzept überzeugen. Letztlich muss sich das Rechtsstaatsverfahren am Maßstab seiner Wirksamkeit messen lassen. Gerade hier zeigt sich aber das Faktum der defizitären Effektivität der rechtsstaatlichen Verfassungskontrolle.<sup>49</sup> Aus diesen Gründen kann der EU-Rahmen nur einen zusätzlichen Beitrag zur Wahrung der Rechtsstaatlichkeit leisten. Gleichwohl ist an der Struktur des Rechtsstaatsverfahrens festzuhalten, da es eine wichtige Plattform für Konversationen bereitstellt.

#### b) EU-Mechanismus für Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und die Grundrechte

Das Europäische Parlament hat in seiner Entschließung vom 25.10.2016 die Errichtung eines EU-Mechanismus für Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und die Grundrechte empfohlen.<sup>50</sup> Der Vorschlag des Europäischen Parlaments könnte den EU-Rahmen der Kommission fundieren, da der nach Art. 4 ff. EU-Mechanismus erarbeitete jährliche Bericht den strukturierten Dialog<sup>51</sup> auf eine umfassendere inhaltliche Substanz stellen würde. Dies könnte insoweit zu einer stärkeren Verhandlungsposition der Europäischen Kommission führen, als diese im Rahmen des Krisendialoges die Möglichkeit der Bezugnahme auf die zahlreichen in Art. 6 EU-Mechanismus aufgeführten Expertengremien hätte.

Man mag hiergegen das Argument des bürokratischen Mehraufwands einwenden, den ein jährlicher Bericht über die rechtsstaatliche Situation in allen Mitgliedstaaten herbeiführen würde. Letztlich erscheint eine sorgfältige Analyse rechtsstaatlicher Strukturen angesichts der zentralen Bedeutung des Rechtsstaatsprinzips aber unerlässlich. Hinzu tritt, dass die länderspezifischen Empfehlungen gem. Art. 8 EU-Mechanismus die mitgliedstaatliche Vielfalt angemessen berücksichtigen würde. Der Vorschlag des Europäischen Parlamentes ist daher zweckdienlich und sollte als ergänzender Beitrag zur Stärkung der Rechtsstaatlichkeit umgesetzt werden.

#### c) Das Frühwarnverfahren, Art. 7 I EUV

Das im Februar des Jahres 2000 anlässlich der „Causa Österreich“ zu Tage getretene Vakuum im Vorfeld des

Sanktionsmechanismus des Vertrages von Amsterdam<sup>52</sup> konnte mittels Implementierung der Frühwarnapparat in den Vertrag von Nizza nicht beseitigt werden.

Der Sanktionsmechanismus ist aufgrund seiner politischen Sprengkraft von dem ehemaligen Kommissionspräsidenten *José Manuel Barroso* metaphorisch als „nukleare Option“<sup>53</sup> bezeichnet worden – das Präventivverfahren basiert hingegen auf der Wirkungslogik des „naming and shaming“,<sup>54</sup> die auf den verantwortungsbewussten Erkenntnis- und Einsichtsprozess des betroffenen Mitgliedstaates vertraut und den Vorzug der milderen Eingriffsqualität aufweist. Der diesem Apell an die mitgliedstaatliche Vernunft inhärente Fokus auf die Vermeidung eines Sanktionsverfahrens, welcher gleichsam niedrigschwellige Diffamierungen des Rechtsstaatsprinzips nicht akzeptieren möchte,<sup>55</sup> ist mit Blick auf die weitestgehende Wahrung der Harmonie zwischen der Kommission und dem die Rechtsstaatlichkeit missachtenden Mitgliedstaat zu würdigen.

Fraglich ist aber, ob die Vermeidung politischer Konfrontation als weise Strategie und tauglicher Fahrplan zur Wiederherstellung und Wahrung der Rechtsstaatlichkeit bewertet werden kann. Dagegen spricht bereits die immense verfahrenstechnische Hürde einer qualifizierten Vierfünftel-Mehrheit des Ratsbeschlusses.<sup>56</sup> Darüber hinaus sieht das Warnprozedere auf der Rechtsfolgenseite nicht mehr als einen bloßen Feststellungsbeschluss vor, dessen Realisierung etwa im Falle Polens dank Verfahrenseinleitung der Kommission<sup>57</sup> zwar wahrscheinlicher geworden ist, zumindest aber die politische Führung des Landes aufgrund seiner fehlenden rechtlichen Auswirkungen nicht zu einer Kehrtwende veranlassen dürfte.<sup>58</sup>

Vor dem Hintergrund dieser Erwägungen erweist sich Art. 7 I EUV als weitgehend obsolet. Es erscheint vernünftiger, weitere Maßnahmen und Warnungen bereits im Rahmen des strukturierten Dialoges zur Sprache zu bringen. Der „Warnmechanismus“ wird nicht nur speziell mit Blick auf den Fall Polen geringe Auswirkungen auf die Stärkung des Rechtsstaatsprinzips haben; er wird die Durchsetzung der Rechtsstaatlichkeit auch generell kaum fördern.

<sup>52</sup> *Yamato/Stephan*, Eine Politik der Nichteinmischung, DÖV 2014, 58 (63).

<sup>53</sup> *Barroso*, Rede zur Lage der Union vom 12.09.2012, [http://europa.eu/rapid/press-release\\_SPEECH-12-596\\_de.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-596_de.htm) (18.10.2018).

<sup>54</sup> Vgl. *Hafner-Burton*, Sticks and Stones: Naming and Shaming the Human Rights Enforcement Problem, *International Organization* 2008, 689 (689 ff.).

<sup>55</sup> *Schorkopf*, „Europas neue Ordnung“ – eine plurale Union, *EuR* 2016, 147 (151).

<sup>56</sup> *Hofmeister*, *DVB* 2016, 869 (872).

<sup>57</sup> Pressemitteilung der EK vom 20.12.2017.

<sup>58</sup> *Kirchner*, *SZ* vom 21.07.2017, „Ohne Rechtsstaat ist alles nichts“, S. 6.

<sup>49</sup> Dies anhand der „Causa Polen“ konturierend: *Weber*, DÖV 2017, 741 (747).

<sup>50</sup> EP-Res. P8\_TA(2016)0409 vom 25.10.2016.

<sup>51</sup> Zu dessen Übernahme in den EU-Mechanismus: EP-Res. P8\_TA(2016)0409 vom 25.10.2016, Art. 10 Nr. 10.2.

**d) Das Sanktionsverfahren, Art. 7 II, III EUV**

Die Einleitung des Sanktionsmechanismus setzt nicht notwendigerweise einen Feststellungsbeschluss nach Art. 7 I EUV voraus,<sup>59</sup> sodass eine gesonderte Würdigung sachdienlich ist.

Ausweislich des Wortlautes von Art. 7 III EUV beinhaltet das Sanktionsverfahren die Option der Aussetzung von Rechten eines Mitgliedstaates, die sich aus den primärrechtlichen Verträgen ergibt. Erfasst ist demnach auch das Stimmrecht des Vertreters der Regierung im Ministerrat, wobei zunächst zu konstatieren ist, dass allein diese Rechtsfolge bereits bei Verfahrenseinleitung einigen Handlungsdruck auf einen die Rechtsstaatlichkeit verletzenden Mitgliedstaat auslösen dürfte. Ein Ausschluss des Mitgliedstaates aus der Europäischen Union findet weder in Art. 7 III EUV eine Rechtsgrundlage noch überzeugt angesichts des Grundsatzes *lex specialis derogat legi generali* und dem in der Entscheidung *van Gend & Loos*<sup>60</sup> begründeten Charakter des Unionsrechts (damals: Gemeinschaftsrechts) als eine „eigene Rechtsordnung“ die Anwendung der völkerrechtlichen Beendigungsnorm des Art. 60 WVK.<sup>61</sup>

Zwar sieht Art. 7 III EUV für den Aussetzungsbeschluss lediglich das Erfordernis einer qualifizierten Mehrheit vor, die gem. Art. 354 UAbs. 2 i. V. m. Art. 238 III lit. b) AEUV mindestens 72 % der Mitglieder des Ministerrates erfordert, sofern die von ihnen vertretenen Mitgliedstaaten 65 % der Bevölkerung oder mehr ausmachen – der vorausgehende Feststellungsbeschluss des Europäischen Rates erfordert indes Einstimmigkeit mit der Maßgabe, dass der betreffende Mitgliedstaat nicht stimmberechtigt ist (Art. 354 AEUV). Angesichts der Tatsache, dass sich der ungarische Ministerpräsident *Viktor Orbán* im Falle Polens bereits gegen eine Feststellung ausgesprochen hat,<sup>62</sup> erscheint ein positives Votum aller Staats- und Regierungschefs nicht wahrscheinlich, wie auch das Ergebnis der Parlamentswahlen in Ungarn am 08.04.2018 bestätigt.

Nicht zu folgen ist der Argumentation, dass der Aussetzung von Stimmrechten zwar eine „Quarantäne“-Wirkung zukomme, dem jeweiligen Minister aber nicht die Anwesenheit bei Tagungen des Ministerrates unmöglich gemacht werde, was eine Multiplikation von „falschen Bildern“ in den Medien zur Folge hätte.<sup>63</sup> Für die Rezi-

pienten der Berichterstattung wäre es evident, dass ein anwesender Minister, dessen Abstimmungsrecht kraft Sanktionsbeschluss suspendiert worden ist, in eine Stabistenrolle degradiert wurde.

Fragwürdig ist aber, ob ein wirkungslogischer Zusammenhang zwischen dem Sanktionsinstrumentarium und der Regenerierung von nationalstaatlicher Rechtstaatlichkeit besteht.<sup>64</sup> Bedenkt man den theoretischen Fall der tatsächlichen Aussetzung von Stimmrechten, wäre ein Einlenken der die Rechtsstaatlichkeit missachtenden Regierung durchaus vorstellbar, damit diese ihren Einfluss etwa im Rahmen des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens wiedererlangt. Andererseits ist aber auch eine renitente Trotzhaltung nicht auszuschließen. Letztlich würde die Wirksamkeit von der konkreten Ausgestaltung der Sanktionen und den politischen Gegebenheiten abhängen.

Wenngleich die Aktivierung der „nuklearen Option“<sup>65</sup> niemals erfolgen soll, so ist die rechtlich-theoretische Möglichkeit in jedem Fall als *ultima ratio* notwendiger Bestandteil in der primärrechtlichen Konstruktion unionaler Wertesicherung.<sup>66</sup> Die Forderung nach einer Reform des Sanktionsverfahrens, etwa im Wege eines „Transfers in den supranationalen Bereich“,<sup>67</sup> ist angesichts der hohen verfahrenstechnischen Hürden zu begrüßen. Da dieser einerseits einen weiteren mitgliedstaatlichen Kompetenzverlust beinhalten und andererseits Einstimmigkeit im ordentlichen Änderungsverfahren voraussetzen würde, kann er aber letztlich nicht überzeugen. Die Relevanz des Art. 7 EUV für die grundlegenden Werte in Art. 2 EUV steht außer Frage – notwendig zu ihrer Sicherung sind aber gerade *aufgrund* ihrer essenziellen Bedeutung realisierbare Vorschläge und kein illusorisches Wunschdenken.

**e) Das Vertragsverletzungsverfahren, Art. 258 AEUV**

Art. 258 AEUV gibt der Kommission ein Instrument an die Hand, um gegen Unionsrechtsverstöße vorzugehen. Seine Anwendung wird nicht durch Art. 7 EUV gesperrt.<sup>68</sup>

Das Wirksamkeitspotential der Aufsichtsklage verdeutlicht das Urteil Kommission ./. Griechenland, in dem die Hellenische Republik aufgrund der Verletzung ihrer Pflichten aus Art. 260 I AEUV zur Zahlung von 5.000.000 € verurteilt wurde.<sup>69</sup> Die Motivation Griechen-

<sup>59</sup> *Scheppele/Pech*, VerfBlog vom 06.03.2018, abrufbar unter: <http://verfassungsblog.de/is-article-7-really-the-eus-nuclear-option/> (26.03.2018).

<sup>60</sup> EuGH vom 05.02.1963, Rs. 26/62.

<sup>61</sup> *Hofmeister*, DVBl 2016, 869 (872).

<sup>62</sup> Die Welt vom 22.12.2017, „Viktor Orbán attackiert EU-Verfahren gegen Polen“, [http://www.welt.de/newsticker/dpa\\_nt/infoline\\_nt/brennpunkte\\_nt/article171849104/Viktor-Orban-attackiert-EU-Verfahren-gegen-Polen.html](http://www.welt.de/newsticker/dpa_nt/infoline_nt/brennpunkte_nt/article171849104/Viktor-Orban-attackiert-EU-Verfahren-gegen-Polen.html) (18.10.2018).

<sup>63</sup> So aber: *Schorkopf*, EuR 2016, 147 (150).

<sup>64</sup> Kritisch dazu: *Hofmeister*, DVBl 2016, 869 (872).

<sup>65</sup> *Barroso*, Rede zur Lage der Union vom 12.09.2012, [http://europa.eu/rapid/press-release\\_SPEECH-12-596\\_de.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-596_de.htm) (18.10.2018).

<sup>66</sup> So auch: *Schorkopf*, EuR 2016, 147 (150).

<sup>67</sup> *Yamato/Stephan*, DÖV 2014, 58 (66).

<sup>68</sup> *Nickel*, Integrationspolitische Herausforderungen an den Europäischen Rechtsstaat: „Zur Zukunft der europäischen Rechts- und Wertegemeinschaft“, EuR 2017, 663 (679).

<sup>69</sup> EuGH vom 22.02.2018, Rs. C-328/16, Rn. 129 f.

lands zur Installation eines Kanalisationssystems dürfte angesichts des halbjährlich hinzutretenden Zwangsgeldes i. H. v. 3.276.000 € erheblich gestiegen sein. Das Sanktionsurteil wurde andererseits erst vierzehn Jahre nach der Feststellungsentscheidung gefällt,<sup>70</sup> was die Schwerfälligkeit des Vertragsverletzungsverfahrens verdeutlicht. Diese wird ferner in der Entscheidung Kommission ./ Polen ersichtlich, in der seit 2007 andauernde Überschreitungen von Grenzwerten für PM10-Partikel erst am 22.02.2018 festgestellt worden sind.<sup>71</sup>

Die langen Verfahrensdauern sollten durch vermehrtes Erwirken von einstweiligen Anordnungen (Art. 279 AEUV) verkürzt werden.<sup>72</sup> Zwar würden kraft Beschluss keine abschließenden Urteile ergehen – der Tenor von einstweiligen Anordnungen könnte aber bereits vollstreckt werden.<sup>73</sup> In einem Beschluss zu Maßnahmen aktiver Waldbewirtschaftung in Polen hat der EuGH ein Zwangsgeld i. H. v. „mindestens 100.000 € pro Tag“<sup>74</sup> für den Fall der Feststellung von Sekundärrechtsverstößen<sup>75</sup> im Hauptsacheverfahren angekündigt und die in Aussicht gestellte Sanktion mit der wirksamen Anwendung des Unionsrechts, dem die Rechtsstaatlichkeit des Art. 2 EUV immanent sei, begründet.<sup>76</sup>

Der Gerichtshof schöpft plausibel aus dem das Unionsrecht prägenden *effet utile*-Prinzip, denn nur wenn bereits die Befolgung der einstweiligen Anordnung sichergestellt wird, kann dem Unionsrecht vollumfänglich zur praktischen Wirksamkeit verholfen werden. Man kann die Erwähnung der Verhängung eines Zwangsgeldes außerhalb des Hauptsacheverfahrens – gerade in dieser spezifischen Fassung – insoweit als einen „Paukenschlag“ deuten, als diese Möglichkeit exklusiv im Rahmen des Art. 260 AEUV ausgestaltet ist, dessen Konzeption im engen systematischen Zusammenhang zu dem Vertragsverletzungsverfahren steht.<sup>77</sup> Eine verbotene Präjudizierung der Hauptsache<sup>78</sup> enthält sie indes nicht, da Ausführungen eines Beschlusses für den im Hauptsacheverfahren zuständigen Spruchkörper rechtlich unverbindlich sind.<sup>79</sup>

Die Inaussichtstellung eines Zwangsgeldes via Beschluss ist aber auch deshalb überzeugend, weil sie die Blaupause

einer neuen Tendenz der EuGH-Judikatur liefern könnte, die eine plastische Perspektive für die Ausgestaltung negativer Konsequenzen für mitgliedstaatliche Unionsrechtsverstöße schaffen würde. Dies könnte zu einem Umdenken bei jenen Mitgliedstaaten beitragen, die sich bislang angesichts immenser Verfahrensdauern trotz eklatanter Unionsrechtsverstöße in sicheren Fahrwassern glaubten. Dieses Vorgehen könnte einen effizienten Beitrag im Rahmen einer umfassenden Strategie unionaler Werteprotektion leisten, da Verbürgungen der Rechtsstaatlichkeit ergiebiger durchgesetzt werden würden.

Gegen ein Vorgehen im Wege des Vertragsverletzungsverfahrens ließe sich zwar der enorme Aufwand einwenden, der die logische Folge einer kleinteiligen Arbeitsweise ist. Der EuGH ist bereits seit Jahren „überlastet“<sup>80</sup> und allein der Hauptanwendungsfall Polen enthält über dreizehn Gesetze, die in den letzten zwei Jahren verabschiedet worden sind.<sup>81</sup> Gewichtiger sind aber die Tatsachen, dass es für diese Strategie zum einen keiner Vertragsänderung bedarf; zum anderen werden durch diese Praxis die Voraussetzungen der ganz konkreten Beseitigung von Rechtsverstößen geschaffen.

In Anbetracht dieser Gründe kann und sollte auch vermehrt im Wege der Verknüpfung des Vertragsverletzungsverfahrens mit dem einstweiligen Rechtsschutz gegen Unionsrechtsverletzungen vorgegangen werden.

#### aa) Primärrechtliche Garantien

##### (1) Das Rechtsstaatsprinzip gem. Art. 2 EUV

*Armin von Bogdandy* hat sich hinsichtlich der Behebung systemischer Defizite kritisch zum Vertragsverletzungsverfahren geäußert, da dieses als „viel zu fallspezifisch“ zu bewerten sei.<sup>82</sup> Einer eingehenden Untersuchung hält diese These nicht stand, im Gegenteil: Die Rüge eines Verstoßes gegen die Rechtsstaatlichkeit gem. Art. 2 EUV im prozessualen Rahmen von Art. 258 AEUV wäre als herausragender Baustein einer umfassenden Strategie unionaler Wertesicherung elementar und konsequent.

Die weite Fassung des Wortlautes von Art. 258 AEUV („Verträge“) steht einer extensiven Handhabung nicht entgegen.<sup>83</sup> Gleichsam wurde bislang keine Klage nach Art. 258 AEUV i. V. m. Art. 2 EUV vor europäischen Gerichten eingereicht, sodass diese Kombination ein „Novum“<sup>84</sup> wäre. Materiell-rechtlich könnte sich ein solches Verfahren an der Tatbestandsvoraussetzung

<sup>70</sup> Vgl. dazu das dem Judikat zugrundeliegende EuGH-Urteil vom 24.06.2004, Rs. C-119/02.

<sup>71</sup> EuGH vom 22.02.2018, Rs. C-336/16, Rn. 125.

<sup>72</sup> Vgl. Art. 160 bis 166 VerfO-EuGH.

<sup>73</sup> *Gaitanides* in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, NK Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 279 Rn. 55.

<sup>74</sup> EuGH vom 20.11.2017, Rs. C-441/17 R, Rn. 118.

<sup>75</sup> Vgl. RL 92/43/EWG, RL 2009/147/EG.

<sup>76</sup> EuGH vom 20.11.2017, Rs. C-441/17 R, Rn. 102.

<sup>77</sup> *Karpenstein*, Europa zeigt Zähne Dreimal Polen, dreimal Neuland: Kommission und EuGH machen nun ernst, EuZW 2018, 97 (97).

<sup>78</sup> Vgl. Art. 39 III EuGH-Satzung und Art. 162 Abs. 4 VerfO-EuGH.

<sup>79</sup> Vgl. dazu *Gaitanides*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, NK Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 279 Rn. 50.

<sup>80</sup> LTO vom 26.11.2014, <http://www.lto.de/recht/hintergruende/h/ueberlastung-eugh-eug-verdopplung-richter-europaeisches-riesenge-richt/> (26.03.2018).

<sup>81</sup> Pressemitteilung der EK vom 20.12.2017, [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-17-5367\\_de.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-5367_de.htm) (18.10.2018).

<sup>82</sup> *von Bogdandy/Ioannidis*, ZaöRV 2014, 283 (286 f.).

<sup>83</sup> Vgl. *Kotzur*, in: Geiger/Kahn/Kotzur, EUV/AEUV Kommentar, 6. Aufl. 2017, Art. 258 Rn. 4.

<sup>84</sup> *Nickel*, EuR 2017, 663 (673).

des systemischen Defizites<sup>85</sup> orientieren, die einzelne Rechtsverstöße unbeachtlich ließe. Denkbar wäre aber auch, isoliert gegen einzelne Maßnahmen vorzugehen, die in grober Weise die Rechtsstaatlichkeit konterkarieren. Der Einwand des Schutzes der nationalen Identität gem. Art. 4 II EUV würde zu kurz greifen, da die Mitgliedstaaten das Rechtsstaatsprinzip mit dem Vertrag von Lissabon nicht nur bekräftigt, sondern sogar zu einem Wert hervorgehoben haben.

Das Europäische Parlament hat sich in der Publikation des EU-Mechanismus für Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und Grundrechte ausdrücklich für eine Bündelung einzelner Aufsichtsklagen der Kommission zu einem Vertragsverletzungsverfahren wegen „systemischer Verletzungen“ ausgesprochen.<sup>86</sup> Auch Meinungen aus der Literatur teilen diese Auffassung unter Verweis auf die Position des EuGH als authentischer Interpret der Verträge.<sup>87</sup> Angesichts der jüngeren Judikatur des Europäischen Gerichtshofes hätte ein solches Vorgehen der Kommission gegen Polen Aussicht auf Erfolg. So führt der EuGH in seiner Entscheidung Kommission ./. Polen vom 22.02.2018 aus:<sup>88</sup>

*„Wenn eine Klage nach Art. 258 AEUV auf Feststellung eines systematischen und andauernden Verstoßes gegen die genannten Bestimmungen gerichtet ist [...] lässt es der Gerichtshof jedoch zu, dass die Kommission ergänzende Beweismittel vorlegt, die den Zweck haben, den generellen und fortdauernden Charakter des gerügten Verstoßes im Stadium des Verfahrens vor dem Gerichtshof zu untermauern.“*

Die Parallelen zu der Formulierung des Art. 7 II EUV sind unverkennbar: Während der EuGH auf die Feststellung eines systematischen und andauernden Verstoßes abstellt, rekurriert Art. 7 II EUV auf den Befund schwerwiegender und anhaltender Verletzungen der in Art. 2 EUV gefassten Werte. Dies deutet darauf hin, dass der EuGH bereits jetzt eine Rechtssprechungslinie skizziert, auf die er in einem späteren Vertragsverletzungsverfahren insoweit zur Stärkung der Position der Kommission zurückgreifen könnte, als dass diese der EU-Kommission supplementäre Beweismittel zur Fundierung systemischer und fortdauernder Verstöße gegen das Rechtsstaatsprinzip ermöglichen würde.

Es bleibt abzuwarten, ob sich die Europäische Kommission für eine Verknüpfung des Vertragsverletzungsverfahrens mit dem rechtsstaatlichen Wert entscheidet. Dies wäre als probater und nachdrücklicher Schritt zu begrüßen.

<sup>85</sup> Dazu ausführlich: von Bogdandy/Ioannidis, ZaöRV 2014, 283 (301 f.)

<sup>86</sup> EP-Res. TA(2016)0409 vom 25.10.2016, Art. 10 Spiegelstrich 4.

<sup>87</sup> Weber, DÖV 2017, 741 (748).

<sup>88</sup> EuGH vom 22.02.2018, Rs. C-336/16, Rn. 48.

## (2) Gewährleistungen der Europäischen Grundrechtecharta

Im Fenster primärrechtlicher Garantien kommt darüber hinaus die Verknüpfung von Art. 258 AEUV mit Art. 19 I EUV i. V. m. Art. 47 GRC in Betracht,<sup>89</sup> der gem. Art. 6 I EUV Primärrecht darstellt. In diesem Zusammenhang ist auch Art. 41 GRC zu beachten, der aber nur die Stellen der Union selbst bindet<sup>90</sup>.

Die genaue Tragweite einer Überprüfung von mitgliedstaatlichen Gesetzen anhand der Unionsgrundrechte ist nicht abschließend geklärt.<sup>91</sup> Gleichwohl findet die Grundrechte-Charta für die Mitgliedstaaten nur bei der unmittelbaren Durchführung von Unionsrecht Anwendung, Art. 51 I 1 GRC. Die Rüge einer Verletzung von Art. 19 I UAbs. 2 i. V. m. Art. 47 GRC wird somit zumeist ins Leere laufen, weil rechtsstaatliche Defizite typischerweise nicht im Rahmen der Ausführung von Unionsrecht auftreten. Folgerichtig hat das Europäische Parlament in seinem „Verhofstadt-Bericht“<sup>92</sup> eine Aufhebung des Art. 51 GRC gefordert.

Diese Reformbemühungen sind vor dem Hintergrund rechtsstaatlicher Fehlentwicklungen in einigen ehemaligen Ostblockstaaten gewiss zu begrüßen.<sup>93</sup> Aufgrund von Art. 1 I der besonderen Geltungseinschränkung der Charta für Polen<sup>94</sup> wäre aber auch bei erfolgreicher Reformierung des Art. 51 GRC eine Änderung der Rechtslage im Rahmen des Vertragsverletzungsverfahrens der Kommission gegen die Polnische Republik zweifelhaft.<sup>95</sup> Aber auch mit Blick auf Ungarn überzeugen die Reformbemühungen letztlich nicht, da sie angesichts der gegenwärtigen ungarischen und polnischen Interessen nicht realisierbar erscheinen.

## (3) Allgemeine Rechtsgrundsätze

Schließlich sind prozessual mittels Art. 258 AEUV gerügte Verstöße gegen allgemeine Rechtsgrundsätze<sup>96</sup> diskutabel. Diese sind gem. Art. 6 III EUV dem Primärrecht inhärent. Ihre Bindungswirkung erstreckt sich auch auf die Mitgliedstaaten,<sup>97</sup> wobei insbesondere rechtstaatliche Grundsätze existieren.<sup>98</sup> Ferner wohnt dem allgemeinen

<sup>89</sup> So auch die EK im Verfahren gegen Polen: Pressemitteilung der EK vom 20.12.2017, [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-17-5367\\_de.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-5367_de.htm) (18.10.2018).

<sup>90</sup> Vgl. EuGH vom 17.07.2014, Rs. C-141/12 u. C-372/12.

<sup>91</sup> Beutler, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, NK Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 6 Rn. 26.

<sup>92</sup> EP-Bericht A8-0390/2016 vom 20.12.2016, Anm. 5 Nr. 45.

<sup>93</sup> Schorkopf, NVwZ 2018, 9 (12).

<sup>94</sup> Protokoll Nr. 30, ABl. 2010 Nr. C 83/313.

<sup>95</sup> Zur konstitutiven Wirkung des Protokolls Nr. 30: Lindner, Zur grundsätzlichen Bedeutung des Protokolls über die Anwendung der Grundrechtecharta auf Polen und das Vereinigte Königreich, EuR 2008, 786 (790 ff.).

<sup>96</sup> Vgl. Schwarze, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo, EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 258 AEUV Rn. 7.

<sup>97</sup> Vgl. EuGH vom 26.02.2013, Rs. C-617/10.

<sup>98</sup> EuGH vom 15.05.1986, Rs. 222/84.

Rechtsgrundsatz der Verhältnismäßigkeit das Rechtsstaatsprinzip inne.<sup>99</sup> Zudem inkorporieren die allgemeinen Rechtsgrundsätze gem. Art. 6 III EUV Gewährleistungen der EMRK, sodass materiell-rechtlich die etwa von Art. 6, Art. 10 und Art. 13 EMRK abgeleiteten allgemeinen Rechtsgrundsätze im Rahmen der Durchsetzung des Rechtsstaatsprinzips gerügt werden könnten.

Eine in dieser Weise ausgestaltete Verknüpfung der Aufsichtsklage mit der Rüge einer spezifischen Verletzung allgemeiner Rechtsgrundsätze wird indes angesichts der besonderen Geltungseinschränkungen der GRC für die Republik Polen<sup>100</sup> zu keinem Erfolg führen, da hier ein Rückgriff auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze nach der Auslegungsmaxime *lex specialis derogat legi generali* ausgeschlossen ist<sup>101</sup>. In Anbetracht der rechtsstaatlichen Defizite in Ungarn wäre diese Methode der Durchsetzung des Rechtsstaatsprinzips dort hingegen denkbar.

### bb) Sekundärrechtliche Ausprägungen

Ergänzend sollte die Kommission weiterhin konsequent gegen Sekundärrechtsverstöße im Wege des Vertragsverletzungsverfahrens vorgehen, die in engem Zusammenhang mit Maßnahmen stehen, welche die Rechtsstaatlichkeit bedrohen.

Die erfolgreiche Klage gegen Ungarn<sup>102</sup> anlässlich der Zwangspensionierung von Richtern, Staatsanwälten und Notaren verdeutlicht die Wirksamkeit dieser Vorgehensweise. Vor diesem Hintergrund überzeugt auch der im Verfahren Kommission ./. Polen<sup>103</sup> gerügte Verstoß gegen die RL 2006/54/EG. Dass bereits weit über einhundert Verfahren gegen Polen eingeleitet worden sind,<sup>104</sup> kann kein Argument gegen die Pflichterfüllung der Kommission sein. Schließlich sollte auch über die Einleitung von Parteiverbotsverfahren nachgedacht werden.<sup>105</sup>

## f) Weitere Ansätze

### aa) Stärkung des EuGH

*Albrecht Weber* hat sich, basierend auf der Authentizität der Europäischen Union als Rechtsgemeinschaft, nicht nur für eine – zustimmungswürdige<sup>106</sup> – „justiziable Verfassungsaufsicht“ des EuGH ausgesprochen,<sup>107</sup> sondern mit Blick auf die Präventivprozedur den Reformvor-

schlag unterbreitet, Art. 7 I EUV mittels Implementierung eines EuGH-Gutachtenverfahrens zu modifizieren.<sup>108</sup>

Die Stärkung des EuGH im Rahmen des Warnverfahrens als Strategie zur Verbesserung der Durchsetzung des Rechtsstaatsprinzips kann nicht überzeugen. Erstens ist eine Modifizierung des Art. 7 I EUV ausschließlich im Wege des ordentlichen Änderungsverfahrens zulässig. Dies folgt *e contrario* aus dem Wortlaut von Art. 48 VI UAbs. 1 EUV, der eine Variierung kraft des vereinfachten Änderungsverfahrens nur für die Bestimmungen des dritten Teils des AEUV vorsieht. Es ist aber zweifelhaft, ob das Einstimmigkeitserfordernis<sup>109</sup> erfüllt werden könnte. Dies dürfte kaum im Interesse jener Länder liegen, die letztlich Anlass der Aktivierung des Inventars von Art. 7 EUV werden.

Zweitens würde auch die Einbettung eines Gutachtenverfahrens zu keiner Änderung der Rechtsfolge des Art. 7 I EUV führen, es bliebe bei einer bloßen Anprangerwirkung. Den Rechtsfolgen kommt aber als „Stellschraube“ für die Wirkungskraft einer Regelung einiges Gewicht zu, wie der Fall Polen belegt.<sup>110</sup> Drittens würde selbst im nicht absehbaren Falle einer erfolgreichen Umsetzung dieses Reformvorschlages das Rechtsstaatsverfahren der Kommission nicht gänzlich obsolet,<sup>111</sup> da der strukturierte Dialog notwendig ist, um die Rechtsstaatlichkeit auch außerhalb der rechtlich verbindlichen Varianten zu stärken und einen Rahmen für fachlich fundierte Gespräche zu schaffen.

### bb) Mitwirkung der Europäischen Grundrechteagentur

Die Europäische Grundrechteagentur (FRA) sollte weiterhin, in Ermangelung hoheitlicher Kompetenzen,<sup>112</sup> eine die Rechtsstaatlichkeit fördernde Rolle einnehmen. Die Unterstützung von Rechtsträgern beim „Zugang zur Justiz“<sup>113</sup> ist mit Blick auf die individualrechtlichen Implikationen der Rechtsstaatlichkeit<sup>114</sup> anzuerkennen.

*Christian Calliess* hat im Rahmen der Debatte um die Zukunft der EU das Szenario vier „weniger, aber

<sup>99</sup> Vgl. Pieprier, in: Dausies/Ludwigs, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Bd. I, Abschn. B.I. Rn. 115, Stand: Februar 2018.

<sup>100</sup> Siehe Fn. 94.

<sup>101</sup> *Hatje*, in: Schwarze, EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 51 GRC Rn. 21.

<sup>102</sup> EuGH vom 06.11.2012, Rs. C-286-12.

<sup>103</sup> Pressemitteilung der EK vom 20.12.2017, abrufbar unter: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-17-5367\\_de.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-5367_de.htm) (18.10.2018).

<sup>104</sup> *Kirchner*, SZ vom 21.07.2017, „Ohne Rechtsstaat ist alles nichts“, S. 6.

<sup>105</sup> Vgl. Art. 10 III, IV VO (EU) Nr. 1141/2014, der u. a. die Kommission berechtigt.

<sup>106</sup> Vgl. dazu die Ausführungen zu „Das Rechtsstaatsprinzip gem. Art. 2 EUV“.

<sup>107</sup> Siehe Fn. 87.

<sup>108</sup> *Weber*, DÖV 2017, 741 (748); Andere Reformakzente setzend: *Cromme*, Eine Perspektive für das Verfassungsrecht der EU: auch eine Perspektive für die spätere Wiederannäherung von Großbritannien, EuR 2017, 206 (219).

<sup>109</sup> *Cremer*, in: Calliess/Ruffert EUV/AEUV Kommentar, 5. Aufl. 2016, Art. 48 Rn. 6.

<sup>110</sup> *Kirchner*, SZ vom 21.07.2017, „Ohne Rechtsstaat ist alles nichts“, S. 6.

<sup>111</sup> So aber: *Weber*, DÖV 2017, 741 (748).

<sup>112</sup> *von Bogdandy/von Bernstorff*, Die Europäische Agentur für Grundrechte in der europäischen Menschenrechtsarchitektur und ihre Fortentwicklung durch den Vertrag von Lissabon, EuR 2010, 141 (151).

<sup>113</sup> Internetseite der FRA, <http://fra.europa.eu/de/theme/zugang-zur-justiz> (26.03.2018).

<sup>114</sup> Vgl. etwa Art. 47 GRC.

effizienter<sup>115</sup> am Beispiel der Europäischen Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde präzisiert, die mit Sanktionsinstrumenten ausgestattet ist und damit einen wirklichen Beitrag zur kooperativen Rechtsdurchsetzung leisten könne.<sup>116</sup> Überträgt man diesen Gedanken auf die FRA, könnte diese ebenfalls mit Zwangsbefugnissen ausgestattet werden, um justiziellen Rechten mehr Nachdruck zu verleihen.

Gegen diese Kompetenzerweiterung spricht indes der Subsidiaritätsgrundsatz und der fehlende Wille der Mitgliedstaaten, die FRA zu stärken. Aber auch dieser Frage ungeachtet leistet die FRA einen wichtigen Beitrag zur unionalen Grundrechtssicherung, die eng mit der Rechtsstaatlichkeit verknüpft ist und daher rechtsstaatliche Strukturen positiv beeinflusst.

### cc) Neuordnung der Kohäsionspolitik

Schließlich steht die Kürzung von finanziellen Zuwendungen der EU-Institutionen zur Debatte. Mit Blick auf die Republik Polen hat sich das Kabinett Merkel III für eine Überprüfung von Fördergeldern ausgesprochen.<sup>117</sup> Die Kommission empfahl dem Rat, öffentlich auf den Zusammenhang zwischen Investor-Rechtsunsicherheit und der Bedrohung des Rechtsstaatsprinzips hinzuweisen.<sup>118</sup> Dieses Vorgehen wurde von *Dietmar Nickel* kritisch bewertet: Die Europäische Kommission zeige allzu streng ihre „Folterwerkzeuge“ und trage dem Einstimmigkeitserfordernis des Finanzrahmens (Art. 312 AEUV) nicht hinreichend Rechnung.<sup>119</sup>

Angesichts rechtsstaatlicher Fehlentwicklungen ist ein behutsames Überdenken der Kohäsionspolitik adäquat. Wenn das Wertefundament der EU mit tiefgreifenden Verfassungsreformen torpediert wird, kann und muss – unter Wahrung des Solidaritätsprinzips – eine Debatte über finanzielle Folgen möglich sein.

## IV. Schlussbetrachtung

Kommissionspräsident *Jean-Claude Juncker* hat es zutreffend konturiert: Die Rechtsstaatlichkeit ist „keine Option. Sie ist Pflicht.“<sup>120</sup> Die Entstehungsgeschichte der Verträge verdeutlicht ihre essentielle Bedeutung für die

<sup>115</sup> Weißbuch der EK vom 01.03.2017, S. 22f., [http://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/weissbuch\\_zur\\_zukunft\\_europas\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/weissbuch_zur_zukunft_europas_de.pdf) (06.11.2018).

<sup>116</sup> *Calliess*, NVwZ 2018, 1 (5).

<sup>117</sup> Stellungnahme der Bundesregierung zur Kohäsionspolitik der EU nach 2020 vom 20.06.2017, Nr. 34, <http://g8fip1kplyr33r3krz5b97d1-wpengine.netdna-ssl.com/wp-content/uploads/2017/06/170511-Stellungnahme-BReg-zu-künftiger-Kohäsionspolitik-final.pdf> (18.10.2018)

<sup>118</sup> Empfehlung des Rates COM (2017) 520 final vom 22.05.2017, Nr. 14.

<sup>119</sup> *Nickel*, EuR 2017, 663 (675).

<sup>120</sup> *Juncker*, Rede zur Lage der Union vom 13.09.2017, [http://ec.europa.eu/germany/news/20170913-juncker-rede-zur-lage-der-union-2017\\_de](http://ec.europa.eu/germany/news/20170913-juncker-rede-zur-lage-der-union-2017_de) (18.10.2018).

Grundlagen der EU, die sich gerade in der Polykrise am Leitbild der Rechtsgemeinschaft orientieren sollte. Die Situationen in Ungarn und in Polen veranschaulichen, dass die Union den Menschen ihre Vorteile, auch ihre Werte und insbesondere die Errungenschaft der Rechtsstaatlichkeit überzeugender vermitteln muss und ihre demokratischen Defizite selbstkritisch reflektieren sollte. Sie führt aber ebenso zu Kontroll- und Durchsetzungsnotwendigkeiten. Der EU-Rahmen hat in Polen nicht die erhofften Ergebnisse bewirkt. Dennoch bleibt der strukturierte Dialog ein wichtiges sanftes Mittel, das mithilfe des EU-Mechanismus auf eine fundiertere fachliche Grundlage gestellt werden sollte. Das Warnverfahren vermag es trotz seiner „Anprangerfunktion“ nicht, einen gehaltvollen Beitrag für die Wertesicherung zu leisten, sodass Reformbedarf zwar besteht, angesichts der aktuellen politischen Lage aber nicht realisierbar sein dürfte. Letzteres gilt auch für den Sanktionsmechanismus, der trotz erheblicher Rechtsfolgen für bestimmte Regierungen wenig alarmierend erscheinen wird und doch als *ultima ratio* sinnvoll bleibt. Daher sollte die Kommission weiterhin behutsam und konsequent gegen spezifische Verstöße im Wege der Aufsichtsklage vorgehen, die in einem engen Zusammenhang mit dem Rechtsstaatsprinzip stehen und soweit möglich von der Figur des einstweiligen Rechtsschutzes Gebrauch machen. Die Kommission sollte zudem ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Polen wegen Verstoßes gegen den Wert der Rechtsstaatlichkeit des Art. 2 EUV einleiten. Die jüngste Judikatur verdeutlicht, dass der EuGH auf diese Klage vorbereitet wäre. Materiell-rechtlich erscheint eine Rüge von Verletzungen der Grundrechtecharta und allgemeiner Rechtsgrundsätze in Polen aufgrund besonderer Geltungsbeschränkungen nicht zielführend, während diese Option mit Blick auf Ungarn denkbar bleibt. Die Europäische Grundrechteagentur sollte weiterhin Unionsbürgerinnen und Unionsbürgern zu ihren justiziellen Rechten verhelfen, die eng mit der Rechtsstaatlichkeit verbunden sind; eine Neuordnung der Kohäsionspolitik *a priori* auszuschließen ist der falsche Weg. Nach alledem ist das Eintreten für den Wert der Rechtsstaatlichkeit aber auch die Verantwortung der Zivilgesellschaft in Europa. Es bleibt zu hoffen, dass die Unionsbürgerinnen und Unionsbürger sich vermehrt bewusst darüber werden, dass, wie es der ehemalige Bundespräsident der Bundesrepublik Deutschland *Joachim Gauck* einmal formuliert hat, der Rechtsstaat „gepflegt und fortentwickelt“<sup>121</sup> werden muss.

<sup>121</sup> *Gauck*, Rede zum 70. Deutschen Juristentag vom 16.09.2014, <http://www.bundespraesident.de/SharedDocs/Reden/DE/Joachim-Gauck/Reden/2014/09/140916-Juristentag.html> (18.10.2018).

Laura Jacobs\*

## Die türkische Militäroffensive auf Afrin

*Die türkische Militäroffensive auf Afrin muss sich nicht nur an einem politischen Maßstab messen lassen, sondern stellt auch aus rechtlicher Perspektive eine große Herausforderung für die internationale Gemeinschaft dar. Der folgende Beitrag resümiert die Ereignisse Anfang des Jahres 2018 vor dem Hintergrund des völkerrechtlichen Gewaltverbots. Die Lage in Syrien ist vielschichtig und das Völkerrecht angesichts neuer nicht-staatlicher Akteur/innen im Wandel begriffen. Die allgemeinen rechtlichen Voraussetzungen für eine militärische Gewaltanwendung aber haben in ihrer universellen Geltungskraft nichts eingebüßt. Der Beitrag kritisiert vor diesem Hintergrund die vermeintliche Rechtfertigungsstrategie der Türkei und kontextualisiert die vorliegenden Erklärungsmuster.*

### I. Das Gewaltverbot als Fundament der internationalen Beziehungen

Afrin liegt im Norden Syriens an der Grenze zur Türkei. Bis zum türkischen Vorstoß zählte das kurdisch geprägte Gebiet zu den bis zum heutigen Zeitpunkt wenigen weitgehend friedlichen Regionen in Syrien und war Teil des politischen Projekts Rojava. Am 20.01.2018 begann offiziell die türkische Luftwaffe unter dem Titel „Operation Olivenzweig“ Angriffe auf verschiedene Ziele in Nordsyrien – darunter die Stadt Afrin – zu fliegen. Bodenangriffe mit Panzereinsatz folgten. Am 18.03.2018 gab die Selbstverwaltung von Afrin bekannt, dass allein in der bis dato 58 Tage währenden türkischen Militäroffensive insgesamt 500 Zivilist/innen getötet und 1030 verletzt worden seien.

Art. 2 Nr. 4 UNCh untersagt Staaten jede gegen andere Staaten gerichtete Gewaltanwendung. Diese Idee ist historisch betrachtet zwar noch relativ jung, spätestens aber nach dem Zweiten Weltkrieg zwingendes Völkerrecht – sog. *ius cogens* – geworden und damit für alle Staaten verbindlich.<sup>1</sup> Neben Maßnahmen des UN-Sicherheitsrates nach Kapitel VII UNCh ist die einzige Rechtfertigungsmöglichkeit für einen Verstoß gegen das Gewaltverbot die Selbstverteidigung gem. Art. 51 UNCh. Am 20.01.2018 erklärte die Türkei gegenüber dem Präsidenten des UN-Sicherheitsrats sowie dem UN-Generalsekretär in einer förmliche Erklärung nach Art. 51 UNCh, dass sie ihr Selbstverteidigungsrecht gem. Art. 51 UNCh geltend mache.<sup>2</sup>

\* Die Autorin ist Studentin der Rechtswissenschaft an der Universität Hamburg.

<sup>1</sup> Arnauld, Völkerrecht, 3. Aufl. 2016, Rn. 1022; Ipsen, Völkerrecht, 6. Aufl. 2014, § 51 Rn. 16.

<sup>2</sup> Talmon, GPIL-Blog vom 26.01.2018, Difficulties in assessing the il-

### II. Selbstverteidigungslage: Angriff auf die Türkei?

Damit die Türkei ihr Selbstverteidigungsrecht geltend machen könnte, müsste ein bewaffneter Angriff i. S. d. Art. 51 UNCh vorliegen. Zunächst ist hier der bewaffnete Angriff eines anderen Staates gemeint. Das Tatbestandsmerkmal des „bewaffneten Angriffs“ als Voraussetzung für eine rechtmäßige Selbstverteidigungshandlung ist dabei weitaus enger als der Begriff der „Gewalt“ i. S. d. Art. 2 IV UNCh zu verstehen.<sup>3</sup> Worin genau ein bewaffneter Angriff auf die Türkei gelegen haben soll, lässt sich nicht genau aufklären. Zu diesem Ergebnis kommt auch der Wissenschaftliche Dienst des Deutschen Bundestages.<sup>4</sup> Dass jedenfalls Syrien selbst die Türkei nicht angegriffen hat, steht außer Zweifel.

Im Übrigen ist an dieser Stelle die innenpolitische Dimension Syriens nicht weiter von Belang. Selbst ein sogenannter „failed state“ behält grundsätzlich seine passive Deliktsfähigkeit und kann Opfer eines Verstoßes gegen Art. 2 Nr. 4 UNCh sein.<sup>5</sup>

### III. Rechtmäßige Selbstverteidigungshandlung und die Motive des türkischen Einmarsches

Eine Selbstverteidigungshandlung müsste auch verhältnismäßig, d. h. erforderlich sein und nicht außer Verhältnis zum Erstschlag stehen.<sup>6</sup> Regelmäßig unvereinbar ist eine Selbstverteidigungshandlung mit dem Ziel in die politische Verfasstheit eines Staates zu intervenieren, dem sog. *regime change*.<sup>7</sup> Dies ist anlässlich des Afghanistan-Krieges 2001 sowie des Irak-Krieges 2003 mit ganz überwiegender Auffassung manifestiert worden.<sup>8</sup>

Bzgl. Afrin indizieren hingegen beachtliche Hinweise, dass die Türkei mit der Operation vielmehr geostrate-

legality of the Turkish intervention in Syria, <http://gpil.jura.uni-bonn.de/2018/01/difficulties-assessing-illegality-turkish-intervention-syria/> (30.08.2018).

<sup>3</sup> Arnauld, Völkerrecht, 3. Aufl. 2016, Rn. 1077; Herdegen, Völkerrecht, 3. Aufl. 2004, § 34, Rn. 16; Ipsen, Völkerrecht, 6. Aufl. 2014, § 52 Rn. 7.

<sup>4</sup> Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages, <http://www.bundestag.de/blob/546854/07106ad6d7fc869307c6c7495eda3923/wd-2-023-18-pdf-data.pdf> (30.08.2018), S. 7.

<sup>5</sup> Arnauld, Völkerrecht, 3. Aufl. 2016, Rn. 384.

<sup>6</sup> IGH-Gutachten vom 08.07.1996, ICJ Rep. 1996, 226, § 41 – Nuklearwaffen; Ipsen, Völkerrecht, 6. Aufl. 2014, § 52 Rn. 30.

<sup>7</sup> Arnauld, Völkerrecht, 3. Aufl. 2016, Rn. 1090; Hobe, Einführung in das Völkerrecht, 10. Aufl. 2014, S. 260.

<sup>8</sup> Arnauld, Völkerrecht, 3. Aufl. 2016, Rn. 1090.

gische sowie ideologische Interessen verfolgte.<sup>9</sup> Türkische machthabende Politiker/innen waren diesbezüglich wenig zurückhaltend in ihren Äußerungen.<sup>10</sup> Journalist/innen, die kritisch über den türkischen Militäreinsatz berichteten, wurden massiv mit Repressionen belegt.<sup>11</sup> Gleichzeitig standen die türkischen Präsidentschaftswahlen vor der Tür und wurden wenige Wochen später sogar noch auf Juni 2018 (entgegen dem regelmäßigen Turnus von 2019) vorverlegt. Die kurdische Idee von demokratischer Selbstverwaltung in einem föderal strukturierten Syrien war und ist unter diesen Gesichtspunkten ein Land, das bis vor kurzem noch offiziell im Ausnahmezustand war, äußerst bedrohlich.<sup>12</sup>

#### IV. YPG und YPJ als Adressat/innen der türkischen Gewalt

In der Argumentationsstruktur der Türkei nehmen YPG und YPJ eine besondere Rolle ein. YPG und YPJ sind die Volksverteidigungseinheiten der Partei der Demokratischen Union PYD in Syrien. Während die PKK in vielen Ländern als Terrororganisation klassifiziert und verboten ist, waren YPG und YPJ dagegen wichtige Bündnispartner/innen der USA im Kampf gegen Daesh/IS.<sup>13</sup>

Juristisch interessant ist die Frage, welche Rolle private Akteur/innen wie YPG und YPJ im Rahmen des Rechtsinstituts der Selbstverteidigung spielen können. Das traditionelle Völkerrechtssystem erkennt insbesondere Staaten als Völkerrechtssubjekte an und steckt im Umgang mit nicht-staatlichen Akteur/innen noch weitgehend in den Kinderschuhen. Gleichwohl geht mit einer globalisierten Welt auch zunehmender Einfluss privater Akteur/innen einher und in der Folge haben sich verschiedene juristische Figuren herausgebildet, die den Umgang mit nicht-staatlichen Akteur/innen erfassen. Insbesondere wenn es um militärische Auseinandersetzungen geht, wird immer häufiger das Label „Terrorismus“ als Legitimation für gewaltsame Interventionen herangezogen.

Während inzwischen anerkannt ist, dass eine Selbstverteidigungshandlung gegen private Akteur/innen unter strengen Voraussetzungen grundsätzlich möglich sein kann, bleibt das Erfordernis eines gegenwärtigen be-

waffneten Angriffs i. S. d. Art. 51 UNCh mit Nachdruck bestehen.<sup>14</sup> Der IGH fordert seit der Nicaragua-Rechtsprechung einen koordinierten militärischen Schlag, der sowohl von seinem Ausmaß als auch von seiner Wirkung von erheblichem Gewicht ist (*scale and effects*).<sup>15</sup> Für eine enge Auslegung spricht auch die Systematik.<sup>16</sup> Während es bei Art. 39 UNCh (Kapitel VII-Maßnahmen) um die Legitimation multilateraler Sanktionen geht, birgt Art. 51 UNCh in Form einer unilateralen Gewaltanwendung weitaus mehr Missbrauchsrisiko.

Dass die Türkei in ihrem förmlichen Schreiben an den UN-Sicherheitsrat abstrakt von einer terroristisch motivierten allgemeinen Bedrohungslage von YPG und Daesh/IS spricht, genügt diesen Anforderungen nicht. Vielmehr karikiert die Darstellung die Tatsache, dass YPG und YPJ maßgeblich an der Befreiung von Daesh/IS in Nordsyrien beteiligt waren und Stabilität in die Region brachten. Unterdessen tauchten in den digitalen Netzwerken immer mehr Bilder auf, die eine enge Zusammenarbeit zwischen der türkischen Armee und islamistischen Dschihadisten bewiesen.<sup>17</sup>

Selbst die Konstruktion einer antizipatorischen Selbstverteidigung greift hier nicht. Zwar erkennt die ganz überwiegende Meinung eine präventive Selbstverteidigung für zulässig an.<sup>18</sup> Hier müssen aber die engen Grenzen der im Caroline-Fall entwickelten Kriterien erfüllt sein.<sup>19</sup> Nach dieser sogenannten Webster-Formel muss der Staat, der sich auf die Selbstverteidigung beruft, nachweisen, dass der Angriff unmittelbar bevorstand, überwältigend war und keine Wahl der Mittel und keine Zeit für weitere Beratungen blieb.<sup>20</sup> Dass Afrin bis heute von türkischen Militärkräften besetzt ist, lässt keinen Raum für die Konstruktion einer antizipatorischen Selbstverteidigung, die allenfalls Abfangschläge gegen akute Gefährdungsszenarien umfassen kann.

Auch wenn die Deklaration von YPG und YPJ als vermeintlich terroristische Organisationen gut in das Weltbild von verschiedenen Akteur/innen passt, genügen stereotype Vorannahmen nicht, um einen Eingriff in das Gewaltverbot zu rechtfertigen. Das Narrativ der

<sup>9</sup> Talmon, GPIL-Blog vom 26.01.2018, <http://gpil.jura.uni-bonn.de/2018/01/difficulties-assessing-illegality-turkish-intervention-syria/> (30.08.2018).

<sup>10</sup> Martens, FAZ vom 16.03.2018, Auf dem Weg nach Türkisch-Afrin, <http://www.faz.net/aktuell/politik/ausland/will-ankara-die-kurden-gebiete-in-syrien-annektieren-15498183.html?GEPIC=s2> (30.08.2018).

<sup>11</sup> Isik, SZ vom 16.03.2018, Wir erwarten, dass Deutschland Haltung zeigt, <http://www.sueddeutsche.de/muenchen/fuerstenfeldbruck/gastbeitrag-wir-erwarten-dass-deutschland-haltung-zeigt-1.3909533> (30.08.2018).

<sup>12</sup> Martens, FAZ vom 16.03.2018, <http://www.faz.net/aktuell/politik/ausland/will-ankara-die-kurdengebiete-in-syrien-annektieren-15498183.html?GEPIC=s2> (23.08.2018).

<sup>13</sup> ZEIT vom 18.03.2018, Türkische Armee erobert syrische Kurdenstadt Afrin, <http://www.zeit.de/news/2018-03/18/tuerkische-armee-erobert-syrische-kurden-stadt-afrin-180318-99-530815> (30.08.2018).

<sup>14</sup> IGH vom 27.06.1986, ICJ Rep. 1986, 14, § 195 – Nicaragua II; UN-Sicherheitsrat Resolution 490 vom 21.07.1981; Resolution 501 vom 25.2.1982; Resolution 509 vom 06.06.1982; Arnould, Völkerrecht, 3. Aufl. 2016, Rn. 1080, 1109 (1113).

<sup>15</sup> IGH vom 27.06.1986, ICJ Rep. 1986, 14, § 195 – Nicaragua II.

<sup>16</sup> Arnould, Völkerrecht, 3. Aufl. 2016, Rn. 1077; Herdegen, Völkerrecht, 3. Aufl. 2004, § 34, Rn. 16; Ipsen, Völkerrecht, 6. Aufl. 2014, § 52 Rn. 7.

<sup>17</sup> SZ vom 16.03.2018, <http://www.sueddeutsche.de/muenchen/fuerstenfeldbruck/gastbeitrag-wir-erwarten-dass-deutschland-haltung-zeigt-1.3909533> (30.08.2018).

<sup>18</sup> Arnould, Völkerrecht, 3. Aufl. 2016, Rn. 1085; Hobe, Einführung in das Völkerrecht, 10. Aufl. 2014, S. 262.

<sup>19</sup> Greenwood, MPEPIL (4/2009); Krefß/Schiffbauer, Erst versenkt, dann zu Völkerrecht erhoben, JA 2009, 611 (611).

<sup>20</sup> Arnould, Völkerrecht, 3. Aufl. 2016, Rn. 1085.

Selbstverteidigung hält einer rechtlichen Prüfung nicht Stand.<sup>21</sup> Vielmehr ist das vermeintliche Argument der

<sup>21</sup> Peters, The Turkish Operation in Afrin (Syria) and the Silence of the Lambs, EJILVölkerrechtsblog vom 30.01.2018, <http://www.ejiltalk.org/the-turkish-operation-in-afrin-syria-and-the-silence-of-the-lambs/> (30.08.2018); Talmon, Difficulties in assessing the illegality of the Turkish intervention in Syria, German Practice in International Law (GPIL-blog) vom 26.01.2018, <http://gpil.jura.uni-bonn.de/2018/01/difficulties-assessingillegality-turkish-intervention-syria/> (30.08.2018).

Selbstverteidigung Ausdruck einer politischen Agenda gegen Kurd/innen, die sich nicht nur in der Türkei selbst findet.

Das Gewaltverbot hat sich als Konsequenz nach 1945 zur tragenden Säule des Völkerrechts entwickelt. Die türkische Militäroffensive auf Afrin ist ein massiver Verstoß dagegen. Die Konsequenzen treffen uns alle.

Julius Adler\*

## Preisschirmschäden im Kartellschadensersatzrecht – Grundlage für einen Schadensersatzanspruch?

*Dieser Beitrag untersucht die Erfassung und damit auch Haftung von an Kartellen beteiligten Unternehmen für sog. Preisschirmschäden. Zunächst wird die relevante Rechtsprechung des EuGH dargestellt, bevor die Rechtslage nach deutschem Recht einer Untersuchung zugeführt wird. Dabei liegt der Schwerpunkt auf der Möglichkeit der Aktivlegitimation von Preisschirmkläger/innen sowie auf der Zurechnung von Preisschirmschäden zu den Kartellant/innen.*

### I. Einleitung

Grundsätzlich haften Angehörige eines Preiskartells (sog. Preiskartellant/innen) gem. § 33 a I GWB den Betroffenen für die entstandenen Schäden. Dazu müssen die Kartellant/innen vorsätzlich oder fahrlässig einen Verstoß gegen § 33 I GWB begangen haben; sprich, die Kartellant/innen müssen einer GWB-Norm, den Art. 101 oder 102 AEUV oder der Verfügung einer Kartellbehörde zuwidergehandelt haben. Solche Preiskartelle ziehen regelmäßig sog. Preisschirmeffekte (auch *umbrella effects*) nach sich: Nicht zum Preiskartell gehörende Wettbewerber/innen (sog. Kartellaußenseiter/innen) heben – bewusst oder unbewusst – ihre Preise im Schatten des Kartells an, ohne dass dies bei ordnungsgemäßigem Wettbewerb (wirtschaftlich) möglich wäre.<sup>1</sup> Dies führt dazu, dass die Abnehmer/innen der Kartellaußenseiter/innen einen überhöhten Preis zahlen – folglich einen Schaden erleiden. Können auch diese Abnehmer/innen von Kar-

tellaußenseiter/innen (sog. Preisschirmgeschädigte) von den Kartellant/innen gem. § 33 a I GWB Ersatz ihres Schadens verlangen?

### II. Das Kone-Urteil des EuGH<sup>2</sup>

Ende 2012 rief der Oberste Gerichtshof Österreichs den EuGH an, in einem Vorabentscheidungsverfahren gem. Art. 267 AEUV zu entscheiden, ob Art. 101 AEUV dahingehend auszulegen ist, dass dieser „einer Auslegung und Anwendung des Rechts eines Mitgliedstaats entgegensteht, wonach es aus Rechtsgründen kategorisch ausgeschlossen ist, dass die an einem Kartell beteiligten Unternehmen zivilrechtlich für Schäden haften, die daraus resultieren, dass ein an diesem Kartell nicht beteiligtes Unternehmen in Anbetracht der Machenschaften des Kartells seine Preise höher festgesetzt hat, als es dies ohne das Kartell getan hätte.“<sup>3</sup>

Grundlage der Vorlagefrage war ein Rechtsstreit zwischen der Kone AG, der Otis GmbH, der Schindler Aufzüge und Fahrtreppen GmbH, der Schindler Liegenschaftsverwaltung GmbH sowie der ThyssenKrupp Aufzüge GmbH einerseits und der ÖBB-Infrastruktur AG andererseits. Die erstgenannten Unternehmen hatten sich zumindest seit den 80er-Jahren an Kartellen beteiligt, die eine Marktaufteilung im Bereich des Einbaus und der Wartung von Aufzügen und Fahrtreppen zum Gegenstand hatten. Die Europäische Kommission verhängte ein Bußgeld in Höhe von 992 Mrd. € gegen die Kartellant/innen. Die ÖBB-Infrastruktur AG verlangte – unter Verweis auf den Preisschirmeffekt – Schadensersatz von den Kartellant/innen, weil sie überhöhte Preise

\* Der Autor ist Student der Rechtswissenschaft an der Universität Hamburg. Dieser Beitrag beruht auf einer im Seminar „Europäisches und Deutsches Kartellrecht“ bei Professor Dr. Reinhard Ellger eingereichten Seminararbeit.

<sup>1</sup> Coppik/Haucap, Die Behandlung von Preisschirmeffekten bei der Bestimmung von Kartellschäden und Mehrerlösen, WuW 2016, 50 (50); Zöttl, Kartellrecht: Umbrella Pricing – Kone, EuZW 2014, 586 (589).

<sup>2</sup> EuGH vom 05.06.2014, Rs. C-557/12 – Kone u. a.

<sup>3</sup> EuGH vom 05.06.2014, Rs. C-557/12 – Kone u. a., Rn. 19.

an Kartellaußenseiter/innen gezahlt hatte. Das erstinstanzliche Gericht wies die Klage ab, das zweitinstanzliche Gericht gab der Klage statt.<sup>4</sup> Der daraufhin angerufene Oberste Gerichtshof legte die Frage zunächst dem EuGH vor, welcher die Vorlagefrage bejahte: Ein kategorischer Ausschluss von Schadensersatzansprüchen Preisschirmgeschädigter verstoße gegen den Effektivitätsgrundsatz und sei demnach nicht mit dem Unionsrecht vereinbar.<sup>5</sup> Um die volle Wirksamkeit des Art. 101 AEUV zu gewährleisten stehe dieser einem nationalen Recht entgegen, dass Schadensersatzansprüche Preisschirmgeschädigter per se ausschließt.<sup>6</sup>

### III. Haftung nach deutschem Recht

Auch bei Preisschirmgeschädigten (keine direkten oder mittelbaren Abnehmer/innen der Kartellant/innen) kann durch das Preiskartell ein Schaden entstehen. Diese Überlegungen beruhen auf der sog. *Preisschirmtheorie*.<sup>7</sup> An einem gem. Art. 101 AEUV, § 1 GWB verbotenen Kartell nehmen nicht notwendigerweise alle Anbieter/innen eines Marktes teil, da die Nichtteilnahme für Kartellaußenseiter/innen Vorteile mit sich bringen kann.<sup>8</sup> Die Preisabsprache und darauffolgende Preisanhebung der Kartellant/innen führt regelmäßig zu einer gesteigerten Nachfrage nach den (günstigeren) Produkten der Kartellaußenseiter/innen.<sup>9</sup> Diese werden demgemäß regelmäßig ihre Produktmenge erhöhen, womit (zumeist) gesteigerte Produktionskosten einhergehen.<sup>10</sup> Um dennoch kostendeckend zu wirtschaften und die gesteigerten Kosten zu decken, bedarf es einer Preiserhöhung seitens der Kartellaußenseiter/innen.<sup>11</sup> Damit ist zumindest aus ökonomischer Sicht die Ursächlichkeit der Kartellabsprache für das Anheben der Preise seitens der Kartellaußenseiter/innen bzw. den Preisschirmeffekt bereits dargelegt.

Aus juristischer Sicht ist die Frage der Ersatzfähigkeit von Preisschirmschäden nicht so einfach zu beantworten. Ob infolge von Preisschirmeffekten entstandene Schäden von § 33 a I GWB erfasst werden, ist anhand zweier Punkte – unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH – zu erläutern: Zunächst ist die Aktiv-

legitimation Preisschirmgeschädigter zu untersuchen.<sup>12</sup> Daran anknüpfend stellt sich die Frage, inwieweit Preisschirmschäden kausal auf einem Verstoß gegen ein Kartellverbot beruhen sowie inwiefern diese Schäden den Kartellanten/innen zurechenbar sein können.<sup>13</sup>

#### 1. Aktivlegitimation

Die Aktivlegitimation der Anspruchsinhaber/innen von Schadensersatzansprüchen gem. § 33 a I GWB ergibt sich aus § 33 I GWB: Demnach sind die „Betroffenen“ aktivlegitimiert. Gem. § 33 III GWB ist betroffen, wer als Mitbewerber/in oder sonstige/r Marktbeteiligte/r durch den Verstoß beeinträchtigt ist. Darunter ist ein/e jede/r zu verstehen, die/der durch den Verstoß i. S. v. § 33 I GWB in ihren/seinen wirtschaftlichen Interessen beeinträchtigt bzw. deren/dessen Wettbewerbsfreiheit beschränkt ist.<sup>14</sup> Der Wortlaut begrenzt die Aktivlegitimation allerdings nicht auf Konkurrenten/innen der Kartellant/innen; zumal nicht klargestellt wird, welche Anforderungen an die Betroffenheit zu stellen sind. Inwieweit besteht also die (grundsätzliche) Möglichkeit, dass Preisschirmgeschädigte betroffen und damit schadensersatzanspruchsberechtigt sind?

##### a) Wortlaut

Gemäß §§ 33 a I, 33 I, III GWB sind von dem Verstoß „Betroffene“ aktivlegitimiert. Die Begriffe „betroffen“ sowie „Mitbewerber/in und Marktbeteiligte/r“ sind weit und unbestimmt. Somit lassen sich auch Preisschirmgeschädigte darunter subsumieren, sofern diese von kartellrechtswidrigem Verhalten betroffen sind.<sup>15</sup> Wie oben dargestellt, ziehen Preiskartelle regelmäßig Preisanhebungen einer/s Kartellaußenseiter/in nach sich. Deren/dessen Abnehmer/innen, die einen angehobenen Preis zahlen, werden von kartellrechtswidrigem Verhalten tangiert, könnten also wie die Abnehmer/innen der Kartellant/innen zu behandeln sein.<sup>16</sup> Preisschirmgeschädigte aufgrund des Wortlautes der §§ 33 a I, 33 I, III GWB per se vom Kreis der Aktivlegitimierten auszuschließen, ist demnach zu kurz gegriffen – der Wortlaut lässt die Anspruchsberechtigung zumindest zu.

##### b) Sinn und Zweck

Der Schadensersatzanspruch gem. § 33 a I GWB dient – wie die Bezeichnung schon sagt – nicht der Abschöpfung von Gewinnen oder dem Bereicherungsausgleich, sondern dem Ersatz von Schäden. Neben der kartell-

4 EuGH vom 05.06.2014, Rs. C-557/12 – Kone u. a., Rn. 11; s. Handelsgericht Wien vom 19.09.2011 – 19 Cg 21/10z-57; Oberlandesgericht Wien vom 21.12.2011 – 1 R 272/11v-65.

5 Vgl. EuGH vom 05.06.2014, Rs. C-557/12 – Kone u. a., Rn. 5 ff.; Zöttl, EuZW 2014, 586 (568).

6 EuGH vom 05.06.2014, Rs. C-557/12 – Kone u. a., Rn. 38.

7 Pauer, Schadensersatzansprüche aufgrund von „Preisschirmeffekten“ bei Kartellverstößen, WuW 2015, 14 (16 f.); Blair/Maurer, Umbrella Pricing and Antitrust Standing: An Economic Analysis, ULR 1982, 763 (763).

8 Beth/Pinter, Preisschirmeffekte: Wettbewerbsökonomische Implikationen für kartellrechtliche Bußgeld- und Schadensersatzverfahren, WuW 2013, 228 (230 f.); Pauer, WuW 2015, 14 (16).

9 Beth/Pinter, WuW 2013, 228 (230 f.); Pauer, WuW 2015, 14 (16).

10 Beth/Pinter, WuW 2013, 228 (230 f.); Pauer, WuW 2015, 14 (16).

11 Beth/Pinter, WuW 2013, 228 (230 f.); Pauer, WuW 2015, 14 (16).

12 Fuchs, Unter dem Schirm und im Schatten des Kartells, in: Büscher (Hg.), Festschrift für Joachim Bornkamm, 2014, 159 (165).

13 Vgl. Lettl, Haftungsausfüllende Kausalität für einen Schadensersatzanspruch wegen Verstoßes gegen Art. 101 AEUV, § 1 GWB, insbesondere beim sog. „umbrella pricing“, WuW 2014, 1032 (1032).

14 Vgl. BGHZ 141, 214 (224); Lübbig, in: MüKo GWB, 2. Aufl. 2015, § 33 Rn. 37.

15 Vgl. Lübbig, in: MüKo GWB, 2. Aufl. 2015, § 33 Rn. 37; Grossmann, Die kartellrechtliche Haftung für Preisschirmschäden, Diss., Bucerius Law School 2017, S. 40.

16 Grossmann, Preisschirmschäden, 2017, S. 40.

behördlichen Aufsicht ist dieser das zweite Instrument, um die Kartellrechtskonformität respektive das Wettbewerbsverhalten von Unternehmen zu überwachen. Dies wird primär über den privaten Rechtsschutz Marktbeiträger (sog. *private enforcement*) gewährleistet<sup>17</sup>, womit der kartellrechtliche Schadensersatzanspruch zunächst der Kompensation dient<sup>18</sup>. Sekundär fördert dieser die Prävention – insbesondere die Verhinderung sog. *Hard-core*-Kartelle.<sup>19</sup> Dabei gilt: Je extensiver die Kompensationsfunktion ausgestaltet ist, desto wirksamer ist die Prävention. Schließlich zieht eine höhere Anzahl Aktivlegitimierter ein höheres wirtschaftliches Risiko nach sich.<sup>20</sup> Eine durch die Aktivlegitimierung Preisschirmgeschädigter heterogen strukturierte Gruppe Anspruchsberechtigter ist der Präventionswirkung zuträglich: Eine Begrenzung auf Abnehmer/innen der Kartellant/innen könnte die Präventionswirkung verhindern, sofern diese abhängig von ihren Zuliefer/innen sind.<sup>21</sup> Demnach gebietet sich die Aktivlegitimierung Preisschirmgeschädigter, um die private Durchsetzung des Kartellrechts und die damit einhergehende Präventionswirkung zu gewährleisten.

### c) Historie

Das Kriterium der Betroffenheit ist im Rahmen der 7. GWB-Novelle eingeführt worden und diente der Ablösung der Schutzgesetzkonzeption: Bis dahin diente ein Schutzgesetzfordernis der Eingrenzung der Anspruchsberechtigung; wobei anspruchsberechtigt war, wer gezieltes Opfer einer Wettbewerbsabsprache wurde, was zumindest auf Direktabnehmer/innen zutrifft.<sup>22</sup> Während die Anspruchsberechtigung mittelbarer Abnehmer/innen noch diskutiert wurde, waren Preisschirmgeschädigte grundsätzlich nicht schadensersatzberechtigt.<sup>23</sup> Der EuGH entwickelte im Rahmen der Verfahren *Courage und Crehan* sowie *Manfredi* die sog. *Jedermann-Formel*: Danach muss jedermann, der durch eine Kartellabsprache einen Schaden erleidet, Ersatz für diesen verlangen können.<sup>24</sup> Daraufhin wurde im Rahmen der 7. GWB-Novelle die „Betroffenheit“ zur Bestimmung der Anspruchsberechtigung eingeführt, wobei das der Schutzgesetzkonzeption inhärente Erfordernis des gezielten Angriffes zwar gestrichen wurde, das Schutz-

gesetzkriterium als solches zunächst noch übernommen werden sollte.<sup>25</sup> Spätestens infolge der sog. ORWI-Entscheidung des BGH wurde das Schutzgesetzkriterium endgültig aufgegeben.<sup>26</sup> Im Zuge dessen wurde zudem die Anspruchsberechtigung mittelbarer Abnehmer/innen abschließend bejaht.<sup>27</sup> Die 8. GWB-Novelle hatte keinen nennbaren Einfluss auf das Kartellschadensersatzrecht.<sup>28</sup>

Die unlängst in Kraft getretene 9. GWB-Novelle regelt zwar auch nicht ausdrücklich die Ersatzfähigkeit von Preisschirmschäden, erleichtert aber mittels anderweitiger Änderungen durchaus die zivilrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts.<sup>29</sup> Insgesamt betrachtet zeichnet sich jedenfalls eine stetig steigende Bedeutung des *private enforcement* ab.<sup>30</sup> Die Aktivlegitimierung Preisschirmgeschädigter wäre eine passende Fortsetzung dieser Entwicklung.<sup>31</sup> Aus historischer Sicht verbietet sich demnach eine restriktive Auslegung des Kriteriums „betroffen“, wonach Preisschirmgeschädigte vom Kreis der Anspruchsberechtigten ausgenommen sind.<sup>32</sup>

### d) Zusammenfassung

Die verschiedenen Auslegungskriterien indizieren die Aktivlegitimation Preisschirmgeschädigter. Dagegen spricht auch nicht, dass die Kartellant/innen durch die Preisanhebung der Kartellaußenseiter/innen keinen Gewinn erzielen, da es primär um den Ausgleich der Schäden der Abnehmer/innen geht.<sup>33</sup> Zudem ist die Gefahr einer multiplen Haftung für denselben Schaden – anders als bei der *Passing-On Defence*<sup>34</sup> – bei Preisschirmschäden schlichtweg nicht vorhanden.

Allerdings könnte die Aktivlegitimation Preisschirmgeschädigter respektive die inhärente Haftungserweiterung die Bereitschaft zur Kooperation mit den Behörden verringern, womit sich die Effektivität des Kronzeugenprogrammes reduzieren könnte.<sup>35</sup> Die Erweiterung des

17 Vgl. Lübbig, in: MüKo GWB, 2. Aufl. 2015, § 33 Rn. 1; Grossmann, Preisschirmschäden, 2017, S. 40; Kahlenberg/Heim, Das deutsche Kartellrecht in der Reform: Überblick über die 9. GWB-Novelle, BB 2017, 1155 (1163).

18 Fuchs, FS Bornkamm, 2014, 159 (166); a. A.: vgl. Reich, Die Passing-On Defense im Spannungsfeld zwischen Weißbuch und kritischen Literaturstimmen, WuW 2008, 1046 (1048).

19 Reich, WuW 2008, 1046 (1048); Grossmann, Preisschirmschäden, 2017, S. 41.

20 Fuchs, FS Bornkamm, 2014, 159 (166).

21 Vgl. Grossmann, Preisschirmschäden, 2017, S. 44.

22 Eilmansberger, in: EUV/AEUV: Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, 2. Aufl. 2012, Art. 101 AEUV Rn. 129.

23 Grossmann, Preisschirmschäden, 2017, S. 35.

24 EuGH vom 20.09.2001, Rs. C-453/99 – Courage und Crehan, Rn. 26 ff.; EuGH vom 13.07.2006, Rs. 295/04 bis 298/04 – Manfredi, Rn. 56 ff., 89 ff.

25 Vgl. Eilmansberger, in: EUV/AEUV: Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, 2. Aufl. 2012, Art. 101 AEUV Rn. 129 ff.; Grossmann, Preisschirmschäden, 2017, S. 35 f.

26 BGH NJW 2012, 928 (928 ff.).

27 BGH NJW 2012, 928 (928 ff.).

28 Vgl. Bechtold, Die 8. GWB-Novelle, NZKart 2013, 263 (263 ff.).

29 Vgl. Kahlenberg/Heim, BB 2017, 1155 (1163).

30 Vgl. OLG Karlsruhe BeckRS 2016, 20025; Städtaus/Wiedeck, Quotenkartell: Beweis des ersten Anscheins für Umbrella-Effekt, WuW 2017, 43 (47); Bechtold, in: Bechtold/Bosch, GWB (§§ 1–96, 130, 131), 8. Aufl. 2015, § 33 Rn. 27.

31 Vgl. Grossmann, Preisschirmschäden, 2017, S. 45; Kahlenberg/Heim, BB 2017, 1155 (1163).

32 Vgl. Fuchs, FS Bornkamm, 2014, 159 (165).

33 Fuchs, FS Bornkamm, 2014, 159 (166).

34 Vgl. Reich, WuW 2008, 1046 (1046 f.); Fuchs, FS Bornkamm, 2014, 159 (167); Kersting, Die neue Richtlinie zur privaten Rechtsdurchsetzung im Kartellrecht, WuW 2014, 564 (569).

35 Hartmann-Rüppel/Schrader, Es regnet Preiserhöhungen – Wie Preisschirme auch Unbeteiligte beschädigen können, ZWeR 2014, 300 (309); vgl. Kersting, Perspektiven der privaten Rechtsdurchsetzung im Kartellrecht, ZWeR 2008, 252 (263 f.).

Haftungsrisikos steht jedoch vollkommen außer Verhältnis zur möglichen Privilegierung durch das Kronzeugenprogramm: Der Fall *Kone* lässt vermuten, dass die von Kartellbehörden verhängten Bußgelder regelmäßig um ein vielfaches höher als Schadensersatzansprüche Preisschirmgeschädigter sind.<sup>36</sup> Dies gilt insbesondere, wenn man für Preisschirmeffekte einen oligopolistisch strukturierten Markt voraussetzt: Eine überschaubare Anzahl an Preiskartellant/innen beherrscht den Großteil des Marktes, während vergleichsweise kleine Kartellaußenseiter/innen im Schatten des Kartells ihre Preise anheben.<sup>37</sup> Die Aktivlegitimierung Preisschirmgeschädigter wird die Effektivität des Kronzeugenprogrammes also wohl kaum beeinflussen – zumal die Haftung durch den Umfang des relevanten Marktes begrenzt ist.<sup>38</sup>

#### e) Richtlinienkonforme Auslegung

Zuletzt ist die Anspruchsberechtigung anhand der Richtlinie 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 (sog. Schadensersatz-RL) zu beurteilen, die §§ 33 a I, 33 I, III GWB sind demnach richtlinienkonform auszulegen. Auch wenn die Schadensersatz-RL die Probleme betreffend Preisschirmschäden nicht ausdrücklich aufgreift<sup>39</sup>, werden schon im ersten Erwägungsgrund der Richtlinie die Art. 101, 102 AEUV der öffentlichen Ordnung zugerechnet und die Wichtigkeit deren wirksamer Anwendung in der ganzen Union hervorgehoben, um einen unverfälschten Wettbewerb im Binnenmarkt zu gewährleisten. Dabei erzeugen die Art. 101 I, 102 AEUV zwischen Einzelpersonen unmittelbare Wirkung und lassen für diese Rechte und Pflichten entstehen, welche die nationalen Gerichte durchzusetzen haben (Erwägungsgrund 3).<sup>40</sup> Art. 101 I AEUV verliere seine Wirksamkeit, wenn nicht jede/r Ersatz ihrer/seiner entstandenen Schäden verlangen könnte.<sup>41</sup> Dies ist auf die *Jedermann*-Formel des EuGH zurückzuführen.<sup>42</sup> Dieses Schadensersatzrecht der Preisschirmgeschädigten erhöht das wirtschaftliche Risiko für Kartellant/innen, womit es dem Schutz des Wettbewerbs im Binnenmarkt dient.<sup>43</sup> Dementsprechend gelten auch

nach der richtlinienkonformen Auslegung Preisschirmgeschädigte als „Betroffene“ i. S. v. § 33 I GWB. Folglich können Preisschirmgeschädigte nach der Auslegung des nationalen Rechtes aber insbesondere bei Berücksichtigung des Europarechtes gem. §§ 33 a I, 33 I GWB Schadensersatzberechtigt sein.

## 2. (Haftungsausfüllende) Kausalität und Zurechnung

### a) Äquivalenz

Für den Ursachenzusammenhang i. S. d. Äquivalenz haben die Voraussetzungen der *conditio sine qua non-Formel* vorzuliegen: Das schädigende Verhalten darf nicht hinweggedacht werden können, ohne dass der Schaden in seiner konkreten Gestalt entfele.<sup>44</sup> Eine Preisanhebung seitens der Kartellaußenseiter/innen ohne Einfluss der Preisabsprache ist fernliegend, da Preisschirmeffekte grundsätzlich dann entstehen können, wenn die Kartellaußenseiter/innen nur eine geringe autonome Preissetzungsmöglichkeit (bzw. Angebotselastizität) haben (sog. *price takers*).<sup>45</sup> Demnach lässt sich die grundsätzliche Möglichkeit der äquivalenten Kausalität der Kartellabsprache für die Preisanhebung der Kartellaußenseiter/innen schwerlich bestreiten, zumal Mitursächlichkeit ausreicht.<sup>46</sup>

### b) Adäquanz

Das Kriterium des adäquaten Kausalzusammenhanges begrenzt die Haftung auf solche Schäden, mit denen die/der Schädigende vernünftigerweise zu rechnen hatte.<sup>47</sup> Sind Preisschirmeffekte und daraus resultierende Preisschirmschäden also für die Preiskartellanten vorhersehbar?

Grundsätzlich gilt, dass Preisanhebungen seitens der Kartellaußenseiter/innen wettbewerbskonform und rational sind.<sup>48</sup> Glichen die Kartellaußenseiter/innen ihre Preise nicht denen der Kartellant/innen an, ließen sie wirtschaftliche Chancen ungenutzt; dies gilt insbesondere bei hoher Marktdominanz der Kartellant/innen sowie hoher Homogenität der Produkte.<sup>49</sup> Folglich stellen sich Preisschirmeffekte gerade nicht als untypische Folge von Kartellabsprachen dar.<sup>50</sup> Zudem ist die Preisanhebung seitens der Kartellaußenseiter/innen für die Kartellant/innen von wirtschaftlichem Vorteil: Sollten

36 Vgl. *Grossmann*, Preisschirmschäden, 2017, S. 42 f.

37 *Blair/Maurer*, ULR 1982, 763 (779).

38 *Fuchs*, FS Bornkamm, 2014, 159 (167).

39 Vgl. *Spangler*, Schadensersatz für Preisschirmeffekte – Umbrella Pricing, NZBau 2015, 149 (150).

40 EuGH vom 05.06.2014, Rs. C-557/12 – *Kone* u. a., Rn. 20.

41 EuGH vom 05.06.2014, Rs. C-557/12 – *Kone* u. a., Rn. 21 f.

42 EuGH vom 05.06.2014, Rs. C-557/12 – *Kone* u. a., Rn. 21 f.; vgl. EuGH vom 20.09.2001, Rs. C-453/99 – *Courage* und *Crehan*, Rn. 26 ff.; EuGH vom 13.07.2006, Rs. 295/04 bis 298/04 – *Manfredi*, Rn. 56 ff., 89 ff.; vgl. *Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung im Lauterkeits- und Kartellrecht: privatrechtliche Sanktionsinstrumente zum Schutz individueller und überindividueller Interessen im Wettbewerb, 2010, S. 356.

43 Vgl. EuGH vom 05.06.2014, Rs. C-557/12 – *Kone* u. a., Rn. 23; EuGH vom 20.09.2001, Rs. C-453/99 – *Courage* und *Crehan*, Rn. 27; Eu-

GH vom 13.07.2006, Rs. 295/04 bis 298/04 – *Manfredi*, Rn. 91.

44 *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, 77. Aufl. 2018, Vorb § 249 Rn. 25.

45 Vgl. *Blair/Maurer*, ULR 1982, 763 (779); *Inderst* u. a., *Umbrella Effects*, JCLE 2014, 739 (762 f.); *Grossmann*, Preisschirmschäden, 2017, S. 21.

46 Vgl. *Fuchs*, FS Bornkamm, 2014, 159 (168); *Bechtold*, in: *Bechtold/Bosch*, GWB (§§ 1-96, 130, 131), 8. Aufl. 2015, § 33 Rn. 29.

47 *Pauer*, WuW 2015, 14 (17); *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, 77. Aufl. 2018, Vorb § 249 Rn. 26.

48 Vgl. *Beth/Pinter*, WuW 2013, 228 (232 f.); *Stöber*, Schadensersatzhaftung für Preisschirmeffekte bei Verstößen gegen deutsches oder europäisches Kartellrecht, EuZW 2014, 257 (258 f.)

49 Vgl. *Beth/Pinter*, WuW 2013, 228 (232 f.); *Stöber*, EuZW 2014, 257 (258 f.)

50 Vgl. *Grossmann*, Preisschirmschäden, 2017, S. 49 f.

die Kartellaußenseiter/innen ihre Preise nicht denen der Kartellant/innen angleichen, drohen diesen der Verlust von Marktanteilen und damit wirtschaftliche Nachteile.<sup>51</sup>

Im Ergebnis gilt daher, dass die Preisanhebung durch die Kartellaußenseiter/innen regelmäßig vorhersehbar ist. Es verbietet sich also die Präsomtion, Preisschirmschäden seien den Preiskartellant/innen in Ermangelung des adäquaten Kausalzusammenhangs grundsätzlich nicht zurechenbar und somit vom kartellrechtlichen Schadensersatzanspruch ausgenommen. Etwas anderes könnte allenfalls gelten, sofern man bei mittelbaren Preisschirmschäden und verspätetem Marktbeitritt eine Differenzierung vornimmt.<sup>52</sup>

### c) Schutzzweck der Norm (Rechtswidrigkeitszusammenhang)

Ferner müssen Preisschirmschäden auch grundsätzlich vom Schutzzweck des § 33 a I GWB umfasst sein können. Dazu müsste § 33 a I GWB gerade der Verhinderung von Preisschirmschäden dienen.<sup>53</sup> Doch erlangen Preiskartellant/innen keinen Gewinn durch die Rechtsbeziehung zwischen Kartellaußenseiter/innen und Preisschirmgeschädigten, womit ein Schadensersatzanspruch gegen die Kartellant/innen unbillig erscheinen könnte. Demnach könnte man Preisschirmschäden vom Schutzzweck ausnehmen. Demgegenüber dient der Schadensersatzanspruch gem. § 33 a I GWB der zivilrechtlichen Durchsetzung des Kartellrechts, insbesondere des Kartellverbotes gem. § 1 GWB: Dies umfasst sowohl den Individualschutz als auch das öffentliche Interesse.<sup>54</sup> Bezüglich des öffentlichen Interesses dient das Kartellverbot gem. § 1 GWB der Verhinderung von Wettbewerbsverfälschungen; bezogen auf Preiskartelle bedeutet dies die Verhinderung von Preisniveaus, die nur bei verfälschtem Wettbewerb möglich sind.<sup>55</sup> Dies wird primär durch die Kompensationsfunktion des Schadensersatzanspruches gem. § 33 a I GWB gewährleistet – die Präventionsfunktion spielt dabei nur eine untergeordnete Rolle. Zudem spiegelte die Ausnahme Preisschirmgeschädigter vom Schutzzweck des § 33 a I GWB die tatsächlichen Auswirkungen eines Preiskartells nicht angemessen wider, das sogar fremde Märkte noch beeinflussen kann. Demnach erscheint es sinnvoll, dass Preisschirmgeschädigte grundsätzlich in den Schutzzweck der Norm einbezogen werden (können), um die oben beschriebenen Funktionen zu wahren.

### d) Eigenverantwortliches Dazwischentreten Dritter

Letztlich könnten Kartellaußenseiter/innen als Dritte durch eigenverantwortliches Anheben der Preise die Zurechnung verhindern – den Preiskartellant/innen wären Preisschirmschäden grundsätzlich nicht zuzurechnen. Ist das wirtschaftlich nachvollziehbare Anheben der Preise seitens der Kartellaußenseiter/innen also als juristisch eigenverantwortlich zu qualifizieren? Ein Fehlverhalten Dritter führt regelmäßig nicht zum Haftungsausschluss; bloß in Ausnahmefällen wird das später hinzutretende Handeln Dritter den Zurechnungszusammenhang unterbrechen.<sup>56</sup> Jedenfalls aus ökonomischer Sicht stellt die Preisanhebung der Kartellaußenseiter/innen keine eigenverantwortliche, sondern vielmehr die einzig denkbare Reaktion dar.<sup>57</sup> Auch wenn diese selbständig erfolgt, durften die Anhebenden sich aufgrund der Kartellabsprache geradezu herausgefordert fühlen – die Preisanhebung seitens der Kartellaußenseiter/innen ist eine rationale demgemäß vorhersehbare Folge der Kartellabsprache.<sup>58</sup> Andererseits ließe sich die Preisanhebung seitens der Kartellaußenseiter/innen als autonome Handlung einordnen, wonach ein Preisschirmschaden nicht zurechenbar wäre.<sup>59</sup> Jedoch ist, wie oben gezeigt, ein Preisschirmeffekt für die Kartellant/innen vorhersehbar und sogar wirtschaftlich wünschenswert. Demnach ließe sich – ökonomisch-rationales Verhalten vorausgesetzt – Preisanhebung nicht einmal als freiwillig bezeichnen.<sup>60</sup>

Das Anheben der Preise seitens der Kartellaußenseiter/innen ist keineswegs ein die Zurechnung unterbrechendes eigenverantwortliches Dazwischentreten Dritter: Die Kartellabsprache ermöglicht erst einen Preisschirmeffekt und daraus resultierende Preisschirmschäden. Demnach verhindert die Preisanhebung seitens der Kartellaußenseiter/innen nicht per se die Zurechnung des Preisschirmschadens.

### e) Zusammenfassung

Zusammenfassend beruhen Preisschirmschäden regelmäßig kausal auf der Kartellabsprache; die Preisanhebung durch die Kartellaußenseiter/innen ist den Kartellant/innen regelmäßig zurechenbar. Folglich verbietet sich eine dahingehende Auslegung des kartellrechtlichen Schadensersatzanspruches, wonach Preisschirmschäden grundsätzlich ausgenommen sind, da der im Rahmen der Preisschirmtheorie dargelegte Zusammenhang den Kartellant/innen „nicht verborgen bleiben“

51 Vgl. Stöber, EuZW 2014, 257 (259); Inderst/Thomas, Schadensersatz bei Kartellverstößen, 2015, S. 333.

52 So etwa bei dem sog. „Schienenkartell“, dazu: Grossmann, Preisschirmschäden, 2017, S. 51 ff.

53 Vgl. Grüneberg, in: Palandt, BGB, 77. Aufl. 2018, Vorb § 249 Rn. 29.

54 Vgl. Grossmann, Preisschirmschäden, 2017, S. 55.

55 Vgl. Stöber, EuZW 2014, 257 (259).

56 Vgl. Lettl, Kartellschadensersatz nach der Richtlinie 2014/104/EU und deutsches Kartellrecht (Richtlinie 2014/104/EU), WRP 2015, 537 (540); Grüneberg, in: Palandt, BGB, 77. Aufl. 2018, Vorb § 249 Rn. 47.

57 Hauser, Kartellschadensersatz wegen Preiserhöhung durch Kartellaußenseiter?, GWR 2013, 146 (146).

58 Fuchs, FS Bornkamm, 2014, 159 (169).

59 Vgl. Alexander, Schadensersatz und Abschöpfung, 2010, S. 387 f.; Bulst, Schadensersatzansprüche der Marktgegenseite im Kartellrecht, 2006, S. 255.

60 Beth/Pinter, WuW 2013, 228 (232).

könne.<sup>61</sup> Im Umkehrschluss hat das Recht der Mitgliedstaaten Schadensersatzansprüche Preisschirmgeschädigter vorzusehen. Die Regelung der Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs – die Anforderungen an Kausalität und Zurechnungszusammenhang – ist Aufgabe des nationalen Gesetzgebers, wobei dieser den Äquivalenz- sowie den Effektivitätsgrundsatz zu berücksichtigen hat.<sup>62</sup> Insbesondere darf die innerstaatliche Ausgestaltung des Schadensersatzanspruches „die Ausübung der durch die Unionsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren“<sup>63</sup>; die Ausgestaltung des Schadensersatzanspruches darf die wirksame Anwendung der Art. 101, 102 AEUV nicht verhindern.<sup>64</sup> Demnach verbietet sich insbesondere unter Berücksichtigung des Europarechtes eine Auslegung des nationalen Rechts, wonach die Haftung für Preisschirmschäden kategorisch ausgeschlossen ist. Gleichwohl bleibt zu beachten, dass Preisschirmeffekte sowie -schäden einzelfallabhängig sind. Dementsprechend ist eine Prüfung eines jeden Sachverhaltes nötig – Ergebnisse wie das des *Kone*-Urteils sollten nicht auf andere Sachverhalte übertragen werden.<sup>65</sup>

61 EuGH vom 05.06.2014, Rs. C-557/12 – *Kone* u. a., Rn. 30.

62 EuGH vom 05.06.2014, Rs. C-557/12 – *Kone* u. a., Rn. 24; vgl. auch Erwägungsgrund 4 der Schadensersatz-RL.

63 EuGH vom 05.06.2014, Rs. C-557/12 – *Kone* u. a., Rn. 25; EuGH vom 20.09.2001, Rs. C-453/99 – *Courage* und *Crehan*, Rn. 29; EuGH vom 13.07.2006, Rs. 295/04 bis 298/04 – *Manfredi*, Rn. 62.

64 EuGH vom 06.06.2013, Rs. C-536/11, Rn. 27.

65 So auch schon: EuGH vom 30.01.2014, Rs. C-557/12, Schlussanträge der Generalanwältin Juliane Kokott, Rn. 84; vgl. zudem: Erwägungsgrund 4 der Schadensersatz-RL.

66 *Fritzsche*, Jedermann kann – Anmerkungen zum *Kone*-Urteil des EuGH (Rs. C-557/12) zum Schadensersatz bei kartellbedingt eintreten-

## IV. Ergebnis

Durch Preisschirmeffekte entstandene Schäden sind i. E. zwar grundsätzlich ersatzfähig, werden also vom Kartellschadensersatzrecht erfasst – im konkreten Fall führt dies allerdings nicht automatisch zu einem Schadensersatzanspruch. Insbesondere die schwierige Beweisführung kann die praktische Bedeutung kartellrechtlicher Schadensersatzansprüche reduzieren, da es den Preisschirmgeschädigten obliegt, den Preisschirmeffekt sowie die diesbezügliche Kenntnis der Kartellant/innen nachzuweisen.<sup>66</sup> Weiterhin ist die Feststellung der konkreten Höhe eines Schadens problematisch: Die Preise der Kartellaußenseiter/innen eignen sich aufgrund deren Anhebung nicht mehr für einen Vergleich (sog. Vergleichsmarktkonzepte), da sie keineswegs das hypothetische Preisniveau bei ordnungsgemäßigem Wettbewerb widerspiegeln.<sup>67</sup> Als Mittel zur Stärkung privater Rechtsdurchsetzung könnten auch weitere Anscheinsbeweise angenommen werden, wobei deren Realitätsnähe und Praktikabilität wiederum diskutabel sind.<sup>68</sup> Jedenfalls ist eine stetig steigende Bedeutung des *private enforcement* zu erwarten, wobei wohl auch die Durchsetzung kartellrechtlicher Schadensersatzansprüche bei Preisschirmschäden erleichtert werden wird.<sup>69</sup>

den Preisschirmeffekten, NZKart 2014, 428 (430 f.); *Hartmann-Rüppel/Schrader*, ZWeR 2014, 300 (311); *Kühme*, EuGH: Schadensersatzpflicht von Kartellanten für Preisschirmeffekte bestätigt, BB 2014, 1550 (1552).

67 *Beth/Pinter*, WuW 2013, 228 (228).

68 OLG Karlsruhe BeckRS 2016, 20025, Rn. 53; vgl. auch: *Stadtaus/Wiedeck*, WuW 2017, 43 (49).

69 Vgl. *Stadtaus/Wiedeck*, WuW 2017, 43 (47); *Kahlenberg/Heim*, BB 2017, 1155 (1163).

Marlene Ostrop\*

## Zur Rechtslage beim hoch- und vollautomatisierten Fahren

### Wie weit sind wir tatsächlich noch entfernt vom fahrerlosen Autofahren?

*Klassische „Roboter“ und „Software-Agents“ sind bereits vertraute Mitarbeiter in unserem Alltag: Logistik-Roboter, Gefahrenabwehr-, Pflege-Roboter.<sup>1</sup> Wie steht es aber um den technischen Fahrgehilfen, der den/die Fahrzeugführer/in entlastet, ihm/ihr assistiert oder ihn/sie ganz*

*ersetzt?<sup>2</sup> Bezüglich des sogenannten hoch- und vollautomatisierten Fahrens hat das geänderte StVG bereits Antworten gefunden, aber auch noch Fragen im Zusammenspiel zwischen Computer und Mensch und hinsichtlich Sorgfaltsmaßstäben und Haftung offen gelassen.<sup>3</sup>*

\* Die Autorin ist Studentin der Rechtswissenschaft an der Universität Hamburg. Der Beitrag ist zunächst bei rechtundnetz.com erschienen und wurde für die Veröffentlichung in den HRN überarbeitet.

1 *Keßler*, Intelligente Roboter – neue Technologien im Einsatz, MMR 2017, 589 (589).

2 Vgl. zuletzt *Ethik-Kommission*, Automatisiertes und Vernetztes Fahren, Bericht, Juni 2017, S. 1 ff., <http://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Publikationen/DG/bericht-der-ethik-kommission.pdf> (01.10.2018).

3 Vgl. Stellungnahme des Bundesrats, BT-Drucks. 18/11534.

## I. Hoch- und vollautomatisierte Fahrzeuge

Eingesetzt vom Bundesminister für Verkehr und digitale Infrastruktur konstituierte sich am 30. September 2016 die Ethik-Kommission „Automatisiertes und Vernetztes Fahren“ mit dem Auftrag, „die notwendigen ethischen Leitlinien für das automatisierte und vernetzte Fahren zu erarbeiten“. Die Ethik-Kommission hat das automatisierte Fahren in Automatisierungsgrade von Stufen null bis fünf eingeteilt<sup>4</sup>, von welchen rechtspolitisch in diesem Beitrag die Stufen drei und vier beleuchtet werden, da diese Gegenstand des StVG n. F. sind.

**Stufe null** („driver only“) umfasst das Fahren, bei dem der Fahrer/die Fahrerin dauerhaft die Längs- und Querführung ausführt. Dabei ist kein eingreifendes Fahrzeugsystem aktiv.

**Stufe eins** („assistiert“) umfasst das Fahren, bei dem der Fahrer/die Fahrerin dauerhaft die Längs- und Querführung ausführt und das System dabei schon die jeweils andere Funktion übernimmt.

**Stufe zwei** („teilautomatisiert“) umfasst das Fahren, bei dem der Fahrer/die Fahrerin das System dauerhaft überwachen muss. Dabei übernimmt das System die Längs- und Querführung in einem spezifischen Anwendungsfall. Anwendungsfälle beinhalten Straßentypen, Geschwindigkeitsbereiche und Umfeldbedingungen.

**Stufe drei** („hochautomatisiert“) umfasst das Fahren, bei dem der Fahrer/die Fahrerin das System nicht mehr dauerhaft überwachen muss. Dabei muss der Fahrer/die Fahrerin potenziell in der Lage sein, zu übernehmen. Das System übernimmt Längs- und Querführung in einem spezifischen Anwendungsfall (siehe unter Stufe zwei), es erkennt Systemgrenzen und fordert den Fahrer/die Fahrerin zur Übernahme mit ausreichender Zeitreserve auf.

**Stufe vier** („vollautomatisiert“) umfasst das Fahren, bei dem im spezifischen Anwendungsfall kein Fahrer/keine Fahrerin mehr erforderlich ist. Das System kann dabei im spezifischen Anwendungsfall alle Situationen automatisch bewältigen.

**Stufe fünf** („fahrerlos“) umfasst das Fahren, bei dem von „Start“ bis „Ziel“ kein Fahrer/keine Fahrerin erforderlich ist. Dabei übernimmt das System die Fahraufgabe vollumfänglich bei allen Straßentypen, Geschwindigkeitsbereichen und Umfeldbedingungen.

<sup>4</sup> Vgl. Abb. 1 in *Ethik-Kommission*, Automatisiertes und Vernetztes Fahren, <http://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Publikationen/DG/bericht-ethik-kommission.pdf> (01.10.2018).

<sup>5</sup> Diese Sichtweise deckt sich mit der Darstellung der parlamentarischen Beratungen zu § 1 a II 1 Nr. 2 StVG bei *Lange*, Automatisiertes

Das Stufe-drei- und Stufe-vier-Fahren umfasst also solche Fahrzeuge, die über die in § 1 a II StVG n. F. aufgeführten technischen Ausrüstungsmerkmale verfügen. Kriterium für diese Einordnung ist, dass das Fahrzeug in der Lage ist, während der automatisierten Fahrzeugsteuerung den an die Fahrzeugführung gerichteten Verkehrsvorschriften zu entsprechen. Unter Fahrzeugsteuerung ist die uneingeschränkte Bewältigung der Fahraufgabe – einschließlich Längs- und Querführung – zu verstehen, vgl. § 1 a II 1 Nr. 1 StVG n. F. Notwendigerweise fällt hierunter auch, dass die aktivierte Fahrzeugfunktion derart konstruiert ist, dass sie während des hoch- oder vollautomatisierten Betriebs sämtlichen relevant werdenden Verkehrsvorschriften – einschließlich der §§ 36 I, 38 I StVO (Zeichen und Weisungen des Polizeibeamten sowie blaues und gelbes Blinklicht) – Folge leisten kann.<sup>5</sup>

## II. Die neue Rechtslage

Die neue Rechtslage mit den im Rahmen des achten Gesetzes zur Änderung des Straßenverkehrsgesetzes vom 16.06.2017 (StVG n. F.) in Kraft getretenen straßenverkehrsrechtlichen Ergänzungen und Änderungen ermöglicht bereits das Stufe-drei-Fahren und streckenweise auf Autobahnen auch schon das Stufe-vier-Fahren. Das Gesetz hält an dem bewährten System der Halter- und Fahrerhaftung gemäß §§ 7, 18 StVG fest.

Jedoch muss in jeder Fahrsituation eindeutig geregelt und erkennbar sein, wer für die Fahraufgabe zuständig ist: Mensch oder Computer. Da Beweisschwierigkeiten vorprogrammiert sind, ist eine Dokumentation und Speicherung darüber, wer gerade fährt, erforderlich und wird gewährleistet durch das sogenannte Satellitennavigationssystem (einer „Blackbox“) im Sinne des § 63 a I StVG n. F. Diese Dokumentation dient der Klärung möglicher Haftungsfragen.<sup>6</sup>

Durch die Existenz der „Blackbox“ im Sinne von § 63 a I StVG n. F. wird sich die Beweissituation für den Fahrer/die Fahrerin verglichen mit der heutigen Situation eher verbessern. Damit wird die Gefahr sinken, dass es zu einem *non liquet* kommt und der Fahrer/die Fahrerin allein wegen der Beweislastverteilung nach § 18 I 2 StVG haftet.<sup>7</sup>

und autonomes Fahren – eine verkehrs-, wirtschafts- und rechtspolitische Einordnung, NZV 2017, 345 (349): „Im Ergebnis bestand [...] die übereinstimmende Auffassung, dass die Technik alle Regeln beherrschen muss und Ausnahmen nicht möglich sind.“

<sup>6</sup> Ausf. hierzu: *Ethik-Kommission*, Automatisiertes und Vernetztes Fahren, <http://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Publikationen/DG/bericht-ethik-kommission.pdf> (01.10.2018).

<sup>7</sup> *König*, Die gesetzlichen Neuregelungen zum automatisierten Fahren, NZV 2017, 123 (128); *Spindler*, Roboter, Automation, künstliche Intelligenz, selbststeuernde Kfz – Braucht das Recht neue Haftungskategorien?, CR 2015, 766 (774).

## 1. Haftung des Halters/der Halterin auch hinsichtlich der Sorgfaltspflichten des Fahrers

Grundsätzlich hält der Gesetzgeber aus Opferschutzgründen an der Halterhaftung nach § 7 I StVG n. F. fest. Geschädigte müssen sich also weiterhin an die Haftpflichtversicherung des Fahrzeughalters/der Fahrzeughalterin wenden. Die einzige Veränderung besteht gemäß § 12 I 1 StVG n. F. im Aufstocken der Haftungshöchstsummen<sup>8</sup>, wenn ein Schaden auf Grund der Verwendung einer hoch- oder vollautomatisierten Fahrfunktion iSd. § 1 a StVG n. F. verursacht wird, von fünf auf zehn Millionen Euro im Falle von Personenschäden und von einer auf zwei Millionen Euro im Falle von Sachschäden.

Da der Fahrer/die Fahrerin gemäß § 18 I 2 StVG n. F. lediglich im Falle eines Verschuldens haftet, könnte die Wahrscheinlichkeit sinken, dass er/sie im Falle eines Verkehrsunfalls von den Geschädigten erfolgreich auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden kann. Das hieße also, je weniger der Fahrer/die Fahrerin in den Fahrzeugbetrieb eingebunden ist, desto weniger Möglichkeiten ergeben sich für die Verletzung verhaltensbezogener Sorgfaltspflichten.<sup>9</sup>

Fraglich ist dabei, inwiefern die Automatisierung noch den Rechtsgedanken des internationalen Wiener Übereinkommens über den Straßenverkehr trägt, das für den Betrieb eines Fahrzeugs einen „Fahrzeugführer“ fordert. Seit Inkrafttreten der Änderung des Übereinkommens am 23. April 2016 sind Systeme zulässig, wenn sie den Regeln der Wirtschaftskommission der Vereinten Nationen für Europa (UNECE-Regeln) entsprechen oder sie so ausgestaltet sind, dass sie durch den Fahrer/die Fahrerin übersteuerbar oder abschaltbar sind.<sup>10</sup> Daher ergeben sich im Zusammenhang mit der Fahrzeugautomatisierung für den Fahrer/die Fahrerin neue Sorgfaltspflichten. So hat der Fahrer/die Fahrerin nun die Pflichten, die automatisierten Fahrfunktionen nur bestimmungsgemäß zu verwenden (§ 1 a I StVG n. F.) und die eigenhändige Fahrzeugsteuerung bei Bedarf unverzüglich zu übernehmen (§ 1 b Nr. 1 und 2 StVG n. F.).

Bedenken werden hervorgerufen durch das in § 1 b I Nr. 2 Var. 2 StVG n. F. genannte Merkmal „Erkennenmüssen auf Grund offensichtlicher Umstände“, die Steuerung wieder zu übernehmen. Dabei bleibt unklar, wann offensichtliche Umstände vorliegen, weil nicht geregelt wird, welcher Grad an Aufmerksamkeit Fahrzeugführer/innen beim Einsatz von hoch- und vollautomatisierten Fahrsys-

temen an den Tag zu legen haben.<sup>11</sup> Es stellt sich daher die Frage, wie sich die Pflicht zur jederzeitigen Wahrnehmung der Umstände und zur unverzüglichen Reaktion hierauf mit der in § 1 b I StVG n. F. zugestandenen Befugnis zur Abwendung vom Verkehrsgeschehen und der Fahrzeugsteuerung vereinbaren lässt.<sup>12</sup> Denkbar ist die unverzügliche Übernahme beispielsweise bei besonderen Verkehrslagen, Straßenzuständen, Wetterverhältnissen oder bei Unregelmäßigkeiten im Fahrverhalten.<sup>13</sup>

Die Sorgfaltspflicht reduziert sich mithin nicht, sondern verlagert sich auf die Überwachung des Systems. Dies widerspricht der allgemeinen Erwartung an fahrerloses Fahren, bei welcher der Fahrer/die Fahrerin „Zeitung lesen“ kann. Die Fahrzeugföhreigenschaft wird mit § 1 III StVG n. F. daher hier fingiert.<sup>14</sup> Die Fiktion ergibt sich aus der in tatsächlicher Hinsicht an die Technik abgegebenen Fahrzeugföhreigenschaft, vgl. § 1 a II StVG n. F.

Ferner scheint es denkbar, bei derart zunehmender Komplexität der technischen Systeme, etwa im Recht zum Erwerb der Fahrerlaubnis die gesetzlichen Regelungen zu ändern.<sup>15</sup>

## 2. Haftung des Herstellers/der Herstellerin

Die Herstellerhaftung ist nicht Gegenstand des StVG. Sie richtet sich nach der allgemeinen Produzentenhaftung gemäß § 823 BGB sowie der Produkthaftung gemäß dem Produkthaftungsgesetz (ProdHaftG). Es haftet zwar weiterhin der Halter/die Halterin des Fahrzeugs, doch muss seiner/ihrer Versicherung im Falle eines Produktfehlers gegenüber dem Hersteller/der Herstellerin des Fahrzeugs eine Regressmöglichkeit nach § 86 VVG offenstehen, und zwar insbesondere wegen gesamtschuldnerischer Ausgleichsansprüche gem. § 426 BGB.<sup>16</sup>

Weiter zu diskutieren ist, ob eine Haftung dem Hersteller/der Herstellerin bei fahrlässigem Handeln vorgeworfen werden kann. Diese kann ihnen nur vorgeworfen werden, wenn sie sich sorgfaltswidrig verhalten haben, also jene Vorsicht nicht beachtet haben, zu der sie nach den Umständen und nach ihren persönlichen Verhältnissen verpflichtet sind.<sup>17</sup>

<sup>8</sup> BT-Drucks. 18/11300, S. 24; Lange, NZV 2017, 345 (350).

<sup>9</sup> König, NZV 2017, 123 (128); Gleß/Janal, Hochautomatisiertes und autonomes Autofahren – Risiko und rechtliche Verantwortung, JR 2016, 561 (564).

<sup>10</sup> Vgl. Lange, NZV 2017, 345 (348).

<sup>11</sup> Begründung des Bundesrats zu § 1 b StVG, BT-Drucks. 18/11534.

<sup>12</sup> Schirmer, Augen auf beim automatisierten Fahren! Die StVG-Novelle ist ein Montagstück, NZV 2017, 253 (255); Greger, Haftungsfragen beim automatisierten Fahren, NZV 2018, 1 (3).

<sup>13</sup> Greger, NZV 2018, 1 (3).

<sup>14</sup> Berndt, Der Gesetzesentwurf zur Änderung des Straßenverkehrsgesetzes – ein Überblick, SVR 2017, 121 (124).

<sup>15</sup> Siehe hierzu: Franke, Rechtsprobleme beim automatisierten Fahren – ein Überblick, DAR 2016, 61 (64).

<sup>16</sup> BGH VersR 1981, 134 (134); vgl. Lohmann, Ein europäisches Roboterrecht – überfällig oder überflüssig?, ZRP 2017, 168 (171); Armbrüster, Automatisiertes Fahren – Paradigmenwechsel im Straßenverkehrsrecht?, ZRP 2017, 83 (85).

<sup>17</sup> Frister, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2015, S. 162 ff.

Ein Standard für Sorgfaltspflichten ist also erforderlich. Doch wie diese Sorgfaltsanforderungen für den Betrieb fahrerloser Fahrzeuge zu konkretisieren sind, ist noch unklar. Ist es ausreichend, Halter/in und Fahrer/in darauf hinzuweisen, dass ein per Update aufgespielter Autopilot der Überwachung bedarf und der Fahrer/die Fahrerin deshalb die Hände am Steuer lassen sollte? Genügt es, bei der Konzeption von „deep-learning“-Programmen<sup>18</sup> die erforderliche Sorgfalt einzuhalten oder müssen die Ergebnisse solcher Lernprozesse stets durch Testreihen evaluiert und das Verhalten der Nutzer/innen überwacht werden? Wie ist der aktuelle Stand von Wissenschaft und Technik angesichts rasanter Entwicklungsfortschritte adäquat zu bestimmen?<sup>19</sup>

Auch wenn sich für automatisierte Fahrzeuge noch keine festen Sorgfaltsmaßstäbe etabliert haben, folgt aus dem geltenden Produkthaftungsrecht grundsätzlich eine Beobachtungspflicht, die in Zukunft an Bedeutung gewinnen wird.<sup>20</sup> Schwierigkeiten wird insbesondere die Identifikation einzelner Konstruktions- und Programmierungsfehler bereiten, die eine Fahrlässigkeitstrafbarkeit der beteiligten Personen begründen könnte.<sup>21</sup> Ob dann (nach heutigen Prognosen nur noch sehr selten vorkommende) Unfälle als „allgemeines Lebensrisiko“, ähnlich dem von einem Hausdach herabfallenden Ziegel, akzeptiert werden, dürfte einerseits von der Unfallhäufigkeit abhängen. Andererseits dürfte entscheidend sein, ob es gelingt, die neue Verantwortungsverteilung normativ zu fassen und real durchzusetzen.<sup>22</sup>

Bei Anwendung der herkömmlichen Haftungsgrundsätze auf automatisierte Fahrsysteme müsste die ebenfalls drohende strafrechtliche Haftung wohl dazu führen, dass Herstellung und Vertrieb bestimmter Technologien zu unterbleiben haben. Wollte man diese Konsequenz vermeiden, müsste man das Haftungsrisiko im Strafrecht reduzieren. Eine Option wäre es, die gebotene Sorgfalt entsprechend den Besonderheiten intelligenter Systeme zu definieren. Eine andere Option wäre es, eine Haftungsfreistellung in allen Fällen zu akzeptieren, in denen der Stand von Wissenschaft und Technik eingehalten wird und man das gesamtgesellschaftliche Anliegen über das Strafinteresse stellt.<sup>23</sup>

### 3. Das Problem des Zusammenspiels zwischen Computer und Mensch bei hochautomatisierten Fahrzeugen

Ferner schweigt das StVG n. F. zu zwei relevanten Problemen, deren Klärung für das Zusammenspiel zwischen Computer und Mensch bei hochautomatisierten Fahrzeugen noch relevant sind.

Zum einen ist die Dauer des Übergabezeitraums nach § 1 a II 1 Nr. 5 i. V. m. § 1 b II StVG n. F. zu bestimmen. Problematisch ist hierbei, für welchen Zeitraum eine Automationsfunktion die Fahrzeugsteuerung sicherstellen muss, ehe deren Übernahme durch den/die Systemnutzer/in in zumutbarer Weise erwartet werden kann.<sup>24</sup> Hier fehlt es an einer eindeutigen Definition, wann genau die Übernahme der Fahrzeugsteuerung erfolgen muss und in welcher Weise die Übernahmeaufforderung erfolgt. Dabei müssen die Begriffe „mit ausreichender Zeitreserve“ und „unverzüglich“ näher definiert werden.<sup>25</sup> Mindestmaß müsste hier die Adaptions- oder Reaktionsgeschwindigkeit des Menschen sein, die mit eineinhalb bis zwei Sekunden (zuzüglich eines Sicherheitszuschlags) anzusetzen ist.<sup>26</sup>

Zum anderen ist zu bestimmen, ob und wann eine Überführung des Fahrzeugs in einen risikominimalen Zustand stattfinden soll.<sup>27</sup> Hiermit sind geeignete Maßnahmen zur Verhinderung von Schnittstellenrisiken gemeint, etwa das Anhalten des Fahrzeuges auf dem eigenen Fahr- oder dem Seitenstreifen im Falle, wenn die Übernahme der Steuerung durch den/die – beispielsweise eingeschlafene/n – Fahrer/in unterbleibt.<sup>28</sup>

Für die weitere Änderung des StVGs, die sich der Gesetzgeber für 2019 vorbehalten hat, wird die Klärung dieser Probleme maßgeblich sein.

### 4. Ethische Fragen

Ferner nicht geklärt und daher problematisch ist die Programmierung bei vollautomatisierten Fahrzeugen im Falle eines Dilemmas ähnlich wie in der „Weichensteller-Situation“. Hierunter fällt beispielsweise die Situation, in der sich ein fahrerloses Fahrzeug mit einem plötzlich auftauchenden, brennenden Unfallfahrzeug konfrontiert sieht und nur zwei Optionen hat: in das brennende

<sup>24</sup> Näher zu diesen beiden Problemen siehe: von Bodungen/Hoffmann, Hoch- und vollautomatisiertes Fahren ante portas – Auswirkungen des 8. StVG-Änderungsgesetzes auf die Herstellerhaftung, NZV 2018, 97 (101 f.); Begründung des Bundesrats, BT-Drucks. 18/11534.

<sup>25</sup> So auch zu „unverzüglich“ der Bundesrat zu § 1 b StVG, BT-Drucks. 18/11534.

<sup>26</sup> Begründung des Bundesrats, BT-Drucks. 18/11534.

<sup>27</sup> Näher zu diesen beiden Problemen siehe: von Bodungen/Hoffmann, NZV 2018, 97 (101 f.)

<sup>28</sup> Arzt/Ruth-Schumacher, Überführen hoch- oder vollautomatisierter Fahrzeuge in den „risikominimalen Zustand“, RAW 2017, 89 (93); Kütük-Markendorf, Die hoch- oder vollautomatisierte Fahrfunktion als Vorstufe zum autonomen Fahren, CR 2017, 349 (353).

<sup>18</sup> Deep-learning-Programme sind Teil des Maschinenlernens über viele Ebenen der Darstellung und Abstraktion, um Daten wie Bilder, Audio und Text wahrzunehmen.

<sup>19</sup> Gleß/Janal, JR 2016, 561 (565).

<sup>20</sup> Armbrüster, ZRP 2017, 83 (85).

<sup>21</sup> Gleß/Weigend, Intelligente Agenten und das Strafrecht, ZStW 2014, 561 (590).

<sup>22</sup> Gleß/Janal, JR 2016, 561 (575).

<sup>23</sup> Gleß/Weigend, ZStW 2014, S. 561 (582 ff.).

Auto zu fahren und sich selbst sowie seine „Passagiere“ zu opfern oder in die am Straßenrand stehende Personengruppe zu fahren.<sup>29</sup>

Derart ethische Fragen bleiben im StVG n. F. ausgeblendet und werden sich in ihrer ganzen Tragweite wohl erst beim fahrerlosen Fahren stellen.<sup>30</sup>

Je vielseitiger, lernfähiger und „intelligenter“ die Systeme werden, desto mehr entziehen sie sich einer vorausschauenden Planung ihres Betreibers. Daher ist es umso wichtiger, sie am Anfang mit den relevanten Entscheidungskriterien zu programmieren. An intelligente Systeme dürfen jedenfalls keine höheren Anforderungen als an den Menschen selbst gestellt werden, wenn es gilt, bei der Verletzungshandlung zwischen Rechtsgütern abzuwägen.<sup>31</sup> Ein Auto darf daher nicht die eigene Unversehrtheit über Menschenleben stellen.<sup>32</sup>

### III. Ausblick

Obwohl das StVG n. F. bis jetzt lediglich erst hoch- und vollautomatisiertes Fahren regelt, ist in absehbarer Zeit auch das fahrerlose Fahren (Stufe-fünf-Fahren) zu erwarten. Für das Stufe-fünf-Fahren, das Fahrzeuge um-

<sup>29</sup> Ausf. hierzu: Gleß/Janal, JR 2016, 561 (574 f.).

<sup>30</sup> Armbrüster, ZRP 2017, 83 (86).

<sup>31</sup> Keßler, MMR 2017, 589 (594).

<sup>32</sup> Gleß/Janal, JR 2016, 561 (574).

fasst, in denen der Fahrer/die Fahrerin zum Passagier/zur Passagierin wird, müssten das Wiener Übereinkommen und die UNECE-Regeln überarbeitet werden.

Die Gesetzesänderung hat bereits mehr Rechtssicherheit in das StVG gebracht. Damit kann das StVG n. F. nun als ein fortschrittliches Gesetz im internationalen Vergleich betrachtet werden. Zivilrechtlich bleibt es bei den bisher geltenden Normen hinsichtlich der Haftung. Noch nicht eindeutig im StVG n. F. geklärt sind die Sorgfaltsmaßstäbe, die bestimmen, ab wann der Hersteller rechtswidrig gehandelt hat und daher wegen fahrlässigen Handelns haftet sowie das konkrete Zusammenspiel zwischen Computer und Mensch. Ob es an der Stelle und auch an anderen Nachbesserungsbedarf gibt, wird gemäß § 1 c StVG n. F. nach Ablauf des Jahres 2019 im Rahmen einer Evaluierung des StVG n. F. wissenschaftlich untersucht werden.

Im Hinblick auf das fahrerlose Fahren ist offen, wie der Computer programmiert werden soll, im Falle des traditionellen „Weichensteller-Fall“-Dilemmas zu handeln. Hierbei gilt der Grundsatz, dass nicht Leben gegen Leben abgewogen werden darf. Letztendlich wird die Frage wohl bestehen bleiben, ob ein kleines („Rest“-)Risiko, das sich aus der Lernfähigkeit eines intelligenten Systems ergibt, von Herstellenden und Fahrer/innen in Kauf genommen werden muss, um den großen sozialen Nutzen des fahrerlosen Autos zu ermöglichen.

Emily Mary Laing\*

## Der Grundsatz der Planerhaltung

*Der Beitrag beschäftigt sich mit dem Grundsatz der Planerhaltung, der sowohl für die Idee eines Rechtsprinzips als auch für eine positiv-rechtliche Ausgestaltung in verschiedenen Gesetzen steht. Dieser wird in einem ersten Schritt prinzipiell überprüft, seine Idee und verfassungsrechtliche Herleitung nachvollzogen. Anschließend wird die Ausgestaltung im konkreten Rechtsgebiet des Bauplanungsrecht, maßgeblich der §§ 214 f. BauGB, insbesondere verfassungsrechtlich überprüft und bewertet. Der Schwerpunkt liegt dabei auf der schwierigen Abgrenzung der verschiedenen Abwägungsschritte. In einem dritten Teil wird ein Blick auf die europarechtliche Vereinbarkeit der*

*§§ 214 f. BauGB mit den europäischen Richtlinien im Bereich der Umweltprüfung geworfen.*

### I. Prinzipielle Überlegungen zum Grundsatz der Planerhaltung

Einen fehlerhaften Plan (z. B. einen Bebauungsplan) und damit eine fehlerhafte Rechtsnorm bestehen zu lassen, wirkt zunächst konterintuitiv. Insofern stellt sich die Frage, wie sich ein „Grundsatz der Planerhaltung“ herleitet und prinzipiell begründen lässt.

#### 1. Das Nichtigkeitsdogma und seine verfassungsrechtlichen Grundlagen

Damit das sog. Nichtigkeitsdogma (eine fehlerhafte Norm gilt als verfassungswidrig und somit ipso iure

\* Die Autorin ist Studentin der Rechtswissenschaft an der Universität Hamburg. Dieser Beitrag beruht auf einer im Schwerpunktbereich „Umwelt- und Planungsrecht“ bei Professor Dr. Ivo Appel eingereichten Schwerpunkthausarbeit.

nichtig<sup>1</sup>) zwingend einschränkend auf den Gesetzgeber wirken kann, braucht es Verfassungsrang. Jedoch sprechen Art. 1 III und Art. 20 III GG zwar von einem Vorrang der Verfassung, nicht aber von einer spezifischen Folge eines Verfassungsverstoßes.<sup>2</sup> Neben Nichtigkeit ist als Rechtsfolge auch eine Unvereinbarkeitserklärung durch das BVerfG möglich: Bei dieser bleibt die Norm formell bestehen.<sup>3</sup> Auch Art. 19 IV GG gebietet nur Zugang zum Richter, fordert aber nicht eine bestimmte Rechtsfolge bei der Kontrolle von Gesetzen.<sup>4</sup> Bei fehlerhaften Rechtsnormen kann also nicht von einer verfassungsrechtlich zwingenden Nichtigkeitsfolge ausgegangen werden. Dennoch ist sie aus dem Verfassungsrecht heraus begründbar. So besteht zwischen dem Nichtigkeitsdogma und dem Gebot des effektiven Rechtsschutzes ein fundamentaler Zusammenhang: Wenn die Sanktion eines fehlerhaften Staatsaktes nicht durch Verzichtung möglich ist, bliebe dem betroffenen Bürger nur Sanktionslosigkeit, wenn er sich nicht jederzeit auf die Nichtigkeit berufen könnte.<sup>5</sup> Wo effektiver Rechtsschutz fehlt, braucht es das Nichtigkeitsdogma als Ersatz.<sup>6</sup> Dieser Zusammenhang ist auch im Verwaltungsrecht erkennbar: Die schützende Funktion der Nichtigkeit bei fehlerhaften Verwaltungsakten hat mit Ausweitung des Rechtsschutzes gegen fehlerhafte Verwaltungsakte an Bedeutung verloren.<sup>7</sup>

Weiterhin ist die Rechtsbindung der Staatsgewalt gem. Art. 20 III GG wichtige Grundlage der Nichtigkeitsfolge: Die normative Verpflichtung der Einhaltung von Recht und Gesetz durch die Verwaltung verlangt im Fall einer Rechtsverletzung die Beseitigung des Fehlers, eine „Rechtsmäßigkeitserstitution.“<sup>8</sup> Eine solche kann jedoch nur gewährleistet werden, wenn bei Rechtsfehlern andere Folgen eintreten als bei Fehlerlosigkeit.<sup>9</sup> Ein Fehler im staatlichen Akt hat deshalb regelmäßig zu fehlendem Bestand, also zu Nichtigkeit zu führen.<sup>10</sup>

Weiterhin sprechen Grundrechtsschutz durch Verfahren<sup>11</sup> sowie durch planerische Abwägung für die Nich-

tigkeitsfolge.<sup>12</sup> Verfahrens- und Abwägungsvorgaben dienen in ihrer einfachgesetzlichen Ausformung dem effektiven Grundrechtsschutz, weshalb bei Fehlern somit zunächst mit fehlender Bestandskraft und Nichtigkeit zu rechnen sein sollte.

Die Nichtigkeitsfolge besitzt somit einen derartigen verfassungsrechtlichen Gehalt, dass sie – einem Regel-Ausnahme-Prinzip entsprechend – die „voreingestellte“ Wirkung fehlerhafter Normen wird. Andere Fehlerfolgen sind zwar aufgrund des fehlenden verfassungsrechtlichen Zwangs zulässig, tragen aber dennoch die Argumentationslast,<sup>13</sup> um ihre Abkehr von der Nichtigkeitsfolge zu begründen.

## 2. Vereinbarkeit der Planerhaltung mit der deutschen Rechtsordnung

### a) Idee der Rechtserhaltung

Trotz der „Standardfolge“ der Nichtigkeit ist die Idee der Rechtserhaltung keine neuartige Erfindung.<sup>14</sup> Einen allgemeinen Rechtsgedanken<sup>15</sup> der Fehlerfolge „Erhalt“ findet man nicht nur im BGB (z. B. Überwindung von Formmängeln in § 518 II, § 313 S. 2 BGB oder Umdeutung § 140 BGB), sondern auch im Öffentlichen Recht bei der verfassungskonformen Auslegung durch das BVerfG.<sup>16</sup> Die verfassungskonforme Auslegung verhindert im Sinne eines normerhaltenden Prinzips die Verfassungswidrigkeitserklärung eines Gesetzes, indem das Gesetz soweit wie möglich aufrechterhalten wird.<sup>17</sup>

### b) Verfassungsprinzipien

Da die Nichtigkeitsfolge auf Verfassungsrecht fußt, braucht es für die Begründung eines Grundsatzes der Planerhaltung ebenfalls Verfassungsgüter.

Am häufigsten für die Planerhaltung sprechend<sup>18</sup> ist das rechtsstaatliche Prinzip der Rechtssicherheit. Planung stellt nicht nur Eingriffe in Grundrechte dar, sondern dient gerade auch Grundrechtsschutz, -verwirklichung und -förderung, insbesondere bezüglich des Grundrechts auf Eigentum.<sup>19</sup>

Verfassungsrechtliches Gewicht besitzt auch das Sozialstaatsprinzip, da es die Effektivität staatlichen Handelns

1 Ossenbühl, Eine Fehlerlehre für untergesetzliche Normen, NJW 1986, 2805 (2807).

2 Ossenbühl, NJW 1986, 2805 (2807).

3 Heußner, Folgen der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes ohne Nichtigkeitserklärung, NJW 1982, 257 (257).

4 Ossenbühl, NJW 1986, 2805 (2807).

5 Ossenbühl, NJW 1986, 2805 (2807).

6 Ossenbühl, NJW 1986, 2805 (2807); Winkler, Die absolute Nichtigkeit von Verwaltungsakten, 1960, S. 34 f.

7 Ipsen, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeiten von Norm und Einzelakt, 1980, S. 175.

8 Morlok, Die Folgen von Verfahrensfehlern am Beispiel von kommunalen Satzungen, 1988, S. 58 ff.

9 Hoppe, Erste Überlegungen zu einem Grundsatz der Planerhaltung, in: Planung und Plankontrolle, Entwicklungen im Bau- und Fachplanungsrecht, Festschrift für Otto Schlichter, 1995, S. 87 (97).

10 Morlok, Verfahrensfehler, S. 62.

11 BVerfGE 53, 30 Rn. 83; siehe auch bzgl. des Persönlichkeitsrechts BVerfGE 65, 1 (44).

12 Hoppe, in: FS Schlichter, S. 87 (105).

13 Hoppe, in: FS Schlichter, S. 87 (97); für einen „strengen Begründungszwang“, Ossenbühl, NJW 1986, 2805 (2807).

14 Zur Erhaltung von Normen im Römischen Recht bereits *Celsus* im 29. Buch (18) und 33. Buch (19) seiner *Digesten*.

15 Larenz, Methoden der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 474 ff.

16 z. B. BVerfGE 2, 266 (282).

17 Hoppe, in: FS Schlichter, S. 87 (103).

18 z. B. Käß, Inhalt und Grenzen des Grundsatzes der Planerhaltung, 2002, S. 30; Uechtritz, Die Änderungen im Bereich der Fehlerfolgen und der Planerhaltung nach §§ 214 ff. BauGB, ZfBR 2005, 11 (18); Stock, in: Ernst/Ziekahn/Bieleberg/Krautzberger, BauGB, Stand: Mai 2017, § 214 Rn. 147.

19 Hoppe, in: FS Schlichter, S. 87 (105).

fördert.<sup>20</sup> Die Regelung der Wohnverhältnisse und die städtebauliche Gestaltung werden durch gemeindliche Bauleitplanung erst ermöglicht und sollten besonders effektiv wahrgenommen werden.<sup>21</sup>

Art. 28 II GG garantiert den Gemeinden, ihre örtlichen Angelegenheiten selbstständig zu regeln (Planungshoheit).<sup>22</sup> Durch strenge Fehlerfolgen wird die Handlungsfähigkeit der Gemeinden stark begrenzt, was diese Verfassungsentscheidung in Frage stellt.<sup>23</sup> Dies ist mit dem Demokratieprinzip verknüpft: Die wichtigen Entscheidungen des Gemeinwesens sollen durch die demokratisch legitimierten Organe getroffen werden; dies schließt gerade die demokratisch organisierte Selbstverwaltung der Gemeinden mit ein.<sup>24</sup> Eine zeitlich und inhaltlich unbegrenzte Kontrolle der Planungen der Gemeinde macht deren Entscheidungen quasi wertlos, da ihre verfassungsrechtlich garantierte Selbstverwaltung regelmäßig von angeblich „kompetenteren“ Verwaltungsgerichten korrigiert werden kann. Je vollumfänglicher die Prüfungskompetenz der Verwaltungsgerichte, desto weniger kann die Gemeinde originär tätig werden. Gerade im Planungsrecht, welches davon ausgeht, dass die örtliche Gemeinschaft ihre lokale Umgebung regelt<sup>25</sup> (da sie diese am besten kennt und einschätzen kann), stellt jede Entscheidung von außerhalb oder von Einzelpersonen die Legitimation der gemeindlichen Entscheidungen in Frage. Dies soll natürlich keinen „verfassungsfreien Raum“ oder gar einen justizfreien Raum für die Gemeinde schaffen. Eine Gemeindevertretung muss aber in der Lage sein, trotz der Fehleranfälligkeit rechtlich haltbare Regelungen in der Bauleitplanung zu entwickeln.<sup>26</sup> Es muss ein praktischer Ausgleich zwischen der gemeindlichen Exekutiv-/Legislativgewalt und den Verwaltungsgerichten (als Judikative) geschaffen werden. Der Grundsatz der Planerhaltung kann dies bewerkstelligen.

### 3. Fazit

Die oben genannten Prinzipien und die Verwirklichung eines Gemeinwohlgedankens, der durch die Abwägung dem Planungsrecht inhärent ist, müssen den Gemeinden die Möglichkeit geben, Planung zu stabilisieren und ein differenziertes Fehlerfolgenregime anzuwenden.<sup>27</sup> Somit sprechen verfassungsrechtlich begründete Argumente für ein abwägend-überprüfendes Fehlerfolgensystem im positiven Recht im Sinne der Planerhaltung,<sup>28</sup> solange die Bestandsinteressen für den Plan überwiegen und

eine Rechtmäßigkeitsrestitution nicht durch gewichtigere Verfassungsprinzipien gefordert wird.<sup>29</sup>

## II. Ausformung im BauGB

Der Gesetzgeber hat sich an den von *Sendler*<sup>30</sup> und *Hoppe* begründeten, hier dargestellten Ideen programmatisch<sup>31</sup> orientiert, indem er mit dem BauROG 1998<sup>32</sup> den 4. Abschnitt im 3. Kapitel des BauGB, bis dahin „Wirksamkeitsvoraussetzungen“, mit dem Wort „Planerhaltung“ betitelte. Es wurde sich gegen einen verbindlichen Rechtsgrundsatz der Planerhaltung entschieden,<sup>33</sup> sondern ein offenes Prinzip der Planerhaltung begründet. Die einzelnen Instrumente, die das Prinzip im Bauplanungsrecht ausformen,<sup>34</sup> werden im Folgenden untersucht.

### 1. Der § 214 BauGB

#### a) Fehlerfolgen im Überblick

§ 214 I BauGB ist abschließend,<sup>35</sup> das heißt, dass nur Fehler bei den genannten Verfahrens- und Formvorschriften überhaupt beachtlich sein können. Es gibt absolut beachtliche Fehler (Nr. 4), grundsätzlich beachtliche Fehler (Nr. 1 Hs. 1, Nr. 2 Hs. 1, Nr. 3 Hs. 1), benannte generell unbeachtliche Fehler (Nr. 1 Hs. 2, Nr. 2 Hs. 2, Nr. 3 Hs. 2) sowie die Restklasse der generell unbeachtlichen Fehler.<sup>36</sup>

Hervorzuheben ist hier die Nr. 1: Diese setzt einen grundsätzlich zu beachtenden Fehler voraus, wenn gegen die „Verfahrensgrundnorm“<sup>37</sup> des § 2 III BauGB verstoßen wird. Diese Regelung stellt dabei Teil des Abwägungsvorganges (Ermittlung und Bewertung der Belange) dar,<sup>38</sup> der vom Abwägungsergebnis abzugrenzen ist. Obwohl diese Belange die Abwägung berühren, werden sie inzwischen vom Gesetzgeber als Verfahrensfehler klassifiziert,<sup>39</sup> die somit nicht unter die übrigen Abwägungsmängel des § 214 III 2 BauGB fallen.<sup>40</sup> Ob es

20 Schulze-Fielitz, Sozialplanung im Städtebaurecht, 1978, S. 68 ff.

21 Morlok, Verfahrensfehler, S. 70 f.

22 BVerwGE 31, 263 (264); BVerwG NJW 1976, 2175 (2175) Rn. 23.

23 Hoppe, in: FS Schlichter, S. 87 (106).

24 Hoppe, in: FS Schlichter, S. 87 (106).

25 Vgl. Lange, Kommunalrecht, 2013, Rn. 68: Die Gemeinde plant die Bodennutzung in ihrem Gebiet.

26 Hoppe, in: FS Schlichter, S. 87 (106).

27 Hoppe, in: FS Schlichter, S. 87 (106).

28 Hoppe, in: FS Schlichter, S. 87 (104).

29 Der relative umfangreiche Grundsatz im Wortlaut bei Hoppe, in: FS Schlichter, S. 111.

30 Sendler, Neue Entwicklungen beim Rechtsschutz und gerichtlicher Kontrolle im Planfeststellungsrecht, in: Kormann (Hg.), Aktuelle Fragen der Planfeststellung, 1994, S. 9 (28 ff.)

31 Kukk, in: NK-BauGB, 8. Aufl. 2015, § 214 Rn. 3.

32 BGBl. 1997 I, S. 2081.

33 z.B. durch Aufnahme eines Gebots der Planerhaltung in das BauGB, welches dann unmittelbar bindend wäre, vgl. Hoppe/Henke, Der Grundsatz der Planerhaltung im neuen Städtebaurecht, DVBl 1997, 1407 (1408).

34 Hoppe/Henke, DVBl 1997, 1407 ff.

35 BVerwGE 134, 264 ff. Rn. 18.

36 Battis, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 13. Aufl. 2016, § 214 Rn. 3.

37 Stock, in: Ernst/Ziekahn/Bieleberg/Krautzberger, BauGB, Stand: Mai 2017, § 214 Rn. 39 c.

38 Battis, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 13. Aufl. 2016, § 214 Rn. 4 a; Uechtritz, in: BeckOK BauGB, Stand: Okt. 2017, § 214 Rn. 21 f.

39 a. A. Erbuth, EuGH-Entscheidungsanmerkung: Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten, NVwZ 2011, 935 (935); „systematische Inkonsistenz“ Koch, Baurecht, Raumordnungs- und Landesplanungsrecht, 6. Aufl. 2015, § 18 Rn. 16.

40 OVG Saarlouis BauR 2010, 576 (576); VGH Mannheim NuR 2011, 659 (660).

überhaupt Abwägungsvorgangsmängel bei Bauleitplänen gibt, die nicht von § 2 III BauGB erfasst werden,<sup>41</sup> ist umstritten.<sup>42</sup> Die Nr. 1 wird durch das Merkmal „in wesentlichen Punkten“ sowie durch seine Voraussetzungen – Offensichtlichkeit und Einfluss auf das Abwägungsergebnis – intern begrenzt.<sup>43</sup> „Wesentliche Punkte“ liegen bereits vor, wenn diese Punkte in der konkreten Planungssituation abwägungsbeachtlich waren.<sup>44</sup>

§ 214 I Nr. 2 und Nr. 3 BauGB haben in ihren respektiven zweiten Halbsätzen sog. „Interne Unbeachtlichkeitsklauseln“,<sup>45</sup> die quasi eine „Rückausnahme“ der Beachtlichkeit darstellen. Dies ist bei Nr. 2 z. B. der Fall, wenn *einzelne* nicht beteiligt worden sind und deren Belange unerheblich waren. Bei Nr. 3 liegt eine Unbeachtlichkeit von Begründungsfehlern vor, wenn zum Beispiel der Umweltbericht in nur *unwesentlichen* Punkten unvollständig ist.<sup>46</sup>

Die nicht benannten Verfahrens- und Formvorschriften sind im Umkehrschluss aus § 214 I BauGB am Anfang immer unbeachtlich (außer bei Landesrecht).<sup>47</sup>

Gemäß § 214 III BauGB sind Mängel in der Abwägung – sofern sie nicht von § 214 I 1 Nr. 1 BauGB erfasst sind – nur bei Offensichtlichkeit und Einfluss auf das Abwägungsergebnis erheblich (d. h. beachtlich<sup>48</sup>). Diese sog. „Angstklausel“<sup>49</sup> zeigt, dass der Gesetzgeber neben § 214 I 1 Nr. 1 BauGB einen zusätzlichen materiellen Gehalt im Abwägungsvorgang erkennt<sup>50</sup> oder ihm zumindest zuvorkommen will.<sup>51</sup> Es bleibt somit bei einer systematischen Problematik in der Auftrennung verschiedener Abwägungsschritte.<sup>52</sup> Die Wörter „im Übrigen“ versuchen dabei den Anwendungsbereich zum Verfahrensrecht abzugrenzen<sup>53</sup> und beziehen sich auf Mängel im Abwägungsvorgang. In Differenzierung dazu bleiben Mängel im Abwägungsergebnis, welche bei Abwägungsdisproportionalität vorliegen,<sup>54</sup> in ihrer Fehler-

folge stets beachtlich: Dies ergibt sich vor allem im Umkehrschluss aus dem § 215 I Nr. 3 BauGB, welcher sich in seiner Frist zur Geltendmachung nur auf Fehler im Abwägungsvorgang bezieht. Weiterhin gilt § 214 III 2 BauGB nicht, wenn Mängel im Abwägungsvorgang zugleich Mängel im Abwägungsergebnis darstellen.<sup>55</sup>

Allen Einschränkungen gemein ist, dass ihnen ein gewisses Kausalitätsdenken zugrunde liegt: Wenn die Mängel *unerheblich* oder *nicht wesentlich* waren (z. B. *keinen Einfluss* auf die Entscheidung hatten oder nur *einzelne* waren), sollen sie unbeachtlich sein. Es ist eine gewisse deutsche<sup>56</sup> Eigenart, das Verfahren als „dienend“ (also ohne Eigenwert besitzend) anzusehen, „sondern zum Erlass materiell rechtmäßiger und zweckmäßiger Verwaltungsakte beitragen soll.“<sup>57</sup> Dieses Denken wird zwar seit längerer Zeit angegriffen,<sup>58</sup> bleibt aber dennoch ein maßgeblich.<sup>59</sup>

## b) Verfassungsfragen

Der Grundsatz der Planerhaltung ist an sich verfassungsrechtlich zu rechtfertigen. Er muss jedoch auch in seiner konkreten Ausformung, d. h. in der weitreichenden Fehlerfolgenbegrenzung des § 214 BauGB einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung standhalten.

### aa) Verfahren und Form

In Bezug auf Verfahrens- und Formfehler ist der Gesetzgeber grundsätzlich frei, über die Fehlerfolgen zu entscheiden, allerdings hat das BVerfG gewisse Verfahrensvorschriften indisponibel erklärt, um dem Grundrechtsschutz durch Verfahren<sup>60</sup> Rechnung zu tragen. Diesem wird der Gesetzgeber durch die differenzierte Ausgestaltung der § 214 I–III BauGB insofern gerecht, als dass durch eine konsequentialistische Herangehensweise bei Verfahrensfehlern diese meist hinsichtlich der materiellen Richtigkeit der Entscheidung zu bewerten sind. Dennoch wird durch Unbeachtlichkeitserklärungen der Rechtsschutz eingeschränkt. Kritisch ist vorliegend vor allem der legitime Zweck für die Einschränkung.<sup>61</sup> Als Grundlage der Regelung wird zumeist das häufige gerichtliche Scheitern der Bebauungspläne vor Gericht zitiert,<sup>62</sup> welches somit ein Regelungsbedürfnis hervor-

41 z. B. hat das BVerfG auch einen vollständigen Abwägungsausfall als Abwägungsmangel verstanden: BVerfG BauR 2011, 226 (226).

42 Zur allgemeinen Problematik: *Erbguth*, Abwägung auf Abwegen?, JZ 2006, 484 ff.

43 *Battis*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, 13. Aufl. 2016, § 214 Rn. 4.

44 BVerfG DVBl 2008, 859 (859).

45 *Battis*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, 13. Aufl. 2016, Vorb § 214–216 Rn. 2.

46 Für Nr. 2 und Nr. 3 sehr übersichtlich dargestellt in *Koch*, Bau-recht, § 18 Rn. 21.

47 BVerfG NVwZ 1991, 1074 (1074).

48 *Battis*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, 13. Aufl. 2016, § 214 Rn. 20.

49 *Erbguth*, Rechtsschutzfragen und Fragen der §§ 214 und 215 BauGB im neuen Städtebaurecht, DVBl 2004, 802 (806).

50 *Erbguth*, DVBl 2004, 802 (807 f.).

51 Beschlussempfehlung des Ausschusses für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen, BT-Drucks. 15/2996, 99.

52 *Koch*, Baurecht, § 18 Rn. 16.

53 *Stock*, in: *Ernst/Ziekahn/Bieleberg/Krautzberger*, BauGB, Stand: Mai 2017, § 214 Rn. 137.

54 Begründung Gesetzentwurf BT-Drucks. 15/2250, 65; *Uechtritz*, in:

BeckOK BauGB, Stand: Okt. 2017, § 214 Rn. 120.

55 VGH München BayVBl 1997, 213 (213).

56 *Haug/Schadtler*, Der Eigenwert der Öffentlichkeitsbeteiligung im Planungsrecht, NVwZ 2014, 271 ff.; zur Verfahrensidee im Europarecht siehe Kapitel III.

57 BVerfGE 105, 48 (60).

58 z. B. *Sachs*, in: *Stelkens u. a.*, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 45 Rn. 11; *Morlok*, Verfahrensfehler, S. 118 ff.

59 z. B. *Schemmer*, in: *BeckOK VwVfG*, Stand: Jul. 2018, § 45 Rn. 5 m. w. N.

60 BVerfGE 53, 30 (30).

61 BVerfG NJW 1989, 2527 (2527); *Huster/Rux*, in: *BeckOK GG*, Stand: Mai 2018, Art. 20 Rn. 192 f.

62 Reg.Vorl. BT-Drucks. 10/4630, S. 2 Nr. 7 und S. 54; Behauptend: *Stüer*, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 5. Aufl. 2015, Rn. 1341.

gerufen hat. Die empirische Forschung konnte dieses „Massensterben“ der Bebauungspläne jedoch nicht zweifelsfrei bestätigen.<sup>63</sup> Zwar war die Rechtsprechung in der Vergangenheit durchaus einfallsreich auf der Suche nach Fehlern,<sup>64</sup> aber eine völlige Unkalkulierbarkeit der Rechtsprechung<sup>65</sup> wurde jenseits von Einzelbeispielen nie durch Rechtssprechungsanalyse festgestellt.<sup>66</sup> Unabhängig von dem tatsächlichen Scheitern der Bebauungspläne ist die Rechtssicherheit für bauende Personen jedoch ein legitimes Verfassungsziel. Ähnlich Verwaltungsakten sollen sie sich auf Bestandskraft verlassen können, wenn keine wesentlichen Fehler gemacht wurden. Die vorliegenden Einschränkungen bei der Geltendmachung von Verfahrens- und Formfehlern sind verfassungsrechtlich unbedenklich.

### bb) Materielle Kontrolle

Aufgrund von Art. 20 III GG sowie Art. 19 IV GG in Verbindung mit den Grundrechten kann der Gesetzgeber einen materiellen Fehler nicht einfach sanktionslos werden lassen und der richterlichen Kontrolle entziehen.<sup>67</sup> Dies lässt den Blick auf die Qualifizierung von bestimmten Abwägungsmängeln als Verfahrensvorschrift (§ 214 I 1 Nr. 1 BauGB) fallen, was ihrer „wahren Rechtsnatur“<sup>68</sup> zunächst widerspricht und ggf. dem rechtsstaatlichen Gebot gerechter Abwägung entgegensteht.<sup>69</sup> Die Vorschrift führt zu komplizierten Abgrenzungen zwischen verschiedenen Abwägungsschritten. Das BVerwG hat eine Beschränkung des Abwägungsvorganges (im früheren § 155 b II 2 BBauG) akzeptiert, solange man die Vorschrift verfassungskonform auslegt.<sup>70</sup> Begründet wird dies damit, dass den Fehlern im Abwägungsvorgang nicht grundsätzlich die Erheblichkeit abgesprochen wird, sondern eben erweiternd die Offen-sichtlichkeit und der Einfluss aufs Abwägungsergebnis geprüft wird.<sup>71</sup> *Stelkens* ergänzt dies insofern, als dass alle „Gewichtungsfehler“ ohnehin nicht Gegenstand der Regelung seien, wobei solche Fehler auch darin lägen, wenn der Belang gar nicht zum Abwägungsmaterial hinzugerechnet werde.<sup>72</sup> Diese Bewertungen verfehlen allerdings den neuralgischen Punkt, ob der Gesetzgeber mit der Qualifizierung des Abwägungsvorgangs als Verfahrensvorschrift nicht die – eigentlich – materielle und ggf. nicht in Einzelschritte<sup>73</sup> auftrennbare Abwägung zum

Teil richterlicher Kontrolle entzogen hat. Wenn sich das aus der Verfassung ergebende Abwägungsgebot grundsätzlich auch auf den Abwägungsvorgang erstreckt, bleibt eine Kompetenz zur Aufspaltung durch den einfachen Gesetzgeber zweifelhaft.<sup>74</sup> Auch das Argument, dass der Abwägungsvorgang ähnlich dem Verwaltungsverfahren nur dienende Funktion in Bezug auf das Abwägungsergebnis habe,<sup>75</sup> geht fehl. Im Verwaltungsverfahren sind ähnlich einer Checkliste die einzelnen Schritte objektiv überprüfbar (es wird angehört oder eben nicht); bei der Abwägung ist schon die Bewertung ein diffuser Begriff, da auch die Einschätzung der Relevanz von Belangen bereits eine materielle Seite besitzt. Letztendlich wirkt die Differenzierung in Ergebnis (bei Disproportionalität) und damit volle Kontrollfähigkeit sowie Vorgang (bei Abwägungsausfall und Abwägungsdefizit)<sup>76</sup> und damit eingeschränkte Kontrollfähigkeit geradezu willkürlich. Diese Einteilungsentscheidung stößt dennoch auf wenig grundlegende Zweifel<sup>77</sup> und mag am Ende dem Gesetzgeber zustehen. Im „allgemeinen Fahrwasser rechtlicher Ordnungsmäßigkeit“,<sup>78</sup> wie *Erbguth* es formuliert, findet sich diese Regelung allerdings nicht wieder.

### c) Zusammenfassung zu § 214 I–III BauGB

Aufgrund systematischer Schwächen und Unklarheiten ist es dem Gesetzgeber bei den § 214 I–III BauGB nur zum Teil gelungen, widerstreitenden Interessen bei Planerhaltung in einen verfassungsrechtlich zweifelsfreien Ausgleich zu bringen.

## 2. Fristen des § 215 BauGB

Die bereits erwähnte Fristenregelung des § 215 I BauGB lässt eine Reihe von Fehlern, die gem. § 214 BauGB beachtlich sind, durch Zeitablauf unbeachtlich werden. Diese Regelung stellt eine Präklusionsfrist dar<sup>79</sup> und ist insbesondere bezüglich der Abwägungsmängel Gegenstand von Streitigkeiten. Die Fristenregelung wurde im Laufe der BauGB-Entwicklung sukzessive verkürzt und vereinheitlicht, sowie in Bezug auf das Abwägungsergebnis verfassungsrechtlich anzupassen versucht.<sup>80</sup> Im Ergebnis wurde die Angreifbarkeit von Bebauungsplänen an die der Verwaltungsakte weitgehend angepasst<sup>81</sup> mit der Begründung, dass ein Bebauungsplan letztlich nur

63 Zu den früheren Zahlen im Detail: *Koch*, Baurecht, § 18 Rn. 8 ff.

64 Kritisch sogar BVerwGE 111, 188 (197).

65 Eine gewisse Kreativität der Rechtsprechung gab es dennoch, vgl. „Gebot der planerischen Rücksichtnahme“ BVerwG DVBl 1999, 100 ff.

66 *Koch*, Baurecht, § 18 Rn. 11.

67 BVerwG DÖV 1982, 280 (noch bzgl. § 115 b II BbauG); *Ossenbühl*, NJW 1986, 2805 (2811).

68 *Uechtritz*, in: BeckOK BauGB, Stand: Okt. 2017, § 214 Rn. 17.

69 Vgl. zum Gebot BVerwGE 34, 301 ff.; 45, 309 ff.; 41, 67 ff.; 64, 33 ff.

70 BVerwGE 64, 33 ff.

71 BVerwGE 64, 33 ff.

72 *Stelkens*, Planerhaltung bei Abwägungsmängeln nach dem EAG Bau, UPR 2005, 81 (84); im Übrigen letztlich gegen das BVerwG, wonach sogar Abwägungsausfall inzwischen zum Verfahren zählt: BauR 2011, 226 (226).

73 Was sich aus einem Gedanken der „Einheitlichkeit der Planungs-

entscheidung“ (vgl. *Hoppe/Henke*, DVBl 1997, 1407 (1412)) ergibt.

74 *Quaas/Kukk*, Neustrukturierung der Planerhaltungsbestimmungen in §§ 214 ff. BauGB, BauR 2004, 1541 (1545).

75 *Beckmann*, Abwägung als Verfahren – Abwägung als materielles Recht, BauR 2016, 1417 (1420).

76 *Kersten*, Die Abwägung im Bauplanungsrecht, Jura 2013, 478 (491).

77 z. B. die Verfassungsmäßigkeit bejahend: BVerwGE 64, 33 ff.; *Stock*, in: Ernst/Ziekahn/Bieleberg/Krautzberger, BauGB, Stand: Mai 2017, § 214 Rn. 149; *Sennekamp*, in: Brügelmann BauGB, § 214 Rn. 35, Stand: Sep. 2012; *Uechtritz*, in: BeckOK BauGB, Stand: Okt. 2017, § 214 Rn. 18; im Ergebnis auch *Beckmann*, BauR 2016, 1417 (1428).

78 *Erbguth*, JZ 2006, 484 (492).

79 *Berkemann u. a.*, Erstkommentierung zum BauGB, § 215 Rn. 4.

80 Synoptische Darstellung bei *Stock*, in: Ernst/Ziekahn/Bieleberg/Krautzberger, BauGB, Stand: Mai 2017, § 215 Rn. 67 ff.

81 *Koch*, Baurecht, § 18 Rn. 25.

ein Bündel individuell-konkreter Regelungen sei.<sup>82</sup> Bei einer solchen Einordnung als „atypische Rechtsnorm“<sup>83</sup> bestehe ohnehin bereits auch die nur einjährige Rechtsmittelfrist des § 47 II VwGO.<sup>84</sup> Anders als bei Verwaltungsakten werden jedoch die realen Auswirkungen eines Bebauungsplans für Betroffene erst spät erkennbar, nämlich wenn Baugenehmigungen umgesetzt werden und die konkreten Verhältnisse sich ändern.<sup>85</sup> Diesbezüglich war die ehemalige Siebenjahresfrist<sup>86</sup> durchaus interessengerecht, weil bis dahin in der Regel Veränderung erkennbar wurde, die Rechtssicherheit der Bauenden überwog und auch von einem Verblässen der Fehler im Zeitablauf gesprochen werden kann.<sup>87</sup>

Bei einer Frist von nur einem Jahr kann von einer solchen Interessengerechtigkeit nicht die Rede sein: Laut *Stock* böte die Jahresfrist jedermann genug Zeit, um Ermittlungs- und Bewertungsfehler zu rügen, insbesondere weil Eigentümer ohnehin Interesse an grundstückswertbildenden Vorgängen entwickeln würden.<sup>88</sup> Dieser Idee von Zumutbarkeit könnte man genauso entgegenstellen, dass nicht genug Zeit bliebe, da kaum jemand die bauplanungsrechtliche Entwicklung seines Stadtteils überprüft; schon allein, weil einem dazu bewusst sein müsste, dass es Bauplanungsrecht *gibt*.<sup>89</sup> Mit einer solch kurzen Fristsetzung für die Wahrnehmung materieller Gerechtigkeitsfragen verfestigt man Ungleichheiten, da man von Menschen, die kein oder ein geringes Anspruchswissen<sup>90</sup> haben, eine dem Bauleitplanverfahren fremde Form der Mitwirkungslast<sup>91</sup> einfordert. Zwar kann man das hohe Investitionsrisiko der bauenden Personen dem gegenüberstellen, doch angesichts der unklaren Abgrenzungsfragen bezüglich der Abwägung sind sie ohnehin einer gewissen Unsicherheit ausgesetzt. Die Idee der Planerhaltung kann nicht heißen, dass Rechtsschutz nur umfassend informierten und interessierten Personen zufällt, die in der Lage sind, vergleichsweise schnell zu handeln.

Die Nr. 1 und 2 des § 215 I 1 BauGB kann man verfassungsrechtlich im Grunde rechtfertigen, weil nur fehlerhafte Verfahren nicht zu lange zulasten der Planungs-

hoheit der Gemeinde gehen sollen. Bei Nr. 3 wird die dargestellte Untrennbarkeit der Abwägung jedoch zu einer essentiellen Frage: Je nachdem auf welcher „Seite“ der Abwägung man sich befindet, besteht ein zeitlich sehr begrenzter oder unbegrenzter Rechtsschutz. Während die Rechtssicherheit der Investierenden sich dadurch nicht nennenswert zu erhöhen scheint, bleibt der Rechtsschutz für weniger privilegierte Menschen auf der Strecke. Ob somit ein verfassungsrechtlich einwandfreier Ausgleich zwischen den Interessen gelungen, bleibt fraglich.<sup>92</sup> Es muss nicht von jedweder Fristenregelung – auch im Bereich der Abwägung – Abstand genommen werden, allerdings sollte den Betroffenen eine realistische Möglichkeit gegeben werden, eine verändernde Bautätigkeit wahrzunehmen.

### 3. Das ergänzende Verfahren, § 214 IV BauGB

Früher in der Rechtsprechungspraxis ohne fest normierte Grundlage aus dem Grundsatz der Planerhaltung hergeleitet,<sup>93</sup> gibt nun das ergänzende Verfahren aus § 214 IV BauGB der Gemeinde die Möglichkeit, Fehler zu beheben, ohne dazu verpflichtet oder Ansprüchen ausgesetzt zu sein.<sup>94</sup>

§ 214 IV BauGB erfasst grundsätzlich alle beachtlichen Fehler, soweit nicht eine Behebbarkeit aufgrund der Schwere der Mängel ausgeschlossen ist.<sup>95</sup> Dies umfasst auch materielle Mängel, wobei es hier Grenzen gibt: Eine Nachbesserung insbesondere im Bereich der Abwägung scheidet aus, wenn der „Kern“<sup>96</sup> bzw. das „Grundgerüst“<sup>97</sup> der Abwägung betroffen ist und somit die Planung als Ganzes in Frage gestellt wird.<sup>98</sup> Abwägungsfehler können aufgrund des Konfliktbewältigungsgebots und der Interessenverflechtungen meist nur durch eine vollständig neue, einheitliche Abwägung behoben werden;<sup>99</sup> nur im Einzelfall ist eine „sektorale“ Abwägung möglich.<sup>100</sup> Grundsätzlich treten Bebauungspläne und Flächennutzungspläne mit Bekanntmachung in Kraft (§ 10 III 4 BauGB; § 6 V 2 BauGB); § 214 IV BauGB stellt eine Ausnahmeregelung<sup>101</sup> dar und lässt der Gemeinde die Option, den fehlerbeholdenen Bauleitplan rückwirkend zu erlassen.

Grundsätzlich ist die Vorschrift des § 214 IV BauGB positiv zu bewerten. Sie schafft einen Ausgleich zwi-

82 Arbeitskreis „Baurechtliche und verwaltungsprozessuale Fragen“, BBauBl. 1985, S. 359, zit. nach *Koch*, Baurecht, § 18 Fn. 49.

83 *Gaentzsch*, Rechtsfolgen von Fehlern bei der Aufstellung von Bauleitplänen, in: Baurecht aktuell, Festschrift für Felix Weyreuther, S. 249 (257).

84 *Gaentzsch*, in: Baurecht aktuell, FS Weyreuther, S. 249 (263).

85 *Koch*, Baurecht, § 18 Rn. 25.

86 Eingeführt 1986, *Stock*, in: Ernst/Ziekahn/Bieleberg/Krautzberger, BauGB, Stand: Mai 2017, § 215 Rn 72.

87 *Käß*, Planerhaltung, S. 211.

88 *Stock*, in: Ernst/Ziekahn/Bieleberg/Krautzberger, BauGB, Stand: Mai 2017, § 215 Rn. 60f.

89 Über Rechtsmobilisierungsmöglichkeiten: *Baer*, Rechtssoziologie, 3. Aufl. 2017, § 7.

90 *Baer*, Rechtssoziologie, § 7 Rn. 12.

91 *Dolde*, Die „Heilungsvorschriften“ des BauGB für Bauleitpläne, BauR 1990, 1 (9).

92 So auch *Berkemann u. a.*, Erstkommentierung BauGB, § 214 Rn. 19.

93 z. B. BVerwG NVwZ 1998, 956 (956).

94 BVerwG NVwZ-RR 1997, 213 (213).

95 BVerwGE 119, 54 (54).

96 BVerwG NVwZ 1999, 414 (414).

97 BT-Drucks. 13/6392, 74.

98 BVerwG NVwZ 1999, 414 (414); NVwZ-RR 2003, 7 (7).

99 OVG Münster ZUR 2008, 434 (434); *Kalb/Külpmann*, in: Ernst/Ziekahn/Bieleberg/Krautzberger, BauGB, Stand: Mai 2017, § 214 Rn. 247; *Battis*, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 13. Aufl. 2016, § 214 Rn. 27.

100 OVG Koblenz NVwZ-RR 2003, 629 (629); *Hoppe/Henke*, DVBl 1997, 1407 (1414); *Uechtritz*, in: BeckOK BauGB, Stand: Okt. 2017, § 214 Rn. 134.

101 So zu § 215 II BauGB a. F. BVerwG NVwZ 1996, 892 (892).

schen den obig beschriebenen Verfassungsgütern der gemeindlichen Planungshoheit und demokratischen Selbstverwaltung sowie des auf materielle Gerechtigkeit gerichteten Rechtsschutzanspruchs Betroffener. Problematisch sind deshalb nur die Aspekte der Rückwirkung und der Akzeptanz.

Zweifel an der rückwirkenden Inkraftsetzung aus Vertrauensschutzgesichtspunkten können jedoch nicht durchgreifen, da Pläne weder generell geheilt werden können noch bei wesentlichen inhaltlichen Veränderungen rückwirkend in Kraft treten können.<sup>102</sup> Ohnehin ist ein Vertrauen auf die Ungültigkeit einer Rechtsnorm grundsätzlich nicht schützenswert.<sup>103</sup>

Für Verfahrensakzeptanz ist es nötig, dass alle Betroffenen sich mit ihren Punkten einbringen können, diese offen erörtert werden und somit das Ergebnis als fair empfunden wird.<sup>104</sup> Planerhaltungs- und dabei insbesondere Heilungsvorschriften können die Unübersichtlichkeit öffentlichen Handelns befördern, vor allem wenn die Fehlerbehebung ohne weitere Öffentlichkeitsbeteiligung<sup>105</sup> vonstattengeht, und sind damit der Legitimation von Entscheidungen abträglich.<sup>106</sup> Gemeinden sollten somit das Gefühl zu vermeiden, dass nachträglich Dinge irgendwie geradegerückt werden, um der Planergänzung zur vollen Geltungskraft zu verhelfen.

Das ergänzende Verfahren ist im Gegensatz zu anderen Vorschriften der Planerhaltung nicht besonders von Verhältnismäßigkeitsproblemen betroffen. Es kommt dem Ideal des Ausgleichs zwischen Planerhalt und Rechtsschutz von fehlerhaften Normen durchaus nah.

### III. Europarechtliche Kritik

#### 1. Verfahrenskonzept

Im Gegensatz zum deutschen Verständnis eines dienen Verfahren, welches durch eine materielle Kontrolle ausgeglichen wird, ist in der EU das Verwaltungsverfahren selbst für ein sachgerechtes Ergebnis maßgebend.<sup>107</sup> Dennoch sind der EU und dem EuGH Planerhaltungsvorschriften auf mitgliedstaatlicher Ebene nicht fremd und nicht per se abzulehnen.<sup>108</sup> Das mitgliedstaatliche Rechtsschutzverfahren ist dabei gleichwohl dem Grundsatz der Gleichwertigkeit und dem Grundsatz der Effizienz

(vgl. Art. 197 I AEUV; Art. 4 III EUV) unterstellt.<sup>109</sup> Das heißt, dass das Verfahren bei Verletzungen des Europarechts nicht ungünstiger sein darf, als bei innerstaatlichen Klagen und dass die Ausübung der Rechte, die durch die Gemeinschaftsordnung verliehen werden, nicht übermäßig erschwert oder gar unmöglich gemacht werden dürfen.<sup>110</sup> Subjektive Rechte im Europarecht werden bereits begründet, wenn Vorschriften Einzelpersonen begünstigen,<sup>111</sup> weshalb sich häufig Verfahrensfehler individuell auswirken.<sup>112</sup>

#### 2. Vereinbarkeit der Planerhaltungsvorschriften mit Europarecht

Im Folgenden wird – um den Umfang der Arbeit nicht zu übersteigen – exemplarisch auf einige Probleme<sup>113</sup> der §§ 214, 215 BauGB hinsichtlich ihrer Vereinbarkeit mit der SUP-RL<sup>114</sup> und der UVP-RL<sup>115</sup> eingegangen werden. Beide Richtlinien (hauptsächlich die SUP-RL) sind Grundlage für die in § 2 IV BauGB geregelte Umweltprüfung, deren Fehlerfolgen sich zunächst nicht besonders von den in § 214 BauGB geregelten Verfahrensfehlern unterscheiden.

##### a) UVP-RL

§ 214 I Nr. 2 lit. b BauGB bestimmt die Unbeachtlichkeit von Fehlern bei umweltbezogenen Informationen (§ 3 II 2 BauGB), wenn nur einzelne Angaben gefehlt haben. § 3 II 2 BauGB basiert auf Art. 6 IIe UVP-RL, soweit die Umweltprüfung auch als Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) gilt.<sup>116</sup> Die UVP-RL gewährt den Zugang zu den umweltbezogenen Informationen umfassend, da die verfügbaren Informationen die Öffentlichkeitswahrnehmung eines Plans beeinflussen. Fehlen sie, sind sie für Betroffene kaum anderweitig aufzufinden, sodass der Einzelne dadurch in seinen europäisch gewährten Rechten aus Art. 6 IIe UVP-RL eingeschränkt wird.<sup>117</sup>

Art. 11 UVP-RL gewährt nicht nur Zugang zu einem gerichtlichen Überprüfungsverfahren an sich, sondern legt u. a. auch einen weiten Zugang fest, was im Widerspruch zur Fristenregelung in § 215 I 1 BauGB (besonders Nr. 1) steht. Das BVerwG hatte diese Frage dem

<sup>102</sup> BVerwGE 77, 262 (262); *Kukk*, in: NK-BauGB, § 214 Rn. 69. Es stellt sich dann die Abgrenzungsfrage, ab wann eine inhaltliche Änderung die Planung als Ganzes in Frage stellt.

<sup>103</sup> Grundsätzlich: BVerfG BeckRS 1967, 104163; darauf bezugnehmend: BVerwGE 75, 262 (262).

<sup>104</sup> *Ziekow*, Frühe Öffentlichkeitsbeteiligung, NVwZ 2013, 754 (755).

<sup>105</sup> Je nach Verfahrensschritt, *Battis*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, 13. Aufl. 2016, § 214 Rn. 27.

<sup>106</sup> Vgl. *Winter*, Reform des Verwaltungsverfahrens nach „Stuttgart 21“, ZUR 2012, 329 ff.

<sup>107</sup> *Kment*, Zur Europarechtskonformität der neuen baurechtlichen Planerhaltungsregeln, AöR 2005, 570 (572).

<sup>108</sup> *Kment*, AöR 2005, 570 (573 f.).

<sup>109</sup> *Kment*, AöR 2005, 570 (573 f.).

<sup>110</sup> z. B. EuGH vom 21.11.2002, Rs. C-473/00 Rn. 36.

<sup>111</sup> z. B. EuGH vom 28.02.1991, Rs. C-131/88 Rn. 7.

<sup>112</sup> *Bunge*, Zur gerichtlichen Kontrolle der Umweltprüfung in Bauleitplänen, NuR 2014, 1 (4).

<sup>113</sup> In weiten Teilen wird die europarechtliche Vereinbarkeit der Vorschriften bejaht, z. B. *Stock*, in: *Ernst/Ziekahn/Bieleberg/Krautzberger*, BauGB, Stand: Mai 2017, § 214 Rn. 148; *Battis*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, 13. Aufl. 2016, Vorb §§ 214-216 Rn. 12 m. w. N.

<sup>114</sup> RL 2001/42/EG des europäischen Parlamentes und des Rates vom 27.06.2001 über die Prüfung der Umweltauswirkungen bestimmter Pläne und Programme.

<sup>115</sup> RL 2011/92/EU des europäischen Parlamentes und des Rates vom 13.12.2011 über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten.

<sup>116</sup> *Bunge*, NuR 2014, 1 (6).

<sup>117</sup> *Bunge*, NuR 2014, 1 (6).

EuGH zur Klärung vorgelegt,<sup>118</sup> da der EuGH aufgrund von Art. 11 UVP-RL ähnlich lautende Präklusionsvorschriften in § 2 III UmwRG und § 73 IV 3 VwVfG für europarechtswidrig erklärt hatte.<sup>119</sup> Jenseits der Frage der Zulässigkeit von angemessenen Rechtsschutzfristen bei europarechtlichen Verfahren<sup>120</sup> ist dem EuGH in den bisherigen Urteilen zu entnehmen, dass ein weitreichender Gerichtszugang im Bereich des Umweltschutzes dem Zweck der Vorschrift entspräche.<sup>121</sup> U. a. wird die Beteiligung der Öffentlichkeit im Verwaltungsverfahren nicht als vorgezogener Rechtsschutz verstanden.<sup>122</sup> Weiterhin solle Art. 11 UVP-RL gerade umfassende Verfahrensgarantien um ihrer selbst willen verleihen und könne deshalb nicht an weitere Voraussetzungen (z. B. Einfluss auf das Ergebnis) geknüpft werden.<sup>123</sup> Im Hinblick auf dieses Verständnis steht eine kurze Frist zur Geltendmachung von Verfahrensfehlern im Bereich von Umweltprüfungen der Durchsetzung der in Art. 11 UVP-RL gewährten Rechte entgegen.<sup>124</sup>

#### b) SUP-RL

§ 214 I 1 Nr. 1 BauGB ist mit seinen Voraussetzungen für die Beachtlichkeit von Ermittlungs- und Bewertungsfehlern in Bezug auf Art. 5 I SUP-RL zu eng gefasst, was aber durch eine europarechtskonforme Auslegung zu überwinden ist.<sup>125</sup> Es ist gemäß dem Zweck der Regelung eine einheitliche Betrachtungsweise zu wählen, sodass wesentliche Belange immer solche sind, die das Ergebnis mitbestimmen könnten.<sup>126</sup>

§ 214 IIa Nr. 3 BauGB erklärt eine fehlerhafte Vorprüfung für Umweltprüfungen u. a. dann für ordnungsgemäß durchgeführt, wenn nur einzelne Behörden nicht beteiligt wurden. Es erfolgt keine Differenzierung nach Aufgabengebieten, obwohl gerade dies Umweltschutzbefehle erheblich beeinträchtigen kann.<sup>127</sup> Dies widerspricht Art. 3 VI SUP, da die von den Mitgliedsstaaten festgelegte Behörden verbindlich beteiligt werden müssen.<sup>128</sup> Eine fehlende Beteiligung von umweltrelevanten Behörden, z. B. der Naturschutzbehörde, gehört somit

zu einem europarechtlich wesentlichen Verfahrensfehler und kann nicht unbeachtlich werden.

Das ergänzende Verfahren gem. § 214 IV BauGB ist ggf. nicht anwendbar, soweit es um Mängel in der Umweltprüfung geht, denn die UVP muss vor der Zulassungsentscheidung des Projektes stattfinden.<sup>129</sup> Allerdings sind Mängel später behebbar, solange EU-Recht Anwendung findet und keine „Legalisierung“ bereits verwirklichter Vorhaben stattfindet.<sup>130</sup> Aufgrund Art. 4 I SUP-RL sowie des Gedankenganges, dass die Umweltprüfung der Entscheidung zugrunde liegen soll, kann eine verspätete Prüfung nur unter engen Voraussetzungen<sup>131</sup> durchgeführt werden, wenn sie sich im Rahmen des Europarechts bewegen will.

### 3. Konsequenzen für das deutsche Recht

Die eben dargelegten kritischen Punkte zeigen, dass die Planerhaltungsregelungen nicht vollständig einer europarechtlichen Prüfung standhalten. Eine Abkehr von den differenzierten Fehlerfolgen wird dabei nicht gefordert, denn Verfahrens- und Formfehler müssen nicht zeitlich unbegrenzt „durchschlagen.“<sup>132</sup> Allerdings muss das deutsche Recht zu einem gewissen Maße um den Gedanken der Richtigkeitsgewähr durch Verfahren erweitert werden<sup>133</sup> und es wäre europarechtlich anzuraten, von materiellen Präklusionsregelungen Abstand nehmen.<sup>134</sup>

### IV. Fazit

Der Grundsatz der Planerhaltung ist seiner Konzeption nach geeignet, den Interessen von Gemeinde, Gemeinschaft und Individualpersonen gerecht zu werden. Es ist ohnehin unwahrscheinlich, dass ein ausuferndes Verfahren, mit quasi unbegrenzter Überprüfung von Fehlern, zu besseren und demokratischeren Ergebnissen führt als die bisherigen Regelungen. In seiner positivrechtlichen Ausformung wird der angestrebte Ausgleich zwischen Rechtssicherheit, gemeindlicher Planung und Rechtsschutz dieser Idee nicht völlig gerecht. Insbesondere die kurze Frist zur Geltendmachung vieler Mängel ist nicht nur europarechtlich zweifelhaft, sondern hat das ausgleichende Pendel zu stark in Richtung der Rechtssicherheit schlagen lassen. Hinsichtlich der dargestellten systematischen Probleme wäre es dem Gesetzgeber anzuraten, einmal grundlegend die gesetzliche Umsetzung der Planerhaltung zu erneuern, anstatt nur aufgrund europarechtlicher Kritik oder Richtlinien „hier und da“ einige Stellschrauben zu drehen. In solch

118 BVerwG vom 14.03.2017, 4 CN 3.16. Inzwischen ist die Vorlage leider zurückgenommen worden, da der Antragsteller seinen Antrag zurückgezogen hat: BVerwG vom 30.01.2018, 4 CN 1.18.

119 EuGH vom 15.10.2015, Rs. C-137/14.

120 So auch VGH Mannheim BauR 2015, 1089 (1089).

121 EuGH vom 15.10.2015, Rs. C-137/14; auch EuGH vom 12.05.2011, Rs. C-115/09 – Trianel.

122 EU-Kommission: Mit Gründen versehene Stellungnahme vom 26.04.2013 im Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland, Nr. 2007/4267.

123 EuGH vom 15.10.2015, Rs. C137/14.

124 a. A. VGH Mannheim BauR 2015, 1089 (1089); *Kment*, AöR 2005, 570 (610).

125 *Bunge*, NuR 2014, 1 (5).

126 *Bunge*, NuR 2014, 1 (5).

127 *Bunge*, NuR 2014, 1 (9).

128 *Bunge*, NuR 2014, 1 (9); im Ergebnis *Kment*, Planerhaltung auf dem Prüfstand: Die Neuerungen der §§ 214, 215 BauGB 2007 europarechtlich betrachtet, DVBl 2007, 1275 (1280).

129 EuGH NuR 2004, 517, Rn. 50 ff.

130 EuGH NuR 2004, 517, Rn. 62 ff.

131 Siehe en détail *Bunge*, NuR 2014, 1 (11).

132 *Uechtritz*, in: BeckOK BauGB, Stand: Okt. 2017, § 214 Rn. 19.1.

133 So auch *Schlacke*, Stellungnahme in BT-Drucks. 18/9526, Ausschussdrucks. 18(16)417-C, 10.

134 *Schüren/Kramer*, EuGH-Entscheidung zum UmwRG: Das Aus für die materielle Präklusion und traditionelle Fehlerfolgenlehre, ZUR 2016, 400 (407).

einer Neuregelung wäre sowohl über die Vereinbarkeit der verschiedenen Verfahrensideen im deutschen und europäischen Recht nachzudenken, diese neuartig zu konzipieren und zugleich die Rechtfertigung etwaiger Ausgestaltungen nicht nur auf (zweifelhafte) Empirie, sondern auf die umfassend vorliegenden prinzipiellen

Gedanken zu stützen. Das Bauplanungsrecht ist in seiner Quintessenz darauf angelegt, Ausgleich in der Nutzung eines begrenzten Gutes (Grund und Boden) herzustellen. Der Gesetzgeber sollte sich dieser großen Aufgabe, den Ausgleich gerecht zu gestalten, stellen und den Grundsatz der Planerhaltung entsprechend ausformen.

Robert Feist\*

## Klausur Erbrecht

*Die Klausur betrifft im Wesentlichen die Grundzüge des Erbrechts; schwerpunktmäßig bezieht sie sich auf das erbrechtliche Anfechtungsrecht, auf das sog. Ordnungs- und Stammesprinzip, sowie auf das Pflichtteilsrecht des Ehegatten. (Zusammenfassung der Redaktion)*

### Sachverhalt

V ist schon früh Witwer geworden und Vater von zwei Kindern: seiner Tochter T und seines Sohnes S. Kurz nach dem Tod seiner Frau möchte er seine Erbfolge regeln. Dazu setzt er ein Testament auf, welches er handschriftlich verfasst:

*„Nach meinem Ableben soll mein Vermögen auf meine beiden Kinder T und S aufgeteilt werden.*

*Hamburg, den 25. Februar 1995  
Euer Vater“*

Im Herbst 2015 verstirbt der Sohn S. S hinterlässt seine Ehefrau E (mit der er im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft lebte) und eine gemeinsame Tochter X. Bei der Familie des S lebte außerdem noch die Y, eine Tochter der E aus einer vorehelichen Beziehung mit einem anderen Mann, die E mit in die Ehe gebracht hat.

Um den Tod seines Sohnes zu verarbeiten, begibt sich V auf eine Reise, auf der er die A kennenlernt. Die beiden heiraten am 5. Mai 2017 und leben fortan im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft zusammen. Das Testament aus dem Jahr 1995 hat der V zu diesem Zeitpunkt schon völlig vergessen und versäumt es daher, es zu ändern.

\* Der Autor ist Student der Rechtswissenschaft an der Universität Hamburg. Der Beitrag beruht auf einer Klausur, die im Wintersemester 2017/2018 zur Vorlesung „Erbrecht“ von Professor Dr. Peter Mankowski an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg

Leider ist V und A nur ein kurzes Eheglück vergönnt, denn V verstirbt bereits Heiligabend 2017.

Kurz nach dem Todesfall erfährt A das erste Mal von dem Testament. Die Tatsache, dass die Kinder des V alles erben sollen, stimmt sie sehr unzufrieden. Daher ficht sie die Erbeinsetzung der Kinder in dem Testament form- und fristgerecht gegenüber dem zuständigen Nachlassgericht an. Sie erklärt dabei, dass die Einsetzung der T und des S als Alleinerben zu einem Übergehen ihrer Person führen würde. Sie als neue Ehefrau des V dürfe nicht unberücksichtigt bleiben.

N, der Sohn des verstorbenen Bruders B von V lebt noch. Ebenfalls noch am Leben ist C, die Tochter der verstorbenen Schwester D der verstorbenen Mutter L von V.

### Aufgabenstellung

Wer erbt nach V zu welchem Teil?

### Gutachten

#### A. Erbfolge nach V

Fraglich ist, wer Erbe des V gem. §§ 1922 ff. BGB geworden ist.

#### I. Gewillkürte Erbfolge

In Betracht kommt in diesem Fall eine Erbeinsetzung durch letztwillige Verfügung, § 1937 BGB.

#### 1. Wirksame Errichtung eines Testaments

V könnte hier eine Verfügung von Todes wegen in Form eines Testaments erklärt haben, §§ 2064 ff. BGB.

gestellt wurde. Die Bearbeitung des Autors wurde mit „gut“ bewertet.

Hierzu müsste das Testament allerdings wirksam gewesen sein. Dies ist es dann, wenn V zum Zeitpunkt der Testamentserstellung testierfähig war, einen Testierwillen hatte und den Formzwang der Verfügung von Todes wegen eingehalten hatte.

Testierfähigkeit ist die Fähigkeit, ein Testament zu errichten. Da keine entgegenstehenden Angaben im Sachverhalt vorhanden sind, ist von einer Testierfähigkeit des V auszugehen.

Testierwille ist gegeben, wenn der Erblasser zum Zeitpunkt der Testamenterrichtung den Willen zu einer rechtlich verbindlichen Erklärung hatte. Im vorliegenden Fall hat V am 25.02.1995 das Testament errichtet und es gibt keine Anzeichen dafür, dass er zu diesem Zeitpunkt keinen Testierwillen hatte.

Ferner müsste V den strengen Typenzwang eines Testaments eingehalten haben. Im vorliegenden Fall wählte V die Form eines eigenhändigen Testaments, § 2247 BGB.

Gemäß § 2247 II BGB hat der Erblasser sein Testament mit Vor- und Familiennamen zu unterschreiben. Hier hat V lediglich mit „Euer Vater“ unterschrieben. § 2247 III 2 BGB heilt aber den Formmangel, wenn eine Identifizierung des Testamentsverfassers trotzdem noch möglich ist. Darüber hinaus ist § 2247 I BGB nur eine Soll-Vorschrift, von der abgewichen werden kann. Im konkreten Fall ist eine Identifikation des V noch möglich, sodass der Formmangel unerheblich ist.

Auch die nicht ausdrückliche Betitelung der Erbeinsetzung ist unschädlich, da V juristischer Laie war. Deshalb ist durch Auslegung zu ermitteln, welches der mutmaßliche Erblasserwille war, § 133 BGB.

V wollte seine Kinder als Erben einsetzen, betitelte dies allerdings nicht explizit. Es ist lediglich die Rede von einer „Vermögensaufteilung“ nach seinem Ableben. Dies ist gem. § 2087 BGB unschädlich. Es wird gesetzlich vermutet, dass eine Erbeinsetzung vorliegt, auch wenn diese nicht als solche benannt wird, wenn der Errichtende sein Vermögen jemanden zuwendet.

Die Auslegung gem. § 133 BGB ergibt zudem deutlich, dass V hier sein Testament errichten wollte, da dieser ausdrücklich schreibt, dass nach seinem Ableben soll sein Vermögen auf seine beiden Kinder S und T übergehen soll.

Folglich sind die Formerfordernisse eines Testaments eingehalten. Das Testament wurde wirksam errichtet.

## 2. Anfechtung des Testaments

Fraglich ist jedoch, ob das Testament wirksam durch die A angefochten wurde, §§ 2078 ff. BGB.

Hier müsste die A anfechtungsberechtigt sein, die Anfechtung in der vorgeschriebenen Form fristgerecht abgegeben haben; zudem müsste ein Grund die A zur Anfechtung berechtigen.

Laut Sachverhalt ist von einer form- und fristgerechten Anfechtung auszugehen.

### a) Anfechtungsberechtigung

Fraglich ist allerdings, ob A überhaupt anfechtungsberechtigt ist, § 2080 BGB.

Gemäß § 2080 I BGB ist derjenige zur Anfechtung berechtigt, welchem die Aufhebung der letztwilligen Verfügung unmittelbar zustatten kommen würde.

Da A durch das Testament nicht berücksichtigt wurde, würde diese einen Vorteil erlangen, wenn die gesetzliche Erbfolge an die Stelle der gewillkürten Erbfolge treten würde. Sie würde also mehr erben. Mithin ist sie anfechtungsberechtigt.

### b) Anfechtungsgrund

Zudem müsste ein Anfechtungsgrund vorliegen.

In Betracht kommt die Übergehung eines Pflichtteilsberechtigten gem. § 2079 BGB. Danach kann eine letztwillige Verfügung angefochten werden, wenn der Erblasser zur Zeit des Erbfalls einen vorhandenen Pflichtteilsberechtigten übergangen hat, dessen Vorhandensein ihn bei der Errichtung der Verfügung nicht bekannt war oder dieser erst nach der Errichtung pflichtteilsberechtigt geworden ist, § 2079 S. 1 BGB. Die Pflichtteilsberechtigung ergibt sich aus § 2303 BGB. In § 2303 II BGB ist der Ehegatte als pflichtteilsberechtigt angeführt.

Demnach ist die A zunächst einmal pflichtteilsberechtigt, da diese die Ehegattin des V war. Auch wurde diese durch den Erblasser V übergangen, da zum Zeitpunkt der Testamenterrichtung V von A noch gar nicht wissen konnte, da sie sich schlicht noch nicht kannten. Ferner heirateten diese erst zu einem späteren Zeitpunkt, wodurch die A erst zur Pflichtteilsberechtigten wurde. Ausweislich des Sachverhalts hatte der V das Testament zugunsten seiner Kinder zudem bereits vergessen und daher versäumt, es zu ändern. Dies ist ein deutliches Indiz für den geänderten Willen des V. Dieses Argument sowie die gesetzliche Vermutung des § 2079 BGB lassen einen Anfechtungsgrund bejahen.

### c) Zwischenergebnis

Folglich hat die A das Testament aus dem Jahre 1995 wirksam angefochten.

## 3. Rechtsfolge der Anfechtung

Dadurch, dass das Testament lediglich die Kinder als Be-

günstigste enthielt und dieses aufgrund der Übergehung der Pflichtteilsberechtigten A unwirksam ist, stellt sich die Frage nach der Rechtsfolge.

§ 2085 BGB ist in diesem Fall nicht anwendbar, weil die Verfügung des V unwirksam ist. Somit gilt nicht die gewillkürte, sondern die gesetzliche Erbfolge.

## II. Gesetzliche Erbfolge

Die gesetzliche Erbfolge gem. §§ 1924 ff. BGB folgt dem sog. „Ordnungsprinzip“.

### 1. Erbrecht der Verwandten

Gem. § 1930 BGB ist ein Verwandter nicht zur Erbfolge berufen, solange ein Verwandter einer vorhergehenden Ordnung vorhanden ist. Das bedeutet, dass ein Verwandter der ersten Ordnung einen Verwandten der zweiten Ordnung ausschließt.

Gemäß § 1924 I BGB sind gesetzliche Erben der ersten Ordnung die Abkömmlinge des Erblassers. In Betracht kommen hier S und T sowie die Ehefrau E. E scheidet jedoch aus, da die E kein Abkömmling des V ist und auch nicht mit ihm verwandt ist.

Ferner kann gemäß § 1923 I BGB nur erben, wer zur Zeit des Erbfalls lebt. S ist allerdings im Herbst 2015 verstorben, sodass dieser nicht erben kann.

§ 1924 III BGB normiert das sog. „Stammesprinzip“, nach welchem an die Stelle eines zur Zeit des Erbfalls nicht mehr lebenden Abkömmlings, die durch ihn mit dem Erblasser verwandten Abkömmlinge treten. Somit kommen die X und Y als potentielle Nachrücker in Frage. Y kann kein Erbe der gesetzlichen Erbfolge werden, da sie weder mit S und V verwandt ist. Folglich tritt lediglich X an die Stelle des S. T ist unstreitig Erbe erster

Ordnung. Gemäß § 1924 IV BGB erben Kinder zu gleichen Teilen. Wie oben bereits erwähnt, werden die restlichen Verwandten von der Erbfolge ausgeschlossen.

### 2. Erbrecht des Ehegatten

Zudem könnte der A ein Erbrecht als Ehegattin zustehen, § 1931 BGB.

Gemäß § 1931 I 1 BGB erhält der überlebende Ehegatte neben den Verwandten der ersten Ordnung ein Viertel des Erbes.

Durch den Umstand, dass die A und der V im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft lebten, wird der gesetzliche Erbteil der A gem. § 1931 I, III i. V. m. § 1371 I BGB um ein weiteres Viertel erhöht.

Somit ist auch die A Erbin des V.

### 3. Erbquoten

Gemäß § 1931 I, III i. V. m. § 1371 erhält die A  $\frac{1}{2}$  des Nachlasses. Die Abkömmlinge des V – X und T – teilen sich die andere Hälfte des Erbes gem. § 1924 IV BGB zu gleichen Teilen, also jeweils  $\frac{1}{4}$ .

## III. Zwischenergebnis

Das Testament des V aus dem Jahre 1995 wurde erfolgreich angefochten und die gesetzliche Erbfolge tritt ein. Nach dieser erhält die A  $\frac{1}{2}$  und X und T jeweils  $\frac{1}{4}$  des Nachlasses des V. Sie bilden zusammen eine Erbengemeinschaft, § 2032 I BGB.

## B. Ergebnis

Die Erbengemeinschaft besteht aus A, X und T, wobei A  $\frac{1}{2}$  erbt und X und T jeweils  $\frac{1}{4}$ .

Christoph Baaß\*

## Die Crowdworker: Arbeits- und sozialrechtliche Einordnung

*Dieser Beitrag beschäftigt sich mit den arbeits- und sozialrechtlichen Fragestellungen, die im Zusammenhang mit Crowdwork diskutiert werden. Nach einem kurzen Überblick über den Begriff und die Erscheinungsformen von Crowdwork wird eine Einordnung in die bestehenden arbeits- und sozialrechtlichen Regelungskonzepte vorgenommen. Daran anknüpfend, werden die bisherigen Lö-*

*sungsansätze zum Umgang mit Crowdwork dargestellt und ein Fazit gezogen.*

\* Der Autor ist Student der Rechtswissenschaft an der Universität Hamburg. Der Beitrag beruht auf einer Seminararbeit, die im Wintersemester 2017/2018 zum zivil- und arbeitsrechtlichen Seminar „Moderne Vertragsformen“ an der Fakultät für Rechtswissenschaft an der Universität Hamburg bei PD Dr. Clemens Latzel eingereicht wurde. Die Bearbeitung des Autors wurde mit „sehr gut“ bewertet.

## I. Einleitung

Die Schlagworte „Digitalisierung der Arbeitswelt“ und „Arbeiten 4.0“ sind allgegenwärtig und prägen sowohl politische, als auch rechtswissenschaftliche Diskussionen. Sie sind die Kürzel für die fortschreitenden Veränderungen der Arbeitswelt und die damit verbundenen Folgen für die Gesellschaft. Die Veränderungen des Arbeitsalltags sind Chance und Risiko zugleich: Einige sehen das erhöhte Maß an Freiheit und Flexibilität als Verheißung, andere hingegen fürchten den Verlust von Stabilität und Sicherheit. Im Rahmen dieses Veränderungsprozesses entstehen neue Beschäftigungsformen, von denen eine die sog. Crowdwork ist.

## II. Das Phänomen Crowdwork

### 1. Begriffsbestimmung

Der Begriff „Crowdsourcing“ beschreibt die Auslagerung von bestimmten Arbeiten durch den Auftraggeber an eine üblicherweise unbestimmte Menge von Menschen, die als „Crowd“ bezeichnet wird.<sup>1</sup> In einem Crowdsourcing-Modell gibt es immer die Rolle des Auftraggebers (Crowdsourcer) sowie die Rolle der undefinierten Auftragnehmer (Crowdsources bzw. Crowdworker).<sup>2</sup> Die Aufgaben werden auf eine Internetplattform (Crowdsourcing-Plattform) gestellt und dann durch die Crowd, also durch die einzelnen Auftragnehmer erledigt.<sup>3</sup> Die sog. Crowdwork ist ein auf dem Crowdsourcing-Prinzip basierendes Modell, bei dem idealistische Motive zurücktreten und der Erwerbgedanke und im Fokus steht.<sup>4</sup>

### 2. Fakten und bisherige Erkenntnisse

Crowdwork ist eine neue Beschäftigungsform, die im Rahmen der Digitalisierung der Arbeitswelt entstanden ist und sich seitdem weltweit ausbreitet. Auch wenn Crowdwork vor allem in den USA zum Trend geworden, und in Deutschland bisher noch wenig verbreitet ist,<sup>5</sup> nimmt die Anzahl der Plattformen und Crowdworker (auch in Deutschland) stetig zu.<sup>6</sup> Schätzungen zufolge gibt es mittlerweile rund 1,43 Millionen Crowdworker in Deutschland, die im Wesentlichen in Nebentätigkeit arbeiten.<sup>7</sup> Bekannte Plattformen sind z. B. *Amazon Mechanical Turk*, *Freelancer*, *99desings* oder *Upwork*.

1 Vgl. *Leimeister u. a.*, Crowdwork – digitale Wertschöpfung in der Wolke, in: Benner, *Crowdwork- Zurück in die Zukunft?*, 2014, S. 9 (15).  
 2 *Leimeister u. a.*, in: Benner, *Crowdwork- Zurück in die Zukunft?*, S. 9 (15).  
 3 *Klebe*, *Crowdwork: Faire Arbeit im Netz?*, AuR 2016, 277 (278).  
 4 *Leimeister u. a.*, *Crowd Worker in Deutschland*, in: Hans-Böckler-Stiftung Study Nr. 323, 2016, S. 16.  
 5 Vgl. ZEW Forschungsbericht 473, 2016.  
 6 *Leimeister u. a.*, in: Hans-Böckler-Stiftung Study Nr. 323, 2016, S. 16.  
 7 FEPS University of Hertfordshire, *Crowd Working Survey*, Nov. 2016.

### 3. Erscheinungsformen

Crowdwork kann in verschiedenen Ausprägungen und Formen praktiziert werden und ist somit vielmehr ein Oberbegriff für teilweise sehr unterschiedliche Beschäftigungsformen. Die Erledigung der Aufgaben kann beispielsweise in Zusammenarbeit oder wettbewerbsorientiert erfolgen.<sup>8</sup> Auch in der Komplexität der Aufgaben gibt es erhebliche Unterschiede. Hierbei kann unterschieden werden zwischen anspruchsvollen Aufgaben, wie z. B. das Designen einer Website und simplen Kleinstaufgaben, sog. „Microtasks“.

Eine bereits seit Längerem bekannte Erscheinungsform ist die sog. interne Crowdwork. Hierbei werden Arbeitnehmer mit Zustimmung des Arbeitgebers innerhalb des Unternehmens oder Konzerns als Crowdworker tätig.<sup>9</sup> Die unternehmensinterne Belegschaft fungiert als Crowd, und eine intern aufgesetzte Plattform (z. B. ein Intranet) dient als Crowdsourcing-Plattform, über welche die Crowd Beiträge erbringen kann.<sup>10</sup>

Den Normalfall von Crowdwork stellt jedoch das sog. externe Crowdworking dar.<sup>11</sup> Hier besteht die Crowd aus unternehmensexternen Personen. Die User bieten auf der Plattform ihre Arbeitskraft an,<sup>12</sup> und bearbeiten die über die Plattform bereitgestellten Aufträge. Die digitalen Plattformen fungieren hierbei als Intermediäre. Über die Plattformen werden sämtliche Prozesse von der Anmeldung, über die Aufgabenstellung bis hin zur Vergütung gesteuert.<sup>13</sup> Externe Crowdwork kann als Dreiecksverhältnis ausgestaltet sein, in dem die Plattform Vertragspartner beider Seiten ist, und zudem ein Rechtsverhältnis zwischen dem Auftraggeber und dem Crowdworker besteht.<sup>14</sup> Denkbar ist jedoch auch, dass gar keine Rechtsbeziehung zwischen dem Unternehmen und dem Crowdworker zustande kommen, sondern jeweils nur eine Rechtsbeziehung zur Online-Plattform besteht.<sup>15</sup>

## III. Arbeitsrechtliche Einordnung der Crowdworker

Der Status der Crowdworker soll zunächst aus arbeitsrechtlicher Perspektive in den Blick genommen werden. Das dem Arbeitsrecht zugrundeliegende „Alles-oder-

8 *Däubler/Klebe*, *Crowdwork: Die neue Form der Arbeit – Arbeitgeber auf der Flucht?*, NZA 2015, 1032 (1033).  
 9 *Meyer-Michaelis u. a.*, *Rechtliche Rahmenbedingungen von Crowdworking*, DB 2016, 2543 ff.  
 10 *Leimeister u. a.*, in: Hans-Böckler-Stiftung Study Nr. 323, 2016, S. 12.  
 11 *Wisskirchen/Schwindling*, *Crowdworking im Lichte des Arbeitsrechts*, ZESAR 2017, 318 (319).  
 12 *Wisskirchen/Schwindling*, ZESAR 2017, 318 (319).  
 13 *Leimeister u. a.*, in: Hans-Böckler-Stiftung Study Nr. 323, 2016, S. 16.  
 14 *Meyer-Michaelis u. a.*, DB 2016, 2543 (2544).  
 15 *Wisskirchen/Schwindling*, ZESAR 2017, 318 (320).

Nichts-Prinzip<sup>16</sup>, verleiht der Frage der Einordnung der Crowdworker in das arbeitsrechtliche Gesamtkonzept seine enorme Bedeutung. Denn die Anwendbarkeit vieler arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften hängt maßgeblich vom Arbeitnehmerstatus der betroffenen Person ab.

## 1. Crowdworker als Arbeitnehmer

Aus diesem Grund stellt sich zunächst die Frage, ob Crowdworker als Arbeitnehmer qualifiziert werden können. Nach ständiger Rechtsprechung des BAG<sup>17</sup>, und der Kodifikation in § 611 a BGB ist Arbeitnehmer, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist. In diesem Zusammenhang erscheint es sinnvoll, die Unterscheidung zwischen interner und externer Crowdwork aufzugreifen.

Bei interner Crowdwork bleiben die Crowdworker nach ganz überwiegender Ansicht<sup>18</sup> Arbeitnehmer und behalten demzufolge alle ihre Schutzrechte. Die Crowd wird durch die unternehmensinterne Belegschaft gebildet. Die Mitarbeiter stehen i. d. R. in einem Arbeitsverhältnis mit dem Unternehmen.

Bei externer Crowdwork erweist sich die Statusbestimmung hingegen als problematisch. Im Verhältnis zwischen dem/der Auftraggeber und dem Crowdworker wird die Arbeitnehmereigenschaft der Crowdworker weitestgehend abgelehnt.<sup>19</sup> Als Hauptargument wird zunächst die fehlende Weisungsgebundenheit der Crowdworker angeführt.<sup>20</sup> Die zu erbringende Tätigkeit sei im „Angebot“ bereits abschließend definiert, sodass Weisungen in Bezug auf die Arbeit i. d. R. nicht stattfinden.<sup>21</sup> Des Weiteren fehle es an einer Eingliederung der Crowdworker in den Betrieb des Auftraggebers,<sup>22</sup> da die Crowdworker ihre Aufgaben orts- und zeitungebunden vornehmen können.

Die Arbeitnehmereigenschaft der Crowdworker könnte sich jedoch aus dem Rechtsverhältnis zwischen dem Crowdworker und Plattform ergeben. Insbesondere in Konstellationen, in denen die Aufträge ausschließ-

lich von einer Plattform bezogen werden, könnte eine persönliche Abhängigkeit von der Plattform entstehen, welche wiederum für die Arbeitnehmereigenschaft der Crowdworker sprechen könnte. Als Indiz für die persönliche Abhängigkeit werden die Bewertungs- und Rating-systeme der jeweiligen Plattformen genannt.<sup>23</sup> Für die persönliche Abhängigkeit spreche außerdem der Einsatz verschiedener Kontrollmechanismen (z. B. die Überwachung der Mausbewegungen), mit welchen die Plattform die User überwache.<sup>24</sup>

Jedoch sprechen auch mehrere Indizien gegen die Annahme der Arbeitnehmereigenschaft. Denn auch im Verhältnis zur Plattform seien die Crowdworker bei der Erledigung ihrer Aufgaben im Wesentlichen frei und weder zeitlich noch örtlich gebunden.<sup>25</sup> Außerdem finde keine betriebliche Eingliederung bei der Plattform statt, da die Crowdworker nicht funktional in die Arbeitsabläufe der Plattform eingebunden seien.<sup>26</sup> Zudem kann die vom BAG entwickelte „Erheblichkeitsschwelle“ herangezogen werden, wonach die Annahme des Arbeitnehmerstatus nur dann in Betracht kommt, wenn das für das Arbeitsverhältnis typische Maß erreicht wird.<sup>27</sup> Zwar deuten vorliegend einzelne Indizien für die Annahme der Arbeitnehmerstellung, jedoch sprechen gewichtige Indizien, wie z. B. die fehlende Weisungsgebundenheit oder die fehlende betriebliche Eingliederung gegen die Stellung als Arbeitnehmer.

Im Ergebnis sprechen somit bei externer Crowdwork – sowohl im Verhältnis zwischen Auftraggeber und Crowdworker als auch im Verhältnis zwischen Plattform und Crowdworker – die überzeugenderen Argumente gegen die Einordnung als Arbeitnehmer.

## 2. Crowdworker als arbeitnehmerähnliche Personen

Möglicherweise können Crowdworker jedoch als arbeitnehmerähnliche Personen eingestuft werden. Dies hätte zur Folge, dass bestimmte arbeitsrechtliche Schutzvorschriften Anwendung finden würden, siehe z. B.: § 2 S. 2 BUrlG, § 2 II Nr. 3 ArbSchG, § 6 I Nr. 3 AGG, § 3 XI Nr. 6 BDSG oder § 12 TVG. Der Begriff der arbeitnehmerähnlichen Person ist nicht gesetzlich definiert, eine Orientierung bietet jedoch § 12 a I Nr. 1 TVG. Arbeitnehmerähnlich ist eine Person danach, wenn sie wirtschaftlich abhängig und vergleichbar mit einem Arbeitnehmer sozial schutzbedürftig ist und wenn sie auf

<sup>16</sup> Krause, Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2018, § 2 Rn. 6.

<sup>17</sup> Vgl. BAG NZA 2013, 1348 (1350).

<sup>18</sup> Däubler/Klebe, NZA 2015, 1032 (1035); Deinert, Neuregelung des Fremdpersonaleinsatzes im Betrieb, RdA 2017, 65 (68).

<sup>19</sup> Däubler/Klebe, NZA 2015, 1032 (1033); Hanau, Schöne digitale Arbeitswelt?, NJW 2016, 2613 (2615); Günther/Böglmüller, Arbeitsrecht 4.0 – Arbeitsrechtliche Herausforderungen in der vierten industriellen Revolution, NZA 2015, 1025 (1031); Wisskirchen/Schwindling, ZESAR 2017, 318 (324).

<sup>20</sup> Vgl. Hanau, NJW 2016, 2613 (2615); Wisskirchen/Schwindling, ZESAR 2017, 318 (324); Deinert, RdA 2017, 65 (68).

<sup>21</sup> Däubler/Klebe, NZA 2015, 1032 (1034).

<sup>22</sup> Meyer-Michaelis u. a., DB 2016, 2543 (2544); Günther/Böglmüller, NZA 2015, 1025 (1030).

<sup>23</sup> Vgl. Kocher/Hensel, Herausforderungen des Arbeitsrechts durch digitale Plattformen – ein neuer Koordinationsmodus von Erwerbsarbeit, NZA 2016, 984 (990).

<sup>24</sup> Wisskirchen/Schwindling, ZESAR 2017, 318 (322).

<sup>25</sup> Wisskirchen/Schwindling, ZESAR 2017, 318 (320).

<sup>26</sup> Wisskirchen/Schwindling, ZESAR 2017, 318 (323).

<sup>27</sup> BAG, NZA 2003, 112; Wisskirchen/Schwindling, ZESAR 2017, 318 (320).

Grund eines Dienst- oder Werkvertrages für eine andere Person tätig ist, sowie die geschuldeten Leistungen persönlich und im Wesentlichen ohne Mitarbeit von anderen Arbeitnehmern erbringt.

Von zentraler Bedeutung für die Einordnung als arbeitnehmerähnliche Person ist die wirtschaftliche Abhängigkeit vom Auftraggeber. Diese ist gegeben, wenn der Beschäftigte auf die Einkünfte aus der Tätigkeit für den Vertragspartner zur Sicherung seiner Existenzgrundlage angewiesen ist.<sup>28</sup> Bei nebenberuflichen Crowdworkern, die nur sog. „Microtasks“ ausführen, wird eine wirtschaftliche Abhängigkeit verneint, sodass der Status als arbeitnehmerähnliche Person ausscheidet.<sup>29</sup> Diese Einschätzung verdient Zustimmung, da bei nebenberuflicher Tätigkeit die Betroffenen regelmäßig nicht auf die Einkünfte zur Existenzsicherung angewiesen sind, und somit keine wirtschaftliche Abhängigkeit angenommen werden kann. Gegen die wirtschaftliche Abhängigkeit von hauptberuflichen Crowdworkern wird angeführt, dass diese zumeist Beziehungen zu mehreren Auftraggebern oder Plattformen unterhalten. Der Crowdworker sei regelmäßig nicht auf die Geschäftsbeziehung zu einem bestimmten Auftraggeber zur Sicherung seiner Existenzgrundlage angewiesen.<sup>30</sup> Ein arbeitnehmerähnliches Verhältnis könne jedoch nur zu dem Vertragspartner begründet werden, von dem er mehr als die Hälfte seines Einkommens beziehe.<sup>31</sup> Grundsätzlich ausgeschlossen wird die Einordnung als arbeitnehmerähnliche Person jedoch nicht.

Ob eine wirtschaftliche Abhängigkeit tatsächlich nur in Ausnahmefällen auftritt, lässt sich jedoch bezweifeln. Zum einen gibt es Plattformen, die aus einem festen Stamm von Crowdworkern bestehen, wie z. B. die deutsche Plattform *Online-Markters.de*.<sup>32</sup> Zum anderen ergab eine Untersuchung der ILO aus 2015, dass bei der amerikanischen Plattform *Crowdfunder* 76 % der Beschäftigten nur für diese Plattform tätig sind.<sup>33</sup> Wirtschaftliche Abhängigkeit von einer bestimmten Plattform könnte also häufiger vorliegen, als dies zuweilen angenommen wird.

Da die Beantwortung der Frage, ob die betroffene Person ihrer gesamten sozialen Stellung nach einem Arbeitnehmer vergleichbar und sozial schutzbedürftig ist, nur im Einzelfall beantwortet werden kann<sup>34</sup>, wird auch für die Beantwortung der Frage, ob Crowdworker als arbeitnehmerähnliche Personen einzustufen sind, nichts anderes gelten können.

merähnliche Personen einzustufen sind, nichts anderes gelten können.

### 3. Anwendung des Heimarbeitergesetzes (HAG)

Schließlich wird die Anwendung des Heimarbeitergesetzes (HAG) auf Crowdworker diskutiert. Dies hätte zur Folge, dass bestimmte arbeitsrechtliche Schutzvorschriften (vgl. § 6 I Nr. 3AGG, § 20 II BEEG, § 12 BURLG und §§ 10, 11 EFZG) auf Crowdworker anwendbar wären, da Heimarbeiter nach allgemeiner Meinung als arbeitnehmerähnliche Personen angesehen werden.<sup>35</sup> Nach § 2 I 1 HAG ist Heimarbeiter derjenige, der in selbst gewählter Arbeitsstätte allein oder mit seinen Familienangehörigen im Auftrag von Gewerbetreibenden erwerbsmäßig arbeitet, jedoch die Verwertung der Arbeitsergebnisse dem unmittelbar oder mittelbar auftraggebenden Gewerbetreibenden überlässt. Nach Rechtsprechung des BAG<sup>36</sup> ist für die Anwendung des HAG Voraussetzung, dass eine wirtschaftliche und persönliche Abhängigkeit von einem Auftraggeber besteht.

Gegen die Anwendbarkeit des HAG wird angeführt, dass eine wirtschaftliche und persönliche Abhängigkeit nur dann in Betracht komme, wenn das Einkommen überwiegend von dem fraglichen Unternehmen bzw. der fraglichen Plattform bezogen werde, was häufig nicht der Fall sei.<sup>37</sup> Darüber hinaus erbringe der Crowdworker seine Dienstleistung im eigenen Namen unmittelbar an den Nachfrager und trage dabei – im Gegensatz zum Heimarbeiter – das wirtschaftliche Risiko der Verwendung.<sup>38</sup> Aus diesen Gründen wird die Anwendbarkeit des HAG auf Crowdworker abgelehnt.<sup>39</sup> Das HAG ist somit richtigerweise in seiner derzeitigen Ausgestaltung nicht auf Crowdworker anwendbar.

### 4. Crowdworker als Selbstständige

Nach überwiegender Ansicht werden Crowdworker deshalb als sog. „Solo-Selbstständige“ angesehen, also Selbstständige, die keine weiteren Arbeitnehmer beschäftigen, und alleine auf die Vermarktung ihrer Arbeitskraft angewiesen sind.<sup>40</sup> Hierbei kann im Wesentlichen auf die Hauptargumente verwiesen werden, die bereits gegen die Einordnung als Arbeitnehmer angeführt wurden (fehlende Weisungsgebundenheit und kei-

28 BAG, NZA 2007, 699 (700); Preis, in: Erfurter Kommentar, 18. Aufl. 2018, § 611 BGB Rn. 111.

29 Wisskirchen/Schwindling, ZESAR 2017, 318 (325).

30 Wisskirchen/Schwindling, ZESAR 2017, 318 (325); Meyer-Michaelis u. a., DB 2016, 2543 (2544).

31 Däubler/Klebe, NZA 2015, 1032 (1036).

32 Klebe, AuR 2016, 277 (279).

33 Klebe, AuR 2016, 277 (279).

34 BAG, NZA 1993, 789 (791).

35 Berg, in: HK-ArbR, 5. Aufl. 2018, Vorb. §§ 1, 2 HAG Rn. 2; BAG vom 12.02.1992 – 7 ABR 42/91.

36 BAG, NZA 1991, 267 (268).

37 Däubler/Klebe, NZA 2015, 1032 (1036).

38 Wisskirchen/Schwindling, ZESAR 2017, 318 (325).

39 Däubler, Crowdworker – Schutz auch außerhalb des Arbeitsrechts?, in: Benner, Crowdwork – Zurück in die Zukunft?, 2014, S. 243 (247); Wisskirchen/Schwindling, ZESAR 2017, 318 (325).

40 Hanau, NJW 2016, 2613 (2615); Günter/Böglmüller, NZA 2015, 1025 (1030); Wisskirchen/Schwindling, ZESAR 2017, 318 (325); Meyer-Michaelis u. a., DB 2016, 2543 (2544); Mecke, Arbeit 4.0 – Schöne neue sozialversicherungsfreie Arbeitswelt?, SGB 2016, 485 ff.

ne betriebliche Eingliederung beim Auftraggeber oder bei der Plattform). Beim Crowdfunding handele es sich lediglich um eine Sonderform der selbstständigen Tätigkeit, die durch die digitale Vermittlung vereinfacht werde.<sup>41</sup> Somit finden die Schutzmechanismen des Arbeitsrechts auf Crowdworker keine Anwendung. Jedoch besteht auch im Zivil- und Wirtschaftsrecht ein Schutz der schwächeren Seite.<sup>42</sup>

Zunächst kommt die AGB-Kontrolle des Vertrages zwischen Crowdworker und Plattform nach den §§ 305 ff. BGB in Betracht. Eine strenge AGB-Kontrolle nach den §§ 305 – 309 BGB kann jedoch nur dann erfolgen, wenn es sich bei dem Verwender um einen Unternehmer i. S. d. § 14 BGB und beim Adressaten um einen Verbraucher i. S. d. § 13 BGB handelt. Jedoch muss beachtet werden, dass Crowdworker, die regelmäßig Aufträge ausführen und Crowdwork als ihre Haupterwerbsquelle nutzen, als Unternehmer einzustufen sein werden. Die AGB der Plattform sind dann gem. § 310 I BGB nur am Maßstab des § 307 BGB zu messen und das AGB-Recht kann nur in der Form zur Anwendung kommen, wie es zwischen Unternehmern gilt.<sup>43</sup>

Des Weiteren muss der vom BVerfG entwickelte Grundsatz beachtet werden, wonach bei struktureller Unterlegenheit eines Vertragspartners eine Korrektur durch den Gesetzgeber oder den Richter erfolgen muss, wenn der Vertrag für den schwächeren Teil „ungewöhnlich belastend“ wirkt.<sup>44</sup> Auch die §§ 19, 20 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) können für die Crowdworker von Bedeutung sein, da diese den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung und die Benachteiligung ohne sachlichen Grund („Diskriminierung“) verbieten.<sup>45</sup> Die Crowdworker stehen somit als Solo-Selbstständige nicht völlig schutzlos da. Jedoch kann die Aufzählung der verschiedenen Schutzmechanismen nicht darüber hinwegtäuschen, dass Selbstständige im Vergleich zu Arbeitnehmern deutlich weniger geschützt sind.

## 5. Zwischenergebnis

Die Einordnung der Crowdworker als Selbstständige ist unter Beachtung der bestehenden Abgrenzungskriterien gut vertretbar. Jedoch ändert diese Einordnung nichts an der bestehenden Schutzbedürftigkeit eines nicht unwesentlichen Anteils der Crowdworker. Somit stellt sich die Frage, ob die zivilrechtlichen Mechanismen einen angemessenen Schutz gewährleisten können und inwiefern

neue Lösungsansätze gefunden werden müssen, um dem Phänomen Crowdwork zu begegnen.

## IV. Sozialrechtliche Einordnung der Crowdworker

Anschließend soll nun eine sozialrechtliche Einordnung der Crowdworker vorgenommen werden. Das Sozialversicherungsrecht ist – wie auch das Arbeitsrecht – durch ein „Alles-oder-Nichts-Prinzip“ geprägt. Die Schlüsselnorm des Sozialversicherungsrechts bildet § 7 I SGB IV. Danach werden nur diejenigen Personen in die Sozialversicherungspflicht einbezogen, die abhängig beschäftigt sind und deshalb als besonders schutzwürdig angesehen werden.<sup>46</sup> Da der Status als Beschäftigter gewissermaßen die „Eintrittskarte zur deutschen Sozialversicherung“<sup>47</sup> darstellt, ist die Einordnung eines Erwerbstätigen als Beschäftigter oder als Selbstständiger von zentraler Bedeutung.

### 1. Crowdworker als abhängig Beschäftigte i. S. d. § 7 I SGB IV

Zunächst ist somit zu klären, ob Crowdworker als abhängig Beschäftigte i. S. d. § 7 I SGB IV angesehen werden können. Beschäftigung ist gem. § 7 I 1 SGB IV die nicht-selbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Beim Beschäftigtenbegriff i. S. v. § 7 I SGB IV handelt es sich um einen Typusbegriff,<sup>48</sup> der durch Indizien, Beschreibungen und die Bildung von Fallgruppen durch das BSG konkretisiert wurde.<sup>49</sup> Anhaltspunkte für das Vorliegen von Beschäftigung bilden nach § 7 I 2 SGB IV die Tätigkeit nach Weisungen und die Eingliederung in die Arbeitsorganisation.

Unproblematisch ist erneut die Einordnung der internen Crowdworker. Diese bleiben abhängig Beschäftigte i. S. d. § 7 I SGB IV, mit der Folge, dass sie sozialversicherungspflichtig sind.

Bei externer Crowdwork könnte sich ein Beschäftigungsverhältnis wiederum aus dem Verhältnis: Plattform – Crowdworker, oder aus dem Verhältnis: Auftraggeber – Crowdworker ergeben. Im Verhältnis zwischen Plattform und Crowdworker wird das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung i. S. d. § 7 I SGB IV jedoch überwiegend abgelehnt.<sup>50</sup> Begründet wird die Ablehnung mit dem Fehlen der in § 7 I 2 SGB IV genannten, sowie in Literatur und Rechtsprechung als Kernelement der Be-

41 Meyer-Michaelis u. a., DB 2016, 2543 (2546).

42 Däubler/Klebe, NZA 2015, 1032 (1036).

43 Vgl. Meyer-Michaelis u. a., DB 2016, 2543 (2544).

44 BVerfGE 89, 214 (232).

45 Vgl. Däubler, Internet und Arbeitsrecht, 5. Aufl. 2015, § 9 IV Rn. 448.

46 Brose, Von Bismarck zu Crowdwork: Über die Reichweite der Sozialversicherungspflicht in der digitalen Arbeitswelt, NZS 2017, 7 (8).

47 Mecke, SGB 2016, 481 (482).

48 Siehe z. B. BSG, NZS 2014, 437.

49 Segebrecht, in: jurisPK-SGB IV, 2. Aufl. 2011 § 7 Rn. 29.

50 Brose, NZS 2017, 7 (12); Mecke, SGB 2016, 481 (484).

schäftigung i. S. d. § 7 I SGB IV angesehenen Weisungsgebundenheit des Crowdworkers.<sup>51</sup> Ein Beschäftigungsverhältnis sei allenfalls unter besonderen Umständen vorstellbar, wenn der Plattformbetreiber durch Gestaltung der Nutzungsbedingungen eine starke Bindung des Digitalarbeiters an die Plattform erzeuge oder eine Situation schaffe, die funktional der Weisungsunterworfenheit eines Arbeitnehmers gleichstehe.<sup>52</sup> Auch im Verhältnis zwischen Auftraggeber und Crowdworker wird das Bestehen eines Beschäftigungsverhältnisses abgelehnt. Bei Microtasking-Plattformen dürfe fast ausnahmslos von Selbstständigkeit auszugehen sein, da aufgrund der Kleinteiligkeit der einzelnen Aufträge eine projektbezogene Bindung an den Auftraggeber kaum entstehen könne.<sup>53</sup> Auch bei wettbewerbsbasierter Crowdwork sei nicht von abhängiger Beschäftigung auszugehen, da gegenüber dem Auftraggeber eine Beschäftigung daran scheitere, dass dieser nur die fertigen Ergebnisse der verschiedenen Wettbewerbsteilnehmer erhalte, und hieraus auswähle, welche er akzeptiere und bezahle.<sup>54</sup>

Der Ansatz, Crowdworker sowohl im Verhältnis zum Auftraggeber, als auch im Verhältnis zur Plattform nicht als abhängig Beschäftigten einzustufen, ist konsequent und nachvollziehbar. Denn dieselben gewichtigen Argumente, die bereits gegen die Annahme des Arbeitnehmerstatus angeführt wurden, sprechen auch gegen die Einordnung als abhängig Beschäftigte i. S. d. § 7 I SGB IV. Ob diese Einordnung der Schutzbedürftigkeit von Crowdworkern gerecht wird, lässt sich jedoch bezweifeln. Die einseitige Steuerung und Einschränkung des Marktzugangs durch die Plattformbetreiber und die digitalen Kontrollmechanismen zeigen, dass zwischen Crowdworkern und Plattformen durchaus ein strukturelles Ungleichgewicht besteht, aus dem sich ein Schutzbedürfnis der Crowdworker ableiten lässt.<sup>55</sup>

## 2. Geringfügige Beschäftigung nach § 8 SGB IV

Doch selbst, wenn im Einzelfall ein Beschäftigungsverhältnis zwischen Plattform und Crowdworker angenommen werden sollte, bedeutet dies nicht zwingend, dass auch eine Versicherungspflicht besteht. Die Versicherungspflicht der betroffenen Personen entfällt, wenn es sich um eine geringfügige Beschäftigung i. S. d. § 8 SGB IV handelt (vgl. §§ 7 SGB V, 5 II SGB VI). Eine solche geringfügige Beschäftigung liegt vor, wenn das erzielte monatliche Entgelt nicht mehr als 450 € beträgt, oder die Tätigkeit nicht regelmäßig ausgeübt wird und durch Vertrag oder ihrer Art nach zeitlich begrenzt ist.<sup>56</sup> Eine ge-

ringfügige Beschäftigung i. S. d. § 8 SGB IV kommt insbesondere bei sog. „Microtasks“ in Betracht.

## 3. Crowdworker als Heimarbeiter i. S. d. § 12 II SGB IV

Über diese gesetzgeberische Fiktion des § 12 II SGB IV werden die Heimarbeiter, den Beschäftigten i. S. d. § 7 I SGB IV gleichgestellt, mit der Folge, dass sie vollumfänglich der Sozialversicherungspflicht unterliegen.<sup>57</sup> Bereits im Rahmen der arbeitsrechtlichen Betrachtung wurde jedoch festgestellt, dass das HAG de lege lata auf Crowdworker keine Anwendung findet. Darüber hinaus wird eine Vergabe der Aufträge, wie dies in § 12 III SGB IV gefordert wird, bei Crowdwork in der Regel nicht vorliegen, da die Freischaltung der Aufträge durch die Plattform nur schwerlich als eine aktive Zuweisung interpretiert werden kann.<sup>58</sup>

## 4. Absicherung der Crowdworker als Solo-Selbstständige

Die Einordnung der Crowdworker als Solo-Selbstständige hat für ihre sozialversicherungsrechtliche Absicherung weitreichende Bedeutung. In der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) sind sie als Selbstständige grundsätzlich von der allgemeinen Versicherungspflicht sowie von der Familienversicherung ausgeschlossen, § 5 V 1 und § 10 I 1 Nr. 4 SGB V.<sup>59</sup> Crowdworker müssen sich gem. § 193 III VVG in der privaten Krankenversicherung (PKV) versichern, wenn sie nicht der GKV zuzuordnen sind. Die Versicherungspflicht in der sozialen oder privaten Pflegeversicherung folgt der Versicherungspflicht in der Krankenversicherung.<sup>60</sup>

In der Rentenversicherung hingegen sind Selbstständige nicht grundsätzlich von der Versicherungspflicht ausgeschlossen. Für Crowdworker als Solo-Selbstständige könnte sich die Versicherungspflicht aus § 2 S. 1 Nr. 9 SGB VI ergeben (sog. Arbeitnehmerähnliche Selbstständige). Dabei handelt es sich um Personen, die im Zusammenhang mit ihrer selbstständigen Tätigkeit regelmäßig keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigen, und die auf Dauer und im Wesentlichen für einen Auftraggeber tätig sind.<sup>61</sup> Schließlich besteht die Möglichkeit einer freiwilligen Versicherung nach § 7 SGB VI.

In der Arbeitslosenversicherung besteht ein Versicherungspflichtverhältnis gem. § 24 I SGB III nur für Personen, die als Beschäftigte oder aus sonstigem Grunde

<sup>51</sup> Brose, NZS 2017, 7 (12).

<sup>52</sup> Mecke, SGB 2016, 481 (484).

<sup>53</sup> Mecke, SGB 2016, 481 (484).

<sup>54</sup> Mecke, SGB 2016, 481 (484).

<sup>55</sup> Vgl. Brose, NZS 2017, 7 (10); Kocher/Hensel, NZA 2016, 984 (988).

<sup>56</sup> Mecke, SGB 2016, 481 (484).

<sup>57</sup> Brose, NZS 2017, 7 (13).

<sup>58</sup> Vgl. Brose, NZS 2017, 7 (13).

<sup>59</sup> Ausnahmen für bestimmte Gruppen in § 5 I Nr. 3 und 4 SGB V.

<sup>60</sup> Mecke, SGB 2016, 481 (486).

<sup>61</sup> Muckel/Ogorek, Sozialrecht, 4. Aufl. 2011, § 11 Rn. 16.

versicherungspflichtig sind. Selbstständige sind somit grundsätzlich ausgeschlossen.

## 5. Zwischenergebnis

Crowdworker sind regelmäßig nicht als abhängig Beschäftigte i. S. d. § 7 I SGB IV einzuordnen, und werden diesen auch nicht als Heimarbeiter gem. § 12 II SGB IV gleichgestellt. Sie unterliegen zudem als Solo-Selbstständige in den meisten Zweigen der deutschen Sozialversicherung nicht der Versicherungspflicht. Der Versicherungspflichtigkeit steht außerdem entgegen, dass es sich bei Crowdwork nicht selten um eine geringfügige Beschäftigung i. S. d. § 8 SGB IV handelt.

## V. Lösungsansätze und Perspektiven

Da die arbeits- und sozialrechtliche Einordnung der Crowdworker häufig nicht ihrer wirtschaftlichen und sozialen Schutzbedürftigkeit entspricht, wurden bereits eine Vielzahl von Lösungsansätzen entwickelt, um dieser neuen Beschäftigungsform in angemessener Weise zu begegnen.

Um die wirtschaftliche Absicherung der Crowdworker zu gewährleisten, wird aus sozialrechtlicher Perspektive vermehrt die gezielte Öffnung der Sozialversicherungssysteme für Solo-Selbstständige diskutiert. Im Fokus steht dabei die Einbeziehung der Solo-Selbstständigen in die gesetzliche Rentenversicherung.<sup>62</sup> Diese könne beispielsweise durch die Streichung des § 2 S. 1 Nr. 9 lit b SGB VI vorgenommen werden.<sup>63</sup> Darüber hinaus wird die Idee geäußert, Crowdworker über eine gezielte Erweiterung des § 12 II SGB IV in die Heimarbeit einzu beziehen, um diese somit den abhängig Beschäftigten gleichzustellen.<sup>64</sup>

Auch aus arbeitsrechtlicher Perspektive wurden bereits eine Vielzahl von Lösungsansätzen hervorgebracht. So wird zum einen die Öffnung des HAG gefordert, um Crowdwork als digitale häusliche Arbeit in den Anwendungsbereich einzubeziehen.<sup>65</sup> Andere wiederum fordern ein Tätigwerden des Gesetzgebers dahingehend, dass Arbeitnehmerschutzrechte auf Crowdworker erstreckt werden.<sup>66</sup> Vorgeschlagen wird auch die Erweiterung des Begriffs und des Schutzbereichs der arbeitnehmerähnlichen Person.<sup>67</sup> Andere hingegen lehnen eine

Ausdehnung des Arbeitnehmerbegriffs ab, und halten zum jetzigen Zeitpunkt einen Sonderschutz der Crowdworker nicht für erforderlich.<sup>68</sup>

Darüber hinaus werden jedoch auch weniger einschneidende Lösungsansätze zur allgemeinen Verbesserung der Situation der Crowdworker diskutiert. Ein erster Schritt könnte die Erschaffung von Referenzsystemen für Auftraggeber oder Plattformen darstellen.<sup>69</sup> Mit Hilfe derartiger Systeme könnten Crowdworker sich untereinander austauschen und die Auftraggeber bzw. Plattformen bewerten. Vermehrte Zustimmung erfuhr schließlich der Vorschlag, ein berufsständisches Versorgungswerk zu installieren, für das die Plattformbetreiber den hälftigen AG-Beitrag aufbringen müssten.<sup>70</sup>

Insgesamt ergibt sich somit ein breit gefächertes Spektrum an Vorschlägen und Perspektiven. Während einige Crowdwork als positiv betrachten und keinerlei Handlungsbedarf sehen, wollen andere bereits den Niedergang des Normalarbeitsverhältnisses erkennen. Viele Ansätze bewegen sich dazwischen, und versuchen durch gezielte Erweiterungen der bisherigen Abgrenzungskriterien eine angemessene Einordnung von Crowdwork zu erzielen.

## VI. Fazit

Abschließend lässt sich feststellen, dass sich die Einordnung von Crowdworkern in die arbeits- und sozialrechtlichen Regelungskonzepte als eine komplexe Aufgabe darstellt. Die Lösungsfindung wird dadurch erschwert, dass Crowdwork bereits heute in sehr unterschiedlichen Formen praktiziert wird. Die Einordnung der Crowdworker in die bestehenden Kategorien des Arbeits- und Sozialrechts lassen sich anhand der bestehenden Abgrenzungskriterien gut vertreten. Nichtsdestotrotz besteht Handlungsbedarf, da die Einordnung teilweise zu unbefriedigenden Ergebnissen führt. Außerdem stellt sich die Frage, ob die bestehenden Abgrenzungskriterien in der digitalisierten Arbeitswelt noch geeignet sind, sachgerechte Ergebnisse zu erzielen. Insbesondere die Kriterien der betrieblichen Eingliederung, sowie der örtlichen Weisungsgebundenheit dürften im Zuge der weiteren Flexibilisierung und Entgrenzung des Arbeitsalltags an Bedeutung verlieren.

Eine Einstufung der Crowdworker als Arbeitnehmer, arbeitnehmerähnliche Person oder als selbstständig tätige Person nach den Umständen des Einzelfalls hat den Vorteil, dass sachgerechte Ergebnisse erzielt werden kön-

<sup>62</sup> Krause, in: Gutachten B, DJT 2016, S.108; Mecke, SGB 2016, 481 (486), BAMS Weißbuch Arbeiten 4.0, S. 172.

<sup>63</sup> DJT 2010, Band II/2 Sitzungsberichte M S.190; Mecke, SGB 2016, 481 (486).

<sup>64</sup> Brose, NZS 2017, 7 (14).

<sup>65</sup> Krause, Digitalisierung der Arbeitswelt – Herausforderungen und Regelungsbedarf, NZA 2016, 1004 (1007); Hanau, NJW 2016, 2613 (2616).

<sup>66</sup> Däubler/Klebe, NZA 2015, 1032 (1041).

<sup>67</sup> Klebe, AuR 2016, 277 (281)

<sup>68</sup> Wisskirchen/Schwindling, ZESAR 2017, 318 (327); Günther/Böglmüller, NZA 2015, 1025 (1030).

<sup>69</sup> Däubler/Klebe, NZA 2015, 1032 (1041); Klebe, AuR 2016, 277 (281).

<sup>70</sup> Krause, in: Gutachten B, DJT 2016, S. 108; Klebe, AuR 2016, 277 (280); Hanau, NJW 2016, 2613 (2616).

nen. Jedoch führt dieses Vorgehen auch zu einem nicht zu vernachlässigenden Maß an Rechtsunsicherheit. Das oberste Ziel muss es sein, ein angemessenes Instrumentarium an arbeits- und sozialrechtlichen Schutzrechten für Crowdworker zu entwickeln.

Sowohl die Modifizierung des HAG, als auch die Ausdehnung des Begriffs der arbeitnehmerähnlichen Personen stellen hierbei interessante Lösungsansätze dar, die es weiterzudenken gilt. Sollte es zunächst nicht zu derartigen Vorstößen kommen, könnte zumindest der Ansatz, die Sozialversicherungssysteme für Solo-Selbstständige gezielt zu öffnen und diese in die gesetzliche Rentenversicherung einzubeziehen, weiterverfolgt werden. Der Nachteil dieses Lösungsweges wäre jedoch, dass die be-

troffenen Personen ihre Beiträge selbst zu tragen hätten. Zustimmung verdient aus diesem Grund vor allem der Vorschlag, ein berufsständisches Versorgungswerk für Crowdworker zu errichten. Bei einem solchen Modell müssten die Plattformbetreiber den hälftigen Arbeitgeberbeitrag zahlen, sodass die finanzielle Belastung der Crowdworker verringert werden könnte.

Begrüßenswert erscheint schließlich auch die Anregung, Referenzsysteme zur Bewertung von Auftraggebern und Plattformen zu entwickeln, um so den Informationsaustausch zwischen den Crowdworkern zu verbessern. Auch wenn diese Maßnahme aus rechtlicher Perspektive die Situation der Crowdworker nicht maßgeblich beeinflusst, könnte Crowdworker von diesem Vorstoß profitieren.

Olaf Muthorst\*

## Keine Mietsicherheit für verjährte Betriebskosten

**BGB §§ 551, 216** Ist die Nachforderung von Betriebskosten bereits verjährt, kann sich der Vermieter nicht mehr aus der Mietsicherheit befriedigen.

**Der Anspruch des Mieters auf Herausgabe der Mietsicherheit wird fällig, wenn eine angemessene Überlegungsfrist abgelaufen ist und dem Vermieter keine Forderungen mehr zustehen, wegen derer er sich aus der Sicherheit befriedigen könnte. Betriebskostennachforderungen sind wiederkehrende Leistungen, so dass nach Eintritt ihrer Verjährung der Vermieter nicht mehr auf die Mietsicherheit zugreifen kann.**

BGH, Versäumnisurteil vom 20.07.2016 – VIII ZR 263/14

### Sachverhalt

K war von 2002 bis 2009 Mieter einer Wohnung der V. Bei Mietbeginn hatte K ein Kautionsparbuch eingerichtet, eine Verpfändungserklärung abgegeben und das Sparbuch an V als Mietsicherheit übersandt. Ende 2012 verlangt K Pfandfreigabe und Rückgabe des Sparbuchs. V macht demgegenüber Nachzahlungsforderungen aus den Betriebskostenabrechnungen vom 31.08.2007 (für das Jahr 2006), 21.10.2008 (für 2007) und 03.11.2009 (für 2008) geltend. Beide wenden ein, die Ansprüche des jeweils anderen seien verjährt. K erhebt 2012 Klage. Ist sie begründet?

\* Dr. iur., Professor für Bürgerliches Recht, Verfahrens- und Insolvenzrecht an der Freien Universität Berlin.

<sup>1</sup> Die 2010 abgerechnete Nachzahlungsforderung für 2009, derentwegen der Bundesgerichtshof an das Berufungsgericht zurückverwiesen hat, wird hier nicht berücksichtigt.

### Problemaufriss

Dieser Sachverhalt<sup>1</sup> wirft Fragen nach dem Verhältnis von Mietsicherheit und Verjährung auf und ist damit sowohl aus miet- wie aus verjährungsrechtlicher Sicht aufschlussreich:

Da bei einem Mietverhältnis kein permanenter Leistungsaustausch Zug um Zug stattfinden kann, geht der Vermieter, wenn er dem Mieter die Mietsache überlässt, ein Vorleistungsrisiko ein. Deshalb wird im Mietvertrag (ergänzend zu dem praktisch nicht besonders relevanten Vermieterpfandrecht, §§ 562 ff. BGB) im Allgemeinen eine Mietsicherheit vereinbart, z. B. eine Bürgschaft oder, wie im zu besprechenden Fall, Verpfändung eines Sparbuchs. Erfüllt der Mieter unstreitige oder rechtskräftig ausgeurteilte Ansprüche des Vermieters nicht, kann der Vermieter auf die Mietsicherheit zugreifen.<sup>2</sup> Bei Ende des Mietverhältnisses muss der Mieter die nicht (mehr) benötigte Mietsicherheit zurückerhalten. Daher muss der Vermieter nach Ablauf einer angemessenen Frist zur Prüfung und Entscheidung die Mietsicherheit entweder verwerten oder an den Mieter herausgeben.<sup>3</sup> Einen angemessenen Teil der Mietsicherheit darf der Vermieter zu-

<sup>2</sup> Vgl. BGH NJW 2014, 2496 Rn. 11 m. w. N.

<sup>3</sup> BGHZ 141, 160 = NJW 1999, 1857 (1858); Riecke, in: Harz/Riecke/Schmid, FA-MietRWEG, 6. Aufl. 2018, Kap. 6 Rn. 126, 134; Weidenkaff, in: Palandt, BGB, 77. Aufl. 2018, Einf v § 535 Rn. 126.

rückbehalten, wenn eine Nachforderung zu erwarten ist, etwa für noch ausstehende Betriebskostenabrechnungen.<sup>4</sup>

Ansprüche unterliegen allerdings grundsätzlich der Verjährung, d.h. nach Ablauf einer längeren Zeit kann der Schuldner eines Anspruchs die Leistung verweigern (§ 214 I BGB). Das trägt erstens dem Umstand Rechnung, dass die Frage, ob ein Anspruch zu Recht geltend gemacht wird oder nicht, umso schwerer zuverlässig geklärt werden kann, je länger die zugrundeliegenden Vorgänge her sind. Zweitens muss sich der Schuldner nicht bis in fernste Zukunft leistungsbereit halten, sondern kann nach Ablauf einer längeren Zeit davon ausgehen, nicht mehr in Anspruch genommen zu werden.<sup>5</sup> Die regelmäßige Verjährungsfrist beträgt drei Jahre (§ 195 BGB) und beginnt mit dem Schluss des Jahres, in dem erstens der Anspruch entstanden ist (was grundsätzlich Fälligkeit voraussetzt<sup>6</sup>) und zweitens der Gläubiger von den anspruchsbegründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen musste (§ 199 I BGB).

Je nach dem, wann die Ansprüche von K und V entstanden sind, könnten sie also bei Klageerhebung<sup>7</sup> bereits verjährt gewesen sein.

Soweit es um die Nachzahlungsforderungen der V geht, sind der Verjährung allerdings möglicherweise besondere Grenzen gezogen: So bleibt der Gläubiger gemäß § 215 BGB berechtigt, mit dem verjährten Anspruch aufzurechnen oder auf ihn ein Zurückbehaltungsrecht zu stützen, wenn der Anspruch noch nicht verjährt war, als die Aufrechnung oder die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts erstmals möglich war. Das Interesse am Erhalt der einmal eingetretenen Aufrechnungs- oder Zurückbehaltungslage und das Vertrauen auf deren Fortbestand werden vom Gesetz geschützt.<sup>8</sup> Gemäß § 216 I BGB bleiben auch akzessorische Sicherheiten wie Hypothek und Pfandrecht von der Verjährung der gesicherten Forderung unberührt, stehen dem Gläubiger also weiterhin zur Befriedigung zur Verfügung. Das wird als Erweiterung von § 214 II BGB verstanden<sup>9</sup>, wonach der Gläubiger eine Leistung des Schuldners behalten darf, die nach Eintritt der Verjährung erbracht worden ist. Davon macht § 216 III BGB aber wiederum eine Gegen Ausnahme, wenn es sich um Rückstände aus wiederkehrenden Leistungen handelt. Hätte der V also ein Zurückbehaltungsrecht an der Mietsicherheit zugestanden, als die Nachzahlungsforderungen noch nicht verjährt waren, wäre die Verjährung zu verneinen; umgekehrt wäre sie

zu bejahen, falls es sich bei der Mietsicherheit um ein Pfandrecht i. S. v. § 216 I BGB und bei den Nachzahlungsforderungen um rückständige wiederkehrende Leistungen i. S. v. § 216 III BGB handeln sollte.

### Zur Entscheidung

Der Bundesgerichtshof hat die Verjährung des Anspruchs des K verneint und versagt V wegen Verjährung seiner Nachzahlungsforderungen den Zugriff auf die Mietsicherheit. Das ist ein erstaunliches Ergebnis, wenn man den Zweck der Mietsicherheit darin sieht, den Vermieter vor Nachteilen zu schützen, die sich ergeben, wenn der Mieter seine Pflichten aus dem Mietvertrag nicht erfüllt, denn unzweifelhaft war K zur Nachzahlung der Betriebskosten verpflichtet. Der Zweck der Mietsicherheit ist aber enger zu verstehen: Die Mietsicherheit soll dem Vermieter nicht eine besonders schnelle Befriedigungsmöglichkeit verschaffen<sup>10</sup>, sondern ihn von dem Vorleistungsrisiko entlasten. Sie soll verhindern, dass er Ansprüche zwar erfolgreich geltend macht, aber nicht im Vollstreckungswege realisieren kann. Sie soll ihn *nicht* von der Obliegenheit entlasten, einen Anspruch durchzusetzen, bevor er verjährt ist. V hätte also innerhalb der Verjährungsfrist wegen unstrittiger Nachzahlungsforderungen die Mietsicherheit verwerten und streitige Nachzahlungsforderungen gerichtlich geltend machen müssen. Da sie das nicht tat, steht ihr nun keine gesicherte Forderung mehr zu und K kann Rückgabe der Mietsicherheit verlangen.

Dieser Anspruch ergibt sich zum einen aus der mietvertraglichen Sicherheitsabrede. Sie ist grundsätzlich so zu verstehen, dass der Mieter mit Hingabe der Mietsicherheit einen auf das Ende des Mietverhältnisses aufschiebenden Rückgewähranspruch erwirbt, der eine angemessene Zeit nach Rückgabe der Mietsache fällig wird, wenn der Vermieter der Mietsicherheit nicht mehr bedarf.<sup>11</sup>

Zum anderen ergibt sich der Anspruch auch daraus, dass das Pfandrecht des Vermieters an der Kontoforderung ein akzessorisches Sicherungsrecht ist, das erlischt, wenn die gesicherte Forderung erlischt (§§ 1273 II, 1252 BGB) oder nicht mehr entstehen kann.<sup>12</sup> Ist die gesicherte Forderung wegen Verjährung nicht mehr durchsetzbar, kann der Verpfänder Rückgabe des Pfandes verlangen (§ 1254 BGB), so dass das Pfandrecht nach § 1253 I 1 BGB erlischt, bzw. Aufhebung des Pfandrechts.<sup>13</sup> Gemäß §§ 1273 II, 1223 I BGB ist ein verpfändetes Sparbuch dann zurückzugeben.<sup>14</sup>

<sup>4</sup> BGH NJW 2006, 1422.

<sup>5</sup> Im Einzelnen *Grothe*, in: MüKoBGB, 7. Aufl. 2015, vor § 194 Rn. 6 ff.

<sup>6</sup> *Ellenberger*, in: Palandt, BGB, 75. Aufl. 2016, § 199 Rn. 3.

<sup>7</sup> Die Klageerhebung selbst hätte zur Hemmung der Verjährung (also zum „Anhalten der Uhr“, § 209 BGB) geführt, vgl. § 204 I Nr. 1 BGB.

<sup>8</sup> *Henrich*, in: BeckOK BGB, 46. Ed. (01.05.2018), § 215 Rn. 1.

<sup>9</sup> Vgl. *Grothe*, in: MüKoBGB, 7. Aufl. 2015, § 216 Rn. 1.

<sup>10</sup> BGH NJW 2014, 2496 Rn. 11.

<sup>11</sup> BGH vom 20.07.2016 – VIII ZR 263/14, Rn. 12.

<sup>12</sup> *Bassenge*, in: Palandt, BGB, 77. Aufl. 2018, § 1252 Rn. 1.

<sup>13</sup> *Bassenge*, in: Palandt, BGB, 77. Aufl. 2018, § 1273 Rn. 2. Näher dazu *Schwab*, JuS 2017, 264 (265).

<sup>14</sup> BGH vom 20.07.2016 – VIII ZR 263/14, Rn. 12.

Sowohl der Anspruch aus der Sicherungsabrede als auch der dingliche Anspruch sind nicht bereits mit Rückgabe der Mietsache 2009 fällig geworden, weil die V zu diesem Zeitpunkt noch über durchsetzbare gesicherte Forderungen verfügte, der Mietsicherheit also noch bedurfte. Die Ansprüche des K waren bei Klageerhebung 2012 also auch noch nicht verjährt.<sup>15</sup>

Die Ansprüche des K setzen aber jeweils voraus, dass V die Nachzahlungsforderungen jetzt nicht mehr geltend machen kann. Die von V verlangten Nachzahlungen verjähren jeweils in der Frist des § 195 BGB von drei Jahren nach ihrer Abrechnung (vgl. § 199 I BGB)<sup>16</sup>, also Ende 2010, 2011 und 2012. Bis dahin hatte V das Pfandrecht nicht verwertet. Nach Verjährung einer gesicherten Forderung kann das Pfandrecht wegen § 216 III BGB auch nicht mehr gemäß § 216 I BGB geltend gemacht werden, denn die Zahlung von Betriebskosten durch den Mieter ist eine wiederkehrende Leistung – auch, wenn der Mieter monatlich eine Vorauszahlung erbringt, so dass sich

<sup>15</sup> BGH vom 20.07.2016 – VIII ZR 263/14, Rn. 13.

<sup>16</sup> BGH vom 20.07.2016 – VIII ZR 263/14, Rn. 13.

nur einmal jährlich eine Nachzahlungsforderung ergeben kann, die noch dazu in jedem Jahr eine andere Höhe hat.<sup>17</sup> Da keine durchsetzbaren gesicherten Forderungen mehr vorhanden sind, verneint der Bundesgerichtshof auch ein Zurückbehaltungsrecht der V.<sup>18</sup>

Das wirft allerdings die kritische Frage auf, ob die Befugnis der V, trotz Verjährung der gesicherten Forderung auf die Mietsicherheit zuzugreifen, in der Tat davon abhängen soll, ob es sich um eine akzessorische Mietsicherheit handelt (dann § 216 BGB mit der Grenze des Abs. 3) oder nicht (dann § 215 BGB, der eine entsprechende Einschränkung nicht enthält). Ohnehin überzeugt der Aspekt des § 216 III BGB nicht recht: Auch wenn es sich nicht um eine wiederkehrende Leistung handeln sollte, mit der K im Rückstand war, wäre es nach dem oben herausgearbeiteten Zweck des Sicherungsrechts naheliegend, V die Verwertung zu versagen. Die Mietsicherheit soll nicht vor der Verjährung der gesicherten Ansprüche schützen.

<sup>17</sup> BGH vom 20.07.2016 – VIII ZR 263/14, Rn. 16 ff.

<sup>18</sup> BGH vom 20.07.2016 – VIII ZR 263/14, Rn. 22.

## Rosenberg/Schwab/Gottwald: Zivilprozessrecht

Von Jost Behrens\*

Das von *Leo Rosenberg* erstmals 1927 veröffentlichte und bis zur 9. Auflage bearbeitete Werk gilt schon seit längerem als ein Klassiker des Zivilverfahrensrechts. Von *Karl-Heinz Schwab* in fünf Neubearbeitungen fortgeführt und seit der 15. Auflage von seinem Schüler *Peter Gottwald*, emeritierter Universitätsprofessor und ehemaliger Richter am Oberlandesgericht, betreut, ist dieses Standardwerk zum Zivilprozessrecht nunmehr nach acht Jahren in der 18. Auflage erschienen.

Die Neuauflage gibt die Gesetzeslage sowie den Stand von Rechtsprechung und Schrifttum bis Januar 2018 wieder. Aufgrund der zahlreichen zivilprozessualen Änderungen, denen das Buch „vollständig Rechnung tragen und das aktuelle deutsche Zivilprozessrecht wie bisher umfassend systematisch darstellen“ möchte, war – so das Vorwort des Werkes – eine Neuauflage notwendig geworden.

Die elementarste Änderung zur Voraufgabe ist die Einfügung eines neuen Zweiten Buches, der außergerichtlichen Streitbeteiligung, die damit der wachsenden

Bedeutung in der deutschen und europäischen Gesetzgebung Rechnung trägt. Ansonsten wurde die Gliederung weitgehend eingehalten. Die Grundkonzeption folgt dabei dem typischen Aufbau der Verlagsreihe „Große Lehrbücher“. Jeder Paragraph beginnt mit einer knappen Literaturübersicht, gefolgt von einem Haupttext sowie, bedarfsabhängig, einer optisch abgetrennten vertiefenden Erläuterung. Besonders positiv hervorzuheben ist hierbei die differenzierte Fußnotendarstellung: Für den Haupttext befinden sich die Fußnoten an dem unteren Seitenrand, wodurch der Lesefluss nicht gestört wird. Bei Passagen zur Vertiefung stehen die Zitationen im Fließtext, womit der Fußnotenbereich am Seitenende nicht überfrachtet wird.

*Peter Gottwald* gelingt es mittels verständlicher und präziser Formulierungen und einem systematischen Aufbau, dem Leser sowohl ein schnelles Nachschlagwerk bereit-

\* Dipl.-Jur., Hannover. Besprechung von *Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht*, München: C.H. Beck 2018, XXXVI, 1239 S., Hardcover (In Leinen), 139,00 €, ISBN: 978-3-406-71085-8.

zustellen als auch zu einer längeren Lektüre einzuladen. Die gut lesbare und übersichtliche Darstellung des Buches tut ihr Übriges. Mit großem Lob seien hierfür nur die Kapitel über die Parteien und ihre Vertreter (§§ 40 ff.) und über die Rechtsmittel (§§ 133 ff.) genannt.

Ein wenig zu kurz geraten ist der Abschnitt zum kollektiven Rechtsschutz in § 47 des Werkes. Hier wäre eine vertiefte Darstellung der entsprechenden Rechtsschutzinstrumente – wie etwa der als Inkassounternehmen nach § 10 Rechtsdienstleistungsgesetz agierenden Sammelkläger – zu begrüßen gewesen; dies gerade auch in Hinblick auf die zum 01.11.2018 in die §§ 606 ff. ZPO eingeführte Musterfeststellungsklage, die leider keine Berücksichtigung mehr finden konnte.

Das Buch, welches neben den Werken von *Braun* und *Schellhammer* zu den umfangreicheren zählen dürfte, empfiehlt sich jedem, der sich mit dem Zivilprozessrecht beschäftigen muss oder möchte. Auch denen, die sich zum ersten Mal in die Materie einlesen, ist die Lektüre

zu empfehlen. Ebenso für Studenten kann sich das Buch als „vertiefende Lektüre“ gegenüber der in Skripten oftmals sehr knappen Darstellung parallel zur Vorlesung als Vorbereitung oder Wiederholung eignen, ohne freilich das gesamte Buch erfassen zu müssen. Es eignet sich aber auch als Nachschlagewerk zur gezielten Recherche.

Preislich dürfte sich das Werk im oberen – wenn auch gerechtfertigten – Segment befinden, was gerade einer Anschaffung durch Studenten und Referendare hinderlich sein könnte. Obgleich sich wegen der „Haltbarkeitsdauer“ des Buches auch eine Investition für die Hausbibliothek lohnt, sei nur angemerkt, dass es auch in elektronischer Form in der *Beck'schen eBibliothek* abrufbar ist.

Der Neuauflage ist zu wünschen, aus dem Schatten der in der Praxis bevorzugten Werke wie *Zöller* und *Thomas/ Putzo* herauszukommen und sich ebenso regelmäßig in den Zitationen wiederzufinden. Studenten und Referendare sollten den Umfang des Buches nicht scheuen und häufiger für ihr Selbststudium heranziehen.

## Blockseminar „Die Revision im Strafverfahren“ – Exkursion nach Leipzig

### Versuchter Betrug zu Lasten des sog. „Islamischen Staats“ (IS)?

Von Aylin Aslan\*

Im April 2018 hatten zehn Studierende im Rahmen des Blockseminars „Revision im Strafverfahren“ die Möglichkeit, an einer Exkursion zum Bundesgerichtshof nach Leipzig teilzunehmen. Nach Leipzig? Wohlmöglich hat sich tatsächlich der eine oder andere gefragt, ob dem Lehrstuhl beim Erstellen des Veranstaltungsplakates ein Fehler unterlaufen ist. Denn schon Studierende des ersten Semesters verorten den BGH im baden-württembergischen Karlsruhe. Dort ist das oberste ordentliche Gericht allerdings nur *überwiegend* angesiedelt – was auch in der Presseberichterstattung immer mal wieder untergeht, wenn über die Entscheidungen des 5. Strafsenates berichtet wird: Dieser stellt nämlich historisch bedingt einen sogenannten „auswärtigen Senat“ dar und hat seinen aktuellen Sitz in Leipzig.

Genau dort sollten die Studierenden einen persönlichen Eindruck von einer strafrechtlichen Revisionshauptver-

handlung bekommen und gleichzeitig die Möglichkeit erhalten, Fragen – die sich insbesondere während der Recherche zu ihren jeweiligen Seminararbeiten ergeben haben – zu stellen. Auch vor Ort konnten noch einige Eckdaten hinsichtlich dieses besonderen Senates geklärt werden.

Bei einem Stadtrundgang am Vortag bestand zunächst Uneinigkeit darüber, wo die Hauptverhandlung am nächsten Tag stattfinden würde. Anknüpfungspunkt für die berechtigte Diskussion bildete das architektonisch beeindruckende ehemalige Reichsgerichtsgebäude, in dem heute das Bundesverwaltungsgericht ihren Sitz hat.

\* Die Autorin ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin bei Professor Dr. Dr. Milan Kuhli, Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht einschließlich ihrer internationalen und historischen Bezüge, an der Universität Hamburg.

Tatsächlich nutzt der 5. Strafsenat hin und wieder, um aufkommendem Öffentlichkeitsinteresse gerecht zu werden, den dortigen sogenannten Großen Sitzungssaal aufgrund mangelnder eigener vergleichbarer Raumkapazitäten.

Der Treffpunkt der Seminar- und Exkursionsteilnehmer am Hauptverhandlungstag befand sich allerdings vor der Villa Sack, dem Sitz des Strafsenates, deren Sitzungssaal mit einer Gruppe von Referendaren aus Hamburg und den Studierenden des Seminars tatsächlich schnell gefüllt war.

Vor Beginn der Hauptverhandlung erhielt die Gruppe dankenswerter Weise eine Einführung mit anschließender Fragerunde durch eine wissenschaftliche Mitarbeiterin, die sowohl einiges zum Senat und den dortigen typischen Abläufen, aber auch zu dem Fall, um den es dann im Anschluss gehen sollte, berichtete.

Nachdem der Senat in karmesinroter Robe, wie man es aus Pressebildern kennt, den Saal betreten hatte, begann schließlich auch die Hauptverhandlung. Konkret ging es um die Revisionen des Angeklagten und der Staatsanwaltschaft gegen ein Urteil des Landgerichts Saarbrücken (*LG Saarbrücken vom 11.08.2017 – 1 Ks 11/17*), durch welches der Angeklagte wegen versuchten Betruges zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren verurteilt wurde. Versuchter Betrug klang erst mal nicht besonders außergewöhnlich, jedoch wurden die Anwesenden durch die konkrete Konstellation des Sachverhaltes sowie der anschließenden rechtlichen Einordnung eines Besseren belehrt.

Der Angeklagte, ein syrischer Flüchtling, schrieb über die Online-Plattform des sozialen Netzwerkes „Facebook“ einer Person, deren Profil nach außen hin den Eindruck der Angehörigkeit zu der Terrororganisation „Islamischer Staat“ (IS) erweckte. Durch seine Nachrichten versuchte er, sein Gegenüber davon zu überzeugen, dass er einen großflächigen Anschlag im Sinne des Djihadis in Deutschland plane und für die Umsetzung dessen auf finanzielle Unterstützung angewiesen sei. Tatsächlich ging es dem Angeklagten, nach den Feststellungen des Landgerichts, lediglich um die finanziellen Vorteile, die er sich durch die Vorgabe des vermeintlichen Tatplanes zu bekommen erhoffte – und zu keinem Zeitpunkt um eine Tatumsetzung.

Diese spezielle Konstellation sorgte schon für Schmunzeln im Publikum, aber der Sachverhalt nahm noch eine interessante Wendung. Syrische Oppositionelle hatten

sich Zugang zum Account des zuvor verstorbenen IS-Mitgliedes verschafft, um über diesen IS-Sympathisanten ausfindig zu machen und anschließend der Strafverfolgung zuzuführen. So geschah es auch in diesem Fall. Die aus dem Chat gewonnenen Informationen wurden an die deutschen Behörden weitergegeben und hatten die Festnahme des Angeklagten zur Folge.

Aus Laienperspektive mag die Entscheidung des Landgerichts schwer nachvollziehbar sein. Schließlich spricht das LG Saarbrücken in ihrem Urteil, wenn auch nur mittelbar, dem Vermögen einer terroristischen Organisation einen gewissen Schutz zu. Aber auch aus juristischer Perspektive war die Seminargruppe nicht weniger gespannt darauf, ob der Senat das Vermögen des „Islamischen Staates“ als schützenswertes Vermögen im Sinne des § 263 StGB einordnen würde. In der Pause zwischen Hauptverhandlung und Urteilsverkündung wurden unter den Studierenden Eindrücke ausgetauscht und Einschätzungen hinsichtlich der bevorstehenden höchrichterlichen Entscheidung abgegeben. Wenn auch rechtlich nicht unbedingt befürwortend, erwarteten die meisten die Verwerfung der Revision.

Diese Erwartungshaltung bestätigte sich sodann: Der Senat hielt an der Rechtsprechung (*BGHSt 2, 364ff.*), die hinsichtlich des Vermögensbegriffs eine überwiegend wirtschaftliche Betrachtungsweise als Grundlage hat, fest (*BGH vom 11.04.2018 – 5 StR 595/17*). Hieran sollte insbesondere die Existenz des § 89c StGB, der die Terrorismusfinanzierung unter Strafe stellt, vorliegend nichts ändern (*krit. hierzu Jahn, JuS 2018, 719ff.*)

Darüber hinaus nahm der Senat noch Bezug auf eine Norm, die im Rahmen der juristischen Ausbildung und insbesondere in Klausurbearbeitungen schnell vergessen wird. Geprüft – aber im Ergebnis abgelehnt – wurde die Frage, ob die Konversation des Angeklagten mit dem vermeintlichen IS-Kontakt eine Verbrechenverabredung nach § 30 II Var. 3 StGB darstellt. Hierzu müssten, so der Senat, die Beteiligten zur Tatbegehung entschlossen sein (*BGH vom 11.04.2018 – 5 StR 595/17, Rn. 19*).

Zu guter Letzt bestand im Anschluss an die Urteilsverkündung noch einmal die Gelegenheit, die Senatsmitglieder persönlich hinsichtlich der konkreten Entscheidung – und auch darüber hinaus – zu befragen. Eine Möglichkeit, die manch ein Student nach dem Lesen der einen oder anderen BGH-Entscheidung wohl zu gerne gehabt hätte.

## Blockseminar „Einführung in das US-amerikanische Recht“ in Chicago

Von Felix Behnke und Maurus Wollensak\*

Für eine Woche durften im September 2018 acht Studierende der Fakultät, unter Begleitung von Herrn Professor Dr. Dr. Milan Kuhli, die *Loyola Law School* in der Hamburger Partnerstadt Chicago (Illinois) besuchen. Dieser Erfahrungsbericht beleuchtet einerseits die akademischen, andererseits die sozialen Programmpunkte des Austausches.

Auf dem vielfältigen Programm stand zunächst ein Besuch des *Circuit Court of Cook County*, bei dem der Ausschnitt eines *Jury-Trials* mitverfolgt werden konnte. Der Richter nahm sich dabei sogar in einem kurzen Gespräch die Zeit, den Hamburger Studierenden den Sachverhalt näher zu erläutern. Besonders interessant war zu beobachten, wie der Richter lediglich die Einhaltung des Prozessrechts sicherstellte, während die Parteien weitestgehend ungebunden das Verfahren gestalten konnten.

Am selben Tag, pünktlich zur Mittagszeit, traf die Gruppe zu ihrem Termin bei der Kanzlei *Nixon Peabody LLP* ein. Dort konnte sie sich nicht nur über ein reichhaltiges Buffet freuen, sondern sich darüber hinaus mit den dort tätigen Rechtsanwältinnen und -anwälten austauschen. Zu einem späteren Zeitpunkt besuchte die Seminargruppe zudem die Kanzlei *Sidley Austin LLP* und durfte feststellen, dass es doch einige Unterschiede hinsichtlich der Arbeitsweise und -mentalität – zwischen den beiden Kanzleien und dem deutschen Pendant – zu geben scheint.

Einen anderen Blickwinkel eröffnete der Besuch der *Public Interest Organization Chicago Volunteer Legal Services*. Dort konnten die Studierenden erfahren, dass einige Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte – und gerade solche, die in großen Kanzleien beschäftigt sind – nebenbei, aus diversen Gründen, auch noch sogenannte *Pro Bono Cases* annehmen. Dabei wurde den Seminarteilnehmenden verdeutlicht, dass einige *Law School*-Absolventen gerade durch die zurückzuzahlenden Studienkredite in ihrer Berufswahl eingeschränkt sind.

Die jeweiligen Vorstellungen der *Business Law Clinic* und des *Center for Human Rights for Children* an der *Loyola Law School* zeigten, dass auch die ehrenamtliche studentische Rechtsberatung in der Stadt verbreitet ist.

\* Die Autoren sind Studenten der Rechtswissenschaft an der Universität Hamburg. Sie nahmen im Herbst 2018 an dem hier vorgestellten Blockseminar teil.

Durch die Kurse *Introduction to the Laws of the United States* und *How to Write Like a Lawyer* an der *Loyola Law School* erfuhr die Gruppe, wie sich der zukünftige Unterricht an einer US-Institution anfühlen könnte. Ein Gespräch mit dem dortigen *Dean Michael Kaufman* vervollständigte das Bild.

Als Herzstück des deutsch-amerikanischen Austausches ist die Unterbringung bei den Gastfamilien zu nennen. Diese hautnahe Erfahrung ermöglichte aufschlussreiche Einblicke in den *American Way of Life*. Aktivitäten wie gemeinsame Abendessen, ermöglichten einen Paradigmenwechsel, welcher weit über eine distanzierte Touristenerfahrung hinausging.

Gleichwohl galt es an vielen Tagen das breite touristische Angebot der Stadt wahrzunehmen. Nach der Anreise erkundeten die Studierenden – teils in Kleingruppen – die Stadt Chicago. Der Blick vom *875 North Michigan Avenue*-Hochhaus gewährte einen ersten Überblick über die Ausmaße der Millionen-Stadt. Gefolgt wurde dies von einer *Architecture Boat Tour*; gekrönt von einem Abschluss auf der Dachterrasse des *London House* mit Blick auf den *Chicago River*. Im Laufe der Woche eröffnete sich unter anderem die Möglichkeit, bei Pizza und Musik im Museum für zeitgenössische Kunst die LL.M.-Studierenden der *Loyola Law School* vertieft kennenzulernen.

Gegen Ende der Exkursion kamen alle zu einem *Patio Dinner* bei einer der Gastfamilien zusammen. Bei Speis und Trank lauschten die Studierenden einer ehemaligen Richterin und einem Staatsanwalt. Nach dem Essen folgte ein Basketballspiel, bei welchem sich Herrn Professor Kuhli gegen die Studierenden geschlagen geben musste; ungeachtet dessen triumphierte er als „Sieger der Herzen“.

Summa summarum handelte es sich bei der Exkursion um eine stimmige extracurriculare Veranstaltung, welche Einblicke in das amerikanische Pendant zum hiesigen Studienalltag bietet und den fachlichen und persönlichen Austausch zwischen den Studierenden fördert.

Finanziell unterstützt wurde das Projekt durch das DAAD-Programm „hamburglobal“ und durch Mittel der Hamburger Senatskanzlei, der Juristischen Fakultät sowie des Vereins „Rechtsstandort Hamburg e. V.“

Das Blockseminar „Einführung in das US-amerikanische Recht“ mit damit einhergehender Studienreise nach Chicago wird im Herbst 2019 von Herrn Professor Dr. Dr. Milan Kuhli erneut angeboten. Weitere Informationen können der Internetseite des Lehrstuhls entnommen werden.

## ELSA Deutschland Verwaltungsrecht Moot Court (EDVMC)

Von Maximilian Maisch und Johannes Tapken\*

Die Teilnahme an einem Moot Court steht bei vielen Jurastudierende auf der To-Do-Liste. Traditionell spielen sich diese im Völkerrecht, immer öfter auch im Zivilrecht, ab. Einen verwaltungsrechtlichen Moot Court haben dabei wenige Studierende auf dem Schirm. Doch im Jahr 2018 fand bereits die zweite Auflage des durch den ELSA Deutschland e. V. ausgerichteten Verwaltungsrechts-Moot-Courts (EDVMC) statt, der das Verwaltungsrecht zum Schwerpunkt hat, aber auch einen verfassungsrechtlichen Einschlag bietet.

### Vorbereitungen in Hamburg

Wir hatten während der Examensvorbereitung bei einem kommerziellen Repetitor viel über dem Verwaltungs- und Verfassungsrecht gebrütet. Wie man sich sicher vorstellen kann, ist die reine Theorie – vor allem in der für das Examen nötigen Fülle – recht „eintönig“.

Als wir dann über ELSA Hamburg von dem EDVMC hörten, sahen wir darin die Chance, mit gutem Gewissen aus dem Alltag der Examensvorbereitung, der sich vor allem in der Bibliothek abspielt, auszubrechen. Während dieser lernintensiven Zeit eine solche zusätzliche Herausforderung anzunehmen, stieß auch bei unseren Kommilitonen teilweise auf Erstaunen: „Wollt ihr das wirklich nebenher machen? Das wird euch doch viel zu viel!“

In Teamarbeit zwei Schriftsätze erstellen, eine Schulung von einer renommierten Verwaltungsrechts-Kanzlei in Potsdam erhalten und möglicherweise im Rahmen des Finales im Verwaltungsgericht in Düsseldorf vor den Richterinnen und Richtern plädieren: Selbstredend erledigt sich das nicht von allein – aber, ja, genau das wollten wir nebenher machen.

Nach der Anmeldung erhielten wir zeitnah die Bestätigung über unsere Teilnahme; im Sommer und Anfang August wurde uns der etwa vierseitige Sachverhalt übermittelt. Kurz zusammengefasst handelte dieser von der mit dem Online-Handel einhergehenden Problematik, den rasant wachsenden Arbeitsbedarf – insbesondere in der Vorweihnachtszeit – durch ausnahmsweise Sonntagsarbeit zu bewältigen. Ein Dienstleister, der den Versand und die Abwicklung der Bestellungen übernimmt,

\* Die Autoren sind Studenten der Rechtswissenschaft an der Universität Hamburg. Sie nahmen im Jahr 2018 an dem hier vorgestellten Moot Court teil und belegten den dritten Platz.

hatte bei der zuständigen Behörde eine Genehmigung für über Wochen andauernde Sonntagsarbeit beantragt, die versagt worden war. Ebendiese Verfahrensbeteiligten standen sich nun in der simulierten Gerichtsverhandlung gegenüber.

Vordergründig ging es dabei um die Voraussetzungen des Arbeitszeitgesetzes (ArbZG), welches Sonntagsarbeit nach Genehmigung zulässt, und um die Ermessensausübung der Behörde. Insbesondere ging es um die grundsätzliche Haltung des Staates gegenüber der Kommerzialisierung der Gesellschaft und dem enormen Erfolg der Online-Shops, aber auch um die Berücksichtigung von Arbeitnehmerschutz und der verfassungsrechtlich verbrieften Bedeutung des Sonntages. Kurz zusammengefasst: Ein nicht ganz unemotionales Thema, was sich hinter der Klage um die Genehmigung der Sonntagsarbeit verbarg.

Nachdem wir über einen Zeitraum von jeweils knapp zwei Wochen insgesamt zwei Schriftsätze – sowohl für die Klägerin als Advokaten, als auch für die Beklagte – angefertigt hatten, wurden wir von ELSA nach Potsdam eingeladen.

### Vertiefung in Potsdam

Dort erhielten wir bei der Verwaltungsrechts-Kanzlei *Dombert Rechtsanwälte* die Möglichkeit, eine Probeverhandlung durchzuführen. Was diese Zusammenkunft für uns besonders reizvoll machte, war nicht nur die Möglichkeit, danach noch im „Waldorf Astoria“ in Berlin ein Getränk zu sich zu nehmen, sondern auch von Professor Matthias Dombert – Richter des Verfassungsgerichts des Landes Brandenburg a. D. – wertvolle Tipps zu erhalten.

Professor Dombert hatte anhand eines von ihm selbst begleiteten Falles, dessen letztinstanzliche Klärung noch offensteht, den für uns relevanten Sachverhalt entworfen. Er war dementsprechend sehr interessiert an unseren Argumenten und teilte mit uns seine eigenen Erfahrungen aus der Praxis. Darüber hinaus bekamen wir allgemeine Tipps bezüglich des Auftretens in der mündlichen Verhandlung. Besonders hinsichtlich der Körpersprache und Rhetorik bekamen wir wertvolle Hinweise aus Praktikerhand.

### Finale in Düsseldorf

Als wir wenige Tage nach der Rückkehr aus Potsdam die Mitteilung erhielten, am Finale des Moot Courts teilnehmen zu dürfen, war die Freude groß. Jetzt hieß es noch einmal den neuen Schriftsatz zu lesen und sich auf beide Seiten – Kläger und Beklagte – vorzubereiten.

Das Finale fand im Verwaltungsgericht Düsseldorf, zentral gelegen, nahe der bekannten Königsallee, statt.

Unmittelbar vor der ersten Finalrunde – quasi dem Halbfinale – wurde ausgelost, wer welchen Verfahrens-beteiligten vertreten würde. Uns wurde die Rolle als Vertreter der Beklagten zuteil, während die Klägerseite von einem Berliner Team vertreten wurde.

Daraufhin hatten wir innerhalb des Gerichtsgebäudes noch einmal eine letzte Möglichkeit der Vorbereitung. Im Anschluss begann die mündliche Verhandlung. Die Richterbank war dabei authentisch besetzt: In unserer Runde übernahm die Vizepräsidentin des Verwaltungsgerichts Dr. Nicola Haderlein den Vorsitz.

Die Verhandlung drehte sich vornehmlich um eine mögliche Ermessensreduzierung auf Null im Rahmen des § 13 III Nr. 2 ArbZG. Neben einigen strittigen Tatbestandsmerkmalen konzentrierten wir uns dabei besonders auf eine pointierte, auch emotionale, Darstellung – während wir vor allem auf den Schutz des Sonntages und der Arbeitnehmer rekurrten. Dabei mussten wir neben vielen Rückfragen des Gerichts ein kurzes Eröffnungs- und ein umfangreiches Schlussplädoyer halten.

Anschließend wurde uns vor Ort mitgeteilt, dass wir den dritten Platz belegt hatten. Selbstverständlich war es unser Ziel, einen ersten Platz für die Universität Hamburg zu erreichen; nach kurzzeitiger Ernüchterung stellten sich allerdings schnell Zufriedenheit und Freude ein: Zufriedenheit über die intensiven und wertvollen Erfahrungen im Gerichtssaal und über die Gewissheit, mit der Juristerei und dem Anwaltsberuf ein abwechslungsreiches, uns erfüllendes Berufsfeld gefunden zu haben; Freude über die Teilnahme am Finale, die mannigfachen Erfahrungen in Potsdam und in Düsseldorf und das anregende Umfeld.

Wir haben durch den EDVMC die Möglichkeit eines inspirierenden Austausches mit anderen engagierten Studierenden und Praktikern, wie Rechtsanwälten und Richtern, erhalten. Daneben konnten wir den theoretischen Stoff anhand von aktuellen Fragestellungen aus der Praxis wiederholen. Des Weiteren bot die Teilnahme am Moot Court die Möglichkeit, sich an das Auftreten und Verhalten – sei es etwa das Tragen der Roben oder selbstbewusste Plädieren – vor Gericht zu gewöhnen.

### Zusammenfassung

Während der Teilnahme am EDVMC kamen der Spaß und die Ablenkung außerhalb der ausführlichen Vorbereitungen im Rahmen der Schriftsatz-Phasen und vor den mündlichen Verhandlungen nicht zu kurz. Insbesondere die mit den auswärtigen Terminen verbundenen Möglichkeiten, sich bei Gelegenheit die Städte anzusehen, sowie die Zusammenarbeit im Team waren überaus motivierend und abwechslungsreich.

Natürlich mussten wir insgesamt einige Überstunden auf uns nehmen und oftmals auf längeren Schlaf verzichten. Dennoch haben wir unsere Termine für die Examensvorbereitung – entgegen anfänglicher Befürchtungen – einziges Mal verpasst. Insofern schult die Teilnahme am Moot Court auch die Selbstorganisation und das Zeitmanagement.

Die großartige Erfahrung würden wir jederzeit gerne nochmal machen. Die Teilnahme am EDVMC und einem Moot Court im Allgemeinen können wir jeder/jedem Interessierten wärmstens empfehlen.

## Impressum

### HRN – HAMBURGER RECHTSNOTIZEN

ISSN 2191-6543

8. Jahrgang (2018) – Heft 2018 – März 2019

Die Hamburger Rechtsnotizen erscheinen einmal jährlich. Die Redaktion freut sich über Beiträge in digitaler Form für die nächsten Ausgaben.

<http://www.hamburger-rechtsnotizen.de>

#### Redaktion und Lektorat

Sina Aaron Moslehi (Chefredakteur)  
Lasse Ramson  
Baran Özdemir

E-Mail:  
[redaktion@hamburger-rechtsnotizen.de](mailto:redaktion@hamburger-rechtsnotizen.de)

#### Vertrieb, Anzeigen & PR

E-Mail:  
[vertrieb@hamburger-rechtsnotizen.de](mailto:vertrieb@hamburger-rechtsnotizen.de)  
[anzeigen@hamburger-rechtsnotizen.de](mailto:anzeigen@hamburger-rechtsnotizen.de)

Verantwortlich für Anzeigen:  
Prof. Dr. Dr. Milan Kuhli

#### Internet

Sina Aaron Moslehi

#### Herausgeber

Hamburger Rechtsnotizen e. V.

Postanschrift:  
Fakultät für Rechtswissenschaft  
Rothenbaumchaussee 33, 20148 Hamburg

Hamburger Rechtsnotizen e. V. ist im Vereinsregister des Amtsgerichts Hamburg unter der Registernummer VR 1030 eingetragen.

Einzelvertretungsberechtigt sind:  
Erster Vorsitzender:  
Prof. Dr. Dr. Milan Kuhli  
Zweiter Vorsitzender:  
Oliver van der Schoot

#### Layout/Satz

die computerfabrik  
Bernsteinstraße 88, 70619 Stuttgart  
Valentin Funk, Claudia Wittorf,  
Ulrich Böckmann

#### Druck

Druckerei Siepmann GmbH,  
Ruhrstraße 126, 22761 Hamburg

Der Verlag haftet nicht für Manuskripte, die unverlangt eingesandt werden. Die Annahme zur Veröffentlichung muss schriftlich erfolgen. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt die/der Autor/in dem Verlag das ausschließliche Verlagsrecht für die Zeit bis zum Ablauf des Urheberrechts.











# HANSEATISCH JURISTISCH

HAMBURGER  
RECHTSNOTIZEN

WISSEN, WAS RECHT IST.

Preis: 4,50 € – ISSN 2191-6543